

## INDICE SOMMARIO

INTRODUZIONE PAG. III

### CAPITOLO PRIMO: NOZIONE

1.1 *DISSENSUS-DISSENTIRE*: CONCETTO E TERMINOLOGIA PAG. 1

1.2 EMERSIONE DEL FENOMENO: TRA *SOLUTIO* E

*DISSOLUTIO*

1.3 ANALISI DELLE FONTI PAG. 32

### CAPITOLO SECONDO: NATURA GIURIDICA

2.1 RICOSTRUZIONE DOGMATICA DEL *CONTRARIUS*

*CONSENSUS: ACTUS CONTRARIUS* O *PACTUM EX INTERVALLO* PAG. 47

2.2 LE TESI DI KÜTEL E GUARINO PAG. 57

2.3 UN'IPOTESI RICOSTRUTTIVA PAG. 70

## CAPITOLO TERZO: DISCIPLINA

3.1 LA DISCIPLINA GENERALE	PAG. 84
3.2 L'EFFICACIA DEL <i>CONTRARIUS CONSENSUS</i>	PAG. 106
3.3 <i>PROUT QUIDQUE CONTRACTUM EST, ITA ET SOLVI DEBET</i>	PAG. 121
CONCLUSIONI	PAG. 141
BIBLIOGRAFIA	PAG. 144
INDICE DELLE FONTI	PAG. 156

## INTRODUZIONE

Oggetto di questa dissertazione di dottorato è il *dissensus* - inteso come quel potere riconosciuto alle parti di un negozio di “disfare” quanto da esse convenuto, andando o a sostituire ai precedenti effetti delle diverse conseguenze od ad impedire che alcun effetto ne discenda - in un arco temporale che va dal periodo pre-classico alla compilazione giustiniana.

In via assolutamente preliminare, anche al fine di evitare possibili confusioni ed equivoci, si procederà ad un’analisi della terminologia prevalentemente invalsa per individuare e descrivere tale facoltà. Si scevereranno, in particolare, tra vari termini e locuzioni quelle che, sia pur in maniera tecnicamente non impeccabile, definivano il negozio risolutorio, distinguendolo da situazioni che, ad esso completamente estranee, vengono nelle fonti denominate in maniera analoga.

Solo dopo aver compreso le differenze terminologiche e concettuali ad esso sottese, sarà agevole approcciare il *contrarius consensus*, che - sentito nella comune intuizione quasi come “naturale” - è il frutto della progressiva evoluzione di un “fenomeno” radicato nella esperienza

giuridica romana fin dai primordi: esso si richiama ed è, difatti, espressione della cd. legge di simmetria. Legge che consentiva di sciogliere un vincolo giuridico nello stesso modo in cui era sorto secondo in una logica di necessaria corrispondenza tra costituzione ed estinzione ispirata ai naturali ritmi della vita.

Apparirà, allora chiaro come, a causa del rigido formalismo in cui si esprimeva la volontà negoziale, il *contrarius consensus* fosse in origine un modo di estinzione dell'obbligazione, un *actus contrarius* da cui far discendere la liberazione del soggetto obbligato e, perciò, come sotto un profilo pratico esso si confondesse con la *nexi liberatio* o con l'*acceptilatio*: la sua vera finalità veniva appannata da quella prevalentemente solutoria.

Da tale situazione il *dissensus* riuscì successivamente ad affrancarsi allorquando la funzione estintivo-satisfatoria dell'obbligazione fu assolta quasi esclusivamente dal "pagamento": a segnare questa svolta proprio l'applicazione "atipica" della *solutio per aes et libram* e della *acceptilatio*, che *imaginarie* risolvevano il vincolo giuridico prescindendo da un effettivo adempimento. Emerge, così, in maniera

definita e con contorni più nitidi la finalità risolutoria del *dissensus*: da forma di estinzione dell'*obligatio* diviene mezzo di risoluzione del rapporto inteso nella sua integrale portata e non limitato a singoli aspetti ed effetti.

Vedremo come una piena maturazione si ebbe solo con il diffondersi dei contratti consensuali, non rinnegandosi, comunque, una sua generale portata applicativa: il *dissensus* non è più solo e necessariamente *solutio*, non più un atto dovuto, del quale la volontarietà degli effetti aveva poca o nessuna rilevanza, ma nuovo “*accordo delle parti senza alcuna formalità che un bonae fidei contractus fra esse concluso abbia ad essere revocato*”. E' la libera scelta dei contraenti di tornare sui propri passi, di riesaminare e di ripensare quanto stabilito, ritrattando una volontà manifestata in maniera perfettamente valida ed efficace ma di cui ci si è pentiti, è, soprattutto, l'accordo delle parti portante effetti opposti a quello da negare, attraverso il quale, però, si possono sciogliere tutti i contratti e non solo quelli consensuali.

Una particolare attenzione sarà riservata alla ricostruzione dogmatica dell'istituto ed al contributo degli studiosi che dalla metà dello '800 si sono occupati del tema e

che tentandone un inquadramento si sono divisi in due principali orientamenti: quello che sussumendo il *contrarius consensus* sotto l'antico principio del *contrarius actus*, ne afferma l'operatività quale autonomo modo *iure civili* di risoluzione dei contratti consensuali e quello secondo cui sarebbe un *semplie pactum de non petendo* relativo a reciproche obbligazioni ed operativo *ipso iure* per la sua inerenza ai giudizi di buona fede.

Non si potrà, allora, prescindere da un breve *excursus* delle opinioni, tra gli altri, di Unterholzner, Scheuerl, Czyhlarz, Leist, Bechmann, Girard e Mayr e con essi di Siber, Stoll e Grosso, ai quali va il merito di aver per primi “messo a fuoco” l'istituto in parola, con il limite, però, di chi si dedicava a tale studio con intenti prevalentemente “pratici”.

Una maggiore attenzione verrà riservata alla ricca monografia sul tema di Knütel, il quale “rispolvera” un argomento ormai dimenticato tra le carte degli ultimi pandettisti.

Traendo spunti da un esile, ma come sempre preciso e puntuale, contributo di Guarino, si tenterà di confutare la tesi ricostruttiva dello studioso tedesco, riconoscendogli sin da ora il merito di aver infranto lo statico bipolarismo delle

ricostruzioni ottocentesche con l'affermare che già in epoca classica convivevano due diverse visioni del *contrarius consensus* sia come atto contrario autonomo sia come patto aggiunto.

L'esposizione delle principali tesi sull'argomento saranno, in ogni caso, solo il punto di partenza per procedere ad una diversa valutazione del *contrarius consensus*. Portando a conclusioni, forse un po' estreme, alcuni spunti di riflessione offerti dal Magdelain - cui si deve una prospettiva innovativa dello sviluppo storico-giuridico della contrattualità - si cercherà di verificare se e come nella storia del *contrarius consensus* sia rintracciabile una sorta di "negativo" della storia del consensualismo e della dialettica contratto/patto, azione/eccezione.

E' apparso subito evidente che le problematiche collegate al tema della nostra indagine prescindono per la loro ampiezza lo specifico campo di questo lavoro, investendo molte questioni, ancora non del tutto risolte, attinenti non unicamente il *contrarius consensus*, ma un po' tutta la disciplina dei contratti consensuali, del consensualismo in generale e della connessa tutela processuale, tematiche, queste, che non si è avrà certo la pretesa di affrontare e risolvere, pur tenendole presenti e dovendo fare ad esse inevitabile riferimento.

Le ultime riflessioni saranno il “banco di prova” delle prospettive delineate astrattamente, riguardando direttamente e concretamente la “disciplina” del *contrarius consensus*, il suo materiale atteggiarsi nella pratica così come tramandatoci nelle decisioni dei giureconsulti, il suo utilizzo e l’ampiezza dell’operatività della convenzionale risoluzione, non tralasciando di verificarne la portata, vagliandone i presupposti e le condizioni, gli effetti e le conseguenze e tanto sia in generale quanto con l’esame di singole e più esemplificative ipotesi.

Pur se le fonti sembrano riferire del dissenso come mezzo di risoluzione principalmente della *emptio venditio*, l’attenzione sarà volta anche alla *locatio conductio* ed alla *societas*, vedendo, poi, come esso venga solo “soverchiato, in tema di mandato, dal recesso unilaterale, la cui esigenza deriva dalla mutua fiducia alla quale il contratto si ispira”, non trascurando, però, gli altri contratti, che il consenso necessariamente presupponevano, ma imbrigliato in esteriori formalità.



## 1.1 *DISSENSUS-DISSENTIRE*: CONCETTO E TERMINOLOGIA

Il dissenso, comunemente inteso, è la mancanza di consenso<sup>1</sup>, la non concordanza di volontà, l'assenza di una identica intenzione, la divergenza di volere di più soggetti, il non convergere di distinte opinioni.

Oltre a queste accezioni ve ne è un'altra: il *dissensus* considerato come “*concorde volontà delle parti di recedere dal rapporto obbligatorio che fu costituito per mezzo della loro convenzione*”<sup>2</sup>, definizione questa che - anche se non può essere considerata ineccepibile sotto il profilo strettamente giuridico: è, invero, quantomeno atecnico, se non equivoco, il riferimento al recesso, figura affine ma nettamente distinta; come pure ingiustificatamente limitativa la incidenza su soli rapporti obbligatori – rende l'idea che è sottesa al concetto di dissenso quale libera esplicazione dell'intenzione delle parti di risolvere un rapporto giuridico.

Per esprimere tale potere di dissoluzione, “*tale modo di*

---

<sup>1</sup> cfr. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1972, II, pag. 208: “*invero esso si concreta nella carenza di quell'accordo fra le parti (comune volontà o consenso) quale l'articolo 1325 fa uno dei requisiti (e per avventura il principale) delo contratto*”.

<sup>2</sup> FERRINI, s.v. Mutuus Dissensus, in *Enciclopedia Giuridica Italiana*, Milano, 1901, X/III, pag. 985; cfr. analoga definizione di WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, Torino, 1904, II, pag. 389: “*accordo delle parti senza alcuna formalità che un bona fidei contractus fra esse concluso abbia ad essere revocato*”: anche in tale caso non sembra assolutamente pertinente il richiamo alla revoca di un negozio pur essendo innegabile il senso e la finalità cui è diretta la contraria volontà dei contraenti.

*scioglimento*” non si rinviene nelle fonti un’univoca designazione tecnica<sup>3</sup> ed a rendere più complessa la ricerca vi è che anche laddove viene adoperato il termine *dissensus*, od altri analoghi, ci si riferisce a fattispecie molto diverse.

Appare allora preliminarmente non solo opportuno ma necessario, al fine di meglio delimitare i confini del presente lavoro, procedere ad una sia pur breve indagine terminologica, notando, in primo luogo, che dal punto di vista strettamente linguistico *dissensus* è il frutto della combinazione della preposizione *dis*-<sup>4</sup>, dal greco δία, e del participio del verbo *sentio*, combinazione che, analogamente a quanto accade per l’altro composto *con-sensus*<sup>5</sup>, riceve una forte caratterizzazione dal valore performante e semanticamente “forte” della preposizione stessa, la quale denota una separazione, una interruzione, una negazione, facendo così acquistare al composto il valore

---

<sup>3</sup> Stoll, *Die formlose Vereinbarung der Aufhebung eines Vertragsverhältnisses in römischen Recht*, in ZSSR, 1924, 44, pag. 3: “für diese „so natürliche“ Aufhebungsart nicht einmal ein einheitlicher Begriff gebildet haben sollte”.

<sup>4</sup> ERNOUT-MILLET, *Dictionnaire étymologique de langue latine*, Parigi, 1967, s.v. *dis*-: “marque la separation, l’écortement, la direction de sense opposes et par suite le contraire, la negation et s’oppose a con-”.

<sup>5</sup> cfr. in tal senso CASCIONE, *Consensus. Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche*, Napoli, 2003, pag. 2: “A differenza di altri come pare quantitativamente prevalenti composti verbali in cui cum è utilizzato in qualità di preverbio meramente perfettivizzante (modificando dunque solo l’aspetto esteriore del verbo che mantiene il significato primitivo del tema cui è aggiunto), in consentire la preposizione possiede un forte valore lessicale proprio e lo trasmette così al composto. In tal caso, dunque, riprendendo le parole di Franz Wieacker, ‘die Präposition ist modal zu fassen’.”; in particolare si rinvia a tale opera per l’attenta analisi ricostruttiva del *consensus*, che transcendendo l’aspetto esclusivamente privatistico restituisce un quadro quanto mai completo del consensualismo.

contrario della voce semplice<sup>6</sup>.

*Dissensus*, così, è la mancanza di *consensus*, la negazione di un accordo, di una concordanza di volontà o di opinioni, ma anche il venir meno dello stesso, la sua eliminazione, la sua distruzione ad opera delle stesse parti che lo avevano posto in essere<sup>7</sup>.

L'assenza di una precisa e costante utilizzazione per l'individuazione di un unico fenomeno e la polisemanticità di un termine che non sembra essere destinato a definire e cristallizzare nozioni, azioni o fatti specifici fanno sì che, per il suo senso di negazione della concorde volontà, non sia inusuale e neanche insolito imbattersi in un suo impiego per indicare non un che di giuridico, ma il diverso sentire, l'avere assunto una posizione alternativa, il non pensarla allo stesso modo, la diversa opinione in merito alla soluzione di un determinato caso.

Ed è così che il dissenso è materialmente una dissonanza di opinioni in ordine alla soluzione di una questione, l'affermarsi di

---

<sup>6</sup> cfr. WALDE-HOFFMANN, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*, Heidelberg, 1938, pag. 354; CALONGHI, *Dizionario Latino Italiano*, Torino, 1987, s.v. *dis-*, pag. 866; cfr. FORCELLINI, *Lexicon totius latinitatis*, Padova, 1940, pag. 162, s.v. *dissensus* e *dissentio*; *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, II, col. 277, s.v. *dissensu*, vengono citati tre testi, dei quali uno relativo allo scioglimento di una "*emptio vel venditio vel locatio*" in D. 46.3.80 ed uno relativo alla *solutio societatis* in D. 17.2.65.3; s.v. *dissentio*, i ventisei testi indicati sono tutti relativi ad ipotesi di mancanza del *consensus* ed alcuni di essi si riferiscono alle non concilianti opinioni e sentenze *prudantium* o *diversae scholae auctores*, ad ipotesi di *error*, ma mai al dissenso come atto risolutorio.

<sup>7</sup> cfr. DER NEUE PAULY – ENZYKLOPÄDIE DER ANTIKE, Stoccarda, 1997, III, col. 690, s.v. *discessio*: "*Juristisch ist discessio der verlust eines Rechts oder Rücktritt von einen Geschäft*"

dottrine opposte, un contrasto tra scuole e giureconsulti circa la decisione di una controversia nella specie vertente sulla sorte di un legato<sup>8</sup>:

*Gai Inst. 2.195: In eo solo dissentiunt prudentes, quod Sabinus quidem et Cassius ceterique nostri praeceptores, quod ita legatum sit, statim post aditam hereditatem putant fieri legatarii, etiamsi ignoret sibi legatum esse dimissum: et posteaquam scierit et cesserit legato, proinde esse atque si legatum non esset; Nerva vero et Proculus ceterique illius scholae auctores non aliter putant rem legatarii fieri, quam si voluerit eam ad se pertinere. sed hodie ex divi Pii Antonini constitutione hoc magis iure uti videmur, quod Proculo placuit: nam cum legatus fuisset latinus*

---

<sup>8</sup> Altra testimonianza di un dissenso inteso come divergenza ideologica è rappresentata da:

D.29.7.14pr. (Scaevola libro octavo quaestionum): *Quidam referunt, quantum repeto apud Vivianum, Sabini et Cassii et Proculi expositam esse in quaestione huiusmodi controversiam: an legata, quae posteaquam instituti mortem obierunt codicillis adscripta vel adempta sunt, a substitutis debeantur, id est an perinde datio et ademptio etiam hoc tempore codicillis facta valeat ac si testamento facta esset. quod Sabinum et Cassium respondisse aiunt Proculo dissentiente. nimirum autem Sabini et Cassii collectio, quam et ipsi reddunt illa est, quod codicilli pro parte testamenti habentur observationemque et legem iuris inde traditam servant. ego autem ausim sententiam Proculi verissimam dicere. nullius enim momenti est legatum, quod datum est ei, qui tempore codicillorum in rebus humanis non est, licet testamenti fuerit: esse enim debet cui detur, deinde sic quaeri, an datum consistat, ut non ante iuris ratio quam persona quaerenda sit. et in proposito igitur quod post obitum heredis codicillis legatum vel ademptum est, nullius momenti est, quia heres, ad quem sermonem conferat, in rebus humanis non est eaque ademptio et datio nunc vana efficietur. haec in eo herede, qui ex asse institutus erit dato substituto, ita ut ab instituto codicilli confirmarentur.*

*per vindicationem coloniae, " deliberent" inquit  
"decuriones, an ad se velint pertinere, proinde ac si  
uni legatus esset".*

In questo passo il termine *dissentiunt* è usato nel significato di discordia di pareri senza voler evocare alcuna implicazione giuridica conseguente alla mancanza di quel *consensus* fonte di obblighi ed alla base di qualsiasi negozio<sup>9</sup>.

Alla sensibilità dei giuristi non dovette essere però estraneo che come è possibile non essere concordi in merito alla soluzione di una questione, allo stesso modo vi potrebbe non esserci concordia circa la stessa conclusione di un negozio, le volontà potrebbero non essere dirette ad un medesimo fine o divergere le dichiarazioni.

Di mancanza di consenso, sarebbe meglio dire di personale assenso, inteso sì in senso tecnico - e non più quindi come semplice rappresentazione di sconcordi idee - si parla, utilizzando il participio presente *dissentiens*, con riferimento a quel particolare negozio di grande rilievo giuridico mediante il quale un individuo acquista la condizione di discendente, facendosi sottoposto in un'altra famiglia: la *capitis deminutio*, sia pur

---

<sup>9</sup> cfr. PEROZZI, *Il contratto consensuale classico*, in *Studi in onore di F. Schupfer*, Torino, 1898, I, pag. 163

minima, che comportava la *adrogatio* richiedeva, specie per le conseguenze connesse allo “*onore ed all’onere della continuazione di una famiglia*”<sup>10</sup>, non solo l’intervento del popolo, ma anche la presenza, il consapevole consenso e la libertà di azione dell’*adrogatus*<sup>11</sup> :

D.1.7.24 (Ulpianus *libro primo disputationum*):

*Neque absens neque dissentiens adrogari potest.*

Il dissenziente viene assimilato all’assente: come per l’assente manca, cioè, una volontà che doveva essere necessariamente ed espressamente manifestata<sup>12</sup> in una forma rituale.

La mancanza di una esplicita manifestazione di volontà assume, in altri frangenti, un significato positivo se quello da esprimere non è un *consensus*, sotto specie di approvazione, ma proprio un *dissensus*<sup>13</sup>:

---

<sup>10</sup> ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, Napoli, 2002, pag. 466; MANFREDINI, *Istituzioni di Diritto Romano*, Torino, 2001, pag. 86; DAVERIO, Sacrorum detestatio, in *SDHI*, 45, 1979, pag. 530 e ss..

<sup>11</sup> non si dimentichi che l’*adrogatio* comportava l’estinzione dei *sacra* dell’*adrogatus*: nel sistema del *ius Quiritium* sia l’*adrogator* che l’*adrogatus* dovevano essere *patricii* e dovevano sottoporre a preventiva autorizzazione la loro decisione che, se approvata dai *pontifices*, poteva essere formalizzata davanti ai *comitia curiata*, dove da parte dell’*adrogatus* vi era la cd. *detestatio sacrorum*, con l’estinzione dei *sacra* familiari, cfr. GUARINO, *Diritto Privato Romano*, Napoli, 1988, pag. 500.

<sup>12</sup> cfr. nello stesso senso e sempre con riguardo a negozi familiari:

D.23.1.13 (Paulus *libro quinto ad edictum*): *Filio familias dissentiente sponsalia nomine eius fieri non possunt*

<sup>13</sup> cfr. l’ipotesi in cui dalla mancanza di un espresso dissenso si fa discendere il consenso sotto forma di comportamento concludente o altrimenti “tipizzato”:

FV.260: *Item. Filius emancipatus, cui pater peculium non ademit, res quidem pro donato vel pro suo, quod iustam causam possidendi habet, usucapit, sed debitores convenire non potest neque lites peculiares prosequi, si non sit in rem suam cognitor datus aut nominum delegationes intervenerunt. Plane quod ei solvitur patre non dissentiente, debitorem liberat, nec interest an emancipatum ignoret vel ei non esse peculium ademptum, cum rei substantia plus polleat existimatione falsa.*

Il dissenso, ed in questa ottica è stato particolare oggetto di studio in dottrina<sup>14</sup>, è anche malinteso: una volontà manifestata vi è, ma per cause esterne alla stessa questa non corrisponde a quella effettiva del suo autore ed al suo interno sentire; vi è stato

---

D.23.1.7.1 (Paulus libro trigesimo quinto ad edictum): *In sponsalibus etiam consensus eorum exigendus est, quorum in nuptiis desideratur. Intellegi tamen semper filiae patrem consentire, nisi evidenter dissentiat, Iulianus scribit.*

D.21.2.12 (Scaevola libro secundo responsorum): *Quidam ex parte dimidia heres institutus universa praedia vendidit et coheredes pretium acceperunt: evictis his quaero, an coheredes ex empto actione teneantur. Respondi, si coheredes praesentes adfuerunt nec dissenserunt, videri unumquemque partem suam vendidisse.*

<sup>14</sup> CANCELLI, s.v. *Dissenso*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1964, pag. 235; GROSSO, *In tema di divergenza tra volontà e dichiarazione nel testamento*, in *St. Riccobono*, 1936, pag. 1 ss; ZILLETI, *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, Milano, 1961, pag. 483; LAURIA, *L'errore nei negozi giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1927, pag. 30; ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, Napoli, 1954, pag. 106; GROSSO, *Addizioni a FERRINI, Manuale di pandette*, Milano, 1953, pag. 178; cfr. inoltre LABRUNA, *Errantis voluntas*, in *Labeo*, 1962, pag. 136.

un fraintendimento delle dichiarazioni delle parti di un negozio<sup>15</sup> ed una di esse attribuendo un erroneo significato alla manifestazione dell'altra vi aderisce, sì che l'accordo si forma in discordanza con la sua determinazione<sup>16</sup>. I contraenti credono, invero, che si sia formato il consenso e che il negozio esista, opinione nella quale essi rimangono fin quando non scoprono che o per errore sulla natura o identità dell'oggetto o per effetto di malinteso o fraintendimento della dichiarazione di volontà vi è solo l'apparenza di un consenso, mentre vi è effettivo dissenso<sup>17</sup>.

I giureconsulti romani si occuparono di questo *dissensus-error* quando, essendosi ridotta l'importanza dei negozi formali ed abbandonata quella certa sacralità che ammantava il momento formativo del negozio, si diffusero i cd. contratti consensuali<sup>18</sup>: poiché questi si perfezionavano con il semplice accordo comunque espresso scevro da formule sacramentali, dalla

---

<sup>15</sup> VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1954, pag. 180: "Dissenso v'è, per le fonti romane, tanto se erri l'autore della dichiarazione, e non il destinatario, quanto se il destinatario interpreti male una dichiarazione emessa esattamente. I moderni limitano la definizione del dissenso a questo secondo caso, ma ciò è contrario a quanto si ricava dal Corpus iuris."

<sup>16</sup> MIRABELLI, *Delle obbligazioni-dei contratti in generale*, in *Commentario del Codice Civile*, Torino, 1980, pag. 538.

<sup>17</sup> MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1959, pag.672.

<sup>18</sup> ZIMMERMANN, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, 1990, pag. 589: "It must be obvious from what has been said so far that the consideration of error started with the consensual contracts. Not only were they based on the consent of the parties, but the actions arising from them were also to be granted ex bona fide. This left the necessary room for the intention of the parties to be taken into account. Not surprisingly, then, the main dissertation on the problem of error contained in the Digest relates to the prototype of the consensual contracts, to emptio venditio."



scrittura o dalla consegna di una cosa, era necessaria una indagine soggettiva per verificare se quel consenso come manifestato corrispondesse o meno all'effettivo intento delle parti<sup>19</sup>.

La *voluntas contrahentium* viene in ogni caso assunta nella sua oggettiva portata, nella sua fenomenica manifestazione che è la dichiarazione<sup>20</sup>: un soggetto che pone in essere un negozio non può non essere responsabile e consapevole della propria dichiarazione ed ancor di più dell'affidamento e dell'apparenza che genera nei confronti dei contraenti e dei terzi. Tale concezione della volontà negoziale fece sì che non venne mai elaborata una teoria dell'errore-vizio o errore-motivo, mentre già dal diritto classico fu dato ampio riconoscimento all'errore ostativo<sup>21</sup>, dell'errore cioè nella dichiarazione, fenomeno concretantesi nel voler dichiarare una cosa e manifestarne, viceversa, un'altra: se non rilevava la difformità della volontà

---

<sup>19</sup> D.50.16.219 (*Papinianus libro secundo responsorum*):

In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit. cum igitur ea lege fundum vectigalem municipes locaverint, ut ad heredem eius qui suscepit pertineret, ius heredum ad legatarium quoque transferri potuit.

<sup>20</sup> BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, Padova, 1947, pag. 139; BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1956, pag. 481; KASER, *Römisches Privatrecht*, Monaco, 1955, pag. 206; WEISS, *Istitutionen des römischen Privatrechte als Einführung in die Privatrechtsordnung der Gegenwart*, Stoccarda, 1949, pag. 41.

<sup>21</sup> BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1951, pag. 90; nello stesso senso GUARINO, *Diritto privato Romano*, cit., pag. 360.

manifestata da quella ipotetica, incidente è la divergenza della volontà dovuta ad un fraintendimento per inesatta trasmissione, questo configurava una ipotesi di dissenso. Dissenso è, perciò, anche dichiarare una cosa pensando o intendendone un'altra, volere *aliud pro alio*, sia se a fraintendere sia uno dei contraenti sia se lo siano entrambi<sup>22</sup>:

D.44.7.57 (Pomponius *libro trigesimo sexto ad Quintum Mucium*): *In omnibus negotiis contrahendis, sive bona fide sint sive non sint, si error aliquis intervenit, ut aliud sentiat puta qui emit aut qui conducit, aliud qui cum his contrahit, nihil valet quod acti sit. Et idem in societate quoque coeunda respondendum est, ut, si dissentiant aliud alio existimante, nihil valet ea societas, quae in consensu consistit.*

Come si legge, il concetto di *dissensus* è insito in quello di *error*<sup>23</sup>, come *sentire* un contraente cosa diversa dall'altro<sup>24</sup>:

---

<sup>22</sup> CANCELLI, *Dissenso*, cit., pag. 238.

<sup>23</sup> CASCIONE, *op.cit.*, pag. 169: "L'error è qualificato come risultato di una distorsione tra il sentire (*aliud ... aliud*) delle parti che contraggono il negozio. Il risultato giuridico della non corrispondenza tra i voleri è costruito nel senso del *nihil actum*(questa volta enunciato in modo più articolato: *nihil valet quod acti sit*)".

<sup>24</sup> CANCELLI, *op.cit.*, pag. 238: "Invero nel dichiarare una cosa, pensando o intendendone un'altra, si incorre tipicamente in quell'*aliud pro alio*, cui i giureconsulti appuntano la loro attenzione, che è senz'altro il dissenso ... Mancando quindi il perfetto incontro delle

anche se, stando all'opinione di alcuni<sup>25</sup>, l'utilizzo promiscuo dei due termini (*dissensus/error*) potrebbe essere addebitabile solo a confusione<sup>26</sup> e, pur non pretendendo dai giuristi romani un rigore sistematico che non ebbero, non è revocabile in dubbio che la mancata consonanza delle volontà, *rectius* delle dichiarazioni, il *dissensus* appunto, importi l'inesistenza del contratto<sup>27</sup>, in specie quello di società che nel *consensus* trova essenziale ed insostituibile elemento<sup>28</sup>.

Si sono sinora, in maniera assolutamente sintetica e certamente non esaustiva, passate in rassegna varie ipotesi di *dissensus* e tra queste quella con più specifica rilevanza negoziale in cui la mancanza di un consenso, la disarmonia delle volontà riverbera sul momento genetico-formativo e quindi iniziale

---

*dichiarazioni circa l'oggetto, si da non essere identificabile o da non essere lo stesso per i contraenti, o circa il negozio, l'atto è nullo in conseguenza di dissenso*".

<sup>25</sup> LAURIA, *ult.cit.*: "e tale confusione è opera bizantina e non classica"; per la classicità del materiale, forse rimaneggiato a soli fini didattici, cfr. KASER, *Das römische Privatrecht*, Monaco, 1971, pag.238, nt.19.

<sup>26</sup> ARANGIO-RUIZ, *ult.cit.*, pag. 106: "sono stati probabilmente i compilatori a contaminare l'idea ben precisa del dissenso, fondamento del pensiero antico, col nuovo e non sempre limpido concetto di errore".

<sup>27</sup> ZIMMERMAN, *op.cit.*, pag. 590: "This tipe of mistake was material (or operative) in the sense that it excluded consensus"; nello stesso senso cfr. EHRHARDT, *Errantis voluntas nulla est*, in *ZSSR*, 1938, 58, pag. 167.

<sup>28</sup> analogamente e sempre con riferimento ad un contratto consensuale:

D.18.1.9pr. (Ulpianus libro vicensimo octavo ad Sabinum): *In venditionibus et emptionibus consensum debere intercedere palam est: ceterum sive in ipsa emptione dissentient sive in pretio sive in quo alio, emptio imperfecta est. Si igitur ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti, quia in corpore dissensimus, emptio nulla est. Idem est, si ego me Stichum, tu Pamphilum absentem vendere putasti: nam cum in corpore dissentiatur, apparet nullam esse emptionem.*

dell'accordo.

Come accennato, però, nella congerie delle fonti non sono queste le sole occasioni in cui i giureconsulti hanno fatto ricorso al termine *dissensus*, volendo altrove piuttosto evidenziare la negativa incidenza di un *consensus*, che una volta raggiunto era esso stesso causa ed effetto sia della nascita sia della successiva dissoluzione di un rapporto giuridico, di un negozio perfetto, valido ed efficace al fine *distruere, dissolvere, dissociare, elidere, tollere, liberare, abire, discedere, recedere*. Alla pluralità dei verbi usati per rappresentare il medesimo fenomeno è speculare la molteplicità di termini per indicare quella che potremmo definire una sorta di ritrattazione di un atto giuridico consistente nella negazione di una pregressa, valida determinazione volitiva<sup>29</sup>.

Cercando di prendere conoscenza con questo istituto e scorrendo le fonti di cognizione tecniche, prevalentemente derivate o secondarie<sup>30</sup>, ci si imbatte in locuzioni come *contrarius consensus, contraria voluntas, dissensus contrarius, mutuus*

---

<sup>29</sup> TOSCHI VESPASIANI, *Riflessioni intorno al mutuo dissenso, spunti per il ripensamento di un dibattito nell'ottica di un raccordo tra opzioni dogmatiche e prassi negoziale*, in *Riv. not.*, 2000, pag. 271; cfr. ROMANO, *La revoca degli atti giuridici privati*, Padova, 1935, pag. 19: "il mutuo dissenso è qualcosa che scrive la parola fine su qualcosa di giuridicamente rilevante".

<sup>30</sup> GUARINO, *Giusromanistica elementare*, Napoli, 1989, pag. 55; GUARINO, *Storia del Diritto Romano*, Napoli, 1998, pag. 662.

*dissensus* o più semplicemente nei termini *dissensus* e *dissentire*. Ciò è chiaro indizio non di una pur rilevata confusione e carenza di terminologia tecnico-giuridica per indicare le modalità di scioglimento convenzionale di un negozio<sup>31</sup>, che non si può far discendere da un'assenza di sistematicità o di schematizzazioni e sovrastrutture teoriche - motivo troppo spesso invocato a difesa dei giureconsulti romani da quanti insistono in una persistente ed infruttuosa proiezione all'indietro delle dogmatiche moderne - quanto alla confidenza data dalla quotidiana prassi e dalla corrente utilizzazione della consensuale risoluzione del negozio<sup>32</sup>: non si sarebbe, cioè, sentita l'esigenza di dare a questo modo di scioglimento del contratto un nome fisso, una configurazione determinata, il carattere di un particolare contratto<sup>33</sup> e ciò coerentemente con tutta l'esperienza del linguaggio giuridico romano, ricco di termini polisemici e

---

<sup>31</sup> STOLL, *op.cit.*, pag. 32: "*im klassischen Recht für dieses Aufhebungsgeschäft nicht einmal ein Name bekannt war und es auch in der Form der Wirkungsbeschreibung („nudo consensu solvitur“) nicht bezeugt ist“*"; KNÜTEL, *Contrarius consensus. Studien zur Vertragsaufhebung im römischen Recht*, Colonia, 1968, pag. 2: "*Die Vielfalt der Wendungen zeigt, daß die Römer einen terminus technicus für den Aufhebungsvertrag nicht gekannt haben.*" .

<sup>32</sup> SIBER, *Contrarius consensus*, in ZSSR, 1921, 42, pag. 71: "*Sie wird darum längst Übung gewesen sein, ehe die Praxis Anlaß fand, die Frage ihrer Rechtswirksamkeit überhaupt aufzuwerfen.*"

<sup>33</sup> GROSSO, *L'efficacia dei patti nei bonae fidei iudicia*, in *St. Urb.*, IV, 1927, pag. 31: "*Probabilmente questo (scil.: il contrarius consensus) si è sviluppato dalla pratica, da un uso sorto spontaneamente senza dar luogo a contrasto, presentandosi poi delle contestazioni su casi particolari, aventi speciali ragioni di dubbio, la giurisprudenza riconobbe e dichiarò preliminarmente la regola generale.*"

sinonimici<sup>34</sup>.

Il *dissensus* ed il *dissentire* che qui ci interessano non sono il frutto di una passiva sviata volontà degli autori del negozio di un *error*, o la inesatta ed incompiuta conclusione di un contratto o, ancora, la materiale assenza e mancanza di consenso, ma la consapevole scelta di una precisa volontà il cui solo scopo è proprio di elidere un precedente consenso: *dissensus* è qui il “contro” *consensus*<sup>35</sup>, la sua negazione e non perchè questo sia manchevole o mancante, ma perchè, presupponendolo necessariamente come valido ed efficace, si tenta di porlo nel nulla o di cancellarne in qualche modo gli effetti. Al manifestato *consensus* se ne oppone uno avente pari forza ma *contrarius*<sup>36</sup>, il frutto di una comune *voluntas* con una direzione inversa a quella

---

<sup>34</sup> MELILLO, *Il negozio bilaterale romano. Contrahere e pacisci tra il primo ed il terzo secolo*, Napoli, 1986, pag. 7, ed ancora: “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 destinata a codificazioni coerenti e a una concezione conseguentemente generalizzata, ma fu radicata in circoli sociali di interessati e cultori, i quali anche in virtù della omogeneità di classe, spesso condividevano le logiche e il linguaggio del giurista, in questo senso non lontano dalla cultura comune.”

<sup>35</sup> D.46.3.80 (Pomponius libro quarto ad Quintum Mucium):

*Prout quidque contractum est, ita et solvi debet: ut, cum re contraxerimus, resolvi debet: veluti cum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat. E cum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debet, verbis, veluti cum acceptum promissori fit, re, veluti cum solvit quod promisit. Aequè cum emptio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest*

<sup>36</sup> D.50.17.35 (Ulpianus libro quadragensimo octavo ad Sabinum):

*Nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est. Ideo verborum obligatio verbis tollitur: nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur.*

già espressa<sup>37</sup>: questo è il *dissensus* di cui ci occuperemo e che ha conosciuto e raggiunto nella consapevolezza degli operatori pratici, prima, e dei giuristi, poi, una matura utilizzazione già prima dell'epoca classica<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> I.3.29.4:

*Hoc amplius eae obligationes, quae consensu contrahuntur, contraria voluntate dissolvuntur. Nam si Titius et Seius inter se consenserunt, ut fundum tusculanum emptum seius haberet centum aureorum, deinde re nondum secuta, id est neque pretio soluto neque fundo tradito, placuerit inter eos, ut discederetur ab emptione et venditione, invicem liberantur. Idem est et in conductione et locatione et omnibus contractibus, qui ex consensu descendunt, sicut iam dictum est.*

<sup>38</sup> GROSSO, ult.cit.; STOLL, ult. cit.: “daß schon im klassischen Recht ein Aufhebungsvertrag contrario consensu in Geltung gewesen sei und einen selbständigen zivilrechtlichen Vertrag gebietet habe.”

## 1.2 EMERSIONE DEL FENOMENO: TRA *SOLUTIO* E *DISSOLUTIO*

Esaurito il breve *excursus* semantico intorno al *dissensus* e fornita una giustificazione della difformità linguistica riscontrata, veniamo ora ad indagare come l'esigenza di porre fine per volontà delle medesime parti ad un rapporto giuridico sorto validamente tra loro sia stata sentita dapprima nel mondo dei traffici e degli scambi, nella prassi e, poi, come diritto che viene dalle cose<sup>39</sup> abbia ricevuto ad opera dei giuristi una propria configurazione come principio sostanziale<sup>40</sup>: la cd. legge di simmetria<sup>41</sup>.

Il riferimento al *dissensus*, quale negazione del *consensus*, non deve far ritenere aprioristicamente che un potere di

---

<sup>39</sup> VIVANTE, Trattato di Diritto Commerciale, Milano, 1911, I, pag. XII: “Per esporre la disciplina giuridica dei vari istituti reputai necessario di seguire il filo storico del loro svolgimento, spiegando poi quale è la loro figura nel diritto presente ... Nelle indagini minute, penetranti nell'attività giuridica passata e presente, sta il segreto per la formazione di una scuola nazionale del diritto mercantile, ma per formarlo occorre una legione di lavoratori pazienti e modesti, intenti a scoprire la voce del diritto che viene su dalle cose”; cfr anche BOVE, Nauta e Mercatores, *iura leges negotia*, Napoli, 1993, pagg. 2-3: “Tuttavia ciò che ha maggiore importanza è che in tal modo la prassi su manifesta quale termine di riferimento rispetto alla situazione normativa esistente, alla quale essa si conformava secondo i casi ovvero nei cui confronti si poneva come termine di antitesi sia attraverso le esigenze che essa metteva in evidenza o per le soluzioni che offriva come appropriate, e sia per mezzo dei suggerimenti che prospettava alla stessa attività normativa autoritaria ... In questa prospettiva, l'esame attento degli ‘istituti commerciali’ ... nel mondo romano e non esclusivamente romano, e lo studio della loro regolamentazione, in particolare sotto l'aspetto giuridico, non possono eludere la considerazione, dell'evoluzione che si ebbe nella situazione economica e sociale del periodo dato”.

<sup>40</sup> AMIRANTE, *Una storia giuridica di Roma*, con la collaborazione di Lucio DE GIOVANNI, Napoli, 1992, p. XXIII: “Si dimenticava così che il miracolo era proprio nella capacità di quel popolo ... di vivere quotidianamente questa esperienza, di volta in volta esprimendo uomini e provocando ‘eventi’ atti a mantenere sempre aperta e feconda la dialettica, nella quale, continuamente rinnovandosi si facevano diritto ed il diritto si faceva scienza in un divenire continuo”.

<sup>41</sup> FERRINI, *op.cit.*, pag. 985.



scioglimento del rapporto giuridico sia stato concepito solo allorquando i contratti consensuali ebbero riconoscimento e diffusione e tra essi, primo tra tutti e modello di riferimento, venne ad affermarsi la *emptio venditio*<sup>42</sup>.

Non fu estraneo, sin dai primordi dell'esperienza giuridica, alla concreta e quasi empirica mentalità dei romani che un vincolo giuridico così come era sorto allo stesso modo poteva essere sciolto, che per ogni forma di conclusione vi fosse una parallela e simmetrica forma di scioglimento secondo una logica necessaria di corrispondenza tra costituzione ed estinzione ispirata ai naturali ritmi della stessa vita, di cui si facevano interpreti nelle primitive comunità i pontefici, i quali seppero crearsi un ruolo ed una autorità nel cogliere le costanti di comportamenti pregnanti e la misura umana di un costume che diveniva regola di condotta<sup>43</sup>.

---

<sup>42</sup>sulle origini della compravendita consensuale obbligatoria (die Genesis des Konsenskaufs): JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, Lipsia, 1888, III, pag. 201; MOMMSEN, *Die römischen Anfänge von Kauf und Miete*, in *ZSSR*, 1865, pag. 260 e ss.; ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, Napoli, 1954, pag. 54 e ss.; CANCELLI, *L'origine del contratto consensuale di compravendita nel diritto romano. Appunti esegetico-critici*, Milano, 1963; KASER, *ult.cit.*, pag. 546; CANNATA, *La compravendita consensuale romana: un problema mal posto*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, Atti del Congresso Internazionale Pisa-Viareggio-Lucca 17-21 aprile 1990, Milano, 1991, pag. 413 e ss.; TALAMANCA, *Vendita (dir. rom)*, in *ED*, Milano, 1993, XLVI, p. 303 e ss.; CASTRO, *Emptio venditio y consensus. Contribution al estudio del origen y fundamento de la compravendita romana contrato-fin y contrato-medio*, in *Iuris vincula, Studi in onore di Mario Talamanca*, Napoli, 2001, III, p. 11 e ss.; CASCIONE, *op.cit.*, pag. 224 e ss..

<sup>43</sup> AMIRANTE, *op.cit.*, pag. 7.

Di quest'epoca - in cui il diritto è ancora qualcosa di magico e religioso, in cui umano e divino si confondono - è l'acquisto della *manus maritalis farreo*, con la *confarreatio*, cerimonia religiosa, durante la quale dopo aver pronunciato delle formule rituali i nubendi offrivano in sacrificio a *Iuppiter Farreus* un pane di farro<sup>44</sup>. Ed in ossequio alla richiamata legge di simmetria, che andava oltre il ristretto ambito dei rapporti obbligatori interessando anche altri aspetti della vita quotidiana, il modo di scioglimento del matrimonio confarreato era la *diffarreatio*, atto sacrale contrario elaborato dai *pontefices* nei loro penetrali<sup>45</sup> se non ancora come schema di diritto come *mos* cui attenersi per far venir meno gli effetti della *manus* sulla *mulier*, che riacquistava così la sua pregressa condizione<sup>46</sup>.

La regola secondo cui *omnia, quae iure contrahuntur*,

---

<sup>44</sup> Gai *Inst.* 1.112:

*Farreo in manum conveniunt per quoddam genus sacrificii, quod Iovi Farreo fit: in quo farreus panis adhibetur, unde etiam confarreatio dicitur; conplura praeterea huius iuris ordinandi gratia cum certis et sollempnibus verbis praesentibus decem testibus aguntur et fiunt.*

<sup>45</sup> KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., pag. 3: "Die diffarreatio is der Konträrakt rur confarreatio, dem einzigen Rechtsinstitut, das die privatrechtlichen Wirkunden ausschliesslich aud der rein sakralen Form shöpft ... Die pontefices, die das altrömische ius betreuten, machten von diesen ihnen aus dem sakralen Bereich vertrauten Konträraktprinzip auch im Rechte Gebrauch, allerdings mehr als formale Technik, ohne damit noch übersinnliche Wirkungen anzustreben."; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., pag. 449; GUARINO, *Diritto privato*, cit., pag. 493; GUARINO, *Storia*, cit., pag. 273; KASER- KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, Monaco, 2003, pag. 55.

<sup>46</sup> Non si dimentichi che qualsiasi matrimonio, venuta meno l' *affectio maritalis*, poteva essere sciolto consensualmente dai coniugi: "il nome *divortium* describe plasticamente il fato che i coniugi, dopo aver percorso insieme un tratto della loro esistenza, si allontanano per diverse vie (*divertunt*)", ARANGIO-RUIZ, *op.cit.*, pag. 450.

*contrario iure pereunt*<sup>47</sup> era nota, se non in questa formulazione, sin dal periodo arcaico – e, come rilevato, non solo nel diritto privato ma anche in quello pubblico e nei *sacra*<sup>48</sup> – del resto basti ricordare come già nelle *leges XII tabularum* il *ni cum eum pacit* con riferimento al *membrum ruptum* recava insito il concetto di fare la pace, ossia di un accordo diretto a sciogliere un vincolo tra le parti, ad eliminare la pretesa di uno verso l'altro<sup>49</sup>.

Un ulteriore risalente esempio di *actus contrarius*, applicazione della richiamata legge di simmetria, è altresì

---

<sup>47</sup> D.50.17.100, *Gaius libro primo regularum*. Il passo è sospetto di interpolazione specie per quanto attiene l'*omnia* iniziale, cfr. KNÜTEL, *Contrarius consensus*, *cit.*, pag. 3: “*omnia ist saclich unzutreffend*”.

<sup>48</sup> cfr. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Parigi, 1929, pag. 728, n.2: “*On cite encore, dans un ordre un peu différent, l'exauguratio corrélativè à l'inauguratio, l'emploi fait de la charrue puor la fondation et la dastruction légale des villes.*”.

<sup>49</sup> GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, Torino, 1963, pag. 172; cfr. MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit du préteur*, Parigi 1958, pag. 2: “*D'après une opinion largement répandue, le pactum, à l'état pur, est le pacte de renonciation à un droit ou une prétention. Déjà dans les XII tables (XII tab. I.6.7; III.5; VIII.2) ce sense est attesté et il présente à l'époque classique une large vitalité. Dans cette perspective l'interprétation de l'édit de pactis est considérablement simplifiée. Cet édit ne ferait pas autre chose, à la suite de disposition particulières des XII tables dans la même domaine, que reconnaître une valor général à l'abandon d'un droit ou d'une prétention*”; MELILLO, *op.cit.*, pag. 107; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 2002, pag. 353: “*Nel suo più antico significato tecnico, il sostantivo pactum esprime, come l'antico verbo pacere ed anche il più moderno pacisci, un accordo intervenuto tra due persone, di cui una è vincolata verso l'altra, allo scopo di sciogliere o trasformare il vincolo. Così nelle XII Tavole, a proposito delle lesioni gravi e per accennare alla composizione che può evitare il taglione, si diceva ni cum eo pacit, e di pacere si parlava anche a proposito del ladro che si riscattava*”. Non è inopportuno ricordare l'efficacia estintiva *ipso iure* del *pactum* nelle obbligazioni *ex delicto*, cfr. GROSSO, *L'efficacia dei patti nei bonae fidei iudicia*, pag. 32, nt. 1, in cui rimuove la ragion d'essere della cd. pena privata, il fondamento dell'obbligazione, lo stesso delitto :

D.2.14.7.14 (*Ulpianus libro quarto ad edictum*):

*Si paciscar, ne operis novi nuntiationem exsequar, quidam putant non valerepactionem, quasi in ea re praetoris imperium versetur: Labeo autem distinguit, ut, si ex re familiari operis novi nuntiatio sit facta, liceat pacisci, si de re publica, non liceat: quae distinctio vera est. et in ceteris igitur omnibus ad edictum praetoris pertinentibus, quae non ad publicam laesionem, sed ad rem familiarem respiciunt, pacisci licet: nam et de furto pacisci lex permittit.*

ravvisabile nella *solutio per aes et libram* mediante la quale nella Roma arcaica il *nexus*<sup>50</sup>, il debitore/garante in condizione semiservile<sup>51</sup>, ottenuta tramite l'adempimento la *solutio obligati*, era finalmente liberato dal *mancipium* del creditore: l'*obligatio* era, difatti, debito-*Schuld* e garanzia-*Haftung*, dalla sintesi di questi due elementi nasceva il vincolo per un *debitum* a carico del debitore ed a vantaggio del creditore<sup>52</sup>, purchè fosse garantito dalla persona (*obligatio personae*) dello stesso obbligato o di un terzo (o, più tardi, da una cosa); una volta estinto il debito come si è *obligatum* il debitore o il garante (o il bene), allo stesso modo

---

<sup>50</sup> ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., pag. 286: “un tal nome (scil. obligatio) venne invece attribuito al nexum, cioè alla mancipatio di se medesimo che il debitore faceva per offrire una garanzia al creditore, probabilmente con l'effetto di sottomettersi al suo potere fino a quando non avesse raggranellato col proprio lavoro la somma dovuta, e così riscattato la propria libertà”.

Secondo Gaio le cose dovevano svolgersi in tal modo:

Gai *Inst.* 3.174 Adhibentur non minus quam quinque testes et libripens. Deinde is, qui liberatur, ita oportet loquatur: QUOD EGO TIBI TOT MILIBUS CONDEMNATUS SUM, ME EO NOMINE A TE SOLVO LIBEROQUE HOC AERE AENEAQUE LIBRA. HANC TIBI LIBRAM PRIMAM POSTREMAMQUE EXPENDO SECUNDUM LEGEM PUBLICAM. Deinde asse percuit libram eumque dat ei a quo liberatur, veluti solvendi causa.

<sup>51</sup> Che tale fosse la condizione del *nexus* è confermato da un editto emesso dal console Servilio del 495 a.C. e tramandatoci da Livio (2.24.6) nell'imminenza della guerra con i Volsci per calmare le proteste dei *nexi*, i quali minacciano di non arruolarsi: “che nessuno tenga incatenato o rinchiuso un cittadino romano, togliendogli così la possibilità di dare il suo nome ai consoli, e che nessuno si impossessi o venda beni di chi è soldato, fino a quando egli sia al campo, o trattenga figli o nipoti di lui”. La condizione inumana in cui si trovavano i *nexi* venne in parte mitigata dalla *Lex Poetelia Papiria de nexis* (votata dai *comitia centuriata* del 326 a.C. su proposta dei consoli C. Petelio Libone e L. Papirio Cursor), che vietò, pur senza abolire il *nexum*, la restrizione *in nervo aut compedibus*, aprendo la strada al principio della responsabilità patrimoniale in luogo di quella personale: *pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esse*. GUARINO, *Storia*, cit., pag. 299; TALAMANCA, *La lex ed il sistema delle fonti normative repubblicane*, in *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano, 1989, pag. 233.

<sup>52</sup> cfr. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano, 1955, pag. 129 e ss.; BIONDI, *La distinzione tra debito ed obbligazione*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1948, II, pag. 553 e ss..

questi vanno liberati<sup>53</sup> con un negozio librare, la *solutio per aes et libram*<sup>54</sup>, che era appunto in direzione simmetricamente inversa alla *nexi datio*<sup>55</sup>.

Forma di estinzione di una obbligazione era allo stesso modo l'*acceptilatio*<sup>56</sup>, nella sua duplice forma di *acceptilatio verbis* ed *acceptilatio litteris*, rispettivamente atti contrari alla *stipulatio* ed alla *expensilatio*<sup>57</sup>. Nel rigido formalismo negoziale dei primordi non era sufficiente, come già notato per la *nexi liberatio*, la semplice messa in atto della prestazione per determinare l'automatica estinzione dell'*obligatio litteris*<sup>58</sup> o

---

<sup>53</sup> BISCARDI, *La dottrina romana dell'obligatio rei*, Milano, 1991, pag.16: "Le due accezioni primitive di solvere e liberare in senso proprio sono, infatti, il preciso contrapposto di obbligare in senso materialistico."

<sup>54</sup> modo di estinzione anche dell'obbligazione da *legatum per damnationem* e da *iudicatio* o *damnatio*.

<sup>55</sup> cfr. anche KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., pag. 9: "Eine Korrespondenz bestand zwischen dem alten Darlehensgeschäft des nexus und der solutio per aes et libram ihrer späteren Form als von der manus iniectio unabhängigem imaginärem Selbstlösungsgeschäft zum Erlasszweck. Die nexi liberatio ist aber ursprünglich nicht als Gegengeschäft zum nexum entwickelt worden, wie ihr über das nexum hinausgehender Anwendungsbereich erkennen lässt, in den auch die Lösung von Judikats- und Legatsobligationen fällt. Es ist jedoch wahrscheinlich, dass sie nach dem Vorbilde des nexum ihre Form gewann".

<sup>56</sup> KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit.: "Das symmetrische Tilgungsgeschäft der Verbalkontrakte ist die acceptilatio"; cfr. Gai Inst. 3.170:

*Quo genere, ut diximus, tolluntur illae obligationes, quae in verbis consistunt, non etiam ceterae; consentaneum enim visum est verbis factam obligationem posse aliis verbis dissolvi. Sed id quod ex alia causa debeat, potest in stipulationem deduci et per acceptilationem dissolvi.*

<sup>57</sup> GUARINO, *Diritto privato*, cit., pag. 724; ARANGIO-RUIZ, *op.cit.*, pag.395.

<sup>58</sup> D.46.4.8.3 (*Ulpianus libro quadragesimo octavo ad Sabinum*):

*Acceptum fieri non potest, nisi quod verbis colligatum est: acceptilatio enim verborum obligationem tollit, quia et ipsa verbis fit: neque enim potest verbis tolli, quod non verbis contractum est.*

D.46.4.1 (*Modestinus libro secundo regularum*):

*Acceptilatio est liberatio per mutuam interrogationem, qua utriusque contingit.ab eodem nexu absolutio.*

D.46.4.14 (*Paulus libro duodecimo ad Sabinum*):

*verbis contracta*: la *solutio* dell'*obligatus* si otteneva solo con l'*acceptilatio* consistente in una solenne domanda, di senso inverso alla *stipulatio*, del debitore circa l'effettuato adempimento con una congrua ed immediata risposta affermativa del creditore<sup>59</sup> oppure nella scritturazione dell'*acceptum* nell'apposita colonna del *codex accepti et expensi* in cui il *pater familias* aveva precedentemente annotato il credito erogato-*expensum*.

Le originarie espressioni del *dissensus* come *actus contrarius* erano in ambito privatistico, come sopra richiamate, delle modalità di estinzione del vincolo obbligatorio, coeve ed abbinate al soddisfacimento delle pretese creditorie, finalizzate alla liberazione, sia pure solo formale, del debitore adempiente<sup>60</sup>.

Ben presto, però, ai primordi del III sec. a.C. con lo

---

*Nisi consentiat acceptilatio cum obligatione et nisi verum est, quod in acceptilatione demonstratur, imperfecta est liberatio, quia verbis verba ea demum resolvi possunt, quae inter se congruunt.*

<sup>59</sup>per la formula usualmente adoperata v.:

Gai *Inst.* 3.169: *item per acceptilationem tollitur obligatio. acceptilatio autem est veluti imaginaria solutio. Quod enim ex verborum obligatione tibi debeam, id si velis mihi remittere, poterit sic fieri, ut patiaris haec verba me dicere: Quod ego tibi promisi, habesne acceptum? Et tu respondeas: Habeo.*

<sup>60</sup>ZIMMERMANN, *op.cit.*, pag. 755: "But informal payment as such, although in a substantial sense it satisfied the 'creditor', did not release the person liable from his bondage. The 'obligation had been created by a strictly formal act, and thus it could be 'solved' only by another formal act, which, as a rule, had to correspond to the former ... Solutio per aes et libram and acceptilatio were thus devised as a symmetrical *actus contrarii* to the transactions they were intended to discharge; they provide a good illustration of the ancient idea ... that what has once been done cannot be undone but by a corresponding act – and since all legally relevant act in ancient times were formal, the *actus contrarius* necessarily had to be formal too."

sviluppo socio economico ed il progredire della scienza giuridica in una Roma che, come ci descrive Pomponio<sup>61</sup>, è affollata di starnieri, di stranieri che chiedono giustizia e tutela dei loro diritti ed interessi, nel momento in cui l'*obligatio* acquista una certa astrattezza<sup>62</sup> – non intendendosi più vincolato personalmente il debitore, ma questi tenuto solo all'esecuzione di una determinata prestazione – si inizia a considerare sufficiente all'estinzione dell'obbligazione stessa, senza ricorrere ad alcun formalismo, la *satisfactio* del creditore: *solvere* non viene più ad indicare la materiale liberazione del debitore dal vincolo obbligatorio, ma assume il significato di pagare-adempiere l'obbligazione, la quale non aveva ad oggetto il debitore, ma la prestazione cui questi si era impegnato<sup>63</sup>.

Gli antichi negozi estintivi non furono, però, definitivamente abbandonati e - salvo casi sporadici in cui erano ancora utilizzati per formalizzare un adempimento - il più delle volte la *solutio per aes et libram* e l'*acceptilatio*, solo

---

<sup>61</sup> D.1.2.2.28 (Pomponius libro singulari enchiridii):

*Post aliquot deinde annos non sufficiente eo praetore, quod multa turba etiam peregrinorum in civitatem veniret, creatus est et alius praetor, qui peregrinus appellatus est ab eo, quod plerumque inter peregrinos ius dicebat.*

<sup>62</sup> GUARINO, *Diritto privato, cit.*, pag. 717.

<sup>63</sup> D.50.16.176 (Ulpianus libro quadragensimo quinto ad Sabinum):

*'Solutionis' verbo satisfactionem quoque omnem accipiendam placet. 'Solvere' dicimus eum, qui fecit quod facere promisit.*

*imaginariae*, acquisirono la finalità di estinguere l'obbligazione prescindendo ed indipendentemente dall'adempimento stesso<sup>64</sup>: si raggiungeva così l'effetto di risolvere *ipso iure* un rapporto giuridico con un atto uguale e contrario a quello che lo aveva posto in essere, evidente manifestazione di un sopraggiunto *dissensus* eliminativo della contratta *obligatio*; inizia così ad enuclearsi quello che poi sarà il vero *contrarius consensus*. Espressione del principio di simmetria tra costituzione ed estinzione di un rapporto, esso è originariamente insito nella *solutio* - intesa quale modo di liberazione dal vincolo obbligatorio personale a seguito del pagamento ed eliminazione formale dell'*obligatio* - ma acquista una autonoma connotazione giuridica quando, riconosciuto il pagamento quale effettiva anche se informale *solutio*, gli *actus contrarii* alle *stipulationes* ed *expensilationes* non sono più teleologicamente finalizzati alla loro formale cancellazione a seguito dell'adempimento, ma sostanzialmente diretti all'elisione delle obbligazioni che da esse scaturivano.

---

<sup>64</sup> cfr. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., pag 392: "Gli atti solenni che inizialmente occorreano ad estinguere le obbligazioni rimangono in uso, ma il più delle volte come *imaginariae solutiones*, per dichiarare estinte obbligazioni non effettivamente adempite"; ZIMMERMANN, *op.cit.*, pag. 756: "the evolution of *solutio* as an informal way of terminating obligations did not, incidentally, render *solutio per aes et libram* and *acceptilatio* entirely redundant ... Both of them could, however, conveniently be used where the creditor wished to release his debtor from his obligation without receiving the performance that was due to him."



E' ben probabile, comunque, che tale esigenza di risolvere una *obligatio verbis aut litteris contracta* non ancora adempiuta sia stata anche prima e da sempre avvertita come naturale<sup>65</sup> ed è perciò possibile che la *solutio per aes et libram* e l'*acceptilatio* non fossero considerate solo come atti dovuti a seguito del pagamento per liberare il debitore, ma, sotto forma di *imaginaria solutio*, libera espressione della volontà delle parti di estinguere il vincolo obbligatorio. Espressione, cioè, di una volontà sempre immanente<sup>66</sup>, ma che era costretta e quasi soffocata da un formalismo e da una ritualità ritenuta di per sè sufficiente a conferire validità al rapporto giuridico, sicché sembrava non rilevante il consenso delle parti<sup>67</sup>: la forma, però, non assorbe completamente la volontà, la quale come necessariamente è *consensus* e presiede alla costituzione dell'*obligatio* così è *dissensus* causa della sua estinzione:

---

<sup>65</sup> Gai Inst. 1.1 ... *quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit ...*

<sup>66</sup> PEROZZI, *op.cit.*, pag. 568; cfr. D.2.14.1.3 (Ulpianus libro quarto ad edictum)

*Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt. adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.*

<sup>67</sup> cfr. CORBINO, *Negozio e forma in età decemvirale. Una lezione*, in *Opuscula 3 - Centro Studi romanistici V. Arangio-Ruiz - a cura di A. ADAMO*, Napoli, 1995, pag.8 : “*il negotium, l'affare che i soggetti concludono non si identifica con la forma che lo realizza, è qualcosa che sta a monte, spesso temporalmente ma comunque sempre logicamente*”.

D.50.17.35 (Ulpianus *libro quadragensimo octavo ad Sabinum*):

*Nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est. Ideo verborum obligatio verbis tollitur: nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur.*

Tale brano non è ritenuto nella sua formulazione genuino e molti attraverso una attenta analisi esegetica ne hanno messo in evidenza le interpolazioni non solo stilistiche ma anche sistematiche<sup>68</sup>, nonostante ciò non si può ritenere che le denunciate emende possano offuscare la genuinità del principio di scioglimento tramite *dissensus* prima della *stipulatio* tramite *acceptilatio*<sup>69</sup> e poi dei contratti consensuali per *contrarius*

---

<sup>68</sup> cfr. STOLL, *cit.*, pag.7: “*Wie schon aufgedeckt, ist die Stelle spärlich anstößig: dissolvere statt dissolvi, quidque statt quid; ob eo statt eodem wirklich zu beanstanden ist, erscheint mir fraglich, eodem wäre nur zu erwarten, wenn hervorgehoben werden sollte: in gleicher Weise; is=idem ist auch sonst gebräuchlich.*” Dal confronto, poi, con D.46.4.8.3, tratto sempre dal libro 48 del Commentario a Sabino, vengono evidenziate ulteriori interpolazioni, ma ciò che si sottolinea è la singolarità della locuzione *consensus obligatio* e si ritiene in particolare che “*die Kompilatoren in Anwendung ihres Symmetriegesetzes parallel zu ‘verborum obligatio’ eine ‘nudi consensus obligatio’ gebildet haben; so entstand der Satz: nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur.*” Della stessa opinione KNÜTEL, *Contrarius consensus*, pag. 17: “*Für die in D.50.17.35 überlieferte Erwähnung der Konsensualkontrakte war in diesem Zusammenhang kein Platz. Zu dem systematischen Unechtheitsindiz gesellt sich das sprachliche: Die nudi consensus obligatio ist ein novum und nur als späte Parallelformulierung zur echten verborum obligatio erklärlich. Der Passus nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur dürfte demnach von den Kompilatoren stammen.*”

<sup>69</sup> cfr. GROSSO, *L’efficacia dei patti*, *cit.*, pag. 36: “*Le scorrettezze formali di questo, notate dai vari scrittori che se ne occuparono, non sono decisive ... ma nel loro complesso hanno un certo peso e non è improbabile che si tratti del rifacimento compilatorio di un brano classico in cui si parlava solo dell’acceptilatio e della sua corrispondenza colla forma della stipulatio. Ma tutto ciò si può attribuire alla mania sistematizzatrice dei compilatori, e non se ne può trarre*

*consensus*; non potrebbe essere diversamente: pensare che la *Symmetriegesetz* sia una invenzione dei compilatori, che per darle una certa importanza la abbiano inserita, alterandoli, in brani classici, equivarrebbe quasi a negare alle parti il naturale potere universalmente riconosciuto, ed immanente nel consenso costitutivo, di sciogliere concordemente un rapporto tra loro intercorrente.

Il *contrarius consensus* appare, così, dai suoi primordi, come il frutto della privata autonomia, del potere attribuito alle parti di regolare i propri interessi conformemente ai principi ed ai valori espressi dall'ordinamento<sup>70</sup>, coerentemente con il sistema giuridico inteso non come rigido insieme di norme, ma come armonia di principi dettati dalla ragionevolezza e dalla utilità dell'agire umano, dal che la rilevanza di una volontà diretta non solo a vincolare, a affermare, a acquistare una posizione, ma anche a liberarsi, a dismettere, a dissolvere.

Se, come è testimoniato dalla mancanza di una precisa designazione, il *dissensus* in principio era qualcosa di naturalmente sentito ma non giuridicamente definito, è probabile

---

*argomento contro la genuinità del principio dello scioglimento dei contratti consensuali per contrarius consensus.*"

<sup>70</sup> non "l'atto di una volontà autorizzata dall'ordinamento a perseguire un suo scopo", SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989, pag. 125.

che allorquando le esigenze del commercio interno e dei traffici internazionali spinsero il *praetor peregrinus* a superare il formalismo del *ius civile*, ammettendo che delle *obligationes* potessero derivare dal puro e semplice accordo comunque manifestato, il *contrarius consensus*, già intuito con *imaginaria solutio* dei vincoli formali, abbia acquisito la distinta e precisa connotazione di negozio risolutorio.

Con il diffondersi dei contratti consensuali la parabola evolutiva del *dissensus* è compiuta: nell'antico rigido formalismo per ogni forma di conclusione vi era una necessaria parallela forma di liberazione dal vincolo obbligatorio; ad un tratto ci si accorse che con gli stessi *actus contrarii*, necessari per ottenere la *solutio*, si poteva anche semplicemente, sempre in ossequio alla forma, procedere ad una risoluzione del rapporto senza che questo fosse adempiuto; abbandonato qualsiasi formalismo si riconosce al consenso, niente poteva essere tanto naturale, il potere così di vincolarsi come di sciogliere un negozio<sup>71</sup>:

D.46.3.80 (Pomponius *libro quarto ad Quintum Mucium*): *Prout quidque contractum est, ita et solvi debet: ut, cum re contraxerimus, re solvi debet: veluti*

---

<sup>71</sup> GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., pag. 107.

*cum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat. et cum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debet, verbis, veluti cum acceptum promissori fit, re, veluti cum solvit quod promisit. aequae cum emptio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest.*

All'enunciazione secondo cui come una cosa è stata contratta così deve sciogliersi, non proprio coerentemente, segue l'affermazione che l'*obligatio verbis contracta* può sciogliersi non solo *verbis*, in ossequio a quanto premesso ed in applicazione al principio di simmetria sotteso al *dissensus-solutio*, ma anche *re*, col pagamento; nei contratti consensuali si ammette la possibilità di scioglimento *consensu*, ferma ognora la piena efficacia della estinzione *re*. Il pagamento come mezzo generale di estinzione nel momento in cui trova la propria completa applicazione confina in un limitato ambito operativo, quello dei contratti consensuali, il *dissensus*. Ed allora, da fatto generale di estinzione delle obbligazioni, valevole per la legge di simmetria pressoché per tutti i rapporti obbligatori, diventa solo uno dei modi di scioglimento e solo dei contratti consensuali: il

concorrente ricorso al pagamento, inteso ora questo sì come atto estintivo a carattere generale, ha permesso, però, di evidenziare nel dissenso altre caratteristiche funzionali che non solo ne hanno consentito la sopravvivenza, ma risaltato particolarità prima sottovalutate; l'esplicazione dello scioglimento *consensu* va così al di là della semplice obbligazione investendo tutta la posizione giuridica ed il complesso di rapporti che nel contratto trovano propria origine e giustificazione causale.

Il *contrarius consensus* acquista una propria nuova fisionomia giuridica distaccandosi dagli originari modi di estinzioni delle obbligazioni, andando ad incidere direttamente sul contratto e non solo sui suoi effetti obbligatori: non più un modo solutorio dell'obbligazione, l'unico in principio esperibile per ottenere la liberazione a seguito della soddisfazione del creditore, ma strumento mediante il quale - abbandonato qualsiasi formalismo e riconosciuta la vincolatività della *voluntas* comunque espressa - prescindendo anche dal pagamento, che dandone esecuzione da solo scioglieva le obbligazioni adempiute, anzi indipendentemente dalla realizzazione del credito e proprio per evitare questo, senza ricorrere ad alcuna finzione, si poteva rimuovere il fondamento eziologico del vincolo stesso.

Dal *dissensus-solutio* si è passati al *dissensus-dissolutio*, laddove la *solutio* riguardava la sola *obligatio*, la *dissolutio* travolge l'intero contratto. Il *dissensus* non è più solo e necessariamente *solutio*, non più un atto dovuto, del quale la volontarietà degli effetti aveva poca o nessuna rilevanza, ma nuovo “*accordo delle parti senza alcuna formalità che un bonae fidei contractus fra esse concluso abbia ad essere revocato*”<sup>72</sup>. E' la libera scelta dei contraenti di tornare sui propri passi, di riesaminare e di ripensare quanto stabilito, ritrattando una volontà manifestata in maniera perfettamente valida ed efficace ma di cui ci si è pentiti, è, soprattutto, l'accordo delle parti portante effetti opposti a quello da negare.

---

<sup>72</sup> WINDSCHEID, *ult.cit.*.

### 1.3 ANALISI DELLE FONTI

La panoramica generale delle fonti - interpretate spesso in maniera contrastante e di cui è discussa la genuinità e classicità<sup>73</sup> - si presenta particolarmente complessa per la già segnalata varietà delle espressioni utilizzate per indicare l'istituto in oggetto. I riferimenti vanno da quelli in cui vi è espressa menzione del *contrarius consensus*, in D. 50.17.35 e D. 18.5.3, si parla di una *contraria voluntas*, in I. 3.29.4 e C. 4.45.1, oggetto è un *mutuus dissensus*, in D. 46.3.80, è citato il *consensu*, in D. 2.14.58 e C. 4.45.1, la risoluzione si ottiene *conventionem*, in D. 18.5.2 e D.18.5.5.1, ci si rifà, infine, al *dissensu*, in D.17.2.65.3<sup>74</sup>.

Senza voler tentare di restituire una lettura aderente alla versione originaria dei testi, depurata da ogni eventuale

---

<sup>73</sup> La dottrina, invero, è troppo spesso abbagliata dai riverberi del diritto positivo tende a ricostruire il *contrarius consensus* in una dimensione quasi attuale, o comunque è a tratti condizionata dal coevo dibattito sugli effetti del cd. Aufhebungsvertrag nel diritto positivo, cfr. DEIANA, *Contrarius consensus*, in *Riv. dir. priv.*, 1939, I, pag. 89 e ss; STOLL, *op.cit.*, pag. 30; senza considerare poi che data la stretta relazione tra il *contrarius consensus* e lo studio dei cd *iudicia bonae fidei*, molti pur di sostenere con maggiori argomentazioni le proprie teorie non esitano a proporre svariate letture delle fonti..

<sup>74</sup> altre espressioni sono riportate: *ABIRE* in D. 18.1.6.2 (*abire a tota emptione potest*), D. 18.5.1 (*conveniat, ut abeatur a venditione ... abiri pacto ab emptione*), D.2.14.7.6 (*posse abiri ab emptione*); *DISCEDERE* in D.18.5.2 (*discesimus ab priore emptione*), D. 18.5.5 pr. (*a negotio discedatur*), D. 18.5.7 (*pactum ut discedatur ab emptione*), D. 4.2.21.4 (*metu coactus ab emptione discedere*), D. 20.6.10 (*placuit ut a venditione discederet*), D. 46.3.95 (*ut ab emptione discedatur*), C. 4.45 R (*quando liceat ab ab emptione discedere*); *DISSOLVERE* in I.3.29.4 (*placuerit ut discederetur ab emptione et venditione*), D. 2.14.7.6 (*dissolvi pro parte emptionem*), C. 4.45.2 (*consensu posse dissolvi*), C. 4.45.1 (*contrariae voluntatis adminiculo dissolvitur*); *RECEDERE* in D. 18.1.72 (*recessum a priore contractu*), D. 2.14.7.6 (*posse in parte recedi – pactus, utab emptione recederetur*), D. 20.6.10.1 (*ex venditio recessum*), C. 4.45.1 (*consensu recedi potest*); *RESOLVERE* D. 12.6.23(*resoluta transactio*), C. 4.45.1 (*nuda voluntas resolvit emptionem*); *IRRITA FIERI* in D. 19.1.11.6 (*ut emptio irrita fieret*), D. 18.5.2 (*conventionem infecta fieri emptio*); *TOLLERE* in D. 2.14.27.2 (*si pactum totam obligationem sustulerit*).



alterazione dovuta alle edizioni e compilazioni successive<sup>75</sup> - evitando così il rischio di ripercorrere le strade della serrata e quasi estrema<sup>76</sup> critica interpolazionistica, la cd. *Interpolationenjagd* - ed allo stesso modo non illudendosi che le interpolazioni, salvo qualche eccezione, non sono nè innovative, nè sostanziali, ma puramente formali - non indulgiando così nell'opposto di un quasi superficiale *Konservativismus*<sup>77</sup> - non dimenticando che solo da una esatta comprensione dell'autentico significato dei testi si può tentare di trarre una quanto meno probabile individuazione della natura e disciplina di un istituto<sup>78</sup>, si procederà ad una analisi auspicabilmente immune da ogni ascientifico pregiudizio di quelle che appaiono le più significative testimonianze del *dissensus* a Roma<sup>79</sup>, laddove poi di volta in volta per lo studio di singoli aspetti della fattispecie ci si soffermerà anche a valutare le fonti che direttamente li

---

<sup>75</sup> GUARINO, *Giusromanistica*, cit., pag. 151, nonchè per lo studio della metodologia: GUARINO, *L'esegesi delle fonti del diritto romano*, a cura di LABRUNA, Napoli, 1968.

<sup>76</sup> GUARINO, *Giusromanistica*, cit., pag. 165.

<sup>77</sup> KASER, *Zur Glaubwürdigkeit der römischen Rechtsquellen (Über die Grenzen der Interpolationenkritik)*, in *La critica del testo*, Milano, 1971, pag. 291 e ss.

<sup>78</sup> Cfr. FADDA, *Istituti commerciali del diritto romano - Introduzione*, con una nota di lettura di BOVE, Napoli, 1987, pag. 3: "cercando nell'analisi esegetica dei loro scritti quell'indirizzo logico sempreimmortale e che li fa vivere di gioventù sempre rinnovatesi".

<sup>79</sup> cfr. GUARINO, *Sulla credibilità della scienza romanistica moderna*, in *Studi in memoria di Guido Donatuti*, Milano, 1973, pag. 479 e ss. e specialmente pag. 497: "Nell'indagine romanistica, così come in qualunque seria ed avveduta indagine storiografica, l'esegesi critica delle fonti è e deve essere un prius legittimato da tale innegabile possibilità: la possibilità che ogni testo a noi pervenuto per tradizione successiva alla sua prima e originale edizione sia alterato nella forma ed eventualmente anche nella sua portata sostanziale".

riguardano.

I brani sui quali, quindi, concentreremo la nostra attenzione attengono al *contrarius consensus* in generale, per meglio dire al principio che i contratti consensuali si sciolgono per *contrarius consensus*, principio diretta derivazione della sopraccitata legge di simmetria applicato fin dall'epoca classica per ottenere la risoluzione convenzionale di un obbligo<sup>80</sup>.

Ci siamo già occupati del frammento

D.50.17.35 (Ulpianus *libro quadragensimo octavo ad Sabinum*): *Nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est. ideo verborum obligatio verbis tollitur: nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur.*

ed abbiamo constatato<sup>81</sup> che la dottrina è generalmente portata a negare l'autenticità della prima parte, trattandosi di una affermazione generica aggiunta per mania sistematizzatrice dai compilatori<sup>82</sup> collegata malo modo da un *ideo* indizio caratteristico di interpolazione additiva; sembrerebbe inoltre estraneo alla cultura giuridica classica il parallelismo tra lo

---

<sup>80</sup> GROSSO, *L'efficacia*, cit., pag. 49.

<sup>81</sup> cfr. *amplius* nt. 63 e 63.

<sup>82</sup> GROSSO, *L'efficacia*, cit., pag.36; STOLL, *op.cit.*, pag. 7; SIBER, *op.cit.*, pag. 68, in particolare nt. 2; KÜTEL, *op.cit.*, pag. 15.

scioglimento tramite *acceptilatio* di una *obligatio verbis* ed a mezzo *contrarius consensus* di un contratto consensuale, dovendosi allora espungere come *nachklassisch* pure l'ultima parte del passo.

Se si può concordare che la parte introduttiva del frammento sia spuria<sup>83</sup>, non ritengo assolutamente, anche alla luce della ricostruzione del fenomeno condotta nel precedente paragrafo, di potere ritenere alterata la restante: era insito nella normale logica giuridica il principio di scioglimento dei contratti consensuali mediante un *actus contrarius* analogamente a quanto avveniva, non più solo a seguito dell'adempimento, con lo scioglimento di una *stipulatio* tramite *acceptilatio*. Anche la collocazione e provenienza dello stesso sembrerebbe avvalorarne la sostanziale genuinità. Esso, infatti, viene inserito<sup>84</sup> tra

#### D.46.4.8.3 (Ulpianus libro quadragesimo octavo ad

---

<sup>83</sup> altro esempio della detta propensione dei compilatori per l'enunciazione di principi generali è solitamente individuato in:

D. 50.17.100 (*Gaius libro primo regularum*): *Omnia, quae iure contrahuntur, contrario iure pereunt.*

Quello che era apparso un principio di carattere quasi naturale, assume ora i connotati di una stretta giuridicità: laddove è il diritto a consentire che un vincolo venga contratto, lo stesso diritto ne consente la dissoluzione. Colpisce qui come il contrasto non sia tra il *consensus* ed il *contrario consensus* ma tra *iure* e *contrario iure*: è il diritto, la regola che le parti si danno, a essere colto nella sua dinamicità, è qui la vera autonomia negoziale, la facoltà di convenire e risolvere un rapporto, ciò che a distanza di quasi due millenni il nostro legislatore ha affermato ammettendo che col contratto le parti possono “*costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*”. Questo frammento è ritenuto per ragioni analoghe a quello in esame *in toto* non autentico: “*Die Regel leidet jedoch unter der typischen Schwäche einer zu starken Verallgemeinerung und entbehert eines konkreten Aussagegehalts.*”, KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., pag. 3.

<sup>84</sup> LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, Lipsiae, 1889, 2, pag. 1188, Ulp. 2955.

*Sabinum): Acceptum fieri non potest, nisi quod verbis colligatum est: acceptilatio enim verborum obligationem tollit, quia et ipsa verbis fit: neque enim potest verbis tolli, quod non verbis contractum est.*

e

D. 46.2.2 (Ulpianus libro quadragensimo octavo ad Sabinum): *Omnes res transire in novationem possunt: quodcumque enim sive verbis contractum est sive non verbis, novari potest et transire in verborum obligationem ex quacumque obligatione, dummodo sciamus novationem ita demum fieri, si hoc agatur, ut novetur obligatio: ceterum si non hoc agatur, duae erunt obligationes.*

passi questi ultimi ritenuti genuini<sup>85</sup>, riguardanti entrambi l'estinzione di una obbligazione tramite *acceptilatio* o successiva novazione: si noti, però, come il primo brano tratti solo delle obbligazioni *verbis contractae* mentre il secondo *sive non verbis*. Se, come si sostiene, D. 50.17.35 riguardava solo le obbligazioni *verbis contractae* e non anche quelle *nudi consensus* allora

---

<sup>85</sup> KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., pag. 16.

bisognerà considerare interpolato anche D.46.2.2, dovendosi eliminare il riferimento alle obbligazioni anche *non verbis*, se, viceversa, D.46.2.2, come si sostiene unanimemente, è immune da censure allo stesso modo si dovrà considerare D.50.17.35: Ulpiano, forse riprendendo il pensiero di Sabino, dapprima in D. 46.4.8.3 illustra le modalità di estinzione di una *obligatio verbis* tramite *acceptilatio*, dopo di che in D. 50.17.35 afferma che con un *actus* ugualmente *contrarius*, in virtù della legge di simmetria delle forme che è sottesa allo scioglimento di qualsiasi rapporto, non solo le prime ma anche le oramai maggiormente diffuse *obligationes consensu contractae* possono essere estinte per *contrarius consensus*, precisando infine in D. 46.2.2 che qualsiasi tipo di rapporto obbligatorio può essere novato e pertanto estinto quale effetto automatico della sostituzione del rapporto che *transire in verborum obligatione*<sup>86</sup>.

Un passo su cui pure riflettere e che sicuramente suscita grande interesse è:

D.18.5.3 (Paulus *libro trigensimo tertio ad edictum*):

---

<sup>86</sup> nè può considerarsi contraddittorio D. 46.4.8.3 *neque enim potest verbi tolli, quod non verbis contractum est* e D. 46.2.2 *enim sive verbis contractum est sive non verbis, novari potest e transire in verborum obligationem*: non si deve dimenticare il rigido formalismo che era alla base della *acceptilatio*, il quale di per sè impedirebbe l'utilizzo di quest'ultima per l'estinzione di una obbligazione *non verbis*, salvo che essa, che *ex alia causa debeat, potest in stipulationem deduci et per acceptilationem dissolvi* (Gai Inst.).

*Emptio et venditio sicut consensu contrahitur, ita contrario consensu resolvitur, antequam fuerit res secuta: ideoque quaesitum est, si emptor fideiussorem acceperit, vel venditor stipulatus fuerit, an nuda voluntate resolvatur obligatio. Iulianus scripsit ex empto quidem agi non posse, quia bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt: an autem fideiussori utilis sit exceptio, videndum: et puto liberato reo et fideiussorem liberari. item venditorem ex stipulatu agentem exceptione summoverti oportet, idemque iuris esse, si emptor quoque rem in stipulationem deduxerit.*

Stando ad una parte della dottrina<sup>87</sup>, come tutto il titolo D.18.5 *De rescindenda venditione et quando licet ab emptione discedere*, anche il passo in oggetto sarebbe influenzato dalle originali costruzioni dogmatiche e teoriche delle scuole orientali di diritto del Basso Impero, espressioni di uno spirito ed un metodo *qui forment un profond contraste avec la delicate e pénétrante casuistique qui constituait le propre des jurisconsultes classiques*, tendenza che si manifesterebbe specie in tema di scioglimento dei contratti: *pour la résolution appliquant le grand*

---

<sup>87</sup> SOUBIE, *Recherches sur les origens des rubriques du digeste*, Tarbes, 1960, pag. 151.

*principe de la symétrie de formes, les juristes orientaux attribuent-ils une signification déterminante à la manifestation de volonté des parties* ed è per questo che *la rubrique D. 18.5 ne peut donc être rattachée à un œuvre classique, mais paraît constituer le témoignage de préoccupations particulières à la doctrine postclassique*<sup>88</sup>. In quest'ottica viene assolutamente negata la genuinità dell'introduzione del frammento non solo in quanto *er ist ebenso der byzantinischen Vorliebe für den Konträraktgedanken entsprungen wie der Schlußsatz in D. 50.17.35*<sup>89</sup>, ma anche poichè, interpretando il significato dell'intero passo, oggetto in seguito di più attenta valutazione, ne hanno evidenziato un certa incoerenza: l'affermazione secondo cui la compravendita, prima di qualsiasi atto di adempimento, sia risolvibile per mutuo dissenso non sarebbe logicamente correlata con il successivo sviluppo del ragionamento, indirizzato più verso l'enucleazione della posizione del fideiussore/garante, piuttosto che all'analisi dei presupposti dell'estinzione del contratto<sup>90</sup>.

---

<sup>88</sup> SOUBIE, *op.cit.*, pag. 154, nello stesso senso cfr. STOLL, *op.cit.*, pag. 24.

<sup>89</sup> STOLL, *op.cit.*, pag. 10.

<sup>90</sup> STOLL, *ult. cit.*: "*Der Tatbestand, mit dem Klassiker begann, folgt erst nach der allgemeinen Phrase, mit ideoque ungeschickt und unlogisch angeküpft: denn entweder ist die Frage dadurch veranlaßt, daß die Auflösung contrario consensu nur erfolgen kann 'antequam res fuerit secuta' und zweifelhaft ist, od die Bürgerstellung oder die promissio ... nich schon als*

Appare forse però preferibile una lettura conservativa della fonte che ne coglie meglio lo spirito senza epurarla radicalmente: Paolo, enunciato il principio dello scioglimento della compravendita per mutuo dissenso “*antequam fuerit res secuta*”, riferisce di due *questiones* sorte consequenzialmente e si domanda se il *contrarius consensus* si applichi anche quando è stata prestata una fideiussione o il compratore abbia assunto, in novazione dell’*obligatio ex voluntate*, una *obligatio ex stipulatu*, dubitandosi in questi casi della permanenza del requisito della *cd. res integra*, la risposta viene prontamente fornita col richiamo all’autorità di un precedente: *Iulianus scripsit ex empto quidem agi non posse*, avendo esplicito i suoi effetti il *contrarius consensus*, poichè le prestazioni principali non sono state ancora eseguite, a nulla rileva che siano state prestate delle garanzie o rafforzato un obbligo con la *stipulatio*.

Essendo chiarito il concreto significato del passo, che dal

---

*Teilerfüllung anzusehen ist; in diesem Falle würde die Entscheidung auf den Kernpunkt der Frage keine Antwort geben – oder die Frage besteht darin, ob mit der Auflösung des Kaufes auch der Bürge ipso iure oder ope exceptionis frei wird: dann besteht kein Zusammenhang mit der Einleitung, Denn daß Konsensualverträge formlos aufgehoben werden können, wäre kein Grund zur Frage, in welcher Weise der Bürge frei wird: auch dürfte dann die schon bejahte Frage nicht wiederholt werden, sondern müßte auf die Bürgenhaftung abgestellt sein. Die Einleitung: emptio – ideoque ist daher zu streichen.”, arrivando poi alla categorica e sicuramente indivisibile conclusione che “Demnach gehört der Ausdruck contrarius consensus dem klassischen Recht nicht an.”.*



punto di vista formale non è sospetto di gravi alterazioni<sup>91</sup>, è evidente come Paolo, riferendosi alla *emptio venditio*, quale esempio ed archetipo dei contratti consensuali, abbia affermato l'efficacia del *contrarius consensus* come modo generale di estinzione di un rapporto giuridico e di quelli che da esso direttamente dipendono, in ossequio al principio di simmetria e corrispondenza tra il modo di conclusione e quello di scioglimento di un contratto, la cui classicità non sembra discutibile.

Di *dissensus contrarius* si parla in

D.46.3.80 (Pomponius libro quarto ad Quintum Mucium): *Prout quidque contractum est, ita et solvi debet: ut, cum re contraxerimus, re solvi debet: veluti cum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat. et cum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debet, verbis, veluti cum acceptum promissori fit, re, veluti cum solvit quod promisit. aequae cum emptio vel venditio vel locatio*

---

<sup>91</sup> per la sua sostanziale genuinità: BIONDI, Iudicia bonae fidei, in *APA*, 1918, pag. 23; GUARINO, *Per la storia del contrarius consensus*, in *Labeo*, 1968, pag. 279; SIBER, *op.cit.*, pag. 77 espunge solo [*quia bonae fidei – videndum*] e [*oportet – deduxerit*] facendo così l'enunciato iniziale di cui qui precipuamente ci stiamo occupando; KNÜTEL, *Contrarius consensus, cit.*, pag. 31 segnala solo che "*vielleicht ist vor item eine nähere Begründung weggefallen, die Paulus für seine Ansicht brachte. Vielleicht knüpfte Paulus auch hier an eine Äußerung Julians an.*", non sollevando altre questioni.

*contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest,  
etiam dissensu contrario dissolvi potest.*

Abbiamo già incontrato questo testo nel tratteggiare l'emersione del fenomeno risolutorio, ora il nostro interesse sarà portato alla critica che ad esso è stata fatta.

Il frammento è stato estrapolato dal commento di Pomponio all'opera *Iuris civilis libri XVIII* di Q.Mucio Scevola e più esattamente dalla sezione relativa ai legati<sup>92</sup> ed inserito nel quarantaseiesimo libro dei *Digesta Iustiniani* sotto il titolo terzo *De solutionibus et liberationibus*: l'originaria collocazione e la successiva compilazione sotto il titolo comprendente i modi di estinzione e liberazione dalle obbligazioni fanno presumere che il testo originariamente avesse specificamente ad oggetto solo la *liberatio legata*, ossia la disposizione testamentaria a titolo particolare mediante la quale il testatore dispone che un debito gravante sul patrimonio del legatario vada estinto. La casistica quanto mai varia dei legati prevedeva, difatti, il cd. *legatum liberationis*, comportante l'obbligo per l'onerato (*a quo legatum est*) di liberare il *legatarius* da un debito di questi verso il testatore, l'onerato stesso od un terzo. Il fatto evidentemente che

---

<sup>92</sup> LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, Lipsiae, 1889, 2, pag. 63 mA.5, Pomp. n. 239.

fosse un *legatum per damnationem*<sup>93</sup>, come tale fonte di obblighi, e che avesse ad oggetto l'estinzione disposta per legato di una obbligazione, devono aver comportato una confusa compilazione del brano e la nuova collocazione ad opera dei commissari di Giustiniano. E' noto, infatti, come i giuristi romani, rilevatane l'analoga rigidità formale ed i simili effetti, anche sul piano processuale, assimilassero le obbligazioni nascenti da *stipulatio* e da *legatum per damnationem*<sup>94</sup> e che nel discutere dei principi generali delle obbligazioni e dei modi di estinzione attingessero in maniera fungibile a casi e soluzioni svolti in base ai due simili paradigmi della stipulazione e del legato<sup>95</sup>: Pomponio forse si era interessato solo del modo di estinzione tramite *acceptilatio* dell'obbligazione oggetto del *legatum liberationis*; non si può però escludere che il giurista si sia occupato anche dei modi di estinzione delle obbligazioni in genere e che, in ragione di ciò, i compilatori abbiano utilizzato in un contesto differente dal diritto successorio tale frammento.

---

<sup>93</sup> L'antica formula da cui prende il nome era: "*Titius heres meus Seio sestertium X mila damnas esto dare*".

<sup>94</sup> cfr. D.45.2.9 pr. (Papinianus libro vicensimo septimo quaestionum)

*Eandem rem apud duos pariter deposui utriusque fidem in solidum secutus, vel eandem rem duobus similiter commodavi: fiunt duo rei promittendi, quia non tantum verbis stipulationis, sed et ceteris contractibus, veluti emptione venditione, locatione conductione, deposito, commodato testamento, ut puta si pluribus heredibus institutis testator dixit: 'Titius et Maevius Sempronio decem dato'*

<sup>95</sup> ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., pag. 356.

In dottrina sono state sospettate alcune alterazioni: la più evidente è proprio *dissensu contrario*, due termini negativi evidentemente svista di qualche amanuense, dovendosi leggere *consensu* in luogo di *dissensu*<sup>96</sup>, ma ciò che maggiormente si mette in dubbio è il riferimento ai contratti reali ed al loro adempimento<sup>97</sup>: non si dimentichi, invero, che con la *liberatio legata* si rinunciava proprio all'adempimento. Dopo l'enunciazione del principio secondo cui nelle medesime forme in cui si è contratta così deve essere estinta un'obbligazione, l'esempio che immediatamente è segnalato riguarda una *obligatio re contracta*, che *re solvi debet*, solo che facendo il caso del mutuo la sua estinzione coincide non con un formale *actus contrarius* con cui il mutuante rinuncia di fatto al credito, ma con l'adempimento dell'obbligazione restitutoria del mutuatario che *retro pecuniae tandundem solvi debeat*<sup>98</sup>: i riferimenti alle obbligazioni reali - non solo non pertinenti, ma addirittura forvianti, se letti come normale adempimento e non

---

<sup>96</sup> considera inusuale il termine STOLL, *op. cit.*, pag. 14 ed ivi nt. 1: "*statt 'voluntate' ist hier 'dissensu' von den Kompilatoren eingesetzt worden*".

<sup>97</sup> SIBER, *op.cit.*, pag. 69: "*Die Ausdehnung des Kontraktgedankens auf Realkontrakte ist scholastische Spielerei*".

<sup>98</sup> SIBER, *op.cit.*, pag. 69: "*die Schuldtilgung bei der Rückzahlung ist Erfüllungswirkung und beruht natürlich auf der Befriedigung des Gläubigers, nicht auf der zufälligen Formgleichheit mit dem, Begründungsakt*".

risoluzione<sup>99</sup> - sono, pertanto, da ritenere alterati; il discorso nella versione originaria forse aveva ad oggetto l'esempio di un mutuo concesso al legatario, magari poi novato in una *stipulatio*, ma il passo è così confuso<sup>100</sup> e le soluzioni a tratti illogiche che si possono formulare solo delle ipotesi<sup>101</sup>.

Non è revocabile in dubbio, invece, che si affermi il principio di simmetria quale giustificazione di un *actus contrarius* estintivo di una obbligazione che non deve essere adempiuta per volontà del testatore e non è escluso, ma neanche certo, che l'applicazione della corrispondenza fra conclusione e scioglimento come ai contratti reali così ai contratti consensuali e per essi alla *emptio venditio* sia frutto della rielaborazione giustiniana. La sola espressione *consensu nudo* di per sé

---

<sup>99</sup> una mia personale interpretazione è fornita al § 3.3

<sup>100</sup> GROSSO, *Il sistema*, cit., pag. 109: “*Ne nasce la stortura che presenta D.46.3.80, di cui è difficile dire quale sia lo spunto genuino: vi si tenta una classificazione in rapporto al solvi debere e per l'obligatio verbis contracta si parla di scioglimento re o verbis, turbando così l'enunciazione iniziale della corrispondenza, mentre poi per i contratti consensuali si parla solo della possibilità di scioglimento nudo consensu, al che si aggiunga l'nadeguatezza nei confronti delle diverse cause di estinzione dell'obbligazione. In ogni modo, il valore del principio della corrispondenza nella sua concretezza risulta abbastanza chiaro.*”

<sup>101</sup> cfr. l'interpretazione proposta da KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., pag. 10: “*der Erblasser dem Schuldner ein Darlehen gewährt, di Summe stipuliert und später ein Befreiungsvermächtnis ausgeworfen hatte*”, sulla falsa riga di analogo ragionamento seguito in D.46.2.7 (Pomponius libro vicensimo quarto ad Sabinum)  
*Cum enim pecunia mutua data stipulamur, non puto obligationem numeratione nasci et deinde eam stipulatione novari, quia id agitur, ut sola stipulatio teneat, et magis implendae stipulationis gratia numeratio intellegenda est fieri.*

Come un'ipotesi potrebbe essere che Pomponio abbia considerato il caso che il testatore per gratificare il legatario lo abbia liberato dall'esecuzione di un contratto tra loro ormai concluso avente ad oggetto la compravendita di un fondo, la locazione di un immobile o la prestazione di alcune forniture.

potrebbe suscitare qualche incertezza<sup>102</sup>, la congiunzione *aeque* potrebbe essere indizio di una aggiunta, le doppie ripetizioni del *vel* e del *potest* sono stilisticamente poco piacevoli, ma non si può negare l'analogia tra la *liberatio legata* da una *obligatio verbis* ed il *contrarius consensus* di un contratto consensuale, comportando ugualmente quest'ultimo l'estinzione del rapporto senza adempimento sulla base della sola considerazione del parallelismo tra la natura-causa dell'atto costitutivo ed estintivo del vincolo, natura-causa che è insita nella forma per la prima e nel consenso per il secondo<sup>103</sup>.

Ciò che ci conforta della classicità del principio del *contrarius consensus* è appunto la sua forte analogia con quello dell'atto contrario estintivo dei contratti formali: se alterazioni di questo passo, come di altri, da parte dei giustinianeî vi sono state esse non certo provano che i compilatori elaborarono tale principio, semmai si limitarono a darne una sistematicità per l'invalsa propensione alla teorizzazione<sup>104</sup>.

---

<sup>102</sup> cfr. STOLL, *op.cit.*, pag. 8 nt. 2 e 3

<sup>103</sup> SIBER, *op.cit.*, pag. 70: "Dagegen wirkt der *contrarius consensus* ebenso wie die formalen Konträrakte Tilgung ohne Befriedigung, und daß diese Wirkung ipso iure eintritt, hat denselben formalen Grund wie bei jenen; es beruht darauf, daß er in seiner Konsensualität dem Bedgründungsakt gleichgeformt ist."

<sup>104</sup> GROSSO, L'efficacia dei patti, cit., pag. 38; ID., Il sistema, cit., pag. 107: "queste enunciazioni generali sistematiche risentono della maniera generalizzatrice e sistematrice dei bizantini ed i testi in alcuni punti lasciano alquanto a desiderare, come non scevra di manchevolezze è la stessa enunciazione generale. Il principio, però, risponde bene

## 2.1 RICOSTRUZIONE DOGMATICA DEL *CONTRARIUS CONSENSUS*:

### *ACTUS CONTRARIUS O PACTUM EX INTERVALLO*

Nei libri e nelle scuole di diritto romano si insegna che il *contrarius consensus* è il caratteristico modo di estinzione delle obbligazioni da *contractus* e che esso nei contratti di corresponsione consiste nella decisione consensuale delle parti di non eseguire le obbligazioni convenute ed in quelli di cooperazione di porre fine al consenso inteso come “*continuativo*”<sup>105</sup>. Dietro tale definizione solo apparentemente lineare vi sono molte questioni, ancora non del tutto risolte, che riguardano non unicamente il *contrarius consensus*, ma che investono un po’ tutta la disciplina dei contratti consensuali, del consensualismo in generale e della connessa tutela processuale, tematiche, queste, che non si avrà certo la pretesa di affrontare, pur tenendole presenti e dovendo fare ad esse inevitabile riferimento.

---

*all’autentico sistema romano in cui deve aver avuto una applicazione organica e generale.”; cfr. anche: D.50.17.153 (Paulus libro sexagesimo quinto ad edictum)*

*Fere quibuscumque modis obligamur, isdem in contrarium actis liberamur, cum quibus modis adquirimus, isdem in contrarium actis amittimus. ut igitur nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est.*

<sup>105</sup> GUARINO, *Diritto privato romano, cit.*, pag. 777, nt. 84.2.1; BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1964, pag. 567 e 673 e ss.; MANFREDINI, *op.cit.*, pag. 414; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni, cit.*, pag. 395: “Allo stesso modo le obbligazioni da contratto consensuale si estinguono, re adhuc integra, col *contrarius consensus* o *dissenso*: la norma sembra posta nelle fonti genuine per la sola compravendita, ma non si vede perchè non debba applicarsi anche alla locazione: per la società e per il mandato è assorbita dalla liceità del recesso unilaterale”.

La dottrina che si è interessata dell'argomento ha giustamente rilevato che le non numerosissime fonti a disposizione erano per la loro varietà sconcertanti<sup>106</sup> e così nella tradizione giustiniana appaiono due distinti inquadramenti del *contrarius consensus*: quello che sussumendolo sotto l'antico principio del *contrarius actus*, ne afferma l'operatività quale autonomo modo *iure civili* di risoluzione dei contratti consensuali e quello secondo cui sarebbe un semplice *pactum de non petendo* relativo a reciproche obbligazioni ed operativo *ipso iure* per la sua inerenza ai giudizi di buona fede<sup>107</sup>. Tali concezioni trovano ognuna un appiglio testuale: la prima si richiama in particolare ai già visti D.46.3.80<sup>108</sup> e D.50.17.35<sup>109</sup>, nonchè a I.3.29.4:

*Hoc amplius eae obligationes, quae consensu*

<sup>106</sup> GUARINO, *Per la storia*, cit., pag. 270.

<sup>107</sup> STOLL, *op. cit.*, pag. 72: "Für die Bedeutung des Auflösungsvertrages läßt sich im byzantinischen Recht deutlich eine doppelte Wurzel erkennen: Einmal ist er Anpassung an das erwähnte Symmetriegesetz und in dessen Ausdehnung auf alle KonsensualKontrakte oder sogar auf alle bonae fidei negotia zum selbständigen zivilen Auflösungsgeschäft erhoben worden, so daß ihn als zivilrechtlichen Geschäft ipso iure Wirkung zukommt. Andererseits wird er doch wieder als unselbständiges pactum nudum aufgefaßt und seine ipso iure Wirkung mit Inhärenz der pacta im bonae fidei iudicium zu erklären versucht."

<sup>108</sup> D.46.3.80 (Pomponius libro quarto ad Quintum Mucium):

*Prout quidque contractum est, ita et solvi debet: ut, cum re contraxerimus, re solvi debet: veluti cum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat. et cum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debet, verbis, veluti cum acceptum promissori fit, re, veluti cum solvit quod promisit. aequae cum emptio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest.*

<sup>109</sup> D.50.17.35 (Ulpianus libro quadragesimo octavo ad Sabinum):

*Nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est. Ideo verborum obligatio verbis tollitur: nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur.*



*contrahuntur, contraria voluntate dissolvuntur. Nam si Titius et Seius inter se consenserunt, ut fundum Tusculanum emptum Seius haberet centum aureorum, deinde re nondum secuta, id est neque pretio soluto neque fundo tradito, placuerit inter eos, ut discederetur ab emptione et venditione, invicem liberantur. Idem est et in conductione et locatione et omnibus contractibus, qui ex consensu descendunt, sicut iam dictum est.*

la seconda si rifà<sup>110</sup> specialmente a D.2.14.7.5 (Ulpianus libro quarto ad edictum):

*Quin immo interdum format ipsam actionem, ut in bonae fidei iudiciis: solemus enim dicere pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis. sed hoc sic accipiendum est, ut si quidem ex continenti pacta subsecuta sunt, etiam ex parte actoris insint: si ex intervallo, non inerunt, nec*

---

<sup>110</sup> oltre al già esaminato D.18.5.3, nonché a D.2.14.58 (Neratius libro tertio membranarum):

*Ab emptione venditione, locatione conductione ceterisque similibus obligationibus quin integris omnibus consensu eorum, qui inter se obligati sint, recedi possit, dubium non est. Aristoni hoc amplius videbatur, si ea, quae me ex empto praestare tibi oporteret, praestitisssem et cum tu mihi pretium deberes, convenisset mihi tecum, ut rursus praestitis mihi a te in re vendita omnibus, quae ego tibi praestitisssem, pretium mihi non dares tuque mihi ea praestitisssem: pretium te debere desinere, quia bonae fidei, ad quam omnia haec rediguntur, interpretatio hanc quoque conventionem admittit. nec quicquam interest, utrum integris omnibus, in quae obligati essemus, conveniret, ut ab eo negotio discederetur, an in integrum restitutis his, quae ego tibi praestitisssem, consentiremus, ne quid tu mihi eo nomine praestares. illud plane conventionem, quae pertinet ad resolvendum id quod actum est, perfici non potest, ut tu quod iam ego tibi praestiti contra praestare mihi cogaris: quia eo modo non tam hoc agitur, ut a pristino negotio discedamus, quam ut novae quaedam obligationes inter nos constituentur.*

*valebunt, si agat, ne ex pacto actio nascatur. ut puta post divortium convenit, ne tempore statuto dilationis dos reddatur, sed statim: hoc non valebit, ne ex pacto actio nascatur: idem Marcellus scribit. et si in tutelae actione convenit, ut maiores quam statutae sunt usurae praestentur, locum non habebit, ne ex pacto nascatur actio: ea enim pacta insunt, quae legem contractui dant, id est quae in ingressu contractus facta sunt. idem responsum scio a Papiniano, et si post emptionem ex intervallo aliquid extra naturam contractus conveniat, ob hanc causam agi ex empto non posse propter eandem regulam, ne ex pacto actio nascatur. quod et in omnibus bonae fidei iudiciis erit dicendum. sed ex parte rei locum habebit pactum, quia solent et ea pacta, quae postea interponuntur, parere exceptiones.*

Anche a causa di queste difformi testimonianze sul *contrarius consensus*, prima nella pandettistica e poi nella romanistica moderna<sup>111</sup>, si è aperto un ampio dibattito per l'esatta

---

<sup>111</sup> Per una panoramica delle teorie più risalenti cfr. STOLL, *op.cit.*, pag. 28: “Die rechtliche Natur dieser Abrede, des so. *contrarius consensus* ist in der Wissenschaft umstritten. Es herrschte im gemeinen Recht vor allem Meinungsverschiedenheit darüber, ob der *contrarius consensus* dem *pactum* de non petendo verwandt und als Erlaßvertrag mit beiderseitiger Wirkung aufzufassen oder ein eigenartiger Aufhebungsvertrag sei, der das ganze Schuldverhältnis vernichtet”. L'autore passa poi in rassegna le tesi di UNTERHOLZNER, *Recht*

individuazione della natura ed evoluzione storica, dibattito impostato in termini di contrapposizione tra regime classico e regime bizantino e di cui terremo conto dei principali orientamenti<sup>112</sup>.

La teoria anche in passato maggiormente seguita<sup>113</sup> è stata elaborata da Siber<sup>114</sup>. Lo studioso di Lipsia muove dalla considerazione che “*das römische Recht kennt neben den häufigen*

---

*der Schuldverhältnisse*, 1840, I, pag. 479, secondo cui il *contrarius consensus* è paragonabile ad un *pactum de non petendo* “*als doppelseitig befreiden Erlaßvertrag*”; per VON SCHEURL, *Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts*, Erlagen, I, 1871, pag. 22 e ss., il *contrarius consensus* “*nicht Erlaß, sondern Rücktrittszwecke verfolge*” e “*der ebenfalls ein pactum conventum sei, die Obligation selbst zerstöre und daher ipso iure wirke*”; la tesi sicuramente più rilevante è quella di CZYHLARZ, *Zur Lehre von der Resolutivbedingung*, Praga, 1871, pag. 31 e ss., secondo la cui opinione il *contrarius consensus* è “*ein Ausfluß des Symmetriegesetzes: auf dieselbe Weise, wie Kontraktobligationen geschlossen werden, können sie auch wieder aufgelöst werden; der formlos begründete Konsensualvertrag werde daher durch formlosen Konsens über seine Beseitigung aufgehoben*”, ma tale teoria è particolarmente interessante anche perchè considera che, colpendo “*unmittelbar den Kontrakt selbst als Basis der Obligation*”, “*dem contrarius consensus die Rückwirkung eigentümlich sei, ja daß er sogar dinglich wirke*”; il LEIST, *Über die Wechselbeziehungen zwischen Rechtsbegründungs- und Rechtsaufhebungsakten*, Lipsia, 1876, ha rilevato che il *contrarius consensus* rimuove “*den Anfang der Obligation*”, ne cerca “*die Anerkennung ... durch das römische Recht in einer Erweiterung der Willensfreiheit der Kontrahenten, die auf Grund der Opportunität dieses Aufhebungsaktes in Analogie der Aufhebung imaginaria solutione gewohnheitsmäßig Eingang gefunden habe*”; BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, Erlangen, 1884, pag. 469, considera il *contrarius consensus* “*als wechselseitigen Erlaßvertrag*”, sottolineando che “*eine Rückwirkung nicht möglich sei, da eine Willenserklärung ebensowenig wie eine andere Tatsache ungeschehen gemacht werden könne, und daß aus die Formlosigkeit der Entstehung des Kontraktes höchstens die Formlosigkeit seiner Aufhebung, nicht aber deren Zulässigkeit gefolgert werden könne*”, ammettendo la “*selbständige Natur des contrarius consensus*” ne vede la “*ipso iure Wirkung ... nur darin, daß es im bonae fidei iudicium der Geltendmachung eine exceptio nicht bedarf*” e “*Trotzdem stellt er den contrarius consensus als formell selbständigen Vertrag den beigefügten Nebenverträgen gegenüber und erklärt sein Wesen als wechselseitigen Erlaß: Die Kontrahenten erlassen sich ihre Ansprüche oder entlassen sich aus der Verbindlichkeit*”; la tesi che viene ritenuta prevalente, cfr. GIRARD-MAYR, *System*, Parigi, 1908, pag. 779, vede nel *contrarius consensus* “*ein vertragsvernichtende Aufhebungsakt: Er sei wie die Konsensualverträge ein zur Bedeutung eines Rechtsgeschäftes erhobenes und mit bürgerlich rechtlichen Wirkungen ausgestattetes pactum, das unter Voraussetzung des res integra den Vertrag als Ganzes, nicht in den einzelnen Verbindlichkeiten aufhebe*”. Per ulteriori riferimenti ID., *ult.cit.*, pag. 30, nt. 2; attenta è inoltre la bibliografia della letteratura tedesca di DEIANA, *Contrarius consensus, cit.*, pag. 90, nt. 1.

<sup>112</sup> cfr. anche KÜTEL, *op.cit.*, pagg. 102 e ss.

<sup>113</sup> cfr. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1965, pagg. 428 e ss.

<sup>114</sup> *Contrarius consensus, cit.*, pagg. 68 e ss.

*formalen Aufhebungsakten für Formalgeschäfte auch einen dem formlosen Konsensualkontrakt entsprechenden formlosen Aufhebungsakt*<sup>115</sup>, in virtù della legge di simmetria, e che proprio per le sue caratteristiche e specie per la “*seiner Formlosigkeit*” il *contrarius consensus* era “*ein pactum, aber von dem pactum de non petendo darin verschieden, daß er das Kontraktionsverhältnis als Grundlage der actiones ex contractu ipso iure zerstört, während das pactum de non petendo die einzelne actio als solche betrifft und sie auch in bonae fidei iudicium nur exzeptionsmäßig entkräftet. Dieser Unterschied bleibt auch dann bestehen, wenn man entgegen der bisher herrschenden Meinung annimmt, daß eine formularre exceptio pacti im bonae fidei iudicium nicht nur entbehrlich, sondern überhaupt nicht im Gebrauch gewesen sei, und weiter auch dann, wenn man den materiellrechtlichen Unterschied zwischen ipso iure-Tilgung und exzeptionsmäßiger Entkräftung so gering einschätzt*”<sup>116</sup>: il *contrarius consensus*, formatosi in analogia all’*actus contrarius* dei negozi formali come un autonomo negozio di scioglimento, si differenzia dagli altri modi di estinzione delle obbligazioni e dal cd. *pactum de non petendo* perchè agisce

---

<sup>115</sup> SIBER, *op.cit.*, pag. 68.

<sup>116</sup> SIBER, *op.cit.*, pag. 72.

cancellando senz'altro il contratto e così la causa dell'*obligatio*<sup>117</sup>. Grazie ad una attenta lettura delle fonti Siber vede nel *contrarius consensus* una convenzione indipendente dotata di propria forza e comportante la risoluzione *ipso iure* dell'intero contratto: la sua efficacia è proprio nella consensualità che è alla base del risolvendo negozio; il *contrarius consensus* toglie proprio il fondamento dell'obbligazione, laddove, ad esempio, il *pactum de non petendo* limita unicamente la pretesa creditoria<sup>118</sup>.

A questa concezione si oppose Stoll, il quale, sempre sulla base di un esame critico dei testi, ha evidenziato che mai si parla in essi di un *contrarius consensus*, o analoghe espressioni, “*aus den Quellen läßt sich lediglich feststellen, daß im Anschluß an den Kaufvertrag eine nicht in feste Formel geprägte Abrede üblich war, die Lösung des Vertrages abzielte. Diese formlose Abrede, der sog. contrarius consensus des Pandektenrechts, ist somit, ein einfaches pactum – aber kein selbständiges pactum, das aus sich heraus ‘in Analogie der formalen Konträrakte’ tilgende Wirkung ohne*

---

<sup>117</sup> Da quest'ultimo, poi, la differenza si coglie in maniera più netta specie se lo si riguarda sotto il profilo strutturale: il *pactum de non petendo* è la combiazione, quando come nel caso di specie deve essere reciproco per eliminare le obbligazioni di entrambe le parti, di due negozi unilaterali, il *contrarius consensus*, invece è un unico negozio in cui convergono le volontà delle parti di eliminare reciprocamente la causa e le reciproche obbligazioni, cfr. DEIANA, *Contrarius consensus*, *cit.*, pag. 116.

<sup>118</sup> E' interessante notare la distinzione che pone quest'autore (*op.cit.*, pag. 80) tra un piano processuale, in cui confina il principio di inerenza, ed uno *materiellrechtlich* cui appartiene anche il principio *pacta contineri contractui*, distinzione avvertita in diritto classico ma successivamente confusa dai giustinianeî nella regola *pacta conventa inesse bonae fidei iudicia*.

*Befriedigung herbeiführt, sondern ein unselbständiges pactum*”, che collegato al contratto principale, acquista efficacia in quanto “*die Klausel ‘oportere ex fide bona’ in der formula der Kaufklage den iudex anweist, alle auf den Kaufvertrag bezüglichen Abreden zu berücksichtigen*”<sup>119</sup>. In epoca classica non vi fu, pertanto, una concezione unitaria del *contrarius consensus*, come prova il fatto “*daß in im klassischen Recht für dieses Aufhebungsgeschäft nicht einmal ein Name bekannt war*”, e solo per l’*emptio venditio* si ebbe la consapevolezza della possibilità di un *pactum ut abeat*, la cui efficacia *ipso iure* derivava dall’inerenza al relativo *iudicium bonae fidei*, tale patto si distingueva tuttavia dal *pactum de non petendo* non tanto sotto il profilo teorico quanto per quello pratico, non mirando esso a rimuovere una sola obbligazione ma l’intero rapporto. Solo in diritto giustiniano il *pactum ut abeat* fu ritenuto autonomo negozio risolutivo con efficacia *ipso iure* di tutti i contratti consensuali in applicazione della legge di simmetria, ma non mancarono i richiami anche ad un nudo patto non autosufficiente, la cui efficacia era giustificata con l’inerenza ai *iudicia bonae fidei*<sup>120</sup>: questo duplice *Grundlage* dell’accordo risolutivo determinò l’accentuata incertezza delle motivazioni

---

<sup>119</sup> *op.cit.*, pag. 32.

<sup>120</sup> STOLL, *op.cit.*, pag. 72, come qui riportato in nt.

rinvenibili nei frammenti tramandatici<sup>121</sup>.

Ha difeso, invece, la tesi della classicità del principio di simmetria applicato allo scioglimento dei contratti consensuali il Grosso<sup>122</sup>, sostenendo come i giustiniani si sarebbero limitati alla sua enunciazione e teorizzazione<sup>123</sup> per scopi diversi dalla regolamentazione della specifica fattispecie e nel caso in esame al fine precipuo di affermare già per l'epoca classica il principio processuale dell'inerenza dei patti, il non doverli cioè eccepire.

A parere del Grosso dal *contrarius consensus*, per la corrispondenza della risoluzione con la conclusione, concreta dimostrazione del valore del *consensus*, deriverebbe autonomamente ed immediatamente, prescindendo dall'efficacia processuale del patto, la liberazione dei contraenti essendo eliminate non le obbligazioni gravanti su ciascuno, ma l'intero contratto con riguardo a tutto il complesso di posizioni che ne nascono, restando travolta così la causa propria dell'*obligatio*; pur ammenttendosi che l'estensione della regola a tutti i contratti consensuali sia una chiara interpolazione dei compilatori, ciò non dimostrerebbe che essa valeva in diritto classico solo per la

---

<sup>121</sup> GUARINO, *Per la storia*, cit., pag. 273.

<sup>122</sup> *L'efficacia dei patti*, cit., pagg. 30 e ss.; ID., *Il sistema*, cit., pagg. 159 e ss. nonché pagg. 178 e s.s.; da ultimo ID., *Recensione a Knütel, Contrarius Consensus*, in *SDHI*, 34, 1968, pagg. 403 e ss..

<sup>123</sup> GROSSO, *L'efficacia*, cit., pag. 38.

compravendita, piuttosto sarebbe una conseguenza del modo di fare il diritto degli antichi basato sulla soluzione ed esemplificazione dei casi concreti che avevano fornito maggiori ragioni di dubbio. L'autore, negando, sulla scorta di una vasta ricognizione delle fonti disponibili, l'assunta inerenza per i classici dei patti ai giudizi di buona fede, sottolinea come il *contrarius consensus* espliciti i propri effetti di per sè - perchè per la propria intrinseca forza ha eliminato il contratto precedentemente concluso, perchè quel consenso che ne era fondamento ora ne ha determinato l'estinzione - e sia perciò un autonomo negozio che non trae la propria efficacia da una riflessa tutela giudiziaria come si vorrebbe far credere: tale ultimo principio sarebbe, difatti, sconosciuto al diritto classico e tutti i richiami ad esso sono interpolazioni giustinianee<sup>124</sup>, che vi riconducono soluzioni ed istituti, come il *contrarius consensus*, che i romani consideravano da un punto di vista autonomo<sup>125</sup>.

---

<sup>124</sup>GROSSO, *L'efficacia*, cit., pag. 39: "... in altri testi che recano indubbe tracce formali di interpolazione, il *contrarius consensus* è ricondotto alla bona fides, che domina il giudizio, e considerato come un caso concreto di applicazione dell'inerenza dell'*exceptio pacti ai bona e fidei iudicia*"; cfr. altresì nello stesso senso *ibidem.*, pagg. 42, 49, 52, 54, 56.

<sup>125</sup> GROSSO, *Il sistema*, cit., pag. 178; ID., *L'efficacia*, cit., pag. 65: "Elemento importante possiamo trarre dal sorgere e dallo sviluppo autonomo del *contrarius consensus*... Infatti, date le piccolissime differenze che vi sarebbero state fra scioglimento del contratto ed estinzione ipso iure delle obbligazioni per semplice *pactum in virtù dell'optere ex fide bona* della formola, è difficile ammettere che i giuristi romani, riconoscendo in base ad un principio generico la seconda, abbiano affermato il primo in una sfera più ristretta per puro amore di sistema e di teoria. Si può obiettare che il *contrarius consensus* potrebbe essere sorto prima che si riconoscesse l'inerenza dell'*exceptio pacti ai giudizi di buona fede*. Ma questa obiezione cade di fronte alla considerazione dello sviluppo storico posteriore del *contrarius consensus*; abbiamo infatti visto la tendenza dei Romani ad estenderne sempre più il campo di applicazione oltre i limiti segnati dalla *res integra*, talora non senza un lieve sforzo, giungendo



## 2.2 LE TESI DI KNÜTEL E GUARINO

Questo lo stato della scienza sul *contrarius consensus*<sup>126</sup> almeno sino a quando Knütel non ha sottoposto l'intera materia ad un'attenta rimediazione e, sulla scia di Stoll, ha proposto una interessante ed innovativa tesi ricostruttiva<sup>127</sup>. L'autore, dopo aver dato atto dei diversi orientamenti dottrinari<sup>128</sup>, muovendo alle varie teorie delle attente critiche<sup>129</sup>, tenta di appianare le differenze e mediare tra le ricostruzioni storiche del *contrarius consensus*, individuando una personale interpretazione basata su un'ipotesi evolutiva dello stesso fenomeno secondo una progressione che si diparte dal periodo classico e trova in quello bizantino il proprio compimento.

Tutta la stimolante, anche se problematica, costruzione di Knütel ruota intorno all'esegesi di D.18.5.3, testo su quale qui si è

---

*a soluzioni che si sarebbero direttamente e comodamente ottenute che l'exceptio pacti era inerente al giudizio.*"

<sup>126</sup> Per completezza si segnalano anche le tesi di: WEISS (*Istitutionen des römischen Privatrechte als Einführung in die Privatrechtsordnung der Gegenwart*, Stoccarda, 1949, pag. 286), secondo il quale "Eine aufhebung des ganzen Vertrages durch einen einzigen Akt wäre nicht möglich gewesen" e pertanto ad un "verfeinerte Betrachtung", ferma l'ormai accertata applicazione della legge di simmetria, il *pactum de non petendo* andrebbe preso in considerazione non solo con riguardo ad una singola obbligazione ma riguardo a tutto il contratto; KASER (*Das röm. Privatrecht*, cit., pag. 537), secondo il quale solo una isolata dottrina scolastica sul *contrarius consensus* e sulla sua inerenza ai giudizi di buona fede era nata in epoca classica.

<sup>127</sup> KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit.; nonché il quasi contemporaneo articolo sull'inerenza della *exceptio pacti* al *bonae fidei iudicium*: *Die Inhärenz der 'exceptio pacti' im 'bonae fidei iudicium'*, in ZSS, 1967, 84, pagg. 133 e ss..

<sup>128</sup> KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., pagg. 102 e ss..

<sup>129</sup> KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit. pagg. 106 e ss.

già richiamata l'attenzione<sup>130</sup>: sarebbe stata proprio la divergenza di opinioni e di soluzioni tra Giuliano e Paolo ad aver comportato tra gli storici del diritto tali e tanto discordanti modi di concepire il *contrarius consensus*. In realtà, stando a quanto ritiene l'autore, non si sarebbero avute due monolitiche concezioni - da un lato un negozio autonomo produttivo di effetti per il *ius civile* e dall'altro dei reciproci patti validi per la loro inerenza ai giudizi di buona fede - semmai si assiste ad un graduale sviluppo del *contrarius consensus*, che in epoca classica sarebbe stato unicamente un patto pretorio affermato in relazione a casi concreti e non in analogia con gli atti contrari, applicato solo alla *emptio venditio* ed alla *locatio conductio*, mentre seguendo il corso della storia in età postclassica ne venne estesa la portata, divenendo un negozio giuridico autonomo esplicante, come *actus contrarius*, efficacia estintiva di tutti i contratti consensuali. Riprova di questo svolgimento progressivo, che ha sullo sfondo l'assunto della vigenza già in epoca classica del principio di inerenza dell'*exceptio pacti*, Knütel

---

<sup>130</sup> v. pag. ; per sola comodità di lettura si riporta nuovamente il frammento:

D.18.5.3 (Paulus libro trigentesimo tertio ad edictum): *Emptio et venditio sicut consensu contrahitur, ita contrario consensu resolvitur, antequam fuerit res secuta: ideoque quaesitum est, si emptor fideiussorem acceperit, vel venditor stipulatus fuerit, an nuda voluntate resolvatur obligatio. Iulianus scripsit ex empto quidem agi non posse, quia bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt: an autem fideiussori utilis sit exceptio, videndum: et puto liberato reo et fideiussorem liberari. item venditorem ex stipulatu agentem exceptione summoveri oportet, idemque iuris esse, si emptor quoque rem in stipulationem deduxerit.*

ritiene di aver trovato proprio nel menzionato D.18.5.3 e nella “*aufschlußreicher ... Paulus’ Erörterung zur Befreiung des Bürgen*”<sup>131</sup>.

Quando ci si è qui soffermati sul citato frammento dei Digesta si è fatto cenno alle critiche che ad esso erano state fatte ed in particolare alle incoerenze logiche rilevate da alcuni esegeti. Il caso, lo si ricorderà, riguarda le conseguenze su un contratto di compravendita garantito del contrario consenso: alla enunciazione del principio di scioglimento *res non secuta*, Paolo fa seguire due questioni - se conseguentemente si risolve l'*obligatio* del fideiussore per garanzia prestata al venditore e se si risolve la stipulazione novativa del compratore - e per dare ad esse una soluzione si richiama ad un precedente di Giuliano.

Secondo Knütel trasparirebbe dal parere di Giuliano che questi, ricollegando l'elisione dell'obbligazione del fideiussore *per exceptionem pacti*, “*faßt die Aufhebungsabrede als einfaches Paktum auf*” e “*führt die ipso iure Wirkung des Aufhebungspaktums auf die Inhärenz der exceptio pacti zurück und räumt dem fideiussor daher nur ein exceptio ein*”, viceversa, e qui emerge l'individualità della ricostruzione proposta, “*Paulus sieht den*

---

<sup>131</sup> KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit. pag. 108.

contrarius consensus als selbständigen zivilrechtlichen Aufhebungsvertrag an und spricht sich deshalb für eine ipso iure Befreiung des Bürgen aus.”<sup>132</sup>. La tesi di Giuliano<sup>133</sup> sarebbe stata la “allgemeine Ansicht”, che in “der spätclassischen Zeit noch vorherrschte”, mentre si deve per primo a Paolo<sup>134</sup> la concezione di autonomo negozio risolutorio, “die den contrarius consensus in Wege der interpretatio unter das Konträraktprinzip bringt”<sup>135</sup>, stimolata da una “spätclassischen Schuldoktrin”, nonchè il tentativo di una sistemazione teorica dell’intera materia con l’elaborazione di una regola astratta<sup>136</sup>, che lo stesso giurista era pronto a mettere da

<sup>132</sup> KNÜTEL, *Contrarius consensus*, *ult. cit.*.

<sup>133</sup> confermata oltre che dalla costruzione respinta da Paolo in D.14.27.2 anche da D.18.5.5 pr. (Iulianus libro quinto decimo digestorum): *Cum emptor venditori vel emptori venditor acceptum faciat, voluntas utriusque ostenditur id agentis, ut a negotio discedatur et perinde habeatur, ac si convenisset inter eos, ut neuter ab altero quicquam peteret, sed ut evidentius appareat, acceptilatio in hac causa non sua natura, sed potestate conventionis valet.*

<sup>134</sup> A quanto parrebbe la sua teoria rimarrebbe isolata e neanche la posizione di Papiniano e di Ulpiano può essere seterminata con sicurezza: “Wie Papinians Stellungnahme zum contrarius consensus ausfiel, läßt sich mit hinreichender Sicherheit nicht mehr bestimmen. Auch für Ulpian sind keine annähernd sicheren Schlüsse möglich”.

<sup>135</sup> Notandosi che comunque KNÜTEL precisa che: “die meist unechten Quellenzeugnisse zur allgemeinen Theorie der Konträrakte zeigen, daß die generelle Rückführung der ipso iure Wirkung des Aufhebungspaktums auf das Symmetrieprinzip byzantinisch ist” (*Contrarius consensus*, *cit.*, pag. 106), come confermato sia dalla rubrica di D.18.5 sia da I.3.29.4. Tale principio, sia pure sorto da un pensiero scolastico tardo-classico, “haben vor allen die Byzantiner die Einordnung des contrarius consensus unter das Konträraktprinzip vorangetrieben” (*ult.cit.*, pag.112).

<sup>136</sup> utilizzata oltre che per il detto caso di rilevanza del *contrarius consensus* nei confronti del fideiussore in D.18.5.3, anche per la soluzione della questione della revoca di un precedente *contrarius consensus*:

D.2.14.27.2 (Paulus libro tertio ad edictum): *Pactus, ne peteret, postea convenit ut peteret: prius pactum per posterius elidetur, non quidem ipso iure, sicut tollitur stipulatio per stipulationem, si hoc actum est, quia in stipulationibus ius continetur, in pactis factum versatur: et ideo replicatione exceptio elidetur. eadem ratione contingit, ne fideiussoribus prius pactum prosit. sed si pactum conventum tale fuit, quod actionem quoque tolleret, velut iniuriarum, non poterit postea paciscendo ut agere possit, agere: quia et prima actio sublata est et posterius pactum ad actionem parandam inefficax est: non enim ex pacto*

parte “wenn sie nicht der von ihm als sachgerecht empfundenen Lösung dienen”<sup>137</sup>.

L'autore conclude che, prescindendo dalla isolata concezione elaborata da Paolo, il *contrarius consensus* era per il diritto classico un *einfaches honorarrechtliches Paktum*, normalmente non scisso in due *wechselseitige pacta de non petendo*, dai quali anzi si differenziava, se non *begrifflicher*, almeno *tatsächlicher*, poichè “während dieses eine einzelne Forderung entkräftet, trifft das Aufhebungspaktum das Vertragsverhältnis als solches und damit die gegenseitigen Verbindlichkeiten”; solo in particolari circostanze, “zum Beispiel bei der Aufhebung ungleichartiger Forderungen, die auf demselben Kausalverhältnis”, la volontà delle

---

*iniuriarum actio nascitur, sed ex contumelia. idem dicemus et in bonae fidei contractibus, si pactum conventum totam obligationem sustulerit, veluti empti: non enim ex novo pacto prior obligatio resuscitatur, sed proficiet pactum ad novum contractum. quod si non ut totum contractum tolleret, pactum conventum intercessit, sed ut imminueret, posterius pactum potest renovare primum contractum. quod et in specie dotis actionis procedere potest. puta pactam mulierem, ut praesenti die dos redderetur, deinde pacisci, ut tempore ei legibus dato dos reddatur: incipiet dos redire ad ius suum. nec dicendum est deteriorem condicionem dotis fieri per pactum: quotiens enim ad ius, quod lex naturae eius tribuit, de dote actio redit, non fit causa dotis deterior, sed formae suae redditur. haec et Scaevolae nostro placuerunt.*

degli effetti di un *contrarius consensus* estorto con violenza:

D.4.2.21.4 (Paulus libro undecimo ad edictum): *Si metu coactus sim ab emptione locatione discedere, videndum est, an nihil sit acti et antiqua obligatio remaneat, an hoc simile sit acceptilationi, quia nulla ex bonae fidei obligatione possimus niti, cum finita sit dum amittitur: et magis est ut similis species acceptilationis sit, et ideo praetoria actio nascitur.*

ed utilizzato anche oltre l'ambito obbligatorio per giustificare pratiche conseguenze in tema di possesso:

D.41.2.8: (Paulus libro sexagesimo quinto ad edictum): *Quemadmodum nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est.*

<sup>137</sup> KNÜTEL, *Contrarius consensus*, *ult. cit.*.

parti si sarebbe realizzata attraverso reciproci patti di remissione, la cui tutela e parametro di concreta giustizia erano nella *bona fides*. Parametro questo che era di aiuto anche per la soluzione di altre ipotesi<sup>138</sup>, da cui si deduce che “*die Klassiker sich an einen festgeformten Begriff des Aufhebungspaktums nicht gebunden fühlten*”, piuttosto “*die Abrede so verstanden, wie es den Erfordernissen des Falles und Gerechtigkeit am bestem entsprach*”, con l’aiuto della *bona fides*<sup>139</sup>.

Ciò che maggiormente colpisce della teoria testè riportata è che il suo autore neghi in maniera piuttosto ferma che i classici non conoscessero il principio di simmetria e per questo non potrebbero averlo applicato sotto forma di autonomo atto contrario di un contratto consensuale, o, per meglio dire, pur vedendolo applicato ai negozi formali non riconducessero ad esso anche lo scioglimento convenzionale delle *obligationes ex contractu*<sup>140</sup>, ciò non toglie che Knütel è stato il primo a considerare veramente il fenomeno dal punto di vista storico e non rigidamente vincolato a delle impostazioni teoriche molto spesso influenzate dall’uso moderno

---

<sup>138</sup> L’autore richiama il caso di esclusione di una parte dal contratto, di trasformazione di una obbligazione da alternativa a semplice, di ripristino convenzionale del presupposto della cd. *res integra*, v. KNÜTEL, *Contrarius consensus, cit.*, pag. 118.

<sup>139</sup> KNÜTEL, *Contrarius consensus, cit.*, pag. 119 e pag. 137.

<sup>140</sup> KNÜTEL, *Contrarius consensus, cit.*, pag. 18: “*Ob die Klassiker aber auch bei der Auflösung der Konsensalkontrakte von der Symmetrie des Aufhebungsaktes ausgingen und zur Bildung eines selbständigen Aufhebungsvertrages gelangten, läßt sich den allgemeinen Traktaten nicht mit Sicherheit entnehmen*”.

che si voleva fare dell'istituto<sup>141</sup>.

Quanto già sostenuto nel precedente capitolo ci consente di non dover confutare il fondamentale argomento dello studioso tedesco: sarebbe quanto meno illogico pensare che la pratica dimestichezza dei romani e l'uso concreto del diritto che essi facevano non abbiano portato ad utilizzare in epoca classica il *contrarius consensus* come *actus contrarius* di un contratto consensuale; la cd. legge di simmetria pervadeva in modo quasi spontaneo e naturale il sistema delle obbligazioni e non mancavano testimonianze certe della sua applicazione oltre questo ambito. Il passo da una *acceptilatio* di una obbligazione formale al *dissensus* di un contratto basto sulla nuda volontà deve essere stato non solo breve ma agevole, niente lo impediva, anzi corrispondeva a ciò che essi abitualmente già facevano prima che il consensualismo attecchisse ed una conferma ritengo possa trarsi da un frammento di Giuliano, il giurista che proprio Knütel ritiene espressione della concezione classica del *contrarius consensus*,

D.18.5.5 pr. (Iulianus *libro quinto decimo digestorum*):

*Cum emptor venditori vel emptori venditor acceptum faciat, voluntas utriusque ostenditur id agentis, ut a*

---

<sup>141</sup> cfr. DEIANA, *Contrarius consensus*, cit., pagg. 93 e ss

*negotio discedatur et perinde habeatur, ac si convenisset inter eos, ut neuter ab altero quicquam peteret, sed ut evidentius appareat, acceptilatio in hac causa non sua natura, sed potestate conventionis valet.*

è inutile qui ritenere che vi sia stata una stipulazione novatoria delle reciproche obbligazioni delle parti della compravendita, non ve ne è riferimento alcuno ed anzi che sia la *potestas* a dar valore alla *acceptilatio* induce a ritenere che questa fosse nulla perchè fatta per una *obligatio ex consensu*: ciò che è evidente, invece, è che le parti per estinguere il negozio, per manifestare la volontà di *a negotio discedatur et perinde habeatur*, lo abbiano fatto con un *actus contrarius*, con quell'*acceptilatio* il cui ruolo e funzione con l'affermarsi della *solutio* materiale si era ridotto a negozio estintivo.

Il principale merito di Knütel è, però, quello di aver infranto il rigido bipolarismo delle ricostruzioni pandettistiche e l'aver intuito che già in epoca classica, contrariamente a quanto si era ritenuto, convivessero due diverse impostazioni ricostruttive del *contrarius consensus* come atto contrario autonomo e come patto aggiunto, incarnate rispettivamente da Paolo e Giuliano, il suo limite la segnalata negazione dell'incontestabile validità nel periodo classico del principio di simmetria ed il rimanere legato in maniera



quasi autoreferenziale<sup>142</sup> al preteso dogma della inerenza dei patti per dimostrare l'efficacia *ipso iure* del negozio solutorio.

Non è possibile qui approfondire - e ci porterebbe anche oltre le finalità di questa dissertazione - quest'ultima problematica della classicità dell'inerenza dei *pacta* ai contratti che davano luogo a *bonae fidei iudicia*, con conseguente loro diretta influenza e tutela attraverso l'*oportere ex fide bona* di modo che non fosse necessario inserire ritualmente l'*exceptio* nella formula. E', invero, a mio sommessimo avviso, la stessa larghezza della clausola *ex fide bona* posta nell'*intentio* a rendere il giudizio sensibile alle istanze delle parti anche se non rigidamente formulate: senza volersi soffermare ad esaminare la bontà delle testimonianze che attestano ciò<sup>143</sup>, sono le medesime esigenze che vengono dalla più volte richiamata prassi degli affari e dei commerci ad aver indotto per primo il pretore peregrino e poi quello urbano<sup>144</sup> a prendere in considerazione la

---

<sup>142</sup> Non si dimentichi che quasi contemporaneo se non di poco precedente è il lavoro dello stesso KNÜTEL, *Die Inhärenz der 'exceptio pacti' im 'bonae fidei iudicium'*, in ZSS, 1967, 84.

<sup>143</sup> v. D.2.14.5.7; D.18.1.72; D.18.5.3; D.2.14.5.8; D.2.14.27.2; 2.14.51; per la critica cfr.: SIBER, *op. cit.*, pag. 80; KNÜTEL, *Die Inhärenz, cit.*, pagg. 133 e ss.; ID., *Contrarius consensus, cit.*, pagg. 60 e ss.; GUARINO, *Per la storia, cit.*, pagg. 274 e ss.; ID., *Diritto privato, cit.*, pag. 199; BURDESE, *Manuale, cit.*, pag. 567; pertinente è l'esempio di ZIMMERMANN, *The Law of Obligation, cit.*, pag. 509: "There was, however, one group of case where this kind of praetoria intervention was not even necessary, for the *exceptio pacti* was inherent in the *bonae fidei iudicia*. If, therefore, for example, the *actio venditi* was brought against a purchaser or the *actio locati* against a lessee, the defendant did not have to insist on the insertion of the *exceptio pacti* into the formula if he wanted to bring the release or indulgence agreement to the attention of the judge"; contro cfr. GROSSO, *L'efficacia, cit.*, pagg. 60 e ss.; ID., *Il sistema, cit.*, pagg. 178 e ss.; ID., *Recensione, cit.*, pag. 407 e ss.

<sup>144</sup> ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni, cit.*, pag.123: "Quando, in progresso di tempo, i negozi del *ius gentium* furono ricevuti nel diritto civile e resi praticabili anche nei rapporti fra romani, il

*fides del bonus vir* - la correttezza che doveva ispirare necessariamente i comportamenti dei contraenti<sup>145</sup> specie ora che l'intensificarsi dei traffici aveva imposto di rinunciare alle garanzie offerte dall'osservanza delle forme solenni - ed a porla come generale criterio di valutazione delle obbligazioni contratte<sup>146</sup>; a che sarebbe altrimenti servito l'abbandono del rigido formalismo delle *leges actiones* se poi si pretendeva dal convenuto la formale proposizione dell'*exceptio pacti*, Numerio Negidius doveva limitarsi a raccontare la sua versione dei fatti al pretore, il quale avrebbe tenuto conto *ex fide bona* di tutte le circostanze rappresentategli e redatto su accordo dei contendenti la formula in base alla quale il giudice avrebbe risolto la controversia. L'efficacia della convenzione risolutiva non può essere condizionata dall'inerenza o meno del patto al giudizio: non si può, invero, ridurre al solo profilo processuale, che pure aveva per i romani una determinante importanza, la questione anche perchè nessuno nega che il nudo patto avesse una propria tutela, si discute solo se esso fosse rilevabile indipendentemente da una espressa richiesta di parte. Il

---

pretore urbano non potè che imitare dal collega peregrino le forme ed i modi del procedimento”.

<sup>145</sup> BOVE, *Nautae Mercatores*, cit., pag. 10: “... è ugualmente ben noto che, nel mondo romano, era la *fides* che ispirava il comportamento che ciascuno e tutti dovevano adottare nei più importanti atti della vita, di qualunque natura essi fossero, civili o commerciali”.

<sup>146</sup> AMIRANTE, *Una storia*, cit., pag. 356.

principio di inerenza dell'*exceptio pacti*, invocato in sede processuale per giustificare la rilevanza del *contrarius consensus*, è inconferente rispetto alla valenza civilistica dello stesso: il *contrarius consensus* affonda le proprie radici nel principio di simmetria e da questo scaturisce, non dall'inerenza, la sua efficacia liberatoria *ipso iure*. Quel che si vuole dire è che l'efficacia del patto di scioglimento non è tutta processuale e non risiede per questo nell'essere o meno inerente il patto ai giudizi di buona fede.

Anche alla luce delle considerazioni svolte, la tesi di Guarino<sup>147</sup>, esposta in maniera estremamente scarna e sintetica, ma con lapidaria chiarezza e stringente logica, è quella più verosimile e coerente: essa, arrivando quasi alla fine di un percorso di studi e riflessioni sul *contrarius consensus* articolatosi per oltre un secolo, si lascia apprezzare per la sua aderenza alla mentalità dei romani ed alla loro sensibilità giuridica.

Il giusromanista napoletano, esprimendosi favorevolmente per il punto di vista di Knütel, afferma che per i classici la *solutio ex contrario consensu* era un *actus contrarius* del contratto consensuale affermatasi con particolare riguardo alla *emptio venditio*, ma applicabile anche alla *locatio conductio*, nonchè alla

---

<sup>147</sup> GUARINO, *Per la storia del contrarius consensus*, cit., pag. 275.

*societas* ed al *mandatum*, parallelamente a quest'atto, e quasi completamente sostitutivo ad esso, vi era la *solutio ex pacto*: ambedue gli strumenti negoziali producevano *ipso iure* l'effetto estintivo dell'intero contratto con l'unica differenza che l'*actus contrarius* si poteva far valere in via di azione, laddove il *pactum* produceva solo una eccezione<sup>148</sup>. Per primo sarebbe stato introdotto il *contrarius consensus*, poi a questo si sarebbe affiancato nella prassi per lo scioglimento della *emptio venditio* il *pactum ut habeatur* o *discedatur*: la ragione di ciò ipoteticamente è da ricercare nel quotidiano uso che si faceva del negozio risolutorio e nei limiti intrinseci dell'*actus contrarius*, che avendo portata generale non poteva limitare gli effetti estintivi a parte del contratto, duttilità che vicaversa aveva il *pactum* “atto a modificare in qualche sua parte l'assetto contrattuale”. I giuristi classici avevano come modello il *contrarius consensus* ma nella pratica si trovavano a dover risolvere i casi concreti con l'agile *pactum*: è così che si spiega perchè “quando affrontano il tema della eliminazione in radice di un'emptio venditio, impostano astrattamente l'argomento sotto il profilo civilistico del *contrarius consensus*, ma lo discutono

---

<sup>148</sup> “Differenza praticamente poco rilevante, se si considera che di solito l'interesse a far risultare a far risultare l'invalidità di un contratto ( eliminato di comune accordo tra le parti prima ancora di aver avuto esecuzione) emerge solo nell'ipotesi che una delle parti, incurante dell'avvenuta convenzione di scioglimento, agisca contro l'altra per ottenere la condanna alla controprestazione”, GUARINO, *ult. cit.*, pag. 278.

*poi concretamente in termini di pacta e di inerenza degli stessi ai bonae fidei iudicia*”<sup>149</sup>. Le posizioni di Paolo e Giuliano in D. 18.5.3 risultano così sfumate: Paolo, premesso in termini generali che per un *actus contrarius emptio et venditio sicut consensu contrahitur, ita contrario consensu resolvitur, antequam fuerit res secuta*, rifacendosi al parere di Giuliano, “*inserendosi senz’altro nell’ordine di idee di una vendita sciolta mediante pactum*” - non quindi per un assunto *contrarius consensus* elaborato da una dottrina tardo scolastica come dedotto da Knütel - fornisce la soluzione delle questioni propostegli ritenendo che, tanto per la fideiussione che per la *stipulatio*, come l’*exceptio* pacti è utile rispettivamente al venditore ed al compratore, così gioverà al fideiussore ed allo *sponsor*. Guarino conclude che non solo non vi era un contraso di opinioni tra i giuristi classici, ancor meno tra Paolo e Giuliano, ma anche che “*non vi è stata nessuna importante evoluzione da classico a post-classico od a giustiniano*”, riflettendosi nel *contrarius consensus* la storia “*di una giurisprudenza ... che rispettava i principi, ma era anche estremamente sensibile alle esigenze della prassi*”<sup>150</sup>.

---

<sup>149</sup> GUARINO, *ult. cit.*, pag. 279

<sup>150</sup> GUARINO, *ult. cit.*, pag. 280.

### 2.3 UN'IPOTESI RICOSTRUTTIVA

Non avendo la pretesa di fornire un'originale concezione del *contrarius consensus*, ma auspicando di poter almeno riuscire a dire in modo nuovo cose già dette<sup>151</sup>, tenterò di cogliere alcune linee guida di una possibile ipotesi ricostruttiva.

Il punto di partenza del mio ragionare è la tesi sostenuta da Guarino: condivido pienamente che il *contrarius consensus* fosse già per i classici un *actus contrarius*, una autonoma convenzione risolutiva, *naturale* applicazione del principio di simmetria a loro ben noto e da tempo sperimentato come modo di estinzione delle obbligazioni; ritengo assolutamente plausibile che *contrarius consensus* e *pactum* venissero parallelamente adoperati nella prassi quotidiana non solo per la risoluzione della compravendita ma di tutti i contratti consensuali; aderisco alla affermazione secondo cui i giuristi classici conoscessero nella sua astratta configurazione il *contrarius consensus*, ma poi si trovassero nella pratica a dover lavorare con dei *pacta*; sono d'accordo nel notare la scarsa rilevanza di una distinzione dal punto di vista pratico e processuale tra *contrarius consensus* e *pactum* perchè non certo sarà frequente agire in giudizio per sentir accertare l'inefficacia di un contratto

---

<sup>151</sup> GUARINO, *Giusromanistica*, cit., pag. 315.

convenzionalmente risolto, mentre è più facile doversi difendere nei confronti di un attore che pretenda un indebito adempimento.

Qualcosa però non mi convince pienamente: è la differenziazione che costantemente affiora in tutte le teorie esaminate tra *actus contrarius* e *pactum*, il primo negozio civilistico che genera un'azione a difesa dei diritti di ciascun contraente, il secondo convenzione accessoria che consente solo di resistere ad una pretesa. Guarino cerca di appianare le differenze sostenendo che, con una diversa modulazione, gli effetti del primo e del secondo si equivalgano tanto che nella considerazione dei giuristi erano sostanzialmente equiparati se questi ragionavano di *contrarius consensus* ma applicavano il *pactum ut habeatur*<sup>152</sup>. Era la concretezza della vita mercantile, della pratica mentalità dei romani, delle necessità quotidiane, della prassi del commercio e degli affari ad imporre di non sottilizzare troppo e di guardare al risultato: se i nostri Aulo Agerio e Numerio Negidio accortisi di non avere più alcun concreto interesse alla esecuzione di un negozio

---

<sup>152</sup> Un accenno ad un concetto unitario di *contrarius consensus* CERAMI, s.v. *Risoluzione (dir.rom.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Milano, 1989, XL, pag. 1281, non viene però fornita alcuna ricostruzione in tal senso se non: “E’ da osservare, però, che il preteso dualismo fra *contrarius consensus civilistico* e (*radicale*) *pactum ut habeatur* non trova univoco riscontro nelle fonti classiche. Queste ultime sembrano muovere, invece, da un concetto unitario di *pactum convenum* con funzione risolutiva dell’atto costitutivo di contratti consensuali, volto ora a rimuovere ora a ricondurre o modificare la ‘causa’ delle *obligationes consensu contractae* ... L’unitarietà concettuale della *conventio risolutiva* (totale o parziale) del contratto consensuale è provata, peraltro proprio dal fondamentale requisito della *res integra*, universalmente attestata nelle fonti romane tanto per ipotesi riconducibili al cosiddetto *pactum ex intervallo*, quanto per quelle riconducibili al cosiddetto *contrarius consensus*”.

si fossero accordati per il suo scioglimento, non certo si sarebbero preoccupati di utilizzare un *actus contrarius* od un *pactum* e di come tutelare, se in via di azione o di eccezione, le loro posizioni. Con ciò non voglio assolutamente svilire l'attività giuridica riducendola a praticità e materiale convenienza del caso, ma solo dire che è proprio l'incessante ed inesauribile creatività delle più varie prassi<sup>153</sup> che deve aversi sempre presente perchè, pur nel rispetto dei principi, qualsiasi operatore giuridico, ed i romani per primi, è estremamente sensibile alla opportunità della prassi<sup>154</sup>.

Non è sufficiente un'assimilazione *quoad effectum*, almeno sostanziale, tra *actus* e *pactum* a spiegarne la coesistenza, la fungibile utilizzazione, la confusione e le diverse interpretazioni dell'istituto che ancor oggi sono formulate.

Uno spunto di riflessione lo fornisce forse il Magdelain<sup>155</sup>. Il romanista francese affronta in maniera assolutamente nuova la problematica del consensualismo attraverso l'esame dell'editto *de pactis* notando come nella "*partie préliminaire de l'Album, le préteur formule une promesse dont, à première vue, la portée paraît générale: 'pacta conventa servabo' (D.2.14.7.7). Dans la littérature*

---

<sup>153</sup> BOVE, *ult.cit.*

<sup>154</sup> GUARINO, *Per la storia, cit.*, pag. 280.

<sup>155</sup> *Le consensualisme dans l'édit du préteur*, Parigi, 1958.



*jurisprudentielle, le seule voie de droit qui se rattache à l'édit de pactis, en enjambant le corps presque entier del l'Album, est l'exceptio pacti*", tale contraddizione denota che "la portée de l'édit de pactis *subit de variations de la République à la fin du Principat*". Un'evoluzione che ha interessato dapprima proprio il concetto di *pactum*, il quale in origine, come confermato dalle XII tavole, ha un valore negativo di "abandon d'un droit ou d'une prétention", ben presto, però, nel linguaggio giuridico "désigne aussi des accords qui ont une valeur créatrice" acquisendo così il significato generale, "la manière la plus large l'accord de volontés", "s'identifie avec le consensualisme", sino a quando nel corso del principato i termini "pactum et conventio entrent en concurrence", concorrenza portata anche dal termine *contractus* che "à l'époque classique se généralise à son tour", ed il "pactum perd de sa vitalité". Parallelamente l'editto *de pactis*, considerato con la promessa *pacta conventa servabo* da Cicerone<sup>156</sup> e Seneca<sup>157</sup> "la consécration la plus générale de l'accord des volontés" nonchè "la source du consensualisme", è da Ulpiano imprigionato "à l'intérieur de limites exigües": *ex pacto actio non nascitur*, "l'adage refuse péremptoirement à l'édit de pactis la possibilité de faire

---

<sup>156</sup> *de off.* 1.10.31; *de off.* 3.24.92; 3.25.93.

<sup>157</sup> *Contr.* 9.3 rubr. I.

*naître obligation ou action ... mais seulement l'exception pacti conventi*". Due concezioni di patto che si contrappongono, "l'une positive, l'autre négative", che non "saurient être contemporaines", ma mettono "en évidence le point de départ et le point d'arrivée d'une évolution qui s'est produite dans le courant de l'époque classique". Il termine *pactum* gradualmente è dimenticato ed è soprattutto con riguardo ai contratti consensuali "qu'il a vu dans la langue de classique son emploi réduit à presque rien", perdendo il suo "valeur consensualiste", ne consegue anche una "interprétation étroite de l'édit de pactis, compris comme le maigre promesse de l'exception pacti conventi", i due fenomeni sono intimamente legati e si condizionano vicendevolmente: "la jurisprudence adopte une conception étroite du pactum, quand l'édit de pactis a lui-même une portée étroite". L'*edictum de pactis* dava inizialmente tutela a tutte le convenzioni che fossero conformi all'ordinamento giuridico, a tutti gli accordi che si basassero sulla buona fede dei contraenti, che fossero utili, *pacta conventa servabo* era la più ampia formula per concedere una azione ai contratti privi di qualsiasi forma e per respingere una pretesa ingiustificata. Verso il secondo secolo d.C. le azioni di buona fede lasciano il loro carattere pretorio per divenire azioni civili: "l'édit de pactis se dévitalisa", resta a sanzionare,

“*malgré sa grandiloquence*”, unicamente una *exceptio*. Il Magdalain conclude che “*a ses début, le consensualisme est un phénomène tout entier prétorien*” e l’*edictum de pactis* abbraccia i contratti di buona fede, il *pactum de non petendo* ed in genere le *convention de renonciation*, ma “*a la fin de son histoire elle présente un aspect chaotique*”: il *pactum* non è più sinonimo di accordo; l’editto “*ne régit désormais que l’exception pacti conventi ... Ainsi s’introduisit et se généralisa l’idée que cet édit n’avait jamais promu la moindre action*”.

La lettura di Magdelain è illuminante, la sua tesi geniale<sup>158</sup> offre una prospettiva innovativa dello sviluppo storico-giuridico del *pactum* e con esso del consensualismo, l’evoluzione e decadenza di un sistema e della sua tutela processuale, non perchè sia finto consensualismo, ma perchè è cessato un modo di intenderlo al di fuori dello *ius civile*, nel quale sono ormai confluiti i contratti di buona fede ed i relativi giudizi, sottratti all’equo apprezzamento del pretore, i cui poteri sono ormai solo quelli di concedere una *exceptio*. Ulpiano è l’ultimo testimone di ciò, è consapevole dell’importanza del *pactum* e ma lo relega in angusti ambiti operativi: *igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit*

---

<sup>158</sup> GROSSO, *Il sistema, cit.*, pag. 173, nt. 2.

*exceptionem* (D. 2.14.7.4).

Quando il pretore ha inserito nell'editto la clausola *pacta conventa servabo* accomunava *pactum e consensus*<sup>159</sup>, aveva come riferimento qualunque accordo di volontà comunque espresso sia esso tendente a costituire come ad estinguere un rapporto.

Non è allora chi non veda che la storia del *contrarius consensus* è la storia dell'evoluzione del consensualismo: non vi doveva essere troppa differenza in principio tra patto estintivo ed autonoma convenzione risolutiva, ambedue erano un *pactum*, ad entrambi il pretore avrebbe concesso la propria protezione, non aveva senso distinguerli, nessuna differenza era sentita nella prassi e nessuna era riconosciuta dal giudice. L'ampiezza della formula dell'editto non sembra lasciare dubbi: “*permet au préteur de sanctionner les deux fonction, extinctive et créatrice, des pacta conventa*”, non vi erano convenzioni che generassero solo azioni od eccezioni, il negozio risolutorio trovava piena tutela tanto in via di azione quanto di eccezione.

Se, come rileva Guarino, “*la solutio ex contrario consensu operava dunque, almeno sino a tutto il diritto classico, dal*

---

<sup>159</sup> D. 50.12.3 pr.: *pactum est duorum conventio et consensus*; D. 2.14.1.2: *est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus*; C. 4.45.2: *perfectam emptionem atque venditionem re integra tantum pacto et consensu posse dissolvi constat*.

*momento del contratto risolutivo, esattamente come quella ex pacto ut discedatur*”<sup>160</sup> ciò è da ricondurre al fatto che l’effetto estintivo si producesse sì *ipso iure* e che i giuristi avessero ancora la coscienza della comune ragion d’essere della *conventio* e del *pactum*, della medesima origine, delle stessa funzione.

Non posso seguire, viceversa, Guarino quando considera che ad una originaria autonoma convenzione si sia affiancato solo in età classica il detto patto perchè non eliminava in tutto ma solo in parte il contratto. E’, viceversa, ipotizzabile con una certa verosimiglianza che si trattasse della medesima convenzione risolutoria, la quale quando comportava la dissoluzione dell’intero contratto, venendo definitivamente questo tolto dalla realtà giuridica, assumeva una propria distinta individualità poichè andava a sostituirsi integralmente alla precedente situazione una nuova, la quale aveva esso negozio risolutorio come esclusiva fonte di eventuali diversi rapporti giuridici; allorquando si andava a “*modificare in qualche sua parte l’assetto contrattuale*”, la convenzione risolutoria non aveva una sua totale autonomia ma restava collegata al contratto di cui aveva limitatamente ridotto e modificato alcuni effetti, il rapporto tra le parti aveva così fonte non

---

<sup>160</sup> GUARINO, *Per la storia*, cit. pag. 277.

solo nel precedente contratto, ma anche nel patto ad esso aggiunto ed intimamente, nonchè funzionalmente, collegato. In età classica deve essere avvenuto qualcosa di diverso: si stava assistendo a quella trasformazione del concetto di *pactum*, alla sua compressione entro gli arcaici limiti dell'efficacia prevalentemente estintiva del “*ni cum eo pacit*”, alla riduzione del consensualismo al solo *contractus* ed al suo stralcio dall'editto del pretore, “*on ne voit subsister, sous l'empire, qu'un secteur où le mot demeure d'un emploi constant, c'est le pacte de non petendo*”<sup>161</sup>. I patti hanno ormai perso una propria fisionomia, non viene più distintamente ed autonomamente sanzionata la loro violazione, ma solo in quanto ineriscano ad un contratto consensuale, diversamente “*ils ne peuvent lui emprunter le moindre souffle de vie, faute d'inhérence, Livrés à eux-mêmes, ils ne sauraient être générateurs d'action. Leur unique chance est de pouvoir être protégés à l'aide de l'exception pacti conventi*”<sup>162</sup>. Questa trasformazione involge e porta con sè anche il *contrarius consensus*, per la sua portata negativa è affiancato al *pactum de non petendo*, non riesce così a mantenere l'autonomia di cui godeva e non entra nel novero dei contratti consensuali forse proprio perchè di essi è la negazione.

---

<sup>161</sup> MAGDELAIN, *ult. cit.*, pag. 22.

<sup>162</sup> MAGDELAIN, *ult. cit.*, pag. 42.

Un ruolo deve aver giocato anche il fatto che solitamente l'emersione di un accordo risolutorio si aveva in sede processuale per paralizzare le pretese dell'attore in via di eccezione, la prassi influenza ancora il diritto: la nostra convenzione sembra tutelata e tutelabile esclusivamente in via di eccezione; essa è simile ad un *pactum de non petendo*; nell'*Album* si provvede il *pactum* genericamente inteso solo di un'eccezione, "*ex pacto actio non nascitur*"; la tutela civilistica è riservata ai *contractus*; il *contrarius consensus* che già era un *pactum* - nel senso ampio e più completo della sua accezione e tanto sia se risolveva l'intero contratto, sia se in parte lo privava di alcuni elementi - segue le sorti di questo, con lui si dissolve nella necessaria inerenza ad un contratto, con lui si eclissa perdendo autonomia e vitalità; il suo potere è costretto nel generare solo un'eccezione processuale e dall'inerenza della stessa trae la propria efficacia *ipso iure*.

Riprendendo le parole di Guarino "*solo così può spiegarsi in modo soddisfacente perchè mai i giuristi classici quando affrontano il tema della eliminazione in radice di una emptio venditio, impostano astrattamente l'argomento sotto il profilo civilistico del contrarius consensus, ma lo discutono poi concretamente in termini*

*di pacta e di inerenza degli stessi ai bonae fidei iudicia*”<sup>163</sup>. Ciò potrebbe non dipendere, come ritiene l’eminente romanista, dalla convivenza del *contrarius consensus* e del *pactum* e dalla loro sostanziale interscambiabilità, ma dalla crisi che aveva investito sin dall’epoca classica il consensualismo che il *pactum* rappresentava, dalla mentalità di una giurisprudenza che tentava di demolire la concezione consensualista del *pactum*, ma che non ne può prescindere nelle sue opere trattatistiche, che è dibattuta tra il negarne l’efficacia obbligatoria e il non poter parlare di consenso senza farne riferimento, che si astiene “*d’appeler pactum les contracts consensuels*”, ma che sa perfettamente che “*cet emploi a été en vigueur autrefois*”<sup>164</sup>, che è consapevole della contraddizione tra i termini ampi in cui si esprime l’*edictum de pactis* e lo stretto campo di applicazione che gli si riserva: “*pactum a perdu sa valeur consensualiste, elle n’a pas été effacée de la mémoire des prudentes*”<sup>165</sup>.

Così potrebbe spiegarsi anche perchè Paolo e Giuliano in D. 18.5.5 sembrano condividere in termini generali un concetto di *contrarius consensus* come negozio autonomo e poi forniscano la

---

<sup>163</sup> GUARINO, *Per la storia, cit.*, pag. 279.

<sup>164</sup> MAGDELAIN, *ult. cit.*, pag. 71.

<sup>165</sup> MAGDELAIN, *ibidem*.



soluzione del caso considerando la vendita risolta mediante *pactum ut habeatur*: non è perchè nella prassi è al patto che si ricorra maggiormente, ma perchè il *contrarius consensus*, fonte autonoma di obblighi e di doveri giuridici che traeva propria efficacia dalla promessa del pretore “*pacta conventa servabo*”, ha perduto anch’esso la sua vitalità. Il *pactum* cui ora si ricorre per sciogliere un contratto non è quello che in epoca classica era *source du consensualisme* e nel quale si ritrovavano oltre ai contratti di buona fede anche il negozio preordinato al loro scioglimento, ma è un patto aggiunto al contratto, che da questo dipende e che *obligationem non parit*. Paolo e Giuliano sono esponenti di quella giurisprudenza che ha ancora impressa nella memoria la formula *ex pacto ius*, ma rifiuta la funzione creatrice dello stesso, adottandone una concezione ristretta: essi sono consapevoli dell’originaria reale portata del *contrarius consensus*, ma anche che ormai questo come il *pactum* ha solo un limitato ambito operativo, esplicantesi nella *exceptio pacti* inerente ai giudizi di buona fede, aspetto processuale dell’inerenza del patto al contratto. Come Ulpiano nel suo commentario all’editto *de pactis*, pur riconoscendogli una portata negativa portatrice della sola concessione dell’*exceptio* e rappresentando per lui *pactum* “*seulement des notions techniques*

*assez étroite, pactes de non petendo, pactes adjoints*<sup>166</sup>, parte proprio dalla nozione di *pactum* per fare una esposizione generale sui principali tipi di convenzioni<sup>167</sup> - cosa che deve aver fatto anche Paolo nel suo lavoro *Ad edictum praetoris libri LXXVIII*, della cui introduzione purtroppo non possediamo che alcuni frammenti<sup>168</sup> - anche in D.18.5.5 si rispecchia questa contraddittorietà tra un ricordo che si cerca di cancellare ed una realtà che si è prepotentemente imposta, modificando radicalmente una concezione di consensualismo di cui unicamente rimane qualche flebile eco.

Non è, quindi, da indagarsi se il *contrarius consensus* sia sorto prima come *actus* o *pactus*, questa distinzione non aveva senso: fin quando il *pactus* ha incarnato il consensualismo *tout*

---

<sup>166</sup> MAGDELAIN, *ult. cit.*, pag. 22.

<sup>167</sup> D. 2.14.1 (Ulpianus libro quarto ad edictum):

1. *Pactum autem a pactione dicitur (inde etiam pacis nomen appellatum est) 2. et est pactio duorum pluriumve in idem placitum et consensus. 3. Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt. adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est. 4. Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt. adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.*

<sup>168</sup> LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, Lipsiae, 1889, 1, pag. , Paul. 120-124.

*court* il *contrarius consensus* era nella sua perfetta autonomia *pactum* e cioè convenzione produttiva di effetti giuridici azionabili in giudizio. Quando *pactum* ha voluto dire solo clausola aggiunta opponibile come eccezione, il *contrarius consensus*, che non era riuscito a transitare nei contratti nominati e che solitamente si faceva valere in giudizio in via di eccezione è stato ricondotto a questo nuovo e ridotto concetto di *pactum*, pur se i giuristi, memori delle origini dell'istituto, continuavano a ragionare astrattamente “sotto il profilo civilistico del *contrarius consensus*”<sup>169</sup>.

---

<sup>169</sup> GUARINO, *ult.cit.*, pag. 279.

### 3.1 LA DISCIPLINA GENERALE

Il limitato numero di frammenti riguardanti il *contrarius consensus* e l'accentuato elemento casuistico degli stessi rende la descrizione degli aspetti disciplinari dell'istituto alquanto complessa: il più delle volte, invero, districandosi tra le interpolazioni e le interpretazioni, si dovrà ricorrere ad un ragionamento induttivo per poter cogliere il principio generale ispiratore delle soluzioni dei casi concreti<sup>170</sup> ed individuare la regolamentazione di questa particolare vicenda contrattuale, senza soffermarsi su ciascuna specificità, ma avendo presenti i caratteri generali dell'ordinamento giuridico.

Precisato che la risoluzione, ancor più volontaria, presuppone un contratto perfetto, che per eventi sopravvenuti, posteriori evidentemente alla sua formazione, viene sentito dalle parti come non più corrispondente a quella composizione di interessi di cui era originaria espressione, un *excursus* della disciplina generale del nostro istituto - e così considerando unitariamente il *pactum conventum* avente funzione risolutiva di un contratto<sup>171</sup> - prende

---

<sup>170</sup> cfr. VANO, *Il nostro autentico Gaio. Strategie della scuola storica alle origini della romanistica moderna*, Napoli, 2000, pag. 25, riprendendo le parole di Savigny: "Nel diritto romano dobbiamo indagare la formazione delle regole, 'per impadronirci del principio vivente che in esse risiede, e così poter operare nel senso e nello spirito degli antichi giuristi, proseguendo (in modo non casuale ma necessario) il loro lavoro incompiuto'".

<sup>171</sup> CERAMI, *ult. cit.*.

necessariamente le mosse dai cd. soggetti “*termini esterni*”<sup>172</sup> del contratto, dall’esame della loro legittimazione, *id est* della capacità di compiere il negozio risolutorio<sup>173</sup>.

Il mutuo dissenso è, difatti, frutto della necessaria cooperazione delle parti del negozio originario, esso è un nuovo accordo con funzione eliminativa proveniente dai medesimi contraenti ed al quale tutti devono inevitabilmente partecipare, le loro dichiarazioni non sono tanti e distinti negozi unilaterali che confluiscono in una unica direzione, ma la fusione di più manifestazioni di volontà in un solo negozio<sup>174</sup>. In ciò la differenza, che non è solo strutturale, con il recesso o la revoca: questi possono operare esclusivamente laddove questa facoltà venga riconosciuta ad uno dei contraenti, il mutuo dissenso, viceversa, è frutto della libera autonomia delle parti<sup>175</sup> che non hanno bisogno per convenirlo di alcuna preventiva autorizzazione<sup>176</sup>.

---

<sup>172</sup> SANTORO-PASSARELLI, *cit.*, pag. 128.

<sup>173</sup> cfr. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1946, pag. 49: “*In relazione al requisito della capacità delle parti, si parla anche da qualcuno di legittimazione a contrarre; non perché si voglia identificare quest’ultima con la capacità di agire, ma anzi appunto, nell’intento di distinguere da essa capacità un fenomeno ed un requisito del tutto autonomo ... la legittimazione consiste nel trovarsi il soggetto in una determinata posizione, cioè è un modo di essere del soggetto verso altri, o verso il bene, o gli interessi che sono materia del contratto.*”.

<sup>174</sup> DE NOVA, *Recesso*, in *Digesto, discipline privatistiche*, Torino, 1997, XVI, pag. 314.

<sup>175</sup> DEIANA, *Contrarius consensus*, *cit.*, pag. 107.

<sup>176</sup> DE NOVA, *ult. cit.*: “*A prima lettura, ciò significa che se la legge non attribuisce ai contraenti (espressamente o implicitamente) un diritto di recesso, l’unica via per lo scioglimento del contratto è il mutuo dissenso.*”; GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985, pag. 66: “*ogni contratto può sciogliersi per mutuo dissenso, che è un contratto a propria volta*”.

Risiedendo nel consenso espresso la causa stessa del contrario consenso verrebbe naturale pensare vi sia una coincidenza perfetta e speculare tra quanto già manifestato e quanto proprio questo viene ad elidere e che, pertanto, lo scioglimento di un contratto debba essere deciso dagli stessi soggetti che lo abbiano concluso: un tale ragionamento come non sarebbe esatto per il diritto moderno - dove non si guarda ai soggetti, ma alle parti e non alle parti in senso formale, ma ad esse come sostanziale punto di riferimento finale del regolamento negoziale<sup>177</sup> – allo stesso modo non lo sarebbe per il diritto dei romani, i quali, seppur in epoca classica non erano arrivati ad elaborare un istituto in tutto assimilabile alla attuale rappresentanza<sup>178</sup>, per la complessità dei rapporti familiari, degli *status* degli individui, nonché per l’articolazione stessa delle strutture sociali ed economiche, non mancavano di complicazioni tali rende complessa un’immediata imputazione degli effetti negoziali.

---

<sup>177</sup> cfr. MESSINEO, *Dottrina generale*, cit., pag. 382: “Il mutuo dissenso è in sostanza un caso di ritrattazione bilaterale del contratto, la quale si attua mediante un nuovo contratto (solutorio e liberatorio) di contenuto eguale e contrario a quello del contratto originario e passante tra le parti medesime del contratto da sciogliersi.”.

<sup>178</sup> Non esisteva, difatti, la cd. rappresentanza diretta in virtù della quale gli effetti del negozio compiuto dal rappresentante entrano automaticamente nella sfera giuridico-patrimoniale del rappresentato, cfr. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., pag. 94 e ss.; GUARINO, *Diritto privato*, cit., pag. 372 e ss. ove è tracciata la storia dell’emersione della rappresentanza come deroga al principio dello “*esclusivismo dell’agire negoziale*”.

Prendiamo per esempio il caso di cui a

D.18.5.1 (Pomponius *libro quinto decimo ad Sabinum*):

*Celsus filius putabat, si vendidisset mihi filius familias rem peculiarem, etiam, si conveniat ut abeatur ab ea venditione, inter patrem et filium et me convenire debere, ne, si cum patre solo pactus sim, filius non possit liberari et quaeratur, utrumne nihil agatur ex ea pactione, an vero ego quidem liberer, filius maneat obligatus, sicuti, si pupillus sine tutoris auctoritate paciscatur, ipse quidem liberatur, non etiam qui cum eo pactus est. nam quod Aristo dixit posse ita pacisci, ut unus maneat obligatus, non est verum, quia pro una parte contrahentium abiri pacto ab emptione non possit: et ideo si ab una parte renovatus sit contractus, dicitur non valere eiusmodi pactionem. sed dicendum est patre paciscente et liberato adversario filium quoque obiter liberari.*

Il passo è stato solitamente studiato<sup>179</sup> per verificare la possibilità della risoluzione soggettivamente parziale di un contratto a prestazioni corrispettive ponendo l'accento sulla necessaria

---

<sup>179</sup> cfr. VIARD, *Les pactes adjoints aux contrats en droit romain classique*, Parigi, 1929, pag. 125; KNÜTEL, *Contrarius consensus, cit.*, pag. 93

sinallagmaticità della compravendita, che resterebbe snaturata ove restasse in piedi la prestazione di una sola parte.

Il caso è quello della vendita effettuata da un *filius familias* di una *res peculiaris* e del successivo negozio risolutorio intercorso tra il *pater familias* e l'acquirente: ci si chiede se il figlio debba intervenire per non rimanere vincolato all'originario contratto, anche se a nessuna prestazione fosse più tenuto l'acquirente. Celso ritiene che al *contrarius consensus* sia necessaria la inscindibile partecipazione di tutti i contraenti: non sarebbe giustificato se una "parte" sola fosse liberata dalla propria prestazione, rimanendo obbligata l'altra alla sua controprestazione, come unilateralmente non può essere *renovatus* un contratto. Aristone è di diverso parere: egli ammette che la pattuizione risolutiva possa avvenire solo tra alcuni soggetti e non tutti quelli del contratto risolto. Questa interpretazione del frammento ha come presupposta la sinallagmaticità del contratto e l'impossibilità che questo permanga venendo eliminata una prestazione: da questo punto di vista è senz'altro errato il responso di Aristone "*ut unus maneat obligatus*", una compravendita non sarebbe più tale senza lo scambio del bene col prezzo, tolta una delle prestazioni dedotte in contratto questo non potrebbe neanche più essere qualificato come oneroso.



La prospettiva cambia laddove mutino i presupposti e si tengano presenti non solo le regole della contrattualità, ma anche quelle che presiedono ai rapporti familiari e nella specie alla disciplina del *peculium*.

Ricondotto in un diverso ambito il caso acquista un vero significato: non stiamo discutendo di un contratto cui partecipano liberamente tre soggetti *sui iuris*, ma dell'ipotesi in cui un *pater familias* ha assegnato alcuni beni ad un figlio, conferendogli così una certa libertà economica, di uno di tali beni il figlio ha disposto, a tanto era autorizzato, alienandolo ad un terzo, ma poi le parti pentitesi del negozio lo vogliono porre nel nulla. E' evidente che è la particolare natura del bene a comportare delle difficoltà: esso è una *res peculiaris* e come tale viene "socialmente" sentito come di proprietà del figlio, che perciò poteva alienarlo, seppur formalmente restava nel patrimonio del padre. A questi non solo era permesso in qualsiasi momento revocare la concessione del *peculium*, ma nei limiti del valore dello stesso egli era responsabile per gli atti compiuti dal figlio<sup>180</sup>. Preciso ciò non tanto sarebbe da domandarsi se fosse essenziale la partecipazione del figlio, ma se

---

<sup>180</sup> D.15.1.44 (Ulpianus libro sexagensimo tertio ad edictum):

*Si quis cum filio familias contraxerit, duos habet debitores, filium in solidum et patrem dumtaxat de peculio.*

fosse sufficiente quella del padre, destinatario finale degli effetti giuridici, diretti o riflessi, dell'attività del sottoposto, e la risposta non potrebbe essere che una sola: "*patre paciscente et liberato adversario filium quoque obiter liberari*", il figlio sarà senz'altro liberato sia perchè l'acquirente non potrebbe chiedere una controprestazione se non fosse a sua volta obbligato ad eseguirne una, sia perchè avendo il *pater familias* convenuto di risolvere il contratto, egli che addirittura potrebbe revocare il *peculium*, il *contrarius consensus* è stato espresso correttamente da chi era legittimato a farlo<sup>181</sup>.

Non dubiterei allo stesso modo che, nei limiti del valore del *peculium*, il figlio possa liberamente ed autonomamente convenire lo scioglimento dei contratti da lui direttamente conclusi<sup>182</sup> come è

---

<sup>181</sup> Nè ritengo giustificate le critiche mosse alla tesi di Aristone: credere che il giureconsulto abbia potuto ammettere che "*unus maneat obligatus*" non è credibile. E' noto come questi abbia studiato e compreso il sinallagma ed addirittura proposto una esenzione della sua disciplina al di là delle ipotesi tipiche (crf. D. 2.14.7.2). Tale tesi acquista una certa ragionevolezza se si considera il regime della tutela ed il sistema di protezione per il *pupillus*: se questi avrà compiuto *sine tutoris auctoritate* un atto in parte a lui favorevole, in quanto lo libera da una obbligazione, ed in parte sfavorevole, in quanto libera la controparte dalla prestazione, il negozio è *claudicans* per la parte a lui sfavore e non sarà produttivo di effetti nè nei suoi confronti nè di quelli del tutore. Il *contrarius consensus claudicans* libererà solo il pupillo e non anche la controparte, alla quale verrà in ogni caso concessa una *actio utilis* nei limiti dell'eventuale ingiustificato arricchimento dell'incapace. Cfr. l'ipotesi di novazione compiuta dal *pupillus sine tutoris auctoritate* o di una donna che abbia assunto la responsabilità di un debito altrui: "*l'obbligazione antica è ugualmente distrutta, quantunque la nuova non venga in essere o sia paralizzata da una eccezione*", ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., pag. 397, nello stesso senso GUARINO, *Diritto Privato*, cit., pag. 840, nt. 77.2.3 .

<sup>182</sup> nella stessa prospettiva si pone anche il vigente codice civile italiano, che prevede espressamente (art. 1399, terzo comma, c.c.) l'ipotesi che il terzo e colui che ha agito come pseudo-rappresentante possano sciogliere il contratto prima delle ratifica, prima cioè di quell'atto del *dominus* che permetta al contratto di produrre effetti nella sua sfera giuridica,

dimostrato da

D.46.4.8.4 (Ulpianus *libro quadragensimo octavo ad Sabinum*):

*Filius familias promittendo patrem civiliter non obligat, sed se obligat: propter quod accepto rogare filius familias potest, ut se liberet, quia ipse obligatus est, pater autem acceptum rogando nihil agit, cum non sit ipse obligatus, sed filius. idem erit et in servo dicendum: nam et servus accepto liberari potest, et tolluntur etiam honorariae obligationes, si quae sunt adversus dominum. quia hoc iure utimur, ut iuris gentium sit acceptilatio: et ideo puto et Graece posse acceptum fieri, dummodo sic fiat, ut Latinis verbis solet:*

œceij labèn dhnlria tÒsa; œcw labèn.

Come nel caso di una *acceptilatio*, atto avente funzione analoga al *contrarius consensus*, si dovrà avere riguardo al soggetto che possa legittimamente disporre dei diritti che col contratto da risolvere gli sono stati attribuiti: il padre è il destinatario finale ed eventuale degli effetti del negozio cui ha preso parte il *filius* e questi, nei limiti dei poteri che il padre stesso gli avrà concesso,

---

restando dubbio che lo scioglimento volontario del contratto possa essere convenuto dal vero *procurator* ed il terzo in quanto il contratto concluso è efficace già tra *dominus* e terzo.

potrà disporre dei propri diritti liberamente, tanto vincolandosi<sup>183</sup> quanto liberandosi da una obbligazione, sia essa, come nel caso, *verbis* o *consensu contracta*.

Il brano qui riportato ci consente di estendere il discorso anche ad una altra forma potremmo dire di interposizione quella degli schiavi, soggetti attraverso i quali era compiuta la maggior parte delle attività economiche e che sicuramente si saranno trovati a dover risolvere dei contratti da loro direttamente conclusi e per essi riferibili al *dominus*: purtroppo non disponiamo di alcuna diretta testimonianza, ma la pratica logica degli affari induce a credere che ciò accadesse e che magari tutto si concludesse bonariamente senza sollevare questioni tali da richiedere l'intervento del *praetor* od il parere di un giurista e perciò la mancanza di decisioni giuresprudenziali. Non sarà certo mancato il caso in cui, ad esempio, un *dominus-exercitor* avrà preposto un proprio schiavo al comando di una nave adibita al *grand commerce*<sup>184</sup> tra Pozzuoli ed Alessandria o Nexos o Paros, e non sarà mancato che il servo, nella qualità di *magister navis*<sup>185</sup>, avrà

---

<sup>183</sup> cfr. D.44.7.39 (Gaius *libro tertio ad edictum provinciale*):

*Filius familias ex omnibus causis tamquam pater familias obligatur et ob id agi cum eo tamquam cum patre familias potest.*

<sup>184</sup> ROUGE, *Recherches sur l'organisation du commerce maritime en Méditerranée sous l'empire romain*, Parigi, 1966, pag. 419.

<sup>185</sup> D.14.1.1.1 (Ulpianus *libro vicensimo octavo ad edictum*):

locato alcuni settori della nave per trasportare delle steli di marmo<sup>186</sup> o delle anfore di vino: se per un caso fortuito la merce da imbarcare non fosse arrivata, nulla impediva alle parti di risolvere bonariamente il contratto e non c'è dubbio che il *magister* potesse essere legittimato a ciò data la grande autonomia di cui godeva.

Sia consentito sottolineare come i romani ben avessero chiaro il concetto di riferibilità degli interessi e effetti negoziali e come, senza volere proiettare anacronisticamente delle moderne categorie, ma solo utilizzandone la sintetica immagine descrittiva, comprendessero l'essenzialità della partecipazione di un soggetto al negozio, nel senso che come per la conclusione anche per lo scioglimento la partecipazione solo di determinate parti può ritenersi condizionante. Così ci si può trovare a dover sciogliere il contratto limitatamente ad una sola delle parti che vi hanno partecipato, senza per questo dover eliminare l'intero regolamento, il quale rimarrà perfettamente operante tra gli altri contraenti:

D.2.14.7.6 (Ulpianus libro quarto ad edictum):

*Sed cum duo heredes emptori exstiterunt, venditor cum altero pactus est, ut ab emptione recederetur: ait*

---

*Magistrum navis accipere debemus, cui totius navis cura mandata est.*

cfr. ROCCO, *La responsabilità degli armatori in diritto romano*, in *Giur.it.*, 1898, 4, pag. 301; ss. GHIONDA, *Sul magister navis*, in *Riv. dir. nav.*, 1935, 1, pag. 329 e ss.; GUARINO, *Magister e gubernator navis*, in *Labeo*, 1965, 11, pag. 36 e ss.

<sup>186</sup> cfr. DE MARTINO, *Storia economica di Roma antica*, Firenze, 1979, pag. 127

*Iulianus valere pactionem et dissolvi pro parte  
emptionem: quoniam et ex alio contractu paciscendo  
alter ex heredibus acquirere sibi potuit exceptionem.*

Ci troviamo con un'unica vendita effettuata originariamente a favore di un soggetto cui succedono due eredi: con uno di essi il venditore pattuisce la risoluzione del contratto, che dissolto *pro parte* continuerà a valere, con limitati effetti, tra il venditore stesso e l'altro erede<sup>187</sup>. Non essendo considerato essenziale l'apporto della parte che si è sciolta, il contratto esplicherà la propria funzione con limitati effetti determinando uno stato di comunione tra il venditore ed uno solo degli eredi dell'acquirente defunto: logica impone che una simile soluzione non sarebbe valsa nel caso in cui fosse stato il venditore a voler risolvere il contratto; la partecipazione non solo di questi sarebbe stata essenziale, ma anche di entrambi gli acquirenti, rimanendo altrimenti, *pro parte*, egli vincolato.

L'ipotesi di risoluzione soggettivamente parziale di un contratto ci introduce a quella di risoluzione oggettivamente parziale, dai soggetti del negozio risolutorio passiamo così a

---

<sup>187</sup> una simile disciplina è adottata per il riscatto contro gli eredi del compratore dall'art. 1509 c.c.; cfr RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale Cicu-Messineo*, Milano, 1971, pag. 1073.

considerare il suo oggetto.

Preliminarmente si deve distinguere, e già vi abbiamo fatto cenno in più luoghi, la risoluzione dal cd. *pactum de non petendo*: oggetto del patto risolutivo, difatti, anche se parziale, è sempre il contratto precedentemente concluso, il quale verrà totalmente estinto o modificato in alcuni aspetti non essenziali, e giammai le singole obbligazioni da esso derivanti<sup>188</sup>:

D.2.14.27.2 (Paulus *libro tertio ad edictum*)<sup>189</sup>:

*Pactus, ne peteret, postea convenit ut peteret: prius pactum per posterius elidetur, non quidem ipso iure, sicut tollitur stipulatio per stipulationem, si hoc actum est, quia in stipulationibus ius continetur, in pactis factum versatur: et ideo replicatione exceptio elidetur. Eadem ratione contingit, ne fideiussoribus prius pactum prosit. Sed si pactum conventum tale fuit, quod actionem quoque tolleret, velut iniuriarum, non poterit postea*

---

<sup>188</sup> per il caso analogo di un *pactum ad minuendam obligationem* cfr.

D.18.1.72 pr. (Papinianus libro decimo quaestionum):

*Pacta conventa, quae postea facta detrahunt aliquid emptioni, contineri contractui videntur: quae vero adiciunt, credimus non inesse. quod locum habet in his, quae adminicula sunt emptionis, veluti ne cautio duplae praestetur aut ut cum fideiussore cautio duplae praestetur. sed quo casu agente emptore non valet pactum, idem vires habebit iure exceptionis agente venditore. an idem dici possit aucto postea vel deminuto pretio, non immerito quaesitum est, quoniam emptionis substantia constitit ex pretio.*

sul quale si sofferma VIARD, *cit.*, pag. 118, evidenziando come un patto di risoluzione parziale fa parte del contratto, ad esso è funzionalmente collegato, senza toccare “*en rien la perfection de la vente*”, mentre “*renoncer à la cautio duplae diminue bien l’obligation du vendeur*”.

<sup>189</sup> per la cui esegesi v. GROSSO, *L’efficacia*, *cit.*, pag. 50.

*paciscendo ut agere possit, agere: quia et prima actio sublata est et posterius pactum ad actionem parandam inefficax est: non enim ex pacto iniuriarum actio nascitur, sed ex contumelia. Idem dicemus et in bonae fidei contractibus, si pactum conventum totam obligationem sustulerit, veluti empti: non enim ex novo pacto prior obligatio resuscitatur, sed proficiet pactum ad novum contractum. Quod si non ut totum contractum tolleret, pactum conventum intercessit, sed ut imminueret, posterius pactum potest renovare primum contractum. Quod et in specie dotis actionis procedere potest. Puta pactam mulierem, ut praesenti die dos redderetur, deinde pacisci, ut tempore ei legibus dato dos reddatur: incipiet dos redire ad ius suum. Nec dicendum est deteriorem condicionem dotis fieri per pactum: quotiens enim ad ius, quod lex naturae eius tribuit, de dote actio redit, non fit causa dotis deterior, sed formae suae redditur. Haec et Scaevolae nostro placuerunt.*

Il giurista severiano non solo conosceva la differenza tra i due negozi dismissori, ma nel farne una concreta applicazione



evidenzia un aspetto fondamentale: se un *pactum de non petendo* può essere reso inefficace per mezzo di un successivo *pactum ut peteret* e così l'*exceptio pacti* contrastata con una fondata *replicatio*, allo stesso modo però non sarà possibile neutralizzare con un successivo accordo gli effetti del *contrarius consensus* poichè questo, come il patto diretto ad eliminare l'*obligatio ex delicto*, ha determinato la distruzione sostanziale della causa del rapporto<sup>190</sup>. Si potrebbe sottolineare altresì che il *pactum de non petendo* in realtà non ha comportato alcuna modifica del rapporto sostanziale, il quale è come se entrasse in uno stato di quiescenza, stato in qualsiasi tempo redimibile, non essendo possibile ottenere l'adempimento ed alcuna tutela processuale; il *contrarius consensus*, incidendo, invece, proprio sul rapporto sostanziale - e solo indirettamente sulle obbligazioni da esso scaturenti - privandolo di rilevanza giuridica e di efficacia, lo travolge in maniera definitiva ed irrecuperabile talchè per giungere al risultato originariamente convenuto si dovrà concludere un nuovo contratto.

Il *contrarius consensus* può avere ad oggetto sia l'intero regolamento contrattuale, sia suoi specifici ma non funzionalmente caratteristici aspetti, attuandosi tanto una risoluzione totale, quanto

---

<sup>190</sup> CERAMI, *op.cit.*, pag. 1282.

una parziale; esso potrà essere diretto non solo contro il contratto costitutivo del rapporto, ma anche verso l'accordo risolutivo.

In tale ultimo caso, in maniera attenta e coerentemente con quanto già sentenziato, Paolo distingue la ritrattazione di un accordo risolutivo totale e di un accordo risolutivo parziale. Se il *contrarius consensus* non aveva lasciato sopravvivere alcunchè, la sua ritrattazione avrà una duplice valenza: rimozione dell'accordo risolutivo e costituzione di un nuovo rapporto che solo per una sorta di *relatio*, per il suo contenuto, guarderà a quello risolto, giacchè unica fonte regolamentare è *novum* contratto.

La risoluzione parziale, da canto suo, non ha avuto come conseguenza l'eliminazione del precedente contratto, ma una sua modificazione, ed allora la ritrattazione non è necessario che comporti l'istaurarsi di un nuovo rapporto, reintegrandosi<sup>191</sup> quello già limitato col *contrarius consensus*.

Difatti, è evidente che allorchè oggetto del *contrarius consensus* sia non l'intero assetto negoziale, ma singole pattuizioni non più convenienti per i contraenti, non è travolto il rapporto

---

<sup>191</sup> questo è il significato che si può attribuire in D. 2.14.27.2 alla espressione *renovare primum contractum*, usata qui quasi un'assonanza col precedente *novum contractum*: non avrebbe altrimenti senso porre la distinzione tra le due ipotesi se con la ritrattazione si addiverrebbe ad un *novum/renovatum contractum*. Conferma della interpretazione fornita del termine *renovare* si trae anche dal confronto con altri passi in cui lo stesso Paolo lo adopera in maniera più appropriata e per questo tecnica come ad es. in D.18.5.7.1. *renovata venditio* è autentica conclusione di una efficace vendita, è rinnovazione di un consenso mal prestato. Cfr. KNÜTEL, *Contrarius consensus, cit.*, pag. 73 e 74, nt.12.

complessivamente, essendone salvaguardata la funzione originaria, incidendosi solo in parte su di esso per adeguarlo alle mutate sopraggiunte esigenze<sup>192</sup>.

Ed è così che la facoltà delle parti di *consentire in contrarium*<sup>193</sup> si esplica allo stesso modo sia nell'eliminazione totale dell'accordo, sia nella parziale risoluzione: in tale ultimo caso il contratto resta efficace, sia pur in maniera ridotta rispetto a prima, e continuerà ad avere tutela anche in via di azione per quanto convenuto e non risolto; il patto risolutivo, a sua volta, non producendo azione ma eccezione, determinerà la paralisi della pretesa di chi chiederà l'adempimento della parte di convenzione eliminata, non come effetto processuale del patto, cosa riscontrabile per quello *de non petendo*, ma quale necessaria conseguenza della modifica sostanziale del contratto. Contratto che, inalterato nella sua struttura base e principale funzione, non è sostituito da un successivo accordo: non sopraggiunge, cioè, un nuovo consenso avente il duplice effetto di estinguere il precedente e instaurare un diverso più limitato rapporto, anche se la differenza appare ai romani, che pur la colgono, molto sottile talchè *quasi renovatus contractus videatur*:

---

<sup>192</sup> GUARINO, *Per la storia, cit.*, pag. 279.

<sup>193</sup> CERAMI, *op.cit.*, pag. 1286.

D.2.14.7.6 (Ulpianus *libro quarto ad edictum*):

*Adeo autem bonae fidei iudiciis exceptiones postea factae, quae ex eodem sunt contractu, insunt, ut constet in emptione ceterisque bonae fidei iudiciis re nondum secuta posse abiri ab emptione. si igitur in totum potest, cur non et pars eius pactio mutari potest? et haec ita Pomponius libro sexto ad edictum scribit. Quod cum est, etiam ex parte agentis pactio locum habet, ut et ad actionem proficiat nondum re secuta, eadem ratione. Nam si potest tota res tolli, cur non et reformari? Ut quodammodo quasi renovatus contractus videatur. Quod non insubtiliter dici potest. Unde illud aequè non reprobò, quod Pomponius libris lectionum probat, posse in parte recedi pacto ab emptione, quasi repetita partis emptione.*

Se il termine *renovatus* potrebbe indurre a credere che con la modificazione sia concluso un nuovo contratto estintivo-costitutivo, sono il *quasi* ed il *videatur* a fare la differenza: la vera rinnovazione presuppone che le parti abbiano voluto porre nel nulla il contratto già concluso nella sua interezza, lo abbiano estinto e, analogamente

alla novazione<sup>194</sup>, adottato *ex novo* un ulteriore regolamento, la *quasi* rinnovazione, invece, è solo una modifica del contratto “*dans son ensemble*”<sup>195</sup>, il quale “*n’est pas un contract nouveau, l’ancien contract subsiste toujours*”<sup>196</sup>.

Una ulteriore precisazione è opportuna: la funzione principale del *contrarius consensus* è l’estinzione, totale o parziale, degli effetti negoziali, non la loro modificazione; una certa confusione potrebbe imputarsi ad una lettura affrettata delle fonti ed in particolare di D. 2.14.7.6 dove accanto alla facoltà di *abiri ab emptione* vi è quella di *pactione mutari*<sup>197</sup>. Non è, però, chi non veda che il cd. *contrarius consensus* modificativo vada oltre la sua propria finalità, non è, cioè, soltanto “negativo” ma anche “affermativo”: se totale determinerà una contestuale estinzione e, logicamente successiva, costituzione di un nuovo rapporto; se parziale innesterà, non

---

<sup>194</sup> cfr. GUARINO, *Ditto privato*, cit., pag. 838: “La novazione consisteva nella sostituzione di una prima obbligazione con un’obbligazione parzialmente nuova nel suo contenuto (prioris debiti in aliam obligationem transfusio atque translatio). Il concetto che stava alla base dell’istituto era che un negozio costitutivo di una obligatio implicasse la estinzione di una obligatio precedente tutte le volte in cui la nuova obligatio fosse sicuramente riferibile allo stesso rapporto economico, di debito credito, cui si riferiva, sia pure con connotazioni in parte diverse, la obligatio precedente: una sorta di applicazione del principio generale dell’abrogazione tacita di un istituto giuridico vecchio mediante l’introduzione di un istituto giuridico nuovo volto a regolare lo stesso fenomeno sociale”. La similitudine è quanto mai calzante: se il *re-novatus* contratto è volto a regolare il precedente rapporto nella sua interezza, implicitamente ne ha determinato una “tacita abrogazione”; cfr. anche MASI, *Novazione (dir.rom.)*, in *Enc. dir.*, 1978, XXVIII, pag. 767.

<sup>195</sup> VIARD, cit., pag. 117.

<sup>196</sup> VIARD, cit., pag. 123.

<sup>197</sup> cfr. DEIANA, *Contrarius consensus*, cit., pag. 144: “la confusione è frequente negli autori, soprattutto perchè essa si riscontra in un noto passo delle fonti, in cui appunto si parla ora dell’uno ora dell’altro tipo di contrario consenso, senza tenerli come sarebbe stato giusto, distinti.”.

necessariamente in luogo degli effetti rimossi, dei nuovi con il medesimo meccanismo di combinazione estintivo-costitutiva.

Il dissenso si inserisce, così, in un accordo più complesso e “*giuridicamente abbiamo che nella stipulazione di questa clausola è implicito un contrario consenso diretto contro la prima*”<sup>198</sup> convenzione: un comportamento, per meglio dire, un atto negoziale che presuppone necessariamente la volontà di risolvere la convenzione precedente in quanto con essa incompatibile<sup>199</sup>.

Il contrario consenso potrà, invero, rivestire sia una forma espressa ed avremo un atto con cui le parti dichiarano di volere esplicitamente risolvere od anche tacita: non riscontrandosi vincolo alcuno, il consenso nella sua libera espressione, anche contaria, potrà essere manifestato con qualsiasi mezzo, purchè sia indiscutibile la sua riconoscibilità esteriore<sup>200</sup>. Sarà, pertanto, consentito sia pattuire *expressis* una delle forme di risoluzione sinora esaminate sia porre in essere dei comportamenti tali per la loro concludenza ed univocità da poter inferire una volontà diretta non solo scopo evidente, ma anche a quello implicito di risolvere il

---

<sup>198</sup> DEIANA, *Contrarius consensus*, cit., pag. 145.

<sup>199</sup> Una situazione analoga si può riscontrare in caso di revoca di *testamentum*, la quale secondo il *ius civile* in tanto produttiva di effetti in quanto vi fosse la confezione di un nuovo e diverso *testamentum* contenente necessariamente una nuova istituzione di erede, cfr. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1928, II, pag. 574; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit. pag. 534; GUARINO, *Diritto privato*, cit., pag. 468.

<sup>200</sup> GUARINO, *Diritto privato*, cit., pag. 60.

contratto:

D.18.5.2 (Pomponius *libro vicensimo quarto ad Sabinum*):

*Si quam rem a te emi, eandem rursus a te pluris minorisve emero, discessimus a priore emptione (potest enim, dum res integra est, conventionem nostram infectam fieri emptio) atque ita consistit posterior emptio, quasi nulla praecesserit. sed non poterimus eadem ratione uti post pretium solutum emptionem repetita, cum post pretium solutum infectam emptionem facere non possumus.*

Se le parti convengono di aumentare o ridurre il prezzo di una compravendita, esse non si saranno limitate alla modifica di un elemento accessorio del contratto ma essenziale e caratterizzante di esso<sup>201</sup> e per tale motivo il loro comportamento andrà interpretato nel senso che si sia risolta la prima vendita e convenuta una per un diverso prezzo “*della quale alcune clausole accessorie sono determinate ‘per relationem’ a quelle del primo contratto*”<sup>202</sup>. Non manca, invero, chi ritiene più probabile ricorra in caso di riduzione

---

<sup>201</sup> D. 18.1.7pr “... quoniam emptionis substantia constitit ex pretio.”; cfr. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., I, pag. 134.

<sup>202</sup> DEIANA, *Contrarius consensus*, cit., pag. 146.

del prezzo un'ipotesi di *pactum de non petendo* parziale<sup>203</sup> avente come effetto una remissione dell'obbligazione gravante sul compratore: questa ricostruzione non può essere però condivisa sia per quanto già rilevato circa la differenza del *pactum de non petendo* ed il *contrarius consensus*, sia per l'essenzialità dell'elemento "prezzo", la cui riduzione sotto forma di liberazione parziale dell'acquirente contrasterebbe con la stessa onerosità e sinallagmaticità del contratto di compravendita. Le parti intendono, invero, semplicemente rinegoziare il corrispettivo e non certo il venditore in qualche modo beneficiare gratuitamente il compratore: vogliono, cioè, che il nuovo prezzo venga dedotto in contratto come corrispettivo e ciò è possibile soltanto mercè la risoluzione della precedente vendita e la conclusione di un'altra che alla prima farà in tutto riferimento tranne che per il diverso ammontare del prezzo, risoluzione che, come nel caso di specie, potrà essere anche tacita.

Si indica anche come esempio di risoluzione tacita

---

<sup>203</sup> SIBER, cit., pag. 92: "*Heraufsetzung des Preises ist in der Tat ohne Aufhebung des estern Kauf nicht möglich, weil das römische Recht eine allgemein zulässige vertragliche Inhaltsänderung nicht kennt. Der gleiche Weg ist natürlich auch bei Herabsetzung denkbar, aber unwahrscheinlich, u.a. weil mit der Aufhebung des ersten Kauf auch Bürger und Pfänder frei geworden wären. Es ist wohl anzunehmen, daß sich die Römer hier mit einem Teilerlaß des Preis durch pactum de non petendo begnügt haben*". Cfr. anche KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., pag. 77 e ss., il quale evidenzia come la questione dovesse essere controversa anche tra i romani almeno sino a quando Paolo, D. 18.1.7pr., non conclude che "*si omnibus integris manentibus de augendo vel deminuendo pretio rursus convenit, recessum a priore contractu et nova emptio intercessisse videtur*"



D.18.5.5 pr.(Iulianus *libro quinto decimo digestorum*):

*Cum emptor venditori vel emptori venditor acceptum faciat, voluntas utriusque ostenditur id agentis, ut a negotio discedatur et perinde habeatur, ac si convenisset inter eos, ut neuter ab altero quicquam peteret, sed ut evidentius appareat, acceptilatio in hac causa non sua natura, sed potestate conventionis valet.*

argomentandosi<sup>204</sup> che l'*acceptilatio* effettuata da una sola delle parti consente di dedurre che al consenso costitutivo dell'obbligazione è succeduto un consenso parimenti reciproco di inversa direzione: non avrebbe alcun senso che una parte sola continui ad essere obbligata, essendo l'*acceptilatio* l'indizio da cui arguire il tacito accordo di eliminare integralmente il contratto<sup>205</sup>.

---

<sup>204</sup> FERRINI, *cit.* pag. 986.

<sup>205</sup> Sul punto rimango, però, del parere che sia piuttosto la testimonianza di un'atecnica utilizzazione della *acceptilatio* per ottenere, data la sua struttura di *actus contrarius*, gli effetti che gradualmente diverranno propri del *dissensus*.

### 3.2 L'EFFICACIA DEL *CONTRARIUS CONSENSUS*

Di primo acchito si potrebbe non condividere la scelta di discutere in termini di “efficacia”<sup>206</sup> delle conseguenze del *contrarius consensus* sulla situazione creata dalla convenzione poi risolta: tale terminologia non appartiene all’esperienza giuridica romana, come ad essa sicuramente è estranea ogni speculazione intorno all’idea di causazione, generazione ed esplicazione di effetti giuridici. Concetti questi gradualmente formati grazie alle trattazioni dei Pandettisti sui modi di costituzione, modificazione ed estinzione delle obbligazioni ed in generale dei rapporti giuridici<sup>207</sup>, ma che di certo trovano un loro precedente in espressioni come *causae obligationum, ex quibus obligationes nascatur o pariunt obligationem* o, ancora, *actionem*<sup>208</sup>, che adoperate senza alcun preteso rigore scientifico esprimono, secondo il pratico linguaggio

---

<sup>206</sup> cfr. CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, s.d., pag. 391, secondo il quale “efficacia” vale produzione di effetti; DI MAJO GIAQUINTO, *L’esecuzione del contratto*, Milano, 1967, pag. 27, per il quale efficacia del contratto è la situazione di sua “complessiva rilevanza”; MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., pag. 48: “efficacia è un modo di essere del contratto, che implica attitudine a produrre effetti giuridici.”; BIANCA, *Diritto Civile, Il contratto*, Milano, 1987, pag. 495: “L’efficacia indica la produttività degli effetti giuridici. Il contratto è efficace quando produce i suoi effetti giuridici. In generale l’effetto giuridico è una vicenda giuridica, cioè il mutamento di una situazione di diritto, il contratto è essenzialmente diretto a produrre effetti giuridici: esso è infatti l’accordo volto a costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici. L’efficacia del contratto rappresenta quindi fondamentalmente l’attuazione di ciò che le parti hanno voluto, ossia di ciò che esse hanno disposto mediante il loro atto di autonomia negoziale.”

<sup>207</sup> cfr. SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlino, 1840, III, pag. 3: “Ich nenne die Ereignisse, wodurch der Umfang oder das Ende der Rechtsverhältnisse bewirkt wird, iuristische Tatsachen. Alle juristische Tatsachen also kommen darin mit einander überein, dass durch sie an den Rechtsverhältnissen bestimmter Personen irgend eine Beränderung in der Zeit hervorgebracht wird.”

<sup>208</sup> GUARINO, *Diritto privato*, cit., pag. 692; FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, Milano, 1965, XIV, pag. 433.

del giurista romano, l'idea di causazione e generazione di effetti giuridici quale diretta conseguenza di un determinato atto.

Parlare di effetti del *contrarius consensus* è considerare la sua influenza sul precedente rapporto e sulla situazione che preesisteva: se, come si è visto, la sua funzione non era (*rectius* non era più) semplicemente quella formalmente solutoria, ma prevalentemente ed esclusivamente dissolutoria di un accordo che non corrispondeva più alle ormai mutate intenzioni degli originari contraenti, assume una pregante rilevanza comprendere in che misura, ed entro quali limiti, le parti possano effettivamente rimuovere una “realtà” che ormai si è creata.

Nel breve *excursus* delle principali ipotesi di *dissensus*, si è visto come la risoluzione abbia ad oggetto un negozio già perfetto nella sua conclusione ed in grado di produrre i propri effetti, un negozio che per volontà dei contraenti viene in tutto od in parte risolto, sia pure sostituendovi alcune parti o attraverso una modifica di suoi elementi essenziali; si è constatato altresì che la risoluzione possa a sua volta essere diretta verso il negozio risolutorio o come la risoluzione del negozio principale espliciti conseguenze anche rispetto a quelli ad esso funzionalmente collegati. In tutti questi casi affiora costante l'interrogativo di quale sia la portata del *contrarius*

*consensus*, quali i suoi effetti concreti, quale la sua operatività: non basta, invero, dire che col mutuo dissenso le parti intendono porre nel nulla gli effetti di un precedente contratto, ma l'attenzione deve concentrarsi su come e fino a che punto la loro autonomia possa trovare realizzazione<sup>209</sup>, su quale sia la conseguenza effettuale dell'accordo finalizzato alla ritrattazione di una pregressa valida determinazione volitiva<sup>210</sup>

In linea puramente teorica<sup>211</sup>, in mancanza di alcuna diversa disposizione, si potrebbe affermare che con la stessa libertà con la quale si è concluso un contratto, nello stesso modo e con la stessa libertà la volontà possa determinarne la risoluzione, così, però, prescindendo dal fatto che una volta compiuto ogni atto si distacca dal suo autore per acquistare una propria rilevanza giuridica e, soprattutto, da qualsiasi tutela dei terzi, che sulla nuova situazione hanno fatto e fanno affidamento. Portando all'estremo questo

---

<sup>209</sup> BIANCA, *cit.*, pag. 700: "Il mutuo dissenso è espressione dell'autonomia contrattuale, in quanto il potere di porre in essere atti dispositivi della propria sfera giuridica comporta anche il potere di dissolvere tali atti nel rispetto dei diritti altrui."

<sup>210</sup> TOSCHI VESPASIANI, *Riflessioni, cit.*, pag. 274.

<sup>211</sup> La questione è stata affrontata concretamente in questi termini da: BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. di dir. civ.* diretto da Vassalli, Torino, 1960, pag. 251; CEREBELLO, *I contratti liberatori*, Napoli, 1922, pag. 79; CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico*, Napoli, 1948, pag. 448; MESSINEO, *Contratto, cit.*, pag. 815; ID., *Il contratto in genere, cit.*, pag. 48; SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine, cit.*, pag. 217; LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980, pag. 256; CAPOZZI, *Il mutuo dissenso nella pratica notarile*, in *Vita not.*, 1993, pag. 638; SANDULLI, *Forma del negozio risolutorio di un preliminare di vendita immobiliare*, in *Giust. civ.*, 1967, I, pag. 431; LA TORRE, *La forma dei negozi risolutori*, in *Giust. civ.*, 1962, I, pag. 154; PARENTE, *Il regime formale del negozio risolutorio di preliminare di compravendita immobiliare*, in *Foro it.*, 1988, I, col. 2922.

ragionamento, col *contrarius consensus* potrebbe essere consentito di rendere inefficace anche un contratto traslativo o costitutivo che ha già prodotto i suoi effetti, rimettendo automaticamente le parti nella loro originaria posizione: il negozio avrebbe, cioè, una efficacia pienamente risolutoria con la completa eliminazione del precedente contratto.

Sempre in astratto ed in maniera diametralmente opposta<sup>212</sup>, si potrebbe negare alle parti un potere assoluto di risoluzione in ragione sia del fatto che il negozio ormai concluso avendo acquistato una sua indipendenza giuridica è qualcosa di estraneo alla loro diretta influenza, sia di una imprescindibile tutela dei terzi. Ai contraenti non rimarrebbe, allora, alternativa se non porre in essere un negozio con effetti uguali e contrari a quello che si vorrebbe risolvere ed in cui le posizioni verrebbero invertite allo scopo di neutralizzarne le conseguenze: il negozio originario rimarrebbe giuridicamente esistente, ma sostanzialmente improduttivo di effetti.

Una cosa è imprescindibile: in ogni caso, abbia o meno il

---

<sup>212</sup> In questa ottica: DEIANA, *Contrarius consensus*, *cit.*, pag. 104 e ss.; ALLARA, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Milano, 1952, pag. 150 e ss.; BIONDI, *Le donazioni*, Torino, 1961, pag. 519; BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, Torino, 1962, pag. 480; RUBINO, *cit.*, pag. 1024; GROSSO-DEIANA, *Le servitù prediali*, in *Tratt. di dir. civ.* diretto da Vassalli, Torino, 1963, pag. 1180; MIRABELLI, *Il contratto*, *cit.*, pag. 290; GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 1990, II, pag. 409.

mutuo dissenso influenza sul precedente negozio, intenzione costante ed indefettibile delle parti è ripristinare la situazione ad esso precedente e per ciò in alcuni brani si è voluto vedere già per i romani una possibile retroattività dei suoi effetti. In particolare Czychlarz<sup>213</sup> nell'evidenziare la differenza, anche qui sostenuta, tra la funzione solutoria della *nexi liberatio* e dell'*acceptilatio*, dirette alla estinzione dell'obbligazione, ed il ruolo del *contrarius consensus*, che “greift ... viel tiefer und afficirt unmittelbar der Contract selbst als die Basis der Obligation”, tanto che “er tilgt nicht blos die Obligation, sondern lässt den Contract überhaupt als nicht geschlossen erscheinen”, ne afferma una immanente retroattività degli effetti eliminativi: “Nach dem contrarius consensus hat der Contractschluss jüristisch gar keine Bedeutung mehr weder für die Zukunft, da mit dem Contract die Obligation behoben ist, noch auch für die Vergangenheit, da dem einverständlichen Rücktritt nur die Intention der vollständigen Vernichtung des Geschäftes unterlegt werden kann. Dem contrarius consensus ist demnach die Rückwirkung immanent.”.

A riprova di quanto sostenuto questo autore non solo

---

<sup>213</sup> Zur *Lehere*, cit., pag. 32; *Der Einfluss des Zwanges auf die Giltigkeit der Rechtsgeschäfte*, in *Jhering's Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechtes*, Praga, 1874, pag. 12.

richiama alcune espressioni in cui nelle fonti si trova “*abire, discedere, recedere ab emptione*”<sup>214</sup>, ma soprattutto si riporta al già trascritto D.18.5.2, in cui *conventio nostra infecta fieri emptio* nonchè a:

D.46.3.95.12 (Papinianus *libro vicensimo octavo quaestionum*):

*Si inter emptorem et venditorem convenerit, priusquam aliquid ex alterutra parte solveretur, ut ab emptione discedatur, fideiussor eo nomine acceptus soluto contractu liberabitur.*

affermando che “*in diesen Stellen ist die von uns entwickelte Theorie des contrarius consensus mit klaren Worten bestätigt, insbesondere die Rückwirkung des contrarius consensus kann danach gar keinem Zweifel unterliegen, indem daselbst die emptio gerade zu als ‘infecta’ bezeichnet wird.*”.

Non sono certo mancate le critiche a questa tesi, critiche che non solo si basavano su di una più meditata esegesi dei richiamati testi<sup>215</sup>, ma soprattutto su una ricostruzione dell’intero fenomeno che meglio cerca di penetrare la mentalità dei romani, per i quali certamente fino a tutto il periodo classico non era concepibile

---

<sup>214</sup> D.2.14.7.6; D.2.14.58; D.18.5.3; D.18.5.5.1; D.20.6.10pr.

<sup>215</sup> cfr. SIBER, *cit.*, pag. 92; STOLL, *cit.*, pag. 22.

alcuna forma di retroattività<sup>216</sup> restando del tutto indifferente “che il vincolo fosse sciolto solo dal momento della conclusione del secondo negozio o che si dovesse considerare come non mai sorto ... perchè ciò che interessava era che per il futuro le parti fossero libere da ogni impegno precedentemente assunto”<sup>217</sup>.

Non si può, invero, negare che la tesi di Czyhlarz risenta delle elaborazioni della pandettistica intorno alla efficacia della condizione risolutiva e tenda ad accentuare le analogie, anche strutturali, tra la *resolutivbedingung* ed il *contrarius consensus*<sup>218</sup>: la portata del termine “*infecta*” - ammesso che sia genuino, il che quasi sicuramente non è, essendo evidente la mano dei compilatori<sup>219</sup> - riferito al contratto poi risolto deve essere ridimensionata. Una interpretazione della efficacia del *contrarius*

---

<sup>216</sup> A tal proposito non si potrà non far riferimento alla sistematica in tema di condizione risolutiva, figura sicuramente analoga negli effetti al nostro dissenso: ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., pag. 89: “Quello che per diritto classico manca del tutto, e che solo nel diritto giustiniano comincia a far capolino attraverso applicazioni particolari, è il criterio della retroattività”; WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., pag. 370: “D'altra parte, dalle nostre fonti non si può trarre la dimostrazione, che il diritto romano a questa volontà, rivolta alla retroattività della condizione risolutiva adempiuta, abbia voluto dare un effetto diverso da quello obbligatorio. Quindi, anche dopo l'adempimento della condizione risolutiva lo stato del tempo intermedio in sè e per sè resta giuridicamente determinato allo stesso modo, come è stato determinato fin da principio, e nasce solo in chi, per l'avverarsi della condizione, viene a perder l'obbligo di porre l'altra parte in quello stato, in cui si sarebbe trovata, se l'effetto giuridico ora risolto non si fosse per esso mai verificato.”; cfr. anche BETTI, *La retroattività della “condicio” (“facti” o “iuris”) in diritto giustiniano*, in *Scritti in onore di Ferrini*, Padova, 1946, pag. 477 e ss.; MASI, *Studi sulla condizione nel diritto romano*, Milano, 1966, pag. 108 e ss.; CALONGE, *Entorno al problema de la retroactividad de la condición en al derecho clásico*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, III, Milano, 1971, pag. 142 e ss.; ARCHI, *Condizione (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961, pag. 743.

<sup>217</sup> DEIANA, *Contrarius consensus*, cit., pag. 100.

<sup>218</sup> CZYHLARZ, cit., pag. 35.

<sup>219</sup> LEVY, *Der Hergang der römischen Ehescheidung*, Weimar, 1935, pag. 22.



*consensus* basata sull’esegesi di D.18.5.2 e ruotante intorno ad una assunta retroattività perchè “*conventionem nostram infectam fieri emptio*” sarebbe limitante ed errata: Pomponio voleva semplicemente esprimere il concetto che conclusa la seconda vendita era come se non ci fosse stata la prima e così “*infecta*” vale per “*quasi nulla precesserit*”, come se niente prima fosse accaduto. Pomponio, cioè, non si fa carico di disciplinare i rapporti derivanti dalla prima vendita in quanto ad essa e per il futuro le parti non faranno più riferimento, trovando esse parti unica fonte delle reciproche obbligazioni unicamente nel secondo contratto avente duplice efficacia estintiva-costitutiva<sup>220</sup>.

Probabilmente allora “*è puro frutto di illusione ... l’effetto ex tunc del contrarius consensus, del quale ha discorso parte della pandettistica. Le fonti parlano di recedere o discedere ab, di solvere, dissolvere, resolvere, tollere, abire ab*”<sup>221</sup>, ma tali espressioni sono adoperate non per indicare un effetto retroattivo, ma le immediate conseguenze dello scioglimento di contratti ad esecuzione continuata quali società o locazioni o la revoca di un

---

<sup>220</sup> nè argomenti a favore della retroattività del dissenso potrebbero trarsi da:

D.19.1.11.6 (Ulpianus libro trigesimo secundo ad edictum):

*Is qui vina emit arrae nomine certam summam dedit: postea convenerat, ut emptio irrita fieret.*

In tale passo la vendita viene considerata tecnicamente come *irrita*, cioè inefficace in quanto una volta estinte tutte le obbligazioni nascenti dal precedente contratto essa non ha più alcuna rilevanza e valore.

<sup>221</sup> GUARINO, *Per la storia*, cit., pag. 277.

mandato, situazioni queste che inducono a pensare più ad una efficacia *ex nunc*<sup>222</sup>, piuttosto che alla ultrattività del dissenso.

La retroattività del mutuo dissenso è stata anche ricondotta al requisito di cui è menzione nelle fonti della “*res integra*”<sup>223</sup>, sostenendosi in maniera quasi apodittica che avendo il dissenso, appunto, efficacia retroattiva notevoli sarebbero state le difficoltà pratiche di regolamentazione delle sorti del negozio una volta che questo fosse stato adempiuto<sup>224</sup>.

Al contrario sembra più corretto ritenere che proprio la *res integra*<sup>225</sup>, intesa quale *Extrempunkte*<sup>226</sup> oltre il quale nessuna risoluzione del contratto sarebbe più possibile, costituisca un limite all’efficacia del mutuo dissenso, una condizione della sua operatività e non una conferma della retroattività:

D.18.5.5.1 (Iulianus *libro quinto decimo digestorum*):

*Emptio nuda conventione dissolvitur, si res secuta non fuerit.*

In virtù del fatto che la volontà delle parti può trovare espressione tanto nella conclusione quanto nello scioglimento del

---

<sup>222</sup> DEIANA, *Contrarius consensus*, *cit.*, pag. 277.

<sup>223</sup> cfr. D.18.5.5.1; D.2.14.58; D.17.2.65.10; D.42.1.15.4; D.17.2.65.10

<sup>224</sup> GSCHNITZER, *Kündigung nach deutschem und österreichischem Recht*, in *Jhering’s Jahrbücher*, 76, 1925, pag. 376.

<sup>225</sup> cui è da equiparare la *res non secuta* di D.18.5.3: *Emptio et venditio sicut consensu contrahitur, ita contrario consensu resolvitur, antequam fuerit res secuta*

<sup>226</sup> KNÜTEL, *Contrarius consensus*, *cit.*, pag. 24.

contratto ed in particolare perchè è il nudo consenso che permette così la costituzione come l'estinzione del rapporto, “*il contratto consensuale si scioglieva per puro consenso finchè consisteva nel puro consenso, finchè le obbligazioni dipendevano puramente dalla manifestazione di volontà delle parti*”<sup>227</sup>, nel momento in cui qualche ulteriore elemento obbligatorio si aggiungeva al contratto, lo scioglimento non era più il frutto della sola manifestazione di volontà dei contraenti, ma altre conseguenze dovevano necessariamente ricollegarsi al nuovo accordo, ad esempio di natura restitutoria: la ragione della *res integra* è nel principio di simmetria e corrispondenza tra costituzione ed estinzione di un rapporto di cui il *contrarius consensus* è una, e principale, espressione.

In quanto la *res integra* è un limite-condizione<sup>228</sup> di efficacia del mutuo dissenso è opportuno sottolineare come questa necessariamente, come qualsiasi condizione, si atteggi in maniera differente a seconda della natura del risolvendo negozio<sup>229</sup>: è evidente che in un negozio ad esecuzione continuata o periodica la prestazione è come se di rinnovasse di volta in volta e con essa

---

<sup>227</sup> GROSSO, *L'efficacia*, cit., pag. 35.

<sup>228</sup> il pensiero va alla cd. *condicio iuris* di cui anche i classici avevano una precisa concezione come elemento collegato al negozio, sia pure ad esso estraneo, che ne condiziona la validità ed efficacia, come fatto che è presupposto dal negozio per la struttura che esso riceve dall'ordinamento giuridico; cfr. ARCHI, *Condizione*, cit., pag.747.

<sup>229</sup> cfr. CALONGE, cit., pag. 170 e ss..

l'obbligo ad adempiere e le prestazioni eseguite non sono di ostacolo, per il futuro, alla risoluzione del contratto; in quei contratti in cui l'esecuzione, viceversa, è istantanea, l'adempimento renderebbe inutile qualsiasi risoluzione. In ogni caso, comunque, non sembra assumere alcuna rilevanza se il dissenso determini una assoluta retroattiva cancellazione dalla realtà giuridica del negozio già validamente concluso, ciò che preme alle parti, trasparente ancora qualche traccia della natura solutoria del *contrarius consensus*, è che esse non siano più tenute al rispetto del vincolo obbligatorio, che non se ne possa per l'avvenire chiedere l'adempimento e che si possa in via di eccezione paralizzare qualsiasi pretesa divenuta così ingiustificata.

Forse se di una pretesa retroattività si può parlare, essa andrebbe colta in quel potere riconosciuto ai contraenti di ripristinare la situazione precedente, precedente si badi non alla conclusione del contratto, ma ad una sua parziale esecuzione:

D.2.14.58 (Neratius *libro tertio membranarum*):

*Ab emptione venditione, locatione conductione ceterisque similibus obligationibus quin integris omnibus consensu eorum, qui inter se obligati sint, recedi possit, dubium non est. Aristoni hoc amplius*

*videbatur, si ea, quae me ex empto praestare tibi oporteret, praestitsem et cum tu mihi pretium deberes, convenisset mihi tecum, ut rursus praestitis mihi a te in re vendita omnibus, quae ego tibi praestitsem, pretium mihi non dares tuque mihi ea praestitisses: pretium te debere desinere, quia bonae fidei, ad quam omnia haec rediguntur, interpretatio hanc quoque conventionem admittit. nec quicquam interest, utrum integris omnibus, in quae obligati essemus, conveniret, ut ab eo negotio discederetur, an in integrum restitutis his, quae ego tibi praestitsem, consentiremus, ne quid tu mihi eo nomine praestares. illud plane conventionem, quae pertinet ad resolvendum id quod actum est, perfici non potest, ut tu quod iam ego tibi praestiti contra praestare mihi cogaris: quia eo modo non tam hoc agitur, ut a pristino negotio discedamus, quam ut novae quaedam obligationes inter nos constituentur.*

Il brano, ingiustamente criticato<sup>230</sup> per l'apparente banalità della soluzione prospettata da Aristone, è testimonianza dell'estensione del *contrarius consensus* oltre i limiti della *res*

---

<sup>230</sup> STOLL, *cit.*, pag. 16

*integra*<sup>231</sup>: questa non impedisce l'operatività del mutuo dissenso se i contraenti hanno spontaneamente ricostituito le reciproche originarie posizioni ripristinandola, consentendo così al nudo consenso di operare in senso inverso, incidendo esclusivamente sulla precedente manifestazione di volontà al fine di neutralizzarla.

Diversamente ed inversamente, pertanto, da una corrente - e pur condivisibile per il nostro ordinamento - ricostruzione del mutuo dissenso che ne riconosce la funzione eliminativa, ma che ad essa affianca come conseguenza un "*atto solutorio della restituzione di quanto ricevuto*"<sup>232</sup>, i romani in maniera molto più concreta ritenevano impossibile procedere allo scioglimento di un contratto che aveva ormai esaurito i propri effetti con l'adempimento di una o delle reciproche obbligazioni, salvo che i contraenti non avessero prima proceduto alla "*restituzione di quanto ricevuto*". Il ripristino dello *status quo ante* non è, pertanto, visto come una obbligazione conseguente alla risoluzione del contratto, ma, come la *res integra*, costituisce un presupposto per poter concordare lo scioglimento stesso. Ne risulta così confermata

---

<sup>231</sup> cfr. anche C.4.45.1:

*re quidem integra ab emptione et venditione utriusque partis consensu recedi potest: etenim quod consensu contractum est, contrariae voluntatis adminiculo dissolvitur. at enim post traditionem interpositam nuda voluntas non resolvit emptionem, si non actus quoque priori similis retro agens venditionem intercesserit.*

<sup>232</sup> cfr. GAZZONI, Manuale di diritto privato, Napoli, 2006, pag. 1032; ID.

la funzione del *contrarius consensus* eliminativa non di singole obbligazioni ma dell'intero negozio, di un negozio che frutto del puro consenso, come tale, rimosso preventivamente ogni ostacolo - rappresentato ad esempio dalla restituzione della cosa ricevuta o del prezzo pagato - con un puro consenso viene eliminato non dalla realtà giuridica, in quanto esso è ormai un fatto, ma da quella effettuale non potendo essere considerato più fonte di obblighi per i contraenti.

Non è chi non veda, allora, come al mutuo dissenso non sia immanente la retroattività reale, ma il potere delle parti, esprimendosi come loro libera ed autonoma scelta, di ripristinare lo stato di fatto modificato con la conclusione del precedente accordo: potere che incontra inevitabilmente un limite nella immodificabilità della realtà o se le prestazioni eventualmente eseguite non possano essere "reintegrate" - in questa prospettiva deve essere analizzato il requisito della *res integra*<sup>233</sup> - e diventa, pertanto, inutile un accordo

---

<sup>233</sup> sul quale vedasi in particolare per l'approfondita analisi dei vari casi KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., pag. 23 e ss., tra essi l'ipotesi di perimento del bene venduto di D.18.5.5.1; il già esaminato D.18.5.3 in cui tale requisito permarrrebbe nonostante la prestazione di una fideiussione (ripreso anche in D.43.3.95.12) o la stipulazione novatoria di una obbligazione; la risolvibilità di un contratto nonostante la prestazione di una *arra* in D.19.1.11.6 e C.4.45.2; cfr. anche GROSSO, *L'efficacia*, cit., pag. 56. La *res integra* "viene generalmente giustificata con il richiamo alla natura ed all'efficacia dei pacta ... . Come è noto essi potevano dar luogo a delle semplici eccezioni, ma non a delle azioni. Ora se il contrario consenso fosse stato ammesso anche dopo l'esecuzione del contratto, intanto avrebbe potuto aver valore, in quanto si fosse accordata a ciascuno dei contraenti l'azione per ottenere la restituzione del già prestato. Oltre a questa giustificazione, che a noi sembra la più soddisfacente, ne sono state adottate altre, tra

diretto allo scioglimento di un vincolo che ha irrimediabilmente esaurito i propri effetti.

---

*cui merita di essere ricordata quella dello Stoll, accolta anche da Grosso. Secondo questi autori, i compilatori avrebbero conservato il requisito della res integra, già ammesso nel diritto classico per un rispetto a quella simmetria, che abbiamo visto giustificare la prima limitazione. Infatti, se si fosse ammessa la possibilità di un contrario consenso dopo l'esecuzione del contratto, la creazione di una situazione uguale a quella anteriore non sarebbe stata possibile mediante il semplice consenso bensì mediante il consenso e la prestazione.”, DEIANA, Contrarius consensus, cit., pag. 152.*



### 3.3 *PROUT QUIDQUE CONTRACTUM EST, ITA ET SOLVI DEBET*

Il generale principio di simmetria così chiaramente espresso in D.46.3.80, da cui è tratto il titolo di questo paragrafo, è alla base di tutto l'istituto del *contrarius consensus*. Esso, proprio in ragione della sua *naturale* funzione, è applicabile in tutti i casi in cui il vincolo obbligatorio nasca da un accordo delle parti, a prescindere dal modo in cui questo trovi una sua esteriorizzazione, indipendentemente dalla forma della volontà e dai formalismi richiesti per dare vincolatività all'accordo da stratificati usi o prassi consolidatesi in norme<sup>234</sup>: in tutti i casi in cui un'obbligazione abbia come proprio substrato la concorde volontà fattasi consenso sarà possibile per volontà delle stesse parti estinguere il rapporto che ne è fondamento. Il dissenso è, pertanto, non un modo di estinzione comune solo ai contratti consensuali, ma la sua applicazione travalica questo stretto ambito investendo l'intero "sistema romano del contratto"<sup>235</sup>, intendendo appunto nella sistematica delle fonti delle obbligazioni l'astratto *contractus*, omniacomprendivamente

---

<sup>234</sup> cfr. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., pag. 296: "si chiamano contratti quei negozi giuridici bilaterali del ius civile (in antitesi al pretorio) che sono destinati a produrre obbligazioni: sia che nella fattispecie prevalga l'idea dell'accordo di volontà (il che avviene, nel pensiero degli antichi per i soli contratti consensu), sia che l'intenzione di obbligarsi o di obbligare altri a se si trasfonda tutta nell'uso di determinate forme (contratti verbis e litteris) o nella consegna di certe cose corporali (contratti re)".

<sup>235</sup> cfr. GROSSO, *Il sistema*, cit., pag 5 e ss..

nella quadripartizione gaiana<sup>236</sup>, alternativo al *delictus* in quanto “atto obbligatorio conchiusosi tra le parti (sempre naturalmente secondo una rigorosa tipicità)”<sup>237</sup> e da esse stesse risolvibile seguendo la stessa “rigorosa tipicità”. In D.46.3.80 troviamo, quindi, la testimonianza che al creditore ed al debitore fosse consentito sciogliere qualsiasi vincolo obbligatorio sotto qualunque forma sorta. Ed è così che, seguendo l’invalso ordine nella sistematica contrattuale, Pomponio si riferisce per primo al mutuo, contratto reale per eccellenza, che, perfezionatosi con il passaggio della proprietà della *res* dal mutuante al mutuatario, è fonte dell’obbligo unilaterale di quest’ultimo di restituire il *tandundem*: come per qualsiasi altro negozio non è da escludere la necessità o anche solo l’opportunità di risolverlo. Il mutuante potrebbe ad esempio avere bisogno della somma mutuata prima della scadenza<sup>238</sup> ed anche il mutuatario potrebbe desiderare di liberarsi anzi tempo dal mutuo e soprattutto dalla stipulazione di *usurae* ad

---

<sup>236</sup> Gai 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.*

<sup>237</sup> GROSSO, *ult. cit.*; cfr. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni, cit.*, pag. 291 che definisce il *contractus* come dichiarazione “di volontà bilaterale emessa allo scopo che una delle parti od entrambe si vincolino a tenere un certo contegno” accomunando a titolo di esempio mutuo, stipulazione e compravendita.

<sup>238</sup> DEIANA, *Contrarius consensus, cit.*, pag. 156, il quale per la natura della prestazione collega “l’inapplicabilità del contrario consenso ai contratti di comodato, mutuo e deposito” pur ritiene che “per questi negozi che implicano un obbligo alla restituzione è concepibile solo un contrario consenso che sia diretto contro una qualche clausola accessoria, quale potrebbe essere quella relativa al tempo della restituzione”.

esso collegata. E' evidente che lo strumento fornito dalla pratica per estinguere l'*obligatio rei* non fosse ricollegabile ad una remissione od un *pactum de non petendo*: non sussiste alcun intento del mutuante di beneficiare il mutuatario rinunciando alla restituzione della *res*. Come la consegna del bene è servita alla costituzione del vincolo, analogamente la sua restituzione - si tratterà di ripristinare le posizioni primitive - fungerà da forma per la sua estinzione e non modo di adempimento della originaria obbligazione: il creditore non è ancora tenuto a ricevere una prestazione alla quale non può essere a sua volta in quel momento costretto il debitore, nonostante ciò per volontà delle parti si conferisce il valore della *solutio* alla mera reintegrazione - situazione simile a quella descritta da Aristone in D.2.14.58 - del mutuante. Trattandosi di un contratto reale e per di più unilaterale, la risoluzione convenzionale del mutuo è necessariamente veicolata attraverso la restituzione del bene mutuato, non essendo allo scopo sufficiente la *contraria voluntas contrahentium*.

Sull'*acceptilatio* ci siamo già soffermati, notando come essa sia il vero *trait-d'union* tra modi di estinzione e modi di risoluzione di una obbligazione, prima, e di un rapporto obbligatorio, poi: *verbis tollitur* dice Ulpiano in D.50.17.35 e la sua ibrida funzione è

ancor più evidente in D.18.5.5pr. dove *in hanc causa, non sua natura, sed potestate conventionis valet*<sup>239</sup>. Anche il contratti conclusi *litteris* o *verbis* possono essere sciolti per libera scelta delle parti, le quali, però, ancora costrette a esterni formalismi iniziano a modulare gli stessi secondo una finalità diversa da quella semplicemente costitutiva eolutiva: per il valore di una volontà sempre più rilevante la formale *imaginaria acceptilatio* è il primo vero *contrarius consensus*.

Mentre tra i formalismi dei contratti conclusi *re, verbis* o *litteris* il consenso sembra solo trasparire ed il dissenso appare adombrato tra gli stessi rigidi schemi e si confonde con la restituzione del denaro dato a mutuo, con la pronuncia di rituali e vuote parole o con l'annotazione di finti pagamenti, lo stesso non è neanche a pensarsi per i contratti che sul consenso fanno perno:

Inst.3.29.4: *Hoc amplius eae obligationes, quae consensu contrahuntur, contraria voluntate dissolvuntur. Nam si Titius et Seius inter se consenserunt, ut fundum tusculanum emptum Seius haberet centum aureorum, deinde re nondum secuta, id*

---

<sup>239</sup> cfr. anche: D.4.2.21.4 (Paulus libro undecimo ad edictum):

*Si metu coactus sim ab emptione locatione discedere, videndum est, an nihil sit acti et antiqua obligatio remaneat, an hoc simile sit acceptilationi, quia nulla ex bonae fidei obligatione possimus niti, cum finita sit dum amittitur: et magis est ut similis species acceptilationis sit, et ideo praetoria actio nascitur.*

*est neque pretio soluto neque fundo tradito, placuerit inter eos, ut discederetur ab emptione et venditione, invicem liberantur. Idem est et in conductione et locatione et omnibus contractibus, qui ex consensu descendunt, sicut iam dictum est.*

L'*emptio venditio* è lo schema di riferimento - e lo è stato anche per questa dissertazione - il modello contrattuale sul quale viene sperimentata dai giureconsulti romani la “tenuta” del dissenso, è il contratto più ricorrente nella pratica e come tale quello che più spesso si sarà sciolto, l’unico negozio per il quale la possibilità di risoluzione convenzionale non solo è affermata in astratto, ma ampiamente realizzata in concreto<sup>240</sup> e rispetto al quale tutti gli studiosi della materia sono disposti a credere ad una classicità della regola. Essa non è la vendita per contanti, ma il negozio obbligatorio, cui non ha fatto seguito alcun atto di adempimento - solo per la compravendita viene difatti espressamente richiesto il requisito della “*res integra*” – e, pertanto, può essere sciolto col solo consenso che lo aveva concluso senza che residuino obbligazioni per le parti neanche restitutorie. Il *contrarius consensus* si affianca, svolgendo però una differente

---

<sup>240</sup> GUARINO, *Per la storia, cit.*, pag. 278.

funzione, a quelle clausole accessorie, come la *lex commissoria*, la *in diem addictio* e il *pactum displicentiae* in virtù è previsto il recesso delle parti<sup>241</sup>, da esse si differenzia, però, sia perchè non è contestuale alla conclusione della vendita e perchè non dipende necessariamente dal verificarsi di eventi e circostanze nuove, ma, e soprattutto, perchè non è espressione della unilaterale volontà di recedere dal contratto, ma dell'accordo del venditore e del compratore, negozio bilaterale dotato di una propria autonomia funzionale sia pur necessariamente collegato e dipendente dalla risoluzione compravendita. Una qualche affinità si potrà scorgere solo per quanto attiene agli effetti, per meglio dire alle conseguenze “materiali” dello scioglimento – in sostanza identiche – con una precisazione però: che mentre per le dette clausole in dottrina si sottolinea la necessità di interpretare la volontà delle parti per comprendere se effettivamente esse abbiano voluto far dipendere la risoluzione del contratto dal mancato pagamento del prezzo, dall'offerta di un prezzo superiore o da un “gradimento”, per il dissenso non vi può essere equivoco e la vendita dovrà, *res integra*, sempre considerarsi “*inempta*”<sup>242</sup>. Alla stregua di una condizione -

---

<sup>241</sup> cfr. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., pag. 400.

<sup>242</sup> cfr. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., pag. 408 e

*D.41.4.2.5 (Paulus libro quinquagesimo quarto ad edictum):*

che sia permesso dire - risolutiva il mutuo dissenso incide su una vendita *perfecta*, e la sua “rimozione” comporta il dover disciplinare le conseguenze della consegna del bene e del passaggio dei rischi<sup>243</sup>. Il presupposto della “*res integra*” è quanto mai indicativo e di guida: prima di risolvere il contratto il possesso del bene, o anche la sua semplice detenzione, dovranno essere restituiti, come i frutti nelle more maturati e goduti e nel caso di perimento accidentale del bene non si potrà sciogliere il contratto, restando l’acquirente obbligato al pagamento del prezzo<sup>244</sup>.

---

*Sed et illa emptio pura est, ubi convenit, ut, si displicuerit intra diem certum, inempta sit.*

<sup>243</sup> ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., pag. 412: “la vicenda dottrinale si trasporta nel campo pratico in tre direzioni, che già vedemmo segnalate, a proposito della vendita condizionale in genere ...: il compratore sotto condizione sospensiva (teoria di Sabino e di Pomponio), anche se per concessione del venditore ottenga il possesso della cosa, non la possiede ad usucapionem, non fa suoi i frutti, non sopporta i rischi della cosa comperata; al contrario, il compratore sotto condizione risolutiva dal momento in cui entra in possesso, comincia ad usucapire per il titolo pro emptore, fa suoi i frutti, e secondo la regola *periculum rei venditae* è tenuto a pagare il prezzo se la cosa perisca prima che egli stesso, o verificandosene i presupposti, il venditore receda dal contratto.”

<sup>244</sup> il ragionamento è “indotto” da:

D.18.6.8pr. (*Paulus libro trigesimo tertio ad edictum*):

*Necessario sciendum est, quando perfecta sit emptio: tunc enim sciemus, cuius periculum sit: nam perfecta emptione periculum ad emptorem respiciet. et si id quod venierit appareat quid quale quantum sit, sit et pretium, et pure venit, perfecta est emptio: quod si sub condicione res venierit, si quidem defecerit condicio, nulla est emptio, sicuti nec stipulatio: quod si exstiterit, Proculus et Octavenus emptoris esse periculum aiunt: idem Pomponius libro nono probat. quod si pendente condicione emptor vel venditor decesserit, constat, si exstiterit condicio, heredes quoque obligatos esse quasi iam contracta emptione in praeteritum. quod si pendente condicione res tradita sit, emptor non poterit eam usucapere pro emptore. et quod pretii solutum est repetetur et fructus medii temporis venditoris sunt (sicuti stipulationes et legata condicionalia peremuntur), si pendente condicione res extincta fuerit: sane si exstet res, licet deterior effecta, potest dici esse damnum emptoris.*

D.18.2.2.1 (*Ulpianus libro vicensimo octavo ad Sabinum*):

*Ubi igitur secundum quod distinximus pura venditio est, Iulianus scribit hunc, cui res in diem addicta est, et usucapere posse et fructus et accessiones lucrari et periculum ad eum pertinere, si res interierit*

Già si è notato come le principali testimonianze intorno al *contrarius consensus* riguardino quasi esclusivamente la compravendita, in molti passi a questa si aggiunge la *locatio conductio*<sup>245</sup>. Tale multiforme contratto è solamente menzionato senza alcuna altra specificazione, lasciando così presumere che *in toto* trovino applicazione le regole dettate per la compravendita: *locatio autem et conductio similibus regulis constituitur*<sup>246</sup>. Una simile soluzione non appare, però, del tutto corretta: sotto la denominazione di *locatio conductio* convivono, invero, tre anime unite insieme dalla “*circostanza, originariamente comune a tutti i casi, della consegna di una cosa per uno scopo oneroso, ma senza trasferire nè proprietà, nè possesso (in opposizione alla compravendita)*”, di “*uno scambio d’uso contro denaro*”<sup>247</sup> ed anche se è verosimile che “*i romani non abbiano mai sentito*

---

I.3.23.3: *Cum autem emptio et venditio contracta sit (quod effici diximus, simulatque de pretio convenerit, cum sine scriptura res agitur), periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tametsi adhuc ea res emptori tradita non sit. itaque si homo mortuus sit vel aliqua parte corporis laesus fuerit, aut aedes totae aut aliqua ex parte incendio consumptae fuerint, aut fundus vi fluminis totus vel aliqua ex parte ablatus sit, sive etiam inundatione aquae aut arboribus turbine deiectis longe minor aut deterior esse coeperit: emptoris damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere. quidquid enim sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est. sed et si post emptionem fundo aliquid per alluvionem accessit, ad emptoris commodum pertinet: nam et commodum eius esse debet, cuius periculum est.*

<sup>245</sup> GROSSO, *L’efficacia*, cit., pag. 32.

<sup>246</sup> Gai *Inst.* 3.142.

<sup>247</sup> AMIRANTE, *Locazione (in generale)(diritto romano)*, in *NNDI*, IX, Torino, 1957, pag. 992; cfr anche ID., *Ricerche in tema di locazione*, in *BIDR*, 1959, 62, pag. 9 e ss.; ID., *Locare usum fructum*, in *Labeo*, 1962, 8, pag. 206 e ss.; ID., *Locare habitationem*, in *Studi in onore di B. Biondi*, Milano, 1965, I, pag. 455 e ss.; ID., *In tema di opus locare*, in *Labeo*, 1967, 13, pag. 49 e ss..



*l'opportunità di spezzare questo contratto in tre, e nemmeno di tenere distinti i casi in cui la dazione è nell'interesse del conduttore da quelli in cui è nell'interesse del locatore*<sup>248</sup>, all'interprete, come avrebbero fatto gli stessi giuristi romani, spetta senz'altro il compito di adeguare la regola alle diverse fattispecie concrete<sup>249</sup>, agli assetti di interessi mutati nel corso del rapporto, ai modelli negoziali della pratica. Un principio può essere indicato per qualsiasi ipotesi con una approssimativa certezza: essendo la locazione un rapporto di durata, il dissenso delle parti è compatibile con l'inizio della sua esecuzione; la *res integra* si dovrà intendere solo riguardo all'obbligo di restituzione del bene locato nell'originario stato. Così ad esempio in caso di risoluzione convenzionale di un contratto di locazione di un fondo rustico fatta a tempo indeterminato, il conduttore dovrà restituire il fondo stesso, ma il locatore non sarà

---

<sup>248</sup> ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*, cit., pag. 347; circa il problema della *unitarietà o tripartizione della locatio conductio nella dottrina romanistica* v. in particolare FIORI, *La definizione della Locatio Conductio, Giurisprudenza romana e Tradizione romanistica*, Napoli, 1999, pag. 1 e ss. nonché pag. 305 e ss., ed a pag. 298 e s. dove è assolutamente condivisibile la tesi secondo la quale si debba *"distinguere, al riguardo, due piani dogmatici. Il primo piano è quello del quale abbiamo discusso sinora, ossia il piano della tipicità intesa come nomen contractus, che a livello processuale implica un'unicità di azione. Questo è il piano in cui rileva il tipo di obligatio contratta dalle parti – che nella locatio conductio coincide con il sinallagma merces-uti frui. Vi è poi un secondo piano dogmatico, che per i giuristi romani non individua il tipo, ma che non è in assoluto irrilevante. Come abbiamo visto la distinzione tra i diversi assetti di interessi era verisimilmente percepita sin dall'epoca precedente la nascita dei contratti consensuali. Tali assetti di interessi economici, ripetuti nel tempo sono probabilmente divenuti una sorta di modelli negoziali di riferimento per le parti, e sono stati conservati allorchè il rapporto economico del locare condurre è stato versato nel contratto consensuale, evidentemente perchè si riteneva che i profili di diversità riscontrabili in ciascuno non avessero un rilievo tale da modificare la struttura obbligatoria fondamentale."*

<sup>249</sup> v. KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., pag. 120 e ss..

tenuto a rimborsare il corrispettivo versatogli per la trascorsa durata del rapporto<sup>250</sup> a fronte del godimento. Diversamente in caso di locazione di servizi o di un'opera, si dovrà vedere alla grado della loro esecuzione, considerando in questo senso l'integrità, fermo che al locatore spetterà una commisurata mercede e così nel caso in cui abbia locato le mie vesti ad un *sarcinator* od un *fullo*, una risoluzione sarà comprensibile prima che questi le abbiano rammendate e lavate, altrimenti, comunque, sarò tenuto al pagamento del corrispettivo pattuito.

Riusciamo a cogliere, poi, in maniera ancora più evidente nel caso di *locatio conductio* la differenza tra il *contrarius consensus* ed un *pactum de non petendo*: quest'ultimo potrebbe, in realtà, solo evitare alla parte obbligata di dover pagare il corrispettivo, ma la cosa del cui uso si tratta non andrebbe restituita; al dissenso, viceversa, comportando uno scioglimento del rapporto nel suo complesso, liberando ambedue le parti dai propri obblighi, consegue necessariamente che la *res locata* venga rilasciata al suo proprietario. Ancora, si può notare come il dissenso di un contratto

---

<sup>250</sup> una testimonianza di risoluzione convenzionale di un fondo urbano è rappresentata da un papiro del quale è stata curata l'edizione da MAEHLER, *Zwei neue Bremer Papyri*, in *Chron d'Eg.*, 1966, 41, pag. 349, e sul quale è tornato SEILD, *Eine Papyrusurkunde zum contrarius consensus bei locatio-conductio*, in *Festschrift für Ludwig Schnorr Von Carlosfeld zum 70. Geburtstag 20. Januar 1973*, Colonia, 1972: il caso riguarda la locazione di una sala da adibire a feste e ricevimenti, la cui durata è convenuta per un anno, ma già dai primi mesi il locatario inizia ad avere dei problemi e chiede allo Stratega di intervenire per mettere fine al contratto, non mancando anche alcuni profili fiscali.

ad esecuzione continuata o periodica non sia un mero patto parzialmente estintivo o modificativo del termine di durata del rapporto, venendo a cessare lo stesso non per la sua scadenza, ma per la volontà delle parti a ciò diretta: il limitato effetto risolutivo è diretta conseguenza della natura stessa del contratto e delle sue controprestazioni, delle quali quella di aver goduto un bene per un certo tempo è sicuramente irreversibile.

Il contrario consenso di una locazione è – così in generale per tutti i *Dauerverhältnis* ed anche per la *societas* ed il *mandatum* - non un contratto diretto a ripristinare retroattivamente le posizioni dei contraenti, ma ad interrompere l’attuazione del rapporto, provocando un arresto dei suoi effetti tipici e dell’esecuzione “*di guisa che, mentre rimangono fermi gli effetti già prodottisi e l’esecuzione già compiuta, il negozio, per il futuro, perde l’idoneità a portare a termine l’attuazione del sistema di interessi divisato, a realizzare cioè i risultati o ulteriori risultati programmati e perciò a produrre altri effetti o a giustificare momenti esecutivi ulteriori, pur implicati nella funzione tipica del negozio stesso*”<sup>251</sup>.

Nella compilazione giustiniana parlando di *solutio* dei contratti consensuali, si fa riferimento anche alla *societas* per la

---

<sup>251</sup> LUMINOSO, *Il mandato e la commissione*, in *Trattato di Diritto Privato diretto da P. Rescigno*, Torino, 1985, 12, pag. 141.

quale viene adoperata in alcuni passi la locuzione *dissensus sociorum* come in:

D.17.2.65.3 (Paulus *libro trigensimo secundo ad edictum*):

*Diximus dissensu solvi societatem: hoc ita est, si omnes dissentiunt. quid ergo, si unus renuntiet? Cassius scripsit eum qui renuntiaverit societati a se quidem liberare socios suos, se autem ab illis non liberare. quod utique observandum est, si dolo malo renuntiatio facta sit, veluti si, cum omnium bonorum societatem inissemus, deinde cum obvenisset uni hereditas, propter hoc renuntiavit: ideoque si quidem damnum attulerit hereditas, hoc ad eum qui renuntiavit pertinebit, commodum autem communicare cogetur actione pro socio. quod si quid post renuntiationem adquisierit, non erit communicandum, quia nec dolus admissus est in eo.*

ed in

*Gai Ep. 2.9.17*<sup>252</sup>: *permanet autem inita societas, donec*

---

<sup>252</sup> di cui fornisce una interessante lettura, contestualizzata non riguardo a tutta la tematica del dissenso BOYER, *G. Wis, II, 9, 17 et la théorie du contrarius consensus*, in *RHD*, 1931, pag. 132; cfr., ove sembrerebbe però mancare un diretto riferimento al nostro tema, anche:

*G.3.151: manet autem societas eo usque, donec in eodem sensu perseverant; at cum aliquis renuntiaverit societati, societas solvitur. sed plane si quis in hoc renuntiaverit societati, ut obveniens aliquod lucrum solus habeat, veluti si mihi*

*in ipso consensu socii perseverant; quia, sicut consensu contrahitur, etiam dissensu dissolvitur. dissolvitur ergo societas aut morte unius socii, aut contraria voluntate, aut capitis diminutione, id est, si unus ex sociis, sicut frequenter supra diximus, capite fuerit diminutus.*

Il fatto che la società non sia, come quelli sinora esaminati, un contratto a struttura unicamente bilaterale (a due parti), ma che essa possa essere anche plurilaterale, ha determinato non poca confusione sia tra i giuristi che tra gli interpreti: il *dissensus sociorum* è a tratti equiparato al *contrarius consensus* ed a tratti assimilato alla *renuntiatio*, la quale sembra rendere in tale ambito inutile qualsiasi forma di risoluzione convenzionale, essendo possibile l'unilaterale recesso anche di un solo socio con conseguente smembramento della società stessa<sup>253</sup>.

O poichè il *contrarius consensus* è un negozio essenzialmente bilaterale, cui, cioè, devono partecipare per avere validità ed efficacia le contrapposte parti dell'originario contratto, con una certa fermezza è da escludere una sua identificazione con la

---

*totorum bonorum socius, cum ab aliquo heres esset relictus, in hoc renuntiaverit societati, ut hereditatem solus lucri faciat, cogetur hoc lucrum communicare; si quid vero aliud lucri fecerit, quod non captaverit, ad ipsum solum pertinet. mihi vero, quidquid omnino post renuntiatam societatem acquiritur, soli conceditur.*

<sup>253</sup> GUARINO, *Dissensus sociorum*, in *Studi in onore di Volterra*, Milano, 1971, V, pag. 136.

*renuntiatio*: pur se i romani non si diletavano in sofismi giuridici appare di tutta evidenza l'incontestabile caratteristica del nostro istituto<sup>254</sup>. Forse più preoccupante potrebbe essere la replica che, stando ad alcune fonti, la *renuntiatio* sarebbe di per sè causa di scioglimento di qualsiasi società; sul punto con altrettanta sicurezza ritengo di poter condividere l'inattaccabile<sup>255</sup> tesi di Guarino, secondo cui si deve distinguere tra le ipotesi in cui la *renuntiatio* è diretta allo scioglimento di una società bilaterale, da quelle in cui la società è plurilaterale. Solo nel caso in cui la società sia composta da due soci<sup>256</sup> è ipotizzabile, ma non per questo vero, difatti, che il recesso di uno determini il venir meno dell'intero contratto<sup>257</sup>, in quanto la *renuntiatio* di un socio di società plurilaterale non impedisce agli altri di continuare a dare esecuzione al precedente contratto, salvo che la sua partecipazione non debba considerarsi

---

<sup>254</sup> caratteristica che ne impedisce qualsiasi confusione con l'ipotesi in cui vengano simultaneamente esercitate dai soci più facoltà di recesso: ciascun recesso rimane un autonomo negozio e non finisce per confluire in un unico negozio risolutorio neanche se provenissero da tutti i soci e, quindi, sostanzialmente l'effetto finale sarebbe parificabile al dissenso.

<sup>255</sup> una critica è stata mossa in particolare da LITEWSKI, *Remarques sur la dissolution de la société en droit romain*, in *RHD*, 1972, 50, pag. 70 e ss., il quale propende "pour l'opinion courante des romanistes en matière de résolution du contrat de société" secondo i quali, sando ad una letterale analisi dei testi "l'extinction d'une société pouvait se faire soit par renonciation (renunciatio) de l'un des associés, ou par la mort de l'un d'entre eux, soit encore par la capitis deminutio et enfin au cas où l'un d'eux perdait ses biens", conforme KASER, *Röm.*, cit. I, pag. 479 e ss.

<sup>256</sup> GUARINO, *Solutio societatis*, in *Labeo*, 1967, pag. 138 e ss. ove è posta in maniera chiara e dogmaticamente solida la distinzione.

<sup>257</sup> GUARINO, *Dissensus*, cit., pag. 147: "Indubbiamente la distinzione tra l'ipotesi di *dissensus sociorum* e quella della *renuntiatio unius socii*, sopra tutto in una *societas a due parti* è sottile. Tanto più sottile ed evanescente quando si ritenga che anche la *renuntiatio* di un solo socio può determinare (sia pur indirettamente) la *solutio societatis*."

“essenziale”. A ciò si aggiunga che l’ambito applicativo del dissenso è sicuramente più ampio di quello del recesso, essendo consentito ai soci di sciogliere il rapporto convenzionalmente pur limitatamente ad un solo socio - ma sempre in virtù di un accordo e non di una unilaterale decisione di questi - prescindendo da eventuali limiti temporali o di opportunità<sup>258</sup>.

Il dissenso dei soci, “*accordo delle parti nel senso di non volere più quello su cui al momento della convenzione si erano accordate*”, comporta, pertanto, l’estinzione del contratto di società facendo venir meno la sua “*efficienza*”, “*indipendentemente dal fatto dell’esistenza o meno di obbligazioni già maturate per effetto di esso (e che ... rimarrebbero in essere) e senza che ne siano esauriti gli effetti originariamente previsti*”<sup>259</sup> con queste caratteristiche opera il mutuo dissenso: estingue il contratto, ma solo per l’avvenire, non c’è questione di restituzioni e di *res integra*<sup>260</sup> proprio per la natura prevalentemente regolamentare-configurativa-normativa della *societas*, i rapporti di dare-avere già

---

<sup>258</sup> mi riferisco all’ipotesi in cui il recesso di un socio non è legittimo, e che, pertanto, non lo libera dagli obblighi nei confronti degli altri soci, in quanto finalizzato ad es. in una *societas omnium bonorum* a lucrare un imminente vantaggio che altrimenti si sarebbe dovuto mettere in comune, cfr. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, Napoli, 1982, pag. 153 e 188 e ss.

<sup>259</sup> ARANGIO-RUIZ, *La società*, cit., pag. 151.

<sup>260</sup> GUARINO, *Dissensus*, cit., pag. 145, n. 62: “*i testi relativi al contrarius consensus parlano di res adhuc integra soli in quanto vogliono sottolineare che l’eliminazione radicale della societas deve obbedire a quest’ovvio presupposto. Essi non escludono affatto che le parti possano anche ad esecuzione iniziata eliminare contrario consensu quanto resta da eseguire del negozio*”.

sorti devono essere “liquidati” in quanto non automaticamente caducati, non è “immanente” alcuna forma di retroattività<sup>261</sup>.

Il *dissensus sociorum*, poi, non può essere, come si ritiene da alcuni<sup>262</sup>, ridotto al venir meno di quel *consensus perseverans* che accompagna la *societas* e che deve persistere costantemente per tenerla in essere, cioè ad un dato fattuale cui consegua la cessazione dei rapporti sociali, non se ne può contestare assolutamente la natura negoziale: *diximus dissensu solvi societatem: hoc ita est, si omnes dissentiunt*. Lo scioglimento della società è effetto diretto di un accordo, della concorde volontà di tutti i soci, di uno specifico negozio con funzione estintiva che solo latamente, come del resto le altre cause di cessazione del rapporto societario, è ricollegabile al venir meno del costitutivo consenso<sup>263</sup>: anche per la società con un negozio avente direzione di effetti inversi, le parti possono risolvere il precedente contratto<sup>264</sup>. Un accordo che non deve essere

---

<sup>261</sup> sul punto cfr. però GUARINO, *Dissensus*, cit. pag. 144, il quale pur ribadendo la sola efficacia *ex nunc* del *contrarius consensus*, afferma che aveva “a differenza della *renuntiatio*, la funzione di eliminare la *societas* in tutte le obbligazioni da essa nascenti e non soltanto nelle obbligazioni ancora da assolvere”

<sup>262</sup> KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., pag. 125: “Das hatte seinen guten Sinn, denn im Unterschied zum Kauf hat die *societas* über den Abschlusskonsens hinaus den sog. *Dauerkonsens* zur Voraussetzung”.

<sup>263</sup> SOLAZZI, *Sul recesso del socio*, in *IURA*, 1951, II, pag. 154: “la società rimane finché tutti i soci perseverano nel medesimo consenso. Naturalmente tutti i soci, cambiando volere, possono deliberare lo scioglimento della società. Questo Gaio non lo dice; e il suo silenzio si può spiegare riflettendo che dalla regola ‘*manet ... perseverat*’ è intuitivo dedurre il corollario dello scioglimento per volontà di tutti i soci”.

<sup>264</sup> THOMAS, *Solutio societatis ex actione and dissensus sociorum*, in *Tulane Law Review*, 1974, 48, pag. 1110, il quale pur ritenendo che “both the bringing the a. pro socio and renunciation by one partner did dissolve a partnership”, afferma che il “dissensus sociorum



necessariamente espresso, ma che può risultare da un concludente comportamento che implicitamente dichiara la volontà di risolvere la società:

**D.17.2.64** (Callistratus *libro primo quaestionum*):

*Itaque cum separatim socii agere coeperint et unusquisque eorum sibi negotietur, sine dubio ius societatis dissolvitur.*

Ci troviamo qui di fronte ad una manifestazione tacita<sup>265</sup> della volontà di sciogliere il contratto di società, insita in un comportamento da cui è possibile dedurre anche il venir meno del *consensus perseverans*: sembrerebbe in questo passo che non sia necessaria alcuna intesa tra i soci e che il semplice fatto di cominciare ad agire separatamente determini in maniera automatica lo scioglimento del contratto, ma ciò non è possibile, a monte deve esservi necessariamente un dis-accordo che consenta, appunto, ai contraenti di non dover più mettere in comune il risultato delle loro attività, di far sì che quello che sarebbe considerato alla stregua di un inadempimento, valga come risoluzione del contratto; il venir meno del *consensus perseverans* non potrà mai essere valutato

---

*was different, by reason of mutual agreement, from both the idea of mutual renunciation and that of unilateral repudiation. ... It was sui generis, a manifestation of the contrarius actus principle: just as divorce by agreement differed from repudium, so dissensus sociorum, differed from renunciation."*

<sup>265</sup> ARANGIO-RUIZ, *La società*, cit., pag 151, nt. 1.

come una situazione di fatto, ma è comportamento “attuativo” di un *contrarius consensus*.

In quanto le cause di estinzione della società “*rassomigliano, in linea generale, a quelle che estinguono il mandato*”, essendo riconducibili al venir meno della necessaria fiducia tra le parti<sup>266</sup>, è consentito parlare anche per il mandato di una sovrapposizione tra il recesso e la risoluzione per *contrarius consensus*, sovrapposizione che rende in parte ancor più indecifrabile quest’ultima figura<sup>267</sup>: il mandato è, difatti, un contratto a due parti e, inevitabilmente, con il recesso di una esso cessa. Una distinzione è rinvenibile esaminando la struttura del “negozio eliminativo”: non solo esso è sempre, ma vi si potrà ricorrere anche nelle ipotesi in cui la revoca o la *renuntiatio* fossero impedita<sup>268</sup>; il fatto che queste finiscano per soverchiare il *contrarius consensus* non vuol dire che riescano a soddisfare i medesimi interessi, anche se di fatto il risultato è simile<sup>269</sup>.

Il *contrarius consensus* del mandato è un evento idoneo a determinare, come per gli altri contratti, lo scioglimento dell’intero

---

<sup>266</sup> ARANGIO-RUIZ, *La società, cit.*, pag. 151.

<sup>267</sup> ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, Napoli, 1965, pag. 134.

<sup>268</sup> perchè ad esempio intempestive o mancando una giusta causa, ARANGIO-RUIZ, *Il mandato, cit.*, pag. 138.

<sup>269</sup> ritiene, invece, che la *revocatio* e *renuntiatio* stiano al mandato (ed alla *societas*) come il *contrarius consensus* stia alla vendita ed alla locazione il KNÜTEL, *Contrarius consensus, cit.*, pag. 137: “*Was für den Kauf der Aufhebungsvertrag ist, sind für das Mandat revocatio und renuntiatio.*”.

rapporto e non l'estinzione di un singolo diritto, determinando l'inidoneità del negozio a realizzare ulteriori risultati programmati: la particolare natura - non solo gratuito, ma anche bilateralmente imperfetto<sup>270</sup> - del contratto ed il modo in cui lo stesso si esplica fanno sì perciò che non sempre la risoluzione ha modo di prodursi allorquando “*il nucleo che costituisce l'essenza funzionale del mandato risulti già realizzato al sopravvenire dell'evento 'estintivo'*”<sup>271</sup>; anche la risoluzione del mandato trova un invalicabile ostacolo nella cd. *res integra*. Mancano, invero, dei riferimenti testuali, ma nulla impedisce di ricorrere ad una sorta di “analogia” alle soluzioni fornite per le cause di estinzione “unilaterali”:

G. 3.159: *sed recte quoque contractum mandatum, si dum adhuc integra res sit, revocatum fuerit, evanescit.*

che letto coordinandolo<sup>272</sup> con

D.17.1.15 (Paulus libro secundo ad Sabinum):

*Si mandassem tibi, ut fundum emeris, postea scripsissem, ne emeris, tu, antequam scias me vetuisse,*

---

<sup>270</sup> MANFREDINI, *Istituzioni, cit.*, pag. 372.

<sup>271</sup> LUMINOSO, *Il mandato, cit.*, pag. 143.

<sup>272</sup> ARANGIO-RUIZ, *Il mandato, cit.*, pag. 135.

*emisses, mandati tibi obligatus ero, ne damno adficiatur  
is qui suscipit mandatum.*

ci lascia comprendere come alle parti sia consentito di sciogliere il contratto finchè questo non abbia avuto esecuzione, finchè, cioè, il mandatario non abbia dato corso al proprio incarico, avendo attenzione anche per gli interessi e diritti di terzi coinvolti direttamente od indirettamente. L'abrogazione della *lex mandati* potendo operare solo per il futuro, comporta il prodursi di alcuni effetti definiti “liquidativi”<sup>273</sup>: se è vero che il *mandatum evanescit*, il mandatario non deve subirne le conseguenze e *ne damno adficiatur is qui suscipit mandatum*, gli spetterà in ogni caso - potendo comunque le parti convenire diversamente - il rimborso delle spese sostenute e l'indennizzo per eventuali perdite subite e per qualsiasi obbligazione contratta verso terzi<sup>274</sup> proprio in virtù di quei principi di correttezza e fiducia componenti della buona fede e fundamenta non solo dei contratti consensuali.

---

<sup>273</sup> LUMINOSO, *Il mandato, cit.*, pag. 145.

<sup>274</sup> ARANGIO-RUIZ, *Il mandato, cit.*, pag. 136.

## CONCLUSIONI

Scopo di questa dissertazione è stato quello di riflettere intorno al *dissensus* con uno sguardo più rivolto alla prassi negoziale romana piuttosto che alle opzioni dogmatiche indicate dagli studiosi che in un passato non recente si sono occupati del tema.

Con questo spirito sono state lette le fonti, studiati quei passi spesso oggetto di attenzione più per sospette interpolazioni e non per i loro sostanziali contenuti.

L'evoluzione del dissenso è stata seguita "passo passo", rischiando di essere pedanti e ripetitivi pur di evidenziarne le varie fasi come espressione, comunque ed in ogni epoca, del cd. principio di simmetria.

Alla disputa sorta tra chi ne scorgeva la natura di mero patto e quanti da canto loro ipotizzavano quella di autonomo negozio avente piena tutela anche processuale, si è opposto che per la sensibilità giuridica dei romani la differenza era solo formale e non certo sostanziale e dimostrato, pertanto, come il voler aderire all'una od all'altra tesi sia servito in passato solo per dar peso a ricostruzioni che poco avevano a che fare col *contrarius consensus*. Restava il fatto che in

maniera quasi ibrida il dissenso ora fosse un patto, ora un negozio autonomo. Anche questa differenza è apparsa però più apparente che reale: il dissenso era una forma di consenso e come tale un *pactum* inteso nella sua più generale ed ampia accezione, qualsiasi ulteriore distinzione era solo una sovrastruttura dettata da una “corruzione” del concetto stesso di consensualismo.

Più difficile ed in parte ardua è stata la ricostruzione della disciplina generale del *dissensus*, alla quale si è giunti tentando di scorgere nelle fonti, come insegnava Savigny ai propri studenti, “*il principio vivente che in esse risiede, e così poter operare nel senso e nello spirito degli antichi giuristi proseguendo (in modo non casuale ma necessario) il loro lavoro incompiuto*”. Dall’astratta qualificazione del nostro negozio si è passati alla sua concreta e quotidiana applicazione, alla forza che lo stesso era in grado di esprimere rimuovendo in tutto od in parte gli effetti del precedente accordo. L’efficacia del *dissensus* è stata paragonata a quella della condizione ed ancor prima che questa fosse “risolutiva” quello già scioglieva un contratto: con quale dirompente portata ciò dipende in primo luogo dalla sovrana volontà delle

parti e, poi, dalle incontrovertibili leggi della natura, le quali non consentono sempre all'uomo di ripristinare una situazione che si è ormai "consumata".

Molte sono le tematiche che, solo accennate, non è stato possibile nell'economia del discorso affrontare *ex funditus*, come molti sono gli spunti che avrebbero meritato un maggior approfondimento e tra questi non ultimo il verificare come il *contrarius consensus*, sinora analizzato come modo di scioglimento dei rapporti obbligatori, poteva trovare un'applicazione anche come mezzo di scioglimento di rapporti reali e persino non negoziali.

## BIBLIOGRAFIA

ALLARA, *Le fattispecie estintive del rapporto obbligatorio*, Milano,

1952

AMIRANTE, *In tema di opus locare*, in *Labeo*, 1967

AMIRANTE, *Locare habitationem*, in *Studi in onore di B. Biondi*,

Milano, 1965

AMIRANTE, *Locare usum fructum*, in *Labeo*, 1962

AMIRANTE, *Locazione (in generale)(diritto romano)*, in *NNDI*, IX,

Torino, 1957

AMIRANTE, *Ricerche in tema di locazione*, in *BIDR*, 1959

AMIRANTE, *Una storia giuridica di Roma*, con la collaborazione di

Lucio DE GIOVANNI, Napoli, 1992

ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, Napoli, 1965

ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto Romano*, Napoli, 2002

ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, Napoli, 1954

ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, Napoli, 1982

ARCHI, *Condizione (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, VIII, Milano,

1961

BARBERO, *Sistema del diritto privato italiano*, Torino, 1962



- BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, Erlangen, 1884
- BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma in den Konsensualekontrakten des klassischen römischen Rechts*, Amburgo, 1963
- BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, Padova, 1947
- BETTI, *La retroattività della “condicio” (“facti” o “iuris”) in diritto giustiniano*, in *Scritti in onore di Ferrini*, Padova, 1946
- BETTI, *La struttura dell’obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano, 1955
- BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, in *Tratt. di dir. civ.* diretto da Vassalli, Torino, 1960
- BIANCA, *Diritto Civile, Il contratto*, Milano, 1987
- BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1956
- BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1965
- BIONDI, *Iudicia bonae fidei*, in *APA*, 1918
- BIONDI, *La distinzione tra debito ed obbligazione*, in *Scritti giuridici*, Milano, 1948
- BIONDI, *Le donazioni*, Torino, 1961
- BISCARDI, *La dottrina romana dell’obligatio rei*, Milano, 1991

- BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1951
- BOVE, *Nauta e Mercatores, iura leges negotia*, Napoli, 1993
- BOYER, *G. Wis, II, 9, 17 et la théorie du contrarius consensus*, in  
*RHD*, 1931
- BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1964
- CALONGE, *Entorno al problema de la retroactividad de la  
condición en al derecho clásico*, in *Studi in onore di Edoardo  
Volterra*, III Milano, 1971
- CALONGHI, *Dizionario Latino Italiano*, Torino, 1987
- CANCELLI, *Dissenso*, in *Enc. dir.*, XI, Milano, 1964
- CANCELLI, *L'origine del contratto consensuale di compravendita  
nel diritto romano. Appunti esegetico-critici*, Milano, 1963
- CANNATA, *La compravendita consensuale romana: un problema  
mal posto*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella  
prospettiva storico-comparatistica, Atti del Congresso  
Internazionale Pisa-Viareggio-Lucca 17-21 aprile 1990*,  
Milano, 1991
- CAPOZZI, *Il mutuo dissenso nella pratica notarile*, in *Vita not.*, 1993

- CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*,  
Napoli, s.d.
- CARIOTA-FERRARA, *Il negozio giuridico*, Napoli, 1948
- CASCIONE, *Consensus. Problemi di origine, tutela processuale,  
prospettive sistematiche*, Napoli, 2003
- CASTRO, *Emptio venditio y consensus. Contribution al estudio del  
origen y fundamento de la compravendita romana contrato-fin  
y contrato-medio*, in *Iuris vincula, Studi in onore di Mario  
Talamanca*, Napoli, 2001, III
- CERAMI, *Risoluzione (dir.rom.)*, in *Enc. dir.* , XL, Milano, 1989
- CORBINO, *Negozio e forma in età decemvirale. Una lezione*, in  
*Opuscula 3 - Centro Studi romanistici V. Arangio-Ruiz - a  
cura di A. ADAMO*, Napoli, 1995
- CZYHLARZ, *Der Einfluss des Zwanges auf die Giltigkeit  
der Rechtsgeschäfte*, in *Jhering's Jahrbücher für die Dogmatik  
des heutigen römischen un deutschen Privatrechtes*, Praga,  
1874
- CZYHLARZ, *Zur Lehre von der Resolutivbedingung*, Praga, 1871
- DAVERIO, *Sacrorum detestatio*, in *SDHI*, 45, 1979

- DE MARTINO, *Storia economica di Roma antica*, Firenze, 1979
- DE NOVA, *Recesso*, in *Digesto, discipline privatistiche*, XVI,  
Torino, 1997
- DEIANA, *Contrarius consensus*, in *Riv. dir. priv.*, 1939
- DER NEUE PAULY – ENZYCLOPÄDIE DER ANTIKE*, III, Stoccarda, 1997
- DI MAJO GIAQUINTO, *L'esecuzione del contratto*, Milano, 1967
- EHRHARDT, *Errantis voluntas nulla est*, in *ZSSR*, 1938
- ERNOUT-MILLET, *Dictionnaire étymologique de langue latine*,  
Parigi, 1967
- FADDA, *Istituti commerciali del diritto romano – Introduzione*, con  
una nota di lettura di BOVE, Napoli, 1987
- FALZEA, *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965
- FERRINI, *Mutuus Dissensus*, in *Enciclopedia Giuridica Italiana*,  
X/III Milano, 1901
- FIORI, *La definizione della Locatio Conductio*, *Giurisprudenza  
romana e Tradizione romanistica*, Napoli, 1999
- FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*, Paderborn, 1990
- FORCELLINI, *Lexicon totius latinitatis*, Padova, 1940

- GABRIELLI, *Vincolo contrattuale e recesso unilaterale*, Milano, 1985
- GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, Padova, 1990
- GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2006
- GHIONDA, *Sul magister navis*, in *Riv. dir. nav.*, 1935
- GIRARD, *Manuel de droit romain*, Parigi, 1929
- GIRARD-MAYR, *System*, Parigi, 1908
- GROSSO, *Addizioni a FERRINI, Manuale di pandette*, Milano, 1953
- GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, Torino, 1963
- GROSSO, *In tema di divergenza tra volontà e dichiarazione nel testamento*, in *Studi in onore di Riccobono*, 1936
- GROSSO, *L'efficacia dei patti nei bonae fidei iudicia*, in *Studi Urbinati*, IV, 1927
- GROSSO, *Recensione a Knüttel, Contrarius Consensus*, in *SDHI*, 34, 1968
- GROSSO-DEIANA, *Le servitù prediali*, in *Tratt. di dir. civ.* diretto da Vassalli, Torino, 1963
- GSCHNITZER, *Kündigung nach deutschem und österreichischem Recht*, in *Jhering's Jahrbücher*, 76, 1925

- GUARINO, *Diritto Privato Romano*, Napoli, 1988
- GUARINO, *Dissensus sociorum*, in *Studi in onore di Volterra*,  
Milano, 1971
- GUARINO, *Giusromanistica elementare*, Napoli, 1989
- GUARINO, *L'esegesi delle fonti del diritto romano*, a cura di  
Labruna, Napoli, 1968
- GUARINO, *Magister e gubernator navis*, in *Labeo*, 1965
- GUARINO, *Per la storia del contrarius consensus*, in *Labeo*, 1968
- GUARINO, *Solutio societatis*, in *Labeo*, 1967
- GUARINO, *Storia del Diritto Romano*, Napoli, 1998
- GUARINO, *Sulla credibilità della scienza romanistica moderna*, in  
*Studi in memoria di Guido Donatuti*, Milano, 1973
- JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen  
seiner Entwicklung*, Lipsia, 1888
- KASER, *Das römische Privatrecht*, Monaco, 1971
- KASER, *Römisches Privatrecht*, Monaco, 1955
- KASER, *Zur Glaubwürdigkeit der römischen Rechtsquellen (Über  
die Grenzen der Interpolationenkritik)*, in *La critica del testo*,  
Milano, 1971

- KNÜTEL, *Contrarius consensus. Studien zur Vertragsaufhebung im römischen Recht*, Colonia, 1968
- KNÜTEL, *Die Inhärenz der 'exceptio pacti' im 'bonae fidei iudicium'*, in *ZSSR*, 1967
- LA TORRE, *La forma dei negozi risolutori*, in *Giust. civ.*, 1962
- LABRUNA, *Errantis voluntas*, in *Labeo*, 1962
- LAURIA, *L'errore nei negozi giuridici*, in *Riv. dir. civ.*, 1927
- LEIST, *Über die Wechselbeziehungen zwischen Rechtsbegründungs- und Rechtsaufhebungsakten*, Lipsia, 1876
- LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, Lipsiae, 1889
- LEVY, *Der Hergang der römischen Ehescheidung*, Weimar, 1935
- LITEWSKI, *Remarques sur la dissolution de la société en droit romain*, in *RHD*, 1972
- LUMINOSO, *Il mandato e la commissione*, in *Trattato di Diritto Privato diretto da P. Rescigno*, Torino, 1985
- LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980
- MAEHLER, *Zwei neue Bremer Papyri*, in *Chron d'Eg.*, 1966
- MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit du préteur*, Parigi 1958
- MANFREDINI, *Istituzioni di Diritto Romano*, Torino, 2001

- MASI, *Novazione (dir.rom.)*, in *Enc. dir.* , XXVIII, Milano, 1978
- MASI, *Studi sulla condizione nel diritto romano*, Milano, 1966
- MELILLO, *Il negozio bilaterale romano. Contrahere e pacisci tra il primo ed il terzo secolo*, Napoli, 1986
- MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano, 1946
- MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, Milano, 1972
- MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, Milano, 1959
- MIRABELLI, *Delle obbligazioni-dei contratti in generale*, in *Commentario del Codice Civile*, Torino, 1980
- MOMMSEN, *Die römischen Anfänge von Kauf und Miete*, in *ZSSR*, 1865
- PARENTE, *Il regime formale del negozio risolutorio di preliminare di compravendita immobiliare*, in *Foro it.*, 1988
- PEROZZI, *Il contratto consensuale classico*, in *Studi in onore di F. Schupfer*, Torino, 1898
- PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1928
- ROCCO, *La responsabilità degli armatori in diritto romano*, in *Giur.it.*, 1898



- ROMANO, *La revoca degli atti giuridici privati*, Padova, 1935
- ROUGE, *Recherches sur l'organisation du commerce maritime en Méditerranée sous l'empire romain*, Parigi, 1966
- RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di Diritto Civile e Commerciale Cicu-Messineo*, Milano, 1971
- SANDULLI, *Forma del negozio risolutorio di un preliminare di vendita immobiliare*, in *Giust. civ.*, 1967
- SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1989
- SAVIGNY, *System des heutigen Römischen Rechts*, Berlino, 1840, III
- SCHEURL, *Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts*, Erlagen, I, 1871
- SEILD, *Eine Papyrusurkunde zum contrarius consensus bei locatio-conductio*, in *Festschrift für Ludwig Schnorr Von Carlosfeld zum 70. Geburtstag 20. Januar 1973*, Colonia, 1972
- SIBER, *Contrarius consensus*, in *ZSSR*, 1921
- SOLAZZI, *Sul recesso del socio*, in *IURA*, 1951
- SOUBIE, *Recherches sur les origens des rubriques du digeste*, Tarbes, 1960

- STOLL, *Die formlose Vereinbarung der Aufhebung eines Vertragsverhältnisses in römisches Recht*, in ZSSR, 1924
- TALAMANCA, *La lex ed il sistema delle fonti normative repubblicane*, in *Lineamenti di storia del diritto romano*, Milano, 1989
- TALAMANCA, *Vendita (dir. rom)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993
- THOMAS, *Solutio societatis ex actione and dissensus sociorum*, in *Tulane Law Review*, 1974
- TOSCHI VESPASIANI, *Riflessioni intorno al mutuo dissenso: spunti per il ripensamento di un dibattito nell'ottica di un raccordo tra opzioni dogmatiche e prassi negoziale*, in *Riv. dir. civ.*, 2003
- UNTERHOLZNER, *Recht der Schuldverhältnisse*, I, Lipsia, 1840
- VANO, *Il nostro autentico Gaio. Strategie della scuola storica alle origini della romanistica moderna*, Napoli, 2000
- VIARD, *Les pactes adjoints aux contrats en droit romain classique*, Parigi, 1929
- VIVANTE, *Trattato di Diritto Commerciale*, Milano, 1911, I
- VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1954

WALDE-HOFFMANN, *Lateinisches etymologisches Wörterbuch*,  
Heidelberg, 1938

WEISS, *Istitutionen des römischen Privatrechte als Einführung in  
die Privatrechtsordnung der Gegenwart*, Stoccarda, 1949

WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, tradotto da FADDA e BENZA,  
Torino, 1904

ZILLETTI, *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*,  
Milano, 1961

ZIMMERMANN, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the  
Civilian Tradition*, Cape Town, 1990

## INDICE DELLE FONTI

### I. FONTI ANTICHE

#### I.A FONTI GIURIDICHE ROMANE

##### *CORPUS IURIS CIVILIS*

##### *INSTITUTIONES*

3.29.4 15.37; 32; 32.74; 48; 60.135; 124

3.23.3 128.244

##### *DIGESTA*

1.2.2.28 23.61

1.7.24 6

2.14.1 82.167

2.14.1.2 76.159

2.14.1.3 25.66

2.14.7.2 90.181

2.14.7.5 49

2.14.7.6 32.74; 93; 100; 101; 110.214

2.14.7.14 19.49

2.14.27.2 32.74; 60.136; 65.143; 95; 98.191

2.14.51 65.143

2.14.58 32; 49.110; 65.143; 110.214; 114.223;  
116; 123

4.2.21.4 32.74; 61.136; 124.239

12.6.23	32.74
14.1.1.1	92.185
15.1.44	89.180
17.1.15	139
17.2.64	137
17.2.65.3	3.6; 32; 132
18.1.6.2	32.74
18.1.7pr	103.201; 104.203
18.1.9pr	11.28
18.1.72pr	95.188
18.1.72	32.73; 65.140
18.2.2.1	127.244
18.5.1	32.74
18.5.2	32; 32.74; 103; 111; 113
18.5.3	32; 37; 57; 59; 49.110; 58.110; 60.136; 65.143; 111.215; 114.225; 119.233
18.5.5pr	32.74; 60.133; 63; 80; 82; 105; 124;
18.5.5.1	32; 111.214; 114; 114.223; 119.233
18.5.7	32.74
18.5.7.1	98.191
18.6.8pr	127.244

19.1.11.6	32.74; 113.220; 119.233
20.6.10	32.74; 111.224
20.6.10.1	32.74
21.2.12	7.13
23.1.7.1	7.13
23.1.13	6.12
29.7.14pr	4.8
41.2.8	61.136
44.7.39	92.183
44.7.57	10
45.2.9pr	43.94
46.2.2	36; 37; 37.86
46.2.7	45.100
46.3.80	3.6; 28; 32; 45.100; 48.108; 121; 122
46.3.95	111; 32.74
46.4.1	21.58

46.4.8.3	21.58; 26.68; 35; 37; 37.86
46.4.8.4	91
46.4.14	21.58
50.12.3	96.159
50.16.176	23.63
50.17.100	19.147; 35.83
50.17.153	47.104
50.17.35	14.36; 26; 26.68; 32; 34; 36; 37; 39; 48; 48.140; 123
<i>CODEX</i>	
4.45R	32.74
4.45.1	32; 32.74; 118.231
4.45.2	32.74; 76.159; 119.233
 <i>FRAGMENTA VATICANA</i>	
260	7
 <i>GAI INSTITUTIONES</i>	
1.1	25.65
1.112	18.44
2.195	4
3.159	139
3.169	22.59
3.170	21.56; 37.86

3.174 19.50

*GAI EPITOME*

2.9.17 132

I.B FONTI LETTERARIE ROMANE

CICERO

*DE OFFICIIS*

1.10.31 73.156

3.24.92 73.156

3.25.93 73.156

LIVIUS

*AB URBE CONDITA*

2.24.6 20.51

SENECA RHETOR

*CONTROVERSIAE*

9.3.rubr. 73.157

II FONTI GIURIDICHE MODERNE

CODICE CIVILE ITALIANO 1942

art. 1325 1.1

art. 1399 90.182

art. 1509 94.187