

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO
II

*DOTTORATO DI RICERCA IN 'DIRITTO ROMANO E TRADIZIONE ROMANISTICA: FONDA-
MENTI DEL DIRITTO EUROPEO'*

XX CICLO

TESI DI DOTTORATO

LEGES, PACTA, CONTRACTUS. L'ESITO BIZANTINO.

Candidata

Dott Giovanna Palomba
Melillo

Tutor

Prof. Generoso

Indice sommario

CAPITOLO I

FONTI E DOTTRINE IN TEMA CONTRATTUALE DAI GLOSSATORI AD OGGI

1.1 – Le fonti	pag. 7
1.2 – Le dottrine medioevali: Glossatori, Postglossatori	“12
1.3 – Dall’Umanesimo al Giusnaturalismo	“25
1.4 – Scuola Storica e Pandettistica; la necessità delle codificazioni	“36
1.5 – La storicizzazione dello studio del mondo antico e del diritto di Roma	“47
1.6 – Lo studio sociologico del diritto antico e il consensualismo nell’opera del Magdelain	“60

Capitolo II

NEGOZIALITÀ ARCAICA E *LEGES PRIVATAE*

2.1 – Varietà delle forme originarie degli scambi onerosi e delle forme negoziali	“72
2.2 – La <i>mancipatio</i> : dalle origini alle testimonianze gaiane	“80
2.3 – Le applicazioni della <i>mancipatio</i>	“85
2.4 – La <i>nuncupatio</i> nel negozio mancipatorio: caratteristiche e funzione costitutiva e probatoria	“91

2.5 – La <i>in iure cessio</i> : carattere generale rispetto a <i>mancipatio</i> e <i>traditio</i>	“97
2.6 – Un vincolo giuridico particolare di Roma antica: la <i>fides</i>	“105
2.7 – La <i>traditio</i> e il <i>ius naturale</i> : la testimonianza di Gaio	“112

Capitolo III

PACERE, PACTA: ARCAICITÀ, VARIETÀ, RAPPORTI COL CONTRAHERE

3.1 – Il problema dei <i>pacta</i> nelle fonti romane e nelle dottrine medioevali e moderne	“119
3.2 – L’etimologia di <i>pacere</i> e di <i>pactum</i> . Recenziorità del <i>pacisci</i>	“127
3.3 – Le XII Tavole e la <i>pactio</i> : origini della <i>pactio</i> nelle ipotesi di <i>delicta</i> ?	“131
3.4 – In particolare: XII <i>Tab.</i> 1.6-7	“134
3.5 – I <i>pacta conventa</i> nelle dottrine del II e del III secolo	“139
3.6 – Le fonti e la tutela dei <i>pacta</i> : i <i>pacta praetoria</i>	“146
3.7 – I <i>pacta praetoria</i> : in particolare la specificità dei <i>recepta</i>	“151
3.8 – Qualche nota conclusiva.	“157

CAPITOLO IV

DAL *CONTRAHERE* AI *CONTRACTUS SINE NOMINE*

4.1 – D. 50.16.19 e la definizione labeoniana di <i>contractus</i>	“166
4.2 – D. 50.16.19 e il valore di <i>obligatio</i>	“173
4.3 – D. 50.16.19: dal <i>contrahere</i> al <i>contractus</i>	“178
4.4 – D. 50.16.19. Note conclusive	“185
4.5 – D. 2.14.7 pr. e la <i>conventio</i> ulpiana	“189
4.6 – D. 2.14.7 pr : i <i>contractus sine nomine</i>	“193
4.7 – D. 2.14.7 pr. Le ragioni storiche dei <i>contractus sine nomine</i>	“196

Premessa

La storia del diritto civile non si esaurisce nella storia degli istituti che in esso vivono.

Infatti, in questi confini la storia del civile resta una “storia tutta interna” all’ordinamento: invece, la storia del civile è anche una “storia esterna”, quando guardi alle sue fonti, ai contesti in cui opera, alle metodologie secondo le quali il diritto civile viene interpretato, sistemato e applicato.

Proprio perché nelle società umane il diritto è il fenomeno probabilmente più strettamente connesso alla realtà, non possono dunque non collocarsi nell’insieme reale del diritto – e in modo né artificioso né semplicemente additivo – i momenti centrali in cui il diritto opera e i modi della sua sistemazione logica.

La questione è di notevole interesse per lo studioso di diritto romano, che ormai da più di un secolo si è liberato del compito di adattare la casistica e poi le decisioni e le definizioni dei giuristi romani alle realtà attuali.

In questa prospettiva, anzi, in particolare, sembra congruo tendere a separare il diritto romano dalle dottrine romanistiche, riconoscibili anche dopo le codificazioni del XIX secolo: le tradizioni, e in primo luogo quella romanistica, che restavano alle spalle delle codificazioni italiane, erano radici del diritto civile ancora operanti (“i fili culturali usati dai giuristi sono molto resistenti e attraversano varie

epoche” – cfr. Alpa, *La cultura delle regole. Storia del diritto civile italiano*, Roma, 2000), ma, evidentemente, non si trattava del diritto antico, che in quanto tale era caduto con il suo mondo prima delle codificazioni, ma dell’adattamento – fino alla deformazione – che nel corso dei secoli le dottrine avevano operato sui vecchi enunciati normativi, o sulle dogmatiche e le *regulae*, trasformandone il valore.

Prima di addentrarci nella ricerca storico-giuridica avente ad oggetto la negozialità bilaterale nell’esperienza romana, ci è sembrata pertanto opportuna una preliminare rassegna delle principali dottrine giuridiche succedutesi dal Medioevo ai giorni nostri, i cui esiti, comparati a quelli di dottrine attuali, possono risultare utili allo storico-giurista che, proponendosi la ricostruzione di istituti, di aspetti di un’esperienza giuridica del passato – di cui non è partecipe –, è consapevole del pericolo sempre incombente di infruttuose proiezioni all’indietro di dogmatiche odierne.

CAPITOLO I
LE DOTTRINE IN TEMA CONTRATTUALE DAI
GLOSSATORI AD OGGI

1.1 – LE FONTI. Nelle *Institutiones*¹ di Gaio si legge:

3.88. *Nunc transeamus ad obligationes, quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto.* 3.89. *Et prius videamus de his, quae ex contractu nascuntur. harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu.* 3.90. *Re contrahitur obligatio velut mutui datione; mutui autem datio proprie in his fere rebus contingit, quae res pondere, numero, mensura constant, qualis est pecunia numerata, vinum, oleum, frumentum, aes, argentum, aurum; quas res aut numerando aut metiendo aut pendendo in hoc damus, ut accipientium fiant et quandoque nobis non eadem, sed aliae eiusdem naturae reddantur. Unde etiam mutuum appellatum est, quia quod ita tibi a me datum est, ex meo tuum fit.....*

3.92. *Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione, velut dari spondes? Spondeo, dabis? Dabo, Promit-*

¹ Sulle *Institutiones* di Gaio cfr. *The institutes of Gaius*, a cura di DE ZULUETA (ristampa), Oxford, 1951; *The Institutes of Gaius. Part. 2: commentary*, London, 1952; LOWE, *Il Codice veronese di Gaio*, in *Atti del Congresso di Verona 1*, Milano, 1953, pp. 1-7; MASCHI, *Caratteri e tendenze evolutive delle Istituzioni di Gaio*, in *Atti del Congresso di Verona 1*, Milano, 1953, pp. 7-49; MEYLAN, *Réflexions sur notre tradition manuscrite des Institutes de Gaius*, in *Atti del secondo Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del diritto. La critica del testo*, 1971, pp. 467-498; VOLTERRA, *La prima edizione italiana del Gaio veronese*, in *BIDR.* 83, 1980, pp. 262-283; NICOSIA, *Institutiones Iuris Romani. Passi scelti delle Istituzioni di Gaio integrati con passi delle Istituzioni di Giustiniano*, Catania, 1985.

tis? Promitto, Fidepromitis? Fidepromito, Fideiubes? Fideiubeo, Facies? Faciam...

3.128. *Litteris obligatio fit veluti in nominibus transscripticiis fit autem nomen transscripticium duplici modo, vel a re in personam vel a persona in personam.*

3.134. *Praeterea litterarum obligatio fieri videtur chirografis et syngrafis, id est, si quis debere se aut daturum se scribat, ita scilicet, si eo nomine stipulatio non fiat. quod genus obligationis proprium peregrinorum est.*

3.135. *Consensu fiunt obligationes in emptionibus et venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis.*

3.136. *Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quod neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consentisse.*

Il novero delle fonti di *obligationes*² è accresciuto in:

² LOMBARDI, *Obligationes iuris gentium*, in *Ricerche in tema di "ius gentium"*, Milano, 1946, pp. 247-272; D'ORS, *Re et verbis*, in *Atti del Congresso di Verona 3*, Milano, 1953, pp. 265-303; SOLAZZI, *Due note alle Istituzioni di Gaio*, in *Atti di Verona 3*, Milano, 1958, pp. 303-321; VAN OVEN, *Le sens des mots obligatio et obligare chez ius*, in *Festschrift Lewald*, 1953, pp. 121-131; BETTI, *Appunti di teoria dell'obbligazione in diritto romano*, Roma, 1958; VOCI, *Le obbligazioni romane. Corso di Pandette 1*, parte I. *Contenuto dell'obligatio*, Milano, 1969; LANTELLA, *Note semantiche sulle definizioni di obligatio*, in *Studi Grosso*, Torino, 1971, pp. 163-232;

D. 2.14.7 pr. (Ulp.4 ad ed.): *Iuris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones. 1. Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus: ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus. 2. Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. Ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facies : hoc sun.ἔλλagma esse et hinc nasci civilem obligationem. Et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a pretore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo sun.ἔλλagma dicit, unde haec nascitur actio. 3. Si ob maleficium ne fiat promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventionem. 4. Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.*

GALLO, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris*, in *BIDR.* 76, 1973, pp. 171-224; KNÜTEL, *In obligatione generis quid est in obligatione?*, in *Studi Sanfilippo* 3, Milano, 1983, pp. 353-380; ALBANESE, *Papinianus e la definizione di obligatio in Inst. 3.13 pr.*, in *SHDI.* 50, 1984, pp. 167-178; BISCARDI, *La ley Poetelia Papiria y la transfiguracion del concepto primordial de "obligatio"*, in *Seminarios Complutenses de Derecho romano* 2, Madrid, 1990, pp. 1-17.

Lo stesso giurista severiano definisce inoltre la *conventio*³:

D 2.14.3 (Ulp. 4 *ad ed.*): *verbum generale, ad omnia pertinens de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt. Nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis locis in unum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt. Adeo autem conventionis*

³ Sulle *conventiones* cfr. GEORGESCU, *Causa, contractus, conventio. Contribución à la théorie générale du contracte en droit romain*, in *Etudes de philologie giuridique e de droit romain* 1, Bucarest-Paris, 1940, pp. 309-329; LOMBARDI, *Stipulatio e conventiones iuris gentium*, in *Ricerche in tema di ius gentium*, Milano, 1946, pp. 173-246; SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani. "Nova negotia" e "transactio" da Labeone a Ulpiano*, Napoli, 1971; TALAMANCA, *Conventio e stipulatio nel sistema dei contratti romani*, in *Le droit romain et sa reception en Europe*, Varsavia, 1978, pp. 195-266; SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, in *Ann. Sem. Giur. Univ. Palermo* 37, Palermo, 1983, pp. 5-304; ID., *Aspetti formulari della tutela delle convenzioni atipiche*, in *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea*, Napoli, 1991, pp. 83-124; ID., *La causa delle convenzioni atipiche*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica* 2, Congresso Internazionale ARISTEC, Torino, 1997, pp. 85-130; SACCONI, *Conventio e mutuum*, in *Index* 15, 1987, pp. 423-438; MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere*, Napoli, 1990; GALLO, *Eredità di giuristi romani in materia contrattuale*, in *SHDI* 55, 1989, pp. 123-190; ID., *Synallagma e conventionel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di diritto romano*, Torino, 1992; ID., *"Agere praescriptis verbis" e editto alla luce delle testimonianze celsine*, in *Labeo* 44, 1998, pp. 7 ss.; BURDESE, *Sulle nozioni di patto, convenzione e contratto in diritto romano*, in *Seminarios Complutenses de Der. rom.* 5, 1993, pp. 41-66; ID., *I contratti innominati*, in *Miscellanea romanistica. Fundación Seminario de Derecho romano "Ursicino Alvarez"*, Madrid, 1994, pp. 225-262; ID., *Pacisci, convenire, contrahere*, in *Publ. Miskolc. Sec. jur. pol.* 10, 1995.

verbum generale est ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem quae non habet in se conventionem, sive re sive verbis fiat; nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensus, nulla est;

ed asserisce del *pactum*:

D. 2.14.1.1 (Ulp. 4 *ad ed.*):...*est pactio duorum plurimumve in idem placitum et consensus*⁴.

⁴ La letteratura romanistica sui *pacta* è vastissima. Si vedano in particolare, MANENTI, *Contributo critico alla teoria generale dei pacta secondo il diritto romano*, in *Studi Senesi* 7, 1890, p. 85 ss., e 8, 1891, p. 3 ss; ID., *Pacta conventa*, in *Studi Senesi*, 31, 1915, p. 203 ss.; FERRINI, *Sulla teoria generale dei pacta*, in *Filangieri*, 17, 1892, p. 65 ss = *Opere* 3, Milano, 1929, p. 243 ss.; BONFANTE, *Sul contractus e sui pacta*, in *Riv. Dir. Comm.*, 18, 1920, p. 1 ss. = *Scritti giuridici vari* 3, Torino, 1926, p. 135 ss.; KOSCHAKER, *Bedingte Novation und Pactum im römischen Recht*, in *Festschrift Hanausek*, Graz, 1925, p. 118 ss.; GROSSO, *L'efficacia dei patti nei bonae fidei iudicia*, in *Studi Urbinati* 1, 1927, fasc. 3-4, p. 29 ss e in *Studi Urbinati* 2, 1928, p. 1 ss; ID., *Efficacia dei patti nei bonae fidei iudicia. Patti e contratti*, in *Memorie dell'istituto giuridico* 3, Torino, 1928; RICCOBONO, *Corso di diritto romano. Stipulationes, contractus, pacta*, Milano, 1935; SANFILIPPO, *Alla ricerca dei nuda pacta*, in *Atti del Congresso internazionale di Verona 27-29 settembre 1948*, 3, Milano, 1951, p. 333 ss; MAYER MARTINEZ, *Los pactos. Su l'eficacia juridica en el Derecho romano*, Montevideo, 1958; A. MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'edit du preteur*, Paris, 1958; DIOSDI, *Pacta nuda servabo? Nuovi dubbi intorno ad un vecchio problema*, in *BIDR.* 74, 1971, pp. 89-106; ARCHI, *Ait praetor: pacta conventa servabo. Studio sulla genesi e sulla funzione della clausola nell'Edictum Perpetuum*, in *De iustitia et de iure, Festgabe von Lübtow*, Berlin, 1980, pp. 373-403 = *Scritti di diritto romano* 1, Milano, 1981, p. 481 ss.; MELILLO, sv. *Patti (storia)*, in *ED.* 32, Milano, 1982, p. 479 ss.; *Pacta in rem, pacta in personam: una divisio classica?*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino* 3, Napoli, 1984, p. 1459 ss.; STURM, *Il pactum e le sue molteplici applicazioni*, in *Contractus e pactum, tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana. Atti del convegno di diritto romano e della presentazione della nuova riproduzione della Littera Florentina, Copanello 1-4*

La problematica che in relazione a tali testi giuridici si è da sempre posta all'interprete è quella della ricostruzione del rapporto *conventio – contractus – pacta*, ossia, della verifica nell'esperienza giuridica romana della rilevanza e dell'esistenza di limiti della volontà dei privati in ordine alla produzione di effetti giuridici.

1.2 – LE DOTTRINE MEDIOEVALI GLOSSATORI E POSTGLOSSATORI -. Con la Rinascita giuridica nel XII secolo, si ripropose⁵, al centro delle problematiche sul negozio, nei termini della sistemazione giustiniana, e in rapporto alle dottrine canoniche⁶, il rapporto *contractus – pacta*⁷.

giugno 1988, Napoli-Roma, 1990, p. 149 ss.; GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di diritto romano* 1, cit., 1992, p. 38 ss.; VEGH, *Ex pacto ius*, in *ZSS* 110, 1993, p. 184 ss.; BURDESE, *Sulle nozioni di patto, convenzione e contratto in diritto romano*, cit., p. 41 ss.; ID., sv. *Patto*, in *NNDI*. 12, Torino, 1965, pp. 708-711.

⁵ La nozione del *nudum pactum* era diventata un enigma già per gli stessi giuristi bizantini. Cfr. *Meditatio de nudis pactis*, il cui autore è un anonimo giurista bizantino. Lo scritto è stato pubblicato da PATURINI e MONNIER in *RHD*. 37, 1913, p. 135 ss.; 311 ss.; 474 ss.; 624 ss.; 38, 1914, p. 285 ss.; 709 ss. Una riedizione è stata curata dagli Zeppos. Cfr. J. ZEPOS e P. ZEPOS, *JGR*. 7, p. 363 ss.

⁶ E' bene precisare però che il diritto canonico medioevale - sistemato su apparati concettuali mutuati anch'essi dal diritto romano ma accordante rilevanza, in materia negoziale, alla *voluntas*, senza obliterare però la distinzione tra *contractus* e *pacta* - non era un diritto strettamente spirituale, potendo apportare, sia pure nei limiti della giurisdizione ecclesiastica, soluzioni concrete a questioni civili (cause matrimoniali, eredità, contratti, ecc.): solo a partire dal Concilio di Trento (1545-1565) esso ripiega su una sfera strettamente religiosa.

⁷ Glossa a D. 2.14.7: *Casus. In hac l. dicitur quod iuris gentiu(m) conventiones sunt, quarum altera parit exceptionem : de qua nihil hic dicit: altera vero parit actionem, et non vocatur conventio, sed in suo*

Secondo la costruzione storiografica, tracciata da Giuseppe Ermini⁸ e sistemata da Francesco Calasso⁹, la dottrina giuridica affermata in Italia nel XII secolo, aveva, infatti, considerato come diritto vigente nell'Impero medioevale il diritto romano giustiniano, fornendone un'interpretazione originale che lo adeguava alla realtà concreta della società contemporanea e lo aveva affiancato all'altro diritto universale, quello canonico, nella convinzione che l'Impero, essendo sacro e romano, costituisse un'unità istituzionale bifronte, temporale e, al contempo, spirituale, e pertanto richiedesse la compresenza di due diritti (il c.d. "*utrumque ius*") che fossero altrettanto universali - il romano per le questioni temporali, il canonico per quelle spirituali: diritti tra loro inscindibilmente legati. I rapporti tra i due distinti diritti erano, pertanto, disciplinati da una serie di regole dirette a conservarne l'intima unità: le lacune dell'uno erano colmate grazie al ricorso alle corrispondenti disposizioni dell'altro. D'altra parte quando la Scuola di Bologna¹⁰ con Irnerio e i suoi discepoli rilanciò in tutta Europa

proprio nomine specialiter remanent, ut emptio, et alia, quae hic ponuntur...

⁸ ERMINI, *Corso di diritto comune 1: Genesi ed evoluzione storica. Elementi costitutivi. Fonti*, Milano, 1943.

⁹ CALASSO, *Medioevo del diritto 1. Le fonti*, Milano, 1954.

¹⁰ Sui Glossatori e sulla loro opera la bibliografia è vasta: cfr. s. v. *Glossatori*, in *NNDI*. 4, Torino, 1938, pag. 430-32; GENZMER, *I glossatori*, in *Archivio Giur.*, 119, 1938, p. 113-21; SORBELLI, *Storia dell'Università di Bologna 1. Il Medioevo*, Bologna, 1940, pp. 61-72; ERMINI, *Corso di diritto comune, 1: Genesi ed evoluzione storica*, cit., pp. 210-28; RICCOBONO, *Interpretatio duplex (Fr. 2, D, De transactionibus, 2, 15)*, in *Miscellanea Mercati 5 (Studi e Testi 125)*, Città del Vaticano, 1946, pp. 543-68, e ancora in *BIDR.* 40 – 50, 1947,

lo studio del diritto romano¹¹, essa assunse¹² il diritto giustiniano come norma fondamentale del vivere civile, dando avvio ad una delle creazioni più caratteristiche della nostra civiltà, il diritto comune, la cui funzione – secondo le conclusioni della storiografia¹³ – era quella di colmare le lacune

pp. 6-29; CALCATERRA, *Alma Mater Studiorum. L'Università di Bologna nella storia della cultura e della civiltà*, Bologna, 1948, pp. 14-26; GENZMER, *Il diritto romano come fattore della civiltà europea*, Trieste, 1954; LEICHT, *Storia del diritto italiano. Le fonti*⁴, Milano, 1956, pp. 129-138; TORELLI, *Tradizione romana e rinascimento degli studi di diritto nella vita pratica dei secoli XII e XIII*, in *Studi e memorie per la storia dell'Università di Bologna* 15, 1942, pp. 1-24, ed ora in *Scritti di storia del diritto italiano*, Milano, 1959, pp. 495-516; MEIJERS, *Sommes. Lectures et Commentaires (1100 à 1250)*, in *Atti del Congresso internazionale di diritto romano (Bologna e Roma, 17-27 aprile 1932) – Bologna - 1*, Pavia, 1934, pp. 431-490, ed ora in *Etudes d'Histoire du Droit* 3, Leyde, 1959, pp. 211-260; TORELLI, *Storia del diritto italiano*, Milano, 1959.

¹¹ Già agli inizi del XII secolo, la scuola dei glossatori, con Irnerio, aveva tracciata la sua strada sicura. Intanto essa aveva compiuto la grande opera del ritrovamento, della ricognizione e della riduzione a miglior lettura dei testi giustiniani, cominciando dal Digesto, che l'epoca alto-medioevale aveva conosciuto soltanto parzialmente e che i glossatori studiavano invece nella sua integrità e diviso nelle tre parti: *Digestum Vetus*, *Infortiatum*, *Digestum Novum*, divenute poi tradizionali, dopo di averne preparata una lezione uniforme e nuova - chiamata *Litera bononiensis* e poi *Vulgata* – dal confronto con cosiddetta *Litera vetus communis* e la *Litera Pisana*. Poi aveva diviso in due parti il *Codex* – con le *Institutiones* assai più noto del Digesto nell'alto Medioevo -, distaccandone i *Tres libri* (10, 11, 12), che con le *Novellae* ed i *Libri Feudorum* formavano il tomo 5 del *Corpus Iuris Civilis*, detto per antonomasia *Volumen*, *Volumen parvum* ed anche *Volumen legum*.

¹² Dal vivo di siffatto movimento emerge e prende consistenza il processo di repulsione dell'elemento germanico operato dalla nuova mentalità che la scuola aveva formato su basi romanistiche e che andava progressivamente penetrando la vita giuridica e insieme gradatamente eliminando, anche dalla legislazione comunale, la rozzezza delle forme e degli istituti nati nel periodo precedente.

¹³ Anche i pochi storici che hanno messo in discussione l'esistenza di un ordinato ed unitario sistema di diritto comune, non hanno respinto l'idea della funzione di norma sussidiaria di questo nei riguardi delle

dei diritti propri, statuari o consuetudinari che fossero, operando rispetto ad essi come diritto sussidiario ed a sua volta risultando da questi integrato e completato¹⁴.

Data la molteplicità di ordinamenti e di realtà giuridiche particolari, lo studio del diritto romano apparve indispensabile, venendo a svolgere, inoltre, una funzione molto significativa: esso offriva inquadramento e completamento alla disciplina del diritto proprio, garantendo a questa, in tal modo integrata, stabilità e certezza in virtù della propria indiscussa autorità e sistematicità¹⁵.

In una prima fase, la forma in cui si manifestò l'attività della scienza giuridica – perfettamente intonata alle

norme particolari. Così, ad esempio, l'Astuti ammetteva che le norme romane, nelle materie in cui erano riconosciute ancora di significativa utilità, fungevano da *genus* rispetto alle norme di diritto particolare, le quali costituivano le *species*; e al *genus*, secondo una regola tradizionale dell'interpretazione giuridica, si ricorre quando le *species* non dispongono. Da questa impostazione si distingue il Grossi, il quale ha respinto con decisione la nozione di gerarchia delle fonti per l'età medioevale, in quanto legata strettamente ad una visione rigidamente monastica dell'ordine giuridico, la quale prospetta lo Stato come unico ente legittimato a produrre diritto. A suo parere gli ordinamenti giuridici medioevali erano tutti sullo stesso piano e si integravano a vicenda, comprimendosi tra loro nella *relatività della vita giuridica*. In quest'ottica, dovrebbe parlarsi di rapporto di complementarità. Al riguardo cfr. CALASSO, *Medioevo del diritto*, cit., pp. 453-467; ID., *Introduzione al diritto comune*, Milano, 1970; ASTUTI, *Recezione teorica e applicazione pratica del diritto romano nell'età del Rinascimento giuridico*, in *Atti del Colloquio "Le droit romain et sa réception en Europe"*. Università di Varsavia 8-10 ottobre 1973, Varsavia 1978, pp. 32-58; GROSSI, *L'ordine giuridico medioevale*, Roma-Bari 1995, pp. 227-229.

¹⁴ In tal senso cfr. da ultimo CARAVALE, *Alle origini del diritto europeo. Ius commune, droit commun, common law nella dottrina giuridica della prima età moderna*, Roma, 2005, p. 12 ss.

¹⁵ CARAVALE, *Alle origini del diritto europeo*, cit., p. 21.

forme in cui si manifestava la cultura del tempo, specie intorno ai testi sacri¹⁶ – fu quella esegetica: la fede nel dogma del diritto giustiniano come diritto per antonomasia¹⁷ favorì in loro l'ineguagliata capacità di interpreti fedelissimi dei testi giustiniani, da essi considerati come un'unità inscindibile che aveva assorbito e adottato tutto il diritto prece-

¹⁶ Il parallelismo tra scienza giuridica e teologia, il legame tra raccolta giustiniana, interpretazione della dottrina medioevale e Sacre Scritture è stato approfondito in anni più recenti da PIANO MORTARI, *Dogmatica e interpretazione. I giuristi medievali*, Napoli, 1976, che a p.17 ha attribuito ai Glossatori l'idea che “nella codificazione giustiniana erano stati tradotti in regole generali di diritto positivo i principi di giustizia e di equità propri del cristianesimo”; mentre in *Aspetti del pensiero giuridico medioevale*, Napoli, 1974, p. 104, nel mettere in evidenza la stretta analogia tra l'esegesi biblica e l'interpretazione giuridica, ha affermato che entrambe le scienze erano fondate “su un complesso di testi che apparivano di un prestigio e di un valore eccezionali”, la prima sulla Sacra Scrittura, la seconda sulla Compilazione giustiniana considerata “tesoro inesauribile della verità giuridica”. La tesi era già stata sostenuta da PIANO MORTARI in *Storia del diritto italiano. Lineamenti della teoria medioevale dell'interpretazione del diritto*, Catania, 1964, pp. 18-19. Sul punto cfr. anche BELLOMO, *Ius comune*, in *Rivista internazionale di diritto comune* 7, 1996, p. 207.

¹⁷ I Glossatori non si posero di fronte alla compilazione giustiniana – come assai più tardi i giuristi dell'Umanesimo – nell'atteggiamento di chi guarda con occhio di storico, ma di quello di chi è indifferente ad ogni suggestione che non muova dalla fede nella più viva attualità dell'oggetto da guardare: data l'assenza di codificazioni, l'intento principale della scuola non era e non poteva essere rivolto a studiare, in quanto tale, un complesso di norme antiche e perciò morte, ma a considerare quelle norme come la guida sicura e insostituibile che presiedeva al movimento rinnovatore della vita giuridica contemporanea. Se, dunque, la scuola non provvide e non tentò nemmeno di restituire i testi giuridici romani alla loro genuina lezione, vi è da precisare, però, che essa non lo fece perché il tempo in cui prosperò non lo consentiva e non lo esigeva. L'ignoranza della storia da parte dei Glossatori, anzi, lungi dal potersi allegare a loro biasimo, fu, d'altra parte, per certo, causa non ultima della salvezza del diritto romano e della sua propagazione.

dente, come la *lex* insomma, viva e vigente¹⁸, autonoma e distaccata dalle opere dalle quali originariamente derivava, dalla *litera* della quale, data l'integrale accettazione della sua autorità¹⁹, non potevano distaccarsi²⁰.

Se dapprima questo studio si svolse attraverso “glosse” o annotazioni, interlineari o marginali, di chiarimento letterale ai singoli testi, nella letteratura successiva si sviluppa e si perfeziona il metodo d'indagine: si leggeva anzi-

¹⁸ La tesi tradizionale secondo la quale i giuristi medievali, a partire dai primi Glossatori, avevano riconosciuto all'intero corpo delle norme giustinianee un “valore assoluto ed esclusivo” è messa in dubbio dall'Astuti, secondo il quale, al contrario, i suddetti giuristi non avrebbero mai assegnato a quel diritto una tale autorità, né gli avrebbero mai attribuito vigenza in ogni società ed in ogni regione del mondo: all'inverso, essi avrebbero dichiarato esplicitamente di “*accettarne ed applicarne le disposizioni secondo il loro discernimento critico, respingendo quelle contrarie alla consuetudine e all'equità*”. I Glossatori avrebbero, allora, avuto il merito di “*aver compiuto la necessaria selezione tra ciò che era morto, e privo di interesse attuale, e ciò che ancora poteva costituire elemento vivo e vitale dell'ordine giuridico*”. ASTUTI, *Recezione teorica*, cit. pp. 254-255.

¹⁹ Il fondamento dell'autorità superiore riconosciuta nel Medioevo e nell'età moderna al diritto giustiniano è tema in discussione: cfr., sul punto CASSANDRO, *Lezioni di diritto comune* 1, Napoli, 1971, pp. 285-286; PIANO MORTARI, *Dogmatica e interpretazione. I giuristi medievali*, 1976, p.17; DILCHER, *Kaiserrecht, Universalität und Partikularität in der Rechtsordnung des Mittelalters*, in *Rivista internazionale di diritto comune* 5, 1994, pp. 221-245; BELLOMO, *Condividendo, rispondendo, aggiungendo. Riflessioni intorno al ius comune*, in *Rivista internazionale di diritto comune* 11, 2002, pp. 287-288.

²⁰ Come questo modo di operare intorno ai testi derivasse da un lato dalle stesse prescrizioni di Giustiniano per la salvaguardia della sua Codificazione, sicchè l'attività dei giuristi sui testi in essa compresi, proibita ogni specie di commento, avrebbe dovuto limitarsi a semplici traduzioni letterali, ad indici, ad annotazioni, vedi le costit. premesse al Digesto: *Deo autore* 12 e *Tanta* 21.

tutto il testo giustiniano, esponendone il *casus*²¹ e lo si riassumeva (*summa*²²) notandone al contempo le *regulae*²³, che eventualmente se ne potessero ricavare, per poi applicarle al caso concreto rilevandone le concordanze, le analogie e le antinomie con altri testi e cercando di spiegarlo o comunque di rendersene ragione, rammentando o proponendo casi pratici che potevano trovar regola nel testo esaminato ed infine ancora riassumendo quanto si era rilevato, discusso o richiamato dettando la conclusione emersa e talvolta tentando anche l'indagine sulla *ratio legis*.

Il lavoro compiuto dalla scuola lungo il corso di un secolo e mezzo perviene al suo coronamento e insieme si esaurisce nella *Glossa Accursiana*²⁴ o *Glossa Magna* e più brevemente, per antonomasia, *Glossa*, un vastissimo appa-

²¹ I *casus* erano esempi pratici, dei quali si fecero presto interessanti raccolte, che venivano formulati in punto di applicazione della singola norma per meglio chiarirne il significato. Notissimi quelli di Viviano Toschi (1228-59) stampati correntemente, insieme alla *Glossa Ordinaria*, nelle edizioni cinquecentesche del *Corpus Iuris Civilis*.

²² Le *summae* o *summulae* erano riassunti del contenuto di parte dei testi giustiniani (per es., titoli o libri) o trattazioni di un singolo istituto (per es., *de actionibus*, ecc.). Esse testimoniano, insieme ai più tardi *tractatus* la capacità di sintesi che la scuola sapeva unire alla sua inarriabile capacità di esegesi.

²³ Le *regulae* o *brocarda* erano principi fondamentali di diritto, redatti concisamente in forma di massime, in modo da prestarsi facilmente alla redazione mnemonica. Famosa la raccolta *Aurea brocardica Azonis* stampata spesso in coda alla celeberrima *Summa* dello stesso (vedi, per es., la ed. Venetiis, 1596).

²⁴ In quest'opera veramente colossale, che si stende materialmente sui margini dei libri in modo da circondare pagina per pagina l'intero testo del *Corpus Iuris Civilis* sì da costituire un commento completo e continuato, Accursio aveva raccolto e riassunto le glosse dei suoi predecessori nonché le loro interpretazioni sparse nelle varie opere, aggiungendovi poi le proprie personali opinioni.

to destinato a sostituirsi al testo giustiniano di cui veniva abbandonato l'uso diretto²⁵.

Sugli inizi del XIV secolo, in Italia, in contrasto col pigro ruminamento²⁶ della *Glossa Accursiana*, la cui autorità aveva finito per diventare incombente, si va però affermando una nuova metodologia: forma letteraria tipica della nuova scuola fu il commento il cui scopo era la penetrazione del *sensus* a differenza di quello della glossa che era quello della chiarificazione della *litera*.

La distinzione è scolastica; il glossatore conosce bene²⁷ l'insegnamento di Celso: “*scire leges, non est verba eum tenere, sed vim ac potestatem*” e sa dunque che dei *verba* è obbligato a identificare la *vis* (l'intrinseco contenuto) e la *potestas* (cioè la capacità normativa che ciascuna disposizione di legge possiede dentro di sé, rispetto a tutte le situazioni che non contempla, ma che logicamente si riportano ad essa). Il glossatore sillogizza, argomenta, distingue, in-

²⁵ Che la compilazione accursiana avesse sostanzialmente fatto cadere in oblio la letteratura precedente, è fatto che emerge dalla sua stessa fama, dalla autorità ad essa riconosciuta. Baldo (m. 1400) - ad l. 8, C. 6. 26 - infatti ancora sentenziava: “*adhaereas glossis ordinariis sicut Bononienses adhaerent caroccio et sicut inducens navem adhaeret timoni*”; e già nel secolo stesso di Accursio, talune legislazioni cittadine (per es., di Verona e di Bologna) avevano sottolineato la grande autorità della Glossa facendo precetto ai giudici – *deficientibus statutis* – di giudicare secondo il suo dettato.

²⁶ Cfr. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, Torino, 1963.

²⁷ Glossa, *Scire leges* D. 1.3 *de legibus senat. consultis*, p.17.

nalzandosi alla contemplazione della *mens legis* (meta naturale e costante).

Con i commentatori (tra cui: Cino da Pistoia, Bartolo da Sassofferato, Baldo degli Ubaldi, Riccardo Malombra, Oltrado da Ponte, Alberico da Rosate, Raniero da Forlì, Bartolomeo da Saliceto, Andrea d'Isernia, Niccolò Spinelli, Luca da Penna) comunque può dirsi posto in concreto il problema della sistematica (sulla base dei principi dedotti con metodo sillogistico dalle norme scritte si erigono costruzioni teoretiche)²⁸.

Tale tendenza si manifesta nel modo più evidente nel dar vita ad una serie di trattatelli monografici, indipendenti da ogni schema tradizionale, in cui si affrontano i vari istituti e nei quali l'ordine della materia²⁹ (a differenza del commento che il più delle volte continua a svolgersi secondo

²⁸ Sui commentatori restano sempre utili per la ricerca i ragguagli biografici e bibliografici del Savigny (ma non sempre i giudizi critici). Cfr. inoltre BRUGI, *La riabilitazione dei giuristi accursiani*, in *Saggi*, p. 113 ss.; ID., *Alcune osservazioni sul periodo storico dei Postglossatori in Italia*, in *Arch. Giur.*, 1881. Per la bibliografia cfr. RICCOBONO, *Roma madre delle leggi*, in *BIDR.* 57-58, 1953; PIANO MORTARI, in *ED.* 7, Milano, 1960; CHIAZZESE, *Vicende e interpretazioni delle fonti romane in Occidente*, in *Annali Sem. Giur. Univ. Palermo* 33, 1972; VACCA, *La garanzia per evizione e le obbligazioni del venditore nel sistema romano del Codice Civile italiano*, in *Studi in onore di G. Gorla* 2, Milano, 1994.

²⁹ Con i Glossatori – data la più assoluta subordinazione dell'interpretazione alla *litera* del testo, addirittura ai suoi *verba*, sia isolatamente presi, sia nella loro *iunctura* – l'ordine dello studio veniva ad essere dato dalla successione dei testi, così come erano stati disposti da Giustiniano (ordine legale) .

l'ordine legale dei testi) è a volta a volta determinato dalla costruzione che si cerca di farne.

Sulla base dell'identificazione del diritto con la norma scritta e del conseguente porsi dell'interpretazione come opera di svolgimento logico del dato normativo era dunque affrontato il problema del rapporto *conventio – contractus – pacta*.

Gli interpreti medioevali, educati nella tradizione scolastica, con mentalità imbevuta dallo spirito sistematico, attraverso fini tecniche sillogistiche, ragionamenti *per absurdum*, asserivano – piegando le fonti a soluzioni estranee – che principio base del sistema giuridico giustiniano sarebbe stato quello dell'irrelevanza della *voluntas* in ordine alla costituzione di rapporti giuridici.

I glossatori infatti distinguevano nettamente i *contractus*, figure tipiche che essendo tutelate da *actiones* erano capaci di costituire rapporti giuridici, dai *pacta* atti bilaterali informali (dunque accordi di volontà) che essendo tutelati da sole *exceptiones*³⁰, non erano capaci di costituire rapporti giuridici (ma solo di estinguerli, e che potevano essere fatti valere solo a seguito di iniziativa giudiziale della controparte). *Contractus* erano, dunque, meri atti tipici.

³⁰ Ulp. D. 2.14.7.4: “...igitur nuda pactio obligationem non parit sed parit exceptionem”.

L'orientamento è perfezionato dai postglossatori: la parola *pactum* è concepita come un Oberbegriff da cui deriva la nozione del contratto; *pactum (conventio)*, si configura cioè come *genus*³¹, caratterizzato dal *consensus in idem placitum*, del quale il *contractus* è una *species* caratterizzata dalla capacità di far nascere *actiones*: il *genus pactum*, essendo tutelato da sole *exceptiones*, non ha tale capacità.

Limpida è la formulazione del *Brachylogus iuris civilis*: «*Contractus autem est pactum, quod parit actionem*»³².

Al di là, però, della sussunzione dei *contractus* nella categoria delle *conventiones*, le dottrine medioevali non temperano la discriminazione nel regime dei patti: i *pacta* vengono distinti in *pacta vestita (contractus)*, *pacta* aventi efficacia *ad obligandum et ad agendum* (muniti cioè di autonoma tutela processuale) e *pacta nuda*, *pacta* non aventi efficacia *ad obligandum et ad agendum* (sforniti di azione processuale) *quia nudum pactum regulariter non parit actionem sed exceptionem*³³.

Le connotazioni che trasformano un *nudum pactum* in *pactum vestitum* sono le forme tipiche: al di là, dunque, di alcune ipotesi a tipicità causale (*emptio-venditio, locatio-conductio, societas, mandatum*) - in relazione alle quali

³¹ *Genus* (da *gignere*: generare, di origine indoeuropea) è una classe generale comprensiva di più elementi (*species*) distinti da altri dello stesso genere per certi comuni caratteri particolari .

³² *Brachylogus* 3.13.3.

³³ SALATIELE, *Ars notarie* 2, Milano, 1961, 100.

l'ordinamento avrebbe consentito per la tutela in via d'*actiones* la forma meramente consensuale -, fatto costitutivo di rapporti giuridici sarebbero state le forme: orali, scritte, gestuali (*obligationes verba, literis, re contractae*).

Ancora nella *Glossa*³⁴ infatti chiaramente si legge:

Convenit inter me e te quod permutaremus codices nostros adinuicem, e ego ante quam darem meu, volo agere adversus te, ut tuum mihi des, nunquid possum?

Et respon. quod non, quia fuit nuda pactio, quae actionem non parit, sed exceptionem, et est in hoc casu verum, quod non parit actionem nec in contractu permutationis nec ullo alio contractu.

Il sistema avrebbe trovato dunque il suo momento d'elezione nel formalismo, escludendo la rilevanza della volontà delle parti in ordine alla produzione di effetti giuridici costitutivi.

Dal momento però che le fonti largamente testimoniano una serie di figure pattizie (non riconducibili cioè in alcun modo ai tipici moduli contrattuali) eppure tutelati da *actiones* e non da sole *exceptiones*, la *Glossa* separa, in via di specificazione, dal *genus pactum* un *tertium quid*: “*pacta legis vel praetoris ausilio vestitae*³⁵” - pattuizioni (atti infor-

³⁴ Glossa a D. 2.14 *lex* 8 (= D. 2.14.7 ed. Mommsen).

³⁵ La nomenclatura *pacta praetoria* non trova riscontro nelle fonti romane; essa è medioevale.

mali) munite di efficacia *ad obligandum et ad agendum* da un provvedimento normativo (*compromissum, pactum dotis, pactum donationis*) o dal pretore (*ius iurandum voluntarium, constituta, recepta* – pattuizioni a contenuto strettamente obbligatorio; *pignus conventum, pactiones et stipulationes* di usufrutto e di servitù prediali – pattuizioni costitutive di diritti reali).

E' chiaro, però, che il diritto civile oggetto dell'attività della scienza giuridica medievale non si identificava col diritto romano che aveva cessato di vivere con la fine della società romana; esso era un prodotto dell'attività dottrinale che aveva plasmato, selezionato, interpretato norme ricavate dai testi giuridici antichi per adeguarle alla concreta prassi giuridica e, di conseguenza, per usarle ai fini della disciplina dei rapporti intersoggettivi e della loro tutela giurisdizionale³⁶. L'*interpretatio* iniziata dai glossatori e proseguita dalle successive scuole e generazioni di giuristi esprimeva la grande tradizione di pensiero costantemente vivificata dagli apporti della dottrina, che l'adeguava alle necessità di volta in volta emergenti nella vita concreta del diritto e costituiva di conseguenza, il diritto effettivamente

³⁶ Tale funzione creativa della dottrina era chiaramente presente nel secolo XVI ai sostenitori del *mos italicus*, polemici nei riguardi dei nuovi indirizzi di studio aperti del *mos gallicus*. In proposito appaiono interessanti le parole di Alberico Gentili (1552-1608) il quale dichiarava: *Quam ob rem discimus ius civile? Eo tantum consilio plurimi, ut vel ad res iudicandas, vel ad causas agendas in foro instructiores paratioresque reddamur, non ut in grammatica historicave illius cognitione oblectemur.* ALBERICI GENTILIS, *De iuris interpretibus dialogi sex*, a cura di Guido Astuti, Torino, 1937, p. 143.

vigente al quale corti di giustizia e pratici³⁷ dovevano riferirsi. Una tradizione interpretativa che aveva fatto conoscere alle norme giuridiche una decisa evoluzione, che al loro interno aveva certamente operato una severa selezione, prendendo in considerazione solo le norme – la maggioranza – utili alla disciplina della prassi giuridica, e che, quindi, aveva prodotto, sotto più aspetti, un sensibile mutamento sia nei contenuti della disciplina, sia nella definizione delle categorie astratte in cui includere le singole disposizioni. Ne era nato un diritto nuovo rispetto al diritto romano giustiniano, un diritto che in virtù del fatto di essere radicato in quest'ultimo, ne condivideva la natura di diritto comune.

1.3 – DALL'UMANESIMO AL GIUSNATURALISMO. Nel Basso Medioevo³⁸ nel settore della negozialità e sul piano della prassi giuridica si registra una situazione diversa da quella rigida e formalistica dello *ius commune*.

L'espandersi dei traffici commerciali e dapprima sul piano internazionale - tra operatori, dunque, aventi lingue e costumanze giuridiche diverse - comincia ad esigere il riconoscimento di una piena efficacia giuridica delle figure “snelle” (libere da gravami formali) che la realtà mercantile va conoscendo.

³⁷ Cfr. CARAVALE, *Alle origini del diritto europeo*, cit., p. 25.

³⁸ CORTESE, *Il diritto nella storia medioevale*, Roma, 1995; per la storia economica cfr. KASER, *Il basso medioevo; traduzione di Enrico Besta*, Firenze, 1925.

Tali esigenze sono alla base dell'ampliamento della contrattualità, sorretto dalla teoria dell'*aequitas mercatorum*: i negozi mercantili sfuggono agli schemi del diritto comune svolgendosi spesso e con piena efficacia come *nuda pacta*, trattandosi di negoziazioni tra professionisti del commercio che, per norma generale, si ritengono possessori della formazione adeguata per contrattare in uguaglianza di circostanze.

Più tardi, apprezzandosi sul piano teorico un disequilibrio tra le parti, queste si consolideranno in negozi formali ed astratti.

Già, però, dalla seconda metà del XV secolo - e più ampiamente ancora nel secolo XVI -, in quel generale processo di revisione da cui in definitiva nasce il mondo moderno, anche sul piano dottrinale si assiste ad un movimento di rinnovazione che porta ad accentuare sempre più un distacco da concezioni e metodi fino allora imperanti.

E' l'Umanesimo giuridico³⁹, un movimento che in origine è essenzialmente italiano⁴⁰, ma che troverà poi, durante il XVI secolo, le sue maggiori espressioni in Francia,

³⁹ Sull'Umanesimo giuridico cfr. per le opere più recenti: MAFFEI, *Gli inizi dell'umanesimo giuridico*, Milano, 1956; PIANO MORTARI, *Cinquecento giuridico francese: lineamenti generali*, Napoli, 1970; ASCHERI, *I giuristi, l'Umanesimo e il sistema giuridico dal Medioevo all'età moderna*, Siena, 1992; CATTANEO, *Riflessioni sull'umanesimo giuridico*, Napoli, 2004.

⁴⁰ Sulla lunga preparazione che porta al movimento del XVI secolo e sul suo significato nel quadro del Rinascimento, v. CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, cit., cap. 5.

con la cosiddetta “Scuola dei Culti” e il suo orientamento verrà perciò indicato come “*mos gallicus*” in contrapposto al “*mos italicus*” cioè in contrapposto al metodo dei commentatori e alla tradizione bartolista.

Le più antiche forme d’interpretazione verbale o razionale dei testi si mutano in una più ampia esegesi filologica e storica⁴¹: tali *humaniores literae* vengono, infatti, in misura sempre più larga, impiegate come mezzo per una migliore conoscenza critica del *Corpus Iuris*, del quale si tende a rivalutare il fondo classico⁴², contro le manipolazioni di Giustiniano e dei suoi collaboratori e contro le interpretazioni dei Glossatori e le elaborazioni dei Commentatori, gli uni e gli altri oggetto delle più violente accuse.

Sotto l’impulso delle varie e contrastanti necessità di un mondo avviato alle più profonde trasformazioni, in tutti i campi e sotto tutti gli aspetti, e che perciò aveva comunque

⁴¹ Va qui avvertito che il problema della storicità del diritto, inteso come problema della concezione storica del diritto – sul quale ci si fermerà in seguito –, trascende di gran lunga il problema dello studio della storia giuridica. In particolare, non si può commisurare la “presenza” e l’intensità della concezione storica del diritto al *quantum* di indagini storiche di cui si circonda e con le quali operi una scienza giuridica, potendosi avere manifestazioni di una concezione e di una coscienza storica del diritto anche senza alcun corredo di nozioni ed indagini storiche, e, per converso abbondanza di nozioni e indagini sullo svolgimento del diritto senza che ciò implichi una concezione storicistica.

⁴² Su ciò vedi RICCOBONO, *Mos italicus e mos gallicus nell’interpretazione del Corpus iuris civilis*, in *Acta Congr. Iur. Intern.* 2, Roma, 1935, p. 377 ss. Com’è noto furono gli Umanisti ad iniziare la critica interpolazionistica delle fonti romane: su ciò cfr. PALAZZINI FINETTI, *Storia della ricerca delle interpolazioni nel Corpus Iuris giust.*, Milano, 1953.

bisogno di nuovi assetti normativi, le fonti, sottoposte a critica-interpretativa, vengono poi investite da un processo di elaborazione e costruzione che man mano ne risolve, trasforma e rinnova tutte le connessioni.

Al di là della Francia, però, il movimento umanistico trova scarso seguito. Ciò non meraviglia se si pone mente al fatto che attaccando la letteratura giuridica dei Glossatori e dei Commentatori per la rozzezza del loro stile o per i loro errori di interpretazione lessicale o storica, si rifiuta in blocco tutta una tradizione che comprendeva quattro secoli di giurisprudenza medievale; e che quando dalle critiche ai bartolisti e agli accursiani si passa ad esaltare la tradizione classica contro l'opera personale dei compilatori del VI secolo, si fa saltare per aria l'autorità del *Corpus Iuris*, nel suo valore di monumento legislativo unitario e ci si apre la via alla considerazione storica del diritto, alla valorizzazione delle tradizioni giuridiche nazionali e in definitiva a porre l'istanza sempre più pressante di nuove codificazioni⁴³.

Mentre la Francia, infatti, per la sua stessa storia, poteva cercare la certezza di un suo diritto attraverso nuove

⁴³ Saranno poi giusnaturalismo e razionalismo che condurranno prima alle Consolidazioni e poi alle Codificazioni. Tralasciando una numerosa serie di tentativi, di progetti e di raccolte precedenti, ricordiamo soprattutto il Codice prussiano del 1794, il Codice francese del 1804, il Codice austriaco del 1811, il Codice italiano del 1865, che apriranno una nuova pagina nella storia del diritto europeo continentale. Sul punto cfr. MELILLO, *Personae e status in Roma antica*, Napoli, 2006, pp. 22-30

forme⁴⁴, altrove⁴⁵, le condizioni storiche facevano sì che il mantenere ferma la tradizione del *Corpus Iuris* fosse il principale, se non l'unico modo per assicurare stabilità e certezza al diritto sottraendolo alle tumultuose vicende che continuavano a sconvolgere gran parte dell'Europa.

Un radicale rinnovamento dottrinale si avrà invece dagli inizi del XVII secolo con il giusnaturalismo⁴⁶ e il ra-

⁴⁴ Si pensi che già dal secolo XVI, oltre a redazioni del *droit coutumier* regionale e locale e alle loro *réformations*, cominciano anche le grandi *ordonnances* regie, che nonostante le difficoltà di applicazione rappresentavano i primi sforzi per una legislazione uniforme di quel Regno.

⁴⁵ MAZZACANE, *Sistematiche giuridiche e orientamenti politici e religioso nella giurisprudenza tedesca del secolo XVI*, estratto da *Studi di Storia del diritto medioevale e moderno a cura di F. Lotta*, Bologna, 1999, p. 233.

⁴⁶ Dall'amplessima storiografia specifica sull'argomento si segnalano qui le opere più recenti e di carattere generale. LE FUR, *Histoire du droit naturel depuis le XIIème siècle*, La Haye, 1927; SAUTER, *Die philosophischen Grundlagen des Naturrechts. Untersuchungen zur Geschichte der Rechts- und Staatslehre*, Wien, 1932; LOTTIN, *Psychologie et morale aux XIIème et XIIIème siècles* 6., Louvain, 1942-1960; DODD, *Natural Law in the Bible*, London, 1946; STADTMÜLLER, *Das Naturrecht im Lichte der geschichtlichen Erfahrung*, Recklinghausen, 1948; BRUNI ROCCIA, *La dottrina del diritto naturale in America*, Milano, 1950; AMBROSETTI, *Il diritto naturale della riforma cattolica*, Milano, 1951; WOLF, *Grosse Rechtsdenker der deutsche Geistesgeschichte*, Tübingen, 1951; VOGGENSPENGER, *Der Begriff de ius naturale im römischen Recht*, Basel, 1952; FLÜCKIGER, *Geschichte des Naturrechts* 1. *Alterum und Frühmittelalter*, Zürich, 1954; GALAN Y GUTIERREZ, *Ius naturale*, Valladolid, 1954; HARDING, *Origins of the Natural Law Tradition*, Dallas, 1954; THIEME, *Das Naturrecht und die europäische Privatrechtsgeschichte*, Basel, 1954; STRAUSS, *Diritto naturale e storia*, Venezia, 1957; SOLARI, *Individualismo e diritto privato*³, Torino, 1959; PIOVANI, *Giusnaturalismo ed etica moderna*, Bari, 1961; PASSERINI D'ENTREVES, *La dottrina del diritto naturale*², Milano, 1962; FASSO', *La legge della ragione*, Bologna 1964; VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, 1968; BOBBIO, *Locke e il di-*

zionalismo, che saranno tra i più forti elementi conducenti alle Codificazioni⁴⁷.

Ispirato ad una concezione essenzialmente individualista e ponendosi, almeno nelle principali correnti, come movimento diretto a risolvere lo Stato negli individui che lo compongono, l'utilità pubblica nell'utilità privata, il giusnaturalismo faceva perno sul diritto privato per fondare un sistema di diritti soggettivi, quali attributi innati e insopprimibili dell'individuo⁴⁸ e tendendo a porli fuori d'ogni discussione si proponeva di svincolarli il più possibile dai rapporti politici, affermando che, in quanto innati, competerebbero all'individuo a titolo originario e perciò non solo sarebbero anteriori e superiori allo Stato ma indipendenti da esso.

Si comprende, pertanto, che i principali artefici di queste nuove correnti – dall'Olanda Grozio e Spinoza, dalla

ritto naturale, Torino, 1963. Da ultimo cfr. TODESCAN, *Etiamsi darremus: studi sinfonici sul diritto naturale*, Padova, 2003.

⁴⁷ In Francia, *Les lois civiles dans leur ordre naturel* (1689) di DOMAT saranno dette «la prefazione al Codice Napoleonico»; il *Droit commun de la France et la coutume de Paris réduit en principe* (1747) di BOURJON, a quel codice forniranno gli elementi fondamentali del suo schema; le *Pandectae Justinianae in novum ordinem digestae* (1748) di POTHIER, ad esso forniranno gran parte del suo materiale. Sul punto cfr. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico*, cit., p. 73 ss.

⁴⁸ L'individuo è posto al centro di tutta la costruzione giuridica in veste di *subiectum* (l'espressione *subiectum iuris* in questo significato, non risale oltre il XVII secolo. Fino allora si era operato attraverso la nozione di persona. Quando le fonti romane parlano di *subiecti*, è nel senso di “persone assoggettate”) e intorno a lui viene fatto ruotare il sistema giuridico, il quale sembra risolversi in una serie di “predicati” del soggetto stessa, risultanti dalle sue “qualità”, dalle sue “attribuzioni” e dalle sue “attività”.

Francia il Cartesianismo e Domat, in Inghilterra Hobbes e Locke, in Germania⁴⁹ Pufendorf, Leibniz, Thomasius e Wolff –, con diversi punti di partenza e di arrivo, si muovano in un'unica orbita: l'esaltazione della ragione come fonte suprema da cui fluisce il diritto naturale, avente posizione di preminenza su ogni legislazione positiva.

La speculazione giuridica positiva aspira pertanto in maniera sempre più forte all'esplorazione di un ordine naturale delle cose, alla ricerca del costante e dell'universale, all'individuazione dei principi generali ed assoluti del diritto di natura da cui trarne i propri e sui quali modellare i propri schemi.

⁴⁹ La situazione tedesca era del tutto particolare. Dal XV sec. il *Corpus Iuris*, per quanto riguardava il diritto privato, era stato considerato *in complexu* come legislazione vigente: il fenomeno prese il nome di "recezione". Per effetto di essa il *Corpus Iuris* si inserì tra le fonti del diritto privato tedesco, assumendovi una posizione di preminenza sul diritto locale, in gran parte consuetudinario e perciò considerato *ius incertum*. Questa funzione di legge vigente attribuita alle fonti romane, anzi, ancora più precisamente alle sole fonti conosciute dalla Scuola di Bologna e annotate dai Glossatori, fece sì che si perpetuassero, insieme agli scritti dei Glossatori e dei Commentatori, le forme di studio che questi avevano seguito; ed in realtà sussistevano le stesse ragioni storiche che avevano portato in Italia all'attività dei Commentatori. La scienza giuridica tedesca, come quella italiana dei secoli precedenti, doveva raggiungere il duplice obiettivo di tener ferma la certezza del testo giustiniano e al tempo stesso compiere un progressivo adattamento delle norme e principi romani alle concrete esigenze della vita di quei secoli: da qui un incessante lavoro di interpretazione casistica condotto da generazioni di giuristi, tutti rivolti a realizzare quello che si diceva l'*usus modernus Pandectarum in foro germanico*.

La prima fonte di questi principi permane il *Corpus Iuris*⁵⁰, la cui tradizione appare essa stessa una conferma dell'universalità ed assolutezza dei principi che vi si tramandavano. Gli assalti dell'Umanesimo, infatti, avevano scalfito solo in piccola misura l'autorità di quella tradizione e la pratica e gran parte della didattica continuavano ad esservi ancorate.

Si sviluppa in tal modo quel movimento che farà consistere la validità del diritto romano soprattutto nel suo contenuto razionale, sicchè per spiegarne il valore nella scienza giuridica e la sua particolare vigenza si dirà che esso si imponeva da solo, non già *ratione imperii*, ma *imperio rationis*.

Il nuovo orientamento, con un impegno ancora maggiore di quello dei Commentatori, risale anch'esso nello studio del diritto romano dalle norme ai principi; a differenza di questi ultimi, però, che vi risalivano per una migliore interpretazione ed applicazione delle norme stesse, ora lo sforzo è orientato all'individuazione di principi per costruire ed operare soprattutto attraverso questi ultimi.

⁵⁰ In effetti la tradizione romanistica incombeva su tutta la formazione del pensiero giusnaturalistico; persino chi in tutto o in parte voleva distaccarsene o comunque assumeva un atteggiamento critico era pur sempre condizionato dalla problematica delle fonti romane e dal loro valore di norma positiva, in particolare in Germania. Dato ciò, una delle vie per rendere operante il pensiero giusnaturalistico era di introdurlo nell'elaborazione delle fonti romane.

Per altro verso se, fino ad allora, la sistematica era intesa come ordine di esposizione, cioè come collocazione materiale dei diversi argomenti in una successione volta per volta stabilita da affinità di materia, da connessioni logiche, da progressive partizioni, deduzioni e via dicendo, ora essa si risolve nella costruzione di un vero e proprio “sistema”, inteso quest’ultimo come complesso di elementi vincolato in tutte le sue parti ed in ogni senso ad un postulato ordinante, nel quale da ogni punto si può procedere e retrocedere verso ogni punto⁵¹.

La conoscenza del diritto naturale si ottiene pertanto muovendo da un principio⁵² fondamentale e traendo da esso deduttivamente⁵³, per via di una successione ininterrotta di

⁵¹ Il postulato da cui muovono i giusnaturalisti e che si esplica nell’idea che i giuristi romani avessero costruito “un sistema” giuridico con procedimento deduttivo, analogo a quello geometrico, si coglie pienamente nell’affermazione del LEIBNIZ: *Dixi saepius post scripta geometrarum nihil extare quod vi ac subtilitate cum Romanorum iuriconsultorum scriptis comparari possit, tantum nervi inest, tantum profunditatis* (*Opera omnia* 4, ed. Dutens, Ginevra, 1768, p. 254).

⁵² Principio ordinante e nucleo essenziale del sistema è il problema dell’individuo, considerato nella sua capacità, nei suoi rapporti e nei suoi atti. Per ciò stesso i punti fondamentali d’ogni trattazione sono la teoria del soggetto di diritto (*subiectum iuris*), la teoria dei diritti soggettivi (*iura et obligationes*) ed infine quella teoria degli atti giuridici (*actus iuridici*), intesi soprattutto come *nudae assertiones et dispositiones*, da cui nasce la teoria del negozio giuridico, quale riconoscimento dell’autonomia individuale e attuazione della volontà del privato nella sfera del diritto.

⁵³ E’ stato notato come il concetto di negozio giuridico più che ricavato dall’osservazione dei fenomeni giuridici sembra dedotto con procedimento astrattamente schematico dal concetto di persona, per cui il rapporto persona – cosa – azione non sarebbe che l’analogia della proposizione grammaticale soggetto – oggetto – predicato. Cfr. PASSERIN D’ENTREVES, *Negozio giuridico*, Torino, 1934, p. 6, nota.

dimostrazioni, tutta la materia: in questo modo, però, quella che fino alla seconda metà del XVIII secolo era stata essenzialmente speculazione filosofica venne a penetrare di sé la scienza giuridica.

In campo negoziale, in particolare, si consacra a principio dogmatico del diritto naturale “*solus consensus obligat*”, derivandosene che *contractus* e *pacta* non si distinguessero per la forza obbligatoria⁵⁴, ma per una questione di forme, che non avrebbero pertanto funzione costitutiva, ma soddisferebbero l’esigenza di certezza giuridica.

Nel Trattato delle obbligazioni di Pothier chiaramente si legge:

*“I principi del diritto romano sulle differenti specie di patti, e su la distinzione de’ contratti e de’ semplici patti, non essendo appoggiati al diritto naturale, anzi essendo totalmente contrari alla sua semplicità, sono aboliti dalla nuova legislazione... Da ciò ne segue che noi non possiamo adottare la definizione del contratto che ci somministrano gl’interpreti del diritto romano, cioè *Conventio nomen habens a jure civili, vel causam*: ma dobbiamo piuttosto definirlo, una convenzione mediante la quale due persone promettono e si obbligano reciprocamente, o l’una soltanto di*

⁵⁴ PUFENDORF, *De jure naturae et gentium*, Lausanne-Genève, 1744, p. 367 ss.; DOMAT, *Le lois civiles dans leur ordre naturel. Des conventions en général*, titre 1, Paris, 1745, p. 19 ss.

esse verso l'altra, a dare, a fare o a non fare qualche cosa⁵⁵”.

Ancora,

“Se le nostre leggi vogliono che siano ridotte in iscritto quelle l'oggetto delle quali eccede le 150 lire, con ciò non hanno altro in vista che di regolare il modo in cui devono essere provate qualora sia negata la esistenza: ma non intendono che la scrittura sia un oggetto sostanziale della convenzione; poiché senza ciò ella è valida, e i contraenti che ne ammettono la esistenza possono essere obbligati ad eseguirla. Oltre di ciò si può sempre deferire il giuramento decisorio a colui che la nega: la scrittura è necessaria per la prova, non già per la sostanza della convenzione⁵⁶”.

Sicuramente vi è adesso un più vivo e cosciente sentimento del valore creativo, ad opera del giurista, degli schemi che egli si accinge ad escogitare e ad impiegare. La fonte da cui trarre il principium cognoscendi appare sempre costituita dalla realtà oggettiva, ma la scelta di un principium piuttosto che un altro è considerata ormai come una determinazione compiuta dalla scienza giuridica⁵⁷.

Ma da questa coscienza non derivano, per la scienza giuridica di quei secoli tutte le conseguenze che da essa ci si

⁵⁵ POTHIER, *Trattato delle obbligazioni secondo le regole tanto del foro della coscienza quanto del foro civile*, Paris, 1745, pp. 13-14.

⁵⁶ POTHIER, *Trattato delle obbligazioni*, cit., p. 26.

⁵⁷ Cfr. PUTTER, *Elementa iuris naturae*, Gottinga, 1753, par. 230, p. 73: “*Principium cognoscendi disciplinae cuiusdam est propositio, ex qua aliae propositiones eiusdem disciplinae concipi possunt*”.

sarebbe potuti attendere. Anzi, in particolare, movendo dal presupposto dell'unità, immutabilità ed autonomia della ragione, si postula un valore di universalità per gli schemi razionalmente creati e, dunque, storicamente condizionati⁵⁸.

E comunque, al superamento in qualche modo di quel dualismo tra scienza ed oggetto, proprio della visione oggettivistica tradizionale, si perviene solo al costo di trasportare la “scienza del diritto” sul piano filosofico, col risultato di scavare un solco sempre più profondo tra “scienza” e “pratica” e di allontanare sempre di più la “scienza” dal concreto operare del suo oggetto e dalla vita cui questo inerisce. Sciolta dalla tradizionale subordinazione ai propri dati, la scienza del diritto tende a porsi come pura attività razionale e a fondarsi sull'*a priori*.

1.4 – SCUOLA STORICA E PANDETTISTICA; LA NECESSITÀ DELLE CODIFICAZIONI -. Con il giusnaturalismo del XVII secolo e, ancora di più, col razionalismo del XVIII secolo, nella scienza giuridica si registra un parziale sganciamento dai dati testuali, che porta ad identificare il diritto con qualcosa di più ampio delle norme scritte; d'altra parte, tuttavia, in essa si consolida una maniera sempre più astratta di concepire il fenomeno giuridico.

⁵⁸ Qualsiasi schema si adottasse, esso si poneva – nell'opinione del suo creatore o dei suoi seguaci – come un assoluto; e appunto perché ritenuto tale, come necessariamente idoneo nella sua generalità ed astrattezza a sussumere ed inquadrare permanentemente qualunque “diritto”.

Contro tali orientamenti si oppone nel XIX secolo la Scuola Storica di F. C. von Savigny⁵⁹.

La Scuola Storica tedesca, seppure legata a motivi contingenti del suo tempo e del suo luogo d'origine⁶⁰, ha fra i suoi meriti principali quello di aver spostato il fulcro della speculazione giuridica dall'accertamento astratto di postulati razionali alla concreta indagine della realtà storica critica-

⁵⁹ Tra le diverse interpretazioni del Savigny, qui si cita quella offerta da ORESTANO, *Introduzione allo studio storico*, cit., p. 113. Sul Savigny cfr. più recentemente: DE MARINI, *Antologia di scritti giuridici. Friedrich Karl von Savigny, a cura di Franca De Marini*, Bologna, 1980; MANTELLO, *A proposito di Savigny: una riflessione sulle riflessioni*, Milano, 1981; SCHIAVONE, *Alle origini del diritto borghese: Hegel contro Savigny*, Bari, 1984; MAZZACANE, *Savigny e la storiografia giuridica tra storia e sistema con un'appendice di testi*², Napoli, 1976; ID., *Vorlesungen über juristische Methodologie 1802-1842. Friedrich Carl von Savigny; herausgegeben und eingeleitet von Aldo Mazzacane*, Frankfurt am Main, 2004; MARINI, *La polemica sulla codificazione: A. F. J. Thibaut, F. C. Savigny; a cura di Giuliano Marini*, Napoli, 1992; DE MARINI AVONZO, *Diritto romano e diritto privato: letture da F. K. Von Savigny per il corso di storia del diritto romano: Genova, a.a. 1994/95*, Torino 1995; MOSCATI, *Italianische Reise: Savigny e la scienza giuridica della Restaurazione*, Roma, 2000; DOMINGO, *Juristas universales*, Madrid, 2004;

⁶⁰ In particolare fu stimolata dalla polemica intorno all'opportunità o meno che la Germania si desse anch'essa una propria codificazione sul modello di quelle che si andavano moltiplicando nell'Europa continentale e nelle quali il razionalismo giuridico del XVII e del XVIII secolo aveva finito per trovare la forma più rispondente al suo ideale di un diritto di ragione, logicamente sistemato e articolato. E in effetti, quello che venne considerato il "manifesto" programmatico della Scuola storica tedesca, cioè il celebre opuscolo del SAVIGNY, *Ueber den Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, edito per la prima volta ad Heidelberg nel 1814 e più volte ristampato (trad. it., Verona, 1857) è tutta una fiera appassionata polemica contro uno scritto pubblicato in quello stesso anno da A.F.J. THIBAUT, *Ueber die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland (Sulla necessità di un diritto civile generale per la Germania)*, nel quale si era sostenuto si dovessero unificare tutte le leggi vigenti nei vari statitedeschi, formando un solo Codice.

mente accertata e, con ciò stesso, di aver riaperto la via ad un vasto (anche se non totale) rinnovamento delle concezioni del diritto e della sua scienza.

Alla concezione metafisica ed assoluta del diritto se ne sostituisce, dunque, una eminentemente storica e relativistica, che contro le astrazioni e le unità logiche, tende ad interpretare i fatti giuridici nella loro individualità e continuità storica, come organismi che costantemente divengono e si accrescono nel tempo⁶¹.

In questa nuova visione del fenomeno giuridico, alla scienza del diritto è attribuita una funzione centrale e preponderante perché da un lato la scienza è l'interprete necessaria della volontà popolare⁶² e rendendolo così oggetto di legislazione, e, dall'altro è la scienza stessa che elabora il prodotto della legislazione, ponendosi quale tramite necessario perché questo possa trasfondersi nella vita reale⁶³.

Uno degli apporti più fecondi del Savigny al pensiero giuridico è nelle vie attraverso le quali la scienza del diritto

⁶¹ SOLARI, *Storicismo e diritto privato*, Torino, 1940, p. 160.

⁶² Postulato fondamentale della Scuola Storica tedesca è la formazione spontanea e collettiva del diritto positivo, come prodotto del *Volksgeist* (spirito del popolo), vivente e operante in tutti coloro che appartengono ad un medesimo popolo, ad una medesima nazione. Cfr. *Beruf*, cit., trad. it. Verona, 1857, p. 102.

⁶³ SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts* 1, Berlino, 1840 (trad. it. Scialoja, Torino, 1886), p. 70 ss.

deve operare: operando un rovesciamento delle posizioni razionaliste, egli sostituisce l'induzione alla deduzione⁶⁴.

Metodo della conoscenza giuridica è considerato, quindi, il metodo storico inteso quale conoscenza ed accertamento dei fatti; e non perché questi abbiano un valore in sé, ma per il processo storico che essi rappresentano e documentano, sicché la loro conoscenza si risolve nella conoscenza dello spirito popolare che in essi rileva.

Si fa strada, dunque, un significato di metodo storico nuovo rispetto all'uso che se ne faceva nelle precedenti forme di studio giuridico: esso non consiste più in un una mera raccolta di materiale storiografico ed in una sua più o meno vaga considerazione, ma nel cogliere attraverso i fatti e le loro cause immediate i bisogni, le esigenze, i contesti che li producono⁶⁵.

Nel pensiero del Savigny il metodo storico non esaurisce il problema dei procedimenti della scienza giuridica: se

⁶⁴ Con ciò si vengono a modellare i procedimenti della scienza giuridica su quel metodo sperimentale che aveva avuto in Galileo il suo fondatore e in Bacone il suo teorizzatore. Ed in effetti il richiamo del Savigny allo studio della realtà empirica per muovere da questa nella conoscenza del diritto è di chiara ispirazione baconiana. Sul punto cfr. SOLARI, *Storicismo*, cit. p. 223 con sviluppi e riferimenti.

⁶⁵ Si è già detto nel paragrafo precedente che tra l'asserire che conoscenze ed indagini siano strumenti necessari, con i quali debba operare la scienza del diritto e l'asserire la storicità del diritto il passo sia lungo. Nel primo caso, infatti la storia viene a svolgere una funzione accessoria, strumentale; nel secondo caso, la storia si pone come il fondamento, il motore del diritto che viene inteso come organismo che in essa vive. Alla base vi è una diversa concezione del diritto.

esso studia i fatti nella loro successione temporale come modi di esistenza dello spirito popolare, il cooperante metodo sistematico opera sui fatti nella loro coesistenza spaziale e li deve riordinare secondo il loro principio informatore⁶⁶.

La concezione sistematica cui si riferiscono il Savigny ed i suoi seguaci, però, non ha nulla a che fare (almeno nelle intenzioni) con le costruzioni dommatiche dell'indirizzo razionalistica, nelle quali da principi astrattamente e aprioristicamente posti si procedeva per via di deduzione all'elaborazione del sistema. Anzitutto, i principi ordinatori devono essere individuati ed accertati induttivamente movendo dalla concretezza storica; ancora, la sistematica più che apparire come una costruzione operata dalla scienza, è ritenuta scoperta di un ordine strutturale insito nella realtà stessa del diritto concepito come organismo⁶⁷.

⁶⁶ Cfr SAVIGNY in recensione ad uno scritto di Gonner, 1815, riedita in *Vermissheten Schriften*, Berlino, 1850, p. 141. Nel pensiero del Savigny metodo storico e metodo sistematico non si contrappongono, ma si integrano: se il primo deve condurre alla conoscenza scientifica del diritto, il secondo permette di realizzare quella conoscenza ordinata per principi in cui si concreta l'ideale di ogni scienza.

⁶⁷ “Io pongo l'essenza del metodo sistematico nel riconoscimento e nell'esposizione dell'intimo legame o delle affinità, per cui i singoli concetti giuridici e le singole regole sono connesse in una grande unità” (*Sistema* 1, cit., trad. it., p. 20 ss.). In questa idea della sistematica come elemento intrinseco del diritto vi sono alcune intuizioni felici. Anzitutto si veniva a storicizzare la sistematica; inoltre si veniva a riconoscere il nesso da cui sono strutturalmente legati taluni elementi di ogni ordinamento giuridico (inteso quale organizzazione in concreto di uomini appartenenti ad una determinata società), elementi che possono essere storicamente i più diversi, ma tra i quali intercorre una certa solidarietà funzionale, che può essere rappresentata in termini di logica interna di quell'ordinamento considerato nel suo insieme.

In relazione alla problematica contrattuale, alla luce, di tali posizioni gli storici asserivano che solo nel diritto romano più antico la forza (*Wirkung*) di produrre tra i contraenti un'obbligazione fornita d'azione fosse riconosciuta in contratti⁶⁸ del tutto determinati e distinti per la loro forma e per la loro funzione (*contractus*) e negata del tutto a tutti gli altri contratti (*nuda pacta*). In seguito, estesisi i traffici commerciali conformemente all'esigenze di una società mercantile, tutta una serie di accordi di volontà informali (*nuda pacta*) furono muniti dalla giurisprudenza di diritti d'azione, entrando a far parte del novero dei *contractus*.

Salvo che per il diritto più antico, dunque, *contractus* e *pacta* - per essi - non differivano né per la forza obbligatoria né per le forme: *contractus* erano sì accordi di volontà tipici, ma la tipicità era una mera tipicità di funzioni economico-sociali⁶⁹.

Ecco quanto scrive il Savigny a commento di D. 2.14.1.2-3-4⁷⁰:

“Ulpiano cerca di fissare il concetto di contratto in generale e sceglie prima l'espressione pactio...: Pactio est duorum pluriumve in idem placitum consensus. Poi è usata l'espressione Conventio evidentemente soltanto come de-

⁶⁸ *Vertrag*: concorde dichiarazione di volontà di due o più persone diretta a costituire, modificare o estinguere un rapporto giuridico.

⁶⁹ La funzione (*causa*) era concepita come elemento estrinseco alla struttura della fattispecie negoziale, che non aggiungeva nulla alla forza obbligatoria della *conventio*.

⁷⁰ Cfr. *System*, cit., trad. it. Scialoja 3, Torino, 1891, pp. 412-413.

nominazione equivalente, non come se dovesse significare qualche cosa di diverso, di più stretto o di più ampio. Questa conventio viene da principio definita in modo altrettanto generale, ma poi inavvertitamente il concetto generale svanisce e si riduce alla specie singola dei contratti obbligatori. Tuttavia si potrebbe attribuire a questa divergenza di opinioni un'importanza maggiore di quella che ha in realtà. Ma così non è.... Infatti le regole giuridiche che valgono per i contratti, si riferiscono ai concetti più generali, che ne sono alla base”.

La riaffermazione del collegamento tra società e diritto, l'assimilazione di quest'ultimo ad un organismo vivente, la rivendicazione della funzione della giurisprudenza, connessione tra storia e sistematica, sono, più che il risultato di una compiuta concezione storica del diritto, le maggiori intuizioni della Scuola storica: questo messaggio non fu, però, interamente ascoltato e attuato, persino nelle dottrine dei suoi maggiori rappresentanti⁷¹, né poteva essere diversamente.

In assenza di codificazione (la Germania è lo stato che da ultimo è pervenuto alla codificazione – il BGB è entrato in vigore solo nel 1900), lo studio del diritto romano – avente funzione di legge vigente – era mosso, infatti, dalla necessità di estrapolarne principi e norme che ben rispon-

⁷¹ A cominciare dallo stesso Savigny, che progressivamente finirà per allontanarsene fino a meritare le rampogne dello Jhering.

dessero alle concrete esigenze della vita tedesca di quei secoli.

Inoltre, nel XIX secolo in Germania, la scienza del diritto trova il suo tratto caratteristico nel “culto” della sistematica; culto che, col diffondersi degli insegnamenti della Pandettistica⁷², diverrà anche il tratto caratteristico e predominante della scienza giuridica di gran parte dell’Europa continentale, compresa quella italiana che fortemente ne sentì l’influsso⁷³.

Tale culto trova la sua ragione d’essere da un lato, in ciò che la scienza va pensando di se stessa⁷⁴ e del suo rap-

⁷² Con questa espressione si suole designare quell’ulteriore elaborazione dottrinarica del diritto comune, potenziata da un nuovo rigore dommatico e che toccò il suo culmine durante la seconda metà del secolo XIX, con le successive edizioni nelle quali BERNHAR WINDSCHEID (1817-1892) andò progressivamente elevando ed affinando il suo monumentale *Lehrbuch des Pandektenrechts*, cominciato ad apparire nel 1862. Sarà l’opera più altamente rappresentativa di tutta l’elaborazione pandettistica, nei suoi pregi e nei suoi difetti, tanto da far disegnare il suo autore alla compilazione del Progetto del Codice Civile per l’Impero, con la promulgazione della quale si concluderà la Pandettistica, le sue dottrine e i suoi schemi, trasformandosi nel moderno diritto civile e nella sua scienza. Per le notizie sui vari giuristi e le loro opere, LANDSBERGG in STINTZING UND LANSBERG, *Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft* 2, München-Berlin, 1910. Cfr. poi i vari scritti di SCHWARZ in *Rechtsgeschichte und Gegenwart*, a cura di THIEME e WIEACKER, Karlsruhe, 1960; KOSCHAKER, *Europa und das römischen Recht*, München-Berlin, 1947.

⁷³ Cfr. ALLORIO, *Scienza giuridica europea*, in *Ius* 4, 1952, dove si mette in luce come l’elemento distintivo della scienza giuridica europea rispetto agli indirizzi della scienza giuridica anglo-americana, sia appunto il metodo sistematico.

⁷⁴ Tale modo di pensare è stato a sua volta fortemente influenzato dal crescente anelito della scienza giuridica del XIX sec. alla sua “scientificità”. Nel corso dei millenni, infatti, comunque si considerassero e

porto con la storia; dall'altro dall'esigenza di enucleare schemi giuridici nei quali potessero idoneamente essere riassunti i moltiplicati e complessi rapporti giuridici scaturenti dai traffici dell'Europa industriale.

classificassero le varie forme di attività speculativa, si è sempre finito per assegnare una certa posizione di preminenza a quelle che con espressione di risalente tradizione di pensiero si dissero “teoretiche” in contrapposto alle “pratiche” e, fra le prime, a quelle che oggi si dicono “scienze esatte”, cioè in primo luogo la matematica e poi anche geometria e meccanica, sulla base del convincimento alquanto arretrato che non si avesse scienza se non laddove vi fosse scoperta di leggi costanti, fondazione di principi assoluti, costruzione sistematica di concetti disposti in ordine piramidale di crescente generalità e universalità, e che anzi questo fosse il compito precipuo della scienza. Per questo motivo, la scienza giuridica (tenuta fuori dal novero delle “vere” scienze nella concezione tradizionale di queste, degradata a mera tecnica secondo altre, vagamente situata tra le scienze dello spirito nella concezione del Dilthey, tenuta al margine della classificazione del Windelband e del Rickert, mal collocata in tutte, e di continuo dubbiosa essa stessa di essere una “scienza”) nel XIX sec. si era resa essa stessa scienza, dandosi veste, struttura e procedimenti scientifici, assumendo quel carattere teoretico. Sul punto cfr. ANDRIETTI – GENERALI, *Storia e storiografia della scienza: il caso della sistematica*, Milano, 2002.

Infatti, assegnando alla sistematica⁷⁵ non più una mera funzione ordinatrice e coordinatrice dei concetti ma ponendola quale strumento di conoscenza, la scienza, per via di deduzioni logiche, veniva a trarre la regolamentazione dei nuovi rapporti, non espressamente disciplinati, che via via potevano insorgere dalla prassi, colmando le eventuali e possibili lacune del sistema giuridico.

Ancora; per quel che concerne il rapporto *contractus-pacta*, il problema che si poneva era dato dalla circostanza che, nei fatti, l'adozione di schemi più o meno fedelmente ricalcati sull'eredità romana non offriva garanzie sufficienti: in particolare un ruolo forte della volontà poteva apparire contraddittorio rispetto al bisogno dell'affidamento delle controparti o dei terzi, bisogno al quale veniva invece in-

⁷⁵ Al sistema organico-logico Jhering dà il nome di dommatica. E' del 1857 la fondazione da parte dello Jhering di una rivista dal titolo *Jahrbucher fur Dogmatik des heutigen und deutschen Privatrechts* (Annali per la dommatica del diritto romano odierno e tedesco) destinata ad essere l'organo di combattimento del dommatismo giuridico. Sullo IHERING v. per notizie e bibliografia, cfr. WOLF, *Grosse Rechtsdenker*³, Tubinga, 1951, p. 616 ss.; WIEACKER, *Privatrechtsgesch, der Neuzeit*, Gottinga, 1952; PASINI, *Saggio sul Ihering*, Milano, 1959; ID., *Ihering e il suo tempo*, in *Jus*, 1961; cfr. anche l'introduzione di VASSALLI alla tr. it. Di IHERING, *Serio e faceto nella giurisprudenza*, Firenze, 1954 e l'introduzione del PIOVANI alla riedizione della tr. it. di IHERING, *La lotta per il diritto*, Bari, 1960.

⁷⁵ L'astratto concetto, opportunamente sviluppato, permetteva di affrontare e risolvere le problematiche che la negozialità, nel contesto dei moltiplicati e complessi traffici dell'Europa industriale, poneva sul piano teorico. In particolare, pure accordando prevalenza alla volontà sulla formaquale lo Jhering richiamava la scienza giuridica verso quelle esigenze di concretezza da cui si era sempre più discostata, richiamando l'attenzione sulla necessità che i concetti giuridici fossero elaborati muovendo dalla considerazione della realtà e dunque ricercando le cause reali, fonti delle regole giuridiche.

contro la teoria della “dichiarazione”. Sicchè la sostanza del negozio, particolarmente di quello bilaterale, poteva sembrare consistere meno nel contenuto di consenso che nell’affidabile e riconoscibile dichiarazione.

Posta, pertanto, in secondo piano la millenaria contrapposizione tra *contractus* e *pacta*, Ihering⁷⁶ e i Pandettisti rivolsero innanzitutto i loro sforzi verso l’obiettivo di delineare tipologie di contratti moderni ed efficienti, anche a rischio di sacrificare la storicità del fenomeno⁷⁷.

Concentrando i propri obiettivi, orientati da una volontà sistematica, nell’individuazione di un “concetto” di contratto quale cardine dell’intero ordinamento privatistico, superando le pagine del Savigny, che poneva in luce due soli, ma centrali elementi – il comune consenso dichiarato e l’idoneità dell’atto a creare rapporti tra i contraenti –, lo identificarono, dunque, nella *conventio cum iusta causa*, da intendersi quale riconoscimento da parte dell’ordinamento

⁷⁶ Sullo IHERING v. per notizie e bibliografia, cfr. WOLF, *Grosse Rechtsdenker*³, Tubinga, 1951, p. 616 ss.; WIEACKER, *Privatrechtsgesch, der Neuzeit*, Gottinga, 1952; PASINI, *Saggio sul Ihering*, Milano, 1959; ID., *Ihering e il suo tempo*, in *Jus*, 1961; cfr. anche l’introduzione di VASSALLI alla tr. it. Di IHERING, *Serio e faceto nella giurisprudenza*, Firenze, 1954 e l’introduzione del PIOVANI alla riedizione della tr. it. di IHERING, *La lotta per il diritto*, Bari, 1960.

⁷⁷ Ihering afferma che come il mondo fisico è retto dalla legge di causalità, così il mondo giuridico è retto dalla legge di finalità, sicchè il fine è il vero creatore del diritto, la fonte delle regole giuridiche. La tesi è particolarmente sviluppata in un’opera dell’età matura: *Der Zweck im Recht* di cui il volume 1 fu pubblicato nel 1877 e il volume 2 nel 1883. Sul legame delle sue concezioni con il contesto storico in cui operava, cfr. gli scritti, citati alla nota precedente di Pasini e di Pa-resce.

giuridico di ogni accordo di volontà realizzante una funzione economico-sociale ritenuta dallo stesso meritevole di tutela.

Il problema del ruolo della volontà in ordine alla costituzione di rapporti giuridici era dunque risolto, a mò di formula geometrica, con l'asserirne la rilevanza, ma come elemento concorrente con la *iusta causa*⁷⁸.

1.5. – LA STORICIZZAZIONE DELLO STUDIO DEL MONDO ANTICO E DEL DIRITTO DI ROMA -. La Pandettistica fu l'epigono di una lunga tradizione elaboratrice del *Corpus Iuris* rivolta ad attribuire una funzione normativa alle fonti romane e quindi ad attualizzarne di secolo in secolo i contenuti precettivi.

Anche dopo le codificazioni i romanisti hanno continuato a seguire per qualche tempo lo studio del diritto romano con gli stessi intenti⁷⁹. Il diritto romano era, quindi, da

⁷⁸ L'astratto concetto, opportunamente sviluppato, permetteva di affrontare e risolvere le problematiche che la negozialità, nel contesto dei moltiplicati e complessi traffici dell'Europa industriale, poneva sul piano teorico. In particolare, pure accordando prevalenza alla volontà sulla forma, si temperava il ruolo forte della prima che poteva apparire contraddittorio, rispetto al bisogno di affidamento della controparte e dei terzi; d'altra parte, sul piano politico, permetteva di rispettare la libertà contrattuale senza ridurre il compito dello Stato a mero ossequiente della volontà dei singoli.

⁷⁹ Ciò dipendeva dalla circostanza che i romanisti non sapessero rassegnarsi alla circostanza che dalle orgogliose posizioni di preminenza di un passato, nel quale gli studiosi del *Corpus Iuris* erano al centro del movimento ascensionale della scienza giuridica (e vi sono stati per secoli) essi si trovassero proiettati nel passato, fuori dal pulsare della vita attuale, distaccati dal processo del divenire giuridico e costretti a rinunciare agli scopi pratici e di utilità immediata per la quale si erano

essi trattato come diritto vagamente positivo, quasi ancora vigente fuori dal tempo e dallo spazio, una specie di diritto naturale universale: insomma un *quid* di astratto vivente una sua vita del tutto speciale, indipendentemente dai singoli diritti positivi⁸⁰.

Nell'impossibilità di mantenerlo in questa posizione che veniva a disconoscere la natura del diritto – assunta come storica – il diritto romano venne trascinato nel passato, nel contesto storico ad esso peculiare⁸¹.

battuti. Cfr. AJELLO, *Arcana juris: diritto e politica nel Settecento italiano*, Napoli, 1976.

⁸⁰ Questo modo del tutto ingiustificato di considerare il diritto romano era colto con molta esattezza agli inizi del XX sec. dal SAILLES, *Dr. Rom. et démocratie*, in *Studi Scialoja* 2, Milano, 1905, pag. 713, dove si osserva che esso era studiato “*comme s’il fuf agi d’une legislation encore en viguer, sans se domander, ou sans expliquer à ceux qui subissaient cette discipline, quel profit pareil archaisme pouvoit avoir pour le présent*”.

⁸¹ Cambiando l’angolo visuale, tutto l’insieme si va trasformando in una rappresentazione nuova. Sulle prospettive che man mano si sono aperte e sui rinnovamenti della problematica romanistica, nell’impossibilità di un’ampia rassegna bibliografica, ci si limita a richiamare alcuni scritti, tra i più significativi: WENGER, *Der heutige stand der rom. Rechtswissenschaft*, Monaco, 1927; CHIAZZESE, *Nuovi orientamenti nella storia del diritto romano*, in *Arch. Giur.*, 1930; BIONDI, *Prospettive romanistiche*, Milano, 1933; SCHULTZ, *Prinzipien des röm. Rechts*, Monaco, 1934 (tr. it. *I principi del diritto romano*, Firenze, 1949); ALBERTARIO, *Introduzione allo studio del dir. rom. giustiniano*, Milano, 1935; LAURIA, *Indirizzi e problemi della romanistica*, in *Foro italiano*, 1936; GROSSO *Premesse generali al corso di diritto romano*, Torino, 1940 (4^a ed. 1960); D’ORS, *Presupuestos criticos para el estudio del Derecho romano*, Salamanca, 1943; ALVAREZ SUAREZ, *Horizonte actual del derecho romano*, Madrid, 1944; RICCOBONO, *Lineamenti della storia delle fonti e del diritto romano*, Milano, 1949; DE FRANCISCI, *Punti di orientamento per lo studio del diritto romano*, in *Riv. it. scienze giur.*, 1949; GROSSO, *Problemi e visuali del romanista*, in *Ius*, 1950; VOLTER-

Superando la tradizionale identificazione del diritto con la norma, anzitutto, la scienza giuridica moderna ha risolto il concetto di diritto in quello di esperienza giuridica⁸², di un'organizzazione in concreto di uomini appartenenti ad una determinata società, nella totalità dei suoi elementi (senza esclusione o amputazione, dunque della sua fenomenologia) e dei suoi svolgimenti, in ogni suo aspetto e momento, in qualsivoglia delle sue concrete manifestazioni, in ciò che ha di molteplice e di unitario, di continuo e di discontinuo.

Ancora il *Corpus Iuris* non apparve più soltanto come un sistema di norme, ma come il documento il dato, dal quale risalire alla miriade di dati particolari nel quale si era con-

RA, *Storia del diritto romano e storia dei diritti orientali*, in *Riv. it. scien. giur.*, 1951; FEENSTRA, *Interpretatio multiplex*, Zolle, 1953; SANCHEZ DEL RIO, *Notas sobre los temas generales del derecho romano*, Saragozza, 1955; VAN OVEN, *A la recherche du droit classique romani*, in *Rev. internaz. dr. antiq.*, 1956; NOCERA, *Il pensiero pubblicistico romano*, in *Studi De Francisci 2*, Milano, 1956; ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto romano*, cit.

⁸² Sulla formazione di questa concezione come reazione di più tendenze agli estremismi del formalismo e dell'antiformalismo e come affermazione della necessità, da più parti sentita, di dirigersi verso l'esperienza giuridica come tale e di approfondirla nei suoi distinti aspetti, ma anche di studiarla nella sua varietà e dinamica unità, v. TREVES, *Diritto e cultura*, Vienna-Lipsya, 1921, pp. 9-28, con cenni sulla letteratura tedesca da SANDER, *Rechtsdogmatik oder teorije der rechtserfahrung*, a GURVITCH, *L'experience juridique et philosophie pluraliste du droit*, ed ampio ragguaglio dei contributi fondamentali della dottrina italiana.

cretato il processo storico che dalle origini di Roma aveva portato alla Compilazione del VI secolo⁸³.

A tal fine si spezzò l'unità legislativa del *Corpus Iuris* e dei suoi materiali, onde risalire nel tempo, cercando di ridare ai singoli testi la loro "collocazione" originaria per conoscere lo stato del "diritto romano" nelle varie età cui appartengono o di cui forniscono notizie.

Allorché ci si propone deliberatamente uno studio storico, il carattere e il valore di quei testi, o, almeno della maggior parte di essi, cambia radicalmente⁸⁴: infatti, almeno rispetto a buona parte del diritto romano, le documentazioni a noi pervenute sono per lo più costituite da elaborazioni di giuristi, il che non consente di attribuire loro, in sé per sé, valore normativo; in essi elementi di fatto, elementi normativi e loro concettualizzazioni si presentano compenetrati e fusi in un unico contesto: assumendo ad oggetto d'indagine

⁸³ La fondazione di Roma è collocata dalla tradizione verso la metà dell'VIII sec. a.C. : sull'argomento v. BARBAGALLO, *Il problema delle origini di Roma dal Vico a noi*, Milano, 1926; LEVI, *Roma negli studi storici italiani*, Torino, 1934, ALTHEIM, *Epochen der rom. Geschichte* 1-2, Francoforte, 1934-35 e *Italien und Rom*, Amsterdam, 1941. Con la consapevolezza che i limiti cronologici hanno molto di artificioso, si viene notando, per la data iniziale, che in tal modo si viene a separare il "diritto romano" da tutta una rete di tradizioni anteriori, le quali se sono di difficile e spesso, allo stato delle nostre conoscenze, d'impossibile esplorazione, nondimeno, sono quelle che hanno fornito il sostrato alle prime formazioni della tradizione giuridica della nuova città. Cfr. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, Roma, 1959.

⁸⁴ Considerate fuori del legame legislativo, cessano di essere "norme" della legislazione positiva giustiniana per tornare ad essere ciò che erano in origine: frammenti di un'elaborazione giurisprudenziale secolare.

l'esperienza giuridica romana nel suo divenire storico, si pone la necessità di distinguere e collocare ognuno nella giusta posizione.

Lo strumento mediante il quale fu condotta la rottura della compagine giustiniana fu la critica interpolazionistica⁸⁵, sviluppatasi negli ultimi decenni del XIX secolo, e mirante alla ricostruzione, dapprima, degli scritti e del pensiero degli antichi giureconsulti attraverso frammenti dei *Digesta* giustiniani, estendendosi poi alle costituzioni del *Codex* e man mano anche alle fonti pregiustiniane, e infine inve-

⁸⁵ Con quest'espressione si intende l'insieme dei procedimenti e dei criteri miranti ad individuare ogni sorta di alterazione (designate col nome generico di interpolazioni, quale ne fosse il genere) nei testi contenuti nel *Corpus Iuris*, per riportarli al loro dettato genuino, reale o supposto. [Giustiniano medesimo non aveva taciuto le profonde manipolazioni cui essi erano stati sottoposti, per suo ordine, dai commissari incaricati della redazione del *Codex* e dei *Digesta* (per il Codice v. const. *Haec quae necessario*, del 528 a. C. par. 2 e const. *Cordi*, del 534 a. C., par. 3; per il Digesto, v. const. *Deo autore*, 530 a. C., par. 7 e const. *Tanta*, 533 a. C., pr. 10). Inoltre una serie di confronti effettuabili fra passi contenuti nella stessa compilazione o fra questi ed altre redazioni degli stessi, pervenuti a noi attraverso testimonianze precedenti, consentono di rilevare agevolmente in qual modo e in qual misura molti testi siano stati alterati]. Per gli esponenti cfr. – tra gli altri – GRADENWITZ, *Interpolationen in den Pandekten*, in ZSS. 7, 1886 e Berlino, 1887; ID., *Interpolationen in Codex Theodosianus?*, in ZSS. 34, 1913, p. 274 ss.; ID., *Selbstinterpolationen*, in *Acta Congr. Iur. Inter.* 1, Roma, 1935, p. 499 ss.; EISELE, *Zür Diagnostik der Interpolationen in den Digesten und im Codex*, in ZSS. 7, 1886; ALBERTARIO, *A proposito di interpolationsjagd: risposta a una critica di Otto Lenel*, Milano, 1925; ID., *Ancora sugli elementi postgaiani nelle Istituzioni di Gaio*, Milano, 1928; ID., *Glossemi e interpolazioni pregiustiniane*, Pavia, 1934; SCHULZ, *Interpolationen in den justinianischen Reformgesetzen des Codex Justinianus vom Jahre 534*, in *Studi Bonfante* 1, Milano, 1930, p. 335 ss.; BESELER, *Römisches Recht heute?*, in *Rigasche Zeitschr. Für deutsch. Recht* 1935-36; SOLAZZI, *Glossemi e interpolazioni nel Codice Teodosiano*, in *SHDI*. 10, 1944, p. 208 ss.

stendo tutto il problema della tradizione testuale della giurisprudenza romana e delle varie vicende della sua trasmissione⁸⁶.

Superata una prima fase, essenzialmente filologica, la critica interpolazionistica pretese però di condurre l'opera di revisione logica delle fonti, proiettando nel passato il proprio ideale e la propria concezione della scienza del diritto, della sua funzione, dei suoi metodi, dei suoi obiettivi. Per lungo tempo operò e si svolse, infatti, al servizio di quella particolare dommatica che sotto il nome di Pandettistica prendeva in Germania il diritto giustiniano come punto di partenza per un'attività costruttiva e che appartiene più alla storia e sostanza del diritto moderno che non allo studio del diritto romano; ancora, per vari decenni l'opera del nuovo studio romanistico si svolse con l'intento di arrivare, attraverso un approfondimento storico, alla chiarificazione ai problemi che la dommatica andava ponendo, procedendo così senza un'avvertita e precisa distinzione fra elaborazione moderna e studio del pensiero antico.

A convalidare e corroborare questa opera di eliminazione, influì molto il presupposto della perfezione logica della giurisprudenza romana. Anche se, come diceva il Bon-

⁸⁶ Cfr. SCHULTZ, *History of roman legal science*², Oxford, 1953; WIEACKER, *Ueber das Klassische in der römischen Jurisprudenz*, Tübingen, 1950; ID., *Lebensläufe Klassischer Schriften in nachklassischer Zeit*, in ZSS. 67, 1950, p. 360 ss.; ID., *Vulgarismus und Klassizismus im Recht der Spätantike*, Heidelberg, 1955.

fante, “si tendeva a ricercare la personalità dei singoli giuristi entro quella che appariva una nebulosa di splendore uniforme⁸⁷”, in pratica si finiva per non ammettere nel loro pensiero oscillazioni e zone d’ombra e tanto meno contraddizioni o formulazioni viziate dalla minima menda concettuale e sistematica⁸⁸.

Eliminare le asimmetrie, cancellare le disarmonie, *reductio ad unitatem* era il compito perseguito nella ricostruzione del diritto classico, con la conseguenza, pertanto, che, assunto un principio a parametro fondamentale della soluzione classica, i testi con esso non congruenti dovevano perciò stesso essere considerati come interpolati, posti a carico dei compilatori giustinianeî o di anonimi glossatori e rielaboratori giustinianeî.

Per quel che concerne la tematica negoziale, infatti, il Bonfante⁸⁹, sulla linea dello studio non carente da apriorismi e ipercritica testuale del Perozzi⁹⁰ - nel quale si sostenne che *contahere* e *contractus* non indicavano né presuppone-

⁸⁷ Cfr. BONFANTE, *Storia del diritto romano*⁴, Torino, 1920, p. 371.

⁸⁸ Cfr. ALBERTARIO, *La scienza del diritto romano nei suoi recenti metodi e nei suoi recenti studi*, 1913, p. 50: “le disarmonie, le incongruenze, le imperfezioni, le contraddizioni che le fonti presentano, abbisognano tutte quante di in daini nuove”. Cfr. poi PEROZZI, *Istituzioni* 1, p. 78: “L’ interpolazione prima si intuisce mediante un certo senso storico ed un giudizio sintetico, poi si dimostra”.

⁸⁹ *Sulla genesi e l’evoluzione del contractus*, in *Scritti giuridici vari* 3, Torino, 1926, 107 ss.

⁹⁰ *Le obbligazioni romane*, Bologna, 1903, ora in *Scritti giuridici* 2, Milano, 1948, p. 311 ss. Cfr. anche: ID., *Dalle obbligazioni da delitto alle obbligazioni da contratto*, ibid., p. 443 ss.; ID., *Il contratto consensuale classico*, ibid., p. 565 ss.

vano necessariamente l'accordo, ma che *contractus* designasse un "affare lecito", capace di determinare un'*obligatio*, indipendentemente da un accordo – ritenne che il *contractus*, almeno per essenza, non avrebbe avuto necessariamente un contenuto positivo, ma di mera opposizione al *delictum*: l'importanza della *voluntas* nelle fonti romane non sarebbe stata, dunque, che il risultato del lavoro dei maestri bizantini.

La reazione della romanistica, in particolare quella italiana, non mancò e fu anzi tempestiva. Dal 1917, a partire da un suo scritto, intitolato "*Dal diritto romano classico al diritto moderno*", in cui seguì il corso di alcune fondamentali dottrine nel loro svolgimento storico, Salvatore Riccobono⁹¹ si fece banditore di una vera e propria crociata contro l'interpretazione interpolazionistica. In opposizione a tutte le concezioni allora dominanti, egli prospettò un'interpretazione diversa dalla trasformazione del diritto nelle sue ultime fasi, richiamando l'attenzione su numerosi altri "fattori" e soprattutto sugli sviluppi e germi già operanti nell'età classica, che avrebbero portato ad una sua modificazione principalmente interna, allorché, cadute le forme solenni e scomparsa la procedura formulare su cui si basava il

⁹¹ Sull'opera del Riccobono, v. BAVIERA, *Riccobono e l'opera sua*, in *Studi Riccobono* 1, Palermo, 1936, p. 21-180; CHIAZZESE, *L'opera scientifica di S. R.*, in *Annali Palermo* 18, 1939; BRASIELLO, *S. R.*, in *SDHI* 24, 1958; BIONDI, *Commemorazione*, in *Rendiconti Accademia Lincei* 14, sc. mor., serie 8, 1959, con completa bibliografia; v. anche alcune pagine di SANFILIPPO, in *IURA* 9, 1958, p. 123 ss.

dualismo tradizionale *ius civile-ius honorarium*, si venne attuando una progressiva “fusione” fra i vari ordini giuridici espressi dall’esperienza romana nel corso della sua storia⁹².

Sulla scia dello Scialoja⁹³, che nel *Corso di diritto romano* del 1892-93 aveva ribadito il ruolo determinante della volontà nelle dottrine romane, il Riccobono⁹⁴ pose pertanto in rilievo come la *voluntas* lungi dall’essere frutto dell’opera bizantina fosse la chiara escogitazione dei giuristi classici.

In realtà, il problema sotteso - particolarmente agitato nella romanistica - era quello dei rapporti tra studio storico e dommatica⁹⁵.

⁹² Cfr. *Interpretazione del Corpus Iuris*, in *BIDR.* 42, 1934, p. 41 ss.; ID., *Fine e conquiste delle indagini interpolazionistiche*, in *BIDR.* 55, 1952, p. 396 ss

⁹³ SCIALOJA, *Per le critiche delle Pandette*, in *Atti Congr. Internazionale Scienze Storiche* 9, Roma, 1903. Sullo Scialoja – che a buon diritto può dirsi il fondatore dell’ “nuova Scuola storica” – e sull’importanza della sua opera nella scienza del diritto, v. le rievocazioni del RICCOBONO, in *BIDR.* 42, 1934, p. 1 ss.

⁷⁴ RICCOBONO, *La formazione della teoria generale del contractus nel periodo della giurisprudenza classica*, in *Studi in onore di Bonfante*, 1, Milano, 1929, p. 123 ss.; ID., *Corso di diritto romano. Stipulationes, contractus, pacta*, Milano, 1935; ID., *Der Wille als Entwicklungsfaktor im römischen Rechte*, in *Scritti Ferrini* 4, Milano, 1949, 55 ss.

⁷⁵ Una precisa impostazione del problema agitato in sede di studio storico del diritto a proposito della legittimità o meno dell’impiego della dommatica odierna nella ricostruzione dei diritti del passato fu merito del BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, in *Archivio giuridico*, 99-100, 1928; ID., *Le categorie civilistiche dell’interpretazione*, in *Riv. it. scien. giurid.*, 1948; sul pensiero del Betti v. l’esame del DE FRANCISCI, *Emilio Betti e i suoi studi intorno all’interpretazione*, in *Riv. it. scien. giurid.*, 1951.

Si ribadiva, infatti, che se si assume una concezione storica del diritto non può essere dubbio che ogni diritto abbia la sua dommatica e per converso ogni dommatica si attagli ad un proprio diritto; per ciò, in sede di studio storico, la dommatica corrispondente ad un determinato diritto o fase di esso rappresenta e va considerata un elemento del dato che si vuole conoscere, cioè un dato essa stessa di quell'esperienza, la quale comprende appunto anche le concettualizzazioni e le correlative sistemazioni che ne possano essere state fornite e che nel momento in cui si pongono, si acquisiscono a quell'esperienza come dati da essa inscindibili. Ciò postula ed esige che gli schemi concettuali impiegati debbano essere il più possibile pertinenti alle testimonianze assunte come dato, per una loro concettualizzazione che, sarà opera del giurista odierno, ma costruita e svolta in funzione dei dati cui si intende applicarla.

Sulla base di queste osservazioni la moderna romanistica respingeva le impostazioni della critica interpolazionistica e le sue conclusioni in merito alla sistemazione gaiana dei contratti civilistici.

Si sottolineava che l'impostazione facesse un eccessivo uso di un ragionare per schemi astratti e per tanto non potesse essere accolta considerando che la quadripartizione deve essere stata abbastanza antica e che la giurisprudenza romana, almeno fino alla prima metà del principato, nella prospettiva che le è propria, risulta aver affrontato la temati-

ca negoziale approcciandola nella sua rilevanza eminentemente pratica; risultava, pertanto, verosimile ipotizzare che Gaio nella ricerca di un'impostazione sistematica elementare avesse attinto ad un'impostazione che aveva origini empiriche e concrete, sorta cioè da un'immediata visione del processo storico⁹⁶.

I fondamentali contributi del Grosso e dell'Orestano ebbero dunque il merito di chiudere definitivamente la stagione della caccia alle interpolazioni e di creare, sotto l'angolo della "concretezza", un punto di riferimento per le indagini successive, segnando l'avvio di uno studio storicamente impostato della contrattualità romana.

Nei risultati delle più recenti indagini romanistiche, questa però comunque restava circoscritta alle figure di negozi bilaterali designati dagli antichi giuristi quali *contractus*, cioè solo a quella categoria che ha le sue origini all'inizio del I secolo e si limita alle *obligationes iuris gentium consensu contractae*.

La decisa svolta sul piano delle impostazioni e del metodo si rifletteva, cioè, solo parzialmente sul piano delle conclusioni delle indagini.

Si continua a ritenere, dunque – con una vistosa analogia dei risultati a quelli delle interpretazioni medioevali

⁹⁶ GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, Torino, 1963, cap. 1 e p. 73 ss., al quale si rinvia per l'ulteriore bibliografia.

delle stesse fonti – che nel diritto quiritario le forme solenni abbiano rappresentato la sostanza medesima degli atti⁹⁷ e l’energia unica da cui promanano gli effetti giuridici, data la forte compenetrazione, nella Roma arcaica, del diritto con altri elementi che, nella storia della civiltà, precedono l’elemento giuridico, quali il *fas*, la religione, il costume⁹⁸.

L’escogitazione della *voluntas* come fonte di *obligatio* si ritiene invece merito della sola giurisprudenza classica⁹⁹ che, spinta dalle esigenze proprie di una società mercantile, avrebbe munito una serie di figure causali informali,

⁷⁷ Per tutti cfr. in tal senso: TALAMANCA, La tipicità nei contratti romani fra *conventio* e *stipulatio* fino a La beone, in *Contractus e pactum. Tipicità e libertà negoziale nell’esperienza tardo repubblicana*, in *Atti del Convegno di diritto romano e della nuova riproduzione della lettera Fiorentina, Copanello giugno 1988*, Napoli-Roma 1990, p. 36 ss.

⁷⁸ Alla radice del formalismo esclusivistico arcaico sarebbero da ravvisare le credenze magiche, le pratiche rituali religiose, da cui Roma primitiva fu profondamente pervasa: HAGERSTROM, *Der römische Obligationsbegriff*, 1941; ID., *Das magistratische “ius” in seinem Zusammenhang mit dem Sakralrechte*, 1927; KASER, *Das altrömische ius*, 1949; GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, 1955, p. 16 ss; ORESTANO, *Dal ius al fas*, in *BIDR.* 46, 1940; NOAILLES, *Du droit sacré au droit civil*, 1946.

⁷⁹ L’impiego del sostantivo, ricorre in D. 50.16.19 (Ulp. 11 *ad ed.*). Per la *communis opinio* il giurista avrebbe avanzato una definizione concettuale di *contractus* identificandolo col nostro contratto bilaterale obbligatorio. Per la letteratura v. *infra*, capitolo 4. Per ora va ricordato il merito del WUNNER, *Contractus. Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht*, Köln-Graz, 1964, che si oppose in termini articolati alla tradizionale ipercritica nei confronti del testo (centrale in tema di origine delle dottrine romane) e di altre fonti che contraddicevano la pretesa monoliticità del “diritto classico”.

consolidatesi nella prassi, di tutela piena, oltre che diretta¹⁰⁰. Abolita con la costituzione di Leone del 432 d.C. la forma solenne della *stipulatio*, sarebbe emersa la rilevanza giuridica generale della *conventio*, posta alla base di tutto il sistema contrattuale, costituendone l'elemento comune e la forza generatrice interna dell'obbligazione.

⁸⁰ *Sui bonae fidei iudicia*: BIONDI, s.v. *Iudicium bonae fidei*, in *NNDI.*; LOMBARDI, *Dalla fides alla fides bona*, 1961, p. 249 ss.; CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei iudicia* (1964); TURPIN, B. F. *Iudicia*, in *Cambr. Law Journal*, 1965. Sul problema delle origini: KNUTEL, *Fides als schöpferisches Element im röm. Schuldrecht*, in *On. Koschaker* 2, 1939, p. 1 ss.; WIEACKER, *Zum Ursprung der bonae fidei iudicia*, in *ZSS.* 80, 1963, p. 9 ss.; GROSSO, *Spunti e riflessioni su Cic. Pro Roscio com. 5.15, sui iudicia legitima da Cicerone a Gaio e sull'origine dei b. f. iudicia*, in *On. Segni* 2, 1967, p. 483 ss.; HONSELL, *Quod interest in bon. fid. Iudicia. Studien zum röm. Schadensersatzrecht*, 1969; CERVENCA, *Contributo allo studio delle usurae c.d. legali nel diritto romano*, 1969, p. 217 ss.; WILINSKI, *Zur litis aestimatio in den bon. fid. iudicia*, in *Index* 3, 1972, p. 443 ss.; CASTRESANA, *Fides, bona fides: un concepto para la creacion del derecho*, 1991. L'elenco dei *bonae fidei iudicia* in età classica è desumibile con molta e incertezze da *Cic de off.* 3.70 e da *Gai* 4.62: *ex empto et venditio, locati conducti, negotiorum gestorum, mandati, depositi, fiduciae, pro socio, tutelae, commodati, rei uxoriae (?)*, *aestimatoria (?)*. Giustiniano, I. 4.6.28, aggiunge le azioni *pigneraticia, familiae erciscundae, communi dividundo, de permutazione, hereditas petitio*. Nei giudizi di buona fede le parti in causa non ebbero l'oppressiva preoccupazione di dover sintetizzare tutte le loro ragioni in uno scheletrico *iudicium* (regola di giudizio alla quale si perveniva a tre a termine del procedimento dinnanzi al giudice- *in iure*- e sulla base della quale il giudice investito della causa- col *iussum iudicandi*- doveva decidere), e il convenuto fu esentato, in particolare della necessità di inserire le sue difese in corrispondenti *exceptiones* e dal rischio di perdere la lite *apud iudicem* se alla formulazione di quelle *exceptiones* non avesse provveduto a tempo debito. Il rovescio della medaglia era che il giudice privato, ove mancasse di una profonda conoscenza del diritto, pasticciasse in malo modo la sentenza; ma si tenga presente che egli veniva estratto da un *album iudicum* di persone specializzate, e veniva opportunamente orientato nella sua attività dalle parti, dai loro difensori tecnici, dai *responsa* dei giuristi e dai *rescripta principum* di cui le parti si fornivano.

Inoltre, sebbene anche il sistema giustiniano restasse tipico¹⁰¹ dal momento che è riprodotta l'antica massima

⁸¹ In questo senso cfr. Per tutti BETTI, *Der Typenzwang bei den römischen Rechtsgeschäften u. Die sogenannte Typenfreiheit des heutigen Rechts in Festschrift Wenger* 1, p. 265: “Anche il dir. giustiniano tiene ferma la tipicità dei negozi e delle azioni, salvo che muta la rigida rete dei tipi in una rete elastica. Resta fermo il principio fondamentale che ogni concreto negozio giuridico o azione devono corrispondere quanto più è possibile a un particolare tipo legislativamente stabilito, ma tuttavia le parti possono arrecare mutamenti, aggiunte e soppressioni, finché questi siano compatibili con la natura contractus e la natura actionis. Fuori da questi casi, tuttavia il negozio è possibilmente salvato dal diritto, in quanto assunto sotto il tipo dei contratti innominati e tutelato con un’actio praescriptis verbis o con una conditio generalis. In tal modo il diritto giustiniano concilia la classica rigidità dei tipi col principio della libertà privata”. Contra SANFILIPPO, i cui termini del dissenso risultano dal testo della comunicazione svolta dallo stesso al Congresso internazionale di Diritto romano e Storia del diritto, tenutosi a Verona nel 1948. Per il romanista, nel sistema contrattuale giustiniano la massima *nudum pactum obligationem non parit* significa che solo la convenzione priva di *causa*, in quanto tende ad un fine illecito o, comunque non meritevole di tutela giuridica alla stregua delle convinzioni sociali, non ha forza costitutiva di un rapporto giuridico. Si tratterebbe cioè dello stesso concetto espresso dal nostro legislatore nell’art. 1322 comma 2 c.c., alla stregua della quale non sembra ammissibile si possa ancora negare la completa atipicità dei contratti e la libertà delle parti al di sopra e al di fuori dei tipi legislativamente stabiliti. Che le parti non possano costruire una nuova figura di convenzione se questa non tende a realizzare un interesse economico sociale ritenuto meritevole di tutela giuridica è cosa ben diversa (asserisce SANFILIPPO in dissenso dalle osservazioni svolte dal BETTI in relazione al diritto moderno – p. 270 o.c., per dedurne la necessità, ai fini della regolamentazione giuridica, di ricondurre tutti i rapporti sociali entro schemi astratti tipici) dall’affermare che esse siano vincolate a una serie, sia pure elastica di tipi negoziali. Il limite posto dall’ordinamento è puramente negativo. Dunque, se per tipicità si intende rispondenza ad uno schema preordinato dall’ordinamento giuridico, il sistema contrattuale moderno è assolutamente atipico. Se per tipicità si può intendere invece mancanza di assoluto arbitrio delle parti e quindi anche la sola impossibilità di creare figure contrattuali che non siano socialmente meritevoli di tutela il sistema contrattuale moderno è tipico. Cfr. SANFILIPPO, *Alla ricerca dei nuda pacta*, in *ACIV.*, 1951, nota 11.

massima *nudum pactum obligationem non parit*, la portata reale della regola fu decisamente svuotata. Furono infatti muniti di azione da costituzioni imperiali accanto ai contratti nominati (consensuali e reali), ai contratti *sine nomine* concorrenti con una *iusta causa obligationis*, ai *pacta praeoria*, anche alcuni residui nudi patti causali, prescelti per la loro importanza sociale, come il *pactum transactionis*, *donationis*, *dotis*.

1.5 – LO STUDIO SOCIOLOGICO DEL DIRITTO ANTICO E IL CONSENSUALISMO NELL’OPERA DEL MAGDELAIN -

L’apporto di una concreta visione storica ha trasformato la disciplina romanistica da studio prevalentemente dommatico in uno studio essenzialmente storico, che investe ogni aspetto dell’esperienza giuridica romana, nei suoi dati strutturali, nei suoi processi costitutivi, nelle sue rappresentazioni scientifiche.

Sebbene immersa nella crisi¹⁰² dei “questionari”¹⁰³ e delle stesse modalità di trasmissione e di utilizzazione, la ri-

¹⁰² A parte la letteratura in un certo senso tradizionale, vi è da rilevare che negli ultimi anni i consueti motivi della crisi del diritto romano nella cultura europea sono venuti strettamente intrecciandosi con le riflessioni sui problemi nelle Università, della ricerca e degli insegnamenti storico-giuridici: cfr. A. POLÁČEK, *Prospettive romanistiche*, in *Studi in onore di G. Grosso* 4, Torino, 1971, p. 145 ss., AA.VV., *Conversazioni sul metodo*, *Labeo* 19, 1973, p. 42 ss., 185 ss.; GUARINO, *Conversazioni sul metodo. Bilancio di un’inchiesta*, ibidem, p. 339 ss. Sotto il profilo di un’utilizzazione ideologica della storia giuridica, in particolare del diritto romano, cfr. SCHIAVONE, *Storiografia giuridica e apologia del diritto moderno*, in *Democrazia e diritto* 13, 1973, n. 2, p. 65 ss.; ARCHI, *Storia del diritto romano e dei diritti*

cerca romanistica non ha mancato, pertanto, di tentare di rinnovarsi in direzione di una migliore consapevolezza del rapporto diritto-società nel mondo romano, cercando nella pluralità delle angolazioni una risposta positiva ai limiti.

E gli esiti di tale riflessione sono largamente riconoscibili nell'affievolirsi del filologismo – che aveva rischiato di isolare le testimonianze dal mondo che le aveva prodotte –, dell'evoluzionismo – con la possibilità, e non è piccolo vantaggio, di accettare la discontinuità e la coesistenza di fenomeni contraddittori –, e nella sempre maggiore emersione del problema dei limiti e del modo di utilizzazione delle fonti in particolare in settori, come quello storico-giuridico, in cui con apparente naturalità la storia sembra offrirsi come “storia dei precedenti”.

E' naturale che un acuito senso storico, una più piena coscienza della storicità del diritto abbia moltiplicato problemi ed interrogativi, rendendo più ardue le spiegazioni.

Per quel che concerne l'indagine sulle categorie concettuali appartenenti all'area negoziale, nel 1959 il Magdelain, proponendosi una rilettura dell'intero materiale testuale

antichi da Wenger a noi, in *St. in memoria di G. Donauti* 1, Milano, 1973, p. 39 ss.

¹⁰³ Sui questionari che le motivazioni ideologiche forniscono alla ricerca giuridica e storico-giuridica, cfr. G. TARELLO, *Orientamenti della magistratura e della dottrina sulla funzione politica del giurista interprete*, in *L'uso alternativo del diritto* (a cura di P. Barcellona) 1, Bari, 1973, p. 65 ss.

giuridico supportata di testimonianze intorno a profili essenziali del contesto sociale, avanzò una tesi innovativa¹⁰⁴.

Se, infatti, la posizione tradizionale riconosceva ai *pacta* unicamente la capacità di dimettere diritti e di paralizzare *actiones* per via soprattutto della *exceptio pacti conventi*, il Magdelain, attraverso un'acuta ricerca testuale¹⁰⁵, sostenne che originariamente l'*edictum de pactis* dovette prevedere una piena tutela pretoria – come lasciava pensare la formula edittale “*pacta conventa servabo*”¹⁰⁶ -; in particolare la categoria pattizia sarebbe stata assistita dall'istituto pretorio dell'*oportere ex fide bona*¹⁰⁷, e dalle conseguenti azioni di buona fede¹⁰⁸. In questa prospettiva, almeno fino al primo secolo¹⁰⁹, l'*edictum de pactis* avrebbe coperto una va-

¹⁰⁴ Cfr. MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édicte du preteur*, cit.

¹⁰⁵ MAGDELAIN, *Le consensualisme*, cit., p. 5-48.

¹⁰⁶ D. 2.14.7.7 (Ulp. 4 *ad ed.*): *Ait praetor: “pacta conventa quae neque dolo malo, neque adversus leges plebis scita senatus consulta decreta edita principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo”*. Sul testo cfr. anche ARCHI, *Ait praetor: “pacta conventa servabo”*. *Studio sulla genesi e sulla funzione della clausola nell'Edictum Perpetuum*, cit. = *Scritti di diritto romano* 1, Milano, 1981, p. 480 ss.

¹⁰⁷ Posto che tra le azioni si dovessero escludere quelle extra-edittali e quelle le cui formule sono precedute da un proprio editto, con la promessa finale *iudicium dabo*, essendo impossibile per l'autore che un'azione potesse dipendere contemporaneamente da due editti, da ricollegare all'editto *de pactis* non restavano che le azioni le cui formule erano affisse nell'albo senza editto. Del resto, le azioni contrattuali di buona fede erano inoltre tutte raggruppate, ad eccezione dell'*actio comodati*, nella rubrica *de bonae fidei iudiciis* dell'editto giuliano.

¹⁰⁸ All'editto *de pactis* il Magdelain ricollega inoltre l'*actio serviana*, ugualmente affissa senza alcuna precedente esplicita promessa edittale.

¹⁰⁹ MAGDELAIN, *o.c.*, p. 6 ss., 51 ss., in particolare p. 58 ss.

stissima gamma di negozi consensuali, esplicitanti nel diritto pretorio effetto pieno e creativo, ben al di là, dunque, della pura e semplice attitudine a rimuovere diritti per via di *exceptiones*.

Nel corso dell'età del Principato¹¹⁰ si sarebbe invece compiuto il processo di decadenza dei *pacta*¹¹¹, innanzitutto a causa del passaggio delle *actiones ex fide bona* nella sfera delle *actiones civiles*.

La suggestiva ipotesi del Magdelain ha però ricevuto poche adesioni¹¹², essendosi obiettata da un lato la tenuità delle testimonianze di Cicerone¹¹³ e di Seneca¹¹⁴, su cui si fonda in buona misura la dimostrazione, e, d'altra parte, l'incapacità della tesi rispetto all'esigenza di spiegare il regime processuale delle singole fattispecie¹¹⁵. Difficilmente, infatti, si inquadra nel sistema proposto dall'autore, la presenza di *formulae in factum* del deposito e del comodato, nonché del pegno, e, per le prime, dei rispettivi editti. Ancora, problematica appare la circostanza che *constitutum debiti*

¹¹⁰ L'autore accenna all'intimidazione subita dal pretore ad opera del potere imperiale ed al conseguente inaridimento delle sue innovazioni. MAGDELAIN, *o.c.*, pp. 177-180

¹¹¹ MAGDELAIN, *o.c.*, pp. 49-124.

¹¹² Cfr. le recensioni di BRASIELLO, in *SHDI*. 25, 1959, p. 465 ss.; BURDESE, in *IURA* 10, 1959, p. 207 ss.; AMIRANTE, in *BIDR*. 63, 1960, p. 297 ss.; TALAMANCA, in *Labeo* 6, 1960, p. 289 ss. Non diversa la posizione del GROSSO, *Il sistema*, cit., p. 173 nt. 2.

¹¹³ Cic., *De off.* 3.24.92, sul quale Magdelain, *o.c.*, 51 ss. e TALAMANCA, *recensione*, in *Labeo* 6, 1960, p. 280 ss.

¹¹⁴ Sen., *Controv.* 9.3, *thema*.

¹¹⁵ Cfr. la recensione di TALAMANCA, cit. nt. 87.

e *recepta* non rientrano nella previsione generale dell'*edictum de pactis*, in quanto preceduti da apposita clausola edittale.

Si è sottolineata inoltre la manchevolezza del fondamento primo di tutta la dimostrazione e cioè l'asserito carattere pretorio dell'*oportere ex fide bona*¹¹⁶, che si sarebbe ancora mantenuto nel I sec. d.C., così come l'inverosimiglianza, sotto il profilo dell'evoluzione storica, della perdita di coscienza di tale origine da parte dei romani.

Tuttavia, l'attestazione delle fonti di "pattuizioni" (figure non riconducibili in alcun modo agli schemi tipici dei *contractus* e non altrimenti tipizzabili che come accordi di volontà) capaci di costituire situazioni giuridiche – il cui tipo di effetti e di regime processuale non si avvicina in alcun modo a quelli degli schemi del *contractus*, anzi ricevono tutela e configurazione nell'editto pretorio – sembra lasciare intravedere manifestazioni negoziali in zone divise dai *contractus*, spingendo a ricercare la negozialità romana in particolare nella variante dei *pacta*, indipendentemente dal ricorrere di terminologie differenziate, come accade per i *recepta*.

Proprio partendo da tali considerazioni è sottolineato che quanto si asserisce dalla dottrina a proposito dei c.d. *pacta praetoria* - vale a dire che non si tratterebbe di *pacta*, ma di tipici atti sorti e sviluppatisi nella loro individualità¹¹⁷

¹¹⁶ La tesi sostenuta da Magdelain, nelle sue *Actiones civiles*, è stata oggetto di efficaci e convincenti critiche dal PUGLIESE, in *SDHI*. 20, 1954 p. 373 ss.

¹¹⁷ Cfr. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit. p. 171.

-, oltre a non profilarsi come soluzione soddisfacente, sembra – piuttosto ovviare alla soluzione del problema, e premesso che, ove le fonti siano approcciate in una prospettiva storica, la sussistenza di apposite clausole edittali non comporta *ut sic* l'esclusione delle figure negoziali che ne sono oggetto dall'ambito dell'editto *de pactis* – restando, caso mai, a testimoniare un processo continuo e parcellare di stratificazione dei *pacta* -, la tesi del Magdelain è sostanzialmente ripresa, sulla scia del Santoro, da Melillo¹¹⁸.

Anzitutto l'autore premette che non osta alla tesi della rilevanza del consensualismo¹¹⁹ la circostanza che la generalità degli atti dispositivi antichi fosse governata da formulari certi e rigidi: tale elemento, da solo, non basta infatti per asserire che la volontà non avesse rilevanza. Al contrario, in una comunità sufficientemente ristretta, l'uso di formulari più o meno rigidi e fissi doveva conferire all'agente la massima certezza possibile intorno al valore – e alle conseguenze del comportamento, verbale o gestuale che fosse. Né può attribuirsi gran peso al fatto che non pochi, tra i negozi solenni, trovassero sanzione o garanzia nei precetti religiosi o nelle solennità comiziali e testimoniali; anche in questo ca-

¹¹⁸ Cfr. MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere*, cit., p.143 ss.

¹¹⁹ In via pregiudiziale pare alla dottrina dominante che osti a tale tesi il formalismo tipico dell'arcaico regime negoziale: l'uso di formulari rigidi e fissi, in cui le parti riversavano le loro pretese, alla luce delle credenze religiose, delle pratiche rituali, è da essa interpretata nel senso della irrilevanza della volontà in ordine alla produzione di effetti giuridici. Cfr *infra* cap. 1, p. 53.

so, colui che operava non poteva ignorare il senso delle parole e gli effetti vincolanti che ne sarebbero scaturiti¹²⁰.

Se si considera poi che, prevalendo rapporti interni alla comunità cittadina, non potevano validamente e diffusamente porsi esigenze¹²¹ di più acute verifiche degli interessi¹²² che presiedevano alle negoziazioni, si comprende anche per l'autore, in conclusione, che tutto ciò non basta ad escludere per le fasi più risalenti la normale coincidenza tra manifestazione e volontà negoziale.

Pur convenendo, poi, con la dottrina comune sull'impossibilità di fornire un'incontrovertibile prova positiva, l'autore sottolinea come l'ipotesi che i *pacta* costituissero la fascia obsolescente della negozialità romana, sembra consolidarsi ove si consideri che i *contractus* tipici affermatosi nel I sec. d.C.¹²³ sono comprensibili, almeno nella rego-

¹²⁰ Solo le ipotesi di insania mentale, di violenza o di altre circostanze eccezionali potrebbero, ove se ne mostrasse la rilevanza, far immaginare nei certa verba un formalismo assorbente la volontà.

¹²¹ Tali esigenze dovettero porsi dopo il III sec. con l'ampliarsi dei traffici esterni alla penisola, dunque tra soggetti non aventi comunanza di lingua e costumanze giuridiche. In tale contesto i commerci con gli stranieri sarebbero stati estremamente frenati da prassi e teorie che non tenessero debitamente in conto che i comportamenti e le forme rituali non potevano esaurire la tutela di rapporti con radici in interessi di scambio economico. Il rilievo dato alla *fides bona* e al *dolus malus* confermano questo dato.

¹²² S'è ripetutamente accennato alla inseparabilità, nella storia del negozio romano, tra volontà e interessi di fondo nel processo di sviluppo dell'autonomia dei privati: bibl. in GUARINO, *Diritto privato*, cit., p. 392 ss.

¹²³ Costituenti la categoria gaiana delle *obligationes consensu contractae*

larità del loro funzionamento sullo sfondo di un economia¹²⁴ in cui circola normalmente il mezzo monetario, sporadico e difficoltoso nelle zone periferiche¹²⁵: può, dunque, ritenersi estremamente probabile l'esistenza in gran parte del territorio periferico, ancora a cavallo dell'età di Augusto, di strumenti diversi destinati alla realizzazione della consensualità¹²⁶.

Quanto alla tesi evolutiva dei *pacta*, l'autore si distacca da alcuni passaggi della tesi del Magdelain, che gli appaiono poco verosimili; in particolare per l'ipotesi che il progressivo ridursi dei *pacta* agli accordi rinunciativi fosse dovuto all'assorbimento delle *actiones ex fide bona* tra le

¹²⁴ Basti qui pensare – asserisce l'autore - che l'economia romana, nell'*urbs* e negli altri centri cittadini strutturalmente analoghi – diversamente che nelle zone sociali e territoriali periferiche, legate a forme economiche meno evolute -, fosse caratterizzata da forme economiche di notevole complessità, con una ragguardevole presenza di grandi attività commerciali e speculative: in tale contesto, si comprendono perfettamente i *contractus* idonei a soddisfare esigenze legate ad una notevole mobilità di uomini e di risorse economiche (valga come es: il mandato, che presuppone figure sociali cittadine che, gestendo una pluralità di attività economiche, si servono di sostituti più o meno temporanei; MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere*, cit., p. 138 ss; sul mandato ampia bibl in PROVERA, s.v. *Mandato* (Storia), in *ED.* 25, Milano, 1975, p. 311 ss.

¹²⁵ Tac., *Ann.* 6.16; cfr FRANK, *Rome and Italy of the Empire*, Baltimore, 1940, p. 32 ss, 65, 270 ss.; CRAWFORD, *Money and exchange in the roman word*, in *JRS.* 66, 1966, p. 128 ss.; CRACCO RUGGINI, *Esperienze economiche e sociali nel mondo romano*, in *Nuove questioni di storia antica*, Milano, 1968, p. 748 ss.

¹²⁶ In questa prospettiva, l'emergere tra il I e il II sec., della disputa sui *nova negotia* tra Sabiniani e Proculiani potrebbe stare ad indicare non una disputa tutta teorica su forme giuridiche (in questo senso sembra condurre la dottrina comune) ma la difficoltà di collocare nel quadro levigato delle *obligationes* la multiforme realtà dei *pacta*. Sui *nova negotia*, SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani. Nova negotia e transactio da Labeone ad Ulpiano*, Napoli, 1971, p. 103 ss.; HORAK, rec. a Schiavone, in *Labeo* 19, 1973, p. 212 ss.

*actiones civiles*¹²⁷. Sotto un profilo storico gli appare infatti più credibile l'imputazione dei fenomeni a processi più sostanziali, come il naturale estendersi dell'applicazione dei *contractus* nella prassi di un'economia che sempre di più si apriva a forme di scambio in moneta e l'effetto incentivante che la riflessione teorica dei giuristi può aver avuto nel progredire dei più aggiornati schemi contrattuali.

Aderendo alla tesi del Santoro¹²⁸ della classicità dell'*agere praescriptis verbis*¹²⁹, cioè di un procedimento attraverso il quale i giuristi classici avrebbero suggerito al pretore di munire di tutela contrattuale convenzioni atipiche, ricorrendo ad una *praescriptio* antecedente la *formula* nella quale fossero descritti gli estremi concreti della fattispecie su cui fondare la pretesa¹³⁰, l'autore ipotizza dunque a parti-

¹²⁷ MAGDELAIN, *o. c.*, p. 121 ss., 177 ss; *contra* GROSSO, *Schemi giuridici e società*, cit., p. 420 ss.

¹²⁸ Cfr. SANTORO, *Aspetti formulari della tutela delle convenzioni atipiche*, in *Le teorie*, cit., p. 93 ss; SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit., p. 5-304 estr. Alla tesi del Santoro aderisce (sostanzialmente) da ultimo BURDESE, *Sul riconoscimento civile dei contratti innominati*, cit., p. 226 ss., cui si rinvia per un ampio quadro della questione con relativa bibliografia.

¹²⁹ E' opportuno ribadire che ciò che si asserisce non è la classicità di una azione così denominata, che abbia la funzione di proteggere ogni convenzione atipica. Questo è il risultato cui è pervenuto il diritto giustiniano (cfr. DE FRANCISCI, *Synallagma*, cit., 12 ss.; LOMBARDI, *BIDR.*, 63, 1960, cit., p. 140 ss.- che asseriscono però anche l'origine compilatoria dell'espressione "*actio civilis in factum*", sostenendo i risultati risalenti alla critica interpolazionistica-). Classico è solo il procedimento dell'*agere praescriptis verbis*, volto ad applicare di volta in volta alla fattispecie concreta l'azione con un determinato adattamento.

¹³⁰ Soccorre all'uopo il richiamo di un rescritto di Alessandro Severo del 230 d.C. (C. 2.4.6.1) ove è riconosciuta, in ipotesi di transazione, la spettanza di un *utilis actio, quae praescriptis verbis rem gestam demonstrat* e lo scolio maqîn a Bas. 11.1.7 (corrispondente a D. 2.17.7),

re dal I sec. d.C. l'aprirsi di una linea di confronto e di tendenziale unificazione tra *ius honorarium* e *ius civile*.

Radicatasi la negozialità negli schemi del *contractus* (accresciuto attraverso procedimenti di generalizzazione sistematica di nuove ipotesi) i *pacta*, anche per l'esaurirsi del *ius honorarium*, nel corso dell'età classica subirono un processo di arretramento vedendo ridursi il loro raggio d'azione: tendenzialmente¹³¹ declinarono verso l'efficacia estintiva.

in cui il maestro bizantino Stefano descrive *l'actio incerta o praescriptis verbis*, a tutela di una convenzione innominata, con riferimento a elementi strutturali dell'antica formula, che sarebbe costituita da una iniziale descrizione del *factum* (*præscripta*) *et demonstratio*, da una *intentio incerta* e da una *condemnatio*. Ora tenendo conto che la descrizione del fatto normalmente contenuta nella *demonstratio* della *formula*, come è detto in Gai 4.134 (*in praescriptione de facto quaeritur, quod secundum naturalem significationem verum esse debet*), e tenendo conto della trasformazione parallela delle *praescriptiones pro reo* in *exceptiones* inserite nel contesto della *formula* (v. Gai 4.133), il Santoro ipotizza un fenomeno di trasformazione, avvenuto nel corso del tempo delle *praescriptiones* in *demonstrationes*.

¹³¹ Melillo ritiene, discostandosi da altri sostenitori della teoria consensualista (cfr. Da ultimo GALLO, *Synallagma e conventio*, cit., p. 109), che l'affermarsi dei *contractus* non avrebbe effettivamente determinato la difendibilità dei *pacta* solo estintivi e solo per via di *exceptiones*, nel senso che si trattò di una linea di tendenza, mai giunta a compimento, considerato che ancora la Compilazione di Giustiniano richiama e regola una vasta serie di *pacta* e altri negozi bilaterali non riconducibili allo schema del *contractus*.

CAPITOLO II

Negozialità arcaica e *leges privatae*

2.1 – VARIETÀ DELLE FORME ORIGINARIE DEGLI SCAMBI ONEROSI E DELLE FORME NEGOZIALI. In un notissimo passo¹³² di Paolo (33 *ad edictum*) – che rappresenta l’introduzione al suo commento dell’editto in tema di compravendita – il giurista imposta e svolge storicamente la trattazione¹³³.

D. 18.1. pr. *Origo emendi vendendique a permutacionibus coepit. olim enim non ita erat nummus neque aliud merx, aliud pretium vocabatur, sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum utilibus inutilia permutabat, quando plerumque evenit, ut quod alteri superest alteri desit. sed quia non semper nec facile concurrebat, ut, cum tu haberes quod ego desiderarem, invicem haberem quod tu accipere velles, electa materia est, cuius publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret. eaque materia forma publica percussa usum dominiumque non tam ex substantia praebet quam ex quantitate nec ultra merx utrumque, sed alterum pretium vocatur. Sed an sine nummis venditio dici hodieque possit, dubitatur, veluti si ego togam dedi, ut tunicam acciperem.*

¹³² Sulla sostanziale attendibilità filologica del passo cfr. SCIALOJA, *Corso sulla compravendita*, Roma, 1907, p. 22, nt. 1; ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, Napoli, 1952; MASCHI, *Il diritto romano 1. La prospettiva storica della giurisprudenza classica*, Milano, 1966, p. 572 ss. *Contra* BESELER, *Beiträge zum Kritik der röm. Rechtsquellen*, fasc. 3, Tübingen, 1913, p. 13.

¹³³ Tutto il pensiero di Paolo è impostato sulla contrapposizione *olim-hodie*. Tali contrapposizioni sono tipiche degli *excursus* storici, e frequentissime in Gaio il quale di solito contrappone *olim-nunc* e una sola volta (Gai 2. 195) usa *hodie* – in relazione proprio ad un’altra celebre disputa tra Sabiniani e Proculiani.

sabinus et cassius esse emptionem et venditionem putant: nerva et proculus permutationem, non emptionem hoc esse. sabinus Homero teste utitur, qui exercitum graecorum aere ferro hominibusque vinum emere refert, illis versibus: αἰνῆν ἐρ’ οὐ, nizonto karykomōwntes / Acaio..., §lloi m□n kalkù, ¥lloi d’ a†qwni sid»ræw, §lloi d□ hrinosj, ‘lloi d’ aÙtÍsi bÒessi, ‘lloi d’ çndrapÒdessin. sed hi versus permutationem significare videntur, non emptionem, sicuti illi: αἰνῆν aàte GlaÚkw Kron...dhj fršnaj exšleto zeÚj, h×j prÕj Tude...dhn Diom»dea teÚce/ ¥meiben. magis autem pro hac sententia illud dicetur, quod alias idem poeta dicit: pr...ato kte£tessin h~oÆsin. sed verior est nervae et proculi sententia: nam ut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor, sic aliud est pretium, aliud merx: quod in permutatione discerni non potest, uter emptor, uter venditor sit.

Il giurista dichiara che l’*origo* dell’istituto risale alla permuta, caratterizzata dalla indifferenziazione tra *merx* e *pretium*, tipica del baratto, e spiega come l’introduzione della moneta “comune denominatore” e “materia terza” degli scambi che consente l’ “eguaglianza delle quantità”¹³⁴ permetta di eliminare difficoltà inevitabili di quel sistema. Il baratto, infatti, non consente l’equilibrio giuridico-economico che è proprio della compravendita poiché la di-

¹³⁴ La lezione qui accolta circa la traduzione dell’espressione “*aequalitate quantitatis*” è quella di MELILLO, *Categorie economiche nei giuristi romani*, cit., p. 52.; ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, cit., p. 5, traduce invece “*con valore proporzionale alla quantità*” – ma, ci sembra che la prima traduzione colga pienamente il senso dell’espressione.

sponibilità delle merci e la loro utilità cambiano secondo “*necessitas temporum*”.

Nel brano il giurista, utilizzando nozioni e concetti maturati all’interno di una storia di per sé non giuridica ma economica¹³⁵, e trattando in maniera sufficientemente esplicita dei nessi tra le caratteristiche specifiche del denaro e la configurazione delle strutture negoziali¹³⁶, sorprende, sotto un profilo di storia giuridica, un legame tra lo sviluppo dell’economia monetaria e attitudini economico giuridiche dell’*emptio venditio*¹³⁷ e coglie la sostanza del rapporto teorico tra moneta e compravendita nella idoneità della prima, quale bene intermedio, di consentire a chi percepisce danaro di acquisire o presso terzi, o in un tempo successivo presso la stessa controparte, il bene che egli avrebbe voluto in cambio di quello ceduto: è il valore costante e pubblico della moneta che consente l’eguaglianza dei valori scambiati.

Nel testo che, secondo l’ipotesi di Lenel, era strettamente contiguo al precedente nell’originale paolino¹³⁸:

¹³⁵ Questo profilo è accentuato da MASCHI, *Il diritto romano* 1. *La prospettiva storica della giurisprudenza classica*, Milano, 1966, p. 572 ss.; sotto il profilo della storia della moneta cfr. TOZZI, *Economisti greci e romani. Le singolari istituzioni di una scienza moderna nel mondo classico*, Milano, 1961, p. 442 ss., cui si rinvia per ulteriori indicazioni bibliografiche.

¹³⁶ Sull’interesse di Paolo per le tematiche economiche nel discorso giuridico, cfr. TOZZI, *o.c.*, p. 490 ss.

¹³⁷ Cfr. MELILLO, *Categorie economiche*, cit., p. 54.

¹³⁸ LENEL, *Paling.* 1, Leipzig, 1889, col. 1034, Paul. Fr. 502 e nt. 2. Va ricordato che secondo la *Littera Florentina* la *inscriptio* attribuirebbe a D. 19.4.1 al libro 32 e non 33 del commentario editto di Paolo. L’emendamento, logicamente giustificato, è stato generalmente accettato dalla dottrina, a causa della stretta continuità tematica: v. A-

D. 19.4.1 pr.. *Sicut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor, ita pretium aliud, aliud merx. at inpermutatione discerni non potest, uter emptor vel uter venditor sit, multumque differunt praestationes. emptor enim, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito, venditori sufficit ob evictionem se obligare possessionem tradere et purgari dolo malo, itaque, si evicta res non sit, nihil debet: in permutatione vero si utrumque pretium est, utriusque rem fieri oportet, si merx, neutrius. sed cum debeat et res et pretium esse, non potest permutatio emptio venditio esse, quoniam non potest inveniri, quid eorum merx et quid pretium sit, nec ratio patitur, ut una eademque res et veneat et pretium sit emptionis. Unde si ea res, quam acceperim vel dederim, postea evincatur, in factum dandam actionem respondetur. 2. Item emptio ac venditio nuda consentientium voluntate contrahitur, permutatio autem ex re tradita initium obligationi praebet: alioquin si res nondum tradita sit, nudo consensu constitui obligationem dicemus, quod in his dumtaxat receptum est, quae nomen suum habent, ut in emptione venditione, conductione, mandato. 3. Ideoque pedius ait alienam rem dantem nullam contrahere permutationem¹³⁹*

RANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., p. 149; MASCHI, *La prospettiva storica della giurisprudenza classica*, cit., p. 572, nt. 1.

¹³⁹ Sul frammento non sono mancati alcuni (marginali) dubbi. Cfr. BESELER, *Unklassische Wörter*, in *SHDI*. 1, 1935, p. 284; ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., p. 136; MASCHI, *La prospettiva storica*, cit., p. 598 ss.

il discorso è invece dominato dall'intento di separare sotto un profilo sistematico la compravendita dalla permuta: il giurista severiano richiama – dal lato delle situazioni dei contraenti – il diverso regime di responsabilità e la differenza tra *merx* e *pretium*, e – sotto un profilo strutturale – la differenza tra il modo di perfezionamento (*traditio rei* nella permuta, *nudus consensus* nella compravendita).

Il quadro delle discriminanti tracciato da Paolo ha tuttavia, in definitiva il suo momento centrale nella presenza dei *nummi* essendo la differenza strutturale tra la coppia compratore-venditore da un lato e quella dei permutanti dall'altro solo il risvolto di diritto, sotto il profilo dei soggetti, delle connotazioni essenziali di un negozio, come la compravendita, specificata dall'oggetto-moneta.

Il contenuto dei due brani in cui il giurista pone un collegamento tra strutture negoziali e moneta riprende invece risalenti dibattiti dottrinali¹⁴⁰ di cui tracce significative sono in:

Gai 3.141: *Item pretium in numerata pecunia consistere debet. nam in ceteris rebus an pretium esse possit, veluti homo aut toga aut fundus alterius rei pretium esse possit, valde quaeritur. nostri praeceptores putant etiam in alia re posse consistere pretium; unde illud est, quod vulgo putant per permutationem rerum emptionem et venditionem*

¹⁴⁰ La disputa sembra aver avuto una certa risonanza teorica, com'è testimoniato da *Inst. Iust.* 3.23.2, sotto la rubrica *De empitone et venditione*.

contrahi, eamque speciem emptionis venditionisque vetustissimam esse; argumentoque utuntur Graeco poeta Homero, qui aliqua parte sic ait:

*αἰνῆν ἐρ' οὐκ ἴσονται κάρυκον ὄρνυτες / Αἰαίο... , §lloi m□n calkù,
ἔlloi δ' ἀφ' ἑωῶνι σιδῶναι, §lloi δ' ἠρῖνος, ἴlloi δ' ἀὐτίσι βὀεσσι,
ἴlloi δ' ἐνδραπὸδῆσιν. (Hom. II. 7. 472-475) et reliqua. diversae scholae auctores dissentiunt aliudque esse existimant permutationem rerum, aliud emptionem et venditionem; alioquin non posse rem expediri permutatis rebus, quae videtur res venisse et quae pretii nomine data esse, sed rursus utramque rem videri et venisse et utramque pretii nomine datam esse absurdum videri. sed ait Caelius Sabinus, si rem tibi venalem habenti, veluti fundum, [acceperim et] pretii nomine hominem forte dederim, fundum quidem videri venisse, hominem autem pretii nomine datum esse, ut fundus acciperetur.*

Il testo gaiano a ben vedere presenta elementi che sembrano deporre nel senso di una tradizione più articolata di quella poi raccolta da Paolo. Nel tenore del riferimento gaiano, infatti, la posizione sabiniana è meglio motivata che in Paolo: soprattutto in Gai 3.141 risalta il fondo economico sostanziale della disputa.

Per i Sabiniani l'equiparazione tra permuta e compravendita è giustificata dal fatto che in ogni caso, si scambiano cose venali. Diversamente i Proculiani insistono su motivazioni giuridico-formali, asserendo l'impossibilità di equi-

parare *merx* e *pretium*, permutanti da una parte e venditore e compratore dall'altra¹⁴¹.

Quello che comunque in questa sede si vuole particolarmente sottolineare è che mentre Paolo in un'impostazione evoluzionistica parla della permuta come *origo* della compravendita¹⁴², sopravvenuta con l'invenzione della moneta, Gaio aveva posto su un piano sincronico compravendita e permuta, dicendo di quest'ultima che si tratta di una *vetustissima species*¹⁴³: tesi chiara nella direzione di mostrarne il comune sostrato economico – funzionale.

Il rilievo di Paolo “*origo emendi vendendique a permutatione coepit*” e la definizione di Gaio della permuta quale *vetustissima species* della compravendita sono osservazioni storiche notevoli in quanto riportano ad un'età antichissima di cui di solito mancano tracce nei testi pervenuti. Essi si inquadrano nell'arcaica indifferenziazione giuri-

¹⁴¹ In realtà, le dispute tra le due scuole rinviano ad un campo assai più vasto, con motivazioni che nella romanistica vanno dalla ipotesi di una contrapposizione politica a quella della diversità di scuole grammaticali e retoriche. Sul punto cfr. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it., Firenze, 1968, p. 214; BONFANTE, *Storia del diritto romano* 4, Milano, 1959, p. 262 ss.

¹⁴² Il taglio storicizzante della trattazione paolina è efficacemente illustrato da MASCHI, *La prospettiva storica*, cit., p. 572 ss. La parola *origo* ricorre inoltre in molti altri testi di Paolo: cfr. *Voc. Iur. Rom.* s.v. *origo*, vol. 4, coll. 460-461 (l'osservazione è di MELILLO, *Categorie*, cit., p. 64, nt. 49).

¹⁴³ TALAMANCA [*Lo schema genus-species nelle sistematiche dei giuristi romani*, in *La filosofia greca e il diritto romano*, in *Accademia nazionale dei Lincei* 374, 1977, Quaderno 221, Tomo 2, Roma, 1977, p. 268, nt. 734] ritiene che in Gai 3.141 – come in altri testi – Gaio adoperi *species* per individuare una figura all'interno di un insieme più vasto.

dica degli istituti dei quali è netta soltanto, nell'età più antica la funzione economica.

Anteriormente all'introduzione della moneta e, quindi, alla possibilità di stabilire il *pretium*, permuta e vendita si confondono giuridicamente anche se poteva essere chiara l'idea, dal punto di vista economico e da parte dei soggetti del rapporto, che la controprestazione, avente ad oggetto un' *alia res*, era data non perché l'accipiente si proponesse di ottenere proprio quella (ipotesi di permuta), ma perché l'accettava quale compenso (ipotesi di vendita) – come nell'episodio riferito da Paolo e descritto da Omero¹⁴⁴ in relazione al quale i Sabiniani, diversamente dal giurista Severiano ravvisano un'ipotesi di scambio espressione di compravendita in natura.

L'antichissima assenza di netti contorni giuridici in quelli che, nell'età storica, diverranno istituti della permuta e della compravendita, si scorge nella stessa etimologia dei rispettivi vocaboli. *Emo*, *emere* originariamente significa “prendere”, non ha il significato di comprare. Questo antico significato, che ancora attestano i glossari romani¹⁴⁵ è quello accolto dalle moderne etimologie¹⁴⁶. Se *emere* nel suo significato più risalente equivale ad *accipere*, *su mere*, in esso non si scorge altro che l'azione di prendere; in altri termini

¹⁴⁴ Iliade, 7, p. 472 ss.

¹⁴⁵ Fest. sv. *Redemptores: antiquitus “emere” pro “accipere” ponebatur; sv. Abemito: significat “demito” vel auferto; “emere” enim antiqui dicebant pro “accipere”; s.v. Emere: quod nunc est “mercari” antiqui accipiebant pro “sumere”.*

¹⁴⁶ ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire etym.* 3, s.v. *Emo*.

il significato generico non consente di distinguere il prendere in seguito a permuta oppure a causa di vendita.

Infatti è soltanto nell'epoca storica che *emere* appare termine specifico uguale a “prendere in seguito a pagamento di un prezzo” (e viene contrapposto a vendere, *venum dare*) che è attestato dalle fonti dopo Plauto (e allora il significato di prendere è stato assunto da *capere*¹⁴⁷).

Altrettanto può dirsi di permutare (*per-mutare*), che ha anticamente il significato generico di scambiare. Solo quando lo scambio di una cosa contro prezzo verrà a configurare l'*emptio-venditio* anche la *permutatio* si circoscriverà allo scambio di una cosa contro altra cosa.

2.2 - LA MANCIPIATIO: DALLE ORIGINI ALLE TESTIMONIANZE GAIANE. Nel più antico diritto romano la compravendita, intesa quale struttura giuridica che si caratterizza per la presenza dei *nummi*, trova la sua espressione nella *mancipatio*¹⁴⁸.

¹⁴⁷ ERNOUT-MEILLET, l.c.

¹⁴⁸ Sull'istituto cfr. BETTI, *La vindictio romana primitiva e il suo svolgimento storico nel diritto privato e nel processo*, Filangieri, 1915, 40, pp. 321-368; KUNKEL, in *Pauly-Wissowa*, voce *mancipatio* (*Real-Encyclopädie*, vol. 27, col. 998-1009); DE FRANCISCI, *Il trasferimento della proprietà*, Padova, 1924; BONFANTE, *Corso di diritto romano* 2, Roma, 1928, pp. 135-148; ARCHI, *Il trasferimento della proprietà nella compravendita romana*, Padova, 1934; LEVY-BRUHL, *La formule vindicatoire; Nexum et mancipation (Quelques problèmes du très ancien droit romain)*, Paris, 1934, pp. 95-113, 139-151); DE VISSCHER, *Mancipium et res mancipi*, in *SDHI*. 2, 1936, pp. 263-324; NOAILLES, *L'auctoritas dans la loi des douze Tables (Fas et jus)*, Paris, 1948, pp. 223-282); MAGDELAIN, *Auctoritas rerum in Mélanges De Visscher* 4, 1950, pp. 127-153; VOICI, *Modi di acquisto della proprietà*, Milano, 1952, pp. 27-59; ARANGIO-RUIZ,

Sebbene quella a noi meglio nota sia la *mancipatio* dell'età classica, così come la descrive Gaio, possiamo dire di conoscere indirettamente la sua struttura qual'era al più tardi al tempo delle XII Tavole, dal momento che l'istituto dell'età avanzata ne porta le stimate.

Gai 1.119. *Est autem Mancipatio, ut supra quoque diximus, imaginaria quaedam venditio: Quod et ipsum ius proprium civium Romanorum est; eaque res ita agitur: Adhibitis non minus quam quinque testibus civibus Romanis puberibus et praeterea alio eiusdem conditionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens, is, qui Mancipio accipit, rem tenens ita dicit: HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITIUM MEUM ESSE AIO ISQUE MIHI EMP-TUS ESTO HOC AERE AENEAQUE LIBRA; deinde aere percutit libram idque aes dat ei, a quo Mancipio accipit, quasi pretii loco.*

Il *mancipio accipiens* dichiara di comprare quell'uomo col bronzo e la stadera di bronzo; poi però si limita a percuotere con un pezzetto o una verghetta di bronzo (*aes*) la stadera tenuta dal *libripens*, e a dare quell'*aes* alla controparte come simbolo di un prezzo che in realtà non paga (seduta stante¹⁴⁹). Da ciò il nome di *immaginaria vendi-*

La compravendita, cit.; MEYLAN, *Essai d'explication sémantique du mot emancipare*, in *Studi De Francisci* 1, pp. 63-73; DE VISSCHER, *Auctoritas et Mancipium*, in *SDHI.* 22, 1956, pp. 87-112; GALLO, *Studi sulla distinzione tra res Mancipi e res nec Mancipi*, Torino, 1958.

¹⁴⁹ Qualche maggiore precisione circa lo svolgimento delle operazioni nell'epoca della *imaginaria venditio* si ricava da un passo di Varrone

tio, col quale Gaio vuol dire che un atto originariamente apprestato a scopo di vera compravendita è stato successivamente adoperato, con adattamenti, per raggiungere un risultato diverso – in questo caso il trasferimento su cose o persone, qualunque ne fosse la causa.

E' abbastanza chiaro che dietro quelle parole e quei gesti, del tutto inconciliabili con una vendita il cui prezzo fosse da pagare in *pecunia numerata*, traspaia una compravendita il cui prezzo dovesse essere pesato.

Ai tempi delle XII Tavole, dunque – com'è noto – il comune denominatore monetario degli scambi non era ancora *forma publica percussa*, né aveva *publica et perpetua aestimatio*, ma era *aes rude*, rame (oppure lega di rame, stagno e piombo che si pesava); né assolveva la funzione di mezzo di pagamento¹⁵⁰: si trattava di una materia terza degli scambi che consentiva la stima del bene da scambiare.

Invero presto fu impresso una specie di bollo sui pani di rame¹⁵¹ (da cui la denominazione di *aes signatum*¹⁵²) ma

(*de lingu. Lat.*, 5.163) e da uno di Festo (voce *Rodus*), da cui risulta che nell'occasione della *mancipatio* si pronunciavano le parole *raudusculum libram ferito*, precisando che il *raudusculum* (o *rodus*) era un piccolo pezzo di bronzo, certamente identico all'*aes* di Gaio.

¹⁵⁰ Sebbene in dottrina è stata sostenuta l'ipotesi che dal primitivo significato di bestiame la parola *pecunia* sia passata a quella di patrimonio mobiliare, come risulterebbe dalla nota espressione *famiglia pecuniaque*, l'uso del bestiame come mezzo di pagamento sembra confermato dalla legge *Atenia Tarpeia*, attribuita al 454 a.C., la quale avrebbe fissato come limite massimo della multa da infliggersi a discrezione del magistrato trenta buoi e dieci pecore.

¹⁵¹ Secondo la tradizione sin dai tempi di Servio Tullio.

ciò sembra dovesse servire a garantire soltanto la composizione della lega, il che non escludeva la necessità di pesare il rame: d'altra parte i ritrovati archeologici provano che accanto all'*aes signatum*¹⁵³ si continuasse ad adoperare l'*aes rude*. La vera e propria moneta coniata che si conta fu istituita probabilmente poco più tardi della legge decemvirale, e quelle di argento¹⁵⁴ e di oro¹⁵⁵ solo nel III secolo a notevole distanza l'una dall'altra.

La storia della moneta romana lascia supporre che, nelle fasi più risalenti, la *mancipatio* non avesse un'estesa applicazione.

La congettura risulta avallata allorquando si consideri la ristretta sfera dei soggetti legittimati a porla in essere e quella, altrettanto limitata dell'oggetto.

¹⁵² Gaio si riporta invero proprio all'età dell'*aes signatum*, ma si può facilmente pensare che l'intervento del *libripens* e della sua stadera fossero stati ancora più essenziali nello stato primordiale.

¹⁵³ Il bronzo, foggato in sbarre è munito di un'impronta; l'insegna della prora sulle monete è indice della prima fondazione di colonie marittime sulla costa latina, che non è anteriore al IV secolo. Tale corrispondenza, insieme con la interessante coincidenza del trattato di commercio con Cartagine, attribuito a quest'epoca, induce a supporre che l'inizio dei commerci marittimi abbia dato spinta alla coniazione. Sul punto cfr. BONFANTE, *Lezioni di storia del commercio*, parte I, Milano, 1982, p. 157 ss.

¹⁵⁴ La moneta d'argento era il fondamento del regime monetario greco. Una legge romana del 269 ne ordinò la coniazione evidentemente sotto la spinta dell'irradiarsi dei traffici verso l'Italia meridionale e verso la Grecia. Questa moneta si chiamò *nummus* da noumnoj voce dialettale greca corrispondente a nomoj, moneta. In occasione fu istituita una speciale magistratura "*tres viri monetales*" che sovrintendevano alla coniazione.

¹⁵⁵ Queste ultime in età repubblicana non si coniarono se non ad intervalli regolari a datare dal 218. Soltanto con Cesare (49-48) incomincia il conio regolare della moneta d'oro.

Le fonti classiche attestano che soggetto ne è un cittadino romano o un *peregrinus* munito di *commercium*¹⁵⁶; acquirente può essere però oltre che un *pater familias*, pure un *filius* o uno schiavo¹⁵⁷ (che non acquistano *pro se*).

Oggetto di *mancipatio* in età risalente sono solo le *res Mancipi*¹⁵⁸ mobili: i fondi, infatti, sono inalienabili, sicchè tra le *res Mancipi* ha prevalenza lo schiavo (che appunto autonomisticamente è chiamato *mancipium*).

Effetto della *mancipatio* in età classica era la garanzia¹⁵⁹ che il mancipante doveva prestare all'acquirente (*auc-*

¹⁵⁶ Ulp. 19.4.

¹⁵⁷ In questi casi naturalmente muta la formula, e lo schiavo dirà: *Hanc rem ex i. Q. Lucii Titii domini mei esse aio* (Gai 3.167).

¹⁵⁸ Nella categoria delle *res Mancipi* Gaio ricomprende un elenco chiuso e tassativo di beni (Gai 1.119): *personae liberae et serviles, bovi, muli, equini, asini, praedia (rustica urbanae)*. Per il DE VISSCHER, *Mancipium et res Mancipi*, 1936 (*contra* BONFANTE, *Res Mancipi e res nec Mancipi*, in *Scr.* 2, 1918, p. 14 ss.) *res Mancipi* erano quelle oggetto della signoria tipica della situazione di *paterfamilias*, denominata *mancipium* (signoria non collegata soltanto alle esigenze agricole, ma anche a quelle della guerra, dei trasporti ecc.). Detta categoria, peraltro, si chiuse assai per tempo, confinando nel novero delle *res nec Mancipi* sia beni sconosciuti all'epoca del suo formarsi, quali i fondi provinciali (Gai 2.21), nonché gli elefanti e i cammelli (Gai 2.20). Il CORBINO, *Osservazioni in tema di res Mancipi e di stabilizzazione del regime della Mancipatio*, in *Scritti in onore di Auletta* 2, Milano, 1988, p.531 ss., ritiene non si possano considerare le categorie gaiane (anche quelle relative ad istituti risalenti) come categorie corrispondenti all'antico: si tratterebbe, per l'autore, del frutto della rielaborazione e del riadattamento della materia da lui operato. La categoria delle *res Mancipi* sarebbe dunque, nell'ampiezza contenutistica in cui Gaio la descrive, una categoria recente.

¹⁵⁹ L'*auctoritas* è intesa come garanzia dal MOMMSEN, *De auctoritate*, Inaug.-Diss, 1843; e da GIRARD, *L'actio auctoritas*, in *RH* 1882, p. 180. Per il DE VISSCHER, *Le role de l'auctoritas dans la Mancipatio*, in *RH* 1933, p. 603, l'*auctoritas* è da intendersi come atto di approvazione (si asserisce che la *mancipatio* consterebbe di un atto unilaterale compiuto dall'acquirente ed al quale l'alienante dà la sua

toritas) concretatesi nell'obbligo di assistenza giudiziale (*periculum iudicii praestare*) qualora un terzo avesse contestato la proprietà al *mancipio accipiens* e comportante responsabilità (penale) per il doppio del prezzo pagato, qualora l'acquirente fosse stato evitto.

2.3 - LE APPLICAZIONI DELLA MANCIPATIO. Il meccanismo formale con il quale veniva attuato il negozio librato, pur essendo di portata ed applicazione generale, conobbe ben presto delle diversificazioni, onde adattarsi a talune esigenze specificamente volute dalle parti, in funzione della necessità di realizzare risultati giuridici particolari.

In tal modo l'assetto formale dell'atto si modificava parzialmente e la solenne rigidità del *gestum* veniva, in certa misura "alterata" dalla stessa flessibilità funzionale dello schema tipico¹⁶⁰.

E' il caso della *mancipatio familiae*¹⁶¹.

Gai 2.102: *Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur: qui enim neque calatis comi-*

approvazione, con atto formalmente distinto). Secondo MAGDE-LAIN, *Auctoritas rerum*, in *Hist. De Visscher* 4, 1950, p. 127, invece, *auctoritas* significherebbe così titolo di proprietà, come garanzia.

¹⁶⁰ Sul punto cfr. RABEL, *Nachgeformte Rechtsgeschäft. Mit Beiträgen zu den Lehren von der Injurezession und vom Pfandrecht*, in *ZSS.* 27, 1906, p. 290 ss. e 28, 1907, p. 311 ss.; CORBINO, *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana. Lezioni*, Torino, 1994 p. 16 ss.

¹⁶¹ La dottrina è ormai concorde nell'ammettere l'alta antichità dell'istituto. Per una sintesi sul complesso dibattito sull'origine pre o postdecemvirale dell'istituto, cfr. CORBINO, *Osservazioni in tema di res Mancipi e di stabilizzazione del regime della Mancipatio*, in *Scritti in onore di Auletta* 2, Milano, 1988, p. 546 ss.

tiis neque in procinctu testamentum fecerat, is, si subita morte urgebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari vellet. quod testamentum dicitur per aes et libram, scilicet quia per mancipationem peragitur. 103. Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc vero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est. sane nunc aliter ordinatur, quam olim solebat; namque olim familiae emptor, id est, qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet; nunc vero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter veteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur.

Utilizzando l'archetipo della *mancipatio*, il *pater familias* che si trovava nella necessità di disporre dei suoi beni – essendo in imminente pericolo di morte e non potendo altresì ricorrere alle forme testamentarie *calatis comitiis* o *in procinctu* – trasferiva *inter vivos* il proprio patrimonio ad un terzo fiduciario, detto *familiare emptor*, affinché questi lo destinasse dopo la morte del disponente alle persone prescelte e con le modalità indicate da quest'ultimo.

Il sistema della *mancipatio familiae*, presentando il vantaggio di svincolare il disponente dalla necessità di ricorrere al testamento comiziale – non sussistendo le particolari circostanze che gli avrebbero consentito di testare *in procinctu* – venne ad assumere sempre maggiore rilievo pratico e si

affermò evolvendosi sino a costituire il sistema fondamentale per attuare la propria volontà successoria:

Gai 2.104: *Eaque res ita agitur: qui facit testamentum, adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus, V testibus ciuibus Romanis puberibus et libripende, postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam; in qua re his verbis familiae emptor utitur: Familiam pecuniamque tuam endo mandatela tua custodelaque mea esse aio, eaque, quo tuo iure testamentum facere possis secundum lege publicam, hoc aere, et ut quidam adiciunt, aeneaue libra, esto mihi empta; deinde aere percutit libram idque aes dat testatori velut pretii loco; deinde testator tabulas testamenti manu tenens ita dicit: haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do ita lego ita testor, itaque vos, Quirites, testimonium mihi pehibetote; et hoc dicitur nuncupatio: nuncupare est enim palam nominare, et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare.*

Per poter porre rimedio agli inconvenienti connessi alla circostanza che la *mancipatio* era un atto a struttura bilaterale e ad efficacia immediata¹⁶² probabilmente si innestò sul modello rituale della *mancipatio familiae* una solenne

¹⁶² Gai 2.103: *...hoc vero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est. Sane nunc aliter ordinatur, quam olim solebat. Nacque olim familiare emptor, id est qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat, et obi dei mandabat testator quid, cuique post mortem suam dari vellet; nunc vero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter veteris iuris imitationem familiare emptor adhibetur.*

dichiarazione verbale, che successivamente acquista i caratteri della *nuncupatio testamenti*, con la quale il disponente designava pubblicamente e direttamente l'erede¹⁶³; il testamento dunque diventava atto nuncupativo, la cui novità rispetto al normale meccanismo mancipatorio di trasferimento delle *res* risiedeva nella circostanza che a parlare era anche il *mancipio dans*.

La *mancipatio familiae* attestata da Gaio presenta dunque un elemento formale particolare costituito dalla pronuncia del *mancipio accipiens – familiae emptor* a cui si salda, nel modello più evoluto del *testamentum per aes et libram*, una formula specifica, formale e solenne, proveniente dal *mancipio dans (nuncupatio testamenti)* che ha l'effetto di rendere il *gestum* funzionalmente idoneo al raggiungimento dello scopo, nella specie successorio, perseguito dal testatore.

I formulari gaiani della *mancipatio familiae* costituiscono esempi evidenti di atti che tendono a realizzare, attraverso una speciale utilizzazione dei *verba* innestati sul formalismo del *gestum* per nulla alterato¹⁶⁴ effetti peculiari tipici, conseguenti alle specifiche dichiarazioni¹⁶⁵ delle parti.

¹⁶³ Gai 2.104: *Nuncupare est palam nominare*.

¹⁶⁴ Il risultato non alterava il formalismo del *gestum*, richiedendo l'intervento dei testimoni e del *libripens, sicut in ceteris mancipationibus* (Gai 2.104), mantenendo l'intervento, sia pure *dicis gratia*, del *familiare emptor* – ma non più *loco heredis* – e prevedendo il compimento degli atti solenni idonei a completare, sul piano gestuale, il formalismo orale delle dichiarazioni.

¹⁶⁵ Elaborate dalla giurisprudenza pontificale allo scopo di superare i problemi che comportava il ricorso al testamento comiziale o, in alter-

Anche se quella del *testamentum per aes et libram* è la sola descrizione completa di un meccanismo rituale che, utilizzando il modulo formale tipico della *mancipatio* (opportunamente integrato) – riuscisse a realizzare particolari effetti giuridici (*ab origine* non conseguibili in altro modo), si può ritenere che meccanismi analoghi operassero in altre situazioni.

Anzitutto il pensiero corre alla *coemptio*¹⁶⁶ che si attuava *per mancipationem*, pur non attuandosi *iisdem verbis*¹⁶⁷.

Gai 1.113: *Coemptione vero in manum conveniunt per mancipationem, id est per quandam imaginariam venditionem: nam adhibitis non minus quam V testibus civibus Romanis puberibus, item libripende, emit vir mulierem, cuius in manum convenit.*

Di una tale applicazione della *mancipatio* ci si poteva avvalere tanto per la *coemptio matrimonii causa* fatta col marito, quanto per quella *fiduciae causa*, che poteva avvenire anch'essa col marito ovvero *cum extraneo*, ma per finalità diversa (Gaio fa l'esempio della *coemptio tutelae evitandae causa*)¹⁶⁸.

nativa a quello *in procintu*, legati a vincoli di tempo. A questa causa può aggiungersi probabilmente il caso della donna *sui iuris* che non avendo capacità di partecipare ai comizi, non poteva fare ricorso al testamento *calatis comitiis* ed ancor meno a quello *in procintu*.

¹⁶⁶ L'economia e il taglio isagocico dell'opera gaiana potrebbero giustificare la mancata menzione del cerimoniale della *coemptio*. Sul punto cfr. CORBINO, *Il formalismo negoziale*, cit., p. 16 ss.

¹⁶⁷ Gai 1.123

¹⁶⁸ Gai 1.114 ss.

Sull'originario sostrato della *mancipatio* si innestavano, dunque, con una modifica dei *verba* del formulario¹⁶⁹ due varianti distinte, tali da produrre effetti giuridici differenziati, finendo in tal modo per caratterizzare in definitiva anche atti giuridici diversi.

Che i peculiari effetti giuridici che le parti si erano prefissate di ottenere ricorrendo all'atto negoziale, dovesse far seguito alla pronuncia dei *verba* particolari è del resto attestato da Gaio, che asserisce che, allorquando si ricorreva alla *mancipatio* per l'attuazione della *coemptio*, essa rivestisse una forma diversa da quella adoperata per il trasferimento delle *res mancipi*:

Gai 1.123: *Ea quidam quae coemptionem facit, non deducitur in servilem condicionem; a parentibus autem et a coemptionatoribus emancipati mancipataeve servorum loco constituuntur, adeo quidem, ut ab eo cuius in mancipio sunt, neque hereditatem neque legata aliter capere possint, quam si simul eodem testamento liberi esse iubeantur, sicut iuris est in persona servorum. Sed differentiae ratio manifesta est, cum a parentibus et a coemptionatoribus isdem verbis*

¹⁶⁹ Ad epoca predecemvirale riporta l'istituto il CORBINO, *Schemi giuridici dell'appartenenza nell'esperienza romana arcaica*, in *La proprietà e le proprietà. Atti del Conv. Di Pontignano a cura di Cortese*, Milano, 1988, p. 30. Anche TALAMANCA, *Forme negoziali e illecito*, in *ACOP*. 1982, p. 131, sottolinea il carattere predecemvirale della *conventio in manu* attuata con la *coemptio*, quindi attraverso un *gestum per aes et libram*, per la quale lo studioso parla di un modo di porre in essere il matrimonio in alternativa alla *confarreatio*.

*mancipio accipiantur, quibus servi; quod non similiter fit in coemptione*¹⁷⁰.

2.4- LA NUNCUPATIO DEL NEGOZIO MANCIPATORIO: CARATTERISTICHE E FUNZIONE COSTITUTIVA E PROBATORIA.

La flessibilità del rituale, realizzata – come si è visto – attraverso l’adozione di particolari parole solenni e, dunque, l’accoglimento nella *mancipatio* di dichiarazioni che danno sostanzialmente rilevanza alla volontà¹⁷¹ e all’accordo depongono nel senso di escludere che il rituale mancipatorio fosse un involucro astratto tale da assorbire e mortificare la volontà delle parti; sembrerebbe trattarsi piuttosto di uno strumento concreto in cui la forma è espressione della volontà, e al tempo stesso mezzo per far acquistare ad essa rilievo giuridico¹⁷².

La forma assolve, dunque, un’esigenza certamente “simbolica”.

L’esigenza che però a questo punto si impone è quella di verificare se tale simbolismo rappresenti la stilizzazione

¹⁷⁰ Il testo del frammento è riportato con le integrazioni apportate da

¹⁷¹ Al riguardo GIOFFREDI, *Su XII TAB. 6.1*, in *SHDI*. 27, 1961, p. 347 ss., 349: “è per attuare quest’idea della parola, cioè della volontà che crea il diritto che al *mihī emptus esto* si è aggiunta la formula *meum esse aio ex iure Quiritium: l’ita ius esse consegue direttamente alla nuncupatio*”.

¹⁷² KASER, *Religione e diritto in Roma arcaica*, in *Annali Catania* 3, 1949, p. 95: La differenza tra il simbolismo primitivo e quello dei tempi più evoluti è questa. Nei tempi più evoluti l’atto simbolico era soltanto una raffigurazione sintetica degli effetti previsti dalla norma giuridica. In epoca arcaica, invece, nel compimento del simbolo era la stessa raffigurazione degli effetti. *Contra*, MAGDELAIN, *Le ius archaïque*, in *MEFRA*. 98, 1986.

di autonomi interessi delle parti oppure l'espressione di un intento che è giuridico nel senso di riconosciuto dall'ordinamento.

In altri termini ci si chiede se lo scopo materiale perseguito dalle parti fosse quello di realizzare un diritto ovvero un di porre in essere un negozio di per sé idoneo a produrre effetti giuridici immediatamente vincolanti¹⁷³.

A tal fine essenziale è la comprensione del significato dell'espressione "*lingua nuncupare*" alla quale le XII Tavole eziologicamente connettono effetti giuridici¹⁷⁴ (*ius*¹⁷⁵), nonché un'indagine circa il ruolo assolto dalla *nuncupatio* in un "sistema" di rapporti giuridici improntato dalle forme.

Essenziale al riguardo è il noto passo di Festo¹⁷⁶ relativo al *nuncupare* e da cui è tratta la norma decemvirale suddetta:

¹⁷³ Sulla essenzialità che acquistano gli elementi verbali e gestuali per il conseguimento degli effetti propri della *mancipatio* cfr. da ultimo CORBINO, *La struttura della dichiarazione d'acquisto nella mancipatio e nell'in iure cessio*, in *Etudes déd. H. Ankum* 1, Amsterdam, 1995, p. 85.

¹⁷⁴ La valenza "ritualistica" e, dunque, in primo luogo processuale dell'espressione *ius* nel linguaggio delle XII Tavole, non impedisce di attribuire ad essa un significato (sia pure embrionale, *in fieri*) di "diritto oggettivo". Cfr. NICOSIA, *Il processo privato romano. Le origini*, Catania 1980, rist. Torino, 1986, p. 74 ss. Osserva altrove (*Lineamenti di storia della costituzione e del diritto di Roma* 1, Catania, 1971, rist. 1989, p. 98 ss.) lo stesso autore: "In formulazioni di questo tipo non può in linea di massima intendersi *ius* che come comportamento che merita approvazione in quanto conforme ad una valutazione del gruppo".

¹⁷⁵ Circa l'attendibilità del passo di Festo, cfr. RICCOBONO, *Origine e sviluppo del domma della volontà nel diritto*, in *Atti del Congr. Internaz. di dir. Rom.* 1, Roma, 1934, p. 185 ss.

¹⁷⁶ Sull'opera festina cfr. BONA, *Contributo allo studio della composizione del "de verborum significatu"* di Valerio Flacco, Milano 1964;

de verb. sign. s.v. nuncupata pecunia (L. 176.3): Nuncupata pecunia est, ut ait Cincius in lib. II de officio iurisconsulti, nominata, certa, nominibus propriis pronuntiata (lex XII tab. 6.1): “cum nexum facies mancipiumque, uti lingua nuncupassit, ita ius esto” id est ut nominarti, locutusve erit, ita ius esto. Vota nuncupata dicuntur quae consules, praetores, cum in provinciam proficiscuntur, faciunt: ea in tabulas praesentibus multis referuntur. At Santra lib. II de verborum antiquitate, satis multis nuncupata conligit, non directo nominata significare, sed promissa, et quasi testificata, circumscripta, recepta, quod etiam in votis nuncupandis esse convenientius.

Nell’unitario frammento del *de verborum significatu* lo scrittore riferisce due accezioni del verbo *nuncupare* orientandoci verso una lettura funzionale all’esigenza dello stesso di porre in rilievo il significato complessivo e sostanziale di “*nuncupare*”.

Mentre nella parte iniziale, con riferimento all’espressione *nuncupata pecunia* e richiamandosi a XII Tab. 6.1, Festo fornisce una definizione di *nuncupare* quale pronuncia di *certa verba, nominata, nominibus propriis pronuntiata*, cioè di espressioni proclamate in forma solenne, con parole esattamente rispondenti a quelle predeterminate dai *pontifices*, e quindi dichiarazioni testimoniabili, in quanto rese alla presenza di *testes* secondo l’accezione di

ID., *Alla ricerca del “De verborum, quae ad ius civile pertinent, significatione” di C. Elio Gallo. 1. La struttura dell’opera*, in *BIDR.* 90, 1987, p. 119 ss.

Gaio “*palam nominare*”¹⁷⁷; nella seconda parte con riferimento ai *vota nuncupata*, richiama la definizione di Santra “*non derecto nominata...sed promissa et quasi testificata, circumscripta, recepta*”, sebbene suscettibile di diverse applicazioni (*satis multis*).

Alla distinzione e al contempo all’intima affinità fra le accezioni di *nuncupare* si richiama Varrone:

l. l. 6.60: ab eo nuncupare , quod tunc <pro> civitate vota nova suspiciuntur. Nuncupare nominare valere apparet in legibus, ubi “nuncupatae pecuniae” sunt scriptae.

L’autore rilevando l’identità del termine nell’espressione votiva e nel documento in cui erano *scriptae* le *pecuniae*, cioè la somma di danaro *nuncupata*, dichiarata solennemente, distingue tra *vota nuncupata* e *nuncupatae pecuniae*.

Ove si consideri che in età antica le norme si presentano da un lato come precetti giuridici cogenti, eteronomi ed applicabili ai rapporti *inter homines*, e dall’altro assumono caratteri di precetti religiosi in virtù di un necessario e costante rapporto col divino¹⁷⁸, appare storicamente viziato il tentativo¹⁷⁹ di riferire le diverse accezioni della *nuncupatio* a

¹⁷⁷ Gai 2.104. *Nominare* etimologicamente è composto da *nomen* o *nomine capere*.

¹⁷⁸ La conoscenza delle norme umane è affidata infatti ai *pontifices* che le concepiscono e le interpretano.

¹⁷⁹ Cfr. RANDAZZO, *Leges mancipii. Contributo allo studio dei limiti di rilevanza dell’accordo negli atti formali di alienazione*, Catania, 1998, cui si rinvia per l’accurata rassegna di *nuncupationes* e *leges*, peraltro ritenute dall’autore non inquadrabili unitariamente; nella stessa direzione cfr. LONGO, *La mancipatio* 1. Firenze, 1887; *contra*

due campi limitati e distinti, quello della religione e quello del diritto, facendosene derivare che il significato tecnico della *nuncupatio* sia quello riferito nel richiamarsi a *XII Tab.* 6.1; viceversa è allo *ius sacrum* che occorre rifarsi per costruire il significato giuridico di *nuncupare*.

Sulla base di tale presupposto, dal passo festino deve desumersi – a nostro avviso – che esiste un’accezione ampia di *nuncupatio* (valevole tanto per l’ambito giuridico, quanto per quello religioso¹⁸⁰ - come si è detto) per la quale essa si identifica con una dichiarazione formale, dall’oggetto specifico, accettata dalla controparte; ed un’accezione più ristretta (altrettanto valevole in entrambi i campi) come quella richiamata dalle XII Tavole, propria delle dichiarazioni a forma vincolata da rendersi in cerimonie pubbliche o davanti a *testes*.

Certo le fonti¹⁸¹ a nostra disposizione relative ai vota *nuncupata*, attestano dichiarazioni espresse mediante *certa*

VOIGHT, *Die XII Tafeln* 2, Leipzig, 1883; GEORGESCU, *Essai d'une Théorie générale des leges privatae*, Paris, 1932, che opera un inquadramento dogmatico e generale delle cosiddette *leges privatae*, considerando unitariamente il profilo della “force obligatoire”, e le accosta concettualmente alle stesse *leges publicae*. A tal proposito va rilevato che è abbastanza diffusa in dottrina la tendenza volta a rintracciare - muovendo dall’idea di *lex* come comando unilaterale – profili comuni tanto alla *lex publica*, quanto alla *lex privata*.

¹⁸⁰ I due termini sono intercambiabili; cfr. FIORI, *Homo sacer, dinamica giuridico – costituzionale di una sanzione politica-religiosa*, Napoli, 1996, p. 168.

¹⁸¹ Cfr. Cic., *Ph.*, 3.4.11; *Verr.*, 2.13.94 e *Verr.* 13.34; Livio, 31.63.7; 31.14.1; 15.10.5; 1.10.7; 40.46.8-9; Svet., *Oct.*, 97; Plinio, *Paneg.*, 67.3.

verba, nell'ambito di una cerimonia pubblica fissa ed immutabile, produttive di effetti predeterminati.

Ciò non consente però, a nostro avviso, di escludere *ut sic* la cittadinanza giuridica - che sembra risultare dal testo festino e da quello varroniano - di dichiarazioni formali non solenni che, evidentemente dovevano essere rese al di fuori di una procedura formale e predeterminata (qual'era ad es. quella della *mancipatio*) e dovevano essere legate agli scambi di beni di consumo e di cose di minore valore, dando vita a rapporti di cui potevano essere titolari aventi uno status diverso da quello che consentiva la titolarità di rapporti civilistici.

Si pensi, ad esempio, alla negoziazione di scambio relativa a *res nec mancipi*, che verosimilmente dovette necessitare - a nostro parere - di *nuncupationes (leges)* che accompagnassero la *traditio* specificando l'intento che la parte intendesse perseguire nel caso concreto.

Del resto, non va dimenticato che Giove, potenza cosmica ed etica, una delle divinità più venerate del calendario di Numa, presiede alla santità delle promesse pubbliche e private ad esso rivolte ed alla salvaguardia dell'ordine sociale.

In questa prospettiva acquista spessore la congettura che dalla promessa non solenne derivasse per il soggetto

pronunziante un vincolo, e non soltanto tra questi e la divinità, ma anche tra questi e l'intera comunità¹⁸².

Sotto questo profilo, la tradizionale e netta esclusione dell'autonomia privata per la fase più antica dell'esperienza romana sembrerebbe risentire della proiezione metodologicamente scorretta della concezione moderna del processo civile come struttura necessaria dell'ordine pubblico.

2.5 – LA IN IURE CESSIO: CARATTERE GENERALE RISPETTO A MANCIPATIO E TRADITIO. Come si è visto, dal formulario gaiano della *mancipatio* emerge che essa consta di una solenne dichiarazione del *mancipio accipiens* con cui questi *rem tenens*¹⁸³, afferma un potere attuale sulla *res*¹⁸⁴ che sarà

¹⁸² Poiché il rispetto dovuto alla pronuncia della formula è uno dei criteri che individuano il ruolo politico-religioso del soggetto anche all'interno della società, colui che non lo rispetta è come lo spergiuro: “pone *sub* condizione anche la conservazione del proprio *caput*, ossia della propria condizione giuridico - religiosa all'interno del gruppo”. Cfr. FIORI, *cit.*, p. 224.

¹⁸³ La lezione del codice di Verona differisce da quella che dello stesso passo dà Boezio (*ad Cicer. Top.* 5.28); anzicchè *rem tenens*, Boezio ha *aes tenens*. Nella descrizione che Gaio fa della solennità praticata al suo tempo (l'*accipiens* doveva *adprehendere id ipsum quod ei mancipio datur*), comunque, le parole *rem tenens* sono quelle che meglio si giustificano. Sul punto cfr. ARANGIO RUIZ, *La compravendita*, *cit.*, p. 31 ss.; *contra*, da ultimo Corbino, *Il rituale della mancipatio nella descrizione di Gaio, “Rem tenens” in I. 1.119 e 2.24*, in *SHDI.*, 1976, p. 151 ss.

¹⁸⁴ “*Aio, hanc rem meam esse ex iure Quiritium*”. La dichiarazione si ritrova tale e quale nella dichiarazione dei rivendicanti in giudizio (*legis actio sacramenti in rem*). In dottrina si è spesso sottolineato che se la dichiarazione appare a suo posto nella *rei vindicatio* perché il processo viene iniziato allo scopo di ottenere il riconoscimento di un potere che è in contestazione, ma nell'assunto di chi parla è già in essere; nella *mancipatio* è in contraddizione con la frase che segue e che accenna a comprare la cosa. La contraddizione risulterebbe però solo

da lui comprata; e del tacito consenso del *mancipio accipiens*, che dando atto del prezzo pagato, integra la pretesa della controparte.

Ancora, le formule erano assunte dalle parti alla presenza di testimoni, Quiriti e puberi, che garantivano la pubblicità dell'atto e fornivano nel processo la garanzia dell'assunto impegno reciproco delle parti sullo scambio di prestazioni.

Diversa è apparentemente la situazione nell'ipotesi dell'*in iure cessio*:

Gai 2. 24. *In iure cessio*¹⁸⁵ *autem hoc modo fit: apud magistratum populi Romani velut praetorem urbanum [aut praesides provinciae] is, cui res in iure ceditur, rem tenens ita dicit: hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio; deinde postquam hic vindicaverit, praetor interrogat eum, qui cedit, an contra vindicet; quo negante aut tacente tunc ei, qui vindicaverit, eam rem addicit; idque legis actio vocatur. hoc fieri potest etiam in provinciis apud praesides earum.*

apparente ove si accettasse la tesi – in questa sede accolta – che il potere concreto sulla *res* (quanto meno *inter partes*) era già passato con la *traditio* all'acquirente in forza dell'accordo di volontà. A nostro avviso, cioè, la *mancipatio* più che forma costitutiva, doveva profilarsi quale mezzo di pubblicità atta a fornire certezza giuridica.

¹⁸⁵ Sul punto cfr. KIPP, in *Pauly Wissowa*, Real-Encyclopädie 3 voce *Cessio in iure*, 1899, c. 2000 ss.; RABEL, in *Zeit. Sav. Stift.* 27, 1906; MITTEIS, *Röm. Privatrecht*, Leipzig, 1908, p. 276; BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* 2, Tübingen, 1911, p. 149; BONFANTE, *Corso di diritto romano, Introduzione: Diritti reali*, 1933, p. 260.

Dinnanzi al magistrato giudicante l'acquirente, che assume la veste di attore, rivendica la cosa, pronunciando la formula della *rei vindicatio*¹⁸⁶; il proprietario tace; il magistrato pertanto conferma la dichiarazione dell'acquirente, che in tal modo acquista la proprietà.

Il procedimento è quello dell'antica rivendica; si finge di voler instaurare una lite di proprietà mediante *legis actio sacramenti in rem*; il cedente rinuncia al suo diritto di dominio, consentendo allo stesso tempo che lo abbia l'attore.

Il significato di *cedere* pertanto non va riferito all'attribuzione, ma alla rinuncia a contrastare da parte del convenuto o al suo silenzio.

Isidoro, Or., 5.25, definisce il cedere nel seguente modo: non proprie cedere dicitur qui contra veritatem alicui consentit.

Il rivendicante fa un'affermazione del suo diritto di proprietà, come se la cosa gli appartenga. Il magistrato non ignora che quanto assevera l'attore è *contra veritatem* e dirige al convenuto la domanda se intende valere la *contra-vindicatio*; il *cedens* che pure sa che l'asserzione attrice non risponde al vero, tace. In ciò sta il carattere fittizio del procedimento.

¹⁸⁶ Circa l'antichità della *in iure cessio* intesa quale processo simulato, la dottrina romanistica è discorde. Prevale tuttavia l'opinione che la sua origine sia posteriore ad altri negozi, in particolare al testamento. A confermare questo punto di vista depone per la maggiore antichità della *mancipatio*, l'identificazione del *mancipium* – alienazione con il mancipio dominio. Il testo di Paolo che fa risalire la *in iure cessio* alle XII tavole è sospetto di alterazioni e probabilmente riguardava la *rei vindicatio* o la *confessio in iure*.

La forma processuale interviene a regolare la capacità delle persone. Così il figlio di famiglia, appunto perché incapace di stare in giudizio, non è in grado di acquistare a favore del *pater*, per via di *in iure cessio*.

Come si è visto, dalla struttura dell'atto non emerge la ragione di scambio; ciò non autorizza però ad asserire l'astrattezza dell'*in iure cessio*.

Si consideri, al riguardo quanto dice Gaio con riferimento alle *res Mancipi*:

Gai 2.22: *Mancipi vero res sunt, quae per mancipationem ad alium transferuntur; unde etiam Mancipi res sunt dictae. Quod valet Mancipatio, idem valet et in iure cessio.*

Le *res Mancipi* devono essere dunque alienate *in praesentia* anche nell'ipotesi dell'*in iure cessio* e la formula della *rei vindicatio* deve essere esperita dal cessionario *rem tenens*.

Proprio tale ultima circostanza rinvia, infatti, ad un patto retrostante in forza del quale (almeno nella generalità delle ipotesi) il futuro acquirente versa il prezzo all'alienante che accettandolo si obbliga al trasferimento della *res* nel *dominium ex iure Quiritium* dell'acquirente.

In questa prospettiva l'*in iure cessio* è rapportabile al medesimo obiettivo di scambio perseguito con la *mancipatio*, sicchè volendone recuperare il profilo essenziale e più praticato essa può essere identificata con una *conventio* che sbocca ugualmente in una causa di tipo corrispettivo, tanto che le fonti del III secolo quando parlano di contratti reali

non distinguono gli acquisti operati con la *mancipatio* – non più vigente – e quelli operati con la *in iure cessio*.

In altri termini, ove si consideri che la negoziazione antica si sviluppa attraverso pronunce unilaterali che accettate dalla controparte assumono carattere obbligante, la “causa” del negozio romano andrà colta o con riferimento alla complessa operazione economica qualora se ne assuma un concetto in parallelo alle dottrine moderne; o con riferimento alla volontà del singolo contraente ove si tenga presente che la struttura negoziale romana in esame non assorbe in sé la negoziazione economica che ne è alla base.

In quest’ultima prospettiva l’elemento causale può cogliersi chiaramente in relazione alle ipotesi di applicazione dell’*in iure cessio* per la trasmissione di rapporti più complessi commisti di obbligazioni e di effetti reali.

Proprio il vantaggio probatorio, anche sui limiti dell’accordo, caratterizzante la struttura dell’*in iure cessio* e concretatesi nella circostanza che garante del compratore era il magistrato addicente¹⁸⁷, faceva sì infatti che l’usufrutto ad esempio venisse trasmesso proprio con l’*in iure cessio*.

Gai 2.30: *Ususfructus in iure cessionem tantum recipit: nam dominus proprietatis alii usumfructum in iure cedere potest, ut ille usumfructum habeat et ipse nudam proprietatem retineat. ipse usufructuarius in iure cedendo do-*

¹⁸⁷ Tanto è vero che l’*E.U.* 19.9 asserisce che le parti del processo-negozio sono tre: *In iure cessio quoque communis alienatio est et mancipi rerum et nec mancipi. Quae fit per tres personas, in iure cedentis, vindicantis, addicentis.*

mino proprietatis usumfructum efficit, ut a se discedat et convertatur in proprietatem; alii vero in iure cedendo nihilo minus ius suum retinet: creditur enim ea cessione nihil agi.

Il contenuto dell'atto di trasferimento doveva essere dunque modificato con una *nuncupatio* resa *in iure cessionis* dall'acquirente che doveva rivendicare il solo usufrutto operando una *deductio domii*, o dall'alienante che invece doveva effettuare una *deductio usus fructus* in favore dell'acquirente, conservando solo la nuda proprietà.

Vat. Frag. 50: In mancipatione vel in iure cessione an deduci possit vel ex tempore vel ad tempus vel ex condizione vel ad conditionem, dubium est; quemadmodum si is, cui in iure ceditur, dicit: "aio hunc fundum meum esse deduco usu fructu ex kal. Ian. "Vel deducto usu fructusque ad kal. Ian. Decimas", rell. ...Ego dici et deduci ad tempus posse, quia et mancipationem et in iure cessionem lex XII tabularum confirmat.

Analogamente avviene per la *in iure cessio* di *iura praediorum*:

Gai 2.29: Sed iura praediorum urbanorum in iure cedi tantum possunt; rusticorum uero etiam mancipari possunt.

D. 8.4.11, pr. (Pomp. 33 *ad Sab.*) *Refectionis gratia accedendi ad ea loca, quae non seruiant, facultas tributa est his, quibus servitus debetur, qua tamen accedere eis sit necesse, nisi in cessione servitutis nominatim praefinitum sit,*

*qua accederetur: et ideo nec secundum rivum nec supra eum (si forte sub terra aqua ducatur) locum religiosum dominus soli facere potest, ne servitus intereat: et id verum est. sed et depressurum vel adlevaturum rivum, per quem aquam iure duci potestatem habes, nisi si ne id faceres cautum sit*¹⁸⁸.

La *in iure cessio* trova inoltre applicazione nel trasferimento del rapporto tutelare¹⁸⁹ su donne libere – *libertae* e finanche *ingenuae*. Della *tutela cessicia* abbiamo notizie scarse¹⁹⁰, ma la procedura e il senso della *in iure cessio tute-*

¹⁸⁸ Cfr. GEORGESCU, *Essai d'une théorie générale*, cit., p. 58, nt. 6.

¹⁸⁹ I tutori legittimi possono, per via di *in iure cessio*, cedere la tutela ad un altro che prende il nome di *tutor cessicius*. Egli occupa il posto del cedente fino a quando costui sarebbe tutore. La tutela ceduta si estingue con la morte di uno dei due tutori e ritorna nuovamente la tutela legittima (Gai 1.168.170; Ulp. 11.17). Sul tema cfr. MELILLO, *La condizione femminile a Roma: due norme di Claudio*, in *SDHI*. 68, 2002, che riprende un intervento dello ZANNINI (*Studi sulla tutela mulierum*. 1. *Profili funzionali*, Torino, 1976; 2. *Profili strutturali e vicende storiche dell'istituto*, Milano, 1979; *Ancora sulla tutela mulierum*, in *IURA* 32, 1981, p. 146 ss; *Quelques observations sur la tutelle des femmes*, in *AG*. 204, 1984, pp. 719-728; e *Ancora su usu in manum convenire*, in *Labeo* 45, 1999, p. 412 ss.) sulle ragioni, sostanzialmente patrimoniali e non protettive, della tutela femminile (e dunque della *in iure cessio* nella tutela agnatizia).

¹⁹⁰ Pochi passi di Gaio (1.168; 1.169; 1.170; 1.171; 1.172) e della *Epitome Ulpiani* (11.7-8; 19.11) che ricordano una norma abrogativa di Claudio (una legge emanata tra il 41 e il 54 d.C. che abolì la *tutela agnatorum feminarum* e con essa la *cessio in iure* della tutela delle donne libere, ma restava in vigore, almeno nell'età di Gaio, la *cessio in iure* della tutela femminile esercitabile dai *patroni* sulle *libertae*, e dai *manumissores capitum liberorum* sulle donne interessate alle procedure di *emancipatio*, e di *coemptio*); poi, due costituzioni, una di Costantino (Cth. 3.17.2 [Brev. 3.17.2]. *Imp. Costant. A. et C. ad populum. Dat. Prid. K. Ian. Ipso A. VII. Et Caes. Conss.*) e l'altra di Leone (CI. 5.30.3 *Imp. Leo A. Erythrio pp. d. k. Iul. Marciano cons. a. 472.*) che attestano a distanza di molti secoli, l'abolizione, almeno parziale, del regime voluto da Claudio.

lae non potevano essere troppo diversi da quelli ordinariamente presenti nella cessione di cose o animali. Si doveva trattare, dunque, di un procedimento reale ed è evidente che in ogni caso la *res* non potesse essere che la tutela della donna in quanto sotto tutela, e non certo un astratto *ius* su animali o cose inanimate. Il compilatore dell'*Epitome*, infatti, assegna alle *res* cedibili *in iure*, tra cui la *tutela cessicia*, il carattere di corporalità in decisa dissonanza rispetto alle dottrine generali romane:

*E.U. 19.11: In iure cedi res etiam corporales possunt, veluti usufructus et hereditas et tutela legitima libertae*¹⁹¹.

Posto che sia difficile ipotizzare che l'indicazione dell'autore dell'*Epitome* a proposito della "corporeità" nascesse dall'ignoranza della questione dogmatica, la dissonanza rispetto alle dottrine tradizionali doveva nascere dalla circostanza che se il *ius tutelae* può – in quanto *ius* - apparire incorporale (come del resto l'usufrutto, le servitù e l'eredità da Gaio a Gustiniano) è evidente che però realmente incorporale e inanimata non è la portatrice della situazione tutelare; il *rem tenere* che ricorreva nell'*in iure cessio* indicava un potere concreto sulla persona.

¹⁹¹Per la corrispondenza del discorso di *Epit. 19.11*, rispetto all'andamento della trattazione gaiana, cfr. MERCOGLIANO, *Tituli ex corpore Ulpiani, Storia di un testo*, Napoli, 1997.

2.6 – UN VINCOLO GIURIDICO PARTICOLARE DI ROMA ANTICA: LA FIDES. La *in iure cessio*, così come la *mancipatio*, poteva essere posta in essere *fiduciae causa*.

Gai 2.59. *Adhuc etiam ex aliis causis sciens quisque rem alienam usucapit: nam qui rem alicui fiduciae causa mancipio dederit vel in iure cesserit, si eandem ipse possederit, potest usucapere, anno scilicet, si mobilis sit, biennio, soli si sit. quae species usucapionis dicitur usureceptio, quia id, quod aliquando habuimus, recipimus per usucapionem .*

Effetti del negozio fiduciario, sono il trasferimento del *dominium ex iure Quiritium* sulla *res fiduciae data* dal cedente al cessionario, e l'assunzione da parte del cessionario nei confronti del cedente, di un obbligo il cui contenuto consiste essenzialmente nel ritrasferimento della cosa, obbligo che può essere variamente modellato onde sopperire ai differenti scopi per cui il negozio è stato posto in essere¹⁹².

¹⁹²Gaio (2.60) distingue a seconda che la *fiducia* sia stata conclusa *cum amico quo tutius nostrae res apud eum sint* ovvero *cum creditore pignoris iure*. Alla generica figura della *fiducia cum amico*, oltrechè il tipo indicato da Gaio, cui si riconnettono i casi per i quali i giustinianeî hanno sostituito alla menzione della *fiducia* quella del deposito e del comodato (cfr. fr. 31, D. *de pigneraticia actione vel contra*, 13.7); fr. 27 pr., D. *de peculio*, 15.1; fr. 5, D. *de tutelae et rat distr. et utili curat. causa catione*, 27.3; fr. 6, D. *de stipulatione servorum*, 45.3), si possono ricondurre applicazioni diverse del negozio fiduciario, effettuato a scopo di rappresentanza processuale (cfr. fr. 4.3, D. *de alienatione iudicii mutandi causa facta*, 4.7, itp.), di donazione a causa di morte (cfr. fr. 42 pr., D. *de mortis causa et capionibus*, 39.6 itp.) di donazione per interposta persona (cfr. fr. 49, D. *de donationibus inter virum et uxorem*, 24.1 itp.) o infine di manomissione (cfr. 27,1,D. *mandati vel contra*, 17.1); la *fiducia cum creditore* costituisce vicever-

Qualora il fiduciante posseda la cosa data a fiducia, pur conoscendone l'alienità e purchè in ipotesi di *fiducia cum creditore*, abbia già pagato il debito garantito o, in caso contrario, la cosa non gli sia stata concessa in locazione o in precario, la riacquista per usucapione.

Gai 3.201. *Rursus ex diverso interdum alienas res occupare et usucapere concessum est nec creditur furtum fieri, velut res hereditarias, quarum heres non est nactus possessionem, nisi necessarius heres extet; nam necessario herede extante placuit nihil pro herede usucapi posse. item debitor rem, quam fiduciae causa creditori mancipaverit aut in iure cesserit, secundum ea, quae in superiore commentario retulimus, sine furto possidere et usucapere potest.*

Quanto alla ricostruzione storica della fiducia¹⁹³, crediamo di non poter dubitare che fosse un istituto fino *ab origine* fondato sulla *fides* - di cui già l'etimo indica la paren-

sa un'applicazione specificamente individuata del negozio fiduciario e rappresenta la più antica forma di garanzia reale dell'obbligazione conosciuta dall'ordinamento romano.

¹⁹³ Sulla fiducia cfr. LONGO, *La fiducia* (corso), Milano, 1933, BURDESE, *Lex commissoria e ius vendendi nella fiducia e nel pignus*, Torino, 1949; MESSINA, *Scritti giuridici 1, I negozi fiduciari*, Milano, 1948, p. 105 ss; AMBROSINO, *La legis actio sacramenti in personam e la protezione giuridica dei rapporti fiduciari*, in *Studi Arancio Ruiz 2*, Napoli, 1952, p. 251 ss.; BISCARDI, *Le garanzie reali del credito*, Siena, 1957, p. 180 ss.; MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit du prêteur*, Paris, 1958, p. 101; ID, *Les actions civiles*, Paris, 1954, p. 29; LOMBARDI, *Dalla fides alla fides bona*, Milano, 1961, pp. 83-167; FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni, le garanzie reali* (corso) 2, Padova, 1963., BELLOCCI, *La tutela della fiducia nell'epoca repubblicana*, Milano, 1974.

tela¹⁹⁴ - di fronte alle testimonianze di Plauto¹⁹⁵ e di Cicerone¹⁹⁶, unite al fatto che in essa si riscontra quell'*abandon total e confiant d'une persone à une autre*¹⁹⁷, che è uno degli aspetti della *fides* sia nel campo del diritto privato, sia in quello del diritto pubblico¹⁹⁸ dell'epoca antica¹⁹⁹.

Che, parimenti, l'istituto appartenga ad epoca risalente²⁰⁰ è provato, a tacer d'altro, dalla stessa struttura del rapporto, che rivela una divergenza tra lo scopo che si vuole raggiungere e il mezzo adoperato, una dissonanza di struttura, che caratterizza un ordinamento poco progredito e una tecnica del diritto poco raffinata.

Indagine particolarmente complessa si rivela, invece, quella concernente lo studio della sua protezione giuridica dalle origini alla fine della Repubblica. Si tratta di una *vexata quaestio* che ha attirato la dottrina fin dal secolo scorso, ma che tuttoggi rimane aperta, non essendosi raggiunta una *communis opinio*. La complessità dei problemi attinenti alla protezione del rapporto fiduciario dell'epoca delle *legis ac-*

¹⁹⁴ Cfr. LOMBARDI, *Dalla fides alla fides bona*, Milano, 1961, p. 84

¹⁹⁵ PLAUT., *Trinummus*, 116-8; *Epidicus*, 697-9; *Mostellaria*, 37. Sul significato da dare a questi testi cfr. LOMBARDI, *o.c.*, p. 23 ss.

¹⁹⁶ Cic., *De off.*, 3.15.61; 3.17.70; *Top.*, 17.66; *Ad fam.*, 7.12.2; *de nat. deor.*, 3.30.74. I testi di Cicerone riportano clausole fiduciarie appartenenti ad un'epoca indubbiamente antica.

¹⁹⁷ Cfr. JMBERT, *De la sociologie au droit: la fides romaine*, in *Mél. Levy Bruhl*, Paris, 1954, p. 407.

¹⁹⁸ JMBERT, *o.c.*, p. 407.

¹⁹⁹ Per i vari significati che assume la *fides* nel tempo antico, cfr. LOMBARDI, *o. c.*, p. 20.

²⁰⁰ Cfr. BELLOCCI, *La tutela della fiducia nell'epoca repubblicana*, cit., p. 12 ss.

tiones sono da riconnettere non solo alla mancanza di fonti che trattano direttamente dell'argomento, ma anche, a nostro avviso, dal fatto che si tratta di tradurre in termini giuridicamente azionabili un rapporto che deve essere esistito già in un periodo molto più antico di quello per il quale le fonti attestano la sua protezione giuridica²⁰¹.

E' proprio però dalla soluzione di questo problema che è possibile trarre, a nostro avviso, validi contributi per la ricostruzione²⁰² del negozio della fiducia²⁰³.

Partendo dal presupposto dell'antichità dell'origine del rapporto, parte della dottrina ha ritenuto che le forme processuali delle *legis actiones* abbiano permesso la sua protezione.

²⁰¹ Le uniche fonti che parlano della protezione data al rapporto della fiducia sono quelle che riguardano l'*actio fiduciae* formulare: a parte i testi di Cicerone, citati *supra*, i riferimenti gaiani (Gai 4.33; 4.62; 4.182) e le *Pauli Sententiae* 1.9.8; 2.4; 13.1 ss; 6 ss; 17; 15; 3.6.16; 69; 5.1.1; 26.4.

²⁰² I principali testi pervenutici, da cui si può trarre una documentazione precisa e sicura circa la struttura del negozio sono: le Tavole Pompeiane e la Formula Baetica (cfr. ARANGIO – RUIZ, *Negotia, Fontes iuris romani antejustiniani* 3, Florentiae, 1953, n. 91 e 92 p. 291 ss. e 295 ss.). Da essi risulta però in maniera inequivocabile solo che la *fiducia* consiste in una *mancipatio*, compiuta con finalità della *remancipatio*.

²⁰³ Spesso però è stata la ricostruzione storica del negozio fiduciario ad influire sulla ricostruzione della struttura e della natura giuridica della sua azione, sebbene gran parte degli studiosi ritiene che siano esistiti *arbitria onoraria* anche a tutela di rapporti sostanzialmente civilistici. Cfr. al riguardo ad es. PUGLIESE, *Figure processuali ai confini fra sudicia privata e sudicia publica*, in *Studi Solazzi*, Napoli, 1948, p. 395.

Il noto versetto delle XII Tavole (*tab. 6.1*) *si nexum facies, mancipiumque uti lingua nuncupassit, ita ius esto*, applicato alla *nuncupatio* preposta alla *mancipatio* del negozio della fiducia, avrebbe reso azionabile l'obbligazione del *mancipio dans*, configurandola come un vero e proprio diritto di credito²⁰⁴. Ancora; parte della dottrina si riallaccia sul punto a quanto aveva detto Lenel²⁰⁵ che, considerando che Gaio (4.33) afferma che le azioni *certae credite pecuniae* e quelle *certae rei* sono azioni senza *fictio* perché precedute da corrispondenti *legis actiones*, ne deduce che anche i tre rapporti del comodato, della fiducia e della *negotiorum gestio*, in quanto muniti di azioni senza *fictio*, dovevano aver avuto dei precedenti nelle *legis actiones*²⁰⁶.

Tralasciando i tentavi di dimostrare l'esistenza di una speciale *legis actio fiduciae* (*in ius* o *in factum*), già criticati in dottrina con argomentazioni decisive²⁰⁷, la difficoltà di ammettere che la *legis actio sacramento in personam* avesse protetto il rapporto all'epoca delle XII tavole - come pure è stato rilevato²⁰⁸ - deriva dalla stessa strutturazione della *le-*

²⁰⁴ AMBROSINO, *La legis actio sacramento in personam e la protezione giuridica dei rapporti fiduciari*, cit., p. 260; aderisce alla tesi BURDESE, s.v. *Fiducia*, in *NNDI*.

²⁰⁵ LENEL, in *ZSS* 30, p. 344.

²⁰⁶ La tesi del Lenel era nel senso che il rapporto della fiducia avesse trovato la sua protezione in una *legis actio fiduciae in factum*.

²⁰⁷ MAGDELAIN, *Les actions civiles*, Paris, 1954, p. 29; BROGGINI, *Iudex arbiterve*, Köln-Graz, 1957, p. 232.

²⁰⁸ Cfr. BELLOCCI, *La tutela della fiducia*, cit., p. 29 ss.

*gis actio sacramento in personam*²⁰⁹, e dalla struttura stessa del rapporto fiduciario.

Infatti, per poter comprendere il diritto di restituzione del *mancipio dans* tra i casi protetti dalla *legis actio sacramento in personam*, si deve ammettere – come del resto esplicitamente si afferma²¹⁰ – che si sia trattato di un diritto di credito, omologabile a quelli civilistici, che all’origine non avrebbe riposato sulla *fides*.

Viceversa il rapporto era fondato fin dal suo sorgere – come si è visto – su di essa, che lo investiva tutto intero informandone quindi anche l’obbligo di restituzione; negare ciò significherebbe dunque falsare la fiducia nella sua parte essenziale.

Ciò non legittima, però, a parere di chi scrive, l’asserzione di quanti in dottrina, individuando il fondamento dell’obbligo del fiduciario in un apposito *pactum fiduciae* aggiunto all’atto solenne di alienazione ma da questo indipendente, identificano però poi aprioristicamente la *fides*

²⁰⁹ Si legga in proposito quanto scrive BETTI, *Istituzioni di diritto romano* 1³, Padova, 1942, p. 263, sulla *legis actio sacramento in personam*. In essa “l’affermazione deve essere di carattere categorico e di contenuto specificamente determinato (*intentio certa*), giacchè, nella formula di richiamo letterale ad una norma di legge o di consuetudine, deve asserire una *obligatio* con oggetto ben definito (per es. *aio te mihi centum dare oportere*), oppure un fatto giuridico – e cioè un *delictum* – che è fonte di *obligatio* (per es. *aio ope consilio tu mihi furtum factum esse paterae aureae*), per modo da non comportare altra risposta da parte del convenuto, all’infuori di una secca negazione (*infitiatio*) o di un pieno riconoscimento (*confessio*)”.

²¹⁰ AMBROSINO, *o.c.*, p. 260.

con un concetto di sociologia religiosa, negando al rapporto fiduciario tutela giuridica per l'epoca più risalente.

L'applicazione della *usureceptio* alla fiducia, che ancora trova riscontro ai tempi di Gaio, lascia ipotizzare che essa fosse un retaggio di quanto avveniva nell'antico rapporto. Del resto Gaio stesso parla di *actiones sua vi ac potestate constant*, ponendo tra esse l'*actio fiduciae*

Gai 4.10. *Quaedam praeterea sunt actiones, quae ad legis actionem exprimuntur, quaedam sua vi ac potestate constant. quod ut manifestum fiat, opus est, ut prius de legis actionibus loquamur.*

Gai 4.33. *Nulla autem formula ad conditionis fictionem exprimitur. siue enim pecuniam sive rem aliquam certam debitam nobis petamus, eam ipsam dari nobis oportere intendimus nec ullam adiungimus conditionis fictionem; itaque simul intellegimus eas formulas, quibus pecuniam aut rem aliquam nobis dari oportere intendimus, sua vi ac potestate valere. eiusdem naturae sunt actiones commodati, fiduciae, negotiorum gestorum et aliae innumerabiles.*

Ove si consideri infatti che *vis* è termine forte che indica l'efficacia reale dell'*actio*; che la *fides* non abbia mai indicato soltanto la buona fede dei soggetti, ma anche il comportamento fermo²¹¹ di persone, generalmente *patres*

²¹¹ BESELER, *Atti*, p. 141 e ss. collega la *fides* col greco *piqoj* e col latino *Fidelia*, aventi entrambi il significato di vaso, facendoli derivare

familiarum (capaci dei solenni atti di alienazione), credibili nel traffico giuridico; che per l'epoca più risalente religione e diritto sono solidamente legati, il rapporto fiduciario - ben inquadrato in quel tipo di società - avrebbe potuto ben essere idoneo a perseguire l'intento delle parti trovando la sua protezione al di fuori della struttura processuale ed in particolare nell'autotutela.

2.7 – LA TRADITIO E IL IUS NATURALE: LA TESTIMONIANZA DI GAIO. Gli istituti fin qui descritti non erano sicuramente in grado di coprire – nemmeno in un'epoca di commercio restrittissimo - tutte le applicazioni della compravendita.

La lettura di Gaio (1.119-122) segnala implicitamente le cose che potevano essere oggetto di *mancipatio*: esseri umani, animali da tiro e da soma, fondi rustici ed urbani; nel par. 120 si legge poi che si tratta di quegli animali e di quei fondi (italici) che appartengono al novero delle *res Mancipi*. Al libro II, ponendo le varie distinzioni tra le cose, Gaio ripete con più ampio commento l'enumerazione di questa categoria, completandola con l'aggiunta di quelle cose incorporali che sono le *servitutes praediorum rusticorum*; quindi passa a descrivere la diversità di regime tra le *res Mancipi* e le *res nec Mancipi*, osservando che, mentre le seconde si tra-

da una parola originaria *bhildos*. Dato l'uso antichissimo di ricavare i vasi da un intreccio di vimini coperto di argilla, il termine originario indicherebbe una pianta i cui arbusti sono adatti a legare. Di qui il significato di legame.

sferiscono mediante *traditio, mancipi.....res sunt quae per mancipationem ad alium transferuntur.*

In un passo delle *Res cottidianae* (Gai 2 *Rer. Cott.*, 491, D. 41.1.1 pr) si legge poi:

Quarundam rerum dominium nanciscimur iure gentium, quod ratione naturali inter omnes homines peraeque servatur, quarundam iure civili, id est iure proprio civitatis nostrae. et quia antiquius ius gentium cum ipso genere humano proditum est, opus est, ut de hoc prius referendum sit.

Gaio dunque distingue tra modi di acquisto della proprietà *iure civilis* (accessibili solo ai cittadini romani o ai non cittadini muniti di *ius commercii*) e modi d'acquisto *iure gentium*, del quale ne riferisce la maggiore antichità²¹², ponendo la *traditio* (Gai. 2.66) tra gli istituti di *ius naturale*.

La *traditio* ha struttura possessoria: è, infatti, la consegna o, più in generale, la messa a disposizione di una cosa, cui segue il trasferimento di proprietà dal tradente all'accipiente.

Sebbene sia stata periodicamente ripresentata l'opinione che l'accipiente non acquistasse la proprietà della cosa, ma soltanto un possesso *ad usucapionem*, sono sempre decisivi, in contrario, gli argomenti del Bechmann²¹³, che cioè l'usucapione è sempre servita, per quanto se ne sa, a

²¹² VOCI, *Modi di acquisto della proprietà*, Milano 1952, p. 2, ritiene che l'osservazione non possa attribuirsi a Gaio, in quanto non si conetterebbe al suo modo di concepire il *ius naturale*.

²¹³ E' di BECHMANN un'opera d'insieme sulla compravendita (*Der Kauf nach gemeinem Recht* - il cui I volume è apparso nel 1874 e il IV ed ultimo nel 1908).

sanare il vizio particolare di un trasferimento che avrebbe potuto aver luogo con pienezza di effetti; e che d'altra parte non si può ammettere, in mancanza di mezzi che molto più tardi il pretore mise a disposizione del *bonae fidei possessor*, un compratore esposto per un anno intero al ritorno offensivo del venditore che volesse riprendersi la cosa.

E' pacifico, comunque, in dottrina che i beni di consumo ed altri di minor valore per le età più risalenti fossero oggetto di commercio senza impiego di forme: del resto, nemmeno il più formalistico degli ordinamenti, potrebbe arrivare al punto di richiedere per qualsiasi anche minimo acquisto l'impiego di forme solenni.

Sebbene manchino testi in proposito, sulla rilevanza giuridica dell'istituto appaiono poi ancora oggi valide le riflessioni dell'Arangio Ruiz: “...*che questo, diciamo, libero commercio fosse estraneo al mondo del diritto è difficile da credere; perché anche in mancanza di una norma scritta il contadino romano che vendeva al mercante una partita di fichi o da altro mercante comprava un aratro non poteva non avere la coscienza che la sostituzione, nel suo piccolo patrimonio, di una somma di danaro ai fichi o dell'aratro al danaro corrispondeva a quanto i padri avevano sempre fatto e i suoi vicini e contemporanei continuavano a fare, e che in ogni caso non si sarebbe potuto fare diversamente – che sono, come tutti sanno, i due elementi attraverso i quali si riconosce l'esistenza di una norma consuetudinaria*”.

Per le origini però il nodo che si pone ancora oggi all'interprete è quello che investe la sua ricostruzione come negozio causale o come negozio astratto – diremmo noi modernisticamente.

L'opinione che fa dipendere l'efficacia traslativa dell'atto esclusivamente dall'elemento reale del trasferimento della materiale disponibilità della cosa, ricostruendo la compravendita delle cose *ab antiquo* in una doppia tradizione in cui ciascuna funzionava da causa rispetto all'altra, sembrerebbe smentita da Gaio:

D. 2.14.48 (Gai 3 *ad leg. duod. tab.*): *In traditionibus rerum quodcumque pactum sit, id valere manifestissimum est.*

Posto che il principio che emerge dal testo sia quello che qualunque pattuizione sottesa alla *traditio*, e dunque, qualsiasi causa negoziale si persegua mediante essa, abbia efficacia vincolante tra le parti, risulta evidente che la regola in questione contrasti con il principio giuridico, vigente in età gaiana, della necessità in relazione alla *traditio* medesima e ai fini di una sua efficacia traslativa, di una causa riconosciuta *iusta* dall'ordinamento²¹⁴.

²¹⁴ Il principio su esposto sussiste anche in epoca giustiniana; tuttavia se si tiene presente il regime giustiniano in tema di donazioni (Giustiniano non pretese nulla in ordine alle donazioni liberatorie, e in ordine alle donazioni reali, richiedendo la forma scritta e la relativa *insinuatio* nei pubblici registri soltanto in ordine al negozio giuridico creativo di un'obbligazione di donare, e sempre che l'importo fosse superiore ad un certo minimo) si comprenderebbe che i compilatori giustiniani nella *sedes materiae*, con allusione ad una situazione quantomeno fattuale, riportassero il passo gaiano.

Proprio però l'estraneità del principio all'età gaiana, consentirebbe di ritenere genuino il riferimento alle previsioni decemvirali, che, stando alla *regula iuris*, avrebbero riconosciuto forza vincolante alla volontà delle parti, anche al di là di un'efficacia meramente obbligatoria.

Invero, la dottrina maggioritaria sulla base della non verificabilità della regola attraverso altre fonti, ha da tempo ha ritenuto spurio il richiamo alle *traditiones*, ritenendo che dovesse certamente trattarsi di una di quelle consuete manipolazioni operate dai compilatori giustiniane, laddove nei testi originari si rinvenisse un accenno alle *mancipationes*²¹⁵.

La dottrina, in particolare, ipotizzando che l'originario testo gaiano riportasse “*in mancipationibus*”, in luogo di “*in traditionibus*”, formula l'ipotesi che Gaio si riferisse alla norma del codice decemvirale (*Tab. 6.1*): “*Cum nexum facies mancipiumque uti lingua nuncupassit ita ius esto*”²¹⁶.

Si ipotizza, cioè, che Gaio, esprimesse in modo molto generico la regola che sanciva, sotto il profilo rigidamente formale, la possibilità di modellare a piacimento (ancorché, naturalmente, nell'ambito dell'*interpretatio* pontificale) con effetti sul piano del *ius*, il negozio mancipatorio e, in modo più generale, il *gestum per aes et libram*.

²¹⁵ Cfr. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*³, cit. p. 187; BURDESE, *Miscellanea romanistica*, cit., p. 271; ALBANESE, *Cum nexum faciet mancipiumque*, in *Brevi studi*, Palermo, 1992, p. 16 ss.

²¹⁶ Sul testo della norma, tratto da Festo (L.176), cfr. *infra* cap. e, p. 89.

A noi pare, però, che pur volendo ritenere che l'originale passo gaiano contenesse la menzione “*in mancipationibus*”, e che Gaio avesse in tale sede operato il richiamo al precetto decemvirale di *Tab. 6-1*, non possa non osservarsi che il giurista indichi nel testo l'attività negoziale costitutiva col termine *pacisci* : dunque, o si deve ritenere che Gaio, volendo collegare gli effetti giuridici al momento meramente formale (*uti lingua nuncupassit, «ita ius esto»*), pasticciatamente richiami poi l'attività informale ; oppure il passo sembrerebbe offrire un elemento a favore - piuttosto che contro – la tesi della capacità *ab origine* degli atti informali (strutturalmente espressi nella *lex*) di costituire situazioni giuridiche, con conseguente configurabilità dell'astrattezza della *traditio*²¹⁷.

²¹⁷ Dal testo dovrebbe cioè dedursi non che la rilevanza delle manifestazioni negoziali fosse prettamente formale, fondata sull'esteriorità dell'atto, ma viceversa che la dichiarazione negoziale potesse essere fatta valere in giudizio, nei limiti di quanto fosse stata esternata; che è, ovviamente, cosa diversa dall'asserire l'irrilevanza della volontà.

CAPITOLO III

Pacere, pacta: arcaicità, varietà, rapporti col *contrahere*

3.1 – IL PROBLEMA DEI PACTA NELLE FONTI ROMANE E NELLE DOTTRINE MEDIOEVALI E MODERNE - Negli ultimi decenni, nell’ambito della discussione sul tema della negoziabilità bilaterale nell’esperienza storico-giuridica romana, risulta aver assunto un ruolo comprimario, rispetto alla centralità del contratto quale oggetto di indagine, il patto.

Quest’ultimo, tradizionalmente configurato quale *alter-ego* negativo del primo²¹⁸, rivela, infatti, frequentemente, nella trattazione della materia negoziale bilaterale da parte della giurisprudenza romana, una propria funzione non secondaria²¹⁹ e, pertanto, non sottovalutabile; sicché l’interprete si trova spesso a dover fare i conti con questo antagonista del contratto, la cui scomodità è dovuta a note e molteplici cause.

Anzitutto, nella sua scarsa attitudine ad essere tipizzata diversamente che come “nudo accordo”, esso ripugna alle

²¹⁸ Al contratto come accordo di volontà costitutivo di rapporti giuridici infatti è stato contrapposto il patto come accordo di volontà meramente estintivo. Cfr. MANENTI, *Contributo critico alla teoria generale dei pacta secondo il dir. Rom.*, in *Studi Senesi* 1890 e 1891. La tesi, secondo cui il *pactum* dalle origini fino all’età dei Severi non avrebbe indicato qualunque convenzione, ma solo quella diretta allo scopo di eliminare totalmente o parzialmente un’azione - la rinuncia, dunque, ad un diritto (sostanziale o processuale)- fu ripresa e riaffermata in *Studi Senesi* 31, 1915, ed è stata, sebbene riveduta, sostanzialmente accettata, dalla romanistica prevalente.

²¹⁹ Per le fonti letterarie, o comunque non strettamente giuridiche, cfr. tra altre Cic. *pro Caec.* 18.51; Cic. *de orat.* 2.24.100; Cic. *de inv.* 2.27.116; Cic. *de inv.* 2.22.67-68; Cic. *de inv.* 2.54.162; *Reth. Ad Her.* 2.13.19-20; Cic. *top.* 23.90; Sen. *contr.* 4.8; Sen. *contr.* 8.3; Quint. *inst. or.*, 5. 10.13; Quint. *inst. or.*, 7.4.5-6; Cic. *de off.* 3.92 ss; Sen. *contr.* 9.3. Per i testi giuridici cfr. D. 50.17.73.4 (Quint. Muc. *l.s. ðrwn*); D. 17.2.71 pr. (Paul. 3 *epit. Alfeni dig.*); D. 18.1.40.3 (Paul. 4 *epit. Alfeni dig.*); D. 19.2.30.4 (Alf. 3 *dig. a Paulo epit.*); D. 40.1.6 (Alf. 4 *dig.*); D. 2.14.10.2 (Ulp. 4 *ad ed.*).

esigenze classificatorie degli studiosi e degli ordinamenti moderni²²⁰.

D'altro canto, già i giuristi del diritto medioevale²²¹ attribuirono all'istituto ereditato dal diritto giustiniano e bizantino, un ruolo residuale, quasi di riempitivo, in un apparato per altri versi compiuto, riducendolo, quale *pactum sine vestimentis*, ad atto bilaterale informale, privo di azionabilità e di effetti sul piano sostanziale.

Infine, la presenza di un testo edittale dal contenuto poco chiaro, avente ad oggetto la materia pattizia, quale quello riferito da Ulpiano in D. 2.14.7.7²²²:

Ulp. 4 *ad ed: Ait praetor: Pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges plebis scita senatus consulta decreta edita prinxipum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo,*

complica decisamente il lavoro²²³ di chi si sforzi di trovare una collocazione logica, nell'ambito della riflessione giurisprudenziale romana sugli istituti negoziali, al fenomeno giuridico in questione.

²²⁰ Cfr. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*², Torino 1960, p. 310 ss.

²²¹ Cfr. *infra* cap. 1, p 8 ss.

²²² Sul passo v. più dettagliatamente cap. 4, p. 180 ss.

²²³ V. DIÖSDI, *Pacta conventa servabo? Nuovi dubbi intorno ad un vecchio problema*, in *BIDR.* 74, 1971, p. 89 ss.; ARCHI, *Ait praetor: pacta conventa servabo. Studio sulla genesi e funzione della clausola nell'edictum perpetuum*, cit., p. 377.

Non solo, infatti, la previsione edittale risulta enigmatica²²⁴ nella generica promessa da parte del pretore di *servare* quei *pacta conventa*, contenente le sole riserve dell'assenza di estorsione del patto con dolo, in cui si ricomprende la violenza e la non contrarietà a leggi e fonti equiparate. Invero la previsione appare in netto contrasto con la prospettiva che Ulpiano ed i compilatori giustinianeî propongono dell'istituto pattizio.

La netta prevalenza accordata da Ulpiano nel commentare l'editto, ed accolta dai redattori del Digesto, nell'intero titolo 14 del II libro, al *pactum de non petendo*, quasi che questo costituisse il paradigma del fenomeno patto, esauriente in esso le proprie principali funzioni, infatti non si concilia, oltre che con l'esistenza di un'apposita clausola edittale (la cui funzione risulterebbe così ancora più oscura), con l'applicazione ben più vasta e diversificata, che del patto si dovette compiere, secondo quanto risulta dalle fonti pregiuliane²²⁵.

Si evidenzia così l'esistenza di un profondo iato concettuale e terminologico, nella riflessione giuridica romana circa l'istituto in questione, una spaccatura che certamente ha segnato la storia dell'evoluzione del pensiero giuridico in materia negoziale e che può essere collocata in un arco tem-

²²⁴ Cfr. BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'editto giuliano*, Milano, 2002, p. 3.

²²⁵ MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit du preteur*, cit., p. 3 ss.

porale che va dalla fine dell'epoca repubblicana all'età severiana.

In questa prospettiva un approccio immediato e diretto al commento di Ulpiano all'editto che qui interessa, risulterebbe fuorviante²²⁶: i testi ulpiane rappresentano stralci di un commento già relativamente tardo all'editto, il quale si era cristallizzato da quasi un secolo, e non consentono che di vedere l'esito di ciò che dovette essere nei secoli precedenti. Del resto la dottrina ha messo in evidenza come il tendenziale restringimento in età severiana del termine *pactum*, volto per lo più a designare il *pactum de non petendo*, sia legato all'estendersi, in luogo di esso dall'inizio del Principato, nel linguaggio dei giuristi, del termine *conventio* (che molto raramente si trova impiegato in fonti di età repubblicana) oltre che di *contractus*²²⁷.

Proprio per queste motivazioni e sebbene siano note le difficoltà che lo studio della storia dell'editto oppone all'interprete, laddove ci si proponga di indagare sull'evoluzione dell'istituto pattizio, l'approccio metodologicamente corretto sembra quello di fare ritorno al testo della clausola edittale relativa ai *pacta conventa*, solo al termine di un cammino, che attraverso l'analisi delle fonti – e, non solo di quelle immediatamente riconoscibili in un dettato normativo, ma anche e soprattutto di quelle che si identificano con le forze che costituiscono il momento causale

²²⁶ Cfr. BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa*, cit., p. 6.

²²⁷ BURDESE, *Sulle nozioni di patto, convenzione e contratto in diritto romano*, cit., p. 41 ss.

della produzione di una norma – ripercorra per quanto possibile, l'*iter* del concetto e dell'efficacia del patto, onde tentare, ove possibile una lettura stratigrafica dell'editto *de pactis conventis*.

L'indagine si rivela di particolare interesse, posto che – com'è noto - la dottrina romanistica non ha raggiunto in relazione alla tematica in questione posizioni omogenee: essa è, infatti, sostanzialmente divisa tra sostenitori della tesi che individua nei *pacta* un'efficacia meramente estintiva di rapporti giuridici²²⁸ e coloro che, viceversa ritengono che in età repubblicana essi ebbero anche efficacia costitutiva.

In particolare, per la prima tesi, la clausola *de pactis*, che non è seguita dall'indicazione o dalla formulazione di

²²⁸ Cfr. MANENTI, *Contributo critico alla teoria generale dei pacta secondo il diritto romano*, in *Studi Senesi* 7, 1890, p. 85 ss., e 8, 1891, p. 3 ss.; ID., *Pacta conventa*, cit., p. 203 ss.; FERRINI, *Sulla teoria generale dei pacta*, cit., p. 65 ss. = *Opere* 3, Milano, 1929, p. 243 ss.; BONFANTE, *Sul contractus e sui pacta*, cit., p. 1 ss.; 135 ss.; KOSCHAKER, *Bedingte Novation und Pactum im römischen Recht*, cit., p. 118 ss.; GROSSO, *L'efficacia dei patti nei bonae fidei iudicia*, cit., p. 1 ss.; ID., *Efficacia dei patti nei bonae fidei iudicia. Patti e contratti*, cit.; RICCOBONO, *Corso di diritto romano. Stipulationes, contractus, pacta*, cit.; SANFILIPPO, *Alla ricerca dei nuda pacta*, cit., p. 333 ss.; F. MAYER MARTINEZ, *Los pactos. Su l'eficacia juridica en el Derecho romano*, cit.; A. MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'edit du preteur*, cit.; DIOSDI, *Pacta nuda servabo? Nuovi dubbi intorno ad un vecchio problema*, cit., pp. 89-106; ARCHI, *Ait praetor: pacta conventa servabo. Studio sulla genesi e sulla funzione della clausola nell'Edictum Perpetuum*, cit., pp. 373-403 = *Scritti di diritto romano* 1, Milano, 1981, p. 481 ss.; MELILLO, sv. *Patti (storia)*, cit., p. 479 ss.; *Pacta in rem, pacta in personam: una divisio classica?*, cit., p. 1459 ss.; STURM, *Il pactum e le sue molteplici applicazioni*, cit., 1990, p. 149 ss.; GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne*, cit., p. 38 ss.; VÉGH, *Ex pacto ius*, cit., p. 184 ss.; BURDESE, *Sulle nozioni di patto, convenzione e contratto in diritto romano*, cit., p. 41 ss.; ID., sv. *Patto*, cit., pp. 708-711.

uno specifico mezzo di tutela processuale, avrebbe retto la sola *exceptio pacti conventi*, sicché il pretore in età repubblicana - postasi l'esigenza di apprestare tutela alle figure informali insorgenti nella prassi mercantile -, non potendo tutelare i nuovi bisogni sovvertendo la tradizione dell'antico formalismo rituale, avrebbe tutelato gli accordi di volontà delle parti non in via diretta (con *actiones*), ma in omaggio alla *fides bona* in via indiretta (con *exceptiones*), attribuendogli, dunque, sulla scia delle XII Tavole, l'efficacia di paralizzare l'esperimento giudiziario di un'azione.

Per dare forza al *pactum* sarebbe stata, dunque, necessaria una *traditio*, che sarebbe stata sempre una vera e propria *traditio rei*, destinata cioè soltanto a produrre una posizione di fatto delle parti rispetto alla cosa, in quanto poneva il tradente o concedente nella condizione di non poter impedire all'altro di godere e di disporre in via di fatto della cosa nel modo che era stato convenuto.

Del resto – si asserisce²²⁹ –, se i *pacta adiecta* ai *contractus* (figure causali tipiche che, consolidate nella prassi, sarebbero state munite dalla giurisprudenza nel I secolo d.C. di tutela piena e diretta), espressi contestualmente al titolo contrattuale (*ex continenti*), risultano tutelati in via diretta, ciò trova la sua ragione nell'inerenza dei *pacta* ai *bonae fidei iudicia* nei quali si incorporano; e, infatti, se il patto è aggiunto successivamente (*ex intervallo*) è tutelato da *exceptiones*.

²²⁹ GROSSO, *L'efficacia dei patti nei bonae fidei iudicia*, cit., p. 29 ss.

I sostenitori del secondo orientamento dottrinale²³⁰, invece, partendo dalla constatazione che l'interpretazione restrittiva dell'editto *de pactis* viene a privarlo del valore in un certo senso generale che la sua redazione sembra conferirgli, ritengono che in età repubblicana esso dovette avere una portata più vasta di quella che risulta avere in età severiana: la clausola edittale, in particolare, andrebbe, per questa fase storica, interpretata come fondante il discrezionale riconoscimento pretorio del consensualismo quale espressione dell'autonomia contrattuale privata.

Solo in età classica, quando la giurisdizione pretoria e il processo *per formulas* cedettero il passo, e per tempo, alla *cognitio extra ordinem* (con il conseguente venir meno della vivezza del rapporto tra *ius civile* e *ius honorarium*²³¹) e, dall'altro, si ebbe un crescente processo di concentrazione della produzione normativa nelle cancellerie imperiali (che contribuì ad un livellamento che superava l'antica dialettica tra i due sistemi normativi) il patto, verificatasi la tendenziale unificazione dei mezzi negoziali entro, o intorno lo schema del *contractus*, sarebbe andato declinando (almeno tendenzialmente) verso l'efficacia estintiva.

L'idea di fondo, dunque – in antitesi con la dottrina comune – è che la rilevanza della volontà in ordine alla co-

²³⁰ Cfr. MAGDELAIN, *Le consensualisme*, cit.; MELILLO, s.v. *Patti* (storia), cit., p. 479 ss.; ID., *Pacta in rem, pacta in personam: una divisio classica?*, cit., p. 1459 ss.; ID., *Contrahere, pacisci, transigere*, cit.; GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, cit., p. 39 ss.; SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit.

²³¹ MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere*, cit., p. 184.

stituzione di rapporti giuridici non fu mai estranea al diritto, neanche per le fasi più risalenti, né si configurò dall'esterno come "escogitazione" dei giuristi classici.

Dall'indagine condotta sulle fonti pregiulianee²³² sicuramente si evince che il termine ha una vasta gamma di significati e di applicazioni, evocando l'idea stessa del consensualismo: *pactiones* sono nel diritto pubblico gli accordi che i magistrati o comandanti romani possono stringere con potenze straniere; *pactio* e *pacisci* sono tecnici in materia fiscale per significare l'accordo tra il contribuente e il fisco relativamente all'imponibile e all'ammontare dell'imposta; in diritto penale *pactio* è l'intesa illecita. La varietà di significati non viene meno in ambito più strettamente privatistico: nei testi giuridici il termine è impiegato per indicare il patto d'interessi, i patti aggiunti, le *pactiones et stipulationes* usate per costituire usufrutto e servitù su fondi provinciali; dall'editto vengono poi chiamate *pacta* la convenzione d'ipoteca e a volte gli stessi contratti consensuali; in molti testi, infine, il termine è adoperato per opporre questo ai contratti di stretto diritto, come ad esempio, il mutuo e la stipulazione, ed inoltre il verbo *pacisci* è usato come interscambiabile con *convenire*.

Se la ricerca lessicale porta a concludere che il termine nelle fonti pregiulianee non ha affatto un significato ristretto è chiaro però che non per questo si può asserire che la promessa edittale avesse il significato di pieno riconosci-

²³² MAGDELAIN, *Le consensualisme*, cit., p. 3 ss.

mento del consensualismo. Per il periodo tardo repubblicano - che più specificamente interessa in questa sede - le fonti, non abbondanti (in otto frammenti²³³ del Digesto si accenna all'opinione dei giureconsulti dell'epoca tardo-repubblicana: Quinto Mucio Scevola, Gaio Trebazio Testa e Alfeno Varo), non si prestano infatti a soluzioni inequivoche. Occorre colmare le lacune delle nostre conoscenze attraverso prudenti congetture sullo sviluppo e mediante caute retrospettive sulla base dei testi del *Corpus Iuris* escerpiti dalle opere dei giuristi classici che tengano debitamente in conto da un lato dell'espandersi dei traffici giuridici, dell'estendersi di Roma al di fuori della *civitas* quiritaria, dall'altro della circostanza che le forme originarie di scambio erano limitate all'elemento cittadino (e forse accessibili ai soli *latini pleno iure*).

3.2 – L'ETIMOLOGIA DI PACERE E DI PACTUM. RECENZIAZIONE DEL PACISCI -. Il proposito – necessario ove simiri ad una ricostruzione storico-giuridica dell'istituto pattizio – di ripercorrere, per quanto possibile, l'*iter* concetto di patto e dell'efficacia allo stesso riconosciuta dalla giurisprudenza romana, liberi, per quanto possibile dai condizionamenti dogmatici che – come dimostra la storia dottrinale – rischiano di gravare sull'interprete, induce a confrontarsi anche

²³³ Cfr. D. 50.17.73.4; D. 2.14.10.2; D. 17.2.71; D. 18.1.40 pr.; D. 18.1.40.3; D. 19.2.30.4; D. 40.1.6; D. 23.4.19.

con una, pur breve, riflessione sugli aspetti etimologici del termine *pactum*.

E' nota la refrattarietà della dottrina ad occuparsi del suddetto aspetto, che in passato aveva rischiato di isolare le testimonianze antiche dal mondo che le aveva generate (coartando, dunque, la storia).

Nonostante le considerazioni generali (pienamente condivisibili) circa il valore e l'efficacia dello studio dell'etimologia, al servizio dell'indagine giuridica, si rende utile, però, a nostro avviso, affrontare anche gli aspetti etimologici del termine *pactum*: è infatti opportuno avviare la ricerca da quelle norme delle XII Tavole che rappresentano le testimonianze più antiche di uso del verbo *pacere*, forma verbale più antica del moderno *pacisci*, che appartiene alla medesima area semantica del sostantivo *pactum*; e proprio l'antichità dei testi e la nota oscurità di alcune parti di questi per gli stessi romani dell'epoca tardo-repubblicana, rendono comprensibile l'opportunità di un approccio anche etimologico.

Walde – Hofmann²³⁴ ed Ernout- Meillet²³⁵ sono concordi nel far risalire sia il sostantivo *pax* che il verbo *pacere* (da cui l'incoativo classico *pacisci*, e da quest'ultimo, a sua volta il neutro sostantivato *pactum*) ad una radice indoeuro-

²³⁴ WALDE-HOFMANN, sv. *Pacisco*, in *Lateinisches etymologisches Wörterbuch* 2³, Heidelberg, 1954, p. 231 ss.

²³⁵ ERNOUT-MEILLET, sv. **Paco*, in *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots* 4, Paris, 1960, p. 473 ss.

pea **pāk-*, che si alterna con **pāg*²³⁶-, la quale copre l'area semantica di “festmachen, befestigen, fügen, zusammenfügen”.

Due idee sembrano evidenziarsi, in relazione alla radice **pak-* / **pag-*, e, dunque, nella caratterizzazione dei vocaboli ad essa riconducibili: innanzitutto quella di “fissare”, ossia di conferire stabilità; in secondo luogo quella di “congiungere, creare un legame tra entità prima distinte”.

Il dato etimologico si presta, dunque ad individuare, quale area logica cui ascrivere i vocaboli legati alla radice esaminata, l'idea di “dare stabilità attraverso la costituzione di un legame²³⁷”.

E' pertanto corretto pensare che il sostantivo *pax*²³⁸ (da cui il verbo *pacare* e in epoca imperiale, *pacator*, *pacatio*, *pacatorius*, *per paco*, *impacatus*, ecc.) stia ad indicare in origine piuttosto che la cessazione di uno stato di ostilità, l'attività di chi per via convenzionale determina la non bel-

²³⁶ “...qui désigne surtout un acte physique”, secondo Ernout Meillet; da essa, infatti, il verbo *pango*, che ha anzitutto il significato materiale di “fissare, conficcare” (*figere*) e solo al perfetto *pepigi* assume la coloritura astratta di “stabilire, pattuire” (*statuere*). Cfr. Th.I.L., sv. *Pango*, col. 205 ss.

²³⁷ Dei due concetti quello dominante è quello connesso alla nozione di stabilità, di equilibrio, presente nella radice **pak-*: le conclusioni, alla luce di tale precisazione, non divergono da quelle su esposte dal momento che, come si è visto, l'idea evidenziata da tale radice è quella di “conferire stabilità”.

²³⁸ Sul valore del sostantivo *pax*, cfr. ZAMPAGLIONE, *L'idea della pace nel mondo antico*, Torino, p. 193 ss.; più di recente APERNA, *Il latino pax nella storia linguistica dell'Italia antica*, in *Atti del Convegno nazionale di studi su “La pace nel mondo antico”* (Torino, 9-10-11 aprile 1990), Torino, 1991, p. 115 ss.

ligeranza²³⁹; mentre *pactum*, che come tutti i sostantivi costruiti a partire dal neutro del participio passato, riproduce in modo più incisivo e fedele l'azione in sé, conservando un legame semantico e logico più stretto col verbo dal quale deriva (*pacere* sostituito più tardi da *pacisci*), stia ad indicare l'atto costitutivo di uno stato di stabilità, determinativo di un equilibrio.

D'altra parte l'accentuazione del momento attivo nella costituzione degli equilibri non è dispersa in espressioni del linguaggio corrente quali *eo* (*hoc* o *isto* o *quo*) ovvero *ullo* (o *nullo*) *pacto*²⁴⁰ nelle quali il termine assume il senso di "limiti (modo) di impostazione di un rapporto".

In questa prospettiva l'uso latino non dà conforto alla tesi che *ab origine*, e in particolare per l'età delle XII Tavole, *pacere* avrebbe indicato convenzioni rinunciative di diritti d'azione; significato ristretto che consentirebbe di giustificare la capacità meramente estintiva di rapporti giuridici che si ritiene di dover attribuire al *pactum* per l'età tardo-repubblicana, quando – si asserisce – il termine, diffusosi nel linguaggio comune nel senso ampio di accordo di volontà (assumendo, dunque, valore anche "positivo"), avrebbe perso quasi completamente la connotazione tecnica di accordo riconciliante, divenendo, anche nel linguaggio giuridico, sinonimo di convenzione.

²³⁹ ERNOUT-MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine*, cit., p. 473.

²⁴⁰ "A patto che"; "a nessun patto". Cfr. VÉGH, *Ex pacto ius*, cit., p. 200 ss.

Tesi, tra l'altro, che, almeno nella formulazione del Manenti, che per primo la propose, traeva non poco sostegno dal nesso etimologico sussistente tra *pactum* e *pax*, intendendo, però, quest'ultimo sostantivo come atto estintivo di uno stato di ostilità.

3.3 – LE XII TAVOLE E LA *PACTIO*: ORIGINI DELLA *PACTIO* NELLE IPOTESI DI *DELICTA*? -. Passiamo adesso all'esame delle disposizioni delle XII Tavole che dovrebbero testimoniare l'originario carattere dismissorio dei *pacta*, prendendo le mosse da *Tab.* 8.2, che, perlomeno in relazione alla tradizione del testo, pone minori problemi interpretativi di quanti emergano nell'analisi di *Tab.* 1 6-7.

“Si membrum ruptum, ni cum eo pacit, talio esto”.

La norma in esame viene tradizionalmente collocata nella *tabula* 8, avente ad oggetto la materia penale, dal momento che in essa si stabiliscono le conseguenze di un atto illecito, cioè, più specificamente, una lesione personale²⁴¹, ricompreso più tardi sicuramente, secondo quanto riferisce Gaio²⁴², tra le ipotesi di *iniuria*.

²⁴¹ Non mi soffermo qui sugli elementi distintivi individuabili nella fattispecie concretatesi in una *membra ruptio*, rispetto a quella che si realizzava, invece, in una *ossis fractio* (cfr. Gai 3.223); essi non sono, infatti, rilevanti, ai fini dell'indagine che si sta compiendo. cfr., comunque, in proposito, PUGLIESE, *Studi sull'iniuria* 1, Milano, 1941, p. 29 ss..

²⁴² 3.223.

Il contenuto dispositivo della norma è chiaro: a chi realizzi una *membri ruptio* a danno di un altro soggetto, si applica la pena del taglione.

Il Pugliese²⁴³ sottolineava che la norma in questione riconducesse ad una fase evolutiva intermedia dell'ingerenza della *civitas* nella risoluzione di controversie insorte tra privati; la previsione della fattispecie in questione come realizzazione di un comportamento non lecito, infatti, ne sottrae l'autore all'arbitrarietà della vendetta privata, attribuendo a quest'ultima, con la *talio*, limiti determinati dalla stessa gravità del danno arrecato. Il passo successivo, sulla via del controllo, da parte dello Stato, dell'uso della forza nei rapporti tra i consociati, è rappresentato, com'è noto, dalla previsione di pene pecuniarie fisse²⁴⁴.

Ciò che a noi più interessa è la presenza nella norma di quell'ulteriore proposizione : “*ni cum eo pacit*”.

Già da una prima lettura risulta chiaro che quanto indicato dalla frase in questione si propone come alternativa alla *talio*, o meglio, che il fatto che non si verifichi quanto in essa precisato costituisce un presupposto per l'applicazione della *talio*, secondo quanto emerge anche dalla coordinazione “*si..., ni...*”

Ciò che emerge dall'esame della disposizione considerata, quindi è che, affinché si ponga rimedio alla situazione di squilibrio, realizzata attraverso la lesione di un sogget-

²⁴³ Cfr. *Iniuria*, cit. p, 5 ss.

²⁴⁴ Cfr. Gai 3.223-224.

to ad opera di un altro, possono essere adottati due rimedi: da un lato la *talio*, orientata in senso affittivo, con efficacia compensativa dell'offesa subita; dall'altro il *pacere*, attività informale delle parti, che si muove in direzione soddisfattiva del detrimento derivato al soggetto offeso dall'atto dell'offensore e che, secondo quanto emerge dalla struttura sintattica della norma, sembra essere al taglione preferita, tanto che quest'ultimo vi appare come rimedio, da applicarsi solo ove non si sia potuto porre in atto quell'altro.

Alla luce di tali rilievi, dunque, sembra plausibile che la funzione dell'attività indicata da "*pacere*" dovesse consistere nell'eliminazione della situazione di squilibrio (personale e sociale) determinata dall'atto illecito della *membra ruptio*; funzione analoga a quella svolta dalla *talio*; se il *pacere* era preferito alla *talio*, ciò verosimilmente dovette dipendere dalla circostanza che la *civitas* raccomandasse reazioni dell'offeso concretantesi in modo diverso da quello violento ma pur sempre atte a ripristinare l'equilibrio tra le parti e la connessa *pax deorum*²⁴⁵.

Tuttavia, non si può trascurare la circostanza che l'eliminazione della situazione prodottasi sembra passare, nel verbo *pacere*, necessariamente attraverso un'attività determinativa di un nuovo equilibrio²⁴⁶ tra le parti: riequilibrio, che, almeno nella maggior parte dei casi, si sarà attuato

²⁴⁵ In tal senso BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa*, cit., p.24

²⁴⁶ Per un punto della situazione dottrinale circa gli effetti dell'azione individuata dal verbo *pacere*, si veda MANFREDINI, *Rem ubi pacunt, orato*, in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano, Milano 7-9 aprile 1987* 1, Milano, 1988, p. 73 ss.

mediante la dazione da parte dell'offensore all'offeso di qualcosa in cambio del detrimento sofferto da quest'ultimo.

Dall'analisi qui condotta di *Tab. 8.2* sembrerebbe pertanto desumersi che il verbo *pacere* abbia conservato pienamente l'accezione logica che si è detto caratterizzare la radice da cui il medesimo deriva.

Il vocabolo in questione, infatti, sembra presentare accanto al significato principale, che si identifica nel concetto di "conferire stabilità, riequilibrare", un altro, analogo e funzionale al primo, consistente nell'idea di "costituire un legame" (finalizzato appunto alla realizzazione dell'equilibrio): tale vincolo, nella portata concettuale del verbo *pacere*, si concretizza e si connota attraverso la nozione di "scambio".

3.4 – IN PARTICOLARE: XII TAB. 1.6-7 -. Il verbo *pacere* è poi utilizzato poi in *Tab. 1.6-7*:

Rem ubi pacunt, orato. Ni pacunt, in comitio aut in foro ante meridiem caussam coiciunto. Cum perorando ambo praesentes.

La nostra attenzione si appunta principalmente ed in primo luogo sulla norma "*Rem ubi pacunt, orato*", che ci viene riferita nella *Rhetorica ad Herennium*²⁴⁷; segue l'

²⁴⁷ 2.13.20 (ed. Teubner): *Ex pacto ius est, si quid inter se pepigerunt, si quid inter eos convenit. Pacta sunt, quae le gibus observanda sunt, hoc modo: Rem ubi pagunt, <orato; ni pagunt> in comizio aut in foro ante meridiem causam coiciunto. Sunt item pacta, quae sine le gibus observantur ex convento quae iure prestare dicuntur.* La disposizione

incipit del 7, che propone, quale alternativa a quanto previsto nella parte che precede, che *caussam coiciunto* nel comizio o nel foro, prima del *meridiem*; poi altre regole essenziali circa la prosecuzione della lite ed i termini temporali di trattazione della stessa.

Sono noti i problemi cui ha dato luogo la lettura della norma, che nella sua stesura non chiarisce quale significato debba essere attribuito ai verbi “*pacunt*” ed “*orato*”, né, tantomeno, chi siano i soggetti che pongono in essere tali azioni.

Altrettanto oscuro è apparso il successivo “*caussam coiciunto*”, sul quale sono gravati pure dubbi di originarietà sollecitati dalla presenza nella proposizione in cui tale espressione è inserita, del vocabolo “*meridiem*” che, secondo una nota testimonianza pliniana²⁴⁸, sarebbe sicuro indice di acrivibilità, perlomeno di tale specificazione temporale, ad

citata, in parte, viene ricordata da Scauro, *de orthogr.* p. 2253 (Keil 7, 15.12) e da Periscano, *inst. gramm.* 10.5.32 (ed. Keil, Grammatici latini 2, 524.1) i quali si preoccupano in particolare dell’uso di *pagunt*, al posto di *pacunt*, nonché da Quintiliano (*inst. orat.* 1.6.11) che, citando solo il versetto 7, inserisce un *ita*, assente nel passo dell’*Auctor ad Herennium: cum in XII Tabulis legeremus “ni ita pacunt”*. In relazione al problema della tradizione testuale *pagunt*, in luogo di *pacunt*, premesso che la questione fonetico-ortografica è molto più vasta ed un suo approfondimento richiederebbe competenze filologiche e glottologiche, nel testo, conformemente alla dottrina in materia, si preferisce la lettura *pacunt*, per le considerazioni di ordine etimologico, che si sono poste in precedenza, le quali fanno emergere una più probabile derivazione dalla radice **pak-* della forma *paco*, ove la radice **pag-* (che la versione *pago* postulerebbe come origine) risulta maggiormente connotata in senso materiale.

²⁴⁸ *Nat. Hist.* 7.60.212. Per un esame del testo, cfr. GIOFFREDI, *Rem ubi pacunt, orato. XII Tab. 1.6-9*, in *BIDR.* 76, 1973, p. 282 ss.

epoca successiva a quella di redazione del testo decemvirale²⁴⁹.

A discussioni ha dato luogo inoltre la presenza di quell'*ubi* introduttivo della norma²⁵⁰.

Tale avverbio, com'è noto, ha essenzialmente valore locativo, ma può presentarsi anche, in un'accezione traslata, con funzione temporale o causale²⁵¹.

Divergenze, infine, si sono registrate in dottrina circa l'individuazione del verbo (*pacere* o *orare*?) da connettersi al sostantivo *rem*.

Dal punto di vista sintattico l'ipotesi più verosimile è quella che l'accusativo *rem* non abbia nulla a che fare con il verbo *pacere*, ma costituisca al contrario l'oggetto naturale di *orato*²⁵², dal momento che l'accusativo posto com'è all'inizio dell'enunciato, e separato da *pacunt* da quell'*ubi*,

²⁴⁹ Sulla base di questo testo ha avanzato dubbi circa la possibilità di collegare il testo di *Tab. 1.6* a quello di *Tab. 1.7*, AMIRANTE, *Una storia giuridica di Roma*, Primo quaderno di lezioni, Napoli, 1982, p. 74.

²⁵⁰ NICOSIA, *Il processo privato romano: corso di diritto romano*, rist., Torino, 1986, p. 72 ss.; ALBANESE, *Orare*, cit., p. 362; MAC CORMAK, *Roman and African Litigation*, in *RHD.* 39, 1971, p. 248 ss.; BEHERENDS, *Der Zwölfstafelprozess. Zur Geschichte des römischen Obligationenrechts*, Göttingen, 1974, p. 77 ss.

²⁵¹ Cfr. sv. *Ubi*, in *Oxford Latin Dictionary*, Oxford, 1976, p. 2017, ove si annovera, tra i principali significati dell'avverbio, anche quello di "in the situation in which, where".

²⁵² Cfr. LÉVY-BRUHL, *Recherches sur les actions de la loi*, Paris, 1960, p. 206; PUGLIESE, *Il processo civile romano 1*, Roma-Milano, 1963, p. 402; KASER, *Das römisches Zivilprozessrecht*, München, 1966, p. 83 ss.; NICOSIA, *Il processo civile privato*, cit., p. 75 ss.

sembra doversi più correttamente ricollegare al verbo che chiude la proposizione normativa.

L'espressione "*orare rem*", che assumerebbe, qui, il significato di "dare svolgimento alla causa", sembrerebbe, del resto, trovare l'avallo di una testimonianza di Festo: *de sign. verb.*, s.v. *orare* (L. 218), "*orare antiquos dixisse pro agere, testimonio sunt (quod) et oratores, et i qui nunc quidam legati, tunc vero oratores, quod reipublicae mandatas partis agebant...*", nonché s.v. *Oratores* (L. 196), "... *Alias pro disertis et eloquentibus, ab eo quod antiqui orare dicebant pro agere: ab quam causam orationes quoque eorum vocantur*".

D'altra parte, però, se da un lato, non si possono non tenere in debito conto i dubbi connaturati al valore dell'opera festina per l'attribuzione di un preciso significato a vocaboli che si leggono in fonti molto antiche, dall'altro, è da tener presente che, tra gli esempi di soggetti che dall'antico significato di tale verbo ereditarono una precisa denominazione, Festo cita, oltre agli oratori, anche i legati.

In sostanza, cioè, non si può escludere che, in linea con l'accezione comune del verbo, *orare* possa assumere qui il significato di "dichiarare solennemente e, quindi pubblicamente"²⁵³.

²⁵³ Cfr. s.v. *Oro*, in *Thesaurus linguae Latinae*, col. 1035 ss: "*caput primum de dicendo (sc. Originaria nozione dicendi servata vel redintegrata...)*"; nello stesso senso, il *Lexicon totius Latinitatis*, sempre s.v. *Oro*, p. 523 ss.: "*Orare, ab ore, ut Varro 6. L.L. 76 Müll. Docet,*

In questa prospettiva, la norma delle dodici tavole potrebbe essere interpretata sia nel senso che, quando le parti fossero pervenute alla transazione della controversia, si sarebbe dovuto procedere ad una dichiarazione pubblica e solenne²⁵⁴ (pertanto, resa in giudizio); sia nel senso che, se le parti si fossero accordate circa il luogo dove doveva svolgersi il processo, lì si sarebbe dovuta trattare la causa²⁵⁵.

Non ci sembra, dunque, che la norma consenta di trarre, senza forzature, conclusioni univoche in ordine al problema dell'individuazione del concetto del *pacere* decemvirale; anzi, le stesse conclusioni appaiono, in definitiva, largamente condizionate dalla prospettiva da cui muove l'interprete circa il significato del verbo in questione.

Ciò posto, ed a prescindere dall'interpretazione della norma cui si intenda aderire, appare però inevitabile una riflessione: laddove ci si ponga ad oggetto d'indagine storica la concettualizzazione di un verbo che trova le sue radici in età decisamente risalenti, è opportuno, al fine di una corretta impostazione dell'indagine, muovere da una prospettiva ristretta di *pacere*, o invece da una prospettiva più ampia, che

generatim est dicere, loqui;...". Si veda inoltre quanto si legge in SEMERARO, s.v. *Oro*, in *Le origini della cultura europea 2, Dizionario della lingua latina e di voci moderne*, Firenze, 1994, p. 497.

²⁵⁴ Cfr. per tutti GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, 1955, p. 151 ss.; ID., *Rem ubi pacunt*, cit., p. 271 ss.; BEHRENDT, *Der Zwölftafelprozess*, cit., p. 77 ss.; ARCHI, *Ait praetor*, cit., p. 382 ss.

²⁵⁵ Per tutti, PUGLIESE, *Il processo civile romano*, cit. p. 402; KASER, *Prätor und Judex im römischen Zivilprozess*, in *RHD* 21, 1964, p. 349; NICOSIA, *Il processo privato*, cit., p. 75 ss.; MELILLO, s.v. *Patti*, cit., p. 481.

non ne limiti aprioristicamente le funzioni, e la portata concettuale?

3.5 - I PACTA CONVENTA NELLE DOTTRINE DEL II E DEL III SECOLO -. Anche in relazione all'età repubblicana e a quella della matura giurisprudenza classica, le fonti, a nostra disposizione, non sono in grado di fornire un'incontrovertibile risposta al quesito - non scevro esso stesso di influenze dogmatiche - così affannosamente postosi dalla romanistica.

Non è meno vero però che le stesse fonti sono in grado di offrire spunti di notevole interesse per la ricostruzione storica dell'istituto pattizio.

Anzitutto vale la pena di riportare un brano attribuito a un giurista a cavallo del I secolo,

Alfeno (3 dig. a Paulo epit.) D. 23.4.19: *Aliud est, si pater pro filiam dotem promisit, ut annua bima trima quadrima quinto anno dos a se reddetur, et convenit, ut isdem diebus dos soluto matrimonio redderetur: hoc enim pactum ita valet, si patri filia heres exstisset et interveniente ea pactum conventum fuerit.*

Non è il caso di fermarsi sul frammento²⁵⁶ in questa sede, se non per accettarne la sostanziale derivazione alfe-

²⁵⁶ Il testo non ha destato discussioni per quanto concerne la genuinità. Permane tuttavia in alcuni autori il dubbio che, originariamente, i frammenti 18 e 19 occupassero l'ordine inverso a quello seguito dal

niana²⁵⁷ e procedere a talune notazioni concernenti la terminologia negoziale.

Occorre porre in risalto che non vi è netta separazione tra il *promittere*, tecnico della *dotis promissio*, e il *convenire*, che immediatamente si traduce in *pacisci* nelle due espressioni *hoc enim pactum* e *interveniente ea pactum fuerit*; con un'evidente diversità di tecnicità, dunque, tra la terminologia riferita all'*obligatio verbis* fondamentale e le clausole aggiunte.

Un significato particolare riveste tuttavia il *pactum... valet*, poichè, per quanto vago possa essere sotto il profilo sistematico il *valere* dei giuristi romani, si tratta comunque nel nostro caso di un'asserzione collegata a un regime di tutela.

Nè meno interessante è l'endiadi *pactum conventum*, che compare in una serie nutrita di passi che vanno da La-beone e Proculo fino alla giurisprudenza severiana²⁵⁸.

Per quel che ci interessa in questa sede vale la pena poi di sottolineare lo scambio, all'altezza dei giuristi del I secolo, tra il *pacisci* e il *convenire*, dunque, la consapevolezza che la *conventio* è la base di volontà comune di ogni tipo di accordo.

Mommsen nella sua edizione dei *Digesta*: cfr. *Index Interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur* 2, Weimar, 1931, p. 64.

²⁵⁷ Cfr. DE SARLO, *Alfeno Varo e i suoi Digesta*, Milano, 1940, p. 145 ss.

²⁵⁸ Cfr. l'elencazione in *VIR.*, s.v. *Conventum*. In letteratura cfr. MAGDELAIN, *Le consensualisme*, cit., p. 53.

Significativi, oltre che affidabili, appaiono poi quei luoghi dei *Digesta* che, anche se ridotte - a causa dell'ampliarsi dei «contratti innominati» - recano pur sempre tracce di *pacta* costitutivi.

Basti pensare all'intero titolo 4 del libro 23 dei *Digesta*, che attesta il permanere del termine *pacta* per indicare le contrattazioni dotali e al costante riferimento del nome *pactum* per il negozio costitutivo di pegno.

Con riferimento a quest'ultimo istituto ci sembra poi che meriti considerazione:

D. 20.1.35 (Lab. 1 pith. a Paul. epit.): *Si insula, quam tibi tibi ex pacto convento licuit vendere, combusta est, deinde a deinde a debitore suo restituta, idem in nova insula iuris habes*²⁵⁹.

Se, infatti, com'è opinione dominante²⁶⁰, l'opera labeoniana aveva una struttura prevalentemente casistica, e se Paolo ha effettivamente tratto la sostanza del passaggio labeoniano, non si dovrebbe dubitare che già il giurista augustiniano adoperi la locuzione *pactum conventum* per indicare

²⁵⁹ Il testo, che nella compilazione giustiniana è stato collocato sotto la rubrica "*De pignoris et hypothecis qualiter ea contrahantur et de pactis eorum*" è collocato dal Lenel sotto la rubrica "*De emptioibus et venditionibus*". Invero resta estremamente problematico ricostruire il tema, o i temi, cui era dedicato il libro 1 dei *Pign. L.*, trattandosi di soli quattro frammenti. Il passo, comunque, da ultimo è ricordato da BREONE, *Ricerche labeoniane. Pign. L.*, in *La parola del passato* 28, 1973, p. 191 sotto il profilo, problematico, della ricostruzione del *genus* letterario in cui poteva inquadrarsi l'opera labeoniana.

²⁶⁰ BREONE, *o.c.*, p. 171 ss.

non un accordo estintivo, ma l'accordo costitutivo di diritti reciproci per il creditore e il debitore ipotecari²⁶¹.

Del resto non si può trascurare che un frammento del terzo secolo, difficilmente sospettabile, attribuisce al *pactum de pignore* la capacità di far nascere *actiones*:

D. 2.14.17.2 (*Paul. 3 ad ed.*): *De pignore iure honorario nascitur ex pacto actio: tollitur autem per exceptiones quotiens paciscor ne petam.*

Nè meno interessante è quanto si legge in:

Gai 2.31: *Sed haec scilicet in Italicis praediis ita sunt, quia et ipsa praedia mancipationem et in iure cessionem recipiunt. Alioquin in provincialibus praediis sive quis usufructum sive ius eundi agendi aquamve ducendi vel alius tollendi aedes aut non tollendi, ne luminibus vicini officiantur, ceteraque similia iura constituere velit, pactionibus et stipulationibus id effimere potest, quia ne ipsa praedia mancipationem aut (in) iure cessionem recipiunt*²⁶².

Per i fondi provinciali *mancipatio* e *in iure cessio* non potevano essere utilizzate per il trasferimento; è quindi im-

²⁶¹ Per quanto concerne la costituzione di pegno o di alcuni diritti reali, anche la dottrina dominante ritiene che si tratti di accordi costitutivi, seppure precisando che non di *pacta* si sarebbe trattato, ma di figure singole ed autonome: per tutti, GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., p. 190 ss. Più cautamente BURDESE, s.v. *Patto*, cit., p. 711, si limita ad elencare le fonti più direttamente concernenti questa casistica.

²⁶² Su questo testo tanto discusso, cfr. di recente, GRELLE, *L'appartenenza del suolo provinciale nell'analisi di Gaio 2.27 e 2.21*, in *Index* 18, 1990, p. 167 ss. – Oltre Gaio sono da considerare: D. 8.1.4; D. 8.3.33 3; D. 43.18.1.9; D. 45.1.56.4; CI. 3.34.3 e per il parallelo istituto dell'usufrutto D. 7.1.3 pr. e D. 7.4.1 pr. (Vat. 61).

plicito che tanto meno potessero esserlo per costituire usufrutto e servitù. A tal fine doveva ricorrersi ad uno dei modi più diffusi di costituzione *inter vivos* di tali diritti reali²⁶³, quello *pactionibus et stipulationibus*.

Questo modo particolare ed anche complesso di costituzione di usufrutto e servitù, che a patti informali abbina stipulazioni, cioè il tipo più diffuso di contratto formale di indiscutibile efficacia obbligatoria, malgrado il chiaro dettato di Gai 2.31 e quanto si desume da altri testi²⁶⁴, da cui risultano gli effetti reali di servitù ed usufrutto costituiti in provincia, crea qualche difficoltà tra gli studiosi in quanto, secondo i principi generali, *pactiones et stipulationes* potrebbero produrre solo effetti obbligatori: si ritengono pertanto interpolati i testi da cui si può desumere un principio contrario²⁶⁵.

²⁶³ Per gli effetti reali cfr. MASCHI, *Contributi allo studio delle servitù pretorie*, in *BIDR.* 46, 1939, p. 274 ss.; GROSSO, *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana*, Torino, 1969, p. 192 ss.; ID., *Riflessioni sulla costituzione delle servitù e dell'usufrutto "pactionibus et stipulationibus" sui fondi provinciali*, in *Sein und Werden im Recht – Festgabe v. Lübtow*, Berlin, 1970, p. 411 ss.; BIONDI, *Le servitù prediali nel diritto romano*², Milano, 1954, p. 246 ss.; BURDESE, s.v. *Servitù prediali*, in *NNDI.* 17, Torino, 1970, p. 122 e MELILLO, s.v. *Patti*, cit., p. 489 ss.

²⁶⁴ Vedi nota 262.

²⁶⁵ BESELER, *Beiträge zur röm. Rechtsquellen* 4, Tübingen, 1920, p. 82 ss.; FREZZA, *Appunti esegetici in tema di modi pretori di costituzione di usufrutto e delle servitù prediali*, in *Studi economico-giuridici dell'Univ. di Cagliari*, 1934, p. 84 ss., 100 ss.; SOLAZZI, *Usus proprius*, in *SHDI.* 7, 1941, p. 407 ss.; ID., *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, Napoli, 1947, p. 109 ss. V. altra bibliografia in KASER, *Das röm. Privatrecht* 1², München 1971, p. 445, nt. 62.

Altro punto controverso in dottrina è quello relativo al rapporto intercedente tra *pactio* e *stipulatio*²⁶⁶.

In realtà sulla base di Gaio e di alcuni passi della Compilazione giustiniana si può solo affermare che se gli istituti formati in relazione al suolo italico subiscono un adattamento qualora si applichino al suolo provinciale, non si può comunque negare che fra di loro ci sia un certo parallelismo. Se sui fondi provinciali si può costituire un usufrutto o una servitù questi quindi devono essere considerati istituti analoghi a quelli che vengono costituiti su suolo Italico e debbono avere effetti simili. Non si può però andare oltre.

Per la soluzione della questione fondamentale invece sembra Theoph. *Paraph. ad Inst.* 2.3.4 che riporta il testo delle stipulazioni:

Ο δὲ βουλόμενοι τὴν γε...τοῦ παρὰ τὴν ἄσασιν δούλου... ἀντι-
δι' ἑαυτοῦ γ' ἢ γενομένην περὶ τὴν παρὰ τὴν ἄσασιν: ὁμολογεῖ
ἐμμένειν τῇ παρὰ τὴν ἄσασιν... ἢ δούλου...; εἰ, δὲ μὴ ἔμμεναι
ὁμολογεῖ διδόναι μοι λόγον προῦ μου νόμου... σμᾶτα ἀκα-
τον²⁶⁷;

²⁶⁶ MASCHI, *Contributi*, cit., p. 281 ss., ritiene che si tratti di un patto rivestito della forma della *stipulatio*; GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., p. 201 (seguito da BURDESE, *o.c.*, p. 122) sostiene, invece, che si tratti di un patto accompagnato da una *stipulatio* di esercizio ad efficacia obbligatoria, spostando, dunque, il fulcro, rispetto all'effetto reale, nella *pactio*.

²⁶⁷ Trascrivo la traduzione del Ferrini: *Qui vicino velit ius aliquod constituere pactionibus et stipulationibus id facere potest. Pacto enim facto de servitute constituenda, is cui ea cedendo est ita stipulatur: spondesne cessam servitutem servare? Sin autem minus, spondesne dare mihi poenae nomine aureos centum?*

Le due stipulazioni consistono in una stipulazione d'esercizio, il cui uso – com'è noto – era molto diffuso ('*omologeĵ' emmšnein tĪ para acwphqe...sÆ doule...*) e in una *stipulatio poenae*. Dal tenore della prima stipulazione in cui si fa un generico riferimento alla servitù, senza alcuna specificazione, può intendersi quale possa essere stato il contenuto dei patti precedenti: l'indicazione del tipo di servitù con tutte le sue particolari caratteristiche (collocazione, ampiezza, percorso ecc.) ed altri eventuali accordi (v. D. 8.1.13: *Si tam angusti loci demonstratione facta via concessa fuerit...*; D. 8.3.13.1-3).

Pertanto, anzitutto, dal passo di Teofilo può intendersi l'uso del plurale *pactionibus et stipulationibus*. Inoltre, dal tenore delle stipulazioni è evidente che non si trattava di un patto rivestito dalla forma della *stipulatio*, bensì di atti avvenuti ciascuno uno specifico contenuto ma diretti allo stesso scopo e quindi da considerare unitariamente²⁶⁸.

Va ricordato infine che l'accento in Gai 2.31, relativo ai soli fondi provinciali, si spiega con i limiti espositivi di un'opera elementare, ma, com'è già stato osservato²⁶⁹, vi erano tante situazioni in cui anche per i fondi italici non erano ammissibili *mancipatio* e *in iure cessio* e pertanto

²⁶⁸ Cfr. in questo senso, nel suo ultimo studio sulla questione, GROSSO, *Riflessioni sulla costituzione*, cit., p. 416.

²⁶⁹ Cfr. KARLOWA, *Röm. Rechtsgeschichte 2*, Leipzig, 1901, p. 1258 ss.; RICCOBONO, *Dies e condicio nella costituzione delle servitù su fondi italici e su fondi provinciali*, in *Tr. 3*, 1922, p. 357; MASCHI, *Contributi*, cit., p. 290 ss.

s'imponesse il ricorso ad un diverso modo di costituzione di usufrutto e servitù.

Poteva verificarsi, ad es., l'ipotesi in cui i soggetti (o uno di loro) che dovevano costituire la servitù fossero dei *peregrini* a cui appartenessero dei fondi italici, oppure che si trattasse di *cives* ma che non avessero i fondi in *dominium ex iure Quiritium*, bensì *in bonis*. In questi casi non si può pensare che non fosse possibile in assoluto costituire l'usufrutto o le servitù, ma piuttosto che si utilizzasse un modo diverso da quelli previsti dal *ius civile*, e per questo scopo si ammisero appunto *pactiones et stipulationes*.

In definitiva, questo modo di costituzione di servitù ed usufrutto²⁷⁰, così complesso nella sua struttura e che pertanto postula elaborazione da parte della giurisprudenza, deve essere stato introdotto, con effetti pretori, in relazione a particolari situazioni, per i fondi italici e solo successivamente esteso ai fondi provinciali per i quali non si potevano applicare gli istituti del *ius civile*.

3.6 – LE FONTI E LA TUTELA DEI PACTA: I PACTA PRAETORIA

-. Nell'ambito della trattazione dell'efficacia giuridica dell'istituto pattizio, svolge poi un ruolo decisamente non sottovalutabile la categoria dei c.d. *pacta praetoria*²⁷¹.

²⁷⁰ Teofilo riporta il testo della *stipulatio* per la costituzione di servitù, ma è facile ipotizzare, anche sulla base di Theoph. *Paraph. ad Inst.* 2.4, l'analoga *stipulatio* per l'usufrutto.

²⁷¹ Cfr. MELILLO, s.v. *Patti*, cit., pp. 497-493.

Invero il raggruppamento dei *pacta praetoria* non è operato nelle fonti romane, ma nelle dottrine medievali; inoltre tutti i negozi non tipizzati, almeno fino al II secolo, furono tutelati con rimedi pretori. L'unificazione operata in dottrina, però, trova sufficiente giustificazione storica nella comune caratteristica di alcuni istituti di essere costitutivi non di diritti reali, ma solo di *obligationes*. Si tratta di: *ius iurandum voluntarium, constitutum, compromissum, recepta*, schemi che ebbero notevole diffusione nella pratica del diritto fin da età molto risalente.

Va innanzitutto ricordato, per l'alta antichità²⁷² e per la persistenza nell'intera esperienza giuridica romana, il *ius iurandum voluntarium*, la cui utilità è ravvisabile segnatamente nell'attitudine a semplificare l'espletamento dei processi, difficili soprattutto nella fase di accertamento del fatto²⁷³.

Tralasciando in questa sede le numerose applicazioni del giuramento ai rapporti di diritto internazionale e pubblico e il giuramento a cui il litigante poteva essere costretto nel processo – che non rientra nel quadro degli accordi bilaterali liberamente voluti dalle parti, e non ha quindi natura strettamente negoziale - ci limitiamo alla trattazione del *ius*

²⁷² L'antichità è confermata da Cic. *de off.* 3.104.

²⁷³ Cfr. AMIRANTE, *Il giuramento prestato prima della "litis contestatio" nelle "legis actiones" e nelle "formulae"*, Napoli, 1954, p. 36 ss.; STURM, *Der Eid in Dienste von Abtretung und Schulübernahme*, in *St. in on. di G. Scherillo* 2, Milano, 1972, p. 515 ss.; SCHIPANI, *Zum Iusiurandum in litem bei den dinglichen Klagen*, in *Studien im röm. Recht Kaser zum 65. Geburtstag*, Berlin, 1973, p. 169 ss.

iurandum voluntarium che era concordato tra i litiganti, o nel senso che l'attore giurava la fondatezza della sua pretesa, o, all' inverso, nel senso che il convenuto asseriva con giuramento che la pretesa dell'attore era infondata²⁷⁴. Il giuramento dell'una o dell'altra parte estingueva il contenuto della lite originaria dal punto di vista dell'accertamento del fatto. A seguito del patto il perdente era tenuto ad adempiere: in caso di inottemperanza l' *actio de iure iurando* sanzionava l'inottemperanza del convenuto, mentre l'*exceptio de iure iurando* impediva all'attore di proseguire nell'attività processuale.

La snellezza e l'efficacia (decisoria) del patto di giuramento ne spiegano la lunga sopravvivenza nella prassi, tant'è che ancora la rubrica del tit. 2 del lb. 12 dei *Digesta* è dedicato a «*de iure iurando sive voluntario sive necessario sive iudiciali*» e il giurista Paolo, nel III secolo, poteva addirittura asserire che il *iusiurandum* era una *species* di *transactio* e sortiva una autorità maggiore della *res iudicata*²⁷⁵. Venute meno le formalità di natura religiosa presenti in origine, il giuramento volontario si configura come uno dei tanti negozi bilaterali dotato di strutture tipiche, fortemente consolidate, tanto da restare lontano dalle forme assimilabili ai *contractus*, dal momento che la collocazione separata ancora nella Compilazione ribadisce la sua appartenenza a una

²⁷⁴ D. 12.2.3 pr., 1 (Ulp. 22 *ad ed.*); D. 12.2.9.1 (Ulp. 22 *ad ed.*).

²⁷⁵ D. 12.2.2 (Paul. 18 *ad ed.*).

zona della negozialità non omogenizzabile ai contratti sinalagmatici.

Diffusissima ma meno delineato nelle fonti era la pratica giuridica del «*constituere*», termine che sta a indicare «attività volontarie» capaci di determinare effetti giuridici di natura obbligatoria o anche reale. In senso ampio, dunque, il verbo non è riferibile a singole figure²⁷⁶: tuttavia un significato più specifico si afferma a proposito della *pecunia debita constituta*, ellitticamente indicata come *constitutum debiti*, alla quale dedica ampia trattazione il lb. 13 tit. 5 dei Digesta²⁷⁷.

L'essenza della pattuizione consisteva in un accordo tra creditore e debitore (*constitutum debiti proprii*), ovvero tra creditore e un terzo (*constitutum debiti alieni*) per fissare un nuovo e insuperabile *dies* all'adempimento di una *obligatio* da debito monetario già scaduta²⁷⁸.

E' facile intuire le ragioni della diffusione di tale accordo: di fronte all'inadempimento, esso consentiva di evi-

²⁷⁶Come si evince locuzioni quali «*constituere locationem et conductionem*», «*constituere fines novos*», «*constituere reos (stipulandi)*» che richiamano tutte situazioni interne a *contractus* o ad *actiones*.

⁶⁰ *De pecunia constituta* e *De constituta pecunia* parlano rispettivamente le rubriche del lib. 13 tit. 5 dei *Digesta* e del lib. 4 tit. 18 del *Codex Iustinianus*: sembrano queste le forme più corrette e più vicine al valore originario di *constituere*. Bibl. Fondamentale: ASTUTI, *Studi preliminari intorno alla promessa di pagamento* 1, *Il costituito di debito* 2, Milano, 1941; ROUSSIER, *Le constitut in Varia* 3, Paris, 1958, p. 1ss; FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano* 1, *Le garanzie personali*, Padova, 1962, p. 229 ss., 282 ss.

⁶¹ Il requisito è ricordato esplicitamente in D. 13.5.11 pr. (Ulp. 27 *ad ed.*).

tare il processo attraverso un rinnovato riconoscimento del debito, o anche di aggiungere o di sostituire il garante al debitore principale; ma soprattutto motivo fondamentale della validità del negozio nella pratica degli affari fu altresì la particolare severità dell'*actio de pecunia constituta* concessa dal *praetor* al creditore insoddisfatto: infatti, per lungo tempo, la gravità del venire meno all'impegno (*fidem fallere*) dovette giustificare la *natura poenalis* dell'*actio de pecunia constituta* con le pesanti conseguenze derivanti contro il debitore insolvente.

Per il resto il *constitutun debiti* offriva non pochi vantaggi: nell'accordo poteva essere determinato il mutamento dell'oggetto della prestazione²⁷⁹ e, ancora, potevano essere trasfuse le *obligationes* scaturenti da svariati patti o contratti precedenti. Si trattava dunque di una sorta di novazione, che consentiva agevolmente a singoli privati o a operatori commerciali l'adeguamento dei rapporti originari alla situazione attuale.

Non sembra, considerata l'autonoma collocazione del *constitutum* nelle fonti, che esso sia mai entrato a pieno titolo nelle *conventiones* assimilabili ai *contractus* nel senso di D. 2.14.7.1²⁸⁰; ma, in qualche modo dovette avvicinarsi alle discipline generali, come dimostra la non validità della *pecunia constituta* quando fosse in precedenza intercorsa sullo stesso debito una *stipulatio*, e come sembra anche indicare

²⁷⁹ Lo ricorda esplicitamente Ulpiano (27 *ad ed.*) in D. 13.5.1.5-6.

²⁸⁰ Sul testo cfr. cap. 4, p. 180 ss.

la concessione dell'*actio de peculio* contro il *pater* quando il *constitutum* fosse stato pattuito da un *filius*²⁸¹.

3.7 – I PACTA PRAETORIA: LA SPECIFICITÀ DEI RECEPTA -.

Dei cosiddetti *pacta praetoria* fanno parte poi, secondo la classificazione corrente, i *recepta*. Si tratta del *receptum arbitri*, con il connesso *compromissum*, del *receptum argentarii*, e dei *recepta nautarum, cauponum stabulariorumque*: una serie di ipotesi tutelate dall'editto pretorio, accomunate²⁸², almeno in origine, dalla responsabilità che veniva assunta da colui che ricevesse cose determinate, con l'obbligo di salvaguardarne l'integrità e di restituirle a chi ne avesse diritto.

Di alta antichità, e secondo alcuni collegato alle origini arbitrali²⁸³ del processo romano, è il *receptum arbitrii*: due parti litiganti concordavano, con una *conventio* che prese il nome di *compromissum*, di uniformare il loro comportamento a quanto avrebbe deciso un terzo (*arbiter*) da loro designato. L'accettazione da parte dell'*arbiter* assumeva il nome di *receptum arbitrii* e determinava una convenzione trilaterale, tra i due litiganti e il terzo. Sulla base di essa, i

²⁸¹ Cfr. D. 13.5.1.3 (Ulp. 27 *ad ed.*); D. 13.5.2 (Iul. 11 *dig.*).

²⁸² La contiguità delle diverse figure appare del resto confermata dalla stessa collocazione nei *Digesta*, dove, nel lib. 13, i titt. 8 e 9 sono rispettivamente intitolati "*De receptis: qui arbitrium receperint ut sententiam dicant*" e "*nautae caupones stabularii ut recepta restituant*".

²⁸³ La questione è molto discussa. Cfr. LA PIRA, *Compromissum e litis contestatio formulare*, in *St. in on. di Riccobono 2*, Palermo, 1936, p. 189 ss; TALAMANCA, *Ricerche in tema di compromissum*, Milano, 1958; ZIEGLER, *Das privatae Schiedsgericht im antiken römischen Vertragsstrafe*, Köln Wien, 1976.

due litiganti erano obbligati ad accettare il verdetto, l'arbitro ad emanarlo.

Perchè il *receptum* fosse valido occorre che talune condizioni: non doveva trattarsi di materia inevitabilmente sottoposta a *iudicium publicum*²⁸⁴, le parti dovevano aver sanzionato il *compromissum* con valide e adeguate stipulazioni di garanzia²⁸⁵, dovevano essere già venute in essere le condizioni sospensive cui le parti avessero sottoposto l'inizio dell'attività arbitrale o l'effettività delle stipulazioni di garanzia (*poenales*²⁸⁶).

A queste condizioni, l'*arbiter* era tenuto a *sententiam dicere*, pena l'irrogazione di sanzioni amministrative da parte del *praetor*²⁸⁷. Il verdetto, in virtù della funzione di giustizia espletata dal terzo e dell'accordo tra i due litiganti, aveva forza di cosa giudicata e non era valutabile nel contenuto dal *praetor*, sempre che l'arbitro non avesse compiuto malversazioni e avesse giudicato secondo il suo libero convincimento²⁸⁸.

Pur nel chiaro risultato di produrre effetti di giustizia, il *receptum arbitrii* conserva chiaramente, insieme con il *compromissum*, aspetti negoziali: prova ne sia che i litiganti potevano scegliere come arbitro qualsiasi persona di loro fi-

²⁸⁴ D. 4.8.32.6 (Paul. 13 *ad ed.*).

²⁸⁵ Cfr. D. 4.8.11.4 (Ulp. 13 *ad ed.*); secondo il parere di Giuliano l'*arbiter* non è tenuto ad emettere la sentenza quando la garanzia sia stata prestata da una sola delle due parti.

²⁸⁶ Cfr. D. 4.8.11.5 (Ulp. 13 *ad ed.*).

²⁸⁷ Cfr. D. 4.8.11.5 (Ulp. 13 *ad ed.*).

²⁸⁸ D. 4.8.19 pr. (Paul. 13 *ad ed.*).

ducia, fosse un *pater familias* o anche un *filius*²⁸⁹ o anche un *liberto*²⁹⁰.

Se nel *receptum arbitrii*, il “ricevere materialmente” non ha valore strutturale, almeno a partire dagli ultimi secoli della repubblica, più legati, invece, all’elemento materiale del “ricevere per restituire” sono il *receptum argentarii e i recepta nautarum, cauponum stabulariorumque*, tutti intrinsecamente legati alle esigenze del traffico finanziario e commerciale, che comportavano problemi di trasferimento di risorse monetarie, come di viaggiatori e merci.

Tra questi negozi, il più sfuggente, per quanto ne concerne le origini e la regolamentazione, è il *receptum argentarii*²⁹¹, le cui ambiguità hanno resistito anche alle più recenti indagini²⁹²: soprattutto per il supposto legame genetico con la prassi giuridica greca e per il frequente intrecciarsi dei suoi contenuti con quelli della *delegatio*, della *pecunia constituta* e di altre forme di garanzie personali²⁹³.

Per di più, una riforma giustiniana del 531²⁹⁴ attrasse il *receptum argentarii* nel *constitutum debiti* : fatto che può

²⁸⁹ D. 4.8.5 (Ulp. 13 *ad ed.*)

²⁹⁰ D. 4.8.7 pr. (Ulp. 13 *ad ed.*).

²⁹¹ Bibl. fondamentale in MITTEIS, *Trapeztika*, in ZSS. 19, 1898, p. 189 ss.; PARTSCH, *Der editale Garantievertrag durch receptum*, ibidem 29, 1908, p. 403 ss.; FREZZA, *Le garanzie personali*, cit., p. 273 ss.; ELGUERA, *Receptum argentariorum*, in *Revista de la Sociedad Argentina de derecho romano* 10-11, 1963-65, p. 163 ss.

²⁹² MITTEIS, *Trapeztika*, cit., p. 189 ss.

²⁹³ FREZZA, *Le garanzie personali*, cit., p. 274 ss.

²⁹⁴ C. 4.18.2.

anche spiegare la povertà di notizie pervenuteci attraverso la Compilazione.

Solo in sede di ricostruzione palinogenetica, e spesso senza elementi univoci, il Lenel riuscì a restituire qualche frammento di Gaio, Paolo ed altri giuristi al tema in discussione.

La più accreditata ricostruzione ritiene che per via del *pactum* un banchiere – forse per l’afflusso del diritto greco – si assumesse il debito del cliente verso un terzo (spesso al seguito del deposito della somma *in loco* da parte del cliente).

La specificità dell’istituto è dunque nella sua idoneità a consentire spostamenti di capitali attraverso l’organizzazione bancaria, e perciò nella sua idoneità a consentire rapporti di scambio anche in ambiti territoriali abbastanza lontani.

A parte la professionalità richiesta per chi si assumeva il debito, non è facile distinguere il *receptum* dal *constitutum debiti alieni*, avendo strutture fondamentali in sé molto simili. E’ probabile pertanto che la riforma giustiniana abbia in qualche modo tirare le fila di una situazione già orientata verso la sostanziale unità funzionale dei due *pacta*, con una penetrante critica delle dottrine classiche che distinguevano figure diverse di *pecunia constituta*²⁹⁵.

²⁹⁵ CI. 4.18.2 (Imp. Iustinian., a. 531).

Meglio testimoniati sono, invece, i *recepta nautarum*, *cauponum*, *stabulariorum* organicamente rispondenti alle esigenze di custodia, alloggio e trasporto negli spostamenti marittimi e terrestri.

Diversificate nella funzione pratica e in qualche inflessione della normativa, queste ipotesi sono rese omogenee dal *recipere* in senso immediatamente materiale, poichè sia il vettore marittimo che l'oste e lo stalliere sono responsabili in quanto hanno ricevuto, per trasporto o alloggio, merci, animali, o viaggiatori.

Del resto, l'esposizione unitaria che dei tre *recepta* fa in apertura della *sedes materiae*, Ulpiano in D. 4.9.1 (14 *ad ed.*), e che viene riecheggiata negli altri frammenti del libro 4 titolo 9 dei *Digesta*²⁹⁶, rende poco credibile la supposizione che l'unificazione dei tre *pacta* sia stata operata dai postclassici, supposizione fondata sul rilievo rigidamente dommatico, che in età classica il *nauta* era un *conductor*, mentre *caupo* e *stabularius* erano *locatores*.

Questa unità di fondo ha riflesso nella previsione della comune *actio de recepto*, a esperirsi contro il *nauta*, il *caupo* o lo *stabularius*, per ottenere il risarcimento dei danni subiti dal cliente nella misura del *quanti ea res erit*.

²⁹⁶ Le testimonianze giurisprudenziali vanno da Labeone a Viviano, Gaio, Paolo e Ulpiano sicchè può ritenersi che i tre istituti fossero di antica origine e che siano persistentemente stati applicati nell'intera esperienza classica romana. Cfr. MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere*, cit., p. 244.

Alla responsabilità dei *nautae caupones stabularii* si riferivano però anche due *actiones in factum*, proposte in appendice rispettivamente alla rubrica *ad legem Aquiliam* e a quella *de furtis*, in relazioni alle quali non è ricostruibile con esattezza il rapporto di stratificazione storica rispetto all'*actio de recepto honoraria*. Tali azioni che, pur restando *in factum*, avevano assunto nel tempo un notevole regime di stabilità²⁹⁷, avendo, dunque, una notevole autonomia dalla discrezionalità del magistrato, spettavano contro il *nauta caupo stabularius* per danneggiamenti o per furti commessi da loro dipendenti.

A parte gli aspetti comuni, qualche breve cenno va dedicato ai profili dei tre *recepta*.

Il *receptum nautarum* ebbe sicuramente origine in tempi lontani se Labeone²⁹⁸, discutendo in termini analogici un caso marginale, asserisce che la regolamentazione prevista per i *nautae* si estende anche agli esercenti di zattere e battelli.

Il *nauta*, direttamente o attraverso il *magister navis*, era impegnato a restituire le merci trasportate nelle condizioni originarie, diventando in tal modo responsabile delle perdite e dei danni causati da lui o dai propri dipendenti sulla nave, o prima dell'imbarco, dagli addetti al carico. La re-

²⁹⁷ D. 4.9.7.6 (Ulp. 18 *ad ed.*): “*Haec iudicia quamvis honoraria sunt, tamen perpetua sunt: in heredem autem non dabuntur. Proinde et si servus navem excercuit et mortuus est, de peculio non dabitur actio rell.*”.

²⁹⁸ D. 4.9.1.4 (Ulp. 2 *ad ed.*).

sponsabilità poteva anche essere assunta da personale tipicamente destinato alle funzioni di recezione e di custodia a bordo, quali i *naufÚlakej* o i *diaretarii*²⁹⁹, mentre in nessun caso il *nauta* era impegnato dalle attività svolte in materia dai marinai comuni.

La responsabilità del *nauta caupo stabularius* era esclusa solo quando si trattava di *damnum fatale*³⁰⁰.

Pressochè identiche appaiono le norme particolari dei *recepta cauponum* e *stabulariorum*: in ambedue si obbligavano i titolari degli esercizi, direttamente o attraverso i loro *institores*, con esclusione dunque del personale di servizio³⁰¹; in ambedue la responsabilità non era limitata alle persone, merci e animali, ma si estendeva a tutto l'equipaggiamento normalmente occorrente per il viaggio.

L'oste, infine, non rispondeva dei danni arrecati da altri clienti alloggiati nella locanda³⁰².

3.8 – QUALCHE NOTA CONCLUSIVA -.Non è il caso di ribadire fino a qual punto, a partire dalle tendenze sistematiche del XVII secolo³⁰³, la dottrina europea abbia utilizzato le istanze e gli istituti moderni come domande da porre al materiale testuale antico (problema da ultimo confluito nella tematica

²⁹⁹ D. 4.9.1.2-4.

³⁰⁰ D. 4.9.3.1.

³⁰¹ D. 4.9.1.2.

³⁰² D. 4.9.6.3.

³⁰³ Cfr. ORESTANO, *Introduzione allo studio storico del diritto comune*, cit., p. 75 ss.

della crisi e dell'attualizzazione del diritto romano); è certo però che la ricerca storico-giuridica è stata commisurata di volta in volta alle ideologie attuali e all'accettazione della struttura statale come tendenziale fonte esclusiva della normazione e della coazione, e, dunque a tipi di normazione che per loro natura tendono ad escludere lacune, labilità e fluidità di confini³⁰⁴.

Già a partire dagli anni immediatamente successivi al secondo dopoguerra la romanistica avvertì però la necessità di evitare l'appiattimento della ricerca sugli istituti in una visuale, formalistica, di ispirazione statualistico-normativa, per ritrovarne confini più reali all'interno di rapporti determinati diritto-società. Per l'area negoziale i risultati delle indagini indussero ad escludere – com'era del resto naturale per un ordinamento, qual è quello romano, che affida largamente il suo sviluppo ai sistemi processuali e alla consuetudine – che si potesse parlare di sistema in senso moderno: se di “sistema” per l'esperienza antica, si volesse parlare, ciò lo si sarebbe potuto fare solamente se con ciò si fosse inteso non un insieme statico di strutture e principi generali, ma di un insieme articolato, ricco di soluzioni concrete e mutevole nel tempo – anche in rapporto alle continue e incisive trasformazioni dell'assetto istituzionale e, in particolare del processo, che tanti rapporti ebbe con le fonti di normazione e con le dottrine di giuristi.

³⁰⁴ Cfr. MELILLO, *Categorie economiche*, cit., p. 7.

In questo senso si pose correttamente in luce che le teorie e gli interventi legislativi del III secolo erano il frutto di un processo di stratificazione storica³⁰⁵: il che evidentemente non indica un puro e semplice accumulo, ma un progressivo e reciproco raffrontarsi dei mezzi negoziali.

La ricerca romanistica, rinnovatasi negli ultimi decenni in direzione di una migliore consapevolezza del rapporto diritto-società³⁰⁶ nel mondo romano, ha poi cercato di ritrovare nella pluralità di angolazioni³⁰⁷ penetranti strumenti di lettura che tenessero conto delle peculiarità del mondo antico; si è così posto in luce che il problema della ricerca degli istituti assume un aspetto diverso e abbastanza lontano dalla presupposizione di una legislazione teoricamente “continua” ove si tenga conto della pluralità delle fonti del diritto – in particolare, della differenziazione tra *ius civile* e *ius honorarium* - in fasi storiche relativamente ristrette; della ristrettezza, rispetto all’intera società, degli ambiti sociali

³⁰⁵ Cfr. la premessa di GROSSO al *Il sistema romano dei contratti*, cit..

³⁰⁶ Cfr. per es. LANTELLA, *Il lavoro sistematico nel discorso giuridico romano. (Repertorio di strumenti per una lettura ideologica)*, in AA. VV., *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino, 1995.

³⁰⁷ Cfr. per es. HONORÉ, *The Severan Lawyers. A Preliminary Survey*, in *SDHI*. 28, 1962, p. 162 ss.; BRETONÉ, *Publius Mucius et Brutus et Manilius, qui fundaverunt ius civile (D. 1.2.2.39)*, in *Atti del secondo Congresso della Società Italiana di Storia del diritto. La critica del testo 1*, Firenze, 1971, p. 103 ss.; CASAVOLA, *Auditores Servii*, ibidem, p. 153 ss.

che a Roma esprimono la scienza giuridica, unitamente alla persistenza di larghe zone consuetudinarie e localistiche³⁰⁸.

In particolare, si è osservato che per l'esperienza romana, risulta difficile ipotizzare che una giurisprudenza per lunghi secoli di «*honoratiores*³⁰⁹» - e tanto legata alle sue tradizioni da assumerle anche quali guida e criterio selettivo della costruzione teorica - possa portare il segno dell'intero contesto³¹⁰. D'altra parte, almeno per l'età della repubblica, l'alta concentrazione della cultura negli strati alti della classe dominante, e il connesso agire di meccanismi cooptativi che tendevano ad espropriare gli stessi *homines novi* delle loro esperienze d'origine lasciano credere che la vicenda giuridica reale della società romana non sia tutta nella visione dei giuristi e, difficilmente poteva essere – appunto in rapporto alle diversità di esperienze nelle diverse stratificazioni sociali e nelle divisioni territoriali in cui era fortemente scandita la società romana – omogenea a quanto la tradizione attesta nel suo insieme.

In questa prospettiva, per quel che concerne il rapporto *contractus-pacta*, ben potevano questi ultimi costituire la fascia obsolescente della negozialità romana dei piccoli e consuetudinari traffici delle comunità ristrette e la zona di

³⁰⁸ Cfr. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, pp. 1-77; BRUNT, *Italian Manpower (225 B.C.-A.D. 14)*, Oxford, 1971, p. 341 ss.

³⁰⁹ SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it. Firenze, 1968, p. 84 ss., 137 ss.

³¹⁰ Cfr. MELILLO, *Categorie economiche*, cit., p. 11.

formazione di figure che verranno poi trasformate e assorbite dalla rielaborazione giurisprudenziale.

Viceversa la drastica divisione che la dottrina romanistica, a partire dagli inizi del secolo scorso, continua ad operare tra forme *civiles* e forme *honorariae* della negozialità romana³¹¹, concentrando eccessivamente sui *contractus* la ricerca della contrattualità, sembra ancora legata alla dogmatica pandettistica del negozio giuridico quale schema di riferimento e di conoscenza della realtà romana, sebbene non sia dubbio, però, che l'approccio in termini di confronto con le moderne dogmatiche è improprio, poiché le esigenze e le soluzioni oggi presenti nella tematica del contratto sono ovviamente del tutto diverse, poco avendo in comune con le società antiche - se non quelle di tutelare l'iniziativa e il consenso delle parti, l'equilibrio degli interessi in gioco e livelli formali in grado di assicurare la riconoscibilità da parte dei terzi.

Del resto, pur tenendo conto della versatilità di molte fattispecie negoziali, utilizzabili per diversi fini, è chiaro che agli inizi del Principato, in un'età di grande espansione, lo strumentario civilistico appare troppo limitato rispetto alle esigenze del traffico economico. Così che, ove si convenisse con la dottrina che esclude i *pacta* dalla negozialità costitutiva - dottrina che assume quali presupposti di fondo (tutt'altro che dimostrabili - a nostro avviso) che la giurisprudenza e il testo edittale sceverassero rigidamente i ne-

³¹¹ V. Cap. 3, p. 117-118.

gozi capaci di fare acquisire i diritti da quelli capaci di farli dismettere; e che la massa testimoniale, per gran parte proveniente dalla giurisprudenza severiana, rifletta con sufficiente fedeltà le condizioni della negozialità alla fine della Repubblica e agli inizi del Principato – un diritto tradizionalmente definito “privatistico” come quello romano, apparirebbe mutilo in una zona assolutamente vitale: quella dei negozi di scambio, indispensabili per il traffico mercantile e strettamente collegato alla divisione del lavoro e del territorio.

Inoltre, per quanto concerne la terminologia dei Romani è solo il caso di avvertire che la tendenziale rigidità e la tecnicizzazione dei singoli termini caratteristiche delle moderne dottrine giuridiche non rispondono all’esperienza del linguaggio giuridico romano, ricco di termini polisemici e sinonimici. Fatto questo di agevole comprensione sia per la lunghezza del corso storico indagato, sia per la mancanza di necessità, nelle forme teoriche e tecniche del mondo antico, di un lessico rigorosamente definito. Del resto, nella cultura romana la scienza giuridica non fu in linea di massima indirizzata, almeno fino al II secolo, verso sistemazioni esternamente coerenti e verso una concezione conseguentemente generalizzata, ma fu radicata in circoli sociali di interessati e cultori, i quali, anche in virtù dell’omogeneità di

classe³¹², spesso condividevano le logiche e il linguaggio del giurista, in questo senso non lontano dalla cultura comune.

Del resto sarebbe fuori luogo non tenere conto che il grosso delle teorie romane della contrattualità è collocato nei *Digesta* lib. 2 tit. 14 *De pactis* e nel *Codex* nel lib. 2 tit. 3 *De pactis* – anche se in quest’ultima sede la trattazione appare frantumata, probabilmente in rapporto alla ricchezza degli spunti teorici già presenti nei *Digesta*, in una serie di singoli interventi casistici. Stante la costanza del titolo delle rubriche, si può credere che i Compilatori giustiniane non abbiano inventato di sana pianta le sedi e le rubriche della materia contrattuale e che il *pacisci* e il *convenire* rappresentassero le categorie più adeguate per inquadrare il fenomeno negoziale, compresi gli stessi *contractus* tipici.

Certo, sappiamo troppo poco dell’editto provinciale per avere la prova di mezzi di tutela e di forme negoziali che ci aiutino a descrivere la molteplicità di patti e transazioni: ma tutto quanto è noto sulla diversa qualità dell’economia, della circolazione monetaria³¹³, dei modi di vita nelle zone non cittadine del mondo romano lascia immaginare che larga parte della negozialità, ancora agli inizi del Principato, si

³¹² Cfr. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., pp. 1-77.

³¹³ Note sono le difficoltà della circolazione monetaria fuori del territorio più strettamente legato alla capitale, anche durante l’Impero (cfr. Tac. *Ann.* 6.16.17): in proposito FRANK, *Rome and Italy of the Empire*, Baltimore, 1940, p. 32 ss., 65 ss., 270 ss.; CRACCO RUGGINI, *Esperienze economiche e sociali nel mondo romano*, in *Nuove questioni di storia antica*, Milano, 1968, p. 748 ss.; ivi p. 803 riferimenti bibliografici.

esprimesse in una serie aperta di figure pattizie, che trovavano in provincia la tutela del *praeses*.

CAPITOLO IV

Dal contrahere ai contractus sine nomine

4.1 – D. 50.16.19 E LA DEFINIZIONE LABEONIANA DI CONTRACTUS - A partire dagli anni immediatamente successivi al dopoguerra le discussioni sulla negoziabilità bilaterale romana adottarono, quale punto di riferimento - dopo averlo sottratto alle forzature della critica interpolazionistica,³¹⁴ ed averne asserito la sostanziale genuinità³¹⁵ -, un testo di Ulpiano:

D. 50.16.19 (Ulp. 11 *ad ed.*): “*Labeo libro primo ad edictum praetoris urbani definit, quod quaedam “agantur”, quaedam “gerantur”, quaedam “contrahantur”: et actum quidam generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci sun&llagma vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductio-*

³¹⁴ Cfr. BONFANTE, *Sulla genesi e l'evoluzione del contractus*, in *Scritti giuridici* 3, Torino 1926, p. 107 ss.; ID., *Il contratto e la causa del contratto*, *ibid.*, p. 135 ss.; PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, Bologna, 1903, ora in *Scritti giuridici*, 2, Milano, 1948, p. 311 ss. Cfr. anche ID., *Dalle obbligazioni da delitto alle obbligazioni da contratto*, *ibid.*, 443 ss.; ID., *Il contratto consensuale classico*, *ibid.*, p. 565 ss.

³¹⁵ Cfr. SCIALOIA, *Corso di diritto romano*, 1892-93; RICCOBONO, *La formazione della teoria generale del contractus nel periodo della giurisprudenza classica*, in *Studi in onore di Bonfante* 1, Milano, 1929, p. 123 ss.; ID., *Corso di diritto romano. Stipulationes, contractus, pacta*, Milano, 1935. WUNNER, *Contractus. Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht*, Köln – Graz, 1964. Per la dottrina più recente cfr.: BURDESE, *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano Milano 7-9 aprile 1987*, Milano 1988, p. 21, scrive che i numerosi sospetti di alterazione della scrittura originaria, sollevati dalla critica interpolazionistica, “non presentano alla luce dell’odierna metodologia dominante di interpretazione delle fonti, serio fondamento”, come ha provveduto a dimostrare nei dettagli SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, *cit.*, p. 48 ss..

nem, societatem; gestum rem significari sine verbis factam”.

Il frammento ha una storia dottrinale³¹⁶ antica ed estremamente articolata in rapporto al ruolo centrale che esso occupa nelle testimonianze contrattuali romane: basti pensare che non solo sembra trattarsi della prima traccia di qualche esplicitezza sul *contractus* (a cui seguono testimonianze di un qualche rilievo – quelle di Gaio³¹⁷ – più di un secolo dopo) e che è uno dei pochissimi luoghi del *Corpus Iuris* ad alto livello definitorio, ma che il passo rinvia a un giurista della statura di Labeone³¹⁸. Ove si aggiunga l'intreccio, in

³¹⁶ Cfr. BIONDI, *Contactus e stipulatio*, 1953, Milano, p. 195 ss.; ALBANESE, *Agere, gerere e contrahere in D. 50.16.19. Congetture su una definizione di Labeone*, in *SHDI* 38, 1972, p.189 ss; GROSSO, *Contractus e synallagma nei giuristi romani*, in *Scritti in onore di Bonfante*, Brescia, 1976, p. 341 ss; SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit., p. 5 ss.; MAC CORMACK, *Contractual theory and the innominate contracts*, in *SHDI*. 51, 1985, p. 135 ss.; SARGENTI, *Labeone: la nascita dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in *IURA* 38, 1987, p. 25 ss; SCHIAVONE, *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana*, Roma-Bari, 1987; TALAMANCA, *Pubblicazioni pervenute alla Direzione*, in *BIDR* 91, 1988, p. 904 ss.; BURDESE, *Sulle nozioni di patto, convenzione e contratto in diritto romano*, cit., 41 ss; GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi contrattuali e spunti per la revisione di impostazioni moderne*, cit., p. 71 ss.; MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere*, cit., p. 155 ss.

³¹⁷ D. 44.7.1 pr.; Gai 3.88, 3.135-137.

³¹⁸ Pomponio (*L. sing. Enchiridii*, D. 1.2.1.47) nella sua sintetica storia della giurisprudenza romana fino a Giuliano, attribuisce al giurista una posizione di rilievo. Tra le altre testimonianze relative a La beone cfr. anche due passi di Gellio (*Noct. Att.* 13.10 e 13.12) e uno di Tacito (*Ann.* 3.75). Per le notizie a noi pervenute sul giureconsulto, cfr. PERNICE, *Marcus Antistius Labeo. Das röm. Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit* 1, Halle 1873, p. 7 ss.; JORS, voce *Antistius* 34, in *RE* 1, Stuttgart 1894, col. 2548 ss.; KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der röm. Juristen*, Graz-Wien-Köln 1967, p. 114;

sede esegetica, con la difficoltà di collocare il passo nella palingenesi di Ulpiano e di Labeone³¹⁹, si comprende bene, poi, la molteplicità delle interpretazioni, sino al punto da rendere problematica la restituzione di un ventaglio di letture almeno sufficientemente orientato.

Peraltro la dottrina prevalente sembra comunque orientata a ritenere che D. 50.16.19 non sia solo una testimonianza di studio rigoroso del lessico giuridico³²⁰, ma il riflesso di un movimento dottrinale vivo nell'età di Labeone e, pertanto, si è mossa nella direzione di tentare di recuperare i momenti di teoria negoziale e il rapporto con la cultura giuridica del I secolo.

Si ritiene, infatti, che Labeone, tendendo a fissare le coordinate sistematiche del suo discorso anche attraverso il ricorso ad argomentazioni di ordine filologico³²¹, secondo un modello dialettico che gli è proprio³²², delimiti, in questa

BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*², Napoli 1982, p. 129 ss.

³¹⁹ LENEL, *Pal. Lab.*, 1. 502 nt. 3 e *Pal. Ulp.*, 2, Leipzig, 1889, p. 502, fa l'ipotesi che il brano labeoniano provenisse dal commento ulpiano alla clausola *Quod metus causa* o a quella *De minoribus XXV annorum*. Il testo è riferito invece all'*edictum de capite minutis* da BETTI, *Sul valore dogmatico e storico della categoria contrahere in giuristi Proculiani e Sabiniani*, in *BIDR.* 28, 1915, estr., p. 12; contra ALBANESE, *Agere, gerere, contrahere in D. 50.16.19. Congetture su una definizione di Labeone*, in *SHDI.* 38, 1972, p. 187 ss, il quale ipotizza che il frammento pervenisse dalla trattazione del *Ius domum revocandi*. Da ultimo insiste sulla originaria collocazione del passo nel commento alla rubrica *Quod metus causa* GALLO, *Sunallagma e conventio*, cit. p. 109.

³²⁰ Contra ALBANESE, *Agere, gerere, contrahere*, cit., p. 244 ss.

³²¹ Cfr. STEIN, *Regular iuris*, Edinburgh, 1966, p. 63 ss.

³²² Sul punto cfr. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani. Nova negotia e transactio da Labeone a Ulpiano*, Napoli, 1971, p.

prospettiva – nel settore dei comportamenti negoziali – i campi semantici di *agere*, *gerere*, *contrahere*, in rapporto alla categoria greca del *sunℓllagma*³²³.

In questa interpretazione Labeone avrebbe pertanto operato una distinzione di forme negoziali, cogliendo la specificità del *contractus* nella «bilateralità dei vincoli giuridici». *Actum* (nel quale rientrano tanto il mutuo quanto la *stipulatio*), infatti, è termine di significato generale, capace di esprimere comportamenti *verbis* o *re*; *gestum* indica un comportamento che esclude l'impiego di *verba* – ma che comporta atteggiamenti fattuali di tipo negoziale, quali la *negotiorum gestio*; *contractum* (inteso come ciò che si è contratto in contrapposto a *contractus* designante l'atto del contrarre³²⁴ e ricomprendente a titolo esemplificativo – con apertura, dunque, della categoria a figure affini – *emptio venditio*, *locatio conductio*, *societas*) indica il nascere di *obligationes* per le diverse parti interessate, quindi *obligationes reciproche* (*ultra citroque*).

37 ss, 87 ss., con relative bibliografia; BRETONE, *Ricerche labeoniane*. *Piqanℓ*, cit.

³²³ Del rapporto è stato sospettato il carattere institorio da ALBANESE, *Agere, gerere, contrahere*, cit. p. 237 ss.

³²⁴ Così GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., p. 31, n. 4. Che viceversa al *contractus* come atto del contrarre e non al *contractum* come ciò che si è contratto, e quindi all'*obligatio* come atto obbligante e non come rapporto obbligatorio, si riferisse qui Labeone, parrebbe suggerito dalla successiva esemplificazione *veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem*. Così infatti GALLO, *o.c.*, p. 149 ss. BURDESE, *Miscellanea romanistica*, cit., p. 281, sottolinea, però, che alla mentalità e all'uso linguistico dei Romani il passaggio dalla prospettiva del risultato a quella del comportamento che lo produce (e viceversa) risultava assai più naturale che non al pensiero e al linguaggio giuridico dogmatico moderno.

Preliminarmente va notato che se la prima e la seconda categoria designano, rispettivamente, ogni comportamento negoziale e quelle *sine verbis*, occorre, a rigor di logica, trarne due indicazioni. Innanzitutto, concretandosi il *gestum* in una *res sine verbis facta* e essendo a sua volta *agere verbum generale*, quest'ultimo agisce rispetto al primo nel rapporto *genus-species*, nello schema di una *divisio*³²⁵ più che di una *partitio*³²⁶. In secondo luogo, il contrapposto di *gestum* dovrebbe essere la gamma delle *obligationes verbis*, secondo quanto suggerisce il ricordo che Labeone opera della *stipulatio* – esclusa dal giurista dai *contractus*. Naturalmente manca la sicurezza, dato l'isolamento del brano dal più ampio contesto in cui doveva essere collocato, che sia questa la logica di Labeone: tuttavia vi è seriamente da dubitare che in un procedimento classificatorio per genere e specie la categoria dei *contractus* fosse logicamente collegabile alla categoria dell'*agere*, poichè nei *contractus* non ricorrono, a rigor di termini, nè il *gestum* nè i *verba* come elemento essenziale, trattandosi di negozi a forma non vincolata.

Un'ultima notazione, poi, a noi pare vada fatta: la definizione labeoniana rivolta a schemi di comportamento (*agere, gerere, contrahere*) lascia credere che il giurista dell'età augustea abbia voluto identificare piuttosto le «a-

³²⁵ Nel senso che nella *divisio* vi è un rapporto gerarchico tra gli elementi, mentre nella *partitio* gli elementi si pongono sullo stesso piano: cfr. NÖRR, *Divisio und Partitio*, Berlin, 1972, p. 20 ss.

³²⁶ In tal senso MELILLO, *Il negozio bilaterale*, cit., p. 176. Contra GALLO, *Sunallagma e conventio*, cit., p. 109 ss.

zioni» che gli «atti»: e che in questa prospettiva sia definito il *contrahere*, meglio che la categoria astratta del *contractus*. Anche perchè si deve supporre che, diversamente, il giurista non avrebbe confrontato con tanta e non esatta immediatezza il contratto romano col *sunállagma* greco.

Sotto questa angolazione può anche apparire secondario il problema concernente la forma *contractum*, se participiale o sostantivo (maschile o neutro): assai più importante è, infatti, che Labeone abbia separato *contrahere* dalle altre attività negoziali, elemento questo ben chiarito dalla esemplificazione operata attraverso la compravendita, la locazione e la *societas*, segnando con ciò un livello molto più avanzato di quello supponibile nell'uso serviano³²⁷.

4.2 – D. 50.16.19 E IL VALORE DI *OBLIGATIO* - Il nodo autentico del testo è, comunque, nel senso che Labeone dava a *contractus*, e nel rapporto di esso con l' *ultra citroque obligari* e, dunque, col *sunállagma*.

A nostro parere, la prospettiva più opportuna sembra passare attraverso l'analisi del possibile significato di *obligatio*³²⁸: in particolare, si tratta di verificare se il termine stia

³²⁷ Cfr cap. 4, p. 174..

³²⁸ E' nota la disputa circa l'ambito di riferimento della parola *obligatio*. Cfr. sul punto, ARANGIO-RUIZ, *Le genti e la città*, in *AUME*. 1913-1914, p. 119 ss.; LAURIA, *Contractus, delictum, obligatio*, in *SHDI*. 4, 1938, p. 178 ss.; SEGRÉ, *Obligatio*, cit. p. 516; VAN OVEN, *Le sens des mots obligatio et obligare chez Gaius*, in *Festschr. Lewald*, 1953, p. 121 ss.; LUZZATTO, *Per una ipotesi sulle origini e la natura delle obbligazioni romane*, 1934, p. 26, 59 ss.; GROSSO, *Contenuti e requisiti*, cit., p. 5 ss.

ad indicare «tecnicamente» un «rapporto relativo tra due soggetti» oppure abbia, nel contesto del linguaggio giuridico repubblicano, un significato diverso da quello che assumerà nell'uso prevalente della tarda giurisprudenza classica in tema di negozio e che è documentato da Paolo:

D. 4.7.3 pr. (Paul. 2 *inst.*): *Obligationum substantia non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum aut servitatem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*³²⁹.

Nel testo in discussione, *obligare* - che non ha più nulla in comune con il (presumibile) valore arcaico di «materiale assoggettamento del debitore al creditore» (*obligari* = «essere privato della libertà a causa del debito») - ha, infatti, certamente, il valore di «costituire un vincolo sanzionato da *actiones in personam*», sicchè il negozio, insieme col *delictum*³³⁰, è fonte di obbligazioni: in particolare, la fonte negoziale è una *species* caratterizzata dalla volontarietà del

³²⁹ Sul testo, cfr. per tutti: PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, 1903, p. 9 ss., con sospetti; *contra* SEGRÉ, *Obligatio, obligare, obligari*, in *St. Bonfante* 1903, p. 574 ss.; GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*³, 1965, p.13 e 32 nt. 4. Ancora, cfr. SCHERILLO, *Il concetto di diritti reali. Considerazioni storico-dogmatiche*, in *St. Betti* 4, 1962, p. 85. Sul tema del rapporto tra *obligatio* e *actio in personam* cfr. oltre la trattazione del SEGRÉ, *Obligatio* cit., in part. p. 517 ss.; BRANCA, *L'antitesi tra diritti reali – actiones in rem ed obbligazioni – actiones in personam*, in *AUTRI. n.s.* 2, 1940, p. 219 ss. Sul tema dei contenuti giuridico-economici dell' *obligatio* v. GROSSO, *Contenuti e requisiti*, cit., p. 11 ss.; cfr. pure CANNATA, *Per lo studio della responsabilità della colpa in diritto romano classico. Corso di diritto romano 1967-68*, 1969, p. 7 ss.

³³⁰ Gai 3.88; D. 44.7.1 pr. (Gai 2 *aureor*); I. 3.13 pr..

comportamento, concretandosi in un *contractus* tipico, o, in ogni caso, in *conventiones*, dunque, in strutture fondate sul *consensus*³³¹.

Che l'*obligatio* costituisca la categoria più ampia tra gli effetti scaturenti dal negozio è, poi, documentato da una serie di testi che appartengono all'intero arco della giurisprudenza classica³³².

Nelle fasi più risalenti, però, come per altri termini del lessico giuridico romano, *obligare* non ebbe un valore tecnico troppo ristretto e definito: ancora nella matura giurisprudenza classica³³³ restano espressioni tratte, nelle quali è evidente un significato molto meno specifico di quello riscontrabile nel testo di Paolo, e nelle quali il valore è «vincolare una persona o un oggetto per determinate utilità³³⁴», come nel caso del *pignus datum* o *conventum*³³⁵, o in quelli dei *iura praediorum*³³⁶.

³³¹ Cfr. D. 2.14.1.3 (Ulp. 4 *ad ed.*).

³³² Cfr. SEGRÈ, *Obligatio, obligare, obligari nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano*, in *St. in onore di Bonfante*, Milano, 1930, p. 499 ss.; ID., *Scritti vari di diritto romano*, Torino, 1952, p. 249 ss.

³³³ Per es., D. 44.2.30.1 (Paul. 14 *quaest.*).

³³⁴ Cfr. D. 46.3.69 (Cels. 24 *dig.*); D. 39.2.44.1 (Afric. 9 *quaest.*); D. 18.1.41 pr. (Iul. 3 *ad Urs. Feroc.*); D. 39.6.18.3 (Iul. 60 *dig.*); D. 21.2.20 (Pomp. 10 *ad Sab.*); D. 16.1.28.1 (Scaev. 1 *resp.*). Per *obligare dominum* cfr. D. 17.1.3 pr. (Marcell. 1 *sing. resp.*).

³³⁵ Tra gli altri: D. 47.2.49 pr. (Gai. 10 *ad ed. prov.*); D. 42.6.1.3 (Ulp. 64 *ad ed.*); D. 46.3.96.3 (Pap. 11 *resp.*); D. 46.3.38.5 (Afric. 7 *quaest.*); D. 20.2.10 (Scaev. 6 *dig.*). Sulla presumibile antichità e sul valore della locuzione *obligare pignus* cfr. SEGRÉ, *oc.*, p. 534 e nt. 106.

³³⁶ Cfr. MELILLO, *In solutum dare*, Napoli, 1970., p. 55.

Sembra dunque abbastanza chiaro che gli scrittori delle diverse età, pur conoscendo significati via via più specifici di *obligare*, non giunsero a tale tecnicizzazione da dover in ogni caso identificare in *obligatio* una situazione di natura tecnicamente obbligatoria.

D'altra parte, anche dove si tratta di situazioni soggettive sfocianti processualmente in *actiones in personam*, l'indagine può agevolmente chiarire che l'uso di *obligare* va oltre le situazioni scaturenti da *contractus* ovvero da *delictum*.

Con la locuzione *obligare heredem*, per esempio, molti luoghi³³⁷ indicano l'effetto vincolante che il testamento determina nei confronti del successore, in rapporto a creditori, coeredi o legatari³³⁸; in termini anche più espliciti viene adoperata la locuzione *obligari ex testamento*³³⁹. Sicchè se, dal punto di vista degli schemi espressi dalla giurisprudenza di questa età, non vi è dubbio che la posizione giuridica dell'*heres* non sia configurabile come *obligatio ex contractu* o *ex delicto*, l'uso – sufficientemente frequente da non poter pensare a terminologie isolate – indica con chiarezza la non coincidenza di *obligatio* con situazioni di dove-

³³⁷ D. 42.5.28 (Iav.1 *epist.*); D. 31.18 (Cels. 17 *dig.*); D. 19.2.32 (Iul. 4 *ex Min.*); D. 23.44 pr. (Iul. 16 *dig.*); D. 45.1.57 (Iul. 53 *ig.*); D. 31.11.1 (Pomp. 7 *ex Plaut.*); D. 46.1.4.1 (Ulp. 45 *ad Sab.*).

³³⁸ Cfr. Gai 2.277, che parla anche di *obligatio de fidecommesso restituendo*. *Obligatus* peraltro non è il solo *heres*, ma chiunque abbia ricevuto vantaggi dall'eredità: D. 36.1.18 (17).2 (Ulp. 2 *fideic.*).

³³⁹ D. 34.3.16 (Pal. 10 *ad Plaut.*); cfr. pure D. 41.1.36 (Iul. 13 *dig.*).

re contrattuale o da illecito, ma l'estendersi del concetto a ogni ipotesi di obiettivo «dovere».

Va inoltre ricordato anche l'uso di *obligare* a proposito di situazioni costituite per vie estranee alla volontà di soggetti privati, in qualsiasi modo interessati al rapporto: come *obligari lege*³⁴⁰ ovvero *ex edicto*³⁴¹; il solo elemento comune alle diverse ipotesi prospettate è, dunque, il comportamento oneroso cui, a qualsiasi titolo, è tenuto taluno.

Da questo punto di vista ci sembra, dunque, di poter affermare la sostanziale genunità di D. 44.7.1³⁴², come dell'intera categoria delle *obligationes* che non hanno titolo nel *contractus* o nel *delictum*.

Non privo di utilità è poi un breve esame sul valore di *obligatio* all'interno del rapporto negoziale; quando cioè o-

³⁴⁰ Cfr. D. 9.2.28 pr. (Paul. 10 *ad Sab.*); D. 13.2.1 (Paul. 2 *ad Plaut.*); D. 44.7.41 pr. (Paul. 22 *ad ed.*); D. 48.10.30 pr. (Mod. 12 *pandect.*). Sul tema delle *obligationes* scaturenti da fonti normative: SEGRÉ, *oc.* p. 514 ss.; GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., p. 24 ss.

³⁴¹ Cfr. per es. D. 47.5.1.3 (Ulp. 38 *ad ed.*).

³⁴² D. 44.7.1 pr. (Gai 2 *aureor*) *Obligations aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris*. Nella larghissima letteratura sul passo ci limitiamo a segnalare: ARANGIO-RUIZ, *D. 44.7.25 § 1 e la classificazione gaiana delle fonti di obbligazione*, in *Mél. Cornil* 1, 1926, p. 83 ss.; ID., *Ancora sulle Res cottidianae*, in *Studi Bonfante* 1, 1930, p. 493 ss.; SEGRÉ, *Sulla classificazione delle cause di obligationes nelle Istituzioni di Gaio*, in *RAL.* 5, 1929, p. 49 ss.; BIONDI, *Concetto e definizione di obligatio*, in *Atti II Congr. Naz. St. rom.* 3, 1931, p. 110 ss.; ID., *Contratto e stipulatio*, 1953, p. 39 ss.; VON LÜBTOW, *Betrachtungen z. gajan. Obligationschema*, in *Atti Congr.intern. dir. rom. Verona* 3, 1951, p. 239 ss.; GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., p. 12 ss.; VOCI, *La dottrina romana del contratto*, cit., p. 288 ss. Circa la posizione gaiana intorno al valore di *obligatio* cfr. VAN OVEN, *Le sens des mots obligatio et obligare chez Gaius*, cit.

bligare si riferisce a situazioni soggettive legate al titolo, ma non configurabili come tipici effetti di esso.

Una ipotesi di particolare chiarezza si ritrova in tema di comodato:

D. 13.6.17.3 (Paul. 29 *ad ed.*): *Sicut autem voluntatis et officii magis quam necessitate est commodare, ita modum commodati finemque praescribere eius est qui beneficium tribuit, cum autem id fecit, id est postquam commodavit, tunc finem praescribere et retro agere atque intempestive usum commodatae rei auferre non officium tantum impedit, sed et suscepta obligatio inter dandum accipiendumque. geritur enim negotium invicem et ideo propositae sunt actiones, ut appareat, quod principio beneficium et nudae voluntatis fuerat, converti in mutuas praestationes actionesque civiles. Ut accidit in eo, qui absentis negotia gerere inchoavit: neque enim impune peritura deseret: suscepisset enim fortassis alius, si is non coepisset: voluntatis est enim suscipere mandatum, necessitatis consummare. Igitur si pugillares mihi commodasti, ut debitor mihi caveret, non recte facies importune repetendo: nam si negasses, vel emissem vel testes adhibuissem. idemque est, si ad fulciendam insulam tigna commodasti, deinde protraxisti, aut etiam sciens vitiosa commodaveris: adiuvari quippe nos, non decipi beneficio oportet. Ex quibus causis etiam contrarium iudicium utile esse dicendum est.*

Il testo, oggetto di accurate indagini sotto il profilo della struttura del *commodatum*³⁴³, porta una non trascurabile testimonianza nei confronti del senso di *obligatio* e degli ampliamenti degli schemi della responsabilità contrattuale.

Chiarito che il carattere gratuito del comodato lascia al commodante il potere di fissare unilateralmente i limiti e la durata dell'uso, Paolo aggiunge che egli non può tornare sulle decisioni assunte o anticipare il termine di restituzione, pena la concessione contro di lui di un *contrarium iudicium*.

Ciò che interessa di più nel commento del giurista non è l'affermazione della responsabilità del commodante – che potrebbe spiegarsi col ricorso al principio della colpa e del correlativo danno alla controparte – quanto la motivazione: non è solo la violazione del dovere morale e sociale a tutelare il commodatario, ma la *suscepta obligatio*.

Infatti, il negozio *geritur invicem et ideo invicem propositae sunt actiones*, sicchè un atto di volontaria liberalità si trasforma, col perfezionamento dell'accordo, in un obbligo sanzionato da un' *actio*. Il testo, allora, richiamando la categoria dell'*obligatio*, ne denuncia l'estensione al di là di un vincolo assunto in un contratto bilaterale.

Ricco di interesse è inoltre l'accostamento alla *negotiorum gestio* nella misura in cui la figura viene posta in a-

³⁴³ Sul testo cfr. PASTORI, *Il comodato nel diritto romano*, 1954, p. 32 ss., 90, 121 nt.; SCHERILLO, sv. *Comodato (diritto romano)*, in *ED.* 7, 1960, pp. 981-992; GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., p. 85 ss.; MASCHI, *Diritto romano*, cit., p. 600.

nalogia con il comodato, e non per analogie strutturali, ma di *ratio* economico-sociale; solo la prestazione gratuita di uno dei due soggetti del rapporto pone in parallelo le due fattispecie, sicchè l'immediatezza del collegamento (*ut accidit in eo*) è giustificabile esclusivamente con l'interesse del comodatario e del *dominus negotii* sotto un profilo economico, e la previsione di un'*actio in personam* sotto il profilo processuale.

A questo punto, il senso di *suscepta obligatio* come quello di *geritur enim negotium invicem et ideo invicem propositae sunt actiones* si chiarisce con l'immediato riferimento alla responsabilità determinata da un comportamento volontario: in questa luce *suscipere obligationem* non può assumere il ristretto valore di «contrarre posizioni obbligatorie», ma di «intrecciare i propri interessi in guisa che risulti una reciproca limitazione». A sua volta, in questa accezione larga della terminologia romana, *obligatio* si identifica sinanche con il concetto di «limite giuridico».

4.3 – D. 50.16.19: DAL CONTRAHERE AL CONTRACTUS - Di fronte al nostro problema, ci pare opportuno, inoltre, riesaminare, sia pur brevemente, la terminologia dei Romani in materia di atti negoziali, soprattutto perchè manca un lessico sufficientemente costante e ben definito, tale da fornire indizi attendibili sul grado di definizione tecnica dell'autonomia privata.

L'indagine etimologica su *contrahere* e *contractus* è stata iniziata per tempo dalla dottrina, che, molto spesso, ha ritenuto di poter ritrovare negli elementi linguistici aspetti significativi della configurazione originaria e degli sviluppi delle teorie romane³⁴⁴. Sebbene sia ormai pacifico che l'analisi linguistica è tutt'altro che decisiva, a noi basta porre in risalto che essa riesce ad isolare, proprio nella variabilità degli usi, una serie di indici che forniscono validi contributi per tentare di cogliere la concettualizzazione romana del *contrahere*: in particolare l'analisi dei significati della forma verbale è utile prevalentemente in rapporto al processo di formazione del sostantivo astratto *contractus*, ma non anche per trarne un'indicazione tecnico-sistematica autonoma.

Il verbo, a voler schematizzare, compare nei due fondamentali significati di «mettere insieme, portare in uno stesso posto» e di «restringere, limitare»³⁴⁵. Si è potuto sostenere³⁴⁶ che, in linea di massima l'uso giuridico è legato alla prima delle due fasce di significati fondamentali, in quanto vi si indicherebbe l'effetto di unificazione (*cum-trahere*), che ricorre indubbiamente nell'esperienza storica del diritto romano. Non mancano esempi: *contrahere adfini-*

³⁴⁴ Per delle accurate rassegne sulle ipotesi formulate dal secolo scorso ad oggi, cfr. WUNNER, *Contractus. Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht*, Köln – Graz, 1964, p. 4 ss; DIÓSDI, *Contract in Roman Law. From the Twelve Tables to the Glossator*, Budapest, 1981, p. 79 ss.

³⁴⁵ Cfr. MELILLO, *Il negozio bilaterale romano*, cit., p. 125.

³⁴⁶ WUNNER, *o.c.*, pp. 13-216.

*tatem*³⁴⁷, *matrimonium*³⁴⁸, *cognationes*³⁴⁹ – casi nei quali evidentemente il senso è di «produrre congiuntamente».

Meno chiaro è il rapporto con espressioni del tipo *contrahere crimen*, *culpam*, *damnum*, nelle quali il verbo indica un risultato che non è dovuto all'accordo dei soggetti interessati, ma che anzi, è dannoso per uno di essi sicchè sembra venir meno l'elemento del «produrre insieme», ed emergerebbe quello di «produrre a (proprio o altrui) danno».

Già il Wunner³⁵⁰, però sufficientemente comprovava che in ogni caso si sarebbe trattato di un «produrre insieme», tenendo conto che anche l'effetto negativo in ogni caso è dovuto al rapporto, comunque venuto in essere con un altro soggetto. In questa situazione testuale sembrerebbe, dunque, che *cum-trahere* non abbia il senso di «voler produrre insieme», ma di produrre, di fatto, in rapporto con altro soggetto, determinati eventi, ai quali può accompagnarsi non solo un effetto voluto, ma anche un effetto non voluto da tutti i soggetti coinvolti (come nel caso di un soggetto che abbia di fatto sopportato un *crimen* o un *damnum*). Ed in effetti non pochi autori³⁵¹, a proposito dei significati di *contractus*, hanno dovuto rilevare come non sempre un momento essenziale sia costituito dalla volontà del soggetto

³⁴⁷ Vat. Frag. 262 (Pap. 12 *resp.*).

³⁴⁸ *Contrahere matrimonium* ovvero *nuptias* è locuzione frequentissima: cfr. VIR., *sub v. Contraho* 1001, p. 43 ss.

³⁴⁹ D. 23.2.12.1 (Ulp. 26 *ad Sab.*).

³⁵⁰ *O. c.*, p. 27 ss.

³⁵¹ Cfr. Per tutti GROSSO, *Il sistema romano*, cit., p. 131 ss.

o dei soggetti destinati ad essere coinvolti dal vincolo contrattuale.

Quanto al significato di *contractus* che, in quanto sostantivo astratto, sembra meglio in grado di esprimere i livelli romani di consapevolezza teorica, le fonti invece restituiscono una varietà di accezione unita alla variabilità della composizione con altre unità lessicali: se, infatti, solo intorno al I secolo si segnala la comparsa di *contractus* quale figura negoziale³⁵², nello stesso torno di tempo resistono espressioni del tipo *contractus rei*³⁵³, *contractus negotii* e forse, la forma neutra o participiale, *contractum*.

Premesso che è sicuramente rischioso trarre conclusioni estreme sulla configurazione di un istituto che non è certamente tutto nelle dentro le testimonianze pervenuteci, vanno invece valutate come «reali» e «concorrenti» le diverse significazioni e i diversi usi: in particolare merita attenzione la sopravvivenza di locuzioni quali *contractus rei* o *negotium contractum*, che sembrano indicare nella forma *contractus* un'espressione ellittica, nata in rapporto a un processo di concentrazione semantica nella pura e semplice parola *contractus*, con tutto quanto un sostantivo astratto può richiamare in tema di maturità concettuale di un'esperienza socio-economica.

³⁵² Cfr. LAURIA, *Contractus, delictum, obligatio*, in *SHDI*. 4, 1938, p. 165 ss.

³⁵³ Cfr. GROSSO, *Il sistema romano*, cit., p. 29 ss.

Per quel che concerne la locuzione *negotium contractum*, ritenuta precedente e traducibile come «affare portato a compimento insieme», da un lato sarebbe sensato supporre che una categoria del genere si sia venuta formando al di fuori degli antichi schemi dei rapporti reali (socialmente unisoggettivi), dall'altro si comprenderebbe anche come una designazione tanto generale, sostanzialmente identificante un fenomeno di cooperazione attiva, abbia fatto da freno nei confronti di una definizione più specifica (essendo rilevante dal punto di vista socio-culturale la ricorrente presenza di legami assunti nel corso di un rapporto, volontari o meno che ne siano gli effetti). Infine va sottolineato che la prospettiva della bilateralità resta legata alla persistenza di un rapporto che scaturisce da un fatto.

Per integrare il quadro nel quale si collocò il modello della categoria contrattuale elaborato da Labeone, occorre, infine, considerare gli impieghi del sostantivo *contractus* fino all'epoca augustea. Al riguardo le indagini³⁵⁴ hanno consentito di affermare che il sostantivo appare abbastanza tardi nella lingua latina; e, negli autori non giuristi, anche e soprattutto con riferimento a fatti, materiali o metaforici di «contrazione» o di «riunione in uno stesso luogo³⁵⁵».

³⁵⁴ Cfr. s.v. *Contractus* in *Thes. Linguae Lat.*, che ne attribuisce l'uso per la prima volta a Varr., *De re rust.* 1.68.

³⁵⁵ Nel senso di contrarsi, raggrinzarsi: Varr. *De re rust.* 1.68, riferendosi agli acini di uva e alla frutta dopo la perfetta maturazione. Cfr. anche Vitruv. *De Archit.* 10. 15.5.

Nell'ambito delle fonti giuridiche, la prima testimonianza è probabilmente riecheggiata da Quintiliano, in uno squarcio da lui attribuito a Cicerone:

Quint., *Inst. Or.* 4.2.29:...*Dicam quae acta sint ante ipsum rei contractum, dicam quae in re ipsa, dicam quae postea rell.*

Nel brano con l'espressione *contractus rei* ci sembra si faccia riferimento non tanto al valore traducibile con «contratto», quanto al «fatto di aver instaurato un rapporto», sia perchè si tratta di *res contracta*, vale a dire di una situazione portata a convergenza, sia perchè l'accento ai fatti precedenti e successivi mal si concilia con la categoria tecnico-giuridica del *contractus*, che non ha fasi precedenti e successive. Ne deriverebbe che ancora nell'oratoria di Cicerone resisteva un uso di *contrahere* non confrontabile, quanto a specificità, con le più tarde sistemazioni ulpianee³⁵⁶.

L'astratto *contractus* è invece sicuramente presente in un passo di Servio Sulpicio Rufo, del quale sappiamo che fu console nel 51 a.C. e si perfezionò nel diritto alla scuola di Aquilio Gallo, il più noto degli allievi di Quinto Mucio.

Gell., *Noct. Att.* 4.4: *Sponsalia in ea parte Italiae, quae Latium appellatur, hoc more atque iure solita fieri scripsit Servius Sulpicius in libro, quem scripsit de dotibus: «Qui uxorem» inquit «ducturus erat, ab eo, unde ducenda erat, stipulabatur eam in matrimonium datum *** iri; qui*

³⁵⁶ Il riferimento è a D. 2.14.7.

*ducturus erat, itidem spondebat. Is contractus stipulationum sponsionumque dicebatur «sponsalia»...*³⁵⁷.

Anzitutto, nel contesto *contractus* appare l'intreccio di due *stipulationes* diverse, da parte dell'avente potestà sulla donna e da parte del futuro marito i quali, rispettivamente si impegnavano a dare e a prendere in sposa la *mulier*. Siamo, dunque, non di fronte a una contestuale *ultra citroque obligatio*, ma al combinarsi di due atti unilaterali impegnativi.

Da un punto di vista semantico, invece, è interessante rilevare come l'espressione *contractus stipulationum* saldi il «mettere insieme» - evidentemente nel combinarsi di stipulazioni – con il «co-determinare» degli effetti, l'impegno, cioè, alle nozze.

Se quindi il sostantivo continua a coprire situazioni tecnicamente varie – come risulta dal confronto tra l'uso di Cicerone e quello di Servio – ciò non vieta, in definitiva, di cogliere un valore tecnico, probabilmente corrente nella prassi giuridica: *contractus* quale strumento capace di strut-

³⁵⁷ E' seguita l'edizione di MARSHALL (*Bibl. Oxon.*, 1968). Trad.: Servio Sulpicio, nel libro che scrisse sulle doti (*de dotibus*) annotò che in quella parte d'Italia che si chiama Lazio i fidanzamenti solevano farsi secondo questo costume e questo diritto: "Chi aveva intenzione di prendere moglie, richiedeva da parte di colui da cui doveva prenderla, la promessa formale che ella sarebbe stata data in matrimonio. Colui che intendeva prenderla in moglie prometteva da parte sua nella medesima forma. Quella conclusione di solenni promesse da una parte e dall'altra (*stipulationum sponsionumque*) si diceva sponsalia...". [Il segno della lacuna, posto tra *datum* e *iri*, indica, come scrive Marshall nella *Praefatio*, p. 20, un *vulnus mortale* (guasto non riparabile) nei *verba* (nelle parole) di Gellio].

turare in un solo contesto situazioni diverse, sicchè ne derivano per gli interessati conseguenze tra loro collegate.

4.4 – D. 50.16.19. NOTE CONCLUSIVE -. Escluso che per Labeone il *contractus* possa identificarsi con quello che la dogmatica moderna definisce contratto bilaterale obbligatorio per tutto quanto notato circa il valore più risalente di *obligatio* e data l'inaccettabilità tra tale categoria e quella greca del *sunℓllagma*; escluso anche per Labeone il *contractus* possa indicare qualsiasi *conventio*, dato che *obligatio* non sembra indicare nelle fonti solo l'atto costitutivo, ma al contrario sembra designare soprattutto gli effetti di vincolamento, resta da chiarire il senso della definizione di *contractus* quale *ultra citroque obligatio*, e, ancora, il valore del rapporto con il *sunℓllagma*.

Per quel che ci riguarda si può affacciare l'ipotesi che *ultra citroque obligatio* stia più semplicemente ad indicare il sorgere di effetti vincolanti per tutti i contraenti³⁵⁸. In tal modo del resto da un lato si eviterebbe di attribuire ad uno stadio embrionale della dottrina negoziale una soluzione tecnicamente assai caratterizzata, dall'altro non si postula in D. 50.16.19, sede estremamente impegnativa per i compilatori, la presenza di una prospettiva ripugnante all'ambiente

³⁵⁸ Il GROSSO, *o.c.*, p. 48 ss., che pure accetta la tradizionale interpretazione di *ultra citroque obligatio* come contratto bilaterale, peraltro chiaramente coglie l'essenziale della posizione labeoniana nella "duplicità e reciprocità degli effetti e nella duplice direzione del *negotium gerere*."

giuridico bizantino ancora più che alla giurisprudenza precedente. In effetti la giurisprudenza successiva al I secolo accettò una così ampia nozione di *contractus* da non permetterne comunque la identificazione con il contratto bilaterale³⁵⁹; e per quanto concerne i compilatori è fuori di dubbio che, non portando alcun interesse dottrinale o pratico a un concetto ristretto di *contractus*, non avrebbero rielaborato il testo in esame in quella direzione³⁶⁰.

Del resto la formazione delle categorie, in senso ampio contrattuali, ha ritmi di sviluppo sicuramente non recuperabili – come pure si è detto – attraverso l’analisi delle particolari terminologie del *contrahere*. Nei fatti, è evidente che la storia reale, e non astrattamente teorica, del negozio va recuperata soprattutto nelle esigenze di pratiche di scambio che garantissero in modo organico la corrispondenza tra le prestazioni o le aspettative – elemento questo di fondamentale importanza nell’intenso fiorire dei traffici commerciali interni ed esterni che avevano avuto inizio a partire dal III secolo a.C.³⁶¹.

³⁵⁹ Cfr. D. 2.14.7.2 (Ulp. 4 *ad ed.*).

³⁶⁰ Sull’ampliamento del concetto in diritto giustiniano – in rapporto oltretutto al superamento della dialettica tra *ius civile* e *ius honorarium* – v. in part. l’analisi del DE FRANCISCI, *Synallagma* 2, p. 449 ss. e NOCERA, *La definizione bizantina di contractus*, in *RISG.* 11, 1936, p. 278 ss. Su *Paraphr. Theoph.* 3.13.2, che sostanzialmente identifica il *contractus* con la concezione classica del *pactum*, v. GROSSO, *o.c.*, p. 67.

³⁶¹ HEICHELHEIM, *Storia economica del mondo antico*, tr. it. Bari, 1972, p. 720 ss.; BRUNT, *Italian Manpower*, cit., p. 209 ss. fornisco un quadro esemplificativo ma sufficientemente dettagliato delle attività affaristiche di alcuni noti personaggi romani verso la fine della

Emerge a questo punto, dunque, la necessità di tentare di cogliere le ragioni che spingono il giurista augusteo a fissare quella nozione di *contractus*, soprattutto ove si ritenga che per l'autore essa possedeva un certo grado di novità o di problematicità, dal momento che avverte il bisogno di ritagliarla all'interno della classificazione *agere-gerere-contrahere* e di tradurla nella categoria greca del *sunℓllagma*.

Tra gli ultimi decenni della Repubblica e i primi decenni del Principato da un lato si erano «standardizzati» alcuni modelli di scambio (nell'ottica labeoniana di D. 50.16.19 le *obligationes consensu contractae*, come dimostra il riferimento a compravendita, locazione e società) e dall'altro maturava il confronto tra *ius civile* e *ius honorarium* - stratificazioni ambedue ricche di mezzi negoziali – nella giurisprudenza del I secolo, che non potè fare a meno di riconoscere nei contratti consensuali (per Labeone *contractus*), strumenti estremamente agevoli e diffusibili nell'area dei grandi traffici dominati dai ceti cittadini. Basti qui ricordare come alla fine della repubblica l'economia romana, in particolare nell'*Urbs* e negli altri centri cittadini strutturalmente analoghi, sia caratterizzata da forme econo-

repubblica. Per un quadro d'insieme cfr. pure HEUGERON, *Rome et la Méditerranée occidentale*, Paris, 1969, p. 345 ss.; CRACCO RUGGINI, *Esperienze economiche e sociali nel mondo antico*, cit., p. 706 ss.

miche di notevole complessità, con una ragguardevole presenza di grandi attività commerciali e speculative³⁶².

In un quadro del genere, è facile immaginare che la prassi degli operatori e l'attenzione dei giuristi tendessero a concentrarsi su schemi negoziali dotati di adeguata versatilità operativa e, ancora, capaci di assicurare, insieme con l'accessibilità agli operatori stranieri, una rapida traduzione degli interessi in valori pecuniari.

In relazione ad essi la possibilità del *iudex* di misurare la condanna in rapporto al *quidquid ex fide bona facere oportet* e di tener conto delle diverse *exceptiones* era un efficace strumento di adeguamento degli interessi alle vicende del rapporto e al comportamento delle parti. In questo senso la *bona fides*, consentendo il superamento dell'arcaico formalismo, aderiva pienamente alle esigenze di una società mercantile³⁶³.

Ove si rifletta che, oltre all'efficienza, i quattro contratti consensuali avevano ormai raggiunto anche un notevole livello di comuni caratteristiche strutturali; che in essi la corrispettività economica del *negotium* trovava una traduzione immediata nella reciprocità delle azioni processuali e un riflesso fedele nella parità giuridico-formale dei contraenti; si tengano presenti le aspettative dei ceti professional-

³⁶² FINLEY, *L'economia degli antichi e dei moderni*, trad. it., Bari, 1974, p. 187 ss.

³⁶³ Cfr. LANTELLA, *o.c.*, 83 ss., ove è messa in discussione la tesi di LOMBARDI, *Dalla fides alla bona fides*, Milano, 1961, p. 99 ss.

mente e stabilmente interessati a forme contrattuali capaci di aderire strutturalmente alla necessità dei traffici, si comprende l'enucleazione della categoria contrattuale.

D'altra parte, ove si ponga mente alla circostanza che l'inizio del Principato, seppure cautamente, segna l'inizio di una svolta nei modi di produzione del diritto, vanno emergendo le ragioni che dovettero spingere un avversario di Augusto, quale Labeone a teorizzare le linee del sistema pretorio ed a tentare di apprestare la più garantista tutela civilistica di buona fede anche a convenzioni diverse dai *contractus* tipici, ma ad essi rapportabili.

4.5 – D. 2.14.7 PR. E LA CONVENTIO ULPIANA -. Se la fase di formazione del *contractus*, alle soglie dell'età augustea, è caratterizzata dalla rarità delle testimonianze e dai non pochi dubbi che gravano su di esse, la ricostruzione delle teoriche contrattuali durante il Principato offre difficoltà notevoli: per la carenza di tracce dottrinali tra Augusto e Adriano e per la persistenza nella giurisprudenza severiana di notevoli fluidità terminologiche e sistematiche³⁶⁴. A ciò va aggiunto che i Giustinianeî non hanno costruito nei *Digesta* una rubrica unitaria e specifica della materia contrattuale, collocando nella rubrica *De pactis* (tit. 14 del libro 2) il grosso dei materiali selezionati dalla giurisprudenza classica.

³⁶⁴ Cfr. GROSSO, *Il sistema romano*, cit., p. 61 ss.; VOCI, *La dottrina romana*, cit., p. 11 ss.; WUNNER, *Contractus*, cit., p. 26 ss. Sulla maturazione del significato tecnico di *contractus* cfr. LAURIA, *Contractus, delictum, obligatio*, cit., p. 176 ss.

Tuttavia è proprio tra il I e il III secolo che si sviluppa una delle più ragguardevoli costruzioni scientifiche della giurisprudenza romana, attraverso una dialettica che la compilazione giustiniana e la stessa scienza giuridica severiana restituiscono disaggregata e appiattita.

E' il periodo in cui operarono le contrapposte *sectae* sabiniana e proculiana, in cui ebbe luogo la codificazione (o comunque la consolidazione) dell'editto; il periodo in cui venne messa da parte la costruzione dell'archetipo labeniano incentrato sulla corrispettività e si introdussero gli elementi poi utilizzati nella sua sintesi costruttiva da Ulpiano, il quale non mancò di richiamare nell'esporsi una pluralità di punti di riferimento mostrando di attribuire rilievo decisivo a contributi di Sesto Pedio, di Aristone e di Mauriciano.

Il testo fondamentale in materia è:

D. 2.14.7 pr. (Ulp. 4 *ad ed.*): *Iuris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones. 1. Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus: ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus. 2. Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. Ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facies : hoc sunt *illagma* esse et hinc nasci civilem obligationem. Et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut*

Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a pretore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo sun.£llagma dicit, unde haec nascitur actio. 3. Si ob maleficium ne fiat promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventione. 4. Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem.

L'archetipo ulpiano è, dunque, polarizzato sulla *conventio*, dallo stesso giurista definita:

D. 2.14.3 (Ulp. 4 *ad ed.*): *verbum generale, ad omnia pertinens de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt. Nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis locis in unum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt. Adeo autem conventionis verbum generale est ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem quae non habet in se conventionem, sive re sive verbis fiat; nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensus, nulla est;*

Il *consensus*, inteso come elemento strutturante le *obligationes consensu contractae* nell'età di Pedio³⁶⁵ era, dunque, divenuto elemento fondamentale di ogni negozio che legasse due parti. Anzi, aggiunge il giurista severiano, Pedio si spinse più oltre, argomentando finemente³⁶⁶ che la *conventio* è al fondo di tutte le *obligationes*, anche di quelle, come la *stipulatio*, dove *obligata* è una sola parte, poiché la mancanza del consenso rende nulla la struttura. Ed a Ulpiano sembra, dunque, chiaro che la *conventio* è la ragione di fondo del fenomeno del negozio bilaterale, al punto che il *convenire* viene spiegato come analogo al materiale recarsi nello stesso luogo di persone che partono da punti materialmente distanti.

Il tono generalizzante in una con il ricordo della posizione limite di Pedio – che sicuramente non poteva attribuire alla *stipulatio* la qualifica di una *conventio sine nomine*,

³⁶⁵ Sul problema della cronologia di Pedio, tutt'altro che pacifica, v. KUNKEL, *Herkunft u. soziale Stellung der röm. Juristen*², Graz – Wien – Köln, 1967, p. 272 ss.; BERGER, s.v. *Pedius*, in *RE*. 19.1, Stuttgart, 1937, p. 38 ss. Da ultimo DE CRISTOFARO, *Note di prosopografia e bibliografia sui giuristi del II secolo d.C.*, in Casavola, *Giuristi adrianei*, Napoli, 1980, p. 310 ss.

³⁶⁶ Cfr. Philonenko, *Elegantia*, in *St. De Francisci* 2, Milano 1956, p. 515 ss. Il termine *eleganter* è sospettato bizantino, o comunque postclassico, da non pochi autori, per il suo “apologisierende Ton” [l'espressione è del PRINGSHEIM, *Beryt und Bologne*, in *Festschr. Lenel* 1921, p. 273 = *Gesamm. Abhandlungen* 1, 1961, p. 440; e fu ripresa – a proposito di D. 4.2.9.1 (Ulp. 11 *ad ed.*) – dal Von LÜBTOW, *Der Eiktstitel “Quod metus causa gestum erit”* 1932, p. 116 nt. 22]. Di *eleganter ait* si interessò in particolare il BESELER, *Romanistische Studien*, in *ZSS*. 54, 1934, p. 19 ss., dichiarandone la natura interpolatizia. Di diverso avviso MELILLO, *In solutum dare*, cit., p. 30 nt. 68, con rassegna di fonti.

né identificarla con un negozio dotato di bilateralità anche sotto il profilo di sorgere di obbligazioni in senso giuridico-formale – a nostro parere, lasciano credere che Ulpiano tenda a porre in risalto il fondamento di volontà della *conventio*, e non una categoria più o meno autonoma di mezzi negoziali.

4.6 – D. 2.14.7 PR : I CONTRACTUS SINE NOMINE -. Tornando al passo ulpiano che reca una notevole quantità di informazioni sulla storia delle dottrine contrattuali³⁶⁷, anzitutto va posta in risalto la tendenziale unificazione dogmatica dei mezzi negoziali entro, o intorno, lo schema del *contractus* consensuale tutte le volte in cui la bilateralità dei vincoli consenta il riconoscimento, sia pure in via analogica, delle strutture delle figure contrattuali tipiche, maturate durante il Principato. E' appunto in rapporto a tale processo che s'indebolisce in quella età il criterio d'identificazione meramente storico, cioè di appartenenza delle fattispecie alla categoria delle *obligationes iuris gentium* e *consensu contractae*, categoria che nel pensiero labeoniano di D. 50.16.19 sembra, se non esaurirsi, almeno fortemente concentrarsi su *locatio conductio, emptio venditio* e *societas*³⁶⁸ poiché il testo ulpiano afferma che tutte le *obligationes re, verbis, litteris, consensu* sono comunque *conventiones iuris*

³⁶⁷ Per l'attendibilità di Ulpiano nel ricordo della storia dottrinale cfr. bibl. in GUARINO, *L'esegesi delle fonti del diritto romano* 1, 1968, p. 1234 ss. e nt. 45.1-3. Cfr. pure MASCHI, *Diritto romano*, cit. p. 425

ss.

³⁶⁸ Cfr. cap. 4, p. 157..

gentium e, purchè abbiano un *nomen*, rientrano tra i *contractus*.

Ancora, il momento di identificazione dei *contractus* rispetto ad altri schemi negoziali, quali i *pacta* o i c.d. *contractus sine nomine* si specifica, nella dottrina dell'età severiana, nella capacità dei *contractus* di determinare mezzi di tutela piena, quali le *actiones*, piuttosto che le *exceptiones*, ormai caratterizzanti la difesa di strumenti negoziali fortemente indeboliti, quali i *pacta*. Tale determinazione ha il suo fondamento nell'assunzione della *causa* ad elemento decisivo.

Significativa, dunque, proprio la *reductio ad unum* tentata da Ulpiano ed operata non con riguardo ad elementi di struttura dei singoli negozi, ma nella prospettiva dell'appartenenza ad un nucleo tipizzabile solo storicamente e dunque in una visuale allontanata.

E' solo il caso di rilevare che una formulazione di questo tipo sembra più il risultato ultimo dell'elaborazione sistematica della quale il giurista tira le fila in prima persona che il riflesso immediato del pensiero di Celso o di Aristone: dire infatti che le singole fattispecie si intendono meglio nell'*a posteriori* del *genus* che nella lorospecifica individualità è, infatti, una esplicitazione che deve avere alle spalle un lungo processo di decantazione, difficilmente compiuto nella giurisprudenza del secondo secolo.

Per chiarezza, seguiamo l'andamento del discorso di Ulpiano, che nei paragrafi 1 e 2 diviene molto più articolato. Dunque, intesa la *conventio* nel suo valore più lato comprensivo secondo il *ius gentium* di ogni accordo privato e chiarito che essa determina talora *actiones* – e, in tal caso si tratta di figure tipizzate, *contractus* -, talora *exceptiones* – in questo secondo caso si tratta di *pacta* -, Ulpiano aderisce alla dottrina di Aristone e precisa: se la fattispecie, in base ai suoi elementi esterni, non è riconducibile a una figura tipica di *contractus*, e tuttavia di questo sussista la *causa*, scaturisce comunque una *civilis obligatio*. La tutela sarà dunque assicurata da una *actio civilis* e non da una *exceptio*, o come voleva Giuliano da una *actio in factum*.

Di per sé la posizione si presta a non pochi dubbi, in particolare in rapporto ai molteplici significati di *causa*³⁶⁹ come di *obligatio*. Il peso del testo è comunque nel serrato gioco di contrasti dottrinali nel secondo secolo: Aristone si oppone a Celso; Mauriciano, sviluppando la medesima direttiva di quello, avversa la tesi giuliana dell'*actio in factum*. E' difficile dire fino a qual punto il rincorrersi delle

³⁶⁹ E' dottrina comune, sebbene con diverse sfumature, che nel testo in esame *causa* si identifichi con le ragioni sostanziali del rapporto. Se la romanistica prevalente ritiene però che essa stia qui ad indicare la intervenuta prestazione di una delle parti – dal requisito della *datio* della *res* si sarebbe passati, nella dottrina di Aristone, all'enucleazione del *consensus*, sia pure accompagnato dalla prestazione di una parte, come momento qualificante della fattispecie (cfr. per tutti GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., p. 87 ss.) -, MELILLO (*Contrahere, pacisci, transigere*, cit., p. 203) la identifica quale momento di equilibrio economico tra i comportamenti delle parti. Tale significato ci pare quello più rispondente al concetto del *sun.£llagma*.

due opposte tendenze sia stato un riflesso delle dispute di scuole cui si riferisce Gai 3.168 – in particolare per l'improbabile collocazione di Mauriciano nell'uno o nell'altro schieramento; è certo però che le due tesi erano abbastanza precisate e seguite, tanto da trovare un ampio arco di giuristi in uno spazio di tempo notevolmente ristretto.

Problematico è comprendere cosa catalizzi la disputa intorno ad un problema che non poteva essere nuovo e probabilmente il punto d'avvio deve ravvisarsi nella divisione della giurisprudenza nell'età del principato a proposito dei rapporti tra *ius civile* e *ius honorarium*, nella duplice prospettiva della complementarietà di funzioni e diversità di fondamento.

Tema non nuovo nella storia giuridica di Roma, se le due sfere erano sempre coesistite – attraverso l'attività magistratuale -, in funzione di un organico ammodernamento e arricchimento; ma non sorprende che l'equilibrio si fosse rotto proprio nell'età del principato, e che il fenomeno sia stato portato a emersione dalla giurisprudenza del primo secolo – innestandosi nella tendenza alla differenziazione di *sectae* sotto la spinta di fattori politici, dottrinali e, più in generale, culturali³⁷⁰.

4.7 – LE RAGIONI STORICHE DEI *CONTRACTUS SINE NOMINE*

-. Meritano, infine, un cenno le ragioni di un processo di co-

³⁷⁰ Cfr. SYME, *La rivoluzione romana*, 1939, tr. it. 1962, p. 438 ss.; ADORNO, *La filosofia antica* 2, 1965, p. 157 ss.

struzione, come quello del contratto, decisamente importante nel quadro delle dottrine giuridiche romane. Anzitutto, sotto il profilo della società, va rilevato che il processo di unificazione amministrativa iniziato da Augusto e con varie vicende perseguito dai Principi successivi³⁷¹ si accompagnò, almeno in linea di tendenza, con una espansione dei traffici e delle forme economiche, sicchè i mezzi giuridici dello scambio con tutta naturalezza andarono in direzione dei modelli tipici, caratterizzati da efficacia, snellezza e adeguatezza di tutela, continuando, dunque, la linea che si è già detto presiedere alle origini dei quattro contratti consensuali³⁷², che, in questo senso, costituirono una sorta di paradigma nello sviluppo dell'intero campo delle *obligationes*.

Su un diverso versante, un ruolo parallelo gioca l'affermarsi della *cognitio extra ordinem*, capace di agglutinare la giurisprudenza magistratuale, in gran parte del territorio, intorno agli orientamenti di fondo del *consilium principis*³⁷³. Sotto un profilo strettamente teorico, poi, dal II secolo l'attività dei giuristi, mentre perde capacità innovatrice a livello dei singoli casi, acquista invece continuità sistematica e capacità di mettere a fuoco i noi fondamentali delle costruzioni giuridiche; e, in questa luce, *obligationes* e *con-*

³⁷¹ DE MARTINO, *Storia della costituzione romana* 4, Napoli, 1974, p. 637 ss.

³⁷² Cfr. cap. 4, p. 178 ss.

³⁷³ DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, cit., p. 511 ss., con ampio riferimento bibliografico.

tractus erano punti obbligati di passaggio della riflessione sistematrice.

In tale quadro si comprende bene, quindi, che il *contractus* si sia venuto a collocarsi al centro dell'intera tematica delle *obligationes*, fino alla contrapposizione col *delictum* e fino alla delineazione del *iuris vinculum*, quale profilo caratterizzante rispetto al diritto reale, in cui il rapporto con la cosa svuota la situazione di forte tensione tra i soggetti.

E' bene precisare, comunque, che quanto si è detto non significa che lo sviluppo delle dottrine contrattuali si sia delineato e abbia avuto esito attraverso strumenti dogmatici e linguistici coerentemente e rigidamente gerarchizzati; del resto è stato, da tempo, opportunamente posto in risalto che la stessa empiria delle classificazioni e delle terminologie è il risvolto di un processo di formazione teorica per stratificazione di esperienze e di dottrine³⁷⁴. Del resto, la logica formale delle moderne teoriche non può essere presupposta nella realtà della scienza romana, la cui "coerenza" va misurata in rapporto al mondo in cui opera.

³⁷⁴ GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit. p. 41 ss., che insiste sulla concretezza delle classificazioni e dei criteri discriminanti in quanto riferiti ad esperienze storicamente date.