

LUIGI GAROFALO

CONTRATTO, OBBLIGAZIONE E CONVENZIONE
IN SESTO PEDIO

Il saggio, finora inedito, sostanzialmente riproduce quanto l'autore ha avuto modo di esporre nella relazione, dall'identico titolo, tenuta il 12 novembre 2004 a Roma, nell'ambito del Seminario di studi denominato «La cattedra 'strumento del sacro'. Incontro dei romanisti», voluto da Pierangelo Catalano in occasione del centenario della nascita di Giorgio La Pira. Esso è dedicato a Giovanni Nicosia e comparirà in una raccolta di studi in suo onore in via di pubblicazione.

1. È di contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio che intendo qui trattare: per mettere a fuoco le idee sviluppate al riguardo da Giorgio La Pira, antepoendovi un rapidissimo cenno alla variegata cornice dottrinale entro la quale esse si inseriscono; e per prospettare, in sede di loro vaglio critico, le mie personali riflessioni sul testo fondamentale in materia, collocato in D. 2.14.1.3, e su qualche altro passo della giurisprudenza classica che i romanisti sono soliti richiamare quando del primo affrontano i delicati problemi interpretativi.

2. Da quel testo conviene allora muovere, ricordando che ne è autore Ulpiano: ... *adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est*¹.

Sul significato profondo del *dictum Pedii*, che non è nemmeno certo se si estendesse a considerare la rilevanza del consenso in relazione alla *stipulatio*², il dibattito in seno alla letteratura specialistica è da

¹ Il brano, giova precisare, chiude D. 2.14.1.3, che si apre così: *conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt.*

² La genuinità del periodo *nam et stipulatio quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est*, già negata da qualche studioso – incline a vedervi un'interpolazione giustiniana o un glossema postclassico –, oggi appare tuttavia per lo più riconosciuta (cfr., tra gli altri, A. MANTELLO, *Le 'classi nominali' per i giuristi romani. Il caso d'Ulpiano*, in *SDHI*, LXI, 1995, 256 s.). Rimane comunque controversa la sua paternità: per F. GAL-

sempre acceso: continue sono infatti le sue riletture, sulle quali non è il caso di attardarsi in questa sede³.

Un seguito notevole, peraltro, ha l'opinione che il contratto e l'obbligazione cui fa riferimento Pedio, per dire che è connaturato nell'uno e nell'altra l'elemento convenzionale, formino in realtà un tutt'uno, tanto che il giurista avrebbe potuto più speditamente parlare di contratto dal quale scaturisce un'obbligazione o di obbligazione originata da un contratto.

Prevalente in chi sostiene questa tesi, che attribuisce a *contractus* e *obligatio* quel valore di endiadi sul quale anche di recente hanno posto l'accento Alberto Burdese e Tommaso dalla Massara⁴, è poi la convinzione che Pedio si rifacesse a una nozione di contratto ben diversa da quella delineata da Labeone: se per costui, e meglio lo vedremo nel seguito, contratto è l'*ultra citroque obligatio*, ossia – valorizzando, come credo si debba, quanto è inespresso in tale locuzione, e anzi nell'intero enunciato che la contiene, leggibile nel frammento di Ulpiano in D. 50.16.19 – l'accordo che produce obbligazioni per ambedue le parti che l'hanno stretto⁵, per Pedio sarebbe invece contratto l'accordo che produce obbligazioni in capo a ciascuna di queste o anche a una soltanto⁶, salva la sua insufficienza, ovviamente ai fini del determinarsi degli effetti obbligatori, in presenza di una delle fat-

tispecie capaci di generarli per la cui integrazione l'ordinamento esigesse, in aggiunta all'accordo stesso, la consegna della *res* o la pronuncia dei *verba* o l'uso delle *litterae* (ammettendo, con Mario Talamanca⁷, che nell'originale di Pedio l'espressione *sive re sive verbis* fosse completata dalle parole *sive litteris*)⁸.

3. Ebbene, e come già anticipato, nell'incessante discussione intorno al *dictum Pedii* è intervenuto anche Giorgio La Pira. In un saggio incentrato sulla personalità scientifica di Sesto Pedio, uscito sul finire degli anni Trenta del secolo scorso⁹, egli indugia infatti sulla parte di D. 2.14.1.3 sopra trascritta, dedicandovi penetranti osservazioni: talmente penetranti da risultare poi richiamate da Giuseppe Grosso nella sua celebre monografia sul sistema romano dei contratti¹⁰, nel cui apparato critico le citazioni della moderna letteratura sono così misurate da persuadere il lettore che esse siano ristrette alle opere considerate dall'autore davvero pregevoli¹¹.

Merito di Pedio, secondo La Pira, è di aver offerto un poderoso apporto all'elaborazione scientifica del diritto: «servendosi degli adeguati strumenti tecnici», quali «l'analisi, le definizioni, le sistemazioni, l'interpretazione analogica, l'interpretazione dei negozi giuridici e del-

10, 'Synallagma' e 'conventio' nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne, II, Torino, 1995, 216, ad esempio, esso, «se pure rispondente alla veduta pediana, deriva da Ulpiano».

³ In merito alle stesse, per un primo ragguaglio bibliografico, cfr. G. ROMANO, 'Conventio' e 'consensus' (a proposito di Ulp. 4 'ad ed.' D. 2.14.1.3), in *Ann. Sem. giur. Palermo*, XLVIII, 2003, 314, nt. 195.

⁴ Cfr. A. BURDESE, *Il contratto romano tra forma, consenso e causa*, in *Diritto romano e terzo millennio. Radici e prospettive dell'esperienza giuridica contemporanea. Relazioni del Convegno internazionale di diritto romano (Copanello 3-7 giugno 2000)*, a cura di F. Milazzo, Napoli, 2004, 102 s.; T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova, 2004, 67.

⁵ Ovvero, come nel caso della *societas* (specificamente menzionata in D. 50.16.19), per i tre o più soggetti che l'hanno concluso: ma è, quella dell'accordo plurilaterale, un'evenienza che nel prosieguo tralascierò di considerare, per ragioni di breviloquenza.

⁶ Ovvero in capo a una ed eventualmente e posteriormente in capo all'altra: caso, questo, di bilateralità imperfetta, che si affianca alle ipotesi di bilateralità e unilateralità cui ho accennato nel testo e alle quali soltanto continuerò a riferirmi per non appesantire troppo l'esposizione, salvo allargare il discorso al primo quando strettamente necessario.

⁷ Cfr. M. TALAMANCA, voce *Contratto e patto nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, IV, Torino, 1989, 76, nt. 128; *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 537.

⁸ Cfr., a titolo paradigmatico, A. BURDESE, *Il contratto*, cit., 103; *Divagazioni in tema di contratto romano tra forma, consenso e causa*, in 'Iuris vincula'. Studi in onore di M. Talamanca, I, Napoli, 2001, 346 s.; F. GALLO, *Eredità di Labeone in materia contrattuale*, in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano (Milano, 7-9 aprile 1987)*, I, Milano, 1988, 52 s.; 'Synallagma', II, cit., 206 ss. (qui l'autore si sforza altresì di dimostrare che nel *dictum Pedii*, secondo cui, come si legge a p. 217, «in tutte le specie di *obligationes contractae* ammesse dai sabiniani – non solo cioè in quelle che *consensu fiunt*, ma anche in quelle che *re, verbis* e *litteris fiunt* – si ha la *conventio*», sarebbero condensati insegnamenti ricollegabili a Giuliano e al suo maestro Giavoleno); A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani. 'Nova negotia' e 'transactio' da Labeone a Ulpiano*, Napoli, 1971, 129 ss.

⁹ Intitolato appunto *La personalità scientifica di Sesto Pedio*, esso è pubblicato in *BIDR*, XLV, 1938, 293 ss.

¹⁰ Cfr. infatti G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, Torino, 1963, 54, nt. 3.

¹¹ Tra queste doveva quindi rientrare anche un altro lavoro di La Pira, e precisamente l'articolo su '*Compromissum*' e '*litis contestatio*' formulare, apparso in *Studi in onore di S. Riccobono*, II, Palermo, 1932, 189 ss., menzionato com'è a p. 133 e relativa nt. 2 del volume di Grosso.

le norme giuridiche», egli ha infatti fortemente contribuito «a dare un grado maggiore di unità alla scienza giuridica del suo tempo, formulando dottrine che sono ancora fondamentali per la dommatica del diritto privato»¹².

Grazie all'analisi, afferma lo studioso, Pedio scorge gli elementi costitutivi dei singoli enti giuridici: e così può pervenire alle rispettive definizioni e poi anche alla costruzione di figure di livello superiore, raggruppanti i diversi enti che esibiscono un elemento costitutivo comune. «Scoprire un genere nuovo che unifica più istituti giuridici», scrive al proposito La Pira, «significa accostare più istituti, analizzarne gli elementi costitutivi e trovare che c'è un elemento fondamentale comune: questo elemento comune costituisce – ovvero, e a mio avviso meglio, 'fonda e giustifica' – il genere che fa di tutti questi istituti come i rami di un medesimo albero, *species* di uno stesso *genus*»¹³.

Esemplare, sul punto, è per La Pira l'operazione logica compiuta da Pedio in tema di contratto, obbligazione e convenzione, comprovata da quanto riferisce Ulpiano in D. 2.14.1.3. Egli, osserva lo studioso, «ha davanti alla mente le varie categorie, ancora disunite (cfr. D. 50.16.19), delle fonti obbligatorie convenzionali: *re, verbis, litteris, consensu*. Cosa c'è di comune in esse? Si possono ridurre a *species* di un medesimo *genus* (D. 2.14.5)? Analizzate nei loro elementi costitutivi esse mostrano un elemento essenziale comune: la *conventio*. Visto in questa luce, il passo in cui è conservato il *dictum Pedii* diventa allora lucidissimo: «il *pactum conventum* non è solamente una categoria del diritto pretorio: è altresì una categoria del diritto civile perché in essa si unificano tutti i negozi bilaterali¹⁴ che producono obbligazione». E ancora: «il difficile qui stava nel porsi per la prima volta il problema. Si trattava di una intuizione felice che era sfuggita allo stesso Labeone (il tentativo di unificare non è riuscito in D. 50.16.19): ma una volta posto il problema la soluzione si imponeva: l'analisi delle varie *causae* contrattuali di obbligazione (*re, verbis, litte-*

ris, consensu) non poteva non dare, quale elemento generico, la *conventio*»¹⁵.

Pedio quindi, e non già Labeone, è alla base di quel processo storico che condurrà «alla definizione moderna di contratto»: proprio perché, con il suo decisivo contributo all'unificazione, ha «posto il fondamento di quella identificazione fra contratto e patto che costituirà una conquista definitiva del diritto moderno»; mentre Labeone si situa a un livello inferiore. Infatti, «egli aveva distinto fra *agere, gerere e contrahere* senza riuscire a scorgere sotto queste tre specie di negozi bilaterali un elemento comune che li unificasse», in tutto o in parte. E lo rivela inequivocabilmente il passo di Ulpiano in D. 50.16.19. Passo ormai ripetutamente menzionato, che è adesso opportuno riportare: *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.*

Rimarchevoli, soprattutto sul piano dell'interpretazione dei negozi bilaterali obbligatori del *ius civile*, appaiono inoltre a La Pira le implicazioni insite nell'individuazione a opera di Pedio del *genus* del contratto, che ha come elemento aggregante la *conventio*. Se tali negozi, egli sottolinea, «hanno il loro fondamento ultimo nell'accordo delle parti, è verso questo accordo che deve volgersi l'interpretazione dei giuristi e giudici. Il formalismo, quando vi sia, si atteggia quindi a «strumento a servizio della effettiva volontà delle parti: è questo il nuovo principio che va maturando da tempo nella giurisprudenza romana – anche in relazione allo *ius civile* – e che solo ora, con Pedio, riceve una precisa formulazione: *nullum esse contractum, nullam esse obligationem quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis sive litteris fiat*». E d'altro canto, poiché anche i contratti formali – reali, verbali e letterali – «vanno interpretati in funzione della volontà delle parti», giocoforza, «se essa manca, il negozio, ancorché possieda tutti i requisiti formali, è, almeno praticamente, inefficace (*nam et stipulatio quae verbis fit nisi habeat consensum nulla est*)»¹⁶.

¹² G. LA PIRA, *La personalità*, cit., 294.

¹³ G. LA PIRA, *La personalità*, cit., 294.

¹⁴ È evidente che La Pira utilizza il sintagma 'negozi bilaterali' nel significato, ben esplicitato da P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1996, 124, di negozi che sorgono dalla «volontà concorde» di due parti, «cioè dal loro consenso». E in questa accezione lo adopererò anch'io nel seguito.

¹⁵ G. LA PIRA, *La personalità*, cit., 295.

¹⁶ G. LA PIRA, *La personalità*, cit., 296.

Nell'erigere la sua raffinata architettura, osserva ancora La Pira, Pedio, oltre ad avvalersi magistralmente degli strumenti dell'analisi, delle definizioni e della sistemazione, ha saputo giovare del potente mezzo dell'analogia. Per il tramite di questo, invero, il giurista è riuscito a «passare dal sistema pattizio del diritto pretorio all'analogo sistema civile dei negozi bilaterali obbligatori», elevando la *conventio* a «fulcro» anche del secondo: e quanto mai giustificatamente, perché la *conventio*, «alla quale il pretore dà tutela giurisdizionale», è anche il comune fondamento dei negozi in parola¹⁷.

4. Fino a qui, dunque, la riflessione di Giorgio La Pira rispetto al *dictum Pedii*, depurata di quanto egli sostiene a proposito del trascorrere nel campo del *ius civile* di principi propri del *ius praetorium* sulla scorta del criterio analogico, si inserisce nell'alveo di quella lettura di D. 2.14.1.3, tuttora ampiamente condivisa in dottrina, di cui ho in precedenza parlato: anche a suo avviso, invero, Pedio, a differenza di Labeone, avrebbe concepito il contratto quale ente giuridico di latitudine tale da includere tutti i negozi bilaterali con effetti obbligatori riconosciuti dall'ordinamento (tipicamente o meno¹⁸), in quanto con-

¹⁷ G. LA PIRA, *La personalità*, cit., 297 e 310.

¹⁸ Non va invero dimenticato ciò che G. LA PIRA, *La personalità*, cit., 305, scrive intorno a Paul. D. 19.4.1.2-3 (*item emptio ac venditio nuda consentientium voluntate contrahitur, permutatio autem ex re tradita initium obligationi praebet ... 3. Ideoque Pedius ait alienam rem dantem nullam contrahere permutationem*): «forse tutto il testo di Paolo prende da Pedio: Pedio, infatti, è l'unico autore in esso citato. La trattazione pediana mirava certamente a differenziare la permuta dalla compravendita ponendo in luce la diversità strutturale dei due istituti: diversità quanto al perfezionamento (*consensu* l'uno; *re* l'altro); diversità ancora quanto all'oggetto: perché mentre la vendita può avere ad oggetto una *res aliena* questo non è possibile nella permuta: *Pedius ait alienam rem dantem nullam contrahere permutationem*. Insomma si tratta qui di derivare una serie di corollari dai principi: e i principi sono dati dalla struttura dei contratti (e quindi dalla definizione che la manifesta). La citazione che Paolo fa di Pedio è per noi rivelatrice: essa mostra che nel sistema contrattuale pediano c'è posto per la permuta e, quindi, per gli altri contratti innominati; la dommatica di Pedio, cioè, ha già risolto un problema che sarà ancora discusso da giuristi immediatamente posteriori (Aristone, Celso, Giuliano, Mauriciano. Cfr. D. 2.14.7.2-4)». Significativo è anche quanto l'autore nota alle pp. 320 s.: «è possibile contrarre una obbligazione uscendo fuori dagli schemi dei contratti *verbis, litteris, re, consensu*? Possono, perciò, le parti creare esse una struttura nuova di contratto? Sì; almeno nei contratti sinallagmatici. La soluzione è attribuita ad Aristone (D. 2.14.7.2), giurista di poco posteriore a Pedio: ma è certo che Pedio considerava già la permuta quale contratto che si perfezionava *re* e dal quale nasceva una *obligatio* (D. 19.4.1.2-3)».

notati dall'indefettibile ricorrere della *conventio*, a prescindere sia dalla sua sufficienza ai fini del prodursi di quegli effetti (richiesta invece da Labeone, secondo cui, come si ricava da D. 50.16.19, gli atti con effetti obbligatori a carattere reale, verbale o letterale rimanevano al di fuori della figura del contratto) sia dalla bilateralità o unilateralità dei medesimi effetti (bilateralità al contrario pretesa da Labeone per l'appartenenza alla categoria del contratto, come ancora si evince da D. 50.16.19).

Debbo però confessare che questa ricostruzione, nonostante il favore di cui gode, non mi convince. E passo immediatamente a spiegarne i motivi, iniziando dal pensiero di Labeone riferito da Ulpiano in D. 50.16.19.

Sebbene qui non si parli dell'elemento convenzionale, non credo affatto che Labeone non lo intravedesse al di sotto sia dei rapporti obbligatori nascenti *re, verbis e litteris*, frutto cioè di un atto¹⁹ (supponendo che in questo il giurista augusteo ricomprendesse anche l'*agere litteris*, persosi per un taglio successivo²⁰), sia dei rapporti obbligatori derivanti da *emptio venditio, locatio conductio e societas*, esito quindi di un contratto²¹: ma egli non vi accenna perché la tematica sottesa alla sua dissertazione su atto e contratto²² riguarda non già il modo in cui

¹⁹ Per C.A. CANNATA, *Der Vertrag als zivilrechtlicher Obligierungsgrund in der römischen Jurisprudenz der klassischen Zeit*, in 'Collatio iuris romani'. *Études dédiées à H. Ankum*, Amsterdam, 1995, 63, nt. 14, in D. 50.16.19 «sind actum, contractum, gestum ohne Zweifel Akkusativformen der Substantive (substantivierte Partizipien) actus, contractus, gestus». Ed è questa la tesi che sembrerebbe da prediligere, tenuto anche conto delle argomentazioni concatenate da F. GALLO, 'Synallagma' e 'conventio' nel contratto. *Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne*, I, Torino, 1992, 149 ss.

²⁰ Come osserva M. TALAMANCA, voce *Contratto e patto nel diritto romano*, cit., 67, nt. 52, «i giustinianeî sono stati particolarmente attenti nel cancellare, nel Digesto ed eventualmente nel Codice, il ricordo di questo *genus obligationis*», rappresentato appunto dall'*obligatio litteris*: per cui «non desterebbe ... sorpresa che l'avessero fatto anche in questa connessione», che si rinviene in D. 50.16.19.

²¹ Cfr., in senso conforme, M. SARGENTI, *Labeone: la nascita dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in *Iura*, XXXVIII, 1987, 50; *Da Labeone ad Aristone. Continuità o antitesi?*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica. Il Congresso internazionale Aristec (Palermo - Trapani, 7-10 giugno 1995)*, a cura di L. Vacca, Torino, 1997, 147.

²² Ritengo anch'io, per buona parte delle ragioni addotte da F. GALLO, *Eredità*, cit., 42 ss., che «i riferimenti al *gestum (quaedam gerantur)* e *gestum rem significare sine verbis factam* non siano attribuibili né a Labeone né a Ulpiano». Non sono però pochi

gli uni e gli altri rapporti potevano sorgere (ché, se questa fosse stata, Labeone li avrebbe probabilmente accorpati sulla base del loro discendere da una pluralità di fonti di omogenea natura convenzionale), bensì le condizioni al ricorrere delle quali l'ordinamento accoglieva in sé, assicurandone la tutela, gli accordi che prevedessero l'impegno di una o di ciascuna parte di eseguire una prestazione (più corretto sarebbe dire: di tenere una condotta virtualmente qualificabile come prestazione, avendo di questa tutti i requisiti²³) a vantaggio della controparte. Condizioni che Labeone, analizzando i modelli tipici cui potevano attingere gli interessati²⁴, individuava, quanto ai rapporti obbligatori della prima specie, nell'esservi, accanto all'accordo, la consegna della *res* o la pronuncia dei *verba* o l'uso delle *litterae*; quanto ai rapporti della seconda specie, nel contenuto stesso dell'accordo, avente a oggetto il vincolo di ciascuna parte a compiere una prestazione a favore dell'altra²⁵. Ciò che gli consente appunto di distinguere, all'interno del novero degli accordi riconosciuti dal sistema come idonei a produrre effetti obbligatori, due categorie in relazione di contiguità: quella dell'atto, che abbraccia gli accordi che in tanto riuscivano a

gli studiosi che li ritengono ascrivibili proprio a Labeone: fra questi, mi limito a segnalare A. BURDESE, *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano* (Milano, 7-9 aprile 1987), I, Milano, 1988, 24, per il quale il *gestum* sarebbe stato concepito dal giurista augusteo «come attività non solo posta in essere *sine verbis*, ma in sé meramente materiale e come tale qualificata *res (sine verbis facta)*, che non presenta carattere di atto negoziale, a differenza dell'*actum* e del *contractum*».

²³ Sul punto v. F. GALLO, *Eredità*, cit., 50.

²⁴ Cioè ogni schema «munito di specifica azione prevista nell'editto pretorio», a voler riprendere un'espressione di C.A. CANNATA, *Contratto e causa nel diritto romano*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica. II Congresso internazionale Aristec* (Palermo - Trapani, 7-10 giugno 1995), a cura di L. Vacca, Torino, 1997, 37: senza che ciò postuli una corrispondenza necessariamente biunivoca tra singolo schema e singola azione, dal momento che un'azione editale ben poteva risultare servente rispetto a più schemi, come nel caso dell'*actio certae creditae pecuniae*, esperibile per esempio contro il debitore da mutuo o da *stipulatio* di una somma di denaro (valgono, al proposito, i giusti rilievi di T. DALLA MASSARA, *Alle origini*, cit., 80 ss., pur formulati con specifico riguardo a D. 2.14.7 pr.-2).

²⁵ Correttamente afferma F. GALLO, *Eredità*, cit., 47, ovviamente con riferimento a D. 50.16.19, che «*ultra citroque* non esprime la partecipazione al compimento dell'atto di due (o più) parti (in altri termini l'accordo), bensì la doppia direzione e reciprocità del vincolo. ... In *ultra citroque*, accanto all'idea della duplicità (di qua e di là), è presente quella, in senso materiale, dell'andare e venire, tradotta sul piano metaforico nella reciprocità».

produrre questi effetti in quanto vi si accompagnasse la consegna della *res* o la pronuncia dei *verba* o l'uso delle *litterae*²⁶; e quella del contratto, che racchiude gli accordi capaci dei soliti effetti solo perché imponevano alle parti lo scambio di due prestazioni²⁷.

E se la prima categoria, che – evidenza Labeone – annovera per esempio la *stipulatio* e il mutuo (a questo sembra infatti rinviare la *numeratio* che compare nel testo²⁸), quali espressioni dell'*agere verbis*

²⁶ E non «tutta la miriade di comportamenti umani rilevanti per il diritto, salvo i contratti», come invece ritiene F. GALLO, *Contratto e atto secondo Labeone: una dottrina da riconsiderare*, in *Roma e America, Diritto romano comune*, VII, 1999, 23.

²⁷ Non parlo, né qui né oltre, di scambio in senso stretto, il quale postula che l'una prestazione costituisca il corrispettivo dell'altra, ben consapevole che nella *societas*, come sottolinea A. BURDESE, *Sul concetto*, cit., 22, esso non ricorre, in quanto «le prestazioni dovute ... sono funzionalmente indirizzate al comune intento sociale»; parlo invece di scambio in un'accezione lata, per indicare che la prestazione cui ogni parte è tenuta va, in via diretta (come nell'*emptio venditio* e nella *locatio conductio*) o mediata (come nella *societas*), a vantaggio dell'altra. Così inteso, dunque, lo scambio di prestazioni rappresenta proprio l'oggetto dell'*ultra citroque obligatio* di Labeone, che esprime non più che il simultaneo sorgere a carico di ciascuna parte, in forza di un accordo, del vincolo al compimento di una prestazione a beneficio (almeno indiretto) dell'altra. Troppo rigido, per conseguenza, mi sembra l'assunto di F. GALLO, *Eredità*, cit., 50, secondo cui «l'elemento che caratterizza e delimita, secondo Labeone, la categoria del *contractum* è costituito dalla c.d. bilateralità oggettiva, dalla corrispettività – come si dice con maggior esattezza – delle prestazioni concordate. Si tratta della base dell'attività commerciale e in genere di scambio tra gli uomini. Labeone percepì che la corrispettività delle prestazioni è da sola sufficiente a rendere vincolante l'accordo». Del tutto accettabile è invece il rilievo di B. ALBANESE, *'Agere', 'gerere' e 'contrahere' in D. 50.16.19. Congetture su una definizione di Labeone*, ora in *Scritti giuridici*, II, Palermo, 1991, 240, che Labeone accostasse l'*emptio venditio*, la *locatio conductio* e la *societas* sul presupposto «dell'esistenza strutturale, in tutti e tre i negozi, di mutue *obligationes* delle parti, sorgenti con assoluta certezza dal fatto stesso del compimento del negozio».

²⁸ A proposito dell'atto di Labeone, A. BURDESE, *Sul concetto*, cit., 24, scrive: «si tratta, a mio avviso, di atto giuridico volontario, diretto cioè nell'intento delle parti a produrre effetti giuridici, il quale si effettua necessariamente tramite fatti o parole che lo caratterizzano ai fini della sua efficacia: e non solo di atto obbligatorio, come la *stipulatio* menzionata nel testo accanto alla *numeratio pecuniae* indicativa nella sua genericità di una *traditio nummorum* effettuabile per causa solutoria oltreché obbligatoria, mentre nel testo originario si sarebbe potuta trovare anche menzione, poi caduta, della *mancipatio*. L'autorevole opinione – che riprende quella enunciata da B. ALBANESE, *'Agere'*, cit., 234 –, per quanto incompatibile con la mia ricostruzione, proprio con riguardo a questa sollecita un interrogativo: se nella *numeratio* Labeone vedesse la dazione di una somma non solo a mutuo, ma anche a pagamento dell'indebito, dalla quale discendeva, in caso di errore del *solvens* sull'esistenza del debito, l'obbligazione di colui che aveva ricevuto i *nummi* di restituirli, sanzionata dalla *condictio*, come si ricava da Gai 3.91, passò su cui tornerò nell'ultimo paragrafo. Pur propendendo per una risposta negativa, non voglio però tacere del cauto atteggiamento mostrato sul punto da M. TALAMANCA,

e rispettivamente *re*, era priva di potenzialità sul piano evolutivo, la seconda ne era viceversa gravida. In quanto edificata astraendo dalle figure tipiche dell'*emptio venditio*, della *locatio conductio* e della *societas* l'elemento minimo presente in tutte (ovviamente in aggiunta a quello convenzionale), ossia l'*ultra citroque obligatio* senza ulteriori specificazioni²⁹, vi era inquadrabile un qualunque accordo in virtù del quale le parti si assumessero il peso reciproco di una prestazione, integrante o meno una delle richiamate figure³⁰. Attratto così nell'or-

Istituzioni, cit., 534, secondo il quale «nell'*actum* ... si ricomprende il *verbis* o *re agere* (le *obligationes verbis* o *re contractae*), di cui sono menzionati come esempi la *stipulatio* e la *numeratio* (il mutuo ed eventualmente la *solutio indebiti*)». Aggiungo comunque che, se realmente Labeone, parlando di *numeratio*, alludeva anche alla *solutio indebiti*, ciò denoterebbe un suo errore sul piano dogmatico, probabilmente causato dal fatto che un accordo era insito nel pagamento pur non dovuto: accordo che il giurista valorizzava trascurando di considerare che esso era indirizzato all'estinzione e non certo alla nascita di un'obbligazione, come emerge con evidenza da Gai 3.91, poc'anzi citato.

²⁹ Anche per C.A. CANNATA, *Contratto*, cit., 54, «Labeone costruiva il concetto di contratto per induzione, come sintesi delle note comuni alle figure contrattuali tipiche»: ma non limitate alle tre indicate in D. 50.16.19, come io penso. A suo modo di vedere, invero, noi «non possiamo sapere quali fossero queste figure, dall'insieme delle quali egli partiva per la sua costruzione concettuale, perché l'enumerazione, come la riporta Ulpiano in D. 50.16.19, ha carattere esemplificativo; è comunque assai probabile che Labeone vi vedesse la serie completata da comodato, deposito e pegno. Se ciò è vero, la nozione di affare (*synallagma*), secondo Labeone, doveva comprendere anche i negozi corrispondenti a tali tre contratti, di cui due – comodato e deposito – appartengono al settore della gratuità». Cambiando angolazione, direi che sia da seguire B. ALBANESE, 'Agere', cit., 228, quando sostiene che «Labeone si trovava di fronte ad un uso del *contrahere* estremamente largo» e perciò «intendeva precisare ... un teorico ambito specifico e non promiscuo da contrapporre a quell'uso; non era limitato dalla rigida categoria di *contractus* come accordo di volontà che, in casi tassativamente previsti, faceva sorgere l'*obligatio*. Quindi, egli era libero di formulare la sua interpretazione restrittiva, sia pur in sede teorica, del *contractum* come *ultra citroque obligatio*». E con ciò, secondo lo stesso B. ALBANESE, 'Agere', cit., 239, Labeone rivolgeva la sua attenzione al «risultato del *contrahere* (e del *contractus*)», lasciando in ombra il «procedimento che conduce a quel risultato», peraltro ben presente al giurista (e per me addirittura punto dal quale il medesimo consapevolmente muoveva per arrivare a definire l'atto e il contratto): Labeone «manifesterebbe altrimenti una specie di inammissibile ottusità tale da fargli dimenticare che non può esistere risultato oggettivo a prescindere dal procedimento soggettivo che a quel risultato conduce».

³⁰ Di contrario avviso è M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 558, per il quale la categoria del contratto individuata da Labeone «in funzione della bilateralità nelle obbligazioni, e quindi sotto il profilo effettuale, ... aveva un valore descrittivo o classificatorio, in quanto serviva soltanto ad indicare – nell'ambito delle fattispecie tipiche previste dal *ius civile* – i casi in cui nasceva un'*ultra citroque obligatio*». Viceversa A. BURDESE, *Sul concetto*, cit., 25 e nt. 20, pur convenendo «con l'Albanese che Labeone abbia inteso,

bita del contratto e quindi, per il medio di questo, nel mondo del diritto, un accordo di tal genere, quando non qualificabile come *emptio venditio*, *locatio conductio* o *societas*, reclamava comunque dall'ordinamento, per ragioni di intrinseca coerenza, una protezione sostanzialmente corrispondente a quella assicurata alle tre fattispecie citate³¹: problema alla cui soluzione Labeone si era proficuamente dedicato, se è vero ciò che sembra potersi desumere da altri testi³², e cioè che egli concedeva (o, meglio, riteneva che dovesse concedersi sulla base del *ius civile*) a ciascuno dei soggetti che quell'accordo avessero stretto di far valere in giudizio l'inadempimento dell'altro mediante la generale *actio praescriptis verbis*³³, che veniva così ad affiancarsi, assolvendone

con la sua definizione, isolare valori rigorosi, in contrapposizione ai valori correnti, di *agere*, *gerere* e *contrahere*», ritiene comunque «più probabile che ciò egli abbia fatto in riferimento a concreti interessi di regime giuridico come potrebbe essere, almeno in relazione al concetto di *contractum*, quello di aprire la via alla tutela di figure atipiche, piuttostoché a interessi meramente filologici»: il che induce l'autore a respingere l'opinione di Generoso Melillo, secondo la quale – per come la riassume lo stesso Burdese – «l'interesse che muove Labeone sarebbe essenzialmente dottrinario».

³¹ Afferma A. SCHIAVONE, *Studi*, cit., 94, che Labeone, grazie alla sua definizione del contratto, aveva acquisito «uno strumento di lavoro che, fissando la struttura necessaria e sufficiente del *contractus* (e solo questa), poteva utilmente valere come canone di qualificazione di ogni atto negoziale, anche oltre i tipi dalla cui osservazione era partito, che rivelasse di essere governato da quella struttura». Per Labeone, prosegue lo studioso, «l'estensione del *nomen* di *contractus* ad una nuova fattispecie si svolge sempre sul filo di una proposizione condizionale del tipo: 'se l'essenza di ogni contratto è la *ultra citroque obligatio* e l'essenza della fattispecie x è una *ultra citroque obligatio*, la fattispecie x è un *contractus*'. Sembra tuttavia a me che questa proposizione non dia adeguatamente conto dei passaggi logici sottesi all'enunciato di Labeone di cui a D. 50.16.19 (e forse compiutamente scanditi nel contesto donde proviene). E invero, per potersi dire presente, in una fattispecie atipica, diversa dunque dalle tre menzionate da Labeone nella sua definizione di contratto, una *ultra citroque obligatio*, bisogna prima qualificare come contratto quella stessa fattispecie: solo da questa operazione discenderà infatti la configurazione in termini di *ultra citroque obligatio* dell'impegno (consensualmente) assunto da ciascuna parte di tenere un certo comportamento a favore dell'altra. Il che mi rafforza nell'idea che Labeone sviluppasse diversamente il suo ragionamento: individuato nell'*ultra citroque obligatio* l'elemento che, insieme all'accordo (rinvenibile però in un'ampia gamma di negozi e dunque privo di un'ideale capacità identificativa, tanto da poter rimanere nell'ombra), primariamente connotava l'*emptio venditio*, la *locatio conductio* e la *societas*, egli poteva dire che ogni qualvolta le parti si gravavano, e naturalmente in via pattizia, del vincolo reciproco a tenere un certo comportamento, in astratto corrispondente a una *ultra citroque obligatio*, si era al cospetto di un contratto e conseguentemente quel vincolo prendeva in concreto le sembianze di una *ultra citroque obligatio*.

³² Raccolti e commentati da R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, in *Ann. Sem. giur. Palermo*, XXXVII, 1983, 96 ss.

³³ Mutevole è la terminologia con cui essa viene identificata nelle fonti: proprio

la stessa funzione, agli specifici mezzi processuali a disposizione delle parti di un *emptio venditio*, di una *locatio conductio* o di una *societas*³⁴.

Venendo ora a Pedio, ritengo di dover escludere non solo che egli, nel *dictum* di cui a D. 2.14.1.3 (prudentemente circoscritto all'assunto che *nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat*), adoperi gli accusativi *contractum* e *obligationem* in forma di endiadi, ma pure che la sua nozione di contratto fosse più ampia di quella maturata da Labeone, tanto da coincidere con il concetto di negozio bilaterale con effetti obbligatori, essendo invece plausibile proprio il contrario: vale a dire che Pedio accettasse la separazione fra atto e contratto proposta da Labeone con implicito riferimento agli accordi con cui una o ciascuna parte prometteva di effettuare una prestazione nei confronti dell'altra³⁵, rimodulando però in senso restrittivo l'area coperta dalla se-

Labeone, per esempio, preferiva la denominazione di *actio in factum civilis* (cfr. C.A. CANNATA, *Contratto*, cit., 44 s.); altri quella di *actio civilis* o *actio incerti* o *actio civilis incerti* (cfr. R. SANTORO, *Il contratto*, cit., 70 s.). Ferma la sua piena classicità, nonostante i dubbi ancora nutriti al riguardo da qualche studioso (v., in particolare, M. SARGENTI, 'Actio civilis in factum' e 'actio praescriptis verbis', in *SDHI*, LXXII, 2006, 229 ss.), è sulla struttura della medesima che la dottrina è tutt'oggi spaccata. Secondo l'opinione di C.A. CANNATA, *Contratto*, cit., 43 ss., alla quale va la mia adesione, l'azione in parola aveva una *demonstratio* in cui veniva individuata la fattispecie concreta donde derivava il rapporto obbligatorio dedotto in giudizio (ciò che giustifica il suo appellativo di azione *in factum*), che era *praescripta* a un *insentio in ius concepta*, in quanto «si trattava della canonica *intentio civilis incerta* delle azioni da contratto consensuale (*quidquid ob eam rem N^m N^m A^o A^o dare facere oportet ex fide bona*)».

³⁴ Cfr., in questo senso, F. GALLO, *Eredità*, cit., 50. Con M. TALAMANCA, voce *Contratto e patto nel diritto romano*, cit., 70, vale peraltro la pena di ricordare che, in presenza di convenzioni che davano luogo a un reciproco impegno all'esecuzione di una prestazione e non assurgevano a schema tipico, già secondo la giurisprudenza tardo-repubblicana la parte tenuta a un *dare* che avesse adempiuto avrebbe potuto esperire la *condictio ob rem dati re non secuta* nei confronti di quella inadempiente, onde ottenere la restituzione della cosa trasferita in proprietà o il suo valore, calcolato in base alla *condemnatio al quanti ea res est* (per cui non era considerato l'interesse del *dans* all'adempimento, ovvero quell'interesse positivo che costituiva invece la misura del risarcimento nel caso di vittorioso esercizio dell'*actio praescriptis verbis*); mentre, almeno per la giurisprudenza del principato, la parte tenuta a un *facere* che avesse adempiuto avrebbe potuto intentare l'*actio de dolo* (arbitraria e comunque volta a un risarcimento determinato secondo il criterio dell'interesse negativo) contro quella inadempiente, sempre o più probabilmente in talune ipotesi.

³⁵ Di segno opposto è la convinzione di A. SCHIAVONE, *Studi*, cit., 133. A suo modo di vedere, di Pedio sarebbe «il totale rovesciamento di posizioni rispetto alla costruzione di Labeone», esito di due operazioni: «la prima ... è consistita nell'aver sostituito

condo figura, onde impedire l'eclissarsi della sottoclasse dell'atto a carattere reale.

Penso infatti che Pedio, dopo aver esaminato a fondo la classificazione di Labeone restituitaci da D. 50.16.19³⁶, sia voluto intervenire nel dibattito scientifico del tempo, prefiggendosi due obiettivi.

Il primo doveva essere quello di portare alla luce ciò che in quella classificazione era immanente, ma che rischiava di non trapelare, spiando così la strada a pericolosi fraintendimenti: ossia che là dove si fosse riscontrata l'esistenza di una *ultra citroque obligatio*, e dunque di un contratto in quanto sua fonte, oppure di un rapporto obbligatorio non reciproco conseguente all'*agere re, verbis* o *litteris*, e quindi a un atto, sempre si sarebbe riscontrata anche l'esistenza di un accordo. Il che rende ragione dell'affermazione di Pedio, estrapolata poi da Ulpiano, che *nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis* - e, secondo il presumibile tenore autentico, *sive litteris - fiat*, se rettamente intesa nel senso che non vi era alcun contratto, concepito al modo di Labeone, né alcun rapporto obbligatorio non reciproco, riconducibile all'atto dello stesso Labeone, che non contenesse una convenzione, essendo del tutto indifferente che per il nascere di tale rapporto fosse imprescindibile la consegna della *res* o la pronuncia dei *verba* o l'uso delle *litterae*³⁷

tuito al concetto labeoniano di *contractus* distinto dall'*agere* e dal *gerere* il concetto, diciamo così, sabiniano, unificante di queste nozioni. La seconda, strettamente dipendente, nell'aver ridotto l'essenza di questa nozione al momento dell'incontro delle volontà dei soggetti (*conventio*), quando invece Labeone riduceva la sua al momento della pura oggettività bilaterale delle prestazioni».

³⁶ Sull'intenso rapporto che Pedio, in linea generale, doveva intrattenere con il pensiero di Labeone cfr. A. SCHIAVONE, 'Ius'. *L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005, 319.

³⁷ Secondo M. TALAMANCA, 'Conventio' e 'stipulatio', in *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea. Atti del Convegno di diritto romano - Siena 14-15 aprile 1989*, a cura di N. Bellocci, Napoli, 1991, 211, «Pedio viene, in definitiva, ad ammonire che non ci si deve far ingannare dall'apparenza della *res*, dei *verba*, delle *litterae*: sul piano sociologico, v'è sempre una *conventio* sottostante a questi elementi, per chiamarli così, formali». Sembra tuttavia a me che Pedio avvertisse chiaramente come, in presenza di tali elementi, la *conventio* abbandonasse il piano sociologico di cui parlò studioso per passare in quello giuridico. Solo in parte, noto ancora, la mia interpretazione del *dictum Pedii* coincide con quella offerta da R. KNÜTEL, *La 'causa' nella dottrina dei patti*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica. Il Congresso internazionale Aristec (Palermo - Trapani, 7-10 giugno 1995)*, a cura di L. Vacca, Torino, 1997, 133, come si desume dalla lettura delle sue parole: è da rilevare «come Pedio con

(puntualizzazione, quest'ultima, che Labeone, dedito com'era alla già ricordata tematica relativa alla ricerca dei segni della meritevolezza della protezione giuridica degli accordi aventi a oggetto l'impegno di una delle parti o di entrambe di compiere una prestazione, avrebbe presumibilmente formulato in maniera diversa, dicendo che l'accordo sottostante al rapporto obbligatorio non reciproco in tanto aveva acquisito rilevanza, e dunque tutela, *sub specie iuris* in quanto accompagnato da uno di quei segni, individuati dall'ordinamento nella consegna della *res*, nella pronuncia dei *verba* e nell'uso delle *litterae*)³⁸.

Il termine *contractus* intenda chiaramente la *ultra citroque obligatio* nel senso di Labeone (D. 50.16.19), dunque i contratti sinallagmatici, mentre con il termine *obligatio* identifichi i 'rapporti obbligatori unilaterali'. Poiché è chiaro che il discorso non può riguardare le *obligationes* da delitto o da quasi-delitto, l'unica possibile alternativa è riferirlo ai 'rapporti obbligatori contrattuali unilaterali': laddove, secondo me, bisogna invece riferirlo ai rapporti obbligatori non reciproci che Labeone inseriva nella categoria dell'atto. Troppo generico, infine, mi sembra l'assunto di G. MELILLO, 'Contrahere, pacisci, transigere'. *Contributi allo studio del negozio bilaterale romano*, Napoli, 1994, 178, secondo cui Pedio avrebbe inteso affermare «che la *conventio* è al fondo di tutte le *obligationes*, anche di quelle, come la *stipulatio*, dove *obligata* è una sola parte, poiché la mancanza del consenso rende nulla la struttura»: a prescindere dalla dubbia paternità del periodo che chiude D. 2.14.1.3 (*nam et stipulatio quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est*), che sarei comunque più propenso ad ascrivere a Ulpiano (con Gallo: cfr. *supra*, alla nt. 2), vi è infatti che la *conventio* Pedio la vede al fondo non di tutte le *obligationes*, ma di quelle soltanto che derivano dal contratto inteso come voleva Labeone e dall'atto come concepito da questo stesso giurista.

³⁸ Anche per R. SANTORO, *Il contratto*, cit., 204, «Pedio deve avere enunciato la sua dottrina del contratto avendo presente la *definitio* del contratto data da Labeone» (l'assunto compendia un lungo discorso, che si snoda a partire da p. 187). Diversa dalla mia è però la tesi dello studioso (esposta alle pp. 205 s.) in merito al «senso della posizione particolare che Pedio assume nel suo discorso nei confronti di Labeone». A suo avviso, invero, «Labeone si trova di fronte ad un impiego, nel linguaggio comune ed anche in quello edittale, della terminologia del contratto quanto mai vario. Egli pone in rilievo che per contratto deve intendersi solo un atto obbligatorio convenzionale. E lo fa ai fini del riconoscimento di effetti obbligatori ad ogni convenzione. Nell'ambito dell'*agere*, categoria generale, in cui rientra il contratto, vi potranno dunque essere atti, come il contratto, che implicano il consenso, ed atti che ne prescindono. Noi non possiamo stabilire qui se Labeone volesse far rientrare *stipulatio* e *numeratio* veramente in quest'ultima categoria. Ma è certo che citando queste figure come esempi di atti (rispettivamente *verbis* e *re*) poteva indurre alla illazione che la *stipulatio* e la *numeratio* non fossero atti convenzionali. Ma proprio questa illazione Pedio vuole evitare. Perciò egli parte dall'affermazione per cui la *conventio* ha portata generale [al riguardo va osservato che per Santoro anche il pensiero di Ulpiano leggibile nella prima parte di D. 2.14.1.3, riferita *supra*, alla nt. 1, rispecchierebbe quello di Pedio], sicché deve riscontrarsi in ogni atto bilaterale compiuto *contrahendi* o *transigendi causa*, e utilizzando la parola

Inaspettatamente, del resto, anche La Pira suggerisce di leggere nel modo che ho appena indicato l'enunciato di Pedio. Abbandonando le linee di ragionamento seguite nel suo lavoro, delle quali ho dianzi dato conto, egli infatti, dopo essersi soffermato sulla distinzione tra atto e contratto risalente a Labeone, si esprime così. «Pedio ha in mente proprio questa distinzione di Labeone: l'obbligazione derivante da negozio giuridico bilaterale ha la sua causa o in un *actum* o in un *contractum*: questa distinzione è presupposta e spiega perfettamente l'espressione solo apparentemente imprecisa di D. 2.14.1.3: ... *ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum (= ultra citroque obligatio quae Graeci etc.) nullam esse obligationem ... sive re sive verbis 'sive litteris' fiat (= actum quidem verbum generale esse, sive verbis 'sive litteris' sive re quid agatur ut in stipulatione vel numeratione)*»³⁹. Vero è, però, che subito dopo La Pira aggiunge: rispetto a Labeone, «Pedio va oltre; riconduce le due *species* di *actum* e di *contractum* ad un unico *genus*: la *conventio*», vista dunque come elemento peculiare della categoria di contratto, ormai ben più estesa di quella elaborata da Labeone, posto che assorbiva in sé anche la figura, pure identificata da questi, dell'atto. E così opinando, se da un lato recupera l'armonia del discorso, dall'altro rimarca il divario che corre tra la sua e la mia impostazione: perché, come già ho notato, credo che Pedio sia andato oltre Labeone non nella direzione additata dall'insigne romanista, bensì in quella esattamente opposta, avendo egli – e lo si è appena appurato – approvato e chiarito il pensiero del giurista augusteo in merito al divergere di atto e contratto, ma anche ridelimitato riduttivamente l'ambito del secondo – nel modo che risulterà dal seguito –, spintovi dall'obiettivo di garantire la permanenza in vita dell'*agere re*.

A Pedio, e passo così a trattare di questo suo ulteriore obiettivo, non era certo sfuggito che, così come concepita da Labeone, la cate-

contractus nell'impiego comune, per cui essa si applicava anche alla *stipulatio* e alla *numeratio*, precisa (*eleganter*), in opposizione alla illazione che si poteva trarre dalla definizione del contratto fornita da Labeone in rapporto all'atto, che non c'è nessun contratto, nessun atto obbligatorio bilaterale (di questo solo egli intendeva ... parlare) che non abbia in sé il consenso. Anche la *stipulatio*, aggiunge, che pure avviene *verbis* (e implica, precisiamo noi, un *inter se agere – verbis* appunto – dello stipulante e del promittente), se non ha in sé il consenso, è nulla.

³⁹ G. LA PIRA, *La personalità*, cit., 311.

goria del contratto aveva un impatto parzialmente distruttivo su quella collaterale dell'atto – del quale è difficile stabilire se si fosse avveduto colui che le aveva escogitate –, dal momento che toglieva un'apprrezzabile ragione d'essere all'*agere re*. Distrutturato, il medesimo rivelava due elementi: un accordo tra due parti contemplante l'impegno dell'una di eseguire la consegna di una cosa (per esempio, di una cosa inconsumabile a scopo di uso, come nel caso del comodato) e l'impegno dell'altra di tenere un contegno, più o meno complesso, immancabilmente esteso alla restituzione della *res*; l'attuazione del primo impegno. Solo se questa fosse intervenuta, dunque, l'accordo sarebbe entrato nella sfera del diritto, risultando protetto da apposite azioni (per esempio, a voler riprendere l'ipotesi del comodato, dall'*actio commodati* diretta, esperibile dal comodante, e contraria, in mano al comodatario). Diversamente, esso ne sarebbe rimasto al di fuori⁴⁰: salvo però transitarvi (in quanto rispondente ai requisiti di contenuto richiesti per l'accesso alla figura del contratto), e godere della tutela offerta dall'*actio praescriptis verbis* (in quanto sprovvisto di specifici mezzi processuali), nella prospettiva ricostruttiva propria di Labeone⁴¹. A seguirla, quindi, l'*agere re*, fagocitato com'era dall'*agere* per il

⁴⁰ Non tengo conto, all'interno di questo lavoro, del mero patto, che, com'è noto, un minimo riconoscimento giuridico aveva comunque nell'ambito dell'ordinamento romano, risultando in linea di principio tutelato dal pretore attraverso la concessione dell'*exceptio pacti conventi*, salvo peraltro poter essere valorizzato in via di azione quando relativo a un contratto protetto da un *iudicium bonae fidei*, almeno se contemporaneo alla conclusione del medesimo. L'omessa considerazione della figura, che al solito si giustifica per i limiti di spazio che il contributo deve rispettare, non credo pregiudichi però il discorso che vi vado svolgendo.

⁴¹ Non è di poco momento quanto può evincersi da D. 13.6.1.1 di Ulpiano, ossia che Labeone, nel caso di prestito d'uso gratuito di un bene immobile, verosimilmente concedeva alle parti l'*actio praescriptis verbis*, con ciò valorizzando dunque l'accordo intervenuto tra le stesse, costitutivo di un doppio vincolo (alla consegna e alla restituzione), anziché l'*actio commodati*, per lui esercitabile solo allorché il prestito avesse ad oggetto una cosa mobile. Ma leggiamo il brano: *huius edicti* – cioè della clausola dell'editto del pretore appena ricordata da Ulpiano, così formulata: *quod quis commodasse dicitur, de eo iudicium dabo* – interpretatio non est difficilis. *unum solummodo notandum, quod qui edictum concepit commodati fecit mentionem, cum Paconius utendi fecit mentionem. inter commodatum autem et usendum datum Labeo quidem ait tantum interesse, quantum inter genus et speciem: commodari enim rem mobilem, non etiam soli, utendam dari etiam soli. sed ut apparet, proprie commodata res dicitur et quae soli est, idque et Cassius existimat. Vivianus amplius etiam habitationem commodari posse ait.* Ebbene, come acutamente scrive C.A. CANNATA, *Contratto*, cit., 52 s. (incorrendo peraltro in una critica, a mio avviso non invincibile, di A. BURDESE, *Divagazioni*, cit., 330 s.), «secondo

tramite di accordi che rientravano nella famiglia del contratto, cessava la sua utilità. Ed era appunto per ostacolarne l'inesorabile declino che Pedio deve aver ridefinito quella famiglia, circoscrivendola agli accordi che vincolavano ciascuna parte al compimento di una prestazione i quali fossero tipicamente riconosciuti dall'ordinamento, essendo perciò protetti da azioni edittali (come nel caso degli accordi che integravano un'*emptio venditio*, una *locatio conductio* o una *societas*), oppure, nell'ipotesi in cui non lo fossero, avessero dato luogo all'esecuzione di una prestazione, essendo allora tutelati dall'*actio praescriptis verbis*, ovviamente esercitabile dal solo soggetto adempiente. Così ridelineata la figura del contratto, l'*agere re* era pienamente salvaguardato: perché gli accordi che vi erano sottostanti, i quali imponevano a una parte la

Labeone, se fra *commodatum* e *utendum datum* esisteva un rapporto di *genus e species*, è evidente che, malgrado l'ordine delle parole nel testo, il *genus* è l'*utendum datum* e la *species* il *commodatum* (infatti: *utendam dari etiam soli – commodari rem mobilem, non etiam soli*); il comodato di immobile resterebbe dunque al di fuori dello 'Schutzbereich' dell'*actio commodati*. Ciò lascia presumere che Labeone proponesse una tutela del comodato di immobile con l'*actio praescriptis verbis*; Cassio intendeva evidentemente ricondurre nell'ambito dell'*actio commodati* la tutela del prestito di immobile quando sosteneva che *proprie commodata res dicitur et quae soli est*. Il pensiero di Viviano e di Ulpiano lascia adito a dubbi. In Ulp. D. 13.6.1.1 Ulpiano professa inequivocabilmente l'idea di Cassio, che *proprie commodata res dicitur et quae soli est* e riconduce in questo stesso filone l'idea di Viviano che *amplius etiam habitationem commodari posse*. Ecco allora, prosegue l'autore, che D. 19.5.17 pr., ancora di Ulpiano – del seguente tenore: *si gratuitam tibi habitationem dederò, an commodati agere possim? et Vivianus ait posse: sed est tutius praescriptis verbis agere* –, parrebbe da intendersi così: «quanto all'abitazione gratuita, la sua tutelabilità mediante l'*actio commodati* è ammessa da Viviano, e – a quanto pare – solo da lui. Io (sc. Ulpiano) sarei d'accordo (perché, sulla scia di Cassio, ammetto il comodato di immobili): comunque è più prudente usare l'*actio praescriptis verbis*, perché non è escluso trovare un giudice che, anche se disposto ad ammettere il comodato di immobili, non concepisca il comodato dell'abitazione'. Ora, quest'uso dell'*actio praescriptis verbis* a tutela dell'abitazione gratuita potrebbe benissimo essere un residuo della tutela labeoniana, mediante *actio praescriptis verbis*, del comodato di immobili». Per quanto, conclude lo studioso, non possa non destare meraviglia «il ritrovar questa soluzione come suggerita da Ulpiano», posto che egli «professava la rigorosa visuale aristoniana in materia di causa del contratto innominato». Meraviglia che personalmente però non provo, posto che Ulpiano, sebbene recuperasse un'indicazione di Labeone, non si discostava affatto dalla pur diversa impostazione di Aristone, che – come appureremo nel paragrafo successivo – vedeva come produttivo di un'obbligazione, certo sanzionata dall'*actio praescriptis verbis*, l'accordo (fuoriuscente dagli schemi tipici) che, impegnando ciascuna parte al compimento di una prestazione, avesse avuto attuazione da una di esse: e ciò in quanto nel caso della *gratuita habitatio* da lui considerato l'accordo a monte (di cui era insicura la qualificazione in termini di comodato) vincolava ogni parte a effettuare una prestazione e risultava eseguito dal concedente.

consegna di una cosa e all'altra una condotta che comunque comprendeva la sua restituzione, una volta verificatasi la consegna (necessariamente antecedente rispetto alla prestazione cui era coesenziale la restituzione) non trovavano ingresso nella categoria del contratto (sebbene fossero astrattamente riconducibili a questa), in quanto già prima inglobati nei singoli atti a carattere reale tipicamente previsti dal sistema (per esempio, nel mutuo, nel deposito, nel comodato o nel pegno), come tali assistiti da azioni edittali. In altre parole, gli accordi in considerazione, ove accompagnati dalla consegna della cosa, venivano a incasellarsi nelle varie fattispecie, munite di una multiforme tutela processuale ritenuta adeguata, nelle quali, secondo i dettami del diritto positivo, si articolava l'*agere re*: per cui respingevano la doppia, e perciò sovrastrutturale, configurazione in termini di contratto. E non solo perché non necessaria, tanto più che essi, specialmente grazie alle azioni dirette e contrarie proprie del deposito, del comodato, del pegno e della fiducia, beneficiavano di una protezione a livello giudiziale d'intensità almeno pari a quella di cui avrebbero goduto in virtù dell'*actio praescriptis verbis*, ma anche e soprattutto in quanto quella configurazione ne avrebbe arbitrariamente alterato l'originaria natura di elementi peculiari dei diversi negozi accorpatis nell'*agere re*.

Vero è, peraltro, che manca una prova sicura che Pedio abbia corretto nel modo descritto la nozione di contratto affacciata da Labeone e proprio per neutralizzare le esiziali ripercussioni di questa sull'*agere re*. Ma è anche vero che non manca un prezioso indizio che lascia fondatamente presumere ciò. A fornirlo è D. 19.4.1.3, passo valorizzato pure da La Pira⁴², in cui Paolo si affida a Pedio per un'importante precisazione in materia di permuta (figura ben nota alla pratica commerciale, non elevata tuttavia a tipo nell'ordinamento di età classica, priva perciò di un'apposita tutela in sede edittale⁴³, che una tesi avanzata in seno alla scuola sabiniana voleva, ma con fatica, inclusa

⁴² V. *supra*, alla nt. 18.

⁴³ Cfr. F. GALLO, 'Synallagma', II, cit., 83 ss.; *contra* M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 556, per il quale la permuta avrebbe assunto il «rango di contratto tipico nell'editto giuliano», dove vi sarebbe stata «una rubrica», relativa appunto alla permuta, «in cui il pretore prometteva un'azione edittale, con *formula in ius concepta ed intentio incerta*, quasi sicuramente *ex fide bona*», ideata come «azione in adempimento, che poteva esser intentata soltanto se una delle due parti avesse già adempiuto».

nella compravendita, così che beneficiasse delle azioni specificamente previste per questa⁴⁴): *ideoque Pedius ait alienam rem dantem nullam contrahere permutationem*. Anche avulso dall'eloquente contesto, il brano rivela chiaramente che Pedio escludeva che assurgesse a contratto un accordo circa una permuta, implicante l'impegno di ciascuna parte di procedere alla *datio* di una *res*, e cioè alla trasmissione di una cosa in proprietà, a favore dell'altra, se non vi avesse fatto seguito alcuna *datio*, come nel caso in cui fosse intervenuto il (singolo o reciproco) trasferimento della cosa materialmente intesa e però non della proprietà di questa, a causa del suo appartenere a un terzo⁴⁵. Coerentemente si può allora affermare che per Pedio l'accordo relativo a una permuta meritava la qualifica di contratto quando, in esecuzione del medesimo, almeno uno dei soggetti che vi erano addivenuti avesse effettuato la *datio* di sua spettanza. E che proprio questa fosse l'opinione del nostro giurista risulta altresì confermato da quanto Paolo scrive in apertura del paragrafo precedente a quello poc'anzi riportato, supponendo – sulle orme di La Pira⁴⁶ – che egli si sia ispirato all'opera di Pedio là dove osserva: *emptio ac venditio nuda consentientium voluntate contrahitur, permutatio autem ex re tradita initium obligationi praebet*, ossia – nella traduzione di Gallo⁴⁷ – «la compravendita si contrae con la mera volontà dei contraenti, mentre la permuta dà inizio all'obbligazione con la consegna della cosa»⁴⁸. Né è immaginabile che

⁴⁴ Cfr. F. SITZIA, voce *Permuta (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXXIII, Milano, 1983, 107 ss.

⁴⁵ Cfr. F. GALLO, *Ai primordi del passaggio della sinallagmaticità dal piano delle obbligazioni a quello delle prestazioni*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica. Il Congresso internazionale Aristec (Palermo - Trapani, 7-10 giugno 1995)*, a cura di L. Vacca, Torino, 1997, 77.

⁴⁶ V. *supra*, alla nt. 18.

⁴⁷ F. GALLO, *Ai primordi*, cit., 69.

⁴⁸ Negherei, invece, che dipenda da Pedio il seguito di D. 19.4.1.2: *alioquin si res nondum tradita sit, nudo consensu constitui obligationem dicemus, quod in his dumtaxat receptum est, quae nomen suum habent, ut in emptione venditione, conductione, mandato* (ovvero, ancora nella traduzione di F. GALLO, *Ai primordi*, cit., 69: «diversamente, se la cosa non fosse ancora consegnata, diremmo che l'obbligazione si costituisce col mero consenso, il che è stato ammesso soltanto per quei negozi che hanno un proprio nome, come la compravendita, la conductione, il mandato»). Pare infatti a me che il brano risenta dell'impostazione che nell'ultimo paragrafo vedremo seguita da Gaio, nella quale il piano attinente al modo in cui si concludevano i negozi bilaterali produttivi di obbligazioni si confonde con quello, ben diverso, concernente l'individuazione dei segni della meritevolezza della protezione giuridica degli accordi che vin-

Pedio omettesse di esplicitare che, sopravvenuta a un accordo sullo scambio in proprietà di due cose la *datio* di una di esse, stante il ricorrere di un contratto alla parte adempiente, mancandole uno specifico mezzo editale, era consentito agire nei confronti di quella inadempiente con l'*actio praescriptis verbis*: cioè con quell'azione volta all'*id quod interest* della quale parla Paolo, probabilmente proprio sulla scia dell'insegnamento che rinveniva nella produzione di Pedio, nel paragrafo successivo a quello in cui lo menziona: *igitur ex altera parte traditione facta si alter rem nolit tradere, non in hoc agemus ut res tradita nobis reddatur, sed in id quod interest nostra illam rem accepisse, de qua convenit: sed ut res contra nobis reddatur, conditioni locus est quasi re non secuta*. Rispetto a questo testo, riterrei infatti, con Gallo, che esso sicuramente reca «guasti rilevanti», ma altrettanto sicuramente documenta che «Paolo ricollegava (con *igitur*) alla citazione di Pedio l'affermazione che, nell'ipotesi di *datio* compiuta da una parte e non seguita da quella dell'altra, non si agiva per la restituzione, ma per l'*id quod interest* (per conseguire il ristoro patrimoniale)»⁴⁹. Solo aggiungerei che tale affermazione verosimilmente ricalcava un'enunciazione dello stesso Pedio.

Certo si potrebbe obiettare che il discorso sviluppato da questi intorno all'accordo avente a oggetto una permuta ben poteva costituire un segmento autonomo della sua opera scientifica, non necessariamente estesa alla circostanziata revisione critica della nozione di contratto prospettata da Labeone. Ma sarebbe allora agevole replicare che quel discorso, nel quale insisto a ravvisare il frammento di un più ampio ragionamento condotto da Pedio per giustificare agli occhi dei suoi lettori la ripermetrazione dell'area occupata dalla figura del contratto in funzione di salvaguardia dell'*agere re*, denota comunque che il giurista almeno idealmente rifiutava la sagoma di questa figura così come tracciata da Labeone, non essendo egli disposto a farvi rientrare gli accordi che, al pari di quelli – all'evidenza emblematici – su una permuta, imponessero alle parti di scambiarsi due prestazioni e non fossero individualmente riconosciuti in sede editale, in mancanza dell'esecuzione di una di esse. Detto altrimenti, quel discorso è di per

colavano le due parti o una di esse al compimento di una prestazione, finendo anzi per oscurarlo.

⁴⁹ F. GALLO, 'Synallagma', II, cit., 85, nt. 10.

sé sufficiente a palesare che Pedio vedeva non nella mera reciprocità degli impegni di tenere una certa condotta, secondo l'indirizzo inaugurato da Labeone, ma nella reciprocità di tali impegni ulteriormente qualificata dall'attuazione dell'uno dei due l'indice per l'attribuzione della rilevanza giuridica agli accordi donde essi derivavano: solo se questo indice ricorreva, invero, tali accordi, in quanto rientravano nella categoria del contratto, transitavano nel mondo del diritto, risultando tutelati dall'*actio praescriptis verbis*.

5. Lungi dall'essere trascurata, la posizione assunta da Pedio in merito alla figura del contratto, implicita nella sua riflessione intorno agli accordi concernenti una permuta o invece, come credo, compiutamente formulata, avrebbe riscosso successo in seno alla giurisprudenza.

Se, aderendo alla congettura più attendibile⁵⁰, la datiamo alla seconda metà del I secolo d.C., non possiamo che constatare come essa abbia potentemente influito su due giuristi di epoca appena posteriore, Aristone e Mauriciano, il cui pensiero in tema di contratto conosciamo grazie a un testo famoso, ancor oggi al centro di una miriade di studi. Alludo, com'è ovvio, a D. 2.14.7.2: *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. et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo συνάλλαγμα dicit, unde haec nascitur actio*.

Per meglio afferrare la portata delle opinioni che qui sono ricordate, è bene precisare che il paragrafo si inserisce all'interno di un lungo frammento di Ulpiano, che tratta un argomento che sappiamo caro alla meditazione scientifica di età classica: quello del peso che gli accordi avevano in ambito giuridico. Già nel *principium*, invero, Ulpiano si preoccupa di chiarire che fra le *conventiones* del *ius gentium* alcune generano azioni, altre eccezioni (*iuris gentium conventiones*

⁵⁰ Cfr. C. GIACHI, *Studi su Sesto Pedio. La tradizione, l'editto*, Milano, 2005, 1 ss.

quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones); mentre nel paragrafo successivo aggiunge che le *conventiones* dalle quali scaturiscono azioni non sono designate con il loro nome generico (di *conventiones*, appunto), assumendo esse il nome specifico di un contratto (*quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus*), come *emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus*⁵¹: a dimostrazione che egli, nel solco di una teorica che vedremo sottesa alla sistematica gaiana in materia di fonti delle obbligazioni, dilatava la categoria del contratto affiorante dai lavori di Pedio e anche di Labeone, portandovi dentro le fattispecie, fra le quali il comodato e il deposito, che questi due giuristi collocavano invece nel campo dell'atto⁵². E poi, nel paragrafo sopra trascritto, si pone il solito problema, già affrontato da Labeone e ripreso da Pedio e ulteriormente sviscerato da Aristone e Mauriciano, delle condizioni in presenza delle quali doveva riconoscersi rilevanza giuridica, e dunque congrua protezione processuale, agli accordi contemplanti l'impegno di una o di ciascuna delle parti di compiere una prestazione a vantaggio dell'altra che non integrasse una figura tipica, qualificata cioè dall'ordinamento come idonea a produrre effetti obbligatori, e tutelata da questo mediante azioni peculiari. Problema che Ulpiano risolve appunto richiamandosi all'elaborazione concettuale sviluppata sul punto da Aristone e Mauriciano⁵³.

⁵¹ Per vero, la locuzione *et ceteri similes contractus* è da taluni studiosi considerata spuria. Con P. CERAMI, *D. 2.14.5 (Ulp. 4 ad ed.)*, *Congetture sulle 'tres species conventionum'*, in *Ann. Sem. giur. Palermo*, XXXVI, 1976, 182, è tuttavia da osservare che, se effettivamente inserita dai compilatori giustinianei, essa costituisce comunque «un'aggiunta non già innovativa ed estensiva, ma piuttosto esplicitiva e riassuntiva del senso generale dell'affermazione *quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus*». Più plausibile è in ogni caso ammetterne la genuinità, come fa anche A. BURDESE, *Divagazioni*, cit., 349.

⁵² Vale a dire tutte quelle fattispecie nelle quali si articolava l'*agere re, verbis e litteris*, come ritiene anche P. CERAMI, *D. 2.14.5 (Ulp. 4 ad ed.)*, cit., 182, per il quale già il periodo *quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus*, che apre D. 2.14.7.1, «mostra chiaramente che Ulpiano si riferisce non già a singoli *contractus* o a singole *species* contrattuali, bensì a qualsiasi obbligazione convenzionale che abbia un *proprium nomen* editale». Meno pregnante al riguardo (visto che non vi parla di contratto), ma certo significativo (nonostante le riserve di M. TALAMANCA, voce *Contratto e patto nel diritto romano*, cit., 74 s.), è anche il brano di Ulpiano in D. 2.14.1.4: *sed conventionum pleraeque in aliud nomen transeunt: veluti in emptionem, in locationem, in pignus vel in stipulationem*.

⁵³ Nota C.A. CANNATA, *Sulla 'divisio obligationum' nel diritto romano repubblicano*

Per il primo, che così rispondeva a Celso⁵⁴, rilevanza giuridica era da attribuirsi a quegli accordi quando essi esibissero due elementi: gravassero le parti dello scambio di due prestazioni e risultassero parzialmente attuati, avendo una di loro tenuto il comportamento promesso. Concorrendo entrambi, come nelle ipotesi in cui *dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias*, sussisteva invero la *causa*, vale a dire la ragione che giustificava il passaggio degli accordi in parola nel mondo del diritto, mediato ovviamente dalla loro sussunzione nella categoria del contratto: ovvero, in ultima analisi, la ragione che giustificava la qualificazione del vincolo alla prestazione ancora ineseguita in termini di *obligatio* (... *subsistit tamen causa, eleganter Aristotele Celso respondit esse obligationem*⁵⁵). Quella ragione senza la quale, come ribadisce Ulpiano in un diverso paragrafo dello stesso frammento, era preclusa la conversione in *obligatio* del vincolo in questione: *sed cum nulla subest causa* – si legge infatti in D. 2.14.7.4 –, *propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*⁵⁶.

e classico (*Studi sulle obbligazioni II*), in *Iura*, XXI, 1970, parte prima, 64 s., che «un vero problema dommatico del contratto non poté porsi, finché i giuristi non si prospettarono il problema di stabilire se, ed a quali condizioni, un accordo dovesse essere considerato fonte di obbligazioni, anche al di fuori dei casi nei quali un'azione era prevista nell'editto». Il che è esatto. Tale non è invece il successivo rilievo dell'autore, ossia che «il momento di questo fenomeno pare essere stato quello della polemica tra Aristone e Celso, che noi conosciamo attraverso la testimonianza di Ulpiano (D. 2.14.7.2), quando il primo sostenne che ogni accordo poteva dare luogo ad obbligazione, purché *subsistit causa*»: già Labeone e Pedio, invero, avevano affrontato il problema cui accenna Cannata, poi ripreso da altri giuristi, tra i quali lo stesso Aristone.

⁵⁴ Direi anch'io, con M. SARGENTI, *Svolgimento dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in *Iura*, XXXIX, 1988, 29, nt. 83, che «sembra alquanto improbabile che un giurista della statura e dell'indipendenza di pensiero di Celso, spesso aspro nel criticare o rifiutare le opinioni altrui, sentisse il bisogno di interrogare Aristone, per grandi che fossero il suo prestigio e la sua autorità»: verosimilmente, dunque, «l'*eleganter Aristotele Celso respondit* è ... l'eco di una presa di posizione dell'uno nei confronti del pensiero dell'altro, di un dibattito dottrinale, insomma, che aveva visto impegnati i due giuristi, e di cui restava traccia nei loro scritti». Quanto al punto di vista di Celso, ricavabile non senza difficoltà da D. 12.4.16, rinvio allo stesso M. SARGENTI, *Svolgimento*, cit., 30 s., nonché agli autori da lui richiamati alla nt. 84, cui vanno aggiunti almeno A. BURDESE, *Divagazioni*, cit., 340 s., e gli studiosi ivi menzionati alla nt. 55.

⁵⁵ L'opinione di R. SANTORO, *Il contratto*, cit., 215 (seguito sul punto da F. GALLO, *Ai primordi*, cit., 68), secondo cui *obligatio* qui «non ha il senso di 'rapporto obbligatorio', ma di 'atto obbligatorio'», non è dunque da me condivisa.

⁵⁶ Diversamente da R. SANTORO, *La causa delle convenzioni atipiche*, in *Causa e*

Riecheggia dunque, nell'impostazione seguita da Aristone, la dottrina del contratto messa a punto da Pedio e non certo quella risalente a Labeone⁵⁷. E vi è anzi motivo per credere che proprio allo scopo di enfatizzare l'insufficienza di questa Aristone, subito dopo aver accennato ai casi in cui *dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias*, proclamasse che *hoc συνάλλαγμα esse et hinc nasci civilem obligationem*⁵⁸: a significare appunto che esclusivamente in fattispecie del genere, nelle quali erano riscontrabili i due elementi che dotavano di

contratto nella prospettiva storico-comparatistica. Il Congresso internazionale Aristec (Palermo - Trapani, 7-10 giugno 1995), a cura di L. Vacca, Torino, 1997, 96, non credo che la prima frase del passo (*sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem*) sia «di origine glossematica»: labile mi sembra infatti l'indizio che lo dimostrerebbe, vale a dire l'*hic* che vi compare, che a suo avviso «lascia facilmente intendere che si tratta di un appunto del lettore del § 3 [*si ob maleficium ne fiat promissum fit, nulla est obligatio ex hac conventionem*], al quale risultava chiaro che nella previsione qui contenuta mancasse la causa: donde l'avversativa '*sed ... hic constat*'. Conseguentemente, reputo non condivisibile quest'ulteriore osservazione dell'autore: «potrebbe darsi che il glossatore, nel rilevare l'inesistenza giuridica della *causa* nella fattispecie del § 3, abbia correttamente pensato allo scopo negoziale. Ma può darsi, invece, che, influenzato dalla precedente lettura degli esempi del § 2, di un *do ut des* e di un *do ut facias*, abbia ritenuto che l'assenza di *causa* dipendesse dalla mancanza della *datio*, posto che nel § 3 si parla di semplice *conventio*». D'altro canto, per quanto detto nel testo, non mi convince affatto l'idea (su cui è imperniato il saggio di Santoro) che per *causa* i classici intendessero lo scopo negoziale: e ciò nonostante i puntelli argomentativi che a tale idea ha recentemente tentato di fornire T. DALLA MASSARA, *Alle origini*, cit., 127 ss. Né trovo appagante la più articolata opinione di A. MANTELLO, *I dubbi di Aristone*, Ancona, 1990, 124, secondo cui la *causa* di Aristone andrebbe concepita «come scopo qualificato e sostanziato da una prestazione (*do*) diretta a (*ut*) una controprestazione (*des/facias*)».

⁵⁷ Come nota M. SARGENTI, *Svolgimento*, cit., 31, è invece «opinione di lunga data» che la tesi di Aristone «fosse lo sviluppo del modo labeoniano di concepire il contratto». E invero, «lo rilevava il Pernice già più di un secolo fa. Lo ripeteva, qualche decennio più tardi, il Betti, secondo il quale Aristone faceva rientrare senz'altro la fattispecie configurata 'nel concetto labeoniano del *συνάλλαγμα* (*contractum*)'. Lo riafferma e lo accentua più di recente lo Schiavone, per il quale la motivazione del responso di Aristone riconduce senza possibilità di equivoci all'organismo teorico di Labeone e l'impiego del termine *συνάλλαγμα* basta di per sé solo a richiamare l'intero campo speculativo labeoniano». Ma giustamente lo studioso controbatte come «tutte queste affermazioni siano il frutto di un grave abbaglio, rientrano in un'illusoria prospettiva di continuità e coerenza di sviluppo del pensiero giuridico romano», che nel caso non è ravvisabile.

⁵⁸ Si incontra di frequente, anche nella letteratura più recente (oltre a R. SANTORO, *Il contratto*, cit., 217 s., e agli autori ivi menzionati alla nt. 142, cfr. F. GALLO, *Ai primordi*, cit., 65 ss.), la proposta di emendare il testo, sostituendo *actionem* a *obligationem*: ma è una proposta che a mio avviso non merita accoglimento, non essendovi sufficienti ragioni per dubitare che nell'originale figurasse il secondo termine. Isolata è poi la posizione di P. VOCI, *La dottrina romana del contratto*, Milano, 1946, 243 ss., che

causa la conventio (e non invece, come pretendeva Labeone, in tutte le fattispecie – ovviamente atipiche – in cui fosse distinguibile nulla più che l'impegno consensualmente assunto dalle singole parti di scambiarsi due prestazioni), si era di fronte a un *συνάλλαγμα*⁵⁹ e poteva dirsi sorta un'*obligatio*, e necessariamente una sola *obligatio*, in testa all'unica parte che non aveva effettuato la prestazione a suo carico (e non quindi, come ancora voleva Labeone, una *ultra citroque obligatio*, cioè un'*obligatio* in capo a ogni soggetto che avesse stretto l'accordo)⁶⁰.

corregge *civilem obligationem* in *honorariam actionem* (andando incontro alla censura di M. SARGENTI, *Svolgimento*, cit., 40).

⁵⁹ A ragione, quindi, A. MANTELLO, *I dubbi*, cit., 124, osserva che «l'*hoc συνάλλαγμα esse ...* non appare conferma del significato labeoniano del termine greco, quanto e piuttosto specificazione critica su tale significato».

⁶⁰ Scrive F. GALLO, *Ai primordi*, cit., 73 ss.: «Aristone non dice che, negli esempi addotti, c'è il contratto, bensì che c'è il *συνάλλαγμα*, aggiungendo, sempre senza menzionare il contratto, che da esso nasce un'azione civile (secondo la stesura a noi pervenuta, un'obbligazione civile). Il riferimento al contratto compare bensì nel prosieguito del discorso. Esso non è però sicuramente attribuibile, nel contesto, ad Aristone. ... Si può dire ... che Aristone non inglobò propriamente il *συνάλλαγμα* nel sistema contrattuale, ma lo affiancò allo stesso per ovviare a una deficienza in esso riscontrata. Diversamente da Labeone, egli non ritenne di per se stesse azionabili le convenzioni sinallagmatiche atipiche: per lui l'azione nasceva soltanto se era stata eseguita una delle prestazioni convenute, nella prospettiva, ricavata da Aristotele, del ristabilimento dell'equilibrio tra le parti. Secondo il racconto di Ulpiano, il giurista traiano si sentì (o comunque restò ancora) vincolato al sistema contrattuale, ispirato alla tipicità, costruito nella scuola sabiniana: egli lo lasciò inalterato, aggiungendo ad esso il complemento costituito dal *συνάλλαγμα*; l'inserimento nel sistema contrattuale dei casi rientranti in quest'ultimo fu verosimilmente un passaggio successivo, compiuto da Mauriciano». Per quanto suggestiva, la tesi non mi pare tuttavia accoglibile. A tacer d'altro, essa finisce col riconoscere ad Aristone il ruolo del legislatore che detra una nuova disciplina, piuttosto che la veste del giurista che certo può contribuire all'edificazione dell'ordinamento, ma operando scientificamente. Stando alla stessa, invero, Aristone avrebbe unilateralmente stabilito a quali condizioni le convenzioni atipiche originanti un vincolo bilaterale al compimento di una prestazione sarebbero entrate nella sfera del diritto, trovandovi un'adeguata protezione processuale. E l'unico appiglio che egli avrebbe rinvenuto (o, forse, solo potuto rinvenire) a giustificazione dell'inedito regime proposto sarebbe stata l'esigenza del riequilibrio: come ancora nota lo stesso F. GALLO, *Ai primordi*, cit., 73, per Aristone «la categoria del *συνάλλαγμα*» abbracciava «convenzioni sinallagmatiche atipiche, nelle quali l'avvenuta esecuzione di una delle prestazioni corrispettive previste poneva l'esigenza del riequilibrio, appagata col riconoscimento dell'azione per l'adempimento della prestazione» (riconoscimento che peraltro dobbiamo, ancorché fondatamente, supporre, posto che il testo parla – e, come ho rilevato *supra*, alla nt. 58, per me genuinamente – di *obligatio* e non di *actio*). Viceversa, si vede in Aristone il giurista che concorre a costruire il sistema attraverso la ragionata speculazione se si pensa che egli la-

Quanto poi a Mauriciano, è subito da sottolineare come la sua opinione, che pure si iscrive nell'ordine di idee propugnato da Pedio in tema di contratto, vada a completare quella di Aristone. Se di questi, come abbiamo visto, era l'assunto che, nato per *conventio* l'impegno di ciascuna parte di compiere una prestazione nei confronti dell'altra, quello rimasto inattuato, stante il ricorrere della *causa*, si tramutava in un'*obligatio*, di Mauriciano è un'importante indicazione circa il mezzo processuale esperibile a sanzione del suo inadempimento. Ad avviso del medesimo, invero, versandosi nell'ipotesi in cui una parte, eseguita a proprio vantaggio la *datio* di uno schiavo, avesse proceduto alla pattuita manomissione di un diverso schiavo in suo dominio e subito quindi l'evizione del primo (*dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus*), essa si sarebbe potuta giovare dell'*actio praescriptis verbis* (*ille*, ovvero Mauriciano, *ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere*), di contro al convincimento di Giuliano (*Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam*), inaccettabile anche per Ulpiano (... *puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc ...*).

Vi è perciò la riprova della continuità di pensiero fra Pedio, Aristone e Mauriciano. Come già per i primi due, anche per Mauriciano

vorasse, per così dire, all'interno del diritto, utilizzando la figura del contratto, a suo tempo individuata da Labeone sulla base di referenti normativi e rivista poi da Pedio, quale tramite che consentiva di attribuire rilevanza giuridica, in aggiunta alle convenzioni tipiche che prevedevano impegni bilaterali, a quelle atipiche contemplanti siffatti impegni purché avessero avuto unilaterale esecuzione, giustificando tale ulteriore requisito, non richiesto da Labeone e preteso invece da Pedio per conservare in vita la tipologia dell'*agere re*, con un nuovo argomento (sollevato quindi nei confronti di Labeone): unicamente quando ricorreva anche questo requisito si poteva dire di essere in presenza di un *συνάλλαγμα* (ciò che non è astrattamente incompatibile con la congettura che Aristone, «fondandosi, con ogni probabilità, sulla teorizzazione circa la giustizia particolare ...», enunciata da Aristotele nell'*Etica nicomachea*», ravvisasse «il profilo essenziale del *συνάλλαγμα* nell'idea del riequilibrio: nella correzione degli squilibri che si determinano nei rapporti tra gli uomini in dipendenza di atti sia leciti che illeciti compiuti dagli stessi», come puntualizza lo stesso F. GALLO, *Ai primordi*, cit., 72). Insomma, e per concludere sul tema: altro è immaginare, con Gallo, che Aristone abbia creato e imposto dall'esterno una nuova categoria, quella del *συνάλλαγμα*; altro è pensare che egli, applicandosi scientificamente, abbia cercato di dare maggiore solidità sul piano dogmatico a una categoria a fondamento normativo, quella del contratto, quale risultava a seguito del riconfinamento operato da Pedio, valorizzando al proposito la nozione, anzi la nozione sentita come vera, di *συνάλλαγμα*, onde depotenziarne la più risalente e più ampia definizione avanzata da Labeone, impostata proprio sulla sua corrispondenza al concetto di *συνάλλαγμα*.

gli accordi che imponevano a ogni parte il compimento di una prestazione, benché non tipicamente riconosciuti dall'ordinamento, e protetti quindi da specifiche azioni edittali, rientravano nondimeno nella categoria del contratto, purché attuati unilateralmente, godendo allora della tutela assicurata dall'*actio praescriptis verbis*. E che proprio questo fosse il suo convincimento è ulteriormente suffragato dalle parole con cui giustificava la soluzione prospettata in merito allo strumento processuale da utilizzare nel caso considerato, certo di valore esemplare: nel medesimo vi è, egli diceva, un contratto (... *esse enim contractum*), quello che Aristone – correggendo sul punto Labeone, si potrebbe aggiungere senza timore di travisare il senso della sua affermazione – chiama il *συνάλλαγμα* ovvero – a cogliere una sfumatura che l'originale doveva rendere ben più percepibile⁶¹ – definisce come il vero *συνάλλαγμα* dei Greci (*quod Aristo συνάλλαγμα dicit*⁶²), ragion

⁶¹ Plausibile è che in questo si facesse esplicita menzione della definizione labeoniana del *contractus* (o del *contractum*, ma meno probabilmente, come osservato *supra*, alla nt. 19) quale *ultra citroque obligatio* che *Graeci συνάλλαγμα vocant* (là dove il *quod* che precede quest'ultima frase ha di sicuro riguardo al contratto, pur essendo declinato all'accusativo neutro e non maschile – naturalmente ad accogliere l'ipotesi che nel brano riportato in D. 50.16.19 il giurista augusteo parlasse di *contractus* – per l'attrazione esercitata dal neutro *συνάλλαγμα*, secondo un tipico costruito della lingua latina cui accennerò anche nella nota successiva). Se così fosse, già la semplice contrapposizione fra il contratto *quod Graeci συνάλλαγμα vocant* e il simmetrico contratto *quod Aristo συνάλλαγμα dicit* (e per questo *quod* rimando ancora alla nota che segue) avrebbe reso con una certa evidenza quella sfumatura della quale ho detto nel testo.

⁶² Secondo F. GALLO, *Ai primordi*, cit., 74, «l'inciso *quod Aristo συνάλλαγμα dicit* può essere inteso come una proposizione relativa, collegata ad *esse contractum*, oppure come una enunciazione retta da *esse*». Ciò che giustifica la doppia traduzione proposta dall'autore a p. 65, nt. 2, che non incide peraltro, com'egli stesso riconosce, sulla portata della testimonianza: «c'è infatti il contratto, la qual cosa (l'esserci il contratto) Aristone chiama *συνάλλαγμα*» ovvero «c'è infatti il contratto, c'è ciò che Aristone chiama *συνάλλαγμα*». Né l'una né l'altra versione però mi persuade. Ritengo infatti che il *quod* anteposto ad *Aristo συνάλλαγμα dicit* richiami il *contractum* della frase precedente (*esse enim contractum*), pur essendo all'accusativo neutro anziché maschile – come ci si aspetterebbe, posto che Ulpiano usa il termine *contractus*, per quanto agevolmente si trae da D. 2.14.7.1 – perché concordato con il neutro *συνάλλαγμα*, conformemente a uno schema frequente nella lingua latina (cfr. A. TRAINA - T. BERTOTTI, *Sintassi normativa della lingua latina*², Bologna, 1993, 29). Convinto di ciò (e respinte quindi le congetture di Dalla Massara, *Alle origini*, cit., 106 ss., sulla premessa – leggibile a re avanzate da T. DALLA MASSARA, *Alle origini*, cit., 106 ss., sulla premessa – leggibile a p. 107 – che «il *quod ...*, in quanto neutro», non evocò «il precedente sostantivo maschile *contractus*»), è ovvio che non posso aderire nemmeno all'innovativa proposta costruttiva presentata da Carlo Pelloso nell'ambito della relazione ricordata nella nota seguente, degna peraltro della massima considerazione, secondo cui andrebbe tolta la

per cui nasce proprio questa azione, cioè l'*actio praescriptis verbis* (*unde haec nascitur actio*)⁶³. E il concetto sotteso a tale ultima precisazione è che, là dove ricorresse un contratto, come nella fattispecie descritta da Mauriciano, la relativa tutela processuale non poteva che essere automatica, fosse essa assicurata dalle specifiche azioni edittali o dalla generale *actio praescriptis verbis*, senza necessità di rivolgersi volta

virgola che separa *esse enim contractum da quod Aristo συνάλλαγμα dicit*, così da doversi intendere in questo modo la seconda parte del periodo retto da *ille ait*: «egli, cioè Mauriciano, dice che in effetti è stato stretto tra le parti quel vincolo che Aristone qualifica come *συνάλλαγμα*. E da tutto ciò deriva l'esperibilità di questa azione».

⁶³ Condivisibile è la conclusione cui giunge T. DALLA MASSARA, *Alle origini*, cit., 297: «la nozione di *συνάλλαγμα*», mai entrata nel linguaggio corrente della giurisprudenza romana, «attirò l'attenzione di Aristone proprio perché a essa aveva fatto richiamo Labeone. D'altra parte, è ragionevole supporre che, per la propria formazione ..., Aristone ne avesse conoscenza diretta dai testi greci. Così, in linea di massima, si può dire che Aristone scelse di esprimersi menzionando il *συνάλλαγμα* tenendo a mente, per un verso, l'uso corrente nella lingua greca (nonché conoscendo direttamente gli approfondimenti in argomento svolti da Aristotele) e, per altro verso, le parole di Labeone». Insoddisfacente trovo invece l'ulteriore segmento di pensiero dello stesso T. DALLA MASSARA, *Alle origini*, cit., 311: «rispetto alla nozione di *συνάλλαγμα* di Labeone, Aristone intervenne apportando alcuni mutamenti, comunque non tali per cui si possa parlare di una netta contrapposizione, sul punto, tra i due giuristi. Quella operata da Aristone si profila piuttosto come una ponderata e consapevole rielaborazione». Pare infatti a me che la rielaborazione ascrivibile ad Aristone (e prima di lui a Pedio, nel solco del quale egli si poneva) attenesse alla categoria del contratto quale disegnata da Labeone, e più specificamente ai limiti entro i quali potevano accedere alla stessa le convenzioni atipiche connotate dalla bilateralità del vincolo all'esecuzione di una prestazione, non già alla nozione di *συνάλλαγμα*. Questa, invero, propria della cultura greca, non poteva certo essere manipolata da Aristone; solo poteva da questi essere interpretata in modo diverso da quanto aveva fatto Labeone: e per dimostrare vieppiù l'insufficienza della definizione di contratto affacciata dal medesimo Labeone, che portava a dare tutela giuridica alle predette convenzioni a prescindere da quel particolare requisito che esse, secondo Aristone, dovevano esibire, vale a dire la loro unilaterale attuazione. Quel che si può aggiungere, mettendo a frutto le illuminanti considerazioni che sui rapporti tra il *συνάλλαγμα* di Labeone e quello di Aristone ha svolto Carlo Pelloso nel corso di una relazione circa *Le origini aristoteliche del συνάλλαγμα di Aristone* – tenuta nel luglio del 2006 a Canazei, nell'ambito di un seminario, coordinato da Mario Talamanca e da me, dedicato a «La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano», poi proseguito a Cortina nel settembre dello stesso anno, di cui sono in fase di pubblicazione gli atti –, quel che si può aggiungere, dicevo, è che sembra ben più fedele al pensiero greco, e in particolare aristotelico, l'accezione in cui il termine *συνάλλαγμα* è utilizzato da Aristone: appunto per indicare che le convenzioni di cui andiamo parlando solo se fossero state eseguite da una delle parti avrebbero dato vita a un *συνάλλαγμα* e dunque a un contratto: non invece se fossero rimaste inattuato da ambo le parti, nonostante la contraria opinione di Labeone, che già in quelle convenzioni vedeva un *συνάλλαγμα* e dunque, secondo la trama concettuale da lui stesso intessuta in D. 50.16.19, un contratto.

per volta al pretore confidando nella concessione, comunque subordinata alla sua valutazione discrezionale, di un'azione decretale (quale era quell'*actio in factum* di cui parlava Giuliano, suscitando la critica dello stesso Mauriciano)⁶⁴.

6. Tirando le fila del discorso, si può dunque rilevare che, forti dell'insegnamento proveniente da Labeone e seguito da Pedio, Aristone e Mauriciano continuavano a lasciare l'*agere re, verbis e litteris* al di fuori della categoria del contratto, accogliendo peraltro l'invito dello stesso Pedio a delimitare l'ambito di questa, così da espungervi gli accordi, che Labeone vi voleva invece inclusi, aventi a oggetto l'impegno reciproco delle parti di compiere una prestazione non integranti figure tipiche e ineseguiti dalle parti stesse e tenervi soltanto gli accordi che originavano un impegno siffatto integranti figure tipiche o eseguiti da una delle parti. Diversamente Ulpiano, pur condividendo l'opinione di Pedio, Aristone e Mauriciano sull'estraneità degli accordi di cui ho detto per primi all'area del contratto e sull'appartenenza alla medesima degli accordi dal solito contenuto non inquadrabili in modelli tipici e attuati da una delle parti, come si desume da D. 2.14.7.2, ampliava tuttavia l'estensione di quell'area, riconoscendovi ricompresi, per quanto si trae da D. 2.14.7.1, non solo l'*emptio vendi-*

⁶⁴ Secondo C.A. CANNATA, *Contratto*, cit., 49, «Giuliano voleva ricorrere ad un'azione *in factum* pretoria per applicare i principi dei contratti consensuali ad un caso di *do ut facias* in cui ciò era indispensabile, laddove Mauriciano ... opponeva ancora *esse enim contractum, quod Aristo synallagma dicit*, per arrivare alla conclusione che non c'è bisogno di fabbricare un'apposita *actio in factum* essendovi già a disposizione l'appropriata azione civile incerta, cioè l'*actio praescriptis verbis*'. Sembra peraltro a me che il divario che correva fra i due giuristi non attenesse a un problema che potremmo qualificare di economia dei mezzi processuali, ma, come ho detto nel testo, di automatica spettanza o meno dell'azione. Sotto questo profilo, non posso che concordare con A. BURDESE, *Sul concetto*, cit., 40, quando, con riferimento all'*actio civilis incerti* di cui parlava Mauriciano, osserva che «si sarebbe ... trattato di azione ritenuta spettare in base a norma sostanziale di *ius civile*» (mentre non aderisco all'idea, prospettata dallo stesso autore a p. 39, che tale azione, «anziché richiamarsi all'azione labeoniana», sia da identificare «con la *condictio incerti* ...», la cui *formula qua incertum petimus* doveva iniziare ... con una *intentio* concepita nel *quidquid paret N. Negidium A. Agerio dare facere oportere*», caratterizzata però da una *praescriptio* anteposta alla formula stessa, idonea «a determinare la *res de qua agitur*, e cioè nel caso la specifica convenzione innominata, anche se in D. 2.14.7.2 la frase *id est praescriptis verbis* parrebbe aggiunta spuria»: e ciò in quanto ritengo che l'azione in parola sia proprio quella risalente a Labeone, sulla quale mi sono soffermato *supra*, alla nt. 33).

tio, la *locatio conductio* e la *societas* (che già comparivano, e proprio in quest'ordine, quali esempi di contratto nella schematizzazione di Labeone conservata in D. 50.16.19), ma anche il *commodatum*, il *depositum* e i *ceteri similes contractus* (specificamente individuati e protetti dall'ordinamento, si può asserire sulla base dell'esordio di D. 2.14.7.1): e cioè non solo gli accordi caratterizzati dalla bilateralità del vincolo all'esecuzione di una prestazione integranti figure tipiche, ma anche le fattispecie, fondate comunque su accordi connotati dalla bilateralità o unilateralità di tale vincolo, integranti le figure tipiche che gli altri quattro giuristi qui menzionati riconducevano alla sfera dell'atto.

Inserendo queste fattispecie nel novero dei contratti, Ulpiano, come in precedenza ho avuto modo di notare, faceva propria un'opzione ricostruttiva che già circolava fra i *prudentes*: essa, in particolare, era alla base della meditazione di Gaio in merito al delicato problema delle fonti delle obbligazioni. E poiché sembra discendere da un'operazione di sintesi compiuta proprio da questo giurista muovendo dalla classificazione di Labeone leggibile in D. 50.16.19 e dal *dictum Pedii* di cui a D. 2.14.1.3, pur se con esclusivo riguardo alle figure tipiche⁶⁵, è necessario approfondire l'argomento.

Constatato, grazie appunto al *dictum Pedii*, che tutti i contratti e tutti gli atti a carattere reale, verbale e letterale di cui parlava Labeone avevano in sé un accordo, Gaio, nell'intento di ridurre al massimo le categorie del sistema e agevolare così il dominio razionale, aveva maturato la decisione di ricondurli a unità: per il che riteneva sufficiente trasferire nella classe dei contratti l'*agere re, verbis et litteris*. Questa si sarebbe così incrementata non poco, mentre sarebbe svanita quella degli atti.

Tuttavia, ben sapendo che gli atti, a differenza dei contratti (integrati, per Labeone, da una *conventio* contemplante una *ultra citroque obligatio*), non si esaurivano in un accordo che avesse un certo contenuto (che poteva anche essere minimo, come nel caso della *stipulatio*⁶⁶), esigendo altresì ora la consegna della *res* ora la pronuncia dei

⁶⁵ Singolarmente – va rilevato con M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 554, sotto un profilo più generale –, «la lunga storia delle convenzioni sinallagmatiche [e il riferimento è ovviamente a quelle atipiche] non ha avuto influsso ... sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni e sulla quadripartizione dei contratti neppure nella compilazione giustiniana».

⁶⁶ Per aversi una *stipulatio*, era infatti sufficiente l'accordo circa l'impegno di un soggetto di compiere una prestazione a favore dell'altro. Si tratta peraltro di un accordo

verba (appunto nel caso della *stipulatio*) ora l'uso delle *litterae*, lo stesso Gaio confidava di poter recuperare e valorizzare questi loro peculiari elementi formali nell'ambito di un'articolazione tutta interna all'ingrandita famiglia dei contratti: articolazione, giova subito chiarire, che, se congruamente formulata, avrebbe dovuto distinguere i contratti (o, essendo ciò equivalente, i rapporti obbligatori di matrice convenzionale) in quattro sottocategorie, a seconda che l'accordo, indefettibilmente presente in tutti loro, avesse un certo contenuto, dando vita a una *ultra citroque obligatio*, ovvero, oltre ad avere un certo contenuto, dovesse essere accompagnato dalla consegna della *res* o dalla pronuncia dei *verba* o dall'uso delle *litterae*.

È alla luce di quanto ho appena detto che si spiega allora perché Gaio, nelle Istituzioni (e precisamente in 3.88), prospetti una *summa divisio* delle obbligazioni, vedendo in essa non già un'esauritiva distribuzione di queste in due specie, bensì la più elevata e importante ripartizione che, rispetto alle medesime, egli reputava di poter proporre: da un lato le obbligazioni derivanti da contratto, ovvero da tutte le figure (tipiche) capaci di produrle nelle quali fosse riscontrabile un accordo (sussunte da Labeone e Pedio nelle complementari categorie dell'atto e del contratto), dall'altro quelle discendenti da delitto. *Omnis enim obligatio*, scrive infatti il giurista dopo aver osservato che *quarum* (ossia delle obbligazioni) *summa divisio in duas specie deduci-*

che spessissimo si innestava in una più ampia *conventio* relativa al complessivo assetto di interessi voluto dalle parti, destinata dapprima a restare sullo sfondo, poi ad assumere rilevanza soltanto sul piano del *ius honorarium* (giustificando, per esempio, l'opposizione di un'*exceptio doli generalis*), infine a valere direttamente sul terreno del *ius civile*, entro limiti variamente individuati dai singoli giuristi nell'ambito della casistica da loro considerata (su tutto ciò cfr. l'ampia disamina condotta da M. TALAMANCA, 'Conventio', cit., 166 ss.). E ho detto spessissimo, perché in casi che non dovevano essere frequenti l'intera *conventio* veniva inclusa nella *stipulatio*. Al proposito, bisogna infatti tenere conto dell'osservazione formulata da M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani fra 'conventio' e 'stipulatio' fino a Labeone*, in 'Contractus' e 'pactum'. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana. Atti del convegno di diritto romano e della presentazione della nuova riproduzione della 'littera Florentina'. Copanello, 1-4 giugno 1988, a cura di F. Milazzo, Napoli, 1990, 43, nt. 29, con specifico riguardo alla *sponsio* (valevole peraltro per la *stipulatio* in generale). In questa «la *conceptio verborum* permetteva, in potenza, di versare qualsiasi assetto d'interessi nello schema dell'*interrogatio-responso*, che riproduce, sostanzialmente, quello della proposta e dell'accettazione del contratto. Il rapporto in cui tale assetto si trova con la *verborum obligatio* variava di caso in caso, potendo arrivare al più forte grado d'astrazione dalla *conventio* ovvero «ricomprenderla interamente nei *verba*».

tur, ovvero ciascuna obbligazione che sta all'interno dell'annunciata ripartizione, *vel ex contractu nascitur vel ex delicto*.

Del pari, è sulla scorta di ciò che ho dianzi affermato che si intende perché Gaio, sempre nelle Istituzioni, e proprio nel passo successivo a quello ora considerato, con riferimento alle obbligazioni *quae ex contractu nascuntur* delinea una quadripartizione, sostenendo che *aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu*. Senonché essa, ancora una volta per quanto ho in precedenza rilevato, su un punto si rivela fallace: la coerenza logica imponeva infatti a Gaio di menzionare, accanto alla *res*, ai *verba* e alle *litterae*, non già il mero consenso, elemento che, connotando ogni figura che egli voleva ricompresa nell'area del contratto (da Labeone e Pedio, lo ripeto, qualificata invece ora come atto ora come contratto), risulta anodino e incolore, ma il consenso intorno all'impegno di ciascuna delle due parti che lo aveva prestato di tenere un determinato comportamento, cioè il consenso su una *ultra citroque obligatio*, per restare al linguaggio di Labeone, quale si aveva, guardando alle fattispecie tipiche elencate dallo stesso Labeone, nell'*emptio venditio*, nella *locatio conductio* e nella *societas*. E ciò in quanto è il peculiare oggetto su cui cadeva il consenso o, se si preferisce, il particolare contenuto dell'accordo stretto dalle due parti (identificabile appunto nel vincolo bilaterale all'esecuzione di una prestazione) che sta sullo stesso piano della consegna della *res*, della pronuncia dei *verba* e dell'uso delle *litterae*, fungendo, al pari di questi tre elementi formali, da indicatore della rilevanza giuridica da riconoscersi a certe *conventiones*.

Dimentico dell'angolo prospettico prescelto da Labeone, sensibile, come anche Pedio, alla problematica dei segni della meritevolezza della tutela *sub specie iuris* degli accordi che addossassero a una o entrambe le parti l'attuazione di una prestazione, Gaio, con la sua quadripartizione in cui allineava *res*, *verba*, *litterae* e *consensus* allo scopo di chiarire che l'obbligazione da contratto conseguiva o alla consegna della *res* o alla pronuncia dei *verba* o all'uso delle *litterae* o alla formazione del consenso, finiva in realtà per occuparsi di un'altra tematica: quella, per usare le parole di Talamanca, attinente al «momento determinante per la nascita dell'obbligazione»⁶⁷ ovvero, pensando alle

fattispecie contrattuali donde l'obbligazione poteva sgorgare, al modo in cui esse, necessariamente convenzionali nell'ottica di Gaio, si perfezionavano. Di essa, d'altro canto, i giuristi andavano da tempo trattando, se è vero, come crede anche Burdese⁶⁸, che sia nella sostanza ascrivibile a Quinto Mucio quanto Pomponio scriveva nel suo libro quarto *ad Quintum Mucium*, leggibile in D. 46.3.80, in merito alla tendenziale corrispondenza tra fattispecie costitutive ed estintive dell'obbligazione: *prout quidque contractum est, ita et solvi debet: ut, cum re contraxerimus, re solvi debet: veluti cum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat. et cum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debet, verbis, veluti cum acceptum promissori fit, re, veluti cum solvit quod promisit. aequae cum emptio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest*. Sicché non è affatto escluso che proprio enunciazioni del genere abbiano fuorviato Gaio, inducendolo a quella confusione di livelli di cui è sicuramente responsabile. Egli potrebbe invero non aver colto che il loro riferirsi – e mi avvalgo ancora della terminologia di Talamanca – al «momento determinante per la nascita dell'obbligazione» e per la sua fine si giustificava in relazione a ciò che esse miravano specificamente a mettere in luce: per esempio, a voler riprendere la chiusa del testo poc'anzi riportato⁶⁹, che la compravendita e la locazione, in quanto si concludevano grazie al mero consenso, potevano essere poste nel nulla tramine il successivo dissenso.

Forse non del tutto ignaro dell'errore commesso in sede di costruzione della sua famosa quadripartizione, per aver omologato alla *res*, ai *verba* e alle *litterae* il puro consenso anziché il consenso generante il vincolo bilaterale all'esecuzione di una prestazione, scivolando così nel mezzo della tematica cui ho testé accennato, Gaio tentava comunque di rimediare nelle stesse Istituzioni, e segnatamente in 3.135-137, là dove ha inizio l'esposizione relativa alle *obligationes consensu contractae*. Qui egli, con inappuntabile coerenza logica rispetto a una

⁶⁸ Cfr. A. BURDESE, *Il contratto*, cit., 90.

⁶⁹ Ne esclude peraltro la paternità di Quinto Mucio C. CASCIONE, 'Consensus'. *Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche*, Napoli, 2003, 413: ma anche a immaginare, con l'autore, che il concetto esposto nella parte finale di D. 46.3.80 sia di formazione posteriore a Quinto Mucio, non verrebbe a essere inficiata la mia tesi.

⁶⁷ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 536.

scelta a monte viziata invece dalla sua mancanza, dapprima osserva che *consensu fiunt obligationes in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, societatis, mandatis*; e poi aggiunge: *ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quia neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos qui negotium gerunt consensisse. Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistulam aut per internuntium; cum alioquin verborum obligatio inter absentes fieri non possit*. Dal versante della problematica attinente al modo in cui si perfezionavano fattispecie contrattuali con effetti obbligatori quali l'*emptio venditio*, la *locatio conductio*, la *societas* e il *mandatum*, Gaio può dunque notare che per la loro integrazione era sufficiente il consenso delle parti, non richiedendo l'ordinamento alcuna proprietà di linguaggio o di scrittura: con la conseguenza che negozi di questo tipo potevano essere conclusi anche tra assenti, ad esempio tramite lettera o mediante un messaggero, al contrario di quanto accadeva per quelli incapaci di produrre effetti obbligatori in assenza della pronuncia dei *verba*⁷⁰. Ma subito dopo, restituendo così al lettore ciò che gli aveva tolto col disporre sulla stessa riga la *res*, i *verba*, le *litterae* e il mero consenso, il giurista si sofferma sul peculiare oggetto di questo consenso⁷¹ e dichiara: *item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet; cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat, et in nominibus alius expensum ferendo obliget, alius obligetur*. Nelle fattispecie contrattuali appena menzionate, precisa Gaio, «ci si obbliga reciprocamente a ciò che reciprocamente si debba prestare secondo ciò che è buono ed equo, mentre nelle obbligazioni verbali l'uno stipula e l'altro promette e in quelle letterali l'uno obbliga e l'altro si obbliga con l'annotazione della spesa»⁷².

⁷⁰ Cfr. C. CASCIONE, 'Consensus', cit., 436 ss.

⁷¹ Cfr. ancora C. CASCIONE, 'Consensus', cit., 441 ss.

⁷² La traduzione è quella che si legge in *Le Istituzioni di Gaio*, a cura di M. Balzani, Torino, 1998, 143. Mi piace riportare qui quanto scrive R. MARTINI, *Il mito del consenso nella dottrina del contratto*, in *Iura*, XLII, 1991, 103, nt. 21, muovendosi in un'ottica non distante dalla mia: «anche per gli stessi contratti consensuali dei Romani ci si potrebbe chiedere – secondo me – se effettivamente sia stato solo l'accordo a vincolare le parti o non piuttosto la reciprocità delle obbligazioni, come indurrebbe a credere, se non fosse altro, la famosa affermazione sull'*ultra citroque obligatio* di Labeone e come, oltretutto, parrebbe mettere in luce lo stesso Gaio quando, alla famosa frase del

È però questa un'affermazione pienamente condivisibile ove si abbia riguardo all'*emptio venditio*, alla *locatio conductio* e alla *societas*, figure che sappiamo già ricomprese nella categoria del contratto scolpita da Labeone in D. 50.16.19: non invece se si prenda a riferimento il *mandatum*, posto che dal medesimo, che pur si concludeva per mezzo del puro consenso, non discendeva affatto una *ultra citroque obligatio*, bensì un'*obligatio* in testa al mandatario e soltanto eventualmente⁷³ e posteriormente una seconda *obligatio* in capo al mandante⁷⁴. Ma al proposito assistiamo a un vero e proprio capolavoro di Gaio. Costretto a inserire il mandato fra le fattispecie contrattuali che si perfezionavano con il semplice consenso, egli, per così dire, lo ristrutturò, in modo da accreditare l'idea che dal medesimo nascesse necessariamente e simultaneamente per le parti un vincolo reciproco all'esecuzione di una prestazione. Nel luogo delle Istituzioni in cui ne offre la definizione, ossia in 3.155, si legge infatti: *mandatum consistit, sive nostra gratia mandemus sive aliena. Itaque sive ut mea negotia geras, sive ut alterius, mandaverim, contrahitur mandati obligatio, et invicem alter alteri tenebimur in id, quod vel me tibi vel te mihi bona fide praestare oportet*. Ad avviso di Gaio, dunque, «si ha mandato quando diamo un incarico nel nostro interesse o nell'interesse altrui. Perciò se io ti dò incarico di gestire i miei negozi o quelli di un'altra persona, si contrae l'obbligazione da mandato, e saremo reciprocamente tenuti

'sufficit consensisse', aggiunge (3.137): *item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet*.

⁷³ Cfr. R. MARTINI, voce *Mandato nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XI, Torino, 1994, 199.

⁷⁴ Ed è ovviamente in ragione di ciò che Labeone non lo aveva richiamato in sede di definizione del contratto, come, seppure cautamente, ritiene anche A. BURDESE, *Sul concetto*, cit., 22: l'assenza del mandato dal novero delle figure contrattuali di cui a D. 50.16.19, egli scrive, «può essere dovuta, piuttostoché a una caduta accidentale della sua menzione dal testo originario, alla sua bilateralità solo imperfetta, per cui gli obblighi del mandante verso il mandatario sono meramente eventuali e successivi rispetto a quelli del mandatario verso il mandante». Ben più deciso in questa direzione è B. ALBANESE, 'Agere', cit., 242, secondo il quale Labeone non aveva elencato il mandato «sotto il paradigma della *ultra citroque obligatio* ... per il semplice fatto che, in questo contratto, le *obligationes* delle parti non possono in alcun modo qualificarsi senz'altro come *ultra citro*. L'obbligazione del mandatario, infatti, stante l'essenziale gratuità del contratto, è solo eventuale, e talvolta è addirittura impensabile, in relazione a particolari fattispecie, senza che per questo si possa minimamente negare l'esistenza di un perfetto contratto di mandato. Da qui, l'impossibilità di qualificar *ultra citroque obligatio* il '*contractum*' in cui si concreta – se è possibile dir così – il *contractus* di mandato».

per tutto ciò che è necessario che ciascuno di noi presti all'altro secondo buona fede»⁷⁵.

A parziale discolpa del giurista, vi è peraltro da osservare che al suo tempo non era più percepibile l'indice che in origine aveva giustificato l'attribuzione di rilevanza giuridica all'accordo tra chi conferiva un incarico e chi accettava di eseguirlo gratuitamente: vale a dire, per quanto si ricava anche da un brano di Paolo in D. 17.1.1.4 (*mandatum nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium ergo est officio merces: interveniente enim pecunia res ad locationem et conductionem potius respicit*), il rapporto di *amicitia* intercorrente fra le parti che quell'accordo avessero stretto. Il che deve avergli suggerito di rimpiazzare il vecchio o ormai obsoleto indice con quello proprio di ogni contratto nell'ottica di Labeone: il vincolo di ciascuna parte a compiere una prestazione a favore dell'altra assunto consensualmente. Vincolo attuale sin dalla conclusione dell'accordo, dunque, essendo il mandante da subito obbligato a tenere indenne da spese e danni il mandatario e questi da subito obbligato ad assolvere l'incarico: anche se, verrebbe da aggiungere in critica a Gaio, inevitabilmente asimmetrico, dal momento che il mandatario non necessariamente incorreva in spese o subiva danni⁷⁶.

All'errore commesso nella fase di elaborazione dei *quattuor genera* delle *obligationes ex contractu*, Gaio ne sommava comunque un altro, poiché includeva nelle *obligationes re contractae* la *solutio indebiti*, ovvero il pagamento dell'indebitum, che creava in testa all'accipiente l'obbligo di restituire quanto ricevuto, sanzionato dalla *condictio*. Nelle Istituzioni, invero, egli, dopo aver trattato del mutuo (in 3.90, dove all'inizio si legge che *re contrahitur obligatio veluti mutui datione*), passa alla *solutio indebiti* e osserva (all'esordio di 3.91): *is quoque, qui non debitum accepit ab eo qui per errorem solvit, re obligatur: nam proinde ei condici potest 'si paret eum dare oportere', ac si mutuum accepisset*. Orientato per un'espansione dell'area del contratto tale da ricomprendervi tutte le fattispecie con effetti obbligatori di natura convenzionale che Labeone aveva distribuito nelle categorie del contratto e

⁷⁵ La traduzione proviene dalla *Antologia delle Istituzioni di Gaio*, a cura di B. Santalucia, Bologna, 2005, 131.

⁷⁶ Sul tema v. S. RANDAZZO, 'Mandare'. Radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano, Milano, 2005, 233 ss.

dell'atto, Gaio non doveva certo inserire nei *quattuor genera* le obbligazioni derivanti da fonti che tale natura non avessero: e dunque non solo le obbligazioni ricollegabili per esempio alla *negotiorum gestio*, alla tutela, ai legati *per damnationem* e *sinendi modo*, che egli correttamente non vi include⁷⁷, ma anche quelle nascenti dai pagamenti dell'indebitum, posto che in siffatti pagamenti era sì ravvisabile un accordo, mai però volto al prodursi di effetti obbligatori.

Se una ragione si vuole trovare a questa censurabile assimilazione della dazione a pagamento di un indebitum alla dazione a mutuo, la si può ricercare proprio in D. 50.16.19: quale esempio dell'*agere re*, come si ricorderà, Labeone portava la *numeratio*, verosimilmente intesa quale *traditio nummorum* attraverso cui si realizzava la dazione a mutuo, benché non possa escludersi che già il giurista augusteo vi ravvisasse anche l'identica *traditio* eseguita a pagamento di un indebitum, equivocando sul ruolo che l'accordo giocava in questa figura⁷⁸. Ben più probabile è però che fosse Gaio a vedervi pure la *traditio nummorum* a scopo solutorio, sviato da una lettura poco accorta del *dictum Pedii*, dal quale, se preso alla lettera, emergeva che una *conventio* era sottesa anche a tutti i rapporti obbligatori discendenti dall'*agere re* (ivi compresi, dunque, quelli originati dai pagamenti dell'indebitum, ai quali Pedio presumibilmente non pensava, essendo immaginabile che egli correttamente individuasse nella *numeratio* di Labeone la sola *traditio nummorum* integrante la dazione a mutuo⁷⁹).

Comunque sia, anche nel caso in questione Gaio cercava di porre riparo all'errore commesso, spintovi dall'esigenza di offrire un'adeguata soluzione a un problema pratico. Come si ricava dalle Istituzioni, e ancora da 3.91, il problema era quello di stabilire se un impubere o una donna, che avessero ricevuto il pagamento di un indebitum *sine tutoris auctoritate*, dovessero o non dovessero restituirlo. L'accostamento di questo pagamento a un mutuo induceva a propendere per

⁷⁷ Cfr. G. PUGLIESE, *Lezione introduttiva sul contratto in diritto romano*, in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano* (Milano, 7-9 aprile 1987), I, Milano, 1988, 6.

⁷⁸ V. *supra*, alla nt. 28.

⁷⁹ Dopo aver riportato il *dictum Pedii*, C.A. CANNATA, *La classificazione delle fonti delle obbligazioni: vicende di un problema dottrinario e pratico (I parte)*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, raccolti da G. Tarello, IV, 1974, 52, nt. 46, osserva che «certo il giurista non vedeva una *conventio* nella *solutio indebiti*».

la seconda ipotesi, «poiché certo la *tutoris auctoritas* era necessaria a incapaci (come la donna o l'impubere) che prendessero denaro a mutuo»⁸⁰. E infatti, osserva Gaio, *quidam putant pupillum aut mulierem, cui sine tutoris auctoritate non debitum per errorem datum est, non teneri condictione, non magis quam mutui datione*: ovvero alcuni giuristi reputavano che l'impubere o la donna a cui per errore fosse stato pagato un indebito senza l'*auctoritas* del tutore non potessero essere convenuti in giudizio con la *condictio*, così come non potevano esserlo se avessero ottenuto una somma a mutuo. Non persuaso della bontà di questo indirizzo, Gaio se ne discosta sulla base di un argomento in realtà implicito nella stessa riflessione di Labeone e Pedio: l'obbligazione di restituire derivante dalla *solutio indebiti* non era qualificabile come *obligatio ex contractu*, dal momento che nel pagamento dell'indebito «la volontà delle parti non era rivolta all'assunzione, bensì all'estinzione del vincolo obbligatorio»⁸¹. È questo, infatti, che si legge in chiusura di 3.91: *sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere, quia is, qui solvendi animo dat, magis distrahere vult negotium quam contrahere* (nella traduzione di Talamanca: «questa figura di obbligazione non sembra nascere da contratto, poiché chi trasmette la proprietà di una cosa per adempiere ad un'obbligazione vuol liberarsi da un vincolo più che crearne [a proprio favore] uno nuovo»⁸²). E così, com'è evidente, Gaio critica a fondo la sua stessa scelta di inserire il debito da *solutio* dell'indebito nel novero delle obbligazioni discendenti dal contratto per la cui integrazione era necessaria la consegna della *res*, senza però superare l'aporia prodotta dallo svolgersi del proprio pensiero⁸³.

⁸⁰ Così G. PUGLIESE, *Lezione*, cit., 5.

⁸¹ Attingo a M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 509 s.

⁸² M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 510.

⁸³ Diversa è l'opinione di P. VOCI, *La dottrina*, cit., 116, per il quale già Quinto Mucio avrebbe qualificato come contratto la *solutio indebiti*, ragionando in questi termini: «da un lato esiste un'obbligatio; dall'altro, un accordo di dare e di ricevere; si può senz'altro attribuire, a chi dà, l'implicita volontà di riavere il suo in caso di inesistenza dell'obbligazione». E Gaio, nel negare la natura di contratto alla figura in considerazione, avrebbe raccolto un'indicazione critica sviluppatasi ben prima di lui. Il che però non spiega perché egli, in 3.91 delle Istituzioni, non abbia comunque esitato a collocare il debito di restituire che da essa nasceva all'interno delle obbligazioni *ex contractu* per il cui sorgere era necessaria la consegna della *res*, salvo sconfessare immediatamente la sua stessa opzione di sistema.

Questa, invero, egli riuscirà a cancellarla nelle *Res cottidianae* (o *Aurea*), una rielaborazione delle Istituzioni dovuta allo stesso Gaio, secondo l'opinione oggi più diffusa⁸⁴. Qui, come risulta da un ampio squarcio dell'opera riportato in D. 44.7.1 e 44.7.5, Gaio propone una tripartizione delle fonti delle obbligazioni, distinguendo a seconda che esse nascano *ex contractu*, *ex maleficio* o *ex variis causarum figuris* (*obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris*, si legge in D. 44.7.1 pr.), e include nell'ultima sottocategoria, di carattere residuale, tutte quelle che non siano riconducibili alla prima e alla seconda, tra le quali ovviamente anche le obbligazioni derivanti dai pagamenti dell'indebito (e lo si trae da D. 44.7.5.3: *is quoque, qui non debitum accipit per errorem solventis, obligatur quidem quasi ex mutui datione et eadem actione tenetur, qua debitores creditoribus: sed non potest intellegi is, qui ex ea causa tenetur, ex contractu obligatus esse: qui enim solvit per errorem, magis distrahendae obligationis animo quam contrahendae dare videtur*). Sempre nelle *Res cottidianae*, inoltre, il giurista, rispetto alle obbligazioni *ex contractu*, prospetta ancora la quadripartizione presente nelle Istituzioni⁸⁵, immettendo però nella tipologia delle obbligazioni *re contractae*, depurata – come appena visto – di quelle da *solutiones indebiti*, anche⁸⁶ le obbligazioni *re contractae* che si è soliti chiamare del *ius gentium*, mancanti invece nell'originaria quadripartizione⁸⁷,

⁸⁴ Non seguita, però, da C.A. CANNATA, voce *Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XII, Torino, 1995, 425 s., per il quale un ignoto, ma non sprovveduto autore avrebbe curato due nuove versioni delle Istituzioni, che sarebbero poi circolate «sotto il nome stesso di Gaio ... e con il titolo di *Res cottidianae* o *Aurea*». Per una rassegna della dottrina che ascrive a Gaio le *Res cottidianae* v. G. FALCONE, *'Obligatio est iuris vinculum'*, Torino, 2003, 30 s., nt. 73.

⁸⁵ Ridotta a tripartizione se si ha riferimento a quanto dell'opera è rimasto nei due luoghi del Digesto indicati nel testo, essendo da questi assente la sottocategoria delle obbligazioni *litteris contractae*, in conseguenza di una soppressione operata dai compilatori giustiniane (ma addirittura dall'ipotetico parafraste, secondo C.A. CANNATA, voce *Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno*, cit., 426 e 428, nt. 94); già in D. 44.7.1.1, d'altro canto, è chiaramente detto che *obligationes ex contractu aut re contrahuntur aut verbis aut consensu*.

⁸⁶ Nell'indicata tipologia continuavano infatti a trovare posto le obbligazioni da mutuo: cfr. A. BURDESE, *Ultime prospettive romanistiche in tema di contratto*, in *Atti del II Convegno sulla problematica contrattuale in diritto romano (Milano, 11-12 maggio 1995)*. In onore di A. Dell'Oro, Milano, 1998, 31.

⁸⁷ Pur essendo ben note a Gaio, dal momento che egli, nelle stesse Istituzioni, più volte vi accenna, ma al di fuori delle pagine dedicate ai *quattuor genera* delle obbligazio-

originate dal deposito, dal comodato e dal pegno, figure tutelate ormai da azioni edittali di buona fede, già protette da azioni pretorie, pure esse edittali, con *formulae in factum conceptae* (come si desume da D. 44.7.1.2-6)⁸⁸. Nelle stesse *Res cottidianae*, infine, Gaio fa menzione non solo delle obbligazioni del *ius civile* (uniche a essere considerate nelle Istituzioni)⁸⁹, ma altresì di talune del *ius honorarium*, esclusivamente ricollegate alle *variae causarum figurae*⁹⁰.

È, dunque, l'impianto costruttivo al quale Gaio si atteneva nelle *Res cottidianae* trattando del tema delle fonti delle obbligazioni quello al quale si rifarà in seguito Ulpiano nel ricalibrare la categoria del contratto, riconoscendovi ricompresi, come voleva Gaio, gli accordi caratterizzati dalla bilateralità del vincolo all'esecuzione di una prestazione integranti figure tipiche, quali l'*emptio venditio*, la *locatio conductio* e la *societas* di cui a D. 2.14.7.1, e le fattispecie, fondate anch'esse su accordi connotati dalla bilateralità o unilateralità di tale vincolo, integranti le figure tipiche che Labeone, Pedio, Aristone e Mauriciano riconducevano invece alla sfera dell'atto, quali il *commodatum*, il *depositum* e i *ceteri similes contractus* di cui ancora a D. 2.14.7.1, nonché gli accordi, che Gaio trascurava del tutto, aventi a oggetto l'impegno reciproco delle parti di compiere una prestazione non integranti figure tipiche eseguiti da una delle parti stesse: accordi che già Pedio, Aristone e Mauriciano sussumeavano nella famiglia del contratto, correggendo sul punto la nozione che della medesima aveva dato Labeone, di ampiezza tale da abbracciare gli accordi in parola sebbene totalmente inattuati dall'una e dall'altra delle parti che li avevano stretti.

ni *ex contractu*: cfr. C.A. CANNATA, voce *Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno*, cit., 422 e 423, nt. 82.

⁸⁸ Cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 540 s.

⁸⁹ Una serie di esse resta comunque fuori: cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 511.

⁹⁰ In proposito cfr. C.A. CANNATA, voce *Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno*, cit., 426 ss.