

---

---

## L'EFFICACIA DEI PATTI NEI "BONAE FIDEI IUDICIA"

---

### PREMESSA

L'efficacia dei patti di fronte ai *bonae fidei iudicia* costituisce uno dei più interessanti e torturati problemi che ci offra questa categoria di giudizi, così densa ancora di oscurità ed incertezze. Da un lato la crescente importanza ed il progressivo riconoscimento della volontà, che accompagna lo sviluppo del diritto romano e si afferma largamente nel diritto giustiniano e bizantino, dall'altro lato la larghezza della clausola « *ex fide bona* » (o altra equivalente), che, posta nell'*intentio* della formula, rende il rapporto definito da questa sensibile all'influenza di tutti gli elementi affermatasi nella coscienza giuridica della società (1): ecco i due fattori che pongono il nostro problema e ne rivelano tutta l'importanza. È nostro compito determinare come si siano incontrati, e cioè, quando, dove, e fino a che punto la volontà, nella sua più tipica manifestazione, il patto, abbia potuto influire sulla valutazione del rapporto su cui si fondava un giudizio di buona fede.

La completa trattazione del problema che ci siamo posti richiederà talvolta un *excursus* fuori dell'orbita dei *bonae fidei iudicia*; talvolta sarà necessaria la trattazione di problemi collaterali, relativi all'efficacia dei patti in altri campi, o in un campo più vasto, (come p. es. quello del rapporto fra *exceptio pacti ed exceptio doli*), però sarà sempre una trattazione subordinata allo scopo di risolvere il quesito centrale, relativo ai *bonae fidei iudicia*, cui è diretta la nostra indagine.

---

(1) Espressione saliente di questa larghezza è l'inerenza ai *bonae fidei iudicia* dell'*exceptio doli*, che, nella seconda forma (*doli praesentis*), è appunto lo strumento per l'affermazione delle nuove esigenze di fronte al rigore del *ius civile*.

Lo stato delle fonti al riguardo è incerto. In alcuni testi è dichiarato genericamente il principio dell'inerenza dell'*exceptio pacti* (fr. 3 D. 18, 5) o dei *pacta conventa* (fr. 7 § § 5, 6 D 2, 14) ai *bonae fidei iudicia*. Nel fr. 7 § § 5, 6 D 2, 14 esso trova però forti limitazioni basate sulla distinzione dei patti in « ex continentis » ed « ex intervallo », e dei patti *ex intervallo* in « pro actore » e « pro reo »; questa distinzione trova riscontro in altri passi (p. es. fr. 72 pr. D 18, 1).

Per una categoria di contratti che danno luogo ad un giudizio di buona fede, i contratti consensuali, è affermata nelle fonti l'efficacia liberatoria *ipso iure* del semplice patto non formale (*contrarius consensus*) quando avvenga in determinate condizioni. Talora questo effetto è ricollegato al carattere di buona fede del *iudicium*, anzi è esteso, però senza un significato preciso, a tutti i *bonae fidei iudicia*, intrecciandosi col principio sopra menzionato. Da esso dobbiamo quindi incominciare la nostra indagine cercando di ricostruirne la figura e stabilirne esattamente la posizione.

## CAPO PRIMO

### SCIoglimento DEI CONTRATTI CONSENSUALI PER « CONTRARIUS CONSENSUS »

1. Cenni di carattere generale. - 2. Rapporto fra il carattere di buona fede dei contratti consensuali ed il loro scioglimento per *contrarius consensus*. Critica della teoria dello Stoll al riguardo. Autonomia del *contrarius consensus* nel diritto classico. - 3. Tendenza giustiniana a collegare l'effetto estintivo del *contrarius consensus* al carattere di buona fede del giudizio. Estensione di tale effetto a tutti i *bonae fidei contractus* ed a tutti i *bonae fidei iudicia*. - 4. Il fr. 11 § 6 D. 19,1 ed i dubbi che esso può sollevare sull'efficacia autonoma del *contrarius consensus*. - 5. Conclusione.

1. — Il principio che i contratti consensuali « re adhuc integra » si sciolgono per consenso delle parti è affermato in alcuni passi come applicazione di una regola più ampia, la corrispondenza tra il modo di conclusione e quello di scioglimento del contratto (fr. 35 D 50,17; fr. 80 D. 46,3); altrove esso è affermato di per sè, spesso per singole figure di contratti (quasi sempre per la vendita, cui talora si aggiunge la locazione conduzione; una volta sola per la società (Paul. fr. 65 § 3 D 17,2), mai per il mandato). Lo Stoll (1) ha giustamente notato come manchi nelle fonti un

(1) *Die formlose Vereinbarung der Aufhebung eines Vertragsverhältnisses im römischen Recht* (Zeitschr. d. Sav. Stift., R. A., 44, p. 3 e 32).

termine tecnico per indicare codesto modo di scioglimento; ora si dice che questo avviene per « *contrarius consensus* » (fr. 35 D. 50,17), ora per « *contraria voluntas* » (§ 4 I. 3,29; l. l. 1 e 2 C. 4, 45), ora « *dis-sensu* » (fr. 65 § 3 D. 17,2), o anche « *dissensu contrario* » (fr. 80 D. 46,3), ora « *consensu* » (fr. 58 D. 2,14), ora « *conventionem* » (fr. 2 D. 18,5; fr. 5 § 1. D. 18,5); talvolta si parla di « *abire* » o « *discedere* », o « *recedere ab emptione* », o di « *pactum ut ab emptione recedatur* » o « *discedatur* » (p. es. fr. 6 § 2 D. 18,1; fr. 1 D. 18,5). Ma la mancanza di una designazione univoca non fornisce alcuna prova contro la classicità del principio in varie forme enunciato. Probabilmente questo, come osserva il Siber (1), si è sviluppato dalla pratica, da un uso sorto spontaneamente senza dar luogo a contrasto; presentandosi poi delle contestazioni su casi particolari, aventi speciali ragioni di dubbio, la giurisprudenza riconobbe e dichiarò preliminarmente la validità della regola generale, decidendo poi sulle particolari modalità. Le sentenze relative al *contrarius consensus* rivelano appunto questo carattere.

Il principio del resto s'inquadra bene nell'antico sistema romano, nel quale, quanto più indietro si risalga nei tempi, tanto più accentuata si scorge la corrispondenza fra il modo di conclusione e di scioglimento dei contratti (2). Nel rigido formalismo contrattuale primitivo per ogni forma di conclusione si aveva una forma parallela di scioglimento, la quale, come è probabile, era allora necessaria per conseguire l'effetto liberatorio. Riconosciutasi poi l'efficacia estintiva del pagamento, comunque eseguito, rimase a testimonianza dell'antico regime l'*acceptilatio*, ridotta però a modo di remissione del debito (3). È quindi naturale che, col sorgere dei contratti consensuali, in cui l'obbligazione nasceva per mero consenso delle parti comunque manifestato (4), anche senza la tradizione di alcunché (5), si sia ammesso per questi un corrispondente mezzo di scioglimento, si sia cioè riconosciuta la facoltà di distruggere per semplice volontà delle parti quel vincolo che dalla volontà delle parti traeva la sua forza obbligatoria.

---

(1) *Contrarius consensus* (*Zeitschr. d. Sav. Stift. R. A.*, 42, p. 71).

(2) V. Girard, *Manuel*, 7.<sup>a</sup> ed., p. 723 seg.

(3) *Gai* III, 170: « *consentaneum enim visum est verbis factam obligationem posse aliis verbis dissolvi* ». V. ancora *Gai*. fr. 100 D. 50,17; *Ulp.* fr. 35 D. 50,17; *Pomp.* fr. 80 D. 46,3 (su questi passi v. *infra*).

(4) *Gai* III, 136.

(5) Per la compravendita espressamente *Gai* III, 139.

Il carattere di puro e semplice patto, senza formalità, senza requisiti (all'infuori di quello della *res integra*, di cui parlerò in seguito), lo sviluppo originario dall'uso, spiegano benissimo come non si sia dato a questo modo di scioglimento del contratto un nome fisso, una configurazione determinata, il carattere di un particolare contratto, pur riconoscendosene l'efficacia *ipso iure* (1). E si può quindi anche capire come esso non compaia tra i modi « quibus tollitur obligatio » enumerati nelle Istituzioni di Gaio e nelle opere di giureconsulti più antichi da cui questi ha certo attinto.

Il *contrarius consensus*, secondo l'opinione più attendibile, recentemente ripresa e sostenuta vigorosamente dal Siber (2), discussa però molto tra gli studiosi (3), si stacca dagli altri modi di estinzione delle obbligazioni, in quanto agisce cancellando senz'altro il contratto, cioè la causa dell'*obligatio*. I modi formali di estinzione delle obbligazioni nascenti da contratti formali, come ho detto, accompagnavano nell'antico diritto la soddisfazione del creditore; ed anche quando in sostanza si rimetteva il debito (e questa fu l'unica funzione per cui sopravvisse l'*acceptilatio*) si fingeva il pagamento. Riconosciutasi la forza obbligatoria di contratti fondati sul mero consenso, senza formalismo alcuno, era naturale che l'esecuzione, comunque compiuta, potesse sciogliere le obbligazioni che ne derivavano; e d'altro lato, quando si voleva sciogliere il vincolo senza esecuzione, non era più necessaria alcuna finzione, ed il modo più congruo, più spontaneo, era quello di tor di mezzo il fondamento su cui il vincolo posava.

Già ho notato come la casistica intorno al *contrarius consensus*, nelle fonti, si riferisca principalmente alla compravendita. In molti passi l'aggiunta della *locatio conductio* o l'affermazione del principio per tutti i contratti consensuali è opera dei giustinianeî; ma ciò non porta alla conseguenza che

(1) Non è fuor di luogo ricordare l'efficacia estintiva *ipso iure* che aveva il patto nelle obbligazioni *ex delicto*, pur senza essere un mezzo liberatorio designato con un nome tecnico. Vero è che in questo caso esso traeva la sua forza liberatoria da ragioni storiche particolari al delitto ed alla pena privata, derivante dall'antica vendetta; ma le ragioni qui non hanno importanza, ci basta la constatazione del principio. E l'analogia col *contrarius consensus* è più stretta di quanto a prima vista possa apparire; nel delitto il patto, toglie di mezzo la ragion d'essere della pena, il fondamento dell'obbligazione, il delitto stesso, e quindi l'obbligazione cui esso ha dato luogo; nei contratti consensuali il patto cancella il contratto togliendo il fondamento alle obbligazioni che ne derivano.

(2) Op. cit.

(3) V. riassunte le varie teorie in Stoll, *op. cit.*, p. 28 segg. Alla tesi da me accolta si oppone quella di coloro che vedono nel *contrarius consensus* un reciproco patto di remissione; ma questa interpretazione è contraria alle fonti ove si parla di « *dissolvi contractum, emptioem* » ecc.

ne vuol trarre il Perozzi (1), che nel diritto classico la regola valesse solo per la compravendita. In pratica se ne sarà fatta per essa maggiore applicazione; per essa inoltre si saranno presentate più numerose modalità che avran fornito ragioni di dubbio; per la società e per il mandato poi il *contrarius consensus* era praticamente reso inutile dalla possibilità della denuncia da parte di uno dei contraenti; ma ciò non pregiudica la sua teorica applicabilità a tutto il campo dei contratti consensuali (2).

Ragione d'incertezza e di dubbio per chi voglia studiare *ex professo* questo modo di scioglimento del contratto, offre la limitazione della sua efficacia al caso della *res integra*, cioè dell'assoluto inadempimento degli obblighi derivanti dal contratto. I numerosi passi, d'ineccepibile attendibilità, che dichiarano la necessità di questo requisito, impediscono di

---

(1) *Il contratto consensuale classico*, in *Studi per Schupfer*, p. 15 segg. (estr.); contro Siber, op. cit., p. 71.

(2) L'affermazione del Perozzi riguardo al *contrarius consensus* si collega alla sua tesi sulla natura del contratto consensuale nel diritto romano classico; secondo lui l'espressione « *consensu contrahitur obligatio* » avrebbe significato che l'elemento causale dell'obbligazione era il consenso, non escludendo però che questo potesse essere insufficiente a perfezionare il contratto; un esempio in questo senso sarebbe fornito dalla locazione di cose che si sarebbe perfezionata soltanto colla consegna. L'origine reale della locazione è già stata sostenuta da altri (Pernice, *Labeo*, I, p. 466; Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, II, 2, p. 635 seg.), forse con buon fondamento; il Perozzi vuole estendere questo carattere a tutto il diritto classico.

La questione ha per me importanza secondaria dato lo scopo per cui ho preso in considerazione il *contrarius consensus*: si comprende infatti che, sia che questo fosse un modo di scioglimento dei contratti consensuali, finchè si fondassero sul puro consenso, sia che fosse soltanto un mezzo di risoluzione della compravendita « *re adhuc integra* », non resta pregiudicata la dimostrazione ch'esso era un mezzo autonomo di risoluzione del contratto, fondato sul principio della corrispondenza, insito nella coscienza giuridica romana, e indipendente da qualsiasi principio di carattere generale concernente i « *bonae fidei iudicia* ». Non credo però fuor di luogo soffermarmi, esponendo brevemente le ragioni che rendono, a mio avviso, inaccettabile la tesi del Perozzi. Nulla significa il fatto che Gaio (III, 136) contrapponga esplicitamente i contratti consensuali soltanto a quelli formali, e che i giustinianeî nelle Istituzioni (§ 1 I. 3,22) aggiungano l'espressa dichiarazione dell'antitesi coi contratti reali. La ragione del silenzio di Gaio al proposito è evidente: delle quattro specie di obbligazioni contrattuali (*re, verbis, litteris, consensu*), le ultime tre si differenziano dalla prima in quanto non richiedono un fatto materiale, una dazione, ma sorgono puramente da una dichiarazione di volontà delle parti; la volontà però nei contratti *verbis* e *litteris* è concretata in una determinata forma, necessaria perchè nasca l'obbligazione; nei contratti consensuali invece può essere manifestata in qualunque modo, così che si può ben dire che l'obbligazione sorge puramente e semplicemente dal consenso; ciò spiega la ragione dell'espresso risalto che dà Gaio all'antitesi fra *obligatio verbis* e *litteris* e *obligatio consensu*; ma è naturalmente sottinteso che tanto le une quanto l'altra non richiedono per il loro perfezionamento un elemento materiale di dazione, che è invece requisito

metterne in dubbio l'origine classica, benchè talora l'affermazione esplicita di esso sia dovuta ai compilatori. Ma, come ho detto, questa limitazione oppone qualche difficoltà ad una costruzione dogmatica del nostro istituto. A tutta prima sembrerebbe che essa si adattasse meglio alla teoria di chi vede nel *contrarius consensus* un modo di estinguere l'obbligazione, non un mezzo di cancellare il contratto; in questa ultima ipotesi infatti si sarebbe dovuto poter togliere il fondamento all'avvenuta prestazione, rendendola indebita. Ma questa difficoltà si può facilmente superare; e, se non mi soddisfa la spiegazione tratta puramente dall'esigenza pratica che da un patto non potesse sorgere, neppure indirettamente, un'azione, non priva di valore mi pare invece quella dogmatica, che ci è fornita dal principio della corrispondenza fra conclusione e scioglimento del vincolo: il contratto

---

essenziale e causa nella prima categoria (quella dei contratti reali); molto significative e, direi, decisive al riguardo sono le parole di Gaio, «sufficit eos qui negotium gerunt consensisse», che escludono l'esigenza di altri requisiti oltre il consenso.

Ma non mancano neppure argomenti per confutare direttamente l'affermazione del Perozzi, che al perfezionamento del contratto di locazione occorresse la consegna della cosa (*Il contr. cons. class.*, cit., p. 37 estr.; *Istituz.*, II, p. 231, n. 2); basterebbe citare il fr. 60 pr. D. 19,2 (Lab. post. l. 5 a lav. epit.): «Cum in plures annos domus locata est, praestare locator debet, ut non solum habitare conductor ex calendis illis cuiusque anni, sed etiam locare habitatori si velit suo tempore possit.» Qui si dichiara dunque l'esistenza d'un contratto puramente consensuale di locazione («locata est»), in base al quale sorge l'obbligo del locatore di prestare la cosa («praestare locator debet»); a torto crede il Perozzi di trarre argomento in suo favore dal brano seguente dello stesso passo: «Itaque si ea domus ex Kalendis Ianuariis fulta in Kalendis Junius permansisset, ita ut nec habitare quisquam nec ostendere alicui posset, nihil locatori conductorem praestaturum, adeo ut nec cogi quidem posset ex Kalendis Julius refecta domu habitare [nisi si paratus fuisset locator commodam domum ei ad habitandum dare: itp. Eisele, *Zeitschr. d. Sav. Sift. R. A.*, 10, p. 312]; il fatto che qui non si accenni ad un obbligo al risarcimento, non parla contro l'obbligatorietà del contratto avvenuto, in quanto qui si prescinde da colpa del locatore; si afferma solo il principio (dichiarato altre volte nel titolo «locati conducti», 19,2), che la inservibilità della cosa esime il conduttore dall'obbligo di pagare la mercede; anche il caso fortuito viene così a gravare sul *dominus* (v. p. es. fr. 33, fr. 15 §§ 2 segg., fr. 19 § 6 D. h. t.; cfr. l'affermazione generica della possibilità di convenire il contrario nel fr. 9 § 2 D. eod.), la prestazione della pigione viene ad essere considerata quasi come corrispettivo del godimento; ciò è forse un resto dell'antico carattere reale del contratto (V. Pernice, loc. cit.). S'intende poi anche come nel caso esaminato il conduttore non possa essere obbligato ad attendere le *Kalendae Juliae*, quindi il contratto resti senz'altro risolto, trattandosi di abitazioni, per cui si fanno sentire fortemente le esigenze della vita (cfr. fr. 24 § 4 D. eod); comunque anche questa soluzione finale («adeo-habitare») conferma indirettamente l'obbligatorietà del contratto puramente consensuale di locazione.

Una conferma del risultato (già di per sè sicuro ed ineccepibile) cui ci ha condotto l'esame del fr. 60 pr., l'abbiamo nel fr. 33 D. 19,2, il quale, sebbene ritoccato,

consensuale si scioglieva per semplice consenso, finchè consisteva nel puro consenso, finchè le obbligazioni dipendevano puramente dalla manifestazione di volontà delle parti. Ma, almeno a quest'effetto, bisogna ammettere che la dazione di alcunchè aggiungesse al contratto consensuale un ulteriore elemento obbligatorio (1).

2. - Premessi questi cenni generali sul *contrarius consensus* e sulle questioni cui esso ha dato luogo, posso penetrare nel cuore del problema che qui m'interessa, e cioè ricercare la posizione di quello di fronte al carattere di buona fede dei contratti per cui valeva. Orbene, in alcuni passi lo scioglimento consensuale dei contratti consensuali è considerato come una particolare applicazione del principio dell'inerenza dell'*exceptio pacti* ai *bonae fidei iudicia*; ma, come sarà dimostrato, si tratta qui di frammenti interpolati; l'interpolazione del resto é oggi ammessa dai più, ed anche dallo Stoll, che però vuol salvarne come classico il contenuto.

Secondo lo Stoll i giureconsulti romani non avrebbero riconosciuto al *contrarius consensus* l'effetto di cancellare *ipso iure* il contratto o l'obbli-

---

doveva contemplare già nel testo originario l'obbligazione del locatore di consegnare la cosa (significativo é il confronto colla compravendita, pur prescindendo dal considerarne il valore intrinseco).

Si aggiunga l'assimilazione della locazione alla compravendita affermata in termini generali (Gai: fr. 2 D. 19,2 (l. 2 *rer. cottid.*); III, 142), che sarebbe stata impossibile se fosse esistito fra i due contratti un divario così grande. Questi dati esegetici, uniti alla considerazione di quelle che dovevano essere le condizioni di vita in una società sviluppata come quella romana, forniscono per me una prova positiva irrefutabile, di fronte alla quale cadono gli argomenti, di carattere puramente negativo, addotti dal Perozzi a favore della sua tesi. Rinunzio quindi ad un'analisi più minuta dalla quale potrebbero ricavarsi nuovi argomenti in nostro favore.

(1) Il *contrarius consensus* é relativamente antico, e dev'essersi affermato col sorgere dei contratti consensuali; orbene, in un sistema primitivo si capisce come l'elemento materiale della consegna di qualche cosa dovesse avere importanza e corroborare la forza obbligatoria di un contratto anche quando per quel contratto efficacia obbligatoria fosse riconosciuta al puro consenso. A questo concetto, che é espresso dal requisito della *res integra* per la validità dello scioglimento consensuale, parrebbe accennare Gaio, (III, 139) il quale, dopo aver dichiarato che la compravendita sussiste quando si sia convenuto il prezzo, sente il bisogno di aggiungere « *quamvis nondum pretium numeratum sit ac ne arra quidem data fuerit* ». Le parole successive, « *nam quod arrae nomine datur argumentum est emptionis et venditionis contractae* », vogliono confermare l'esclusione dell'arra dagli elementi integranti del contratto, ma non negano la mia interpretazione; inoltre, come si vedrà, in un passo, che dà però molto da fare agli studiosi, parrebbe, secondo una delle interpretazioni, che la *res integra* fosse violata dall'esistenza di una caparra. Ciò però non é sicuro,

gazione; l'efficacia del patto di scioglimento sarebbe stata tutta processuale, nel senso cioè che non occorre opporre l'*exceptio pacti*, « quae bonae fidei iudiciis inest »; questo principio sarebbe stato così naturale per i classici, che essi non avrebbero sentito il bisogno di dichiararlo espressamente; ciò avrebbero fatto invece i giustiniani, i quali d'altra parte avrebbero modificato l'antico diritto tendendo a dare al patto di scioglimento dei contratti consensuali la configurazione di un negozio a sè, avente efficacia « ipso iure », affermando che il contratto « dissolvitur » ecc. (1). Già la semplice enunciazione generale di questa tesi la rende ostica, ma la sua infondatezza risulta evidente da un esame spregiudicato della critica delle fonti su cui essa poggia. Lo Stoll vuole dimostrare che tutte le espressioni « contrario consensu, (*consensu, conventione*), dissolvi, (*resolvi*) contractum, emptionem » e simili sono interpolate, e che i classici parlavano solo di « pactum ut abeatur ab emptione » (o espressioni analoghe) dando a questo patto l'efficacia processuale sopra enunciata. Vediamo da vicino i passi relativi.

Ammetto che sia rimaneggiato dai compilatori il fr. 35 D. 50,17 (Ulp. l. 48 ad Sab; Lenel Pal: Ulp. n. 2955: de acceptilatione?):

« Nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est. ideo verborum obligatio verbis tollitur: nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur (2) ».

Le scorrettezze formali di questo passo, notate dai vari scrittori che se ne occuparono, non sono decisive, (la principale, « dissolvere » per « dissolvi », si può spiegare come un errore di amanuense); ma nel loro complesso hanno un certo peso, e non è improbabile che si tratti del rifacimento compilatorio di un brano classico in cui si parlava solo dell'*acceptilatio* e della sua corrispondenza colla forma della *stipulatio* (3). Ma tutto ciò si può attribuire alla mania sistematizzatrice dei compilatori, e non se ne può trarre argomento contro la genuinità del principio dello scioglimento dei contratti consensuali per *contrarius consensus*.

Lo stesso si potrebbe dire del fr. 80 D 46,3 (Pomp. l. 4 ad Quantum Mucium):

« Prout quidque contractum est, ita et solvi debet: ut, cum re contraxerimus, re solvi debet: veluti cum mutuum dedimus, ut retro

(1) Stoll, op. cit., p. 35 segg.

(2) V. Perozzi, *Il contr. cons. class. cit.*, p. 20 estr.; Siber, op. cit., p. 68 segg.; Stoll, op. cit., p. 7 segg.

(3) Cfr. Gai III, 170; Ulp. fr. 8 § 3 D 46,4. Stoll, loc. cit.

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. aequè cum emptio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest ».

È manifesta l'interpolazione del brano « ut retro-debeat », delle parole « vel re vel » (dopo « contraximus » prima di « verbis »), e del brano « verbis, veluti cum - quod promisit », notata dal Beseler (1). Ma non è esclusa la possibilità di una più larga rielaborazione giustiniana, sia nell'applicazione della corrispondenza fra conclusione e scioglimento ai contratti reali (2), sia anche nella menzione del *contrarius consensus* (3). Riguardo a quest'ultima gl'indizi formali mi lasciano alquanto scettico: « dissensu », invece di « consensu », potrebbe derivare, come pensa Siber, da un errore di amanuense; l'espressione « nudus consensus » è usata altre volte nelle fonti, talora in passi sospetti e interpolati, talora in frammenti probabilmente genuini ed anche fuori della compilazione giustiniana (Gai III, 154); e se anche una critica minuta di questi passi riuscisse ad attribuire tale espressione a glossatori postclassici od ai compilatori (4), lo scoglio si potrebbe facilmente superare nel passo in esame, ritenendo che i compilatori abbiano aggiunto l'aggettivo « nudo » per dare maggiore risalto al consenso puro e semplice. Del resto potrebbe ritenersi giustiniana la frase « quoniam - potest »; si rimuoverebbe così anche la difficoltà derivante dalla ripetizione del « potest ». Ma in favore dell'ipotesi di una più radicale trasformazione milita un più forte argomento, messo in evidenza dallo Stoll (5): la collocazione originaria del passo nel 1.4 ad Quintum Mucium di Pomponio, relativo ai legati. Probabilmente esso parlava della *liberatio legata* (6); sembra dunque naturale che facesse menzione solo di *acceptilatio*. Ma, anche in questa ipotesi estrema (che del resto non è sicura), le alterazioni portate dai giustiniani nel passo, che venne da essi collocato nel titolo generale « de solutionibus et liberationibus »,

(1) *Beiträge*, III, p. 24.

(2) Siber, op. cit., p. 69 seg.

(3) Stoll, op. cit., p. 13 seg.

(4) Stoll, op. cit., p. 8, n. 2 e 3.

(5) Op. cit., p. 14.

(6) Lenel, *Pal.*, Pomp. 239.

possono essere dovute alla loro mania teorizzante e sistematizzatrice e non provano l'introduzione di nuovi principi (1).

Ma l'efficacia liberatoria *ipso iure* del *contrarius consensus* è dichiarata in numerosi passi, che resistono ad ogni critica, come principio incontrastato che costituisce un punto di partenza per un suo più ampio sviluppo, o per la soluzione di casi dubbi che presentano speciali modalità.

Fr. 3 D. 18,5 (Paul. l. 33 ad ed.): « Emptio et venditio sicut consensu contrahitur, ita contrario consensu resolvitur, antequam fuerit res secuta; ideoque quaesitum est, si emptor fideiussorem acceperit vel venditor stipulatus fuerit, an nuda voluntate resolvatur obligatio. Julianus scripsit ex empto quidem agi non posse, quia bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt: an autem fideiussori utilis sit exceptio, videndum: et puto liberato reo et fideiussorem liberari. item venditorem ex stipulatu agentem exceptione summoveri oportet, idemque iuris esse, si emptor quoque rem in stipulationem deduxerit ».

Lo Stoll (2) nega la genuinità del principio introduttivo (« emptio - res secuta »), adducendo una pretesa mancanza di relazione col resto del passo: o la questione, egli dice, si pone nel senso che lo scioglimento della compravendita per *contrarius consensus* è solo possibile « antequam fuerit res secuta » e si dubita se la *fideiussio* o la *promissio* non si debba riguardare come inizio di esecuzione, e in tal caso non è data successivamente soluzione alcuna al punto fondamentale del quesito; oppure la questione sta nell'essere il fideiussore liberato *ipso iure* od *ope exceptionis* ed allora mancherebbe la correlazione col principio introduttivo. Inoltre, sempre secondo Stoll, l'*obligatio* di cui ci si chiede « an nuda voluntate resolvatur » sarebbe, come risulta dal contesto, l'obbligazione derivante dalla compravendita, mentre in seguito punto centrale del problema è quella del fideiussore.

Tutte queste incongruenze io non le vedo; il senso del passo corre benissimo: posto il principio dello scioglimento della compravendita, contratto consensuale, per *contrarius consensus* « antequam fuerit res secuta », si domanda se esso si applichi anche quando « emptor fideiussorem

---

(1) Nello stesso modo si possono spiegare le altre infelici enunciazioni generali del principio della corrispondenza, che si hanno a proposito dei modi di acquisto e perdita dei diritti e del possesso: fr. 46 D. 41,2, fr. 153 D. 50,17 (cfr. fr. 8 D. 41,2): V. su tutto Siber, op. cit., p. 69, n. 5.

(2) Op. cit., p. 10, 41 seg.

acceperit » (1), perchè in tal caso potrebbe dubitarsi dell'esistenza o meno della *res integra* (2). E si può ben comprendere il valore delle parole « an nuda conventione resolvatur obligatio », con cui s'impone la domanda. Il giureconsulto allude qui a quella delle due obbligazioni nascenti dalla compravendita, che è accompagnata da un elemento che potrebbe apparire lesivo della *res integra* e rappresentare un ostacolo allo scioglimento del contratto (3). E la domanda trova diretta risposta: « Iulianus scripsit ex empto quidem agi non posse »; il *contrarius consensus* ha cioè il suo effetto.

Si passa quindi a trattare della posizione del fideiussore a mo' d'appendice.

Giuliano sembra però dare alla decisione un'altra base e riconoscere l'impossibilità di agire coll'*actio ex empto* sul fondamento dell'inerenza dell'*exceptio pacti ai bonae fidei iudicia*: « quia bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt ». Ma questo inciso è interpolato. Non mancano indizi formali: riferendo Paolo il pensiero di Giuliano e dipendendo la proposizione causale da un infinito, ci si aspetterebbe piuttosto il congiuntivo che non l'indicativo. Ciò non sarebbe però ancora un buon argomento se non soccorressero ragioni di carattere sostanziale: Giuliano, e così Paolo che ne riferisce la sentenza, sembrerebbe qui girare la questione, e rispondere: « si applichi o non si applichi il *contrarius consensus*, l'*actio ex empto* è tolta di mezzo per un principio più ampio ». Ma allora non si capirebbe la ragion d'essere del *contrarius consensus*, lo sviluppo e l'interpretazione progressivamente estensiva di esso; ed inoltre un modo simile di ragionare non si adatta ad un giureconsulto della tempra di Giuliano. D'altra parte non si può neppure pensare che egli, riconosciuta l'applicabilità al caso del *contrarius consensus*, abbia voluto dichiarare il fondamento generico di questo, poichè non si sarebbe certo espresso in tal modo. Quest'ultima sembra invece essere la direttiva seguita dal glossatore, o interpolatore del passo; infatti in altri testi, che recano indubbe tracce formali di interpolazione, il *contrarius consensus* è ricondotto alla

---

(1) Prescindo per ora dal considerare l'altra ipotesi, quella in cui « venditor stipulatus fuerit », di cui parlerò in seguito.

(2) V. Czylarz, *Zur Lehre von der Resolutiocondition*, p. 33.

(3) L'espressione usata (*obligatio*), per la sua peculiare giustificazione non prova contro il principio che il *contrarius consensus* è un modo di scioglimento del contratto e non solo di estinzione dell'obbligazione.

*bona fides*, che domina il giudizio, e considerato come un caso concreto di applicazione dell'inerenza dell'*exceptio pacti* ai *bonae fidei iudicia* (1).

All' interpolazione dell' inciso « quia - insunt » si collega quella del brano seguente: « an autem fideiussori utilis sit exceptio videndum » (2); riferita l'opinione di Giuliano, sull'improponibilità dell'a. *ex empto*, Paolo aggiungeva riguardo al fideiussore: « et liberato reo et fideiussorem liberari ». Analoga decisione è data nel fr. 95 § 12 D. 46,3 (Pap. l. 28 quaest):

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

Stoll (3) segna qui due interpolazioni: « priusquam aliquid ex alterutra parte solveretur » e « soluto contractu »; la prima, anche se vera, non direbbe nulla, poichè anche qui, come altrove, i compilatori avrebbero espresso il requisito della *res integra*, ove poteva essere sottinteso; la seconda è puramente arbitraria e si risolve in una petizione di principio.

Il fr. 3 D. 18,5 ed il fr. 95 § 12 D. 46,3 lasciano però qualche dubbio sul modo di liberazione del fideiussore. Il futuro « liberabitur » (che, sia che s'intenda il « convenerit » come perfetto congiuntivo, sia che lo si prenda per futuro anteriore, indica rispetto a questo posteriorità) parlerebbe per una liberazione *ope exceptionis* (4); e così anche, sebbene meno significativa l'espressione « liberato reo et fideiussorem liberari ». Questa soluzione si potrebbe capire dato il carattere formale della fideiussione, che rende Paolo dubbioso sull'applicabilità o meno del *contrarius consensus* al contratto principale. Ma il verbo « liberari », senz'altra aggiunta, usato tanto per il debitore principale come per il fideiussore (5), e il fatto che, secondo l'ordine naturale delle cose, venendo a mancare il contratto di compravendita sarebbe dovuta cadere senz'altro la fideiussione

---

(1) L'interpolazione nel fr. 3 D. 18,5 è ammessa da **Siber**, (op. cit., p. 77 n. 3 e 78) e da **Stoll**, (op. cit., p. 42) (v. supra). La classicità di tutto il passo è sostenuta invece da **Biondi**, (*Iudicia bonae fidei*, in *Annali del Sem. giur. di Palermo*, VII, p. 23 seg.) che dà ad esso valore fondamentale per la sua tesi sull'inerenza dell'*exceptio pacti* ai *b. f. iudicia* (v. infra).

(2) **Siber**, op. cit., pp. 77 (n. 3) e 78; contro, **Stoll**, op. cit., p. 42 seg.

(3) Op. cit., p. 49.

(4) cfr. **Stoll**, op. cit., p. 43, n. 1.

(5) Il verbo « liberari » usato assolutamente per « ipso iure liberari », contrapposto ad « exceptione tueri », si trova nel fr. 19 pr. D. 46,4; l'uso di esso anche per l'eccezione (« aut iure aut exceptione liberandum ») nel fr. 60 D. 46,1 non offre garanzia di classicità (v. **Siber**, op. cit., p. 78, n. 2); v. però la l. 5 C. 2,3 (cfr. **Stoll**, op. cit., p. 43, n. 1).

indurrebbero a credere che si trattasse di liberazione *ipso iure*. Gli argomenti che militano a favore della seconda ipotesi paiono più forti, e quindi propenderei per questa; comunque la questione non ha qui grande importanza. Entrambe le soluzioni sarebbero giustificate e si conciliano coll'efficacia autonoma *ipso iure* del *contrarius consensus*.

Nell'esame del fr. 3 D 18,5 ho trascurato il caso in cui « *venditor stipulatus fuerit* ». Questo nel passo è associato a quello del fideiussore nella formulazione della domanda e nella risposta; fra di essi intercedono però notevoli differenze. Si noti come diverso sia per l'uno e per l'altro il significato ed il valore del termine « *obligatio* », e della risposta comune: « *ex empto agi non posse* ». Mentre, se si avesse riguardo all'obbligazione che più fa dubitare dell'applicabilità o meno del *contrarius consensus*, nell'ipotesi di *stipulatio* del prezzo la domanda dovrebbe mirare all'obbligazione nascente dalla stipulazione, la risposta ci dice invece che si ha riguardo puramente a quella del venditore; questa infatti è l'unica delle obbligazioni nascenti dalla compravendita che sussista, essendo l'altra, almeno per diritto classico, estinta per novazione. Come avrebbe potuto un giureconsulto classico accoppiare due ipotesi usando congiuntamente per entrambe espressioni che avevano per ciascuna di esse diverso fondamento, ragion d'essere e significato? D'altra parte si deve notare come il caso in cui « *venditor stipulatus fuerit* » male si inquadri nella teorica del *contrarius consensus*. Un giureconsulto classico non avrebbe potuto ammettere l'esistenza della *res integra* quando all'obbligazione *ex empto* ne fosse stata sostituita una *ex stipulatu*; anche se la ragione della *res integra*, come presupposto del *contrarius consensus*, non era quella d'indole teorica che abbiamo supposto, ma consisteva in un'esigenza puramente pratica, e cioè nella preoccupazione che da un patto non dovesse sorgere neppure mediatamente un'azione, la stessa esigenza doveva impedire che un patto potesse estinguere *ipso iure*, sia pure mediatamente, una *stipulatio*, facendo venir meno il suo oggetto. Il passo però, pur riconoscendo efficacia al *contrarius consensus*, non giunge a questa conseguenza estrema di tale applicazione, e, dichiarando senz'altro estinta l'*actio ex empto*, accorda l'*exceptio pacti* contro l'*actio ex stipulatu*. Questo potrebbe essere un artificio per togliere di mezzo *ipso iure* l'*actio ex empto* (1); ma troppo

(1) Se si accettasse la genuinità della soluzione, quale è stata prospettata nel testo, e si ammettesse l'efficacia liberatoria *ipso iure* del *contrarius consensus*, (la quale del resto dall'esame fatto del fr. 3 D 18,5 risulta già evidente), si potrebbe vedere in questo passo una prova contro la classicità del principio: « *exceptio pacti b. f. iudiciis inest* ». Infatti se i classici avessero conosciuto un principio generale di tal fatta, non avrebbero avuto bisogno di ricorrere al *contrarius consensus* per escludere *ipso iure* l'*a. ex empto*.

grave sarebbe il sacrificio dal punto di vista della *ratio iuris* perchè io possa ammettere che tale decisione appartenga ad un giureconsulto romano; non credo adunque, che da un'opera classica l'abbiano tratta i giustiniani per accoppiarla a quella relativa al fideiussore, o per lo meno ritengo che, facendo quest'operazione, essi ne abbiano alterato l'originario tenore. Secondo la logica dei principii la giurisprudenza romana avrebbe visto in quest'ipotesi un reciproco *pactum de non petendo*, dando un'*exceptio* contro entrambe le azioni. I giustiniani, conforme al loro principio che l'*exceptio pacti* era inerente ai *bonae fidei iudicia*, e quindi all'*actio ex empto* (v. infra), e che il *contrarius consensus* non era che un'applicazione di tale inerenza, non avevano motivo alcuno per non riscontrare nel caso esaminato l'applicabilità del *contrarius consensus*; inoltre, non dando sempre alla *stipulatio* del prezzo valore novativo, esigendo cioè l'*animus novandi* (di cui nel nostro frammento non si parla), avvicinarono l'ipotesi a quella del fideiussore; fecero di entrambi i casi un'unica questione, introducendo anche pel fideiussore la menzione dell'eccezione ad analogia di quella data contro il venditore che aveva stipulato (1).

Un'altra applicazione e dichiarazione dello scioglimento consensuale della compravendita si ha nel fr. 5 pr. e §§ 1 e 2 D 18,5 (Iul. l. 15 dig.):

pr. « Cum emptor venditori vel emptori venditor acceptum faciat, voluntas utriusque ostenditur id agentis, ut a negotio discedatur et perinde habeatur, ac si convenisset inter eos, ut neuter ab altero quicquam peteret, sed ut evidentius appareat, acceptilatio in hac causa non sua natura, sed potestate conventionis valet. 1. Emptio nuda conventio dissolvitur, si res secuta non fuerit. 2. Mortuo autem homine perinde habenda est venditio ac si traditus fuisset, utpote cum venditor liberetur et emptori homo pereat: quare, nisi iusta conventio intervenerit, actiones ex empto et vendito manebunt ».

Il pr. di questo frammento dà luogo a discussioni fra gli studiosi per quanto da esso si può argomentare circa il problema della connessione delle obbligazioni nascenti da un contratto bilaterale; da questo punto di vista esso però non ha qui importanza. Io prescindo quindi dalla questione, se nel testo originario al posto di « vel » ci fosse « et » (2), oppure le

---

(1) Certamente giustiniana, anche prescindendo dall'interpolazione precedente, è la frase finale; « idemque iuris esse si emptor quoque rem in stipulationem deduxerit »; essa deriva dalla c. d. completomania dei compilatori. (Siber, op. cit., p. 78).

(2) In questo senso Siber, (op. cit., p. 73 seg.), che ritiene anche interpolata corrispondentemente la nota di Paolo a Labeone nel fr. 23 D 46,4.

parole « vel emptori venditor » siano state aggiunte dai compilatori (1), oppure il passo sia rimasto intatto; qualunque sia l'ipotesi considerata, ciò che a me interessa è l'equiparazione ad un « pactum ut ab emptione discedatur ». Lo Stoll attribuisce questa ai giustinianeî, cancellando come interpolato il brano « voluntas utriusque - discedatur et » e sostituendo « habetur » ad « habeatur » (2). L'ipotesi mi pare fondata; non mi sembrano però decisivi gli argomenti addotti dal suo autore (l'appello alla *voluntas* era infatti naturale per dare all'*acceptilatio* nulla il valore di *pactum*, per quanto si possa ammettere che i classici l'avrebbero preferibilmente sottinteso; nè valida base per sostenere l'interpolazione è fornita dall'« ostenditur »); maggior valore ha secondo me la collocazione di questa sentenza prima della dichiarazione generale dell'efficacia liberatoria del *contrarius consensus* (3), alla quale ultima doveva poi seguire nel testo originario un'elencazione di casi che ad essa si richiamavano (4); ciò porterebbe ad escludere che il giureconsulto vedesse nel caso fatto nel pr. un'applicazione del *contrarius consensus*. Neppure quest'osservazione è decisiva perchè potrebbe anche ammettersi ch'egli, appunto dopo avere equiparato il caso fatto ad un « pactum ut ab emptione discedatur », avesse colto da ciò l'occasione per proclamare l'effetto di questo: ma un simile processo logico è improbabile perchè allora avrebbe dovuto esservi nel § 1 una congiunzione che lo legasse al brano precedente. Accetto quindi quasi come sicura l'interpolazione segnata da Stoll. Senonché io credo di potere trarre da essa argomento contro la tesi cui questi vuol farla servire. Nelle fonti infatti non si parla mai di reciproco *pactum de non petendo* a proposito di compravendita, molto spesso invece di « pactum ut discedatur ab emptione », poichè questo appunto si riscontrava abitualmente nella pratica; perchè dunque avrebbe un giureconsulto romano assimilato il caso presentatoglisi a quell'ipotesi astratta e senza rispondenza nella vita, anzichè a questa, che era fortemente sentita, e frequentemente praticata nella realtà di tutti i giorni, se entrambe avessero avuto per lui lo stesso valore teorico e lo stesso effetto pratico, fondandosi sull'inerenza

(1) Così Rabel, *Gefahrtragung beim Kauf*, in *Zeitschr. d. Sav. Stift., R. A.*, 42, p. 561, n. 1; e sulle sue tracce Stoll, op. cit., p. 62.

(2) Si aggiunga l'interpolazione dell'ultima frase « sed ut evidentius - valet », già notata dal Beseler, *Beiträge*, IV, 132 e da altri; per la genuinità di tutto il passo: Rotondi, *Natura contractus*, *Scritti giuridici*, II, p. 261, n. 2.

(3) Ad un'inversione operata dai giustinianeî è impossibile pensare.

(4) V. Lenel, *Paling. Iul.*, nn. 247 seg.

dell'*exceptio pacti* ai *bonae fidei iudicia*? L'autonomia dello scioglimento per *contrarius consensus* trova in questa considerazione una notevole conferma (1). D'altra parte la causa dell'alterazione giustiniana del passo è evidente e si lega alla tendenza dei tempi nuovi a comprendere l'efficacia del *contrarius consensus* nell'applicazione della formula più ampia dell'inerenza dell'*exceptio pacti* ai *bonae fidei iudicia*. Tolta così ogni barriera fra reciproco *pactum de non petendo* e *contrarius consensus*, non v'era ragione per non vedere nel caso in esame applicato anche il secondo e fu così che i compilatori inserirono la loro sentenza in mezzo ai due casi equiparati dai classici (2).

Il § 1 del frammento in esame contiene la proclamazione del principio generale che la compravendita si scioglie per convenzione; della sua classicità non si può dubitare, e la connessione con quanto seguiva nel testo genuino (anche se prima dell'attuale § 2 venivano come vuole il Lenel (loc. cit.) altri casi) è già stata messa in rilievo. Qualche dubbio hanno avanzato il Siber (3) e lo Stoll (4) sulla dichiarazione espressa del postulato della *res integra* (« si res secuta non fuerit »), per il modo del verbo (« fuerit »); questi sospetti risultano però infondati, non appena si considerino i numerosi passi in cui la proposizione condizionale è al perfetto congiuntivo quando la principale è al presente indicativo (5). Del resto, se anche quel « fuerit » non potesse essere classico, l'errore si potrebbe spiegare attribuendolo ad un amanuense, senza cancellare come compilatoria tutta la frase. Che questa fosse genuina mi par provato dal fatto che alla proclamazione del principio seguivano casi in cui il dubbio doveva vertere appunto sulla *res integra*;

---

(1) Questa argomentazione del resto vale anche per chi ammetta la genuinità del passo allo stato attuale; perchè, dopo aver detto che l'accettillazione vale *pactum ut discedatur ab emptione*, il giureconsulto avrebbe sentito il bisogno di assimilarla negli effetti al reciproco patto *de non petendo*, se questo ed il patto *ut discedatur* avessero avuto lo stesso valore?

(2) Senza dimostrazione il Perozzi (*Ist.*, II, p. 317, n. 2) sostiene che l'accettillazione di obbligazioni non formali non aveva nel diritto classico alcun valore; i giustiniani vedendo in essa un *pactum de non petendo* avrebbero interpolato in questo senso il passo sopra esaminato ed il fr. 19 pr. D 46,4; come l'interpolazione sarebbe avvenuta il Perozzi non ce lo spiega, nè ricerca nei passi gl'indizi che provino un così largo rimaneggiamento; io per mio conto non ne vedo e respingo quindi senz'altro la tesi (si confronti per il suo carattere generale, il principio affermato nel fr. 27 § 9 D 2, 14).

(3) Op. cit., p. 98 n. 1.

(4) Op. cit., p. 22; cfr. però p. 53.

(5) Cfr. *Voc. iur. rom.*, s. v. « si ».

tra questi tipico quello conservato nel § 2 (1), che probabilmente nel testo originario era preceduto da quello del *fideiussor*, (la cui decisione Paolo traeva appunto da Giuliano; e Paolo, come si è visto, faceva precedere anch'egli la decisione particolare dalla dichiarazione di carattere generale).

Una deroga al requisito della *res integra*, o meglio uno sviluppo del concetto di essa, è apportato da Aristone in una sentenza riferita nel fr. 58 D 2,14 (Neratius l. 3 membran):

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

Manifestamente interpolato, come rivela la sua scorrettezza formale, è il brano contenente il richiamo alla *bona fides* (« quia bona fides - admittit »). Il Biondi (2), pur ammettendo l'interpolazione già notata dal Perozzi (3), sostiene che la frase fu rabberciata dai compilatori certo in base a qualche spunto classico. Quest'affermazione però è destituita di fondamento; non v'è indizio nel brano incriminato che riveli tale derivazione classica; anzi tutto dal lato formale tende a far credere ad una

---

(1) Sul più o meno probabile rimaneggiamento di questo da parte dei compilatori non mi soffermo, interessando a me solo la sua posizione di fronte al § 1 (cfr. Eisele, *Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen*, in *Zeitschr. d. Sav. Stift.*, *R. A.*, 10, p. 308, seg.; Haymann, *Textkritische Studien zum röm. Obligationenrecht*, *Zeitschr. d. Sav. Stift.*, *R. A.*, 41, p. 132 segg.; Rabel, *Gefahrtragung* cit., p. 544 seg.).

(2) *Iud. b. fidei* cit., p. 24.

(3) *Contr. cons. class.* cit., p. 18 seg.

completa e libera creazione giustiniana. Così anche dal punto di vista sostanziale; Nerazio presentava la sentenza di Aristone come estensione del *contrarius consensus*; i compilatori, qui come altrove, vollero fare appello alla *bona fides*, dalla quale essi fecero appunto derivare in genere l'efficacia del *contrarius consensus* stesso (« ad quam omnia haec rediguntur »).

Probabilmente interpolato è pure il « locatione conductione ceterisque similibus obligationibus » (1). Il passo parlava della compravendita soltanto, perchè solo alla compravendita si riferiva la sentenza di Aristone. La teoria del *contrarius consensus*, come ho notato, benchè già per i classici estesa a tutti i contratti consensuali, in quanto è stata elaborata avendo di mira puramente il carattere consensuale del contratto, si è formata particolarmente per la compravendita, che presentava un maggior numero di casi particolari e dubbi; i bizantini, per la loro ben nota mania teorizzante, alla menzione dell'*emptio venditio* aggiunsero quella degli altri contratti, per lo più troncando come qui l'enumerazione con una frase vaga: « ceterisque similibus obligationibus ».

La sentenza di Aristone, riferita nel frammento in esame (che consiste nell'ammettere l'effetto liberatorio *ipso iure* del *contrarius consensus*, anche quando una parte ha compiuto la prestazione, se l'altra spontaneamente restituisce ciò che ha ricevuto), ha suscitato molte discussioni tra gli studiosi ed è stata accusata di anti-giuridicità da coloro che vedevano nel *contrarius consensus* una reciproca remissione delle due obbligazioni (2); essa invece non presenta nessun carattere di assurdità, e non urta per nulla contro la logica giuridica, se si considera quello come un modo di scioglimento del contratto, che è causa dell'obbligazione e fondamento delle prestazioni avvenute (3). Il principio della corrispondenza tra con-

(1) Perozzi, loc. cit. nota precedente.

(2) V. per tutti Girard, *Manuel*, 7. a ed., p. 757, n. 1. Contro, in difesa di Aristone, De Francisci, *Συναλλαγῆς*, 1, p. 115, n. 2. Incerto e non convincente è però l'esame che il secondo fa del passo di Nerazio; per Aristone, secondo l'interpretazione del De Francisci, la convenzione di cui nel passo si fa cenno « dovrebbe aver valore sia che fosse stata conclusa « prima della restituzione della cosa prestata, sia nel caso in cui la restituzione sia stata conclusa « anteriormente ». Il significato di questa affermazione non mi è chiaro. Inoltre la difesa si risolve in un'accusa poichè il De Francisci, dopo aver detto che « l'accusa fatta ad Aristone sta se si « considera questa convenzione come un *contrarius consensus*, non se si considera come un « nuovo contratto di rivendita, che distrugge gli effetti della vendita primitiva », riconosce che Aristone pensava ad una pura e semplice risoluzione.

(3) Così chiaramente Siber, op. cit., 99.

clusione e scioglimento, nel quale abbiamo voluto cercare la ragione del requisito della *res integra*, spiega anche la sentenza di Aristone: se si ammette che la tradizione della cosa venduta aggiunga un ulteriore elemento obbligatorio al contratto puramente consensuale della compravendita, in modo da renderne impossibile lo scioglimento per *contrarius consensus*, si può giungere ad ammettere che la restituzione della cosa ricevuta aggiunga alla convenzione diretta allo scioglimento un ulteriore elemento di forza, sì da renderla capace di togliere di mezzo il contratto eseguito (1). Ciò importa certo un'estensione dell'efficacia del *contrarius consensus*, oltre i limiti che prima gli erano stati assegnati.

Dal punto di vista sostanziale la decisione contenuta nel fr. 58 D. 2,14 resiste pure alla nuova critica cui la sottopone lo Stoll (2), che sostiene la mancanza di interesse e di praticità del caso, richiamandosi anche alla naturale ed evidente equità della soluzione, indegna quindi di essere particolarmente e specialmente menzionata da un giurista classico. Basta rispondere che la novità e la particolarità della sentenza di Aristone non sta nel fatto di negare la possibilità di agire del venditore (cui si sarebbe potuto in ogni caso opporre un'*exceptio pacti*), ma nell'estendere la sfera di applicazione del *contrarius consensus* oltre il limite che le avrebbe segnato una ristretta interpretazione della *res integra*. Certo da questo passo si trae un argomento contro l'inerenza dell'*exceptio pacti* ai *bonae fidei iudicia*, perchè, se questa fosse stata nota ai classici, non ci sarebbe stato bisogno di ricorrere al *contrarius consensus* per giungere alla conclusione cui si viene (« *pretium te debere desinere* »). Ma non è questo un argomento per ritenerlo spurio: sarebbe una vera e propria petizione di principio.

Neppure i criteri formali di interpolazione adottati dallo Stoll sono convincenti. Ammetto che quell'ablativo assoluto (« *rursus praestitis* » ecc.) non sia bello, che la ripetizione del verbo « *praestare* » (cinque volte) non sia elegante; ma di errori non ce ne sono; e quest'assenza di errori (specie nella *consecutio temporum*), in un periodo così ritorto, è abbastanza significativa a mio parere. Si consideri poi come Nerazio riporti qui la sentenza probabilmente colle stesse parole di Aristone; e di questo giurista troppo poco sappiamo per potere giudicare del suo stile; nessun argomento si può trarre dalle lodi tributategli da Plinio (Epist. I, 22), che riguardano in genere la cultura e l'acutezza del giurista e la probità

(1) V. Stoll (op. cit., p. 84), il quale però, coerente colla sua tesi sul *contrarius consensus*, ammette questa spiegazione della *res integra* e della sentenza di Aristone solo per diritto giustiniano.

(2) Op. cit., p. 16 segg.

dell'uomo. Inoltre può ben essere che Aristone esponesse il caso negli stessi termini in cui gli era stato proposto (1).

Non deve poi destar meraviglia l'espressione usata dal giureconsulto, « pretium te debere desinere », che parrebbe mirare all'obbligazione piuttosto che al contratto. Essa ha lo stesso valore e la stessa ragion d'essere di quella con cui Paolo imposta la questione nel *suesaminato* fr. 3 D 18,5 (« an nuda conventione resolvatur obligatio »); l'obbligazione del compratore nel fr. 58 è l'unica che ancora sussista, e praticamente l'efficacia dello scioglimento del contratto si fa sentire su di essa; ad essa era principalmente rivolta infatti anche la volontà delle parti espressa nella convenzione (« pretium mihi non dares »).

Cade così la critica negativa del passo da parte dello Stoll, e cade pure la tesi di questo, che Aristone affermasse nel testo originario la possibilità da parte del venditore di rimettere il debito al compratore dopo di avere compiuto la sua prestazione (2); e nessun valore ha l'unico argomento di carattere positivo addotto in suo favore, cioè la sentenza di Aristone riferita nel fr. 1 D. 18,5 (Pomp. l. 15 ad Sab.) (« quod Aristo dixit posse ita pacisci ut unus maneat obligatus »), affermata in mezzo a scorrettezze ed interpolazioni che non permettono di scorgere con sicurezza quanto in essa vi sia di genuino. Nulla ci dice che fra le due sentenze ci debba essere una connessione; quella del fr. 58 conserva dunque perfetta la sua autonomia (3) (4).

---

(1) Non è poi escluso che nell'intricato discorso qualche frase esplicativa, che sostanzialmente non aggiunge nulla, sia stata aggiunta dai compilatori (p. es., « cum tu pretium mihi deberes »).

(2) Ecco il tenore originario del passo secondo Stoll: « Aristoni videbatur, si ea, quae me ex empto praestare tibi oporteret, praestitissim et convenisset mihi tecum, ut pretium mihi non dares, pretium te debere desinere. Illud perfici non potest, ut tu, quod iam ego tibi praestiti, contra praestare mihi cogaris ». Il resto sarebbe dovuto ad un intraccio di glossemi ed interpolazioni.

(3) Se anche si accetta la tesi dello Stoll riguardo al caso contemplato da Aristone, non si può in nessun modo provare l'origine spuria del principio introduttivo. Nerazio nel riferire la sentenza dell'altro giureconsulto partiva certamente dalla affermazione dell'efficacia del *contrarius consensus*. La sentenza posteriore non sarebbe però in tal ipotesi un'estensione vera e propria del concetto di esso, ma della categoria cui esso appartiene. In sostanza Nerazio avrebbe detto: « Non soltanto la compravendita può essere tolta di mezzo per consenso delle parti *re adhuc integra*, ma, secondo Aristone, quando già una parte ha adempito il suo obbligo, si può con un patto cancellare l'obbligazione dell'altra ».

Una spiegazione nello stesso senso si può dare se, pur accettando la genuinità del passo nello stato attuale, prendendolo alla lettera, s'intenda il patto di cui in esso è parola come

La sentenza contenuta nel fr. 58 ritorna un'altra volta, probabilmente inserita dai compilatori (1), in una costituzione di Gordiano (l. 1 C. 4,45): « Re quidem integra ab emptione et venditione utriusque partis consensu recedi potest: etenim quod consensu contractum est, contrariae voluntatis adminiculo dissolvitur. at enim post traditionem interpositam nuda voluntas non resolvit emptionem, si non actus quoque priori similis retro agens venditionem intercesserit ».

L'interpolazione dell'ultimo brano (« si non actus - intercesserit ») è dovuta alla completomania ed alla tendenza teorizzante dei giustinianeî, sempre preoccupati di costruire le teorie e di prevedere tutti i casi. La costituzione di Gordiano non faceva che affermare la possibilità di recedere dalla compravendita per consenso delle parti (2). Non deve però destar meraviglia il fatto che la sentenza di Aristone non trovi riscontro in alcun passo di fonte classica, poichè, come bene osserva il Siber (loc. cit.), l'ipotesi non doveva verificarsi frequentemente nella pratica, o meglio non doveva di solito dar luogo a contestazioni giudiziarie, ed i giureconsulti romani erano principalmente rivolti alla soluzione di casi pratici.

3. — Dai passi esaminati risulta evidente la classicità del principio che i contratti consensuali si sciolgono per *contrarius consensus* (3), e la

---

convenzione intesa ad eliminare l'obbligazione del compratore (quando egli abbia restituito la cosa al venditore). Ciò però, come ho detto, non mi pare esatto: lo spirito della convenzione la avvicina più al *contrarius consensus* che ad un *pactum de non petendo*. Le parole pratiche usate dalle parti (« io restituisco la cosa, e tu ti tieni il prezzo ») indicano infatti recesso dal contratto, scioglimento di questo.

(4) Probabilmente glossato nel fr. 58 è il brano che segue la sentenza di Aristone (« nec quicumque interest - eo nomine praestares »); ed anche l'ultima parte del passo risente forse della mano di un glossatore o dei compilatori; ciò non ha però importanza per l'essenza della decisione.

(1) V. Siber, op. cit., p. 98.

(2) Lo Stoll (op. cit., p. 12) segna molte altre interpolazioni nel passo, delle quali alcune si possono ammettere (p. es. quella del brano intermedio « etenim - dissolvitur », che però non aggiunge nulla), altre invece sono arbitrarie (come p. es. quella dell'« utriusque - consensu » per cui non v'è indizio alcuno).

(3) La più volte notata tendenza dei giustinianeî alla teoria li spinse a moltiplicare le dichiarazioni esplicite del principio generale, inserendole nelle sentenze particolari dei classici. Questo è il valore dell'inciso « potest enim - fieri emptio » nel fr. 2 D 18,5 (V. Stoll, op. cit., p. 21); e così anche della frase « etenim ecc » nella l. 1 C. 4,45 (v. supra); così la menzione del *contrarius consensus* fu inserita nelle Istituzioni tra i modi « quibus tollitur obligatio », mentre mancava nel modello gaiano. Però il § 4 l. 3,29, almeno per il caso concreto in esso contemplato, deriva da uno spunto classico (Ferrini, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, Bull. 13, p. 186; Stoll, op. cit., p. 11).

sua autonomia; la tendenza dei bizantini a riconnetterlo al carattere di buona fede del giudizio, tendenza che già abbiamo notata nel fr. 3 D 18,5 e nel fr. 58 D 2,14, si rivela ancora in analoghe manipolazioni operate su altri passi.

Palese è l'opera dei giustinianeî nel fr. 7 § 6 D 2,14, del quale avrò occasione di occuparmi in seguito, e di cui quindi ora riporto solo il brano che ha qui per me importanza:

« Adeo autem bonae fidei iudiciis exceptiones postea factae, quae ex eodem sunt contractu, insunt, ut constet in emptione ceterisque bonae fidei iudiciis re nondum secuta posse abiri ab emptione ».

Universalmente ammessa è l'interpolazione delle parole « ceterisque bonae fidei iudiciis », che importerebbero l'estensione dell'efficacia dello scioglimento consensuale a tutti i *bonae fidei iudicia*, per la maggior parte dei quali non avrebbe nessun significato (1). Non solo questa estensione del *contrarius consensus*, ma anche la considerazione di esso come esempio di inerenza dell'*exceptio pacti* ai *bonae fidei iudicia* è dovuta ai compilatori; lo rivela il modo assurdo ed ostico con cui ciò è espresso nel passo, « ut constet in emptione posse abiri ab emptione » (2); esso ci dice che le parole iniziali, « ut constet in emptione », sono state inserite per legare a quanto predece la sentenza, probabilmente tratta da qualche opera classica: « re nondum secuta posse abiri ab emptione ».

La cancellazione *ipso iure* per semplice *pactum* di tutti i « bonae fidei contractus » sembra affermata nel fr. 27 § 2 D. 2,14 (Paul. l. 3 ad ed.):

« Pactus, ne peteret, postea convenit ut peteret: prius pactum per posterius elidetur, non quidem ipso iure, sicut tollitur stipulatio per stipulationem, si hoc actum est, quia in stipulationibus ius continetur, in pactis factum versatur: et ideo replicatione exceptio elidetur. eadem ratione contingit, ne fideiussoribus prius pactum prosit. sed si pactum conventum tale fuit, quod actionem quoque tolleret, velut iniuriarum, non poterit postea paciscendo ut agere possit agere: quia et prima actio sublata est et posterius pactum ad actionem parandam inefficax est: non enim ex pacto iniuriarum actio nascitur, sed ex contumelia. idem dicemus et in bonae fidei contractibus, si pactum conventum totam obligationem sustulerit,

---

(1) Perozzi, *Contr. cons. class. cit.*, p. 18 (estr); Longo, *Sopra alcune generalizzazioni giustiniane in materia di giudizi di buona fede*, in *Studi Senesi*, 1906 (*Scritti in onore di L. Moriani*, Vol. II), p. 196.

(2) V. per tutti Siber, *op. cit.*, p. 90.

veluti empti: non enim ex novo pacto prior obligatio resuscitatur, sed proficiet pactum ad novum contractum. quod si non ut totum contractum tolleret, pactum conventum intercessit, sed ut imminueret, posterius pactum potest renovare primum contractum » (1).

Questo passo, che contiene anche molte interpolazioni (2), è probabilmente un mosaico bizantino di sentenze classiche (3). A me interessa principalmente quella relativa al *contrarius consensus*, che vuol essere confrontata con una sentenza di Paolo (1, 2), giunta a noi, in due diverse redazioni, fuori della compilazione:

*Cons.*, 4,4: « In bonae fidei contractibus pactum conventum alio pacto dissolvitur, et licet exceptionem pariat, replicatione tamen excluditur ».

*Lex rom. Wis.*: « Omne pactum posteriore pacto dissolvitur, licet pariat exceptionem ».

Contro Hüsckhe e Krüger che ritengono genuino il testo della *Consultatio*, il Di Marzo (4) ha affermato che in questo almeno l'iniziale « in bonae fidei contractibus » è postclassico, asserendo che è impossibile che i redattori della *lex - Wis.* per amore di brevità abbiano ommesso una così importante limitazione della regola. Il Biondi (5) ha senz'altro dichiarato

---

(1) Trascurò il brano seguente del § 2, poichè esso dovrà essere preso in considerazione in altra sede.

(2) Interpolato è il brano (contenuto nella prima proposizione) « non quidem ipso iure in pactis factum versatur ». (Per l'antitesi « ius - factum » vedi Vassalli, *Annali Univ. Perugia*, 1914, p. 21; per il resto Stoll, op. cit., p. 47 seg.). La ripetizione dell'« elidetur » induce a ritenere spuria una delle due frasi che lo contengono, forse la seconda (« replicatione exceptio elidetur »); essa però non aggiunge nulla, e dichiara solo il concetto già insito nella prima (« prius pactum per posterius elidetur »), la quale non può che riferirsi alla rimozione dell'exceptio per replicatio, come prova il verbo « elidere » ed il futuro (usato per due patti avvenuti entrambi nel passato).

(3) La derivazione eterogenea dei vari principi affermati nel passo risulta evidente. La frase « non poterit postea paciscendo ut agere possit, agere » è certo poco bella; essa rivela la mano dei compilatori, che rabberciarono in questo modo il passo per dargli un carattere più generale ed inserirlo qui nella loro teoria dei patti successivi contraddittori; probabilmente la sentenza originaria (« prima actio sublata est et posterius pactum ad actionem parandam inefficax est ») decideva un caso particolare in cui appunto si voleva risuscitare con un patto l'actio iniuriarum cancellata da un patto precedente. Che però uno spunto classico ci sia mi pare innegabile. E così mi pare innegabile per il brano successivo relativo al *contrarius consensus* (v. infra), la cui collocazione però è dovuta ai giustiniani, come direbbe il legamento (item dicemus et....).

(4) *Bonae fidei contractus*, p. 6 seg.

(5) *Iud. b. fidei*, cit., p. 33 seg.; così pure Siber, (op. cit., p. 74 seg.) e Stoll, (op. cit., p. 45).

che la sentenza classica è quella riferita dal legislatore Visigoto. Ma tutto ciò non mi persuade molto; non infondata mi pare l'osservazione del Segrè (1), che l'uso della locuzione « in b. f. contractibus », a proposito di patti successivi contraddittori, nel fr. 27 § 2 D. 2,14, e in *Cons.* 4,4, parla per la classicità di essa (2). E non deve far specie il fatto che, mentre in uno dei due passi si dichiara pei contratti di buona fede la regola generale che « pactum alio pacto dissolvitur », nell'altro si fa per essi una eccezione alla regola. Tra i due brani c'è una correlazione logica di cui l'uso della stessa espressione è una riprova abbastanza forte; non credo dunque di essere eccessivamente audace avanzando l'ipotesi che essi appartenessero originariamente ad una stessa sentenza di Paolo, da cui i giustinianeî avrebbero tolto la parte che loro interessava per inserirla nella teoria generale dei patti successivi contraddittorii. Nel suo testo classico la sentenza avrebbe affermato in generale per i « b. f. contractus » il principio che « pactum conventum alio pacto dissolvitur licet exceptionem pariat », ed avrebbe poi fatto eccezione per il caso (che si poteva verificare per alcuni contratti della categoria, cioè per quelli consensuali), in cui « pactum conventum totam obligationem sustulerit veluti empti », nel qual caso « prior obligatio non resuscitatur sed proficiet pactum ad novum contractum ». Bisogna però ad ogni modo ritenere spurio l'« et » ed il « replicatione tamen excluditur », che compaiono nella *Consultatio* e non nella *lex Wis.*; già di per sè è impossibile che Paolo abbia affermato per i patti relativi a « bonae fidei contractus » un principio che sarebbe stato comune a tutti i patti; si noti inoltre come il verbo « dissolvere » sia usato nelle fonti per indicare la distruzione sostanziale « ipso iure » di un rapporto (3), onde parrebbe strano che Paolo avesse adoperato l'espressione « pactum pacto dissolvi » per un « exceptionem replicatione excludi »; tanto più che egli nel brano del l. 3 ad ed.,

---

(1) *Sull'età dei giudizi di buona fede di commodato e di pegno*, in *Studi per Fadda*, VI, p. 366, n. 2.

(2) V. anche in *Segrè*, (loc. cit. nella nota precedente) le altre considerazioni che inducono a ritenere non impossibile per diritto classico una simile espressione.

(3) V. *Rotondi*, *Di alcune riforme giustiniane relative al pactum de non petendo*, *Scritti giuridici*, II, p. 357, n. 5: v. da lui citati i passi in cui il « dissolvi » è espressamente contrapposto all'estinzione « ope exceptionis » del rapporto, tra i quali il fr. 25 § 2 D. 22,3 dello stesso Paolo. Il fr. 21 § 5 D. 2,14 pure di Paolo parrebbe parlare di « dissolvi obligationem pacto », riferendosi ad un'« exceptio », ma il *Rotondi* sospetta che sia rimaneggiato, e mostra inoltre come, se è genuino, esso ha una speciale giustificazione.

riportato nel fr. 27 § 2 D. 2,14, si esprime in modo appropriato: « prius pactum per posterius elidetur ».

Nella sua redazione originaria la nostra sentenza avrebbe dovuto suonare all'incirca così:

« In bonae fidei contractibus pactum conventum alio pacto dissolvitur, licet exceptionem pariat, sed si pactum conventum totam obligationem sustulerit, veluti empti, ex novo pacto prior obligatio non resuscitatur, sed proficiet pactum ad novum contractum ».

Restano ancora alcune scorrettezze formali (1), ma queste si possono spiegare come alterazioni di carattere non sostanziale, operate da giustiniani in relazione a quella principale da essi compiuta (2).

La sentenza di Paolo, secondo la lezione proposta, si adatta alla teoria romana della posizione dei patti di fronte ai contratti di buona fede, secondo l'ipotesi che svolgerò in seguito, per cui si sarebbe riconosciuta efficacia *ipso iure* non solo ai » *pacta adiecta in continenti* » (inerenti al contratto), ma anche ai » *pacta ex intervallo* » che miravano a cancellare quelli conchiusi *in continenti*; Paolo avrebbe qui portato un'estensione alla regola affermando che anche i patti che generavano eccezione potevano essere cancellati *ipso iure* da patti successivi. Quest'effetto della *bona fides*, in base alla quale era concepita l'*intentio* della formula, sull'eccezione (che pareva da essa indipendente) parrebbe urtare contro qualche difficoltà; ma le difficoltà possono essere superate, e ne sarà data spiegazione in seguito.

Evidente sarebbe poi il fondamento della triplice manipolazione subita dal passo. La cancellazione delle parole « in bonae fidei contractibus » nella *lex Wisigota* e del brano intermedio nella compilazione giustiniana (che prese soltanto, riferendola così a tutti i contratti di buona fede, la parte relativa al *contrarius consensus*), si spiega coll'essersi in epoca postclassica affermato il principio dell'inerenza dell'*exceptio pacti* ai *b. f. iudicia*, così che per i *b. f. contractus* non aveva più ragion d'essere il « licet exceptionem pariat » di Paolo. L'aggiunta poi dell'« et » e di » *replicatione tamen excluditur* » nella *Consultatio* si fonderebbe sulla stessa causa, se nella mente del glossatore il passo avesse avuto il significato che

---

(1) Si noti la ripetizione eccessiva della parola « pactum »; inoltre l'ultima frase « sed proficiet - contractum » è forse compilatoria.

(2) Forse al posto del secondo « pactum conventum » nel testo genuino c'era un pronome; compilatorio è forse l'« ex novo pacto » e così pure, come ho detto, la frase finale.

vuole attribuirgli lo Stoll (1), e cioè: « Nei contratti di buona fede il patto è senz'altro cancellato dal successivo, nei casi invece in cui il primo patto si fa valere mediante eccezione, il secondo lo elide con una *replicatio* ». Ma questa interpretazione, che, se il brano fosse classico, sarebbe impossibile, mi pare un po' forzata anche per un glossatore. L'aggiunta si può a parer mio spiegare in questo modo: Poichè la *replicatio* è sempre stata il mezzo più generale per la rimozione di un'*exceptio*, il tardo redattore della *Consultatio* può ben aver creduto che essa fosse stata qui sottintesa da Paolo, e per rendere più chiaro il testo egli l'ha dichiarata espressamente.

Molti elementi, come si è visto, concorrono a dare un altissimo grado di probabilità a questa mia ipotesi; ma essa ha pur sempre, lo confesso, il valore di un'ipotesi. Ad ogni modo però riguardo al fr. 27 § 2 D. 2,14 si possono fissare come sicuri alcuni punti, che sono evidenti:

a) L'estensione dell'efficacia liberatoria del *contrarius consensus* a tutti i *bonae fidei contractus* è dovuta ad una manipolazione giustiniana; per una gran parte di essi infatti la *res integra* non ha significato.

b) L'affermazione che un nuovo patto che tenda ad annullare la risoluzione del contratto, non ripristina l'antico contratto, ma vale conclusione di uno nuovo, deriva da uno spunto classico. Non mi persuadono gli argomenti addotti dallo Stoll per negarne la classicità; delle scorrettezze dal punto di vista linguistico già ho detto; le ragioni d'indole sostanziale concernono la connessione della sentenza con quanto nel passo precede, non il valore intrinseco di essa. Ma anche questo scoglio è già stato superato.

Il fr. 27 § 2 D. 2,14 offre dunque una conferma dell'efficacia del *contrarius consensus*, come mezzo autonomo di risoluzione dei contratti consensuali.

Fonte di molte e gravi discussioni fra gli studiosi è il fr. 21 § 4 D. 4,2 (Paul l. 11 ad ed.):

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

---

(1) Loc. cit.

I vari studiosi che si sono occupati di questo passo sono unanimi nel ritenere interpolato o almeno guasto il brano « quia - amittitur » (1); l'espressione « ex bonae fidei » potrebbe spiegarsi come un errore di amanuense per cui sia stata omessa la parola « negotio » (2) o « contractu » (3), ma, come giustamente osserva lo Schulz, ad avvalorare l'ipotesi dell'interpolazione concorre il fatto che tale locuzione ricorre spesso nel linguaggio bizantino, come rivelano i Basilici; la frase « cum finita sit, dum amittitur » è oscura e non ha senso. Cuiacio (4) ricorda a questo proposito la differenza tra « finiri » ed « amitti », messa in risalto da Paolo (Sent. III, 6, 28 - 33), riguardo all'usufrutto; ma per questo essa ha un preciso significato, mentre così non è per un'obbligazione; quando si deve dire che questa « finitur » quando che « amittitur » (riguardo al creditore)? Inoltre il *contrarius consensus*, che importa l'estinzione per ciascuna parte di un obbligo e di un credito per effetto del venir meno del contratto, si può dire un modo con cui *obligatio finitur*, oppure *amittitur*? Ma anche ammettendo che esso importi un « amitti » e che nell'« amitti » sia appunto compreso il « finiri », come vuole Cuiacio, possiamo chiederci coll'Eisele, a che scopo si sarebbe sentito qui il bisogno di far risaltare ciò. Si era chiesto se l'antica obbligazione rimaneva, se cioè il *contrarius consensus*, a causa della violenza, era privo di effetti, oppure si trattasse il caso come quello dell'*acceptilatio* estorta; e non si capirebbe già, dal punto di vista classico, una motivazione della seconda alternativa basata sull'effetto estintivo del *contrarius consensus*, (nel caso in esame), la quale non sarebbe altro che una ripetizione della sentenza da motivare; la giustificazione data nel passo, che presuppone già come incontrastato che il *contrarius consensus* porti l'*amissio* dell'*obligatio*, e ci fa una fine disquisizione sui concetti di « finiri » e di « amitti », che non ha nulla a che fare col punto controverso, è assolutamente inconcepibile per l'epoca classica; è invece naturalissima per i compilatori; è una delle tante motivazioni giustiniane in cui sembra che si dica molto e non si dice nulla. L'interpolazione ha però anche un altro scopo più importante, e si

---

(1) Eisele, *Beiträge ecc., Zeitschr. d. Sav. Stift., R. A.*, 18, p. 1 segg.; Beseler, *Beiträge*, I, p. 76; Siber, op. cit., p. 79; Schulz, *Die Lehre vom erzwungenen Rechtsgeschäfts im antiken röm. Recht, Zeitschr. d. Sav. Stift., R. A.*, 43, p. 198; Stoll, op. cit., p. 50 segg.

(2) Così Eisele, loc. cit.

(3) Krüger, *ad h. fr.*

(4) *Opera*, VI, 405 - 406.

lega alla tendenza bizantina, (che abbiamo notato altrove), a richiamare l'efficacia del *contrarius consensus* alla *bona fides* che domina il giudizio, estendendola quindi ora a tutti i *bonae fidei iudicia*, ora ai *bonae fidei contractus*. Sotto questo aspetto l'interpolazione del fr. 21 § 4 può essere avvicinata all'alterazione del fr. 27 § 2 D 2,14, sopra esaminato.

Accertato questo punto, ha per noi poca importanza la ricerca intorno al contenuto originario della sentenza; qualunque fosse la soluzione del caso (sulla quale del resto regna grande incertezza e tutte le ipotesi sono state avanzate in forma dubitativa), essa era data per il *contrarius consensus* come mezzo di scioglimento del contratto, indipendente dal carattere di buona fede del giudizio (1).

4. — Più fondato parrebbe invece il dubbio sull'autonomia del *contrarius consensus*, che lo Stoll vuol trarre dal fr. 11 § 6 D. 19,1 (Ulp. l. 32 ad ed.):

« Is qui vina emit arrae nomine certam summam dedit: postea con-  
venerat, ut emptio irrita fieret. Julianus ex empto agi posse ait, ut arra  
restituatur, utilemque esse actionem ex empto etiam ad distraendam,  
inquit, emptionem. ego illud quaero: si anulus datus sit arrae nomine et  
secuta emptione pretioque numerato et tradita re anulus non reddatur, qua  
actione agendum est, utrum condicatur, quasi ob causam datus sit et causa

---

(1) Poco soccorre il fr. 9 § 4 D. 4,2 (Ulp. l. 11 ad ed.) dove l'aggiunta « vel alia liberatione » non è sicura (V. Eisele, *Beiträge ecc. Zeitschr. d. Sav. Stift., R. A.*, 13, p. 133; Siber, op. cit., p. 79); l'interpolazione contenuta in esso non parla però per la non classicità della sentenza contenuta nel fr. 21 § 4 D. 4,2. Riguardo a questo non mi pare accettabile la tesi sostenuta dal Beseler, ch'esso originariamente suonasse così: « Si metu coactus sim ab emptione discedere, nihil acti est et antiqua obligatio remanet ». Benchè il resto sia guasto, non si può senz'altro cancellare tutto come spurio. Non priva di valore mi pare l'osservazione del Siber, che difficilmente i compilatori avrebbero parlato di « actio praetoria » se il giureconsulto classico avesse senz'altro dato l'azione del contratto. La risposta di Stoll a questa obbiezione non è accettabile, in quanto si risolve in una petizione di principio, ed è contraria al naturale sviluppo delle cose; i bizantini, che altrove espressamente richiamano l'efficacia del *contrarius consensus* all'inerenza dell'*exceptio pacti* ai *bonae fidei iudicia*, non avrebbero qui affermato per primi la rigida conseguenza dell'effetto autonomo di quello, contro la propria inclinazione al più pieno ed immediato riconoscimento della nullità degli atti compiuti sotto l'azione della violenza. Ma se anche il testo originario fosse stato quale lo ricostruisce il Beseler, nessun argomento se ne potrebbe trarre contro l'autonomia del *contrarius consensus*, come mezzo di scioglimento del contratto. Date le particolarità ch'esso presenta, il suo carattere puramente consensuale, la sua corrispondenza col contratto consensuale (che, se fatto sotto l'influsso della violenza è nullo di diritto per l'inerenza dell'*exceptio metus*, parallela a quella *doli*, al giudizio di buona fede che ne nasce), si potrebbe capire come il giureconsulto avesse proclamato la nullità assoluta di esso se concluso sotto l'impero della violenza.

fnita sit, an vero ex empto agendum sit. et Julianus diceret ex empto agi posse: certe etiam condici poterit, quia iam sine causa apud venditorem est anulus ».

Lo Stoll (1), ritenendo il passo genuino fino a « restituatur » (2) crede di poterne trarre argomento a favore della sua tesi. Ed invero non può non colpire la persistenza dell'*actio ex empto*, che non si concilierebbe col venir meno del contratto; e l'argomentazione dello Stoll parrebbe in un certo senso sorretta dal confronto con un rescritto di Diocleziano e Massimiano (l. 2 C. 4,45):

« Perfectam emptionem atque venditionem re integra tantum pacto et consensu posse dissolvi constat. Ergo si quidem arrae nomine aurum datum sit, potes hoc solum secundum fidem pacti recuperare. Si vero partem pretii persolvisti, ed ea, quae venditorem oportet ex venditione praestare, magis actionem quam ad pretii quantitatem, quam te dedisse significas, habes ».

L'arra dunque, secondo questa costituzione, non lede la *res integra*; il *contrarius consensus* produce i suoi effetti, e si può pretendere la restituzione della caparra. Con che azione? Il passo non ce lo dice, ma l'espressione « potes hoc solum recuperare » parrebbe indicare l'*actio ex empto*; si avrebbe cioè la stessa soluzione che dà Giuliano. Senonchè contro questa interpretazione sta la dichiarazione iniziale che proclama lo scioglimento dell'*emptio ve ditio* « pacto et consensu ». E l'incertezza del passo ci deve rendere dubbiosi sulla sua genuinità (3); la frase « potes hoc solum » del resto è parsa strana già al Mommsen, che sostituirebbe all'intero periodo: « Ergo si quidem arrae nomine aurum datum sit solum, potes hoc secundum fidem pacti recuperare » (4). Accettando questa lettura, in relazione al « dissolvi emptionem » del principio, si deve ritenere che l'azione indicata non sia l'*actio empti*, ma probabilmente una *condictio*; e nulla ci impone di credere, che il rescritto diocleziano dovesse concordare colla sentenza di Giuliano. Questa possiamo spiegarla ritenendo, col Beseler (5), che il giureconsulto vedesse

(1) Op. cit., p. 54.

(2) Il brano « utilemque esse - inquit, emptionem » è interpolato (Beseler, *Beiträge*, IV, p. 79; *Miscellanea, Zeitschr. d. Sav. Stift., R. A.*, 45, p. 191; Stoll, loc. cit. nota precedente.

(3) Cfr. Stoll, op. cit., p. 20 seg.

(4) V. P. Krüger, *ad b. l.*

(5) *Miscellanea cit., Zeitschr. d. Sav. Stift., R. A.*, 45, p. 191.

nell'arra la lesione della *res integra*, quindi negasse l'efficacia *ipso iure* del *contrarius consensus* (1). Essa rientrerebbe nelle varie soluzioni date da Giuliano di casi in cui è dubbia la sussistenza della *res integra*. Nel fr. 3 D. 18,5 abbiamo visto come egli affermasse l'applicabilità del *contrarius consensus* dicendoci che « *ex empto agi non potest* »; la soluzione opposta sarebbe qui data colle stesse parole: « *ex empto agi posse* ». Però, se si fosse da una parte chiesta l'esecuzione del contratto, dall'altra si poteva opporre l'*exceptio pacti*, ed allora l'*actio ex empto*, poteva essere esercitata con successo soltanto per la restituzione dell'arra, forse mediante una *praescriptio pro actore* (« *ea res agatur de arra restituenda* ») (2).

Nell'epoca postclassica si sarebbe invece ammessa l'efficacia del *contrarius consensus* anche dopo la dazione della caparra, ed allora si spiega l'aggiunta d'un glossatore o dei giustinianeî (« *utilemque-emptionem* »); il nuovo principio parrebbe essersi affermato sin dai tempi di Diocleziano, come risulterebbe dalla legge citata (3). Comunque, tanto il fr. 11 § 6 D. 19,1,

(1) Dunque l'arra come la prestazione parziale aggiungerebbe all'*emptio venditio* un ulteriore elemento obbligatorio così da rendere impossibile lo scioglimento puramente consensuale del contratto. Non a caso allora, come fu già notato, Gaio (III, 139) avrebbe detto: « *Emptio et venditio contrahitur, cum de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit ac ne arra quidem data fuerit* ».

(2) Il Beseler (loc. cit.) dopo avere delineato in questi termini l'effetto che, secondo il tenore del passo avrebbe dovuto avere la convenzione « *ut emptio irrita fieret* », ritiene improbabile che nel diritto classico sia stato effettivamente così e vorrebbe sostituire alla sentenza attuale la seguente: « *Iulianus ex empto agi non posse ait, ut arra restituatur, sed in factum actionem dandam esse* ». L'ipotesi non mi pare però fondata; era naturale che la dazione di un'arra, se avvenuta al momento della conclusione del contratto, contenendo implicitamente la convenzione che l'arra fosse restituita se il contratto non dovesse avere esecuzione, fondasse l'*actio ex empto* per la restituzione, quando un'*exceptio pacti* si opponesse alla domanda di esecuzione del contratto. D'altra parte, a rendere improbabile l'ipotesi del Beseler concorre l'osservazione che i giustinianeî, i quali nella seconda parte del passo (fortemente rimaneggiata) riconoscono, accanto all'*actio ex empto*, la *condictio*, difficilmente avrebbero nella prima parte cancellato la menzione dell'*actio in factum*, senza sostituirvi la *condictio*, pur rendendo possibile l'*actio ex empto*.

(3) Ciò però è dubbio data l'incertezza della l. 2 C. cit; l'ultima frase « *si vero-habes* » potrebbe essere un'aggiunta giustiniana; e non del tutto infondato sarebbe il dubbio che la frase relativa all'arra fosse corrispondentemente alterata. Può essere che, secondo la direttiva che pare segnata da Giuliano, anche nella costituzione diocleziana si contrapponesse il caso dell'arra a quello della *res integra*. Si noti il « *re integra tantum* » per cui si capirebbe meglio una successiva contrapposizione che non la comprensione in essa di un caso; è probabile dunque che al posto dell'attuale « *ergo* » ci fosse « *sed* » ed il « *solum* » sia stato aggiunto dai compilatori, la cui tendenza è rivelata dall'interpolazione del fr. 11 § 6 cit.

come la l. 2 C. 4,45 (se genuina) rivelerebbero anche per diritto classico una differenza fra arra ed anticipazione di prezzo. La funzione della prima, nell'intenzione dei contraenti, era quella di fornire la prova del contratto concluso; essa però era destinata ad essere restituita quando le prestazioni non dovessero essere eseguite, onde l'*actio ex empto* diretta alla restituzione, quando alla richiesta dell'esecuzione poteva essere opposta l'*exceptio pacti* (1).

Quanto sopra fu detto è ben lungi dall'essere sicuro: della l. 2 C. 4,45 già abbiamo notato le incertezze; ma neppure il fr. 11 § 6 nella sua prima parte, è, a parer mio, intatto; non può non far specie quel « convenerat », che parlerebbe per l'anteriorità della convenzione alla dazione dell'arra e non si adatta al « *postea* » con cui è introdotto; sarei tentato a ritenere, (e non credo arbitraria la mia supposizione), che esso derivi da un'alterazione di un glossatore o dei giustinianeî, e che nel testo originario ci fosse invece « *postquam* ». Naturalmente deve pure cadere l'« *ut arra restituitur* » nella proposizione seguente; il caso contemplato sarebbe stato dunque assolutamente diverso; il venditore, dopo aver convenuto col compratore di sciogliere la compravendita, aveva ricevuto da lui la caparra per il contratto; con ciò le parti avevano mostrato di volere ristabilire questo, annullando l'avvenuto scioglimento. Questo patto, risultante da tale condotta, valeva? Giuliano rispose che la compravendita sussisteva: « *ex empto agi posse* ». Paolo nel fr. 27 § 2 D. 2,14, per una convenzione simile, ma espressa, diceva che non si risuscitava l'antico contratto, se ne creava invece uno nuovo; Giuliano non faceva questione di ciò, non conosciamo dunque il suo pensiero al riguardo. Ci si può opporre però una grave obiezione; come mai i giustinianeî, di cui è nota la spiccata simpatia per il c. d. patto tacito, avrebbero mutato qui l'ipotesi risolta dal giureconsulto classico? L'alterazione si può spiegare in diversi modi; la sostituzione di « *postea* » a « *postquam* » può essere dovuta ad un errore di amanuense, ad una svista che avrebbe già di per sè mutato il senso del passo; i giustinianeî, ricevutolo in questo modo, avrebbero sentito il bisogno di specificare, dicendo che l'*actio ex empto* rimaneva solo per la restituzione dell'arra; a questo passo essi avrebbero fatto seguire quello relativo alla restituzione della caparra di cosa determinata dopo il pagamento del prezzo, da essi riabberciato, non si sa in base a quale spunto classico. Ma l'alterazione sopra segnata si può anche spiegare

---

(1) Il che avviene nel diritto giustiniano anche dopo l'esecuzione della prestazione per il caso di arra consistente in cosa infungibile, come risulta dalla seconda parte del passo fortemente interpolata, su cui però non mi soffermo.

ritenendola opera cosciente dei compilatori; essi avrebbero potuto vedere nelle parole di Giuliano affermato il risorgere dell'antico contratto, un principio cioè opposto a quello di Paolo, da essi accolto nel fr. 27 § 2 D. 2,14, e, anzichè correggere, avrebbero preferito mutare il caso, per porre esplicitamente il problema del rapporto fra arra e *res integra*, e per potervi far seguire l'altro caso dell'arra consistente in un oggetto; così si sarebbe avuta l'*actio ex empto*, diretta alla restituzione dell'arra, per far valere lo scioglimento del contratto. Sia che si accetti questa mia ipotesi, che non mi pare improbabile, sia che si ammetta la genuinità del passo allo stato attuale, ricorrendo alla spiegazione data sopra, che in tal caso è la più congrua, si può asserire con certezza che dal fr. 11 § 6 D 19,1 nessun elemento si può trarre contro l'effetto autonomo del *contrarius consensus*, già provato da molteplici passi.

5. - Rinunzio ora ad un elenco di tutti i testi in cui lo scioglimento dei contratti consensuali per semplice consenso é affermato o per incidente o per ricondurre ad esso alcuni casi in cui si vuole dare efficacia *ipso iure* ad un semplice patto. Questi non fanno che mostrare la frequenza e l'abitualità di simili convenzioni, la cui piena efficacia doveva essere un postulato vivamente sentito dalla coscienza giuridica della società, e perciò forniscono una riprova indiretta del risultato raggiunto; ma a noi basta la critica che abbiamo svolta, già di per sè sicura, della cui conclusione non si può assolutamente dubitare. Possiamo quindi ora ritenerci in grado di negare recisamente la tesi dello Stoll, la cui esegesi, per quanto acuta, cade di fronte ad un esame spregiudicato delle fonti; risulta invece corroborata la tesi del Siber, che i giustinianeî per primi abbiano visto nel *contrarius consensus* un'applicazione dell'inerenza dell'*exceptio pacti* ai *bonae fidei iudicia*.

## CAPO SECONDO

### NECESSITÀ DI OPPOSIZIONE FORMALE DELL' «EXCEPTIO PACTI» NEI «BONAE FIDEI IUDICIA»

1. Critica della tesi del Biondi e del Siber. Mancanza assoluta di passi che provino l'inerenza dell'*exceptio pacti* ai *bonae fidei iudicia*. - 2. Argomenti positivi indiretti contro l'inerenza dell'*exceptio pacti* ai *bonae fidei iudicia*. - 3. Argomenti positivi diretti.

1. — Il Siber, pur ritenendo giustiniana la considerazione dell'efficacia estintiva del *contrarius consensus* come un effetto della inerenza

dell'*exceptio pacti* ai *bonae fidei iudicia*, ammette la classicità di questa inerenza. Secondo lui (1) la giurisprudenza romana avrebbe conosciuto due principi distinti, l'uno processuale: « *exceptio pacti inest bonae fidei iudiciis* », l'altro sostanziale: « *pacta contineri contractui* », il primo riguardante tutti i giudizi di buona fede ed efficace pel *pactum de non petendo*, il secondo relativo ai contratti, (anche non di buona fede) e contemplante i patti accessori; per quest'ultimo si sarebbero introdotte le distinzioni fra *pacta ex continentis* ed *ex intervallo*, *pro actore* e *pro reo*, accessori a contratti di buona fede o di stretto diritto. I compilatori avrebbero confuso questi principi d'indole così diversa, onde la regola affermata nel fr. 7 § 5 D. 2,14: « *pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis* », e l'estensione a tutti i *bonae fidei iudicia* delle limitazioni che avevano solo valore e significato per i contratti.

Più radicale è stato il Biondi (2) che ha senz'altro affermato che per i classici tutti i patti avevano effetto *ipso iure* sui *iudicia bonae fidei* in quanto concorrevano alla determinazione dell'*oportere ex fide bona*; questa tesi che si fonda sull'affermazione generale dell'inerenza dell'*exceptio pacti* ai *bonae fidei iudicia* nei passi relativi al *contrarius consensus*, (tutti come abbiamo visto interpolati), e su di una critica poco persuasiva dei frammenti che sembrano contrastare ad essa, è non solo infondata, ma contraria alle fonti ed al più verosimile processo storico.

Ma non mi sento di convenire pienamente neppure in quella del Siber. Ammetto infatti che il diritto classico abbia affermato in certi casi e sotto determinate condizioni l'inerenza dei patti al contratto (e di ciò si vedrà a suo tempo), ma un principio processuale che dichiarasse l'inerenza dell'*exceptio pacti* ai *bonae fidei iudicia* gli era, a parer mio, sconosciuto. Più volte ho avuto occasione di esprimere questo mio giudizio; si tratta ora di dimostrarlo. Premetto che io non sono il primo a sostenere ciò; infatti già il Beseler (3) l'ha affermato, ma solo incidentalmente e senza una completa dimostrazione. Egli si è accontentato di constatare l'interpolazione del fr. 3 D. 18,5 e del fr. 7 § § 5, 6 D. 2,14, già ammessa da Siber e Stoll (4). L'origine spuria di queste dichiarazioni

(1) Op. cit., p. 80 segg.

(2) Op. cit., p. 22 segg.

(3) *Miscellanea cit. Zeitschr. d. Sav. Stift., R. A.*, 45, p. 191.

(4) Il Beseler (loc. cit. n. 2) nota pure la probabile manipolazione giustiniana del fr. 1 § 7 D. 44,5 (Ulp. 1 76 ad ed), ove si afferma che non è necessaria l'*exceptio onerandae libertatis causa* in caso di società contratta fra liberto e patrono, poiché il liberto è già *tutus*

generali del principio non è però ancora argomento decisivo per la non classicità di esso; ben potrebbero i giustinianeî, di cui sono note le tendenze alla costruzione della teoria, aver per primi formulato una regola che già i classici avessero conosciuto ed applicato; la dichiarazione esplicita dei giustinianeî si capirebbe anche per il fatto che essi al principio volevano collegare un istituto classico, che i giureconsulti romani avevano trattato da un'altro punto di vista. Ma d'altra parte per potere affermare che già la giurisprudenza romana conosceva questo principio, bisognerebbe addurre sentenze genuine che non si potessero spiegare se non come applicazione di esso; nulla invece di tutto ciò.

Siber riferisce al *pactum de non petendo* il fr. 4 D. 18,5 (Paul. ad lul. l. 8 dig.):

« Si emptio contracta sit togae puta aut lancis et pactus sit venditor, ne alterutrius emptio maneat, puto resolvi obligationem huius rei nomine dumtaxat ».

Io non vedo ragione alcuna di impossibilità a che questo frammento si riferisca al *contrarius consensus*. Siber (1), partendo dalla considerazione di altri passi (che vedremo in seguito), in cui il pattuito aumento o diminuzione di prezzo è considerato come scioglimento dell'antico contratto e conclusione di uno nuovo, afferma che anche qui si sarebbe dovuta avere la stessa soluzione. I casi sono invece alquanto diversi; si concepisce la risoluzione della vendita per una delle cose alternativamente vendute senza ricorrere allo stratagemma della conclusione di un nuovo contratto, mentre non la si potrebbe capire per un aumento o diminuzione di prezzo. Ritengo perciò arbitraria la sostituzione di « petitio » ad « emptio ». Il passo è, a mio parere, genuino; « obligatio » ha il significato generico di vincolo, rapporto obbligatorio, e non si riferisce tecnicamente ad una delle obbligazioni nascenti dalla vendita, bensì alla vendita stessa, cui allude esplicitamente il patto.

---

*adversus exactionem patroni*; i Basilici (51, 6, 1, 7) parafrasano questo passo dicendo che la società contratta *libertatis causa* fra patrono e liberto è invalida (*ἀνίσχυρός ἐστίν*). Anzitutto qui si tratta di un'exceptio diversa dall'*exceptio pacti* cioè dell'*exceptio onerandae libertatis causa*, la cui inerenza si potrebbe capire, pur non ammettendo quella generale dell'eccezione da patto, come risulterà in seguito dalla mia trattazione della materia, e quindi il passo non ha per me grande interesse; credo però ad ogni modo che il Beseler abbia ragione e che il punto di vista classico fosse diverso, riguardasse cioè non la necessità ma la possibilità di opporre l'*exceptio*.

(1) Op. cit., p. 95.

Il fr. 4 non ha quindi nulla a che fare col fr. 27 § 6 D 2,14 (Paul. l. 3 ad ed), secondo il quale in base al patto di non chiedere *decem* per la *stipulatio* di *Stichus aut decem*, l'*exceptio in totum obstat*. A parte le altre considerazioni che inducono a ritenere questo interpolato (1), nessun elemento può essere fornito dal confronto con quello, poichè l'opposta soluzione si capirebbe benissimo trattandosi nell'uno di *pactum de non petendo*, che genera *exceptio*, nell'altro di scioglimento per *contrarius consensus*.

Parrebbe, ad una prima lettura, che un elemento in favore dell'inerenza dell'*exceptio pacti* ai *bonae fidei iudicia* ci fosse fornito dal fr. 51 pr, D. 2. 14 (Ulp. l. 26 ad ed);

« Si cum te ex causa legati debere pacisci debitori tuo existimas, pactus sit, ne ab eo peteres: neque iure ipso liberatur debitor neque petentem summovebit exceptione conventionis, ut Celsus libro vicensimo scribit ».

Come si spiega l'espressione « neque iure ipso liberatur debitor »? Dunque, se non ci fosse stato l'errore del remittente, il *pactum de non petendo* avrebbe potuto avere in certi casi efficacia *ipso iure*: ma quali sarebbero stati questi casi? La risposta parrebbe facile e chiara: non potevano essere che i *iudicia bonae fidei*; e la contrapposizione « neque iure ipso liberatur debitor neque petentem summovebit exceptione conventionis » rivelerebbe appunto il diverso trattamento tra essi ed i *iudicia stricta*. Forse fu questo il pensiero dei compilatori nel collocare il passo nel titolo « de pactis »; ma per diritto classico tale soluzione è impossibile. Il libro 26 *ad edictum* di Ulpiano trattava « de rebus creditis », anzi più precisamente: « Si certum petetur », ed il fr. 51 pr. veniva proba-

(1) V. Eisele, *Beiträge* cit., *Zeitschr. d. Sav. Stift., R. A.*, 18, p. 12 segg.; Segrè, *Sull'efficacia del pactum de non petendo*, *Riv. dir. comm.*, 12, P. 1.<sup>a</sup>, p. 1070, n. 2; Mitteis, *Aus röm. und bürgerl. Recht, Festschrift für Wach* p. 6, n. 2; Vassalli, *Miscellanea critica di diritto romano*, 5, *Studi economico-giuridici dell'Università di Cagliari*, VIII (1916), p. 30; Siber, *op. cit.*, p. 94 seg.

Sull'estensione dell'interpolazione le varie opinioni non concordano; comune a tutte è solo la cancellazione del brano « nam ut - exceptione opponenda », cui credo di potere senz'altro aderire. Quanto al resto, e cioè alla soluzione del caso posto all'inizio, credo di potere accettare l'opinione del Siber secondo la quale l'*exceptio pacti* avrebbe avuto l'effetto di paralizzare l'azione diretta ad avere « Stichum aut decem » (unica possibile) ma sarebbe stata annullata da una *replicatio pacti*. Ma, anche accettando questa ipotesi, il fatto che lo stesso effetto si raggiunge nella vendita *ipso iure* (a parte la possibilità o meno che « resolvi » significhi anche liberazione *ope exceptionis*: v. Siber, *loc. cit.*) non parla per l'inerenza dell'*exceptio* e della *replicatio* al *iudicium empti* e *venditi* poichè, come si è detto, il fr. 4 D 18,5 si fonda su altri principi.

bilmente sotto la rubrica « de conditione » (1); è quindi escluso che con una simile affermazione generica potesse riferirsi ai *bonae fidei iudicia*. L'attuale stato del frammento, da cui risulta la possibilità di un'efficacia *ipso iure* del *pactum de non petendo*, non può derivare che da una interpolazione dei compilatori; questi, secondo me, avrebbero alterato il caso, risolto da Giuliano. Del resto indizi formali d'interpolazione non mancano nella prima metà del passo; a parte il « sit » invece di « sis », che può attribuirsi ad un errore di amanuense (2), non prive di significato sono le scorrettezze nella *consecutio temporum* fra le proposizioni di questo brano (« cum... exstimas, pactus sis ») (3), e, quel che è più, la mancanza di correlazione fra esso e quello seguente, che contiene la decisione, (dato il « pactus sit » del primo, ci si aspetterebbe « liberatus est », anziché « liberatur », nel secondo; la liberazione *ipso iure* sarebbe infatti avvenuta al momento del patto). Difficile è la ricostruzione del caso contemplato nel testo classico. A puro titolo d'ipotesi sarei propenso a supporre che si trattasse, anziché di *pactum de non petendo*, dell'*acceptilatio* di un debito da mutuo (il l. 26 ad ed. di Ulp., come ho detto, parlava del caso in cui « certum petetur), senza precedente novazione dell'obbligazione mediante *stipulatio*. Come abbiamo visto, l'accetilazione di debiti non derivanti da contratto formale valeva *pactum de non petendo* e generava *exceptio pacti*. Nel caso in esame però questo effetto era ostacolato dal fatto che l'erede aveva erroneamente creduto di essere costretto alla remissione da un legato. In questo modo si capirebbe perfettamente la sentenza di Celso riferita da Giuliano: « neque iure ipso liberatur debitor » (perchè l'*acceptilatio* come tale non produce il suo effetto, mancando la *stipulatio*), « neque petentem summovebit exceptio conventionis ». I giustinianeî avrebbero così alterato il passo trasportandolo nel titolo « de pactis ». Comunque sia di questa ipotesi, è certo che il fr. 51 pr. non dice nulla a proposito dei *bonae fidei iudicia*, e soltanto questa conclusione interessa qui a noi.

2. - All'argomento negativo fornitoci dalla mancanza di testi che provino la classicità della generale inerenza dell'*exceptio pacti* ai *bonae fidei iudicia*, si aggiungono argomenti di carattere positivo, alcuni indiretti (ma ciononostante di grande valore), altri diretti.

(1) V. Lenel, Paling., II, col. 567 segg.

(2) V. P. Krüger, ad h. fr.

(3) Anche queste però si potrebbero spiegare con un errore di amanuense che avrebbe potuto essere già nel testo cui attinsero i compilatori (« existimas » per « existimares »).

Elemento importante di prova possiamo trarre dal sorgere e dallo sviluppo autonomo del *contrarius consensus*, quale sopra ho cercato di tratteggiare. Infatti, date le piccolissime differenze che vi sarebbero state fra scioglimento del contratto ed estinzione *ipso iure* delle obbligazioni per semplice *pactum* in virtù dell'*oportere ex fide bona* della formola, è difficile ammettere che i giuristi romani, riconoscendo in base ad un principio generico la seconda, abbiano affermato il primo in una sfera più ristretta per puro amore di sistema e di teoria. Si può obiettare che il *contrarius consensus* potrebbe essere sorto prima che si riconoscesse l'inerenza dell'*exceptio pacti* ai giudizi di buona fede. Ma questa obiezione cade di fronte alla considerazione dello sviluppo storico posteriore del *contrarius consensus*; abbiamo infatti visto la tendenza dei Romani ad estenderne sempre più il campo di applicazione oltre i limiti segnati dalla *res integra*, talora non senza un lieve sforzo, giungendo a soluzioni che si sarebbero direttamente e comodamente ottenute ammettendo che l'*exceptio pacti* era inerente al giudizio.

Un altro argomento indiretto a favore della nostra tesi ci è fornito dal fr. 8 (9) D. 3,5 (*Scaev. l. 1 quaest*): « Pomponius scribit, si negotium a te quamvis male gestum probavero, negotiorum tamen gestorum te mihi non teneri. videndum ergo, ne in dubio hoc, an ratum habeam, actio negotiorum gestorum pendeat: nam quomodo, cum semel coeperit, nuda voluntate tolletur? sed superius ita verum se putare, si dolus malus a te absit. Scaevola: immo puto et si comprobem, adhuc negotiorum gestorum actionem esse, sed eo dictum te mihi non teneri, quod reprobare non possim semel probatum: et quemadmodum quod utiliter gestum est necesse est apud iudicem pro rato haberi, ita omne quod ab ipso probatum est. ceterum si ubi probavi, non est negotiorum actio: quid fiet, si a debitore meo exegerit et probaverim? quemadmodum recipiam? item si vendiderit? ipse denique si quid impendit, quemadmodum recipiet? nam utique mandatum non est. erit igitur et post ratihabitionem negotiorum gestorum actio ».

Io prendo in considerazione questo passo solo in quanto esso possa illuminarci riguardo al problema qui dibattuto. Trascurerò quindi la questione circa il modo di conciliare la sentenza qui contenuta (per cui l'*actio negotiorum gestorum* persiste dopo la *ratihabitione*) con altre secondo le quali « *ratihabitione mandato comparatur* » (1).

Il passo contempla l'approvazione da parte del *dominus* di un affare male gerito dal gestore, ed afferma che il *negotiorum gestor non tenetur*

(1) V. per tutti: Girard, *Manuel*, 7.<sup>a</sup> ed., p. 659, n. 4.

per la cattiva amministrazione dell'affare. Siccome l'approvazione del *dominus negotii* vale in sostanza come una rinunzia ad agire, cioè un *pactum de non potendo*, parrebbe a tutta prima che il nostro frammento parlasse per l'inerenza dell'*exceptio pacti* al *iudicium negotiorum gestorum*. E invero contro questa prima impressione nulla prova direttamente la frase che segue la sentenza (« *videndum ergo - tolletur?* ») e che sembra voler negare tale effetto. Essa infatti è probabilmente interpolata (il dubbio espresso non ha soluzione, il brano è seguito invece da un'osservazione che si lega direttamente a quanto lo precede, così ch'esso appare come un intruso nell'attuale redazione del passo) (1). Ma il concetto che il glossatore o i giustinianeî hanno dichiarato in questa frase corrisponde sostanzialmente al pensiero del giureconsulto classico, come risulta dal commento fatto da Scevola alla surriferita sentenza: « *Adhuc negotiorum gestorum actionem esse, sed eo dictum te mihi non teneri, quod reprobare non possim semel probatum* ». Il giureconsulto ricorre ad una giustificazione di carattere sostanziale: l'atto di gestione approvato dal *dominus negotii* è considerato come compiuto bene, come *utiliter gestum*; ma che bisogno ci sarebbe stato di dare un simile fondamento alla sentenza, se già si fosse conosciuta la generale inerenza dell'*exceptio pacti* ai *bonae fidei iudicia*? In base a questa, Scevola avrebbe potuto senz'altro dire che nell'*oportere* del *iudicium negotiorum gestorum* non rientrava la responsabilità del gerente per le mala amministrazione, essendo tolta di mezzo dall'approvazione (2).

3. — Ma non ci mancano elementi diretti di prova in sostegno della nostra tesi, passi cioè che parlano di opposizione formale dell'*exceptio pacti* ad azioni che dan luogo ad un *bonae fidei iudicium*.

Nessun argomento in questo senso si può però trarre da Gai IV, 126 a, che sembra parlare di opposizione di una *replicatio pacti* all'*exceptio* nell'*actio venditi*:

« *Item si argentarius pretium rei quae in auctionem venerit persequatur, obiicitur ei exceptio, ut ita demum emptor damnetur, si ei res quam emerit, tradita est; et est iusta exceptio; sed si in auctione praedictum est ne*

(1) Si potrebbe però ritenere interpolata la frase seguente « *sed superius - absit* »; così il passo correrebbe. Ma, anche indipendentemente da ciò, il brano « *videndum ergo - tolletur?* » è sospetto.

(2) Il brano di Scevola contenente la riferita motivazione è certo genuino; guasto pare invece il brano seguente che però non contiene nulla di sostanziale, e non fa che spiegare il concetto affermato. Esso potrebbe essere anche completamente opera di un glossatore o dei compilatori.

ante emptori res traderetur quam si pretium solverit, replicatione tali argentarius adiuvatur: aut si praedictum est, ne aliter emptori res traderetur quam si pretium emptor solverit ».

La *praedictio*, in base alla quale si dà qui la *replicatio*, altro non è in sostanza che un patto; si può dire dunque che si tratta di *replicatio pacti*. Ma anzitutto da alcuni si nega che all'*actio venditi* si opponesse un'« *exceptio rei nondum traditae* », ed allora si dovrebbe pensare che qui Gaio si riferisse all'azione nascente da una *stipulatio* (1); d'altra parte anche se si ammette che si trattasse realmente di *actio venditi*, non si può da ciò trarre argomento contro l'inerenza dell'*exceptio pacti* ai *bonae fidei iudicia*; la necessità di una *replicatio* formale ha sempre la sua particolare giustificazione dovendosi elidere una formale *exceptio*, su cui non può avere effetto l'*ex fide bona* dell'*intentio*.

Maggiore forza probante ha invece il fr. 22 D. 23,4 (*Iul.*, l. 2 ad *Urseium Ferozem*), che parla esplicitamente di un'*exceptio pacti* opposta all'*actio locati*:

« *Quidam fundum dotis causa ab uxore sua acceperat interque eos convenerat, ut mercedes eius fundi vir uxori annui nomine daret: deinde eum fundum vir matri mulieris certa pensione colendum locaverat eaque, cum mercedes eius fundi deberet, decesserat et filiam suam solam heredem reliquerat et divortium factum erat: vir deinde petebat a muliere mercedes, quas mater debuerat. placuit exceptionem mulieri dari non debere « ac si « inter se et virum non convenisset, ut hae mercedes sibi alimentorum « nomine darentur »*, cum futurum sit, ut quodammodo donationes inter virum et uxorem confirmentur: nam quod annui nomine datur species est donationis ».

Il Biondi (2) ritiene che l'eccezione cui si riferisce questo passo sia *in factum*. Secondo me essa è una vera e propria *exceptio pacti* (3); infatti si basa su di una convenzione (« ac si.... non convenisset ») che tenderebbe ad escludere in quel caso l'*actio*. Non mi pare che debbano avere importanza le parole usate; sebbene non formulato nei termini comuni « ne peteretur », il patto aveva implicitamente questo senso in

(1) **Rabel**, *Grundzüge des römischen Privatrechts*, p. 483; **Haymann**, *Textkritische Studien*, cit., p. 55 segg.; di nuovo **Rabel**, *Gefahrtragung*, cit. p. 561, n. 1).

(2) *Iud. b. fidei*, cit., p. 43, n. 3.

(3) Di questo avviso pare anche Cuiacio (*Opera*, III, 1503), che, spiegando il passo, ci dice che « mulier non potest se tueri exceptione pacti conventi inter eam et virum initi », soggiungendo poi che « huius quidem exceptionis, quae mulieri denegatur, formula hoc loco his verbis exprimitur: ac si etc. ».

relazione al caso a cui le contingenze della vita hanno portato. E neppure mi pare debba avere tanta importanza il fatto che la convenzione fra i coniugi fu conchiusa prima della locazione del fondo alla suocera, e senza che si prevedessero quelle circostanze che avrebbero portato il marito ad essere creditore della pigione verso la donna; ciò che importa è che contro l'azione del marito sta un patto, che in base a questo patto si formula un'eccezione di cui il nocciolo coincide con quello della comune *exceptio pacti* (« ac si.... non convenisset ») (1). L'inerenza di questa *al iudicium*, la diretta influenza delle convenzioni sull'*oportere ex fide bona* avrebbero permesso ciò? No; il giureconsulto non si sarebbe allora chiesto se fosse opponibile l'*exceptio*, ma se in virtù di quella convenzione venisse meno l'*actio locati*.

Di *exceptio pacti* nei *bonae fidei contractus* parla Paolo nelle sue Sentenze (I, 1, 2) (v. supra); e così pure la l. 13 C. 2,3 (*Imp. Maximinus*):

« In bonae fidei contractibus ita demum ex pacto actio competit, si ex continentibus fiat: nam quod postea placuit, id non petitionem, sed exceptionem parit ».

Il Biondi (2) attribuisce senz'altro ai compilatori questo passo, fondandosi sul carattere spurio dell'espressione « in b. f. contractibus ». L'argomentazione non è sicura; tale locuzione infatti, sebbene cara ai giustinianeî, fu quasi certamente usata dai classici (v. supra); d'altronde solo di contratti di buona fede si poteva qui parlare, perchè, come si vedrà in seguito, la distinzione fra *pacta ex intervallo* ed *ex continentibus* si è sviluppata appunto per essi, mentre per gli altri giudizi della categoria non aveva senso, ed inoltre, come osserva il Segrè (3), dovendo alludere ad essi non si capisce in qual altro modo i giuristi romani avrebbero dovuto esprimersi.

Il Siber (4), per corroborare la tesi del Biondi, aggiunge nuovi indizi di interpolazione, ma anche questi non sono sicuri; il congiuntivo « fiat » si capisce benissimo, e, comunque, non si può da esso trarre argomento

---

(1) L'opponibilità dell'eccezione è negata nel nostro passo, in base al divieto di donazione *inter virum et uxorem*, per ragioni cioè indipendenti dalla natura del giudizio; questo diniego non toglie quindi forza probante all'argomento addotto in favore dell'opponibilità dell'*exceptio pacti* nei *b. f. iudicia*.

(2) Op. cit. p. 33.

(3) V. supra p. 52 n. n. 1 e 2.

(4) Op. cit., p. 85, n. 3.

per attribuire il passo ai compilatori. Così pure spiegabilissima è la frase « *ex pacto actio competit* »; trattandosi di un caso in cui una parte, pur eseguendo il contratto, non volesse adempiere ad un obbligo impostole da una convenzione accessoria, si capisce come, per ragione di brevità, anziché dire che anche questa si poteva far valere coll'azione contrattuale, si parlasse senz'altro di « *actionem ex pacto competere* » o « non competere ».

La l. 13 C. 2,3 aggiunge quindi un nuovo argomento a quelli già di per sè decisivi che abbiamo tratto dalle considerazioni svolte e dall'esegesi di altri testi della cui portata e del cui significato non si può dubitare. Mi par quindi di potere ritenere ormai sufficientemente dimostrato che il principio dell'inerenza dell'*exceptio pacti* ai *bonae fidei iudicia* era sconosciuto al diritto classico.

(Continua).

GIUSEPPE GROSSO  
dottoe in giurisprudenza.

---

N. B. - Il prof. Gennaro M. Monti ci scrive: Nella memoria sulla Marina mercantile Borbonica da me pubblicata nel fasc. 2 di questi Studi, a p. 38, citai che il prof. Arias riferiva nella sua nota opera sulla Questione meridionale (I, p. 163) la cifra di 913006 tonnellate, per il 1855, nei riguardi di quella marina. Ora il Ch. Autore mi scrive trattarsi di errore di stampa per 213006 e mi prega dar notizia di tale rettifica ai lettori degli Studi: del che volentieri prendo atto.

G. M. MONTI.