

RICCARDO CARDILLI

IL PROBLEMA DELLA RESISTENZA
DEL TIPO CONTRATTUALE NEL DIRITTO ROMANO
TRA NATURA CONTRACTUS E FORMA IURIS*

I.

MODIFICABILITÀ DEL TIPO E DOTTRINA DEI NATURALIA
NELLA TRADIZIONE CIVILISTICA DI DIRITTO ROMANO

1. *Le critiche della Pandettistica e del giuspositivismo ai naturalia negotii.*

Nella storia del pensiero giuridico, il problema della modificabilità del tipo contrattuale alle istanze delle parti ha trovato soluzioni diverse.

Una soluzione al problema che possiamo considerare un importante discrimine storico è quella maturata con i Glossatori¹, tesa a pensare in modo differenziato la resistenza della struttura tipica del contratto alle istanze di modifica indotte dalle parti contraenti. Con essa si acquisisce una chiave di lettura del problema diretta con adeguata precisione a distinguere nel contenuto del contratto i *naturalia*, quale ambito di contenuto ‘naturalmente’ incluso nel contratto e suscettibile di essere modificato da una contraria volontà delle parti, dagli *essentialia*, ambito di contenuto contrattuale inderogabile e immodificabile dalle parti.

* Il testo che qui si pubblica trae spunto dalla relazione presentata all’VIII Seminario Internazionale *Discipline contrattuali e forme di tutela* (Soverato 1-8 settembre 2005), organizzato dagli infaticabili Alessandro Corbino e Antonino Metro, e dalla discussione che ne è seguita.

¹ Vd. sul punto *infra*, § 2 e nt. 7.

La critica più incisiva a detta dottrina è stata espressa dalla Pandettistica nel XIX sec., la quale ha considerato i *naturalia negotii* come una costruzione estranea al sistema di diritto privato. I *naturalia*, infatti, contaminerebbero – nella prospettiva volontaristica del sistema pandettistico – una dicotomia tra determinazioni essenziali e non essenziali del contenuto del negozio giuridico, che invece presupporrebbe in ogni caso la copertura della volontà².

La «confusione» tra voluto e non voluto che, secondo Bernard Windscheid (1817-1892), la distinzione ereditata dalla tradizione medievale tra *essentialia*, *naturalia* e *accidentalialia negotii* realizzerebbe, assume per noi oggi con più nitidezza i contorni di una lettura unilaterale del fenomeno, condizionata dall'occhiale volontaristico e dall'inquadramento forzato della tripartizione nel sistema pandettistico, nel quale essa veniva a creare una aporia³.

² B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I⁹, Frankfurt am Main, 1906, 449 (§ 85): «Der in einem Rechtsgeschäft erklärte Wille hat zum Inhalt entweder solche Punkte, welche die Wesenheit gerade dieses Rechtsgeschäfts ausmachen, so daß, wenn sie nicht gewollt wären, ein Rechtsgeschäft dieser Art nicht vorliegen würde; oder er hat zum Inhalt solche Punkte, welche das Rechtsgeschäft, wenn auch verträgt, doch nicht fordert – die Bestimmungen eines Rechtsgeschäfts sind entweder wesentliche Bestimmungen, oder sie sind unwesentliche oder Nebenbestimmungen» (trad. it. Fadda e Bensa: «la volontà manifestata in un negozio giuridico ha per contenuto o quei punti che stabiliscono proprio la sostanza/essenza di questo negozio giuridico, così che, qualora non fossero stati voluti, non esisterebbe un negozio giuridico di questo tipo; oppure essa ha per contenuto quei punti che il negozio giuridico, se anche sopporta, certo non promuove. Le determinazioni di un negozio giuridico sono o essenziali, o non essenziali o accessorie»). Un tentativo, condizionato dall'impostazione dello stesso Windscheid, di conservare la categoria del «naturale Rechtsinhalt», riconducendola, sebbene attraverso l'interpretazione, alla volontà delle parti, è quello di A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, IV, Erlangen-Leipzig, 1892, 188 ss.

³ WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I⁹, cit., 449 e nt. 1 (§ 85): «Dem Kaufvertrage z. B. ist wesentlich die Bestimmung, daß der Käufer eine Sache für sich haben solle gegen Zahlung eines Kaufpreises, unwesentlich die Bestimmung, daß das Kaufgeld vom Abschluß des Kaufvertrages an verzinst werden solle. Die einem Rechtsgeschäft wesentlichen Bestimmungen pflegt man *essentialia negotii* zu nennen, die unwesentlichen *accidentalialia*. Wenn man als drittes Glied der Einteilung die *naturalia negotii* hinzufügt, worunter man diejenigen Wirkungen des Rechtsgeschäfts versteht, welche das R(echt) an dasselbe anknüpft, auch ohne daß sie besonders ausgemacht sind (vgl. L. 11 § 1 D. 19, 1 – *quodsi nihil convenit, tunc ea*

D'altronde, lo stesso Jhering aveva fatto notare, nella costruzione del Windscheid, lo sforzo di ricondurre il diritto dispositivo alla volontà delle parti, quando tale diritto sarebbe, invece, caratterizzato dalla particolarità di poter essere sempre escluso dalla contraria volontà delle stesse⁴.

La critica di Windscheid ai *naturalia* segna il tentativo più energico di liquidare il concetto che nella tradizione civilistica di diritto romano ha colto in chiave di mediazione il rapporto tra tipo contrattuale (e più in generale negoziale) e volontà delle parti, individuando una zona intermedia nel contenuto del contratto di regole normali maturate nella prassi di quel tipo. Con i *naturalia*, infatti, è possibile pesare la tipizzabilità di queste esigenze delle parti, rendendole naturali effetti del contratto, salvo contraria pattuizione.

praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate), so liegt der Vorwurf gegen diese althergebrachte Einteilung nahe, daß die Gewolltes und Nichtgewolltes zusammenstelle» (trad. it. Fadda e Bensa: «è essenziale al contratto di compravendita ad es. la determinazione che il compratore vuole per sé una certa cosa a fronte del pagamento di un prezzo; non essenziale la determinazione che il prezzo dovuto produce interessi fin dalla conclusione del contratto. I primi si chiamano *essentialia negotii*, i secondi *accidentalialia*. Se si inserisce come terzo elemento i *naturalia negotii*, all'interno dei quali si includono quegli effetti del negozio giuridico che il diritto vi riconnette anche senza che essi siano stati determinati <dalle parti> (D. 19, 1, 11, 1: *quodsi nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate*), si fa evidente la critica che si può muovere a questa antica partizione, che confonde il voluto col non voluto»). È stato puntualmente segnalato lo spostamento di piano che sta alla base del sorgere di un problema dei *naturalia* nella nostra tradizione civilistica, in quanto conseguenza della «confusione tra contenuto ed effetti» e della «trasposizione degli effetti nella fattispecie»: A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1974 (rist.), 84 (sul punto cfr. *ibid.*, 81 ss.).

⁴ R. VON JHERING, *Abhandlungen aus dem römischen Recht*, Leipzig, 1844 (rist. Aalen, 1981), 12: «Das Unrichtige dieses Verfahrens liegt darin, daß man das Subsidiar-Recht [nt. 1: *Jus, quod pactis privatorum mutari potest*] auf den Willen der Parteien zuruckzuführen sucht und nicht bedenkt, daß jenes Recht zwar durch den in concreto entgegenstehenden Willen der Contrahenten oder Disponenten ausgeschlossen werden kann». In realtà, sempre secondo Jhering, «an den Gesetzgeber kann man die Anforderung stellen, daß er das Subsidiar-Gesetz der Sitte des rechtlichen Verkehrs oder der Muthmaßlichen Autonomie der Privaten anpasse, allein dem Juristen diese Norm aufzulegen, hieße ihm das einzige Mittel, durch das er über den Buchstaben oder über die Lücken des Gesetzes hinauskommen – die Consequenz in der Fortbildung des positiven Stoffs – rauben ...» (*ibid.*, 13).

Se nella prospettiva Pandettistica il nodo problematico è rappresentato dal rapporto della categoria con la volontà, nella prospettiva giuspositivistica il naturale contenuto del contratto è destinato a porre in dubbio la stessa natura del diritto privato.

Nel 1888, Paul Laband, fondatore insieme a Gerber di una autonoma scienza giuspubblicistica⁵, commentando a caldo il Progetto delle obbligazioni per il Codice civile tedesco (progetto che in materia seguiva il progetto di Dresda), precisava sul problema del diritto dispositivo:

«le norme dispositive sono il riflesso del contenuto stereotipo di una infinita massa di negozi giuridici simili, di eguali costruzioni giuridiche sedimentarie (*sedimentaentere Rechtsbildungen*), mentre il *jus cogens* è statuito attraverso esplosioni di volontà del supremo potere statale e può essere indicato come costruzione giuridica eruttiva. Sebbene le norme dispositive ricevono a loro volta la loro vincolatività grazie alla disposizione del codificatore, ciononostante devono il loro contenuto al diritto consuetudinario, il quale, a sua volta, riposa sulle convenzioni tipiche degli individui»⁶.

⁵ Se ne sono colte le ascendenze ed il collegamento non semplicemente con Gerber, ma più profondamente con il metodo scientifico maturato nella scienza giuridica con Savigny e Puchta; a riguardo, fondamentale, W. WILHELM, *Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert. Die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft*, Frankfurt am Main, 1958 = *Metodologia giuridica nel secolo XIX*, Milano, 1974, 5 ss. e 175 ss. D'altronde il programma di metodo premesso alla seconda edizione dello *Staatsrecht* fissava come compiti chiave della dogmatica, anche nell'ambito del diritto pubblico, «la costruzione degli istituti giuridici, la riconduzione delle singole norme a concetti generali e, d'altronde, la deduzione delle dovute conseguenze da tali concetti»: sul punto vd. le precisazioni di M. HERBERGER, *Logik und Dogmatik bei Paul Laband. Zur Praxis der sog. Juristischen Methode im 'Staatsrecht des Deutschen Reiches'*, in E. VOLKMAR HEYEN (Hrsg.), *Wissenschaft und Recht der Verwaltung seit dem Ancien Régime*, Frankfurt am Main, 1984, 91 ss. Su Laband si vd. altresì, quanto meno, M. FIORAVANTI, *Giuristi e costituzione politica nell'ottocento tedesco*, Milano, 1979, 304 ss.; M. STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland. II. 1800-1914*, München, 1992, 341 ss.

⁶ P. LABAND, *Zum zweiten Buch des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich 1. Abschnitt. Titel 1-3*, in «AcP», LXXIII, 1888, 161 ss. (*ibid.*, 164: «Die dispositive Rechtssätze sind daher der Niederschlag aus dem stereotypen Inhalt einer unendlichen Masse von gleichartigen Rechtsgeschäften, gleichsam sedimentäre Rechtsbildungen, während das *jus cogens* durch Willensausbrücke der

Il naturale contenuto del contratto finisce per porre in discussione, secondo Laband, la stessa natura cogente della norma di diritto privato, dovendosi riconoscere che il diritto collegato al tipo come suo contenuto naturale, pur ponendosi formalmente come norma scritta codificata dallo Stato, dà voce a quelle consuetudini che *cottidie* si sono sedimentate nel diritto di quel tipo di contratto. È una lucida presa d'atto, anche all'interno di una concezione statuallegalista, della particolare natura di buona parte del diritto privato, in particolare dei contratti, e della consapevole eredità extrastatuale dello stesso anche all'interno delle codificazioni nazionali.

2. *La distinzione tra substantia e natura in Baldo degli Ubaldi.*

Di contrappunto, nel segnalare un momento alto dell'approfondimento costruttivo di significato di questa zona intermedia, esplicitata concettualmente dalla scienza giuridica dei glossatori in termini di *naturalia*⁷, la dottrina ha posto in evidenza il ruolo e l'approfondimento del commentatore Baldo degli Ubaldi (1319/27-1400)⁸, al quale è attribuibile un importante approfondimento della differenza tra *substantia* e *natura*.

übermächtigen Staatsgewalt hervorgebracht wird und als eruptive Rechtsbildung bezeichnet werden kann. Wenngleich die dispositiven Rechtsätze ihre verbindliche Kraft durch die Anordnung des Gesetzgebers empfangen, so wird doch ihr Inhalt dem Gewohnheitsrecht entnommen, welches seinerseits auf den typischen Vereinbarungen der Individuen beruht»).

⁷ Vd., a riguardo, P. GROSSI, *Sulla 'natura' del contratto*, in «Quaderni fiorentini», XV, 1986, 593 ss., in particolare 617 s., che accentua il contributo di Rogerio, col quale si coglierebbe «una *natura contractus* distinta e quasi contrapposta alla *substantia*»; sul punto vd. anche I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna. I. Il cinquecento*, Torino, 1997, 54 ss. Per R. FIORI, *La definizione della locatio conductio*, Napoli, 1999, 319 ss., che dedica al punto una rilettura profonda e ricca di approfondimenti nelle note, un primo indice della tripartizione si avrebbe in realtà già in Irnerio, nella gl. *dolia in horreis* a D. 18, 1, 76, una *dissensio* sul punto tra Iacopo e Martino in materia di *pactum de evictione non praestanda*, ed infine la fissazione della tripartizione in Piacentino. Sull'emersione degli *accidentalia* vd. per tutti M. F. CURSI, *Alle origini degli accidentalia negotii. Le premesse teoriche della categoria moderna nelle sistematiche dei giuristi romani*, in «Index», XXIX, 2001, 301 ss..

⁸ Lo riconosceva già U. SANTARELLI nel bel corso su *La categoria dei contratti irregolari (Lezioni di storia del diritto)*, Torino, s.d. (ma 1984), 177 s., sebbene lo stesso

Nel commentario al *Codex Iustinianus*, in particolare alla lex *Etiam* del titolo *De executione rei iudicate* (C. 7, 53, 5), Baldo distingue con chiarezza tra *substantia* e *natura*.

«Et not. quod Tusci appellant instrumentum guarentigie sic illud instrumentum liquidum in quo notarius qui scripsit instrumentum facit preceptum de solvendo autoritate legis municipalis. Perusini appellant instrumentum confessionatum: quando quis promittit de confessione coram iudice facienda. argumentum ff. de pactis l. tale pactum § qui provocavit [D. 2, 14, 40, 1].

Et quia quotidie queritur de istis executionibus est considerandum quod ubi deficit substantia vel solemnitas preceptum guarentigie non valet. Est autem substantia id quo primum res aliquid est: natura qua primum res talis est: solemnitas est qua primum solemnitas est: id quo primus deducitur <ad substantiam> esse vel ad naturam esse, substantia ergo ponit rem in quidditate, natura ponit rem in qualitate et directa solemnitas est quidam modus circa ipsa.

Pone ergo quod substantia deficit: puta quia instrumentum est confectum cum furioso, preceptum nihil valet: idem si instrumentum sit factum in carcere ad utilitatem et locupletatione incarcerantis. nam vitium est (...).

Item pone quod est contractus innominatus, qui proprie naturam non habet, nisi sit processum ad implementum saltem unius partis: dico ergo quod preceptum ad executionem istius contractus factam non valeat nisi agentis impletio sequatur quia si principale virtutem non habet ergo nec accessorium»⁹.

Il rescritto dell'imperatore Gordiano del 242 d.C., commentato da Baldo, sancisce, per il *pignus in causa iudicati captum*, la possibilità

Autore, approfondendo sul punto il pensiero del Mantica, riconosca di essersi limitato «a cogliere il sistema già formato, senza approfondire l'indagine sulla sua origine». Evidenziano l'importanza di Baldo sul tema anche H. COING, *Europäisches Privatrecht*. I. *Älteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, München, 1985, 410; GROSSI, *Sulla 'natura' del contratto*, cit., 608 ss.; BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., 61. A Baldo dobbiamo altresì la rilettura, significativa sul piano delle categorie filosofeggianti, dei *substantialia* in *essentialia*: cfr. FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 326 nt. 79.

⁹BALDI DE PERUSIO *Super septimo octavo et nono Codicis Iustiniani libr. commentaria*, Lugduni 1545, ff. 79v.-80r.

di procedere in esecuzione anche nei confronti del *nomen debitoris*¹⁰. Nel contesto di esperienza nel quale opera il commentatore, la regola romana viene pesata nell'ambito della problematica del titolo esecutivo ed in particolare in rapporto all'*instrumentum* guarentigiato¹¹. La possibilità per il creditore di eseguire forzatamente il credito vantato nei confronti del terzo da parte del debitore esecutato è riconosciuta esclusivamente in base ad *instrumenta* guarentigiati validi. Qualora manchi la *substantia* o la *solemnitas* dello stesso, non potrà esservi esecuzione del *nomen debitoris*.

Per Baldo, la *substantia* rappresenta la *quidditas* della cosa, mentre la *natura* rappresenta la sua *qualitas*. L'assenza dell'una o dell'altra impedisce la validità dell'*instrumentum* di legittimare l'esecuzione. I due esempi sono significativi. La *substantia* del precetto mancherebbe quando il titolo sia viziato, in quanto posto in esser col pazzo oppure perché confezionato in carcere a favore del carceriere.

L'assenza di *natura* viene evidenziato col caso della conclusione di un contratto innominato (quale titolo del precetto esecutivo) nel quale nessuna delle parti ha fatto sorgere l'obbligazione per l'altra, compiendo la prestazione spontanea di quanto previsto (il *do* o il *facio*). In questo caso, appunto, il precetto esecutivo non vale. La motivazione è ineccepibile (*quia si principale virtutem non habet ergo nec accessorium*).

Questa dicotomia tra *substantia* e *natura* non rappresenta, peraltro, una mera costruzione teorica, ma, nel costume del commentatore¹², investe precisi ambiti problematici¹³.

¹⁰ Vd. P. VOCI, *Esecuzione forzata (diritto romano)*, in «ED», XV, Milano, 1966, 422 ss., in particolare 429 e 430.

¹¹ Vd. P. RASI, *Esecuzione forzata (diritto intermedio)*, in «ED», XV, Milano, 1966, 431 ss. in particolare 435 ss.; A. CAMPITELLI, *Precetto di guarentigia e formule di esecuzione parata nei documenti italiani del secolo XIII*, Milano, 1970.

¹² Sulla *interpretatio iuris* nei commentatori si vd. F. CALASSO, *Medio Evo del diritto*. I. *Le fonti*, Milano, 1954, 563 ss.; V. PIANO MORTARI, *Dogmatica e interpretazione. I giuristi medievali*, Napoli, 1976, 43 ss.; 155 ss.; E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*. II. *Il basso Medioevo*, Roma, 1995, 391 ss.; A. ERRERA, *Il concetto di 'scientia iuris' dal XII al XIV secolo*, Milano, 2003, 89 ss.

¹³ PIANO MORTARI, *Dogmatica e interpretazione*, cit., 171 ss.; CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, cit., II, 438 ss.

Ad esempio, all'interno del commento a C. 3, 33, 1¹⁴, in materia di usufrutto di tutto il patrimonio, essa è utilizzata per negare validità alla clausola con la quale il testatore costituente abbia voluto escludere, per il futuro usufruttuario, l'obbligo della *cautio* imposta dal senatoconsulto sul cd. quasi usufrutto, in rapporto alle somme di danaro ed ai crediti del patrimonio dato in usufrutto, obbligo intimamente radicato nella struttura e nella stessa configurabilità originaria dell'usufrutto *omnium bonorum*¹⁵.

Proprio nell'approfondire la inderogabilità della *cautio* Baldo puntualizza, criticando una diversa posizione¹⁶, che essa:

«Non est de substantia sed de natura ususfructus: nam ista sunt diversa, quia substantia est immutabilis, sed natura potest mutari et alterari ff. de contrahen. empt. l. pacta conventa [D. 18, 1, 72 pr.]»¹⁷.

Ciò facendo Baldo apre la strada ad alcune eccezioni relative ad ipotesi di mancata *satisfatio* da parte dell'onorato. Per quel che riguarda il profilo ricostruttivo concettuale, si tratta di una distinzione

¹⁴ C. 3, 33, 1 (Imp. Severus et Antoninus AA. Posidonio): *Si usus fructus omnium bonorum testamento uxoris marito relictus est, quamvis cautionem a te prohibuerat exigi, tamen non aliter a debitoribus solutam pecuniam accipere poteris quam oblata secundum formam senatus consulti cautione*. PP. VI k. Oct. Anullino et Frontone cons. [a. 199].

¹⁵ Sulle problematiche inerenti l'usufrutto di tutto il patrimonio e il suo rapporto col *senatus consultum* sul cd. quasi usufrutto mi si permetta di richiamare *La nozione giuridica di 'fructus'*, Napoli, 2000, 102 ss.

¹⁶ L'interpretazione criticata da Baldo sembra aver sostenuto che la *cautio* afferisca alla *substantia ususfructus*, senza peraltro distinguere tra *substantia* e *natura*; essa viene riportata a Guglielmo da Cabriano e condivisa da Iacopo Buttrigario. Per l'accentuazione della dottrina sui *pacta* nei *Casus codicis* di Guglielmo da Cabriano nella distinzione tra *substantia* e *natura contractus*, vd. quanto precisava H. KANTOROWICZ, *Studies in the Glossators of the Roman Law*, Cambridge, 1938 (rist. Aalen 1969), 210 s.; e per l'edizione critica del *casus* 295 s. Sui problemi relativi all'opera vd. G. DOLEZALEK, *Die Casus Codicis des Wilhelmus de Cabriano*, in W. WILHELM (Hrsgb.), *Studien zur europäischen Rechtsgeschichte*, Frankfurt am Main, 1972, 25 ss.; ed ora la edizione critica di T. WALLINGA, *The Casus Codicis of Wilhelmus de Cabriano*, Frankfurt am Main, 2005, con una ricca parte introduttiva, *ibid.*, XIII-LXXV.

¹⁷ BALDI DE PERUSIO *In tres primos libros Codicis Justiniani commentaria*, Lugduni, 1545, f. 211v.

netta, nella quale il passo di Papiniano in D. 18, 1, 72 pr., che come vedremo descrive gli àmbiti di contenuto di una compravendita distinguendo *substantia* e *adminicula*, viene automaticamente riletto attraverso l'*interpretatio* che di esso dà Ulpiano inserendovi il concetto di *natura contractus*. Mentre la *substantia* di un istituto giuridico ne rappresenta il nucleo stabile ed immutabile, la *natura* è maggiormente malleabile e può subire modificazioni attraverso la volontà delle parti, nel caso della *emptio venditio* attraverso i *pacta* modificativi, nel caso del legato di quasi usufrutto, attraverso l'esclusione della *cautio* da parte del testatore.

Altrove, la distinzione tra *substantia* e *natura* permette a Baldo di pesare le singole clausole costitutive del feudo¹⁸, governando una vivace dialettica tra autonomia privata e tipo. Ciò facendo, Baldo misura nel feudo lo strumentario concettuale maturato sui contratti del diritto romano, attraverso approfondimenti di tale strumentario con significati filosofici nuovi¹⁹.

¹⁸ Approfondisce bene la tripartizione in rapporto al feudo R. DEL GRATTA, *Feudum a fidelitate. Esperienze feudali e scienza giuridica*, Pisa, 1994, in particolare 84 ss.; 158 ss. Per G. ASTUTI *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*. I. *Parte generale*, Milano, 1952, 340 ss., il feudo rappresenterebbe il «fondamento dell'intero ordine sociale e politico» dell'età feudale (*ibid.*, 341; ID., *Feudo*, in «ED», XVII, Milano, 1968, 292 ss., in particolare 294 ss. e 299 ss.; sulle conseguenze sul piano giurispubblicistico vd. per altro F. CALASSO, *Gli ordinamenti giuridici del rinascimento medievale*², Milano, 1965 (rist.), 72 ss.; più di recente cfr. M. MONTORZI, *Processi istituzionali. Episodi di formalizzazione giuridica ed evenienze d'aggregazione istituzionale attorno ed oltre il feudo*, Padova, 2005. Sulla discussione medievale e moderna della configurazione del feudo come *ususfructus* o come *dominium utile* vd. P. GROSSI, *Ideologia e tecnica in una definizione giuridica (La definizione obertina di Feudo dai Glossatori a Cujas)*, in «Quaderni fiorentini», XIX, 1990, 179 ss.

¹⁹ Così H. COING, *Zum Einfluß des Aristoteles auf die Entwicklung des römischen Rechts*, in «ZSS(RA)», LXIX, 1952, 24 ss., in particolare 32-33 richiamando in particolare la distinzione aristotelica tra ἴδιον, γένος e συµβεβηκός in Arist. *top.* 1, 5, 18-25 (102a-b). Per GROSSI, *Sulla 'natura' del contratto*, cit., 613 ss., la distinzione tra *substantia* e *natura* nel pensiero dei giuristi medievali potrebbe avere «radici nella tradizione teologica o, per dir meglio, nella fioritura teologica del secolo dodicesimo» (64). In particolare, attraverso la mediazione di Boezio, si potrebbe ipotizzare un collegamento con gli approfondimenti legati alla disputa tra Costantinopoli e Alessandria, in base all'insegnamento di Nestorio e alla negazione della natura *theotókos* di Maria e della sua ricaduta sulla natura umana e divina di Cristo; vd. sulla diputa, per tutti, P. SINISCALCO, *Il cammino di Cristo nell'Impero romano*⁵, Roma-Bari, 2004, 285 ss.

«*Feudum quoddam habet propriam naturam, aliud improprium: quarta divisio principalis feudorum est quia aliud habet propriam naturam feudi, aliud improprium. Natura autem nihil aliud est quam qualitas innata a principio generationis, ex qua virtus contractus proficiscitur, et semper inesse videtur, nisi per pactum improprietur [...] Natura ergo est / quid a principio connexum, et per accidens subsecutum ut not. ff. Si certum pet. L. certi conditio. In princ. [D. 12, 1, 9 pr.] & ff. de pact. L. si unus § pactus ne peteret. Versi. Quod etiam in speciem dotis & c. [D. 2, 14, 27, 2 i.f.]»²⁰.*

Per Baldo, la *propria natura* del feudo sarebbe la *qualitas innata* dal *principium generationis*. L'atto costitutivo del feudo non sarebbe, quindi, il solo elemento propulsore degli effetti del contratto (*virtus contractus*), ma questi sarebbero anche plasmati dalla sua *natura*. Baldo lavora sul rapporto complesso che si instaura tra il *principium generationis* del contratto e la sua *qualitas*, la quale non si genera artificialmente sul primo, ma ne è per così dire naturale conseguenza (*in-nascor*), da esso generata, disegnando mano a mano la fisionomia costante dell'istituto (*semper inesse videtur*), salvo contraria volontà delle parti (*nisi per pactum improprietur*). Di qui anche la duttile capacità della *natura* ad essere non solo *quid a principio connexum*, ma anche ciò che *per accidens subsecutum*. Si ha come una espansione della *natura feudi* che dal suo ambito 'proprio' può tendere ad includere – in modo 'improprio' – anche quanto le parti concludono patteggiatamente, innestandosi quindi, più che una dialettica tra *natura feudi* e *pacta* delle parti²¹, una dialettica tra *propria natura feudi* e *impropria natura feudi* alimentata dai *pacta* delle parti²².

²⁰ BALDI PERUSINI *In usus feudorum commentaria*, ed. Lugduni, 1556, Proemium n. 46, ff. 4-5.

²¹ Così GROSSI, *Sulla 'natura' del contratto*, cit., 613.

²² Per DEL GRATTA, *Feudum a fidelitate*, cit., 161 n. 17, Baldo individuerebbe qui «la funzione creativa di questa interconnessione fra *natura* e *pactum*, utilizzando anche quale strumento interpretativo per poter valutare con tecnica raffinata l'istituzione feudale nella sua dimensione storica: le novità emergenti dalle volontà impropriative dei singoli, depurate tramite lo strumento consuetudinario da ogni contingente accidentalità, venivano riportate nell'ambito della *recta natura feudi* che, nel momento stesso in cui le riassorbiva, finiva inevitabilmente per esserne caratterizzata».

Le due *leges* giustiniane richiamate da Baldo per corroborare la sua dottrina sono D. 12, 1, 9 pr. e D. 2, 14, 27, 2 i.f. Nella prima *lex*, a conferma del *per accidens subsecutum*, si ricorda l'incidenza della condizione e del termine²³. Nella seconda, dopo una lunga riflessione del giurista severiano Paolo, si affronta il caso di un primo patto dotale, derogativo del normale termine di restituzione della dote, che venga a sua volta superato da un successivo patto col quale si ribadisce il normale termine di restituzione. Paolo, riprendendo un insegnamento di Cervidio Scevola, afferma che *incipiet dos redire ad ius suum. nec dicendum est deteriolem 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*²⁴.

Salvo quanto si dirà sul passo di Paolo più avanti (§ 12), si deve in questa sede evidenziare la differenza profonda del contesto concettuale, che emerge tra Baldo degli Ubaldi e il giurista severiano Paolo. I due giuristi leggono, infatti, da due angolature differenti l'efficacia del *pactum* derogativo del primo *pactum* che abbia alterato la normale configurazione della dote ed il *ius quod lex naturae eius tribuit*. In Baldo, la costruzione romana serve per corroborare una categorizzazione del rapporto tra *pactum* delle parti, che può indurre una *natura impropria* del feudo, e la conformazione tipica dell'istituto in termini di *natura propria* dello stesso. Mentre in Paolo – come vedremo – prevale una costruzione dinamica attraverso la quale la forma tipica dell'istituto si riepande in base al successivo patto derogativo.

All'interno di un altro famoso *consilium* in materia di limiti probatori della costituzione del feudo, sempre Baldo afferma che:

«Materia feudorum habet suas singularitates, quae vocantur naturae: ea autem, quae habet communia cum caeteris contrac-

²³ Ulp. 26 *ad ed.* D. 12, 1, 9 pr.: *certi condictio competit ex omni causa, ex omni obligatione, ex qua certum petitur, sine ex certo contractu petatur sive ex incerto: licet enim nobis ex omni contractu certum condicere, dummodo presens sit obligatio: ceterum si in diem sit vel sub conditione obligatio, ante diem vel condicionem non potero agere.* Un approfondito esame del difficile passo di Ulpiano si ha ora in A. SACCOC-CIO, *Si certum petetur. Dalla condictio dei veteres alle conditiones giustinianee*, Milano, 2005, 54 ss.

²⁴ Sul passo vd. *infra*.

tibus, non vocantur naturae feudorum; sed in generali nomine sicut stent, dicimus natura contractus bonae fidei talis est & natura contractus stricti iuris talis est & natura actionis de dote talis est & sic de singulis. est autem natura quaedam ratio, quae inhaeret ipsi actui per dispositionem legis vel consuetudinis vel aequitate iusdicentis, sive principali, sive accessoria: ut hoc variis legibus comprobantur, quae volgo non sunt, inter cetera sunt autem, quae naturae feudi attribuuntur, est modus probandi. nam alius est modus probandi per testes, alius est modus probandi per instrumenta publica, vel autentica, puta bullas principum vel episcoporum»²⁵.

Qui, all'interno del problema specifico dei limiti probatori dell'esistenza e del contenuto del feudo, Baldo sembra concentrare il suo sguardo su un profilo diverso, quello di un contenuto inerente all'atto grazie alla capacità delle leggi, delle consuetudini e della prassi giudicante di modellarlo. La natura del contratto come *qualitas innata a principio generationis* emersa negli *usus feudorum* accentuava una lettura più orientata da un movimento di derivazione naturale, mentre, nel *consilium* qui in esame la natura come *ratio quae inhaeret ipsi actui per dispositionem legis vel consuetudinis vel aequitate iusdicentis* evidenzia il rapporto complesso tra il diritto in accezione oggettiva e la conformazione tipica del feudo sedimentatasi in un certo momento storico.

Si è autorevolmente detto, con riguardo alla distinzione tra *natura* e *substantia* in Baldo degli Ubaldi, che si tratterebbe di uno strumento concettuale col quale il contratto tipico viene «immerso nella storicità, non nella quotidianità. Non saranno mai gli episodi ad affiorare al rango di natura ma unicamente al rango di accidenti»²⁶. La

²⁵ BALDI UBALDI PERUSINI *Consiliorum sive responsorum volumen primum*, ed. Venetiis, 1575 (rist. anast. Torino, 1970), cons. CCCLII princ., ff. 114-115.

²⁶ GROSSI, *Sulla 'natura' del contratto*, cit., 609; cfr. altresì ID., *L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari, 2001, 248 ss.: «la distinzione è tecnica ... ma è presa di sana pianta da un universo culturale teologico-filosofico e riproduce la dialettica fra assenza ed esistenza, fra una dimensione interna dell'istituto inattaccabile dal divenire storico e rigida come è rigida l'ossatura d'un organismo, e una dimensione parimenti interna ma sensibile al divenire e che garantisce storicità all'istituto» (*ibid.*, 249).

distinzione diventa, quindi, la chiave di resistenza del tipo nel divenire attraverso la «osservanza della comunità degli utenti», che giustificerebbe «le ragioni del suo continuo assestarsi ed elasticizzarsi»²⁷.

In questa prospettiva, può osservarsi che la capacità di filtrare dal contratto concluso le clausole tipizzabili non è mera attività automatica di inclusione, ma impone una riflessione tecnica che sia in grado di soppesare e quindi fare opera di sintesi di quanto risulti idoneo, perché coerente al tipo in quel momento storico, ad entrare a far parte dei normali effetti del contratto. Non esaustivo nello spiegare il fenomeno sarebbe, al riguardo, verificare la sola natura autoritativa o consuetudinaria dell'integrazione – come in definitiva fa la concezione giuspositivistica²⁸ – in quanto ad essa si accompagna in ogni caso una valutazione delle pattuizioni delle parti in termini di adeguatezza a divenire regola, cioè appunto ad essere tipizzabili²⁹. Che tale valutazione si presenti nel discorso del giurista medievale in veste di *consuetudines* oggettivamente esistenti, non impedisce però di svelarne la natura mediata di giudizio di valore insito in un processo interpretativo.

Il tipo rappresenta in un certo momento storico la sintesi tecnica delle esigenze e dei bisogni che vengono mano a mano ad arricchire la complessa realtà del contratto concluso, sintesi che non è chiaramente esaustiva, né tanto meno conclusiva, di tutta una attività complessa che permette al tipo di adeguarsi nel tempo³⁰. Questo adeguamento del tipo al fattore tempo, nei limiti in cui riesca a mediare tra sostanza del tipo contrattuale e sua rispondenza a nuove esigenze sociali ed economiche, permette al tipo di resistere nel tempo³¹.

²⁷ GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., 250.

²⁸ Vd. *supra*, nt. 3.

²⁹ Per l'accentuazione del solo momento consuetudinario vd., peraltro, GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., 250; con sviluppi in BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., 59 ss.

³⁰ All'interno del fenomeno, si evidenzia la distinzione tra evoluzione interna del tipo ed evoluzione esterna; sul punto vd. G. DE NOVA, *Il tipo contrattuale*, Padova, 1974, 173 ss.

³¹ Esattamente BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto*, cit., 59, rispetto alla costruzione della categoria nei glossatori, sviluppando gli «spunti in tema di *natura contractus* contenuti nelle fonti romane», precisa che «doveva essere congeniale alla loro mentalità l'idea di considerare i singoli contratti come una realtà data, un *quid* dotato di una propria struttura, di qualità innate e di una ragion d'es-

Al riguardo, approfondire tale problematica nel diritto romano impone di considerare il diverso contesto complessivo del rapporto tra tipo ed autonomia privata, ove il primo rappresenta la trama privilegiata – sebbene non esclusiva – delle possibilità della seconda³². D'altronde, la individuazione nel *ius gentium* dei tipi causali da parte dei giuristi romani³³, non sembra essere condizionata dall'individuazione in chiave concettuale di sfere diversificate del contenuto del contratto in base alla loro relazione con l'autonomia privata, come poi farà la tradizione successiva con la dottrina degli *essentialia, naturalia e accidentalia*³⁴. Il tutto attraverso una tecnica del tutto svinco-

sere, che nel complesso costituiva un *prius* rispetto all'uomo che avesse voluto far uso di quello strumento; ed era inoltre realtà non statica, dal momento che nelle qualità naturali o innate era insita l'idea di normalità che comprendeva anche quella di movimento ...».

³² Fondamentale G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*³, Torino, 1963. Importanti ed ancora attuali le precisazioni di E. BETTI, *La tipicità dei negozi giuridici romani e la cosiddetta atipicità del diritto odierno*, in «AUMA», n.s. I, 1966, 7 ss. (traduzione italiana del contributo apparso in lingua tedesca in *Festschrift L. Wenger*, München, 1944, I, 249 ss.), contributo teso a valorizzare il ruolo del tipo anche all'interno di ordinamenti codificati, come quelli tedesco e italiano, che conoscono una disciplina generale del negozio giuridico (il primo) o del contratto (il secondo).

³³ Per una ricostruzione esemplare del fenomeno fino a Labeone vd. M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani fra 'conventio' e 'stipulatio' fino a Labeone*, in AA.VV., *Contractus et pactum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana* (Atti Copanello 1988), Napoli, 1992, 35 ss.; ulteriori precisazioni anche in ID., *La bona fides nei giuristi romani: 'Leerformeln' e valori dell'ordinamento*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Studi in onore di A. Burdese*, IV, Padova, 2003, 1 ss., in particolare 46 ss.

³⁴ Così C. A. MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano, 1937, 98: «*Natura contractus* non si ricollega affatto alla dottrina dei *naturalia negotii*, elaborata dagli interpreti, soprattutto procedendo da D. 19, 1, 11, 1 donde la distinzione aristotelica tra ciò che è essenza e ciò che è naturale o proprio del rapporto. Natura invece per i Romani è in questo campo null'altro che la struttura giuridica del rapporto, la quale talvolta è derogabile talvolta inderogabile. Questa discriminazione è fatta sempre dai giuristi nell'ambito della *natura negotii*; non si distinguono cioè due categorie diverse del negozio, ma bensì una natura derogabile, da una inderogabile». Per COING, *Zum Einfluß der Philosophie des Aristoteles*, cit., 32-33, l'influsso della logica aristotelica avrebbe contribuito anche «zur Verfestigung der Vorstellung von der Existenz rechtlicher Wesensbegriffe: eine Auffassung, die nicht ungefährlich ist, weil sie historisch gewordene Regelungen, wie etwa das römische Kaufrecht, zu systematischen und damit absoluten Wesensinhalten macht».

lata da sistemi monistici di produzione del diritto e da modelli attuativi dello stesso condizionati dal primato della legge.

II.

MODIFICABILITÀ DEL TIPO CONTRATTUALE E DOTTRINA DEI PACTA IN DIRITTO ROMANO.

3. *Pacta conventa sociali di ripartizione dei lucri e delle perdite e resistenza del tipo tra natura societatis e ius societatis.*

La *magna quaestio* tra Quinto Mucio e Servio Sulpicio Rufo in materia di *pacta* di ripartizione delle *partes lucri et damni* fra i *socii*³⁵

³⁵ Per la dottrina più recente sulla questione vd. K.A. VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*⁷, III, Marburg-Leipzig, 1869 (rist. anast. Goldbach, 1997), 469-472; A. MANIGK, *Societas*, in «RE», III.A.1, Stuttgart, 1927, 772 ss., in particolare 775; A. POGGI, *Il contratto di società in diritto romano classico*, II, Roma, 1934 (rist. anast. Roma, 1972), 162 ss.; A. GUARNERI CITATI, *Conferimenti e quote sociali in diritto romano*, in «BIDR», XLII, 1934, 166 ss.; F. WIEACKER, *Societas. Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft*, Weimar, 1936, 251 ss.; MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto*, cit., 94 ss.; G. VON BESELER, *Zu Gaius 3.149*, in «SDHI», IV, 1938, 205 ss.; S. DI MARZO, *Pro Servio Sulpicio Rufo*, in «BIDR», XLV, 1938, 261 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, Napoli, 1982 (rist.), 93 ss.; A. WATSON, *Some Cases of Distortion by the Past in Classical Roman Law*, in «TR», XXXI, 1963, 69 ss. in particolare 85 ss.; ID., *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford, 1965, 137 ss.; F. HORAK, *Rationes decidendi. Enschedungsbeurteilungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*, Innsbruck, 1969, 158 ss.; F. BONA, *Studi sulla società consensuale*, Milano, 1973, 24 ss.; A. GUARINO, *Societas consensu contracta*, Napoli, 1972 = *La società in diritto romano*, Napoli, 1988, 23 ss.; M. KASER, *Neue Literatur zur 'societas'*, in «SDHI», XLI, 1975, 278 ss., in particolare 312 ss.; M. TALAMANCA, *Costruzione giuridica e strutture sociali fino a Quinto Mucio*, in A. GIARDINA - A. SCHIAVONE (a cura di), *Modelli etici, diritto e trasformazioni sociali*, Bari-Roma, 1981, 15 ss., in particolare 24 ss.; ID., *La tipicità dei contratti romani*, cit., 70 ss.; ID., *Società in generale (Diritto romano)*, in «ED», XLII, 1990, 814 ss., in particolare 835 ss.; A. SCHIAVONE, *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana*, Bari-Roma, 1987, 67 s.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town-Johannesburg, 1990, 457-459; G. SANTUCCI, *Il socio d'opera in diritto romano*, Padova, 1997, 35 ss.; H.L.W. NELSON - U. MANTHE, *Gai Institutiones III 88-181 Die Kontraktobligationen. Text und Kommentar*, Berlin, 1999, 307 ss.; F.-S. MEISSEL, *Rec. di G. Santucci, Il socio d'opera* (cit.), in «ZSS(RA)», CXVII, 2000, 554 ss. in particolare 555 s.; B. BISCOTTI, *Dal 'pacere' ai 'pacta conventa'. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'età arcaica all'Editto giuliano*, Milano, 2002, 155 s.; K.-M. HINGST, *Die societas leonina in der europäischen Privatrechtsgeschichte*, Berlin, 2003,

dà vita ad un complesso *ius controversum* che coinvolge, come vedremo, anche Sabino, Cassio e Proculo. La discussione che emerge da una catena di testi (Inst. 3, 25, 1-2³⁶; Gai. 3, 149³⁷; Paul. 6 *ad Sab.* D. 17, 2, 30³⁸) alla quale si ricollega anche Ulp. 30 *ad Sab.* D. 17, 2, 29, 1³⁹

93 ss.; F.-S. MEISSEL, *Rec. a K.-M. Hingst, Die societas leonina* (cit.), in «ZSS(RA)», CXXIII, 2006, 425; Id., *Societas. Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrages*, Frankfurt am Main, 2004, 134 s.

³⁶ Inst. 3, 25, 1: *et quidem si nihil de partibus lucri et damni nominatim conuenit, aequales scilicet partes et in lucro et in damno spectantur. quod si expressae fuerint partes, hae seruari debent: nec seruari dubium fuit, quin valeat conventio, si duo inter se pacti sunt, ut ad unum quidem duae partes et damni et lucri pertineant, ad alium tertia. 2. De illa sane conventionione quaesitum est, si Titius et Seius inter se pacti sunt, ut ad Titium lucri duae partes pertineant, damni tertia, ad Seium duae partes damni, lucri tertia, an rata debet haberi conventio? Quintus Mucius contra naturam societatis talem pactionem esse existimavit et ob id non esse ratam habendam. Servius Sulpicius, cuius sententia praevaluit, contra sentit, quia saepe quorundam ita pretiosa est opera in societate, ut eos iustum sit meliore condicione in societatem admitti: nam et ita coiri posse societatem non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat et tamen lucrum inter eos commune sit, quia saepe opera alicuius pro pecunia valet. et adeo contra Quinti Mucii sententiam optinuit, ut illud quoque constiterit posse conuenire, ut quis lucri partem ferat, damno non teneatur, quod et ipsum Servius conuenienter sibi existimavit: quod tamen ita intellegi oportet, ut, si in aliqua re lucrum, in aliqua damnum allatum sit, compensatione facta solum quod superest intellegatur lucri esse.*

³⁷ Gai. 3, 149: *magna autem quaestio fuit, an ita coiri possit societas, ut quis maiorem partem lucretur, minorem damni praestet. quod Quintus Mucius <contra naturam societatis esse existimavit et ob id non esse ratum habendum. sed Servius Sulpicius, cuius> etiam praevaluit sententia, adeo ita coiri posse societatem existimavit, ut dixerit illo quoque modo coiri posse, ut quis nihil omnino damni praestet, sed lucri partem capiat, si modo opera eius tam pretiosa videatur, ut aequum sit eum cum hac pactione in societatem admitti: nam et ita posse coiri societatem constat, ut unus pecuniam conferat, alter non conferat et tamen lucrum inter eos commune sit; saepe enim opera alicuius pro pecunia valet.*

³⁸ Paul. 6 *ad Sab.* D. 17, 2, 30: *Mucius libro quarto decimo scribit non posse societatem coiri, ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat: Servius in notatis Mucii ait nec posse societatem ita contrahi, neque enim lucrum intellegitur nisi omni damno deducto neque damnum nisi omni lucro deducto: sed potest coiri societas ita, ut eius lucri, quod reliquum in societate sit omni damno deducto, pars alia feratur, et eius damni, quod similiter relinquatur, pars alia capiatur.*

³⁹ Ulp. 30 *ad Sab.* D. 17, 2, 29, 1: *ita coiri societatem posse, ut nullam partem damni alter sentiat, lucrum vero commune sit, Cassius putat: quod ita demum valebit, ut et Sabinus scribit, si tanti sit opera, quanti damnum est: plerumque enim tanta est industria socii, ut plus societati conferat quam pecunia, item si solus naviget, si solus peregrinetur, pericula subeat solus.*

e – come vedremo – Proc. 5 *epist.* D. 17, 2, 76; 78; 80, è il punto di emersione più antico in nostro possesso di un dibattito tra giuristi romani nel quale riaffiorano momenti di riflessione che coinvolgono momenti di struttura del contratto tipico⁴⁰.

In dottrina è discussa la ragione in base alla quale il *pactum*, col quale si stabilisce che a Tizio spettino *lucri duae partes* e *damni tertia*, mentre a Seio *duae partes damni* e *lucris tertia*, si scontri agli occhi Q. Mucio Scevola con la *natura societatis*. Nell'attuale temperie metodologica, mi sembra difficile non riconoscere piena genuinità alla affermazione muciana come tramandata dalle Istituzioni giustinianee. Essa è, infatti, coerente col contesto del libro quattordicesimo dei suoi *libri iuris civilis*, in base a quanto ricorda espressamente D. 17, 2, 30. In tale libro, infatti, Q. Mucio tratta del secondo *genus societatis*, quello cioè proprio del *ius gentium* e che *nudo consensu contrahitur* (Gai. 3, 154)⁴¹, ma ha presente alla sua attenzione anche l'*aliud genus societatis, proprium civium Romanorum* (Gai 3, 154a = PSI 1182)⁴², il *consortium ercto non cito*, che includeva vuoi la *societas fratrum* sia quella che, *ad exemplum fratrum*, poteva costituirsi *apud praetorem certa legis actione*. Al riguardo, mi sembra si debba sottolineare la qualifica originaria nel manuale gaiano di quest'ultima *societas* in termini di *legitima simul et naturalis societas*, qualifica restituitaci da PSI. 1182, e ciò anche per il significato che una tale lettura sostanziale della struttura e della qualifica dell'*ercto non cito* e della *societas ad exemplum fratrum* può avere in rapporto alla lacuna nel testo gaiano del pensiero muciano ed in particolare del *contra naturam societatis*⁴³.

⁴⁰ Quinto Mucio, Servio Sulpicio Rufo, Cassio Longino, Masurio Sabino e, se vi colleghiamo quanto emerge in D. 17, 2, 76; 78; 80 in materia di arbitraggio nella determinazione delle quote sociali, anche Proculo. Risulterebbe assente dalla discussione, tra i protagonisti dell'epoca, soltanto Labeone.

⁴¹ Gai. 3, 154: ... *sed haec quidem societas, de qua loquimur, id est quae nudo consensu contrahitur, iuris gentium est; itaque inter omnes homines naturali ratione consistit.*

⁴² Gai. 3, 154a (PSI. 1182): *est autem aliud genus societatis proprium civium romanorum. olim enim mortuo patre familias, inter suos heredes quaedam erat legitima simul et naturalis societas, quae appellabatur ercto non cito, ...*

⁴³ In sostanza esso viene a rafforzare (così HORAK, *Rationes decidendi*, cit., 161 n. 52; *contra* F. WIEACKER, *Rc. a F. Horak, Rationes decidendi* (cit.), in «ZSS(RA)», LXXXVIII, 1971, 346 nt. 30) la difesa della genuinità del *natura societatis* operata da MASCHI, *La concezione naturalistica*, cit., 94 ss. (cfr. *supra*, nt. 34).

Il tutto si collega con quanto emerge nella discussione su quale modello di contenuti potesse richiamare la *natura societatis* in Quinto Mucio e sulle ragioni della inammissibilità del *pactum* di ripartizione diseguale tra i soci delle parti di lucro e di danno.

Nei limiti in cui si voglia superare lo scetticismo della critica interpolazionistica e accordare affidabilità alla terminologia testimoniata dalle *Institutiones* di Giustiniano⁴⁴, la contrarietà della specifica pattuizione conclusa dalle parti alla *natura societatis* sembra evocare ambiti problematici connessi al rapporto tra autonomia privata e profili di ontologia del contratto tipico.

Franz Horak ha, al riguardo, precisato che anche la costruzione muciana della *natura societatis* va collocata tra gli «istituti condizionati culturalmente e che subiscono il divenire nel tempo, dai quali regole, effetti e conseguenze non possono essere deviati in base al punto di vista, ma essi stessi null'altro sono se non la somma di tali regole (presupposti e conseguenze giuridiche). Le regole giuridiche determinano l'istituto e non il contrario; e queste regole sono costruite da rappresentazioni di valore (dall'*aequum*), che dominano in una determinata società, ove per lo più nello stesso periodo storico può accendersi il più violento scontro su questioni fondamentali»⁴⁵.

⁴⁴ La critica interpolazionistica può sostanzialmente dividersi su due filoni interpretativi. Il primo, di meno presa all'interno degli odierni orientamenti di lettura delle fonti, teso a considerare non muciano la *natura societatis* delle Istituzioni, partendo dall'origine giustiniana del sintagma *natura contractus*; vd. per tutti G. ROTONDI, *Natura contractus*, in «BIDR», XXIV, 1911, 5 ss., in particolare 11 ss. Il secondo, che verrà preso in considerazione nei casi specifici, affronta invece i contenuti della *quaestio*, ipotizzando con soluzioni diversificate interventi giustiniani; vd. ad es. WIEACKER, *Societas*, cit., 264-265; BESELER, *Zu Gaius 3.149*, cit., 206.

⁴⁵ HORAK, *Rationes decidendi*, cit., 162: «kulturbedingte, dem zeitlichen Wechsel unterworfenen Einrichtungen, aus denen Regeln, Wirkungen und Folgen nicht durch Anschauung abgeleitet werden können, sondern die nichts anderes sind als eben die Summe dieser Regeln (Rechtsbedingungen und Rechtsfolgen). Die Rechtsregeln bestimmen das Institut und nicht umgekehrt; und diese Rechtsregeln werden gebildet von den Wertvorstellungen (dem ‚*aequum*‘), die in einer bestimmten Gesellschaft herrschen, wobei zumeist selbst in derselben geschichtlichen Periode der heftigste Streit über grundlegende Fragen entbrennen kann».

⁴⁶ Sul diverso rapporto tra diritto e tempo, vd. ora M. BRETONE, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Bari-Roma, 1996, in particolare 33 ss.

La collocazione di una categoria concettuale, come quella della 'natura' del contratto tipico, nel suo reale contesto di esperienza ne permette una comprensione più matura sul piano del significato che essa può avere nel suo rapporto con la storia. Tale rapporto, però, lungi dal dimostrarsi debole o senza contenuto, evidenzia al meglio la vischiosità al tempo di una struttura giuridica e le sue capacità di adattamento al divenire⁴⁶. Non è incredibile ed anzi mi pare perfettamente acconcio con un sapere giuridico caratterizzato dal momento intuitivo⁴⁷, che la fisionomia di una struttura giuridica come quella del contratto consensuale *iuris gentium* di *societas*, affermatasi nella concreta coscienza sociale venga sentita dai giuristi romani come espressione 'naturale' di quei rapporti⁴⁸.

Nel caso della *natura societatis* di Q. Mucio, bisogna però precisare a quale struttura giuridica si sta pensando. Credo che non si possa oggi più dubitare del fatto che il giurista repubblicano facesse riferimento alla *societas* consensuale di *ius gentium*⁴⁹. Una parte, anche corposa, della dottrina ha ritenuto che nella posizione intransigente di Q. Mucio (*contra naturam societatis*) echegiasse una dialettica tra le regole del *consortium ercto non cito* e quelle applicabili alla *societas* consensuale⁵⁰, su un punto che veniva a porre in discussione

⁴⁷ In rapporto al metodo di individuazione, da parte del giurista romano, di soluzioni di casi non dominabili con il patrimonio del diritto casistico esistente, evidenza tale momento, F. WIEACKER, *Vom römischen Recht*, Leipzig, 1944, 28 s.

⁴⁸ Cfr. quanto W. WALDSTEIN, *Entscheidungsgrundlagen der klassischen römischen Juristen*, in «ANRW», II.15, Berlin-New York, 1976, 3 ss., spec. 61 ss., dice rispetto alla *natura contractus* ed, in particolare, riguardo la *natura depositi* di Papiniano in D. 16, 3, 24 (su cui vd. *infra*): «der Begriff *depositum* ist nicht von den Juristen willkürlich definiert, sondern er entspricht einem in sich sinnvollen Lebensverhältnis, aus dem sich typische Zwecke und Begleitumstände ergeben. Darin liegt überhaupt der tiefere Grund des für uns nicht mehr verständlichen Typenzwanges im römischen Kontraktsrecht, daß die einzelnen Typen eben typischen Lebensverhältnissen angepaßt waren ...» (*ibid.*, 63).

⁴⁹ Mi riferisco in particolare alla superata ipotesi di F. KNIEP, *Gai institutionum commentarius tertius §§ 88-225 (Obligationenrecht). Text mit Erklärung und Anhängen*, Jena, 1917, 320, il quale pensava esclusivamente alla *communio*.

⁵⁰ Questo collegamento, che è frutto di uno sforzo di ricollocazione storica adeguata della *magna quaestio*, rappresenta il *Leitmotiv* del contributo in materia di WIEACKER, *Societas*, cit., 251 ss.

tale rapporto, sentito in termini di derivazione e resistenza. La regola radicata nella struttura originaria della *societas* sarebbe stata quella dell'eguaglianza delle quote di ripartizione degli utili tra *socci*, presumendo un eguale apporto nel conferimento (*si nihil de partibus lucri et damni nominatim convenerit, aequales scilicet partes et in lucro et in damno spectantur*; Inst. 3, 25, 1). Sappiamo, peraltro, dalle fonti, che un diseguale conferimento non produceva *in re ipsa* quote diseguali nella ripartizione degli utili, ma rendeva ammissibili *pacta*, proporzionalmente ai conferimenti diseguali, di ripartizione diseguale degli utili e delle perdite. Una tale regola è ricordata con chiarezza ancora in Ulp. 30 *ad Sab.* D. 17, 2, 29 pr., con un possibile momento di stabilizzazione già nei *tres libri iuris civilis* di Sabino⁵¹.

A mio avviso, però, in questa *regula* del *ius civile* in senso ampio (cioè includente il *ius gentium*) si rende tangibile la forza espansiva di una ripartizione eguale del saldo (attivo o passivo) della società, sorda a meccanismi di automatico adeguamento alle quote di conferimento, sì da imporre necessariamente uno specifico *pactum in continenti* tra le parti per modificarla. Questa resistenza della regola più antica si fonda sicuramente su una rigida posizione di eguaglianza formale dei soci in rapporto agli scopi perseguiti con la società, anche ingiusta rispetto al nostro modo di vedere i rapporti sociali, fortemente caratterizzato oggi da una eguaglianza proporzionale tra conferimento e partecipazione al lucro societario. In ogni caso, però, si deve evidenziare come una tale rigida prospettiva, condizionata da una concezione della società influenzata dal perseguimento di un comune godimento nel tempo, più che di perseguimento di un profitto connesso ad una singola operazione economica, non implica necessariamente una influenza esclusiva del *consortium* quale archetipo so-

⁵¹ Ulp. 30 *ad Sab.* D. 17, 2, 29 pr.: [Sab.] *Si non fuerint partes societati adiectae, aequas eas esse constat.* [Ulp.] *si vero placuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam, an valeat? placet valere, si modo aliquid plus contulit societati vel pecuniae vel operae vel cuiuscumque alterius rei causa.* Gai. 3, 150: *et illud certum est, si de partibus lucri et damni nihil inter eos convenerit, aequis ex partibus commodum et incommodum inter eos commune esse ...* Per la regola nei libri di Sabino vd. R. ASTOLFI, *I 'libri tres iuris civilis' di Sabino*, Padova, 2002, 130 s. Sul passo è persuasiva la lettura di SANTUCCI, *Il socio d'opera*, cit., 75 ss.

cietario⁵². Si potrebbe pensare anche alla influenza della funzione della *societas omnium bonorum* come società di godimento.

Il problema delle diseguali quote di conferimento doveva trovare, per altro, nella *societas unius negotiationis* maggiore ricorrenza. Oltre al problema delle diseguali quote di conferimento, si affaccia anche la necessità di prendere in esame ipotesi di società miste di lavoro e capitale. La giurisprudenza romana comincia a misurarsi con una prassi contrattuale che tende verso la validità di tali società. La risposta che emerge dalle fonti, mi sembra quella di una considerazione in termini patrimoniali dell'opera del socio d'industria⁵³.

Tutto ciò doveva, per altro, già essere emerso quando Quinto Mucio nega efficacia (*et ob id non esse ratam habendam*: Inst. 3, 25, 2) alla *pactio* con cui *aliam damni, aliam lucri partem socius ferat* (Paul. 6 *ad Sab.* D. 17, 2, 30). La questione che si pone quindi è quella se sia possibile prevedere pattizamente, al momento di conclusione della società, quote diverse di partecipazione ai guadagni e di sopportazione delle perdite (ad esempio Tizio 2/3 di partecipazione ai guadagni ed 1/3 di sopportazione delle perdite mentre Caio 1/3 di partecipazione ai guadagni e 2/3 di sopportazione delle perdite).

⁵² La dottrina è incline a proiettare l'archetipo del *consortium ercto non cito* sulla *societas* consensuale al fine di chiarire la posizione di Q. Mucio rispetto a Servio. Va però precisato che un tale collegamento, se esistente, può emergere soltanto una volta conclusasi l'analisi delle ragioni che possano aver portato Quinto Mucio a ritenere la *pactio de qua* contraria alla *natura societatis* e non *vice versa*. Contro un abuso di tale collegamento vd. già A. PERNICE, *Parerga I. Zum römischen Gesellschaftsvertrage*, in «ZSS(RA)», III, 1882, 48 ss. in particolare 95; e più in generale rispetto alla origine del contratto consensuale GUARINO, *Societas consensu contracta*, cit., 11 ss.

⁵³ Ciò però non significa che quello della valutazione patrimoniale dell'opera del socio, sia la ragione determinante il dissenso tra Quinto Mucio e Servio Sulpicio Rufo rispetto all'ammissibilità di una diversa ripartizione pattizia del lucro e delle perdite come vuole una parte della dottrina; vd. per tutti WIEACKER, *Societas*, cit., 261 ss.; con maggiore prudenza BONA, *Studi sulla società consensuale*, cit., 24 ss.; è significativo che, pur sviluppando questa ipotesi interpretativa, ma tenendo in debito conto la critica di Talamanca, SANTUCCI, *Il socio d'opera*, cit., 35 ss., giunga ad una conclusione non lontana dalla mia, ipotizzando che «Quinto Mucio negasse la differenziazione delle *partes lucri et damni* in capo ad uno stesso socio, argomentando dalla figura della *societas omnium bonorum* in quanto modello negoziale fondato sulla partecipazione dei soci con quote uguali» (*ibid.*, 80).

La *pactio de qua*, in effetti, intacca ad un livello più profondo la reciproca posizione dei soci nella società rispetto alla pattuizione di adeguamento ad una proporzionale eguaglianza delle quote di partecipazione agli utili o di sopportazione delle perdite in base alle posizioni di conferimento *ab origine* diseguali dei soci. Quest'ultima, infatti, coerente alle esigenze delle parti, non incrinava la regola di eguale condizione di trattamento dei soci, che attinge – se vogliamo ad un livello più profondo – all'ontologia dell'archetipo della *societas*, perché non determina mai posizioni privilegiate di un socio sugli altri⁵⁴.

Il *pactum* di ripartizione diseguale delle quote di lucro e di danno, sperequando le posizioni dei *socii*, finisce per portare nel contratto di società una regola a favore del socio d'opera, per evitare che questi sia obbligato a fare esborsi di capitale in caso di saldo netto passivo. È una strada che apre, dal punto di vista socio economico, grosse potenzialità allo schema societario, ma che intacca l'eguaglianza di posizioni dei soci. La regola di struttura viene, quindi, a misurarsi con la regola pattizia, determinando dinamiche interpretative e discussioni.

La posizione di Quinto Mucio è rigorosa nel ritenere che, quale essenziale regola del contratto di società, tale punto non fosse alterabile da accordi che volessero creare una posizione di privilegio per il socio d'industria, al quale probabilmente volevano evitarsi altresì le conseguenze infamanti del *iudicium pro socio*. Siamo all'interno di uno sforzo di enucleazione dello strato più profondo del tipo, il quale, più che dimostrarsi sordo alle alterazioni che l'autonomia induce, reagisce ad esse in chiave dinamica di resistenza. Siamo lontani dalla

⁵⁴ Ciò deve essere coordinato con quanto il Talamanca ha evidenziato, in critica alla ipotesi del Wieacker, sulle ragioni della *quaestio*. Per WIEACKER, *Societas*, cit., 263, infatti, sperequato sarebbe stato il socio d'industria impossibilitato a dedurre il valore del suo conferimento in opera. Per il Talamanca, invece, non sarebbe in alcun modo dimostrato che il saldo su cui calcolare l'utile o la perdita prevedesse in diritto romano una sicura deduzione dei conferimenti in *res*, mentre non sarebbe stata possibile la deduzione dei conferimenti in *opera* (TALAMANCA, *Costruzione giuridica e strutture sociali fino a Quinto Mucio*, cit., 24 ss.; ID., *La tipicità dei contratti romani*, cit., 70 ss.; ID., *Società*, cit., 835 ss.

costruzione diversificata tra *substantia* e *natura* della tradizione medievale.

È, d'altronde, significativo che questo nucleo sentito dal giurista quale essenziale e non alterabile della *societas* venga qualificato da Q. Mucio in termini di *natura societatis*. Qui affiora la forza di una costruzione che intende la individuazione dei tipi causali nel *ius gentium*, come la *societas*, in termini di riconoscimento di un movimento naturale, quasi organicistico del fenomeno, ben lontano sia dalle dottrine giusnaturalistiche dell'età moderna di una immutabile realtà del tipo contrattuale nel tempo, sia dalle dottrine normativistiche contemporanee sul necessario previo riconoscimento nel diritto obiettivo della figura negoziale tipica.

La critica di Servio Sulpicio per altro, data la complessità della tradizione che la coinvolge, evidenzia innanzitutto una certa verve polemica contro la costruzione di Quinto Mucio, tesa a stigmatizzarne aspetti di evidente incoerenza. Al riguardo, reputo fondamentale quanto risulta ancora nel commento *ad Sabinum* di Paolo (D. 17, 2, 30). Q. Mucio nel suo quattordicesimo libro *iuris civilis* avrebbe scritto che *non posse societatem coiri, ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat*, aggiungendo poi probabilmente quanto viene ricordato in Inst. 3, 25, 2, che una tale *pactio* sarebbe stata *contra naturam societatis ... et ob id non esse ratam habendam*.

Servio Sulpicio Rufo, nei suoi *notatae Scaevolae capita*, si diceva d'accordo con Quinto Mucio in quanto non era possibile concludere una società con una tale pattuizione, perché essa rifletteva un impossibile giuridico, *neque enim lucrum intellegitur nisi omni damno deducto, neque damni nisi omni lucro deducto*. Si percepisce qui una certa polemica tesa ad evidenziare, come ha riconosciuto Doneau, che «numquam enim eodem tempore potest ex eadem societatem simul esse damnum et lucrum»⁵⁵.

L'unico senso compiuto che per Servio può riconoscersi all'affermazione di Q. Mucio sarebbe quindi quella di ritenere che egli inten-

⁵⁵ H. DONELLI *Opera omnia. Commentariorum de iure civili tomus tertius*, ed. Maceratae, 1829, 920. Sulla esatta portata della critica di Servio in D. 17, 2, 30 vd. nel senso qui seguito anche VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, cit., 471 s.; POGGI, *Il contratto di società*, cit., II, 164 s.

desse il lucro dedotte le perdite, o il danno, scontati i guadagni. In questo caso, però, egli, a differenza del pontefice massimo, riconoscerebbe la piena efficacia del patto. È una soluzione quella di Servio che portata alle sue estreme conseguenze, come poi faranno Cassio e Sabino (Ulp. 30 *ad Sab.D.* 17, 2, 29, 1), permette di considerare efficace anche la pattuizione in base alla quale il socio d'industria partecipa agli utili senza sopportare le perdite (*ita coiri societatem posse, ut nullam partem damni alter sentiat, lucrum vero commune sit ...*), creando, sempre a favore del socio d'industria, un regime privilegiato di responsabilità limitata connessa alla sua partecipazione alla società. È chiaramente una apertura che allarga enormemente le potenzialità dello schema societario.

Il ruolo della preziosità dell'opera del socio privilegiato, secondo la linea interpretativa che si inaugura con Servio, non viene però assunto giuridicamente con medesimi effetti. Allo stato della documentazione in nostro possesso, infatti, nell'opzione interpretativa più favorevole al socio d'industria, quella in sostanza di Sabino e Cassio in D. 17, 2, 29, 1, la patrimonializzazione dell'opera sembra rivestire una condizione tecnica *ex post* per l'ammissibilità del *pactum*, quasi che ci si ponga in una prospettiva di liquidazione finale a saldo⁵⁶.

In I. 3, 25, 2 i.f., invece, sembrerebbe questo un punto non sindacabile in giudizio, ma rimesso esclusivamente alle parti in sede di conclusione del contratto. In Gai. 3, 149, le cose sembrano simili⁵⁷.

Infine, un punto ritengo si debba ancora affrontare. A differenza, infatti, di Q. Mucio, Servio non sembra dare l'impressione di voler coinvolgere aspetti strutturali della *societas*, come invece la *natura societatis* di Q. Mucio⁵⁸.

I valori ai quali sembra essersi rifatto Servio nel superamento della posizione di Q. Mucio sono l'*aequum* in Gai. 3, 149 ed il *iustum*

⁵⁶ BONA, *Studi sulla società consensuale*, cit., 31 s.; TALAMANCA, *Società*, cit., 837; con una certa prudenza SANTUCCI, *Il socio d'opera*, cit., 84 ss.

⁵⁷ BONA, *Studi sulla società consensuale*, cit., 31 s.; TALAMANCA, *Società*, cit., 837; SANTUCCI, *Il socio d'opera*, cit., 81 s. e 86.

⁵⁸ Puntualmente, si è evidenziato come «il pericolo di una superaffettazione dell'opera era immanente nella decisione serviana» (BONA, *Studi sulla società consensuale*, cit., 29).

in Inst. 3, 25, 2, sui quali si spinge l'enfasi qualora l'opera del socio d'industria sia stata valutata dalle parti *in coeunda societate* così preziosa o lo sia stata obiettivamente alla liquidazione da ammettersi come coerente alla struttura e alla funzione del contratto consensuale di *societas* una tale pattuizione.

Mi sembra che vi sia appena percettibile la forza di una regola in formazione nel processo formulare, che *pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis*, rispetto alla individuazione originaria del tipo causale nella dinamica dei rapporti di *ius gentium* come colta in un momento storico determinato.

Ritengo che la *ratio* sottesa al superamento della posizione di Quinto Mucio possa avere messo a frutto le potenzialità interpretative del *quidquid dare facere oportere ex fide bona* del *iudicium pro socio* in relazione alla inclusione nel contenuto del contratto dei *pacta in continenti*. Voglio dire cioè che la posizione più elastica di Servio potrebbe aver valorizzato una dialettica costruttiva tra *pacta* dei soci conclusi *in continenti* e *bona fides*.

Qualcosa di simile si fa evidente in Proculo in materia di arbitraggio secondo il modello del *bonus vir* nella sequenza D. 17, 2, 76; 78 e 79⁵⁹. In quel contesto, Proculo, come momento espressivo della *quaestio* propositagli⁶⁰, parla di uno *ius societatis* che misura la congruità dell'arbitraggio del terzo, qualora nella sua concretizzazione il terzo abbia sperequato le parti di lucro e di danno tra i soci. Sembra

⁵⁹ Proc. 5 *epist.* D. 17, 2, 76: *societatem mecum coisti ea condicione, ut Nerva amicus communis partes societatis constitueret: Nerva constituit, ut tu ex triente socius esses, ego ex besse: quaeris, utrum ratum id iure societatis sit, an nihilo minus ex aequis partibus socii simus*; 78: *in proposita autem quaestione arbitrium viri boni existimo sequendum esse, eo magis quod iudicium pro socio bonae fidei est*; 80: *Quid enim si Nerva constituisset ut alter ex millesima parte, alter ex [duo] <undemille> millesimis partibus socius esset? illud potest conveniens esse viri boni arbitrio, ut non utique ex aequis partibus socii simus, veluti si alter plus operae industriae gratiae pecuniae in societatem collaturus erat.* Sulla catena di testi vd. per tutti F. GALLO, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, in *Studi G. Grosso*, III, Torino, 1970, 477 ss.; TALAMANCA, *Società*, cit., 838 nt. 263; SANTUCCI, *Il socio d'opera*, cit., 62 ss.; V. MANNINO, *Brevi notazioni a margine dell'arbitrato 'boni viri'*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva*, cit., II, 425 ss.

⁶⁰ Il punto non è irrilevante in quanto si discute se si tratti di una *quaestio* di scuola; in questo senso GALLO, *La dottrina di Proculo*, cit., 506 nt. 69.

quasi che la mancata determinazione, *in coeunda societate*, delle parti di lucro e di danno, con la loro rimessione all'arbitraggio del terzo, possa venire intesa come necessaria applicazione della regola tipica dell'eguaglianza delle quote. Sul punto Proculo viene però a correggere il proponente⁶¹, precisando che la *quaestio* va esaminata non tanto in una prospettiva di conflitto tra *ius societatis* e determinazione iniqua del terzo, quanto in una prospettiva di classificazione dell'arbitraggio *de quo* come *arbitrium boni viri*, al di là della determinazione del nominativo concreto del terzo⁶².

Ius societatis viene quindi ad evocare l'ambito di regole tipiche che in assenza di pattuizioni sul punto si sarebbero applicate, cioè appunto la regola dell'eguaglianza delle quote di ripartizione⁶³.

In questa sede, si deve accentuare come la possibilità di riformare la determinazione delle quote per arbitraggio è fondata da Proculo e poi da Paolo in D. 17, 2, 79 sulla natura di buona fede dell'azione *pro socio*. Soltanto se i conferimenti fossero stati diseguali, al di là dello loro natura, poteva accettarsi una determinazione del terzo di quote diseguali.

L'immagine di un *ius societatis* come qualificante l'ambito tipico delle regole proprie del contratto di *societas* evidenzia una prospettiva diversa dal *natura societatis* di Q.Mucio Scevola, dove la lettura dei contenuti sedimentatisi nel contratto di *societas* non si orienta tanto verso una sua valutazione di costruzione naturale, quanto preferisce individuare questa sfera di contenuto in termini di *ius societatis*.

4. *Pacta adiecta in continenti e resistenza del tipo nei giuristi tardorepubblicani e di inizio principato: alcuni esempi.*

In materia di *pacta conventa* conclusi *in continenti* a contratti consensuali, le fonti ricordano alcuni pareri di giuristi tardorepubblicani e di inizio principato che evidenziano, pur senza incedere in co-

⁶¹ TALAMANCA, *Società*, cit., 838 nt. 263.

⁶² Vd. G. GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*³, Torino, 1966, 99 s.

⁶³ GALLO, *La dottrina di Proculo*, cit., 506 s.; SANTUCCI, *Il socio d'opera*, cit., 65 e nt. 72.

struzioni dogmatizzanti, di risolvere questioni concrete poste dalla dialettica tra particolari convenzioni e tipo contrattuale.

Alfeno Varo (3 *dig. a Paul. epit.* D. 19, 2, 30, 4)⁶⁴ evidenzia momenti di fluida determinazione di un materiale che si può collegare al contratto tipico attraverso la pattuizione delle parti⁶⁵. Il patto non concretizza agli occhi del giurista la maturazione di una regola nuova nel tipo, ma anzi il voluto specifico delle parti sembra essere forzato dentro quella che il giurista considera la regola tipica in materia, al di là della sua effettiva sedimentazione nel tipo.

Il *pactum in continenti* col quale il colono si sia impegnato a *reddere* integra la villa rustica locata, fatti salvi i danni derivanti da *vis* e da *vetustas*, dà forma da un lato ad una delle prestazioni del conduttore⁶⁶, e d'altro lato viene a modellarne i limiti eccettuando ipotesi che erano radicate nella prassi negoziale fin dai formulari catoniani (*vetustas*) o ben evidenziate già nella *interpretatio* di Servio Sulpicio Rufo nel parere ricordato in D. 19, 2, 15, 2 (*vis*), sebbene all'interno della distinzione tra *vis cui resisti non potest* a carico del locatore e *vitia quae ex ipsa re oriuntur* a carico del colono. La riconduzione del significato della clausola a quello che doveva essere la concreta gestione della problematica secondo la regola di Servio Sulpicio viene fondata da Alfeno Varo su una presunta volontà comune delle parti (*utrosque excipere voluisse*). Ciò potrebbe avere ai nostri occhi un significato profondamente diverso da quello che invece Alfeno vuole riconoscergli: non tanto una prevalenza della volontà delle parti che diviene,

⁶⁴ Alf. 3 *dig. a Paul. epit.* D. 19, 2, 30, 4: *colonus villam hac lege acceperat, ut incorruptam redderet praeter vim et vetustatem: coloni servus villam incendit non fortuito casu. non videri eam vim exceptam respondit nec id pactum esse, ut, si aliquis domesticus eam incendisset, ne praestaret, sed extrariam vim utrosque excipere voluisse.*

⁶⁵ Sul passo, oltre alla bibliografia richiamata nel mio *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, Milano, 1995, 257 n. 76; vd. F. STURM, *Il pactum e le sue molteplici applicazioni*, in AA.VV., *Contractus et pactum*, cit., 149 ss., in particolare 169 s.; FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 96 ss.; BISCOTTI, *Dal 'pacere' ai 'pacta conventa'*, cit., 370 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Remissio mercedis*, Napoli, 2005, 30 ss.

⁶⁶ Sulla costruzione di L. AMIRANTE, *Ricerche in tema di locazione*, in «BIDR», LXII, 1959, 9 ss., ed in particolare sulla natura del *reddere* di prestazione fondamentale del conduttore e per un suo convincente superamento vd. FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 3 s., 10 e 285 ss.

sebbene in chiave di presunzione, la via per riconoscere il significato radicato di *vis* nel contratto concluso, ma la prevalenza che la regola della *vis* come accollata al locatore viene ad avere rispetto al patto che provi a ridisegnarne i contorni. In sostanza, nell'*interpretatio* del giurista repubblicano il *pactum* inciderebbe labilmente sulla sostanza della regola in materia⁶⁷.

Labeone, secondo quanto risulta da un suo parere raccolto poi nei *posteriores* del giurista, ora in D. 18, 1, 80, 3⁶⁸, nega essere compravendita quella nella quale le parti abbiano convenuto che il *dominium* della *res vendita ne ad emptorem transeat*. Qui la particolare convenzione conclusa tra le parti, agli occhi del giurista augusteo, «snaturerebbe il contratto di compravendita, che per la sua indiscutibile funzione economica tende a che il diritto del compratore si affermi sopra la cosa, sia pure mediante l'opera del tempo, decisamente»⁶⁹. L'accentuazione del profilo funzionale su quello strutturale,

⁶⁷ In CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare'*, cit., 257 ss. ho prestato maggiormente attenzione allo sforzo interpretativo del giurista sulla *lex contractus*, accentuando il tenore della stessa. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Remissio mercedis*, cit., 31 s., approfondisce ora il senso della clausola negoziale rispetto alle regole in materia, quanto meno da Servio Sulpicio in poi, propendendo per una duplice possibile spiegazione: la *lex* sarebbe l'indizio di «pratiche negoziali su cui si è venuta costruendo una generale disciplina del contratto che, per la sua stessa esistenza le ha obliterate»; o invece sarebbe «precedente (ed allora assolutamente necessaria) al pieno riconoscimento dell'esonero dal pagamento del prezzo per il conduttore in caso di *vis maior*». Propongo una ulteriore opzione interpretativa: sia il *pactum* che la regola serviana sono il sintomo che la problematica doveva trovare una adeguata soluzione. Non sarei però sicuro nel ritenere che le due strade, quantomeno nella prospettiva dei giuristi tardorepubblicani, si siano necessariamente intersecate, vuoi su un piano storico-temporale, vuoi su un piano di tipizzazione in regola di prassi negoziali. L'atteggiamento di Alfeno, al quale non possiamo addebitare l'ignoranza della regola del suo maestro Servio Sulpicio, è, da un lato, quello di intendere nella sostanza il *pactum* secondo il significato della nozione serviana di *vis* e, d'altro lato, quello di giustificare l'*interpretatio* così realizzata in termini di comune volontà delle parti.

⁶⁸ Lab. 5 *post. a lav. epit.* D. 18, 1, 80, 3: *nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emptorem transeat, sed hoc aut locatio est aut aliud genus contractus*.

⁶⁹ Così V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, I², Napoli, 1987 (rist.), 163; anche TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani*, cit., 103 nt. 261, parla del «verificarsi o meno del trasferimento definitivo della pacifica disponibilità della cosa»; lo stesso Autore parla rispetto all'ipotesi di D. 18, 1, 80, 3 di pattuizione *contra naturam contractus* (*La bona fides nei giuristi romani*, cit., 70 nt. 210). Anche

ben colto in dottrina, potrebbe essere stato privilegiato dallo stesso giurista augusteo, che non esplicita concettualmente la *ratio* del responso su categorie che coinvolgono profili di struttura del contratto.

Anche nel caso in cui, nel concludere una compravendita del raccolto *in herbis*, il venditore abbia assunto la particolare garanzia degli accadimenti dovuti a *vis aut tempestas* (D. 18, 1, 78, 3)⁷⁰, gli effetti concreti della *lex contractus* vengono ridimensionati entro un contesto nel quale il patto si misura con la regola del *periculum emptoris*, emergendo per Labeone come inderogabile quanto meno la spettanza all'acquirente delle conseguenze dei cd. casi fortuiti ordinari.

In questi pareri ed in queste soluzioni, tutte riportabili a giuristi della tarda Repubblica e di inizio Principato, il tipo sembra sentito come *quid* di difficile erosione anche da *pacta* delle parti contraenti espressi *in continenti*. Si vaglia con attenzione la portata della clausola negoziale apposta contestualmente alla conclusione del contratto con le normali regole dello stesso. I giuristi sembrano orientati a privilegiare i valori che il tipo sintetizza attraverso le regole in esso sedimentate, piuttosto che dare tutela incondizionata alla pattuizione *in concreto* conclusa *in continenti*. La distanza con la teoria dei *pacta* di età severiana mi sembra molto marcata.

In un contesto di esperienza come quello a cavaliere dell'era cristiana, nel quale il conflitto tra tipo e spinte socio-economiche assume una più vivace tensione⁷¹, Servio, Alfeno e Labeone sembrano

F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, I, Torino, 1992, 176, accentua l'importanza della funzione tipica della compravendita: «la negazione dell'esistenza della compravendita è precisamente dovuta all'individuazione della funzione della stessa nella definitiva attribuzione al compratore della disponibilità della cosa che ne forma oggetto; definitiva attribuzione che è contraddetta dall'esclusione del passaggio di proprietà».

⁷⁰ Lab. 4 post. a Iav. epit. D. 18, 1, 78, 3: *frumenta quae in herbis erant cum vendidisses, dixisti te, si quid vi aut tempestate factum esset, praestaturum: ea frumenta nives corruperunt: si immoderatae fuerunt et contra consuetudinem tempestatis, agi tecum ex empto poterit*. Sul passo, rimando a quanto detto in *L'obbligazione di 'praestare'*, cit., 333 s.; a cui *adde* FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 97 e nt. 120.

⁷¹ Per tutti TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani*, cit., 35 ss., che nelle conclusioni parla di «chiusura del sistema dei contratti tipici» che comincerebbe «ad essere sempre più rigorosa nel corso del I sec. a.C. in collegamento con lo sviluppo di una riflessione sistematica su tale materia ...».

orientare la loro attività rispondente a letture poco sensibili ad un adeguamento del tipo alla volontà delle parti, per lo più, invece, orientate a verificare con rigore i *pacta adiecta in continenti*, rispetto al modello di valori di cui il contratto tipico è, ai loro occhi, momento di sintesi.

La trama dei tipi contrattuali è sentita cioè come un elemento forte del sistema; nelle maglie di tale trama l'autonomia pattizia dei privati è costantemente vagliata e non *in re ipsa* considerata portatrice di valori privilegiati rispetto a quelli rappresentati dal tipo. La distanza con le costruzioni dei giuristi severiani, come vedremo, è notevole.

5. *Pacta adiecta e forma mandati in Giuvenzio Celso (D. 17, 1, 48, 2).*

In una testimonianza di Celso tratta dai suoi *Digesta* compare per la prima volta – per quanto ho potuto verificare – il segno *forma* per qualificare il contenuto tipico di un contratto, in particolare di un mandato.

Cels. 7 *dig.* D. 17, 1, 48, 1: *Cum mando tibi, ut credendo pecuniam negotium mihi geras mihi que id nomen praestes, meum in eo periculum, meum emolumentum sit, puto mandatam posse consistere.* 2. *Ceterum ut tibi negotium geras, tui arbitrii sit nomen, id est ut cuivis credas, tu recipias usuras, periculum dumtaxat ad me pertineat, iam extra mandati formam est, quemadmodum si mandem, ut [mihi] <tibi> quemvis fundum emas⁷².*

⁷² Sul passo vd. A. VON THUR, *Actio de in rem verso. Zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Geschäftsführung*, Freiburg in Br., 1895 (rist. Aalen, 1970), 20 nt. 3; RONDONI, *Natura contractus*, cit., 35; G. VON BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, I, Tübingen, 1910, 84 s.; G. BORTOLUCCI, *Il mandato di credito*, in «BIDR», XXVII, 1914, 129 ss., in particolare 161 ss.; G. SEGRÈ, *Studi sul concetto del negozio giuridico nel diritto romano e nel nuovo diritto germanico*, in «RISG», XXVIII, 1899, 161 ss.; XXIX, 1900, 1 ss. = *Scritti giuridici*, Cortona, 1930 (rist. Torino, 1973), I, 193 ss., in particolare 270 ss.; G. DONATUTI, *Mandato incerto*, in «BIDR», XXXIII, 1923, 168 ss. = *Studi di diritto romano*, Milano, 1976, 159 ss., in particolare, 174 s.; A. LAST, *Zur Lehre vom Kreditauftrag, vom Rate, der Empfehlung und der Auskunft*, in «Annali Palermo», XV, 1936, 237 ss., in particolare 283 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, Napoli, 1965 (rist.), 113 s., 124 ss.; A. BURDESE, *Mandatam*

Celso verifica l'ammissibilità di un *mandatum pecuniae credenda* in base al criterio dell'«interesse» del mandatario. Il limite inderogabile della inconfigurabilità di un contratto di mandato nei casi di esclusivo interesse dell'incaricato (*tua gratia*), viene pesato dal giurista adrianeo a fronte di una serie di specifiche pattuizioni delle parti.

Nella prima ipotesi (§ 1), *Ego* dà incarico a *Tu* di prestare una somma di danaro con l'impegno di assumersene la titolarità effettiva⁷³, spettando al mandante *Ego* sia l'*emolumentum* che il *periculum* dell'operazione creditizia⁷⁴. Celso non ha dubbi nel riconoscere la

mea aliena tua gratia, in *Studi V. Arangio-Ruiz*, Napoli, s.d., 219 ss., in particolare 226 ss.; A. WATSON, *Contract of Mandate in Roman Law*, Oxford, 1961 (rist. Aalen, 1984), 96 ss.; 121-124; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di lezioni*. I. *Le garanzie personali*, Padova, 1962, 205 ss., 210 ss.; GROSSO, *Obbligazioni*³, cit., 141; B. SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln. Versuch einer Typologie*, Köln-Wien, 1970, 51 e nt. 15; N. SCAPINI, *Appunti per la storia del mandatum incertum*, in *Studi G. Donatuti*, III, Milano, 1973, 1195 ss., in particolare 1215 ss.; W. LITEWSKI, *Interesse des Auftraggebers, des Dritten und des Beauftragten*, in «BIDR», LXXVIII, 1975, 193 ss., in particolare 208 ss.; M. BRUTTI, *Mediazione. a) Profili storici e dottrinali*, in «ED», XXVI, 1976, 12 ss., in particolare 17 s.; ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., 421 s. e nt. 69; O. BEHREND, *Die 'bona fides' im 'mandatum'*, in M. J. SCHERMAIER - Z. VÉGH (Hrsg.), *'Ars boni et aequi'. Festschrift W. Waldstein*, Stuttgart, 1993, 33 ss., in particolare 45 nt. 29; D. NÖRR, *Mandatum, fides, amicitia*, in D. NÖRR - S. NISHIMURA (Hrsg.), *Mandatum und Verwandtes. Beiträge zum römischen und modernen Recht*, Berlin, 1993, 36 s. e ntt. 106 e 108; J. G. WOLF, *Haftungsübernahme durch Auftrag? Eine Urkunde aus dem Jahre 48 n.Chr.*, in NÖRR - NISHIMURA (Hrsg.), *Mandatum und Verwandtes*, cit., 69 ss., in particolare 70 e ntt. 6 e 10; J.H. MICHEL, *Gaius et le mandat mea, tua ou aliena gratia*, in «RIDA», III^e s., XLIV, 1997, 293 ss., in particolare 304; S. RANDAZZO, *Mandare. Radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Milano, 2005, 188 ss., 221 ss.; J. WACKE, *Papinians Gutachten zur culpa in exigendo und zum derivativen Regreß mittels Klagenzession*, in «ZSS(RA)», CXXIV, 2007, 113 ss., in particolare 128 s. e nt. 51

⁷³ Questo il senso del *mihique id nomen praestes*, che a fronte dell'intrasferibilità dell'obbligazione (Gai. 2, 38), opera in termini di *novatio* soggettiva del lato attivo realizzata con un'*obligatio verbis contracta* ovvero una procura *ad litem in rem suam* del cessionario (Gai. 2, 39); sul punto W. ROZWADOWSKI, *Studi sul trasferimento dei crediti in diritto romano*, in «BIDR», LXXVI, 1973, 11 ss.

⁷⁴ È stato autorevolmente precisato (BRUTTI, *Mediazione*, cit., 17 e nt. 14) che il criterio di spettanza al mandante sia del *periculum* che dell'*emolumentum*, che in D. 17, 1, 48, 1-2 è il criterio fondante l'esistenza o l'esclusione del mandato, si muove su un piano diverso da quello che aveva contraddistinto il *ius controversum* tra Servio Sulpicio e Sabino, ricordato in Gai. 3, 155-156, e che invece sembra coerente ad al-

configurabilità del mandato, ponendosi così perfettamente in linea con l'interpretazione dinamica del *gratia* emersa da Sabino in poi (Gai. 2 rer. cott. D. 17, 1, 2, 4-6)⁷⁵, non più limitata, come ancora in Servio (Gai. 3, 156), ad una «rigorosa concezione di questo contratto come gestione di affari altrui», ma proiettata, nell'esame sostanziale delle clausole contrattuali, ad individuare «l'interesse perseguito dal mandante nel conferire l'incarico»⁷⁶.

Nel caso del mandato di credito emergono, d'altronde, nel *ius controversum* in materia, indici diversi della riconoscibilità di un interesse della persona che esorta qualcuno al prestito nei confronti del terzo⁷⁷.

Da una parte, vi è un filone che coglie nell'indicazione specifica del nome del destinatario del credito e nella previsione di *usurae* gli indici di un concorrente interesse del terzo o del terzo e del mandatario (*aliena gratia; tua et aliena gratia*; Gai. 2 rer. cott. D. 17, 1, 2, 5). Questa prospettiva è ben presente a Celso, secondo quanto riferisce Ulpiano in D. 17, 1, 6, 4⁷⁸.

Dall'altra parte, nel verificare l'esistenza di un interesse del mandante, non ci si limita a verificare l'eventuale coinvolgimento del suo patrimonio, a titolo di garanzia, voluto dalle parti, ma si approfondi-

tro parere di Celso, ora in Ulp. 31 ad ed. D. 17, 1, 6, 4. Ciò è particolarmente rilevante per pesare la genuinità dell'*id est cuivis credas* del § 1, come interpretazione del *tui arbitrii sit nomen*. Sul punto vd. *infra*.

⁷⁵ Gai. 2 rer. cott. D. 17, 1, 2, 4: *tua et mea, veluti si mandem tibi, ut sub usuris crederes ei, qui in rem meam mutuaretur*. 5. *Tua et aliena, veluti si tibi mandem, ut Titio sub usuris crederes: quod si, ut sine usuris crederes, aliena gratia tantum intervenit mandatum*. 6. *Tua autem gratia intervenit mandatum, veluti si mandem tibi, ut pecunias tua potius in emptiones praediorum colloques quam faenerares, vel ex diverso ut faeneres potius quam in emptionem praediorum colloques: cuius generis mandatum magis consilium est quam mandatum et ob id non est obligatorium, quia nemo ex consilio obligatur, etiamsi non expediat ei cui datur, quia liberum est cuique apud se explorare, an expediat sibi consilium*.

⁷⁶ Fondamentale TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani*, cit., 72 ss.

⁷⁷ Puntuale BRUTTI, *Mediazione*, cit., 17 e nt. 14.

⁷⁸ Ulp. 31 ad ed. D. 17, 1, 6, 4: *si tibi mandavero quod mea non intererat, veluti ut pro Seio intervenias vel ut Titio credas, erit mihi tecum mandati actio, ut Celsus libro septimo digestorum scribit, et ego tibi sum obligatus*.

sce il concreto assetto di interessi secondo elementi obiettivi dell'incarico negoziale⁷⁹, come appunto l'assunzione del *periculum* del buon esito del credito da parte di chi esorta altri al prestito⁸⁰.

Tale assunzione pattizia di *periculum*, che indubbiamente dimostra la volontà di coinvolgimento eventuale del patrimonio di *Ego* a garanzia del buon esito del prestito fatto da *Tu*, non è ritenuta da Celso indice sufficiente di 'giuridicizzazione' in termini di contratto di mandato dell'esortazione a prestare il proprio denaro⁸¹. L'assunzione di garanzia, infatti, non può prescindere per Celso da un concorrente vantaggio di *Ego* nell'operazione (in particolare la spettanza delle *usurae*)⁸², affinché essa divenga adeguato indice di un interesse della parte (*mea et tua gratia*).

Nel parere di Celso, ora, in D. 17, 1, 48, 1 e 2, la seconda prospettiva sembra predominare, salvo poi intrecciarsi nell'inciso *tui ar-*

⁷⁹ Non condivido quindi la tendenza a sciogliere la contraddizione tra i due passi in termini di concezioni diversificate su piani temporali diversi, come una parte della critica interpolazionistica ha ritenuto, optando poi per la prevalenza di un testo sull'altro; ad es. per la genuinità – salvo alcune frasi – di D. 17, 1, 48, 1-2 rispetto a D. 17, 1, 6, 4-5 propendeva già BORTOLUCCI, *Il mandato di credito*, cit., 165 s.; così anche ARANGIO-RUIZ, *Il mandato*, cit., 125 ss.; ancora fortemente condizionato da queste interpretazioni mi sembra ora RANDAZZO, *Mandare*, cit., 221 ss.; di rapporto «schwer erklärlich» parla anche WACKE, *Culpa in exigendo*, cit., 129 nt. 51 (segue). Condivido, invece, le letture che tendono ad individuare elementi delle due fattispecie non coincidenti, in quanto l'ipotesi di D. 17, 1, 6, 4, nella quale si richiama Celso, attiene ad un mandato '*ut Titio credas*', mentre diversa sarebbe appunto l'ipotesi presa in esame in D. 17, 1, 48, 2; vd. puntualmente BURDESE, *Mandatum mea aliena tua gratia*, cit., 227 s. e LITEWSKI, *Interesse des Auftraggebers*, cit., 212.

⁸⁰ Per questo significato del termine vd. G. MACCORMACK, *Periculum*, in «ZSS(RA)», XCVI, 1979, 129 ss., in particolare 148. Per un eguale significato vd. anche Lab. in Ulp. D. 17, 1, 10, 8.

⁸¹ Direi che qui Celso sviluppa il suo parere non muovendo da una rilevanza del *pactum adiectum in continenti* al mandato tutelato con *iudicia bonae fidei*, ma è ancora su un piano – per così dire – di più alto profilo, cioè di possibile 'giuridicizzazione' del consiglio/esortazione dato da *Ego* a *Tu*.

⁸² Criterio questo che interagisce peraltro con le soluzioni del problema nei negozi di gestione e con la regola *commodum eius esse debet cuius periculum est*; sul punto mi si permetta di rimandare al mio *Il 'periculum' e le 'usurae' nei giudizi di buona fede*, in S. TAFARO (a cura di), *L'usura ieri ed oggi*, Bari, 1997, 13 ss. Per una rilettura approfondita della questione in materia di *negotiorum gestio* vd. ora G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio. II.2. Obbligazioni gravanti sul gestore e sul gerito e responsabilità*, Cassino, 2006, 110 ss.

bitrii sit nomen, id est ut cuivis credas con la prima⁸³. L'esclusivo interesse di *Tu* sarebbe diretta conseguenza della sua piena autonomia nella gestione del credito, sufficientemente descritta nella successione *tibi negotium geras, tui arbitrii sit nomen, [...] tu recipias usuras*. V'è da dire che il fatto, indiscusso, che le parti nel caso previsto nel § 2 avessero comunque pattuito *in continenti* che *Ego* assumesse il rischio dell'operazione creditizia, pur non traendone alcun vantaggio palese, non sembra porre Celso di fronte ad una difficoltà di nessun tipo.

L'assunzione pattizia di *Ego* dei pericoli del prestito posta in essere da *Tu* non riesce da sola a concretizzare un concorrente interesse, seppur soggettivo e, ad es., connesso alla *amicitia* di *Ego* con *Tu*⁸⁴, e non impedisce a Celso di concludere per un negozio che è *extra formam mandati*.

Echeggia in *forma* la fisionomia tipica del mandato e la tenuta di questa anche a fronte di un incarico che, pur coinvolgendo senza dubbio il patrimonio del mandante nell'operazione, si atteggia sostanzialmente, sul piano degli interessi effettivamente coinvolti, come un *mandatum* esclusivamente nell'interesse del mandatario (*tua gratia*), senza che sia rinvenibile un concorrente interesse del mandante (*mea et tua gratia*) o del terzo (*tua et aliena gratia*).

Le dinamiche coinvolte nei negozi di credito e nel grande potenziale insito nel mandato di credito⁸⁵ forza, attraverso la spinta delle

⁸³ Vd. per i dubbi sostanziali *supra*, nt. 79. Bisogna, infatti, tenere conto che il criterio del *periculum* (che non può sganciarsi dalla spettanza degli utili) è inerente l'individuazione di un concorrente interesse di *Ego* (*mea et aliena gratia* o *mea et tua gratia*). Con la precisazione, limitata al significato del *tui arbitrii sit nomen*, Celso – che ben conosceva la disputa in materia – vuole forse escludere *a priori* l'indagine proposta, qualora nella *conventio* originaria *Ego* avesse indicato a *Tu* il beneficiario del prestito. In tal modo, infatti, la configurabilità del mandato sarebbe stata riconosciuta per il sicuro interesse del terzo (*aliena gratia*), col quale poteva concorrere l'interesse del mandante o del mandatario a seconda del criterio di spettanza delle *usurae*. Potrebbe quindi non essere necessario espungere l'*ut cuivis credas*, come parte della dottrina ha ipotizzato anche in considerazione della dottrina bizantina sul mandato incerto; vd. per tutti DONATUTI, *Mandato incerto*, cit., 175.

⁸⁴ Richiama un interesse del mandante di natura affettiva BEHRENDTS, *Die bona fides im mandatum*, cit., 45 nt. 29. Fondamentale ora sul rapporto tra mandato e *amicitia*, NÖRR, *Mandatum, fides, amicitia*, cit., 20 ss.

⁸⁵ Su cui emerge su tutte la funzione di garanzia; vd. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, cit., I, 199 ss.

particolari pattuizioni delle parti, l'ambito più profondo della struttura del contratto di mandato, ponendo in evidenza il ruolo del tipo e la sua resistenza.

Dal punto di vista dello sforzo concettuale di cogliere il rapporto tra tipo e pattuizioni modificative del contenuto tipico, Celso fa uso di una qualificazione diversa e, dal punto di vista della ontologia antica, di grande risonanza filosofica⁸⁶, preferendo *forma* a *natura*. Mi sembra si debba sottolineare questa diversa indicazione⁸⁷, che evoca momenti complessi di una riflessione sulle strutture giuridiche dei contratti causali. Sembra che a differenza di *natura*, *forma* privilegi aspetti contenutistici precettivi⁸⁸ individuabili in un certo momento storico nel contenuto tipico del processo di giuridicizzazione del mandato, senza rileggerne l'esistenza in chiave di derivazione naturalistica o addirittura organicistica⁸⁹.

6. *Il 'contra iuris forma' in un parere di Pomponio in materia di pacta adiecta ad un deposito (D. 2, 14, 7, 15).*

La costruzione di Celso di una *forma mandati* può essere messa a confronto con una anonima concezione, respinta da Pomponio in

⁸⁶ Per i problemi connessi al complesso rapporto tra ὕλη, οὐσία, εἶδος e φύσις, vd. M. SCHERMAIER, *Materia. Beiträge zur Frage der Naturphilosophie im klassischen römischen Recht*, Wien-Köln-Weimar, 1992, 59 ss. (sull'ontologia platonica); 64 ss. (su Aristotele); 78 ss. (Epicuro); 80 ss. (prima Stoa); 92 ss. (accademia); 95 ss. (scuola peripatetica); 100 ss. (scuola epicurea); 102 ss. (seconda Stoa). Vd. altresì quanto dice M. BREONE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Roma-Bari, 1998, 71 ss.

⁸⁷ Da segnalare, insieme alla rilevata reinterpretazione dell'*extra mandati formam* di Celso in D. 17, 1, 48, 2 in termini di ὑπερ τὴν φύσιν ἐστὶ ἐντολῆς nel testo ora in B. 14, 1, 48 (ROTONDI, *Natura contractus*, cit., 35), la corretta terminologia presente nello scolio di Stefano (ὑπερβαίνει τοῦτο τοῦ μανδάτι τὸν τύπον).

⁸⁸ Così ad es. SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln*, cit., 51 (da leggersi insieme a nt. 15) parla di «Inbegriff der zwingenden Vorschriften» che costruiscono il contratto.

⁸⁹ Al riguardo proprio il mandato sembra suggerire riflessioni di grande suggestione, come appunto quelle evocate da NÖRR, *Mandatum, fides, amicitia*, cit., 36 s. e nt. 108, il quale si è domandato, anche in base al passo qui esaminato: «ist es ein Spezifikum römischer *amicitia* und damit römischer Mentalität, die nach Normensicherheit suchte, daß man sich nicht mehr auf die Mechanismen sozialer Kontrolle

un passo di Ulpiano in materia di patti di aggravamento del normale *praestare* del depositario:

Ulp. 4 *ad ed.* D. 2, 14, 7, 15: *Sed et si quis paciscatur, ne depositi agat, secundum Pomponium valet pactum. item si quis pactus sit, ut ex causa depositi omne periculum praestet, Pomponius ait pactionem valere nec quasi contra iuris formam factam non esse servandam.*

Secondo quanto ricorda Ulpiano nel suo commentario all'editto *de pactis*, Pomponio sosteneva la validità del *pactum adiectum in continenti* (arg. ex *pactus sit*)⁹⁰ col quale il depositario assume l'*omne periculum praestare*. Tale pattuizione era modificativa del regime della responsabilità tipica del depositario, che di regola si limitava al *dolum praestare* (Ulp. 29 *ad Sab.* D. 50, 17, 23), e talvolta poteva spingersi per ragioni peculiari fino al *culpam praestare* (vd. Ulp. 30 *ad ed.* D. 16, 3, 1, 6). L'ammissibilità di un patto col quale il depositario garantisse e rispondesse al deponente dell'*omne periculum* sembra essere per Ulpiano cosa acquisita (D. 16, 3, 1, 35)⁹¹. Essa assume significato rispetto sia al contesto nel quale Pomponio viene richiamato nel commento ulpiano all'Editto *de pactis*, sia alla controargomentazione che ancora echeggia in Pomponio stesso (*Pomponius ait pactionem valere nec quasi contra iuris formam factam non esse servandam*).

Il contesto ulpiano è quello di commento all'editto *de pactis*, ed in particolare della tutelabilità pretoria dei *pacta* che non contrastino con leggi plebisciti senatoconsulti decreti ed editti dei principi (4 *ad ed.* D. 2, 14, 7, 7: *Ait praetor: 'Pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges plebis scita senatus consulta decreta edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo'*)⁹².

verließ, sondern die *officia* aus den Freundschaftsverhältnissen weitgehend juridifizierte? Oder ist es ein Zeichen juristischer Kompetenz, daß die Römer mit dieser Juridifizierung eine Aufgabe lösten, zu deren Lösung andere Rechtsordnungen (etwas des griechischen Bereichs) nicht in der Lage waren?».

⁹⁰ Così esattamente G. GROSSO, *Efficacia dei patti nei 'bonae fidei iudicia'. Patti e contratti*, Torino, 1928, 20 s.

⁹¹ Sul punto, mi si permetta di richiamare quanto dico in *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale*, cit., 469 ss.

La diversa opzione interpretativa che la testimonianza ricorda, superata dall'autorità di Pomponio, negava valore alla pattuizione *de omni periculo praestando* del depositario in base ad una sua presunta contrarietà alla *iuris forma*.

Con tale sintagma può evocarsi o il contenuto tipico del diritto in accezione oggettiva in materia – quindi l'ambito di tutelabilità del *pactum* in base al tenore dell'editto – o la 'fisionomia' tipica del contratto di deposito⁹³. Data la indubbia collocazione temporale *in continentibus* della pattuizione in esame, ritengo più convincente la seconda ipotesi interpretativa, la quale in sostanza pesa la forza modificativa del *pactum* rispetto alla regola tipica in materia nel contratto di deposito tutelato con *iudicium bonae fidei*.

Pomponio, invece, supera questa difficoltà, ponendosi probabilmente nella esclusiva prospettiva della tutelabilità, fortemente in espansione, dei *pacta in continentibus* nei *iudicia bonae fidei*⁹⁴.

⁹² Ciò solleva qualche perplessità, in quanto la tematica, nell'ambito dell'*actio depositi* con formula *in ius concepta*, avrebbe potuto essere attratta alla problematica, analizzata da Ulpiano nell'introduzione precedente al commento ai *verba edicti*, e cioè in rapporto ai *pacta in continentibus* alla *obligatio re contracta* di buona fede. Ciò, però, più che stimolare esercizi di ricollocazione della testimonianza in un ordine diverso dalla tradizione dei *libri ad edictum* ulpianeî trasmessoci dal Digesto di Giustiniano (peraltro talvolta dimostrati con confronti testuali esterni) evidenzia a mio avviso la distanza tra il nostro modo di considerare la costruzione sistematica del commento ed invece il tipo di lavoro costruttivo proprio del giurista severiano, condizionato dalla resistenza della casistica (reale o di scuola) all'interno dei contesti problematici. Il che potrebbe trovare conferma nella rilevata operazione d'isolamento nelle *formulae in ius conceptae* delle *obligationes re contractae* del *ius gentium* del fondamento dell'obbligazione; è stato autorevolmente precisato, infatti, che «nella *demonstratio* della *formula*, il pretore fa ... puntuale riferimento non all'accordo, bensì all'affidamento della cosa, il che rappresentava un ostacolo non facilmente superabile perché, in queste figure, la protezione giudiziaria fosse estesa alla *conventio* in sé considerata, indipendentemente dall'affidamento della cosa stessa» (TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani*, cit., 64).

⁹³ Nel contesto bisogna invece escludere l'altro significato presente nelle fonti di forma come *regula* o precetto, in quanto sarebbe incomprensibile dal punto di vista della realtà complessa (contratto o complesso di regole giuridiche) descritta; così puntualmente SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln*, cit., 50 s.

⁹⁴ Vedine una sintesi fortemente innovatrice all'epoca di pubblicazione, superando anche alcune sue precedenti posizioni assunte nei lavori degli anni '20, in GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*³, cit., 171 ss.; a cui adde ora GALLO, *Synal-*

7. *Pacta e tipo contrattuale nei giuristi dell'età dei Severi: il 'naturaliter inesse' di Ulpiano in D. 19, 1, 11, 1.*

Nelle riflessioni dei giuristi romani emergono alcuni tentativi di costruzione che assumono significato ai fini del presente contributo e che reputo opportuno anteporre alla ricostruzione storicamente più dettagliata della maturazione di queste dottrine. In particolare, le fonti testimoniano degli sforzi di cogliere – con moduli verbali mai univoci, ma diversificati (come vedremo *natura, substantia, forma*) – sfere di inderogabilità del tipo contrattuale alle possibili erosioni provenienti da particolari pattuizioni delle parti.

Tali sforzi interagiscono, come vedremo, con la maturazione di regole in materia di rapporto tra *pactum* e contratto tipico, in particolare nell'ambito dei contratti tutelati con *iudicia bonae fidei*.

Si coglie, peraltro, la difficoltà di cercare di precisare il significato di tali sforzi dei giuristi romani e la loro *ratio*, perché essi non si situano entro un sistema monistico, né presentano particolari caratteri di omogeneità. Ciò non di meno, l'interesse che essi sollevano e le suggestioni da essi indotte si collocano in perfetta linea con la problematica qui in esame, sebbene ad essa, come vedremo, danno risposte non coerenti con gli sviluppi concettuali e sistematici che la tradizione civilistica fondata sul diritto romano ha poi sul punto maturato.

Ulp. 32 *ad ed.* D. 19, 1, 11, 1: *Et in primis sciendum est in hoc iudicio id demum deduci, quod praestari convenit: cum enim sit bonae fidei iudicium, nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter contrahentes actum est. quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate.*

L'*incipit* ulpiano di commento all'*actio ex empto* rende in chiave di lettura stratificata la complessa vicenda dell'apporto del voluto delle parti alla costruzione di una fisionomia propria delle obbligazioni del venditore, nel contratto consensuale di *ius gentium* di emp-

lagma e conventio nel contratto, I, cit., 56 ss.; TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani*, cit., 66 ss.

tio venditio. Ciò si pone, coerentemente alla prospettiva romana, dal punto di vista di quanto venga dedotto nel *iudicium empti*. Ad una prima affermazione della prevalenza di quanto le parti hanno convenuto in sede di conclusione del contratto⁹⁵, segue la precisazione della coerenza di quanto appena detto con la natura *bonae fidei* dell'*actio empti*, che avrebbe determinato, congruamente al principio di buona fede, di rispettare quanto concretamente concluso dalle parti. Quest'ultimo passaggio, dalla natura *bonae fidei* del *iudicium empti* alla *bona fides* tout court, suona un po' ridondante alle nostre orecchie, ma è perfettamente acconcio alla prospettiva del giurista classico ed implica un momento interpretativo. In esso potrebbe essere stato colto dai giustinianeî un rapporto problematico con il criterio interpretativo dell'*id quod actum est*⁹⁶.

Di fondamentale significato, nella prospettiva di questo contributo, si situa l'affermazione finale, in base alla quale *si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate*. Si ha una raffigurazione tipica del contenuto dell'obbligazione del venditore descritta come contenuto naturalmente insito nella potestà di questo giudizio⁹⁷.

⁹⁵ Opto per il perfetto *convēnit* e non il presente *conve(nit)*, non solo per coerenza sostanziale con la costruzione ulpiana in D. 2, 14, 7, 5, ma altresì per il successivo *quod inter contrahentes actum est*. Così anche *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione*, a cura di S. SCHIPANI, III, Milano, 2007, 400.

⁹⁶ Ed era proprio sulla base delle possibili differenze di significato dell'*id praestari quod inter contrahentes actum est* in rapporto al canone interpretativo dell'*id quod actum* che muoveva la critica più decisa al nostro passo operata da F. PRINGSHEIM, *Id quod actum est*, in «ZSS(RA)», LXXXVIII, 1961, 1 ss., in particolare 62 s. Non mi sembra affronti la questione sostanziale posta da Pringsheim in rapporto a D. 19, 1, 11, 1, ora, U. BABUSIAUX, *Id quod actum est. Zur Ermittlung des Parteiwillens im klassischen römischen Zivilprozess*, München, 2006, 30 s., 171, 219 s. D'altronde non optava per una delle due interpretazioni nemmeno H. KRÜGER, *Zur Geschichte der Entstehung der bonae fidei iudicia*, in «ZSS(RA)», XI, 1890, 165 ss., in particolare 187. La critica di BESELER, *Beiträge*, cit., I, 83, che colpiva l'intero *principium*, in base alla ripetizione nel paragrafo seguente dell'*in primis* – preoccupazione linguistica estranea ai giuristi romani – e del *bonae fidei congruit*, risulta oggi totalmente superata.

⁹⁷ Accentua nel passo il passaggio dal piano ermeneutico (prima parte) al piano precettivo (seconda parte) G. GANDOLFI, *Sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, Milano, 1966, 361 precisando che, almeno nella costruzione di Ul-

Significativo – e dimostrabile sul piano storico⁹⁸ – risulta il fatto che il *iudicium empti* in qualità di *iudicium bonae fidei* evidenzi, nella sintesi ulpiana, una forte dialettica tra natura di buona fede dell'azione e modellamento nel tempo del contenuto delle obbligazioni del venditore⁹⁹, modellamento che tende ad acquisire stabilità. Tale contenuto stabilizzatosi nel tempo, si considera da Ulpiano, se le parti nulla altrimenti convengono, naturalmente incluso nel contenuto delle obbligazioni del venditore in base alla *potestas* di questo giudizio. Si segnala un rapporto fondamentale tra *pacta conventa in continenti*, natura di buona fede dell'*actio empti* e costruzione dei contenuti tipici dell'obbligazione del venditore¹⁰⁰.

Un ultimo punto mi sembra si debba evidenziare: Ulpiano fonda sulla *potestas* del *iudicium empti* questo momento creativo insito nel processo di modellamento dei contenuti delle obbligazioni del venditore. Questo momento evoca la forza di tipizzazione delle istanze delle parti considerate contenuto del contratto attraverso i *pacta conventa* conclusi *in continenti* e poi sedimentatesi nel contenuto delle obbligazioni attraverso il principio di *bona fides*. Credo che qui echeggi un momento significativo della riflessione dei giuristi romani sugli effetti che la clausola *ex fide bona* induce nell'attuazione del *quidquid dare facere oportere* del contraente. In Cic. *off.* 3, 17, 70,

piano, il secondo viene in gioco «in mancanza di una effettiva determinazione delle parti per colmare, in via suppletiva, le lacune della *conventio*».

⁹⁸ Esemplare V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, II, Napoli, 1990 (rist.), 345 ss. Sul punto di recente T. DALLA MASSARA, *Garanzia per evizione e interdipendenza delle obbligazioni nella compravendita romana*, in L. GAROFALO (a cura di), *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, Padova, 2007, II, 277 ss.

⁹⁹ Reputo questa la parte essenziale e condivisibile dell'intuizione di A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, Erlangen, 1876 (rist. Aalen, 1965), I, 667 ss. Questa enunciazione in chiave dialettica non viene ripetuta da Ulpiano in sede di commento all'*actio venditi*, né in sede di altri *iudicia bonae fidei*; puntuale TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani*, cit., 122 nt. 344. Potrebbe ipotizzarsi, al riguardo, che l'occasione – sebbene non la prima nella quale il giurista severiano si trovava nei suoi *libri ad edictum* a commentare un *iudicium bonae fidei* – era sicuramente la più acconcia – e forse la più ghiotta – per esprimere il concetto, data la concreta storia della sedimentazione dei contenuti delle obbligazioni del venditore.

¹⁰⁰ Mi sembra opti per questa interpretazione anche TALAMANCA, *La bona fides dei giuristi romani*, cit., 124.

Quinto Mucio Scevola *pontifex* aveva parlato al riguardo di *summa vis*, probabilmente volendo così stigmatizzare i pericoli che la clausola *ex fide bona* poteva far sorgere rispetto al potere giudiziale di concretizzazione del contenuto delle obbligazioni¹⁰¹. La scelta ulpiana di considerare tali àmbiti di contenuto quali ‘naturalmente’ inclusi nella *potestas* del *iudicium empti* non sembra, invece, orientata a porsi, come la costruzione muciana, in una prospettiva in divenire, ma esprime un giudizio in base ad una prospettiva stabilizzata ed oramai conclusa del fenomeno¹⁰².

Infine, il *naturaliter* dimostra che Ulpiano guarda al fenomeno del movimento dai concreti *pacta conventa* conclusi *in continenti* dalle parti alla sedimentazione di un contenuto tipico dell’obbligazione del venditore in chiave naturalistica, forse organicistica. Il che sembra evidenziare che, quantomeno agli occhi del giurista severiano, l’*emptio venditio* quale contratto del *ius gentium* si percepisce quale realtà strettamente connaturata alle relazioni tra uomini.

8. *La distinzione di Papiniano tra ‘substantia emptiois’ e ‘adminicula emptiois’ (D. 18, 1, 72 pr.).*

Quanto detto deve essere posto in relazione con una doppia testimonianza del Digesto, sulla lettura della quale la tradizione del nostro sapere giuridico ha edificato la tripartizione tra *essentialia*, *naturalia* e *accidentalìa*.

La prima è tratta dal decimo libro delle Questioni di Papiniano:

Pap. 10 *quaest.* D. 18, 1, 72 pr.: *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 emptiois, veluti ne cautio duplae praestetur aut ut cum fideiussore cautio duplae praestetur. sed quo casu agente emptore non valet pactum, idem vires habebit iure exceptio-*

¹⁰¹ Per il mio punto di vista, mi si permetta di rinviare a quanto dico in *La bona fides tra storia e sistema*, Torino, 2004, ed in particolare sul rapporto tra *vis* e *potestas* in Q. Mucio (*ibid.*, 35 s. nt. 65).

¹⁰² Al contrario A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli, 1964, 21, intende le due espressioni in questo contesto come sinonimi.

*nis agente venditore. an idem dici possit aucto postea vel deminuto pretio, non immerito quaesitum est, quoniam emptionis substantia constitit ex pretio. PAULUS notat: si omnibus integris manentibus de augendo vel deminuendo pretio rursus convenit, recessum a priore contractu et nova emptio intercessisse videtur*¹⁰³.

Il segmento a noi tramandato dai compilatori giustiniani del discorso di Papiniano è incentrato su una prospettiva sostanziale, di quanto è regime riflesso dell'azionabilità del contratto di compravendita della rilevanza di *pacta* successivi allo stesso (c.d. *pacta adiecta ex intervallo*)¹⁰⁴. Il giurista severiano distingue tra *pacta* successivi *quae*

¹⁰³ Sul passo, la dottrina è relativamente consistente. Vd. ad es. A. PERNICE, *Pargra III. Zur Vertragslehre der römischen Juristen*, in «ZSS(RA)», IX, 1888, 195 ss., in particolare 212 nt. 1; S. PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, Bologna, 1903, 11 nt.; R. TONDI, *Natura contractus*, cit., 107 ss.; G. SEGRÈ, *Sulla posteriore documentazione di un contratto*, in «Riv. dir. comm.», 1920, II, 197 ss. = *Scritti giuridici*, I, Torino, 1973, 598 ss., in particolare 612 e 623; B. BIONDI, *Iudicia bonae fidei. I. La inerenza della 'exceptiones' nei iudicia bonae fidei*, in «Annali Palermo», VII, 1920, 31 ss.; H. SIBER, *Contrarius consensus*, in «ZSS(RA)», XLII, 1921, 68 ss., 81 s.; H. STOLL, *Die formlosen Vereinbarung der Aufhebung eines Vertragsverhältnisses im römischen Recht*, in «ZSS(RA)», XLIV, 1924, 1 ss., in particolare 66 ss.; GROSSO, *Efficacia dei patti*, cit., 24 ss.; ID., *Il sistema romano dei contratti*³, cit., 182 s.; P. W. DUFF, *An arrangement concerning shortage of measure, and pacts in general*, in D. DAUBE (ed.), *Studies in the Roman Law of Sale dedicated to the memory of F. de Zulueta*, Oxford, 1959 (rist. Aalen, 1977), 64 ss. in particolare 67 ss.; B. SANTALUCIA, *Le note pauline ed ulpianee alle quaestiones ed ai responsa di Papiniano*, in «BIDR», LXVIII, 1965, 49 ss., in particolare, 69 ss.; R. KNÜTEL, *Die Inhärenz der exceptio pacti im bonae fidei iudicium*, in «ZSS(RA)», LXXXIV, 1967, 133 ss., in particolare 144 s.; ID., *Contrarius consensus. Studien zur Vertragsaufhebung im römischen Recht*, Köln-Graz, 1968, 78 ss.; P. VOGLI, *Le obbligazioni romane (Corso di Pandette) Il contenuto dell'obligatio*, I.1, Milano, 1969, 101 e nt. 18, 103 s.; solo per la nota paolina W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn, 1990, 51; Th. MAYER-MALY, *Natura contractus*, in *Collatio iuris Romani. Études H. Ankum*, I, Amsterdam, 1995, 295; FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 315 ss.; J. G. WOLF, *Per una storia della emptio venditio: l'acquisto in contanti quale sfondo della compravendita romana. Una lezione*, in «Iura», LII, 2001 [pubbl. 2005], 29 ss., in particolare 34 e nt. 18; TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani*, cit., 70 s. nt. 210, 87 ss.; P. LAMBRINI, *Brevi riflessioni in tema di patti modificativi*, in *Studi G. Nicosia*, IV, Milano, 2007, 305 ss.

¹⁰⁴ La prospettiva sostanziale del discorso viene svalutata da GROSSO, *Efficacia dei patti*, cit., 26, secondo il quale «i bizantini (...), mettendosi dal punto di vista della *natura contractus*, hanno trasformato la distinzione puramente processuale dei

detrahunt aliquid emptioni e pacta successivi quae vero adiciunt. È una distinzione tutta interna ai c.d. *pacta ex intervallo*: i primi si considerano *containeri contractui*, mentre i secondi, in base a quanto con un po' di circospezione afferma Papiniano¹⁰⁵, non si includono nel contenuto del contratto (*credimus non inesse*)¹⁰⁶. Sul piano degli effetti connessi all'*actio empti*, ciò significava la diretta azionabilità dei primi e l'esclusione dell'azionabilità dei secondi, fatta comunque salva una loro efficacia *iure exceptionis*¹⁰⁷ a fronte della eventuale¹⁰⁸ azione del venditore¹⁰⁹.

Romani, in un'altra di carattere sostanziale ed amano parlare di *pacta quae detrahunt aliquid emptioni, quae minuunt contractum ...*; e ancora ribadita: «il fondamento della nuova distinzione è di carattere sostanziale, non più puramente processuale»; l'ipotesi è ribadita in ID., *Il sistema romano dei contratti*³, cit., 183. Questa ipotesi interpretativa perde molta della sua forza nell'ambito dell'attuale temperie metodologica. Vd. FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 316 ss.; TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani*, cit., 87 ss.; LAMBRINI, *Brevi riflessioni*, cit., 309.

¹⁰⁵ Per il rilievo vd. esattamente LAMBRINI, *Brevi riflessioni*, cit., 306.

¹⁰⁶ Per l'uso intercambiabile nel passo di Papiniano di *containeri* ed *inesse* «con riferimento all'atto sostanziale», puntuale TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani*, cit., 87 nt. 256.

¹⁰⁷ Rispetto al più corretto *ope exceptionis*, si è autorevolmente sostenuto che il ricorso di Papiniano al diverso sintagma potrebbe spiegarsi «proprio perché non voleva riferirsi al preciso meccanismo processuale cui faceva immediatamente pensare la corrente contrapposizione *ipso iure - ope exceptionis*» (TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani*, cit., 90).

¹⁰⁸ Eventualità esclusa qualora il compratore abbia pagato il prezzo; in ragione di ciò in dottrina si è evidenziata una certa possibile rilevanza 'indiretta' e 'casuale' del meccanismo pensato da Papiniano (TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani*, cit., 89).

¹⁰⁹ È da attribuire a Papiniano la prospettiva sottolineata da KNÜTEL, *Die Inhärenz der exceptio pacti*, cit., 144: «es läuft also auf dasselbe hinaus, ob man von der Inhärenz der *pacta quae detrhaunt* oder von der Immanenz der aus ihnen entspringenden Exzeptionen spricht», sebbene poi lo studioso di Bonn sottolinei la eventualità che la prospettiva sostanziale sia attribuibile ai Bizantini (sul punto vd. *supra*, nt. 104). Una ipotesi di lettura – sebbene essa non salverebbe «di certo l'attuale tenore del passo» – propone ora TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani*, cit., 89 s.: «con *iure exceptionis*, il giurista voleva sottolineare che, in definitiva, il *pactum postea factum* – cui negava 'en principe' valore in via d'azione in quanto additivo – veniva ad operare comunque in via d'eccezione e non di azione, anche se in tal modo gli si attribuivano effetti più o meno coincidenti con quelli che si sarebbero raggiunti riconoscendo l'esperibilità dell'*actio empti* a tutela del patto stesso».

La operatività della distinzione per Papiniano sarebbe, in ogni caso, circoscritta ad aspetti di contenuto del contratto che si qualificano *adminicula emptio*¹¹⁰, mentre al contrario sarebbe dubbia una sua estensione a pattuizioni che coinvolgano àmbiti del contratto considerati inderogabili, cioè – secondo la terminologia papiniana – che ne rifletterebero la *substantia*, come patti successivi che vogliono aumentare o diminuire il prezzo statuito dalle parti stesse in sede di conclusione della vendita¹¹¹.

La nota di Paolo scioglie il dubbio da ultimo sollevato, ipotizzando una efficacia in termini di azione anche di questi patti, in quanto non sarebbero da considerare nudi patti, temporalmente au-

¹¹⁰ La critica più energica alla genuinità del sintagma si deve a STOLL, *Die formlose Vereinbarung der Afhebung*, cit., 66 ss.; tutte le sue argomentazioni sono però controvertibili: l'uso poco ricorrente del termine; il significato dello stesso in termini di *Unterstützung*, che non sarebbe acconcio agli esempi fatti. La constatazione che *adminiculum* ricorra in Papiniano soltanto una volta (5 resp. D. 26, 7, 39, 9) e tre volte in Ulpiano (14 ad ed. D. 5, 3, 7, 2; 18 ad Sab. D. 7, 6, 1, 1; 72 ad ed. D. 41, 2, 13, 1) in tutto il Digesto è semmai corroborante una sua genuinità. Il significato del termine che emerge dai passi interessati del Digesto non esprime solo l'idea di 'sostegno' necessario, ma talvolta esso è un 'sostegno' che si aggiunge, accessorio (vd. ad es. l'*officium* assunto *sponte* da tutori o curatori nominati invalidamente *ex testamento*, senza altresì il decreto del pretore, qualificato appunto come *iuris adminiculum* in D. 26, 7, 39, 9; oppure, in caso di legato d'usufrutto, la necessaria afferenza degli *adminicula ususfructus* in D. 7, 6, 1, 1). Nel linguaggio giuridico dei giuristi severiani saremmo più vicini al significato del termine presente nell'*ars grammatica* (Varr. ling. Lat. 8, 44: *partes orationis vocant quidam appellandi [nomina], dicendi [verba], adminiculandi [adverbialia], iungendi [particulas]*; Prisc. gramm. 2, 551, 20: *nomen et verbum solas esse partes orationis, cetera vero adminicula vel iuncturas earum*), che nell'*agri cultura*, dove si distingue tra *homines* e *adminicula hominum* come buoi e attrezzi per la coltivazione (Varr. *re rust.* 1, 17, 2). D'altronde anche durante l'epoca della caccia alle interpolazioni, il sintagma *adminicula emptio* era stato considerato genuino; vd. ad es. ROTONDI, *Natura contractus*, cit., 108 e nt. 1 che parlava di «espressione caratteristica»; GROSSO, *Efficacia dei patti*, cit., 27.

¹¹¹ Su *substantia* la critica è stata più radicata; vd. già PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, cit., 11 nt. (segue); SIBER, *Contrarius consensus*, cit., 89 e nt. 1 espunge tutta la frase; STOLL, *Die formlose Vereinbarung der Aufhebung*, cit., 68 delimita la critica alla frase *quoniam/pretio*; così anche GROSSO, *Efficacia dei patti*, cit., 28 nt. 1, sebbene ne consideri sostanzialmente corretto il ragionamento; così anche KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., 79 nt. 10, che riconosceva che la frase «sachlich trifft sie allerdings das Richtige». Per la genuinità si dichiarava già SANTALUCIA, *Note pauline ed ulpianee*, cit., 71; ed ora con convincenti approfondimenti FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 318 s.

tonomi dal contratto, modificativi di contenuto inderogabile del contratto concluso, ma nuovi contratti, attraverso la costruzione in via di interpretazione di essi come recesso dal primo contratto e *nova emptio*¹¹². Ci si sposta da un piano di contenuto delle obbligazioni nate dal contratto e sua modificabilità pattizia *ex intervallo* ad una prospettiva di rilevanza del patto quale autonomo contratto¹¹³.

La distinzione di Papiniano tra *adminicula emptionis* e *substantia emptionis* sottopone ad una lettura profonda la struttura della compravendita¹¹⁴. Essa non coinvolge momenti di accidentalità del contenuto del contratto, come poi invece tenderanno a fare una serie di interpretazioni medievali¹¹⁵, quanto si muove tutta all'interno di una prospettiva di struttura. Vi sono aspetti di contenuto della compravendita sentiti da Papiniano come inderogabili ai fini di una esistenza concreta del contratto ed aspetti 'accessori', che si sono aggiunti storicamente all'ossatura originaria del tipo causale, suscettibili di una

¹¹² Sembra via obbligata nella prospettiva di una sempre maggiore rilevanza dell'autonomia pattizia entro un sistema di diritto privato che continua però ad essere caratterizzato dal *Typenzwang*; vd., seppure non in rapporto al passo in esame, esattamente SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln*, cit., 102-103. La costruzione di Paolo (*nova emptio*) non è coincidente al *quasi renovatus contractus* di Ulp. 4 *ad ed.* D. 2, 14, 7, 6, con citazione di Pomponio (sul punto ora, con letture non coincidenti, vd. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani*, cit., 73 ss.; LAMBRINI, *Brevi riflessioni*, cit., *passim*) ed ha conseguenze giuridiche sulla soluzione di questioni concrete notevolmente diverse; vd. ad es. le puntualizzazioni di SEGRÈ, *Sulla posteriore documentazione di un contratto*, cit., 612, 617 nt. 1 (segue) e 623.

¹¹³ Fondamentale FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*, cit., 51.

¹¹⁴ Struttura che nella essenzialità di *res* e *pretium* echeggerebbe la struttura della originaria vendita a contanti secondo WOLF, *Per una storia dell'emptio venditio*, cit., 34 s.

¹¹⁵ Sull'«abbandono pressoché totale della terminologia delle fonti romane (*substantia*, *adminicula*, *extra naturam*) a vantaggio di espressioni maggiormente legate alla tradizione dell'aristotelismo medievale (*substantia*, *natura*, *accidentalità*)», FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 323, rileva esattamente che esso ha avuto una duplice conseguenza nella tradizione romanistica: la prima che porta alla «reinterpretazione dei concetti romani alla luce di una maggiore attenzione ai problemi di 'essenza'», con le necessarie ricadute «nella concreta costruzione degli istituti» (così anche COING, *Zum Einfluß der Philosophie der Aristoteles*, cit., 32 s. che parla di assolutizzazione in contenuti sostanziali di regole emerse storicamente; vd. *supra* nt. 34); la seconda, dogmaticamente significativa, di «distaccare progressivamente i *substantialia* dalla materia dei *pacta*, per entrare nella più intima concettualizzazione del contratto».

modificazione attraverso pattuizioni successive alla conclusione del contratto.

La distinzione, quindi, a volerne precisare concretamente il riflesso contenutistico attraverso gli esempi fatti – *adminiculum emptio* sarebbe la *cautio duplae*, mentre *substantia emptio* sarebbe il *pretium* –, riflette una costruzione a due binari del contenuto della compravendita, che per Papiniano reagisce diversamente a modificazioni pattizie sopravvenute alla sua conclusione. Per la parte per così dire più profonda della struttura tipica della compravendita si poneva un fondato dubbio sulla rilevanza giuridica di tali *pacta ex intervallo*, tanto che la soluzione del giurista Paolo in fin dei conti è un camuffamento della questione di fondo, perché la rilevanza del *pactum* viene in sostanza riportata alla individuazione di una *conventio*, *quae transeat in proprium nomen*, appunto una *nova emptio*¹¹⁶.

D'altronde, la *distinctio* tra *substantia* e *adminicula* non deve essere letta in modo generalizzante, in quanto essa è strettamente condizionata dal contesto problematico nel quale è formulata, contesto che rimanda alla dialettica tra contratto concluso e patto successivo di modifica. In sostanza, errato sarebbe proiettarla automaticamente sulla dialettica generale tra *pacta conventa* e contratti tutelati con *iudicia bonae fidei*¹¹⁷. Al contrario, è proprio l'impossibilità di considerarli *lex contractus*, in quanto temporalmente autonomi dalla *conventio* costitutiva dell'*oportere ex fide bona* che impone di pesarne la forza modificativa di una realtà giuridica già venuta in esistenza, quella della *emptio venditio* conclusa tra le parti. Tale autonomia di per sé imporrebbe di escludere qualsiasi rilevanza in termini di azione dei *pacta ex intervallo*. Ma proprio su questo punto mi sembra che Papiniano dia il suo contributo più originale, individuando una categoria di *pacta* che, seppure *postea facta*, siano egualmente inclusi nel contratto concluso modificandone il contenuto.

Diviene quindi necessario precisare cosa si debba intendere per pattuizioni che successivamente al contratto 'de traggono' qualcosa allo stesso e per pattuizioni che invece qualcosa vi 'aggiungono'. La tradizione di pensiero che sul passo si è accumulata – dai

¹¹⁶ Sulla costruzione di Paolo vd. *supra*, nt. 112.

Bizantini, ai Glossatori, fino all'odierna romanistica – ha sostanzialmente espresso due filoni interpretativi. Da un lato si ritiene che gli *exempla* ricordati nella parte iniziale del passo (*'ne cautio duplae praestetur'* e *'ut cum fideiussore cautio duplae praestetur'*) afferiscano in ogni caso a *pacta quae vero adiciunt aliquid emptioni*, per i quali Papiniano escluderebbe l'inclusione automatica nel contenuto del contratto. Sostanzialmente, tale interpretazione viene a valutare la natura additiva o detrattiva del patto sulla sua incidenza su aspetti 'accessori' o 'sostanziali' di contenuto già sorti con la conclusione del contratto. In questo senso, modificare *in melius* o *in peius* per il venditore il suo *ob evictionem se obligare*, sarebbe in ogni caso una *quid* che si aggiunge al contenuto 'accessorio' del contratto concluso. Mentre l'automatica attrazione nel contratto sarebbe possibile soltanto per quei *pacta postea facta* che incidano sulla *substantia/natura* del contratto (sia *ad augendum* che *ad minuendum pretium*)¹¹⁸.

¹¹⁷ Come in definitiva faceva BIONDI, *Iudicia bonae fidei*, cit., 34, finendo per cancellarla ed ipotizzare una originaria rilevanza generalizzata nel diritto classico dei *pacta* (*in continenti* ed *ex intervallo*; *ad augendam* come *ad minuendam obligationem*) nei *iudicia bonae fidei*. La tesi non ha incontrato consensi nemmeno negli anni di critica interpolazionistica, ed è confutata nel fondamentale contributo di GROSSO, *Efficacia dei patti*, cit., *passim*, e 4.

¹¹⁸ Così, forse, questa interpretazione è già sottintesa nell'opinione di Jacopo nella *dissensio* con Martino, ricordata in G. HAENEL (ed.), *Dissensiones dominorum. Vetus collectio*, § 52, Lipsiae, 1834, 37 s., in base alla quale il *pactum de evictione* non afferirebbe alla *natura contractus* (cioè per Jacopo alla *substantia contractus... sine quo contractus esse non possit, veluti pactum de augendo, vel diminuendo pretio*), ma sarebbe relativo comunque *de adminiculis... et non de substantia contractus*; sulla *dissensio* vd. ora, con posizioni differenziate, GROSSI, *Sulla 'natura' del contratto*, cit., 617 s.; FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 320 ss. e ntt. 64 e 65. L'interpretazione è comunque netta nell'umanista Cujas, l'altro acerrimo nemico – oltre a Windscheid – della tripartizione dei Glossatori: «... quae detrahunt emptioni, sunt de natura & substantia emptiois: detrahunt emptioni pacta, quae pretium, de quo convenit initio, minuunt... Sed hoc etiam dicimus, detrahere non ea pacta tantum, quae diminuunt, sed etiam ea, quae augment pretium, hoc est, quia sunt de substantia emptiois & venditionis, quia utroque genere sive paciscantur de minuendo, sive de augendo pretio, receditur a priori emptione & nova constituitur ... mutatis adminiculis, emptio non mutatur, sed adicitur aliquid contractui, sive praestanda evictione vel non praestanda. Breviter, detrahere emptioni est ab ea recedere; adicere est intacta substantia emptiois, hoc est, salvo manente contractu pacisci aliquid de accessionibus, de pedissequis emptiois venditionis» (J. CUJACIJ *Commentaria in libros*

D'altro lato, l'interpretazione – alla quale aderisco – intende i *pacta postea facta* che ‘de traggono’, come quelli che rispetto al contratto concluso sottraggono qualcosa al contenuto delle obbligazioni sorte per le parti; mentre quelli che ‘aggiungono’ qualcosa, sono quelli che accrescono di qualcosa il contenuto del contratto concluso¹¹⁹. In sostanza, il *pactum ne cautio duplae praestetur* sarebbe un *pactum* che ‘detrarre’ qualcosa alla compravendita conclusa, perché per il venditore, con la conclusione del contratto, è automaticamente sorto l'*ob evictionem se obligare* (Paul. 32 ad ed. D. 19, 4, 1 pr.)¹²⁰; mentre il *pactum ut cum fideiussore cautio duplae praestetur* sarebbe un *pactum* che vi ‘aggiunge’ qualcosa, perché arricchisce la normale ampiezza dell'*ob evictionem se obligare* del venditore, con la prestazione, oltre alla *cautio duplae*, di un fideiussore.

Immagini riflesse, allora, non afferenti però agli *adminicula* ma alla *substantia emptiois*, sarebbero per i primi (*quae postea facta detrahunt*) il *pactum de minuendo pretio* e per i secondi (*quae adiciunt*) il *pactum de augendo pretio*, sebbene per questi Papiniano ne sembri negare rilevanza per un limite di carattere strutturale, in quanto incidenti su elementi inderogabili di riconoscibilità del contratto concluso che se modificati finirebbero per negarne *in toto* la stessa originaria esistenza. Ragionamento rigoroso e coerente, che di fatto non viene superato da Paolo con la costruzione della *nova emptio*, ma solo aggirato.

La diversa lettura proposta nella tradizione romanistica, secondo la quale i due patti in materia di *cautio duplae* sarebbero entrambi

quaestionum Aemilij Papiniani [Opus postumum], in *Opera omnia*, IV, ed. Neapoli, 1722, 247 ss., in particolare 251).

¹¹⁹ In questo senso già la tradizione Bizantina: alla sintetica costruzione espressa dal *Tipucitus* I, 173, col quale si è ricostruito il testo corrispondente a D. 18, 1, 72 pr. di B. 19, 1, 72 (SCHELTEMA, A.III, 922, 20), si deve aggiungere l'esteso approfondimento di Stefano ora nello scolio Στεφάνου α δανεισάμενὸ παρὰ σοῦ a B. 23, 1, 42 [= D. 12, 1, 40] (SCHELTEMA, B.IV, 1568-1571, in particolare 1570, 24 ss). Per il superamento della tesi di Cujas vd. gli autori citati in Chr. F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten*, Erlangen, 1796, IV, 260 ss., e 264 s. nt. 94.

¹²⁰ Sulla portata dell'*ob evictionem se obligare*, in particolare in rapporto alla *stipulatio/cautio duplae*, fondamentale M. TALAMANCA, voce *Vendita (dir. rom.)*, in «ED», XLVI, Milano, 1993, 391 ss.

pacta quae adiciunt aliquid emptioni, mentre quelli sul prezzo entrambi *pacta* che *detrahunt*, quanto meno in rapporto al pensiero di Papiniano in D. 18, 1, 72 pr., è a mio avviso fortemente condizionata dalle riletture della *nota* di Paolo e, soprattutto, della *interpretatio* di Ulpiano in D. 2, 14, 7, 5, che reinterpreta – come vedremo – i *pacta postea facta quae adiciunt aliquid emptioni* come *pacta extra naturam contractus*, sovrapponendo alla costruzione papiniana un elemento di costruzione ad essa estraneo.

La distinzione di Papiniano tra la *substantia* della *emptio venditio* ed i suoi *adminicula* è, quindi, tesa a sciogliere il problema del rapporto tra contratto concluso e sua modificabilità attraverso successive pattuizioni delle parti, entro un *iudicium bonae fidei*. Essa dimostra come Papiniano, pur conoscendola, non sceglie la via più rigida – e forse più schematica e semplicistica – che guarda alla problematica attraverso la *regula iuris* ‘*ex nudo pacto actio non oritur*’ (come poi farà invece Ulpiano in D. 2, 14, 7, 5).

Va peraltro precisato, contrariamente a quanto è stato autorevolmente ipotizzato¹²¹, che tali *adminicula emptionis* non sono propri della compravendita conclusa in base a specifiche pattuizioni delle parti concluse *in continenti* al contratto¹²². Essi, invece, sono prestazioni accessorie automaticamente incluse nel normale contenuto della compravendita salvo *pacta conventa in continenti* in senso contrario¹²³. Ne è prova evidente il fatto che i due patti modificativi *ex intervallo* ricordati nel passo di Papiniano (‘*ne cautio duplae praestetur*’ e ‘*ut cum fideiussore cautio duplae praestetur*’) incidono direttamente

¹²¹ Mi riferisco alla nota tesi di GROSSO, *Efficacia dei patti*, cit., 26-27, secondo il quale nel passo in esame Papiniano «contemplasse un'altra ipotesi e cioè che affermasse l'efficacia *ipso iure* dei *pacta ex intervallo* che tendevano a cancellare un *pactum in continenti*».

¹²² Giustamente LAMBRINI, *Brevi riflessioni*, cit., 309, rileva come, accettando la proposta interpretativa di Grosso, la seconda «parte del frammento perderebbe ogni collegamento con il testo iniziale».

¹²³ Per TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani*, cit., 88, il discorso di Papiniano, in questa prima parte, attiene alla «clausole accessorie» dell'*emptio venditio*, precisando in nota (nt. 257) che «... esse riguardano l'obbligazione di *ob evictionem se obligare* che, nell'ottica di Paul. 33 *ad ed.* D. 19, 4, 1 pr., è una delle obbligazioni tipiche del venditore, ma con una disciplina che sostanzialmente corrisponde a quella che noi diamo agli effetti naturali del negozio».

sulle modalità con le quali doveva concretizzarsi – quanto meno all'età di Papiniano – l'*ob evictione se obligare* del venditore sorto con la *conventio* su cosa e prezzo¹²⁴.

Sembra che Papiniano abbia considerato il patto successivo col quale le parti avessero voluto, concluso il contratto e quindi sorta l'obbligazione del venditore *ob evictionem*, 'detrarre' qualcosa dal suo normale contenuto accessorio (prestazione di una *stipulatio duplae*), come patto automaticamente incluso nel contratto, come il meno è incluso nel più. Sembra ipotizzabile in Papiniano una assimilazione della successiva volontà espressa dalle parti col *pacisci (ex intervallo)* nel fondamento negoziale (*conventio iuris gentium*) che aveva originato il contratto consensuale. Così facendo il giurista severiano riesce a superare l'isolamento temporale che il nuovo *factum* ha rispetto al contratto, che normalmente ne avrebbe determinato una autonomia d'efficacia in termini di tutela in via di *exceptio*, ma non in via di azione.

Al contrario, il patto col quale le parti fossero intervenute su quel contenuto tipico 'accessorio' del contratto concluso, aggiungendovi qualcosa (rafforzando la prestazione della *stipulatio duplae* con un fideiussore), non avrebbe per Papiniano la copertura – per così dire – della *conventio* nominata, in quanto l'elemento che si aggiunge non si muove all'interno del contenuto delle obbligazioni nate dalla stessa, e sul quale vi era in ogni caso la copertura della *conventio* fonte, nella *emptio venditio*, dell'*oportere ex fide bona* per le parti. Il patto successivo, in questo caso, non potrebbe essere inglobato automaticamente nel contratto e di conseguenza rispetto ad esso non sarebbe configurabile una tutela in via di azione.

La forza modificatrice del contenuto del contratto concluso dei *pacta ex intervallo* è, quindi, riconosciuta da Papiniano in modo differenziato a seconda essi si muovano all'interno o meno di un ambito di contenuto che ha già avuto la copertura dell'accordo delle parti.

Tale rilevanza sostanziale dei *pacta, quae postea facta, detrahunt aliquid emptioni*, vale in ogni caso con il limite della incidenza sulla

¹²⁴ Esattamente, KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., 80 e nt. 12, accentua la sufficienza dell'accordo sui punti essenziali.

ossatura necessaria ed inderogabile del contratto concluso. Quando infatti incidano sulla *substantia emptionis*, come il prezzo stabilito dalle parti¹²⁵, anche qualora la pattuizione sia in detrazione, la rilevanza giuridica del patto modificativo sarebbe fortemente discutibile.

Va sottolineato, a mio avviso, che tale operazione di inclusione del *pactum postea factum* al contratto concluso (*contineri contractui, inesse ...*), e quindi la sua azionabilità *ex contractu*, è fondata proprio sulla possibilità di individuare quale sia l'ambito di contenuto del contratto concluso interessato dalla modifica. Fino a che si resta in tale ambito, l'autonomia pattizia è tutelata in via di azione.

9. *L'interpretatio di Ulpiano del parere di Papiniano e la natura contractus (D. 2, 14, 7, 5).*

Di questo famosissimo responso, Ulpiano in D. 2, 14, 7, 5 sembrerebbe operare una *interpretatio*.

Ulp. 4 *ad ed.* D. 2, 14, 7, 5: *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 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*

¹²⁵ Non reputo l'esempio come l'unico possibile (si sarebbe potuto cioè fare un esempio relativo a patti modificativi della entità della *res vendita*), ma probabilmente il più acconcio per realizzare un parallelismo adeguato con gli esempi in materia di *adminicula*. Possibilista anche TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani*, cit., 88 n. 260.

*dicendum. sed ex parte rei locum habebit pactum, quia solent et ea pacta, quae postea interponuntur, parere exceptiones*¹²⁶.

La *interpretatio* di Ulpiano, all'interno della parte introduttiva di commento all'editto *de pactis*¹²⁷, inserisce la distinzione di Papiniano in un contesto specifico: quello della verifica e della tenuta della regola *ne ex nudo pacto actio oritur*¹²⁸.

La distinzione papininaea riecheggia forse, per quanto riguarda i *pacta* che *detrahunt aliquid emptioni*, anche nella inerenza delle *exceptiones (ex pactionibus)*¹²⁹ *postea factae, quae ex eodem sunt contractu* del § 6 della stessa *lex*¹³⁰, sebbene poi il discorso si intrecci con la diversa costruzione del *contractus renovatus* del giurista Pomponio.

La precisazione che, talvolta (*interdum*), la *conventio* che non *transe(at) in proprium nomen contractus* (§ 1) e alla quale non risulti sottesa una *causa* (§§ 2 e 4), e quindi qualificata dal giurista severiano come *nuda pactio* (§ 4), egualmente può dare 'forma' all'azione¹³¹ nata

¹²⁶ Sul passo, si rimanda alla bibliografia citata *supra*, nt. 103, con riguardo a D. 18, 1, 72, a cui *adde* G. MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere. Contributi allo studio del negozio bilaterale romano*, Napoli, 1994, 253 s.; M. MAGAGNA, *I patti dotali nel pensiero dei giuristi classici*, Padova, 2002, 294 ss.

¹²⁷ È a mio avviso importante segnalare come nel famosissimo commento ulpiano all'editto *de pactis*, i *verba edicti* seguano, e non anticipino, una lunga parte introduttiva sul rapporto tra *pactio*, *pactum* e *conventio* e sulla sistematizzazione in genere e specie di un discorso sulle *conventiones* (vd. peraltro per l'uso non rigoroso delle tecniche diairetiche nel lungo passo di Ulpiano i rilievi di M. TALAMANCA, *Lo schema 'genus - species' nelle sistematiche dei giuristi romani*, in AA.VV., *La filosofia greca e il diritto romano* [Atti Roma 1973], Roma, 1977, II, 3 ss., in particolare 276 ss.). Si è parlato al riguardo in dottrina di «diverses familles de conventions qui restent étrangères à la rubrique *de pactis*» (A. MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit du Préteur*, Paris, 1958, 43). Su questa parte introduttivo-sistematica dei *libri ad edictum* di Ulpiano in relazione all'editto *de pactis* vd. anche A. SCHIAVONE, *Linee di storia del pensiero giuridico romano*, Torino, 1994, 222 ss.

¹²⁸ Fondamentale SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln*, cit., 97 ss.

¹²⁹ Per la *lectio difficilior 'exceptiones'* rispetto a '*pactiones*' della *vulgata*, tenendo conto che «Ulpiano stava trattando per l'appunto delle convenzioni da cui nascono solo eccezioni», vd. ora TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani*, cit., 73 nt. 218 e LAMBRINI, *Brevi riflessioni*, cit., 320 e nt. 38.

¹³⁰ Possibilisti GROSSO, *Efficacia dei patti*, cit., 36-37; ID., *Il sistema romano dei contratti*³, cit., 183 s.; KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., 72.

¹³¹ Sulla genuinità della costruzione *actionem formare* e sulla sua puntuale capacità espressiva in rapporto all'inerenza dei *pacta ex continentis* ai *bonae fidei iudicia*, vd. KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., 64 e nt. 13.

dal contratto nei *iudicia bonae fidei*, introduce appunto il discorso sulla regola che *pacta conventa inesse bonae fidei iudicia*¹³².

La *interpretatio* di Ulpiano, a ben vedere, rimane su un binario di concretezza, sebbene sottenda uno sforzo teorico di sistemazione della materia coerente alla struttura sistematica dell'introduzione del commento all'editto *de pactis*. Il giurista si sforza di individuare sfere residue di rilevanza in termini di azione dei *pacta conventa* al di fuori ed indipendentemente dalla tutela pretoria con l'editto *de pactis*, dapprima richiamando l'inerenza dei *pacta conventa in continenti* e poi, in via residuale, pesando in questa prospettiva la *distinctio* di Papiniano in materia di *pacta ex intervallo* ora di D. 18, 1, 72 pr.

La regola che si ribadisce, dopo i due esempi fatti in materia di *actio rei uxoriae* e di *actio tutelae*, non coerenti al contesto contrattuale, ma attratti nel discorso per estensione, trattandosi di *iudicia bonae fidei*¹³³, è appunto quella che *ea enim pacta insunt, quae legem contractui dant, id est quae in ingressu contractus facta sunt*. A conferma di ciò, Ulpiano valorizza della *distinctio* di Papiniano la classe di *pacta* per i quali si negava l'azionabilità. Per come il discorso è impostato (*idem responsum scio a Papiniano*), sembra quasi che Ulpiano si renda conto che semmai quella di Papiniano era costruzione che indeboliva la forza della regola, aprendo ad un'ampia gamma di patteggiamenti *ex intervallo* la tutela in via d'azione. È quindi possibile che vi sia una certa tendenziosità ulpiana nel reinterpretare i *pacta postea facta quae aliquid adiciunt emptioni* di Papiniano come *pacta ex intervallo* che statuiscono *aliquid extra naturam contractus* e per i quali *agi ex empto non posse*. Un tale spostamento di piani mi sembra d'al-

¹³² Sull'importanza del *solemus dicere* rispetto alla sovrapposizione della *regula iuris* alla realtà casistica e *aktionrechtlich*, fondamentale SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln*, cit., 109 s.

¹³³ Per i dubbi che i due *exempla* della *dos* e della *tutela* continuano a sollevare anche per studiosi non orientati sistematicamente ad ipotesi critiche, vd. KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., 65-66; ed ora TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani*, cit., 69 ss. e nt. 208. Parla di «esempi di simili convenzioni, stranamente ricavati da ambiti extracontrattuali» LAMBRINI, *Brevi riflessioni*, cit., 319. Si sforza di individuare nel passo di Ulpiano spazi di significato, sostanzialmente coerenti alla disciplina degli istituti coinvolti, anche agli *exempla* MAGAGNA, *I patti dotali nel pensiero dei giuristi classici*, cit., 294 ss.

tronde emergere con riguardo alla *ratio* del parere del giurista più antico: Ulpiano, infatti, prima indica la vera *causa*, a sua dire, sulla quale Papiniano fondava l'impossibilità di esercitare l'*actio ex empto* (che era appunto l'aver pattuito successivamente un *aliquid extra naturam contractus*) e poi reinterpreta tale assunto come conferma della *regula* (*propter eandem regula, ne ex pacto actio nascatur*).

Sebbene, quindi, Ulpiano non ricordi espressamente – o probabilmente preferisca tacere – i presupposti della doppia *distinctio* papiniana (*detrahere - adicere; adminicula - substantia*) condizionanti l'azionabilità di alcuni tipi di *pacta postea facta*, la sua *interpretatio* del responso di Papiniano dimostra come essa fosse circoscritta a quei *pacta ex intervallo* per i quali quest'ultimo giurista negava tutelabilità in via di azione, cioè appunto quelli *quae vero adiciunt* (*cum fideiussores cautio duplae praestare*).

In ogni caso, la *natura contractus* in Ulpiano¹³⁴ dà veste concettuale a quel contenuto tipico della compravendita che una volta rag-

¹³⁴ La poderosa rilettura nel 1911 di ROTONDI, *Natura contractus*, cit., sui testi in materia, ha fortemente condizionato gli studi successivi, rallentando a mio avviso la possibilità di cogliere nella sua esatta dimensione il rapporto tra le costruzioni in materia dei giuristi romani e le interpretazioni di esse fatte dai giuristi bizantini coevi e successivi alla codificazione giustiniana. Il Rotondi, infatti, giungeva nella sua importante indagine ad un primo risultato, quello dell'esistenza di una «formola dogmatica della *natura contractus* o – in genere – *natura* del rapporto giuridico, radicata e largamente applicata nelle scuole bizantine» (*ibid.*, 48). Tale risultato era fondato su due momenti di verifica testuale: il primo, ai nostri occhi più datato metodologicamente, di critica testuale, con la segnalazione dei testi nel *Corpus iuris* nei quali a suo dire *natura contractus*, ma anche *natura depositi*, *mandati* ecc. non potevano considerarsi classici (*ibid.*, 7 ss.); il secondo, ancora sostanzialmente valido, relativo alla tendenza generalizzante della costruzione nelle scuole bizantine (*ibid.*, 18 ss.). Con queste premesse, è proprio il tema dei *pacta adiecta* ed in particolare il rapporto delle dottrine su essi con la *natura contractus* in D. 2, 14, 7, 5, D. 16, 3, 24 e D. 19, 5, 5, 4 a suscitare per il Rotondi maggiori dubbi di genuinità (*ibid.*, 58 ss.). Su questa ultima conclusione, ritengo più affidante la posizione più complessa e diversificata del GROSSO, *Efficacia dei patti*, cit., 14 ss., sebbene ancora in parte condizionata, almeno nella lettura di D. 2, 14, 7, 5 dalla tesi di Rotondi (*ibid.*, 22 ss.). La sostanziale genuinità del ragionamento giuridico espresso nel testo viene riconosciuta con maggior forza nel successivo *Il sistema romano dei contratti*³, cit., 171 ss., 178 ss.; così anche KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., 62. Una interpretazione tesa a superare gli effetti distruttivi della critica interpolazionistica ha proposto per tempo VOGLI, *Le*

giunto l'accordo sulla cosa ed il prezzo concretizza in tutta la sua ampiezza il *quidquid dare facere oportere ex fide bona* delle parti. Il *pactum ex intervallo* modificativo in detrazione di tale tipico contenuto 'accessorio' del contratto si muoverebbe all'interno della 'natura' del contratto e quindi per questo otterrebbe la tutela in termini di azione contrattuale. La prospettiva rispetto a Papiniano, oltre che esplicitare in termini di *natura contractus* qualcosa che era rimasto implicito – e forse intenzionalmente non espresso – nella distinzione tra *substantia* e *adminicula*, sembra svilire il momento della copertura dinamica della *conventio* originaria in rapporto al *pactum postea factum* che detragga qualcosa alle prestazioni tipiche accessorie, per accentuare invece l'individuazione di un naturale contenuto del contratto che possa essere suscettibile nel proprio ambito di modifica con *pacta ex intervallo*. Qualora, invece, il *pactum ex intervallo* abbia introdotto qualcosa *extra naturam contractus*, si riespande l'operatività della regola verificata *ne ex pacto actio nascatur*.

È evidente che il discorso così impostato da Ulpiano è coerente al contesto problematico della testimonianza, in quanto così facendo egli riesce a ridimensionare l'eccezione alla regola, eccezione implicita nella inerenza dei *pacta quae postea facta aliquid detrahunt emptioni* al contratto e alle azioni da esso nate (ridimensionamento dell'autonomia pattizia), e a ricondurre il tutto alla forza espansiva del contratto consensuale (espansione del tipo contrattuale).

In ogni caso, è significativo che Ulpiano qualifichi in termini di *natura* quell'ambito di contenuto della *emptio venditio* che, pure 'ac-

obbligazioni romane, cit., 103 s. È quindi sul piano della coerenza del discorso nel contesto del passo (e nel contesto più ampio del commento ulpiano) che può sollevarsi una questione di attendibilità della testimonianza, e non più su un piano meramente terminologico, né di principio, rispetto alle interpretazioni emerse nelle scuole bizantine. Puntuale al riguardo FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 318 e nt. 57, nel cogliere una differenza di significato tra la *natura contractus* ulpiana in D. 2, 14, 7, 5 e la *natura contractus* dei bizantini, secondo la stessa ricostruzione di Rotondi. Per una lettura del passo tesa a salvaguardarne il significato, vd. ora LAMBRINI, *Brevi riflessioni*, cit., 317 ss. Per TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani*, cit., 72 n. 214, la parte finale del passo rifletterebbe un sicuro raccorciamento.

cessorio', sia tipico del contratto concluso. Torna quella stessa immagine che sorregge la costruzione ulpiana del *naturaliter inesse* di D. 19, 1, 11, 1, in base alla quale quel contenuto, il quale, pur senza una manifesta e dichiarata copertura della *conventio* originariamente conclusa, disegna la fisionomia di una parte del tipo di contratto, ne esprime in ogni caso la *natura*.

È chiaro che resta questione di difficile soluzione se qui la *interpretatio* ulpiana realizzi una lettura originale e particolarmente ricca degli spunti presenti in Papiniano, oppure se essa rifletta un'idea presente nel giurista più antico. Al riguardo ritengo si debba approfondire una testimonianza nella quale Papiniano parla di *natura depositi*.

10. 'Natura depositi' in Papiniano (D. 16, 3, 24).

Il Digesto di Giustiniano contiene, infatti, una problematica testimonianza di Papiniano nella quale il giurista evidenzia un interessante rapporto dialettico tra *natura depositi*, *bona fides*, *officium iudicis*, prestazione accessoria di *usurae* a carico del depositario, *pactum in continenti* e *lex contractus*.

Pap. 9 *quaest.* D. 16, 3, 24: '*Lucius Titius Sempronio salutem. Centum nummos, quos hac die commendasti mihi adnumerante servo Sticho actore, esse apud me ut notum haberes, hac epistula manu mea scripta tibi notum facio: quae quando voles et ubi voles confestim tibi numerabo*'. *quaeritur propter usurarum incrementum. respondi depositi actionem locum habere: quid est enim aliud commendare quam deponere? quod ita verum est, si id actum est, ut corpora nummorum eadem redderentur: nam si ut tantundem solveretur convenit, egreditur ea res depositi notissimos terminos. in qua quaestione si depositi actio non teneat, cum convenit tantundem, non idem reddi, rationem usurarum haberi non facile dicendum est. et est quidem constitutum in bonae fidei iudiciis, quod ad usuras attinet ut tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio: sed contra bonam fidem et depositi naturam est usuras ab eo desiderare temporis ante moram, qui beneficium in suscipienda pecunia dedit. si tamen ab initio de usuris praestandis convenit, lex contractus servabitur.*

La testimonianza¹³⁵ esordisce con una vera lettera¹³⁶, ragione del parere richiesto a Papiniano dalla parte, convenzionalmente nominata come Sempronio¹³⁷. La lettera dà conto dell'assunzione da parte di Lucio Tizio della custodia di una somma di danaro di Sempronio, cosegnatagli da un servo di quest'ultimo. La questione sollevata è relativa agli interessi pecuniari che Sempronio pretende *ante moram* da Lucio Tizio nella restituzione della somma stessa¹³⁸.

Papiniano guarda al profilo dell'*actio depositi* da un lato e al contratto di deposito dall'altro, i quali su un piano contenutistico non sembrano presentare àmbiti coincidenti. Così, affermare che, nel caso si pattuisca in sede di conclusione del deposito la restituzione del *tantundem*, si supererebbero – con un'immagine spaziale – i notissimi 'confini' del contratto di deposito¹³⁹, non esclude, per l'autore dell'inciso¹⁴⁰,

¹³⁵ Sul passo, date le riflessioni ancora fortemente utili al recupero dei significati e dell'intreccio di prospettive in esso compresenti, ho tenuto presenti soprattutto G. SEGRÈ, *Sul deposito irregolare in diritto romano*, in «BIDR», XIX, 1907, 197 ss. = *Scritti vari di diritto romano*, Torino, s.d. (ma 1952), 199 ss., il passo 214 ss.; MASCHEI, *La concezione naturalistica*, cit., 93-94; C. LONGO, *Corso di diritto romano. Il deposito*, Milano, 1946, 73 ss.; F. BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare in diritto romano*, in «BIDR», IL-L, 1947, 80 ss., sul passo 138 ss.; G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle 'usuræ' c.d. legali nel diritto romano*, Milano, 1969, 111 ss.; L. LANTELLA, *Il lavoro sistematico nel discorso giuridico romano*, in AA.VV., *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino s.d., 91; W. LITEWSKI, *Le dépôt irrégulier*, in «RIDA», XXI, 1974, 215 ss., sul passo 248 ss.; WALDSTEIN, *Entscheidungsgrundlagen der römischen Juristen*, cit., 61-68; A. BÜRGE, *Fiktion und Wirklichkeit: Soziale und rechtliche Strukturen des römischen Bankwesens*, in «ZSS», CIV, 1987, 465 ss., sul passo 546 s.; TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani*, cit., 197-198; MAYER-MALY, *Natura contractus*, cit., 296; BABUSIAUX, *Id quod actum*, cit., 232 s.; sul passo mi ero soffermato velocemente in *La bona fides tra storia e sistema*, cit., 53 ss. Per il significato che esso ha avuto per la costruzione medievale dei contratti irregolari vd. SANTARELLI, *La categoria dei contratti irregolari*, cit., 110 ss.

¹³⁶ Così BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare*, cit., 140; CERVENCA, *Contributo*, cit., 116 s.

¹³⁷ Per un costume analogo vd. ad es. il parere di Paolo in 4 *resp.* D. 16, 3, 26, 1; vd. già SEGRÈ, *Sul deposito irregolare*, cit., 222 nt. 42.

¹³⁸ Sulla specificità del quesito, vd. esattamente BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare*, cit., 140; CERVENCA, *Contributo*, cit., 116 s.

¹³⁹ Sull'uso di *terminus* e sulla sua genuinità vd. per tutti SEGRÈ, *Sul deposito irregolare*, cit., 215 s.

¹⁴⁰ Proprio la contraddittorietà tra consapevole superamento del tipo (*egreditur ea res depositi notissimos terminos*) e attrazione della fattispecie comunque nella

che a quel deposito concretamente modellato dalle parti si riconosca poi tutelabilità con l'*actio depositi*.

Per quanto riguarda l'aspetto concreto sul quale l'attenzione di Papiniano era focalizzata, cioè la fondatezza del riconoscimento in sede giudiziale di un *usuras praestare* a carico del depositario *ante moram*, prestazione non prevista dalle parti in sede di conclusione del contratto e pretesa comunque dal deponente, il parere negativo fa leva sulla contrarietà di una tale prestazione alla buona fede e alla natura del deposito. «Schemi differenziati», è stato autorevolmente detto¹⁴¹, che concorrono al raggiungimento dell'obiettivo prefissato¹⁴². Schemi che peraltro dovevano interagire a mio avviso proprio perché si vuole includere entro una prospettiva di sistema la regola consolidata che *in bonae fidei iudiciis, quod ad usuras attinet, tantundem possit officium arbitri quantum stipulatio*. Tale potere giudiziale di integrazione del contenuto dell'*oportere ex fide bona* che lega depositario a deponente, avvicinato per quanto riguarda la prestazione di *usuras praestare* al potere fondativo della *stipulatio*¹⁴³, viene collocato

tutela dell'azione tipica (*actio depositi*) ha portato una parte della dottrina ad ipotizzare non tanto un intervento dei compilatori giustiniani (sul quale insiste invece BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare*, cit., 143), quanto un inserimento, una nota di Paolo o di Ulpiano nel testo di Papiniano; così ad es. SEGRÈ, *Sul deposito irregolare*, cit., 229; LONGO, *Corso*, cit., 74.

Perplessità suscita la lettura che il ROTONDI, *Natura contractus*, cit., 20, fa dello scolio τοῦ Νομοφύλακος α ἐὰν συμφωνήσω di B. 13, 2, 24 (SCHELTEMA, B II, 660, 27-28), dove, citandosi la dottrina di Cirillo che correttamente aveva reso in greco l'*egreditur ea res depositi notissimos terminos* come *παρεξέρχεται τὴν ἀκρίβειαν τοῦ δεπόσιτου*, si ritiene, invece, che lo scolio confermi della teoria della φύσις del contratto.

¹⁴¹ Così TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani*, cit., 197 s. Di «seltsames Nebeneinander» parla MAYER-MALY, *Natura contractus*, cit., 296.

¹⁴² Il cumulo tra i due criteri non omogenei è stato visto dal ROTONDI, *Natura contractus*, cit., 96-100, come sintomo di una interpolazione giustiniana su una costruzione classica più rigorosa; così anche BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare*, cit., 144 s. Per SEGRÈ, *Sul deposito irregolare*, cit., 232 s., è di Papiniano soltanto il *contra bonam fidem*, mentre il *contra ... depositi naturam* sarebbe «piuttosto da attribuirsi a chi riteneva che il permesso d'uso implicitamente contenuto nell'obbligazione di prestare interessi, converta il deposito in mutuo».

¹⁴³ Secondo TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani*, cit., 196, l'affermazione sembrerebbe riproporre «ancora alla fine dell'epoca classica, il ricordo di quella che era stata la funzione precipua della *bona fides* stessa ai suoi primordi, di

entro un sistema di limiti caratterizzati dalla corretta interpretazione della buona fede. Essa, sul piano del contenuto dell'azione, fonda certamente un tale potere, ma impone che tale potere si misuri con la struttura tipica del contratto. Quest'ultima riflette, infatti, precise distribuzioni di utilità e oneri¹⁴⁴, che segnano anche per il giudice un confine invalicabile per quanto riguarda il riconoscimento di una prestazione degli interessi *ante moram* in capo al depositario¹⁴⁵.

A cosa riferisce la *natura depositi* Papiniano – A mio avviso, il giurista severiano estende una regola in materia di *usuras praestare* del deposito c.d. regolare anche al deposito che ne derogava i confini tipici, cioè la normale fisionomia, in termini di trasferibilità della proprietà sulla *res deposita*. La constatazione che qualora ci si trovi di fronte ad un deposito di questo tipo, il depositario ha un concorrente vantaggio a quello del deponente nel poter usare la somma depositata¹⁴⁶, non

imporre cioè il rispetto dell'accordo, funzionando così quale succedaneo dell'*interrogatio* e della *responsio* nella *stipulatio*». A mio avviso, il parallelismo in materia di *usuras praestare* tra *officium iudicis* e *stipulatio* nei *iudicia bonae fidei*, oltre che essere inteso secondo la suggestiva ipotesi ricordata, potrebbe volere echeggiare sul piano della fonte dell'obbligazione accessoria una medesima forza creativa (tanto l'*officium iudicis* in materia può fare quanto la *stipulatio usurarum*), che però nel caso della *stipulatio* riposa su una volontà delle parti calata nei *verba stipulationis*, mentre nel caso dell'*officium iudicis* è rimessa alla valutazione discrezionale del giudice del *iudicium bonae fidei*.

¹⁴⁴ La questione sollevata dalla costruzione papiniana del *beneficium* dato dal depositario al deponente, che evidenzia una concezione del deposito (anche irregolare) centrata tutta sulla custodia, ha condizionato in dottrina l'interpretazione della fattispecie concreta evocata dalla lettera. LONGO, *Corso*, cit., 76, ne deduce, in particolare, la natura di deposito regolare, perché in caso di facoltà d'uso, l'*utilitas* sarebbe stata di entrambe le parti. È fondata però la replica del BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare*, cit., 141, che la facoltà d'uso non sposta, almeno nella concezione romana, la centralità della *custodia* come causa tipica del deposito, «di fronte alla quale l'uso che l'accipiente può fare è un *posterius*». L'affermazione sul *beneficium* dato dal deponente al depositario «a fronte dell'indubbia prassi degli affari (si pensi soltanto ad un contratto concluso con un *argentarius*)» è stata considerata peraltro «vagamente ipocrita» da TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani*, cit., 198 nt. 558.

¹⁴⁵ Sul punto mi si permetta di rinviare a *La bona fides tra storia e sistema*, cit., 53-55.

¹⁴⁶ Esattamente TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani*, cit., 198 nt. 558 (segue).

porta Papiniano a modificare la costruzione tipica del deposito che resta tutta focalizzata sulla *custodia* della *res* depositata¹⁴⁷.

La dialettica che nel passo emerge tra la costruzione ‘spaziale’ del tipo contrattuale (*notissimi termini*), superati dall’assetto negoziale concreto realizzato con la lettera (c.d. deposito irregolare) e la resistenza di una regola tipica della normale *natura* del deposito regolare evidenzia una maggiore plasticità, sul piano della struttura del contratto, della seconda costruzione rispetto alla prima¹⁴⁸.

Quello che, per Papiniano, il potere del giudice non può fare, è invece ammesso per le parti contraenti, le quali, in sede di conclusione del deposito, possono pattuire per il depositario una obbligazione di *usuras praestare* anche *ante moram*, forgiando così validamente la *lex contractus*.

La diversa reazione del tipo al potere insito nell’*officium iudicis* nei *iudicia bonae fidei* e al potere creativo della autonomia pattizia *in continenti* nell’arricchire la normale configurazione del contenuto delle obbligazioni nate dal contratto segna una differenza di regime significativa che va sottolineata e non cancellata¹⁴⁹. Su di essa, per altro, la *interpretatio* medievale di D. 16, 3, 24 (la famosa *lex ‘Lucius Titius’*) costruirà la distinzione tra *natura* e *essentia/substantia* del contratto¹⁵⁰.

¹⁴⁷ LONGO, *Corso*, cit., 76 riteneva che, per dare un senso alla frase *qui beneficium in suscipienda pecunia dedit*, bisognasse necessariamente ipotizzare che Papiniano avesse in mente un deposito regolare. Nel senso riferito nel testo vd. invece BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare*, cit., 140 s.

¹⁴⁸ Il che si intreccia col problema della paternità papiniana del primo inciso; vd. sul punto *supra*, nt. 140.

¹⁴⁹ Seppure insistente, la critica a questo inciso (ipotizzata da LONGO, *Corso*, cit., 77 s.; ripresa dal BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare*, cit., 144 s.; accolta da CERVENCA, *Contributo*, cit., 111 e da LITEWSKI, *Le dépôt irrégulier*, cit., 258 s.) non sembra oggi dimostrarsi calzante. Né l’opera papiniana, né gli usi linguistici (*lex contractus*, *ab initio* ecc.) depongono a favore della sua non genuinità (così già SEGRÉ, *Sul deposito irregolare*, cit., 232), né infine il fondamento dogmatico dell’affermazione, che è perfettamente congruo alla piena efficacia del *pactum in continenti* nel deposito tutelabile oramai con *iudicium bonae fidei* (così puntualmente già SEGRÉ, *op.*, cit., 232; e ora BÜRGE, *Fiktion und Wirklichkeit*, cit., 547). Di sicuro raccorciamento dell’inciso parla ora TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani*, cit., 198 nt. 558.

¹⁵⁰ SANTARELLI, *La categoria dei contratti irregolari*, cit., 110 ss.

Essa fa vedere che per Papiniano la struttura tipica del deposito, è struttura che se da un lato resiste all'ampio *officium iudicis* nei *iudicia bonae fidei*, tanto da qualificare una statuizione giudiziale di una prestazione di interessi pecuniari sulle somme di denaro depositate *ante moram* come contraria alla 'natura del deposito ed alla buona fede', d'altro lato cede di fronte alla forza modificatrice dei *pacta in continentis* a contratti tutelati con *iudicia bonae fidei*, portando nel contenuto del contratto anche quanto non coerente alla sua tipica natura¹⁵¹.

11. *La 'forma antiquitus constituta' in materia di datio tutoris in Ulpiano (D. 26, 7, 5, 7).*

Pur se non in materia di contratti, la seguente testimonianza dimostra come Ulpiano misurasse la resistenza della normale configurazione dell'istituto della tutela, a fronte di una *tutela testamentaria* che prevedeva la esenzione dei tutori dal rendiconto.

Ulp. 35 *ad ed.* D. 26, 7, 5, 7: *Iulianus libro vicesimo primo digestorum huiusmodi speciem proponit: quidam decedens filiis suis dederat tutores, et adiecerat: «eosque aneclogistos esse volo»; et ait Iulianus, tutores, nisi bonam fidem in administratione praestiterint, damnari debere, quamvis testamento comprehensum sit, ut aneclogisti essent. Nec eo nomine ex causa fideicommissi quicquam consequi debebunt, ut ait Iulianus: et est vera ista sententia, nemo enim ius publicum remittere potest huiusmodi cautionibus, nec mutare formam antiquitus constitutam; damnum vero, quodcumque ex tutela quis senserit, et legati, et per fideicommissum ei relinqui potest.*

Ulpiano ricorda un parere di Giuliano, tratto dal suo ventunesimo libro dei Digesti, in materia di tutela testamentaria. Il *de cuius* aveva, in particolare, stabilito, con clausola aggiunta nel testamento, che i tutori designati non dovessero, alla fine della tutela, prestare il rendiconto.

¹⁵¹ Forse qui Papiniano potrebbe aver superato in parte quella «gessata rigidità dello schema tipico del contratto» imputatagli da TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani*, cit., 198 nt. 557 (segue), «per cogliere l'effettiva volontà delle parti, nonché la reale struttura economica del negozio».

Giuliano pesa la portata della clausola testamentaria in relazione alle obbligazioni dei tutori designati nella gestione ed in particolare valuta il loro mancato rispetto di un *bonam fidem in administratione praestare*. Intendere la formulazione in termini di responsabilità per dolo non è sicuro¹⁵², in quanto essa esprime bene (nella prospettiva dell'*intentio* dell'*actio tutelae*) il contenuto del *praestare* dei tutori nei confronti dei pupilli.

In ogni caso, il giurista, qualora i tutori non si siano conformati ad una gestione caratterizzata in termini di correttezza, opta per la loro condanna in giudizio, sebbene la clausola inclusa nel testamento li avesse dichiarati *aneclogisti*.

Giuliano esclude altresì una via alternativa – probabilmente avanzata in sede di parere – per dare rilevanza alla clausola testamentaria, così che i tutori designati potessero recuperare qualcosa *ex causa fideicommissi*¹⁵³.

Il parere di Giuliano viene fatto oggetto di una *interpretatio* da parte di Ulpiano tesa a coglierne la *ratio* in due direzioni concatenate: da un lato si afferma l'impossibilità di *ius publicum remittere* con delle prescrizioni di tal fatta, e d'altro lato, nello stesso tempo, si nega la possibilità di *mutare formam antiquitus constitutam*.

Ulpiano, peraltro, indica una possibile via attraverso la quale il *de cuius* avrebbe potuto raggiungere l'intento perseguito per una strada meno impervia, lasciando al tutore in legato o per fedecommesso il *damnum ... quodcumque ex tutela senserit*.

È significativo che la forza modificatrice della clausola inclusa nel testamento venga pesata in Giuliano coerentemente ad una regola che si considera inderogabile e propria dell'obbligazione di buona

¹⁵² Così invece P. VOCI, *Diligentia, Custodia, culpa. I dati fondamentali*, in «SDHI», LVI, 1990, 29 ss., in particolare 90 nt. 18; ed ora FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, cit., II.2, 310 («responsabilità dolosa»), sebbene *ibid.*, 317 sembrerebbe più cauto («*bonam fidem praestare*»). Esattamente, invece, G. NOCERA, *Jus publicum* (D. 2, 14, 38). *Contributo alla ricostruzione storico-esegetica delle regulae iuris*, Roma, 1946, 214.

¹⁵³ Qui echeggia, forse, una interpretazione tendenziosa che, pur a fronte dell'inderogabilità della *datio tutoris* nella forma testamentaria (Gai. 2, 289; su cui vd. L. DESANTI, *La sostituzione fedecommissaria*, Torino, 1999, 21 s.), prova ad includere la clausola esimente, aggiunta in favore dei tutori designati, nella *longe latior causa* dei fedecommissi.

fede del tutore. Un ragionamento simile, condizionato dalla natura di buona fede del rapporto, troviamo sempre in Giuliano in D. 19, 1, 11, 18¹⁵⁴, sebbene per sancire l'inderogabilità della struttura sinallagmatica della compravendita.

La reinterpretazione ulpiana invece apre uno squarcio più ampio, per così dire di 'sistema', sforzandosi di riportare la *ratio* del parere di Giuliano alla regola *ius publicum privatorum pactis mutari non potest*¹⁵⁵. Ritengo che con la precisazione successiva (*nec mutare formam antiquitus constitutam*) la prospettiva si sposti¹⁵⁶ e venga con maggiore chiarezza ad individuare quale sia l'ambito di contenuto immutabile dall'autonomia privata. Si tratta infatti di richiamare

¹⁵⁴ Ulp. 32 ad ed. D. 19, 1, 11, 18: *qui autem habere licere vendidit, videamus quid debeat praestare. et multum interesse arbitror, utrum hoc polliceatur per se venientesque a se personas non fieri, quo minus habere liceat, an vero per omnes. nam si per se, non videtur id praestare, ne alius evincat: proinde si evicta res erit, sive stipulatio interposita est, ex stipulatu non tenebitur, sive non est interposita, ex empto non tenebitur. sed Iulianus libro quinto decimo digestorum scribit, etiamsi aperte venditor pronuntiet per se heredemque suum non fieri, quo minus habere liceat, posse defendi ex empto eum in hoc quidem non teneri, quod emptoris interest, verum tamen ut pretium reddat teneri. ibidem ait idem esse dicendum et si aperte in venditione comprehendatur nihil evictionis nomine praestatum iri: pretium quidem deberi re evicta, utilitatem non deberi: neque enim bonae fidei contractus hac patitur conventionione, ut emptor rem amitteret et pretium venditor retineret. nisi forte, inquit, sic quis omnes istas supra scriptas conventioniones recipiet, quemadmodum recipitur, ut venditor nummos accipiat, quamvis merx ad emptorem non pertineat, veluti cum futurum iacutum retis a piscatore emimus aut indaginem plagis positus a venatore, vel pantheram ab aucupe: nam etiamsi nihil capit, nihilo minus emptor pretium praestare necesse habebit: sed in supra scriptis conventionibus contra erit dicendum. nisi forte sciens alienum vendit: tunc enim secundum supra a nobis relatam Iuliani sententiam dicendum est ex empto eum teneri, quia dolo facit. Sul passo mi si permetta di rinviare al mio, *La bona fides tra storia e sistema*, cit., 104 ss.*

¹⁵⁵ Sul punto, si vedano – sebbene con posizioni non coincidenti – quanto meno le precisazioni di NOCERA, *Ius publicum*, cit., 29 e 214; A. GUARINO, *L'ordinamento giuridico romano*⁴, Napoli, 1980, 150 s.; SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln*, cit., 52 s.; M. KASER, *Der Privatrechtsakt in der römischen Rechtsquellenlehre*, in *Festschrift F. Wieacker 70. G.*, Göttingen, 1978, 90 ss., in particolare 110 e nt. 124; ID., *Ius publicum und ius privatum*, in «ZSS(RA)», CIII, 1986, 1 ss., 78 nt. 330, per la trattazione di J.M.J. CHORUS, *Handelen in strijd met de wet*, Leiden, 1976, ho tenuto in conto della lettura e delle precisazioni di H. ANKUM, *Verbotsgesetze und Ius publicum*, in «ZSS(RA)», XCVII, 1980, 288 ss., in particolare sul passo 305.

¹⁵⁶ Senza che ciò implichi necessariamente la natura insiticia della seconda motivazione rispetto alla prima, come sostiene GUARINO, *L'ordinamento*⁴, cit., 150.

come interno alla sfera pubblicistica l'istituto della tutela, il quale è stato 'costituito', a detta di Ulpiano, fin da antico con una *forma* che non può essere mutata dal privato¹⁵⁷.

Direi che qui Ulpiano – che, altrove, in materia di *emptio venditio* aveva parlato invece di *natura contractus* – preferisce l'immagine della *forma* per qualificare l'ambito di contenuto inderogabile per i privati in base al diverso istituto coinvolto (tutela), per il quale, nella sua storica formazione e sedimentazione, non sarebbe stato possibile – agli occhi del giurista severiano – cogliere momenti naturalistici di derivazione, come, invece, per i contratti consensuali di *ius gentium*.

12. *Il 'ius quod lex naturae dotis tribuit' in Paolo (D. 2, 14, 27, 2).*

In Paolo, in materia di *pactum de non petendo*, si affronta la problematica del mutamento di opinione delle parti e dell'efficacia del *posterius pactum*. Dopo un parallelismo con la diversa efficacia estintiva (*ipso iure*) della *stipulatio* e la verifica della efficacia estintiva *ipso iure* del *pactum de non petendo* nell'ambito dell'*actio iniuriarum*¹⁵⁸,

¹⁵⁷ Esattamente SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln*, cit., 52 s. KASER, *Ius publicum*, cit., 78 nt. 330, avverte che la *forma antiquitus constituta* non si collega alla nomina dei tutori per testamento, ma appunto alla esenzione dal rendiconto. NOCERA, *Jus publicum*, cit., 214 parlava di «norme relative alla gestione tutelare e del loro principio ispiratore».

¹⁵⁸ *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 iniuriarum actio nascitur, sed ex contumelia.* Sul passo, vd. in particolare GROSSO, *Efficacia dei patti*, cit., 28 s.; ID., *Il sistema romano dei contratti*³, cit., 184 s. e nt. 2; MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto*, cit., 333 ss.; M. KASER, *Die Rechtsgrundlage der actio rei uxoriae*, in «RIDA», II, 1949 (*Mélanges F. de Visscher*, I), 533; A. BURDESE, *In tema di convenzioni dotali*, in «BIDR», LXII, 1959, 172; M. GARCÍA GARRIDO, *Ius uxorium. El régimen patrimonial de la mujer casada en derecho romano*, Roma-Madrid, 1958, 75 e nt. 71; SANTALUCIA, *Le note pauline*, cit., 73 s.; KNÜTEL, *Die Inhärenz der exceptio pacti*, cit., 151 s.; ID., *Contrarius consensus*, cit., 84 s.; 112 ss.; P. CERAMI, *Risoluzione del contratto (dir. rom.)*, in «ED», XL, Milano, 1989, 1277 ss., in particolare 1286 s.; D. LIEBS, *Die pseudopaulinischen Sentenzen*, in «ZSS(RA)», CXII, 1995, 151 ss., in particolare 163; MAGAGNA, *I patti dotali*, cit., 265 ss.; TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi ro-*

Paolo affronta l'efficacia modificativa dei patti *ex intervallo* nei contratti di buona fede.

Paul. 3 *ad ed.* D. 2, 14, 27, 2: (...). *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 deteriores condiciones 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.*

Paolo affronta la tematica dell'efficacia di un primo *pactum in continentibus* col quale si sia voluta estinguere tutta l'*obligatio* nata dal contratto. L'esempio che il giurista severiano indica è la compravendita, dimostrando che sta pensando alla *distinctio* papiniana di D. 18, 1, 72 pr. da lui annotata¹⁵⁹.

Nella specie, si ha un primo *pactum* che *totam obligationem sustulerit*, seguito poi da un nuovo *pactum* derogativo del primo. Per il giurista severiano, la prima obbligazione, essendosi estinta *ipso iure* per l'inerenza dell'*exceptio pacti* ai *iudicia bonae fidei*¹⁶⁰, non potrebbe in nessun caso tornare in vita¹⁶¹.

mani, cit., 94 ss.; BABUSIAUX, *Id quod actum*, cit., 84 s.; LAMBRINI, *Brevi riflessioni*, cit., 312 ss.

¹⁵⁹ SANTALUCIA, *Le note pauline*, cit., 74; vd. ora anche TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani*, cit., 98 nt. 279; LAMBRINI, *Brevi riflessioni*, cit., 316.

¹⁶⁰ Sulla cui classicità non è più possibile dubitare; vd. KNÜTEL, *Die Inhärenz der exceptio pacti*, cit., 151; d'altronde il discorso è coerente con il parallelismo, introdotto dall'*idem dicemus*, che Paolo instaura con l'efficacia estintiva *ipso iure* del *pactum de non petendo* nell'ambito dell'*actio iniuriarum*; vd. esattamente TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani*, cit., 96.

¹⁶¹ Il verbo *resuscitare* è raro nel linguaggio giuridico dei giuristi, ma ricorre oltre che altre due volte in Paolo in materia ereditaria (*legatum resuscitare* in Paul. 21 *quaest.* D. 34, 4, 27, 1; richiamando in particolare Cervidio Scevola in Paul. *sing. sec. tab.* D. 28, 6, 38, 3), una volta in Ulp. 8 *disp.* D. 49, 14, 29, 2 ed in Gai. 4, 78, richiamando una dottrina proculiana dove si contrappone ad un *actionem quiescere*, un

La soluzione di Paolo, coerentemente alla dottrina già espressa nella *nota* a Papiniano in D. 18, 1, 72 pr. è quella in base alla quale il secondo patto viene elevato al rango di nuovo contratto.

Qualora, invece, il *pactum ex intervallo* modificativo abbia soltanto alterato in sottrazione (*imminuere*) quanto determinato nel primo patto, si potrebbe configurare per Paolo una ipotesi di *renovatio* del primo contratto. Qui il giurista severiano segue la costruzione del *contractus renovatus* di Pomponio, che riecheggia anche in Ulpiano D. 2, 14, 7, 6 in materia di *pacta ex intervallo, quae ex eodem sunt contractu*¹⁶².

L'esempio che segue immediatamente dopo, che deve collocarsi entro una concreta individuazione del significato del meccanismo evocato dal *renovare*¹⁶³, è illuminante per chiarire cosa Paolo intendesse per *pactum ad imminuendum contractum*: egli infatti, estendendo l'analisi alla dote, in base all'attrazione oramai avvenuta dell'*actio rei uxoriae* nei *iudicia bonae fidei*¹⁶⁴, fa l'ipotesi di un *pactum* col quale il marito, in caso di scioglimento del matrimonio, si impegni ad una restituzione immediata della dote. Qualora le parti concludano successivamente un *pactum* col quale al marito vengano riconosciuti i termini legali per la restituzione, l'effetto precipuo sarebbe per Paolo quello di vedere l'istituto tornare *ad ius suum*. Né sarebbe corretto dire che in base al nuovo patto la dote abbia pro-

actionem resuscitari. Esattamente, KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., 115, ritiene che l'uso del verbo sia una conferma che per Paolo il primo patto aveva avuto efficacia estintiva *ipso iure*. Per TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani*, cit., 96 s., «la formulazione addotta nel passo e la terminologia usata, nella quale si insiste sul termine *pactum*, che va valutato come un *novus contractus*, inducono a pensare che qui Paolo impostasse la soluzione sul piano del principio *ex nudo pacto actio non oritur*, che svolge un ruolo perché l'*obligationem resuscitari* è considerato equivalente all'*obligationem oriri*, dato che per l'efficacia *ipso iure* del patto di risoluzione per mutuo consenso, l'obbligazione precedente era completamente estinta».

¹⁶² Vd. KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., 84 s. che collega la contrapposizione tra l'*ut totum contractum tolleret* e l'*ut imminueret* alla distinzione papiniana tra *substantia* ed *adminicula*; così anche TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani*, cit., 98 nt. 279. Implicitamente, mi sembra, anche LAMBRINI, *Brevi riflessioni*, cit., 316.

¹⁶³ Per un suo sicuro collegamento agli «aspetti effettuali» vd. ora TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani*, cit., 98 s. e nt. 280.

¹⁶⁴ Sul punto vd. alcune precisazioni nel mio *La bona fides tra storia e sistema*, cit., 39 s. e nt. 72.

dotto per la *uxor* una *deterior condicio*¹⁶⁵. Infatti, ogni qual volta che l'azione di dote torni al diritto che la legge gli attribuisce secondo la *sua natura*¹⁶⁶, non si tratterebbe per Paolo di un peggioramento, ma di una ritorno dell'istituto alla sua *forma*.

Questo insieme di costruzioni concettuali che si intersecano, le quali sono state considerate un coacervo non facilmente estraibile tra costruzioni classiche e giustinianee¹⁶⁷, può essere significativamente ricondotto – sebbene non si sa in quali termini precisi – ad un momento della riflessione di Cervidio Scevola. Sembra, comunque, che tale momento di dibattito dottrinale, così vivo come abbiamo visto nelle diverse posizioni di Papiniano, Ulpiano e Paolo, abbia avuto un possibile spunto nel maestro severiano.

Il significato del *ius quod lex naturae dotis tribuit* di Paolo deve comunque tenersi distinto dalla reinterpretazione giustiniana (Inst. 3, 24, 3)¹⁶⁸ della *lex* di Zenone ricordata in C. 4, 66, 1¹⁶⁹ in materia di

¹⁶⁵ Dove appunto la condizione più sfavorevole per la moglie non perfezione una valutazione in termini soggettivi del criterio della *deterior condicio*, che al contrario è valutata rispetto alla regola tipica dell'istituto; esattamente F. W. VON TIGERSTRÖM, *Das römische Dotalrecht. Eine zivilistische Abhandlung*, Berlin, 1832 (rist. Aalen, 1983), 66 s. nt. 14; seguito ora da MAGAGNA, *I patti dotali*, cit., 267 s. Contrario, in ogni caso, a dedurre dal passo «una generale applicazione ad ogni convenzione dotale del principio», BURDESE, *In tema di convenzioni dotali*, cit., 172.

¹⁶⁶ Per l'esatta costruzione della frase vd. MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto*, cit., 336.

¹⁶⁷ Così GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*³, cit., 185.

¹⁶⁸ Inst. 3, 24, 3: *adeo autem familiaritatem aliquam inter se habere videntur emptio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum emptio et venditio contrahatur, an locatio et conductio. ut ecce de praediis, quae perpetuo quibusdam fruenda traduntur, id est ut, quamdiu pensio sive reditus pro his domino praestetur, neque ipsi conductori neque heredi eius, cuius conductor heresve eius id praedium vendiderit aut donaverit aut dotis nomine dederit aliove quo modo alienaverit, auferre liceat. sed talis contractus, quia inter veteres dubitabatur et a quibusdam locatio, a quibusdam venditio existimabatur: lex Zenoniana lata est, quae emphyteuseos contractui propriam statuit naturam neque ad locationem neque ad venditionem inclinantem, sed suis pactionibus fulciendam, et si quidem aliquid pactum fuerit, hoc ita optinere, ac si naturalis esset contractus, sin autem nihil de periculo rei fuerit pactum, tunc si quidem totius rei interitus accesserit, ad dominum super hoc redundare periculum, sin particularis, ad emphyteuticarium huiusmodi damnum venire. quo iure utimur.*

¹⁶⁹ C. 4, 66, 1 (Zeno A. Sebastiano pp.): *ius emphyteuticarium neque conductio- nis neque alienationis esse titulis addicendum, sed hoc ius tertium sit constitutum ab*

enfiteusi. I compilatori, infatti, intendono la costituzione come una statuizione della *emphyteuseos contractui propria natura*, accentuando così un collegamento in chiave statica tra *natura* e tipo.

Al contrario, in Paolo è evidente una configurazione dinamica del fenomeno (*incipiet dos redire ad ius suum*), nella quale il patto successivo ha l'effetto di riespandere il regime tipico dell'istituto, ed in particolare dell'obbligazione di restituzione, in caso di patto derogativo il precedente patto di modifica del regime stesso. In tale costruzione, l'individuazione di una struttura plastica del diritto tipico dell'istituto (*ius suum*), derogata dalle parti in sede costitutiva su un punto non sentito come essenziale (il *tempus* della restituzione), riacquista la sua configurazione normale qualora il patto in deroga venga a sua volta successivamente derogato. La ulteriore concretizzazione del *ius suum* in Paolo specifica che, rispetto alla dote, il contenuto tipico dell'istituto è un *ius quod lex ... tribuit* alla sua 'natura'. Mi sembra che si abbia qui una valutazione del processo di sedimentazione e modellamento del contenuto tipico della dote nel quale il giurista percepisce l'importanza del momento precettivo di creazione del diritto attraverso la *lex* e, contemporaneamente, la coerenza di tale processo giuridico di attribuzione di contenuti alle esigenze di natura sociale della dote¹⁷⁰. L'immagine dinamica ritorna, sovrapponendosi

utriusque memoratorum contractuum societate seu similitudine separatum, conceptionem definitionemque habere propriam et iustum esse validumque contractum, in quo cuncta, quae inter utrasque contrahentium partes super omnibus vel etiam fortuitis casibus pactionibus scriptura interveniente habitis placuerint, firma illibataque perpetua stabilitate modis omnibus debeant custodiri: ita ut, si interdum ea, quae fortuitis casibus sicut eveniunt, pactorum non fuerint conventionem concepta, si quidem tanta emergerit clades, quae prorsus ipsius etiam rei quae per emphyteusin data est facit interitum, hoc non emphyteuticario, cui nihil reliquum mansit, sed rei domino, qui, quod fatalitate ingruerat, etiam nullo intercedente contractu habiturus fuerat, imputetur: sin vero particulare vel aliud leve damnum contigerit, ex quo non ipsa rei penitus laedatur substantia, hoc emphyteuticarius suis partibus non dubitet adscribendum. (a. 476-484). Sul punto, con richiamo della precedente bibliografia, vd. ora F. THEYSEN, *Studien zur Emphytheuse in ausgewählten italienischen Regionen des 12. Jahrhunderts: Verrechtlichung des Alltags?*, Frankfurt am Main, 2003, 14 ss.

¹⁷⁰ Di «corrispondenza alla realtà delle cose», parla MASCHI, *La concezione naturalistica*, cit., 337. Sull'importanza per i romani della conformità del *ius* alla realtà sociale vd. per tutti GROSSO, *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano*, Torino, 1970, che parla di «adeguazione» e di «decantazione degli schemi

però al *ius suum* quello della sua *forma*. Resta sullo sfondo il ruolo dell'*actio rei uxoriae* come *iudicium bonae fidei* nel veicolare contenuti tipici nell'istituto¹⁷¹.

La costruzione è suggestiva perché, pur ponendosi a mio avviso su una prospettiva diversa rispetto a quella che contraddistingue il richiamo alla *natura* nei contratti consensuali di *ius gentium*, diviene quasi una *summa* delle diverse concettualizzazioni, qua e là emerse nelle fonti fino ad ora viste.

13. *Il 'potest mandatum ex pacto etiam naturam suam excedere' in Paolo (D. 19, 5, 5, 4).*

La dialettica tra forza modificatrice delle pattuizioni delle parti concluse *in continenti* e la resistenza del tipo contrattuale ritorna in un'altra testimonianza di Paolo, tratta dai suoi *libri quaestionum*, dove si parla di *natura mandati*:

Paul. 5 *quaest.* D. 19, 5, 5, 4: *Sed si facio ut facias, haec species tractatus plures recipit. nam si pacti sumus, ut tu a meo debitore Carthagine exigas, ego a tuo Romae, vel ut tu in meo, ego in tuo solo aedificem, et ego aedificavi et tu cessas, in priorem speciem mandatum quodammodo intervenisse videtur, sine quo exigi pecunia alieno nomine non potest: quamvis enim et impendia sequantur, tamen mutuuum officium praestamus et potest mandatum ex pacto etiam naturam suam excedere (possum enim tibi mandare, ut et custodiam mihi praestes et non plus impendas in exigendo quam decem): et si eandem quantitatem impenderemus, nulla dubitatio est. sin autem alter fecit, ut et hic mandatum intervenisse*

giuridici». Sul diverso rapporto tra *lex* e *natura*, in rapporto al famoso Gai. 3, 194, vd. le interessanti annotazioni di U. VINCENTI, *L'universo dei giuristi, legislatori, giudici. Contro la mitologia giuridica*, Padova, 2003, 60 ss.

¹⁷¹ Sebbene ciò non significhi la natura non genuina della testimonianza, come invece voleva KASER, *Die Rechtsgrundlage der actio rei uxoriae*, cit., 533. In questo senso può cogliersi più concretamente il parallelismo di questa costruzione in materia di dote col *renovare contractum*, in quanto «non si tratta, nel caso dell'*actio rei uxoriae*, tanto di individuare nel *pactum* un nuovo contratto al posto di quello parzialmente risolto per mutuo consenso, ma di ripristinare il primitivo regime dell'obbligazione di restituzione, quello che, per sua natura, le compete» (TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani*, cit., 100 nt. 282).

*videatur, quasi refundamus invicem impensas: neque enim de re tua tibi mando. sed tutius erit et in insulis fabricandis et in debitoribus exigendis praescriptis verbis dari actionem, quae actio similis erit mandati actioni, quemadmodum in superioribus casibus locationi et emptioni*¹⁷².

Il giurista¹⁷³, nell'approfondire lo schema corrispettivo del *facio ut facias*, nel quale ritiene sia possibile individuare più specie di soluzioni¹⁷⁴, prende in esame l'ipotesi di un patto *tu a meo debitore*

¹⁷² Sul passo, vd. SEGRE, *Sul deposito irregolare in diritto romano*, in *Scritti vari di diritto romano*, cit., 199 ss., in particolare 217 e 234 nt. 60; ROTONDI, *Natura contractus*, cit., 101 ss.; P. DE FRANCISCI, *Συνάλλαγμα. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, I, Pavia, 1913, 227 ss.; MASCHI, *La concezione naturalistica del diritto*, cit., 93 s.; GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*³, cit., 165; M. KASER, *Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung*, Wien, 1972, 93 e n. 228; N. HAYASHI, *Der Auftrag und die sogenannten Innominatkontrakte*, in NÖRR - NISHIMURA (Hrsg.), *Mandatum und Verwandtes*, cit., 179 ss., in particolare 187; A. BURDESE, *I contratti innominati*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje J. L. Murga Gener*, Madrid, 1994, 63 ss., in particolare 84; F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, II, Torino, 1995, 185 n. 18; FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 317 n. 53; M. ARTNER, *'Agere praescriptis verbis'. Atypische Geschäftsinhalte und klassisches Formularverfahren*, Berlin, 2002, 193 ss.; B. SCHMIDLIN, *Das Nominatprinzip und seine Erweiterung durch die 'actio praescriptis verbis'*, in «ZSS(RA)», CXXIV, 2007 53 ss., in particolare 92.

¹⁷³ Il lungo frammento, nella sua interezza, continua a sollevare, questioni di sostanziale genuinità, anche in autori non orientati sistematicamente alla critica: pensano a modifiche del testo classico frutto delle scuole orientali pregiustiniane, sulle orme della nota tesi di P. COLLINET, *La genèse du Digeste, du Code et des Institutes de Justinien*, Paris, 1952, 182 ss., ad es. KASER, *Zur Methodologie*, cit., 93 e nt. 228; seguito da ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, cit., 193 n. 88 e SCHMIDLIN, *Das Nominatprinzip*, cit., 92. A ben vedere, però, oltre alle riserve che in generale possono avanzarsi sulla tesi del Collinet, rispetto anche al lungo frammento ora in D. 19, 5, 5, puntualmente precisate da F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen, 1975, 43 ss., 52 n. 147, si deve a mio avviso tener conto che le ipotesi specifiche di interpolazione di D. 19, 5, 5, 4 riposano in definitiva sull'ipotesi ricostruttiva del ROTONDI, *Natura contractus*, cit., 101 ss., venendo quindi a perfezionare una vera petizione di principio; esattamente FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 317 n. 53. D'altronde la stessa ricostruzione stratificata storicamente della problematica dei cd. contratti innominati sembra oggi prestarsi ad una lettura complessa e fortemente caratterizzata da un *ius controversum* dei giuristi classici; vd. ora in relazione ai giuristi severiani, ed in particolare su Paolo, BURDESE, *I contratti innominati*, cit., 82 ss., 84 (in rapporto anche a D. 19, 5, 5, 4).

¹⁷⁴ Così intende l'inciso *haec species tractatus plures recipit*, seguendo l'Accarias, P. DE FRANCISCI, *Συνάλλαγμα*, I, cit., 228.

Carthagine exigas, ego a tuo Romae, a cui si affianca la diversa ipotesi *vel ut tu in meo, ego in tuo solo aedificem*. Solo per questa seconda fattispecie si ricorda l'inizio spontaneo della prestazione di *aedificare* da parte di *Ego*¹⁷⁵. Il che solleva una serie di perplessità sul senso dell'accostamento delle due diverse pattuizioni sul piano della verifica dello schema del *facio ut facias* in relazione, come vedremo, alla parte finale del passo ed alla opportunità di esercitare al posto dell'azione di mandato, l'*actio praescriptis verbis*.

In ogni caso, l'ipotesi di un accordo reciproco di esazione dei rispettivi crediti presentava una difficoltà tecnica relativa all'inizio della realizzazione dell'accordo di uno dei due, in quanto, l'*exigere pecuniam alieno nomine* necessitava un titolo giustificativo, quale appunto poteva esser la configurabilità di ciascun incarico all'esazione in termini di mandato.

Il giurista fa quindi un'annotazione sulle spese alle quali le parti possono incorrere nell'adempimento dell'incarico, che, in qualche modo, sembra porre in discussione l'affermazione appena fatta che *mandatum quodammodo intervenisse videtur*. Credo che emerga come implicito, nel reciproco accordo sull'esazione dei rispettivi crediti, che ad ognuno spettasse l'onere delle spese, sì da sollevare un possibile attrito con la regola in materia in caso di mandato (Gai. 9 *ad ed. prov.* D. 17, 1, 27, 4)¹⁷⁶.

Paolo fa però prevalere un dato di struttura, quello in base al quale il reciproco incarico pattuito si atteggia come *mutuum officium*, notazione che permette al giurista il riconoscimento del particolare mandato¹⁷⁷. A questo punto, Paolo fa la precisazione *potest mandatum*

¹⁷⁵ A mio avviso l'ipotesi di integrazione di HUSCHKE, ricordata nell'*editio maior*, 574 nt. 2, <*exegi vel*> è soluzione condizionata da una esigenza di simmetria in fondo smentita, a mio avviso, sia dall'*haec species tractatus plures recipit*, sia dalla precisazione relativa ai limiti dell'*exigi pecunia alieno nomine*. Vd. però, in senso contrario, quanto abbiamo fatto in *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione*, III, 12-19, a cura di S. SCHIPANI, Milano, 2007, 461.

¹⁷⁶ *Impendia mandati exsequendi gratia facta si bona fide facta sunt, restitui omnimodo debent ...* Vd. DE FRANCISCI, *Συνόλογμα*, I, cit., 229.

¹⁷⁷ Per un collegamento con i *mutua officia* nell'ambito dell'*amicitia* ricordati da Cic. *pro Rosc. Am.* 38, 111-112, vd. puntualmente G. CRIFÒ, *Einige Fragen zum Erlöschen des Mandats*, in NÖRR - NISHIMURA (Hrsg.), *Mandatum und Verwandtes*, cit., 153 ss., in particolare 164 e nt. 85.

ex pacto etiam naturam suam excedere, a conferma della quale richiama il *pactum adiectum in continenti* in base al quale il mandante aggravi la responsabilità contrattuale tipica del mandatario, imponendogli anche il *custodiam praestare* e limiti altresì a dieci la sua obbligazione al rimborso delle spese sostenute nell'esazione del credito.

Seguono poi delle differenziazioni a seconda che le parti nella riscossione abbiano sostenuto le stesse spese oppure no. Qualora le parti abbiano sostenuto spese di entità differenziata, il giurista opta egualmente per il riconoscimento di un mandato, quasi che con l'accordo *de quo* si sia sancito un rimborso reciproco delle spese comunque sostenute¹⁷⁸.

Paolo comunque ritiene più prudente esercitare, a tutela del particolare assetto d'interessi, un'*actio praescriptis verbis* modellata sulla quella *mandati*¹⁷⁹, come nelle ipotesi trattate nei §§ precedenti di D. 19, 5, 5, dove il giurista aveva indicato come possibili modelli anche quelle di locazione o di compravendita¹⁸⁰.

Altamente significativo che nell'ambito del contratto consensuale di mandato, Paolo qualifichi la regola tipica del contratto come *natura*, la quale può essere superata dall'autonomia pattizia delle parti, sebbene poi negli esempi fatti (aggravamento del tipico *praestare* del mandatario; limitazione quantitativa dell'obbligazione del mandante al rimborso delle spese) tale autonomia pattizia non sembri incidere su contenuti inderogabili del contratto.

Vi sono *in nuce* le premesse per cogliere spazi contenutistici del contratto maggiormente sensibili alle pattuizioni concluse *in continenti* dalle parti, spazi che vengono dal giurista severiano riportati alla *natura mandati*. A differenza però della costruzione vista in Baldo

¹⁷⁸ Sul punto vd. ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, cit., 194 s. e nt. 92, il quale non accentua sufficientemente, a mio avviso, che l'operazione di Paolo è tutta di natura interpretativa, tendendo a cogliere nel concreto assetto d'interessi diviso dalle parti un implicito patto sul rimborso reciproco delle spese.

¹⁷⁹ Sul richiamo all'*actio praescriptis verbis* nel passo in rapporto alla 'similitudine' con quella di mandato, con posizione differenziate, vd. BURDESE, *I contratti innominati*, cit., 84; GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, II, cit., 185 nt. 18; ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, cit., 195; SCHMIDLIN, *Das Nominatprinzip*, cit., 92.

¹⁸⁰ In questo senso potrebbe superarsi il dubbio di genuinità sollevato ora da GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, II, cit., 185 nt. 18.

degli Ubaldi, la *natura* non si espande qui, attraverso la pattuizione, ad àmbiti 'impropri', ma può essere superata dalle parti. I medievali saranno pronti, però, a concettualizzare in termini definiti questi spazi con l'elaborazione della dottrina dei *naturalia*.

III.

CONCLUSIONI

14. *La resistenza del tipo contrattuale e la sua erosione per l'emergere della regola 'pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis'.*

In queste testimonianze dei giuristi romani dell'età preclassica e classica vi è un protagonista sempre presente: la struttura tipica del contratto, così come fissatasi nell'esperienza giuridica in un certo momento storico, che si presta, però, a reagire con una certa plasticità alla volontà delle parti. Lo sforzo concettuale non matura, nemmeno in età severiana, alcuna costruzione monistica, come poi accadrà nella tradizione successiva, culminata nella tripartizione dei *substantialia*, *naturalia*, *accidentalialia negotii*. Né *ius*, né *forma*, né *natura* hanno a che vedere con una struttura imperitura e immodificabile del contratto, ma al contrario tali termini esprimono un terreno i cui confini devono essere vagliati e riconsiderati nel tempo.

Il dibattito tra i giuristi romani dimostra che essi erano consapevoli del ruolo di mediazione da loro svolto nel tradurre nella trama delle strutture giuridiche le esigenze sociali, negando rilevanza all'occasionale e semplice reiterazione nella prassi di clausole contrattuali, ma cimentandosi in una opera di filtro e pulizia concettuale delle regole che vengono incluse nel tipo e poi veicolate dallo stesso. L'opera di affinamento e di adeguamento che con fatica qua e là riemerge dalle fonti fa vedere con sempre maggiore nitidezza lo strato più profondo della struttura del contratto tipico, quello che ne caratterizza la riconoscibilità e la resistenza nel tempo. È un complesso meccanismo di sedimentazione dei contenuti tipici del contratto, un instancabile lavoro che ha disegnato il tipo fino a renderlo di per sé un valore.

Esemplare al riguardo l'*incipit* ulpiano di commento all'*actio empti*, dove si rende in chiave stratificata la complessa vicenda del-

l'apporto del voluto, con la costruzione dell'*id quod actum est*, per finire con la raffigurazione tipica descritta come contenuto naturalmente insito nella potestà di questo giudizio (D. 19, 1, 11, 1).

I giuristi di età severiana riflettono su questi contenuti, abbozzando costruzioni che rendano ragione dei problemi che, in particolare nei *iudicia bonae fidei*, il complesso rapporto tra *pacta adiecta* e tipo contrattuale veniva a creare. Fondamentale al riguardo, per il ruolo sostanziale che viene a giocare per la giuridicizzazione delle particolari pattuizioni delle parti che arricchiscono il contenuto tipico del contratto, la distinzione tra *pacta in continentis* e *pacta ex intervallo*.

L'immagine che i giuristi romani ci trasmettono è fortemente significativa: *ea enim pacta insunt, quae legem contractui dant, id est quae in ingressu contractus facta sunt* (Ulp. in D. 2, 14, 7, 5). Per quelli, invece, che vengono conclusi *ex intervallo* si dice che *non inerunt, nec valebunt*. In materia mi sembra che dal confronto tra Papiniano (D. 18, 1, 72 pr.) e Ulpiano (D. 2, 14, 7, 5), emerga una diversa configurazione della parziale rilevanza in termini di *actio* di quelli *postea facta*: in Papiniano vi è una rilevanza diretta nel contratto anche di quelli successivi, purché possano considerarsi coperti dinamicamente dalla *conventio* originante l'*obligatio*, in quanto rispetto al *quidquid dare facere oportere ex fide bona* nato dal contratto, essi hanno soltanto tolto qualcosa (*destrahere*); in Ulpiano, questo momento dinamico tra *conventio iuris gentium* e *pactum ex intervallo* – indotto probabilmente dal ruolo della *fides bona* che tende a spingere verso sempre una maggiore ampiezza l'inerenza dei *pacta conventa* ai *iudicia bonae fidei* – è posto in secondo piano, venendosi invece ad accentuare l'individuazione di un contenuto naturale (*naturaliter inesse, natura contractus*) del contratto che solo nel proprio ambito può essere suscettibile di modificazioni con pattuizioni successive.

La odierna accentuazione della nozione giusnaturalistica del contratto come accordo e della onnipotenza della volontà modificativa, nella quale concorrono motivi dottrinali e momenti autoritativi connessi alla storia del processo statale di codificazione del diritto privato, non è allora una adeguata chiave di lettura della discussione vista nei precedenti paragrafi.

Substantia ed *adminicula*, *natura* e *forma* sono momenti significativi di questo dibattito, che mi sono sforzato di far riemergere. Tutto però presuppone un principio di fondo, che ribalta le prospettive contemporanee di soluzione del rapporto tra autonomia privata e tipo contrattuale: quello della tipicità come valore, che trova nella regola *pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis* il suo momento di verifica. La verifica della tenuta del principio in rapporto alla regola, pur dando vita a discussioni e costruzioni significative coinvolgenti, soprattutto in materia di *pacta ex intervallo*, àmbiti di contenuto del contratto, non determina mai un superamento della tipicità.

Il modello di valori che la nostra tradizione civilistica fondata sul diritto romano incontra nei tipi contrattuali, con le loro sfere di contenuto inderogabile e di contenuto naturale, ora per lo più cristallizzati nelle codificazioni nazionali, ma, forse cosa ancora più interessante, la consapevolezza del ruolo e dell'importanza del processo di tipizzazione per costruire il vero valore del contratto, mi sembra siano da segnalare in un momento storico nel quale il contratto sembra asurgere sempre di più, nei rapporti sovranazionali di diritto privato, al rango di autonoma fonte di produzione del diritto.

