

ROMANITÉ ET MODERNITÉ DU DROIT

*Collection dirigée par
Michel HUMBERT et Albert RIGAUDIÈRE*

CARMINA IURIS

Mélanges en l'honneur de
MICHEL HUMBERT

édités par

EMMANUELLE CHEVREAU

DAVID KREMER

AUDE LAQUERRIÈRE-LACROIX

DE BOCCARD
11, rue de Médicis, 75006 Paris
2012

DANS LA MÊME COLLECTION

- Claire LOVISI, *Contribution à l'étude de la peine de mort sous la République romaine (509-149 av. J.-C.)*, 394 p., 1999.
- David DEROUSSIN, *Le juste sujet de croire dans l'Ancien droit français*, X-540 p., 2001.
- Katia WEIDENFELD, *Les origines médiévales du contentieux administratif (XIV^e – XV^e siècles)*, 662 p., 2001.
- Corinne LEVELEUX, *La parole interdite. Le blasphème dans la France médiévale (XIII^e-XVI^e siècles): du péché au crime*, VI-560 p., 2001. Sophie PETIT-RENAUD, « Faire loy » au royaume de France. De Philippe VI à Charles V (1328-1380), 536 p., 2001.
- Gilduin DAVY, *Le Duc et la loi. Héritages, images et expressions du pouvoir normatif dans le duché de Normandie, des origines à la mort du Conquérant (fin du IX^e siècle-1087)*, VI-669 p., 6 cartes, 19 photo., 2004.
- Anne ROUSSELET-PIMONT, *Le Chancelier et la loi au XVI^e siècle d'après l'œuvre d'Antoine Duprat, de Guillaume Poyet et de Michel de l'Hospital*, VI-635 p., 2005.
- Sébastien EVRARD, *L'Intendant de Bourgogne et le contentieux administratif au XVIII^e siècle*, 572 p., 2005.
- Jean-Luc LEFEBVRE, *Prud'hommes, Serment curial et record de cour. La gestion locale des actes publics de Liège à l'Artois au bas Moyen Âge*, 632 p., 2006.
- Marina IOANNATOU, *Affaires d'argent dans la correspondance de Cicéron. L'aristocratie sénatoriale face à ses dettes*, 557 p., 2006.
- Emmanuelle CHEVREAU, *Le temps et le droit: la réponse de Rome, l'approche du droit privé*, XI-353 p., 2006.
- Arnaud VERGNE, *La notion de constitution d'après les cours et assemblées à la fin de l'Ancien Régime (1750-1789)*, XI-653 p., 2006.
- David KREMER, *Ius Latinum. Le concept de droit latin sous la République et l'Empire*, XII-272 p., 8 plans, 2006.
- Christophe ARCHAN, *Les chemins du jugement. Procédure et science du droit dans l'Irlande médiévale*, III-469 p., 2007.
- Caroline FARGEIX, *Les élites lyonnaises du XV^e siècle au miroir de leur langage. Pratiques et représentations culturelles des conseillers de Lyon, d'après les registres de délibérations consulaires*, V-658 p., 2007.
- Nicolas LEROY, *Une ville et son droit. Avignon du début du XII^e siècle à 1251*, VIII-712 p., 2008.
- Dominique HIEBEL, *Rôles institutionnel et politique de la contio sous la République romaine (287 – 49 av. J.-C.)*, XIII-485 p., 2009.
- Quand gouverner c'est enquêter. Les pratiques politiques de l'enquête princière (Occident, XIII^e-XIV^e siècles)*. Actes du colloque international d'Aix-en-Provence et Marseille, 19-21 mars 2009. Sous la direction de Gilles PÉCOUT, 627p., 2010.
- Élise FRÉLON, *Le parlement de Bordeaux et la « loi » (1451-1547)*. IX-738 p., 2011.

Roberto FIORI

‘*Contrahere*’ in Labeone

1. La teoria romana del contratto: ipotesi ricostruttive

Ormai da diversi anni, la dottrina sta procedendo a una profonda revisione della nozione romana di contratto.

Come è noto, tra la fine del XIX e gli inizi del XX secolo, all'impostazione giusnaturalistica, fatta propria dalla Pandettistica, di un contratto concepito come manifestazione di volontà, si era contrapposta una critica storicistica¹ che era giunta a negare ogni rilevanza al *consensus*, ponendo l'accento esclusivamente sul vincolo. Questa nuova impostazione, certo assai radicale, era stata a sua volta contestata², ma negli stessi anni era emersa una posizione che potremmo definire intermedia, nel senso che non toglieva del tutto importanza al consenso, ma poneva l'attenzione più sul vincolo che sulla volontà, più sul *contrahere* (*obligationem*) che sul 'contratto'³.

1. A. PERNICE, *Parerga* III. *Zur Vertragslehre der römischen Juristen*, in *ZSS* 9 (1888), 195 ss.; S. PEROZZI, *Il contratto consensuale classico*, in *Studi F. Schupfer*, Torino 1898 = *Scritti giuridici* II, Milano 1948, 565 ss.; ID., *Le obbligazioni romane*, Bologna = *Scritti giuridici* II cit., 311 ss.; ID., *Dalle obbligazioni da delitto alle obbligazioni da contratto*, in *MAIB* 10 (1915-1916) = *Scritti giuridici* II cit., 443 ss.

2. S. RICCOBONO, *Dal diritto romano classico al diritto moderno. A proposito di D. 10,3,14 (Paul 3 'ad Plautium')*, in *Annali Palermo* 3 (1917) = *Scritti di diritto romano* II, Palermo 1964, 113 ss.; ID., *La formazione della teoria generale del 'contractus' nel periodo della giurisprudenza classica*, in *Studi P. Bonfante* I, Milano 1929, 123 ss.; ID., *Corso di diritto romano. Stipulationes, contractus, pacta*, Milano 1935, 262 ss.; ID., *Der Wille als Entwicklungsfaktor im römischen Rechte*, in *Scritti C. Ferrini* IV, Milano 1949, 55 ss. Il Riccobono era stato seguito soprattutto da P. VOCI, *La dottrina romana del contratto*, Milano 1946, 7 ss., 297 ss.; ID., *La dottrina del contratto nei giuristi romani dell'età classica*, in *Scritti in onore di C. Ferrini (Univ. Pavia)*, Milano 1946, 383 ss.

3. P. BONFANTE, *Sulla genesi e l'evoluzione del 'contractus'* in *RIL* 40 (1907), 888 ss. = *Scritti giuridici varii* III, Torino 1921, 107 ss.; ID., *Sul 'contractus' e sui 'pacta'*, in *Riv. dir. comm.* I (1920), 1 ss. = *Scritti giuridici varii* III cit., 135 ss.; ID., *Corso di diritto romano* IV. *Le obbligazioni* (a cura di G. Bonfante e G. Crifò), Milano 1979, 249 ss.; ID., *Istituzioni di diritto romano*¹⁰, Milano 1987 (rist. corr.), 327; E. BETTI, *Sul valore dogmatico della categoria 'contrahere' in giuristi proculeiani e sabiniani*, in *BIDR* 28 (1915), 3 ss.; ID., *Istituzioni di diritto romano* II.1, Padova 1962, 66 ss.; P. DE FRANCISCI, *Συνάλλαγμα. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati* II, Pavia 1916, 321 ss.

Ed è in questa seconda impostazione che si è identificata, nella prima metà del secolo, la dottrina dominante⁴.

Tuttavia, come dicevo, nella seconda metà del Novecento si è verificato un recupero della dottrina che, per comodità di sintesi, potremmo chiamare 'consensualistica' in opposizione all'altra, che chiameremo 'obbligatoria'. Questo recupero non costituisce, naturalmente, un semplice ritorno al passato, perché è realizzato attraverso metodologie più moderne, con una maggiore attenzione ai contesti storici e al contributo dei singoli giuristi: di Ulpiano, di Pedio, o addirittura già di Labeone o Q. Mucio⁵. E sicuramente esso reca con sé un riavvicinamento alla prospettiva

4. E. ALBERTARIO, *Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell'art. 1097 del Codice civile*, in *Riv. dir. comm.* I (1923) = *Studi di diritto romano* III, Milano 1936, 77 ss.; O. LENEL, *Interpolationenjagd*, in *ZSS* 45 (1925), 25; F. WIEACKER, *Societas. Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft* I, Weimar 1936, 80 ss. (ancora piuttosto legato al Perozzi; cfr. anche ID., *Rec. di S. E. WUNNER, Contractus. Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht* (Köln-Graz 1964), in *TR* 35 (1967), 129 ss.); M. LAURIA, *Contractus, delictum, obligatio*, in *SDHI* 4 (1938) = *Studii e ricordi*, Napoli 1983, 620 ss.; G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*¹, Torino 1945, 42 ss. (cfr. ID., *Il sistema romano dei contratti*², Torino 1963, 29 ss.); ID., *Contratto (diritto romano)*, in *ED* IX, Milano 1961, 750 ss.; M. KASER, *Das römische Privatrecht* I², München 1971, 523; M. TALAMANCA, *Contratto e patto nel diritto romano*, in *Digesto*⁴ (sez. civ.) IV, Torino 1989 = A. BURDESE (a cura di), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova 2006, 37 ss.; ID., *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 534 ss.; ID., *Conventio e stipulatio*, in N. BELLOCCI (ed.), *Le teorie contrattualistiche nella storiografia contemporanea* (Atti Siena 1989), Napoli 1991, 210 ss.; M. SARGENTI, *Svolgimento dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in *Iura* 39 (1988), 53 e 72 ss.; R. MARTINI, *Il mito del consenso nella dottrina del contratto*, in *Iura* 42 (1991), 97 ss.; G. MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere. Contributi allo studio del negozio bilaterale romano*, Napoli 1994, 125 ss., spec. 218 s.

5. Per un ruolo centrale di Ulpiano propende F. GALLO, *Eredità di giuristi romani in materia contrattuale*, in Bellocchi (ed.), *Le teorie contrattualistiche nella storiografia contemporanea* cit., 3 ss.; ID., *Synallagma e conventio nel contratto* I, Torino 1992 e II, 1995, *passim*, che però ravvisa importanti anticipazioni in Labeone. A Pedio pensano invece G. LA PIRA, *La personalità scientifica di Sesto Pedio*, in *BIDR* 45 (1938), 293 ss.; A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani*, Napoli 1971, spec. 131 s. e nt.178; ID., *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana*, Roma-Bari 1987, 240 nt.76 (il quale però ravvisa già in Q. Mucio «un primo nucleo di pensiero ontologico» che consenta il passaggio dalla forma verbale *contrahere* all'«istituto» unitario espresso dal sostantivo *contractus*: *ibid.*, 61 s., seguito da V. MAROTTA, *Tutela dello scambio e commerci mediterranei in età arcaica e repubblicana*, in *Ostraka* 5 [1996], 105 nt.219; ID., *La scrittura di Ulpiano. Storia e sistema nelle teorie contrattualistiche del quarto libro ad edictum*, in Bellocchi (ed.), *Le teorie contrattualistiche nella storiografia contemporanea* cit., 125 ss. A Labeone si richiama R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, Palermo 1983, *passim*. Cfr. anche C. A. CANNATA, *La 'distinctio' re-verbis-litteris-consensu et les problèmes de la pratique* (*Études sur les obligations* I), in *Sein und Werden im Recht. Festgabe U. von Lübtow*, Berlin 1970, 448 s. e nt.81; ID., *Der Vertrag als zivilrechtlicher Obliegenungsgrund in der römischen Jurisprudenz der klassischen Zeit*, in *Collatio iuris Romani. Études H. Ankum* I, Amsterdam 1995, 59 ss.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town 1990, 559 ss. Più cauta la posizione di A. BURDESE, *Ancora sul contratto nel pensiero di Labeone*, in *SDHI* 51 (1985), 458 ss.; ID., *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, in AA.VV., *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano* (Atti Milano 1987) I, Milano 1988 = Burdese (a cura di), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana* cit., 17; ID., *Sulle nozioni di patto, convenzione e contratto in diritto romano*, in *Seminarios Complutenses de derecho romano* 5 (1993), 61s. = *Miscellanea romanistica*, Madrid 1994, 283ss. Un discorso a sé meriterebbe l'ipotesi di A. MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit du prêteur*, Paris 1958, di un progressivo restringimento in senso tipico di una tutela del consenso originariamente indifferenziata. Su questi problemi, cfr. ora l'ampio quadro offerto da C. CASCIONE, *Consensus. Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche*, Napoli 2003, 194 ss.

volontaristica del 'negozio giuridico' assai più matura e circostanziata di quanto avvenisse in passato: non nelle forme di un'anacronistica identificazione, quanto piuttosto nella scoperta, nel lavoro dei *prudentes*, di una serie di temi e caratteri specifici su cui la tradizione successiva avrebbe lavorato sino a ricondurle alla figura generale del negozio giuridico⁶.

In questo senso, non è certo possibile contrastare questa prospettiva con la semplice accusa di proiettare, sulle fonti romane, categorie emerse nella riflessione giuridica moderna; occorre piuttosto verificarla in concreto, tentando di comprendere se davvero siano rintracciabili, nell'esperienza antica, gli spunti per un simile percorso e in particolare una concezione del contratto come accordo produttivo di obbligazioni.

Mi sono già occupato in altra sede del pensiero di Q. Mucio Scevola⁷. Vorrei ora rivolgere l'attenzione all'elaborazione di M. Antistio Labeone.

2. La definizione di '*contrahere*' in D. 50.16.19: il testo e le sue interpretazioni

Converrà partire da un testo celeberrimo, sul quale si è nel tempo accumulata un'enorme letteratura. Il frammento labeoniano ci è giunto attraverso i *libri ad edictum* di Ulpiano:

Lab. 1 ad ed. fr. 5 Lenel = Ulp. 11 ad ed. D. 50.16.19: *Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam 'agantur', quaedam 'gerantur', quaedam 'contrahantur': et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci συνάλλαγμα vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam.*

Labeone distingue, in sede di commento edittale, tra *agere*, *gerere* e *contrahere*. Il verbo *agere*, afferma il giurista augusteo, è generale, nel senso che si può *agere* mediante una dichiarazione orale (*verbis*) o mediante un comportamento (*re*), come avviene nella *stipulatio* o nella *numratio*; il verbo *contrahere* si riferisce alla *ultro*

6. A. SCHIAVONE, *Negozio giuridico (dir. rom.)*, in ED XXVII, Milano 1977, 906 ss., spec. 908.

7. Pomp. 4 ad Q. Muc. D. 46.3.80, che ho analizzato in R. FIORI, '*Contrahere*' e '*solvere obligationem*' in Q. Mucio Scevola, in *Fides humanitas ius Studii L. Labruna*, Napoli 2007, III, 1958 ss. Nel testo si è voluta ravvisare una prima forma di 'sostanzializzazione' del contratto rispetto al valore originario del *contrahere* come semplice modo per far nascere l'obbligazione (cfr. *supra*, nt.5). L'analisi del passo mi sembra smentisca questa ipotesi: Q. Mucio afferma che (a) nelle *obligationes re contractae* la *solutio* avviene sempre *re*, perché o si rimette il debito mediante una *solutio per aes et libram* oppure si adempie (attraverso un comportamento); (b) nelle *obligationes verbis contractae* la *solutio* si realizza *verbis*, rimettendo il debito mediante *acceptilatio*, oppure *re*, adempiendo; (c) nelle *obligationes consensu contractae* la *solutio* può compiersi mediante *dissensus* oppure ancora una volta *re*, con l'adempimento. Mi pare, in altre parole, che il procedimento definitorio utilizzato da Mucio debba essere identificato in una diairesi del *genus* '*solvere obligationem*' in due *species*: da un lato, la remissione, che costituisce il *quid definiendum*; dall'altro, l'adempimento, che è invece posto – per usare il linguaggio platonico – al lato 'sinistro' della dicotomia. Non direi pertanto che dal frammento sia deducibile la nascita di una nozione sostanziale di 'contratto': per i dati in nostro possesso, sembrerebbe invece che all'epoca di Q. Mucio il centro del rapporto contrattuale sia ancora costituito dall'*obligatio*.

citroque obligatio, ciò che i Greci chiamano συνάλλαγμα, come l'*emptio venditio*, la *locatio conductio*, la *societas*; *gerere*, infine, denota un'attività realizzata senza parole.

Se con il tempo si è affermata l'opinione di una sostanziale genuinità del passo⁸, i problemi da esso sollevati restano molti. In questa sede non vorrei dare a ciascuno il medesimo peso, ma piuttosto concentrarmi sui profili rilevanti ai fini di una verifica della prospettiva 'consensualistica'.

Per quanto attiene alla palingenesi del testo, se si è sostanzialmente d'accordo circa la sua collocazione nel commento ulpiano all'editto sul *metus*⁹, si versa nella più assoluta incertezza rispetto alla individuazione della posizione del frammento nell'opera di Labeone: sappiamo dallo stesso Ulpiano che la citazione è tratta dal primo libro del commento di Labeone all'editto del pretore urbano ma, non conoscendo con certezza i rapporti e le corrispondenze tra i *libri* dei due giuristi, tutto ciò che possiamo dire è che Labeone aveva inserito la *definitio* all'inizio della sua opera¹⁰. Non mi sembra dunque possibile desumere molto, circa il contenuto del passo, da argomenti palingeneticici.

Assai più rilevante, ai nostri fini, è la discussione che si è animata rispetto al valore del termine *obligatio*. Si è affermato, infatti, che l'espressione sia stata impiegata da Labeone nella sua (ipotizzata) accezione originaria, ossia non nel senso di 'vincolo', bensì di 'atto obbligante'¹¹. Conseguentemente, l'espressione *ultra citroque obligatio*

8. È quanto emerge in particolare dall'esame di B. ALBANESE, *Agere, gerere e contrahere in D. 50.16.19. Congetture su una definizione di Labeone*, in *SDHI* 38 (1972), 229 ss. = *Scritti giuridici* II, Palermo 1991, 1153 ss. e di Santoro, *Il contratto nel pensiero di Labeone* cit., 52 ss. La proposta più rilevante di interpolazione successivamente proposta è quella avanzata da Gallo, *Synallagma e conventio nel contratto* cit., I, 97 ss. (seguito da C. PELLOSO, *Le origini aristoteliche del συνάλλαγμα di Aristone*, in L. GAROFALO [a cura di], *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano* I, Padova 2007, 53 nt.107), su cui cfr. *infra*, nt.54.

9. Cfr. per tutti, da ultimo, G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio* II.1. *Requisiti delle actiones negotiorum gestorum*, Cassino 2003, 82 s., con bibliografia.

10. Per quanto sia probabilmente preferibile l'ipotesi che il testo fosse inserito nella trattazione del *ius domum revocandi*: così Albanese, *Agere, gerere e contrahere in D. 50.16.19* cit., 207 ss. (= 1133 ss.), seguito da Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio* cit., II.1, 91 (*ibid.*, 84 ss., ampia discussione delle diverse ipotesi).

11. A mia scienza, la prima affermazione di questa idea è in G. VON BESELER, *Einzelne Stellen*, in *ZSS* 52 (1932), 294, per il quale l'espressione *ultra citroque obligatio* sarebbe – se intesa come 'vincolo reciproco' – «unlateinisches Latein»; al contrario, essa dovrebbe essere letta come «gegenseitige Obligation». È stata successivamente riaffermata da H. P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Recht*, Hamburg 1965, 11; F. DUMONT, *Obligatio*, in *Mélanges Ph. Meylan* I, Lausanne 1963, 77 ss.; L. LANTELLA, *Note semantiche sulle definizioni di obligatio*, in *Studi G. Grosso* IV, Torino 1971, 165 ss.; ID., *Il lavoro sistematico nel discorso giuridico romano*, Torino 1975, 56 e nt.65; P. CERAMI, *D. 2.14.5 (Ulp. 4 ad ed.)*. *Congetture sulle 'tres species conventionum'*, in *Annali Palermo* 36 (1976), 195 ss. (il quale pensa che *ultra citroque obligatio* vada inteso come il riferimento a un incontro di volontà diverso dall'accordo, cui perverrà solo il pensiero di Pedio: *ibid.*, 198); Santoro, *Il contratto nel pensiero di Labeone* cit., 14 ss.; W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn-München-Wien-Zürich 1990, 23 ss.; C.A. CANNATA, *Atto giuridico e rapporto giuridico*, in *SDHI* 57 (1991), 335 ss.; ID., *Contratto e causa nel diritto romano*, in L. VACCA (ed.), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica* (Atti Aristec 1995), Torino 1997 = Burdese (a cura di), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana* cit., 187 ss., spec. 203 ss.; ID., *La nozione di contratto nella giurisprudenza romana dell'epoca classica*, in P. PICHONNAZ (éd.), *Autour du droit des contrats. Contributions de droit romain en l'honneur de Felix Wubbe*, Genève-Zürich-Bâle 2009, 31 (cfr. 29); Gallo, *Synallagma e conventio nel contratto* cit., I, 152 ss.; G. FALCONE, *Obligatio est iuris vinculum*, Torino 2003, 166 nt.434; cfr. 38 s. nt.97.

dovrebbe essere intesa non come 'obbligazione reciproca', bensì come 'reciproco atto obbligante', cioè come un riferimento al carattere convenzionale del negozio, al consenso espresso dalle parti¹².

Quest'uso di *contrahere* si estenderebbe a tutti i contratti: non solo a quelli reali e formali – che nel passo Labeone inserirebbe all'interno dell'*agere* solo per mettere in evidenza il modo in cui l'atto è esteriormente realizzato¹³ – ma più in generale a tutte le convenzioni produttive di obbligazioni, anche se atipiche e anche se non sinallagmatiche¹⁴.

In tal modo il giurista augusteo avrebbe costruito una categoria generale del contratto basata sul consenso, che avrebbe anticipato le concezioni moderne del contratto come atto produttivo di obbligazioni e superato i limiti del sistema tipico romano¹⁵. Ma di questa teoria ci sarebbero giunte poche tracce, perché a essa

12. Santoro, *Il contratto nel pensiero di Labeone* cit., spec. 23.

13. Santoro, *Il contratto nel pensiero di Labeone* cit., 40 s. Altra bibliografia in P. GRÖSCHLER, *Auf den Spuren des Synallagma. Überlegungen zu D. 2.14.7.2 und D. 50.16.19*, in N. BENKE – F.-S. MEISSEL (Hg.), *Antike – Recht – Geschichte. Symposium zu Ehren von P. E. Pieler*, Frankfurt a.M 2009, 57 s. nt.22.

14. Questa l'impostazione di Santoro, *Il contratto nel pensiero di Labeone* cit., spec. 23, che – per quanto a mio avviso non possa essere accolta: cfr. *infra*, § 3 – è coerente con l'ipotesi formulata circa l'originario valore di *obligatio* come 'atto' e con il collegamento a questa, nel passo di Labeone, dell'espressione *ultra citroque*. Questa teoria è stata criticata, in modo diverso, da Gallo, *Synallagma e conventio nel contratto* cit., I, 153 ss. e da Cannata, *La nozione di contratto* cit., 33 ss., ma con esiti meno coerenti. Entrambi questi ultimi autori ritengono che, nel passo, con il termine *obligatio* si indichi l'atto e non il rapporto (Gallo, *op. cit.*, 152; Cannata, *op. cit.*, 31). Tuttavia, per il primo, *ultra citroque* si riferirebbe alla reciprocità del vincolo, essendo il consenso implicito nell'idea di *contrahere* come attività umana consapevole, cosicché *ultra citroque obligatio* dovrebbe essere resa come «atto obbligante reciprocamente» (Gallo, *op. cit.*, 153 nt.195). Per il secondo, il contratto labeoniano sarebbe «un atto obbligatorio aperto alla bilateralità sostanziale», ossia «un atto che le parti concludono con l'intento di impegnarsi entrambe per la realizzazione di un certo affare e si dichiarano dunque disposte ad assumersi ciascuna le obbligazioni funzionali a tale realizzazione, ma le obbligazioni che poi concretamente sorgono potranno riguardare entrambe le parti, ovvero una sola, ovvero ancora nasceranno per una dalla conclusione stessa del contratto e per l'altra potranno eventualmente sorgere per le vicende della sua esecuzione» (Cannata, *op. cit.*, 33). Entrambe queste posizioni si basano a mio avviso su una incomprensione del rapporto tra *ultra citroque* e *obligatio*: *ultra citroque* non esprime una reciprocità derivata 'dalla' *obligatio*, bensì una reciprocità 'della' *obligatio* (così come, in Gai. *3 ad ed. prov. D. 3.5.2, ultra citroque actio* esprime la reciprocità dell'azione), perciò, se si sostiene un valore di *obligatio* come 'atto', bisognerà necessariamente concordare con Santoro nel vedervi il consenso. È in effetti è ciò che Gallo e Cannata nella sostanza ammettono, allorché affermano che nel *contractus* labeoniano le obbligazioni nascono dall'accordo e possono rivolgersi a una reciprocità anche potenziale, così da ricomprendere sia le convenzioni potenzialmente sinallagmatiche (ossia i cd. contratti imperfettamente bilaterali) sia le convenzioni atipiche. Infatti questa ricostruzione, se spostata sul piano del sorgere delle obbligazioni, porterebbe comunque ad affermare che Labeone considerava le convenzioni atipiche vincolanti in virtù del semplice consenso, perché per aversi due obbligazioni è necessario che il vincolo nasca a partire dall'accordo, e non a seguito dell'esecuzione di una prestazione, come affermerà Aristone. Dunque si potrà al massimo sostenere che un simile ruolo del consenso non risulta espressamente dal testo labeoniano, ma si dovrà ammettere che ne è il presupposto: con il che si ricade, nella sostanza, nella teoria di Santoro che Gallo e Cannata criticano.

15. Santoro, *Il contratto nel pensiero di Labeone* cit., *passim*; Gallo, *Synallagma e conventio nel contratto* cit., I, 160 ss.; II, 1 ss.; ID., *Ai primordi del passaggio dalla sinallagmaticità dal piano delle obbligazioni a quello delle prestazioni*, in Vacca (ed.), *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica* cit. = Burdese (a cura di), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana* cit., 162 ss.; Cannata, *Contratto e causa nel diritto romano* cit., 189 ss.

sarebbe stata nel tempo preferita la concezione 'sabiniana' del contratto, maggiormente legata alla tipicità¹⁶, fissata nel principio ulpiano secondo il quale *ex nudo pacto non oritur actio*.

3. Critica della teoria dell'*obligatio* come 'atto'

Il punto di partenza della costruzione sin qui descritta è, dicevo, la configurabilità di un valore originario di *obligatio* come 'atto' e la sua conservazione da parte di Labeone, così da poter tradurre *ultra citroque obligatio* non – come a prima vista si potrebbe pensare – 'obbligazione caratterizzata da reciprocità', bensì 'atto reciproco produttivo di obbligazioni'.

Ora, che nel passo il termine *obligatio* potesse avere un simile valore è, a me sembra, assai dubbio¹⁷.

Innanzitutto è fragile l'argomento linguistico che muove dalla formazione del vocabolo (un deverbativo femminile astratto in *-ti-ōn-*) per sostenere che il termine rechi in sé innanzitutto l'idea di 'atto'¹⁸. Se è vero infatti che il suffisso esprime – soprattutto in connessione con i verbi *esse* e *habere* – la modalità e la possibilità dell'azione, tuttavia particolarmente nel linguaggio giuridico esso può esprimerne il risultato: è quel che è accaduto, ad esempio con *actio*, termine che è abbastanza verisimile abbia sviluppato da tempo, accanto al valore di 'atto di *agere*', quello di formulario o strumento processuale¹⁹. D'altronde, nel frammento di Labeone, l'*obligatio* è identificata con il *contractum*, ossia non con l'atto del *contrahere*, ma con il participio passato del verbo che ne indica il risultato: 'ciò che è stato contratto'. Infine, posto che Labeone, in altri luoghi, utilizza il termine nel senso di 'rapporto giuridico'²⁰, non si comprende perché invece, nel frammento sopravvissuto in

16. Cfr. Gallo, *Ai primordi del passaggio dalla sinallagmaticità dal piano delle obbligazioni a quello delle prestazioni* cit., 159 ss.

17. Una simile possibilità era stata esplicitamente esclusa anche da Albanese, *Agere, gerere e contrahere* in D. 50.16.19 cit., 239 (= 1163).

18. Santoro, *Il contratto nel pensiero di Labeone* cit., 19 nt.31, seguito da Gallo, *Synallagma e conventio nel contratto* cit., I, 151 s.

19. Per il suffisso, cfr. M. LEUMANN – J.B. HOFMANN – A. SZANTYR, *Lateinische Grammatik* I, München 1977, 366 e II, München 1972, 742. *Actio* aveva all'inizio, verisimilmente, anche valore negoziale: cfr. M. WILSAK, *Römische Prozessgesetze* II, Leipzig 1891, 4 nt.5; cfr., in generale, ID., *Actio*, in RE I.1, Stuttgart 1893, 303 ss., e G. PUGLIESE, *Actio e diritto subbiiettivo*, Milano 1939, 18 ss.; di questo valore in Gaio si occupa di recente G. FALCONE, *Appunti sul IV commentario delle Istituzioni di Gaio*, Torino 2003, 1 ss.

20. Lab. 4 post. Iav. D. 19.2.58, 1; Iav. 6 post. Lab. D. 24.3.66.5. Santoro, *Il contratto nel pensiero di Labeone* cit., 18 s. nt.28, sostiene che i due testi sarebbero inutilizzabili per ricostruire il vocabolario di Labeone. Il primo, perché da riferire alla riscrittura di Giavoleno, volta in prima persona (cfr. il *puto*) dall'operazione postclassica di estrapolazione e riscrittura di una 'serie-Labeone' dall'unica opera di Giavoleno *ex posterioribus Labeonis*, secondo la tesi di S. DI PAOLA, *L'opera di Giavoleno Prisco sui 'libri posteriores' di Labeone*, in BIDR 49-50 (1947), 277 ss. Senonché, com'è noto, la tesi del Di Paola è oggi sostanzialmente isolata, distinguendosi per lo più, a seconda dell'*inscriptio*, tra una 'serie-Labeone' ed una 'serie-Giavoleno', delle quali la prima dovrebbe riproporre l'opera del giurista augusteo; cfr. comunque, sul complesso problema, A. PERNICE, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit* I.1, Halle 1873, 69 ss.; P. JÖRS, *Antistius*, in RE I.2, Stuttgart 1897, 2553; Fr. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961, 257 ss. = *Storia della giurisprudenza romana*,

D. 50.16.19, egli avrebbe anacronisticamente conservato il valore arcaico di 'atto', con l'effetto di rendere incomprensibile il proprio pensiero ai suoi stessi contemporanei, ormai usi al significato di 'vincolo'.

In secondo luogo, nella prospettiva qui criticata, la reciprocità espressa da *ultra citroque*, riferendosi all'atto (ossia, si afferma, alla prestazione bilaterale del consenso) e non al vincolo, dovrebbe riguardare tutti gli atti bilaterali produttivi di obbligazioni²¹ (anche quando il vincolo sorge a carico di una sola parte), cosicché non si spiegherebbe l'inclusione della *stipulatio* e della *numeratio*, che comprende anche il mutuo, tra i casi di *agere*. Se infatti si ritiene che *agere* sia il *genus* entro cui si colloca come *species* il *contrahere* – nel senso che con *agere* si indicherebbe ogni attività verbale e non verbale, mentre con *contrahere* ogni attività verbale o non verbale che si specifica come prestazione di consenso²² – si dovrebbe accusare nuovamente Labeone di scarsa chiarezza, posto che, tra i tanti esempi (anche non contrattuali) che egli poteva addurre, avrebbe scelto proprio esempi di *agere* basato sul consenso, ossia esempi che, in senso stretto, sarebbero piuttosto rientrati nel *contrahere*.

Più in generale, a destare perplessità è la stessa conservazione di un tale primigenio valore nel linguaggio della giurisprudenza: i passi usualmente richiamati a questo scopo non sembrano affatto risolutivi.

Nel testo indicato come il più rilevante²³, Paolo afferma che ogni *obligatio* deve essere intesa *pro contractu*, perché ovunque ci si sia obbligati si ritiene che anche si sia contratto, sebbene il *debitum* non sia *ex crediti causa*:

Paul. 58 *ad ed.* D. 5.1.20: *omnem obligationem pro contractu habendam existimandum est, ut ubicumque aliquis obligetur, et contrahi videatur, quamvis non ex crediti causa debeat.*

Il brano è a prima vista sconcertante, perché parrebbe mettere da parte la distinzione tra obbligazioni da contratto e obbligazioni da delitto. Tuttavia, collocato nel suo contesto, il senso del frammento si spiega agevolmente.

Firenze 1968, 368 ss.); A.M. HONORÉ, *Labeo's 'Posteriora' and the Digest Commission*, in *Daube Noster. Essays in Legal History for D. Daube*, Edinburgh-London 1974, 161 ss.; Schiavone, *Giuristi e nobili cit.*, 239 nt.70; Ch. KOHLHAAS, *Die Überlieferung der 'libri posteriores' des Antistius Labeo*, Pfaffenweiler 1986, 20 ss.; D. MANTOVANI, *Sull'origine dei 'libri posteriores' di Labeone*, in *Labeo* 34 (1988), 271 ss. Mi sembra tuttavia necessario riconoscere una precisa citazione labeoniana anche nel secondo passo, posto che il rinvio a Labeone è esplicito e Giavoleno distingue chiaramente il proprio giudizio da quello del giurista più antico; dato, questo, che non viene contraddetto neanche da Santoro, *loc. cit.*, il quale esclude la rilevanza della seconda testimonianza perché la ritiene interpolata, sulla scorta di E. LEVY, *Der Hergang der römischen Ehescheidung*, Weimar 1925, 12 nt.5; ma va rilevato che quest'ultimo riteneva spuria l'espressione *dotis obligatio* solo perché *hapax legomenon*, e che, se si elimina il tratto *quoniam... translata*, il responso di Labeone perde la sua motivazione.

21. Ai romani era infatti ben presente la necessità dell'accordo in ogni *obligatio contracta*: cfr. Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.1.3: *... adeo autem conventionis nomen generale est ut eleganter dicat Pedius (ad ed. fr. 1 LENEL) nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est* (la notazione è anche in Gröschler, *Auf den Spuren des Synallagma cit.*, 58).

22. Santoro, *Il contratto nel pensiero di Labeone cit.*, 41.

23. Santoro, *Il contratto nel pensiero di Labeone cit.*, 14 ss.; cfr. Flume, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis cit.*, 23 s.

Paolo sta commentando il titolo editale *de bonis possidendis proscribendis vendundis*, e in particolare il problema della competenza territoriale nella *bonorum venditio*. Ebbene, nel frammento precedente – ricostruito attraverso un luogo parallelo di Gaio, ad esso accostato dai compilatori – si afferma che i beni devono essere venduti dove il convenuto è tenuto a difendersi (cioè dove ha il domicilio) oppure dove abbia ‘contratto’²⁴: un uso editale di *contrahere* del tutto peculiare, perché, lo spiegano chiaramente Gaio e Giuliano, con esso si indica non il luogo dove è sorto il vincolo, bensì quello in cui l’obbligazione deve essere sciolta²⁵.

Nella medesima direzione doveva andare il commento di Paolo: questi voleva evidentemente affermare che anche nelle obbligazioni non contrattuali, per individuare la sede ove compiere la *bonorum venditio*, occorre guardare al luogo in cui si è ‘contratto’, ossia al luogo dell’adempimento. Pertanto egli non intendeva affatto utilizzare il termine *obligatio* per indicare l’atto obbligante, ma solo chiarire un uso ampio del verbo *contrahere* nel linguaggio dell’editto²⁶, che oltretutto non riguarda il momento del sorgere dell’obbligazione, ma quello del suo scioglimento.

Lo stesso deve ripetersi per tutti quei passi in cui, particolarmente in tema di *stipulatio*, il termine *obligatio* viene apparentemente utilizzato per indicare il negozio: in realtà, in essi il termine può riferirsi anche al vincolo²⁷, e talora con certezza solo

24. Paul. 58 ad ed. fr. 711 LENEL: [Venire bona ibi oportet, ubi quisque defendi debet, id est (Gai. 23 ad ed. prov. D. 42.5.1)] ubi domicilium habet, (Paul. 54 [ma 58] ad ed. D. 42.5.2) [aut ubi... contraxerit (Gai. 23 ad ed. prov. D. 42.5.3)].

25. Gai. 23 ad ed. prov. D. 42.5.3: ... contractum autem non utique eo loco intellegitur, quo negotium gestum sit, sed quo solvenda est pecunia; Iul. 3 ex Min. D. 44.7.21: contraxisse unusquisque in eo loco intellegitur, in quo ut solveret se obligavit (anche questo passo forse riferibile alla *bonorum venditio*: cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis* II, Leipzig 1899, 487 nt.1). Per quanto riguarda il primo passo, non escluderei in assoluto – anzi riterei probabile – che l’espressione *negotium gerere* indichi non solo il momento della nascita del rapporto, ma anche la sua vita successiva; tuttavia, se nei circa trenta casi in cui la locuzione è utilizzata in contesti (in senso moderno) negoziali al di fuori della *negotiorum gestio* (cfr. *VIR* IV, Berlin-New York 1914-1936-1985, 92, ll. 34 ss.; cfr. anche *VIR* I, Berlin 1903, 1094, ll. 30 s.) è in genere difficile escludere il concorso delle due valenze, almeno in quattro passi, di cui tre gaiani, sembra doversi riconoscere un uso nel senso di ‘realizzare un negozio’: Gai. 10 ad ed. prov. D. 19.5.22; Gai. 12 ad ed. prov. D. 26.8.9.6; Gai. 3 inst. D. 44.7.2.1 (= Gai. 3.136); Ulp. 1 ad ed. aed. cur. D. 2.14.31. Per quanto attiene al passo di Giuliano, il riferimento al ‘luogo in cui si è obbligato ad adempiere’ può essere inteso come un riferimento al luogo in cui è sorta l’obbligazione – ma allora non si spiegherebbe la precisazione *ut solveret* – oppure come un riferimento al luogo in cui si deve (= si è obbligati ad) adempiere: interpretazione che mi sembra preferibile sia sul piano letterale, sia perché si accorda con il passo di Gaio.

26. Cfr. anche A. D’ORS, *Creditum und contractus*, in ZSS 74 (1957), 95 (benché in una lettura complessiva non del tutto condivisibile); S. E. WUNNER, *Contractus. Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht*, Köln-Graz 1964, 74 s. (critica di d’Ors) e 88 s.; e soprattutto Albanese, *Agere, gerere e contrahere in D. 50.16.19 cit.*, 211 s. (= 1135 s.).

27. Cfr. Paul. 35 ad ed. D. 23.4.12.2: si mulier pacta sit, ne amplius quam pars dimidia dotis a se petatur et poenam stipulata sit, Mela (fr. 18 LENEL) ait aliterutro eam contentam esse oportere: vel exceptione pacti et acceptam facere poenae obligationem, vel, si ex stipulatu agat, denegandam ei exceptionem. Flume, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis* cit., 23 ss. ha voluto intendere l’*obligatio poenae* come sinonimo di (atto con cui si realizza una) *stipulatio poenae*, ma l’espressione può senz’altro leggersi come un riferimento al vincolo prodotto dalla *stipulatio* (per Santoro, *Il contratto nel pensiero di Labeone* cit., 19 nt.30, il passaggio di Mela è interpolato). Lo stesso deve ripetersi per Pomp. 15 ad Sab. D. 45.1.21: si divortio facto ea, quae nihil in dote habeat, dotis nomine centum dari stipuletur, vel quae centum dumtaxat habeat, ducenta dotis nomine dari stipuletur: Proculus (fr. 161 LENEL) ait, si ducenta stipuletur quae centum habeat, sine

a questo²⁸; più in generale, accade spesso che i romani impieghino 'obligatio' per indicare i singoli contratti con riferimento non solo alla loro fase costitutiva, ossia in quanto 'atti', ma anche in quanto rapporti: è noto che la *stipulatio* viene spesso descritta come *verborum obligatio*²⁹, e nello stesso D. 50.16.19, sono senz'altro chiamati 'obligatio' contratti come l'*emptio venditio*, la *locatio conductio* e la *societas*.

Sono questi, a ben vedere, dati che non solo non supportano la teoria 'consensualistica', ma addirittura depongono per la teoria 'obbligatoria', perché mostrano una identificazione tra il contratto e il vincolo, coerente con la concezione del primo come *obligatio contracta* (cfr. *infra*, § 8).

4. Gli usi labeoniani di 'contractus'

A quanto sin qui rilevato, occorre aggiungere che l'ipotizzata tutela generale del consenso, estesa alle convenzioni atipiche, non risulta in alcun modo dai testi riferibili a Labeone. Non abbiamo, cioè, elementi per sostenere che il giurista augusteo, in considerazione della (ipotizzata) propria peculiare concezione del *contrahere*, avesse assunto in tema di rapporti atipici una posizione diversa da quella che sarà più tardi espressa da Aristone, quando questi affermerà che le convenzioni atipiche determinano la nascita di un'*obligatio* solo quando vi sia una *causa*, e non sulla base del semplice consenso³⁰.

dubio centum quidem in obligationem venire, alia autem centum actione de dote deberi. dicendum itaque est, etiamsi nihil sit in dote, centum tamen venire in stipulationem, sicuti, cum filiae vel matri vel sorori vel alii cuilibet dotis nomine legaretur, utile legatum esset (cfr. Santoro, *op. ult. cit.*, 19 nt.30), e per Ven. *1 stip.* D. 45.1.13.5: *si ab eo stipulatus sim, qui efficere non possit, cum alio possibile sit, iure factam obligationem Sabinus* (fr. 203 LENEL) *scribit*. In Gai. 3.92 (su cui ancora Santoro, *op. ult. cit.*, 15 e nt.19; cfr. Falcone, *Obligatio est iuris vinculum cit.*, 38 nt.97) si dice che la *verbis obligatio fit* (si realizza, ma anche nasce) *ex interrogatione et responsione*, e lo stesso può affermarsi per 3, 128 e 3, 136 (su cui Falcone, *op. ult. cit.*, 38 nt.97).

28. In Proc. *5 epist.* D. 50.16.125 (... *quod si aliquam vim habeat posterior obligatio, 'possit' uerbum quomodo interpretaris, utrum aere alieno deducto an extante?*), parlandosi di *vis* dell'*obligatio*, si fa chiaramente riferimento al vincolo, e non all'atto (cfr. invece Santoro, *Il contratto nel pensiero di Labeone cit.*, 19 nt.30). Lo stesso deve ripetersi per il testo del senatoconsulto Velleiano (49 d.C., in Ulp. 29 *ad ed.* D. 16.1.2.1), nel quale si parla di *obligationes feminarum*: anche qui non è riconoscibile un valore di *obligatio* come atto (come vorrebbe Santoro, *loc. cit.*), sia perché nel testo si parla espressamente di vincolo (*obligationibus obstringi*), sia in considerazione del commento ulpiano (D. 16.1.2.4), nel quale il termine è senz'altro usato per esprimere il vincolo nascente in virtù del contratto: *omnis omnino obligatio senatus consulto Velleiano comprehenditur, sive verbis sive re sive quocumque alio contractu intercesse- rint*. In Gai. 3.155, (su cui Santoro, *op. ult. cit.*, 15 nt.18; questa volta dubbioso Falcone, *Obligatio est iuris vinculum cit.*, 38 s. nt.97), si dice che la *mandati obligatio* 'è contratta' (*contrahitur*), con evidente riferimento all'effetto; in Gai. 3.170 si dice che mediante *acceptilatio* si estinguono le *obligationes quae in verbis consistunt*, il che potrebbe far pensare a un riferimento all'atto (così Falcone, *op. ult. cit.*, 38 nt.97), ma immediatamente dopo si afferma che *consentaneum... est visum verbis factam obligationem posse aliis verbis dissolvi*, con evidente riferimento al vincolo.

29. Ad es. Gai. 3.93 (Santoro, *Il contratto nel pensiero di Labeone cit.*, 15 nt.19; Falcone, *Obligatio est iuris vinculum cit.*, 38 nt.97).

30. Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.1.7.2: *sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc συνάλλαγμα esse et hinc nasci civilem obligationem*. Si noti, peraltro, che nel resoconto ulpiano Mauriciano ritiene di poter senz'altro rendere l'affermazione di Aristone (*esse obligationem*) con il termine 'contratto' (*esse contractum*), confermando la lettura di quest'ultimo come *obligatio con-*

Una diversa risposta di Labeone non può dedursi innanzitutto dall'unico³¹ testo in cui è possibile – ma non sicuro – che Labeone abbia usato i termini *contrahere* o *contractus* per indicare le convenzioni atipiche:

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.*

È verisimile che il frammento traesse origine da un caso concreto che tuttavia, allo stato delle fonti, è impossibile identificare. Si è pensato che il giurista stesse affrontando il problema della qualificazione giuridica dell'attribuzione *in perpetuum* dei fondi municipali³², oppure, che il § 3 debba essere letto alla luce del precedente § 2, nel quale si tratta di una *silva caedua* che *in quinquennium venierat*, e che potrebbe essere interpretata non come vendita del legname, ma come vendita *in quinquennium* del fondo nel quale si trovava il bosco ceduo³³. In ogni caso³⁴ nel frammento si afferma semplicemente che non può essere *emptio venditio* il negozio nel quale si sia stabilito che la cosa trasferita da un contraente all'altro non possa passare in proprietà, ma che deve trattarsi di *locatio conductio* o di un *aliud genus contractus*. E, benché molti interpreti recenti abbiano ricondotto quest'ultima espressione alla problematica dei *nova negotia*³⁵, non è assolutamente da escludere la più risalente e più prudente interpretazione secondo cui Labeone faceva riferimento a contratti nominati diversi dalla compravendita e dalla locazione³⁶. Anzi, considerando che – come

tracta: et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum ut Pamphilum manumittas: manumissisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo συνάλλαγμα dicit, unde haec nascitur actio.

31. Gli altri casi riguardano sempre contratti tipici: Lab. *ad ed.* fr. 76 LENEL = Ulp. 27 *ad ed.* D. 13.4.2.8 (*stipulatio*, rispetto all'*actio de eo quod certo loco*); Lab. *ad ed.* fr. 95 LENEL = Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.1.8 pr (*mandatum, depositum*); Lab. 4 post. a lav. epit. D. 18.1.78.2 (*emptio venditio*); Lab. 4 post. a lav. epit. D. 19, 2, 58, 1 (*locatio conductio*); Lab. *ad ed.* fr. 147 LENEL = Ulp. 66 *ad ed.* D. 42.8.6.6 (*pignus, venditio*). Si riferiscono in generale all'attività di contrattare Lab. *ad ed.* fr. 85 LENEL = Ulp. 29 *ad ed.* D. 15.1.3.1 e Lab. *ad ed.* fr. 143 LENEL = Ulp. 60 *ad ed.* D. 5.1.19.3. Si noti che il riferimento a contratti tipici – tranne che per D. 18.1.80.3 e D. 19.5.19 pr – non è contestato neanche da Santoro, *Il contratto nel pensiero di Labeone* cit., 62 ss. e da Gallo, *Synallagma e conventio nel contratto* cit., I, 168 ss. (benché quest'ultimo a. ritenga che le espressioni non siano riconducibili a Labeone né in D. 13.4.2.8, né in D. 42.8.6.6: cfr. *ibid.*, 182 ss.). Su Lab. *ad ed.* fr. 100 LENEL = Ulp. 31 *ad ed.* D. 19.5.19 pr, cfr. *infra*, nt.45.

32. M. TALAMANCA, *Vendita (diritto romano)*, in *ED XLVI*, Milano 1993, 314 nt.109.

33. Gallo, *Synallagma e conventio nel contratto* cit., I, 175 e nt.30.

34. Per un più ampio esame del testo rinvio a quanto scritto in R. FIORI, *La definizione della locatio conductio. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli 1999, 177 ss.

35. Schiavone, *Studi sulle logiche dei giuristi romani* cit., 90 ss.; Id., *Giuristi e nobili* cit., 178; Albanese, *Agere, gerere e contrahere* in D. 50.16.19 cit., 1144; Santoro, *Il contratto nel pensiero di Labeone* cit., 68, 70, 115 ss., 148, 158; A. BURDESE, *Sul riconoscimento civile dei cd. contratti innominati*, in *Iura* 36 (1985), 21 s.; Id., *Ancora sul contratto nel pensiero di Labeone* cit., 466; Id., *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone* cit., 30 ss.; M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani tra 'conventio' e 'stipulatio' fino a Labeone*, in AA.VV., *Contractus et pactum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana* (Atti Copanello, 1988), Napoli 1990, 103 nt.261; Gallo, *Synallagma e conventio nel contratto* cit., I, 174 ss.; Pelloso, *Le origini aristoteliche del συνάλλαγμα di Aristotele* cit., 55 nt.113.

36. Come il *pignus*, il *depositum* o il *commodatum*: cfr. per tutti ACCURSIUS, gl. *genus contractus* ad D. 18.1.80.3, e A. FAVRE, *Rationalia in Pandectas*, Aurelianae 1626, V, 322, che scartavano esplicita-

vedremo – al contrario di quanto si afferma in genere Labeone non parla mai di convenzioni atipiche, la seconda ipotesi appare ben più verisimile.

In ogni caso, anche volendo accettare un (improbabile) uso labeoniano di *contractus* per le convenzioni atipiche, il testo non permette minimamente di desumere una tutela delle stesse basata sul semplice consenso: per poterlo affermare, dovremmo essere sicuri che nessuna delle due prestazioni era stata eseguita, altrimenti la fattispecie potrebbe rientrare nella 'regola' espressa da Aristone. Ma per quel che dice il passo, parrebbe che il problema di Labeone sia solo quello della determinazione del tipo contrattuale ai fini della scelta dell'*actio*.

Occorre peraltro aggiungere che appare senz'altro strano che Labeone, proprio nel testo (D. 50.16.19) nel quale teorizzerebbe una nuova concezione di *contractus* ammettendo una tutela generale delle convenzioni anche atipiche basata sul semplice consenso, si sia limitato a citare quali esempi³⁷ dei banali contratti tipici, creando ambiguità nel proprio pensiero³⁸.

5. Labeone e l'*agere praescriptis verbis*

Ma passiamo a una seconda, importante verifica: tentiamo di appurare se – al di là delle definizioni – dai testi riconducibili a Labeone si possa comunque dedurre, negli effetti, una proposta di tutelare le convenzioni atipiche sulla base del semplice consenso.

Ebbene, se ci rivolgiamo agli impieghi labeoniani dell'*agere praescriptis verbis*³⁹ ci accorgiamo che, diversamente da quanto in genere si sostiene, il giurista non usa mai il rimedio atipico a tutela di contratti atipici⁴⁰, ma lo suggerisce essenzialmente in tre ipotesi:

a) quando, nel dubbio relativo alla struttura di un contratto tipico, si sia incerti su quale azione utilizzare: così, ad esempio, quando in un contratto di locazione

mente l'ipotesi del «*contractus innominatus*». Nella dottrina moderna M. SARGENTI, *Labeone e la nascita dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in *Iura* 38 (1987), 42 ss.; Burdese, *Sulle nozioni di patto, convenzione e contratto in diritto romano* cit., 57 (= *Miscellanea romanistica* cit., 279).

37. Come nella prospettiva qui criticata è considerata la menzione dei tre contratti consensuali: cfr. Gallo, *Synallagma e conventio nel contratto* cit., I, 157.

38. È chiaro che l'ipotesi che questi contratti siano stati assunti come 'modelli' (Gallo, *Synallagma e conventio nel contratto* cit., I, 159) è abbastanza debole, perché la scelta sarebbe andata in senso sostanzialmente contrario rispetto alle (supposte) finalità del giurista: nessuno poteva seriamente contestare che l'*emptio venditio*, la *locatio conductio* e la *societas* fossero contratti a prestazioni corrispettive, e pochi avrebbero compreso la novità rappresentata dalla originale definizione di *contractus*. Sulla teoria dell'*a. circa una reciprocità riferita sia all'atto che al rapporto*, cfr. *supra*, nt.14.

39. Un esame più accurato di questi testi è in M.F. CURSI – R. FIORI, *Le azioni generali di buona fede e di dolo nel pensiero di Labeone*, in *BIDR* 105 (2011), 145 ss. Preferisco non pronunciarmi rispetto a Lab. 6 post. a Iav. epit. D. 16.3.33, nel quale è estremamente problematico non solo il riferimento all'*actio incerti*, ma anche la identificazione con questa dell'*actio ad exhibendum*.

40. Lo rilevava, per quanto cautamente, anche Talamanca, *La tipicità dei contratti romani* cit., 105 e nt.270: «è molto dubbio se ed in quale misura il giurista volesse consapevolmente risolvere, con quello che Ulpiano chiama l'*agere praescriptis verbis*, il problema dei *nova negotia* in senso ampio», anche in considerazione della «circostanza che l'*agere praescriptis verbis* si trova, assai spesso, in una connessione piuttosto lontana da codesta tematica». Cfr. anche Id., *Note su Ulp. 11 ad ed. D. 4. 3. 9. 3. Contributo alla storia dei cd. contratti innominati*, in *Studi E. Fazzalari* I, Milano 1993, 238.

marittima si dubiti sulla qualificazione del rapporto come locazione della nave o come contratto di trasporto e, conseguentemente, sulla scelta tra l'*actio conducti* o l'*actio locati*⁴¹;

- b) quando un contratto tipico è sottoposto a una condizione sospensiva mista⁴² o a un *pactum displicentiae*⁴³ e la condizione non si avvera per un fatto riconducibile a una parte, o comunque il *periculum* durante il periodo di sospensione ricade su una parte⁴⁴: le obbligazioni principali sono divenute definitivamente inefficaci, e

41. Lab. *ad ed.* fr. 98 LENEL = Pap. 8 *quaest.* D. 19.5.1.1: *domino mercium in magistrum navis, si sit incertum, utrum navem conduserit an merces vehendas locaverit, civilem actionem in factum esse dandam Labeo scribit.* Sul passo cfr. oltre a Cursi – Fiori, *Le azioni generali di buona fede e di dolo cit.*, 147 s., anche Fiori, *La definizione della locatio conductio cit.*, 128 ss. e ID., *Forme e regole dei contratti di trasporto marittimo in diritto romano*, in *Rivista di diritto della navigazione* 39 (2010), 149 ss. e spec. 172 ss. In tutta evidenza il frammento non può testimoniare alcunché in relazione alla tutela dei contratti innominati, cui pure spesso viene accostato: cfr. ad es. Santoro, *Il contratto nel pensiero di Labeone cit.*, 102; Burdese, *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone cit.*, 129. L'estraneità al problema dei contratti innominati è ora riconosciuta da C.A. CANNATA, *L'actio civilis in factum*, in *Iura* 57 (2008-2009), 9 ss.

42. Lab. *ad ed.* fr. 36 LENEL = Ulp. 11 *ad ed.* D. 18.1.50: *Labeo scribit, si mihi bibliothecam ita venderis, si decuriones Campani locum mihi vendidissent, in quo eam ponerem, et per me stet, quo minus id a Campanis impetrem, non esse dubitandum, quin praescriptis verbis agi possit. ego etiam ex vendito agi posse puto quasi impleta condicione, cum per emptorem stet, quo minus impleatur.* Nel passo l'azione 'atipica' viene concessa non perché il rapporto sia atipico (così invece Burdese, *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone cit.*, 130; Cannata, *Contratto e causa nel diritto romano cit.*, 194 s.; Pellosio, *Le origini aristoteliche del συνάλλαγμα di Aristone cit.*, 56 nt.114; *contra*, Gallo, *Synallagma e conventio nel contratto cit.*, I, 194), ma semplicemente perché le azioni tipiche non sono utilizzabili, cosicché né viene creata una 'nuova' figura contrattuale né si utilizza una figura nota: viene tutelato un *oportere* (verisimilmente *ex fide bona*) in sé, a prescindere dal 'tipo' contrattuale di riferimento. Cfr. Cursi – Fiori, *Le azioni generali di buona fede e di dolo cit.*, 148 ss.

43. Lab. *ad ed.* fr. 99 LENEL = Ulp. 28 *ad ed.* D. 19.5.17.1: *si margarita tibi aestimata dederò, ut aut eadem mihi adferres aut pretium eorum, deinde haec perierint ante venditionem, cuius periculum sit? et ait Labeo, quod et Pomponius scripsit, si quidem ego te venditor rogavi, meum esse periculum: si tu me, tuum: si neuter nostrum, sed dumtaxat consensimus, teneri te hactenus, ut dolum et culpam mihi praestes. actio autem ex hac causa utique erit praescriptis verbis.* Anche in questo caso non può parlarsi di contratto innominato (così invece Santoro, *Il contratto nel pensiero di Labeone cit.*, 120; Burdese, *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone cit.*, 129 s.; Gallo, *Synallagma e conventio nel contratto cit.*, I, 195 ss.; R. CARDILLI, *L'obbligazione di prestare e la responsabilità contrattuale in diritto romano [II sec. a.C. – II sec. d.C.]*, Milano 1995, 377 ss.): una vendita condizionata, per quanto inefficace, non trasforma il rapporto in una convenzione atipica; cfr. Cursi – Fiori, *Le azioni generali di buona fede e di dolo cit.*, 151 ss.. Cfr. anche Lab. *inc.* fr. 296 LENEL = Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.5.20 pr: *apud Labeonem quaeritur, si tibi equos venales experiendos dederò, ut, si in triduo displicuissent, redderes, tuque desultor in his cucurreris et viceris, deinde emere noluieris, an sit adversus te ex vendito actio. et puto verius esse praescriptis verbis agendum: nam inter nos hoc actum, ut experimentum gratuitum acciperes, non ut etiam certares, su cui Cursi – Fiori, *op. cit.*, 153 ss. (sulla fattispecie come convenzione atipica cfr. per tutti invece Santoro, *Il contratto nel pensiero di Labeone cit.*, 123 ss.). Se si ritiene che in Lab. *inc.* fr. 296 LENEL = Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.5.20.2 la concessione dell'*agere praescriptis verbis* sia da attribuire a Labeone (Talamanca, *La tipicità dei contratti romani cit.*, 90 nt.211) possono farsi analoghe considerazioni anche per questo passo (Cursi – Fiori, *op. cit.*, 155 nt.45). Cauto sulla riconducibilità a convenzioni atipiche è questa volta Gallo, *Synallagma e conventio nel contratto cit.*, I, 202 ss.*

44. Che l'imputazione a una parte della responsabilità o del rischio fosse condizione necessaria per l'uso dell'*agere praescriptis verbis* è mostrato da Lab. fr. 233 LENEL = Ulp. 11 *ad ed.* D. 4.3.9.3, dove Labeone non attribuisce l'*agere praescriptis verbis* (a differenza di Pomponio) contro l'altra parte incolpevole della perdita subita dall'attore, ma solo l'*actio de dolo* contro un terzo (Cursi – Fiori, *Le azioni generali di buona fede e di dolo cit.*, 161 ss.).

l'*agere praescriptis verbis* viene impiegato per garantire una tutela atipica delle obbligazioni accessorie nate con il contratto;

- c) quando – in un caso che condivide caratteri di entrambi i precedenti – nella realizzazione di un mutuo si inserisca un'attività prodromica (riconducibile a un mandato o a un contratto estimatorio affine al mandato) e il contratto finale non venga a esistenza per l'attività di una parte: l'*agere praescriptis verbis* viene preferito verisimilmente perché poteva garantire risultati più ampi della *condictio* e non imponeva la qualificazione giuridica dell'incarico⁴⁵.

In realtà, solo la giurisprudenza successiva a Labeone aggiungerà a queste ipotesi, come ulteriore funzione, la tutela dei contratti atipici: ciò accadrà quando Sabiniani e Proculiani inizieranno a discutere delle distinzioni fra contratti, 'chiudendo' il sistema tipico e conseguentemente ponendo il problema della tutela dei rapporti esclusi dal sistema⁴⁶. Non è un caso che i primi esempi di connessione tra convenzioni atipiche e *agere praescriptis verbis* si trovino (forse) in Aristone⁴⁷ e (certamente) in Nerazio⁴⁸. Come avvertiva già Alfred Pernice più di cento anni fa⁴⁹, l'atipicità della tutela e l'atipicità del rapporto non coincidono necessariamente, essendo la prima più ampia della seconda: il contratto è atipico quando non è neanche in astratto riconducibile a un *nomen contractus*, mentre la tutela è atipica quando in concreto (oltre che in astratto) le azioni tipiche non sono utilizzabili.

Se ciò non si comprende, e si confonde la materia dei 'contratti innominati' con l'*agere praescriptis verbis*, si ipotizzerà erroneamente il ricorrere di contratti innomi-

45. Lab. *ad ed.* fr. 100 Lenel = Ulp. 31 *ad ed.* D. 19.5.19 pr: *rogasti me, ut tibi nummos mutuos darem: ego cum non haberem, dedi tibi rem vendendam, ut pretio uteris. si non vendidisti aut vendidisti quidem, pecuniam autem non accepisti mutuam, tutius est ita agere, ut Labeo ait, praescriptis verbis, quasi negotio quodam inter nos gesto proprii contractus* (sul passo cfr. Cursi – Fiori, *Le azioni generali di buona fede e di dolo cit.*, 156 ss.).

46. Mi limito a rinviare a Fiori, *La definizione della locatio conductio cit.*, 183 ss., con particolare riferimento alla *locatio conductio*.

47. Se in Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2 accettiamo la correzione di *civilem obligationem* in *civilem actionem*, come propongono alcuni studiosi (cfr. Santoro, *Il contratto nel pensiero di Labeone cit.*, 217 s. e nt.142, con bibliografia), e leggiamo queste parole come un riferimento all'*agere praescriptis verbis*.

48. Nerat. 1 *resp.* D. 19.5.6: *insulam hoc modo, ut aliam insulam reficeres, vendidi. respondit nullam esse venditionem, sed civili intentione incerti agendum est*.

49. Pernice, *Parerga* III. *Zur Vertragslehre der römischen Juristen cit.*, 252 ss.: «wenn man das Wesen der *actiones in factum civiles* festzustellen versuchen will, so muss man das *agere praescriptis verbis* und den Synallagmabegriff genau von einander scheiden. Beiden decken sich ganz und gar nicht und haben in ihrem Ursprunge nichts mit einander gemein. Die Verkenntung dieser einfachen Thatsache hat dazu geführt, dass man überall wo *praescr. v.* geklagt werden durfte, einen Innominatvertrag annahm, also auch da, wo eine Sache unter Abrede der Rückgewähr, zur Ansicht, zur Probe hingegeben war». Cfr. anche *ibid.*, 256, rispetto al *dictum* di Mauriciano in Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7.2. Di un rapporto non esclusivo tra *agere praescriptis verbis* e contratti atipici parrebbe accorgersi Cannata, *Contratto e causa nel diritto romano cit.*, 190, quando afferma essere l'«*actio praescriptis verbis*, impiegata soprattutto, ma non esclusivamente, per offrire protezione alle convenzioni contrattuali atipiche» (cfr. anche Id., *L'actio civilis in factum cit.*, 9 ss.). Ma poi l'a. parrebbe instaurare una corrispondenza più meccanica, allorché in D. 18.1.50 desume la natura atipica del rapporto dal ricorrere dell'*agere praescriptis verbis* (Cannata, *Contratto e causa nel diritto romano cit.*, 195: Labeone recupererebbe «con l'azione contrattuale generale, e quindi sotto il profilo del contratto innominato, un contratto di vendita inefficace»; cfr. anche l'esegesi di D. 19.5.17.1). Chiara, invece, la distinzione in Talamanca, *La tipicità dei contratti romani cit.*, 105 nt.270 (cfr. *supra*, nt.40).

nati tutte le volte che si trova una tutela atipica. Al contrario, una tutela atipica può rendersi necessaria anche quando un contratto tipico sia inefficace rispetto all'*obligatio* tipica – e perciò non si possano utilizzare le azioni tipiche – ma sia comunque necessaria una tutela perché vi è stata violazione di un *oportere* accessorio⁵⁰. Ciò perché l'azione non protegge il contratto, che in sé non esiste, ma l'obbligazione contratta. Pertanto l'azione tipica tutela il contratto tipico quando le obbligazioni principali, ossia quelle che 'tipizzano' il contratto, sono vitali; e in questo caso protegge anche gli obblighi accessori. Ma quando le obbligazioni principali (ossia tipiche) vengono meno e sopravvivono solo obbligazioni accessorie (ossia atipiche), le azioni tipiche non sono più utilizzabili, e bisogna fare ricorso a uno strumento generale di tutela.

6. L'inesistenza di una teoria labeoniana del contratto

Ricapitoliamo:

- a) è improbabile che Labeone abbia resuscitato un significato arcaico di *obligatio* come 'atto obbligante', perché – al di là del fatto che di un tale originario valore non abbiamo prove – questa ipotesi imporrebbe di concludere che egli non si curava di rendere il proprio pensiero comprensibile ai suoi contemporanei, ormai adusi a un significato del termine nel senso di 'vincolo' (§ 3);
 - b) è improbabile che Labeone abbia elaborato una teoria generale del *contractus* come accordo produttivo di obbligazioni sulla base del semplice consenso, sia perché egli non sembra impiegare il termine *contractus* in questo senso, sia perché appare strano che, a fronte di una simile, importante innovazione, egli si limiti a portare esempi di contratti consensuali tipici, così banalizzando la propria iniziativa e creando ambiguità nel proprio pensiero (§ 4);
 - c) dagli impieghi labeoniani dell'*agere praescriptis verbis* risulta un uso di questo strumento non ai fini della tutela di *nova negotia*, bensì per la protezione di casi ove appare difficile o pericoloso ricorrere ad azioni tipiche – ma pur sempre all'interno di rapporti tipici – oppure di casi in cui il contratto tipico è inefficace e tuttavia appare necessaria una tutela *ex fide bona* per le obbligazioni accessorie (§ 5).
- L'ipotesi di una creazione labeoniana di una categoria generale di contratto come accordo produttivo di obbligazioni non trova dunque alcun riscontro in ciò che sappiamo del pensiero del giurista augusteo sul tema dei contratti e dell'*agere praescriptis verbis*.

Occorre però rilevare che l'ipotesi appare difficile da accogliere anche in considerazione del fatto che una simile teoria del contratto – che attribuisce una tutela in via di azione al semplice consenso – non si è mai affacciata non solo nell'esperienza romana, ma neanche nella tradizione occidentale successiva. Persino nel diritto canonico medievale, cui si deve il superamento del sistema tipico romano ancora adottato dai civilisti, la massima *ex nudo pacto oritur actio* ha avuto un valore più che altro ideologico, legata com'era alla necessità di affermare la vincolatività, per il cristiano, di ogni promessa. Accanto a questo principio, infatti, la dottrina canonistica

50. La mia prospettiva si avvicina dunque a quella di M. ARTNER, *Agere praescriptis verbis*, Berlin 2002, 75 ss., ma non nel senso che l'obbligazione accessoria conservi caratteristiche di tipicità (cfr. *supra*, nt.53).

ha immediatamente elaborato una nozione di *causa* che costituisce il necessario correttivo della regola dell'obbligatorietà del consenso, svolgendo sostanzialmente la medesima funzione rivestita nel diritto romano dal *nomen contractus* (o dalla *causa* aristoniana nei contratti atipici), dai *vestimenta* del diritto medievale, dalla *consideration* nel *common law*, dalla 'causa' del diritto italiano e francese e dal 'contenuto' del diritto tedesco⁵¹.

Al contrario, l'ipotesi qui criticata non individua nel pensiero labeoniano alcun filtro che permetta di mitigare la vincolatività di ogni consenso⁵². Che una simile costruzione sia emersa nel pensiero del giurista augusteo è, insomma, non solo dimostrato, ma anche del tutto inverisimile.

7. La definizione labeoniana in D. 50.16.19

È necessario a questo punto tornare sul primo testo di Labeone. A me sembra possano fissarsi preliminarmente alcuni punti fermi.

- a) Un profilo importante della *definitio* labeoniana è che essa non è completamente 'libera', nel senso che Labeone non può costruire una dottrina o addirittura un sistema sulla base di uno schema teorico che prescindendo dal linguaggio edittoale⁵³: non solo la lettera del testo, ma anche la collocazione del frammento in una parte iniziale del commento all'editto rende infatti verisimile che egli si preoccupasse di *definire* una serie di usi diffusi, nel testo edittoale, dei tre verbi *agere*, *gerere* e *contrahere*. Non essendo la *definitio* 'libera', non può pretendersi una perfetta coerenza logico-sistematica nel rapporto dei tre termini tra di loro: è possibile che, se fosse stato completamente libero, Labeone avrebbe introdotto altri termini di cui tener conto, o ne avrebbe escluso qualcuno; ma poiché commenta l'editto, egli deve concentrarsi sui verbi da questo utilizzati. Non mi sembra perciò necessario né intervenire in modo radicale sul testo per ricondurlo a una (pretesa) logica dialettica stringente⁵⁴, né al contrario escludere il ricorrere di una diairesi solo perché tale logica stringente è assente⁵⁵.

51. Su tutto ciò rinvio a R. FIORI, *Il problema dell'oggetto del contratto nella tradizione civilistica*, in AA.VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali*, Napoli 2003, 236 s.

52. E ciò neanche nel pensiero di Cannata, *Contratto e causa nel diritto romano* cit., 187 ss., che pure è l'autore che dedica maggiore attenzione al problema della *causa*.

53. Cfr. Talamanca, *La tipicità dei contratti romani* cit., 97: «bisogna tener presente la possibilità che la *definitio* ricordata in D. 50.16.19 non debba considerarsi come una presa di posizione di carattere generale, in base alla quale saggiare tutta la prassi scientifica di Labeone in tema di contratto, ma sia stata, più o meno incisivamente, condizionata dal contesto topico in cui è stata formulata».

54. Mi riferisco alla complessa ipotesi del Gallo, *Synallagma e conventio nel contratto* cit., I, 97 ss., di una interpolazione dei riferimenti al *gerere* che, a suo avviso, nella redazione originaria di Labeone, costituirebbe il vero *definiendum*.

55. Così invece M. TALAMANCA, *Lo schema 'genus-species' nelle sistematiche dei giuristi romani*, in AA.VV., *La filosofia greca e il diritto romano*, II, Roma 1977, 253 s. nt.711, e Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio* cit., II.1, 82 nt.95.

- b) È probabile che Labeone stia definendo dei verbi, e non dei sostantivi⁵⁶: ma essendo le forme verbali dei participi passati, ed essendo i sostantivi dei deverbativi, il dato potrebbe essere abbastanza irrilevante, facendosi riferimento sempre a una attività individuata in modo puntuale⁵⁷.
- c) Labeone ha elaborato una definizione di *contrahere* che non solo si pone in contrasto con gli usi terminologici dell'editto che egli stava commentando – tanto ampi che si parla di *contrahere matrimonium, delictum*, ecc.⁵⁸ – e con quelli degli altri *prudentes*, ma che contraddice addirittura altri luoghi della sua stessa opera, laddove egli riferisce l'espressione *contractus* alla *stipulatio*, al mandato, al deposito e al pegno⁵⁹. Come spiegare una simile contraddizione?

Rileggiamo il frammento.

Il primo dato di cui ci avvediamo è che l'*agere* tende a coincidere con il *genus*, perché nell'*agere* rientra ogni comportamento giuridicamente rilevante⁶⁰. Questo valore di *verbum generale* instaura un rapporto di *genus* a *species* tra *agere* e *gerere* sul piano del modo in cui i *quaedam (quid, res)* sono compiuti: si può *agere* qualcosa attraverso comportamenti concludenti (*re quid agere*) o verbali (*verbis quid agere*), mentre si può *gerere* una *res* solo *sine verbis*⁶¹.

Il rapporto di *agere* con *contrahere* è più complesso. Esso deve a mio avviso essere spiegato con la scelta degli esempi dell'*agere*, ossia con la *stipulatio* e la *numratio*. Soprattutto quest'ultimo esempio è illuminante: come è stato notato, benché la *numratio* possa comprendere il mutuo, non coincide con esso, dovendo essere identificata con il pagamento in denaro, non necessariamente produttivo di obbligazione (come nel caso del mutuo) ma eventualmente anche estintivo⁶². Comprendiamo allora che, con *agere*, Labeone intende riferirsi proprio al compimento di un 'atto', ossia a un comportamento giuridicamente rilevante alquanto generale.

Tuttavia, l'esempio della *stipulatio* mostra che per Labeone l'*agere* poteva anche essere produttivo di obbligazioni. Ciò lo conduceva ad affermare, in modo apparentemente paradossale, che vi sono atti produttivi di obbligazioni, che altrove egli

56. È l'opinione, credo, ormai prevalente: cfr., da ultimo, Pelloso, *Le origini aristoteliche del συνάλλαγμα* di Aristone cit., 53; ma l'opposta opinione continua a essere seguita da alcuni: cfr. Cannata, *La nozione di contratto* cit., 31.

57. Non mi sembra possa dunque affermarsi con Albanese, *Agere, gerere e contrahere in D. 50.16.19* cit., 231 (= 1155) che «per *contractum*, il discorso si colloca sul piano degli effetti del *contrahere*», mentre per *actum* «sul piano lessicale» e per *gestum* sul «piano dell'attività».

58. Albanese, *Agere, gerere e contrahere in D. 50.16.19* cit., 211 ss.

59. Cfr. *supra*, nt. 31.

60. Gli usi verbali non possono riferirsi a comportamenti umani intesi in senso fenomenologico, sia perché i lettori di Labeone non avevano certo bisogno che si spiegasse loro il valore di queste espressioni nella lingua latina, sia perché – considerando che le esemplificazioni fornite dal giurista riguardano figure giuridiche – altrimenti il suo pensiero risulterebbe fortemente ambiguo: è dunque necessario ritenere che Labeone intenda fornire una definizione 'normativa' delle espressioni, ossia riferita solo a comportamenti giuridicamente rilevanti. Cfr. anche Albanese, *Agere, gerere e contrahere in D. 50.16.19* cit., 232 (= 1156).

61. *Contra*, Talamanca, *Lo schema 'genus-species'* cit., 253 s. nt.711, e Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio* cit., II.1, 82 nt.95.

62. Albanese, *Agere, gerere e contrahere in D. 50.16.19* cit., 234 (= 1158); Cannata, *La nozione di contratto* cit., 36 ss.

chiama *contractus*⁶³, non riconducibili al *contrahere*. Ed è forse per affrontare immediatamente questo problema che egli altera la sequenza iniziale – *agere, gerere e contrahere* – nel diverso schema *agere, contrahere e gerere*⁶⁴.

Il *contrahere* viene definito come comportamento produttivo di un vincolo bilaterale. La bilateralità è tutta nel vincolo: la bilateralità del consenso è implicita e non viene menzionata perché per il giurista è evidentemente irrilevante, così come era irrilevante nella definizione dell'*agere* – benché sia chiaro che in una *stipulatio* il consenso è essenziale non solo nella sostanza ma anche nella forma, ossia nella corrispondenza tra *interrogatio* e *responsio*. È difficile dire se vi sia, tra *agere* e *contrahere* un rapporto di *genus* a *species*, che invece appare chiaro tra *agere* e *gerere*⁶⁵, perché la discussione si sposta dal piano dell'atto a quello del rapporto: *agere* e *gerere* si caratterizzano per le modalità in cui sono compiuti (*re, verbis*), *contrahere* per gli effetti che ne derivano (*ultra citroque obligatio*), mentre non ha valore qualificante il fatto che l'obbligazione nasca o meno *consensu* – tant'è che manca l'esempio del *mandatum*.

Se però il *contrahere* si sottrae alla diairesi, viene il dubbio che Labeone – come si è detto, non 'libero' nella sua *definitio* – non intenda affatto costruire un 'sistema' esaustivo⁶⁶, e tantomeno una teoria generale del contratto. Cosicché, rileggendo la copiosa letteratura accumulatasi sul passo, l'interprete riceve netta la sensazione che su molte interpretazioni abbia pesato il condizionamento psicologico – abbastanza comprensibile, ma non per questo meno fuorviante – del rilievo assunto, nel pensiero giuridico moderno, dalla nozione di 'contratto': in considerazione di questo rilievo, si è portati a ricercare le tracce del primo apparire della nozione, senza porsi il problema delle pre-condizioni di questo apparire – e cioè se l'esperienza giuridica romana ne avesse bisogno⁶⁷ – con la conseguenza che i testi vengono caricati di contenuti ideologici in essi del tutto assenti.

Che valore ha, invece, la *definitio*?

Per rispondere a questo interrogativo credo debba tenersi presente quanto abbiamo detto sopra (*sub c*) circa il fatto che la definizione labeoniana di *contrahere* si pone in contrasto sia con con gli usi terminologici dell'editto, sia con quelli della giurisprudenza e dello stesso Labeone. E ritengo sia a questo punto opportuno soffermarsi sull'inciso *quod Graeci συνάλλαγμα vocant*, che abbiamo sinora trascurato ma che – com'è noto – è stato oggetto di ampie discussioni⁶⁸.

63. Cfr. *supra*, nt.31.

64. È questo un dato da tempo rilevato: cfr. per tutti Albanese, *Agere, gerere e contrahere in D. 50.16.19 cit.*, 230 (= 1154).

65. Lo ammettono, benché sulla base di un diverso ragionamento, Albanese, *Agere, gerere e contrahere in D. 50.16.19 cit.*, 231 (= 1155) e Santoro, *Il contratto nel pensiero di Labeone cit.*, 39 ss. Lo escludono Talamanca, *Lo schema 'genus-species' cit.*, 253 s. nt.711, e Finazzi, *Ricerche in tema di negotiorum gestio cit.*, II.1, 82 nt.95.

66. Cfr. in questo senso anche Talamanca, *La tipicità dei contratti romani cit.*, 96 s. A un «tentativo di sistemazione, sul piano sostanziale, dei negozi di natura obbligatoria noti all'esperienza giuridica romana all'inizio del 1° secolo d.C.» pensa Sargenti, *Labeone e la nascita dell'idea di contratto cit.*, 37 e 70 s.; cfr. anche Id., *Actio civilis in factum e actio praescriptis verbis cit.*, 236.

67. Su ciò cfr. *infra*, § 8.

68. L'ipotesi di un'interpolazione era ancora in Albanese, *Agere, gerere e contrahere in D. 50.16.19 cit.*, 237 (= 1161); cfr. però, per tutti, Santoro, *Il contratto nel pensiero di Labeone cit.*, 57 s., con buoni argomenti.

Converrà innanzitutto partire dal significato del termine συνάλλαγμα, non molto frequente nelle fonti greche a noi pervenute⁶⁹.

È in primo luogo senz'altro da escludere il senso di 'accordo' proposto dai sostenitori della tesi consensualistica – che vedono nel richiamo all'espressione una conferma della propria interpretazione del testo labeoniano⁷⁰. Un simile valore non è in realtà mai attestato: l'espressione ha, nel greco comune, il valore di 'affare', 'relazione sociale', 'vincolo bilaterale' di natura patrimoniale⁷¹.

Deve essere esclusa anche l'ipotesi che instaura un rapporto diretto tra il testo labeoniano e l'uso – parrebbe, peculiare – che del termine fa Aristotele nel quinto libro dell'*Etica Nicomachea*⁷², ove il vocabolo è impiegato per indicare tutti i rapporti patrimoniali, sia quelli volontari che quelli involontari (in quanto nascenti da illeciti)⁷³, e dunque non sembra offrire un modello compatibile con l'analisi di Labeone⁷⁴.

È difficile poi pensare che Labeone abbia equivocado il significato del termine greco, e in particolare del regime greco dei contratti⁷⁵: egli non sta richiamando un regime giuridico, ma un vocabolo, e in una situazione di sostanziale bilinguismo, quale era quella delle classi alte dell'epoca tardo-repubblicana e augustea, l'ipotesi del fraintendimento non appare verisimile.

Non resta dunque che una possibilità: Labeone non sta facendo riferimento all'uso del termine greco in un autore specifico, né a un significato particolare tra quelli assunti dall'espressione nel linguaggio comune, ma intende porre l'attenzione

69. Lo notano Schiavone, *Studi sulle logiche dei giuristi romani* cit., 66 e A. BISCARDI, *Quod Graeci synallagma vocant*, in *Labeo* 29 (1983), 135.

70. Santoro, *Il contratto nel pensiero di Labeone* cit., 36, il quale desume un simile valore da quelli che suppone essere gli usi bizantini del termine, e in particolare da Theoph. 3.13.2, ritenendo che il significato possa essere originario sulla scorta della ricorrenza più antica del vocabolo, in Archyt. fr. 3, 11-14 (DIELS-KRANZ, I, 322 ss.). Senonché né nelle fonti bizantine (e neanche nel passo richiamato di Teofilo) è dato cogliere un simile valore di συνάλλαγμα, che continua invece ad indicare il 'contratto' come *obligatio contracta* (cfr. da ultimo G. FALCONE, *Genesis e valore della definizione di συνάλλαγμα nella parafrasi di Teofilo*, in *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca* III, Napoli 2001, 65 ss.), né tale significato risulta dal frammento di Archita, dove il verbo διαλλάσσομαι non indica un accordo 'produttivo' di obbligazioni o di 'relazioni sociali' (συναλλάγματα) – come interpretano Schiavone, *Studi sulle logiche dei giuristi romani* cit., 67, e Santoro, *op. cit.*, 37 nt.84 – bensì un accordo che appiana le controversie sorte nelle relazioni sociali.

71. Sono testi sui quali ormai si è accumulata una notevole letteratura, senza sostanziali novità: cfr. Schiavone, *Studi sulle logiche dei giuristi romani* cit., 66 ss.; A. MAFFI, *Synallagma e obbligazioni in Aristotele. Spunti critici*, in *Atti II Seminario Gardesano*, Milano 1980, 11 ss.; B. BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa*, Milano 2002, 62 ss.; T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto*, Padova 2004, 298 ss. (che però afferma che il termine indicherebbe talora l'accordo: *ibid.*, 299 nt.19); Pelloso, *Le origini aristoteliche del συνάλλαγμα di Aristone* cit., 13 s.

72. È la proposta di Betti, *Sul valore dogmatico della categoria 'contrahere'* cit., 13 ss., e di Schiavone, *Studi sulle logiche dei giuristi romani* cit., 80 ss., giudicata «possibile (...) anzi probabile» da Gallo, *Synallagma e conventio nel contratto* cit., II, 112.

73. Una recente analisi dei testi è in Pelloso, *Le origini aristoteliche del συνάλλαγμα di Aristone* cit., 15 ss.

74. Cfr. Albanese, *Agere, gerere e contrahere in D. 50.16.19* cit., 236 (= 1160); M. BREONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani?*, Napoli 1982, 189; Sargenti, *Labeone e la nascita dell'idea di contratto* cit., 50 s.; Pelloso, *Le origini aristoteliche del συνάλλαγμα di Aristone* cit., 59.

75. H.J. WOLFF, *Zum Problem der dogmatischen Erfassung des altgriechischen Rechts*, in *Symposion 1979*, Athènes 1981, 16 nt.16; Gröschler, *Auf den Spuren des Synallagma* cit., 70 s.

sul valore dell'espressione quale risulta dalla sua formazione linguistica, parallela a *contractus* e a *ultra citroque obligatio* – cui il termine greco si riferisce, posto che come abbiamo detto Labeone li identifica tra loro – nell'enfatizzare attraverso il preverbio συν- la 'comunanza' del momento dello scambio espresso da ἀλλάσσω⁷⁶.

Così spiegato, l'inciso permette di cogliere il senso della *definitio* labeoniana, che a ben vedere era stato già individuato anni fa dal Beseler e dall'Albanese⁷⁷, prima che gli studi successivi della teoria 'consensualistica' assegnassero al frammento un ruolo di protagonista della storia del contratto romano: Labeone non intendeva promuovere alcuna innovazione teorica né disegnare alcun sistema, ma solo precisare il valore proprio dei termini a fronte di un uso alquanto lato e impreciso del linguaggio editale, pur non intendendo con ciò mettere in crisi gli usi terminologici invalsi nella giurisprudenza, che anzi egli stesso segue. Una interpretazione del passo che, peraltro, appare coerente sia con la collocazione palinogenetica dello stesso all'inizio del commentario labeoniano (ed ulpiano) *ad edictum*, sia con l'inserimento del frammento nel titolo *de verborum significatione* del Digesto da parte dei compilatori.

8. Conclusioni

Il testo di Labeone non fornisce alcun elemento a favore di una teoria generale del contratto, né depone per un particolare rilievo del consenso, cosicché non vi è alcun motivo di ipotizzare che il giurista augusteo abbia cercato di rompere con la tradizione precedente, per poi essere a sua volta superato dal ritorno alla tipicità propugnata dal conservatorismo della scuola sabiniana⁷⁸.

L'unico dato che da esso possiamo trarre ai fini di una storia del *contrahere* è di segno radicalmente opposto. Come abbiamo notato, Labeone fa coincidere il *contractum* con l'(*ultra citroque*) *obligatio*, e questa con l'*emptio venditio*, la *locatio conductio*, la *societas*.

Riceve così un'ulteriore conferma ciò che del contratto romano sappiamo da altre fonti.

Per i *prudentes*, il contratto si esaurisce nel vincolo obbligatorio, cosicché la compravendita, la locazione e la società non sono 'atti' creativi di obbligazioni, ma senz'altro obbligazioni che, quando costituite da vincoli reciproci, sono definibili con il termine συνάλλαγμα. È per questo che il termine *obligatio* viene talora riferito al negozio e non solo ai suoi effetti: non perché il vocabolo significasse alle origini 'atto', ma al contrario perché, nella logica del *contrahere*, l'atto è in sé del tutto irrilevante se non crea un vincolo. Ciò è vero al punto che un giurista romano non

76. Abbastanza sorprendentemente, sia il Beseler, *Einzelne Stellen* cit., 294, che l'Albanese, *Agere, gerere e contrahere in D. 50.16.19* cit., 237 (= 1161), ritengono che il tratto *quod-vocant* sia un glossema, nonostante esso avalori – almeno, a mio avviso – la loro ricostruzione generale della *definitio* labeoniana come *explicatio verborum*. Pur all'interno di una ricostruzione fortemente differente, valorizzano invece la corrispondenza linguistica tra i termini – parlando entrambi di 'calco al contrario' del termine greco su quello latino – Sargenti, *Labeone e la nascita dell'idea di contratto* cit., 53 e Pelloso, *Le origini aristoteliche del συνάλλαγμα di Aristone* cit., 61 s. Cfr. anche Wunner, *Contractus* cit., 40 s., che ipotizza però – seguito da Cannata, *La nozione di contratto* cit., 35 – una paretimologia da *contra-actus*.

77. Beseler, *Einzelne Stellen* cit., 293 ss.; Albanese, *Agere, gerere e contrahere in D. 50.16.19* cit., 189 ss. (= 1113 ss.).

78. Cfr. *supra*, § 2.

comprenderebbe come possa ritenersi esistente un contratto definitivamente inefficace, da cui cioè non è nata un'*obligatio*⁷⁹: per i romani un simile negozio è *nullus*⁸⁰ perché, non essendo sorta l'*obligatio* tipica, non è nato neanche un contratto tipico⁸¹ e dunque – se non interviene una qualche finzione – non sono utilizzabili azioni tipiche. Se per noi tutto ciò è difficile da comprendere, è verisimilmente perché a partire dal Medioevo si è formata una teoria del contratto come 'sostanza' composta di elementi⁸² che ha gradualmente attribuito autonomia all'esistenza del programma contrattuale come prodotto della volontà (il 'contratto') rispetto ai suoi effetti (l'*'obligazione'*): oggi, per il giurista moderno, così come può esistere un contratto nel quale manchi strutturalmente l'*'obligazione'* (ossia il contratto a effetti reali), allo stesso modo può esistere un contratto inefficace, ossia un contratto nel quale l'*'obligazione'* manchi solo funzionalmente. Ma la prospettiva dei *prudentes* è radicalmente diversa.

Innanzitutto essi non hanno alcun bisogno di una teoria generale del contratto, e dunque non si impegnano a formularla. Piuttosto che invocare la fin troppo spesso ricordata avversione dei giuristi romani per la costruzione di categorie generali, bisogna infatti ricordare l'origine e la struttura del processo privato: è alla peculiare genesi del processo *per formulas* che si deve la nascita delle azioni tipiche e conseguentemente dei tipi contrattuali⁸³, e poiché l'individuazione del tipo è essenziale per la scelta dell'*actio* e dunque per la tutela – o eventualmente per l'opzione di una tutela atipica – la determinazione della natura contrattuale del rapporto è in sé inutile se non è seguita dalla precisazione di 'quale' rapporto contrattuale sia stato posto in essere dalle parti. Non a caso il maggiore sforzo definitorio posto in essere dai giuristi romani in materia contrattuale non è indirizzato a chiarire l'*'essenza'* del contratto o dei contratti, bensì a tracciare il perimetro che distingue una figura dall'altra, si tratti o meno di contratti tipici⁸⁴.

79. Ed è per questa stessa ragione che un grande romanista come M. TALAMANCA, *Inesistenza, nullità ed efficacia dei negozi giuridici nell'esperienza romana*, in *BIDR* 101-102 (1998-1999), 1 ss., talmente compenetrato nella logica dei *prudentes* da non riuscire a spiegarsi l'impostazione moderna, scriveva che «la predicazione di esistenza di un atto giuridico senza che se ne siano verificati gli effetti è – dal punto di vista della logica del diritto, che del resto s'identifica qui con la logica in generale – una *contradictio in terminis*» (*ibid.*, 4; ma cfr. già ID., *Osservazioni sulla struttura del negozio di revoca*, in *Rivista di diritto civile* 10 (1964), I, 150 ss. e spec. 158 ss.), e rilevava come la produzione preliminare di effetti del negozio inefficace sia «una fattispecie diversa da quella del negozio che produce i suoi effetti tipici».

80. Cfr., con particolare riferimento all'ipotesi della condizione sospensiva non avveratasi, i passi raccolti da Talamanca, *Inesistenza, nullità ed efficacia dei negozi giuridici nell'esperienza romana* cit., 25 ss. (il quale rileva che nei testi romani il contratto sospensivamente condizionato non è detto né *nullus* né *inutilis* durante il periodo di pendenza della condizione: cfr. *ibid.*, 25 nt. 133 e 31).

81. L'aggettivo, come notava Talamanca, *Inesistenza, nullità ed efficacia dei negozi giuridici nell'esperienza romana* cit., 16 s., «non equivale al nostro 'nullo', come aggettivo qualificativo, bensì al nostro 'nessuno', usato come aggettivo indefinito», cosicché «nelle frasi in cui di qualcosa si predica il *nullum esse*, si afferma che non esiste il soggetto – nel caso nostro la figura negoziale – cui si riferisce l'aggettivo». Cfr. anche, per la sostanziale coincidenza di significato con *inutilis*, *ibid.*, 21 ss.

82. Su questo processo, iniziato nel Medioevo per influsso scolastico, cfr. Fiori, *Il problema dell'oggetto del contratto nella tradizione civilistica* cit., 182 ss.

83. Mi sia permesso di rinviare a R. FIORI, *Tipicità contrattuale e teoria generale del contratto. Alcuni problemi di storia e dogmatica*, in *Roma e America* 22 (2006), 105 ss. (cfr. anche ID., *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano 2003, 195 ss.).

84. Cfr. Fiori, *La definizione della locatio conductio* cit., 183 ss.; ID., *Tipicità contrattuale e teoria generale del contratto* cit., 108 s.

Ma soprattutto, proprio perché ai fini dell'individuazione del tipo è irrilevante l'analisi degli elementi comuni a tutti i contratti, i *prudentes* non costruiscono alcuna teoria generale del contratto basata sul consenso⁸⁵, ma si concentrano nel distinguere tra loro i tipi evidenziando il principale elemento distintivo, ossia l'*obligatio*.

Questo sforzo di definizione 'perimetrale', che tra l'altro avrà l'effetto di attribuire un ruolo significativo ai contratti innominati, si avrà però soprattutto con la generazione successiva a Labeone: il giurista augusteo – contrariamente a quanto si afferma in genere – non si occupa di *nova negotia*, ma si limita a elaborare il più ampio strumento dell'*agere praescriptis verbis*, ossia a predisporre una tutela atipica che della protezione dei contratti innominati – quando questi emergeranno come problema – diverrà il principale punto di riferimento.

85. Il trattato di Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.1; D. 2.14.5 e D. 2.14.7 è una 'teoria generale' dei *pacta*, non del contratto.