

BULLETTINO DELL'ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO
« VITTORIO SCIALOJA »

Quarta Serie Vol. I

Volume CV della collezione

(Estratto)

RICCARDO CARDILI

SOCIETAS VITAE IN CIC. OFF. 3, 70
E OBLIGATIO CONSENSU CONTRACTA



MILANO - DOTT. A. GIUFFRÈ EDITORE

RICCARDO CARDILLI

**SOCIETAS VITAE IN CIC. OFF. 3, 70 E
OBLIGATIO CONSENSU CONTRACTA**

1. *Diritto consuetudinario e contratti consensuali.*

Un'eredità significativa della costruzione Pandettistica del negozio giuridico è la possibilità di considerare il contratto, nel quale il potere della volontà trova momento di espressione elettiva nella *conventio*, una fonte di produzione del diritto. Tale constatazione, risultato di un occhio dell'interprete ideologicamente orientato a valorizzare il momento della volontà rispetto a quello della struttura finalizzata allo scambio che si realizza, può — se non assolutizzata — evidenziare un processo di selezione nel quale è insita una scelta di valore¹. Più, infatti, ci si allontana da una lettura ordinamentale e statual-legalista del fenomeno negoziale nel traffico commerciale sovranazionale e più è possibile cogliere la autonoma forza creativa del contratto concluso, nella quale la percezione di essa come *ius* non è mediata da un riconoscimento legale. Da una parte, la diretta e concreta rappresentazione nella prassi delle relazioni negoziali poste in essere per soddisfare bisogni sociali (ed economici), dall'altra parte, la selezione di tale realtà in termini di sua minima rilevanza in 'forme' giuridiche che vengono ad essere tutelate nell'ordinamento.

È un tipo di problematica, quello che in questo breve contributo intendo segnalare, certamente non nuovo, ma che permette a mio avviso di porre in luce una caratteristica emergente nell'esperienza romana nella costruzione delle 'forme' giuridiche che, nella *iusdictio peregrina*, sono considerate sufficienti per dare tutela ai negozi commerciali nel corso del III-II sec. a.C.

Gli esiti di tale costruzione sono di assoluta originalità nella storia del pensiero giuridico, in quanto porteranno alla valorizzazione di un principio consensualistico sconosciuto nel panorama del commercio del mediterraneo, selezionando nelle 'forme' di contrattazione commerciale il momento

¹ Sulla categoria del negozio giuridico, di recente, M.J. SCHERMAIER, *Vor § 104. Das Rechtsgeschäft*, in M. SCHMOECKEL – J. RÜCKERT – R. ZIMMERMANN (Hrsg.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB, I, Allgemeiner Teil § 1-240*, Tübingen 2003, 354-364.

della *conventio* tipizzata in *emptio venditio*, *locatio conductio*, *societas* e *mandatum*, idonea a costruire un vincolo in termini di *oportere ex fide bona*.

Come dicevo, è un problema che, sebbene con prospettive diverse, ha interessato la scienza giuridica.

Quando, ad esempio, Savigny, nel 1840, costruisce il suo sistema del diritto privato in un contesto di diritto non codificato, egli rappresenta in termini di «natura organica» i «rapporti giuridici»². Tale «costruzione vivente del rapporto giuridico» sarebbe, infatti, — per Savigny — «l'elemento spirituale della prassi giuridica»³. Si coglie, cioè, nell'autore che si è opposto con maggiore energia ad una cristallizzazione legale immutabile del normale fluire del diritto privato, una lettura della realtà negoziale in termini di sua immanente rilevanza giuridica, senza mediazione selettiva da parte di norme generali ed astratte come frutto dell'architettura di un legislatore. Al contrario, lo spirito del popolo si apre, per Savigny, nella vita dei traffici, ad un elemento spirituale che alimenta la prassi dei rapporti giuridici patrimoniali tra gli uomini⁴. Una tale lettura 'organica', se è coerente agli scopi ed al sistema che Savigny persegue nella sua opposizione ad una codificazione tedesca del diritto privato, presuppone una saldatura 'naturale' tra prassi negoziale e sua rilevanza giuridica, saldatura che storicamente, se applicata al poderoso movimento di pensiero che porta nel diritto romano nel III-II sec. a.C. alla costruzione di tale rilevanza, rischia di impedire la esatta comprensione del fenomeno qui in esame.

Anche partendo da prospettive opposte a quelle di Savigny, come quelle di Paul Laband, la natura consuetudinaria della maggior parte delle norme statali regolanti i rapporti tra i privati non è sconosciuta ed, anzi, è tale stessa natura a porre in discussione la cogenza della norma scritta di diritto privato, dovendosi riconoscere che il diritto collegato al tipo negoziale come suo contenuto naturale, pur ponendosi formalmente come norma scritta codificata dallo Stato, dà voce a quelle consuetudini che *cottidie* si sono sedimentate nel diritto⁵. Anche l'immagine labandiana della 'sedimentazione',

² F. K. VON SAVIGNY, *System des heutigen römischen Rechts*, I, Berlin 1840 [rist. Aalen 1981], 7: «Das Rechtsverhältnis aber hat eine organische Natur».

³ SAVIGNY, *System*, cit., 8: «Diese lebendige Konstruktion des Rechtsverhältnisses in jedem gegebenen Fall ist das geistige Element der juristischen Praxis».

⁴ Esattamente, U. VON LÜBTOW, *Savigny und die Historische Schule*, in *Festschrift zur 125 jährigen Bestehen der Juristischen Gesellschaft zu Berlin*, Berlin – New York 1984, 381 ss., in particolare 394 ss.

⁵ Paul Laband, nel commentare il Progetto del Codice civile tedesco afferma: «Die dispositiven Rechtssätze sind daher der Niederschlag aus dem stereotypen Inhalt einer unendlichen Masse von gleichartigen Rechtsgeschäften, gleichsam sedimentäre Rechtsbildungen, während das *jus cogens* durch Willensausbrüche der übermächtigen Staatsgewalt hervorgebracht wird und als eruptive Rechtsbildung bezeichnet werden kann. Wenngleich die dispositiven

pur se lucida presa d'atto della reale natura del diritto privato dei contratti e delle obbligazioni, rischia di non cogliere la 'artificialità' del fenomeno, come momento di selezione dei contenuti che si 'sedimentano' nelle 'forme' contrattuali e quelli che, pur presenti nella prassi negoziale e giudiziale, non si solidificano nel tipo⁶.

2. *Prassi commerciale nell'area del Mediterraneo e sua originale rilevanza quale ius gentium nell'ambito della iurisdictio peregrina.*

Questione fondamentale è approfondire le ragioni che, nel III e II sec. a.C., portano alla giuridicizzazione dei traffici commerciali tra romani e stranieri con 'forme' tipiche caratterizzate da originalità rispetto alle forme negoziali imperanti nella prassi commerciale coeva.

Nel III sec. a.C. Roma diviene centro commerciale di prima grandezza, ponendosi con maggiore frequenza la richiesta di *iurisdictio* a Roma in affari tra romani e stranieri e tra stranieri tra loro. Ne è prova la creazione nel 242 a.C. di un secondo *praetor* che presuppone, come è stato esattamente precisato, un avvenuto intensificarsi di questo tipo di controversie nei decenni precedenti, tanto da rendere necessaria la specializzazione della *iurisdictio peregrina*⁷.

Le negoziazioni tra privati nell'ampia area geografica del Mediterraneo, indotte dai traffici commerciali, pongono, infatti, problemi notevoli, relativi sia alla qualificazione giuridica delle stesse, tenendo conto della varietà delle culture e delle genti coinvolte, sia al loro assetto strutturale.

È affermazione autorevole e suffragata da riscontri dei documenti della prassi che nel III sec. a.C. i traffici commerciali nel Mediterraneo cono-

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»: P. LABAND, *Zum zweiten Buch des Entwurfes eines bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich 1. Abschnitt Titel 1-3*, in «AcP» 73 (1888) 161 ss., in particolare p. 164.

⁶ D'altronde, l'idea centrale nella riflessione di Filippo Vassalli, entro un contesto di diritto codificato, esprime con nettezza la particolare natura di buona parte del diritto privato — in particolare del diritto dei contratti — e della consapevole eredità 'extrastatale' dello stesso anche all'interno delle codificazioni nazionali, F. VASSALLI, *Estrastatalità del diritto civile*, in *Studi Giuridici*, III, 2, *Studi vari (1942-1955)*, Milano 1960, 755.

⁷ F. SERRAO, *La 'iurisdictio' del pretore peregrino*, Milano 1954, 7 ss.; G. PUGLIESE, *Processo civile romano*, II, 1, *Processo formulare*, Milano 1963, 36 ss.; M. TALAMANCA, *Processo civile (diritto romano)*, in «ED», XXXVI, Milano 1987, 1 ss., in particolare, 26 e nt. 179; ID., *Il riordinamento augusteo del processo privato*, in F. MILAZZO (a cura di), *Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale. 'Princeps' e procedure dalle leggi Giulie ad Adriano. Atti del Convegno internazionale di diritto romano e del III Premio romanistico «G. Boulvert»* (Copanello, 5-8 giugno 1996), Napoli 1999, 63 ss., in particolare 66 e nt. 8; M. KASER, *Ius gentium*, Köln 1993, 129.

scono una certa comunanza di prassi, incentrata sul valore essenziale del documento ellenistico nelle sue diverse forme⁸. La cosa si riscontra con una certa resistenza nel Mediterraneo orientale e nell'Egitto tolemaico, anche nei secoli successivi, quando l'*imperium* di Roma ha assoggettato tali ampie aree geografiche.

Si tratta per lo più di singrafe e chirografi i quali, come è noto, sono sentiti ancora da Gaio quali contratti propri dei peregrini⁹.

D'altronde, anche se si guarda alla realtà delle forme negoziali del *ius civile* alle quali l'esperienza romana poteva attingere, agli inizi del III sec. a.C., per gestire in una 'forma' giuridica adeguata tale prassi, non si avrebbe difficoltà a scorgere la centralità della forma verbale della *stipulatio*¹⁰.

Quando, d'altronde, Ulpiano, nel III sec. d.C., con una lettura in retrospettiva, qualificherà le forme di giuridicizzazione di tale ampio spettro di negozi che davano vita al traffico commerciale nel Mediterraneo, non dubita nell'evidenziare uno schema unitario distante sia dalla forma documentale, sia da quella *verbis*, qualificandolo in termini di *conventiones iuris gentium*¹¹. Tale

⁸ Di «koiné del documento ellenistico» parla M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani tra 'conventio' e 'stipulatio' fino a Labeone*, in F. MILAZZO (a cura di), *'Contractus' e 'pactum'. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tarso-repubblicana. Atti del convegno di diritto romano e della presentazione della nuova riproduzione della 'littera Florentina'* (Copanello, 1-4 giugno 1988), Napoli 1990, 35 ss., in particolare 46-47. Per una valutazione della prassi commerciale dell'Egitto tolemaico in rapporto alle città greche, v. H. J. WOLFF, *Das Recht der griechischen Papyri Aegyptens in der Zeit der Ptolemaeer und des Prinzipsats*, I, München 2002, 162 ss., dove si ha la sottolineatura che «auch im privaten Rechtsverkehr hielten sich römischen Bürger in der Regel im Rahmen des Landesüblichen», consuetudini fondate sulla forma documentale.

⁹ Gai. 3, 134. Sul divieto della *lex Gabinia*, v. M. G. BIANCHINI, *Cicerone e le singrafi*, in «BIDR» 73 (1970) 229 ss., ed ora L. PEPPE, *Sulla giurisdizione 'in populos liberos' del governatore provinciale al tempo di Cicerone*, Milano 1988, 49-53; ID., *Cilicia e Cipro in età repubblicana. Note in margine al prestito ai Salamini di Cipro del 56 a.C.*, in *'Iuris Vincula'. Studi in onore di M. Talamanca*, VI, Napoli 2001, 239 ss., in particolare 260 ss.

¹⁰ M. KASER, *Das Römische Privatrecht*, I, München 1971, 171; A. CORBINO, *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*², Torino 2006, 92 ss., (dove si sottolinea la tendenziale attrazione della *stipulatio* — a differenza della *sponsio* — nella forma documentale). Dubbi sulla risalenza del ricorso alla *stipulatio* ai peregrini prima della *lex Aebutia* solleva TALAMANCA, *La tipicità*, cit., 45-46, ma l'argomentazione, se si accetta l'origine consuetudinaria degli istituti del *ius gentium*, potrebbe essere superata. D'altronde il ricorso alla *stipulatio* per una parte del contenuto dei formulari catoniani, se la si collega alla clausola — da considerarsi standard — *si quid de iis rebus controversiae erit, Romae iudicium fiat* (Cat. agr. 149, 8) per il *pabulum hibernum venire*, attraverso il quale la disposizione dei pascoli invernali ben poteva realizzarsi con persone non cittadine, fanno ritenere che tale possibilità sia sicuramente attestata per la prima metà del II sec. a.C.

¹¹ In un frammento tratto dal titolo *De pactis* del Digesto di Giustiniano (Ulp. 4 *ad ed.* D. 2, 14, 5; 7 pr.-1), Ulpiano dirà, infatti, che le *conventiones* si possono dividere in: *conven-*

qualificazione, come è noto, si sovrappone alla individuazione tipica degli schemi negoziali (*emptio venditio*, *locatio conductio*, *societas* e *mandatum*) attraverso una lettura unificante tesa a dare particolare rilievo alla *conventio*¹², alla quale viene connessa una vincolatività per le parti in termini di *oportere ex fide bona*.

La costruzione del giurista severiano si contrappone ad una diversa prospettiva, trasmessa dalla scuola sabiniana, che coglie la caratterizzazione di tali nuovi negozi sorti nel *ius gentium* in termini di *obligationes consensu contractae* (Gai. 3, 135 ss.) Essa ha un modello di riferimento che, nel suo momento più antico, risale con alta probabilità a Quinto Mucio Scevola, se è del giurista repubblicano la paternità del periodo finale di Pomp. 4 *ad Q. Muc.* D. 46, 3, 80¹³. Secondo quanto ci tramanda, infatti, Pomponio nel suo quarto libro *ad Quintum Mucium*, trattando di una regola civilistica espressa in termini di *prout quidque contractum est, ita et solvi debet*, il giurista repubblicano avrebbe colto l'estensione della regola civilistica anche ai nuovi negozi di compravendita e locazione: *aeque cum emptio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest*.

Il dato significativo è la individuazione di un elemento comune, tra tali negozi produttivi di *obligatio*: sia la *venditio*, sia l'*emptio*, sia la *locatio* possono *consensu nudo contrahi*. La qualifica di *nudus* del *consensus* potrebbe sembrare ridondante, ma in realtà è coerente all'evidenziazione di un elemento di

tiones di diritto pubblico e *conventiones* di diritto privato. In queste ultime, vengono in evidenza quelle di *ius gentium*, in quanto esse non resterebbero mere *conventiones*, ma *transeunt in proprium nomen contractus*. Così, l'*emptio venditio*, la *locatio conductio*, il *mandatum*, la *societas*. La rilevanza delle *conventiones*, sempre secondo Ulpiano (4 *ad ed.* D. 2, 14, 7, 2), avrebbe un ambito residuale anche quando non mutano in un contratto tipico. Tale ambito residuale sarebbe individuato dai cosiddetti contratti innominati (*anonyma synallagmata*, dalla qualifica che ne danno gli *antecessores* bizantini). Nel discorso, Ulpiano risalta, in materia, la dottrina di Aristone che riconosce ad un accordo su un *synallagma* — anche se non è un contratto tipico — egualmente la forza di produrre obbligazione, a condizione che vi sia sottesa una *causa*, da intendersi nel senso della prestazione spontaneamente compiuta da una delle due parti dell'accordo; fondamentale al riguardo F. GALLO, 'Conventio' e 'synallagma' nel contratto, II, Torino 1995, 90 ss. La costruzione di Aristone dava vita ad un'espansione nuova della tutelabilità delle *conventiones* atipiche — da qui anche l'ampio risalto che ne dà Ulpiano — ancora in dubbio nei giuristi contemporanei ad Aristone, come Celso (Ulp. 18 *ad Sab.* D. 12, 5, 6) e Giuliano (Ulp. 4 *ad ed.* D. 2, 14, 7, 2).

¹² Tanto, da far dire autorevolmente, che con le nuove figure ci si ispirava «se non alla piena libertà nella scelta del contenuto negoziale, al principio del consensualismo»: TALAMANCA, *La tipicità*, cit., 46.

¹³ Sul passo, si v. F. GALLO, 'Conventio' e 'synallagma' nel contratto, I, Torino 1992, 24 ss., ed ora R. FIORI, 'Contrahere' e 'solvere obligationem' in *Q. Mucio Scevola*, in *Fides Humanitas Ius. Studi in onore di L. Labruna*, III, Napoli 2007, 1955 ss.

novità (dato dalla nascita della *obligatio* dal consenso deformalizzato), che si attaglia meglio all'età di Q. Mucio che a quella di Pomponio¹⁴.

È una prospettiva diversa da quella ulpiana delle *conventiones iuris gentium*, in quanto in essa è espresso un primo sforzo di lettura delle strutture negoziali prese in esame, cogliendosene appunto il minimo comune giuridico, a differenza delle *obligationes verbis, re e litteris*, nel nudo consenso. È momento di grande significato per la storia dei contratti, e permette di cogliere appieno la portata della scelta di dare forma giuridica a tali nuove contrattazioni tra romani e stranieri nella *iurisdictio peregrina* ritenendo sufficiente per la loro tutela in tale ambito il *nudus consensus* diretto a comprare o a vendere o a locare. Come detto, ciò non significava che concretamente le contrattazioni commerciali assumessero tale veste, ed anzi è dato presumere che tali cause negoziali venissero calate nelle forme d'uso dei commercianti stranieri (documento) o di quelli romani (*stipulatio*)¹⁵. Per una attestazione in tale senso, sono fondamentali i documenti della prassi ellenistica di questo periodo¹⁶ e i formulari catoniani di vendita e locazione¹⁷.

Quanto è sotteso alla operazione interpretativa del giurista repubblicano è quindi la qualificazione giuridizzante di tali negozi secondo un principio, quello consensualistico, che viene ritenuto dalla giurisprudenza romana del II sec. a.C. il principio che meglio risponde alle esigenze economico-sociali che tali contrattazioni servivano a soddisfare, tra persone di diversa etnia, di diversa cittadinanza, di diverse lingua e cultura.

Al riguardo, va rilevato, poi, come lo schema giuridico dell'*oportere*, che in origine — nella *legis actio per iudicis postulationem* — è ancorato alla *sponsio*, espande la sua valenza effettuale nei mutui informali già dal III sec. a.C.¹⁸ La possibilità, infatti, introdotta con la *lex Silia* (sicuramente precedente al 204 a.C.), di esercitare una *legis actio per conditionem* per affermare un unitario *centum dari oportere*, impone la necessità di individuare le *causae* di tale vincolo tra le parti. Come è stato puntualmente segnalato in dottrina, i giuristi romani, di fronte ad un sistema aperto delle cause diverse dalla *sponsio* alle quali

¹⁴ «L'alternativa, implicita nel profilo della possibilità, è data dal consenso non nudo, vale a dire rivestito dalla forma. Non c'è ancora la depurazione del consenso come elemento obbligante; esso con la qualifica di 'nudus', esprime una delle modalità con cui è possibile concludere uno dei negozi menzionati»; GALLO, *Conventio*, cit., I, 34.

¹⁵ V. *supra*, nt. 10.

¹⁶ WOLFF, *Das Recht*, cit., II, 3-6; sul *cheirographon*, 109 ss.

¹⁷ Sull'uso non esaustivo di formalizzare in una *obligatio verborum* il ricco contenuto delle *leges catoniane*, mi si permetta di rinviare a quanto ho precisato nel mio *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, Milano 1995, 63 ss.; v. altresì, ulteriori approfondimenti in R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*, Napoli 1999, 24 ss., in particolare, 32-36; 45.

¹⁸ KASER, *Das Römische Privatrecht*, cit., I, 170-171.

possa riconoscersi l'effetto dell'*oportere*, costruiscono una dogmatica delle *causae* della *condictio*, nelle quali primeggia la *datio*¹⁹, in cui per la prima volta si evidenzia la propensione dei giuristi romani anche nell'ambito contrattuale ad orientarsi verso la tipicità causale.

In relazione, però, ai *negotia* che nel III-II sec. a.C. vengono conclusi nella prassi commerciale nel Mediterraneo, la tipicità causale — che aveva orientato la giurisprudenza a valorizzare la *datio* nella ponderazione della *causae* produttive di un *certum oportere* sul piano della *condictio* — si orienta a dare rilevanza giuridica al nudo consenso idoneo ad espandere ai rapporti con i *peregrini* l'*oportere* civilistico in quanto *ex fide bona*²⁰.

Tale selezione, è realizzata valorizzando l'accordo idoneo a costruire una struttura corrispettiva omologa (due *oportere ex fide bona* contrapposti), struttura che Labeone qualificherà, in età augustea, in modo unitario in termini di *ultra citroque obligatio, id est quod Graeci 'synallagma' vocant* (Ulp. 11 *ad ed. D.* 50, 16, 19)²¹.

Una volta che le parti abbiano raggiunto il punto di equilibrio di tale struttura complessa sugli elementi essenziali, ed al di là della formalizzazione di tale accordo in base ai diversi usi commerciali, la tutela nella *iurisdictione peregrina* è accordata in base al minimo comune giuridico del consenso deformalizzato ed il contenuto della obbligazione reciproca voluta dalle stesse resta aperto in chiave di *incertum (quidquid dare facere)*, al di là di quanto le parti abbiano fissato espressamente nell'accordo, fondandolo su di un principio di lealtà e correttezza, la *fides bona*²².

¹⁹ B. KUPISCH, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, Heidelberg 1987, 3; A. SACCOCCIO, 'Si certum petetur'. Dalla 'condictio' dei 'veteres' alle 'conditiones' giustinianee, Milano 2002, 51 ss.

²⁰ Bisogna rilevare, per evitare una prospettiva che potrebbe risultare falsante, che l'*oportere* che nasce dalla *sponsio* non ha bisogno di essere qualificato *ex fide*, perché è la *sponsio* stessa a veicolare il principio. Le due parti della *sponsio* sono entrambe *personae sui iuris* e la conclusione della *sponsio* non determina in alcun modo la diminuzione degli *status* dei due *patres*. Il tutto è radicato nell'affidamento del rispetto giuridico-religioso di quanto è stato promesso. La *fides* è già, quindi, conaturata nell'*oportere ex sponsione*, che ha luogo tra due persone che sono pienamente incluse nel sistema romano della *fides*. L'*oportere* (nato dalla *sponsio* o dal mutuo) e l'*oportere ex fide bona*, non esprimono, quindi, due modelli antitetici di obbligazione, ma due esplicitazioni diverse della stessa idea. Nel primo caso, la promessa solenne o la *datio* dei beni fungibili sono radicate nell'affidamento che il *pater familias* debitore ingenera nel *pater familias* creditore che rispetterà quanto promesso (*stipulatio*) o che restituirà quanto ricevuto (*mutui datio*) (Celso, Ulp. 26 *ad ed. D.* 12, 1, 1, 1), nel secondo caso che verranno rispettati gli accordi assunti.

²¹ GALLO, 'Conventio', cit., I, 149 ss. Sull'importanza della sinallagmaticità nel diritto dei contratti dell'America Latina, v. ora D. F. ESBORRAZ, *Contrato y sistema en América Latina*, Buenos Aires 2006.

²² Sul rapporto tra *fides* e *bona fides* v. G. GROSSO, *Buona fede. Premesse romanistiche*, in «ED», V, Milano 1959, 661-664; L. LOMBARDI, *Dalla 'fides' alla 'bona fides'*, Milano 1961; D. NÖRR,

La prospettiva appiattente di Ulpiano induce una impressione semplificata su cosa accade quando romani e non romani intensificano i rapporti commerciali, dandogli le forme più varie e con formalismi diversi in base ai vari costumi commerciali ai quali erano abituati. Si potrebbe, cioè, perdere l'importanza dell'operata selezione dei requisiti minimi di giuridicità che i giuristi romani accordano a tali *negotia*.

Coerentemente alla vocazione universale sottesa alla ideologia romana del *ius gentium*²³, i giuristi hanno dato veste tecnica ad un *ius* che veniva da loro percepito in chiave consuetudinaria, come emerso nei rapporti tra romani e non romani²⁴. Come la dottrina più attenta ha, infatti, posto esattamente in luce, il fatto che l'unico pretore, prima del 242 a.C., cominci ad esercitare la propria *iurisdictio inter cives et peregrinos* concedendo azioni non fittizie anche nei confronti degli stranieri²⁵, non deve far perdere la esatta percezione della natura di tale diritto. Da questo punto di vista, è altamente significativo che la selezione operata dai giuristi romani guida le scelte del pretore che includerà nel suo editto azioni tipiche a tutela di tali *negotia*, sentendo questi schemi giuridici come *ius* già esistente e quindi proponendo azioni con *formulae in ius conceptae*²⁶.

Ciò significa, in concreto, che la costruzione della rilevanza di tale prassi negoziale sovranazionale è fondata sulla sua configurazione in termini di diritto consuetudinario sovranazionale (*ius gentium*), al quale il pretore non fa che dare tutela come *ius* preesistente²⁷.

Aspekte des römischen Völkerrechts, München 1989, 94 ss., 102 ss., 145 ss.; R. FIORI, 'Fides' e 'bona fides'. Gerarchia sociale e categorie giuridiche, in ID. (a cura di), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 3, Napoli 2008, 237 ss.

²³ G. LOMBARDI, *Sul concetto di 'ius gentium'*, Roma 1947; P. CATALANO, *Linee del sistema sovranazionale romano*, Torino 1965, 3-48 (*ius fetiale* e *iura communia*); KASER, *Ius gentium*, cit. 14 ss., 20 ss., 40-42; F. GALLO, 'Bona fides' e 'ius gentium', in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Studi in onore di A. Burdese*, II, Padova 2003, 115 ss.; R. FIORI, 'Ius civile', 'ius gentium', 'ius honorarium': il problema della «recrezione» dei 'iudicia bona fidei', in «BIDR» 101-102 (1998-1999) [ma 2005] 165 ss.

²⁴ V. ora con percorsi differenti GALLO, 'Bona fides', cit., 146 ss.; FIORI, 'Ius civile', cit., 165 ss.

²⁵ *Supra*, nt. 7.

²⁶ *Supra*, nt. 24.

²⁷ Dove, invece, l'intervento del pretore è un *prius* rispetto alla situazione tutelata, è quello dei *pacta conventa* che non costruiscono delle *emptiones*, *venditiones*, *locationes conductiones*, *mandata* e *societates*. Il testo editale, come codificato da Giuliano, accorda ai *pacta conventa* una forma di tutela ambigua (*PACTA CONVENTA ... SERVABO*). Il verbo *servare* può, infatti, in teoria includere strumenti diversi che il pretore appresta per dare tutela all'accordo (*denegatio actionis*, *actio*, eccezione, *restitutio in integrum*). L'editto non indica nessuno strumento tipico. Dall'altra parte, però, abbiamo l'*interpretatio* della giurisprudenza dell'editto *de pactis* che intende l'editto quale idoneo a dare rilevanza ai *pacta*, che non incarnino un contratto tipico, solo in termini

Altro elemento significativo per la comprensione della giuridicizzazione dei negozi dei traffici mediterranei, è la struttura della formula delle azioni dei contratti consensuali. L'*actio ex vendito*, l'*actio ex empto*, l'*actio locati*, l'*actio conducti*, l'*actio pro socio* e l'*actio mandati* hanno una *intentio* eguale (*quidquid dare facere oportet ex fide bona*) a fronte di una *demonstratio* costruita sulla tipicità causale²⁸.

La struttura della formula testimonia una valorizzazione tipizzante delle cause che è stata, però, considerata idonea ad agganciarsi ad un unitario *oportere ex fide bona*. Dietro questa costruzione poderosa, c'è una riflessione tecnica molto elevata. L'unificazione dell'*oportere ex fide bona*, connessa ad un movimento negoziale complesso che veniva percepito quale diritto consuetudinario, non è stata frutto dell'attività del pretore — che come non poteva rendere *heres*, così non poteva creare *oportere* —, ma la conseguenza della riflessione della giurisprudenza. In questo modo, non si crea un nuovo tipo di *oportere* — schema che come detto la tradizione pontificale conosce da molti secoli — né si determina una nozione di *fides bona* sganciata dai valori romani, ma si costruisce un concetto giuridico nuovo con materiale già esistente.

La novità è data dalla necessità di esplicitare qualcosa che nell'*oportere ex sponsione* era di per sé incluso. Gli accordi tra uomini di religioni, città, culture, lingue diverse viene fondato sul principio di lealtà e correttezza. La giurisprudenza esplicita questa scelta di valore col sintagma *oportere ex fide bona*, perché le parti del contratto non provengono dallo stesso corpo sociale e quindi non necessariamente condividono gli stessi valori. In più, la scelta di considerare i rapporti giuridicizzati in termini di *oportere* espande la struttura di eguaglianza di posizione dei *patres familias* nel *ius civile ai negotia* con gli stranieri.

di *exceptio* e non di *actio*. A fronte del *SERVABO* editto i giuristi sembrano plasmare un sistema coerente alla tipicità contrattuale, nella quale forzano anche l'editto *de pactis*. Si tratta di una costruzione rigorosa, nella quale la *conventio*, per produrre una azione d'adempimento contrattuale, deve dare vita ad una struttura tipica oggettivamente bilaterale. Su questa differenza di disciplina, che disorienta il giurista odierno abituato a leggere il testo nel suo significato letterale, si coglie la consueta dialettica instauratasi nel sistema romano tra giurista e pretore, dialettica che metabolizza il modello proposto dal pretore nel discorso dei giuristi e lo rende coerente alla rilevanza tipica delle *conventiones iuris gentium* nel diritto consuetudinario come da essi costruito. Non è casuale che in dottrina si sia pensato di leggere tale aporia (tra significato letterale dell'editto *de pactis* e sua lettura da parte della giurisprudenza) in chiave evolutivistica, con una originaria tutela ampia del principio del consensualismo nell'editto del pretore e suo ridimensionamento nel processo di tipizzazione del I sec. a.C. — I sec. d.C. Per una critica alla proposta di A. MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'Édit du préteur*, Paris 1958, v. per tutti G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, Torino 1963, 171 ss. ed ora, C. CASCIONE, 'Consensus'. *Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche*, Napoli, 2003, 205-209.

²⁸ Sul fondamento delle *formulae* con *demonstratio* nei *iudicia bonae fidei*, v. ora, R. FIORI, 'Ea res agatur'. *I due modelli del processo formulare repubblicano*, Milano 2003, 221 ss.

Il punto che ritengo vada fortemente valorizzato è quindi la scelta operata, tra le varie possibili, di dare ‘forma’ giuridica a questa realtà complessa e varia dei traffici commerciali, non assecondando la *koiné* ellenistica in materia, dove risaltava il ruolo del documento scritto, né espandendo il modello romano dell’impegno solenne *verbis* nel quale includere qualsiasi assetto di interessi perseguito, ma costruendo su tali contrattazioni della prassi una rilevanza giuridica in termini di *conventio* causalmente tipica, nella quale la struttura del vincolo veniva ad essere tutelata in termini di reciproco *quid quid dare facere oportet ex fide bona*.

La scelta di valorizzare il principio del consensualismo, sebbene calato nel concreto della tipicità causale, si dimostra particolarmente acconcio a gestire le contrattazioni commerciali tra persone di diversa cittadinanza, che parlano lingue diverse e che non condividono necessariamente gli stessi costumi commerciali.

3. *Cic. off. 3, 70: societas vitae in Q. Mucio Scevola.*

In tale contesto, assume rilevanza un’affermazione presente nel *de officiis* di Cicerone e di paternità muciana.

Cic. off. 3, 70: fideique bonae nomen existimabat manare latissime idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis venditis, conductis locatis, quibus vitae societas contineretur.

In *Cic. off. 3, 70* è ricordata una considerazione di Quinto Mucio Scevola sulla *bona fides*. Essa riflette sulla realtà dei rapporti inclusi nell’ambito di influenza del *fidei bonae nomen*. Va segnalato che l’elenco non si limita ad indicare rapporti del *ius gentium* come società, mandato, compravendita e locazione, ma vi include anche la fiducia e la tutela, istituti propri del *ius civile*, a dimostrazione del rapporto che si instaura senza soluzione di continuità, attraverso il legame *fides – bona fides*, tra *ius civile* e *ius gentium*.

In tutti questi rapporti negoziali, secondo il giurista, è contenuta la *societas vitae*. È affermazione di grande significato. I rapporti umani indicati, sia propri di una stessa *civitas*, sia quelli intercorrenti tra persone di diverse *civitates*, vengono inclusi in una volontaria comunione di vita. L’uomo è incluso in una comunità più ampia, nella quale vive in relazione con gli altri uomini a prescindere dall’appartenenza ad una comunità politica. La comunione volontaria (*societas*) tra gli uomini è vista come espressione di un dato naturale connesso al vivere.

Tale rilevante costruzione è un momento concreto di verifica di quanto lo stesso Cicerone aveva appena chiarito (*off. 3, 69*) sul rapporto inclusivo che i *maiores* avevano instaurato tra *ius gentium* e *ius civile*: *quod civile, non idem continuo gentium, quod autem gentium, idem civile esse debet*. L’Arpinate, infatti,

ritiene che tale rapporto si spieghi attraverso tre tipi di *societas*, una *omnium inter omnes*, un'altra più ristretta tra gli appartenenti ad una stessa *gens* ed infine quella caratterizzata dalla *civitas*. L'incongruenza segnala, come è stato autorevolmente detto, che la società intermedia, quella espressa dalla comunanza di diritto tra *gentes*, aveva avuto, all'interno della *civitas*, espressione nel momento unificante del *ius civile*, mentre all'esterno, aveva avuto espressione concreta nel *nomen Latinum*, statuto di latinità che a sua volta, mano a mano, venne inglobato nel diritto della *civitas*. Ciò avrebbe portato alla 'stabilizzazione' del corrispondente binomio *ius civile, ius gentium*²⁹.

Alla *societas, omnium inter omnes* si collega la realtà della *societas vitae* tra gli uomini. Essa è fondata su un principio ordinatore di lealtà e correttezza (*bona fides*). Si tratta di una scelta di politica del diritto che i giuristi romani fanno, ritenendola una scelta universale, espandendo in questo specifico ambito negoziale l'idea romana della *fides*.

Aver creato questo schema giuridico dell'*oportere ex fide bona* significa sostanzialmente riconoscere all'archetipo civilistico dell'obbligazione, l'*oportere*, la capacità ad adattarsi ai rapporti tra tutti gli uomini. Con l'*oportere ex fide bona* abbiamo un esempio concreto di quel diritto comune a tutti gli uomini che i romani ritengono di poter elaborare (Gai. 1, 1). È dunque uno *ius* che i romani sentono universale, perché idoneo non esclusivamente a regolare i rapporti tra *cives*, ma a regolare i rapporti tra tutti gli uomini. Da qui consegue, anche, l'esplicitazione in termini di *bona* della *fides* insita nell'*oportere* nei rapporti tra i *patres* a Roma. Dal momento in cui la prospettiva si concentra sul vincolo giuridico connesso agli accordi intercorsi tra uomini di diversa cittadinanza, esplicitare che l'*oportere* che vincolerà e determinerà gli effetti giuridici degli accordi deve essere un *oportere ex fide bona* diviene quasi necessario. Questo significa che le parti dovranno comportarsi nell'adempimento degli impegni assunti in modo corretto e leale. Ma significa anche che il concreto contenuto dell'obbligazione reciproca nata dall'accordo non è delimitato esclusivamente al voluto dalle parti³⁰.

4. Principio consensualistico e tipicità causale nella interpretatio prudentium del *ius gentium*.

È ora possibile, forse, cercare di tirare le fila sul problema dal quale sono partito. Se, cioè, questo momento storico di emersione nella contrattazione commerciale tra romani e peregrini nel III-II sec. a.C. del principio con-

²⁹ Fondamentale GALLO, *Bona fides*, cit., 117 ss.

³⁰ Sull'importanza del momento giudiziale nella determinazione del contenuto dell'*oportere*, v. quanto ho avuto occasione di precisare nel mio *'Bona fides' tra storia e sistema*, Torino 2010, 29 ss.

sensualistico calato all'interno di una tipicità causale possa considerarsi il frutto di una produzione consuetudinaria del diritto o se la percezione di esso come consuetudine non debba far smarrire il momento ricostruttivo della scienza giuridica romana, la quale ha distillato un precipitato di grande significato dogmatico.

A mio modo di vedere, il meccanismo più adeguato per spiegare il fenomeno è quello che autorevolmente si è segnalato anche in materia di *ius civile*. Una feconda dialettica tra *interpretatio prudentium* e produzione consuetudinaria del diritto, espressa con la felice immagine dell'*interpretatio* 'nei' *mores*³¹.

Il movimento dal basso, rappresentato dalla variegata contrattazione dei traffici commerciali, non è percepito come tale in termini di *ius*, non esprimendo quella saldatura 'naturale' tra prassi negoziale e sua rilevanza giuridica, evidente nella lettura savigniana sopra ricordata. Al contrario, la prassi negoziale viene poderosamente riletta enucleando dalle diverse 'forme' negoziali esistenti un principio comune, quello del consensualismo, calato nella tipicità causale degli scambi e dei diversi contratti di prestazioni e servizi.

La soluzione giurisprudenziale è di poderoso stimolo alle esigenze economico-sociali indotte dai traffici commerciali, segnando per sempre anche la futura storia dei contratti, nella quale il germe del consensualismo espanderà sempre di più la sua influenza.

5. Conclusioni.

Leggere la realtà dei contratti oggi, in una prospettiva sovranazionale e sensibile alla armonizzazione della stessa, significa riacquistare una capacità di lettura con occhiali concettualmente adeguati a dare veste tecnica ad essa. Il giurista deve in questo maturare una forza di analisi profonda della società in costante trasformazione, senza lasciarsi irretire dalle forme che tale contrattazione può assumere, ma individuare in essa quali siano i necessari capisaldi, quale il minimo giuridico che permetta un campo di regole idoneo ad evitare che tale ambito di contrattazioni sia la imposizione di un diritto di una parte sull'altra. Un diritto che resti, cioè, nei suoi principi ordinatori, come quello consensualistico e quello della tipicità causale, arbitro disinteressato degli interessi economici e dei fabbisogni soddisfatti attraverso il commercio internazionale. Vicino a questi, a me sembra, si deve ribadire l'importanza del principio di buona fede come principio inderogabile del contratto e l'obbligazione come struttura di eguaglianza.

³¹ F. GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto*, Torino 1993, in particolare 81 ss.