

SVLL'ELEMENTO SVBBIETTIVO NEI CONTRATTI

(A PROPOSITO DI VNO STVDIO RECENTE)

Per quanto l'elemento subbiettivo non abbia avuto, nell'epoea più antica, l'importanza che ad esso si attribuisce in diritto giustiniiano e in diritto moderno, dovette nondimeno essere preso in considerazione anche dai classici, e considerato come produttivo di effetti. È quindi di grande vantaggio per la scienza romanistica che oggi, mentre si tende a ritenerlo affatto irrilevante in ogni negozio ed atto giuridico, si levi una voce possente a metterlo in luce, ed a mostrare come esso fosse tenuto in onore dalla giurisprudenza. Questo tende a porre in rilievo l'insigne Prof. Riccobono in un forte studio (1), in cui, con la consueta forma chiara e vibrante, svolgendo la tesi già più volte accennata, e tirando le linee

(1) "La formazione della teoria generale del *contractus* nel periodo della giurisprudenza classica", negli *Studi in onore di Pietro Bonfante*, vol. I, pagine 125-173.

di quello che, a suo avviso, è lo sviluppo classico, per presentarne i risultati a mo' di esposizione comprensiva e quasi conclusiva, tende a dimostrare addirittura che la teoria del contratto fondato sul consenso si era già pienamente delineata ed affermata presso i giureconsulti.

Partendo dalla dissertazione dello Stroux "*Summum ius summa iniuria* „, che, secondo il R., ha rivelato come tutto il ius civile si venne rinnovando, informato ai principî di equità, egli prospetta come la deficienza dei principî teorici dipendesse soprattutto dalla difficoltà del còmpito che alla giurisprudenza incombeva, ma come molte idee si siano venute maturando già nell'epoca classica. Così la teoria generale del *contractus*: essa inizia il suo sviluppo nel primo secolo dell'Impero, con Sabino e con Cassio, finché nel secondo secolo si riconosce la *conventio* come elemento necessario di tutti gli affari, generatore di conseguenze rilevanti pel diritto; più tardi, apparirà poi addirittura elemento caratteristico e dominante, e da essa direttamente promaneranno gli effetti giuridici comuni a tutti i negozi del commercio. Ed invero già Pedio, secondo riferisce Ulpiano (D. 2, 14, 1 § 3), riteneva nullo qualsiasi negozio bilaterale che non avesse il suo fondamento nella *conventio*. *Contractus* e *conventio* sono quindi equivalenti, e sotto tale concetto devono ricondursi, teoricamente, anche gli atti traslativi di diritti reali.

Su queste linee il Riccobono conduce la sua dimostrazione (2). Lo scritto rappresenta forse la più importante applicazione della tesi dall'A. già più volte sostenuta secondo cui istituti e soprattutto con-

(2) La riassumo brevemente. Secondo la dottrina tradizionale l'efficacia del negozio dipendeva dalla pronunzia di parole solenni. Tale regola fu tenuta ferma nel ius civile e non fu mai abolita, ma essa ha solo un valore teorico, o storico, poiché nei testi si tiene gran conto della volontà delle parti. Che questa sia fatta valere talora solo in via indiretta è cosa di secondaria importanza, perché nel diritto bisogna vedere l'effetto pratico, non la teoria; e praticamente appunto la volontà viene attuata in diretta opposizione coi principî del ius civile, come dimostrano numerosi esempi.

cezioni che troviamo nell'epoca postclassica non derivano da influenze esteriori, ma trovano il loro fondamento e la loro origine nel pensiero dei giureconsulti classici.

* * *

Come la pensassero i giureconsulti, quale fosse la base del *contractus* è uno degli argomenti più tormentosi e travagliati della

La tesi viene svolta soprattutto con lo studio della *conventio*. Già per Sabino e Cassio la volontà era considerata come un elemento essenziale: essa si impose per gli atti mortis causa fin dall'epoca repubblicana; più tardi pei negozi del commercio, e al tempo di Pedio l'incontro delle volontà, la *conventio*, è l'elemento base degli atti non solo costitutivi di vincoli obbligatori, ma anche traslativi di diritti reali, i quali possono pur essi riportarsi al concetto di "contractus". Le conventiones si debbono distinguere quindi in tre grandi categorie, poiché accanto a quelle iuris gentium ed ai patti pretori il R. pone i suddetti negozi, come "conventiones iuris civilis", (nexum, mancipatio, in iure cessio, dotis dictio, sponsio, obligatio litteris). Alcuni testi, come i DD. 2, 14, l § 3 e 41, 1, 36, furono elaborati non per introdurre la menzione dell'elemento subbiiettivo, che già vi era nella redazione originaria, ma solo per eliminare quella di istituti che non esistevano più.

Concorre alla dimostrazione l'esame dell'acceptilatio: questa indubbiamente doveva avere in sé il valore di un patto, onde contengono un pensiero genuino quei testi che considerano come tale una acceptilatio viziata.

Quanto ai negozi simulati, il R. afferma, contro il Patsch, che la simulazione viziava l'atto anche in diritto classico. Un testo fondamentale, il D. 44, 7, 57, fu realmente interpolato, ma unicamente per sopprimere la menzione di istituti non più in vigore.

La *conventio* fu dunque riconosciuta come elemento essenziale; però non come caratteristico ed unico dei negozi del ius civile e del ius gentium: in quello elemento caratteristico resta sempre la forma (*verbis*), in questi la causa tipica. Per arrivare alla nozione generale della *conventio* come sorgente unica e diretta delle obbligazioni e della costituzione di diritti reali in tutti i negozi del commercio doveva compiersi un ulteriore sviluppo, cioè la caduta delle forme solenni ed il riconoscimento di qualsiasi causa lecita come fonte di obbligazione. Non si può però porre in dubbio che la nozione del contratto come "convenzione di due o più persone su di un medesimo oggetto", si sia sviluppata nel periodo classico, e nella categoria entrino in prima linea i negozi consensuali, poi i negozi reali. Appunto in relazione alla *conventio* la stipulatio è indicata come *contractus*.

Una convenzione esigono anche mancipatio, in iure cessio e traditio, le quali non sono menzionate da Gaio perché egli faceva la rassegna solo degli atti produttivi di vincolo obbligatorio.

scienza romanistica (1). Certo è il punto di arrivo, certo è anche il

Concludendo, il R. riesamina le teorie del Bonfante e del Perozzi, contro le quali già aveva affermato la sua "opposizione decisa", mettendone in mostra i lati per lui difettosi, e ribadisce i principî esposti.

(1) Fu già da me toccato nel lavoro "*Obligatio re contracta*", negli *Studi in onore di Pietro Bonfante*, vol. II, pagg. 541-87. Vedi specialmente le pagg. 565-73. Dell'interessantissimo studio del Riccobono non potetti allora tener conto, per averlo letto, come accennai (pag. 553, n. 42), dopo di avere inviato il manoscritto per la pubblicazione; e, del resto, anche ragioni di simmetria mi avrebbero sconsigliato, in ogni caso, di procedere ad un esame un po' largo in un lavoro contenente una indagine diversa. Lo studio già fatto mi ha spinto ad approfondire ancora l'argomento, e ad esprimere su di esso qualche pensiero; la materia è però così vasta ed irta ad ogni passo di difficoltà e di problemi, che richiederebbe, ove si volesse fare una indagine completa e definitiva, un esame vastissimo, esorbitante dai limiti che mi sono per ora proposti.

A mio modestissimo avviso, in questo campo si sta ancora molto in alto mare. Dopo che il Perozzi ed il Bonfante, facendo, per così dire, esplodere delle posenti mine, ebbero mostrato quale miniera ancora vergine si nascondesse sotto quella che sembrava roccia compatta, molti romanisti, armati di piccone, si inoltravano nella via già aperta, per sistemare ciò che già era stato demolito e per procedere a nuove parziali demolizioni, o conformandosi all'indirizzo, aprivano delle nuove vie nella stessa direzione. Ora da un lato si è proceduto troppo oltre, abbattendo talora ex integro, facendo saltare via ogni *animus*, ogni traccia di elemento intenzionale, spesso senza cercare di vedere quali radici potesse avere, come e perché fosse sorto, se potesse dirsi prodotto sovrapposto o spontaneo — e a questa tendenza si oppone il Riccobono, il quale per altro ritiene che non solo le radici, ma anche il tronco e quasi quasi anche i frutti si siano prodotti in epoca classica —; dall'altro lato non si tiene abbastanza conto degli altri elementi — e non sono pochi — intimamente connessi, degli altri fattori, degli altri istituti che hanno rapporto con i concetti in questione.

Un'indagine che volesse essere completa e definitiva non potrebbe prescindere, a mio avviso, dall'esame delle innumerevoli convenzioni o pattuizioni che si riscontrano nelle fonti, del modo in cui ciascuna di esse, pur rimanendo fermo il principio che il patto non produce azione, viene protetta, e del valore delle *leges contractus* di cui spesso si parla nei testi. Non potrebbe prescindere da una minuziosa analisi del concetto di *causa* e del valore di esso, condotta con l'esame di tutti i testi (la dimostrazione di una causa è già in contrasto con la pura astrattezza), e quindi dell'epoca in cui sorsero quelle azioni che dal nome rivelano il rapporto donde sono scaturite. Tenuto conto poi che alcuni negozi, anche civilistici ed antichi, possono distinguersi tra loro solo in base all'intenzione delle parti, avendo un fondo comune, andrebbe esaminato come ciò possa conciliarsi col carattere obbiettivo originario, rilievo, questo, che porterebbe poi anche all'esame dell'intima ragion d'essere di vari istituti.

Si dovrebbero tener presenti poi le teorie sulla simulazione e sull'errore, e valutare l'importanza della *scientia*, che tante volte ritorna nei testi, soprattutto alterati. An-

punto di partenza (1); ma quale sia stata la concezione classica non è facilmente determinabile.

Indubbiamente nel pensiero dei giureconsulti si trova molto spesso il primo germe, e talora anche il primo sviluppo di idee che si affermano poi solo nell'epoca successiva, molte volte è indubbio che all'opera loro si debba il modificarsi di istituti. Certo, numerose alterazioni saranno dovute all'infiltrazione di correnti estranee, ma altre saranno nate per una spontanea evoluzione del pensiero. Uomini di molta dottrina e di sommo intelletto, quali furono i grandi prudentes, i quali lavoravano su di una base di ius civile costituita da pochi principî rigidi ed angusti, che commentavano leggi regolanti spesso non una materia sola, ma addirittura un punto solo (2), che d'altro canto fiorivano in un'epoca di ampio sviluppo di rapporti di ogni genere, che venivano affinandosi nel continuo esame delle stesse ipotesi già risolte da altri (3), avevano

drebbe chiamata in causa pure la materia della responsabilità. Grande rilievo poi dovrebbe darsi alla *voluntas* dell'altra parte, e all'importanza che essa ha negli atti che, pure essendo compiuti da uno solo, hanno un soggetto o passivo, o che in qualsiasi modo subisce un danno (p. es. all'acquiescenza del proprietario della cosa nel furto, alla *voluntas domini* nella specificazione, accessione, etc.) Esame, o riesame, di altre questioni più particolari richiederebbe ogni singolo argomento. Questioni e problemi che sono stati quasi tutti studiati, talora a fondo, ma che andrebbero valutati tutti insieme, nei loro reciproci rapporti.

(1) Tenuto conto che il R. stesso premette che secondo la dottrina civilistica tradizionale tutto dipendeva dalla solenne pronuncia di determinate parole.

(2) Forse per il sorgere progressivo e non contemporaneo di nuove esigenze, forse perché i Romani erano incapaci di codificare — e codificazione non è certo nemmeno la compilazione giustiniana, se codificare significa costruire un sistema di norme fondamentali, che subumano sotto di sé tutti i casi concreti — la maggior parte delle leggi sono create per regolare una determinata ipotesi, che appare, in quel momento, più degna di protezione. Si pensi alla legge Aquilia disciplinante non la materia del danneggiamento, ma il solo danneggiamento dello schiavo e dell'animale, e solo quello prodotto *corpore corpori*; si pensi alle nuove regolamentazioni introdotte non da una sola legge, ma da parecchie successive, ognuna delle quali aggiungeva qualche nuova norma (p. es. in materia di rapporti tra garante e debitore principale, in materia di usure). La giurisprudenza aveva quindi largo campo da percorrere. E giustissimo è ciò che rileva il Riccobono, *Annali Palermo*, XII, pag. 565, che la evoluzione del diritto romano si compie senza l'intervento dei legislatori.

(3) Si pensi alle numerosissime ipotesi in cui un giureconsulto, commentando un responso di un altro, trova da modificare, da introdurre distinzioni, da aggiungere.

anch'essi un largo campo di azione nell'*adiuvare* e nel *supplere* (1). E nel tempo stesso non potevano non sentire il bisogno anche di *corrigere* (2): di rilevare anche quello che vi era di ingiusto e di contraddittorio con la nuova mentalità, di cercar di temperare le asperità, di eliminare gli inconvenienti; non potevano nel tempo stesso non trarre alla luce e mettere in valore elementi che si giacevano, per dir così, nel fondo oscuro degli istituti, elementi che il *ius civile* trascurava non perché fossero degni di essere trascurati, ma perché non erano entrati nella struttura del negozio nell'epoca più antica, quando esso si era formato, e quindi non potevano più divenirne parte integrante.

Ma, d'altro canto, quelli che sono principî rigorosi del *ius civile* resistono tenacemente. La terminologia civilistica rimane, in linea generale, rigorosamente rigida (3), là dove essa sta a caratterizzare un istituto civilistico (4). Le forme arcaiche, siano pure soltanto *dicis causa*, permangono, e, senza di loro, il negozio non sorge. Le ipotesi tipiche di una categoria rimangono sempre quelle, ed i

(1) Per es., numerose norme, che trovavano prima applicazione solo per le obbligazioni *re* e *verbis*, cioè per i veri vincoli giuridici, originari, unilaterali, vennero estesi anche alle obbligazioni *consensu*, essenzialmente bilaterali, in quanto si guardasse in esse uno solo dei lati del rapporto; così il divieto di intercessio, forse la novazione, etc. Altra volta (acceptilatio) la norma civilistica riguarda le obbligazioni *verbis*, la giurisprudenza ed il pretore la estendono a quelle *re* ed a quelle *consensu*. Vedi la mia *Obligatio re contracta* cit., pagg. 557 e segg.

(2) Molte volte *adiuvando* e *supplendo* si finisce col *corrigere*. Così quando la giurisprudenza applicando largamente la disposizione della *lex Julia de adulteriis*, vietante l'alienazione del fondo dotale, riconobbe ampiamente "un potere qualsiasi, attuale, della donna sul fondo dotale", (V. Riccobono, *Annali Palermo* cit., pag. 516).

(3) Ciò sostiene con energia l'Arangio-Ruiz per *obligatio* (*Le genti e la città*, in *Annuario Messina*, 1913-14, pagg. 45 e segg.), ed anche l'Albertario, per *delictum* (*Del. e crimen*, pag. 30 e segg.), il De Francisci per *dominium* (*Il trasferimento della proprietà*, pag. 76 e segg.). Si oppongono invece decisamente non solo il Riccobono (*Annali Palermo* cit. pag. 565) per *obligatio*, ma anche il Segrè: v. *Corso* 1927-28, pag. 157 e segg., per *dominium, proprietas*, *Corso* 1928-29, pag. 39 e segg., per *obligatio*.

(4) Non dove si tratta di modifiche o di estensioni di pensiero che non esorbitino dalla sfera in cui si muove il negozio originario per il quale il vocabolo è sorto: così *pactum*, sorto probabilmente per l'accordo liberatorio, senza difficoltà può passare a denotare ogni convenzione (non però ad indicare "il contratto", che appartiene ad altro campo).

giureconsulti, quando osano pensare che possano esservene altre, si limitano ad accennarlo timidamente, per es. premettendo un *veluti* (1). I negozi sorgono sempre in quei determinati modi, hanno bisogno sempre di quei determinati elementi, non possono prescindere da alcuni requisiti, e non possono adattarsi a nuovi elementi che modificchino la loro struttura (2). Così avviene che la giurisprudenza da un lato, il Pretore dall'altro, lavorano intorno a questi pilastri granitici, ma non possono rimuoverli, né trasformarli, e tendono allora ad inutilizzarli, a *bloccarli* (3). Qualche pietra nuova riesce ad insinuarsi: ma la maggior parte sono respinte, e molte volte si sovrappongono l'una all'altra e formano come un altro pilastro; questo praticamente sostituisce l'antico, che però formalmente rimane in piedi. Gradatamente sorge così quel dualismo strano, che potremo dire superstizioso, ma non avviene mai che l'istituto primitivo sia distrutto, né che si fonda con l'altro: per fare solo qualche esempio più cospicuo, il *bonorum possessor*, pure avendo egli ogni vantaggio dai beni ereditari, non è mai erede, colui che ha la casa in *bonis* non diviene mai *dominus*, il *c. d. tutor praetorius* è un tutore di fatto, ma non il vero tutore, il latino iuniano non è mai un uomo libero.

E così nel medesimo tempo avviene che la giurisprudenza ed il pretore riescono a cogliere altri elementi, contenuti nell'istituto ma non facienti parte della sua struttura, a renderli vivi, a farne scaturire effetti, a fare in modo che esso, senza di questi, possa annullarsi, ma non riescono a *snaturare* il negozio, cioè a far passare quegli elementi al centro, a sostituirli a quelli originari e fondamentali. Gli antichi istituti sono quindi molte volte *praticamente* inutilizzati, ma non mai modificati nella loro essenza.

(1) V. *Obl. re contr.*, pag. 575 n. 126. Vi sono tanti nuovi rapporti che creano vincoli giuridici, ma i "contractus", sono sempre quei pochi, e nemmeno il deposito, il commodato e il pegno lo divengono in epoca classica; vi sono tanti atti illeciti repressi, ma i delitti sono sempre quei quattro.

(2) Questo carattere degli istituti originari è tanto evidente, che nemmeno una legge riesce, almeno in epoca più antica, a porre degli elementi che rendano nullo il negozio. Si pensi, per es. alla limitazione posta dalla *lex Cincia*, la quale non fu fatta valere che dal Pretore (Arangio-Ruiz, *Istituzioni*, pag. 528).

(3) Secondo l'espressione del Riccobono, *Annali Palermo*, XII, pag. 602.

* * *

Tutto ciò si riscontra tipicamente nei negozi dove interviene l'elemento subbiettivo, e soprattutto nella materia contrattuale. Ho creduto perciò di dovere porre in rilievo quei concetti, per potere determinare, presupposto che l'*animus* non è elemento base dei negozi secondo l'antico ius civile (ciò è universalmente riconosciuto, ed il Riccobono non lo impugna) se ed in che senso possa sostenersi o contestarsi che lo sia divenuto in epoca classica, e se ed in che senso possano esservi una teoria subbiettiva ed una teoria obbiettiva del *contractus*.

Ora, il Riccobono assume che secondo la dottrina tradizionale del ius civile l'efficacia del negozio dipendeva dalla pronuncia di parole solenni, e che questa regola fu tenuta ferma nel ius civile e non fu mai abolita. Il contrario venne attuato indirettamente con eccezioni, in opposizione ai principî civilistici, onde quella regola ha solo un valore teorico-storico (1).

A questo assunto mi sento di aderire pienamente. Osservo solo che, più che di *regola*, parlerei di *natura* (ben s'intende, nel significato comune, che ha presso di noi, e non in quello bizantino), e quindi più che di *abolizione* parlerei di *trasformazione*: la regola in tanto c'era, in quanto rispondeva all'intima struttura del negozio, ed alla mentalità degli antichi, e quando le XII Tavole, per es., dicono *uti lingua nuncupassit, ita ius esto*, sanzionano un principio che doveva già essere riconosciuto come un'intima esigenza. Ora tale principio non poté essere abolito, se non quando la nuova mentalità aveva già trasformato l'organismo. Si stigmatizzano le formule ed in generale le forme solo quando non se ne sente più la necessità.

Osservo pure che, in conformità di quanto altra volta (2) ho rilevato, invece di dire che l'efficacia del negozio dipendeva dalla "pronuncia di parole solenni", si dovrebbe dire più genericamente "da una forma", e si dovrebbe aggiungere "o da uno stato di fatto tale da produrre conseguenze giuridiche", (stato di fatto che per le obbligazioni si concretava tipicamente in una dazione). Il

(1) Pagg. 131-32.

(2) *Obligatio cit.*, pag. 565 e segg.

fenomeno, rispondente all'intima natura degli istituti originari, si riscontra anche in altri campi, come cercai di mettere in rilievo. L'elemento intenzionale affiora solo più tardi, prima accodandosi agli altri, poi finalmente occupando il primo posto, divenendo la base, così che gli altri due si riducono ad elementi *manifestatori* o *perfezionatori* (1).

A parte questi due rilievi, la premessa del Riccobono è giusta e convincente.

Giustissimo è certo anche che la volontà fu attuata indirettamente. L'elemento subiettivo non potette non farsi notare subito nella vita pratica, e quindi non si poté non sentire la necessità di rendere efficace ed attivo un accordo, che fosse conforme allo scopo principale del negozio, che fosse anche ad esso contrario, o che non accompagnasse magari nessun negozio civilistico (2). La volontà tende ad imporsi contro i rigidi e chiusi schemi delle forme (3), e si tende a metterla in rilievo quanto più sia possibile: perciò il pretore accorda rimedi per annullare il negozio giuridico affetto da violenza, tende a reprimere il dolo; perciò si sarà pure cercato di trovare dei mezzi per inficiare l'atto quando una parte sia incorsa

(1) Lav. cit., nn. 8 e 9.

(2) Si potrebbe parlare anche in materia di convenzioni, di conv. *secundum* il contratto civilistico, di conv. *contra* e di conv. *sine*.

(3) Non è questo il luogo per riprendere in esame le varie applicazioni dell'*animus*, e per valutare se questa espressione, nonché *affectio*, *affectus*, etc., siano usate dai classici. È certo, da un lato, che i risultati cui sono giunti tanti insigni studiosi non si debbono repudiare; è certo dall'altro che questo elemento non può essere sorto all'improvviso nell'epoca postclassica e che queste espressioni non possono essere entrate solo allora nel linguaggio legale. Evidentemente l'elemento affettivo è stato notato, soprattutto perché molte volte esso serviva a distinguere un istituto dall'altro o un negozio giuridico da uno stato di fatto; ma elemento base del negozio non sarà potuto divenire se non più tardi, quando la resistenza dei principi classici fu infranta.

Perciò le espressioni saranno spesso classiche. Infatti *affectio maritalis* c'è in fr. Vat. 253 b, riprodotto in gran parte in D. 39, 5, 31 pr., che non si può certo impugnare, però non vale a caratterizzare l'elemento consensuale come base del matrimonio, ma invece come elemento che distingue il matrimonio dal concubinato.

in errore, di invalidare il negozio simulato (1), tutelando così la volontà in opposizione al rigore civilistico; perciò si è certo ritenuta utile come pactum l'acceptilatio viziata (2), facendo sopravvivere un negozio formale anche senza le forme, in omaggio appunto alla volontà che in esso è contenuta. Si è cercato poi di dar vita alle pattuizioni, accessorie od autonome: si potrebbe senza eccesso affermare che, pure essendo limitatissime le *causae obligationis* e non essendovi ancora la figura comprensiva del contratto innominato, indirettamente, per opera del pretore, tutte le convenzioni riuscivano ad essere tutelate ed a produrre effetti. Le nostre fonti sono disseminate di *pacta*, di *conventiones*, tutte prese in considerazione dai giureconsulti (3): oltre quelle che furono certo le ipotesi originarie di valorizzazione dell'elemento consensuale, e che avevano certo, in origine, il nome tecnico di *pacta*, le convenzioni liberatorie cioè, si trovano, e sono le più numerose, le pattuizioni dirette a scopi diversi, alcune autonome, altre accessorie. Esse, se unite ad un contratto consensuale, in genere ad un iudicium bonae fidei (4), ne costituiscono delle clausole, delle *leges*, e sono tutelate con la stessa azione

(1) V. per la tesi seconda cui la simulazione non fu considerata come valevole a rendere inefficace l'atto il lavoro del Partsch sugli *Scheingeschäfte*, combattuto dal Riccobono nel capo IV. Per la non classicità delle varie categorie dell'errore, e per il valore di questo in epoca classica, il lavoro del Lauria nella *Riv. di Diritto Civile*, 1927, pag. 313 e segg. I due argomenti andrebbero ripresi ed inquadrati nell'esame generale del problema della volontà, cosa che qui non può farsi.

(2) V. Riccobono, cap. III. Lo accennai anch'io nel lav. cit., pag. 553 e segg., in base alla esegesi dei DD. 46, 4, 23 e 18, 5, 5.

(3) Talora, come nei DD. 40, 12, 37 e 50, 17, 27 (ipl., *quamvis... exceptionem?*), dubitano se una convenzione valga, o non, nei rapporti dell'ordine pubblico, non se, in sé stessa, possa avere efficacia.

(4) Che i *pacta* (conchiusi *ex continentis*) formino parte integrante dei contratti che danno luogo a iudicia bonae fidei (egli parla proprio di *contractus bonae fidei* ma l'espressione mi sembra sospetta) e che non possano inerire invece a quelli stricti iuris, dimostra il Grosso (*Memorie Torino* s. II, mem. III, pag. 4 e segg.), con una convincente critica dei testi. Ed invero il carattere, per dir così, lineare della stipulatio e del mutuo, e l'opertere rigoroso cui davano luogo processualmente, si oppone a che nella loro struttura possano entrare altri elementi, mentre invece la maggiore elasticità degli altri e l'*ex fide bona* con cui veniva modificato il loro opertere può permettere una estensione.

Il Grosso dimostrò poi (*Studi Urbinati*, I, 1927, pag. 60 e segg.) che le *exceptiones pacti*, invece, non inerivano ai iudicia, ma dovevano essere formalmente

che tutela il rapporto principale (D. 19, 2, 51 pr. [1], 21, 1, 31 § 22 19, 1, 11 § 18 [2], che è però fortemente elaborato, nonché 2, 14, 4, 20, 4, 11 § 2 e 20, 1, 21 pr. [3] nei quali la *conventio pignoris* è una clausola della locazione); talora invece *conventio* assume lo stesso significato di *condicio*, e ricorre anche nelle stipulazioni (4), tutelata evidentemente mediante *exceptio*; moltissime altre pattuizioni poi sono perfettamente autonome: parecchie riescono a ricevere tutela indiretta, ma alcune, perché possano produrre effetti, debbono trovare un mezzo per cui possano essere fatte valere anche direttamente. Tale mezzo molto spesso sarà stato concesso, talora forse negato, ma, anche in questa ipotesi, il solo discutere su di esso dimostra in quanta considerazione venisse già l'elemento subiettivo (5).

opposte. La tesi mi sembra egualmente giusta, e ciò anche per la figura particolare del processo romano, sempre imperniato sull'ordine che il Pretore dà al giudice; quindi pensare che costui possa, di sua iniziativa e senza autorizzazione, assolvere il convenuto, pure avendo constatato che esiste l'oportere, è inconcepibile: il giudice è chiamato a controllare se esista l'obbligo giuridico di Numerio Negidio verso Aulo Agerio, ed eventualmente se esista un qualche fatto che, pur rimanendo fermo quell'obbligo, rappresenti un presupposto per non condannare (*exceptio*); ora se questo secondo punto non è stato assorbito nella formula, come potrebbe il giudice tenerne conto?

Considerando contemporaneamente le due questioni si deduce quindi come la regola *pacta conventa insunt bonae fidei iudiciis* riguardi non i patti liberatori, ma le convenzioni accessorie; processualmente, dunque, costituisce un vantaggio non per il convenuto, ma per l'attore.

(1) Che la parola *conventio* sia in una glossa ha un'importanza del tutto relativa.

(2) Il testo è certo elaborato; ma nella prima parte di esso si dice chiaramente, e lo si doveva dire anche nella redazione originaria, che se il *non fieri quominus habere liceat* è stato promesso mediante stipulazione, si è tenuti *ex stipulatu*; altrimenti, *ex empto*; il che mostra come la pattuizione, se non si trasforma in una *stipulatio*, rimane assorbita nel contatto.

(3) Fortemente ipl. pel Bonfante, *Istituzioni* 8, pag. 436 n. 1.

(4) D. 45, 1, 132 pr. e 46, 3, 38 pr. In D. 41, 4, 2 § 3 *conventio* è poi in certo modo contrapposta a *condicio*, come la condizione risolutiva contrapposta alla vera *condicio* (sempre sospensiva); il testo è però dal Vassalli, *Bull. Ist. Dir. rom.*, 27, 1915, pag. 194 e dal Longo, *eod.* 31, 1919, pag. 18, ritenuto ipl. Certo devono esservi state delle modifiche, perché la questione principale si disperde.

(5) Posso astenermi qui dall'opera immane dello spoglio dei testi che parlano di patti e di convenzioni, e prescindere dalla esegesi dei passi, e dalle questioni che si ricollegano alle varie categorie di pattuizioni; ne fo solo un cenno sommario, e sintetico. Le pattuizioni autonome sono numerosissime, e lo spoglio per la sola parola

E così gradatamente avviene pure che i giureconsulti finiscono col notare che anche nei negozi reali e formali si ritrova, in fondo, l'unione delle volontà, e perciò Pedio può porre in rilievo “ elegantemente „, ed Ulpiano approvare ciò che leggiamo nel D. 2, 14, 1 § 3 (*nullam esse obligationem, quae non habeat in se conventionem*); Gaio può dire (III, 136) che nei contratti consensuali *sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse* e che essi *nudo consensu convalescunt*; innanzi alla parola *consensus* può apporsi un *nudus* (qualche volta però, nei testi, forse bizantino): il *sufficit*, il *convalescunt*, il *nudus* mostrano come si incominci a notare che anche nei negozi reali e formali lo elemento subbiiettivo è degno di considerazione.

* * *

Questo dal lato pratico, ma solo dal lato pratico. Poiché invece, secondo si è rilevato prima per i negozi in generale, la giurisprudenza ed il pretore non riescono a snaturare l'istituto classico, e la natura e struttura originaria di questo resistono, e non si trasformano, anche se in realtà altri fattori vengono a renderlo annullabile e ad invalidarlo, se, come il Riccobono anche riconosce, il contratto originario non era consensuale, base del rapporto contrattuale il consenso

conventio ce ne mostra molte. Alcune a scopi processuali: conv. di rivolgersi ad un magistrato di altra *iurisdictio* (D. 2, 1, 18); accordo sulla scelta di un giudice (D. 5, 1, 80), convenzione con cui deferisce il giuramento (D. 12, 2, 17 pr. e 26 § 2); convenzione “ *ne ulla exceptione in [promissione deserta iudicio sistendi causa facta] <vadimonio deserto> obiciatur* „ (D. 2, 11, 4 § 4); troviamo poi un accordo diretto a permettere di riedificare l'opera dopo l'operis novi nunciatio (D. 39, 1, 1 § 10), un patto di dare mercede pel riacquisto di un fugitivus (19, 5, 15). Autonomi sono poi i patti dotali, che non possono certo dirsi accessori della datio o della dictio, tanto più che sono spesso diretti a scopi tutti diversi; autonomi i patti di dare usure, che non ineriscono certo alla stipulatio; autonome le famose *pactiones et stipulationes* delle servitù; autonoma, e caratteristica, forse vera sentinella avanzata, la *conventio pignoris*.

Ora i giureconsulti non sembrano dubitare della validità di queste convenzioni in quanto convenzioni, il che mostra che dovevano avere protezione. Quelle di indole processuale saranno state tutelate con eccezione, per quanto l'eccezione sia singolare, tenuto conto del modo di pensare romano (che il giudice debba valutare se non si sia eventualmente convenuto tra i litiganti di andare da un Pretore diverso da quello innanzi al quale si è svolto il primo stadio del processo, in seguito al quale egli ha avuto l'incarico di decidere, non sembra conforme allo spirito romano;)

non è potuto divenire mai, in epoca classica, né si sono potuti mai porre sulla stessa linea contratti e patti. Dei due elementi di cui, secondo riconosce anche il Bonfante (1), consta il *contractus*, cioè il consenso ed il *negotium*, il primo produrrà innumerevoli effetti, ma sempre esteriormente al negozio, ed è sempre il secondo quello che ne forma il sostrato. Ed infatti l'elemento che caratterizza la partizione (2) dei contratti è l'elemento causale, quello cioè donde scaturisce l'obbligazione, e questo è nelle obblig. *re* e *verbis* la dazione e la pronuncia di parole, è solo nelle obblig. *consensu* il consenso (3). L'esistenza stessa della partizione conferma l'assunto, poiché essa non è conciliabile col carattere consensuale di tutti i contratti. In diritto giustiniano in tanto si è conservata, in quanto vi era nei testi

se poi l'accordo è sulla scelta proprio del giudice l'eccezione non si potrà proporre nel modo ordinario, perché nel momento in cui è stato nominato l'altro giudice la lite è stata contestata). La convenzione di cui al D. 2, 11, 4 § 4 sarà fatta valere in via di replicatio; quella diretta a riedificare l'opera in via di eccezione nel procedimento istituito eventualmente in seguito all'ordine di demolizione ingiusto.

Ma se, per esempio, colui che deve giurare non giuri, se colui che deve dar la mercede, ritrovatosi il fuggitivo, non la dia, se il debitore non paghi le usure, se il marito non restituisca i frutti cui si era impegnato? Che azione non vi sia, nemmeno in *factum*, è principio tanto connaturato alla mentalità romana che anche Giustiniano lo segue mostrando in D. 19, 5, 15 di concederla solo perché il patto è divenuto un contratto innominato. Ora per i patti dotali il Bonfante (*Corso*, I, *Dir. di famiglia*, pagina 319) ritiene che fossero sempre rinforzati da una stipulatio, che era sottintesa; l'ipotesi, per quanto lasci dei dubbi, può estendersi anche ad altre convenzioni. Alcune volte, secondo può desumersi dal D. 19, 5, 15, si saranno tutelate imperfettamente, a mo' di obbligazione naturale: non azione ma solo soluti *retentio*, mediante l'*exceptio* da opporsi contro colui che dopo di avere adempito, in base ad una *conventio*, volesse ripetere. Nei casi in cui proprio era necessaria l'azione, e sarà stato possibile, si sarà ricorso al rimedio abituale dell'*actio doli*, come ritiene il De Francisci (*Συνάλλαγμα*, I, p. 209) per l'ipotesi di cui in D. 19, 5, 15, in cui è verosimile che i compilatori, avendo l'*actio praescriptis verbis*, negassero l'*actio doli* che i classici invece concedevano (onde l'*itplz.* della chiusa).

(1) *Scritti*, III, pag. 129.

(2) Dico "partizione", e non "quadripartizione", perché l'*obligatio litteris* è, in fondo, salvo per le singrafi, perfettamente parallela all'*obligatio verbis*, e soprattutto per la poca importanza che essa aveva (v. le opinioni e la critica nel mio lav. cit., nota 124).

(3) L'o. *re* e l'o. *verbis* derivano dal diritto antichissimo ed hanno grande affinità nella loro semplicissima figura. Le obbl. *consensu*, più complesse, sono diverse anche tra loro e forse ciascuna ha un valore ed una ragione d'essere diversa dalle altre.

classici; altrimenti non sarebbe più esistita. Infatti, per esempio, in diritto moderno, pure essendovi ancora dei contratti che hanno bisogno, per venire in essere, di una forma, ed altri che hanno bisogno della consegna, sarebbe strano ed illogico prendere questi elementi in considerazione speciale, e porli in una posizione di prima linea, tenuto conto del predominio che ha il consenso. Ora se questo predominio il consenso avesse avuto fin dall'epoca classica la partizione avrebbe perduto il suo valore. Né potrebbe obbiettarsi che, essendosi l'elemento subbiiettivo affermato, in tutti i casi, in un secondo momento, già si erano formati sistemi e schemi che non potevano più distruggersi, pure essendosi mutata la concezione, non tanto perché le differenze tra le obbligazioni *consensu* e le altre sono ancora così notevoli da eliminare ogni dubbio che la fusione non era ancora avvenuta, quanto perché è proprio il mutamento della predetta concezione che, per tutto ciò che si è esposto, in epoca classica non poteva avvenire.

Siamo così al punto culminante del ragionamento. L'elemento consensuale nei contratti (ed in genere l'elemento subbiiettivo in tutti i negozi) affiora da tutte le parti, tende ad imporsi e finisce col prevalere realmente, così che la sua mancanza rende invalidabile il negozio, produce effetti numerosi, ma esso non passa per così dire al centro, non diviene la base, non " il centro di irradiazione „ (1). È un elemento, come dissi (2), *sospeso*, indirettamente attivissimo, direttamente inerte. È questo il punto sostanziale, e quindi da tenersi ben fermo: anche se fosse puramente teorico, avrebbe la sua importanza, per la esatta valutazione della mentalità giuridica romana, e del modo con cui si è venuto evolvendo il diritto, e per poter fermare bene i concetti nella travagliata materia; ma esso ha il suo valore pratico, poiché se ne deduce che la mancanza del consenso rende il negozio annullabile, non radicalmente nullo (3).

Ora il Riccobono riconosce che nel sistema classico l'elemento consensuale — che io non chiamo " la *conventio* „, poiché *conventio* non significò mai, pei classici, *accordo*, ed è poi molto di rado ado-

(1) Come dice il Riccobono, o. c. pag. 519.

(2) L. cit., pag. 554 e seg.

(3) L'ultima frase di D. 2, 14, 1 § 3, dove si dice che la *stipulatio nisi habeat consensum, nulla est* è certamente *itpl.*

perata in un significato generico, ma quasi sempre in quello specifico di *pattuizione* (1) — fu riconosciuto elemento comune ed essenziale, ma non caratteristico ed unico, dei negozi del ius civile e gentium; che caratteristico, invece, in quelli del ius civile restò sempre la forma, in quelli del ius gentium la causa tipica. Per arrivare alla nozione generale della *conventio* come sorgente unica di affari, egli dice, si doveva compiere un ulteriore sviluppo, cioè la caduta delle forme solenni ed il riconoscimento di una qualsiasi causa lecita come fonte di obbligazione; quindi la stipulazione si adeguò al pactum solo quando venne meno la forma, e solo allora la *conventio* apparve in tutta la sua importanza e prevalenza; lo stesso fenomeno nei negozi riconosciuti dal ius gentium, quando fu considerata efficace la convenzione dipendente da una qualsiasi causa lecita.

(1) Che *conventio* non abbia, nei classici, il significato di *consenso*, e tanto meno di patto o di contratto, già sostenne il *De Francisci* (Συνάλλαγμα, II, pag. 480 e segg.). La parola, per lui, sta ad indicare invece le clausole dei contratti e pur anche dei patti, e in questo significato la si ritrova in D. 50, 16, 219 ed in D. 19, 2, 11 § 4, dove egli sostituisce, col Fabro e col Bremer, *conventionem* a *conductionem*. Interpolate sono quindi, per lui, *atque conventio* di D. 50, 12, 3 pr., la l. 1 pr. D. 13, 7, ed il termine *conventio* forse anche in D. 16, 3, 1 § 6, per quanto ritenga che in questo testo il significato possa essere proprio quello da lui sostenuto.

Ora lo spoglio dei testi contenenti la detta espressione mi ha convinto che si debba senza alcun dubbio escludere che *conventio* potesse equivalere a *consensus* o ad accordo, e che quindi erroneamente si soglia parlare di *conventio*, in questo significato. Sono di accordo perciò col citato Autore, per la interpolazione del D. 50, 12, 3 pr., già sostenuta anche dal Perozzi, *Obblig. rom.*, pag. 322, ed ora, per altre ragioni, dall'Albertario, *La pollicitatio*, pag. 24; per quella del D. 13, 7, 1 pr., che è certo una raffazzonatura, e del D. 16, 3, 1 § 6, non potendo un principio essere stato sancito così genericamente per tutti i contratti dai classici. Invece del significato astratto e generico, quindi, *conventio* ne ha normalmente uno concreto e specifico; non lo si deve però, a mio avviso, limitare alla *clausola contrattuale*, ma lo si deve estendere, in genere, ad ogni *pattuizione*, di quelle di cui innanzi si è parlato (v. retro pag. 112 e nota 5), tanto più che i contratti, che sopportano clausole sono, come si è rilevato (pag. 111 e nota 4), limitati e cioè i soli consensuali, mentre per gli altri i patti non ineriscono, ma si aggiungono, e, rimanendo quindi sempre autonomi, non possono perciò divenire clausole. Talora però *conventio* assume un significato più generico, di "ciò che è stato convenuto", cioè della *pattuizione che deriva dall'accordo*, soprattutto quando è riferita ai contratti *consensu*.

Come può allora l'insigne Autore dire che per la dottrina classica tutti i negozi del commercio *hanno fondamento* su una convenzione (p. 143), che la giurisprudenza venne plasmando la teoria generale del contratto *poggiata* sulla convenzione (pag. 169), come può soprattutto dire che la *stipulatio* ed altri negozi *sono conventiones iuris civilis*? Che molti effetti pretorî siano fondati sull'elemento subbiettivo è incontrastabile, che la giurisprudenza vi abbia dato grande rilievo è verissimo. È certo che i giureconsulti vedono

Esaminiamo i testi in cui la parola ricorre in significato generico. Nei tre seguenti essa significa, o sembra significhi, proprio "l'accordo", in antitesi, quindi, a ciò che prima si è rilevato:

D. 18, 1, 2 § 1 (Ulp., I ad Sab). *Sine pretio nulla venditio est: non autem pretii numeratio, sed conventio perficit sine scriptis habitam emptionem.*

D. 18, 1, 35 pr. (Gai., X ad Ed. prov.). *Quod saepe arrae nomine pro emptione datur, non eo pertinet, quasi sine arra conventio nihil proficiat, sed ut evidentius probari possent convenisse de pretio.*

Il primo passo è sospettato dal Seckel-Levy (*Zeit-Sav. Stift*, 47, pag. 153, n. 12) in generale per l'uso del *perficere*, per l'*inscriptio* (*de familiae mancipatione*: Lenel Ulp. n. 2427), e per *die Substantivierung*, per infirmare la quale il Levy richiama il *consensus facit nuptias*, per lui non classico. Tutta la frase trovo poi che ha l'aria di una appiccicatura,

Nel secondo passo, che dovrebbe però esaminarsi in rapporto alla materia cui si riferisce, lo stile è orribile, per la correlazione *non eo-quasi*, pel *sed ut evidentius*, né è facile spiegare perché si dica *pro emptione*. Se anche però, il che non mi sembra, il frammento fosse classico, esso non costituirebbe mai una prova che *conventio* qui rappresenti l'accordo, e non piuttosto ciò che nasce dall'accordo.

D. 46, 3, 23: *.. immo cum emptio venditio, locatio conductio conventione facta est...*

Nel lavoro cit. (pag. 559) inclinai a ritenere che la parola fosse classica, e servisse a contrapporre chiaramente l'ipotesi della semplice compravendita (la locazione è insiticia), che voleva fare Paolo, a quella di Labeone di due stipulazioni rafforzanti, e nel contempo assorbenti, le due obbligazioni del compratore e del venditore. Ora però, "re melius perpensa", tenuto conto pure che la parola sta là sospesa e come appiccicata, ritengo sia stata aggiunta posteriormente. Pei classici era inutile dire che un contratto consensuale è stato concluso col consenso: esso non poteva concludersi diversamente; se quindi le due obbligazioni sono state rafforzate da due stipulazioni, queste novano il rapporto, assorbendolo. Il *conventio* potrebbe invece essere un altro indizio di quel modo di vedere postclassico, già da me accennato (l. cit. pag. 571 n. 120), per cui, essendo tutti i contratti divenuti consensuali, si può concepire che anche quelli, che soli erano tali prima, possano venire in essere, cioè manifestarsi, perfezionarsi, in altri modi (*re, verbis, per epistulam*: D. 2, 14, 2). Perciò si sente il bisogno di notare espressamente che qui c'è stato il solo consenso, la sola *conventio*.

che in fondo ai negozi c'è una convenzione, c'è cioè l'accordo, e Pedio così giunge alla formulazione generale, che Ulpiano approva pienamente: in ogni negozio, sia formale sia reale, si può vedere una pattuizione; perciò il D. 2, 14, 1 § 3 è, per quello che c'interessa, certamente genuino, ed è certamente pediano l'*in se* (confermato dal D. 23, 30, 21). Il giureconsulto non dice però che ogni negozio è fondato sul consenso (tanto più che *conventio* non è sinonimo di *consensus*); questo è certamente elemento *interno* (Riccobono, pagina 148), ma dire che è il punto centrale (p. 160) è troppo, perché se tale fosse da esso dovrebbero partire effetti diretti (1); è un elemento comune (se per comune si intende un elemento che si ritrova sempre, e non un elemento che deve necessariamente ed aprioristicamente trovarsi), ma non essenziale, perché nella struttura del negozio non entra, perché non è "il punto di concentrazione", (2), non producendo che effetti indiretti. È sempre un secondo nucleo, non è quello che fa, per dir così, scoccare la scintilla che dà vita

Conventio doveva essere, più che l'accordo, ciò che nasce dall'accordo, in D. 2, 14, 1 § 3: *nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat* (v. pag. 124 e *Obl. cit.* pagg. 552 e segg.).

Il significato più generico di "ciò che è stato convenuto", ha in D. 50, 16, 189 (Paul., XXXIV ad Ed.): *Facere oportere et hanc significationem habet, ut abstineat quis ab eo facto, quod contra conventionem fieret, et curaret ne fiat.*

Lo stesso significato si ha in D. 19, 2, 24 § 4 (Paul. eod.): *... utiliter ex conducto agit is, cui secundum conventionem non praestantur quae convenerant, sive prohibeantur frui a domino vel ab extraneo quem dominus prohibere potest.*

Questa parte del testo mi sembra però alterata. Oltre la brutta insulsa ripetizione "secundum conventionem non praestantur quae convenerant", deve rilevarsi che l'*utiliter* non è usato nel suo significato tecnico: chi più del conduttore che è impedito dal dominus di godere può sperimentare l'azione diretta? E del resto si noti che al principio del passo si parla, in questa ipotesi, di *agere* in generale, che il frammento non è che un sunto di ciò che è stato detto prima, cui si accoda la frase *vel ab extraneo* cett., la quale deriva certamente dal testo classico, come dimostra il D. 50, 16, 189, che seguiva nello stesso libro (Lenel, *Paling. Paul. I.* num. 520), ed alla quale evidentemente doveva riferirsi l'*utiliter*.

(1) È troppo quindi dire che "il centro vitale di tutto il sistema poggia sulla volontà degli agenti", (Riccobono, *Annali Palermo*, XII, pag. 504): solo praticamente, la volontà trova realmente modo di essere sempre considerata e tutelata, ma, in linea teorica, essa non informa di sé il negozio, e quindi non può dirsi il centro del sistema.

(2) Riccobono, *Annali cit.* pag. 519.

al vincolo. Solo eccezionalmente, se gli altri elementi cadono, potrà tenere in vita il negozio, come nel caso dell'*acceptilatio* viziata (1).

La presenza dell'elemento subbiiettivo da un lato, ma il suo carattere di accessorietà dall'altro non si possono quindi disconoscere, ove si voglia guardare la questione nei suoi veri termini.

È innegabile infatti che nel contratto non possono non distinguersi due elementi: l'accordo ed il vincolo. Esso è, nella concezione ultima, l'accordo che costituisce un vincolo (2); non è possibile pensare che — salvo forse in un'epoca primitiva — coloro che si vincolano non siano di accordo, e che, se non vi è stato accordo, non sia dato un modo per rendere nulli gli effetti dell'atto; non è concepibile, d'altro canto, che quelli che si accordano per un contratto non vengano a vincolarsi.

Ora, che dominante ed essenziale in epoca classica sia l'elemento obbiiettivo mettono in luce i sostenitori del fondamento obbiiettivo del *contractus*. Lo prospettò il Perozzi, per il quale, com'è noto, il *contractus* è l'atto lecito, in opposizione al *delictum* che è

(1) Un fenomeno simile a quello di cui ci occupiamo osserviamo, per esempio, in materia testamentaria. Per quanto il testamento sia legge, la pronunzia del testatore, una volta emessa, si obbiettivi, e nulla rilevi quindi la distruzione delle tavole, perché esiste in sé e per sé (Arangio-Ruiz, *Istituzioni*, pag. 487 e segg.), ciò non esclude, d'altro canto, che si dia rilievo alla volontà in mancanza, contro o in aggiunta al testamento, e che, anche fuori di queste ipotesi, la giurisprudenza abbia cercato di rendere quell'elemento sempre più attivo: così senza intaccare il principio civilistico *Pedio* può dire che bisogna scrutare, più che il significato dello scritto in sé, quello che hanno inteso esprimere le parti (D. 33, 7, 18 § 3); così si può ammettere — ma questo rappresenta invero una deroga la rigore civilistico, un caso in cui, come dianzi dicevo, una nuova pietra riesce ad incastrarsi all'antico edificio — che il testatore più tardi *explanet* quanto è rimasto oscuro (Ulp. D. 28, 1, 21 § 1). Ma, se vuole addirittura mutare, *omnia ex integro faciendae sunt* (eod).

(2) Art. 1098 codice civile: l'accordo di due o più persone per costituire (regolare o sciogliere) un vincolo giuridico, (Solo la esasperazione, per dir così, dell'elemento subbiiettivo ha consentito l'estensione del concetto anche ad accordi non obbligatori).

Art. 1101 Codice civile francese: la *convention* parlaquelle... *s'obligent*.

l'atto illecito (1). Lo prospettò il Bonfante, il quale, com'è noto, con una larga ricerca terminologica, pose in luce come il verbo *contrahere* si riferisca sempre a qualche cosa che si stringe, si lega, e che *contractus* sia una espressione derivata, come ellissi, da *negotium contractum*; dimostrò come il contratto si identifichi con la causa, e come *contractus* e *causa* valgano ad indicare il rapporto obbiettivo che dà vita al vincolo, antecedente storico della volontà ed indipendente da essa. Questi risultati, purché non conducano ad escludere addirittura la presenza dell'elemento subbiettivo e la sua rilevanza, dànno la visione precisa della concezione classica e sono inoppugnabili.

Che sia invece prevalso, fin dall'epoca classica, l'elemento subbiettivo sostiene il Riccobono. Nella sua tesi occorre distinguere, e nettamente, come già si è osservato, due punti di vista: l'A. sostiene che i principî di equità vengono informando il diritto; che, nell'opera di rinnovamento della giurisprudenza e del pretore, si dà gran rilievo alla volontà, la quale già dal tempo di Sabino e di Cassio era presa in considerazione. Questi rilievi, finché valgano a tener fermo che accanto all'elemento obbiettivo vi fu sempre quello subbiettivo, che quest'ultimo divenne comune a tutti i negozi ed acquistò una posizione tale da rendere annullabili quelli in cui non ricorresse, che, insomma, fu indirettamente attivo, operoso ed efficace, sono fondamentali, e non possono essere combattuti. Essi rappresentano, come accennavo iniziando questo studio, una salutare reazione contro la tendenza, talora eccessiva e forse anche un po' aprioristica, che demolisce ogni *animus*, e direi quasi una rivalutazione della giurisprudenza romana.

(1) *Obbl. romane*, pag. 35 e segg. in nota. L'opinione del P., che trova il suo fondamento nella natura stessa delle cose, nella logica stessa, sembra urtare contro argomenti formidabili, non ultimo il significato etimologico della espressione *contractus*. Questo non può indurre, però, a ripudiarla: l'obbligazione può nascere o da atto illecito, o da un negozio (lecito); ora il negozio lecito che può dare origine all'obbligazione di un soggetto verso un altro è solo il *negozio contratto*, onde la giurisprudenza, che scriveva in un'epoca progredita, non parla più del genere (negozio lecito), ma della specie (negozio contratto, *contractus*). Non si discostano quindi, nella loro essenza, la teoria del Perozzi e quella del Bonfante.

Ma se dal campo, per così dire, della pratica si passi nella sfera della teoria, e si voglia trasportare nell'interno un elemento che rimane sempre fuori, e si concluda, come sembra voglia concludere il Riccobono, che fu proprio il *ius civile* che si venne riformando, che il consenso divenne l'elemento *base* di tutti gli affari, si giunge a conseguenze che urtano contro la vera essenza del contratto classico, e non possono essere sostenute.

Inoppugnabile è quindi la teoria obbiettiva, in quanto insegna che il *contractus* rappresenti il vincolo che si stabilisce tra due subbietti, non escludendosi la volontà, ma *prescindendosi* da essa. Questo il concetto civilistico che non venne mai meno, perché *non poteva* mai venir meno in epoca classica, tenuto conto della natura originaria dei negozi, formale o reale (1). Inoppugnabile è però anche la teoria subbiettiva, fino a che mostri che il concetto della *voluntas* è romano, che è un prodotto spontaneo del pensiero dei giureconsulti, che esso venne messo in rilievo, anzi che si cercò, riuscendovi quasi sempre, di attuarlo in tutti i modi, in opposizione alle infrangibili colonne del *ius civile*.

Le due teorie, quindi, a mio modestissimo avviso, possono non escludersi, ove si tenga conto dell'angolo visuale diverso: l'una guarda, per così dire, il concetto, l'altra la pratica; l'una l'intimo del negozio, l'altra l'esterno; l'una quello che era stato e doveva essere ancora, data la rigida ed eccessivamente conservatrice mentalità romana, l'altra quello che sarebbe dovuto essere, o si cercava che fosse, tentando di neutralizzare i ferrei principî. Se si guardi l'aspetto teorico-storico, non si potrà non escludere l'elemento subbiettivo, ma se si guardi l'aspetto pratico-evolutivo, non si potrà non vedere quanta importanza esso abbia avuta, quanti effetti abbia prodotti (2).

(1) Poiché io credo, secondo ho detto più volte, che i negozi venissero in essere, in antico, non solo con una forma, ma talora anche con un atto materiale, non mi sembra preciso il dire che nei contratti reali in primo luogo *si richiede* la consegna di una cosa (Riccobono, pag. 165): essi invece *consistono* nella consegna.

(2) Ho cercato qui di "aguzzare ben gli occhi al vero", non perché il criterio distintivo sia "ben tanto sottile . . . che il trapassar dentro è leggiero", e facile perciò a perdersi di vista, ma perché le modificazioni del pensiero, cui consegue l'alterazione dei testi, il contemporaneo dovere ammettere ed escludere il consenso, la singolare mentalità romana, qui così diversa dalla moderna, hanno creato delle sovrapposizioni, che coprono e nascondono talora la linea discreta.

* * *

Tenendo presente la soluzione del problema centrale, già esposta, accenniamo a qualche altro punto, che il Riccobono collega intimamente con esso.

In conseguenza dei concetti enunciati, le convenzioni debbono, a mio avviso, distinguersi in due categorie (1). Le innumerevoli patteggiamenti che, poiché ricevono tutela per opera del pretore, possono chiamarsi onorarie, e quelle che hanno una propria causa, che cambiano nome col variare di questa, e sono del *ius gentium*. I negozi *iuris civilis* invece contengono l'elemento consensuale, ma questo non li ha potuto caratterizzare in modo da comprenderli in una sfera che ha per centro l'accordo. Il D. 2, 14, 1 § 4, dove si

Liberandosi di queste, essa appare profonda e nettissima, e tale che non deve mai perdersi, se si vuole davvero penetrare lo spirito del diritto romano in materia. Se è vero che nessuno studioso ha potuto, messo di fronte al dilemma (il *contractus* ha un fondamento obbiettivo o subbiettivo?) afferrarsi categoricamente ad uno dei due lati, trascurando completamente l'altro; se è vero d'altra parte che fondarsi su di uno dei due elementi, richiamando anche l'altro, rappresenta una transazione o conciliazione impossibile, la questione non può risolversi se non considerando che essi sussistono entrambi, ma in due sfere diverse, che vanno tenute ben distinte. Il criterio discriminatore prospettato, quindi, non che essere un'astrazione, rappresenta una premessa necessaria per fissare i concetti dommatici fondamentali al sistema contrattuale romano. Si aggiunga che, se è stata valutata pel *contractus*, potrebbe forse essere utile, " *mutatis mutandis* „ anche in altri campi, dove ricorre l'elemento subbiettivo.

Siamo qui di fronte ad un'altra importante conseguenza di quella speciale forma mentis dei romani, per la quale si è potuto conservare dopo più secoli di vita giuridica quel dualismo che talora appare mostruoso, tra diritto civile e diritto pretorio; che, mentre attribuiva l'eredità in fatto a persone che riconosceva più meritevoli, considerava, in teoria, ancora e soltanto eredi quelli che ormai dell'eredità non disponevano più; che, mentre attribuiva, materialmente, la signoria piena su di una cosa ad un individuo, considerava come dominus un altro privo di ogni ingerenza su di essa; che, mentre, in sostanza, dava torto all'attore, riconosceva nel convenuto un obbligo che nessuno poteva più imporgli di soddisfare; che, quindi, mentre tutto faceva dipendere dalla volontà, non riusciva a trasformare il negozio da obbiettivo in subbiettivo.

(1) E non in tre, come assume l'A. (pag. 146 e segg.)

dice che la stipulatio è una conventio, è, come riconosce lo stesso Riccobono, interpolato. D. 45, 1, 5 pr., che distingue le stipulazioni in *iudiciales, praetoriae, conventionales, e praetoriae et iudiciales* insieme, non potrebbe qui addursi, perché esso dice per quali motivi si è tratti a stipulare: o perché lo impone il giudice, o perché lo impone il pretore, o perché le parti si mettono d'accordo per farlo. Ma la stipulazione in sé è sempre la solita e la stessa, e, come nella tutela delle stipulazioni pretorie non entra per niente il pretore, così per le convenzionali non può affermarsi il giureconsulto intendesse dire che erano convenzioni rivestite da una forma solenne (1): l'accordo qui è la *ragione per cui si stipula*, esso c'è naturalmente anche dopo, ma non come un elemento primario.

Quanto al mutuo, il D. 12, 1, 18 pr. dice che non si ha un mutuo quando il mutuatario abbia ricevuto con altra opinione. Qui indubbiamente, come del resto in tutti i casi in cui un atto può, in sé e per sé, realizzare vari negozi, l'elemento subbiiettivo ha una grande importanza. Ma il consenso sul negozio da compiersi è solo un *presupposto* per l'esistenza di esso, non è la base del negozio stesso.

* * *

Come convenzioni il Riccobono considera anche gli atti traslativi dei diritti reali. Tale ipotesi poggia sulla esegesi del D. 2, 14, 1 § 3, da lui ricostruito (2), di D. 44, 7, 55, che ritiene si riferisse, in origine, appunto a questi negozi, su accenni di altri testi.

In conformità di quanto si è esposto, anche qui il consenso, se vi è, non può essere se non un elemento interno, ma sempre sospeso, che produce effetti, ma non informatore. La questione deve quindi limitarsi al determinare se quegli atti, *sotto questo riguardo*, siano stati considerati alla pari di quelli costitutivi di vincolo obbligatorio. Non posso qui proporre obiezioni semplicistiche, che non

(1) Come dice il R. (pag. 167)

(2) Riferisco la sua ricostruzione: ut eleganter dicat Pedius *nullam esse contractum, nullam <nullam esse mancipationem, sive in iure cessionem sive dotis dictionem sive litteris> obligationem, quae non habeat in se conventionem sive re sive verbis fiat; <quamvis enim mancipatio, in iure cessio, dotis dictio uno loquente perficiantur, tamen si non habeant in se conventionem nihil valent. Idem in sponsione et stipulatione:> nam et stipulatio, quae verbis <utroque loquente> fit, nisi <si non> habeat consensum <in se conventionem> nulla est.*

avrebbero valore alcuno di fronte alla profonda elaborazione dell'insigne romanista: penso che solo dopo un esame approfondito della materia della causa potrei dire una parola più sicura, e l'esame non può farsi qui. Mi sembra incontrovertibile che D. 44, 7, 55 si riferisse ai negozi del ius civile traslativi di dominio; è incontrovertibile pure che parlasse di consenso. Penso, però, tenuto conto che il testo, pure avendo un sostrato classico, è tutto corrotto, che il consenso fosse piuttosto richiesto sulla causa, poiché i giureconsulti avranno sentito la necessità, quando poteva sorgere un dubbio, di determinare perché si compisse quell'atto e, quindi, quale negozio si realizzasse (1). L'accordo nel momento della trasmissione materialmente vi sarà, ma non ha una vera importanza; infatti nella consegna può avere interesse il perché si consegni, se vi sia una ragione per consegnare, se si sia d'accordo su questa, ma non se vi sia accordo nell'atto di consegnare: è obbligo del venditore quello di consegnare, e quindi di mancipare la cosa (2). Penso perciò che Giavoleno, ed in generale i giureconsulti, accennassero all'elemento intenzionale negli atti traslativi di diritti reali, ma sempre come una derivazione, direi quasi come una proiezione del consenso sulla causa.

Una strana impressione produce l'ipotesi che questi atti fossero menzionati in D. 2, 14, 1 § 3. L'obbiezione più generale e spontanea, che a Pedio si sarebbe attribuita in tal modo una commistione di elementi reali ed obbligatoriî, è stata dal Riccobono prevenuta e ribattuta (3), col rilevare che la dottrina di Sabino e

(1) Non hanno invece dato, almeno Giuliano non ha dato importanza al dissenso sulle cause quando non poteva esservi dubbio se ricorresse un determinato tipo di negozio.

La materia della causa, e del consenso sulla causa, dovrebbe essere sottoposta, come ho accennato, a nuovo accurato esame. Una delle ipotesi in cui più si risente la necessità di un elemento subbiiettivo si ha quando, come spesso avviene nei negozi di carattere reale, gli elementi obbiettivi, da soli, non sono sufficienti a caratterizzare il negozio. Ciò anche in campi affatto diversi: se l' *affectio maritalis* non era necessaria per determinare il perdurare o meno del matrimonio, fondato invece sulla convivenza, era sempre necessaria per distinguerlo dal concubinato.

(2) Anche se poi, materialmente, data la concezione romana, non lo si possa mai costringere.

(3) Pag. 144.

Cassio era applicata a tutti i negozi, che Giavoleno esige appunto la *conventio* per la validità della *mancipatio* e della *in iure cessio*, che la frase di Ulp.-Pedio non abbiamo motivo per limitarla ai soli negozi obbligatori, e che qui questa dottrina della *conventio* così generale non sarebbe stata fuori luogo, perché serviva di preambolo alla trattazione generale delle *nudae conventiones*. Ed infatti anch'io penso che se Ulpiano credeva, con Pedio, di riconoscere una convenzione (sempre però, per me, nei limiti e nel senso su esposti) in quei negozi, bene poteva qui menzionarli tutti, tenuto conto che egli parlava genericamente dei patti, commentando quella rubrica editale: sarebbe stata una piccola digressione, ma non una digressione che possa impressionare. Un fine di non ricevere manca, e bisogna solo considerare gl'indizi testuali, se siano sufficienti a fare ammettere o siano tali da far escludere l'ipotesi. Certo, che il classico avesse detto "*nullum esse contractum, nullam obligationem* „ è impossibile; che Giustiniano avesse aggiunto uno dei due concetti, verosimilmente il primo, è difficile, perché non se ne vede la ragione: perciò molto facilmente la successione deriva da una abbreviazione, e non si può escludere che nel testo originario si dicesse che anche molti altri negozi formali o reali contenevano in sé una pattuizione, e che i compilatori, sia per eliminare le menzioni di alcuni, non più in vita, sia per ridurre la osservazione al campo contrattuale, abbiano fatto dei tagli, malamente poi ricucendo. Che si parlasse di negozi formali e reali ce lo conferma il *sive re sive verbis fiat* (1).

Quello che a mio modesto avviso si deve categoricamente escludere è l'assunto, cui si arriva come ultima conseguenza dell'opinione

(1) Non riesco a spiegarmi perché si adoperi la parola *sive* e non piuttosto una particella concessiva. Non potendo apparire dubbio né ai giureconsulti né ai compilatori che l'elemento *conventio* (anche se avesse diverso valore nei primi e nei secondi) ricorresse nei contratti consensuali, sia gli uni che gli altri avrebbero dovuto sentire il bisogno di mettere in rilievo che esso ricorre anche nei negozi reali e formali, o meglio, in tutti i negozi, *quantunque* siano reali o formali. Per risolvere il dubbio, cui già accennai, e che risolsi più genericamente, per l'epoca classica (*Obligatio* cit., pag. 555), formulo ora una ipotesi più specifica.

Pedio — prescindendo dal se avesse menzionato anche altri negozi non generatori di vincolo obbligatorio — teneva distinte le obbligazioni che avevano radici civilistiche, e che erano reali o formali, che cioè non venivano in essere se non *re* o *verbis*, dalle obbligazioni che sorgono dal *ius gentium*, fondate sul consenso delle parti; per le prime può dire soltanto che *habent in se conventionem*, per le seconde

che tutti i negozi del commercio avessero come base una convenzione, che anche la *mancipatio*, la *in iure cessio*, ecc., siano stati considerati come contratti. La questione, che più volte è risorta, mi sembra meriterebbe di chiudersi definitivamente. L'esame fatto dal Bonfante sugli usi di *contrahere* nel linguaggio comune, la minuziosa indagine del De Francisci su tutti i testi che contengono la voce, ci fa senz'altro concludere che dall'idea di *contrahere* è imprescindibile quella del vincolarsi; anche se si volesse ammettere che base del *contractus* fosse il consenso, il *contractus* sarebbe il vincolo fondato sul consenso, ma sempre il vincolo. Ora quale vincolo si contrae con la *in iure cessio*, quale con la *mancipatio*? Che cosa viene in essere in seguito ad uno di questi atti? Molte volte un vincolo anzi si scioglie, col compimento di essi. Diversa è quindi la finalità, perché questi negozi sono dei mezzi, degli strumenti, non hanno un sostrato, diversa è la struttura, perché *mancipatio*, *in iure cessio* e *traditio* sono *atti*, i primi due formali e complessi, il *contractus* è più che altro un *momento*, rappresenta un *movimento*, forse potremmo dire che non è nemmeno qualche cosa di materiale, ma è un concetto, il concetto dello stringere.

invece avrebbe dovuto dire che *sono* convenzioni *iuris gentium*, le quali cambiano nome col variare della causa. Penso che proprio questa distinzione prospettasse il giureconsulto. Perciò innanzi alla parola *obligationem* (che, come accennai, ritengo più verosimilmente genuina che *contractum*) doveva esservi qualche espressione che denotasse la origine prettamente romana; in luogo della frase *nam et stipulatio* etc. doveva esservi un altro brano, e finalmente in luogo di *pleraeque conventiones* doveva esservi *iuris gentium conventiones*.

E perché l'unione di tutte le categorie non è stata operata da Giustiniano? Egli che ha, per le *conventiones*, adottato un criterio di classificazione diverso dall'originario, che non è il caso qui di valutare, e che, per quello che più qui c'interessa, ha sanzionato la teoria generale del contratto fondata sul consenso, avrebbe dovuto togliere ogni distinzione, e quindi, per non trasformare ab imis il testo classico, sostituire al *sive* un *etsi*. Penso che abbia lasciato il testo inalterato per una ragione del tutto diversa, che si ricollega a quel modo di vedere più volte accennato (*Obl. re contr.* pag. 571 nota 120 e pag. 118 di questo studio): l'elemento subbiiettivo, divenuto la base di ogni contratto, deve in qualche modo estrinsecarsi, ed è ora appunto questa estrinsecazione la quale, salvo l'ipotesi in cui è tacita, avviene o con le parole o con un fatto materiale, cioè o *verbis* o *re* (v. pure il D. 2, 14, 4). Se quindi nel fare una partizione teorica possono distinguersi ancora, in omaggio alla tradizione, i contratti consensuali dai formali e dai reali, in

Si aggiunga che Labeone, nella nota definizione (D. 50, 16, 19) limita il *contrahere* al contrarre bilaterale, *ultra citroque*: quanta strada avrebbe dovuto compiere questo concetto, quale ampliamento avrebbe dovuto subire (1)!

realtà sono ora gli stessi contratti consensuali, cioè tutti i contratti, che si distinguono in reali e verbali. Questi non si oppongono a quelli, ma fanno parte di essi.

Pure ammettendo poi che in D. 2, 14, 1 § 3 fossero menzionati molti altri negozi, non mi pare si possa in tutto consentire con l'esegesi proposta dal Riccobono (dico "esegesi proposta", perché l'A. mette in rilievo che la ricostruzione è fatta soltanto ai fini della dimostrazione). Naturalmente, per tutto ciò che ho detto finora, non posso ammettere il *nihil valent*, non potendo la mancanza dell'elemento subbiiettivo produrre nullità, né quindi l'assoluta genuinità della frase finale. Non mi sembra poi troppo convincente che Pedio, nell'unire tanti negozi, tendenti a finalità molto diverse, li distinguesse soltanto col criterio del se parli uno solo o parlino entrambi, sia perché il criterio è un po' troppo esterioristico, sia perché in tale ipotesi a Pedio la differenza tra negozi che trasferiscono la proprietà e negozi obbligatori avrebbe dovuto apparire addirittura di nessuna importanza; né egli avrebbe dovuto far caso al fatto che nei primi colui che parla è chi si avvantaggia, nei secondi chi promette di privarsi di una utilità. — Non voglio però escludere che Pedio, limitatamente ad un gruppo di negozi, abbia potuto seguire questo criterio: e in tale ipotesi avrebbe un sostrato classico, modificato dai bizantini per introdurre la sanzione di nullità, anche l'ultima frase *nam et stipulatio* etc. Ma allora, tenuto conto che nei negozi in cui parlano entrambe le parti sarebbe dovuto apparire ancora più evidente l'elemento dell'accordo, invece dell'*idem* che appone il R. bisognerebbe mettere una parola che significhi "a più forte ragione". L'*et* non ha più motivo di essere poiché non conserverebbe più la efficacia (*perfino* la *stipulatio*) che ha nel testo giustiniano.

L'inserzione della *obligatio litteris* là dove si sta parlando di negozi orali mi sembra poco probabile; la espressione poi non si riscontra nelle fonti, ove si parla sempre di *o. quae re etc. fit* (o *contrahitur*). Aggiungo inoltre che, come ho più volte detto, non credo che questa categoria sia stata tanto spesso menzionata, e quindi fosse espressa in questo passo, soprattutto se è vera la ricostruzione cui accennavo in principio della nota.

Concludendo, penso che, se il testo comprendeva molti negozi, doveva essere anche più lungo di come è stato ricostruito dal R., ed avere ripartito il suo contenuto in modo alquanto diverso.

(1) Nessun concetto forse che quello di *contractus* viene così diversamente considerato, ed ha un contenuto che varia tanto da studioso a studioso. Alcuni seguaci della teoria obbiettiva lo allargano da un lato, ritenendolo comprensivo di tutti i negozi ove si riscontra un vincolo (ripetiz. d'indebito, legato per vindicationem, adizione d'eredità, etc); dall'altro lato si cerca dal R. di estenderlo agli atti

L'unico elemento testuale che potrebbe opporsi, il *fragmentum de formula Fabiana*, non può avere rilevanza: esso per l'epoca classica non ha valore, inquantoché in questo caso la non genuinità, vigorosamente e con validi argomenti sostenuta dall'Albertario (1), non mi sembra possa contestarsi.

costitutivi e traslativi di diritti reali (mancipatio, in iure cessio, etc). Certo non dovette essere inteso egualmente da tutti, né in tutti i tempi (v. del resto De Francisci, o. c., II, pag. 329 e segg., e Betti, *Bull.* 28, 1916, pag. 9 e segg.).

(1) *Annali Perugia*, 32, 1920, pag. 224 e segg. V. pure "A proposito di Interpolationeniagd", (*Public. Univ. Cattolica*), in risposta alle critiche del Lenel. D'accordo con l'Albertario è il Perozzi (*Istituzioni*, vol. II, pag. 17 n. 1).

Convincente non è soltanto l'argomento che l'A. chiama "logico", della contraddizione "violenta", tra il nostro passo, secondo il quale quando vi è stato un *iussus alii mancipare* l'azione deve esperirsi contro il mancipatario, e non contro il mandante, ed il verso del *fragmentum*, secondo il contenuto del quale invece dovrebbe agirsi contro colui che ha dato l'ordine: quest'argomento potrebbe essere svalutato da una diversa integrazione della lacuna (per quanto gli argomenti che l'Albertario oppone alla ricostruzione del Girard siano forti), o da una diversa significazione che potrebbe darsi al nostro testo. Ma corroborano la tesi la larga dimostrazione della non genuinità della frase *actio venit ex contractu o ex delicto*, il rilievo dell'uso improprio di *contractus*, della non classicità della inclusione del dolo tra i delitti, delle qualifiche di *arbitraria* e di *in factum* data all'azione, dell'indiscussa postclassicità della frase finale. — Tutto il passo è ricco di elementi che comprovano che esso è certamente spurio. Io aggiungerei anche un altro argomento: la enunciazione di queste — pretese — qualifiche dell'azione, *in factum* e *arbitraria*, mentre si esamina una questione speciale, è del tutto fuori posto, ed interrompe bruscamente l'argomento. Così non poteva scrivere un giurista classico, e veramente fa meraviglia anche che abbia scritto un glossatore: se tutto il brano non si rivelasse come una glossa, come tale si dovrebbero espungere quelle parole (non si tratterà di una sovrapposizione di glosse?).

La enunciazione predetta è così fuori posto, che mi indurrebbe poi a pensare che diverso fosse il significato del passo; che cioè il glossatore avesse qui voluto soltanto esporre quelli che, per lui, erano i caratteri fondamentali dell'azione: è *in factum*, è *arbitraria*, deriva da contratto, per quanto la formula sia concepita come se provenisse ex delicto. E si contrae, cioè il contratto viene in essere (sentirebbe il bisogno di chiarire), con colui cui è stata alienata la cosa (quindi meglio di *mancipatur* andrebbe, nella frase che colma la lacuna, *alienatur*); concluderebbe col dire che per alienazione si intende il trasferimento del dominio, e perciò si *aliena* a colui cui si mancipa la cosa,

Il rilievo, però, che nel verso del *fragmentum* l'accenno alla ipotesi di alcuno che *iussit alii mancipare* si chiude con un *ut iam diximus*, da cui il Lenel e l'Albertario dedussero che la stessa ipotesi fosse trattata anche nel *recto*, e propriamente nel passo in esame, costituisce un ostacolo fortissimo a questa interpretazione, tanto più che il nostro testo può prestarsi benissimo anche all'altra.

Possiamo spiegarci facilmente, poi, perché il glossatore adoperi qui la parola *contractus*. I bizantini, che si attengono agli schemi gaiani, e che, essendo dei maestri, tendono a tutto schematizzare, ai concetti di contratto e di delitto, che pei classici venivano in considerazione solo come fonti di obbligazione, cercano di ricondurre anche le azioni: un'azione, se non proviene da atto illecito, provverrà da contratto. Perciò non solo nel nostro testo, ma anche negli altri citati dall'Albertario, dove si parla di *actiones quae veniunt ex contractu*, in brani interpolati, la parola *contractus* è usata in senso scolorito e generico. Questa azione, pensa il glossatore, quantunque la formula sia concepita come se provenisse da delitto, non deriva da atto illecito: ergo deriva da contratto.

UGO BRASIELLO