

RAIMONDO SANTORO

Su D. 46.3.80 (Pomp. 4 *ad Quintum Mucium*)

Estratto
dagli ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO
DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

(AUPA)

Volume LV
(2012)



G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO
(AUPA)

DIRETTORE

Gianfranco Purpura

CONDIRETTORE

Giuseppe Falcone

COMITATO SCIENTIFICO

Giuseppina Anselmo Aricò	Palermo
Christian Baldus	Heidelberg
Jean-Pierre Coriat	Paris
Lucio De Giovanni	Napoli
Oliviero Diliberto	Roma
Matteo Marrone	Palermo
Ferdinando Mazzeola	Palermo
Enrico Mazzeola Fardella	Palermo
Javier Paricio	Madrid
Beatrice Pasciuta	Palermo
Salvatore Puliatti	Parma
Raimondo Santoro	Palermo
Mario Varvaro	Palermo
Laurens Winkel	Rotterdam

COMITATO DI REDAZIONE

Monica De Simone (*coordinamento*), Giacomo D'Angelo,
Salvatore Sciortino, Francesca Terranova

Dipartimento IURA - Diritti e tutele nelle esperienze giuridiche interne e sovranazionali.
Via Maqueda, 172 - 90134 Palermo - e-mail: redazioneaup@unipa.it

INDICE DEL VOLUME

M. MARRONE, Per il centenario degli <i>Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo</i>	I
GAIO: PROFILI CONCETTUALI E MODELLI DIDATTICI. Seminario internazionale di Dottorato di Ricerca (Palermo, 20 marzo 2012).	
M. AVENARIUS, L'adizione dell'eredità e la rilevanza della volontà nella prospettiva di Gaio.	9
C. BALDUS, I concetti di <i>res</i> in Gaio tra linguaggio pragmatico e sistema: il commentario all'editto del <i>praetor urbanus</i>	41
M. BRUTTI, Gaio e lo <i>ius controversum</i>	75
G. FALCONE, Osservazioni su Gai 2.14 e le <i>res</i> <i>incorporales</i>	125
R. MARTINI, Gaio e le <i>Res cottidianae</i>	171
A. CUSMÀ PICCIONE, Vincoli parentali e divieti matrimoniali: le innovazioni della legislazione del IV sec. d.C. alla luce del pensiero cristiano.	189
G. D'ANGELO, Occupazione clandestina e <i>lex Plautia de vi</i> . . .	279
G. D'ANGELO, Un'ipotesi sull'origine del <i>non usus</i>	293
M. DE SIMONE, Una congettura sull'arcaico <i>filiam abducere</i> . . .	321
O. DILIBERTO, La satira e il diritto: una nuova lettura di Horat., <i>sat.</i> 1.3.115-117.	385

M. MIGLIETTA, «Il terzo capo della <i>lex Aquilia</i> è, ora, il secondo». Considerazioni sul testo del plebiscito aquiliano alla luce della tradizione giuridica bizantina. . . .	403
J. PARICIO, <i>Persona</i> : un retorno a los orígenes.	443
G. PURPURA, Gli <i>Edicta Augusti ad Cyrenenses</i> e la genesi del SC Calvisiano.	463
M.V. SANNA, <i>Spes nascendi - spes patris</i>	519
R. SANTORO, Su D. 46.3.80 (Pomp. 4 <i>ad Quintum Mucium</i>)	553
A.S. SCARCELLA, Il bilinguismo nei fedecomessi e il ruolo di intermediario del giurista tra istituti giuridici romani e <i>novi cives</i> , come strumenti di integrazione sociale.	619
S. SCIORTINO, « <i>Denegare actionem</i> », <i>decretum</i> e <i>intercessio</i>	659
M. VARVARO, Gai 4.163 e la struttura della <i>formula arbitraria</i> nell' <i>agere ex interdicto sine poena</i>	705

RAIMONDO SANTORO

Su D. 46.3.80 (Pomp. 4 *ad Quintum Mucium*)

ABSTRACT

The critical analysis of the text, in its substantial and formal aspects, reveals that in the first part (*Prout – promisit*) Quintus Mucius Scaevola refers the symmetry principle for personal bonds to the acts, not to the binding relationships, while in the second part (*Aeque – fin.*) Pomponius extends it to the consensual contracts.

Therefore D. 46.3.80 can be fit into a history of the *obligatio*, suggested by the semantic transformation of this word from the meaning of binding act to the meaning of obligation, which puts its birth only in the first classical period.

PAROLE CHIAVE

Contrarius actus. Obligatio. Verborum obligatio. Contractus. Solutio. Acceptilatio. Actio. Quintus Mucius Scaevola.

1. Può apparire strano, nell'attuale fase degli studi romanistici, che un lavoro sia dedicato specificamente, come indica il titolo di quello che qui presento, ad un frammento dei *Digesta*.

Questa scelta, una volta frequente, è ora inconsueta. Ciò è dovuto innegabilmente al fatto che l'indagine storiografica non mette più, generalmente, in primo piano il testo. Ma il fallimento dell'ipercritica interpolazionistica, cui può ricondursi questo diverso orientamento della ricerca, ha progressivamente portato al frequente prevalere, attualmente, dell'opposto, ma non meno riprovevole, atteggiamento acritico nella interpretazione delle fonti.

Ciò è accaduto particolarmente per D. 46.3.80. La più antica dottrina lo ha condannato quasi totalmente, la più recente si limita spesso a citarlo o a leggerlo superficialmente, assolvendolo, se si prescinde da qualche dettaglio, in ogni sua parte.¹

Se io vi dedico qui una indagine particolare è col proposito di applicare una metodologia seguita nella maggior parte dei contributi appartenenti alla Rivista della quale si celebra il centenario: non

¹ La più antica dottrina condanna D. 46.3.80 nel complesso, a parte l'ammissione dell'esistenza nel testo di un più o meno ristretto nucleo genuino, generalmente ritenuto di matrice tardoclassica. L'espressione più esasperata di questo giudizio, alimentato da diagnosi di alterazioni prevalentemente formali e coinvolgente i testi di confronto riguardanti il principio di simmetria, è in H. STOLL, *Die formlose Vereinbarung der Aufhebung eines Vertragsverhältnisses im röm. Recht*, in ZSS 44 (1924), 13 ss., con richiamo delle critiche degli studiosi precedenti. Una decisa reazione si è sviluppata specialmente a partire da C. A. CANNATA, *La 'distinctio' re-verbis-litteris-consensu et les problèmes de la pratique (Études sur les obligations, I.)*, in *Sein und Werden im Recht, Festgabe U. von Lübtow*, Berlin 1970, 439 ss. ed ha caratterizzato in generale la letteratura successiva, talora, peraltro, fino alla adozione di un atteggiamento acritico.

demolitrice dei testi, ma, comunque, puntigliosamente attenta ad ogni loro aspetto, sostanziale o formale.

Per quel che mi riguarda, poi, la scelta del tema corrisponde all'ampiezza dell'orizzonte problematico cui ho volto sempre le mie ricerche, che in gran parte sono state pubblicate proprio in questa Rivista. D. 46.3.80 ha alimentato tematiche vastissime: per non ricordare che le più importanti, quella del principio di simmetria; del rapporto tra la figura della risoluzione dell'atto costitutivo dell'obbligazione e, in seno ad essa, in particolare, del *contrarius consensus*, e la figura della estinzione della obbligazione; della eterogenesi dei significati di *solutio* e della trasformazione della portata dei singoli modi di estinzione; ed è stato utilizzato pure nella ricerca delle origini della quadripartizione delle fonti di obbligazione da atto lecito e della stessa nozione di contratto.

Io mi limiterò, in questa sede, a sfiorare queste tematiche, richiamandole solo per potere adeguatamente affrontare un altro problema: quello, al quale vado dedicando da tempo la mia ricerca, se la nozione di *obligatio* risalga, come comunemente si ritiene, almeno all'età decemvirale, o piuttosto sia nata, come io credo, solo agli inizi dell'età classica, quale frutto della riflessione giurisprudenziale sulla struttura e sulla funzione dell'*actio in personam*.²

2. La mia tesi potrebbe essere smentita proprio da D. 46.3.80 già per il fatto che la menzione che il testo fa espressamente della *obligatio* potrebbe risalire a Quinto Mucio, dato che esso appartiene al l. 4 *ad Quintum Mucium* di Pomponio.

Perciò occorre che mi occupi non solo della genuinità della testimonianza, ma anche della sua paternità. È accaduto invero che,

² Questa tesi ho enunciato in '*Omnia iudicia absolutoria esse*'. *Atti del Convegno su Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico*. Siena 13-15 dicembre 2001 (= R. SANTORO, *Scritti minori* II, Torino 2009, 631 ss.) e sostenuta in *Per la storia dell'obligatio*. *Il iudicatum facere oportere nella prospettiva dell'esecuzione personale*, in IAH 1, 2009, 61 ss. (= R. SANTORO, *Scritti minori* II, cit., 61 ss.). Un ulteriore sviluppo è contenuto nello studio *Per la storia dell'obligatio. III. Actio. Iudicium*: D. 44.7.51 (Cels. 3 dig.) – I. 4. 6. pr., i cui risultati sono stati intanto resi noti nelle lezioni per il dottorato di ricerca in Scienze Giuridiche dell'Università degli Studi di Milano Bicocca (11 aprile 2011) e per il dottorato di ricerca in Discipline romanistiche dell'Università degli Studi di Palermo (1 dicembre 2011).

proprio in ragione degli eccessi degli opposti atteggiamenti metodologici, D. 46.3.80 sia stato ritenuto probabilmente un trattato di scuola dovuto a più apporti postclassici, anche se contenente un nucleo genuino³ o, per intero, espressione del pensiero, invece che del solo Pomponio, del solo Quinto Mucio. Potrebbe darsi, peraltro, che il testo, nella misura in cui è genuino, rifletta il pensiero di Pomponio solo nell'ultima parte, mentre nella prima riporti non solo una distinzione per *genera* di Quinto Mucio, ma, nel periodo iniziale, una *regula iuris* di più antica risalenza repubblicana. Non si tratta, quindi, di indagare semplicemente sulla presenza nel testo di alterazioni, ma, più profondamente, sulla presenza di stratificazioni riflettenti il pensiero giuridico di tempi diversi.

Tutto ciò esige che, come è nel proposito enunciato all'inizio del discorso, io porti senza indugio l'attenzione sul testo, dando per scontato che, al primo approccio, esso non potrà rivelare che approssimativamente il suo significato dogmatico e storico, che andrà precisandosi solo nell'ulteriore corso della ricerca.

3. Ecco il testo nella redazione giustiniana.

D. 46. 3. 80 (Pomp. 4 *ad Quintum Mucium*) *Prout quidque contractum est, ita et solvi debet: ut, cum re contraxerimus, re solvi debet: veluti cum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat, et cum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debet (F. debeat), 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.*⁴

Ad una prima superficiale lettura D. 46.3.80 sembrerebbe dire, nel

³ È questa la conclusione cui approda R. KNÜTEL, *Contrarius consensus. Studien zur Vertragseufhebung im römischen Recht*, Köln 1968, 15, con richiami, nelle pagine precedenti, degli autori che hanno seguito lo stesso indirizzo di pensiero.

⁴ La vastissima letteratura che riguarda il testo sarà richiamata nel corso della trattazione dei singoli problemi che la sua interpretazione suscita ed è compresa nella Bibliografia. Una illuminante sintesi si deve a M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana I*, Milano 1973, 241 ss., nt. 74.

primo periodo, nell'enunciazione iniziale (*Prout quidque contractum est, ita et solvi debet*) che 'un vincolo obbligatorio deve essere sciolto così come si è contratto: per cui' (come è detto nel seguito dello stesso periodo) 'nel caso l'abbiamo contratto *re*, deve essere sciolto *re* (*ut, cum re contraxerimus, re solvi debet*) - come quando abbiamo dato a mutuo, con la conseguenza che si debba pagare indietro una eguale quantità di denaro' (*veluti cum mutuuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat*) - 'e, nel caso abbiamo contratto un qualche vincolo *verbis*, l'obbligazione deve essere sciolta o *re* o *verbis* (*et cum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debet*): *verbis*, come quando si fa *acceptilatio* a favore di chi ha promesso; *re*, come quando (il *promissor*) paga ciò che ha promesso' (*verbis, veluti cum acceptum promissori fit, re, veluti cum solvit quod promisit*).

Nel secondo periodo si affermerebbe che, 'egualmente, quando è stata contratta una *emptio* o una *venditio* o una *locatio*, poichè si può contrarre col nudo consenso, si può sciogliere anche col contrario dissenso'.

4. Per l'approfondimento della ricerca un primo orientamento potrebbe essere offerto dalla collocazione palinogenetica del testo. Nel libro 4 *ad Quintum Mucium* Pomponio si occupava di legati. Il testo ora riportato da D. 46.3.80 doveva rientrare nella trattazione della *liberatio legata*.⁵ Il caso considerato può essere stato quello di un

⁵ Come ipotizzava già O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis* II, Lipsia 1899, 63 e nt. 5 (Pomp. 239). Cfr. R. KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., 10 e nt. 20, con lett. Sulla figura della *liberatio legata* v. M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², München 1971, 751 con lett. (751, nt. 78). La dottrina ne pone la nascita nell'età classica. B. SANTALUCIA, *I legati ad effetto liberatorio nel diritto romano*, Napoli 1964, 64; cfr. 65 ss.; ID., *I legati ad effetto liberatorio fino a Giuliano*, in *Labeo* 13, 1967, 151 ss., che è lo studioso dell'istituto che ne afferma la origine più tarda, attribuisce a Pomponio 'un primo, embrionale concetto di *liberatio legata*'; per una risalenza ad un'età anteriore a Giuliano v., invece, M. TALAMANCA, *Intorno ad una recente ipotesi sulla liberatio legata*, in *St. Cagliari* 44, 1963-64, 679 ss.; R. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano* I, Padova 1964, 30 ss.; ID., *Giuliano e il legatum liberationis*, in *Labeo* 12, 1966, 342 s.; 351 ss.; M. TALAMANCA, *Intorno ad una recente ipotesi*, cit., 895 pensa anche alla possibilità che Quinto Mucio abbia trattato di un caso di remissione di un legato obbligatorio. L'ipotesi, molto problematica, non è rifiutata da R. FIORI, *Contrahere e solvere obligationem in Q. Mucio Scevola*, in *Fides Humanitas Ius. Studi in onore di Luigi Labruna* 3, Napoli 2007, 1969 s.

legatum liberationis con il quale il *de cuius* dispone la *liberatio* del legatario dal debito contratto per un mutuo accompagnato da *stipulatio*.⁶ Pomponio⁷ riconosceva nella fattispecie una sola obbligazione e, in caso di *liberatio legata*, doveva pensare, quindi, per la sua attuazione, all'impiego della *acceptilatio*. È possibile che in epoca risalente, secondo una più formalistica interpretazione, si vedesse nella fattispecie il concorso di due atti costitutivi distinti (uno *re*, l'altro *verbis*) e quindi si dovesse ritenere necessario, ai fini dell'estinzione del rapporto, in applicazione del principio di simmetria (di qui il richiamo⁸ da parte di Pomponio della regola ricordata di Quinto Mucio '*Prout quique contractum est ita et solvi debet, ut, cum re contrax[er]imus, re solvi debet...et cum verbis aliquid contraximus [vel re vel] verbis [obligatio] solvi debet*⁹'), il ricorso a due atti estintivi distinti (la sola *solutio re* non sarebbe stata sufficiente, ma si sarebbe dovuta compiere anche una *acceptilatio verbis*).

Nella seconda parte di D.46.3.80 ('*Aequae*' – fin.) è contenuta l'estensione del principio di simmetria ad uno o più casi (*emptio vel venditio vel locatio*) di *contrahere consensu*. Pomponio può averli presi

⁶ È l'acuta ipotesi di R. KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., 10 s. La ipotesi di un *legatum liberationis* relativa ad una *emptio* o *venditio* o *locatio* è più difficile da prospettare, ma può essere stata aggiunta da Pomponio anche semplicemente per completare il quadro diairetico prospettato da Quinto Mucio.

⁷ D. 46.2.7 (Pomp. 24 *ad Sab.*) *Cum enim pecunia mutua data stipulamur, non puto obligationem numeratione nasci et deinde eam stipulatione novari, quia id agitur, ut sola stipulatio teneat, et magis implendae stipulationis gratia numeratio intellegenda est fieri.* Cfr. D. 46.2.6.1 (Ulp. 46 *ad Sab.*) *Cum pecuniam mutuam dedit quis sine stipulatione et ex continenti fecit stipulationem, unus contractus est. Idem erit dicendum et si ante stipulatio facta est, mox pecunia numerata sit* (ove è notevole, nell'ordine di idee che sarà da me seguito, che si parli di *unus contractus* piuttosto che di *una obligatio*) e D. 45.1.126.2 (Paul. 13 *quaest.*) *...superest quaeramus, an ex numeratione ipse qui contraxit pecuniam creditam petere possit: nam quotiens pecuniam mutuam dantes eandem stipulamur, non duae obligationes nascuntur, sed una verborum* (ove, invece, si parla di *obligationes* e, particolarmente, di *una verborum* (sul testo, nell'ambito della questione del significato originario dell'espressione *verborum obligatio*, v. *infra*, nt. 45)). Sul tema v. specialmente M. TALAMANCA, '*Una verborum obligatio*' e '*obligatio re et verbis contracta*', in IURA 50, 1999, 7 ss.

⁸ Limitando a questo fine il richiamo da parte di Pomponio della regola espressa da Quinto Mucio si intende escludere che Quinto Mucio possa avere in qualche modo avuto presente la problematica della *liberatio legata*, che ha un'origine più tarda (v. *supra*, nt. 5).

⁹ Sulle correzioni da apportare al testo v. *infra* e, specialmente, § 21.

in considerazione come vincoli anch'essi suscettivi di *liberatio legata*. Ma è più probabile che egli si sia limitato ad allargare, sul piano teorico, il discorso sulla portata del principio di simmetria. Che egli lo abbia fatto riferendosi ad uno o più casi e non all'intera categoria dei vincoli consensuali trova la sua più semplice e sufficiente spiegazione, indipendentemente da quel che si voglia ritenere sull'origine della categoria stessa, nell'impostazione del discorso da parte di Quinto Mucio, che parla di 'quidquid', di 'aliquid', considerando singole figure ('ciascuna', 'qualcuna') di 'contrahere re, verbis', sia pure per ricomprenderle in *genera*, ma in vista dell'applicazione pratica dell'atto estintivo contrario.

5. L'ulteriore approfondimento della ricerca riguarda la soluzione del problema, cui si è accennato, della paternità del testo. Che esso contenga ben più che un nucleo classico è attualmente opinione comune, che la nostra analisi confermerà. Che riporti il pensiero del solo Pomponio, nessuno più ritiene. Conformemente al carattere dell'opera da cui il frammento fu tratto dai compilatori (il commentario lemmatico *ad Quintum Mucium*), D. 46.3.80 dovrebbe, in una sua parte almeno, riportare il pensiero di Quinto Mucio. Era questa l'opinione fino a qualche tempo fa prevalente.¹⁰ Ma recentemente

¹⁰ V. in questo senso, particolarmente, C. A. CANNATA, *La 'distinctio' re-verbis-litteris-consensu*, cit., 440; 442 ss., che attribuiva a Pomponio il secondo periodo di D. 46.3.80 (*Aeque - fin.*), ma ora ID., *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo II*, Torino 2008, 63 lo attribuisce anch'esso a Quinto Mucio; così pure M. KASER, *Divisio obligationum*, in *St. in Justinian's Institutes in memory of J. A. C. Thomas*, London 1983, 78, che, però, riferisce questo tratto alla estinzione dell'obbligazione consensuale; M. TALAMANCA, *Costruzione giuridica e strutture sociali fino a Quinto Mucio*, in *Modelli etici, diritto e trasformazioni sociali*, Roma 1981, 348, nt. 183; ID., *Rec. a A. Schiavone, Giuristi e nobili nella Roma repubblicana. Il secolo della rivoluzione scientifica nel pensiero giuridico antico*, in *BIDR*, 91 1988, 894; nel senso dell'attribuzione probabile a Pomponio v. particolarmente *infra*, § 21. M. SARGENTI, *La sistematica pregaiana delle obbligazioni e la nascita dell'idea di contratto*, in *AA.VV., Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino 1976, 465 s. nt 9, pensa, invece, che si possa ricondurre a Quinto Mucio solo la proposizione iniziale e che tutto il resto rifletta più o meno imperfettamente il pensiero di Pomponio. U. BRASIELLO, *Obligatio re contracta*, in *Studi Bonfante 2*, Milano 1930, 563 afferma che il tratto '*Aeque - fin.*' ha tutta l'aria di un'aggiunta; lo espunge A. D'ORS, *Re et verbis*, in *Atti del Convegno Internazionale di diritto romano e di storia del diritto*. Verona 27-28-29 settembre 1948, Vol. 3, Milano 1951, 271 (= *AHDE* 19, 1948-49, 603) contro v. S. E. WUNNER, *Contractus. Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen*

è prevalsa l'opinione che D. 46.3.80 riporti il pensiero del solo Quinto Mucio.¹¹

Al problema della paternità del testo si lega il problema della sua genuinità. La presenza di alterazioni del tessuto del pensiero di Quinto Mucio e forse anche del pensiero di Pomponio, ove fossero da riconoscere, moltiplica la possibilità che il dettato attuale sia frutto di sedimentazioni del pensiero repubblicano, classico, postclassico e giustiniano.

6. Oltre l'impressione di una costruzione appesantita del primo periodo, è innegabile che tutto il frammento, in singoli punti e nel complesso, appare suscettibile di rilievi formali e sostanziali tanto numerosi e vari, che non può sorprendere che la critica antica vi abbia scorto «pressochè tutto quello che un romanista può trovare nelle fonti: elementi che rimontano ad un diritto molto antico, a Quinto Mucio, a Pomponio, a glosse, a Triboniano, ad errori di copisti».¹²

Questa osservazione, che vorrebbe, con fine ironia, evidenziare gli eccessi di quella critica, non può condurre al risultato, cui è pervenuta una parte della dottrina moderna, di salvarlo totalmente, almeno nella sostanza.

Dipende da questo giudizio della sua genuinità¹³ l'interpretazione

römischen Recht, Köln-Graz 1964, 58, con lett. cit. ivi, nt. 10.

¹¹ V. già in questo senso G. SCHERILLO, *Lezioni sulle obbligazioni*, Milano 1961, 250. Questa opinione è stata sostenuta specialmente da A. SCHIAVONE, *Nascita della giurisprudenza*, Roma-Bari 1976, 125 s.; 135 ss. (su cui v. criticamente F. HORAK, *Rec. a Schiavone, Nascita della giurisprudenza*, in ZSS 95, 1978, 418 s.); ID., *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana*, Bari 1987, 55; 61 s.; ID., *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino 2005, 186 s.; da F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione delle impostazioni moderne. Corso di diritto romano 1*, Torino 1992, 33 ss; da S. TONDO, *Classificazione delle fonti d'obbligazione*, in IURA 41, 1995, 374; da R. FIORI, *Contrahere e solvere obligationem*, cit., 1958 ss. e, ora, dallo stesso Cannata (v. nt. prec.); ammette questa possibilità A. BURDESE, *Sulle nozioni di patto, convenzione e contratto in diritto romano*, in SCDR 5, 1993, 42; 55 s.

¹² Ripeto qui le parole con le quali C. A. CANNATA, *La 'distinctio' re-verbis-litteris-consensu*, cit., 439 sintetizza i risultati della critica interpolazionistica di D 46.3. 80.

¹³ Un punto sul quale converge una diffusa opinione è che il testo avrebbe subito la soppressione del riferimento alle obbligazioni letterali. V. in questo senso particolarmente C. A. CANNATA, *La 'distinctio' re-verbis-litteris-consensu*, cit., 441; A. SCHIAVONE, *Nascita della giurisprudenza*, cit., 125; ID., *Giuristi e nobili*, cit., 55; ID., *Ius*, cit., 182; S. TONDO,

che attualmente se ne dà come espressione di un principio che governerebbe l'estinzione delle obbligazioni: quello per cui l'*obligatio* si estinguerebbe con l'atto contrario a quello con il quale è stata costituita.¹⁴

In favore di questa interpretazione sta il riferimento, che il testo espressamente contiene, alla *obligatio*, nel tratto relativo all'ipotesi in cui '*verbis contraximus*' ('*et cum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debet*'), in cui il connesso impiego di '*solvi*' deve indicare l'adempimento della stessa *obligatio*.

Tuttavia, almeno nel secondo periodo (*Aequae* - fin.), nell'ipotesi del *consensu contrahere*, l'estinzione riguarda non l'obbligazione, ma i contratti menzionati e il *dissolvere*, che vi si riferisce, non indica l'adempimento dell'obbligazione, ma la risoluzione degli stessi contratti.¹⁵

Classificazione delle fonti d'obbligazione, cit., 374; M. KASER, *Divisio obligationum*, cit., 77 e nt. 24 ritiene la soppressione probabile. Una alternativa limitata probabilmente agli atti '*re*' e '*verbis*' presenta, tuttavia, D. 50.16.19 (Ulp. 11 *ad ed.*) ...*et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur*. Che essa alluda ad una attività comunque realizzata sia *verbis* sia *re*, vale a dire con comportamenti che richiedono l'uso di parole o con comportamenti che non si basano fondamentalmente sull'uso di parole è sostenuto, sulle tracce di B. ALBANESE, '*Agere*', '*gerere*' e '*contrahere*' in D. 50.16.19. *Congetture su una definizione di Labeone*, in SDHI 18, 1972, 233 s., in R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, Palermo 1983, 54 ss. Cfr. D. 2.14.1.3 (Ped. *ap.* Ulp. 4 *ad ed.*) riguardo a *contractus - obligatio* e, probabilmente, anche D. 2.14.2 pr. (Lab. *ap.* Paul. 3 *ad ed.*) riguardo a *convenire*, testi che sono correlati a D. 50.16.19, come sostenuto in R. SANTORO, *op. cit.*, 176 ss.; 187 ss. Altra alterazione ritenuta probabile da molti riguarderebbe '*dissensu*', che andrebbe corretto in '*consensu*'. Sulla questione v. specialmente R. KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., 14 ; 124 ss.; C. A. CANNATA, *La 'distinctio' re-verbis-litteris-consensu*, cit., 440; A. SCHIAVONE, *Nascita della giurisprudenza*, cit., 125; ID., *Giuristi e nobili*, cit., 55; ID., *Ius*, cit., 182; 438, nt. 28, con lett. Sulla lezione preferibile v. *infra*, § 21.

¹⁴ È l'opinione comune della dottrina. V. specialmente G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*³, Torino 1963, 107 ss.; C. A. CANNATA, *La 'distinctio' re-verbis-litteris-consensu*, cit., *passim* (anche se emerge spesso la considerazione degli atti); A. SCHIAVONE, *Nascita della giurisprudenza*, cit., 123 ss.; ID., *Giuristi e nobili*, cit., 54 ss.; ID., *Ius*, cit., 180 ss.; R. FIORI, *Contrahere e solvere obligationem*, cit., 1955 ss. Con ammirevole prudenza B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo 1982, 97, si trattiene dal riferire il principio alla estinzione delle obbligazioni, ma parla di rimozione dell'effetto dell'atto. Sul carattere del principio di simmetria, per molti non assoluto, v. *infra* § 8.

¹⁵ Questo rilievo fondamentale (che vale – è bene chiarire fin d'ora – qualunque sia la paternità del tratto, o di Pomponio o dello stesso Quinto Mucio: v. sul punto, *infra*, § 21) è già in C. A. CANNATA, *La 'distinctio' re-verbis-litteris-consensu*, cit., 447, contro cui R. FIORI, *Contrahere e solvere obligationem*, cit., 1963 s. osserva che il riferimento al contratto

dipende «dall'accoglimento di una teoria romana del 'contratto' come atto (di volontà) produttivo di obbligazioni, non molto distante dall'impostazione moderna» e che «una simile teoria non trova riscontro nella terminologia delle fonti romane per le quali l'*emptio venditio*, la *locatio conductio*, la *societas*, ecc., non sono 'contratti', ma 'obbligazioni contratte'» (cfr. già R. FIORI, *Il problema dell'oggetto del contratto nella tradizione civilistica*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali*, Napoli 2003, 177 e nt. 33) e cita per l'identificazione del contratto con l'obbligazione non solo Labeone, ma anche Pedio e Gaio. Senza dovere affrontare la tematica generale del contratto, ma limitando il discorso a ciò che occorre per la presente questione, v. però, diversamente, *infra*, § 12. CANNATA, *l.c.* si serve del riferimento del secondo periodo di D. 46.3.80 al contratto solo per distinguere il pensiero di Pomponio dal pensiero di Quinto Mucio, conservato nel primo periodo, che riguarderebbe non il contratto, sibbene l'obbligazione (l'*aliquid* oggetto del *contrahere verbis* sarebbe il debito; ma, per il diverso riferimento agli atti verbali, v. *infra*, § 14). Cfr. G. GROSSO, *Il sistema romano*, cit., 108, che tenta di giustificare tale riferimento in considerazione del fatto che, trattandosi di contratti consensuali, 'l'esplicazione dello scioglimento *consensu* va al di là delle semplici obbligazioni'. Ma va osservato (v. *infra*, nel testo) che risulta così trascurato il valore di '*Aequè*', che impone l'attribuzione al discorso di Quinto Mucio di un eguale riferimento agli atti.

È notevole il richiamo che C. A. CANNATA, *La 'distinctio' re-verbis-litteris-consensu*, cit., 437 s.; 444 fa a Cic. *pro Rosc.* 5.14 *Pecunia petita est certa, cum tertia parte sponsio facta est. Haec pecunia necesse est aut data, aut expensa lata aut stipulata sit*, collegando l'affermazione di Cicerone alla distinzione che Quinto Mucio opera tra quelle che per Cannata sarebbero *obligationes re, verbis et litteris* (cfr. C. A. CANNATA, *Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Digesto*⁴. *Discipline privatistiche XII*, Torino 1995, 59 ss.). Ma è da rilevare che Cicerone non parla di *obligationes* (l'orazione è del 78 a. Cr. e il termine '*obligatio*' compare una volta sola in tutte le sue opere, e con significato non eguale, nell'ultima sua lettera (*ad Brut.* 1.18.3, che è del 27 luglio del 43), ma comunque fa riferimento ad atti e all'azione che li fa valere. Cannata osserva che Cicerone richiama una regola pratica, mentre Quinto Mucio mostra, da giurista 'die Mechanismen, die als Obligerungsgründe gelten können'. E certo, per la mia tesi costituirebbe una difficoltà il riferimento, che Cannata sostiene, di quelli *re* alla 'ungerechtfertigte Anwesenheit einer Sache im Vermögen eines Subjekts'. Ma se anche Cannata si riferisse così (come, per vero, non risulta dal seguito del discorso) alla opinione in tema di *condictio* che D. 12.5.6 (Ulp. 18 *ad Sab.*) attribuisce ai *veteres*, bisogna tener conto che la ripetibilità di una *res* esistente nel patrimonio di un soggetto era per loro dipendente dal fatto che essa lo fosse '*ex iniusta causa*' e con '*causa*' essi possono aver indicato un 'atto', senza tener conto, d'altra parte, della possibilità di attribuzione cronologica di quei *veteres* ad età posteriore a Quinto Mucio. È notevole che nel seguito del discorso Cannata ammetta che i meccanismi di cui parla abbiano a che fare, sebbene ritenga che non si identifichino con essi, con degli atti giuridici (*sponsio, stipulatio, expensi latio, mutui datio, solutio indebiti, datio ob rem* ecc.). Ancor più importa rilevare che la prospettiva degli atti è assunta anche nella *divisio dei genera legatorum*, (v. Gai 2.192) che è forse attribuibile allo stesso Quinto Mucio. Del resto, anche altre *divisiones* successive si riferiscono ad atti, come, per i delitti, quelle, ricordate dallo stesso Cannata, relative ai *genera furtorum* (v. Gai. 3.183). Ma, al riguardo, il fatto si spiega ancora più facilmente poiché in questo campo il riconoscimento della

Ma c'è di più. Poiché il secondo periodo è collegato al primo dall'iniziale 'Aequè', che funge da cerniera tra le due parti del discorso stabilendo una relazione di equivalenza, si deve ritenere che anche nel primo periodo si doveva parlare pure, se non solo, di risoluzione dei contratti, mentre, nel secondo, il riferimento, oltre che alla risoluzione dei contratti, all'adempimento può ricavarsi solo da 'etiam', che non solo non è esplicito, ma tradisce un difetto di costruzione logica del pensiero.¹⁶

Un cenno all'adempimento si è voluto scorgere, d'altra parte, anche nell'uso del secondo 'potest',¹⁷ quasi che, nel dire che i contratti precedentemente menzionati (*emptio vel venditio vel locatio*) possono essere risolti 'dissensu contrario', si sia voluto significare che si possono anche adempiere. Ma la coordinazione con il primo 'potest' nell'intera frase finale 'quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest' smentisce questa interpretazione. Il primo 'potest' indica la possibilità che il contratto si sia concluso 'nudo

obbligazione è più tardo (hanno rilievo, in questo senso, le forti critiche contro il concetto di *obligatio ex delicto* sviluppate da C. A. CANNATA, *Materiali per un corso*, cit., 83 ss., anche se è innegabile (v. ultimamente G. FALCONE, *Sistematiche gaiane e definizione di obligatio*, in *Obligatio – obbligazione. Un confronto interdisciplinare*, Napoli 2011, 40 ss.) la riconduzione, nelle Istituzioni di Gaio, del *delictum* tra le fonti delle obbligazioni (v. Gai 3. 88; Gai. 2 *aur. D.* 44.7.1 pr.). La recente conversione di C. A. CANNATA, *Materiali per un corso*, cit., all'idea che anche il tratto 'Aequè – fin.' debba attribuirsi a Quinto Mucio, non che distoglierlo dal considerare la prospettiva dall'atto, ne ha accentuato la considerazione, posto che quella che ora Cannata (*op. cit.* 65 s.; 70) attribuisce a Quinto Mucio è una diairesi degli atti negoziali, sebbene essa si risolva in una indicazione dei relativi effetti, che riguarderebbero i rapporti obbligatori, in quanto comprendenti il pagamento.

¹⁶ 'Aequè' ed 'etiam' sono in antitesi logica. 'Aequè', che introduce nel secondo periodo il principio del contrario consenso riferendolo a *emptio (vel venditio vel locatio) contracta*, spinge a ritenere che nel primo anche 'quidquè' si riferisca ad atti (contratti o sciolti) e non a rapporti obbligatori. Ciò posto, 'etiam', nel secondo periodo, capovolge la logica del discorso, perché fa assumere al *contrarius consensus* un ruolo complementare rispetto all'adempimento. Il vero è che 'etiam' è di origine glossematica. Sul punto v. *infra*, § 21.

¹⁷ G. GROSSO, *Il sistema romano*, cit., 107 s.; R. FIORI, *Contrahere e solvere obligationem*, cit., 1973 s. Nega che nel secondo periodo di D. 46.3.80 si accenni all'adempimento M. TALAMANCA, *Rec. a A. Schiavone, Giuristi e nobili*, cit., 894.

consensu,¹⁸ volendo così alludere alla presenza del requisito della risolvibilità indicato da una serie di altri testi con l'espressione '*re adhuc integra*',¹⁹ che equivale all'inadempimento di una prestazione. Nella frase finale D. 46.3.80 significa che, poiché i contratti menzionati possono, come concludibili con il mero consenso, non essere stati adempiuti, possono essere risolti con il contrario consenso.

7. L'antica critica aveva scorto la duplicità dei profili che caratterizza la trattazione di D. 46. 3. 80, ma non era rimasta così fedele ai suoi metodi, da pronunciare sempre una condanna della testimonianza. Così il Perozzi, con sorprendente indulgenza, arrivava ad affermare che la regola '*Prout quidque contractum est, ita et solvi debet*' 'si fonda su un gioco di parole, consistente nel riferire il *solvere* ora al contratto (nella vendita) ora all'obbligazione derivante da esso (nei contratti reali e verbali)', sostenendo che essa è 'una forma artistica di riassumere alcune norme positive'²⁰ attinenti alla problematica dell'adempimento e a quella dello scioglimento del contratto.²¹

Siffatta argomentazione non poteva salvare il testo dai sospetti di alterazione. Li alimentava non solo il diverso valore con il quale nel testo appaiono usati i termini '*solvere*', '*dissolvere*', nel senso di

¹⁸ Cfr. D. 2.14.2 pr. (Paul. 3 *ad ed.*) *Labeo ait convenire posse vel re vel<verbis>: per epistulam vel per nuntium inter absentes quoque posse. Sed etiam tacite consensu convenire intellegitur.* Su questo testo v. R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit., 176 ss.

¹⁹ Sul punto v. P. CERAMI, v. *Risoluzione del contratto (dir. rom.)*, in *Enc. Dir.* 40, Milano 1989, 1281.

²⁰ S. PEROZZI, *Il contratto consensuale classico*, in *St. Schupfer* I, Torino 1898, 181 (= *Scritti giuridici*, II. *Servitù e obbligazioni*, Milano 1948, 578 ss.). Tali norme sarebbero: 1°) che nei quattro contratti reali l'adempimento dell'obbligazione ha luogo colla restituzione della cosa data; 2°) che al contratto verbale della stipulazione corrisponde un atto verbale solenne di scioglimento: l'*acceptilatio*; 3°) che nella vendita l'obbligazione stretta col consenso si dissolve col consenso'. Ma, a tacer d'altro, è evidente l'incongruenza, rispetto alla valutazione complessiva del 'gioco di parole', della formulazione che il Perozzi (p. 182) dà della terza norma, che si riferirebbe all'obbligazione e non al contratto.

²¹ V. M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale*, cit., 241 ss., nt. 64, con più precisa formulazione di quelle espresse dallo stesso Perozzi. La nota del Brutti va segnalata perché avverte, nell'ambito della sintesi, già segnalata in nt. 2, della più importante dottrina, che nella valutazione del Perozzi appaiono impostate le principali questioni oggetto di discussione nella letteratura posteriore.

‘sciogliere’ o di ‘adempiere’ (anche se, con una certa incongruenza, essi finivano per essere riferiti soltanto alla obbligazione, sul cui piano tendeva ad appiattirsi la discussione, prima muovente dalla giusta considerazione del concorrente profilo del contratto), ma, soprattutto, il modo con il quale è espressa la regola iniziale, che fa pensare alla necessità della corrispondenza della forma estintiva a quella costitutiva del vincolo, secondo un principio che si è variamente denominato come di ‘simmetria’ o dell’ ‘atto contrario’.²² Poiché esso non è applicato nel caso in cui ‘*verbis aliquid contraximus*’, per il quale si dice che ‘*vel re vel verbis obligatio solvi debet*’, la soluzione più semplice del problema apparve quella di ritenere ‘*vel re vel*’ un’aggiunta al testo.²³

8. Tale diagnosi di alterazione poteva essere giustificata da una

²² Il principio di simmetria non riguarda solo il campo dei vincoli personali (in cui cfr. la *solutio per aes et libram* e la *acceptilatio verbis*, che rimangono, tuttavia, fuori dal mio discorso, la prima perché probabilmente non presuppose mai un *contrahere*, la seconda perché è solo congetturale la previsione in D. 40.3.80 del *contrahere litteris*), ma si estende a ogni altro campo dell’esperienza giuridica avendo radice nel primitivo pensiero magico e simbolico. V. D. LIEBS, *Contrarius actus*, in *Symphonica F. Wieacker*, Göttingen 1970, 111 ss., e, tra la lett. ivi cit., specialmente B. SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln. Versuch einer Typologie*, Köln 1970, 74 s. (che lo ritiene espresso solo in testi tardoclassici o postclassici alterati). La dottrina, con una certa incongruenza rispetto alla denominazione equivalente di principio del ‘*contrarius actus*’ (peraltro non presente nelle fonti), l’ha esaminato oscillando tra la prospettiva degli atti e la prospettiva dei rapporti che si assumono come nascenti da essi, finendo spesso per esaurire il discorso nella considerazione di quest’ultima.

²³ H. FITTING, *Die Natur der Correobligationen. Eine civilistische Abhandlung*, Erlangen 1859, 45 (44), nt. 50, l’attribuì, in linea di ipotesi, a Pomponio, come conforme al pensiero espresso da questo giurista in D. 46.3.107 (Pomp. 2 *ench.*), su cui v. *infra*, § 20. La critica interpolazionistica si orientò verso l’espunzione, che coinvolge anche il successivo tratto ‘*re – promisi*’. V. le citazioni di *Index Interpolationum ad h. l.*; U. BRASIELLO, *Obligatio re contracta*, cit., 563 s.; S. SOLAZZI, *L’estinzione dell’obbligazione I*, Napoli 1935, 16; G. SCHERILLO, *Lezioni sulle obbligazioni*, cit., 250 s.; VOCI P., *La dottrina romana del contratto*, Milano 1946, 81 (80) nt. 2; cfr. in questo senso, recentemente, anche F. GALLO, *Synallagma e conventio*, cit., 28. Per l’origine giustiniana, con una certa incongruenza rispetto alla convinzione espressa che il principio di simmetria indichi una possibilità e non una necessità, anche G. GROSSO, *Il sistema romano*, cit., 109. Per la genuinità v. specialmente C. A. CANNATA, *La ‘distinctio’ re-verbis-litteris-consensu*, cit., 441 s.; ID., *Obbligazioni nel diritto romano*, cit., 60; M. KASER, *Divisio obligationum*, cit., 75; A. SCHIAVONE, *Nascita della giurisprudenza*, cit., 133; ID., *Ius*, cit., 185 s.; R. FIORI, *Contrahere e solvere obligationem*, cit., 1966 ss.

valutazione dipendente dalla struttura del testo. Data la sua appartenenza al l. 4 *ad Quintum Mucium* di Pomponio, nell'enunciazione iniziale si scorse l'espressione del pensiero di Quinto Mucio. Perciò l'enunciazione del principio di simmetria si attribuì al giurista repubblicano, che l'avrebbe affermato recisamente come destinato ad applicazione necessaria (*debet*) e la deroga relativa alla obbligazione verbale ad intervento successivo sul testo. Tuttavia, si apriva così la questione storica se il riconoscimento della *solutio* quale adempimento dell'obbligazione verbale dovesse ammettersi solo per un'età posteriore a Quinto Mucio. Agli studiosi ai quali ciò non è apparso probabile non restava che forzare il significato del '*debet*' dell'enunciazione iniziale, quasi che Quinto Mucio abbia voluto dire che come una obbligazione si contrae, così si deve anche potere sciogliere.²⁴

Nonostante l'evidente forzatura di significato e la difficoltà, non avvertita, del riferimento alle obbligazioni che nascono *re*, per le quali, non esistendo alternativa alla estinzione *re*, '*debet*' non può richiamare che l'idea della necessità, non quella del 'dover potere', l'attribuzione di questo valore si è ritenuta da molti capace di risolvere le aporie interne del testo. Esso non ricorderebbe una *regula iuris*, ma un principio di esperienza (*Erfahrungsgrundsatz*), a chiunque si debba la sua formulazione, che per la critica più antica si dovrebbe ascrivere

²⁴ Questa interpretazione si trova già nella Glossa (gl. *solvi* ad D. 46.3.80 *debet i. solvit*). V. R. KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., 12, che richiama nello stesso senso Gai 3.170, su cui v. *infra*, § 18; cfr. H. H. PFLÜGER, *Nexum und Mancipium*, Leipzig 1908, 50 s.; G. GROSSO, *Il sistema romano*, cit., 107; C. A. CANNATA, *La 'distinctio' re-verbis-litteris-consensu*, cit., 441 s.; ID., *Materiali per un corso*, cit., 63; D. LIEBS, *Contrarius actus*, cit., 150, nt. 162; A. BURDESE, *Sulle nozioni di patto, convenzione e contratto*, cit., 55; S. TONDO, *Classificazione delle fonti d'obbligazione*, cit., 374; R. FIORI, *Contrahere e solvere obligationem*, cit., 1966; contro, S. DI MARZO, *Istituzioni di diritto romano*⁵, Milano 1946, 328 nt. 1; e, persuasivamente, F. GALLO, *Synallagma e conventio*, cit., 25 ss. (specialmente 26 s. nt. 2; ma concede troppo alla tesi opposta, ammettendo che possa giocare in suo favore l'uso finale di '*potest*', su cui v., invece, *supra*, § 6), che ritiene di origine giustiniana i tratti di D. 46.3.80 contrastanti con l'idea della doverosità (significativo per Gallo il fatto che nell'esemplificazione relativa allo scioglimento *re* (nel tratto '*re, veluti cum solvit quod promisit*') si usa *solvere* con mutamento del valore semantico, qui indicante il pagamento, il che è indice dell'intervento di una mano diversa: cfr. *infra*, § 21). Sulla questione dell'età del riconoscimento della *solutio* quale adempimento dell'obbligazione verbale v. *infra*, nt. 70.

all'epoca postclassica,²⁵ per la più recente si potrebbe far risalire a Quinto Mucio.²⁶ D. 46.3.80 rifletterebe la storia del progressivo riconoscimento delle cause dell'obbligazione: *re, verbis, litteris* fino a Quinto Mucio; e anche *consensu*, secondo la chiusa, ma dopo di lui, per chi ne attribuisce la paternità a Pomponio.²⁷

Ma è rimasta non sopita l'idea che la tematica della chiusa, concernente il *contrarius consensus*, vada distinta da quella trattata precedentemente, in quanto riguardante prevalentemente la prospettiva dell'atto, piuttosto che quella del rapporto obbligatorio.²⁸

9. Lo stato della dottrina, che abbiamo tratteggiato per grandi linee, sembra esigere una rinnovata lettura del testo, a cominciare dal principio affermato nelle parole iniziali. È da accettare l'idea che il tratto '*Prout quidque contractum est, ita et solvi debet*' debba attribuirsi a Quinto Mucio, ma esso riflette probabilmente un adagio ancora più antico, che, giusta il valore proprio di '*debet*', può essere stata inteso come *regula iuris*.²⁹ L'apporto di Quinto Mucio è relativo alla distinzione in *genera* di cui al seguito,³⁰ che egli avrà operato in conformità al metodo della diairesi da lui impiegato nella scienza del diritto.³¹ Ma *genera* di che? Cosa significa *quidque contractum est*?³²

²⁵ R. KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., 12; ma cfr. ID., *Zum Prinzip der formalen Korrespondenz*, cit., 104.

²⁶ V. specialmente A. SCHIAVONE, in tutti i suoi contributi.

²⁷ V. C. A. CANNATA, *La 'distinctio' re-verbis-litteris-consensu*, cit., 447 ss.

²⁸ Sul *contrarius consensus* v. P. CERAMI, v. *Risoluzione del contratto*, cit., 1279 ss., con richiamo critico, tendente ad unificarle, delle configurazioni diverse proposte dalla dottrina, come *actus contrarius* (Siber, Grosso) o come *pactum ut abeat* (Bechmann, Stoll) e, per chi le accetta tutte e due (Knütel, Guarino), in considerazione della diversa relazione storica e dogmatica in cui appaiono distinte.

²⁹ V. *infra*, § 22.

³⁰ V. particolarmente A. SCHIAVONE, *Nascita della giurisprudenza*, cit., 133 e i lavori successivi. Può essere significativo in questo senso Gai. 3.170 *Quo genere, ut diximus, tantum eae obligationes solvuntur, quae ex verbis consistunt, non etiam ceterae*, seppure qui si parli di estinzione delle obbligazioni. Il vero è che qui '*genus*' si riferisce all'atto estintivo (la *acceptilatio*). La distinzione in *genera* di Quinto Mucio avrà, secondo le nostre vedute, riguardato da un lato i modi di costituzione degli atti, dall'altro i corrispondenti modi di risoluzione. Sulla riconducibilità originaria ad unica idea della estinzione e della risoluzione del vincolo, dato il suo risolversi nell'atto, v. *infra*, § 14 s.

³¹ V. D. 1.2.2.41 (Pomp. *l. sing. ench.*).

Posto che ‘*quidque*’ ha il significato non di ‘qualcosa’³³ e neanche di ‘qualunque’,³⁴ ma di ‘ciascuno-a’, a che cosa si riferisce la forma neutra, del resto ripetuta nell’ ‘*aliquid*’ del tratto ‘*cum verbis aliquid contraximus*’? E che cosa significa ‘*contractum*’, che segue? Occorre trattarsi all’errore consistente nell’attribuire a ‘*contractum*’ il valore di sostantivo. ‘*Contractum*’ è, invece, una forma verbale, usata in funzione predicativa.³⁵ Il testo dice che come *quidquid* si è contratto, così si deve sciogliere. Che cosa? L’*obligatio*? Se si trattasse di questa, il testo conterrebbe una aporia nella chiusa, che tratta una figura (o più) di contratto (consensuale), di cui appunto dice che è stata contratta, e non della obbligazione. La domanda, che perciò deve porsi, è se il pronome ‘*quidque*’ possa riferirsi a un atto (come il contratto).

Quel che va posto in luce è non solo che questa possibilità è testimoniata dalle fonti, ma che lo è specialmente, forse, per lo stesso Quinto Mucio.

10. Ciò risulta, questa volta per l’uso del pronome ‘*quod*’ (ma ai fini del nostro discorso, ciò non fa differenza),³⁶ da

Varr. *de l.l.* 7. 105: (*Nexum*) *Manilius scribit omne quod per libram*

³² H. SIBER, *Römisches Recht*, II, *Röm. Privatrecht*, Berlin 1928, 266 trascrive ‘*quidque* (?)’. Ma l’interrogativo tra parentesi è aggiunto probabilmente per significare un rilievo critico di genericità del termine, come indizio di alterazione del testo.

³³ Così R. FIORI, *Contrahere e solvere obligationem*, cit., 1958; C. A. CANNATA, *Materiali per un corso*, cit., 62.

³⁴ A. SCHIAVONE, *Ius*, cit., 183, che immagina un sintagma ‘*quidquid contractum*’ avente il senso di ‘qualunque cosa contratta’, quale rappresentazione unitaria, presupponente le idee generali di ‘obbligazione’ e di ‘contrarre’, di qualunque rapporto obbligatorio contratto, al di là della varietà di situazioni riconosciute fino al tempo di Quinto Mucio e da lui riunite in un concetto astratto. Ma ‘*contractum*’ va collegato ad ‘*est*’, come forma verbale, e non come sostantivo (cfr. M. TALAMANCA, *Rec. a A. Schiavone, Giuristi e nobili*, cit., 893), e, come diciamo nel testo, indica la conclusione di ‘ciascun atto’. A. SCHIAVONE, *Nascita della giurisprudenza*, cit., 54, traduceva giustamente ‘*quidque*’ con ‘ciascuno’, ma nel senso complessivo di ‘ciascun rapporto’.

³⁵ V. nt. prec.

³⁶ In D. 46.3.80 ‘*quidque*’; ‘*quodcumque*’ in Fest. 160,32 e in D. 46.2.2 (Ulp. 28 *ad Sab.*); ‘*omne quod*’ è usato da Manilio in Varr. *l.l.* 7.105 e si trova in D. 46.4.8.3 e in D. 50.17.35, appartenenti a Ulp. 48 *ad Sab.* ma in tratti identificabili con *sabiniana* (v. *infra*, § 17).

*et aes geritur, in quo sint mancipia; Mucius quae per aes et libram fiant ut obligetur, praeter quom mancipio detur.*³⁷

Secondo quanto riferisce Festo (e, prima di lui doveva riferire Verrio Flacco) per Manilio *nexum* (un atto) è ogni atto che è compiuto *per aes et libram*. Mucio restringe le applicazioni dell'atto librare limitandone lo scopo al vincolarsi (*quae ut obligetur*). Così reso il pensiero di Mucio, si evita l'errore del ritenere che Mucio abbia pensato allo scopo del creare un rapporto obbligatorio. Egli ha visto nel *nexum* solo un atto evocante, sì, l'idea dell'*obligare*, ma, appunto come atto, non come risultato. Si tratta di una terminologia che trova riscontro almeno in

Fest. 160, 32 *Nexum est, ut ait Aelius Gallus, quodcumque per aes et libram geritur: id quod nexti dicitur; quo in genere sunt haec: testamenti factio, nexti datio, nexti liberatio.*

contenente la definizione del *nexum* di Elio Gallo. Se questo giurista repubblicano,³⁸ dopo aver detto che il *nexum* è *quodcumque per aes et libram geritur*, aggiunge l'indicazione '*id quod nexti dicitur*', non è per far riferimento al rapporto risultante dall'atto, ma per insistere sulla attività (il *nectere*, in cui il *nexum* consiste) che considera un *genus*, nel quale, coerentemente, finisce per far rientrare tre tipi di atto, la *testamenti factio*, la *nexti datio*, la *nexti liberatio*.

Così, analogamente, si spiega una testimonianza come quella di

³⁷ Per la lezione del testo (che è comunemente attribuito a Quinto Mucio; ma ai nostri fini non farebbe gran differenza l'attribuzione a Publio Mucio) qui accolta v. B. ALBANESE, *Brevi studi di diritto romano*, Palermo 1992, 66 ss. Richiama il testo A. SCHIAVONE, *Ius*, cit., 184 s.; 439, ntt. 37 e 38, nell'ambito del discorso sul principio di simmetria, ipotizzando, se intendo bene, che Quinto Mucio abbia ricondotto anche il *nexum* sotto questo principio, che riguarderebbe, secondo quanto egli dice (p. 185) con evidente improprietà, il rapporto tra costituzione e scioglimento del vincolo di 'nossalità'.

³⁸ Tale lo ritiene G. FALCONE, *Per una datazione del 'De verborum quae ad ius pertinent significatione' di Elio Gallo*, in AUPA 41, 1991, 223 ss. Circa la attribuzione del '*De verborum quae ad ius pertinent significatione*' ad una età intercorrente tra gli ultimi anni del II sec. e i primi decenni del I sec. v. *op. cit.* 260.

Cic. *pro Mur. 2 ... qui se nexu obligavit...*³⁹

in cui il *nexum* evoca l'idea dell'*obligare* nel senso di vincolare, senza che sia necessario pensare alla creazione di un rapporto obbligatorio, esaurendosi l'idea nel riferimento all'atto e quindi al vincolo che esso, di per sé, comporta,⁴⁰ ma non al rapporto obbligatorio di cui esso sia causa.

Le fonti esaminate concordemente testimoniano che la giurisprudenza repubblicana usava pronomi (*quod; quodcumque*) per riferirsi ad atti, non agli effetti di atti (come si suole pensare per l'obbligazione, in relazione a '*quidque*' di D. 46.3.80). Si tratta di un uso che persiste fino agli inizi dell'età classica, come prova D. 50.16.19 (Lab. *apud Ulp.11 ad ed.*).⁴¹

11. Ciò è a tal punto vero che - e l'osservazione potrebbe apparire paradossale - l'idea dell'atto risulta essere stata espressa dallo stesso termine '*obligatio*', il cui più risalente impiego indica l'atto dell'obbligare,⁴² non la obbligazione,⁴³ come è provato dal fatto che si

³⁹ Su cui v. B. ALBANESE, *op. cit.*, 69.

⁴⁰ Cfr. quanto diciamo *infra*, § 12, sul rapporto contrattuale che è sviluppo del contratto, ma è comunque distinto dal rapporto obbligatorio che nasce dal contratto, sua fonte.

⁴¹ V. *infra*, § 13.

⁴² Cfr. la citazione del primo testo in cui il termine *obligatio* risulta usato (Cic. *ad Brut. 1.18.3*) in *Oxford Latin Dictionary*, s.v. *obligatio* 1. 'The pledging or guaranteeing (of something)', nello stesso ordine di idee da me seguito nell'interpretazione di questo testo in R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit., 18 e nt. 27; ID., *Per la storia dell'obligatio. Il iudicatum facere oportere nella prospettiva dell'esecuzione personale*, in *Scritti minori II*, cit., 657 nt. 2, anche se l'espressione '*verborum obligatio*' è resa più giù (3 b) come una 'obbligazione espressa in parole', piegando verso il significato di rapporto l'impiego in Gai 3.93 *illa verborum obligatio 'dari spondes'*.

⁴³ Le prove di questo uso di *obligatio*, più risalente rispetto a quello fondamentale, in età classica, di rapporto obbligatorio, in F. DUMONT, *Obligatio*, in *Mél Meylan* 1, Lausanne 1963, 84 ss. (cfr., per la derivazione del senso passivo, con diversa ipotesi di questa derivazione, L. LANTELLA, *Note semantiche sulle definizioni di 'obligatio'*, in *St. Grosso* 4, Torino 1971, 225 s. nt. 105); e in R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit., 14 ss.; cfr. W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*, München 1990, 23 ss.; altre numerose citazioni di studiosi che nutrono la stessa opinione (von Beseler, Benöhr, Cerami, Cannata, Falcone) in R. FIORI, '*Contrahere*' in Labeone, in *Carmina iuris. Mél. Humbert*, Paris 2012, 314 nt. 11, che dissente, ritenendo fragile l'argomento linguistico

tratta di un deverbativo.⁴⁴

Un esempio di tale valore si rinviene nella espressione ‘*verborum obligatio*’, che riguarda, pur in seno alla trattazione gaiana delle obbligazioni contratte *verbis* (Gai 3.92 ss. *Verbis obligatio fit...*), l’atto vincolante verbale (v. specialmente Gai 3. 93 *Sed haec quidem*

con l’affermare (p. 316) che, ‘se è vero che il suffisso (in *-ti-ōn-*) esprime la modalità e la possibilità dell’azione, tuttavia particolarmente nel linguaggio giuridico esso può esprimerne il risultato’ (e cita impropriamente ‘*actio*’, assumendo accanto al valore di atto, come significati alludenti all’effetto, quelli (non ‘quello’) di formulario o strumento processuale). Ciò è ovvio per ‘*obligatio*’, e rappresenta la prima constatazione di quanti hanno studiato il termine (si tratta, però, della Grundbedeutung, non della Urbedeutung). Il problema è, invece, se ‘*obligatio*’ abbia avuto anche il significato di atto. Per escluderlo R. FIORI, *op. cit.* 317 s., si sofferma lungamente su D. 5.1.20 (Paul. 58 *ad ed.*) *Omnem obligationem pro contractu habendam existimandum est, ut, ubicumque aliquis obligetur, et contrahi videatur, quamvis non ex crediti causa debeatur* (testo che io avrei indicato come il più rilevante, mentre, con la comune dottrina, mi sono limitato a riportarlo come di per sé significativo del valore di ‘*obligatio*’ come atto). Ma, a ribadire questo significato basta il richiamo, in connessione, di D. 44.7.21 (Iul. 3 *ex Min.*) *Contraxisse unusquisque in eo loco intellegitur, in quo ut solveret se obligavit*, che R. FIORI, *op. cit.*, 318, nt. 25, preferisce intendere come riferentesi al luogo in cui si deve (= si è obbligati ad) adempiere, mentre invece non può significare che il luogo in cui ciascuno ha concluso l’atto vincolante diretto all’adempimento.

Non è questa la sede ove esaminare, anche per completarlo, il quadro delle fonti riguardanti l’impiego di ‘*obligatio*’ nella prima giurisprudenza classica presentato in R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit., 15 ss., su cui muove rilievi critici R. FIORI, *op. cit.*, 316 ss. Ai fini del presente discorso basta soffermarsi, come faccio di seguito, sugli impieghi del sintagma ‘*verborum obligatio*’ e sulle testimonianze di D. 50.16.19 (Lab. *apud Ulp.* 11 *ad ed.*); di D. 2.14.1.3 (Ped. *apud Ulp.* 4 *ad ed.*); di D. 2.14.58 (Ner. 3 *membr.*) e dello stesso D. 44.7.3 pr. (Paul. 2 *inst.*).

L’intera tematica va meditata alla luce dei fondamentali rilievi dogmatici contenuti nello studio dedicato da W. Flume all’atto e al rapporto giuridico nella giurisprudenza romana e nel pensiero giuridico moderno in W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*, cit., e nell’altrettanto importante e preziosa rassegna dedicatagli da C. A. Cannata con osservazioni critiche in C. A. CANNATA, *Atto giuridico e rapporto giuridico*, in SDHI 57, 1991, 334 ss. veri esempi, questi lavori, di applicazione del pensiero giuridico nello studio delle fonti classiche, da additare a quanti si occupano attualmente di studi romanistici. La mia ricostruzione intende integrare la prospettiva dommatica di questi lavori con la considerazione, sull’asse della diacronia, dello sviluppo dall’atto al rapporto giuridico dall’età repubblicana all’età classica.

⁴⁴ V. R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit., 19, nt. 31. È significativo il confronto con una innumerevole serie di termini che hanno la stessa formazione (v. una elencazione, che potrebbe allargarsi, *ivi*, 19, nt. 32) e specialmente, tanto da apparire di per sé decisivo, con l’opposto di *obligatio*, che è ‘*solutio*’, cui qui aggiungo soltanto ‘*liberatio*’ e ‘*satisfactio*’.

verborum obligatio DARI SPONDES? SPONDEO...),⁴⁵ non l'obbligazione

⁴⁵ Il tema del significato del sintagma '*verborum obligatio*' meriterebbe una trattazione a parte. Qui devo limitarmi a dei cenni sui testi nei quali esso si riscontra. Dal loro esame complessivo risulta la indiscutibile presenza di due valori, l'uno esprimente l'atto vincolante concluso *verbis*, l'altro il rapporto obbligatorio che ne nasce. Essa riflette lo svolgimento riguardante la stessa nozione generale di *obligatio*, per cui il termine dal significato originario di atto assume, come fondamentale, il significato di rapporto obbligatorio.

Nel senso originario di '*verborum obligatio*' su evidenziato sembra potersi addurre la stessa specificazione '*verborum*', per cui il genitivo deve avere espresso, almeno nei primi impieghi del sintagma '*verborum obligatio*', l'idea di un atto vincolante dei *verba*, piuttosto che l'idea di una obbligazione che nasce dai *verba* (come Gaio ha detto all'inizio della trattazione: Gai. 3.92 *Verbis obligatio fit*). In questo senso può addursi D. 45.1.5.1 (Pomp. 26 *ad Sab.*) *Stipulatio autem est verborum conceptio, quibus is qui interrogatur daturum facturumve se quod interrogatus est responderit*, in cui la *stipulatio* è rappresentata come *verborum conceptio* le cui parole sono operative (i linguisti dicono 'performative'). Cfr., in correlazione con il sintagma '*verborum obligatio*', il sintagma '*nudi consensus obligatio*' di D. 50.17.35 (Ulp. 48 *ad Sab.*), su cui *infra*, § 17, che indica nel genitivo, '*nudi consensus*', l'idea dell'atto vincolante del nudo consenso (il contratto consensuale), non l'idea dell'obbligazione che nasce dal consenso; cfr. pure, specificamente, il sintagma '*mandati obligatio*' di Gai. 3.155...*Itaque sive ut mea negotia geras, sive ut alterius, mandaverim, contrahitur mandati obligatio, et invicem alter alteri tenebimur in id, quod vel me tibi, vel te mihi bona fide praestare oportet*, ove '*mandati obligatio*' riguarda l'atto costitutivo, mentre '*invicem alter alteri tenebimur*' le obbligazioni reciproche che ne nascono: v., del resto, D. 17.1.1 pr. (Paul. 32 *ad ed.*) *Obligatio mandati consensu contrahentium consistit*; sul punto v. R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit., 15 nt. 18; 21 nt. 53; 22 nt. 34.

Per rendersi conto pienamente del riferimento del sintagma '*verborum obligatio*' di Gai 3.93 all'atto vincolante verbale piuttosto che all'obbligazione, occorre riprodurre l'intero contesto: Gai 3.92 *Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione, veluti DARI SPONDES? SPONDEO, DABIS? DABO, PROMITTIS? PROMITTO, FIDEPROMITTIS? FIDEPROMITTO, FIDEIUBES? FIDEIUBEO, FACIES? FACIAM. 93. Sed haec quidem verborum obligatio DARI SPONDES? SPONDEO propria civium Romanorum est; ceterae vero iuris gentium sunt, itaque inter omnes homines sive cives Romanos sive peregrinos valent. Et quamvis ad Graecam vocem expressae fuerint, veluti hoc modo Δώσεις; Δώσω; Ὁμολογεῖς; Ὁμολογῶ; Πίστει κελεύεις; Πίστει κελεύω; Ποιήσεις; Ποιήσω, etiam haec tamen inter cives Romanos valent, si modo Graeci sermonis intellectum habeant. Et e contrario quamvis Latinae enuntientur, tamen etiam inter peregrinos valent, si modo Latini sermonis intellectum habeant. At illa verborum obligatio DARI SPONDES? SPONDEO adeo propria civium Romanorum est, ut ne quidem in Graecum sermonem per interpretationem transferri possit, quamvis dicatur a Graeca voce figurata esse.* Dopo aver detto in 3.92 che la *obligatio* nasce *verbis* dalla domanda e dalla risposta, delle quali porta vari esempi, rilevato, in 3.93, che la *verborum obligatio* DARI SPONDES? SPONDEO è propria dei *cives Romani*, nel ricordare delle altre (*ceterae*) l'eventualità che siano '*expressae*' in greco e che anch'esse (*haec*) possano valere tra cittadini romani, purché essi intendano la lingua

greca e che, al contrario, *'quamvis Latine enuntientur'*, possano valere tra Greci, purchè essi intendano la lingua latina, Gaio non può aver parlato di *verborum obligationes* che nel senso di atti, essendo la loro varia enunciazione e la loro possibilità di comprensione relative ad atti. Così, alla fine, parlando della *verborum obligatio* DARI SPONDES? SPONDEO. come limitata ai *cives Romani* tanto da essere intraducibile (*ut ne quidem...transferri*) neanche in greco, Gaio considera la *verborum obligatio* sempre dal punto di vista dell'atto, non del rapporto che, secondo 3.92, ne nasce. Quelle che in 3.93 sono trattate sono questioni lessicali, relative alla indicazione della forma dell'atto, non al suo contenuto.

Un riscontro di questo valore di *'verborum obligatio'* si può trovare, per il tema vicino della corrispondenza della lingua usata nella domanda e nella risposta della *stipulatio*, in D. 45.1.1.6 (Ulp. 48 *ad Sab.*) *Eadem an alia lingua respondeatur, nihil interest. Proinde si quis Latine interrogaverit, respondeatur ei Graece, dummodo congruenter respondeatur, obligatio constituta est: idem per contrarium. Sed utrum hoc usque ad Graecum sermonem tantum protrahimus an vero et ad alium, Poenum forte vel Assyrium, vel cuius alterius linguae, dubitari potest. Et scriptura Sabini, sed et verum patitur, ut omnis sermo contineat verborum obligationem, ita tamen, ut uterque alterius linguam intellegat sive per se sive per verum interpretem.* Si può bene ammettere che il termine *'obligatio'*, la prima volta che è usato, indichi il rapporto obbligatorio, ma lo si deve escludere nell'impiego che più giù ne è fatto nel sintagma *'verborum obligationem'*, perché dire che *'verum patitur, ut omnis sermo contineat verborum obligationem'* è affermazione che riguarda il piano lessicale e, quindi, ancora una volta, la forma dell'atto vincolante, non il rapporto obbligatorio che può nascerne. La testimonianza è ancora più importante per noi in quanto riferisce il pensiero di Sabino (qualunque sia la restituzione del testo, se quella trascritta o l'altra, che connetta *'et scriptura Sabini'* al discorso precedente, staccandolo dal resto con un punto; sul testo v. A.WACKE, *Gallisch, Punisch, Syrisch oder Griechisch statt Latein?*, in ZSS 110, 1993, 26 ss.), poiché il sintagma *'verborum obligatio'* compare in altri tre testi (D. 45. 4.8.3; D.50.17.35; D. 46.2.2) appartenenti al titolo D. 45.1 *De verborum obligatione*, tutti tratti, come D. 45.1.1.6, dal l. 48 *ad Sab.* di Ulpiano, nei quali possono riconoscersi dei *'sabiniana'* o l'influenza del pensiero di Sabino, dato che, come vedremo (*infra* § 17), per altre ragioni anche in essi il sintagma *'verborum obligatio'* sembra avere a che fare con l'atto vincolante piuttosto che con il rapporto obbligatorio.

Per tornare alle testimonianze di Gaio, lo stesso senso originario di *'verborum obligatio'* si riscontra in Gai 3.119 *Nam illi (scil.: sponsor e fidepromissor) quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum* (v. per tutti W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*, cit., 30 ss.); in 3.136 *...Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistulam aut per internuntium; cum alioquin verborum obligatio inter absentes fieri non possit* e in Gai 3. 137 *Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet; cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat, et in nominibus alius expensum ferendo obliget, alius obligetur* (su quest testi v. R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit., 21, nt. 33).

Invece, in Gai 3. 169, come vedremo (§ 18), il sintagma *'verborum obligatio'* appare usato, in relazione al contesto, piuttosto nel senso di rapporto obbligatorio. Si tratta del valore, sviluppato dalla giurisprudenza classica come fondamentale, che Gaio deve avere

privilegiato come riflettente la prospettiva più recente dell'obbligazione, rispetto a quella più antica dell'atto costitutivo del vincolo personale.

Analoga duplicità di significato, dovuta ad un analogo svolgimento storico, sembra rivelare l'impiego di *verborum obligatio* da parte di Pomponio in D. 45.1.5 pr. (Pomp. 26 *ad Sab.*) e in D. 46.3.107 (Pomp. 2 *ench.*).

Nel primo testo, in seno alla distinzione tra *stipulationes iudiciales, praetoriae, conventionales* e *communes praetoriae et iudiciales*, delle *conventionales* si dice: *conventionales sunt, quae ex conventione reorum fiunt, quarum totidem genera sunt, quod paene dixerim rerum contrahendarum: nam et ob ipsam verborum obligationem fiunt et pendent ex negotio contracto*, ove, in un discorso relativo a *stipulationes* e, in specie, convenzionali, la determinazione di *genera* come quasi equivalente ai *genera rerum contrahendarum* potrebbe vedersi riflessa nella espressione che ne è contenuta nei *verba* dell'atto stipulatorio, tanto più in quanto, nel successivo § 1, della *stipulatio* si dice che è *verborum conceptio*, le parole della quale sono 'performative' (cfr. *supra*, p. 573, all'inizio di questa nota). In D. 46.3.107 (Pomp. 2 *ench.*) *Verborum obligatio aut naturaliter resolvitur aut civiliter: naturaliter veluti solutione aut cum res in stipulationem deducta sine culpa promissoris in rebus humanis esse desit: civiliter veluti acceptilatione vel cum in eandem personam ius stipulantis promittentisque devenit* la distinzione tra modi estintivi civili e naturali sembrerebbe riguardare il rapporto obbligatorio, ma qualche dubbio può nascere dal fatto che essa è predicata in generale mediante il termine '*resolvi*', che più si addice ad una estinzione radicale riguardante l'atto (in questo senso sono orientati i testi cit. da P. CERAMI, v. *Risoluzione del contratto*, cit., 1277), al quale si fa riferimento, del resto, invece che alla *obligatio*, quando si parla di *res in stipulationem deducta*, non anche, invece, di *ius stipulantis promittentisque*, anche se l'uso di *ius* per indicare la situazione passiva del promittente appare di dubbia classicità. In ogni caso la testimonianza non ha gran peso per diritto classico, tenuto conto della paternità dei *duo libri enchiridii*, dei quali, come ritiene M. BREONE, *Linee dell'Enchiridion di Pomponio*, Bari 1965, 44 'si può sospettare che abbiano raccolto, in una sola opera manualistica, il *Liber sing. ench.* e il *Lib. sing. reg.*' dello stesso Pomponio (e il testo di D. 46.3.107 dovrebbe ritenersi, dato il suo contenuto, appartenere originariamente a questa seconda opera) la cui redazione va assegnata, quindi, ad una età più tarda dell'originale (su questo testo dovremo tornare *infra*, § 20).

Più probabile è la presenza della prospettiva del rapporto in D. 44.7.3.2 (Paul. 2 *inst.*) *Verborum quoque obligatio constat, si inter contrahentes id agatur: nec enim si per iocum puta vel demonstrandi intellectus causa ego tibi dixerō 'Sponde?' et tu responderis 'Spondeo', nascetur obligatio*, anche in considerazione del prec. § 1 *Non satis autem est dantis esse nummos et fieri accipientis, ut obligatio nascatur, sed etiam hoc animo dari et accipi, ut obligatio constituatur. Itaque si quis pecuniam suam donandi causa dederit mihi, quamquam et donantis fuerit et mea fiat, tamen non obligabor ei, quia non hoc inter nos actum est*, ove, tuttavia '*obligabor*' esprime piuttosto l'idea dell'atto. Peraltro, c'è da tenere conto del fatto che il discorso comincia, in D. 44.7.3 pr., proprio con la definizione dello stesso Paolo di *obligatio* (riportata *supra*, nel testo) che riguarda l'atto e non il rapporto. Dello stesso Paolo, come riguardante il rapporto, va citato D. 45.1.126. 2 (Paul. 3 *quast.*) ... *nam quotiens pecuniam mutuam dantes eandem stipulamur, non duae obligationes nascuntur, sed una verborum*. Ma Paul. Sent. 5.7.2 *Verborum obligatio inter praesentes, non etiam inter absentes contrahitur*, anche in relazione a quel che è detto nel precedente § 1 *Obligationum*

verbale, valore questo che pure si trova nelle fonti, ma che appare derivato dal primo.

La nozione di *obligatio* rappresentante il valore originario di atto (*Urbedeutung*) non si perde nell'età classica, anche se tende ad essere scalzata da quella di rapporto obbligatorio, che viene a rappresentare il suo valore fondamentale (*Grundbedeutung*). Essa è sviluppata dalla giurisprudenza e riflessa nella definizione di I. 3.13. pr. *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*, che riguarda, appunto, il rapporto obbligatorio.⁴⁶ La prima, invece, si deve vedere espressa pur nella definizione di Paolo⁴⁷ in

D. 44.7.3 pr. (Paul. 2 inst.) *Obligationum substantia non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel*

firmandarum gratia stipulationes inductae sunt, quae quadam verborum solemnitate concipiuntur..., il tutto sotto la rubrica *De obligationibus*, è bivalente.

In questa prospettiva della acquisita bivalenza del sintagma '*verborum obligatio*' va valutato il suo impiego nella rubrica D. 45. 1 *De verborum obligationibus*, che riflette i titoli e il contenuto delle opere della giurisprudenza classica dedicate ai vincoli verbali (v., da un lato, di Gaio, l'opera *De verborum obligationibus*, dall'altro, di Pedio; Pomponio, Venuleio le opere *De stipulationibus*) senza che, tuttavia, i due significati si confondano. La distinzione emerge dal fatto che la trattazione riguarda inizialmente la *stipulatio* come *conceptio verborum* e il suo compimento, come risulta, con ogni evidenza, dal largo squarcio di Ulp. 48 *ad Sab.* riportato come frammento iniziale di D. 45.1 *De verborum obligationibus* e come si può arguire, per Paolo, dalla posizione della sua definizione di *obligatio*, attinente all'atto, nel pr. di D. 44.7.3, di cui poco più su si è detto in rapporto agli impieghi di *verborum obligatio* nei successivi §§ 1 e 2 dello stesso frammento.

Dei testi contenenti la menzione di *verborum obligatio* rimangono solo quelli di Ulpiano, tutti appartenenti originariamente al l. 48 *ad Sab.*: D. 45.1.1.6, esaminato in questa nota, *supra*, p. 574; e D. 46.4.8.3; D. 50.17.35; D. 46.2.2, che saranno esaminati *infra*, § 17, e che, come si vedrà, sembrano rinviare piuttosto al significato originario di atto.

⁴⁶ Su questa v. ultimamente, per tutti, G. FALCONE, '*Obligatio est iuris vinculum*', Torino 2003, con lett.

⁴⁷ Ne nega il valore tecnico di definizione C. A. CANNATA (2003) 13, che parla di 'descrizione' e ora (diversamente in ID., *Le definizioni romane dell'obligatio. Premesse per uno studio della nozione di obbligazione*, in *St. D'Amelio* I, Milano 1978, 157 ss., in cui la riferiva al rapporto obbligatorio) ammette che possa riferirsi tanto ad atto ad effetto obbligatorio, che a rapporto obbligatorio.

praestandum.^{48 49}

che si differenzia da quella di I. 3.13 pr. non solo perché riguarda l'atto dell'*obstringere*, ma anche perché è sviluppata dal punto di vista del soggetto attivo piuttosto che del soggetto passivo,⁵⁰ nonché in considerazione diretta del contenuto dell'*intentio* dell'*actio in personam* formulare.⁵¹

12. I due profili vanno nettamente distinti non soltanto nella prospettiva storica dell'affiancarsi, fino a divenire fondamentale, del significato di '*obligatio*' come 'rapporto obbligatorio' al significato originario di atto vincolante (produttivo, per me, di mera responsabilità come esposizione all'azione, *actione teneri*), ma anche, a sviluppo avvenuto, nella prospettiva dogmatica.

In questa prospettiva, oltre ciò che si è detto, va considerato quanto attiene al 'rapporto contrattuale'. Questo va riconosciuto al di là dell'atto,⁵² come è provato dai testi che parlano di '*initium*,⁵³

⁴⁸ Per il riferimento all'atto vincolante v. ultimamente G. FALCONE, *Sistematiche giuridiche*, cit., 21 e nt. 11, con cit. della dottrina favorevole.

⁴⁹ Cfr., dello stesso Paolo, relativo all'atto opposto della *solutio*, D. 46.3.54 (Paul. 56 ad ed.) *Solutionis verbum pertinet ad omnem liberationem quoquo modo factam magisque ad substantiam obligationis refertur, quam ad nummorum solutionem.*

⁵⁰ È il prezioso rilievo sviluppato da G. FALCONE, '*Obligatio est iuris vinculum*', cit., 41 s., sullo spunto di L. LANTELLA, *Note semantiche*, cit., 191 s.

⁵¹ Si spiega così come in D. 44.7.3 pr. non si faccia cenno al *damnum decidi oportere* che compare nella *intentio in ius concepta* dell'*actio furti nec manifesti*. Esso avrebbe dovuto essere menzionato, se D. 44.7.3 pr. avesse riguardato l'*obligatio* come rapporto obbligatorio (sul problema della rappresentazione classica del *delictum* come fonte di obbligazione v. un cenno *supra*, nt. 15). Non lo è, perché il termine '*obligatio*', qui considerato come atto dal punto di vista del soggetto attivo, non può ricomprendere il *delictum*, come comportamento del colpevole, dato che, ovviamente, questo esclude l'intenzione di vincolarsi.

⁵² Non mi sembra tenerne conto W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*, cit., 23 ss., muovendo dalla radicale critica della nozione moderna di 'obbligazione' come 'Schuldverhältnis'.

⁵³ V. specialmente D. 17.1.8 pr. (Ulp. 31 ad ed.), su cui R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit., 64 s.; D. 16.3.1.31 (Ulp. 30 ad ed.); D. 14.6.12 (Paul. 30 ad ed.); D. 18.1.6.2 (Pomp. 9 ad ed.); D. 41.3. 44.2 (Pap. 23 quaest.).

*ingressus*⁵⁴ *contractus*'. Anche nella visuale moderna, del resto, contratto non è soltanto l'accordo, nel momento in cui si conclude tra le parti, ma la relazione che da quel momento le lega. Sarebbe, tuttavia, grave errore confondere questo rapporto con il 'rapporto obbligatorio'. Il rapporto obbligatorio non è il prolungamento tra le parti che concludono il contratto dell'atto vincolante che esse hanno compiuto, ma l'effetto di quell'atto, per cui, nella visuale della giurisprudenza romana, esse si pongono l'una di fronte all'altra oltre che, per es. come *stipulator* e *promissor*, come creditore e debitore. Non si tratta, in fondo, che della conseguenza della costruzione del contratto e del delitto come cause dell'obbligazione, giusta il fondamentale insegnamento di Gai 3.88, per cui *omnis ... obligatio vel ex contractu n a s c i t u r vel ex delicto*.⁵⁵

Ciò ha rilievo, per la dogmatica classica, perché il rapporto obbligatorio ha per contenuto il solo adempimento dell'obbligazione, mentre il rapporto contrattuale può riguardare anche profili di responsabilità indipendenti dall'obbligazione. Ma ha rilievo pure, e per noi, principalmente, dal punto di vista storico, perché, riconosciuta la più tarda origine dell'obbligazione, la nozione di rapporto contrattuale ci dà una visione più completa della storia del vincolo personale, come produttivo, in un primo tempo, solo di responsabilità come esposizione all'*actio* e, in un secondo tempo, anche anzitutto - se non solo - di debito come oggetto dell'obbligazione.

13. Alla luce di queste precisazioni deve richiamarsi

D. 50. 16. 19 (Ulp. 11 *ad ed.*) *Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam agantur, quaedam gerantur, quaedam contrahantur: et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci συνάλλαγμα vocant, veluti*

⁵⁴ D. 2.14.7.5 (Ulp. 4 *ad ed.*).

⁵⁵ Alla radice di molti fraintendimenti della antica dottrina sul contratto è l'uso equivoco di 'vincolo' (specialmente in Bonfante) contro cui v. specialmente P. VOICI, *La dottrina romana del contratto*, cit., 2 ss.

*emptionem venditionem locationem conductionem societatem: gestum rem significare sine verbis factam.*⁵⁶

Non può essere dubbio che ‘*quaedam agantur, quaedam gerantur, quaedam contrahantur*’ si dice qui di atti, come indicano le espressioni corrispondenti ‘*actum*’, ‘*contractum*’, ‘*gestum*’, sia che si tratti di participi passati o di sostantivi,⁵⁷ e come confermano gli esempi rispettivamente portati, specialmente quelli relativi a ‘*contractum*’ (*emptio venditio locatio conductio societas*)⁵⁸ riassunti nella spiegazione di *contractum* come *ultra citroque obligatio*, per cui, qualunque sia il valore di ‘*ultra citroque*’, ‘*obligatio*’ appare qui come termine usato certamente per indicare l’atto vincolante, non il rapporto obbligatorio che la dogmatica classica individua come nascente da esso.⁵⁹ Perciò, ‘*contractum*’, anche se participio passato, può indicare pure il rapporto

⁵⁶ Se qui richiamo D. 50.16.19 e, di seguito, D. 2.14.1.3 non è per riprendere, attraverso questi due testi fondamentali, il tema trattato in *Il contratto nel pensiero di Labeone* (1983), dei cui risultati mi ritengo pago e sui quali, come è abitudine assunta per ogni mio scritto, non torno, convinto che ogni libro debba vivere la sua vita, in cui l’autore non può più entrare continuando a svolgere gli stessi temi e addirittura impegnandosi in sterili polemiche. La ragione dell’attuale interesse è data dalla possibilità che anche D. 50.16.19 e D. 2.14.1.3 forniscano spunti per la presente ricerca, che è sviluppo della precedente, e mira ricostruire una nuova storia dell’*obligatio*.

⁵⁷ Sulla questione v. R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit., 10 ss. Se si tratta di participi passati, bisogna trattarsi dal grave rischio, di cui io stesso non dovo l’adeguato avvertimento, di scambiargli con i rapporti nascenti dagli atti (e, quindi, per *contractum*, con l’obbligazione, invece che con il rapporto contrattuale, che è cosa diversa sia dogmaticamente che storicamente).

⁵⁸ Quanto ad *actum* non fa difficoltà il fatto che si dica ‘*ut in stipulatione vel numeratione*’, perché, a parte la possibilità di erronea inserzione di ‘*in*’ ad opera del copista, la preposizione appare usata per far riferimento a ‘ciò che avviene nei casi portati ad esempio’, sì da essere considerato piuttosto che l’atto, nel momento del suo compimento, il suo risultato (anche per noi indicato come ‘atto’, indipendentemente dalla possibilità che esso abbia prodotto un ulteriore effetto, di cui sia la causa, analogamente a quel che avviene per il contratto, riguardo al rapporto contrattuale, da un lato, e al rapporto obbligatorio, dall’altro). Quanto a ‘*gestum*’, la spiegazione come ‘*res gesta*’ si coglie nello stesso ordine di idee. ‘*Res gesta*’ è l’impresa come atto e come risultato, nella contiguità di significati tra l’attività e il suo prodotto, senza che quest’ultimo debba essere considerato come distinto, come avviene per il rapporto obbligatorio rispetto alla sua causa (contratto o atto illecito).

⁵⁹ Cfr. W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*, cit., 25.

contrattuale, non il rapporto obbligatorio.⁶⁰

Per le stesse ragioni deve richiamarsi

D. 2.14 1.3 (Ped. *apud* Ulp. 4 *ad ed.*) *Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat...*

Il tratto ‘*nullum esse contractum, nullam obligationem*’ non impiega *contractus* e *obligatio* in endiadi, quasi che si sia parlato di obbligazioni nascenti da contratto, come sostiene una parte della dottrina,⁶¹ tanto

⁶⁰ Dico ciò per puntualizzare quanto ritenuto in R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit., 11 ss., ove, ammesso che ‘*contractum*’ possa essere, piuttosto che forma del sostantivo *contractus*, forma del verbo ‘*contrahere*’, concedo alla tesi da me combattuta che potesse avere il significato di rapporto nascente dal *contrahere*, usando un termine (‘nascente’) da cui può derivare l’equivoco, che io stesso posso non avere in quelle pagine evitato, che si tratti del rapporto obbligatorio, mentre si tratta, comunque, del rapporto contrattuale, dal quale quello obbligatorio va dogmaticamente e storicamente distinto. Cfr., del resto, quanto da me affermato (*op. cit.*, 64 s.) a proposito di D. 17.1.8.pr., che parla di *initium contractus*, nella probabile prospettiva, come avvertivo, del ‘rapporto contrattuale’.

⁶¹ V. F. GALLO, *Eredità di giuristi romani in materia contrattuale*, in *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea. Atti del convegno di diritto romano*. Siena 14-15 aprile 1989, 47, nt. 93; A. BURDESE, *Divagazioni in tema di contratto romano tra forma, consenso e causa*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, I, Napoli 2001, 346; A. SCHIAVONE, *La scrittura di Ulpiano. Storia e sistema nelle teorie contrattualistiche del quarto libro ‘ad edictum’*, in *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea*, Napoli 1991, 135; T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto*, Padova 2004, 67; R. FIORI, ‘*Contrahere*’ in *Labeone*, cit., 317, nt. 21, che non analizza 2.14.1.3, limitandosi ad affermare, al riguardo, che ‘ai Romani era infatti presente la necessità dell’accordo in ogni obbligazione contratta’ e non tiene conto delle ragioni addotte in senso contrario da C. A. CANNATA, *Labeone, Aristone e il synallagma*, in *IVRA* 58, 2010, 56, che rileva la mancanza di una replica dell’aggettivo ‘*nullum-nullam*’ e la dipendenza della relativa ‘*quae non habeat in se conventionem*’ solo da ‘*obligationem*’, sicchè - dato che ciò che può avere in sé un accordo non può essere l’obbligazione - *obligatio* deve significare l’atto obbligatorio. P. VOCI, *La dottrina romana del contratto*, cit., 300, sosteneva l’idea dell’endiadi, ma successivamente, (1983) 128, si è mosso nel mio senso, arrivando a chiedersi se *obligatio* non possa indicare l’atto vincolante finanche nella quadripartizione gaiana: *re contrahitur obligatio; verbis obligatio fit; litteris obligatio fit; consensu fiunt obligationes*; per R. KNÜTEL, *La causa nella dottrina dei patti*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*. Il congresso internazionale ARISTEC, Palermo 7-8 giugno 1995, 133 ‘*obligationem*’ in D. 2.14.1.3 va riferito ‘ai rapporti obbligatori contrattuali unilaterali’.

più in quanto la testimonianza di Pedio è collegata a quella di Labeone, poiché è innegabile che Pedio, nell'accostare contratto e *obligatio* (anche a prescindere dalla rilevazione del comune contenuto convenzionale, come indicato, per me, in Labeone dalla espressione 'ultra citroque') riecheggi la definizione di Labeone del contratto in termini di *obligatio* come atto vincolante e non come rapporto obbligatorio.⁶²

E, per tornare al tema che costituisce oggetto delle attuali riflessioni, deve richiamarsi

D. 2.14.58 (Ner. 3. membr.) *Ab emptione venditione, locatione conductione ceterisque similibus obligationibus quin integris omnibus consensu eorum, qui inter se obligati sint, recedi possit, dubium non est...*

ove⁶³ ancora una volta 'obligatio' è l'atto vincolante, non il rapporto obbligatorio che ne nasce, tanto da essere affiancato, in questo senso, ai contratti di *emptio venditio* e di *locatio conductio* come suscettivi di risoluzione, *re integra*, mediante il consenso, come si riscontra nel tratto 'Aequo-fin.' di D. 46.3.80.

14. La conclusione del discorso che siamo venuti conducendo per

⁶² V. già R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit., 204 ss., con cit. della dottrina concorde (194, nt. 90). Adde W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*, cit., 25 ss., che richiama pure M. KASER, *Zur juristischen Terminologie der Römer*, in *St. Biondi I*, Milano 1965, 114 nt. 103 (concorde anche per D. 5.1.20), che mi era sfuggito; C. A. CANNATA, *Materiali per un corso*, cit., 82.

⁶³ Ai fini dell'attuale discorso è irrilevante il sospetto che si è avanzato in passato sulla generalizzazione contenuta nelle parole 'ceterisque similibus obligationibus' (condiviso da R. KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., 45 con la più antica dottrina cit. *ivi*, nt. 2.) Anche se si ammettesse che si tratti di una aggiunta al testo (ma depone in senso opposto la corrispondenza con 'nudi consensus obligatio' di D. 50.17.35 (Ulp. 48 *ad Sab.*), di cui pure è stata discussa la genuinità) non verrebbe meno il suo valore probatorio della persistenza di un significato di *obligatio* equivalente ad atto vincolante. Che si tratti di neologismo postclassico è escluso dal fatto che il significato di *obligatio* come atto vincolante rappresenta già nella piena età classica un valore marginale. Quanto al valore sostanziale della testimonianza è sufficiente qui richiamare, per l'estensione a tutti i contratti consensuali, A. GUARINO, *Per la storia del «contrarius consensus»*, in *Labeo* 14, 1968, 276 e nt. 41. Su D. 2.14.58 cfr. *infra*, § 17 sub b).

approfondire l'esegesi di D. 46.3.80 è che in questo testo 'quidquid', di cui si dice che 'contractum est', è ciascun atto concluso *re* o *verbis*. Analogamente, l'uso del pronome, nella variante 'aliquid', relativa al genere costituito dal *contrahere verbis*, indica atti e trova la sua particolare giustificazione nel fatto che le figure che fanno parte di questo genere sono diverse (oltre la *stipulatio*, la *dotis dictio* e la *promissio iurata liberti*), sicché *aliquid* avrà indicato uno di questi atti.

Perciò con questi atti *re* o *verbis* sono posti in relazione di equivalenza, in vista del principio di simmetria, nella chiusa 'Aequifin., atti come la *emptio* (e, se ne è genuina la menzione, la *venditio*, la *locatio*), dei quali si dice che, come quelli *re* e *verbis*, sono contratti (più precisamente, 'possono essere contratti) *nudo consensu*'. Il principio di simmetria che opera per questi ultimi, nel senso della corrispondenza al *contrahere consensu* del *dissolvere dissensu* o *contrario consensu*, opera analogamente per gli atti contratti *re* e *verbis*, nel senso della corrispondenza al *contrahere re* e al *contrahere verbis* rispettivamente del *solvere re* e del *solvere verbis*.⁶⁴

Non si tratta, per questi, come per quelli, di adempimento delle obbligazioni che ne nascono, ma di estinzione degli atti stessi. È di atti (*re* e *verbis*) che Quinto Mucio si occupa, nella prima parte di D. 46.3.80. L'adempimento delle obbligazioni che, per la dogmatica classica, ne nascono, rimane fuori da ogni considerazione.⁶⁵ Ciò è

⁶⁴ Il collegamento con il secondo periodo di D. 46.3.80 ottenuto con 'aeque' e la così espressa relazione di equivalenza di fenomeni estintivi è, come si è visto *supra*, § 6 e nt. 16, fondamentale per la comprensione del pensiero di Quinto Mucio. Non ne tiene conto, non avendo sottoposto a particolare esame esegetico D. 46. 3. 80, P. CERAMI, v. *Risoluzione del contratto*, cit., 1281 s., che è perciò indotto a prospettare una distinzione tra *actus contrarius* e *contrarius consensus*, per cui 'il *contrarius consensus* rimuove non soltanto l'*obligatio*, ma anche e soprattutto la 'causa' stessa dell'*obligatio*', laddove il *contrarius actus* produrrebbe l'effetto estintivo della *obligatio*, seppure a prescindere dall'effettività dell'adempimento. Perciò 'solvere' in D. 46.3.80 contrassegnerebbe, con specifico riferimento ai contratti verbali (letterali) e reali, l'obbligazione nascente dal contratto, mentre il verbo *dissolvere* contrassegnerebbe, con specifico riferimento alla compravendita e alla locazione-conduzione, il contratto stesso. Ma 'solvere' per Quinto Mucio riguarda l'atto, mentre la menzione dell'*obligatio*, così come l'alternativa 'vel re vel', sono spurie (sul punto v. *infra*, § 21). La *acceptilatio* ha per Quinto Mucio funzione estintiva dell'atto (v. *infra*, § 15).

⁶⁵ Cfr. già, anche se gli manca la consapevolezza che ciò è dovuto al più tardo riconoscimento della *obligatio*, G. VON BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* 3, Tübingen 1913, 24: «Man muß die Stelle so verstehen: 'Wie die

probabilmente dovuto al fatto che, non essendo stata ancora riconosciuta l'obbligazione, lo scioglimento del vincolo non è concepito ancora come scioglimento del rapporto obbligatorio, ma dell'atto e del rapporto contrattuale.

15. Contro questa conclusione non si può trarre argomento dalla *solutio re* e dalla *acceptilatio*: quanto alla *solutio re*, scambiandola per pagamento; quanto alla *acceptilatio*, ritenendo adempimento quello cui rinvia la sua formula o pensando che essa sia nata come remissione del debito, indipendente dall'adempimento.

Certo, in età classica, la *solutio re* vale come modo di estinzione dell'obbligazione contratta *re* e la *acceptilatio* vale come modo di remissione del debito. Si tratta della concezione che appare seguita dallo stesso Pomponio o, piuttosto, in quel che è riassunto del suo pensiero in D 46.3.107 (Pomp. 2 *ench.*), a patto che la *verborum obligatio* della quale in questo testo si parla non sia da intendere, come pur si potrebbe, come atto, ma come rapporto obbligatorio.⁶⁶

Ma, quanto alla *solutio re*, deve dirsi che non c'è ragione per escludere che originariamente essa sia stata concepita, piuttosto che come adempimento dell'*obligatio re contracta*, come atto contrario a quello vincolante concluso *re*, operando in vista della liberazione dal vincolo di responsabilità, piuttosto che per la soddisfazione del debito.⁶⁷

Quanto alla *solutio verbis* – a voler limitare il discorso alla

Knüpfung geschehen ist, so muß auch die Auflösung erfolgen: ein Realkontrakt kann nur durch Rückgabe, ein Verbalkontrakt nur *verbis*, ein Konsensalkontrakt nur durch *contrarius consensus* rückgängig gemacht werden. Es ist nur von der Form des Rückgängigmachens, nicht auch von der des Erfüllens die Rede».

⁶⁶ V. *ante*, p. 573 nt. 45 e *infra*, § 20.

⁶⁷ Cfr. l'osservazione di E. BETTI, *Appunti di teoria dell'obbligazione in diritto romano*, Roma 1953, 268 s., secondo cui il negozio estintivo (di mutuo) riunisce due funzioni, quella veramente estintiva del *vinculum* e quella satisfattoria dell'interesse del creditore; cfr. ID., *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*², Camerino 1955, 47: «Una volta accentuatosi nel rapporto il soddisfacimento dell'aspettativa del creditore, doveva operarsi uno spostamento di visuale dall'atto con cui il vincolo si scioglieva, all'atto con cui si sfuggiva alla sua attuazione soddisfacendo quell'aspettativa». A questo discorso può ben ricondursi la *solutio per aes et libram*, che lascio da parte perché Quinto Mucio non mostra di esservi riferito in quel che del suo pensiero rimane in D. 46.3.80.

*acceptilatio*⁶⁸ - è pur vero che il relativo formulario ('*Quod ego tibi promisi habesne acceptum? Habeo*') rinvia ad una *solutio* soddisfattiva vera o, secondo l'espressione di Gai 3. 169, '*veluti imaginaria*',⁶⁹ sicché l'atto può ridursi nel primo caso ad una quietanza, nel secondo ad una remissione del debito, ma, originariamente, esso deve avere implicato strettamente l'*accipere* il *promissum*⁷⁰ nella sua struttura verbale, sia

⁶⁸ Poiché D. 46.3.80 può, come indica il riferimento contenuto nell'indeterminato '*aliquid*', avere riguardato anche la *dotis dictio* e la *promissio iurata liberti*, il discorso dovrebbe estendersi ai relativi atti estintivi, che, in quanto diversi dalla *acceptilatio*, anche per la probabile struttura '*uno loquente*', non possono essere consistiti originariamente nel (o, almeno nel solo) pagamento.

⁶⁹ Sul problema del valore dell'espressione v. S. MOLLÁ NEBOT, *Extinción formal de las obligaciones verbales. La 'acceptilatio'*, Madrid 1993, 53 ss., con lett.

⁷⁰ La connessione originaria nella *acceptilatio* del pagamento con la pronunzia dei *verba* appare generalmente indiscutibile alla dottrina (v. per tutti M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., 173; cfr. specialmente S. SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione* I, cit., 18, per cui 'prima di diventare finti pagamenti ed essere in realtà modi di remissione del debito, la *solutio per aes et libram* e l'*acceptilatio* sono stati reali e solenni pagamenti'. Diversamente C.A. CANNATA, *Considerazioni sul testo e la portata originaria del secondo capo della lex Aquilia*, cit., 153 s. nega questo distacco perché ritiene che l'*acceptilatio* sarebbe nata come modo di remissione del debito. Così si spiegherebbe il fatto che la sanzione del secondo capitolo della *lex Aquilia* si riferisca alla *acceptilatio* compiuta dall'*adstipulator* in frode al creditore e non alla percezione della prestazione promessa dal debitore (profilo privilegiato dalle tesi del H. LÉVY-BRUHL, *Le deuxième chapitre de la loi Aquilia*, in RIDA 5, 1958, 508 ss. e del C. TOMULESCU, *Les trois chapitres de la lex Aquilia*, in IURA 21, 1970, 193 s. (contro i quali v. anche CORBINO [2004] 11 s., che aderisce a Cannata, ma resta, tuttavia perplesso circa il collegamento o meno della *acceptilatio* con l'effettivo pagamento). Ma è da rilevare, in senso contrario, che la tesi del Cannata presuppone quel che vuole dimostrare e, cioè, che al tempo in cui fu formulato il secondo capitolo della *lex Aquilia* la *acceptilatio* non costasse più che della pronunzia dei *verba*. Se, invece, si ritiene che normalmente anche allora la pronunzia fosse preceduta dall'accezione di quanto promesso, si può comprendere come il legislatore, nel prevedere l'illecito, abbia guardato al momento in cui l'atto si concludeva. Se si fosse espresso riferendosi semplicemente all'*accipere*, non avrebbe formulato una ipotesi di comportamento rilevante come lesivo dell'interesse dello *stipulator*, perché il semplice pagamento diretto verso l'*adstipulator* non avrebbe avuto effetto verso il primo, che avrebbe continuato a disporre dell'azione contro il *promissor*. Era alla pronunzia *verbis* collegata all'*accipere*, avesse o no l'*adstipulator* ricevuto qualcosa, che il legislatore doveva guardare, per sanzionare puntualmente ed efficacemente il comportamento fraudolento dell'*adstipulator*.

Il punto che rimane incerto è quello relativo all'epoca in cui il pagamento si è staccato dalla pronunzia dei *verba*.

Che ciò sia avvenuto già al tempo della *lex Aquilia* permettono di dubitare le tesi del Lévy-Bruhl e del Tomulescu. Che ciò sia avvenuto più tardi, ma già al tempo di Quinto

che la pronunzia avvenisse contestualmente, come dovette accadere normalmente nei primi impieghi, sia che avvenisse più tardi o che, al

Mucio, non permette di sostenere D. 46.3.80, data l'intrusione nel testo delle parole 'vel re vel' (come ammette lo stesso SOLAZZI, *op. cit.*, 16) e dello stesso termine 'obligatio' (v. *infra* § 21). Altre prove, come quelle, per una datazione più bassa, che si sono volute ricavare dalla testimonianza dei dittici e trittici pompeiani del 15-62 d. Cr., sono discutibili (v. S. SOLAZZI, *op. cit.*, 23 s., con lett.). M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale*, cit., 241; 245 (241) nt. 64, ha sostenuto che il semplice pagamento avesse effetto estintivo rispetto all'obbligazione verbale agli inizi del I sec. d. Cr.; non prima per P. KRETSCHMAR, *Die Erfüllung*, Leipzig 1906, 16 (cfr. 8 ss. per un esame di tutta la lett. precedente); per un eguale riferimento temporale v. S. MOLLÁ NEBOT, *Extinción formal de las obligaciones*, cit., 63, con lett. più recente.

Occorre, d'altra parte, appena ribadire quanto evidenziato nel testo circa il valore originario del pagamento (*rectius: accipere*) cui fanno riferimento i *verba* della *acceptilatio*.

Che si sia trattato di pagamento di somme di denaro è reso verosimile dalla ipotesi di A. MARCHI, *Storia e concetto dell'obbligazione romana*, Roma 1912, 122 ss., secondo cui la *stipulatio* non ebbe in origine ad oggetto che denaro da pagare in funzione di *poena*. Qualunque sia la corretta etimologia di *stipulatio*, certo è che quella ricordata da Fest. 379,3 *Stipem esse nummum signatum, testimonio est + de eo quae + datur stipendium militi, et cum spondetur pecunia, quod stipulari dicitur*; cfr. Fest. 412, 9 <Stipem pe>cuniam signat<am>.....ideo stipular<i>..... <in>terrogat a.....aes. e da Varr, *l.l.* 5.182 *Hoc ipsum stipendium a stipe dictum, quod aes quoque stipem dicebant.....et qui pecuniam alligat, stipulari et restipulari*, per cui il termine 'stipulatio' si connette a 'stips', rinvia ad una prassi in cui la *stipulatio* aveva per oggetto somme di denaro. Nello stesso senso depone l'impiego decemvirale della *legis actio per iudicis postulationem* di cui ai *certa verba* di Gai 4. 17.

La *stipulatio poenae* deve essere stata impiegata in luogo del pagamento immediato della somma di riscatto, occorrente per evitare l'atto esecutivo personale (cfr. la sostituzione della responsabilità dei *praedes* con la *cautio pro praede litis vindiciarum*, su cui v. R. SANTORO, *Il iudicatum facere oportere*, cit., 89 s.). Anche il pagamento della *poena promissa* non rappresenta ancora, tuttavia, adempimento di una obbligazione, ma mezzo inteso ad evitare le conseguenze dell'*actio*, per sua natura implicante l'esecuzione (v. R. SANTORO, *Il iudicatum facere oportere*, cit., 687 e nt. 1, con lett., e *passim*).

Se il pagamento cui fanno riferimento i *verba* della *acceptilatio* ha la funzione di estinguere l'atto *verbis* (quanto meno la *stipulatio*) che ha creato il vincolo, ciò non vuol dire affatto che alla *solutio* non si ricorresse altrimenti, sì da essere costretti a pensare che essa non operasse al di fuori di questo riferimento all'atto. Il soggetto vincolato aveva la possibilità di sottrarsi alla responsabilità che si facesse valere contro di lui mediante l'*actio* concludendo una *pactio*, estintiva dell'azione o anche, in sua mancanza, facendo *confessio extra ius* o, al limite, *in iure* e provvedendo con la *solutio per aes et libram* ad evitare l'esecuzione personale. Ma, sia che si trattasse di *solutio* estintiva dell'atto *verbis* causa dell'*actio*, sia che si trattasse di *solutio* estintiva, come nel caso di *pactio* e nei casi di *confessio*, dell'*actio* stessa, essa operava nella più antica funzione di *liberatio* dal vincolo di responsabilità e non, nella più recente, di adempimento del dovere di prestazione di cui alla obbligazione.

limite, un atto soddisfacitorio si desse solo per avvenuto. Perciò l'*acceptilatio* doveva ben rappresentare un atto *verbis* estintivo dell'atto vincolante *verbis* (v. specialmente D. 50.17.35 [Ulp. 48 *ad Sab.*]),⁷¹ piuttosto che un atto estintivo di un rapporto obbligatorio nato *verbis*. È proprio da quando la giurisprudenza cominciò a ritenere che da questo atto nascesse un rapporto obbligatorio, che cominciò a svilupparsi la *solutio* come adempimento di questo rapporto al posto della *solutio verbis* dell'atto *verbis*, come comportante la liberazione dal vincolo di responsabilità che l'atto stesso creava, fungendo da *causa* della esposizione potenziale all'azione in cui il vincolo personale originariamente si risolveva.

Quanto ai contratti consensuali, può operare in funzione estintiva, *re integra*, il nudo consenso, che è anch'esso un atto. Nella seconda parte di D. 46.3.80 ('*Aeque-fin.*') Pomponio, cui il tratto probabilmente appartiene,⁷² parla di '*dissolvi*', non di *solvere* come 'adempiere'. Una allusione all'adempimento si può trarre solo da '*etiam*', che è, come vedremo, glossema, che capovolge la logica del discorso.⁷³ Il termine '*dissolvi*' è riferito anch'esso al contratto, non alla obbligazione. Il *contrarius consensus* è fondamentalmente modo di risoluzione dei contratti consensuali, nonché dei relativi rapporti contrattuali.⁷⁴ Dell'adempimento delle obbligazioni consensuali D. 46.3.80 non tratta. La sua storia deve scriversi al di fuori di questa testimonianza, in vista di quelle che permettono di connettere il riconoscimento dell'*obligatio*, di cui l'adempimento è il principale effetto estintivo, al carattere assolutorio, in specie, delle *actiones in personam* di buona fede.⁷⁵

16. Della interpretazione per cui D. 46.3.80 fa riferimento non

⁷¹ V. *infra*, § 17. In questo senso cfr. W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältniss*, cit., 39 ss., su cui C. A. CANNATA, *Atto giuridico e rapporto giuridico*, cit., 338 ss.

⁷² Su questa attribuzione di paternità v. *infra*, § 21.

⁷³ V. *supra*, § 6 e *infra*, § 21.

⁷⁴ V. W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältniss*, cit., 45 ss., su cui C. A. CANNATA, *Atto giuridico e rapporto giuridico*, cit., 341 ss.

⁷⁵ Sul tema mi propongo di tornare per uno sviluppo delle idee enunciate in '*Omnia iudicia absolutoria esse*', cit. in nt. 2.

alle obbligazioni, ma agli atti vincolanti, non si potrebbe trovare più puntuale conferma di quella che offre il corrispondente passo dei Basilici.⁷⁶ Se si legge

Bas. 26.5.80: Ἐπι τῶν τρόπων τὰ συναλλάγματα συνίσταται, τῷ αὐτῷ καὶ διαλύεται· τὰ μὲν τῆς ἐν πράγματι ἀγωγῆς διὰ τῆς καταβολῆς, τὰ δὲ ταῖς ἐν ἐπερωτήσεσι δι' ἀποχῆς· τὰ δὲ τοῖς ἐν συναλλάγμασι κυρίως, οἷον πράσσει καὶ τοῖς τοιούτοις, διὰ συμφώνου.

(= Heimbach, III 124) *Quomodo contractus consistunt, eodem et dissolvuntur: qui re quidem contrahuntur, solutione: qui vero stipulatione, acceptilatione: qui vero proprie consensu, puta venditiones et tales, pacto.*

si constata immediatamente che il discorso sul principio di simmetria è riferito ai 'συναλλάγματα',⁷⁷ e solo a quelli, non alle 'ενοχάι' (ai contratti, non alle obbligazioni) e non solo all'inizio, ove

⁷⁶ Il testo deriva, come può dirsi in generale degli estratti dei *Digesta* inseriti nei Basilici, con maggiore probabilità dalla *summa* dell'Anonimo, composta anteriormente al 580, o dalla *summa* di Cirillo. V. N. VAN DER WAL – J. H. LOKIN, *Historiae iuris graecoromani delineatio*, Groningen 1985, 47 s.; 82.

⁷⁷ R. FIORI, *Contrahere e solvere obligationem*, cit., 1970 ss., poichè ritiene che l'interesse definitorio di Quinto Mucio non dovesse indirizzarsi tanto verso il *contrahere* quanto verso il *solvere* e, in relazione alla collocazione palinogenetica, riguardasse la remissione delle obbligazioni, è costretto a immaginare 'che il commentatore bizantino avesse dinanzi agli occhi non solo la versione giustiniana, ma anche l'originale classico del frammento, nel quale doveva essere presente un riferimento alla *solutio per aes et libram* ('καταβολή' avrebbe, perciò il senso, non di *solutio*, ma di remissione). A parte le difficoltà che l'ipotesi comporta, a toglierle fondamento è il fatto che il passo dei Basilici si riferisce ai συναλλάγματα e che nelle fonti bizantine 'συνάλλαγμα' non indica il 'contratto' come *obligatio contracta*, come lo stesso R. FIORI, 'Contrahere' in Labeone, cit., 328, nt. 70, ritiene richiamando G. FALCONE, *Genesi e valore della definizione di ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ nella parafrasi di Teofilo*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca* 3, Napoli 2001, 65 ss. che, però, è di idee del tutto diverse, in quanto, a riguardo della definizione di PT 3.13.2, afferma (v. specialmente p. 90) che 'mentre Labeone si esprimeva in termini di identificazione tra il συνάλλαγμα e l'*obligatio* (intesa come atto obbligante), Teofilo rappresenta il συνάλλαγμα in chiave di fonte dell'*obligatio*, intesa come rapporto obbligatorio' ('συνάλλαγμα ἐστὶ ... σύνοδος τε καὶ συναίνεσις ἐπι τὸ συνίστασθαι ἐνοχῆν κτλ.'). non discostandosi su questo punto dalla rappresentazione gaiana del contratto come fonte di *obligatio*.

il principio è espresso in termini generali, ma anche nella chiusa, ove, con riferimento a quelli consensuali, si parla di ‘συναλλάγματα’ ‘κυρίως’ (= ‘in senso proprio’), in quanto equivalenti ad accordi. Independentemente da ogni consapevolezza della storia, il compilatore dei Basilici o, piuttosto, lo studioso del VI secolo dalla cui opera il testo dei Basilici è stato escerpito, nell’usuale sintesi rendeva fedelmente, nel suo nucleo essenziale, il senso proprio di D. 46.3.80, eliminando il superfluo e superando, così, le difficoltà che per la sua corretta interpretazione potevano nascere dagli elementi intrusi che ne falsano, fortunatamente solo in parte, il dettato.

E merita di essere citata la interpretazione ancora più recisa nello stesso senso di Francesco d’Accursio, contenuta nella

Glossa *ad D. 46.3.80* *Ista lex nihil aliud dicit, quam quod omnis contractus solvitur per ea per quae factus est, vel ligatus; ut si verbis factus est, verbis dissolvatur. Si re, etiam rei solutione solvatur. Si consensu: tunc dissensu solvatur.*

17. Che questa sia stata la portata del principio contenuto in D.46.3.80 è confermato da un gruppo di frammenti che più o meno direttamente lo riflettono. Si tratta di D. 46.4.8.3; di D. 50.17.35 e di D. 46.2.2, tutti provenienti dal l. 48 *ad Sab.* di Ulpiano. Secondo la ricostruzione palinogenetica del Lenel essi rientravano, nell’ambito della trattazione della *verborum obligatio* cui erano dedicati i libri 45-50 *ad Sab.*, nella parte del libro 48 contenente la trattazione della *acceptilatio* (che trova sede anche nel libro 50) e appaiono ben riuniti nello stesso numero,⁷⁸ nel seguente ordine:

D. 46.4.8.3 *Acceptum fieri non potest, nisi quod verbis colligatum est: acceptilatio enim verborum obligationem tollit, quia et ipsa verbis fit: neque enim potest verbis tolli, quod non verbis contractum est.*

D. 50.17.35 *Nihil tam naturale est quam eo genere quidquid dissolvere, quo colligatum est: ideo verborum obligatio verbis tollitur:*

⁷⁸ Lenel vi riconduce, per ultimo, anche D. 36.3.8, che è più lontano dal tema trattato dai primi tre.

nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur.

D. 46.2.2 *Omnes res transire in novationem possunt: quodcumque enim sive verbis contractum est sive non verbis, novari potest et transire in verborum obligationem ex quacumque obligatione, dummodo sciamus novationem ita demum fieri, si hoc agatur, ut novetur obligatio: ceterum si non hoc agatur, duae erunt obligationes.*

a) In rapporto al tema trattato in questa parte del libro 48 *ad Sab.*, l'enunciazione iniziale del primo frammento (D. 46.4.8.3)⁷⁹ stabilisce il principio che solo 'quod verbis colligatum est' può 'acceptum fieri'. Che si usi questa terminologia ('colligatum' in senso traslato è presente solo qui e nel successivo D. 50.17.35), lungi dal costituire motivo di sospetto, può trovare spiegazione in una scelta lessicale propria di Sabino, cui almeno le parti iniziali dei due testi possono ricondursi. La motivazione, nella proposizione successiva (*acceptilatio enim – verbis fit*), è fondata sul rilievo che la *acceptilatio*, come atto che si compie *verbis*, estingue la *verborum obligatio*. Ciò è vero al punto che – si dice nella chiusa – non si può estinguere *verbis* 'quod non verbis contractum est'. È probabile che l'enunciazione iniziale sia un 'sabinianum' e così pure la motivazione successiva. È altrettanto probabile che sia invece di Ulpiano la chiusa, che la ribadisce (anche perché usa 'contractum' e non 'colligatum').

Ma a che cosa si riferiscono 'quod verbis colligatum est' dell'enunciazione iniziale e 'quod non verbis contractum est' della chiusa? Al rapporto obbligatorio, nato da un atto verbale, o allo stesso atto verbale? Il fatto che nella motivazione (*acceptilatio enim verborum obligationem tollit, quia et ipsa verbis fit*) l'efficacia estintiva di un atto verbale come la *acceptilatio* sia riferita alla *verborum obligatio* rende possibile il riferimento all'atto. La prova di questo riferimento si può

⁷⁹ La critica, a parte qualche rilievo, come l'uso di 'colligatum', è orientata nel senso della genuinità del testo: V. R. KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., 16, con lett.; adde B. ALBANESE, *Gli atti negoziali*, cit., 97, nt. 278, che ritiene probabilmente di origine glossematica l'ultimo periodo. F. SCHULZ, *Sabinus-fragmente in Ulpian-commentar*, Halle 1906, 268, ritiene che il testo sia tutto di Sabino; diversamente R. ASTOLFI, *I libri tres iuris civilis di Sabino*², Padova 2001, 269 e nt. 330, ritiene che in D. 46.4.8.3 il tratto 'neque-fin.' ripeterebbe il contenuto di quanto lo precede e perciò non l'attribuirebbe a Sabino, ma farebbe cominciare da esso il commento di Ulpiano, che continuerebbe in D. 50.17.35.

trarre da quanto si dice nel secondo frammento.

b) D. 50.17.35 è stato attaccato dalla critica⁸⁰ già in ragione del fatto che non appare credibile che Ulpiano abbia trattato due volte⁸¹ nello stesso libro del principio di simmetria, sicchè non rimarrebbe da ammettere o che D. 46.4.8.3 e D. 50.17.35 si riportino ad un comune Urtext o che il primo è stato costruito sul secondo. Ma la giustificazione della presenza nel libro 48 *ad Sab.* di Ulpiano dei due passi si trova nel fatto che D. 50.17.35 contiene la motivazione di quanto affermato in specifico riferimento alla *acceptilatio* in D. 46.4.8.3, attraverso il richiamo del principio generale di simmetria

Altre critiche sono state tuttavia rivolte non solo contro la formulazione dello stesso principio, in ragione della qualifica attribuitagli di *'naturalè'*; dell'uso di *'dissolvere'* al posto di *'dissolvi'*, di *'quidquid'* perché direbbe troppo, di *'colligare'*, testimoniato altrove solo da D. 46.4.8.3, ma anche contro l'affermazione successiva costituita dalla menzione della *'nudi consensus obligatio'*, in ragione della singolarità dell'espressione, a fronte dell'uso frequente di *'verborum obligatio'* e della qualifica del consenso (*nudus consensus*) altrove spesso interpolata,⁸² sicchè il tratto finale *'nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur'* dovrebbe ritenersi di origine compilatoria.⁸³

Al di là dell'opinabilità di alcuni fra questi rilievi (circa la qualifica *'naturalè'*, la forma *'dissolvere'*, l'uso, come già visto, di *'colligatum'*, la qualifica *'nudi consensus'*), vanno evidenziati indizi di corrispondenza di D. 50.17.35 con D. 46. 3. 80.⁸⁴ Così, per quel che riguarda la prima parte di D. 50.17.35, l'uso del pronome neutro *'quidquid'* e il riferimento al *'genus'*, che richiamano la base su cui si

⁸⁰ Su D. 50.17.35 v. R. KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., 15 ss., con cit. della più diffusa dottrina che ne nega la classicità.

⁸¹ In realtà anche D. 46.2.2 si richiama al principio di simmetria, come vedremo *sub* c).

⁸² In senso contrario basta citare Gai 3. 154.

⁸³ R. KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., 17 e ntt. 54-58 (qui lett.). Lo ritiene genuino, salvo ad aggiungere un riferimento alla sola *emptio*, S. PEROZZI, *Il contratto consensuale classico*, cit., 580 ss.

⁸⁴ La corrispondenza è accennata anche in R. KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., 15.

muoveva, secondo D.46.3.80, la riflessione di Quinto Mucio (anche se *'quidque'* di D. 46.3.80 è più specifico e *'quidquid'* più generalizzante) e lo strumento diairetico da lui applicato (il *genus*, appunto). Così pure, per quel che riguarda la seconda parte di D. 50.17.35, nella chiusa, la menzione dell'effetto risolutivo dovuto all'atto del contrario consenso, che corrisponde al discorso di Pomponio nel secondo periodo di D. 46.3.80.

Quest'ultimo rilievo spiega il significato dell'espressione *'nudi consensus obligatio'* in D. 50.17.35, ove *obligatio* assume chiaramente il valore di atto vincolante del nudo consenso.⁸⁵ Ne è pertinente conferma il richiamo di un testo già citato⁸⁶ e, cioè, di D. 2.14.58 (Ner. 3 membr.) *Ab emptioe venditione, locatione conductione ceterisque similibus obligationibus quin integris omnibus consensu eorum, qui inter se obligati sint, dubium non est ...*, in cui si afferma - come in D. 50.17.35 (Ulp. 48 *ad Sab.*) nel tratto *'...nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur'* - lo stesso effetto risolutivo del *contrarius consensus* e lo si fa riferendolo ad *obligationes* nel senso di atti vincolanti.

Perciò si deve ritenere che in D. 50.17.35 (Ulp. 48 *ad Sab.*) anche il tratto precedente (*ideo verborum obligatio verbis tollitur*) rechi un impiego di *obligatio*, nell'espressione *'verborum obligatio'*, come atto vincolante dei *verba*.⁸⁷

Ora la struttura palinogenetica di D. 50.17.35 si delinea interamente in modo chiaro. Nel primo periodo (*Nihil - colligatum est.*) deve riconoscersi un *sabinianum*.⁸⁸ Nel secondo periodo (*ideo - dissolvitur*) deve riconoscersi l'apporto di Ulpiano. Questa struttura corrisponde a quella di D. 46.3.80. In D. 50.17.35 Sabino richiama, a motivazione di quanto affermato in D. 46.4.8.3, il principio generale di simmetria di cui alla diairesi di Quinto Mucio della prima parte di D. 46.3.80

⁸⁵ Il sintagma è costruito con il genitivo analogamente al sintagma *'verborum obligatio'*, in cui, come abbiamo visto *supra*, p. 573, nt. 45, il genitivo deve avere espresso, almeno inizialmente, l'idea di un atto vincolante dei *verba*.

⁸⁶ V. *supra* § 13.

⁸⁷ Cfr. *supra*, nt. 45.

⁸⁸ Ritengono probabile trattarsi di *sabinianum* P. VOCI, *La dottrina romana del contratto*, cit., 81 (80) nt. 2; A. GUARINO, *Per la storia del «contrarius consensus»*, cit., 276; riconduce tutto D. 50.17.35 a Sabino F. GALLO, *Synallagma e conventio*, cit., 35 s.

(A *'quidque contractum est'* di Quinto Mucio corrisponde *'quidquid ...colligatum est'* di Sabino). Ulpiano svolge nel secondo periodo di D. 50.17.35 le applicazioni del principio che riguardano non soltanto la *verborum obligatio*, ma anche - in corrispondenza con lo svolgimento che è fatto nel secondo periodo di D. 46.3.80, da parte di Pomponio, probabilmente, riguardo ad almeno una figura (la *emptio*) di contratto consensuale - la *nudi consensus obligatio*. In questo discorso il termine *'obligatio'* è usato sempre nel significato di atto vincolante.

Per tornare a D. 46.4.8.3, siamo ora in grado di ritenere provato quanto più su assertito. Come in D. 50.17.35, anche in D. 46.4.8.3 il sintagma *'verborum obligatio'*, impiegato in un tratto, come si è detto, probabilmente anch'esso di paternità sabiniana, si riferisce all'atto vincolante. Così, come avevamo intravisto, si spiega pienamente la motivazione circa l'effetto estintivo della *acceptilatio*. Poiché essa è atto che si compie *verbis*, estingue un atto, come la *verborum obligatio*, che si compie *verbis* (*acceptilatio enim verborum obligationem tollit, quia et ipsa verbis fit*), conformemente alla premessa del discorso (*Acceptum fieri non potest, nisi quod verbis colligatum est*), che inversamente dice che non si può compiere *acceptilatio* se non relativamente ad un atto concluso (per Sabino *'colligatum'*) *verbis*.⁸⁹

c) D. 46.2.2 appare connesso a D. 46.4.8.3 e a D. 50.17.35 perché anch'esso riguarda il principio di simmetria in materia di vincoli personali.⁹⁰ Ne indica, tuttavia, il superamento che avviene nella *novatio*, per cui *'quodcumque enim sive verbis contractum est sive non verbis, novari potest et transire in verborum obligationem'*.

Questo discorso potrebbe indurre a ritenere che qui si parli della *verborum obligatio* nel senso di rapporto obbligatorio già per il fatto che del *transire* di cui si tratta si dice immediatamente dopo che può

⁸⁹ Il risultato coincide con quanto assertito, con cenno a D. 46.4.8.3 e D. 50.17.3, da V. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältniss*, cit., nell'ambito della trattazione (pp. 39 - 44) della *acceptilatio* come atto contrario rispetto alla *stipulatio*. Cfr. C. A. CANNATA, *Atto giuridico e rapporto giuridico*, in SDHI 57, 1991, 338 ss.

⁹⁰ Ne ammette la genuinità R. KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., 16, previa l'integrazione, non strettamente necessaria, di un iniziale *'Sed'*; ivi, 16 s. nt. 53, le indicazioni della lett. favorevole e contraria.

avvenire *'ex quacumque obligatione'* e per il fatto che nella chiusa (riguardante l'*animus novandi*) si fa discorso di *obligationes (...ut novetur obligatio....duae erunt obligationes)*.⁹¹

Ma la ragione più grave è data dal fatto che, effettivamente, secondo la visuale classica, il fenomeno novativo sembra svilupparsi esclusivamente sul piano funzionale dei rapporti obbligatori. Lo mostra la definizione conservata nel frammento precedente, D. 46.2.1 pr., dello stesso Ulpiano, ma tratta dal l. 46 *ad Sab.*⁹² Lo mostra egualmente l'inquadramento gaiano (Gai 3.176) della *novatio* tra i modi di estinzione dell'obbligazione.⁹³ Nello stesso senso va richiamata la testimonianza dello stesso Gaio contenuta in Gai 3.170, in cui, dopo avere trattato, come vedremo di qui a poco,⁹⁴ del principio di simmetria riguardo alle *obligationes quae ex verbis consistunt*, avendo riguardo, appunto, ai rapporti obbligatori, si parla del suo superamento affermando che *'id quod ex alia causa debeatur,*

⁹¹ É, tuttavia, probabile che si tratti di aggiunte glossematiche: *'ex quacumque obligatione'*, perchè tale precisazione è già contenuta precedentemente nel tratto *'quodcumque - non verbis'*; tutta la chiusa *'dummodo - obligationes'*, perchè la limitazione relativa alla necessaria presenza dell'*animus novandi* eccede il discorso di cui alla prima parte, che riguarda il superamento del principio di simmetria. Anche se si deve ammettere che queste aggiunte riflettano comunque il pensiero classico (la prima, perchè la *novatio* ha assunto la funzione di *'transfusio atque translatio'* da un'obbligazione ad un'altra; la seconda perchè l'*animus novandi*, anche se non rappresenta un elemento della novazione, è preso in considerazione dai classici come criterio di interpretazione dell'*'id quod agitur* (sul punto v., per tutti, P. LAMBRINI, *La novazione. Pensiero classico e disciplina giustiniana*, Padova 2006, 34 ss.), esse sono comunque ininfluenti per il mio discorso, che è orientato, come si vedrà nel testo, verso la individuazione di una diversa concezione preclassica della *novatio*.

⁹² D. 46.2.1 pr. (Ulp. 46 *ad Sab.*) *Novatio est prioris debiti in aliam obligationem ... transfusio atque translatio*. Che non si tratti di un *sabinianum*, come pure generalmente si è inclini a pensare (R. ASTOLFI, *I libri tres iuris civilis di Sabino*¹, Padova 1983, 183 ss., con lett.) possono spingere a ritenere le osservazioni di F. BONIFACIO, *La novazione nel diritto romano*², Napoli 1959, 18 ss. Se lo si ammette, non è escluso che Sabino abbia parlato di *'obligatio'* come atto, piuttosto che come rapporto obbligatorio: v. *infra*, nt. 97, riguardo a D. 2.14.5 dello stesso Ulp. 46 *ad ed.*, in tema di *stipulatio Aquiliana*. Cfr il § 1, che riguarda la *prior obligatio*.

⁹³ V. Gai 3.176 *Praeterea novatione tollitur obligatio; veluti si quod tu mihi debeas, a Titio dari stipulatus sim. Nam interventu novae personae nova nascitur obligatio et prima tollitur translata in posteriorem, adeo ut interdum, licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis iure tollatur ...*

⁹⁴ V. *infra*, § 18.

potest in stipulationem deduci et per acceptilationem dissolvi’.

Tuttavia deve far riflettere, sul piano dogmatico, il fatto che la novazione non può essere rappresentata semplicemente nel suo aspetto funzionale, ma deve esserlo anche nel suo aspetto strutturale, in cui essa appare anche (basterebbe citare in proposito lo stesso Gai 3. 176 su riferimento⁹⁵) la sostituzione di una stipulazione con un’altra stipulazione.⁹⁶

Già per ciò in D. 46.2.2 la *verborum obligatio*, nella quale si dice che avviene il *transire* di cui alla *novatio*, può essere bene l’atto costituito dalla stipulazione novativa piuttosto che la *nova obligatio*.

Ma il discorso andrebbe sviluppato in linea diacronica. In questa prospettiva può apparire che, in una fase originaria della sua storia, la *novatio* ha riguardato atti, piuttosto che rapporti obbligatori. Ciò sembra risultare già dalla semplice lettura del testo della *stipulatio Aquiliana*⁹⁷ (per la sua collocazione storica è superfluo, ma, nell’ambito della nostra argomentazione, significativo ricordare che Aquilio Gallo fu allievo di Quinto Mucio), in cui della *obligatio* non si fa parola, e da certi rilievi che si possono fare pur in certe testimonianze giurisprudenziali che la riguardano, al di fuori della notizia che ne danno le Istituzioni giustiniane.⁹⁸

⁹⁵ V. *supra*, nt. 93, la parte finale del testo, in cui ho evidenziato il riferimento alla *prior* e alla *posterior stipulatio*.

⁹⁶ V. per il prezioso rilievo del profilo strutturale a fronte di quello funzionale M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 647.

⁹⁷ Riporto il testo nella lezione tramandata da D. 46.4.18.1 (Flor. 8 *inst.*), lasciando da parte la questione se sia da preferire la lezione tramandata da I. 3.29.2. : ‘*Quidquid te mihi ex quacumque causa dare facere oportet oportebit praesens in diemve, quarumque rerum mihi tecum actio quaeque adversus te petitio vel adversus te persecutio est eritve, quodve tu meum habes tenes possides: quanti quaeque earum rerum res erit, tantam pecuniam dari stipulatus est Aulus Agerius, spondit Numerius Negidius*’. *Quod Numerius Negidius Aulo Agerio promisit spondit, id haberetne a se acceptum, Numerius Negidius Aulum Agerium rogavit, Aulus Agerius Numerio Negidio acceptum fecit.*

⁹⁸ Certo, la presentazione del testo della *stipulatio Aquiliana* nelle Istituzioni giustiniane (I. 3.29.2) parla di *obligationes*, ma è diversa da quel che resta, a parte le alterazioni del testo, della introduzione al tema fatta da Fiorentino (D. 46.4.18 pr. *Et uno <et> [ex] pluribus contractibus vel certis vel incertis vel, quibusdam exceptis, ceteris et omnibus ex causis una acceptilatio et liberatio fieri potest.*), in cui si parla non di obbligazioni, ma di contratti. Né, in senso opposto, si può argomentare da D. 2.15.4 (Ulp. 46 *ad Sab.*) *Aquiliana stipulatio omnimodo omnes praecedentes obligationes novat et premit ipsaque peremittur per acceptilationem: et hoc iure utimur: ideoque etiam legata sub*

Dati i limiti della presente trattazione, in vista di una compiuta dimostrazione, basti qui rinviare, con un cenno di dimostrazione, a quanto abbiamo avuto già occasione di anticipare in altra sede.⁹⁹

La conclusione che si può ricavare dalla analisi dei primi due testi tratti dal l. 48 *ad Sab.* di Ulpiano (D. 46.4.8.3; D. 50.17.35) è che essi hanno a che fare con il principio di simmetria nella portata che dovette assumere in età risalente. A questa età riporta già il comune dato formale dell'indicazione generica, mediante pronomi (D. 46.4.8.3: *quod*; D. 50.17.35: *quid quid*), non dissimile da quella di D. 46.3.80, delle entità alle quali il principio stesso è riferito, nonché la paternità del riferimento, più o meno riconoscibile per la presenza di 'sabiniana' nei testi stessi. Per la sostanza va rilevato come, non diversamente da D. 46.3.80, i due testi rivelano la natura di queste entità, perché permettono di identificarli negli atti vincolanti che si contraggono e corrispondentemente si sciolgono e non nelle obbligazioni, che solo la giurisprudenza successiva vi collega come effetti che si costituiscono e si estinguono mediante gli atti stessi. Quanto al terzo testo (D. 46.2.2), seppure il tratto iniziale non

condicione relicta in stipulationem Aquilianam deducuntur. Anche ammesso che la prima parte sia un 'sabinianum', rimane da stabilire se Sabino abbia usato 'obligationes' nel senso di rapporti obbligatori o, piuttosto, nel senso di atti. In questo secondo senso non occorre invocare quanto è emerso dai 'sabiniana' di D. 46.4.8.3 e di D. 50.17.35 esaminati più su, poiché si può trarre argomento dallo stesso D. 2.15.4, in cui l'effetto estintivo prodotto dalla *acceptilatio* successiva alla *stipulatio Aquiliana* in senso stretto viene riferito non solo alle precedenti *obligationes*, ma, con lo stesso verbo 'perimerè', alla stessa *stipulatio Aquiliana*, che è un atto. La conferma è fornita dalla chiusa, che parla di deducibilità nella *stipulatio Aquiliana* dei *legata sub condicione*.

Troppo lungo sarebbe qui illustrare il riscontro del riferimento della *stipulatio Aquiliana* ad atti e non ad obbligazioni nel testo della stessa. Mi sono soffermato sullo stesso nelle lezioni richiamate in nt. 2 e conto di ritornarvi nella parte della versione definitiva di 'Per la storia della obligatio' dal titolo 'Actio. Iudicium: D. 44.7.51 (Cels. 3 dig.) - I. 4.6.pr.'

Quanto alla configurazione originaria della *novatio* in generale, notevoli suggestioni nel senso della mia tesi possono cogliersi, intanto, in F. BONIFACIO, *La novazione nel diritto romano*, Napoli 1950, 14 ss. e in W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*, cit., 124 ss. (Cfr. C. A. CANNATA, *Atto giuridico e rapporto giuridico*, cit., 366) con riguardo alla novazione condizionale (v. specialmente, per il riferimento all'atto, Gai 3.179 ... *durat prior obligatio* e ivi Servio Sulpicio ... *statim et pendente condicione novationem fieri*). Né per l'attribuzione a Servio Sulpicio di un impiego di *obligatio* nel senso di rapporto obbligatorio può citarsi Gai 3.156, dato il contesto, che si riferisce al mandato.

⁹⁹ V. nt. prec.

rappresenta un *sabinianum*, ma è stato scritto da Ulpiano (come induce a ritenere l'uso di 'contractum' invece di 'colligatum'), esso appare risentire della più antica formulazione del principio di simmetria per l'insistenza dell'impiego del pronome ('quodcumque', qui comunque riferentesi al rapporto obbligatorio) e per l'impiego del sintagma 'verborum obligatio', che indica l'atto novatorio vincolante pur nella configurazione classica della *novatio*, che esso continua a caratterizzare come elemento strutturale, spia della configurazione originaria per cui il fenomeno novativo dovette avere a che fare unicamente con atti vincolanti e non con rapporti obbligatori.

18. Più lontane dalla testimonianza di D. 46.3.80 appaiono le testimonianze di Gaio contenute in D. 50.17.100 (Gai. 1 *reg.*) e in Gai 3.170; di Paolo in D. 50.17.153 (Paul. 65 *ad. ed.*); e di Papiniano in D. 41.2.46 (Pap. 23 *quaest.*). Esse non sono direttamente collegate a D. 46.3.80 e non tramandano fedelmente il principio di simmetria. Ne contengono solo l'adattamento al diritto classico, non scervo da alterazioni postclassiche. Perciò, a parte certe oscillazioni,¹⁰⁰ esse riferiscono il principio non agli atti vincolanti, ma ai rapporti obbligatori che sono stati riconosciuti come loro effetto.

Tale portata si può scorgere in

D. 50.17.100 (Gai. 1 *reg.*) *Omnia quae iure contrahuntur, contrario iure pereunt.*¹⁰¹

La indeterminatezza della formulazione contenuta in questo testo del principio di simmetria, comunque qui riferentesi al campo dei vincoli personali, come assicura il fatto che si parla dell'oggetto di un *contrahere*, non è prova della sua origine non classica. Gaio potrebbe averlo espresso proprio in questi termini perché, risolvendosi ai suoi tempi gli atti nei rapporti obbligatori, era più conveniente sfumare in espressioni generiche, come 'omnia' e 'iure', 'contrario iure', il

¹⁰⁰ Le si possono rilevare forse in D. 50.17.100 (Gai. 1 *reg.*) e, più chiaramente, in D. 50.17.153 (Paul. 65 *ad. ed.*).

¹⁰¹ Sul testo v. R. KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., 3; F. GALLO, *Synallagma e conventio*, cit., 25 s., nt. 11.

riferimento originario agli atti e ai modi in cui il vincolo si costituiva e si estingueva.

Che Gaio privilegi la prospettiva del rapporto obbligatorio risulta, infatti, da Gai 3.170. Per apprezzarla, conviene tener conto anche del § precedente (Gai 3.169) al quale Gai 3.170 è collegato.

Poiché, muovendo dalla idea della *obligatio* come rapporto obbligatorio, in quanto nascente da contratto o da delitto (Gai 3.88), trattandosi di vincolo per l'adempimento dalla prestazione, Gaio attribuisce il ruolo di modo di estinzione principale alla *solutio eius quod debetur*, cioè all'adempimento (Gai 3. 168 *Tollitur autem obligatio praecipue solutione eius quod debetur*), la *acceptilatio* può continuare ad operare in funzione estintiva, nella nuova prospettiva del rapporto, '*veluti imaginaria solutio*', che realizza un tipo di remissione del debito.

Oggetto della *solutio* non è più l'atto, ma il rapporto. È questa, integrata nella prospettiva storica, la portata del § 169.

Gai 3.169 *Item per acceptilationem tollitur obligatio. Acceptilatio autem est veluti imaginaria solutio; quod enim ex verborum obligatione tibi debeam, id si velis mihi remittere, poterit sic fieri, ut patiaris haec verba me dicere: QUOD EGO TIBI PROMISI, HABESNE ACCEPTUM? et tu respondeas HABEO.*

Così si spiega l'inversione di pensiero che è contenuta nel successivo richiamo del principio di simmetria in

Gai 3.170 *Quo genere,*¹⁰² *ut diximus, <tantum eae obligationes solvuntur, quae ex verbis consistunt,> non etiam ceterae; consentaneum enim visum est verbis factam obligationem posse aliis verbis dissolvi.*¹⁰³

Veramente, che questo modo di estinzione delle obbligazioni fosse applicabile alle sole *obligationes quae ex verbis consistunt*, non alle altre, non era stato detto esplicitamente, come invece si afferma (*ut diximus*). Forse anche perciò si aggiunge che si è ritenuto coerente che

¹⁰² L'uso di '*genus*' è una lontana eco della diairesi di Quinto Mucio? V. *supra*, nt. 30.

¹⁰³ Su Gai 3.170 v. R. KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., 9.

un'obbligazione costituita *verbis* si possa estinguere *verbis*. Laddove, riferito all'atto, il principio di simmetria dava luogo ad una necessità di applicazione in funzione estintiva dell'atto contrario (D. 46.3.80: *ita solvi debet*), riferito al rapporto obbligatorio, che normalmente si estingue con la *solutio*-adempimento, qui¹⁰⁴ si dice che si è ritenuto (*visum est*) che esso dia luogo ad una semplice possibilità di impiego in funzione di remissione del debito (*obligationem posse aliis verbis dissolvi*).

Uno studioso del testo, nell'esemplare contenuto in PSI 1182, aggiunte a margine una glossa contenente un richiamo al libro 65 *ad ed.* di Paolo, che sembra bene riferirsi al principio di simmetria richiamato nel frammento dello stesso libro conservato dai compilatori giustinianeî in

D. 50.17.153 (Paul. 65 *ad ed.*) *Fere quibuscumque modis obligamur, isdem in contrarium actis liberamur, quibus modis adquirimus, isdem in contrarium actis amittimus, ut igitur nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est.*¹⁰⁵

Nella prima parte di questa testimonianza¹⁰⁶ il principio di simmetria concerne il nostro campo di indagine, essendo riferito agli atti costitutivi ed estintivi di un vincolo personale. La sua portata è definita da un generico '*ferè*'¹⁰⁷, che potrebbe indicare che esso si

¹⁰⁴ Si può ammettere la genuinità del tratto '*consentaneum-dissolvi*'. S. SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione* I, cit., 18 nt. 1; 315, ritiene che 'la frase è vuota ed interrompe il nesso del discorso' e insiste nel ritenerla di origine glossematica nonostante la sua presenza anche in PSI 1182 e il richiamo, nella glossa qui contenuta, al l. 65 *ad ed.* di Paolo, riferentesi, probabilmente, alla menzione del principio di simmetria contenuta in D. 50.17.153. Già G. VON BESELER, *Meletemata iuris Romani*, in *Mnemosyna Pappulias*, Athen 1934, 55, riteneva itp. [*quo genere-sed*] <et> *id quod*'. Per la genuinità del tratto v. R. KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., 9 nt. 18.

¹⁰⁵ Il testo è riprodotto in D. 41.2.8 (Paul. 65 *ad Sab.*) nella chiusa '*ut igitur - fin.*', con la sola variante della sostituzione ad '*ut igitur*' di '*Quemadmodum*'.

¹⁰⁶ Per la sua genuinità depone il richiamo di cui alla glossa di PSI 1182.

¹⁰⁷ Non c'è ragione di espungerlo: v. R. KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., 8 (*ivi*, 11, cit. della lett. contraria).

applica ‘di regola’¹⁰⁸ e potrebbe avere un significato limitativo. È comunque da ritenere che qui il principio di simmetria sia preso in considerazione piuttosto sotto l’angolo visuale degli atti costitutivi o estintivi di un vincolo (*quibuscumque modis obligamur, isdem in contrarium actis liberamur*) che dei vincoli stessi, anche se il suo richiamo è fatto in vista della applicazione ad una ‘situazione’ rappresentata dal possesso. Potrebbe essere questa la ragione atta a spiegare la presenza della glossa in PSI 1182. Lo studioso bizantino che l’ha aggiunta a margine del testo potrebbe avere richiamato il passo di Paolo per porlo a confronto critico del passo di Gai 3.170, così mostrando quella sensibilità alla portata più propria del principio stesso che, come abbiamo visto, si riflette, pur in ambiente bizantino, nella interpretazione di D. 46.3.80 ricevuta in Bas. 26.5.80.¹⁰⁹

Tuttavia è da riconoscere che è nella più recente prospettiva del rapporto obbligatorio che si inserisce pienamente il richiamo del principio di simmetria che è contenuto, in considerazione di una estensione analoga a quella della testimonianza di Paolo, in un testo che è attribuito a Papiniano nella stesura in cui attualmente appare in

D. 41.2.46 (Pap. 23 *quaest.*) ... *ut enim eodem modo vinculum obligationum solvitur, quo quaeri adsolet, ita non debet ignoranti tolli possessio quae solo animo tenetur.*¹¹⁰

non solo per il riferimento, anche qui fatto, alla ‘situazione’ possessoria, ma, soprattutto perché il ‘*vinculum obligationum*’ di cui si parla richiama la nozione di rapporto obbligatorio espressa nella definizione dell’*obligatio* presente in I. 3.13 pr. Peraltro, il testo

¹⁰⁸ Sul senso di ‘*ferè*’ v. HEUMANN-SECKEL *Handlexikon* 211 = ‘*in der Regel*’ ‘*insgemein*’, con riferimento a D. 50.17.153. Cfr. R. KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., 8. ‘*Quibuscumque*’ non è del tutto incompatibile con ‘*ferè*’ e, perciò, indizio di rielaborazione postclassica (così, invece, KNÜTEL, *op. cit.*, 9). La generalizzazione deve essere stata pensata riguardo al campo già limitato da ‘*ferè*’.

¹⁰⁹ Sulla interpretazione di Bas. 26.5.80 v. *supra*, § 16.

¹¹⁰ Da connettere a quanto si dice precedentemente in D. 41.2.44. 2 (Pap. 23 *quaest.*) i.f. e nella prima parte di D. 41.2.46, ove il principio è riferito all’acquisto e alla perdita del possesso.

potrebbe non appartenere a Papiniano,¹¹¹ per molteplici ragioni che hanno indotto la critica ad espungerlo.¹¹² Come espressione del pensiero postclassico o giustiniano esso si inquadrebbe pienamente nella prospettiva dogmatica più recente, affermata nelle Istituzioni imperiali.

Di questa prospettiva è espressione

I. 3.29.4 *Hoc amplius eae obligationes, quae consensu contrahuntur, contraria voluntate dissolvuntur. Nam, si Titius et Seius inter se consenserunt, ut fundum Tusculanum emptum Seius haberet centum aureorum, deinde re nondum secuta, id est neque pretio soluto neque fundo tradito, placuerit inter eos, ut discederetur ab emptione et venditione, invicem liberantur. Idem est et in conductione et locatione et omnibus contractibus, qui ex consensu descendunt, sicut iam dictum est.*

Il nucleo classico del testo è probabilmente costituito dalla parte centrale (*Nam-liberantur*)¹¹³, in cui si parla dell'incidenza del *contrarius consensus* sulla *emptio venditio*. Qui l'effetto risolutivo è espresso in termini generici. Invece, nella parte iniziale (*Hoc amplius-dissolvuntur*), probabilmente dovuta ai compilatori, l'enunciazione generale è riferita alle *obligationes*. E ad esse si guarda nella chiusa, che vi si richiama, anch'essa dovuta ai compilatori,¹¹⁴ nell'esempio aggiunto della *locatio conductio* e nel riferimento a tutti i contratti consensuali. Il fenomeno che li riguarda è indicato dal verbo *dissolvi*. Come si trae dalla collocazione del testo nel tit. 3.29 '*Quibus modis tollitur obligatio*', si tratta di estinzione delle obbligazioni. Neanche

¹¹¹ Ciò, anche se proprio il ricorrere frequente della espressione '*vinculum obligationis*' ha fatto ritenere ad alcuni studiosi (v. le citazioni dei testi e della lett. in G. FALCONE, '*Obligatio est iuris vinculum*', cit., 24, nt. 61) che la definizione di *obligatio* conservata in I. 3. 13 pr. sia dovuta a Papiniano. Per l'attribuzione a Gaio v. lo stesso Falcone, *op. cit.*, 30 ss.

¹¹² V. R. KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., 6 e nt. 16; cfr. *op. cit.*, 5 s. per le critiche alla parte precedente.

¹¹³ V. R. KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., 18, con lett. *ivi*, nt. 59.

¹¹⁴ Ritengono di origine compilatoria la parte iniziale e la chiusa particolarmente H. STOLL, *Die formlose Vereinbarung*, cit., 11 e G. GROSSO, *L'efficacia dei patti nei 'bonae fidei iudicia'*, in *St. Urbinati* 1, Urbino 1927, 49, nt. 3; ritiene spurio l'intero passo S. PEROZZI, *Il contratto consensuale classico*, cit., 177.

Gaio era arrivato a tanto, poiché il *contrarius consensus* non è menzionato nella sua opera istituzionale tra i modi di estinzione delle obbligazioni. Nella sistematica classica esso rappresenta, piuttosto, come si è visto, un caso di risoluzione del contratto.

19. Il bilancio che si può trarre dalla interpretazione di tutti i testi che si riferiscono al principio di simmetria in materia di vincoli personali permette di rilevare che, a parte D. 46.3.80, nessun altro testo classico contiene richiami espliciti alla estinzione per inadempimento delle obbligazioni.¹¹⁵ Ciò può trovare una spiegazione dogmatica nell'osservazione che la risoluzione o dissoluzione del rapporto obbligatorio si pone come qualcosa di qualitativamente diverso dall'adempimento.¹¹⁶ Ma, ad integrare questa spiegazione, può servire una spiegazione storica che, sull'asse della diacronia, ci permette di ascendere al tempo in cui l'adempimento non era ancora concepito come fatto estintivo del vincolo personale inteso, in quanto obbligazione, come obbligo di adempimento della prestazione, poiché l'obbligazione non era stata ancora riconosciuta dalla giurisprudenza e il vincolo si risolveva nella responsabilità come esposizione all'azione (*actioe adstringi, teneri*) direttamente dipendente dalla causa dell'azione, che è data da un atto.

È chiaro che in uno stadio di sviluppo del vincolo personale siffatto l'estinzione dello stesso dovesse incidere sull'atto. Perciò, il principio di simmetria doveva riguardare solo, da un lato, l'atto costitutivo del vincolo, dall'altro, l'atto estintivo contrario. È questa la portata delle testimonianze più antiche che vi si riferiscono, a partire da quella di Quinto Mucio, ma che comprendono probabilmente anche quelle riconducibili a Sabino. A misura che l'*obligatio* viene riconosciuta, il principio di simmetria si riflette sullo stesso rapporto obbligatorio, ma non al punto da potere essere confuso con l'adempimento, che è fatto satisfattivo dell'*obligatio*, come si vede in Gaio, sicchè, a parte le *obligationes re contractae* per le quali il *contrarius actus* satisfattivo coincide con quello risolutivo, per le

¹¹⁵ È il rilievo cui perviene M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale*, cit., 242 s. (241) nt. 64 (ma bisogna tener conto del richiamo implicito contenuto in Gai 3.170, su cui v. *supra* § 18).

¹¹⁶ M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale*, cit., 243 (241).

obligationes verbis il *contrarius actus* tende a ridursi alla diversa funzione marginale di modo di remissione dell'*obligatio*, mentre per le *obligationes consensu contractae*, esclusa ogni commistione con l'adempimento per l'affermazione della necessità che esso avvenisse *re integra*, esso continua ad operare sul piano originario dell'atto.

Solo in diritto giustiniano l'efficacia del principio di simmetria viene appiattita, anche per queste ultime, sul piano dell'*obligatio*.

20. Al fine di una compiuta analisi di D. 46.3.80 potrebbe rivelarsi utile il richiamo di un'altra testimonianza appartenente a Pomponio, alla quale abbiamo già accennato quando abbiamo passato in rapida rassegna quelle che parlano di '*verborum obligatio*',¹¹⁷ perché essa rientra tra le stesse.

Si tratta di

D. 46.3.107 (Pomp. 2 *ench.*) *Verborum obligatio aut naturaliter resolvitur aut civiliter: naturaliter veluti solutione aut cum res in stipulationem deducta sine culpa promissoris in rebus humanis esse desiit: civiliter veluti acceptilatione vel cum in eandem personam ius stipulantis promittentisque devenit.*

Tuttavia, è anzitutto dubbio che essa rifletta correttamente e compiutamente il pensiero di Pomponio, data la sua derivazione da un'opera (l. 2 *ench.*) di fattura postclassica.¹¹⁸

Quanto al contenuto, è incerto il senso da attribuire alla *verborum obligatio* di cui qui si parla, se quello di atto o di rapporto obbligatorio.

¹¹⁷ V. *supra*, nt. 45 i.f.

¹¹⁸ V. *ante*, p. 575 nt. 45. Vi si richiama già H. FITTING, *Die Natur der Correalobligationen*, cit., 107 s. Per la critica v. cit. in *Ind. Interp. ad h. l.*; più di recente vi fanno affidamento, tra gli altri, E. BETTI, *Appunti di teoria dell'obbligazione*, cit., 264 ss.; F. GALLO, *Synallagma e conventio*, cit., 29 s.; A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino 2005, 181; B. PERIÑÁN, *Pomponio la clasificación de los modos de extinción de las obligaciones*, in IURA 52, 2001, 180 ss., che tuttavia non si occupa della eventuale influenza su D. 46.3.80. Un accenno di critica, in ragione del fatto che l'enumerazione delle cause di estinzione non è esauriente, in S. SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione I*, cit., 5; più grave la critica di M. KASER, *Das römische Privatrecht*, München 1955, 531, nt. 3: «Schulmäßigen, nicht klassischen Ursprungs ist die Einteilung in Pomp. ench. (!) D. 46.3.107».

Tanto in un senso che nell'altro, comunque, il fatto che nel testo si tratta di modi nei quali la '*verborum obligatio*' '*resolvitur*' - se è Pomponio a parlare - e che fra essi sia menzionata da un lato (come un modo di risoluzione che opera *naturaliter*) la *solutio*, dall'altro (come un modo di risoluzione che opera *civiliter*) la *acceptilatio* potrebbe indurre a ritenere che in D. 46.3.80 quel che si dice nel tratto '*et cum verbis aliquid contraximus, vel re vel verbis obligatio solvi debet*', se non anche già a Quinto Mucio, si debba a Pomponio, sicchè non ci sarebbe ragione di espungere qui, come molti hanno fatto, almeno le parole '*vel re vel*'. Ne risulterebbe in qualche modo rafforzata l'interpretazione del pensiero inizialmente espresso da Quinto Mucio nel senso che '*ita et solvi debet*' significhi non un dovere, ma un 'dover potere' servirsi, per realizzare l'effetto estintivo, dell'atto contrario, senza esclusione della possibilità di ricorso alla *solutio*-adempimento. Così, la compresenza in D. 46.3.80 del profilo dell'adempimento con quello della dissoluzione o risoluzione del vincolo dovrebbe ammettersi al di là di ogni sospetto, tanto più in quanto in D. 46.3.107 si parla di '*resolvi*', ed anche se esso sia riferito alla *verborum obligatio* come atto, piuttosto che come rapporto obbligatorio.

A trattenere da siffatta conclusione è la struttura generale del discorso. Nell'ultima parte di D. 46.3.80 il profilo dell'estinzione considerato è, trattandosi di *contrarius consensus*, quello della risoluzione. Che in essa si alluda anche all'adempimento si è voluto ricavare dall'uso di '*etiam*', che svela il vizio nello sviluppo del pensiero, mentre non costituisce argomento nel senso preteso l'uso del secondo '*potest*', nella chiusa ('*quoniam-dissolvi potest*').¹¹⁹

Il vero è che nella seconda parte di D. 46.3.80 Pomponio, cui il discorso va probabilmente riferito,¹²⁰ parla solo della risoluzione di contratti consensuali (o della sola *emptio*) e che l'*aeque* che lo lega al discorso precedente assicura che in esso non ci sia stata commistione con il profilo dell'adempimento.

A ciò deve aggiungersi il fatto che, per una serie di argomenti di notevole peso, seppure di natura formale, sui quali ci soffermeremo

¹¹⁹ Su questi due rilievi v. *ante*, § 6.

¹²⁰ V. *infra*, § 21.

qui di seguito,¹²¹ si dovrà convenire che ogni riferimento al profilo dell'adempimento non può provenire da Pomponio, essendo di origine glossematica.

Perciò nella prima parte di D. 46.3.80 non può scorgersi alcun riflesso del pensiero espresso in D. 46.3.107, che può lasciarsi da parte per la interpretazione del principio di simmetria in materia di vincoli personali.

21. Nell'esegesi di D. 46.3.80 ho seguito la metodologia attualmente prevalente, che mira a scoprire nei testi della giurisprudenza gli apporti dei singoli giuristi negandone la fungibilità del pensiero, e a privilegiare, nell'analisi degli stessi, la considerazione degli aspetti sostanziali, pur nella consapevolezza della frequente inscindibilità dagli aspetti formali.

Seguendo queste direttive della ricerca ho maturato la convinzione che D. 46.3.80 contenga diverse stratificazioni di pensiero e che il discorso in esso condotto segua, nella indicazione del principio di simmetria riguardante la costituzione e l'estinzione dei vincoli personali e nella determinazione delle loro distinzioni, due profili diversi e contrastanti, quello degli atti costitutivi dei vincoli e quello dei loro effetti obbligatori.

Ma ora è pur necessario occuparsi, nella critica del testo, degli aspetti formali. Dalla adozione di quest'ultima direttiva della ricerca credo possa risultare la conferma dei risultati raggiunti.

Avverto preliminarmente che il testo di D. 46.3.80 che ci è pervenuto richiede due correzioni di errori probabilmente dovuti alla sua trascrizione. Una prima, segnalata nelle edizioni dei *Digesta*, del terzo '*solvi debeat*' (F) in '*solvi debet*'. Una seconda, di '*contraxerimus*' in '*contraximus*', sulla quale ci si può accordare per la presenza del successivo '*contraximus*'.

In relazione alla paternità della testimonianza, D. 46.3.80 si può distinguere in tre strati, che per chiarezza è opportuno presentare anche graficamente distinti in colonne diverse, sotto le lettere A); B); C).

A) appartiene a Quinto Mucio. B) appartiene probabilmente a Pomponio; C) contiene le glosse interlineari o marginali. Occorre

¹²¹ V. *infra*, § 21.

avvertire, che, chiunque ne sia stato l'autore,¹²² esse riproducono, comunque, diritto classico.

A) Quinto Mucio

B) Pomponio

C) Glosse

1. *Prout quidque contractum est, ita et solvi debet:*

2. *ut, cum re contra[xer]imus, re solvi debet:*

et cum verbis aliquid contraximus verbis solvi debe[a]t,

veluti cum mutuum dedimus, ut retro pecuniae tantundem solvi debeat,

vel re vel obligatio verbis, veluti cum acceptum promissori fit, re, veluti cum solvit quod promisit.

Aeque cum emptio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest [dis]<con>sensu contrario dissolvi potest.

vel venditio vel locatio etiam

Lo strato A), appartenente, come detto, a Quinto Mucio, è probabilmente da distinguere in A) 1 (*Prout quidque contractum est, ita et solvi debet*), in cui Quinto Mucio ripete il principio di simmetria, che deve essere stato formulato prima di lui¹²³ e deve essere stato

¹²² In relazione alle alterazioni da lui diagnosticate F. GALLO, *Synallagma e conventio*, cit., 30 preferisce pensare ad intervento dei compilatori giustiniani.

¹²³ Cfr. M. TALAMANCA, *Costruzione giuridica e strutture sociali*, cit., 34, per il quale 'le divisiones di Q. Mucio servivano alla migliore sistemazione di insiemi che erano già ,

trasMESSO come *regula iuris*,¹²⁴ e in A) 2 che contiene il contributo da lui apportato, in applicazione della metodologia della distinzione in *genera* da lui adottata (*ut, cum re contrax[er]imus, re solvi debet [...]* *et cum verbis aliquid contraximus verbis solvi debet*).

Se si ritiene che egli abbia pensato anche ad una terza figura di vincoli contratti '*litteris*',¹²⁵ il testo richiede una integrazione, da apportare alla fine dello strato A).¹²⁶

B) costituisce uno strato distinto se non appartiene a Quinto Mucio, ma, come appare più probabile, a Pomponio.¹²⁷ Va comunque posto nel massimo rilievo che l'attribuzione all'uno o all'altro giurista

come tali, chiaramente individuati nella prassi'. R. KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., 11 ritiene possibile indizio di alta risalenza l'uso di '*solvi*' al posto del consueto '*dissolvi*'. Quanto alla pretesa forma impersonale di '*debet*', appartenente solo al tardo latino (*ivi*, nt. 27), è da rilevare, con D. LIEBS, *Contrarius actus*, cit., 150 nt. 162, che '*debet*' ha per soggetto '*quidque*'. Perciò non può indicare, come per KNÜTEL, la 'Haftungslösung', ma la risoluzione dell'atto.

¹²⁴ Cfr. B. SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln*, cit., 79, anche se deve riconoscere che esso non conserva la piena corrispondenza tra atti costitutivi ed atti estintivi che si può riconoscere al suo verosimile originario campo di applicazione (*nexum - nexi liberatio; stipulatio - acceptilatio; confarreatio - diffarreatio*); v. *supra*, § 8 (in relazione al significato di '*debet*') e § 9. Ritiene formulazione abbreviata di origine spuria l'*incipit* del testo P. VOCI, *La dottrina romana del contratto*, cit., 81 (80) nt. 2, pur concludendo nel senso dell'esistenza di un nucleo genuino in D. 46.3.80 e della sua risalenza a Quinto Mucio (*ivi*, 82 [80] nt. 2).

¹²⁵ Ritengono necessaria l'integrazione gli studiosi cit. *supra*, nt. 14.

¹²⁶ Cfr. al riguardo C. A. CANNATA, *Obbligazioni nel diritto romano*, cit., 60 e nt. 8. Ma va ricordata l'alternativa limitata a '*re*' e '*verbis*' presente in D. 50.16.19 (Lab. ap. Ulp. 11 *ad ed.*) riguardo ad *actum - agere*, in D. 2.14.1.3 (Ped. ap. Ulp. 4 *ad ed.*) riguardo a *contractus - obligatio* e probabilmente anche in D. 2.14.2 pr. (Lab. ap. Paul. 3 *ad ed.*) riguardo a *convenire*. V. *ante*, nt. 13.

¹²⁷ Pensa trattarsi di una aggiunta U. BRASIELLO, *Obligatio re contracta*, cit., 564; A. D'ORS, *Re et verbis*, in *Atti del Convegno internazionale di diritto romano e di storia del diritto*. Verona 3 (1948) 270 s.; ID., in *AHDE* 19 (1948-49) 603; contro, quanti affermano l'appartenenza di tutto il testo a Quinto Mucio (per le citazioni v. R. FIORI, *Contrahere e solvere obligationem*, cit., 1959, nt. 9) e particolarmente, da ultimo, lo stesso R. FIORI, *Contrahere e solvere obligationem*, cit., 1962 ss., in opposizione a Cannata, che, però, ultimamente (C. A. CANNATA, *Materiali per un corso*, cit., 63) ha accettato l'attribuzione a Quinto Mucio.

è, per la nostra tesi, ininfluente.¹²⁸

L'attribuzione a Quinto Mucio condurrebbe a pensare che i compilatori giustiniani, diversamente da quel che normalmente accade, non abbiano conservato se non il pensiero del giurista commentato, nulla, invece, di quello del commentatore, e ciò appare improbabile.

D'altra parte, ha costituito motivo di riflessione l'andamento del discorso, che non è apparso unitario, ma nel secondo periodo conterrebbe una estensione dalle categorie degli atti *re* e *verbis* (se non anche *litteris*) considerati nel complesso ad uno o più atti *consensu*, considerati invece singolarmente.

Chi attribuisce tutto il discorso a Quinto Mucio ha creduto di trovare la spiegazione di questo diverso riferimento del secondo periodo o nel fatto che, trattandosi di contratti bilaterali, al tempo di Quinto Mucio i vincoli reciproci sarebbero stati considerati ancora separatamente (così si spiegherebbe che D. 46.3.80 parla di *emptio*, di *venditio*, di *locatio* e non di *emptio venditio* e di *locatio conductio*)¹²⁹ o nel fatto che non si era ancora concepito lo stesso *genus*.¹³⁰

¹²⁸ L'argomento che abbiamo tratto dalla estensione alla prima parte di D. 46.3.80 del riferimento ad atti della seconda parte ovviamente vale egualmente tanto se a scrivere 'Aequè' e quel che segue sia stato Pomponio, che se sia stato Quinto Mucio.

¹²⁹ V. F. GALLO, *Synallagma e conventio*, cit., 36 ss.; A. SCHIAVONE, *Ius*, cit., 187; contro, R. FIORI, *Contrahere e solvere obligationem*, cit., 1962.

¹³⁰ V. F. GALLO, *Synallagma e conventio*, cit., 34 ss.; nello stesso senso già A. SCHIAVONE, *Nascita della giurisprudenza*, cit., 136 s.; ID., *Giuristi e nobili*, cit., 61 s., per il quale l'esistenza della categoria dei contratti consensuali era al tempo di Pomponio uno scontato punto fermo; cfr. C. A. CANNATA, *Materiali per un corso*, cit., 70, per il quale *emptio* e *locatio* si presentano, nel tratto finale di D. 46.3.80, che ora attribuisce a Quinto Mucio, come figure particolari, essendo successiva, come dovuta a Labeone, la determinazione della categoria del contratto consensuale.

Non prova nel senso della attribuzione a Quinto Mucio della chiusa di D. 46.3.80 l'argomento che si vuole trarre dall'uso in essa di '*potest*' a fronte dell'uso di '*debet*' nella prima parte, quasi che l'affermazione riguardo ad una singola figura di contratto consensuale per cui '*consensu nudo contrahi potest*' indichi che non è avvenuta ancora la depurazione del consenso come elemento obbligante (così F. GALLO, *Synallagma e conventio*, cit., 33; cfr. A. SCHIAVONE, *Ius*, cit., 187). Il rilievo della possibilità di una conclusione *nudo consensu* dell'atto o degli atti lì menzionati è funzionale alla possibilità di risoluzione per consenso contrario in quanto allude alla possibilità che sussista il requisito della *res integra* (V. *supra*, § 6, circa l'interpretazione, che è da rifiutare, per cui il secondo '*potest*' implicherebbe una allusione, al di fuori della risoluzione, all'adempimento). La qualifica di '*nudus*' data qui e in altri testi che si possono addurre

Per chi voglia attribuire il secondo periodo a Pomponio una spiegazione, ma diversa,¹³¹ potrebbe essere suggerita dall'inquadramento del discorso nel tema della *liberatio legata* e potrebbe essere costituita dal fatto che, nell'affrontare questo tema, Pomponio può avere avuto presenti ipotesi particolari di *liberatio legata* relative, come abbiamo supposto più su, oltre che ad un mutuo con *stipulatio*, anche a vincoli consensuali. Né può creare difficoltà l'ipotesi, che pure abbiamo avanzato,¹³² che egli abbia inteso solo allargare il discorso teorico sulla portata del principio di simmetria.

A ben riflettere, è proprio della difformità del discorso tra la prima e la seconda parte di D. 46.3.80 che si può dubitare. Nonostante nella prima parte Quinto Mucio indichi i *genera* della sua diairesi, è sempre a singole figure, come risulta dall'uso di 'quidque', 'aliquid', che egli si riferisce volendo parlare di 'ciasun' atto contratto *re o verbis* o di 'qualcuno' degli atti contratti *verbis*. Chi ha scritto la seconda parte di D. 46.3.80 si è adeguato, come si è già rilevato,¹³³ allo stesso modo di pensare riferendosi a una o a particolari forme di contratto consensuale, solo precisandone la possibilità di conclusione 'nudo consensu' perché occorreva evidenziare il requisito (*re integra*) della sua risolubilità.

A far ritenere più probabile l'attribuzione a Pomponio piuttosto che a Quinto Mucio, stanno, peraltro, due rilievi lessicali di notevole importanza. Nella seconda parte di D. 46.3.80 trova impiego il termine *consensus*, che risulta introdotto nell'uso solo a partire da Cicerone.¹³⁴ È ancora più rilevante il fatto che in essa trova impiego il

per l'eguale portata indica che, proprio perché si tratta di mero accordo non accompagnato dalla prestazione, la risoluzione può avvenire con un mero accordo contrario. V. su questa valenza specifica di 'nudus' R. KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., 14 (13), nt. 38, 60 e nt. 15; cfr. P. CERAMI, v. *Risoluzione del contratto*, cit., 1280: «La ragion d'essere di tale requisito» (della *res integra*) «risiede ... nella mera consensualità dell'atto costitutivo dell'assetto negoziale».

¹³¹ Al tempo di Pomponio le figure della *emptio venditio* e della *locatio conductio* erano viste unitariamente e i contratti consensuali costituivano già un *genus*.

¹³² V. *supra*, § 4.

¹³³ V. *supra*, l.c.

¹³⁴ Il rilievo si deve a C. CASCIONE, *Consensus*, Napoli 2003, 412 e non è paralizzato dall'ipotesi formulata da R. FIORI, *Contrahere e solvere obligationem*, cit., 1964 s., secondo cui Cicerone avrebbe impiegato per la prima volta il sostantivo *consensus* in senso

termine ‘*dissolvi*’, laddove nella prima parte Quinto Mucio usa il termine ‘*solvi*’.¹³⁵ Quinto Mucio non avrebbe avuto ragione di mutare l’uso di ‘*solvi*’ in ‘*dissolvi*’. Pomponio ha usato ‘*dissolvi*’ per indicare la risoluzione dell’atto, evitando l’uso di ‘*solvi*’ che, potendo, ai suoi tempi, indicare l’adempimento, sarebbe risultato equivoco.

Al pensiero espresso da Quinto Mucio in A) e più probabilmente da Pomponio in B) è comune – e ciò va messo nel massimo rilievo – il riferimento delle applicazioni del principio di simmetria alla costituzione e allo scioglimento di atti, non di rapporti obbligatori e il conseguente significato comune del *solvi* di Quinto Mucio, non ancora specificato nel *dissolvi* di Pomponio avente portata risolutiva. Di qui l’*aeque* che lega il pensiero di Pomponio in B) al pensiero di Quinto Mucio in A).

C) Il pensiero contenuto nelle glosse di C) è del tutto diverso, ispirato com’è all’idea che il principio di simmetria riguardi, invece, il rapporto obbligatorio. Ciò è di tutta evidenza, poiché il riferimento alla *obligatio* è espresso (...*obligatio solvi debet*). Tale osservazione non è sfuggita, ovviamente, agli studiosi di D. 46.3.80. Quella che, invece, è sorprendentemente sfuggita anche agli studiosi più antichi, così attenti ai rilievi di questo tipo, è la ragione formale che induce a ritenere intrusa nel testo la menzione di ‘*obligatio*’ (probabilmente come glossa interlineare). Se si segue dall’inizio la costruzione di D. 46.3.80 è facile notare come il soggetto ‘*quidque*’ che regge il discorso fin dalla prima proposizione (*Prout quidque contractum est*) e a cui si fa riferimento implicito nella coordinata (*ita et solvi debet*) e nelle successive, relative alla *divisio* muciana del *contrahere-solvere re verbis*, si da dovere essere sostituito da *aliquid* solo per le ipotesi varie di *contrahere -olvere verbis*, non avesse bisogno affatto di essere iterato dall’ulteriore soggetto ‘*obligatio*’, se fino a quel punto Quinto Mucio avesse parlato di obbligazione. D’altra parte, c’è da chiedersi perché, se Quinto Mucio avesse pensato alla *obligatio*, non dovesse

filosofico traendolo dalla lingua comune. Molto dubbia è la risalenza a Quinto Mucio del tratto finale di D. 44.7.57 (Pomp. 26 *ad Quintum Mucium*), in cui ‘*consensus*’ è impiegato. V. C. CASCIONE, *op. cit.* 168 s.; diversamente R. FIORI, *op. cit.* 1965, nt. 31.

¹³⁵ R. KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., 11, considera questo uso di ‘*solvi*’ al posto di ‘*dissolvi*’ indizio dell’alta antichità della formulazione.

anticiparne la menzione già a riguardo del *contrahere re*, se non, addirittura, nell'enunciazione iniziale della *regula* in luogo del generico 'quidquid'.¹³⁶ È un lettore postclassico, avvezzo all'idea comune per cui il *solvere* significa l'adempimento, che introduce, e non al punto giusto, il soggetto 'obligatio'.

Questa idea della *obligatio* governa tutte le altre glosse marginali del testo riunite sotto C).

Questa idea è presente, infatti, nella prima glossa marginale, che introduce l'esempio di *contrahere re* nel caso di mutuo (*veluti cum mutuum dedimus...*) con un soggetto, ora personale, dell'attivo 'dedimus', e lo conclude (*ut retro pecuniae tantundem solvi debeat*) sostituendo come soggetto il *tantundem pecuniae* del passivo 'solvi debeat' (ove il congiuntivo 'debeat' rimpiazza il precedente e il susseguente indicativo 'debet', impiegato da Quinto Mucio), così intendendo il *solvi* come adempimento.¹³⁷

La stessa idea della *obligatio* segue la seconda glossa probabilmente interlineare (*vel re vel...*), la sola apparsa evidente alla più antica critica.¹³⁸ Il discorso che ne risulta, dato l'inserimento della successiva glossa interlineare 'obligatio' (*vel re vel verbis obligatio solvi debet*), ancora una volta identifica il *solvere* come estinzione dell'obbligazione.

La terza glossa marginale, nel corredare di esempi l'alternativa 'vel re vel verbis obligatio solvi debet', presenta la figura della *acceptilatio* (*veluti cum acceptum promissori fit*) ormai da intendere nella funzione di remissione del debito, e la figura dell'adempimento dell'*obligatio*

¹³⁶ Ma questo rilievo potrebbe non valere se si ritenga, come anche noi pensiamo, che nella prima frase di D. 46.3.80 egli non abbia fatto che riferire l'adagio antico.

¹³⁷ V. G. VON BESELER, *Beiträge* 3, cit., 24, che espunge 'ut retro – debeat'; cfr. G. GROSSO, *L'efficacia dei patti*, cit., 9; 37; S. SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione I*, cit., 85 nt. 1; B. SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln*, cit., 75; H. SIBER, *Contrarius consensus*, in ZSS 42, 1921, 69 s. espunge tutto il tratto 'cum re – solvi debeat. Et'.

¹³⁸ V. G. VON BESELER, *Beiträge* 3, cit., 24, in critica a P. KRETSCHMAR, *Die Erfüllung*, Leipzig 1906, 10, che pensa ad un intervento di Pomponio a completamento del pensiero di Quinto Mucio; H. SIBER, *Contrarius consensus*, cit., 69 s., che cancella anche il secondo 'verbis' e il tratto 're-promisit', seguito da G. GROSSO, *L'efficacia dei patti*, cit., 9, che cancella anche tutto il tratto 'verbis, veluti – promisit'; U. BRASIELLO, *Obligatio re contracta*, cit., 564; E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana*, cit., 47; contro A. BURDESE, *Sulle nozioni di patto, convenzione e contratto*, cit., 55.

(*veluti cum solvit quod promisit*¹³⁹). Dal punto di vista formale salta agli occhi non solo l'inversione dell'ordine degli esempi (*acceptilatio-solutio*) rispetto al principio (*vel re vel verbis solvi debet*) che essi illustrano, ma anche, ancora una volta, il cambiamento dei soggetti dei verbi (dall' impersonale '*fit*' al personale '*solvit*').

Tutti i rilievi formali fatti non sono tanto segno di sciatteria, quanto, piuttosto, espressione del linguaggio proprio delle glosse, che non svolge un filo continuo di pensiero, ma è naturalmente spezzettato. È di tutta evidenza che ben altro ne sarebbe stato lo stile, se a svolgere il discorso fosse stato Quinto Mucio.

Del resto, lo studioso postclassico, leggendo puntigliosamente il testo, interviene anche a fianco di B), contenente il pensiero di Pomponio, e comincia con l'aggiungere almeno '*vel venditio*', se non anche, '*vel locatio*'¹⁴⁰ e, alla fine, '*contrario*', se il testo originario diceva, come ora appare, '*dissensu*', invece che '*consensu*' (però è più probabile che '*dissensu*' si debba ad errore nella trascrizione di '*consensu*')¹⁴¹. Ma, a confermare la diagnosi delle alterazioni di D. 46.3.80 e a permetterne la valutazione è ancora più importante, per noi, fissare l'attenzione su quell'altra indiscutibile glossa della seconda parte del frammento, costituita da '*etiam*'. Nel far dire a Pomponio, aggiungendo '*etiam*', che i contratti consensuali o almeno quelli dei quali sono portati esempi, si possono estinguere (*dissolvere*) 'a n c h e' con il dissenso (o il contrario consenso), ancora una volta lo studioso postclassico mostra di muovere dall'idea, per lui fondamentale, che il *solvere* sia principalmente l'adempire come riferito all'obbligazione. Dicendo '*etiam*', tuttavia, egli capovolge, come abbiamo già

¹³⁹ Espungono il tratto '*re – promisit*' già S. PEROZZI, *Il contratto consensuale classico*, cit., 179; 181; G. VON BESELER, *Beiträge* 3, cit., 24; P. VOCI, *La dottrina romana del contratto*, cit., 81(80) nt. 2; H. SIBER, *Contrarius consensus*, cit., 69 s., che non esclude la possibilità di salvarlo, come eventualmente attribuibile a Pomponio in base a D. 46.3.107. Cfr. la critica di F. GALLO, *Synallagma e conventio*, cit., 27 (26), nt.12, ricordata *supra*, nt. 24, fondata sull'uso di '*solvere*' nel diverso significato alludente al pagamento

¹⁴⁰ Cfr. la proposta di S. PEROZZI, *Il contratto consensuale classico*, cit., 179 ([*vel*]; [*vel locatio*]), con adesioni cit. in R. KNÜTEL, *Contrarius consensus*, cit., 13, nt. 38, che salva '*venditio*'.

¹⁴¹ '*Dissensus*' si trova nelle fonti riferito solo alla *societas*. Di *contrarius consensus* parlano D. 50.17.35 (Ulp. 48 *ad Sab.*) e D. 18.5.3 (Paul. 33 *ad ed.*). Sulla questione v. la lett. cit. *supra*, nt.13.

rilevato,¹⁴² la logica complessiva del testo, retta dalla cerniera tra la prima parte (di Quinto Mucio) e la seconda (di Pomponio) costituita da *'Aequé'*. Mentre D. 46.3.80 nell'originale parlava dei modi di estinzione degli atti, ora, il modo di estinzione costituito, per i contratti consensuali, dal dissenso (o dal contrario consenso) attraverso *'etiam'*, viene rappresentato solo come una figura complementare a quella fondamentale rappresentata dalla *solutio* come modo di estinzione dell'obbligazione.

22. Alla luce di questa esegesi di D. 46.3.80 risulta evidente la ragione per cui il principio di simmetria al quale il testo si riferisce è espresso da *'debet'*. Giusta il valore che gli è proprio,¹⁴³ questo termine non sta ad indicare, in riferimento agli atti vincolanti, la mera possibilità della corrispondenza della forma della costituzione con la forma della estinzione degli stessi. Questo valore è escluso per gli atti *re*, che non possono estinguersi se non *re*. D'altra parte, per esprimere l'idea della possibilità sarebbe stato più appropriato, come è ovvio, usare *'potest'* invece di *'debet'*. L'impiego di *'potest'* si trova, è vero, nella valutazione di Gai 3.170 (*consentaneum visum est*) della applicazione della *acceptilatio* in rapporto alla obbligazione contratta *verbis*. Ma ciò si spiega perché, come più su si è rilevato,¹⁴⁴ questo impiego della *acceptilatio* in funzione di remissione del debito è secondario rispetto all'impiego della *solutio* - adempimento, che è il modo principale di estinzione dell'obbligazione. Nel sistema più antico, che non conosce l'obbligazione, ma solo gli atti vincolanti, il principio di corrispondenza dell'atto estintivo con quello costitutivo era espresso con il termine proprio indicante la doverosità e non la possibilità.

Perciò questo principio si può identificare con una *regula iuris*. Quinto Mucio l'ha sottoposta a diairesi, individuando i *genera* degli atti che devono contrarsi ed estinguersi in forma corrispondente.

23. Questo riferimento all'atto vincolante e la esclusione dal

¹⁴² V. *supra*, § 6 e nt. 16; § 14.

¹⁴³ V. F. GALLO, *Synallagma e conventio*, cit., 27 (26), nt. 12; cfr. *supra* §§ 8; 9; 20.

¹⁴⁴ V. *supra* § 18.

tessuto genuino di D. 46.3.80 di ogni riferimento alla *obligatio* e al suo fondamentale modo di estinzione costituito dalla *solutio* - adempimento sono risultati che possono essere proiettati in una storia dell'*obligatio* diversa da quella presentata dalla dottrina. D. 46.3.80 sembra riflettere, come si è già accennato, una concezione del vincolo personale, valida almeno fino al tempo di Quinto Mucio, per cui esso non fa capo alla *obligatio* e, quindi, al dovere di adempimento, ma ad atti, e si risolve nelle relative azioni, senza il tramite dell'obbligazione. Laddove l'esperienza giuridica riguardo ai vincoli personali si articola, in diritto classico, nei tre momenti dell'atto (lecito o illecito), dell'obbligazione, che ne è l'effetto, e dell'azione, può pensarsi che in diritto repubblicano si esaurisse nei due momenti dell'atto e dell'azione. Perciò l'atto (e non l'obbligazione e, tantomeno, il suo inadempimento) è considerato, ancora in diritto classico, *causa actionis*,¹⁴⁵ e l'*actio* non è mero strumento processuale, ma conserva un valore materiale,¹⁴⁶ per cui l'idea dell'*adstringi*, che la giurisprudenza classica collega all'*obligatio*,¹⁴⁷ continua ad essere riferita anche all'*actio*.¹⁴⁸ E' in connessione con questa concezione antica, per cui il vincolo personale si risolve nel binomio atto-*actio*, il fatto che la responsabilità appare, come esposizione all'*actio*,¹⁴⁹ non soltanto come responsabilità secondaria, dipendente dall'inadempimento dell'obbligazione, ma anche, e fondamentalmente, come responsabilità primaria, che trova, appunto, nell'atto la sua causa.

Ma di tutto ciò occorre parlare diffusamente in un altro lavoro, del quale ho qui voluto indicare le prospettive e i primi elementari svolgimenti.¹⁵⁰

¹⁴⁵ V. per tutti E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klass. Röm. Recht*, Berlin 1918, 80 ss.

¹⁴⁶ Questo valore è ancora presente nella definizione di Cels. 3 *dig.* D. 44.7.51 *Nihil aliud est actio quam ius, quod sibi debeat, iudicio persequendi*.

¹⁴⁷ V. I. 3.13.pr. *Obligatio est iuris vinculum quo necessitate a d s t r i n g i m u r alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*.

¹⁴⁸ V. D. 36.1.55.(53) (Pap. 20 *quaest.*); D. 50.1.17.15 (Pap. 1 *resp.*), cfr. i testi che parlano di *actione obstringi*, come D. 17.2.45 (Ulp. 30 *ad Sab.*); D. 21.1.51.1 (Afr. 8 *quaest.*); D. 23.3.59.1 (Marc. 7 *dig.*); D. 50.17.60 (Ulp. 10 *disp.*).

¹⁴⁹ V. R. SANTORO, *Il iudicatum facere oportere*, cit., 658 e *passim*.

¹⁵⁰ Questi sono stati delineati nelle lezioni per il dottorato di ricerca su *Actio. Iudicium*: D. 44.7.51 (Cels. 3 *dig.*) – I. 4.6. pr., richiamate in nt. 2.

BIBLIOGRAFIA

- ALBANESE B., 'Agere', 'gerere' e 'contrahere' in *D. 50.16.19. Congetture su una definizione di Labeone* in SDHI 18, 1972, 233 s.
- ALBANESE B., *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo 1982, 97 nt. 278.
- ALBANESE B., *Brevi studi di diritto romano*, Palermo 1992, 66 ss.
- ASTOLFI R., *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano I*, Padova 1964, 30 ss.
- ASTOLFI R., *Giuliano e il legatum liberationis*, in *Labeo* 12, 1966, 338 ss.
- ASTOLFI R., *I libri tres iuris civilis di Sabino*¹, Padova 1983.
- ASTOLFI R., *I libri tres iuris civilis di Sabino*², Padova 2001.
- BEKKER E. I., *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, Berlin 1871, 29 ss.
- BESELER G. VON, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* 3, Tübingen 1913, 24.
- BESELER G. VON, *Miscellanea*, in *ZSS* 45, 1925, 236.
- BESELER G. VON, *Meletemata iuris Romani*, in *Mnemosyna Pappulias*, Athen 1934, 55.
- BETTI E., *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*², Camerino 1955, 46 ss.
- BETTI E., *Appunti di teoria dell'obbligazione in diritto romano*, Roma 1953, 268 ss.
- BONIFACIO F., *La novazione nel diritto romano*, Napoli 1950.
- BONIFACIO F., *La novazione nel diritto romano*², Napoli 1959.
- BOYER G., *G. Wis. II, 9, 17*, in *RHD* 10, 1931, 134;
- BRASIELLO U., *Obligatio re contracta*, in *Studi Bonfante* 2, Pavia 1930, 563 s.
- M. BRETONE, *Linee dell'Enchiridion di Pomponio*, Bari 1965.
- BRUTTI M., *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana I*, Milano 1973, 241 ss., nt. 74.
- BURDESE A., 'Contrarius consensus', in *Index* 2, 1971, 343; 347.
- BURDESE A., *Ancora sul contratto nel pensiero di Labeone (a proposito del volume di Raimondo Santoro)*, in SDHI 51, 1985, 459.
- BURDESE A., *Sulle nozioni di patto, convenzione e contratto in diritto romano*, in *SCDR* 5, 1993, 42 ss.
- BURDESE A., *Divagazioni in tema di contratto romano tra forma, consenso e causa*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, I, Napoli 2001, 346.
- CANNATA C. A., *La 'distinctio' re-verbis-litteris-consensu et les problèmes de la pratique (Études sur les obligations, I.)*, in *Sein und Werden im Recht, Festgabe U. von Lübtow*, Berlin 1970, 431 ss.
- CANNATA C. A., *Le definizioni romane dell' obligatio. Premesse per uno studio della nozione di obbligazione*, in *St. D'Amelio I*, Milano 1978, 131 ss.
- CANNATA C.A., *Atto giuridico e rapporto giuridico*, in SDHI 57, 1991, 334 ss.
- CANNATA C.A., *Considerazioni sul testo e la portata originaria del secondo capo della lex Aquilia*, in *Index* 22 (1994) 154 s.
- CANNATA C. A., *Der Vertrag als zivilrechtlicher Obligierungsgrund in der römischen Jurisprudenz der klassischen Zeit*, in *Collatio iuris Romani, Études dédiées à Hans Ankum à l'occasion de son 65^e anniversaire*, I, Amsterdam 1995, 60 s.
- CANNATA A. C. , *Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno*, in *Digesto*⁴. *Discipline privatistiche*, XII, 1995, 418 s.

- CANNATA C. A. *Materiali per un corso di fondamenti del diritto europeo II*, Torino 2008, 61 ss.
- CANNATA C. A., *Labeone, Aristone e il synallagma*, in IVRA 58, 2010, 56.
- CASCIONE C., *Consensus*, Napoli 2003, 407 ss.
- CERAMI P., voce *Risoluzione del contratto (dir. rom.)*, in *Enc. Dir.* 40, Milano 1989, 1277 ss.
- CORBINO A. *Il secondo capo della 'lex Aquilia'*, in *PANTA REI. St. Bellomo* 2, Roma 2004, 11 s.
- DALLA MASSARA T., *Alle origini della causa del contratto*, Padova 2004, 67; 112.
- DAUBE D. *Zur Palingenesie einiger Klassikerfragmente*, in ZSS 76, 1959, 244 s.
- DI MARZO S., *Istituzioni di diritto romano*², Milano 1946, 328 nt. 1.
- D'ORS A., *Re et verbis*, in *Atti del Convegno internazionale di diritto romano e di storia del diritto. Verona* 3 (1948) 270 s.; e in AHDE 19, 1948-49, 603.
- DUMONT F., *Obligatio*, in *Mél. Meylan* 1, Lausanne 1963.
- FALCONE F., *Per una datazione del 'De verborum quae ad ius pertinent significatione' di Elio Gallo*, in AUPA 41, 1991, 223 ss.
- FALCONE G., 'Obligatio est iuris vinculum', Torino 2003, 112 (111), nt. 305.
- FALCONE G., *Genesi e valore della definizione di ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ nella parafrasi di Teofilo*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca* 3, Napoli 2001, 65 ss.
- FALCONE G., *Sistematiche gaiane e definizione di obligatio*, in *Obligatio – obbligazione. Un confronto interdisciplinare*, Napoli 2011, 17 ss.
- FIORI R., *Il problema dell'oggetto del contratto nella tradizione civilistica*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali*, Napoli 2003, 177 e nt. 33.
- FIORI R., *Contrahere e solvere obligationem in Q. Mucio Scevola*, in *FIDES HVMANITAS IVS. Studi in onore di Luigi Labruna* 3, Napoli 2007, 1955 ss.
- FIORI R., 'Contrahere' in *Labeone*, in *Carmina iuris. Mél. Humbert*, Paris 2012, 311 ss.
- FITTING H., *Die Natur der Correalobligationen. Eine civilistische Abhandlung*, Erlangen 1859, 45 nt. 50.
- FLUME W., *Rechtsakt und Rechtsverhältnis*, München 1990.
- GALLO F., *Eredità di giuristi romani in materia contrattuale*, in *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea. Atti del convegno di diritto romano*. Siena 14-15 aprile 1989, Napoli 1991, 47 nt. 93.
- GALLO F., *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione delle impostazioni moderne. Corso di diritto romano* 1, Torino 1992, 23 ss.
- GROSSO G., *L'efficacia dei patti nei 'bonae fidei iudicia'*, in *St. Urbinati* 1, Urbino 1927, 8 ss.
- GROSSO G., *L'efficacia dei patti nei 'bonae fidei iudicia'* 2, Torino 1928, 1 ss.
- GROSSO G., *Efficacia dei patti nei bonae fidei iudicia. Patti e contratti*, II 3, in *Mem. Ist. Giur. R. Univ. Torino* 3, 1928.
- GROSSO G., *Il sistema romano dei contratti*³, Torino 1963, 106 ss.
- GROSSO G., *La conception du contrat dans le droit romain et son influence dans les droits modernes*, in *Le droit romain et sa réception en Europe*, Varsavia 1978, 90.
- GUARINO A., *Per la storia del «contrarius consensus»*, in *Labeo* 14, 1968, 271 ss.
- GUARINO A., 'Dissensus sociorum', in *St. Volterra* 5, Milano 1971, 144.

- HÄGERSTRÖM A., *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, I, Uppsala-Leipzig 1927.
- HERNÁNDEZ-TEJERO F., *Extinción de las obligaciones*, in *Derecho de obligaciones. Homenaje Murga Gener*, Madrid 1994, 216 nt. 240.
- HORAK F., *Rec. a Schiavone, Nascita della giurisprudenza*, in *ZSS* 95, 1978, 418 s.
- JÖRS P., *Geschichte des römischen Privatrechts*, Berlin 1927, 131 e nt. 3.
- KASER M., *Das altrömische Ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen 1949, 242.
- KASER M., *Gaius und die Klassiker*, in *ZSS* 70, 1953, 160 ss.
- KASER M., *Zur juristischen Terminologie der Römer*, in *St. Biondi* I, Milano 1965, 114 nt. 3.
- KASER M., *Das römische Privatrecht*, München 1955, 531, nt. 3.
- KASER M., *Das römische Privatrecht*, I², München 1971.
- KASER M., *Divisio obligationum*, in *St. in Justinian's Institutes in memory of J. A. C. Thomas*, London 1983, 77 s.
- KASER M.-KNÜTEL R., *Römisches Privatrecht. Ein Studienbuch*, München 2003, 55.
- KNÜTEL R., *Contrarius consensus. Studien zur Vertragseufhebung im römischen Recht*, Köln 1968.
- KNÜTEL R., *Zum Prinzip der formalen Korrespondenz im röm. Recht*, in *ZSS* 88, 1971, 67 ss.
- KNÜTEL R., *La causa nella dottrina dei patti*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico – comparatistica. Il congresso internazionale ARISTEC*, Palermo 7-8 giugno 1995.
- KRETSCHMAR P., *Die Erfüllung*, Leipzig 1906, 4; 9 ss.
- LAMBRINI P., *La novazione. Pensiero classico e disciplina giustiniana*, Padova 2006.
- LANTELLA L., *Note semantiche sulle definizioni di 'obligatio'*, in *St. Grosso* 4, Torino 1971, 165 ss.
- LAURIA M., *Contractus, delictum, obligatio. (A proposito di studi recenti)*, in *SDHI* 4, 1938, 171 s.
- LEVY E., *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klass. röm. Recht*, Berlin 1918, 80 ss.
- LÉVY-BRUHL H., *Le deuxième chapitre de la loi Aquilia*, in *RIDA* 5, 1958, 506 ss.
- LIEBS D., *Contrarius actus*, in *Symphonica F. Wieacker*, Göttingen 1970, 111 ss.
- MARCHI A., *Storia e concetto dell'obbligazione romana*, Roma 1912.
- MASCHI C. A., *Tutela, fedecommissi, contratti reali. Omissioni nel manoscritto veronese delle Istituzione di Gaio*, in *Studi Volterra* 4, Milano 1971, 762 (761) nt. 213; 764.
- MITTEIS L., *Römisches Privatrecht* 1, Leipzig 1908, 273 e nt. 34.
- MOLLÁ NEBOT S., *Extinción formal de las obligaciones verbales. La 'acceptilatio'*, Madrid 1993, 118 ss.
- PELLOSO C., *Il concetto di 'actio' alla luce della struttura primitiva del vincolo obbligatorio*, in *'Actio in rem' e 'actio in personam'. In ricordo di Mario Talamanca*, I, Padova 2011, 230 (229) nt. 164.
- B. PERIÑÁN, *Pomponio la clasificación de los modos de extinción de las obligaciones*, in *IURA* 52, 2001, 180 ss.
- PEROZZI S., *Il contratto consensuale classico*, in *St. Schupfer* I, Torino 1898, 179 ss. (= *Scritti giuridici. II. Servitù e obbligazioni*, Milano 1948, 578 ss.)

- PFLÜGER H. H., *Nexum und Mancipium*, Leipzig 1908, 49 ss.
- SACCOCCIO A., *Si certum petetur. Dalla conditio dei veteres alle conditiones giustinianee*, Milano 2002, 153 ss.
- SANTORO R., *XII Tab. 12.3*, in AUPA 30, 1967 85 s. (= *Scritti minori I*, Torino 2009, 89 s.).
- SANTORO R., *Il contratto nel pensiero di Labeone*, Palermo 1983.
- SANTORO R., *Per la storia dell' obligatio. Il iudicatum facere oportere nella prospettiva dell'esecuzione personale*, in *Scritti minori II*, Torino 2009, 465 s., nt. 9.
- SARGENTI M., *La sistematica pregaiana delle obbligazioni e la nascita dell'idea di contratto*, in AA.VV., *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino 1976, 465 nt. 9.
- SCHERILLO G., *Lezioni sulle obbligazioni*, Milano 1961, 250 s.
- SCHIAVONE A., *Nascita della giurisprudenza*, Roma-Bari 1976, 123 ss.
- SCHIAVONE A., *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana*, Bari 1987, 54 ss.; 205 ss.
- SCHIAVONE A., *La scrittura di Ulpiano. Storia e sistema nelle teorie contrattualistiche del quarto libro 'ad edictum'*, in *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea*, Napoli 1991, 135.
- SCHIAVONE A., *IUS. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino 2005, 180 ss.; 437 s.
- SCHLOSSMANN S., *Altrömisches Schuldrecht und Schuldverfahren*, Leipzig 1904, 9 s.
- SCHMIDLIN B., *Die römischen Rechtsregeln. Versuch einer Typologie*, Köln 1970, 74 s.
- SCHULZ F., *Sabinus-fragmente in Ulpianus-commentar*, Halle 1906.
- SIBER H., *Contrarius consensus*, in ZSS 42, 1921, 68 ss.
- SIBER H., *Römisches Recht, II Röm. Privatrecht*, Berlin 1928, 266.
- SOLAZZI S., *L'estinzione dell'obbligazione I*, Napoli 1935, 16.
- STEINER H., *Datio in solutum*, München 1914, 20 s.; 44.
- STOLL H., *Die formlose Vereinbarung der Aufhebung eines Vertragsverhältnisses im röm. Recht*, in ZSS 44, 1924, 1 ss.
- TALAMANCA M., *Intorno ad una recente ipotesi sulla liberatio legata*, in *St. Cagliari* 44 (1963-64) 679 ss.
- TALAMANCA M., *Costruzione giuridica e strutture sociali fino a Quinto Mucio*, in *Modelli etici, diritto e trasformazioni sociali*, Roma 1981, 34 s.
- TALAMANCA M., *Pubblicazioni pervenute alla direzione*, in BIDR 91, 1988, 893 ss.
- TALAMANCA M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990.
- TALAMANCA M., *'Una verborum obligatio' e 'obligatio re et verbis contracta'*, in IURA 50, 1999, 7 ss.
- TOMULESCU C., *Les trois chapitres de la lex Aquilia*, in IURA 21, 1970, 191 ss.
- TONDO S., *Classificazione delle fonti d'obbligazione*, in IURA 41, 1995, 374.
- VARVARO M., *Per la storia del certum. Alle origini della categoria delle cose fungibili*, Torino 2008, 52, nt. 154; 244, nt. 878.
- VOCI P., *La dottrina romana del contratto*, Milano 1946, 80 ss., nt. 2.
- VOCI P., *Rec. a SANTORO, Il contratto nel pensiero di Labeone*, in IURA 34, 1983, 128.
- WACKE A., *Gallisch, Pünisch, Syrisch oder Griechisch statt Latein?*, in ZSS 110, 1993, 26 ss.
- V. N. VAN DER WAL – J. H. LOKIN, *Historiae iuris graeco-romani delineatio*, Groningen 1985.
- WUNNER S. E., *Contractus. Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht*, Köln-Graz 1964, 57 s.

La pubblicazione degli articoli proposti a questa Rivista è subordinata - secondo il procedimento di *peer review* - alla valutazione positiva di due *referees*, uno dei quali può far parte del Comitato scientifico della Rivista, che esaminano gli articoli con il sistema del *double-blind*.

Gli articoli, muniti di *abstract* e parole chiave, vanno inviati, entro il 30 giugno, al Comitato di Redazione via e-mail all'indirizzo: redazioneaupa@unipa.it

Finito di stampare nel mese di Dicembre 2012
da Officine Tipografiche Aiello & Provenzano s.r.l.
Bagheria (Pa)

