

GIUSEPPE ROMANO

CONVENTIO E CONSENSUS

(A proposito di Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.1.3)

SOMMARIO: 1. Cenni introduttivi. — 2. *Conventio e consensus*: per una distinzione delle due nozioni. Esame delle varie tesi proposte in dottrina — 3. Continua: osservazioni critiche. — 4. *Conventio* come ‘accordo’ nel senso di ‘contenuto negoziale’. — 5. ‘Consenso’ e ‘accordo’ nella dogmatica moderna: per una possibile analogia. — 6. *Consensus* come volontà singola adesiva. — 7. Analisi di B.11.1.1: all’origine di un equivoco. 8. Possibili ricadute sull’interpretazione di Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.1.3. — 9. Per un uso (improprio) di *conventio* nel senso di *consensus*. ? 10. Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.1.3: osservazioni conclusive.

1. Cenni introduttivi.

Secondo un convincimento fortemente radicato in dottrina, *conventio* e *consensus* avrebbero costituito all’interno del lessico romano termini connotanti la medesima valenza segnica, entrambi espressivi dell’idea di una ‘volontà comune’. L’idea vanta origini assai risalenti. Maturata in ambiente bizantino,¹ ha trovato una prima formulazione già in Cuiacio² e Donello.³ Ripresa dal Bonfante⁴ e dal Biondi,⁵ solo per fare riferimento ad Autori non più vicinissimi, è riproposta con insistenza dagli studiosi più recenti. Fra questi vanno senz’altro ricordati il Cerami,⁶ il Santoro,⁷ lo Schiavone,⁸

¹ In proposito v. *infra* § 7.

² CUJACII, *Opera*, I, 1758, p. 797.

³ DONELLI, *De iure civili l. 12 c. VI*, (*Opera*, III, pp. 488 ss.).

⁴ P. BONFANTE, *Il contratto e la causa del contratto*, in *Scritti giuridici varii* 3 (1921); pp. 127 s.: ‘i termini significanti l’accordo sono pei Romani: *consensus, conventio, pactum, pactio*’.

⁵ A. BIONDI, *Contratto e stipulatio*, Milano, 1953, p. 132.

⁶ P. CERAMI, *D.2.14.5. (Ulp. 4 ad ed.)*. *Congetture sulle tres species conventionum*, in *AUPA* 36 (1976), p. 168 nt. 72: secondo l’Autore ‘Quanto alla pretesa giustapposizione “*conventio-pactum*” è da osservare che *conventio, pactum* e *consensus* ricorrono come termini equivalenti nel linguaggio dei giuristi classici’.

⁷ R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, in *AUPA* 37 (1983), p. 194, che nel difendere la genuinità di D.2.14.1.3 afferma che ‘appare irrilevante il sostituirsi di ‘*consensum*’ a ‘*conventionem*’, dato che...*consentire* è usato come sinonimo di *convenire*’.

⁸ A. SCHIAVONE, *La scrittura di Ulpiano. Storia e sistema nelle teorie contrattualistiche del quarto*

lo Zimmerman.⁹ Si tratta come si vede di adesioni tutte autorevoli. I brani tradizionalmente invocati a sostegno di quest'opinione sono essenzialmente Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.1.3 e Ulp. 4 *disp.* D.50.12.3pr., entrambi famosissimi.

Quanto a

D.2.14.1.3 (Ulp. 4 *ad. ed.*): *Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transingendique causa, consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt. Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive verbis sive re fiat: nam et stipulatio quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.*

decisivo per una identificazione delle due nozioni è apparso, all'interno del tratto 'nam-nulla est', esplicativo del *dictum Pedii*,¹⁰ l'utilizzo del termine *consensus* in luogo del termine *conventio* in precedenza adoperato: *ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive verbis sive re fiat: nam et stipulatio quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.* Sostituzione che ha fatto legittimamente pensare ad una interfungibilità delle due nozioni. Interfungibilità in qualche modo avvalorata dal ricordato

D.50.12.3pr. (Ulp. 4 *disp.*): *Pactum est duorum consensus atque conventio...*

in cui il ricorso da parte di Ulpiano all'endiadi 'consensus atque conventio', per distinguere la nozione di *pactum* da quella di *pollicitatio*, intesa come 'offerentis solius

libro *ad edictum*, in *Atti del seminario sulla Problematica contrattuale in diritto romano*, I, Milano 7-9 aprile 1987, (pubb. 1998), p. 131, il quale, muovendo dall'idea per cui nel tratto 'nam-decurrunt' sarebbe contenuta 'una definizione di *conventio* simile a quella proposta prima per *pactum*', arriva alla conclusione che la '*conventio* è il *consensus* delle parti'.

⁹ R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations, Roman Foundation of the Civilian Tradition*, Cape-Town-Wetton-Johannesburg, 1992, p. 563, per il quale 'appears more or less to be a synonym for consensus'.

¹⁰ In proposito v. *infra* § 8.

promissio', è stato interpretato già dal Leonhard come indice della perfetta specularità dei due sostantivi.¹¹ Così come, in una medesima prospettiva, di un impiego allo stesso livello ('on the same level') discute tra gli studiosi moderni lo Zimmermann.¹²

Ciò ritenuto, va detto che, seppure è vero che in talune circostanze si assiste, come meglio si osserverà in seguito, ad una oscillazione terminologica, non sempre registrata dagli Autori indicati, o per lo meno non esplicitamente richiamata, che potrebbe intervenire ad avvalorare l'ipotesi di una medesima valenza concettuale, vi sono altri dati che invitano piuttosto a riconsiderare questa *communis opinio*, non potendosi peraltro neppure dimenticare che i molti sospetti che da tempo pesano sull'autenticità della chiusa di Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.1.3, su cui viene in definitiva a fondarsi l'idea di una identità semantica tra *consensus* e *conventio*, non consentono di fare sicuro affidamento su questa fonte.¹³

2. Conventio e consensus: per una distinzione delle due nozioni. Esame delle varie tesi proposte in dottrina.

Com'è noto l'ipotesi secondo la quale al termine *conventio* non andasse attribuita la medesima capacità denotativa che risulta invece sottesa al termine *consensus* non può ritenersi del tutto nuova. Seppure con differenze non di poco conto sotto il profilo contenutistico, essa era stata avanzata in passato da diversi studiosi.¹⁴

Uno dei primi tentativi in tal senso fu compiuto dal Fritsche, in un breve studio apparso nel lontano 1888, dal significativo titolo '*Untersuchung über die Bedeutung von consensus und consentire in den Digesten*'. L'indagine nasceva come reazione ai

¹¹ R. LEONHARD, *Der Irrthum bei nichtigen Verträgen nach römischem Rechte*, Berlin, 1882, (ora in *Der Irrthum als Ursache nichtiger Verträge. I Vertragsbestandteile und Irrtum*, Breslau, 1907) p. 31: secondo lo studioso tedesco l'abbinamento di due sostantivi troverebbe giustificazione nell'intenzione di Ulpiano di sottolineare la differenza tra la unilateralità della *pollicitatio* la bilateralità (*Zweiseitigkeit*) del contratto. Ipotesi respinta da H. FRITSCHE, *Untersuchung über die Bedeutung von consensus und consentire in den Digesten*, Berlin, 1888, p. 61, per il quale un richiamo alla bilateralità del contratto sarebbe già individuabile nel genitivo plurale *quorum*; tra gli studiosi più recenti, nell'endiadi *consensus* e *conventio* intravede il 'rafforzamento di un unico significato', piuttosto che l'espressione di 'distinti valori semantici', F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, I, Torino, 1992, p. 47 nt. 59.

¹² R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p. 563.

¹³ In proposito v. *infra* § 8.

¹⁴ Per una prima informazione v. G. SCIASCIA, in *NNDI* s. v. "*conventio*", pp. 799 s.; della questione non si occupa, nonostante l'ampiezza dell'indagine, C. CASCIONE, *Consensus. Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche*, Napoli, 2003.

risultati proposti dal Leonhard, il quale, richiamandosi a taluni spunti presenti principalmente in Brissonius¹⁵ e Glück,¹⁶ e alle più recenti indagini del Röver,¹⁷ aveva messo in discussione l'idea allora maggioritaria che individuava nel consenso l'accordo interno ('innere Übereinstimmung der Contrahenten'), dando piuttosto risalto al momento dichiarativo della volontà ('Übereinstimmung der Erklärungen zweier Contrahenten').¹⁸ Conclusione, questa, che veniva ad inserirsi all'interno di una più ampia riflessione che, passando attraverso la determinazione del 'Willens-Begriff', di cui per l'appunto il 'Consens-Begriff' non costituiva che una articolazione interna, mirava più ambiziosamente a precisare i rapporti tra elemento volitivo e l'intera categoria negoziale, specialmente contrattuale, col non celato intento di rovesciare l'impostazione tradizionale in tema di errore risalente al Savigny e messa a punto dagli esponenti della pandettistica, primo fra tutti Winscheid,¹⁹ assegnando piuttosto un ruolo preponderante alla dichiarazione rispetto alla volontà.²⁰ Orientamento che da altro punto di vista era destinato a trovare uno sviluppo ancor più radicale nella tesi sostenuta dal Perozzi,²¹ ed abbracciata in ambiente tedesco dal Wieacker, che, scardinando l'idea del *consensus* come fatto psichico-interiore, operava una riconduzione allo schema della libertà di forme: 'die Freiheit von Erklärungsmittel des Zivilrechts', addirittura 'eine Denkform des zurückweichenden äußeren Rechtsformalismus'.²²

Considerate le finalità dell'opera del Fritsche non c'è da stupirsi, ed era forse inevitabile, che l'Autore passasse ad affrontare anche il problema della relazione tra *consensus* e *conventio*. Le conclusioni cui perveniva allora lo studioso tedesco, alla luce anche di Ulp. 4 *disp.* D.50.12.3pr., invocato dal Leonhard in favore di una sinonimia tra i due sostantivi, erano all'insegna di una differenziazione: mentre *consensus* avrebbe

¹⁵ BRISSONIUS, *De verborum significatione*, s.v. "consensus".

¹⁶ F. GLÜCK, *Commentario alle pandette*, IV, p. 147

¹⁷ RÖVER, *Über die Bedeutung des Willens bei Willenserklärungen*, Rostok, 1874, pp. 25 ss., 62.

¹⁸ R. LEONHARD, *Irrthum*, cit., *Bd. I*, § 2.

¹⁹ B. WINSCHIED, *Wille und Willenserklärung*, Leipzig, 1878, ripubblicato in *Archiv für die civilistische Praxis* 63 (1880), pp. 72 ss. (= *Gesammelte Reden und Abhandlungen*, Leipzig, 1904, pp. 337 ss.)

²⁰ Al riguardo v. H. DERNBURG, *Pandette*, I, trad. it., Milano, 1906, pp. 288 ss.; V. SCIALOJA, *Sunti di scritti giuridici tedeschi*, in *AG* 25 (1880), pp. 457 ss., (ora in *Studi giuridici*, I, Roma, 1933, pp. 53 ss.); P. VOCI, *La dottrina romana dell'errore*, Milano, 1937; G. DULCKEIT, *Zur Lehre vom Rechtsgeschäft im klassischen römischen Recht*, in *F. Schulz*, I, Weimar, 1951, pp. 165 ss.

²¹ S. PEROZZI, *Il contratto consensuale classico*, in *Studi Schupfer*, I, 1898, pp. 163 ss. (ora in *Scritti*, II, pp. 565 ss.)

²² F. WIEACKER, *Societas: Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft. Untersuchungen zur Geschichte des römischen Gesellschaftsrechts*, I, Weimar, 1936, pp. 80 ss.; in proposito v. F. SCHWARZ, *Die Bedeutung des Geschäftswillens im römischen Kontraksrecht*, in *SDHI* 25 (1959), pp. 1ss.

indicato la ‘Willensübereinstimmung als psychologische Thatsache der Congruenz innerer Willen Verbindung’, e dunque una congruenza di volontà intesa essenzialmente come fatto psichico interiore, *conventio* avrebbe più propriamente designato la ‘Willensvereinigung als erkennbare Thatsache der Verbindung erklärter Willen’, con una accentuazione quindi del momento manifestativo della volontà stessa. In altri termini *conventio* avrebbe assunto ‘die Bedeutung von Consens-Erklärung’.²³

In realtà il nucleo centrale della distinzione patrocinata dal Fritsche era in qualche modo circolante, seppur a livello di semplice spunto, nella dottrina tedesca, la quale già col Brinz, sin dalla prima edizione delle sue *Pandekten*, aveva individuato nella *conventio*, intesa come ‘Erklärungsübereinstimmung’, un elemento necessario (Erfordernis) al pari del *consensus* (‘Willensübereinstimmung’) per il perfezionamento della fattispecie contrattuale.²⁴

Tanto interesse da parte della dottrina tedesca verso il tema in questione non rappresentava che un singolo aspetto di un più vasto sforzo elaborativo, di messa a punto delle fondamentali categorie giuridiche, a cui erano chiamati gli studiosi tedeschi, che in quegli anni, in un mutato clima storico-giuridico, in cui era oramai del tutto sopita l’aspra polemica di inizi ottocento tra il Thibaut e il Savigny,²⁵ erano fortemente impegnati nei lunghi lavori preparatori che avrebbero poi consentito alla Germania di dotarsi di una propria codificazione seguendo, se pur a notevole distanza di tempo, l’esempio francese.²⁶

In Italia, i risultati del Fritsche venivano ripresi, nello spazio di un trentennio, dal Betti, il quale, pur con talune significative riserve di ordine metodologico, da imputare più che altro all’abuso ‘dell’analisi puramente grammaticale e della logica formale’ cui si era lasciato andare il collega d’oltralpe, al quale si accompagnava, circostanza ancor più grave, ‘l’assoluta mancanza di critica esegetica’, nella sostanza concordava con l’attribuzione a *conventio* del medesimo significato di *consensus*, ‘nella sua accezione

²³ H. FRITSCHÉ, *Untersuchung*, cit., pp. 61 ss.

²⁴ BRINZ, *Pandekten*, p. 1574 (non consultato); idea riconfermata nella seconda edizione del 1892, IV, p. 296.

²⁵ Com’è noto, ad innescare il dibattito fu la pubblicazione nel 1814 di uno scritto del Thibaut (*Über die Nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts für Deutschland*, Jena), con il quale si sosteneva l’opportunità che la Germania adottasse un codice civile sul modello del *Code civile français* del 1804, al quale nello stesso anno fece seguito la replica di Savigny, (*Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, Heidelberg) che diede ufficialmente vita alla Scuola storica tedesca.

²⁶ Per un’efficace sintesi di queste vicende v. T. MAYER-MALY, *Der Konsens als Grundlage des*

più ampia: ma con una sfumatura la quale accenna piuttosto all'*atto della dichiarazione*'.²⁷

Sempre per una differenziazione prendeva posizione anche il Perozzi.²⁸ Questi, nel formulare una diagnosi di interpolazione con riferimento a Ulp. 4 *disp.* D.50.12.3pr., si dichiarava insospettito dalla sostituzione del binomio '*placitum et consensus*' adoperato in Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.1.1 con '*consensus atque conventio*', senza che si veda una ragione del mutamento, e senza che si veda perché diventino sinonimi "consensus" e "conventio", quando nella *l.* 1 § 3 D.2.14 la *conventio* è invece l'atto che deriva dal consenso'.

Conventio non avrebbe denotato il consenso, ma piuttosto l'incontro di due volontà dal quale avrebbe tratto origine il consenso stesso, per Lombardi.²⁹

Ed anche di recente non è mancato chi, come il Melillo,³⁰ ha avanzato l'ipotesi che, *consensus* e *conventio*, almeno nell'impostazione ulpiana, rappresentassero due distinti elementi o forse anche 'due livelli di un solo elemento' della nozione di *pactum*. Ed in particolare, mentre *consensus* metterebbe in rilievo 'il requisito di una comune visione', *conventio* al contrario accentuerebbe 'il requisito del verificarsi effettivo della convergenza tra le due parti'.

Colui che però si era mosso con maggiore decisione nella direzione indicata è stato senza dubbio il de Francisci, nel suo prezioso lavoro dedicato alla storia dei contratti innominati, seguito, seppur con qualche esitazione iniziale, dal Brasiello.³¹

Punto di partenza delle riflessioni dell'Autore era dato dall'analisi del già richiamato Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.1.3. Secondo il de Francisci andava respinta l'ipotesi suggerita dal Perozzi³² di leggere la generalità *conventio* nella particolare prospettiva di una sua riferibilità, peraltro su un piano meramente lessicale (*conventionis nomen generale est*),

Vertrages, in *Festschrift für Erwin Seidl*, Köln, 1975.

²⁷ E. BETTI, *Sul valore dogmatico della categoria "contrahere" in giuristi proculeiani e sabiniani*, *BIDR* 28 (1915), p. 44 nt.1.

²⁸ *Scritti*, II, p. 338 nt. 1.

²⁹ G. LOMBARDI, *Ricerche in tema di 'ius gentium'*, Milano, 1946, pp. 209 s.

³⁰ G. MELILLO, *Il negozio bilaterale romano. Struttura ed evoluzione in età classica*, Napoli, 1983, p. 100.

³¹ Superate le iniziali perplessità sulla limitazione della categoria alle 'sole clausole accessorie dei contratti' ancora presenti in U. BRASIELLO *Obligatio re contracta*, in *Studi P. Bonfante*, II, Milano, 1930, p. 553 nt. 44, che '*conventio* potesse equivalere a *consensus* o a accordo' veniva negato in maniera risoluta in *Sull'elemento subiettivo nei contratti*, in *Studi Urbinati* 3 (1929), p. 117 nt. 1.

³² S. PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, Bologna, 1903, pp. 33 nt.1; ora in *Scritti*, II, Milano, 1948, pp. 338 s. nt. 1.

ad ogni manifestazione di consenso indirizzata all'instaurazione o estinzione di un rapporto contrattuale: *'negotii contrahendi transigendique causa'*.³³ Una tale interpretazione avrebbe comportato infatti l'inconveniente di svilire il pensiero di Ulpiano facendogli assumere connotazioni sostanzialmente tautologiche. Al contrario, intento assai più ambizioso del giurista sarebbe stato quello di giungere alla elaborazione di una nozione rigorosamente tecnica, alla stregua di quanto poco prima si era trovato a fare per la nozione di *pactum-pactio*, a ciò costretto dal tenore della rubrica edittale *'de pactis et conventionibus'*.³⁴ In particolare, mentre con *pactum* doveva individuarsi una particolare tipologia di convenzioni, ovvero quelle volte alla remissione del debito, con *conventio*, invece, si sarebbe designata in maniera onnicomprensiva l'intera categoria delle *leges contractus*.³⁵ Non dunque sinonimo di *consensus*, ma piuttosto termine indicativo delle clausole contrattuali, ovvero delle *leges contractus*, come peraltro sarebbe emerso in modo 'non equivoco' dalla lettura di Pap. 2 resp. D.50.16.219 *'In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit. Cum igitur ea lege fundum'*,³⁶ brano la cui

³³ I. DE FRANCISCI, *SUNALLAGMA, Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, II, Pavia, 1916, pp. 480 ss.

³⁴ Ancora fortemente contrastata è la questione dell'esatta formulazione della rubrica edittale. Sulla scorta di P.S. 1.1, in favore della dicitura *'de pactis et conventionibus'* optava già Crusius, nella sua *Dissertatio ex Ulpiani libro IV ad edictum de pactis et de conventionibus*, in OTTO, *Thesaurus*, Basilea, 1741, I, pp. 672 ss; soluzione condivisa da Lenel già nella prima edizione del suo *Das edictum perpetuum* (1883) e difesa a più riprese sino all'ultima (Leipzig, 1927, pp. 64 s.); I. DE FRANCISCI, *SUNALLAGMA*, II, cit., p. 477; e più di recente G. MAC CORMACK, *Contractual theory and the innominate contracts*, in *SDHI* 51 (1985), p. 138; per la lezione *de pactis et conventis* (o, asindeticamente, *de pactis conventis*), sull'esempio di Donello e Cuiacio, invece RUDORFF, *De iuris dictione edictum. Edicti perpetui quae reliqua sunt*, Lipsia, 1849, p. 35; C. MANENTI, *Teoria generale dei pacta*, Siena, 1891; C. FERRINI, *Sulla teoria generale dei "pacta"*, in *Filangieri*, XVII, 1892, (ora in *Opere*, III, p. 250); S. RICCOBONO, *Elementi sistematici nei commentari 'ad edictum'*, in *BIDR* 45 (1937), riedito in *Studi di dir. rom.*, I, 1957, pp. 270 ss; più di recente P. CERAMI, *Congetture sulle 'tres species conventionum'*, cit., p. 124, già in *Atti Accad. sc. mor. pol. Napoli*, 85 (1974), pp. 269 ss.; G. G. ARCHI, *Ait praetor: "Pacta conventa servabo"*, in *Festschrift v. Lübtow zum 80. Geburtstag*, Berlin, 1980 (ora in *Scritti*, I, p. 497); B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo, 1982, p. 148; R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit., p. 167; F. GALLO, *Synallagma e conventio*, I, cit., p. 42; da ultimo S. TONDO, *Note ulpianee alla rubrica edittale per i 'pacta conventa'*, in *SDHI* 64 (1998), p. 445. Per la forma *de pactis conventis*, con *conventis* inteso quale aggettivo di *pactis*, in un secondo momento C. MANENTI, *"Pacta conventa"*, in *Studi Senesi* 31 (1915); seguito da P. BONFANTE, in *Scritti*, III, p. 144; P. KOSCHAKER, *Bedingte Novation und pactum in römischen Recht*, in *Festschrift Hanausek*, Graz, 1925, p. 155 nt. 5; A. D'ORS, *Conventiones y contractus*, *Rep. Panorm.* III, *AHDE* 46 (1976), p. 131; che la rubrica fosse semplicemente intitolata *de pactis* è quanto sostenevano invece STOHL, *Rec. a Manenti*, in *ZSS*, 47 (1927), p. 538 nt. 1; e, con maggiori argomenti, G. LOMBARDI, *Ricerche in tema di ius gentium*, Milano, 1946, pp. 197s. Non prende posizione A. MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit du préteur*, Paris, 1958, p. 26.

³⁵ In questo senso già C. MANENTI, *Contributo critico alla teoria generale dei pacta*, Siena, 1891.

³⁶ D.50.16.219 (Pap. 2 resp.): *In conventionibus contrahentium voluntatem potius, quam verba spectari placuit. Cum igitur ea lege fundum vectigalem municipes locaverint, ut ad heredem eius, qui*

genuinità era difesa dall'Autore, nonostante l'uso del participio *contrahentium* avesse indotto prima di lui il Beseler a giudicare sospetta l'intera testimonianza.³⁷

Chiave di lettura che non era da ritenere seriamente compromessa dal frequente ricorso da parte dello stesso Ulpiano al termine *pactum* per riferirsi alle *leges* contrattuali, anche là dove, considerata la natura non remissiva della pattuizione, sarebbe stato più appropriato un riferimento alla *conventio*. Secondo l'Autore, infatti, tale impiego sarebbe dipeso da due ragioni concorrenti. La prima: che anche le *conventiones* in quanto accordi sarebbero state dei *pacta*, da questi differendo solo da un punto di vista funzionale e non anche strutturale. La seconda: che in tutti i luoghi in cui è dato registrare tale uso terminologico non vi sarebbe stata la necessità, presente invece ad apertura del commento al titolo *de pactis et conventionibus*, di tenere rigorosamente distinte le due nozioni.³⁸

3. *Continua: osservazioni critiche.*

Se, come si è visto, non sono mancati i tentativi tesi a differenziare i termini in questione, va però detto che nessuno di questi pare sia riuscito a coglierne le effettive differenze, che pur sussistono tra le due nozioni. Il più delle volte, anzi, le proposte avanzate non sono andate oltre il dato meramente impressionistico, con una propensione peraltro a valorizzare sfumature, come ad es. il distinguo tra volontà interna e volontà manifestata supposto dal Fritsche, non sufficientemente supportate sotto il profilo documentale e argomentativo. Neppure quella formulata dal de Francisci, che senza

suscepit, pertineret, ius heredum ad legatarium quoque transferri potest.

³⁷ G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, II, Tübingen, 1911, p. 71; sul frammento, e più in generale per le questioni affrontate da Papiniano, oltre agli autori citati nel testo v. F. LANFRANCHI, *Studi sull'ager vectigalis. III La trasmissibilità a titolo singolare del ius in agro vectigalis*, Faenza, 1938, pp. 25 ss., il quale limita il possibile rimaneggiamento ad *heredum* scambiato dal copista in luogo di *heredis*; S. SOLAZZI, *Usus proprius*, in *SDHI* 7 (1941), pp. 400 s.; H. VOGT, *Das Erbbaurecht des klassischen römischen Rechts*, Marburg Lahn, 1950, pp. 26 s.; T. MAYER-MALY, *Locatio conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Wien-München, 1956; L. BOVE, *Ricerche sugli "agri vectigales"*, Napoli, 1960, p. 101; F. GALLO, *Disciplina giuridica e costruzione dogmatica nella 'locatio' degli 'agri vectigales'*, in *SDHI* 30 (1964), p. 34 nt. 76; G. GANDOLFI, *Lezioni sull'interpretazione dei negozi giuridici. Corso di esegesi delle fonti di diritto romano*, Milano, 1962; un accenno anche in P. FREZZA, *Giurisprudenza e prassi notarile nelle carte italiane dell'alto medioevo e negli scritti romani*, in *SDHI* 42 (1976), pp. 221 s.; e F. PASTORI, *Il negozio verbale in diritto romano*, Bologna, 1994, p. 233.

³⁸ I. DE FRANCISCI, *SUNALLAGMA*, II, cit., p. 482.

dubbio fra tutte si distingue per concretezza e rigore argomentativo, sembra però sottrarsi alle critiche. Perplessità al riguardo erano state avanzate già a suo tempo dal Bortolucci, il quale faceva notare come un ridimensionamento del significato di *conventio* alla sola *lex contractus* avrebbe sortito il solo effetto di degradare il *dictum Pedii* ad una ‘banalità per di più non vera; perché è banale dire che è difficile trovare in pratica un contratto senz’aggiunta di qualche convenzione o patto particolare, ed è falso che ogni contratto debba avere o abbia particolari *leges* o patti aggiunti’.³⁹ In effetti non mancano occorrenze ulpianee, e non solo ulpianee, le quali confermano l’uso di *conventio* supposto dal de Francisci nell’accezione di clausole contrattuali.

Oltre al già ricordato Pap. 2 *resp.* D.50.16.219, in cui non si può però del tutto escludere che il sintagma ‘*in conventionibus contrahentium*’, a dispetto della specificità della *sedes materiae* — in questione era in effetti l’interpretazione della clausola ‘*ut ad heredem eius, qui acceperit, pertineret*’ contenuta in una *locatio fundi vectigalis* —, alludesse in generale alle differenti tipologie di convenzioni contrattuali, più che all’insieme di clausole ad esse annesse —, nel senso voluto dal de Francisci si potrebbe indicare, solo per citare degli esempi, Ulp. 30 *ad ed.* D.16.3.1.6-7,⁴⁰ in cui con il termine *conventio* Ulpiano nel caso di specie si riferiva, la prima volta, al patto aggiunto al contratto di deposito, con il quale la parti prevedevano un’allargamento della responsabilità del depositario anche all’ipotesi di colpa; la seconda, all’accordo, nullo perché *contra bonam fidem*, con il quale il depositario escludeva invece ogni propria responsabilità, persino quella derivante da suo comportamento doloso.⁴¹ Nello stesso ordine di idee si inserisce anche Ulp. 34 *ad ed.* D.23.4.11,⁴² in cui con *conventio* viene indicato il patto (*de non petendo*) con il quale il padre nell’atto di promettere dote per la figlia stabiliva che non se ne potesse pretendere la consegna fin tanto che lui stesso fosse rimasto in vita e più in generale in costanza di matrimonio.⁴³ In tema di

³⁹ BORTOLUCCI, *Note sul contratto romano*, in *Acta Congressus iur. inter.*, I, 1935, p. 264.

⁴⁰ D.16.3.1.6-7 (Ulp. 30 *ad ed.*): *Si convenit, ut in deposito et culpa praestaretur, rata est conventio: contractus enim legem ex conventionem accipiunt. Illud non probabis, dolum non esse praestandum si convenerit, nam haec conventio contra bonam fidem rell.*

⁴¹ In proposito v. S. TAFARO, *Regula e ius antiquum in D.50.17.23. Ricerche sulla responsabilità contrattuale*, Bari, 1984, pp. 45 ss.

⁴² D.23.4.11 (Ulp. 34 *ad ed.*): *Cum pater dotem pollicitus fuerit et paciscatur, ne se vivo petatur neve costante matrimonio dos petatur, ita pactum interpretandum divus Severus constituit, quasi adiectum esset se vivo: hoc enim ita accipiendum esse contemplatione paternae pietatis et contrahentium voluntatis, ut posterior quoque pars conventio nis ad vitam patris relata videatur, rell.*

⁴³ Sul frammento v. *infra* nel testo § 4.

interdictum de migrando si potrebbe pensare a Ulp. 73 *ad ed.* D.43.32.1.4,⁴⁴ in cui il sintagma ‘*conventio specialis*’ sta a designare l’accordo annesso a contratto di locazione di immobile urbano con il quale veniva fissato un limite minimo di durata per la *conductio domus*, prima del quale veniva negata all’inquilino la facoltà di recedere dal contratto (‘*migrare*’), se non al costo di rinunciare alla restituzione di ‘*ea quae in habitationem, introducta, importata, ibi nata facta essent*’, che gli sarebbe invece spettata stando al principio generale già enunciato da Labeone e riferitoci da Ulpiano, che subordinava il ricorso all’interdetto al semplice pagamento della pigione o, in ultima analisi, ad una offerta di pagamento: ‘*paratus sit eam pensionem solvere*’.⁴⁵

Ed infine si potrebbe ricordare Pap. 11 *resp.* D.20.1.1.3,⁴⁶ dove *conventio* viene adoperato per indicare il patto con il quale si prevede che gli interessi, fino al termine fissato per il loro pagamento, vadano compensati con i frutti delle cose date in pegno eventualmente percepiti dal creditore.

Se dunque è indubitabile che quello di *conventio* nel senso di *lex contractus* risponde ad un uso ampiamente attestato — ribadiamo che gli esempi si potrebbero moltiplicare —, è altrettanto vero però che i casi in cui il termine designa il contratto stesso, più che le clausole ad esso annesse, risultano troppo numerosi perché li si possa considerare come semplici eccezioni alla regola.

Pur se limitiamo la nostra attenzione, infatti, alla sola catena di frammenti in cui è articolata la c.d. sistematica delle *conventiones*, potremo facilmente osservare che Ulpiano assegna tale qualificazione proprio a talune fra le più importanti figure di *contractus*: si pensi, ad es., a Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.1.4 e D.2.14.7pr., ove — anche a tacere del riferimento al *pignus* ed alla *stipulatio*, per i quali, non sono del tutto infondati i dubbi avvertiti in dottrina circa la genuinità⁴⁷ — sono espressamente indicate

⁴⁴ D.43.32.1.4 (Ulp. 73 *ad ed.*): *Si pensio nondum debeatur, ait Labeo, interdictum hoc cessare, nisi paratus sit eam pensionem solvere. Proinde si semestrem solvit, semestris debeatur, inutiliter interdicet, nisi solverit et sequentis semestris, ita tamen si conventio specialis facta est in conductione domus, ut non liceat ante finitum annum, vel certum tempus migrare.* rell.

⁴⁵ O meglio è da ritenere che la restituzione fosse condizionata alla *solutio* (o offerta di *solutio*) delle pigioni che il conduttore avrebbe dovuto pagare se fosse rimasto nell’abitazione per il periodo minimo convenuto. In proposito, e più in generale sul tema in questione, v. F. LA ROSA, *Ricerche sul “pignus”*, cit., pp. 61 ss.

⁴⁶ D.20.1.1.3 (Pap. 11 *resp.*): *Pacto placuit, ut ad diem usuris non solutis fructus hypothecarum usuris compensarentur fini legitimae usurae. Quamvis exordio minores in stipulatum venerint, non esse tamen irritam conventionem placuit.* rell.

⁴⁷ Espunge il riferimento al *pignus*, in quanto negozio pretorio, ritenendo che in origine Ulpiano si riferisse alla *fiducia* A. D’ORS, *Replicas Panormitanas III*, cit., pp. 137 s.; si pronuncia per l’origine glossematica dell’intero § 4 di Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.1 M. TALAMANCA, “*Conventio*” e “*stipulatio*”, nel

come *conventiones l'emptio venditio*, la *locatio conductio*, la *societas* e il *commodatum*.⁴⁸ Nello stesso ordine di idee si potrebbe ricordare anche Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.7.3, dove ad essere in discussione è la validità della '*conventio ob maleficium ne fiat*', la quale non può essere certo considerata come una clausola accessoria, ma si riferisce all'intera operazione posta in essere dalle parti, e dunque all'accordo nella sua complessità;⁴⁹ o infine Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.7.4, in cui viene presa in esame l'ipotesi di accordo (atipico) cui '*nulla subest causa*', il quale, giusta la regola precedentemente attestata in Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.7.2, non è ritenuto idoneo a determinare il sorgere di un vincolo obbligatorio: '*propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem*'.⁵⁰

Se poi ci spostiamo al di fuori del titolo D.2.14 possiamo ricordare il celebre, quanto discusso, Ulp. 42 *ad Sab.* D.19.5.15,⁵¹ ove, nell'inciso '*Et quidem ista conventio non est nuda*', ingiustamente sospettato soprattutto da parte della dottrina più risalente,⁵²

sistema dei contratti romani, in AA.VV., *Le droit romain et sa reception en Europe*, Varsovie, 1978, ora in "Conventio" e "stipulatio", in *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea*, Napoli, 1991, p. 213 nt. 179.

⁴⁸ Il testo originario avrebbe contenuto un richiamo al *mandatum* per A. D'ORS, *Replicas Panormitanas III*, cit., pp. 137 s.; ripreso di recente da GUZMÁN BRITO, *Causa del contrato y causa de la obligación en la dogmática de los juristas romanos, medievales y modernos y en la codificación europea y americana*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 12 (2001), p. 199 nt. 80.

⁴⁹ L'inciso '*ex hac conventione*' era espunto da H. SIBER, *Schuldverträge über sittenwidrige Leistungen*, in *Studi Bonfante*, IV, 1930, p. 110, il quale pensava ad un originario riferimento alla *stipulatio*; dubbioso G. GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*, Torino, 3^a ed., 1966, pp. 85 s.; in favore della genuinità v. però R. SANTORO, *Il contratto*, cit., pp. 257, al quale si rimanda per i necessari riferimenti bibliografici.

⁵⁰ Sulla genuinità del tratto '*Sed-obligationem*' v., con rassegna bibliografica, R. SANTORO, *Il contratto*, cit., pp. 260 ss., il quale da parte sua pensa ad una glossa rientrata nel testo: indicativi a questo proposito l'uso dell'avverbio '*hic*' e della (non giustificata) congiunzione avversativa '*sed*'. L'impiego della congiunzione '*sed*' torna ad essere però pienamente intellegibile se letta nell'ottica di una contrapposizione con le affermazioni contenute nel § 2, secondo quanto suggerisce la scansione narrativa della catena ulpiana: in questo senso anche F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, II, Torino, 1995, p. 94 nt. 11, il quale piuttosto indirizza i propri sospetti nei confronti del § 3; difende la genuinità del testo anche R. KNÜTEL, *Contrarius consensus. Studien zur Vertragsaufhebung in römischen Recht*, Köln, 1968, pp. 61 ss.

⁵¹ D.19.5.15 (Ulp. 42 *ad Sab.*): *Solent, qui noverunt servos fugitivos alicubi celari, indicare eos dominis, ubi celentur; quae res non facit eos fures. Solent etiam mercedem huius rei accipere, et sic indicare; nec videtur illicitum esse hoc, quod datur. Quare qui accepit, quia ob causam accepit, nec improbabam causam, non timet conditionem. Quodsi solutum quidem nihil est, sed pactio intercessit ob indicium, hoc est, ut si indicasset, apprehensusque esset fugitivus, certum aliquid daretur, videamus, an possit agere? Et quidem conventio ista non est nuda, ut quis dicat, ex pacto actionem non oriri, sed habeat in se negotium aliquid; ergo civilis actio oriri potest, id est praescriptis verbis, nisi si quis et in hac specie de dolo actionem competere dicat, ubi dolus aliquis arguatur.*

⁵² Uncinava l'intero tratto '*et quidem-fin*' POKROWSKY, *Die actiones in factum des klassischen Rechts*, in ZSS 16 (1895), pp. 90 s.; una critica al testo si trova anche in S. PEROZZI, *Le Obbligazioni*, (*Scritti*, II p. 417 nt. 1); ID., *Il contratto* (*Scritti*, II, pp. 583 s.), per il quale ad essere interpolato sarebbe l'intero tratto

conventio sta a indicare il c.d. *pactum ob indicium*, ovvero l'accordo riconducibile allo schema del *facio ut des* con il quale il *dominus* di un *servus fugitivus* si impegnava a pagare una somma di denaro a chiunque fosse stato in grado di fornirgli informazioni tali da consentire il ritrovamento del servo, sempre che questi venisse poi effettivamente *apprehensus* (*si indicasset, apprehensusque esset fugitivus certum aliquid daretur*).

Le considerazioni sin qui sviluppate portano dunque ad escludere un uso di *conventio* circoscritto alle sole clausole contrattuali secondo quanto ipotizzato dal de Francisci, tanto più che un tale impiego costringerebbe a presupporre un incisivo intervento sulla sistematica ulpiana, tale da doversi addirittura dubitare che possa esser rimasto qualcosa di genuino dell'impianto originario. Ciò però non incide necessariamente sull'idea di base dalla quale questi muoveva, nulla togliendo alla bontà dell'intuizione, al contrario da seguire, per cui tra le due nozioni dovesse sussistere una precisa delimitazione.

Come si è accennato, fra i tanti motivi che inducevano il de Francisci a rifiutare l'idea di una identità concettuale tra *conventio* e *consensus* v'era anche la constatazione che diversamente l'intero discorso sviluppato da Ulpiano in Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.1.3 avrebbe peccato di banalità, risolvendosi, a ben vedere, in una mera tautologia. Ebbene, ad ulteriore conforto di quanto sostenuto a suo tempo dallo studioso italiano, deve dirsi che nel caso di specie si andrebbe ben oltre la semplice tautologia: un ragionamento per quanto tautologico, per lo meno nell'accezione stretta del termine, inteso come 'giudizio analitico' in contrapposizione alla categoria del 'giudizio sintetico', conserva pur sempre un preciso significato, e per quanto possa sembrare paradossale, una 'propria logica': ciò che lo vizia è piuttosto l'inidoneità a fornire nuovi elementi di conoscenza, e dunque in ultima analisi il carattere ripetitivo, non informativo.

'*et quidem-verbis*'; sulla scorta di Paul. 5 *quaest.* D.19.5.5.3 riteneva bizantina la soluzione anche I. DE FRANCISCI, *SUNALLAGMA*, I, pp. 213 s.; sopprimeva il passaggio '*quod si solutum-fin*' DIÓSDI, *Pacta nuda servabo? Nuovi dubbi intorno ad un vecchio problema*, in *BIDR* 74 (1971), pp. 100 s.; più di recente giudica spurio il tratto '*Et quidam-sed*' anche R. SANTORO, *Il contratto*, cit., pp. 242 ss., il quale indirizza i propri sospetti anche verso i tratti '*quae res non facit fures*', '*id est praescriptis verbis*' (giudicato però 'sostanzialmente ineccepibile') e la chiusa '*nisi-arguatur*'; per la classicità v. comunque già E. BETTI, *Sul valore*, cit., pp. 35 s.; A. GIFFARD, in *Mel. Levy-Bruhl*, 1959, p. 138; sul brano v. anche G. MAC CORMACK, *Contractual theory*, cit., pp. 148 s.; A. BURDESE, *Ancora sul contratto*, cit., p. 471; G. MELILLO, *Un rescritto Severiano e la identificazione dei "nuda pacta"*, in *Estudios Iglesias*, II, Madrid, 1988, p. 857; ID., *Contrahere*, cit., pp. 61 s.; C. A. CANNATA, *Contratto e causa nel diritto romano, in Causa e contratto nella prospettiva storico comparatistica, II Congresso internazionale ARISTEC*, Palermo-Trapani, 7-10 giugno 1995 (pubbl. 1997), pp. 50 ss.

In Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.1.3 ad andare perduto sarebbe invece lo stesso senso logico-grammaticale dell'enunciato.

Assumere due termini come sinonimi significa riconoscere la possibilità di interscambiarli senza che da tale operazione abbiano a discendere apprezzabili conseguenze per ciò che attiene al significato complessivo dell'enunciato, mentre è superfluo dire se l'enunciato dovesse acquistare un differente significato, o se addirittura ne dovesse risultare privo, i segni linguistici dovranno ritenersi, se non 'antinomici', certamente non sinonimici.

Volendo ripetere queste considerazioni con riferimento alla nostra ipotesi, condizione irrinunciabile per poter sostenere la tesi di una sinonimia tra *conventio* e *consensus* sarebbe innanzi tutto quella di dimostrare che, anche a sostituire *consensus* a *conventio*, l'enunciato ulpiano manterrebbe sostanzialmente inalterata la propria capacità significativa. Condizione che invece non pare soddisfatta.

A tal fine conviene riportare il passaggio in questione con la predetta modifica

D.2.14.1.3 (Ulp. 4 *ad ed.*): *Consensus (conventionis) verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa, consentiunt qui inter se agunt:*

È appena il caso di sottolineare che il solo risultato apprezzabile che si otterrebbe sarebbe quello di introdurre all'interno dell'enunciato ulpiano un serio vizio logico, visto che il termine verrebbe a connotare contemporaneamente l'oggetto su cui ricade il consenso (*ad omnia pertinens*) e il consenso medesimo, con l'ulteriore effetto, non meno deprecabile, di snaturare la nozione stessa di *consensus*, facendole assumere connotazioni 'oggettive' che non possono che esserle invece del tutto estranee.

A chi poi, come il Santoro,⁵³ giustamente osserva che *convenire*, da cui *conventio* deriva, non sembra sostanzialmente distinguersi semanticamente da *consentire*, ? non ci appare convincente a questo proposito l'ipotesi del Brinz di distinguere il *consentire* come 'innerlich übereinstimmen' dal *convenire* inteso come 'äusserlich zusammentreffen' ? , va tuttavia replicato che, altro è la forma verbale altro quella sostantivale.

⁵³ Così, ad es., R. SANTORO, *Il contratto*, cit., p. 194.

Già in generale non è del tutto inutile osservare che nella lingua latina non è affatto inusuale che un sostantivo venga ad assumere una particolare valenza tecnica che invece manca al verbo dal quale il sostantivo discende. In tal senso particolarmente istruttivo si potrebbe rivelare il rapporto semantico tra *contractus* e *contrahere*, visto che all'impiego tecnico del sostantivo per indicare una particolare tipologia di atti (leciti) produttivi di *obligatio*,⁵⁴ si contrappone per converso un uso estremamente generico del verbo, riferentesi indistintamente ad una gamma di situazioni che vanno ben al di là della sfera degli atti leciti produttivi di obbligazione, sino addirittura ad oltrepassare, come magistralmente insegnava il Bonfante, 'la stessa sfera del diritto'.⁵⁵

Più in particolare, poi, occorre ricordare che mentre il verbo 'convenire' in tutte le sue forme ricorre con estrema frequenza anche nelle fonti non giuridiche — spesso nel

⁵⁴ A questo proposito può senza dubbio ritenersi oggi superato l'indirizzo interpretativo che sulla scia, ma con una esasperazione, di taluni spunti presenti già in A. PERNICE, *Zur Vertragslehre der römischen Juristen*, in *ZSS* 9 (1888), pp. 129 s., negava che il termine *contractus* esprimesse una precisa connotazione tecnica, sul rilievo che a) il sostantivo è assente nell'editto (così almeno se dalla rubrica *de bonae fidei contractibus* si espunge l'ablativo *contractibus* e lo sostituisce con *iudiciis*); b) non sarebbe impiegato da Giuliano (ma *contra* si potrebbe qui ricordare Iul D.19.5.3, d'altra parte segnalati già da A. PERNICE, *Zur Vertragslehre*, cit., p. 221 nt. 6); c) la maggior parte dei testi in cui si trova impiegato sarebbero interpolati. L'idea aveva trovato consensi in F. SCHULZ, *Principien des römischen Rechts*, München, 1934, p. 30; ma soprattutto in M. LAURIA, *Contractus, delictum, obligatio*, in *SDHI* 4 (1938), pp. 165 ss., per il quale (178) 'contractus non è però mai divenuto termine tecnico giuridico per designare rapporti determinati o con determinate caratteristiche. in definitiva, è concetto privo di contenuto positivo'. Per la valenza tecnico-giuridica del lessema *contractus* depone già il fatto stesso che questo, com'è ben noto, viene adoperato quasi esclusivamente dai soli giureconsulti. Sconosciuto a Cicerone, Livio e ai due Plini (così lo stesso A. PERNICE, *Zur Vertragslehre*, cit., p. 219) il termine ricorre in rarissime testimonianze letterarie: l'impiego più risalente si registra in Varr., *De re rust.* 1.68, ove però indica in una accezione decisamente materialistica il 'raggrinzimento degli acini d'uva' (*contractu acinorum*). La prima applicazione con valenza giuridica in ambito letterario che rimanda pur sempre ad un ambiente giuridico si rinviene in Gell. 4.2, ove viene riprodotto un passaggio del *liber de dotibus* di Servio Sulpicio Rufo, in cui il giurista tardo-repubblicano definiva gli *sponsalia* come 'contractus stipulationum sponsionum': sul punto v. S. E. WUNNER, *Contractus. Sein Wortgebrauch und Willensgehalt in Klass. röm. Recht*, Köln/Graz, 1964, pp. 23 ss.; più di recente F. GALLO, *Synallagma e conventio*, I, cit., pp. 69 s.; sempre di Gellio v. anche *Noct. att.* 20.1.41 'hanc autem fidem maiores nostri non modo in officiorum vicibus, sed in negotiorum quoque contractibus sanxerunt'. Sulla questione v., con ampia discussione delle fonti e della dottrina meno recente, P. VOCI, *La dottrina romana del contratto*, Milano, 1946, pp. 1 ss.

⁵⁵ P. BONFANTE, *Il contratto*, cit., 1 ss. L'ampiezza dello spettro semantico assunta dal verbo *contrahere* si trova efficacemente colta anche in I. DE FRANCISCI, *SUNALLAGMA*, II, cit., pp. 405 ss.; A. BIONDI, *Contratto*, cit., pp. 198 ss.; M. LAURIA, *Contractus*, cit., p. 179; S. E. WUNNER, *Contractus*, cit., pp. 15 ss. Significative in tal senso appaiono le locuzioni, ricorrenti nel latino letterario o giuridico. Per le prime si segnalano: 'contrahere auxilia, frumentum, pugnam, bellum, certamen, morbum, amicitiam'; per le seconde invece: *contrahere sponsalia, nuptias, matrimonium, adfinitatem, delictum, crimen, damnum, fraudem, culpam*, in cui il sintagma in assoluto più adoperato è senza dubbio *contrahere matrimonium*. Per un elenco delle occorrenze v. VIR s. v. "contraho". Parzialmente diverso il punto di vista di P. VOCI, *La dottrina romana del contratto*, cit., pp. 11 ss., per il quale l'ampia estensione del verbo *contrahere* denunciata da Bonfante non avrebbe però impedito che, usato assolutamente, assumesse il significato tecnico di 'porre in essere, mediante atto della propria volontà, un atto giuridico (*inter vivos*)'.

significato letterale di ‘riunire’, ‘convocare’ —⁵⁶ il sostantivo ‘*conventio*’ rimane invece fondamentalmente estraneo al linguaggio comune, e allorché vi compare il più delle volte viene ad essere impiegato nel significato materiale di ‘riunione’, ‘accolta’ di uomini.⁵⁷ Come, ad es., nella formula pronunciata dal console, subito dopo la ‘*vocatio inlicii*’, ed indirizzata all’*accensus* affinché questi procedesse alla convocazione dei *quirites* in suo cospetto (‘*C. Calpurni*’, *cos. dicit*, ‘*voca ad conventionem omnes Quirites huc ad me*), nonché nel successivo invito con cui l’*accensus* in persona si rivolgeva al popolo:’ *accensus dicit sic: ‘omnes Quirites, ite ad conventionem huc ad iudices*’.⁵⁸

Del tutto eccezionali sono invece da ritenersi i casi in cui *conventio* denota già il concetto di accordo, e per di più si tratta di ipotesi in cui l’uso del termine trova per lo più una sua giustificazione nel riferimento a istituti giuridici, seppur giuspubblicistici, che impone di imputarli al linguaggio giuridico più che a quello letterario.⁵⁹ In quest’ordine di idee va senz’altro ricordato Liv., 27.30.12 con riferimento a violazioni effettuate *contra fidem conventionis* in tempo di *indutiae*, o, sempre dello storico patavino, Liv., 34.57.8, in cui il termine viene impiegato in riferimento al secondo dei *tria genera foederum* (‘*cum pares bello aequo foedere in pacem atque amicitiam venirent*’) elencati da Menippo.⁶⁰

L’uso di *conventio*, nelle sue diverse accezioni, è invece ampiamente noto ai giuristi.⁶¹ Per quel che più ci interessa, va detto che nel significato di accordo lo si trova adoperato sin da Proculo (Proc. 5 *epist.* D.2.14.36).⁶² Se poi è vero che in quest’impiego, come già fu evidenziato dal Ferrini,⁶³ risulta singolarmente assente nelle Istituzioni di Gaio, ove il sostantivo ricorre solo in tre occasioni (Gai.3.14, 3.24, 3.33),

⁵⁶ V. Th. l. l. s. v. ‘*convenire*’.

⁵⁷ V. Th. l. l. s. v. “*Conventio*”, I, A.

⁵⁸ VARR., *de l. l.*, 6.5.

⁵⁹ Per un impiego di *conventio* nel senso di accordo non rinviante ad istituti giuridici si veda SEN., *de clem.* 3.7.10 ‘*non ex conventione iam, sed ex conscientia tacentem*’; SEN., *dial.* 1.2.10 ‘*fortis et egregia fatis conventio*’; SEN., *dial.* 5.(3)36 ‘*conventio mutuae facilitatis*’; Tac., *Hist.*, 3.70 ‘*si conventionis poenita*’.

⁶⁰ Sul punto v. con letteratura L. LABRUNA, *Romanizzazione, “foedera”, egemonia*, in *Index* 12 (1983-84), pp. 299 ss., ora in *Admnicula*, Napoli, 1991, pp. 127 ss.

⁶¹ In proposito v. VIR s.v. ‘*conventio*’.

⁶² D.2.14.36 (Proc. 5 *epist.*): *Si cum fundum meum possides, convenisset mihi tecum ut eius possessionem Attio traderes, vindicantem eum fundum a te non aliter me conventionis ex c e p t i o n e excludi debere, quam si aut iam tradidisses, aut si tua causa id inter nos convenisset, et per te non staret, quo minus traderes.* Un accenno in M. SARGENTI, in *Iura* 39 (1988), p. 47.

⁶³ C. FERRINI, *Sulla teoria generale dei “pacta”*, in *Filangieri* 17 (1892), (ora in *Opere*, III, p. 243).

ma sempre con riferimento all'istituto della *conventio in manum*,⁶⁴ un uso gaiano del termine nel senso di accordo risulta comunque attestato in Gai. 10 *ad ed. prov.* D.18.1.35pr.,⁶⁵ Gai. *l. s. de form. hypoth.* D.20.1.15.1,⁶⁶ Gai. *l. s. de form. hypoth.* D.20.1.15.2,⁶⁷ Gai. *l. s. de form. hypoth.* D.20.4.11.2,⁶⁸ Gai. *l. s. de form. hypoth.* D.20.4.11.3.⁶⁹

Tale circostanza non può essere giudicata priva di rilievo. Se per un verso prova che

⁶⁴ Per un'analisi semantica della locuzione *convenire in manum* e della più recente *conventio in manum* attestatasi intorno al III sec. a. C., con letteratura, v. L. PEPPE, *Storie di parole, storie di istituti. Sul diritto matrimoniale arcaico*, in *SDHI* 63 (1997), pp. 123 ss.

⁶⁵ D.18.1.35pr. (Gai. 10 *ad ed. prov.*): *Quod saepe arrae nomine pro emptione datur, non eo pertinet, quasi sine arra conventio nihil proficiat, sed ut evidentius probari possit convenisse de pretio*. Sul frammento, ma anche sull'istituto dell'arra e sulla sua diffusione nel modo romano v. innanzi tutto l'attenta analisi di MASSEI, *L'arra nella compravendita*, in *BIDR* 48 (1941), pp. 314 ss., ove ampia rassegna bibliografica; sempre in proposito v. anche M. TALAMANCA, *L'arra della compravendita in diritto greco e in diritto romano*, Milano, 1953, pp. 70 s.; W. SCHUSTER, *Die funktion der "arra" bei Justinian*, in *Labeo* 5 (1959), pp. 26 ss.; F. GALLO, *Disposizioni di Giustiniano sulla forma delle vendite. Appendice al corso di diritto romano*, Torino, 1964, pp. 19 s.; F. PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte des Römischen Kaufrechts*, Köln-Wien, 1973, pp. 62 ss.

⁶⁶ D.20.1.15.1 (Gai. *l. s. de form. hypoth.*): *Quod dicitur creditorem probare debere, cum conveniebat, rem in bonis debitoris fuisse, ad eam conventionem pertinet, quae specialiter facta est, non ad illam, quae cottidie inseri solet cautionibus*, rell. In proposito v. M. FEHR, *Beiträge zur Lehre vom römischen Pfandrecht in der klassischen Zeit*, Upsala, 1910, p. 76, che espunge il tratto '*quae cottidie*'; un richiamo in KRELLER, *Pfandrechtlliche Interdikte und formula Serviana*, in *ZSS* 64 (1944), p. 341; H. WAGNER, *Voraussetzungen, Vorstufen und Anfänge der römischen Generalverpfändung*, Marburg, 1968, pp. 64 ss.; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano. II. Le garanzie reali*, Padova, 1963, pp. 171 s.; X. D'ORS, *La manumission del esclavo hipotecado en Derecho. Manumission del esclavo bajo otras formas de garantia*, in *AHDE* 47 (1977), pp. 81 s.

⁶⁷ D.20.1.15.2 (Gai. *l. s. de form. hypoth.*): *Qui res suas iam obligaverint et alii secundo obligant creditori, ut effugiant periculum, quod solent pati qui saepius easdem res obligant, praedicere solent alii nulli rem obligatam esse quam forte Lucio Titio, ut in id quod excedit priorem obligationem res sit obligata, ut sit pignori hypothecaeve id quod pluris est: aut solidum, cum primo debito liberata res fuerit. de quo videndum est, utrum hoc ita se habeat, si et conveniat, an et si simpliciter conveneri de eo quod excedit ut sit hypothecae? et solida res inesse conventioni videtur, cum a primo creditore fuerit liberata, an adhuc pars? sed illud magis est, quod prius diximus*. Sul brano v. M. FEHR, *Beiträge zur Lehre vom römischen Pfandrecht*, cit., p. 77; J. MIQUEL, *El rango hipotecario en el derecho romano clásico*, in *AHDE* 29 (1959), pp. 256 ss., il quale espunge come glossa (così già Haloandro) il tratto '*ut-pluris est*' e la chiusa '*an-prius diximus*'; con letteratura S. TONDO, *Convalida del pegno e concorso di pegni successivi*, Milano, 1959, pp. 163 ss.; H. WAGNER, *Voraussetzungen*, cit., pp. 16, 71; A. BISCARDI, *Die mehrfache Verpfändung einer Sache vom attischen bei spätrömischen Recht*, in *ZSS* 86 (1969), pp. 167 s.; un accenno alla fonte si trova anche in P. FREZZA, *Giurisprudenza e prassi notarile nelle carte italiane dell'alto medioevo e negli scritti di giuristi romani*, in *SDHI* 42 (1976), p. 205.

⁶⁸ D.20.4.11.2 (Gai. *l. s. de form. hypoth.*): *Si colonus convenit, ut inducta in fundum illata ibi nata pignori essent, et antequam inducat, alii rem hypothecae nomine obligaverit, tunc deinde eam in fundum induxerit, potior erit, qui specialiter pure accepit, quia non ex conventionem priori obligatur, sed ex eo quod inducta res est, quod posterius factum est*. Sul brano v. S. TONDO, *Convalida del pegno*, cit., p. 33 nt. 22; F. LA ROSA, *Ricerche sul "pignus"*, Catania, 1977, pp. 43 s.; un richiamo alla fonte in A. BISCARDI, *La dottrina romana dell'obligatio rei*, Milano, 1991, p. 79 s.

⁶⁹ D.20.4.11.3 (Gai. *l. s. de form. hypoth.*): *Si de futura re convenerit, ut hypothecae sit, sicuti est de partu, hoc quaeritur, an ancilla conventionis tempore in bonis fuit debitoris: et in fructibus, si convenit ut sint pignori, aequae quaeritur, an fundus vel ius utendi fruendi conventionis tempore fuerit debitoris*. Sull'interpolazione, ai nostri fini ininfluyente, di '*hypothecae*' in luogo di un originario '*pignori*' v. *Ind. Int.*; più di recente anche A. CALONGE, *En torno al problema de la retroaction de la condición en el*

‘*conventio*’ costituiva termine tecnico del linguaggio giuridico romano, per altro rende estremamente improbabile l’eventualità che lo stesso venisse impiegato in funzione meramente sinonimica del ben più diffuso *consensus*,⁷⁰ dovendosi altrimenti spiegare le ragioni che avrebbero dovuto condurre all’introduzione di un doppione linguistico, la cui utilità si sarebbe rilevata a quel punto alquanto dubbia, potendo essa originare solo equivoci interpretativi.

Proprio le riflessioni da ultimo sviluppate devono indurre a prendere in considerazione la possibilità, già lucidamente avvertita dal de Francisci, che in Ulp. 4 *ad ed.* Ulpiano stesse tentando di precisare una nozione, quella di *conventio* per l’appunto, che, per quanto strettamente ed innegabilmente correlata con quella di *consensus*, da questa veniva a differire per taluni aspetti.

Solo così, in effetti, si è in grado di salvare, sotto il profilo dogmatico-giuridico, l’inciso ‘*conventionis verbum-qui inter se agunt*’.

4. *Conventio come ‘accordo’ nel senso di ‘contenuto negoziale’.*

Se i rilievi sin qui sollevati portano dunque a rigettare l’ipotesi che *conventio* fosse sinonimo di *consensus*, resta però ancora da precisare in che senso le due nozioni vadano tenute distinte.

Ebbene, ci sembra sin da ora di poter affermare che mentre *consensus* fa esclusivo riferimento all’elemento volitivo, a prescindere poi dal fatto che fosse prevalente l’idea della concordanza delle dichiarazioni o delle volontà interne, *conventio*, se non indica addirittura l’oggetto sul quale è dato registrare un comune apprezzamento, quantomeno lo ricomprende al proprio interno.

In altri termini potremmo dire che è ‘volontà oggettivata in un contenuto’, il che, volendo proseguire in questo ragionamento, equivale a dire che esprime l’idea dell’atto o negozio giuridico bilaterale o plurilaterale, e dunque della regolamentazione dei propri assetti di interessi consensualmente fissata dagli autori del negozio.

Ciò del resto è quanto afferma Ulpiano con riferimento alla *conventio* quando

derecho clásico, in *Studi Volterra*, III, Milano, 1971, pp. 149 s.

⁷⁰ Sugli impieghi del termine *consensus* all’interno delle fonti non giuridiche v. l’ampia rassegna recentissimamente curata da C. CASCIONE, *Consensus*, cit., pp. 6 ss.

sostiene che è termine riguardante tecnicamente (*pertinens*) tutte le cose sulle quali *qui inter se agunt consentiunt*.

Né peraltro Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.1.3 risulta l'unica fonte dalla quale emerge la presente concettualizzazione. Per taluni versi, seppur limitatamente alla prospettiva del *pactum de non petendo*, ancor più eloquente si rivela, sempre di Ulpiano, il già richiamato

D.23.4.11 (Ulp. 34 *ad ed.*): *Cum pater dotem pollicitus fuerit et paciscatur, ne se vivo petatur neve constante matrimonio dos petatur, ita pactum interpretandum divus Severus constituit, quasi adiectum esset se vivo: hoc enim ita accipiendum esse contemplatione paternae pietatis et contrahentium voluntatis, ut posterior quoque pars conventionis ad vitam patris relata videatur, ne diversa sententia fructum dotis ab oneribus matrimonii separet quodque indignissimum est, inducat ut non habuisse dotem existimetur. Quo rescripto hoc effectum est, ut, si quidem vivo patre decesserit filia aut sine culpa sua divorterit, omnimodo dos peti non possit, costante autem matrimonio mortuo patre peti possit.*

L'ipotesi portata all'attenzione dell'imperatore prevedeva che mediante *dotis dictio*⁷¹ si fosse promessa dote dal padre in favore della figlia, con la condizione che non ne venisse fatta richiesta fin tanto che lui stesso fosse stato in vita e fin tanto che fosse durato il matrimonio.

Ciò posto, si poneva un evidente problema interpretativo con riferimento all'operatività della seconda delle condizioni previste. Il rischio era che, interpretando autonomamente le due clausole, di fatto il marito vedesse vanificata la propria aspettativa (*inducat ut non habuisse dotem existimetur*), con conseguenze facilmente immaginabili per il sostentamento familiare (*ne fructum dotis ab oneribus matrimonii separet*).

Proprio per scongiurare questo inconveniente, l'imperatore proponeva di intendere la seconda clausola (*neve constante matrimonio*) sottointendendo 'se vivo'. In altri termini

⁷¹ Correggeva *pollicitus fuerit* con un originario *dixerit* già LANDUCCI, in AG 94 (1925), p. 51 nt. 1; seguito da E. ALBERTARIO, *La connessione della dote con gli oneri del matrimonio*, in RIL 58 (1925), p. 89, ora in *Studi di diritto romano*, I, Milano, 1933, p. 299; ID., *La pollicitatio*, in *Studi*, cit., III, p. 250; P. KOSCHAKER, *Unterhalt der Ehefrau und Früchte der dos*, in *Studi Bonfante*, IV, pp. 10 ss.;

anche la successiva parte della *conventio* (*posterior quoque pars conventionis*), cioè quella relativa alla rinuncia ad agire ‘*costante matrimonio*’, doveva essere correlata alla *vita patris* e quindi interpretata in collegamento con la prima parte della pattuizione.

Volendo sorvolare sui problemi specifici che la testimonianza solleva con riferimento all’istituto dotale, per i quali problemi ci limitiamo a rinviare alla letteratura specialistica,⁷² ai nostri fini conta invece insistere su un particolare di non poco interesse. Segnatamente intendiamo richiamare l’attenzione sull’impiego della locuzione (*posterior*) *pars conventionis* (che peraltro costituisce un *hapax*) all’interno del tratto ‘*posterior-videatur*’ da taluni espunto ma senza fondamento,⁷³ con la quale Ulpiano — non sappiamo se riprendendo una formulazione già contenuta nel rescritto — si riferisce ad una parte del *pactum* concluso: più precisamente alla seconda. Tale locuzione infatti pare avvalorare quanto andiamo sostenendo in ordine ad una differenziazione di significato tra *consensus* e *conventio*.

Più precisamente dimostra che la *conventio* veniva intesa da Ulpiano come elemento, se non del tutto oggettivo, quantomeno ‘oggettivato’: come — lo ripetiamo — volontà dotata di contenuto, o meglio ancora ‘contenuto voluto’.

Diversamente, se avesse costituito un elemento meramente soggettivo, il giurista severiano non si sarebbe trovato nella condizione di poter discutere di una *pars conventionis*, dato che il consenso, a differenza della *conventio*, in quanto elemento psichico-volitivo per sua natura risulta privo di ‘estensione’: si presenta, per così dire, ‘adimensionale’.

Riprova ne sia — pur con la consapevolezza che tale eventualità potrebbe imputarsi allo stato lacunoso delle fonti a nostra disposizione — che non si conoscono attestazioni dell’omologa espressione ‘*pars consensus*’.

⁷² Per questi si rimanda a KRÜGER, *Die humanitas und die pietas nach den Quellen des römischen Rechtes*, in *ZS* 19 (1898), p. 52, il quale dirigeva i propri sospetti sull’espressione ‘*contemplatione paternae pietatis*’; P. KOSCHAKER, *Unterhalt der Ehefrau*, cit., pp. 10 ss.; critico sul tratto ‘*quodque-existimetur*’ E. ALBERTARIO, in *Rendiconti Lombardi*; ‘wahrscheinlich echt’ per H. J. WOLFF, *Zur Stellung der Frau im klassischen römischen Dotalrecht*, in *ZSS* 53 (1933), p. 367; G. BESELER, *Beiträge*, II, cit., p. 71; ID., *Unklassische Wörter*, in *ZSS* 56 (1936), pp. 46 s.; M. KASER, *Partus ancillae*, in *ZSS* 75 (1958), p. 161 nt. 30; un cenno alla fonte anche in A. SÖLLNER, *Zur Forgeschichte und Funktion der actio rei uxoriae*, Wien, 1969, p. 94.

⁷³ Ad una glossa pensa P. KOSCHAKER, *Unterhalt der Ehefrau*, cit., p. 10; ancora più drastica la posizione di G. BESELER, *Beiträge*, II, cit., p. 71; ID., *Unklassische Wörter*, cit., pp. 46 s., che sopprime da ‘*hoc enim*’ sino ‘*existimetur*’; restituzione condivisa anche da I. DE FRANCISCI, *SUNALLAGMA*, II, cit., p. 411 nt. 1; per la genuinità del tratto *posterior-videatur* v. comunque E. ALBERTARIO, *La connessione della dote*, cit., in *Studi*, p. 299.

Sempre sotto un profilo prettamente linguistico-grammaticale tale distinzione torna ad emergere anche da una singolare serie di circostanze che, se isolatamente intese non si rivelano necessariamente risolutive, complessivamente assunte finiscono per acquisire un ruolo sicuramente decisivo, che non consente di ritenerle meramente fortuite.

Si può innanzi tutto cominciare rilevando che, mentre l'espressione '*ex (hac) ea conventione agere*', non è ignota alle fonti (essa è in particolare attestata in Con. 9.11 '*et cum ex ea conventione cum matre tua agi coeperit*' in cui è contenuto un rescritto di Alessandro Severo del 222, geminato in C.2.3.8),⁷⁴ la locuzione corrispondente '*ex (hoc) eo consensu agere*' non è per contro mai impiegata, o per lo meno non è mai utilizzata nella medesima accezione. Un'espressione, peraltro solo simile, ricorre infatti in Mec. 2 *fidei*. D.44.7.31, ma con tutt'altro significato, in quanto qui il verbo *agere* non è adoperato in senso processuale, ma per indicare le modalità formative, perfezionative dell'atto: '*quia in ea re, quae ex duorum pluriumve consensu agitur*'. Il dato, non privo di rilievo, si giustifica se consideriamo che ciò che si fa valere in sede processuale, e in virtù del quale dunque si intraprende l'azione (*ex*), è l'accordo concreto, dotato di un preciso contenuto, di una specifica regolamentazione. È per l'appunto il contenuto dell'accordo (*conventio*) che si invoca a fondamento della pretesa, non anche il consenso che ha approvato quel contenuto. Non occorre evidenziare del resto che enunciati del tipo 'agire per far valere un consenso' o ancora 'per chiedere il rispetto di un consenso' appaiono, al di là ulteriori considerazioni meramente formali o se si vuole di 'eleganza espressiva', giuridicamente privi di senso. Il dato si apprezza ancor meglio se ci soffermiamo ad esempio a riflettere sull'uso analogo delle locuzioni '*ex empto*', '*ex locato agere*', in cui i sintagmi '*ex empto*', '*ex locato*' assolvono la funzione di richiamare il rapporto negoziale determinativo della pretesa, in virtù del quale si intenta l'azione.⁷⁵

⁷⁴ C.2.3.11 '*ex conventione quidem, qua..., actio tibi adversus eam competere non potest*' = C.4.47.1.

⁷⁵ *Ex empto*: Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.7.5; Paul. 11 *ad ed.* D. 4.3.18.3; Ulp. 28 *ad Sab.* D.8.4.6.3; Ulp. 2 *disp.* D.10.2.49; Ulp. 20 *ad ed.* D.10.3.7.13; Ulp. 24 *ad ed.* D.11.6.5.1; Ulp. 22 *ad ed.* D.12.2.13.3; Ulp. 30 *ad ed.* D.13.7.24pr.; Paul. 32 *ad ed.* D.17.1.22.9; Afr. 8 *quaest.* D.17.1.34.1; Marcell. 6 *dig.* D.17.1.49; Pomp. 9 *ad Sab.* D.18.1.8pr.; Iul. 3 *ad Urs. Fer.* D.18.1.41pr.; Lab. 4 *post. a Iav. Epit.* D.18.1.78.2-3; Lab. 5 *post. a Iav. Epit.* D.18.1.80.1; Iul. 24 *dig.* D.18.4.19; Paul. 33 *ad ed.* D.18.5.3; Iul. 3 *ad Urs. Fer.* D.18.6.14; Paul. 3 *ad Sab.* D.19.1.5pr.-1; Pomp. 9 *ad Sab.* D.19.1.6.4; Ulp. 32 *ad ed.* D.19.1.11.6; Ulp. 32 *ad ed.* D.19.1.11.12; Ulp. 32 *ad ed.* D.19.1.11.14; Ulp. 32 *ad ed.* D.10.1.13.8-9; Ulp. 32 *ad ed.* D.19.1.13.25; Ulp. 32 *ad ed.* D.19.1.13.27; Ulp. 32 *ad ed.* D.19.1.13.30; Ulp. 33 *ad ed.* D.19.1.33; Ulp. 70 *ad ed.* D.19.1.35; Paul. 2 *quaest.* D.19.1.42; Ulp. 1 *ad ed. edil. cur.* D.21.1.4.4; Ulp. 1 *ad ed. edil. cur.*

Sempre in questa prospettiva va ancora evidenziato che i giuristi non adoperano mai la locuzione *'ex hoc consensu'*, mentre invece mostrano di conoscere l'espressione *ex hac conventione*, la quale ancora una volta rimanda all'idea del concreto (*hac*) contenuto dell'accordo: basti pensare al celebre Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.7.3 *'nulla est obligatio ex hac conventione'*, o ancora, in un'ottica marcatamente processualistica, a Paul. 5 *quaest.* D.24.3.45 *'ex hac avita conventione...utilem actionem habere'*.

Così come sempre al concreto contenuto dell'accordo e dunque all'idea di un particolare modello di convenzione allude la locuzione *'talis conventio'* presente in Pap. 17 *resp.* D.2.14.42, Paul. 3 *ad Plaut.* D.10.3.14.3, PS. 2.13.5; C.Th. 16.5.12, a. 383 ? testi a cui sarebbe comunque possibile associare Paul. 68 *ad ed.* D.20.1.2 *'conventio...talis pactio'*, Ulp. 31 *ad Sab.* D.23.4.4 *'Et quid dicimus si tale pactum intervenit...quare non dicas conventionem valere?'*, Afr. 9 *quaest.* D.40.7.15.1 *'sed et si talem legem dixisset...respondit et hoc casu conventionem valere'*; o il più noto I.3.25.2 *'de illa sana conventione quaesitum est...an rata debet haberi conventio? Quintus Mucius contra naturam societatis talem pactionem esse' ?*, a cui fanno riscontro sempre su un piano contenutistico e oggettivo le locuzioni *'talis contractus'* (Iul. 18 *dig.* D.12.1.20, Iul. 3 *ad Urs. Fer.* D.17.1.32, Ulp. 73 *ad ed.* D.42.8.10.22; I.3.24.3; C.4.50.9, a. 294; C.4.29.32.2, a. 530; C.8.34.3.1, a.326; C.Th.3.2.1), *'tale pactum/talis pactio'* (Paul. 3 *ad ed.* D.2.14.27.2, Pap. 1 *resp.* D.2.14.40pr.; Paul. 1 *sent.* D.4.4.48.2; Paul. 68 *ad ed.* D.20.1.12, Marcian. *ad form. hyp.* D.20.5.7.2, Ulp. 31 *ad Sab.* D. 23.4.4; I.3.25.2; C.2.4.11, a.255; C.4.54.9pr., a. 531; Con.1.5; PS.1.9.5b, 4.5.8, PS. *int.* 4.5.8), mentre, manco a dirlo, la corrispondente espressione *'talis consensus'* rimane assolutamente estranea al linguaggio dei giuristi e della stessa cancelleria imperiale anche di epoca

D.21.1.31.20; Paul. 1 *ad ed. edil. cur.* D.21.1.43.9; Paul. 2 *ad ed. edil. cur.* D.21.1.44.1; Paul. 5 *quaest.* D.21.1.57pr.; Iul. 13 *dig.* D.21.2.7; Iul. 15 *dig.* D.21.2.8; Pomp. 9 *ad Sab.* D.21.2.16pr.; Paul. 2 *ad ed. edil. cur.* D.21.2.41.1; Paul. 2 *ad ed. edil. cur.* D.21.2.56pr.; Mod. 5 *resp.* D.21.2.63pr.; Ulp. 34 *ad Sab.* D.23.3.16; Ulp. 21 *ad Sab.* D.30.39.2; Iul. 33 *dig.* D.30.84.5; Ulp. 70 *ad ed.* D.43.18.1.1; Paul. 71 *ad ed.* D.44.4.3; Ulp. 76 *ad ed.* D.44.4.4.5; Gai.4.131a; I.3.23.1, 4.6.17, 4.6.22. *Ex locato*: Ulp. 14 *ad ed.* D.4.9.3.1; Ulp. 18 *ad ed.* D.9.2.5.3; Ulp. 18 *ad ed.* D.9.2.27.34; Ulp. 24 *ad ed.* D.11.6.1pr.; Paul. 18 *ad ed.* D.12.2.86.6; Ulp. 28 *ad ed.* D.13.6.5.12 ; Ulp. 28 *ad ed.* D.14.1.1.18; Paul. 29 *ad ed.* D.14.1.5pr.; Paul. 34 *ad ed.* D.14.2.2pr.; Paul. 34 *ad ed.* D.14.2.2.7; Ulp. 30 *ad ed.* D.16.3.1.9; Ulp. 32 *ad ed.* D.19.1.13.30; Ulp. 28 *ad ed.* D.19.2.5; Ulp. 32 *ad ed.* D.19.2.13.1; Ulp. 32 *ad ed.* D.19.2.15.9; Ulp. 32 *ad ed.* D.19.2.19.3 (*'ex locato petere'*); Paul. 34 *ad ed.* D.19.2.24pr.; Alf. 3 *dig. a Paul. epit.* D.19.2.30.2; Afr. 8 *quaest.* D.19.2.35.1; Paul. 21 *ad ed.* D.19.2.43; Iav. 11 *epist.* D.19.2.51.1; Lab. 5 *post. a Iav epit.* D.19.2.60.2; Lab. 5 *post. a Iav epit.* D.19.2.60.4; Ulp. 31 *ad ed.* D.19.5.19.1; Ulp. 49 *ad Sab.* D.45.1.38.25; Iav. 9 *e post. Lab.* D.47.2.91pr.; Gai. 13 *ad ed. prov.* D.47.7.9; I.4.6.17, 4.6.22.

postclassica, facendo la sua prima e peraltro unica comparizione in una costituzione di Giustiniano del 530 (C.2.5.55pr.), che ci riconduce dunque in un contesto storico-giuridico in cui era andato oramai del tutto smarrito il senso dell'originaria distinzione tra le due nozioni, le quali anzi, come si potrà meglio osservare dall'esame delle fonti bizantine, avevano finito per essere pienamente identificate.⁷⁶

Un certo interesse riveste anche Pap. 11 *resp.* D.20.4.3.pr. '*de illa conventione quaesitum est*', dove appare subito chiaro che il termine in esame sta ad indicare la fattispecie contrattuale (*illa conventio*) portata all'attenzione del giurista.

Se poi non ricorrono mai le espressioni (*primum*) *secundum consensum* nel senso ordinale — le uniche volte in cui compare '*secundum*' viene adoperato come avverbio per indicare conformità (in quest'accezione ad es. D.5.1.51; C.4.38.12) —, si hanno invece Pap. 3 *resp.* D.20.4.2 '*deficiente secunda conventione*'; C.2.3.12 '*actionem, quae supra prima conventione fuerat*'; Cons. 9.5. '*nec a prima pactione, quae substantiam non habeat, secunda conventione discessum*'.⁷⁷

All'assenza della formulazione '*fides consensus*', si contrappone il ricorso alla *fides conventionis*, particolarmente frequente nel linguaggio della cancelleria imperiale, visto che escludendo Pap. 4 *resp.* D.23.4.26.3,⁷⁸ per il resto si tratta di occorrenze codicistiche di epoca tardo classica (C.2.3.7; 4.65.15; 5.12.6) o al più — sono le più numerose — diocleziana (C.4.35.20pr., 4.49.10; 7.14.11; 8.34.2; 8.42.20).⁷⁹

Sempre in questa prospettiva si rivela altamente significativo anche l'uso delle locuzioni (I.3.25.2) *fidem conventionis impleri* (C.4.35.20pr.; C.7.14.11; C.8.34.2, C.8.55.10pr.), *placitum conventionis impleri* (C.4.23.1), *conventio impleri* (Paul. 54 *ad ed.* D.41.4.2.3), in cui non è possibile non cogliere un richiamo all'espressione *fides contractus impleri* (Ulp. 32 *ad ed.* D.19.2.19.9; Pap. 11 *resp.* D.19.5.9).⁸⁰ Locuzioni alle quali per altro verso viene spontaneo associare, sotto un versante prettamente processualistico, l'espressione *conventionem servare* presente in Pap. 17 *resp.* D.2.14.42; C. 4.54.8, 4.65.22, 5.72.1, o l'omologa *fidem conventionis servare* ricorrente

⁷⁶ Sul punto v. *infra* § 7.

⁷⁷ Su cui v. E. VOLTERRA, *Le sette costituzioni di Valentiniano e Valente contenute nella 'Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti'*, in *BIDR* 85 (1982), pp. 171 ss.

⁷⁸ Su cui da ultimo v. F. GALLO, *Synallagma e conventio*, II, cit., pp. 274 ss.

⁷⁹ Per quanto attiene soprattutto l'aspetto stilistico formale del c.d. classicismo diocleziano rinviamo al nostro *Ulpiano, Antistia e la fides humana*, in *AUPA* 46 (2000), pp. 276 ss., ove indicazioni bibliografiche.

⁸⁰ Nella medesima prospettiva con riferimento al caso specifico della locazione v. anche C.4.65.26

negli appena richiamati Pap. 4 *resp.* D.23.4.26.3, C.2.3.7.

Considerato che, rispettivamente, a trovare esecuzione (*conventio, fides conventionis impleri*) o ad essere oggetto di tutela (*conventionem servare*) non poteva che essere il contenuto negoziale voluto da entrambe le parti, e più che il consenso che l'aveva determinato, non rimane altra scelta che assegnare al sostantivo '*conventio*' il primo dei significati indicati; così come nello stesso ordine di idee, ma con riferimento al settore giuspubblicistico il pensiero va al notissimo Herm. 1 *iur. epit.* D.1.3.35 '*Sed et ea, quae longa consuetudine comprobata sunt ac per annos plurimos observata, velut tacita civium conventio non minus quam ea quae scripta sunt iura servantur*', in cui la locuzione (*tacita*) *civium conventio* è adoperata in senso chiaramente oggettivo al fine di individuare il corpo di norme aventi origine consuetudinaria, come del resto si desume dal raffronto posto con il complesso di disposizioni di origine legislativa: *non minus quam ea quae scripta sunt iura servantur*.⁸¹

Istruttivo si dimostra anche il fatto che mentre *conventio* è frequentemente impiegato nel significato di *pactum* (particolarmente eloquente appare in questa direzione, per via del ravvicinato scambio terminologico l'appena citato Cons. 9.5: *prima pactione/secunda conventione*), mancano analoghi impieghi del termine *consensus*.

E sempre in quest'ottica merita attenzione anche il frequente impiego dell'espressione *exceptio conventionis* (Paul. 3 *ad ed.* D.2.14.2.1; Cels. 1 *dig.* D.2.14.33; Proc. 5 *epist.* D.2.14.36; Ulp. 26 *ad ed.* D.2.14.51pr.; Pomp. 26 *ad Sab.* D.23.4.10; Ulp. 52 *ad ed.* D.39.1.1.10), chiaramente riconducibile a quella più usuale di *exceptio pacti conventi*, alla quale, è inutile dirlo, non corrisponde mai *exceptio consensus*, così come per altro verso si segnala il sintagma *lex conventionis* (C.8.13.3; 7.16.36) anch'esso allusivo alla regolamentazione d'interessi fissata consensualmente dalle parti in ambito contrattuale.

Non va neppure sottovalutato il fatto che alla espressione *illicita conventio* (C.4.59.2), non corrisponde mai l'analogo *illicitus consensus*. Tale circostanza assume un importante significato se si pensa che l'illiceità, e dunque il giudizio di disvalore espresso 'da parte dell'ordinamento', non può che riguardare il contenuto della concreta

'fides conductionis impleri'.

⁸¹ Dubbi sulla genuinità della locuzione '*tacita civium conventio*' in E. BETTI, "Declarare voluntatem" nella dogmatica bizantina, in *Studi Albertario*, II, Milano, 1953, p. 460; più di recente v. F. GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto*, Torino, 1993, pp. 197 ss.

operazione economico-giuridica posta in essere dalle parti: la causa. Così come nello stesso ordine di idee va considerato C.4.35.20pr.: *Si contra licitum litis incertum redemisti, interdictae conventionis tibi fidem impleri frustra petis*, in cui si può forse nutrire qualche sospetto sull'aggettivo 'interdictae', peraltro superfluo, risultando la illiceità della convenzione già dalla protasi 'si contra-redemisti', sulla cui genuinità non possono però esservi dubbi; o ancora, venendo a fonti giurisprudenziali, si può menzionare Ulp. 30 ad ed. D.16.3.1.7: *Illud non probabis, dolum non esse praestandum si convenerit: nam haec conventio contra bonam fidem contraque bonos mores est et ideo nec sequenda est*, brano inserito in un lungo frammento ulpiano, per lungo tempo considerato di fattura bizantina, ma senza solide basi argomentative,⁸² in cui viene predicata la nullità del patto di esenzione da responsabilità dolosa, in considerazione della sua contrarietà al dettato degli stessi *mores maiorum*, nonché dei più elementari principi di correttezza a cui devono ispirarsi le parti nell'adempimento del rapporto contrattuale (di deposito).

Da altro punto di vista, in ordine al *pactum de non petendo*, viene alla mente la locuzione *iusta causa conventionis* adoperata in Iul. 6 ad Min. D.2.14.56 'Si convenerit ne dominus a colono quid peteret, et iusta causa conventionis fuerit: nihilo minus colonus a domino petere potest'⁸³ e Iul. 18 dig. D.23.4.18 'Licet manente

⁸² Per le alterazioni segnalate in dottrina v. *Index itp.*; in particolare, sopprimeva i §§ 6 (che riconosce alle parti il diritto di aggravare convenzionalmente il grado di responsabilità) e 7 E. ALBERTARIO, *Studi*, IV, (1946), p. 249; per la genuinità v. comunque C. LONGO, *Corso di diritto romano. Il deposito*, Milano, 1946, pp. 47 s.; C. A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali*, Milano, 1973, pp. 312 ss., per il quale si potrebbe tutt'al più dubitare dell'affermazione generalizzante del § precedente 'contractus enim ex conventione accipiunt', la cui classicità sostanziale non sarebbe però discutibile, o venendo al § 7 che più ci interessa, dell'iniziale 'illud non probabis', in ogni caso ininfluenza sulla sostanza del ragionamento; per la letteratura più recente v. S. TAFARO, *Regula e ius antiquum*, cit., pp. 45 ss.; MOLNAR, *System der Verantwortung im römischen Recht der späteren Republik*, in *BIDR* 92-93 (1989-1990), pp. 572 ss.

⁸³ V. H. P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts*, Hamburg, 1965, pp. 105 s.; un accenno in F. GALLO, *Synallagma e conventio*, II, cit., p. 215 e nt. 27, che individua una possibile relazione tra la *iusta causa conventionis* di cui si fa parola nel frammento e la *iusta conventio* menzionata in Iul. 10 dig. D.12.2.39 e Iul. 15 dig. D.18.5.5.2: per il primo brano v. L. AMIRANTE, *Il giuramento prestato prima della litis contestatio*, Napoli, 1959, pp. 204 ss.; F. GALLO, *Synallagma e conventio*, II, cit., p. 215 e nt. 26; sul secondo si rinvia, con letteratura, a M. TALAMANCA, *Considerazioni sul periculum rei venditae*, in *Seminarios Complutenses*, 7 (1995), pp. 253 ss.; la locuzione *iusta conventio* ricorre anche in Pap. 1 resp. D.2.14.40.1, ed appare in qualche modo riconducibile al *iustum pactum* di cui discute sempre Papiniano in Pap. 28 quaest. D.46.3.95.4 'iusto pacto iure tollitur...conventionis aequitate tollitur', sul quale si rimanda (con diagnosi interpolazionistica) a V. DE VILLA, *Le "usurae ex pacto" nel diritto romano*, Roma, 1937, pp. 5 s., ove altra letteratura: per la fattura bizantina della locuzione 'conventionis aequitate' v. già A. BIONDI, *Iudicia bonae fidei*, in *AUPA* 7 (1918), p. 53 nt. d; fra gli studiosi più recenti si rinvia a A. BURDESE, *La nozione classica di naturalis obligatio*, Torino, 1955, pp. 85 ss.; F. PASTORI, *Il negozio verbale*, cit., p. 137 nt. 75, il quale reputa interpolata l'intera motivazione 'Quod-dissolvitur'.

matrimonio non possit inter virum et uxorem convenire, ut longiore dos reddatur, post divortium tamen, si iusta causa conventionis fuerit, custodiri id pactum debet,⁸⁴ di cui andrebbe sicuramente approfondita l'analisi, soprattutto in prospettiva delle possibili connessioni con la tanto discussa dottrina della *causa conventionis* messa a punto in Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.7.2, visto che i citati frammenti giuliane, per quanto ci è dato constatare, sono gli unici, fatta ovviamente eccezione per il richiamato Ulp. 4 *ad ed.*, in cui è possibile cogliere una elaborazione seppur embrionale della dottrina della *causa*, qualsiasi significato si voglia attribuire a tale termine, in relazione alla categoria dell'accordo (*conventio*), sotto la medesima prospettiva della tutela processuale. E a questo riguardo non si può nascondere che la chiusa '*custodiri id pactum debet*' di Iul. 18 *dig.* D.23.4.18 esercita forti suggestioni sull'interpretazione dell'estensione dell'intervento pretorio legato alla promessa di *pacta conventa servare* (Ulp. 4 *ad ed.* D.21.4.7.7),⁸⁵ dato che la presenza di una *causa (iusta)* è predicata come condizione per la concessione di una *exceptio pacti conventi* (in favore del marito convenuto dalla moglie con l'*actio rei uxoriae*), là dove in Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.7.2 è richiesta all'interno di una teorica piuttosto indirizzata ad una tutela in via di azione.

Sempre sotto un profilo terminologico, la valenza qui assegnata al termine *conventio* traspare egualmente dall'uso di locuzioni tendenti ad affermare la efficacia della *conventio*: '*conventio valet*' (Ulp. 74 *ad ed.* D.2.11.4.4., Paul. 3 *ad ed.* D.2.14.4pr., Ulp. 1 *ad ed. ed. cur.* D.21.1.31.22, Ulp. 31 *ad Sab.* D.23.4.4, Afr. 9 *quaest.* D.40.7.15.1, I.3.25.1), in cui è chiaro che la pronuncia di validità riguarda direttamente la pattuizione nel suo profilo contenutistico, come del resto si evince da analoghi impieghi che sempre riconducono all'idea oggettiva del negozio: Ulp. 2 *de omn. trib.* D.2.1.15 '*nihil valebit quod actum est*'; Ulp. 28 *ad Sab.* D.18.1.7.1 '*huiusmodi emptio...valet*'; Ulp. 31 *ad ed.* D.17.2.5.1 '*societas...valet*', Ulp. 40 *ad Sab.* D.26.8.5.2 '*contractus valet*', Ulp. 32 *ad Sab.* D.24.1.5pr. '*donationem valere*' Pomp. 14 *ad Sab.* D.24.1.31.4 '*utrum...totum negotium valeat*', Ulp. 7 *disp.* D.2.15.7pr. '*post rem iudicatam transactio valet*'.

Le connotazioni oggettive presenti nella nozione di *conventio* qui messe in luce

⁸⁴ Sul frammento v. G. GROSSO, *Ricerche intorno all'elenco classico dei "bonae fidei iudicia". I. Iudicium rei uxoriae*, in *RISG* 3 (1928), pp. 53 ss.; nell'ottica particolare dei patti dotali, e sul principio per cui questi non potessero risultare peggiorativi della condizione della moglie, v. A. BURDESE, *In tema di convenzioni dotali*, in *BIDR* 62 (1959), pp. 170 ss.

⁸⁵ Sulle diverse proposte avanzate in dottrina circa il tenore originario della clausola edittale rinviando al nostro *Ulpiano, Antistia e la fides humana*, in *AUPA* 46 (2000), p. 259 nt. 4.

affiorano anche in un interessante costituzione di Teodosio II del 439 (C.1.14.5pr.), tramite il significativo accostamento della *conventio* alle categorie (oggettive) del *pactum* e del *contractus*, operato nel tratto ‘*nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum, inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente*’,⁸⁶ la cui struttura sintattica riporta alla mente il ‘*nullum (esse) contractum, nullam obligationem (quae non habeat in se conventionem)*’ di Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.1.3, con un richiamo che però, al di là di una formale affinità strutturale, si rivela ad un esame meno sommario semplicemente suggestivo, se si pensa che nel testo legislativo la *conventio* è assunta a livello di categoria autonoma rispetto al *contractus* (*nullam conventionem, nullum contractum*), mentre nel brano ulpiano la relazione prospettata si sviluppa tutta all’interno della categoria contrattuale.

Può essere infine di qualche utilità ricordare che il sostantivo *consensus*, a differenza di *conventio*, non presenta una declinazione plurale, così come ancora potrebbe per certi versi rivelarsi sintomatico il fatto che, a differenza della nozione *consensus/consentire* per la quale esiste il contrapposto *dissensus/dissentire*, manchi per *conventio/convenire* un analogo contrappunto.

5. ‘Consenso’ e ‘accordo’ nella dogmatica moderna: per una possibile analogia.

Volendo trovare un’analogia con le nostre categorie giuridiche crediamo di poter affermare che la relazione di alterità implicata all’interno del linguaggio giuridico romano dalla coppia semantica qui studiata possa trovare un qualche riscontro nel nostro linguaggio tecnico nel binomio consenso-accordo, anche se, pur a questo proposito, — occorre dirlo — è prevalente nella dottrina civilistica la tendenza ad operare una identificazione tra le due nozioni.⁸⁷ Tendenza che non sarebbe improprio considerare inconsapevole retaggio della indifferenziazione che da molto più tempo ha

⁸⁶ Il passaggio riportato nel testo è riprodotto, in un contesto meno generalizzante, anche in NTh. 9.2: *Conductor itaque locatori vel contra locatori conductori contra hanc legem nulla tenebitur actione. Nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt lege contrahere prohibente* (a. 439).

⁸⁷ Per un quadro generale v. F. MESSINEO, “Contratto”, in *ED*, pp. 876 ss.; in questo senso anche A. BIONDI, *Reminiscenze ed esperienze romanistiche in tema di contratto moderno. Sistemazione-Definizione-Requisiti*, in *Studi Messineo*, Milano, 1959, p. 74, il quale estende la sinonimia ai termini patto e convenzione.

riguardato la relazione *consensus/conventio*.

Si sa che la scienza civilistica italiana, soprattutto di metà novecento, si è per lungo tempo interrogata circa la opportunità, ed ancor prima possibilità, di recepire all'interno dell'ambito contrattualistico la nozione di accordo, la cui prima elaborazione, com'è a tutti noto, viene tradizionalmente ricondotta nel settore del diritto pubblico, in specie internazionale.

Tali resistenze erano più che altro attribuibili a ragioni di ordine strutturale, quale una intrinseca inconciliabilità delle due categorie negoziali, dato che, come già segnalava il Messineo, in un breve articolo apparso nella *Rivista di diritto civile* del 1942,⁸⁸ nell'accordo, a differenza che nel contratto, 'le volontà non sono di fronte, ma sono una accanto all'altra', distinzione che avrebbe trovato un riscontro anche nella contrapposizione tra *Vereinbarung* (accordo)/*Vertrag* (contratto) operata dalla dottrina tedesca.⁸⁹ Idea affermata appena un anno appresso, nella prima edizione della sua *Teoria generale del negozio giuridico*, dal Betti, il quale, insistendo sulla metafora del Messineo, teneva a precisare che il contratto rappresentava il prototipo del 'negozio a interessi contrapposti o divergenti', e l'accordo, al contrario, un negozio 'a interessi paralleli o convergenti'.⁹⁰

Tali dispute erano destinate ad avere un ritorno anche negli studi romanistici, determinando prese di posizione che se non necessariamente in linea quanto a conclusioni, muovevano comunque dall'idea condivisa della differenziazione delle due nozioni, come nel caso del Biondi, il quale, non senza condizionamenti provenienti da ambiti giuspubblicistici,⁹¹ contrapponeva le due categorie, per il fatto che il contratto 'determina costituzione, modificazione, estinzione di diritti soggettivi o situazioni giuridiche', l'accordo invece 'importa fissazione obbiettiva di una disciplina circa la condotta da tenere da parte di una pluralità di persone'.⁹²

Non occorre troppo insistere sull'inaccettabilità dell'orientamento ricordato il cui maggior limite probabilmente sta nell'aver valorizzato aspetti e momenti, per così dire,

⁸⁸ F. MESSINEO, *La struttura della società e il cd. contratto plurilaterale*, in *Riv. Dir. Civ.*, 1942, pp. 65 ss.

⁸⁹ Per una messa a punto più completa del pensiero dell'Autore v. F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, Milano 1952, p. 42; ID., "contratto", cit., pp. 876 s.

⁹⁰ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1943, pp. 301 ss.; nello stesso ordine di idee la seconda edizione, pp. 302 ss., con l'aggiunta di un quadro bibliografico (p. 302 nt. 1).

⁹¹ In proposito v., con letteratura, G. OSTI, "Contratto", cit., p. 475.

⁹² A. BIONDI, *Contratto*, cit., pp. 226 s.

‘sociologici’ del diritto, dai quali — anche a non voler tornare al purismo pandettistico propugnato dal Windscheid,⁹³ relegando nell’‘extragiuridico’ o tutt’al più nel ‘pregiuridico’ ogni considerazione di tipo politico-economico — è buona regola prescindere, per lo meno allorché ci si trova impegnati nel delineare, dogmaticamente parlando, una nozione giuridica.⁹⁴ A ciò si aggiunge la considerazione che, ad assumere come valido questo criterio, si dovrebbe pervenire alla conclusione, per noi inaccettabile ed in ogni caso in palese contrasto con l’impianto dell’attuale (art. 2247) e precedente codice (art. 1697), ma che pur ha riscosso alcuni consensi all’interno della scienza civilistica,⁹⁵ di escludere dall’area della contrattualità tutte le forme di associazioni societarie, alla cui base sarebbe impensabile scorgere un conflitto di interessi tra gli stessi soci, per collocarle piuttosto all’interno della differente categoria dell’‘atto collettivo’ — ‘der Gesamttakt’ — elaborata sul finire dell’800 dal Kuntze,⁹⁶ e la cui caratteristica sarebbe per l’appunto costituita dalla ‘comunione di dichiarazioni di volontà del medesimo contenuto e tendenti a un comune effetto giuridico, al quale ciascuno dei dichiaranti partecipa pro quota’.⁹⁷ Tesi, sostenuta, com’è noto, anche in ambito romanistico dal Wieacker, il quale, ha contestato la natura contrattuale della *societas*, tentando di svalutare, ma senza successo, l’incontrovertibile insegnamento gaiano contenuto ai §§ 135 e 148-154 del terzo libro.⁹⁸

⁹³ B. WINSCHIED, *Gesammelte Reden und Abhandlungen*, Leipzig, 1904, p. 112.

⁹⁴ Ed in questo senso, relegava giustamente al solo aspetto sociale ed economico del fenomeno la pretesa contrapposizione degli interessi già RAVÀ, *Lezioni sui contratti in generale*, pp. 11 ss., il quale d’altra parte insisteva sul fatto che giuridicamente entrambe le parti ‘vogliono le stesse cose’; in senso adesivo anche G. OSTI, “*Contratto*”, cit., p. 472, il quale peraltro rigetta, al meno per il diritto privato, la distinzione accordo-contratto.

⁹⁵ In particolare F. MESSINEO, *La struttura della società*, cit., pp. 65 ss.

⁹⁶ KUNTZE, *De Gesamttakt, ein neuer Rechtsbegriff*, Lipsia, 1892.

⁹⁷ F. MESSINEO, *La struttura della società*, cit., p. 74: va detto che alla negazione della contrattuale della società l’Autore perviene attraverso l’analisi delle modalità formative o modificative della società, fra le quali viene attribuito un particolare peso all’adozione del principio maggioritario (art. 2335), là dove la categoria contrattuale si fonderebbe sul consenso come ‘fenomeno di unanimità e di solidarietà’. La tesi dell’Autore mostra però il difetto di avere radicalizzato aspetti propri del modello societario azionistico, la cui rispondenza allo schema contrattuale può in effetti apparire discutibile, applicandoli all’intero modello societario. Per una svalutazione della contrapposizione degli interessi v., con letteratura, G. OSTI, “*Contratto*”, cit., pp. 474 s.; critico anche E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 2^a ed., cit., pp. 306 ss.

⁹⁸ F. WIEACKER, *Societas*, cit.; ID., *Das gesellschaftsverhältnis des klassischen Rechts*, in *ZSS* 69 (1952), pp. 321 ss.; le peculiarità strutturali del contratto di *societas* sono colte anche da B. ALBANESE, ‘*Agere*’ ‘*gerere*’ ‘*contrahere*’ in *D.50.16.19*, in *SDHI* 38 (1972), pp. 240 s., il quale però, tenendosi lontano dal radicalismo del Wieacker, si limita a rilevare che nella *societas* ‘il contenuto delle *obligationes* non è strutturalmente differente — come nei contratti *emptio-venditio* e *locatio-conductio* (effettivi esempi di *ultra citroque obligatio*) —, bensì è cospirante al medesimo fine sociale’. Sulla questione e sulla indubbia specificità del contratto di società v.,

D'altra parte bisogna pure considerare che quanti come Messineo hanno proposto la distinzione contratto/accordo, non hanno tenuto conto del fatto che già da tempo fra gli stessi studiosi di diritto internazionale era maturata una seria opera di revisione critica, culminante nel definitivo superamento della distinzione emersa all'interno della scienza internazionalistica di fine 800 e dei primi decenni del '900, tra 'trattati accordo' o 'normativi' e 'trattati contratto', la quale distinzione si basava, oltre che sulla diversità di ordine funzionale — fonti di norme giuridiche i primi, regolamenti di rapporti giuridici fondati su norme preesistenti i secondi —, proprio sulla pretesa eterogeneità strutturale dei due atti: volontà convergenti nel trattato-accordo, volontà contrapposte nel trattato contratto.⁹⁹

Bisogna poi riconoscere che già Betti, che pur era fra coloro che si pronunciavano per la distinzione tra le due nozioni, proprio in ragione dell'art. 1325, n. 1 del codice del '42 che pone l' 'accordo delle parti' tra i requisiti del contratto (addirittura al primo posto), non mancava di sottolineare la 'relatività di queste qualifiche'.¹⁰⁰ Sempre a questo proposito basterebbe già osservare che a individuare nell'accordo un dato essenziale dell'istituto contrattuale era stato già l'art. 1098 del codice del 1865 ('il contratto è l'accordo di due o più persone per costituire, regolare o sciogliere fra loro un vincolo giuridico'), dalla cui impostazione, per lo meno sotto questo punto di vista, non si discosta l'art. 1321 dell'attuale codice, il quale anzi, al pari della disposizione dell'abrogato codice, sembra destinato, per una serie di circostanze decisamente singolari, a suscitare sempre il medesimo tipo di rilievi critici.¹⁰¹

con riferimenti alla letteratura più risalente, l'ancora valido studio di V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, Napoli, 1950, pp. 70 ss., il quale da parte sua si pronunciava in favore della natura contrattuale; con ulteriori ragguagli bibliografici v. pure M. TALAMANCA, "Societas", in *ED*, p. 812.

⁹⁹ Per la classificazione tradizionale BERGBOHM, *Staatverträge und Gesetze als Quellen des Völkerrechts*, Dodpat, 1877, pp. 77 ss.; REGLADE, *De la Nature juridique des traités internationaux et du sens de la distinction des traités-lois et des traités-contrats*, in *Revue de droit public*, 1924, pp. 505 ss.; i primi spunti critici si trovano già in NIPPOLD, *Der Völkerrechtliche Vertrag*, Bern, 1894, pp. 31 ss.; in quest'ordine di idee anche R. MONACO, *Manuale di diritto internazionale pubblico*, 2^a ed., Torino, 1971, pp. 81 ss., al quale si rimanda per una prima indicazione bibliografica sul punto.

¹⁰⁰ E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, 1^a ed., pp. 192 s.; 2^a ed., cit., pp. 305 ss.

¹⁰¹ È opinione di una parte della dottrina che fa capo principalmente a F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*, cit., capo II nt. 8; ID., "Contratto", cit., p. 876, ma che ha trovato adesioni anche al di fuori delle discipline civilistiche in senso stretto (in ambito romanistico vanno ricordate quella di A. BIONDI, *Reminiscenze*, cit., p. 34, e più di recente di F. GALLO, *Eredità*, cit., pp. 75 ss.; punto di vista mantenuto in *Contratto e atto secondo Labeone: una dottrina da riconsiderare*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, Roma 1999, pp. 51 ss.) che il legislatore sarebbe caduto in una evidente anfibia per aver presentato all'art 1321 'la figura del contratto nella sua interezza' come l'accordo delle parti, mentre all'art 1325 avrebbe fatto dell'accordo 'uno degli elementi o coefficienti (e sia pure principale) del contratto. Inconveniente che si sarebbe potuto evitare, secondo il Messineo, impiegando il termine

Ciò premesso, preme piuttosto dire che la nozione di ‘accordo’ propone profili di maggiore complessità rispetto a quella di ‘consenso’. E questo non perché il termine accordo costituirebbe una attenuazione dell’elemento soggettivo del contratto, indicando ‘l’incontro di manifestazioni di volontà concordanti come tali’, a prescindere dalla sussistenza di ‘una volontà effettiva, non difettosa, non viziata delle parti’ (consenso), secondo una supposizione a suo tempo avanzata dal Betti¹⁰² e poi ripresa dall’Osti,¹⁰³ che, come appare subito evidente, appare scarsamente convincente proprio perché tenta in qualche modo di riproporre in rapporto alla coppia consenso/accordo le conclusioni già discutibili a cui era pervenuto il Fritsche, in riferimento al binomio *conventio/consensus*.

Piuttosto pare di poter ragionevolmente sostenere che la nozione di accordo è *in grado* di esprimere la medesima concettualizzazione sottesa al segno *conventio*, nel senso che è termine capace di evocare l’idea del contenuto negoziale, di ciò su cui le parti hanno raggiunto un’intesa, come confermano i numerosi impieghi codicistici in tal senso,¹⁰⁴ e, sempre su un piano lessicale, l’idoneità a supportare molti degli usi

“consenso” per indicare la parte (inutile la sostituzione per A. BIONDI, *Reminiscenze*, cit., p. 34). Al di là del fatto che più che di ‘anfibiaologia’ (così, almeno inizialmente, anche F. GALLO, *Eredità di giuristi*, cit., p. 76) sarebbe forse più appropriato discorrere di ‘sineddoche’ (ma così del resto lo stesso F. GALLO, *Eredità di giuristi*, cit., p. 77; di tautologia discuteva piuttosto A. BIONDI, *Reminiscenze*, cit., p. 34), va in ogni osservato, come già giustamente non sfuggì all’Osti, (G. OSTI, “*contratto*”, cit., p. 502 nt. 2) e al quale cercò di replicare, ma sostanzialmente senza successo, il Messineo, che così ragionando non si considera che il contratto non è stato ricostruito in sede codicistica come un accordo tout court, ma come una particolare figura del medesimo, onde ben può dirsi che il contratto privo di accordo risulta nullo, giacché tale modo di esprimersi è tutt’altro che equivalente a quello di ‘l’accordo privo dell’accordo delle parti è nullo’. Come si è già accennato alle medesime accuse non si era neppure sottratto il legislatore del ’65. Ed anzi si può singolarmente osservare che l’impianto critico dello stesso Messineo nei confronti dell’odierno art. 1321 ripropone sostanzialmente immutate le considerazioni che già si trovano sviluppate in F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, vol. II, p. 525 nt. 1 con riferimento alla formulazione dell’art. 1098 del cod. civ. del 1865, in cui, anche allora, l’annotatore volle individuare, adducendo peraltro proprio Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.1pr.-3, una inaccettabile identificazione del contratto con la convenzione, avendo il legislatore ignorato che ‘il contratto non può confondersi con la convenzione’ rappresentando questa ‘il genere, quello la specie’, con una critica che si estendeva all’allargamento dell’idea di contratto anche ai fatti estintivi di obbligazione operato dal legislatore, perdendo così di vista il significato tecnico di atto costitutivo di un rapporto obbligatorio messo a punto dalla giurisprudenza romana.

¹⁰² E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 348. Contro le ipotesi dell’Osti e del Betti, F. MESSINEO, *Contratto*, cit., p. 877, di cui però è soltanto suggestiva l’argomentazione lessicale di accordo come *ad e cor (cordis)*, che gli serve per sostenere che ‘il “il cuore” sta ad indicare un fatto interiore e non un fatto esterno qual è la dichiarazione delle parti’.

¹⁰³ G. OSTI, “*contratto*”, cit., p. 502.

¹⁰⁴ Si possono qui segnalare, per il cod. civ., gli artt. 155⁷ (‘il giudice deve *tener conto dell’accordo* delle parti: i provvedimenti possono essere *diversi* rispetto *alle domande* delle parti o *al loro accordo*’), 158 (‘quando l’*accordo* dei coniugi relativamente all’affidamento e al mantenimento dei figli è *in contrasto* con l’interesse di questi’), (forse) 230^{4bis} (‘il pagamento può avvenire in più annualità determinate, *in difetto di accordo* dal giudice’: *id est* in difetto di *diversa pattuizione?*), (forse) 730 (‘la nomina di questo...in *mancaza di accordo* è fatta con decreto del tribunale’), 870 (‘in *mancaza di*

linguistici che abbiamo riconosciuto esclusivi della nozione di *conventio*, per cui sono usuali del nostro linguaggio giuridico locuzioni del tipo: l'‘accordo è nullo’; ‘tale, questo, accordo’; ‘in virtù dell’accordo’ ‘far valere, rispettare, tutelare l’accordo’; ‘accordo, illecito, illegale, immorale’, ‘primo’, ‘secondo’, ‘accordo’ e via di seguito.

Si è però detto *in grado* di esprimere perché, in effetti, il grado di distinzione rispetto la nozione di consenso è sicuramente meno marcato rispetto a quello implicato dalla relazione *conventio/consensus*, dato che il termine è frequentemente adoperato per indicare, con una forte connotazione soggettivistica, ‘l’incontro (e combinazione) di due dichiarazioni di volontà’ ‘che opera...e si attua come *fatto psichico*’.¹⁰⁵ Anzi è senz’altro possibile affermare che tale accezione, se non certamente prevalente, risulta però altrettanto diffusa nel linguaggio legislativo,¹⁰⁶ e soprattutto pare aver ispirato il disposto dell’art. 1325 cod. civ., in cui la scelta del legislatore di indicare l’accordo tra gli elementi essenziali del contratto, ha determinato più di una perplessità soprattutto in un vasto settore della odierna giusprivatistica, il quale, non nascondendo le proprie preferenze verso lo schema adottato all’art. 1104 del precedente codice incentrato sulla figura del consenso, non ha affatto gradito la differente opzione del legislatore del

accordo’=‘regolamentazione dei rapporti fra aventi diritto su immobili compresi nel comparto?’), 1115 (‘si procede alla vendita salvo *diverso accordo*’), 1183 (‘qualora sia necessario un termine, questo, in mancanza di *accordo* delle parti’), 1414³ (atti unilaterali...che siano simulati per *accordo* tra il dichiarante e il simulante’), 1750 (‘salvo *diverso accordo* tra le parti’, ‘*accordo economico collettivo*’), 1751 (‘ai *sensi di un accordo*’), 2099 (‘in mancanza di [norme corporative: abrogato] o di *accordo* tra le parti’, in cui la valenza oggettiva pare suggerita dal rapporto (ora abrogato) con le norme corporative), 2183 (‘salvi *diverso accordo* delle parti’). Cod. pen.: artt. 304 (‘coloro che *partecipano all’accordo*’), 308 (‘*recedono dall’accordo*’), in cui il termine sembra adoperato per indicare il progetto, il piano criminoso consensualmente fissato. Cod. proc. pen.: artt. 18 (‘può esser disposta sull’*accordo delle parti*’), 602² (‘se il giudice decide *in modo difforme dall’accordo*’), 731 (‘Il ministro di grazia e giustizia, se ritiene che a norma di un *accordo* internazionale’). Cod. proc. civ: artt. 6 (‘la competenza non può essere derogata per *accordo* delle parti’), 28 (‘la competenza per territorio può essere derogata per *accordo* delle parti’), art 29¹ (‘l’*accordo* delle parti per la deroga’), 29² (‘l’*accordo non attribuisce* al giudice’), 177 (‘le sentenze pronunciate *sull’accordo* delle parti’: scil. nel senso di quanto stabilito consensualmente tra le parti), 306 (‘salvo *diverso accordo*’), 339 (‘purché l’appello non sia escluso dalla legge o *dall’accordo* delle parti’), 542 (‘se i creditori non raggiungono *l’accordo di cui* all’articolo precedente’), 601 (‘finché...non sia intervenuto un *accordo fra le parti* o *pronunciata una sentenza*’), 833² (‘condizioni generali che siano *recepite in un accordo scritto*’), art. 840 (‘non sono stati *conformi all’accordo* delle parti o, in mancanza di *tale accordo, alla legge* del luogo’). Cod. pen. militare di guerra: artt. 89 (‘non è punibile il militare che *recede dall’accordo*’), 149 (‘diserzione *previo accordo*’), 157 (‘se il fatto è commesso...*previo accordo*’), 206 (‘coloro che *partecipano all’accordo*’), 206² (‘il prigioniero di guerra che *recede dall’accordo*’). Analogamente, per il codice penale di pace, gli artt. 178 (‘coloro che *partecipano all’accordo* sono puniti’), 181 (‘coloro che *recedono dall’accordo*’), 243 (‘se il fatto è commesso...*previo accordo*’).

¹⁰⁵ Così F. Messineo, “*Contratto*” cit., p. 876.

¹⁰⁶ Cod. civ.: Artt. 157, 316, 550, 730, 1840, (?) 2122², 2156, particolarmente nella locuzione ‘*d’accordo*’ (479, 708, 1000, 1010, 1378, 1399, 1474, 2169, 2181, 2275, 2803) o ‘*di comune accordo*’ (art. 1003¹, 2867). C.p.c.: artt. 153, 217, 360 (‘*d’accordo*’), 412 (?), 505, 530, 553, 569, 598 (?), 813, 820,

'42.¹⁰⁷

Pur con le dovute differenziazioni l'abbinamento *conventio*/accordo qui suggerito ci appare comunque preferibile all'altrimenti possibile accostamento alla figura della 'convenzione', che se da un lato avrebbe il pregio della diretta derivazione lessicale e sicuramente anche della maggiore impermeabilità ad attribuzioni di tipo soggettivistico, dall'altro presenta però lo svantaggio di essere stato confinato dalla dottrina moderna, ancora una volta più che dal legislatore, all'interno del più ristretto ambito degli atti bilaterali a contenuto non patrimoniale.¹⁰⁸

6. Consensus come volontà singola adesiva.

Chiarito che tecnicamente *conventio* esprime una differente concettualizzazione giuridica rispetto a *consensus*, nel senso che indica il contenuto negoziale, ovvero ciò su cui le parti hanno raggiunto un'intesa, non è del tutto inutile soffermarsi su una puntualizzazione di quest'ultima nozione. Del dibattito apertosi per tutto l'800 nella dottrina germanica si è, seppur brevemente accennato. Qui ci pare piuttosto doveroso insistere su un altro aspetto, per sgomberare il campo da alcuni equivoci fortemente radicati soprattutto fra i moderni giusprivatisti.

Va detto che, se si fa eccezione per una posizione minoritaria sostanzialmente riconducibile al Leonhard,¹⁰⁹ che ha tentato di circoscrivere la categoria del *consensus* al solo atto della 'Zustimmung', come volontà conforme ad altra o ad altre volontà, la quale rimane pur sempre, e ciò non di meno, volontà singola, è opinione ampiamente condivisa che *consensus* denotasse l'idea del 'comune sentire', della 'comune volontà', della 'Übereinstimmung der Willensäußerung', peraltro intesa come volontà distinta dalle volontà singole che hanno concorso a determinarla. Quest'insegnamento, sul quale ha avuto senza dubbio un suo peso l'analisi morfologica

834. Cod. pen. art.: 596. Cod. proc. pen.: art. 513, 599^d,

¹⁰⁷ Sul punto v. F. MESSINEO, "Contratto" cit., p. 876; critiche in tal senso anche in A. BIONDI, *Reminiscenze*, cit., p. 34.

¹⁰⁸ Per tutti v. F. MESSINEO, "Convenzione", in *ED*, pp. 510 ss., il quale proprio per questa ragione muove delle critiche verso la qualifica di 'convenzioni matrimoniali' attribuita agli artt. 159 ss. del codice civile agli accordi di disciplina del regime patrimoniale della famiglia, i quali in considerazione di tale natura avrebbero dovuto essere piuttosto ricondotti all'interno della categoria contrattuale.

¹⁰⁹ R. LEONHARD, in *RE* s. v. "consensus".

della parola (*cum-sensus, cum-sentire*),¹¹⁰ ha di fatto finito per esercitare un'influenza decisiva sulla moderna scienza giusprivatistica, il cui impianto dogmatico si trova ben riassunto già in un celebre studio sull'errore ostativo del Messineo, apparso fra il primo e il secondo decennio del '900, in cui è facilmente percepibile la propensione a prospettare il consenso in termini di 'rapporto' (inconcepibile al di fuori di una 'duplicità di soggetti'), come 'risultato di una sintesi, a comporre la quale partecipano più elementi, riconoscibili *nell'unità nella quale vengono a fondersi*', con la conseguenza che esso 'non risulta dalla semplice somma o giustapposizione di due dichiarazioni unilaterali di volontà: queste sono, a dire il vero, gli elementi originari, le componenti del consenso; ma c'è qualcosa di più e di nuovo nel consenso'.¹¹¹

Impostazione radicale che, come si può facilmente intuire, ha di fatto portato l'illustre studioso ad un inaccettabile restringimento dalla nozione: da un lato isolando e contrapponendole la figura dogmatica dell'incontro di dichiarazioni di volontà *complementari*, contraddistinguibile sotto il profilo dell'*autonomia* delle dichiarazioni di volontà, le quali, essendo per l'appunto *soltanto giustapposte*', sarebbero strutturalmente destinate a non 'far corpo fra loro' ('tali sarebbero i casi dove 'non si costituisce un rapporto giuridico patrimoniale, generativo di diritti e di obbligazioni; né lo si modifica e né lo si estingue');¹¹² dall'altro censurando i frequenti impieghi codicistici del termine 'consenso' in riferimento a tipologie di volontà unilaterali, con *contenuto adesivo*, che piuttosto avrebbero dovuto essere inquadrare nella differente categoria dell'*assenso*.¹¹³

Se non magari nei termini decisamente ipostatizzati del modello appena descritto, che a dire il vero nel momento in cui prospetta il consenso come volontà autonoma rispetto a quelle di partenza, non risultante dalla semplice sommatoria di due (o più) dichiarazioni di volontà, pone inevitabilmente un problema di individuazione di un soggettività giuridica alla quale imputarla e dovrebbe quindi rappresentare uno schema descrittivo valido solo se posto in connessione con il diaframma della personalità giuridica in senso ampio (circostanza di cui non si è forse avveduto sino in fondo il

¹¹⁰ Per gli aspetti semantici del sostantivo e della forma verbale *consentire* v., con ampia indicazione bibliografica, l'accurata analisi di C. CASCIONE, *Consensus*, cit., pp. 1 ss.

¹¹¹ F. MESSINEO, *Teoria dell'errore ostativo*, Roma, 1915, pp. 125 s.; posizione riconfermata in "*Contratto*", in *ED*, cit., p. 878; sulla questione v. anche G. OSTI, "*Contratto*", cit., pp. 472, 521.

¹¹² V. F. MESSINEO, *Dottrina generale*, cit., pp. 30 ss.; ID., "*Contratto*", cit., pp. 882 s.

¹¹³ In ordine alla relazione *adsensus(adsentire)/consensus(consentire)* nelle fonti romane v. quanto si

Messineo e quanti ne hanno recepito il pensiero), non c'è motivo per dubitare dell'appartenenza dell'idea della volontà comune allo spettro semantico del *consensus-Begriff*.

Se anche si tralasciano contesti d'uso in cui appare difficoltosa una riconduzione all'interno delle categorie della 'Übereinstimmung der Willensäußerung' o della 'Zustimmung', come nel caso di Gai.3.135 o del corrispondente I.3.22pr. '*consensu fiunt obligationes in emptionibus et venditionibus, rell*',¹¹⁴ un impiego in questa accezione si può probabilmente riscontrare in quelle ipotesi in cui il termine risulta seguito da un genitivo soggettivo plurale, come nel caso delle locuzioni *consensus contrahentium*, la cui rispondenza a forme espressive classiche rimane tuttavia abbastanza incerta;¹¹⁵ *consensus omnium*, tra l'altro ricorrente nel celebre Iul. 84 dig. D.1.3.32.1 '*leges...etiam tacito consensu omnium per desuetudinem abrogentur*', in cui è sintetizzata la discussa dottrina della *inveterata consuetudo*;¹¹⁶ ancora *consensus partium*, quest'ultima sicuramente sconosciuta alle fonti giurisprudenziali e documentata solo nella tarda legislazione imperiale, a partire da Diocleziano.¹¹⁷

In quest'ottica è possibile comunque ricordare Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.1.2 '*pactum quorum pluriumve in idem placitum et consensus*' o, per tornare ad una delle fonti da cui abbiamo preso le mosse, Ulp. 4 *disp.* D.50.12.3pr. '*Pactum est duorum consensus*

dirà *infra* in questo stesso §.

¹¹⁴ All'idea della 'Zustimmung' pensa ancora una volta R. LEONHARD, "*consensus*", cit., pp. 902 s.

¹¹⁵ Com'è noto l'uso assoluto del participio '*contrahentes*' era segnalato come spurio da G. BESELER, *Beiträge*, II, cit., pp. 70 s.; la locuzione ricorre comunque in Paul. 32 *ad ed.*D.17.1.1pr. '*Obligatio mandati consensu contrahentium consistit*', su cui v. O. BEHREND, *Die bona fides im mandatum*, in *Ars boni et aequi. Festschrift Waldstein*, Stuttgart, 1993, pp. 36 s.; Iul. 16 dig. D.23.1.11 '*Sponsalia sicut nuptia consensu contrahentium fiunt*': espunge '*contrahentium*' LEVY, *Der Hergang der römischen Ehescheidung*, Weimar, 1925, p. 74 nt. 4; ancor più radicale la diagnosi di G. BESELER, in *ZSS* 45 (1925), p. 468, che espunge il tratto '*sponsalia-ideo*'; I.3.19.13, in tema di (in)validità della *stipulatio post mortem*, su cui v. *infra* § 9; ed infine, il più noto, C.8.37.10 (Leo., a. 472) '*Omnes stipulationes...quibuscumque verbis pro consensu contrahentium compositae sunt...suam habeant firmitatem*': sul punto v. da ultima, con i necessari ragguagli bibliografici, A. S. SCARCELLA, *La legislazione di Leone I*, Messina, 1997, pp. 213 ss.; del tutto simile C.450.9 '*utriusque contrahentis consensu*'.

¹¹⁶ Sul brano giuliano v., con diagnosi interpolazionistica, E. BETTI, "*Declarare voluntatem*", cit., pp. 456 ss.; A. GUARINO, *Giuliano e la consuetudine*, in *Labeo*, 1989, pp. 172 ss.; F. GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto*, cit., pp. 55 ss.; ID., *La sovranità popolare quale fondamento della produzione del diritto in D.1.3.32: teoria giuliana o manipolazione postclassica*; P. CERAMI, *Breviter su Iul. D.1.3.32 (Riflessioni sul trinomio lex, mos, consuetudo)*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto. Dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo F. Gallo*, Napoli, 1997, pp. 117 ss. L'espressione ritorna anche in D.11.7.3; D.17.2.65.9, 31.88.14, 40.9.30.4; C.6.23.1, 10.43.2.1, 11.59.7.2 = C.Th. 5.14.30; I.2.10.7,

¹¹⁷ C.4.37.5 (Diocl. et Max., a. 294): '*tamdiu societas durat, quamdiu consensus partium*'; C.9.42.3.3 (Valent.-Valens.-Grat., a. 369) '*duarum partium consensu*'; C.9.44.2pr. (Honor.-Theod., a. 409); C. Th.

atque conventio’,¹¹⁸ in cui non sembra del tutto convincente il tentativo del Leonhard di legare queste applicazioni ancora una volta all’idea di *consensus* come ‘Zustimmung’, sebbene nella prospettiva particolare della ‘gegenseitige Zustimmung’,¹¹⁹ anche se non si può integralmente escludere che in altri impieghi di questo tipo a rimanere prevalente fosse sempre l’idea della volontà adesiva, sebbene plurima, come fascio convergente di volontà distinte. Modalità d’impiego che in un qualche modo ci pare operare, tanto per spostarci in contesti d’uso di tipo giuspubblicistico, nella locuzione ‘*consensus universorum*’¹²⁰ adoperata da Ottaviano Augusto, nel cap. 34 dell’*Index rerum a se gestarum* e poi ripreso, chiaramente con altre finalità, ma forse non senza intenzionalità da Teodosio II,¹²¹ e in cui, tenuto conto delle personalità dei soggetti, sembra più ragionevole cogliere un richiamo all’idea dell’approvazione, piuttosto che a quella della volontà comune, come già del resto notava il Mommsen: ‘*qui consentiunt, non decernunt, sed probant laudantque*’.¹²²

Così come, nonostante l’apparenza, è assai verosimile che alla concezione della ‘gegenseitige Zustimmung’ si ispiri la locuzione ‘*mutuo consensu*’ (D.20.6.9pr.; C.3.38.8, 4.14.5.1, 5.3.15.), in cui per l’appunto l’uso dell’aggettivo *mutuus* sembra insistere sull’idea dello scambio, della reciprocità di atti distinti di volontà, così come alla bilateralità del vincolo obbligatorio chiaramente allude I.1.21pr. ‘*in his causis, ex quibus obligationes nascuntur, in emptionibus venditionibus, rell*’, o, in una prospettiva allargata al profilo dell’azione, Paul. 29 *ad ed.* D.13.6.17.3: ‘*converti in mutuas praestationes actionesque civiles*’.

Dubbi, questi, che comunque non hanno ragione di sussistere per l’espressione *consensus communis*, in cui appare subito manifesto che la volontà presa in considerazione non è più quella del singolo soggetto, della singola parte negoziale, pur

2.1.10, 9.36.2, 9.37.4, 11.33.1.

¹¹⁸ Nello stesso senso si veda anche Marcian. 2 *fideic.* D.44.7.31 ‘*quia in ea re, quae ex duorum plurimumve consensu agitur*’.

¹¹⁹ R. LEONHARD, “*consensus*”, cit., p. 902.

¹²⁰ Sul valore da attribuire (giuridico costituzionale o semplicemente politico) alla locuzione nonché sulla possibilità di cogliere un’allusione alla *coniuratio Italiae et provinciarum* v. (in senso negativo) F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, IV, Napoli, 1962, pp. 100 ss.; per la letteratura più recente si rinvia a P. CERAMI, *Potere ed ordinamento nell’esperienza costituzionale romana*, 3^a ed., Torino, 1996, pp. 183 ss.; dedica ampio spazio alla questione da ultimo anche C. CASCIONE, *Consensus*, cit., pp. 82 ss.

¹²¹ C.1.14.8pr. (a. 446) ‘*ut universorum consensus nostrae serenitatis auctoritate firmetur*’.

¹²² T. MOMMSEN, *Res gestae divi Augusti*, Berlin, 1883, pp. 146 s.; in senso contrario v. però F. DE MARTINO, *Storia*, cit., p. 101, la cui posizione però risente dell’assunto che individua nel *consensus*, anche e soprattutto nel diritto privato, il ‘concorrere di due o più volontà verso un fine comune’.

se nella prospettiva della ‘reciprocità’ secondo quanto supposto dal Leonhard, ma di entrambe le parti (contraenti), congiuntamente intese. Ipotesi che, si fa qui notare, sono però tutt’altro che frequenti. Per quanto ci consta l’unico giurista ad essersi avvalso del predetto sintagma è infatti Ulpiano, e peraltro soltanto in due occasioni: si tratta più precisamente di Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.7.19¹²³ e Ulp. 75 *ad ed.* D.10.3.13.¹²⁴ Testimonianze a cui vanno comunque aggiunte, sempre per l’ambito giuridico, PS int. 1.18.1., C.2.7(8).24(5)pr. (Anast., a. 517), 5.1.5.5, (Leo., a. 469), 5.3.19pr. (Iust., a. ?), 5.17.9 (Anast., a. 497), e per le fonti letterarie Varr., *De l.l.*, 8, 9; Caes., *De bell. gall.* 1, 30 e il più noto Serv., *Comm. In Verg. Aen.* 7, 601: *Mos erat: ‘Varro vult morem esse communem consensum omnium simul habitantium, qui inveteratus consuetudinem facit’*, in cui l’idea della comunanza del volere trova una ulteriore sottolineatura nell’impiego del genitivo plurale *omnium simul habitantium*.¹²⁵

Ammettere questo significato di *consensus* non significa però anche ammettere che questo fosse l’unico significato o anche solo prevalente. Deve anzi prendersi atto che *consensus* era impiegato anche e in egual misura per indicare la volontà (singola) adesiva, l’atto del ‘*voluntate voluntati accedere*’.¹²⁶ In tal senso depongono un numero considerevole di passi in cui il termine in questione trova impiego con riferimento alla volontà conforme o adesiva di un singolo soggetto.

Solo per indicarne alcuni, viene subito in questione Paul. 35 *ad ed.* D.1.7.6.¹²⁷ Nella *sedes materiae* Paolo ribadiva il principio¹²⁸ risalente a Giuliano (*‘idque etiam Iulianus scribit*) per cui, in caso di *adoptio in locum nepotis* e sempre che desiderio dell’adottante fosse che alla sua morte l’adottato cadesse sotto la *potestas* del *filius* (così deve interpretarsi il sintagma ‘*quasi ex filio natus*’), occorre che quest’ultimo

¹²³ D.2.14.7.19 (Ulp. 4 *ad ed.*): *Hodie tamen ita demum pactio huiusmodi creditoribus obest, si convenerint in unum et communi consensu declaraverint, quota parte debiti contenti sint: si vero dissentiant, tunc praetoris partes necessariae sunt, qui decreto suo sequetur maioris partis voluntatem.* A. GUARINO, *Notazioni romanistiche*. VI. Ancora sul pactum quo minus solvatur, in *AUCT* 4 (1950), pp. 197 ss.

¹²⁴ D.10.3.13 (Ulp. 75 *ad ed.*): *In iudicium communi dividundo omnes res veniunt, nisi si quid fuerit ex communi consensu exceptum nominatim, ne veniat*, su cui v., con letteratura, G. SACCONI, *Studi sulla litis contestatio formulare*, Napoli, 1982, p. 99.

¹²⁵ Sul brano v. P. CERAMI, *Breviter su Iul. D.1,3,32*, cit., pp. 124 ss.

¹²⁶ Tale uso era registrato, senza il radicalismo del Leonhard, già da H. FRITSCHKE, *Untersuchung*, cit., p. 46; tale accezione è indicata come secondo significato in HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, Jena, 1907, s. v. “*consensus*” e in VIR s. v. “*consensus*”; in proposito si rinvia da ultimo, con analisi dei principali lessici, a C. CASCIONE, *Consensus*, cit., pp. 17 ss.

¹²⁷ D.1.7.6 (Paul. 35 *ad ed.*): *Cum nepos adoptatur quasi ex filio natus, consensus filii exigitur. Idque etiam Iulianus scribit.*

esprimesse il proprio consenso.¹²⁹ Va da sé che qui *consensus* non può indicare la volontà comune (come fusione delle volontà) del *pater* e del *filius* —, ma soltanto la volontà singola ed adesiva del *filius*.

Non differenti le considerazioni da farsi per Mod. 2 *reg.* D.23.2.25,¹³⁰ in cui il giurista severiano dichiara non necessario il consenso del padre in caso di matrimonio di un *filius emancipatus*. Consenso che era invece richiesto come regola generale ai fini della validità del matrimonio in tutti i rimanenti casi, come dimostra, ad es., C.5.4.12 (*Diocl. et Max.*).¹³¹

In questa linea anche, in tema di dote, si possono ricordare Ulp. 32 *ad Sab.* D.24.1.21pr.,¹³² e C.5.13.1.14-14a (Iustinian.).¹³³

La stessa prospettiva unilaterale affiora anche in C.2.4.20, singolare costituzione diocleziana, di cui ci siamo occupati in passato, nella cui seconda parte viene decisamente rigettata la richiesta della ricorrente di invalidare il negozio transattivo da lei concluso, sulla scorta di una ventilata incidenza dell'ora notturna sui processi formativi della volontà, dovendosi escludere, secondo l'imperatore, una qualsiasi alterazione delle abituali facoltà intellettive, tale da privare una persona pienamente capace (*sanae mentis maioris quinque et viginti annis*) del proprio *consensus*, inteso qui più che come atto (singolo), come potenzialità dell'atto (singolo), come idoneità ad esprimere un valido consenso, come piena capacità di consentire: '*cum nullum tempus consensum repudiet*'.¹³⁴

Tracce di *consensus* come 'Zustimmung' sono egualmente rintracciabili nella

¹²⁸ Questo si trova richiamato anche in Paul. 2 *ad Sab.* D.1.7.10.

¹²⁹ Sul punto specifico e più in generale sul tema dell'adozione v. B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, pp. 228 ss.

¹³⁰ D.23.2.25 (Mod. 2 *reg.*): *Filius emancipatus etiam sine consensu patris uxorem ducere potest, et susceptus filius ei heres erit.*

¹³¹ C.5.4.12: *Idem AA. et CC. (scil. Diocl. et Max.) Onesimo. Ne filium quidem familias invitum ad ducendam uxorem cogi legum disciplina permittit. Igitur, sicut desideras, observatis iuris praeceptis sociare coniugio tuo quam volueris non impediris, ita tamen, ut in contrahendis nuptis patris tui consensus accedat.* D. non. Nov. Diocletiano A. II et Aristobulo cons. [a. 285].

¹³² D.24.1.21pr. (Ulp. 32 *ad Sab.*): *Rell. Ergo et si consensu mariti profecta est mulier propter suas necessarias causas, et aliquid rell.*

¹³³ C.5.13.1.14-14a: *Imp. Iustinianus A. ad pop. urb. Constantinopol. et universos cives. Et hoc ex rei uxoriae actione simili modo ex stipulatu actioni accommodandum est. Si quando etenim post solum matrimonium dos a patre petebatur, si quidem rei uxoriae fuerat actio, non poterat solus pater sine consensu filiae suae agere: [...]. 14a Quod non erat in ex stipulatu actione: ibi enim et solus exactionem habebat consensu filiae non expectato rell. D. k. Nov. Lampadio et Oreste cons. [a. 530]*

¹³⁴ Sul brano rinviamo al nostro C.2.4.20: *Riflessioni su un enigmatico rescritto diocleziano*, in

locuzione ‘*consensum accommodare*’: Mod. 4 *resp.* D.20.1.26.1, Cels. 11 *dig.* D.23.3.60, C.2.4.40 (a. 381), 2.6.3 (a. 240), 4.29.21 (a. 517), 4.51.2 (Gord., *s.d.*), 8.15.17 (a. 293), 10.32.5 (a. 286). Ancor più espliciti, per via dell’impiego degli aggettivi possessivi ‘*suus*’ e ‘*proprius*’, Ulp. 35 *ad ed.* D. 26.7.1.4 ‘*suum accommodare consensum*’; C.4.29.21 (a. 517) ‘*consensum proprium accommodantes*’; 9.42.3.1 (a. 369) ‘*suum consensum accommodavit*’.

Gli esempi si potrebbero moltiplicare e tutti confermerebbero questo significato di *consensus* come ‘volontà adesiva’.¹³⁵

Né in senso contrario vale osservare che talvolta le fonti sembrano deliberatamente porre un distinguo tra ‘*voluntas*’ e ‘*consensus*’, per sostenere che, almeno in quei contesti, il *consensus* starebbe ad esprimere l’idea di una volontà comune e non singola.

Così, ad es.,

Gai 4.72a: *Est etiam de peculio et de in rem verso actio a praetore constituta. Licet enim negotium ita gestum sit cum filio servove, ut neque voluntas neque consensus patris dominive intervenierit, rell.*

il quale con riferimento alla concessione dell’*actio de peculio* diretta contro il *dominus (pater)* per l’attività negoziale svolta dal servo o dal *filius*, si sofferma sulle caratteristiche (*ita gestum, ut*) dell’attività negoziale posta in essere da questi ultimi, dando risalto al fatto che non è sopraggiunta (*intervenierit*)¹³⁶ né la *voluntas* né ancora,

AUPA 46 (2000), pp. 291ss.

¹³⁵ Si vedano anche Pomp. 15 *ad Sab.* D.24.3.4: *Si pater sine consensu filiae dotem a viro exegisset, et eandem alii viro eius filiae nomine dedisset, et mortuo patre filia cum priore viro ageret, doli mali exceptione repellitur.* Maec. 5 *fideic.* D.36.1.67pr.: [...] *Neque interest, quod ad propositum attinet, ipsi domino an servo quis rogetur restituere hereditatem, nec in ea re consensu aut opera servi opus est:* rell. Pap. 13 *resp.* D.39.6.42pr.:...*si cautionem ex consensu mulieris acceperint, contributioni propter Falcidiam ex persona sua tenebuntur.* C.5.13.1.15b: [cit.] *Sed ne ex consensu mulieris hypothecae eius minuantur,* rell.; C.10.31(32).5: *Idem AA. (scil. Diocl. et Max.) Alexandro. Filios in potestate patris positos ad munera seu honores non posse devocari falso tibi persuasum est. Sane si ad nominationem filii consensum non accommodaveris,* rell. PP. vi id...Maximo II et Aquilino cons. [a. 286]; C.4.66.3pr.: *Idem A. (scil. Iustinianus) Iuliano pp. Cum dubitabatur, utrum emphyteuta debeat cum domini voluntate suas meliorationes, quae Greco vocabulo eponemata dicuntur, alienare vel ius emphyteuticum in alium transferre, an eius expectare consensum, sancimus,* rell. D. xv k. April. Costantinopoli Lampadio et Oreste vv. cc. cons. [a. 530]; C.5.17.9: *Imp. Anastasius A. Theodoro. Si costante matrimonio communi consensu tam mariti quam mulieris repudium sit missum,* rell. D. xv k. Mart. Anastasio A. II cons. [a. 497].

¹³⁶ Su *intervenire* v. VIR s.v. ‘*intervenio*’.

(e sembrerebbe qualcosa di diverso) il *consensus patris dominive*.¹³⁷

O ancora

C.4.28.7.1: *Imp. Iustinianus A. Iuliano pp. [...] Sin autem miles filius familias pecuniam creditam acceperit, sive sine mandato vel consensu vel voluntate vel ratihabitione patris, stare oportet contractum*, rell D.XII k. Aug. Lampadio et Oresta vv. cc. conss. [a. 530]

in cui Giustiniano, rifacendosi ad un indirizzo delineatosi già in età classica attestato in Ulp. 29 *ad ed.* D.14.6.1.3¹³⁸ e Ulp. 64 *ad ed.* D.14.6.2,¹³⁹ finiva col riconoscere validità, in deroga al divieto sancito dal S.C. Macedoniano, al contratto di mutuo concluso dal *filius familias miles* in assenza di *mandatum*, *ratihabitio*, *consensus* e *voluntas patris*, a prescindere dall'esistenza di un *peculium castrense*, secondo quanto invece richiesto dai citati brani ulpianeî.¹⁴⁰

Va da sé che, al di là del rinnovato richiamo alla *voluntas* operato nella costituzione imperiale, l'attribuzione a *consensus* del significato di approvazione successiva alla conclusione del contratto è resa ancor più problematica dalla previsione della *ratihabitio patris* come autonoma ipotesi di volontà conformativa.¹⁴¹

¹³⁷ Su brano v. I. BUTI, *Studi sulla capacità negoziale dei servi*, Napoli, 1976, pp. 154 ss.; M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'*, Torino, 2001, pp. 293 s.; da ultima S. LONGO, *Filius familias se obligat? Il problema della capacità patrimoniale dei filii familias*, Milano, 2003, p. 12 e nt. 17.

¹³⁸ D.14.6.1.3 (Ulp. 29 *ad ed.*): *In filio familias nihil dignitas facit, quo minus senatus consultum Macedonianum locum habeat: nam etiamsi consul sit vel cuiusvis dignitatis, senatus consulto locus est: nisi forte castrense peculium habeat: tunc enim senatus consultum cessabit.*

¹³⁹ D.14.6.2 (Ulp. 64 *ad ed.*): *usque ad quantitatem castrensis peculii, cum filii familias in castrensis peculio vice patrum familiarum fungatur.*

¹⁴⁰ Sul tema, per una panoramica generale, si rinvia a B. ALBANESE, *Le persone*, cit., pp. 280 s; più nel dettaglio, con analisi delle fonti citate e relative indicazioni bibliografiche, v. F. LUCREZI, *Il problema del mutuo di denaro erogato al 'filius familias'*, Napoli, 1993, pp. 166 ss.; S. LONGO, *Filius familias se obligat?*, cit., pp. 191 ss.; più in generale, per una possibile interpretazione della '*voluntas patris*', come causa impeditiva dell'applicabilità del S.C. Macedoniano, in termini decisamente ampi, quale semplice *scientia* o *patientia* si legga, anche se con riferimento all'*actio tributoria*, Ulp. 29 *ad ed.* D.14.4.1.3, su cui v. F. LUCREZI, *Il problema del mutuo*, cit., pp. 128 ss.; T. J. CHIUSI, *Contributo allo studio dell'editto 'De tributaria actione'*, *Atti Accademia Nazionale dei Lincei*, 1993, vol. III, fasc. 4, pp. 337 ss.

¹⁴¹ Sulla *ratihabitio* come attività predicante l'idea di conferma v., con dettagliata indicazione della letteratura più risalente, già a partire dal XVII sec., C. BERTOLINI, *La ratifica degli atti giuridici nel diritto privato romano*, I, Roma, 1889; sempre in proposito v. ? oltre la breve nota di S. SOLAZZI, "*Iussum*" e "*ratihabitio*", in *Scritti di diritto romano*, VI, Napoli, 1972, pp. 588 ss. ? F. LUCREZI, *Il problema del mutuo*, cit., pp. 132 ss.; per una panoramica generale v. C. COSENTINI, in *NNDI s.v. 'ratihabitio'*; per un utilizzo nelle fonti della '*voce generale consentire*' al fine di alludere alla medesima attività di *ratum habere* v. la segnalazione di C. BERTOLINI, *La ratifica degli atti giuridici*, cit., p. 6.

Innanzitutto deve osservarsi che la distinzione che sembrerebbe emergere tra *consensus* e *voluntas* non inficia in alcun modo quanto si è sino ad ora sostenuto, non essendo certo nostra intenzione identificare il *consensus* con la *voluntas*, di cui il primo costituisce piuttosto una particolare *species*.

A ciò aggiungasi, poi, che nei luoghi da ultimo richiamati le espressioni *vel consensu* *vel voluntate*, piuttosto che alludere a differenti tipologie di manifestazioni di volontà, singola l'una (*voluntas*), bilaterale l'altra (*consensus*),¹⁴² sono più probabilmente da intendersi come accostamenti endiadici per alludere all'idea unitaria della 'volontà singola adesiva'.

Come è dimostrato, crediamo, da

D.41.1.25 (Call. 2 *inst.*): *Nisi voluntate domini alterius nomine id factum sit: propter consensum domini tota res eius fit, cuius nomine facta est.*

in cui il sostituirsi della locuzione '*propter consensum domini*' al sintagma '*voluntate domini*' pare deporre, se non ci inganniamo, per l'interfungibilità delle due espressioni, interfungibilità che ovviamente si giustifica solo nel presupposto di una identità semantica delle espressioni stesse.

Le considerazioni sino ad ora svolte inducono alla conclusione che andrebbe probabilmente riconsiderata la posizione di quella parte della dottrina che, basandosi fondamentalmente sull'*adsentiri rei*' presente in Ulp. 26 *ad ed.* D.12.1.1.1,¹⁴³ tende a distinguere tecnicamente tra contratti in cui sarebbe registrabile un vero e proprio '*consensus*', nel senso che il contenuto negoziale sarebbe il risultato di una cooperazione delle parti, e contratti in cui, per contro, realizzandosi un semplice '*assenso*', uno dei contraenti si limiterebbe a prestare la propria adesione alla regolamentazione già decisa dall'altra parte, di fatto semplicemente recependola.

¹⁴² In questo senso sembrerebbe, ma potrebbe trattarsi di un semplice condizionamento derivante dal tenore testuale della fonte, S. LONGO, *Filius familias se obligat?*, cit., p. 12.

¹⁴³ D.12.1.1.1 (Ulp. 26 *ad ed.*): *Quoniam igitur multa ad contractus varios pertinentia iura sub hoc titulo praetor inseruit, ideo rerum creditarum titulum praemisit: omnes enim contractus, quos alienam fidem secuti instituimus, complectitur: nam, ut libro primo quaestionum Celsus ait, credendi generalis appellatio est: ideo sub hoc titulo praetor et de commodato et de pignore edixit. Nam c u i c u m q u e r e i a d s e n t i a m u r a l i e n a m f i d e m s e c u t i m o x r e c e p t u r i q u i d, e x h o c c o n t r a c t u c r e d e r e d i c i m u r. R e i q u o q u e v e r b u m u t g e n e r a l e p r a e t o r e l e g i t.*

La tesi, sostenuta in un primo tempo dall'Albanese,¹⁴⁴ è stata in seguito rilanciata con vigore dal Cerami,¹⁴⁵ il quale, in un nota indagine dedicata allo studio dello schema delle *tres species conventionum* adottato da Ulpiano in Ulp. 4 *ad ed.* D.21.4.7.5, alla luce peraltro di una possibile relazione tra la dottrina labeoniana dell'*ultra citroque obligatio* sviluppata in Ulp. 11 *ad ed.* D.50.16.19 ed il tratto '*nam-sententiam decurrunt*' di Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.1.3, è arrivato a proporre una interpretazione del paradigma contrattuale labeoniano costruito intorno alle sole fattispecie contrattuali (anche atipiche) il cui 'regolamento dell'assetto di interessi' fosse 'la risultante di un bilaterale (o plurilaterale) incontro di volontà', rimanendone invece esclusi gli schemi negoziali legati all'iniziativa di una sola delle parti, e solo accettati dall'altra. Impostazione sviluppata e corretta poi da Pedio, che, elevando la *conventio* ad elemento comune della categoria contrattuale, e dunque ponendo 'l'accento più su l'accordo che sull'incontro di volontà', avrebbe avuto il merito di ampliare la nozione di *contractus* facendola coincidere con la 'categoria dogmatica dell'obbligazione convenzionale', consentendo così l'ingresso di fattispecie obbliganti come *stipulatio*, mutuo, deposito, comodato, pegno, mandato, che nell'ordine di idee del giurista augusteo erano, per un dato strutturale, destinate a rimanervi estranee.¹⁴⁶

Al di là di ulteriori valutazioni che ancor più in generale andrebbero certo condotte in ordine all'interpretazione 'soggettivistica' del dettato labeoniano di Ulp. 11 *ad ed.* D.50.16.19 che non ci possono trovare d'accordo, e per le quali in questa sede non possiamo che rimetterci ai risultati della dottrina tradizionale,¹⁴⁷ non si può fare a meno

¹⁴⁴ B. ALBANESE, *Per la storia del creditum*, in *AUPA* 32 (1971), p. 34.

¹⁴⁵ P. CERAMI, *Congetture*, cit., pp. 184 ss.

¹⁴⁶ P. CERAMI, *Congetture*, cit., pp. 195 ss.

¹⁴⁷ 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 agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultra citroque obligationem, quod Greci sunellagma vocant, veluti emptionem venditionem locationem conductionem societatem: gestum rem significare sine verbis factam.* Com'è noto la quasi totalità degli studiosi è dell'avviso che Labeone abbia inteso per *contractus* l'atto lecito produttivo di un vincolo obbligatorio in capo ad entrambe le parti: in questo senso A. BIONDI, *Contratto*, cit., pp. 207, 249; B. ALBANESE, 'Agere' 'gerere' e 'contrahere' in *D.50 16. 19. Congetture su una definizione di Labeone*, *SDHI* 38 (1972), pp. 226 ss.; M. SARGENTI, *La sistematica pregaiana delle obbligazioni e la nascita dell'idea di contratto*, in *AA.VV., Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino, 1976, pp. 475 ss.; ID., *Labeone: la nascita dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in *Iura* 38 (1987), pp. 25 ss.; ID., *Da Labeone ad Aristone. Continuità o antitesi?*, in *Causa e contratto*, cit., pp. 145 ss.; F. GALLO, *Eredità di Labeone in materia contrattuale*, in *Atti del seminario sulla Problematica contrattuale in diritto romano*, cit., pp. 41 ss.; ID., *Eredità dei giuristi romani in materia contrattuale*, in *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea*, Napoli, 1991, pp. 3 ss.; ID., *Synallagma e conventio nel contratto*, I, Torino, 1992, pp. 149 ss.; ID., *Synallagma e conventio nel contratto*, II, Torino,

qui di notare che l'etimologia ulpiana richiamata dal Cerami per convalidare in qualche modo la suggestiva interpretazione di Ulp. 11 *ad ed.* D.50.16.19, costituisce piuttosto la base su cui si innesta l'ipotizzato sviluppo pediano, motivo per cui non si può rimanere che dubbiosi di fronte all'idea che l'esplicazione di *convenire* in termini di incontro bilaterale di volontà, nel senso chiarito dal Cerami, possa essere stata impropriamente impiegata da Ulpiano al fine di introdurre l'analisi della dottrina pediana, che sempre stando al pensiero all'Autore, ne avrebbe dovuto costituire uno sviluppo critico. Vero il collegamento supposto dal Cerami tra l'*ultra citroque obligatio* ed il tratto '*nam-sententiam decurrunt*' di Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.1.3, si dovrebbe piuttosto propendere per una identità di schemi contrattuali in Labeone e Pedio.

Comunque sia, ciò che ci preme maggiormente sottolineare è che a vacillare è la stessa premessa su cui viene in definitiva a fondarsi il nucleo centrale dell'ipotesi, che trae appunto origine da una rigorosa interpretazione del *consensus* come 'Harmonie', 'Übereinstimmung', a prescindere poi dalla conseguenze che si è ritenuto di poter ricavare sull'ulteriore piano dell'analisi di Ulp. 11 *ad ed.* D.50.16.19. In senso contrario, oltre a ripetere quanto già detto, basta rilevare che in molti degli esempi prima da noi ricordati, il *consensus* interviene in situazioni in cui non rimane spazio per una effettiva determinazione del contenuto dell'atto da approvare, trattandosi per di più di atti per i

1995, pp. 152 ss.; ID., *Ai primordi del passaggio della sinallagmaticità dal piano delle obbligazioni a quello delle prestazioni*, in *Causa e contratto*, cit., pp. 63 ss.; ID., *Contratto e atto*, cit., pp. 17 ss.; ID., *Ai primordi del passaggio della sinallagmaticità dal piano delle obbligazioni a quello delle prestazioni*, in *Causa e contratto*, cit., p. 64; ID., *Contratto e atto secondo Labeone*, cit., pp. 19 ss.; D'AMATI, *I 'nova negotia' nella riflessione romana*, in *BIDR* 90 (1987), pp. 569 ss.; MAC KORMACK, *Contractual theory and the innominate contractus*, in *SDHI* 51 (1985), p. 136; A. MANTELLO, *Le 'classi nominali' per i giuristi romani. Il caso di Ulpiano*, in *SDHI* 61 (1995), p. 259; ID., *La tipicità dei contratti romani fra 'conventio' e 'stipulatio' fino a Labeone*, in *Contractus e pactum. Atti Copanello 1988*, pubbl. 1990, pp. 96 s.; più di recente A. DI PIETRO, *El regimen del los contractos en el derecho romano. Prospectivas e incidencias para el tema de los negocios en una unificación legislativa latinoamericana*, in *Roma e America*, 1999, pp. 67 ss. In senso contrario propendono per una valutazione dell'*ultra citroque obligatio* come accordo, oltre al già citato Cerami, anche J. PARTSCH, *Das dogma des Synallagma in römischen und byzantinischen Rechte*, in *ZSS* 35 (1914), pp. 336 s.; P. VOCI, *La dottrina romana del contratto*, cit., pp. 51 ss.; G. LA PIRA, *La personalità scientifica di Sestio Pedio*, in *BIDR*, 45 (1938), p. 295; H. P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma*, cit., pp. 10 ss.; W. MACHEINER, *Zu den Anfängen des Kontraktssystems*, in *Festgabe Herdlitzka*, 1972, pp. 167 ss.; ma soprattutto R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, cit., pp. 23 ss.; i risultati della cui indagine erano stati già anticipati in *Riflessioni sul contratto nel pensiero di Labeone, Relazione alla XXXIII sessione SIHDA* (Palermo, 12-16 Sett. 1979) cit., ora in *Studi Arena* 5 (1981), pp. 11 ss.; l'Autore è tornato sugli stessi argomenti, ribadendo il proprio convincimento in *Aspetti formulari della tutela delle convenzioni atipiche*, in *Atti del seminario sulla Problematica contrattuale*, cit., pp. 83 ss.; ID., *La causa delle convenzioni atipiche*, in *Causa e contratto*, cit., pp. 85 ss.; J. J. DE LOS MOZOS TOUYA, *La clasificación de las fuentes de las obligaciones en las Institutiones de Gayo y de Giustiniano Y sul valor sistematico en el moderno derecho civil*, in *Sem. Compl.*, VI, 1994, pp. 110 ss.

quali alle parti non è assegnata alcuna autonomia negoziale, o in cui l'unica autonomia si risolve nel prestare o meno la volontà (*consensus*) a che l'atto venga posto in essere. Si pensi per esempio a Pomp. 15 *ad Sab.* D.24.3.4 e C.5.13.1.14-14a (Iustinian.) in cui l'azione del padre viene subordinata al preventivo consenso della figlia, o ancora a C.4.66.3pr. [Iustinian., a. 530], in cui Giustiniano interviene a risolvere le antiche *dubitationes* circa le necessità del *consensus domini* ai fini di *alienare vel ius emphyteuticum in alium transferre*.

Prospettiva che emerge con evidenza in

D.48.10.18.1 (Paul. 3 *sent.*): *Qui se filio testatoris impuberi tutorem adscripsit, etsi suspectus esse praesumitur, quod ultro tutelam videbitur affectasse, tamen, si idoneus esse adprobetur, non ex testamento, sed ex decreto tutor dandus est. Nec excusatio eius admittetur, quia consensisse videtur voluntati testatoris.*

e in misura decisamente maggiore in

D.35.2.27 (Scaev. 6 *resp.*): *Seius et Agerius si intra diem trigesimum mortis meae rei publicae nostrae caverint contentos se futuros tot aureis legis Falcidiae beneficio omissio, heredes mihi sunt. Quos invicem substituto. Quod si voluntati meae non consenserint, exheredes sunt*'. rell.

nella cui chiusa '*Quod-sunto*' l'attività del *consentire* è predicata in riferimento ad una situazione in cui ad essere fortemente compressa, se non addirittura radicalmente annullata, per lo meno nelle intenzioni del testatore, è la libertà stessa della volontà adesiva, messa seriamente in discussione dalla esplicita minaccia di diseredazione: *Quod si voluntati meae non consenserint, exheredes sunt*.¹⁴⁸

D'altra parte è sintomatico rilevare che, se il tentativo di circoscrivere il *consensus* ai soli casi di accordo frutto di un comune operare delle parti, è stato oggettivamente favorito dalla locuzione '*cuicumque rei adsentiamur*' adoperata da Ulpiano, in cui

¹⁴⁸ Sulla validità della condizione v. comunque il seguito della testimonianza: *Quaesitum est, an heredes instituti hereditatem adire possint, si conditioni parere nolunt, cum habeant substitutos eadem conditione praescripta. Respondit Seium et Agerium primo loco institutos perinde adire posse, ac si ea condicio, quae fraudis causa adscripta est, adscripta non esset.*

l'impiego del verbo *ad-sentiri*, morfologicamente sembra suggerire un differente atteggiamento del momento volitivo rispetto ai casi in cui si registra un *cum-sentire*,¹⁴⁹ a contraddire l'ipotizzata delimitazione soccorre, sempre sul piano lessicale, una circostanza decisamente singolare, che a nostro avviso prova, se ce ne fosse ancora bisogno, la naturale inerenza del concetto di 'assenso' all'ambito denotativo della nozione.

Deve infatti notarsi che, se il verbo *adsentire* (*adsentiri*) è discretamente impiegato nelle fonti giuridiche,¹⁵⁰ il sostantivo *adsensus* (o *assensus*), ampiamente adoperato nelle scritti letterari,¹⁵¹ risulta invece del tutto estraneo al linguaggio giurisprudenziale, cosa che certamente mal si concilia con l'ipotesi che questo rappresentasse il nucleo centrale di una teorica edittale, e che piuttosto porta ad attribuire ai giuristi romani un'attenzione più al risultato (del consenso), che alle modalità formative. Esso infatti è unicamente attestato in tardi testi legislativi.¹⁵² Sempre da questo punto di vista occorre peraltro non dimenticare che anche lo stesso verbo *adsentire* (*adsentiri*), che, come si è appena detto, è moderatamente utilizzato dai giuristi, non è mai adoperato in contesti riconducibili a dinamiche contrattuali o anche solo negoziali,¹⁵³ per lo meno non nel senso ipotizzato,¹⁵⁴ ma interviene quasi unicamente ad identificare atti di adesione ad opinioni altrui, in particolare a linee di indirizzo giurisprudenziali. Si vedano in tal senso: Marcell. 3 *ad l. Iul. et Pap.* D.23.2.33 '*Plerique opinant... quibus adsentior*', Ulp. 7 *ad Sab.* D.28.5.13.5 '*et putat Labeo... cui sententiae adsentiendum puto*', Proc. 2 *epist.* D.28.5.70 '*tu cui adsentiaris? Proculus: Cartilio adsentio*', Iul. 32 *dig.* D.33.5.9.2 '*puto*

¹⁴⁹ Sul punto v. le osservazioni di B. ALBANESE, *Per la storia del creditum*, cit., pp. 33 s. nt. 14.

¹⁵⁰ Oltre che in Ulp. 26 *ad ed.* D.12.1.1.1, ricorre in Marcell. 3 *ad l. Iul. et Pap.* D.23.2.33, Ulp. 35 *ad ed.* D.27.9.5.11, Ulp. 7 *ad Sab.* D.28.5.13.5, Proc. 2 *epist.* D.28.5.70, Iul. 32 *dig.* D.33.5.9.2, Paul. *l.s. ad falcid.* D.35.2.1.14, Ulp. 70 *ad ed.* D.43.2.0.1.17, Ulp. 2 *de adult.* D.48.5.16.5.

¹⁵¹ V. *Th.l.l. s v. "adsensus"*. Sulla variante "*adsensio*" v. FORCELLINI, *Lexicon*.

¹⁵² C.5.4.20 (a. 408-409), 6.3.11.1 (a.238), 7.43.3 (a. 239), 7.61.2 (a. 368), 9.3.2.1 (a. 380), 10.65.5.2 (a. 392); C.Th.5.14.30 (a. 386), 6.4.22pr. (a. 373), 9.40.15 (a. 392), 11.29.3 (a. 368-370), 12.12.12.2 (a. 392), 12.12.13pr. (a. 392), 14.3.8 (a. 365), 14.3.21 (a. 403), 15.14.9 (a. 395); la variante *assensus* si riscontra in C.Th.4.4.6 (a. 418), 9.36.2 (a. 409) e nella *interpretatio* a C.Th.3.7.1.2 (a. 371); ancor più isolato l'uso di "*assensio*" che ricorre nel solo C.Th. 9.24.1.2 (a. 320).

¹⁵³ Il dato non era sfuggito a F. SCHULZ, *Die Ulpianfragmente des Papyrus Rylands 474 und die Interpolationenforshung*, in *ZSS* 68 (1951), p. 24.

¹⁵⁴ Nessun rilievo a questo proposito può essere attribuito a Ulp. 35 *ad ed.* D.27.9.5.11 '*an adsentire venditioni vel obligationi debeat*', in cui l'*adsentire* del pretore non può essere in alcun modo ricondotto ad una manifestazione di *assenso* diretta alla conclusione della fattispecie contrattuale, ma esprime unicamente una accettazione non negoziale di un atto (questa volta sì negoziale) da altri concluso, tanto più che che l'attività dell'*adsentire* è predicata in riferimento ad un tipo contrattuale (compravendita) che nell'ottica della citata dottrina dovrebbe piuttosto appartenere al differente schema del contratto non adesivo.

Mucianae sententiae adsentiendum’, Paul. *l.s. ad falcid.* D.35.2.1.14 ‘*et Iulianus Proculo adsensit*’, Ulp. 70 *ad ed.* D.43.20.1.17 ‘*ego Ofilio adsentio*’, Ulp. 2 *de adult.* D.48.5.16.5 ‘*et primus Pomponius putat...cui adsentiendum puto*’.

Ci piace peraltro osservare che l’accezione di ‘*consensus*’, qui delineata, pare aver costituito la matrice storico-concettuale alla quale si è andato ispirando in svariate occasioni il legislatore italiano. Oltre che nell’impianto originario del codice del’42, come già segnalato dal Messineo,¹⁵⁵ tale accezione ritorna, solo per fare degli esempi, nella Legge n. 1651 del 1975, in sede di attuazione della riforma del diritto di famiglia,¹⁵⁶ ma anche in ambiti non privatistici, come nel codice penale¹⁵⁷ e di

¹⁵⁵ V. gli artt. 391 (poi abrogato dall’art. 6 della L. n. 39 del 1975, che ‘salvo gravissime ragioni’ impediva al giudice di ‘accordare l’emancipazione senza il *consenso* del genitore esercente la patria potestà’), 394 (in cui per gli atti del minore emancipato, in aggiunta all’autorizzazione del giudice tutelare, è richiesto il ‘*consenso* del curatore’), 395 (rifiuto del *consenso* del curatore), 903, comma secondo (divieto di aprire luci in un muro comune, senza il *consenso* dell’altro proprietario), 1197 (*consenso* del creditore per prestazione diversa da quella dovuta), 1202 (surrogazione per volontà del debitore, ‘anche senza il *consenso*’ del creditore), 1263² (cessione del credito: divieto di cessione del possesso della cosa ricevuta in pegno ‘senza il *consenso* del costituente’), 1406 (ammissibilità cessione di contratto a prestazioni corrispettive non ancora eseguite, ‘purché l’altra parte vi *consenta*’), 1594 (divieto per il conduttore di cedere il contratto ‘senza il *consenso* del locatore’), 1773 (divieto di restituzione della cosa depositata al deponente ‘senza il *consenso* del terzo’ interessato), 1919 (subordinazione della validità dell’assicurazione per causa di morte di un terzo al *consenso* di questi o di un suo legale rappresentante), 2142 (divieto di modificare la composizione della famiglia colonica ‘senza il *consenso* del concedente’: norma tacitamente abrogata dall’art. 7 della L.756/1964), 2155 (divieto per il mezzadro di inizio operazioni di raccolta ‘senza il *consenso* del concedente’), 2256 (divieto di uso delle cose sociali ‘senza il *consenso* degli altri soci’), 2292 (conservazione nella ragione sociale del nome del socio receduto o defunto, ‘se il socio receduto o gli eredi del socio defunto vi *consentono*’), 2301 (divieto di concorrenza ‘senza il *consenso* degli altri soci’), 2499 (necessità del ‘*consenso* dei creditori sociali’ per liberazione dei soci a responsabilità limitata in caso di trasformazione in società avente personalità giuridica), 2550 (divieto per l’associante di attribuire partecipazioni ‘senza il *consenso* dei precedenti associati’), 2565² (richiesta del ‘*consenso* dell’alinenante’ per passaggio della ditta assieme all’azienda ,in caso di trasferimento *inter vivos*), 2882 (cancellazione dell’ipoteca dietro ‘presentazione dell’atto contenete il *consenso* del creditore’): così già F. MESSINEO, “*contratto*”, cit., p. 882. A questi va comunque aggiunto l’art. 2503 (*consenso* dei creditori per riduzione termini in caso di fusione societaria).

¹⁵⁶ In questo senso v. il testo novellato del cod. civ. agli artt.: 165 (il minore ammesso a contrarre matrimonio è pure capace di prestare il *consenso*), 181 (‘se uno dei coniugi rifiuta il *consenso* per la stipulazione di un atto di straordinaria amministrazione’), 250 (necessità del ‘consenso dell’altro genitore che abbia già effettuato il riconoscimento’ ai fini del riconoscimento del figlio minore di anni sedici), 252 (‘*consenso* dell’altro coniuge’ per inserimento del figlio naturale nella famiglia legittima di uno dei due genitori), 273 (*consenso* del figlio ultra sedicenne per accertamento giudiziale paternità), 284 (*consenso* del figlio legittimando ultrasedicenne, o dell’altro genitore o del curatore speciale se infra sedicenne).

¹⁵⁷ Artt. 50 (non punibilità per chi ‘lede o pone in pericolo un diritto, col *consenso* della persona che può validamente disporne’), 381 (infedeltà del patrocinatore o consulente tecnico che ‘dopo aver difeso, assistito o rappresentato una parte, assume senza il *consenso* di questa...il patrocinio o la consulenza della parte opposta’), 545 e 546 entrambi abrogati dalla L. n. 194/1978 (punivano rispettivamente chi avesse determinato l’aborto di una donna senza, o con il *consenso* di lei), 552 anch’esso abrogato dalla L. n. 194/1978 (procurata impotenza alla procreazione ‘su persona dell’uno o dell’altro sesso, col *consenso* di questa’), 573 (sottrazione di minore ultra quattordicenne ‘col *consenso* di esso’), 574 (sottrazione di minore ultra quattordicenne ‘senza il *consenso* di esso’), 579 (omicidio del consenziente: ‘chiunque cagiona la morte di un uomo, col *consenso* di lui’), 613 (determinazione dello stato di incapacità di intendere e di volere senza il *consenso* della persona), 728 (chiunque pone taluno, senza il suo *consenso*,

procedura penale, così come ripetutamente novellato.¹⁵⁸

Fra tutti, particolare attenzione ci pare meritino gli artt. 1427 ss. del cod. civ., contenenti, com'è sin troppo noto, la disciplina dei tradizionali vizi della volontà (errore, violenza, dolo), tutti ricompresi all'interno della sezione II con la dicitura 'vizi del consenso'.

Decisamente ricca di significato si dimostra la formulazione dell'art. 1427cc. ('Il contraente il cui consenso fu dato per errore, estorto con violenza o carpito con dolo, può chiedere l'annullamento del contratto secondo le disposizioni seguenti'), in cui indubitabilmente il consenso 'dato', 'estorto', 'carpito', al quale si riferisce il testo di legge, non può essere altro che quello manifestato dal singolo contraente, il quale rispettivamente, sia caduto in errore, sia stato minacciato o, infine, raggirato; così come, in un'ottica rovesciata, alle medesime conclusioni sembra condurre il disposto dell'art. 1440 (dolo incidente): 'se i raggiri sono stati tali da determinare il consenso, il contratto è valido, rell'.

Seppur limitatamente ai soli casi di violenza e errore, esattamente la stessa rappresentazione torna poi ad emergere all'art. 122cc.: sia nella sua originaria formulazione, in cui il legislatore del '42 prevedeva al primo comma l'impugnabilità del matrimonio a favore di quello 'degli sposi il cui *consenso è stato estorto con violenza o è escluso per effetto di errore*'; sia nel più articolato testo novellato (L. 151/1975), il quale al di là di un intervento formale sulla struttura della disposizione legislativa — nel senso che violenza ed errore considerati prima unitariamente al comma uno, sono adesso rispettivamente disciplinati al comma uno e ai commi due e tre —, ha mantenuto sostanzialmente inalterata l'impostazione della vecchia norma, con l'unica novità dell'introduzione, accanto alla violenza, del 'timore di eccezionale gravità' come causa

in uno stato di narcosi o di ipnotismo'), art 734 *bis* introdotto dall L. n. 66/1996 e modificato dalla L. n. 269/1998 (tutela riservatezza: 'chiunque divulghi...le generalità o le immagini della persona offesa senza il suo *consenso*').

¹⁵⁸ Si possono segnalare gli attuali artt. 438 c.p.p. ('imputato può chiedere, con il *consenso* del pubblico ministero, che il processo sia definito nell'udienza preliminare'), 444² c.p.p. (applicazione della pena richiesta nel caso di '*consenso* anche della parte che non ha formulato la richiesta'), 447 (applicazione della pena nel corso delle indagini preliminari su 'richiesta congiunta' o su 'richiesta con il *consenso* scritto dell'altra parte'), 458² (*consenso* del pubblico ministero alla richiesta di giudizio abbreviato), 464 ('termine entro il quale il pubblico ministero deve esprimere il *consenso*' alla richiesta di giudizio immediato da parte dell'opponente), 566 (*consenso* del pubblico ministero a richiesta di giudizio abbreviato dopo udienza di convalida dell'arresto), 743³ ('*consenso* del condannato', nei casi in cui richiesto, per l'esecuzione all'estero di una sentenza di condanna a pena restrittiva della libertà personale); art. 247 disp. att. (*consenso* del pubblico ministero alla richiesta dell'imputato di giudizio abbreviato), 248 (*consenso* per la richiesta della pena a norma dell'art. 444).

di impugnazione, e sotto il profilo meramente terminologico della sostituzione della precedente locuzione ‘*escluso per effetto di errore*’ con quella ‘il cui consenso è stato *dato per effetto di errore*’, in cui si segnala, sotto il profilo lessicale, un avvicinamento, non necessariamente intenzionale, alla formulazione già incontrata all’art. 1427.

D’altra parte, a prescindere dal dato normativo, se consideriamo che per vizio della volontà deve considerarsi tutto ciò che dall’ordinamento giuridico viene ritenuto idoneo ad impedire una libera o corretta determinazione della volontà, interferendo con maggiore o minore incisività sui processi formativi della stessa, appare già di per sé evidente che a risultare alterata sia la volontà del singolo contraente e non già quella comune, se non indirettamente.

Già si è detto che ancora una volta quest’impiego è costato al legislatore le forti critiche di parte della dottrina civilistica, la quale non senza una malintesa interpretazione della tradizione romanistica, e muovendo, come si è accennato, da una suggestiva, ma semplificativa immagine del *consensus* come *cum-sentire*, inteso come ‘fatto essenzialmente bilaterale’,¹⁵⁹ ed ignorando per contro l’uso altrettanto diffuso presso i giuristi romani di ‘volontà conforme’, si è lasciata andare a facili censure, condannando questi impieghi come ‘usi impropri’,¹⁶⁰ quando addirittura, tanto per rimanere all’art. 1427, sono state le stesse fonti romane a porre, se pure in isolati testi legislativi di epoca diocleziana, la relazione *error/consensus* che oggi sostanzialmente ritroviamo riprodotta nella norma codicistica: così C.1.18.9 (a. 294) ‘*cum nullum sit errantis consensus*’, 4.65.23 (a.294) ‘*errantis nullum habeat consensusum*’, o, per taluni versi ancora più significativo, C.5.74.1 (a. 290) ‘*inconsulto errore lapsum patrem tuum perperam venditioni consensusum dedisse videtur*’, la cui trama discorsiva richiama alla mente la corrispondente parte del dettato normativo di cui all’art 1427: ‘Il contraente il cui consenso fu dato per errore’.

¹⁵⁹ In questo senso emblematico il punto di vista di G. DULCKEIT, *Zur Lehre vom Rechtsgeschäft*, cit., p. 166 nt. 1, il quale, pur in una prospettiva oggettivante dell’elemento consensuale, tiene a tenere separato il *consensus*, prospettato in termini di ‘(unpsychologische) objektivierte Willenseinigung’, dal semplice *sensus*, inteso quale ‘*e i n s e i t i g e und dauernde psychologische Willenshaltung*’.

¹⁶⁰ Per tutti v. F. MESSINEO, *La teoria dell’errore ostativo*, Roma, 1915, pp. 124 ss.; ID., *La struttura della società*, cit., p. 76 nt. 2; ID., “*Contratto*”, cit., pp. 881 ss.; da ultimo denuncia il radicalismo di tale impostazione, frutto di una ‘lettura inesatta dei problemi’, anche C. CASCIONE, *Consensus*, cit, pp. 25 s. nt. 114, al quale peraltro si rimanda per ulteriori ragguagli bibliografici.

7. Analisi di B.11.1.1: all'origine di un equivoco.

Si è già anticipato che la tendenza della moderna romanistica a far coincidere le due nozioni è in qualche modo riconducibile ai maestri bizantini. Ciò emerge innanzi tutto dall'esame di Bas.11.1.1, luogo che, sistematicamente corrisponde, com'è noto, al primo frammento della rubrica 'de pactis' del digesto: Ulp. 4 ad ed. D.2.14.(1).

In questa sede, posta ad apertura del titolo 'Per̂ p̂ktwn ½toi sumf̂nwn' la definizione di *pactum* e passata sotto silenzio la celebre *laudatio edicti*,¹⁶¹ viene riproposta, in una maniera che ad un primo esame potrebbe apparire pedissequa, la parte iniziale di Ulp. 4 ad ed. D.2.14.1.3, e precisamente il tratto 'conventionis-agunt':

Bas.11.1.1: T× d• tÁj sunainšsewj Ônoma genikŌn ™sti, ferŌmenon prŌj p©san suna...nesin genomšnhn ™p... sust£sei ™nocÁj ka^ dialÚsei.

Il testo, già ad una prima lettura, si mette in condizione di apprezzare il valore attribuito alla 'conventio', nonché (e soprattutto) i rapporti di questa con il *consensus*, nell'ottica dei maestri bizanti.

Questi pongono infatti una così stretta relazione di equivalenza tra le due nozioni da tradurre e rendere entrambe con l'unico termine 'suna...nesij', arrivando persino ad affermare, con un'operazione la cui ortodossia sotto il profilo della logica definitoria si commenta da sé, che: tŌ dš tÁj sunainšsewj Ônoma genikŌn ™sti ferŌmenon prŌj p©san suna...nesin.

Del vizio logico di cui risulta inevitabilmente affetto il passaggio greco doveva essersi avveduto, con ogni probabilità, anche l'Heimbach il quale, non senza imbarazzo, ha tentato di porvi rimedio traducendo suna...nesij, la prima volta (là dove ricorre nel *definiendum*) con *conventio*, la seconda (nei *definientes*) con *consensum*: *Conventionis verbum generale est, pertinens ad omnem consensum, qui interponitur ad obligationem constituendam et ad transigendum* [Heimbach, I, 553].

È superfluo rilevare che una traduzione non 'preconceputa' avrebbe imposto una scelta unitaria.

¹⁶¹ Ulp. 4 ad ed. D.2.14.1pr 'Huius edicti aequitas naturalis est. Quid enim tam congruum fidei humanae est quam ea quae inter eos placuerunt servare?'. Sul punto rinviamo alle nostre osservazioni contenute in *Ulpiano, Antistia e la fides humana*, in *AUPA* 46 (2000), pp. 257 ss.

Occorre tuttavia avvertire che la traduzione in lingua greca del primo sostantivo col termine *suná...nesij*, che in definitiva costituisce il presupposto che ha reso praticabile l'assimilazione totale che viene prospettata nel testo dei Basilici tra *conventio* e *consensus*, rappresenta un dato che rimane rigorosamente confinato all'interno del titolo 'Per̂ p̄ktwn ½toi sumfèwn', e che non trova invece riscontri in altre parti del testo legislativo. A questo scopo è sufficiente condurre una rapida indagine terminologica, operando un raffronto fra i frammenti del Digesto in cui si trova impiegato il termine *conventio* e i corrispondenti frammenti dei Basilici. Ebbene, se si fa eccezione per i frequenti casi in cui manca purtroppo il corrispondente brano greco dei brani giurisprudenziali,¹⁶² o per quelli ancor più numerosi nei quali comunque il riferimento alla *conventio* è andato perduto perché soppresso dai compilatori o perché magari già mancante nel testo preso a riferimento,¹⁶³ ci si potrà rendere conto che *conventio* viene sistematicamente reso ricorrendo prevalentemente al termine *sumfwnon* o perifrasi in cui vengono per lo più adoperate forme verbali ricavate dal verbo *sumfwnšw*.

¹⁶² Paul. 3 *ad ed.* D.2.14.23.1; Pomp. 33 *ad Sab.* D.8.2.23pr.; Ulp. 2 *disp.* D.15.1.32.1; Paul. 4 *resp.* D.16.3.26.1; Scaev. 7 *dig.* D.18.3.8; Pomp. 24 *ad Sab.* D.18.5.2; Iul. 15 *dig.* D.18.5.5pr.; Iul. 15 *dig.* D.18.5.5.1; Iul. 15 *dig.* D.18.5.5.2; Ulp. 32 *ad ed.* D.19.1.11.18; Ulp. 1 *ad ed. cur.* D.21.1.31.18; Ulp. 1 *ad ed. cur.* D.21.1.31.22; Ulp. 53 *ad ed.* D.39.2.15.1; Ulp. 71 *ad ed.* D.43.24.15.2; Cels. 25 *dig.* D.43.26.12pr.; Scaev. 28 *dig.* D.45.1.122.1; Scaev. 28 *dig.* D.45.1.122.2; Scaev. 28 *dig.* D.45.1.122.3; Paul. 15 *quaest.* D.45.1.132pr.; Pap. 27 *quaest.* D.45.2.9.1; Ulp. 4 *disp.* D.50.12.3pr.

¹⁶³ Afr. 7 *quaest.* D.2.1.18 (=Bas. 7.16.4); Paul. 3 *ad ed.* D.2.14.4pr. (=Bas. 11.1.4); Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.7pr. (=Bas. 11.1.7); Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.7.3 (=Bas. 11.1.7); Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.7.4 (=Bas. 11.1.7); Cels. 1 *dig.* D.2.14.33 'exceptione conventionis' (=Bas. 11.1.33); Proc. 5 *epist.* D.2.14.36 'exceptione conventionis' (=Bas. 11.1.36 'paragraf̄an ouk œceij'); Paul. 3 *ad ed.* D.2.14.13pr. (=Bas. 11.1.13); Paul. 3 *ad ed.* D.2.14.21.5 (=Bas. 11.1.21); Pap. 1 *resp.* D.2.14.40.1 (=Bas. 11.1.40); Ulp. 26 *ad ed.* D.2.14.51pr. 'exceptione conventionis' (=Bas. 11.1.50 'Ôute paragraf̄an œcei'); Ner. 3 *membr.* D.2.14.58 (=Bas. 11.1.57); Pomp. 2 *ad Sab.* D.5.1.80 (=Bas. 7.5.73); Ulp. 68 *ad ed.* D.6.1.45 (=Bas. 15.1.44); Paul. 18 *ad ed.* D.12.2.17pr. (=Bas. 22.5.17); Ulp. 26 *ad ed.* D.12.2.25 (=Bas. 22.5.25); Paul. 18 *ad ed.* D.12.2.26.2 (=Bas. 22.5.26); Iul. 10 *dig.* D.12.2.39 (=Bas. 22.5.39); Ulp. 40 *ad Sab.* D.13.7.1.1 (=Bas. 25.1.1); Pomp. 35 *ad Sab.* D.13.7.8.3 (=Bas. 25.1.8); Ulp. 38 *ad ed.* D.13.7.13pr. (=Bas. 25.1.13); Paul. 29 *ad ed.* D.13.7.18pr. (=Bas. 25.1.18); Ulp. 30 *ad ed.* D.16.3.1.6 (=Bas. 13.2.1); Gai. 10 *ad ed. prov.* D.18.1.35pr. (=Bas. 19.1.33); Iav. 11 *epist.* D.19.2.51pr. (=Bas. 20.1.50); Pap. 11 *resp.* D.20.1.1pr. 'conventio generalis in pignore' (=Bas.25.2.1 'tí genikí Ūpoq̄kh'); Gai. 1. s. *form. hyp.* D.20.1.15.2 'ad eam conventionem pertinet' (=Bas.25.2.15 'prŌj t̄¼n „dik̄¼n Ūpot̄khn f̄šretai'); Gai. 1. s. *de form. hyp.* D.20.1.15.1-2 (=Bas. 25.2.15); Paul. 5 *resp.* D.20.1.29pr. 'generalem quidem conventionem sufficere' (=Bas. 25.2.29 'tí genikí toà klhrodŌtou àpoq̄kh'); Ulp. 73 *ad ed.* D.20.2.3 (=Bas. 25.3.2); Pap. 3 *resp.* D.20.4.2 (=Bas. 25.5.2); Pap. 26 *ad ed.* D.20.5.1 (=Bas. 25.7.1); Afr. 8 *quaest.* D.23.3.50.1 (=Bas. 29.1.46); Pomp. 26 *ad Sab.* D.23.4.10 'exceptione conventionis filius tuendus est' (=Bas.29.5.10 'kā œcei Ð ufŌj paragraf̄n'); Ulp. 34 *ad ed.* D.23.4.11 (=Bas. 29.5.11); Flor. 3 *inst.* D.23.4.24 (=Bas. 29.5.22); Pap. 4 *resp.* D.23.4.26.3 (=Bas. 30.5.24); Paul. 6 *quaest.* D.24.3.45 (=Bas. 28.8.43); Pap. 5 *resp.* D.26.7.39.13 (=Bas. 37.7.39); Paul. 54 *ad ed.* D.41.4.2.3 (=Bas. 50.4.1); Pap. 11 *resp.* D.44.2.29.1 (=Bas. 51.2.26); D.46.3.5.2 'inesse haec conventio stipulationi videtur' (Bas.26.5.38 'siwphr̄Œ™stin 1 ātresij'); Pap. 28 *quaest.* D.46.3.95.4 (=Bas. 26.5.95); Lab. 5 *pith. a Paul. epit.* D.46.4.23 (=Bas. 26.6.23); Paul. 34 *ad ed.* D.50.16.189 (B.22.2.183);

Fra i primi possiamo ricordare

D.2.11.4.5 (Ulp. 74 *ad ed.*): *utrum per errorem satisdato promissum est an conventione: si per errorem dandam fideiussioribus exceptionem: si ex conventione, minime dandam...si autem ex conventione...exceptionem pacti conventi..infirmandam iulianus ait.*

Bas.7.16.4: $\phi\pi\tilde{\omicron}$ *sumfènou*

D.2.14.2.1 (Paul. 3 *ad ed.*): *profuturamque ei conventionis exceptionem placuit.*

Bas.11.1.2: $\alpha\epsilon\epsilon\iota$ *sumfènou*
paragraf»n

D.2.14.23pr. (Paul. 3 *ad ed.*): *fideiussoris conventio nihil proderit reo...*

Bas.11.1.23: $t\tilde{\omicron}$ de *sÚmfwnon*

D.2.14.27.4 (Paul. 3 *ad ed.*): *animadvertendum est, ne conventio in alia re facta aut cum alia persona in alia re aliave persona noceat.*

Bas.11.1.27: *to de genÒmenon e,,j dÁlon proswpon ½ pr£gma sumfwnon*

D.2.14.40.1 (Pap. 1 *resp.*): *iudex...iustam conventionem veluti confessi sequetur*

(vedi)Bas.11.1.40 : $\alpha\kappa\omicron\lambda\upsilon\epsilon\alpha\epsilon$ *tù sumfînw*

D.2.14.42 (Pap. 17 *resp.*): *talem conventionem*

Bas.11.1.42: *to sÚmfwnon*

D.4.8.32.11 (Paul. 13 *ad ed.*): *dies*

Bas.7.2.32: $\omicron\tilde{\upsilon}\epsilon$ (???) *Ñte ek*

<i>compromissi proferii potest, non cum conventionione, sed cum iussu arbitri</i>	<i>sumfènou</i>
D.10.3.14.3 (Paul. 3 <i>ad Plaut.</i>): tali conventionione	Bas.12.2.14: metì to <i>toiàton sÚmfwnon</i>
D.13.7.1pr. (Ulp. 40 <i>ad Sab.</i>): <i>Pignus contrahitur...etiam nuda conventionione</i>	Bas.25.1.1: øllì ka^ <i>yilù sumfènw sun...statai to</i> TM nšcuron
D.13.7.93 (Ulp. 28 <i>ad ed.</i>): <i>vel nuda conventionione</i>	Bas. 25.1.9.3 : <i>yilù sumfènw</i>
D.16.3.1.7 (Ulp. 30 <i>ad ed.</i>): <i>nam haec conventio contra bonam fidem contraque bonos mores</i>	Bas.13.2.1 : <i>toiàton sÚmfwnon</i>
D.18.1.2.1 (Ulp. 1 <i>ad Sab.</i>): <i>non autem pretti numeratio, sed conventio perficit...habitam emptionem</i>	Bas.19.1.2 : øllì to <i>sÚmfwnon</i> <i>amart...zei</i>
D.20.1.1.1 (Pap. 11 <i>resp.</i>): <i>citra conventionem specialiter super eo conceptam</i>	Bas.25.2.1: ¥neu „ <i>dikoà sumfènou</i>
D.20.1.1.3 (Pap. 11 <i>resp.</i>): <i>non esse tamen irritam conventionem placuit</i>	Bas.25.2.1: Ómwj øerrwtai tÕ <i>sÚmfwnon</i>
D.20.2.9 (Paul. <i>l. s. offi. praef. vig.</i>): <i>Est differentia obligatorum propter pensionem et eorum, quae ex conventionione manifestari pignoris</i>	Bas.25.3.9: tì TM k <i>sumfènou</i> Øpot»qenta øndr£poda oÙk TM leuteroàntai

*nomine tenentur, quod manumittere
mancipia obligata pignori non
possumus*

D.20.4.11.2 (Gai. *l. s. form. hyp.*):
*quia non ex conventione priori
obligatur, sed ex eo quod inducta res
est*

Bas.25.5.11 : t' eijagÒmena... oÙk
™k toà sumfènou, øll' ex oà e,„jacqí

D.20.5.3pr. (Pap. 3 *resp.*): *pignus
iure conventionis vendidit*

Bas.25.7.3 : ™k sumfènou pwl»sh
tÕ ™nšcuron

D.23.3.25 (Paul. 7 *ad Sab.*): *et
permutatio dotium conventione fieri
potest*

Bas.29.1.2: ka^ øpÕ sumfènou 1
pro^x katallËssetai

D.23.4.27 (Pap. 1 *defin.*): *conventio
secundum ordinem rei gestae moribus
improbanda est.*

Bas.29.5.25 : oÙk œrrwtai tÕ
sumfènon

D.27.8.1.9 (Ulp. 36 *ad ed.*):
*conventiones pupillo non
praeiudicare...conventionem enim
duumvirorum ius publicum mutari non
potest*

Bas.38.8.1: oÛte di' toà sumfènou
tÕ koinÕn nÒmimon øme...betai

D.40.12.37 (Call. 2 *quaest.*):
*Conventio privata neque servum
quemquam neque libertum alicuius
facere postest.*

Bas.48.8.37: 'IdiwtikÕn sÚmfwnon
oÙde doàlon, oÙde øpeleÚqeron
poieç.¹⁶⁴

¹⁶⁴ Conforme sch. OÙde^j a Bas.48.8.37: OÙde^j øpÕ sumfènw n À doàloj g...netai, rell., da

D.45.1.5pr. (Pomp. 26 *ad Sab.*):
*conventionales sunt, quae ex
conventionem rerum fiunt*

Bas.43.1.5: sunainetika[^] de (acc.
gr.) TMperwt»seij af ipō sumfènou
ginōmenai

D.46.3.5.2 (Ulp. 43 *ad Sab.*): *et
sicut ex pacti conventionem datae repeti
non possunt*

Bas.26.5.5: of g'r apō sumfènou
katablhqšntej men (acc. gr) oÙk
çnalamb£nontai

D.46.8.10 (Ulp. 80 *ad ed.*):
*interdum ex conventionem stipulatio
ratam rem interponi solet*

Bas.9.11.10: 'Esq'Óte çpō
sumfènou d...dotai ¹ „kanodos...a

D.50.17.27 (Pomp. 16 *ad Sab.*): *nec
ex solemni iure privatorum conventionem
quicquam immutandum*

Bas.2.3.27: 'Apō „diwtikoà
sumfènou tō koinōn nōmimon oÙk
TMnallassštai

D.50.17.45.1 (Ulp. 30 *ad ed.*):
*privatorum conventio iuri publico non
derogat*

Bas.2.3.45: Tō „diwtikōn
sumfènon oÙk çnaireç tō koinōn
nōmimon

Per i secondi vanno segnalati

D.2.11.4.4. (Ulp. 74 *ad ed.*): *Et ait
Aticilius conventionem istam non
valere. Sed ego puto conventionem
istam valere*

Bas.7.16.4: oÙk çerrwtai tō
sumfwnÁsai genikîj

D.2.14.56 (Iul. 6 *ad Min.*): *si iusta
causa conventionis fuerit*

Bas.11.1.55: 'Eìn dika...wj
sumfwn»sw

D.19.2.24.4 (Paul. 34 *ad ed.*):
*utiliter ex conducto agit is, cui
secundum conventionem non
parestantur quae convenerant*

Bas.20.1.24: mh fulËttei ta
sumqwnhqšnta Ð misqèsaj

D.20.1.12 (Paul. 68 *ad ed.*): *sed an
viae itineris actus aquae ductus
pignoris conventio locum habeat
videndum esse Pomponius ait*

Bas.25.2.12 : DunatŌn de
sumfwne◊n œcein me kat! toà
øgroge...tonoj ÐdŌn sten¾n ka^
plate...an ka^ Ødragègion

D.23.4.4. (Ulp. 31 *ad Sab.*): *an
valeat conventio...et Marcellus
ait...conventionem non valere...posse
dici conventionem valere...quare non
dicas conventionem valere*

Bas.29.5.4: ™rrwmšnoj gir
sumfownoàsin

D.23.4.18 (Iul. 18 *dig.*): *post
divortium tamen si iusta causa
conventionis fuerit, custodiri id pactum
debet.*

Bas.29.5.16: ™x eUIŌgou a,,t...aj
kalij sumfwne◊

D.40.7.15.1 (Afr. 9 *quaest.*):
*respondit et hoc casu conventionem
valere.*

Bas.48.5.16: kalij sumfwnî

D.43.32.1.4 (Ulp. 73 *ad ed.*): *si
conventio specialis facta est in
conductione domus, ut non liceat ante
finitum annum vel certum tempus
migrare.*

Bas.60.19.1: e,, sumfwn»sei Ð
noikoj prŌ ·htoà krŌnou m¾
ønacwre◊n

In una sola occasione inoltre è dato registrare una sostituzione di *conventio* con

sun£llagma. Si tratta di

Bas.11.2.211: 'En to'j sunall£gmasin oØ to' »masin ølli tÍ diano...v twn sunallass£ntwn prosšcomen

al quale corrisponde il già citato

D.50.16.219 (Pap. 2 resp.): *in conventionibus contrahentium voluntatem potius qaum verba spectari placuit*

in cui è ragionevole supporre che la traduzione sia stata suggerita dalla specificità della locuzione '*in conventionibus contrahentium*'.

Come si può constatare dunque al di fuori di Bas.11.1 non ricorre mai lo stesso impiego di suna...nesij. Solo in un'occasione, e più precisamente in Bas.43.1.49 (= Ulp. 7 disp. D.45.1.52pr.), troviamo la locuzione 'ka^ per^ sunainetikîn™perwt»sewn' corrispondente al ·htÒn '*in conventionalibus stipulationibus*', in cui l'impiego dell'aggettivo sunainetikÒj è in qualche modo in linea con la traduzione *conventio/suna...nesij*. Il termine ricorre invece nuovamente in

Bas. 11.1.5 (=Ulp. 4 ad ed. D.2.14.5): Tîn sunainšsewn af men™x a„t...aj dhmos...aj g...nontai

e dunque sempre all'interno del medesimo titolo. La circostanza appare decisamente singolare e offre interessanti spunti di riflessione.

È noto che i lavori per la realizzazione dei Basilici non furono condotti direttamente sul *corpus iuris*, ma sulle opere degli *antecessores* che tra le altre cose presentavano il non trascurabile vantaggio della lingua (greca). È poi opinione diffusa che i commissari si siano fondamentalmente avvalsi dell'*index* del c.d. Anonimo,¹⁶⁵ e che solo in sporadiche occasioni, abbiano fatto ricorso agli scritti di altri *antecessores*, soprattutto quando occorreva ovviare a omissioni o lacune.¹⁶⁶ Muovendo da questa preliminare

¹⁶⁵ In proposito v. G. E. HEIMBACH, *Basilicorum libri LX. VI -Prolegomena*, cit., pp. 54 s., 127 s.

¹⁶⁶ Sul punto v. G. E. HEIMBACH, *Prolegomena*, cit., pp. 127 ss.

osservazione, la spiegazione più logica alla quale viene di pensare è che appunto lo squarcio adoperato per la stesura di Bas.11.1 sia stato tratto dagli scritti di un altro giurista bizantino. Rimane ovviamente da capire a quale opera possano avere concretamente attinto i commissari, così come d'altra parte andrebbero pure chiarite le ragioni di un simile discostamento dalla lezione di riferimento, considerato che l'ipotesi di una lacuna sembra scontrarsi con l'elevato numero di scoli a Bas.11.1.1-5 riconducibili all'Anonimo.¹⁶⁷ Benché i pochi elementi a disposizione impediscano di arrivare a conclusioni sicure, è però forse possibile avanzare con le dovute cautele un'ipotesi.

Da una veloce lettura dell'ampio apparato di scoli che corredata il titolo si ricava innanzi tutto un primo significativo elemento di giudizio, e cioè che, con rigida aderenza al ·htÒn, il termine *conventio* è reso prevalentemente ricorrendo alla mera traslitterazione 'konbent...wn'. In particolare vanno segnalati, di Stefano, gli schh. Kalij a Bas.11.1.1,¹⁶⁸ `H Konbent...wn a Bas.11.1.2, 'Epeid¾ a Bas.11.1.4, `H konbent...wn a Bas.11.1.5 e il certamente più noto sch. Maqîn a Bas.11.1.7.¹⁶⁹ Lo stesso impianto torna nello sch. P©sa konbent...wn, su cui dovremo tornare di qui a poco, dall'Heimbach attribuito seppur dubitativamente a Doroteo.¹⁷⁰

Non sembra discostarsi da questa impostazione neppure lo sch. Tîn p£kton a Bas.11.1.5 di Cirillo, in cui si può tutt'al più osservare una lieve oscillazione terminologica che porta l'antecessore ad impiegare accanto al termine konbent...wn, che rimane comunque prevalente, prima p£kton (Tîn p£kton tr...a e¼dh, poÚblikon ka^ prib£ton e,,j leg...timon ka^ „ourijšnton temnÒmenon) ed infine sÚmfwnon (Tîn sumfènwn tiTMx a,,t...aj demos...aj e,,s...n). Questo per lo meno se si valuta unitariamente lo scolio e non si aderisce invece all'ipotesi dell'Heimbach che propende per l'attribuzione dell'intero tratto 'legit...maTMstTM-pifšrei' a Stefano,¹⁷¹ nel qual caso è ovvio che la denunciata variazione lessicale konbent...wn-p£kton-sÚmfwnon andrebbe inevitabilmente ridimensionata, senza però dover necessariamente arrivare a

¹⁶⁷ Al riguardo v. G. E. HEIMBACH, *Prolegomena*, cit., pp. 224 ss.

¹⁶⁸ Profonda differenza testuale tra la versione di Heimbach e Scheltema, il quale (SCHELTEMA, I, 177) riconnette il tratto 'Kalij de ka^gnèmh' dello sch. 2 ad Bas.11.1.1 (Heimbach, I, 553) allo sch. 2 Pwllîn, considerando come sch. autonomo (n. 3) il tratto 'E¼pw (e©Epon in Heimbach. I, 553) de prÒteron-did£xei se'

¹⁶⁹ Per l'attribuzione a Stefano G. E. HEIMBACH, *Prolegomena*, cit., p. 224.

¹⁷⁰ G. E. HEIMBACH, *Prolegomena*, cit., p. 224.

¹⁷¹ G. E. HEIMBACH, *Prolegomena*, cit., p. 224.

può essere ritenuto compatibile con il tenore lessicale di Bas.11.1.1 e 5.

Così come, considerazioni sempre terminologiche sconsigliano di porre un aggancio tra l'Autore di Bas.11.1.1 e 5 e l'Autore di PSI. 55, in cui, se si fa eccezione per il tratto iniziale 'conventiÒnwn e,,j dÚo diare'tai', il termine *conventio* è sistematicamente reso con $\rho\epsilon\kappa\tau\omicron\nu$, circostanza che ha indotto ultimamente il Falcone a rigettare l'attribuzione a Stefano proposta dal Wodke,¹⁷⁴ suggerendo, anche in considerazione dell'indicata predilezione per $\rho\epsilon\kappa\tau\omicron\nu$, una eventuale attribuzione a Isidoro.¹⁷⁵

Le molte difficoltà che certo emergono non devono però indurre a spiegare la singolarità terminologica, mettendola in relazione con l'ipotesi di un intervento da parte dei compilatori dei Basilici, i quali non avevano alcuna ragione per operare la suddetta sostituzione, tanto più che diverrebbe a questo punto ancor più inspiegabile per quale motivo non abbiano fatto altrettanto in altri contesti. Del resto se escludiamo interventi soppressivi chiaramente ispirati ad esigenze di concisività, le manipolazioni lessicali condotte sui testi erano normalmente orientate ad assicurare una migliore comprensibilità del dettato legislativo, e dunque si limitavano ad una trasposizione in lingua greca di quelle espressioni tecniche latine frequentemente mantenute nell'opera dell'Anonimo che rischiavano di rendere di difficile intelligibilità la *ratio legis*.¹⁷⁶

Nonostante tutto, e con le cautele che sempre occorre adottare quando ci si basa unicamente su indizi stilistico-espressivi, riteniamo plausibile che per l'impianto di Bas.11.1.1 e 5 i commissari si siano rifatti ad un quaderno di lezioni di Teofilo o tutt'al più di Doroteo.

In favore della prima ipotesi potrebbe decisamente orientare una constatazione del Falcone il quale, nel contesto di una indagine sulla definizione teofilina di $\sigma\upsilon\nu\alpha\lambda\lambda\epsilon\gamma\mu\alpha$ contenuta in PT. 3.13.2, ha potuto notare, sempre sotto un profilo terminologico, come il sostantivo che ricorre con maggiore frequenza nella Parafrasi per rendere il $\cdot\epsilon\tau\omicron\nu$ 'conventio' sia per l'appunto $\sigma\upsilon\nu\alpha\dots\nu\epsilon\sigma\iota\gamma$, seguito dal pur diffuso ' $\sigma\acute{\upsilon}\mu\omicron\upsilon\omega\nu\omicron\nu$ ' e dai più rari ' $\sigma\upsilon\mu\omicron\upsilon\omega\nu\dots\alpha$ ' e ' $\sigma\upsilon\kappa\epsilon\tau\eta\sigma\iota\gamma$ '.¹⁷⁷

¹⁷⁴ W. WODKE, *Ein bisher nicht erkannter Stephanustext: PSI 55*, in ALTHEIM-STIEHL, *Christentum am Roten Meer*, I, Berlin-New York, 1971, pp. 127 ss.

¹⁷⁵ G. FALCONE, "ANWNUMON SUNALLAGMA" e anonimo antecessor di PSI.55, in *Minima epigraphica et papirologica* 4 (2001), pp. 513 ss.; per Cobidas si pronuncia SCHELTEMA, *L'enseignement du droit des antecessors*, Leiden, 1970, p. 61; seguito di recente da F. BRANDSMA, *Dorotheus and his Digest translation*, Groningen, 1996, pp. 113 ss.

¹⁷⁶ Sul punto v. G. E. HEIMBACH, *Prolegomenoi*, cit., p. 54.

¹⁷⁷ G. FALCONE, *Genesi e valore della definizione di SUNALLAGMA nella Parafrasi di Teofilo*, in

Se a questo aggiungiamo che l'attività didattica di Teofilo non si esaurì nel corso sulle *Institutiones* che poi condusse, per iniziativa di uno dei suoi *auditores*, alla edizione del testo della Parafraasi,¹⁷⁸ ma abbracciò anche lezioni sul Digesto, per lo meno sui primi 17 libri (*pars de rebus*), il cui contenuto fu poi raccolto e riversato in un *Index*, largamente adoperato da Stefano e di cui ancora residuano ampie attestazioni nell'apparato di scoli, ecco che l'ipotesi di un utilizzo da parte dei compilatori per la stesura dei brani qui analizzati, si fa più concreta.¹⁷⁹

Purtroppo per noi l'uso linguistico individuato dallo studioso assume contorni molto meno netti rispetto a quelli segnalati. Se infatti raffrontiamo i luoghi indicati potremo constatare che quasi tutti si riferiscono a brani delle Istituzioni in cui ad essere impiegato era il termine *consensus*. L'equivoco, se così può dirsi, è probabilmente dipeso da una adesione non direttamente esplicitata all'idea codificata *conventio=consensus*.

Si considerino

PT.1.2.10: /'Agrafoj de nÒmoj ™st'n Óper ¹ cron...a sun»qeia sunainšsei tîn crwmšwn ™beba...wse	I.1.2.9: <i>Ex non scripto ius venit, quos usus comprobavit. Nam diuturni mores consensu utentium comprobati</i>
--	--

PT.1.2.12: Ósa dš ™stin iuriscivilía...™autl' øme...besqai poll£kij eƒwqen ¿ siwphr' toà d»mou sunainšsei	I.1.2.11: <i>ea vero, quae ipsa sibi quaeque civitas constituit, saepe mutari solent vel tacito consensu populi</i>
--	---

PT.1.10pr.: suna...nesin einai tîn gonšwn in ØpexoÚsio... e„sin of	I.1.10.pr: consensum habeat parentum, quorum in potestate fuerunt
---	--

Iuris vincula, Studi in onore di Mario Talamanca, Napoli, 2001, p. 91 nt. 60.

¹⁷⁸ Sulle vicende legate all'edizione della Parafraasi v. con, letteratura, G. FALCONE, *La formazione del testo della Parafraasi di Teofilo*, in *TR* 68 (2000), p. 417 nt. 1

¹⁷⁹ Sul punto e per una indicazione degli scoli attribuiti a Teofilo v. ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, in "Krit. Jarb. f. Deutsc. Rechtswis.", VIII, 1844, p. 817; G. E. HEIMBACH, *Prolegomena*, cit., pp. 33 ss.; SCHELTEMA'S, *L'enseignement*, cit., pp. 30 ss.; per altra letteratura e notizie rinviamo da ultimo a G. FALCONE, *Genesi e valore della definizione di SUNALLAGMA*, cit., pp. 98 s.

sunaptòmenoi

PT.2.1.28: ἡμετέροις ἑκαστοῦ
sunainšsewj ὑποθέσει κοινῶν
gšgone despote...an

I.2.1.28: *quae cuiusque propria
fuerunt, ex consensu vestro
communicata sunt*

PT.3.1.3: τῆς τοῦ κηδεμόνος
sunainšsewj...ἢ διὰ τῆς τοῦ
κηδεμόνος sunainšsewj

I.3.1.3: *nec curatoris consensu
adquiritur furioso, sed ipso iure*

PT.3.10pr.: πολιτικῶν δὲ
nomoqes...a ἢ ἡγεμονίᾳ τῶν
sunainšsewj

I.3.10pr.: *sed eo iure, quod consensu
receptum est, introducta est.*

PT.3.15.1: ἡσυχαστικῶν καὶ
sumfwn...an ἡμετέροις καὶ
proišnai

I.3.15.1: *Postea autem Leoniana
constitutio lata est, quae solemnitate
verborum sublata, sensum et
consonantem intellectum ab utraque
parte solum desiderat.*

PT.3.19.13: ἡμετέροις τῶν
sunallattòntwn ἀφ' ἡμετέρων
„scúousin

I.3.19.13: *sed cum iam dictum est,
ex consensu contrahentium
stipulationes valunt.*

PT.4.5pr.: τῶν ἡμετέρων τῶν
tῶν suna...nesin ἡμετέρων, οὐ καὶ
suna...nesin de ἡμετέρων ὁδ...khsš
me ἢ dikast»j

I.4.5pr.: non trova riscontro

Ma anche quando in PT.2.8.2: ἐστὶ οἷον ἡμετέροις τῆς κηδεμόνος τοῦ κηδεμόνου ἢ τοῦ
ἡμετέρου suna...nesij ἡμετέρων...a, l'espressione 'toà ἡμετέρου suna...nesij'

non trova riscontro nel testo latino (I.2.8.2), è preferibile ritenere che anche in questo contesto la locuzione, sulla falsariga della locuzione *consensus curatoris*, alluda ad un possibile *consensus tutoris*, benché va detto non si abbiano attestazioni di quest'ultima locuzione, come del resto non se ne hanno dell'omologa locuzione *conventio tutoris*.

Se invece conduciamo un raffronto tra il luoghi della Parafrasi e i relativi passaggi del *·htÒn* in cui trova impiego il vocabolo *conventio* nel significato di accordo, escludendo altre applicazioni d'uso, come ad es. quella ricorrente in I.4.6.24: '*in libello conventionis*' al quale corrisponde PT.4.6.24: *tù bibl...J tÁj a,,ti£sewj*, potremo osservare che esso è reso prevalentemente con *sÚmfwnon* e *p£kton*. Così rispettivamente in

PT.3.25.2: *zhte'tai...e,, œerrwtai tÕ
sÚmfwnon*

I.3.25.2: *an rata debet haberi
conventio...et ob id non esse ratam
habendam*

PT.4.6.7: *Óper de d...ca
traditionos yilù sumfènw Ùpot...qetai*

I.4.6.7: *at eam, quae sine traditione
nuda conventione tenetur*

e

P.T.3.25.1: *ønamf...bolon g'ir
™stin, Óti œerrwtai tÕ p£kton*

I.3.25.1: *nec enim umquam dubium
fuit, quin valeat conventio.*

PT.3.25.2 : *Per^ de ™ke...nou toà
p£ktou zhte'tai*

I.3.25.2: *de illa sane conventione
quesitum est...*

La traduzione *conventio/suna...nesij* è invece presente nel solo

PT.3.18.3: *Conventionáliai dš e,,sin
a†tinej ™k koinÁj sunainšsewj
~katšrou mšrouj g...nontai*

I.3.18.3: *Conventionales sunt quae
ex conventione utriusque partis
concipiuntur*

Se dunque non nei termini presentati dal Falcone, rimane comunque il fatto che la trasposizione *conventio/suna...nesij* non era del tutto estranea agli schemi espositivi di Teofilo, e dunque non è in linea teorica impossibile supporre una derivazione di Bas.11.1.1 e 5 dall'*index* teofilino. È chiaro però che l'uso talmente isolato non consente di spingersi oltre la semplice congettura. Così come sul piano meramente congetturale non si può neppure scartare l'ipotesi di una relazione con il commentario di Doroteo.

Occorre infatti notare che, sebbene non isolatamente, ma in coppia con *sÚmfwnon*, l'impiego del termine *suna...nesij* per indicare la *conventio* torna a fare la sua comparsa anche nello sch. *Tîn fusikîn* a Bas.11.1.7 attribuito seppur dubitativamente dall'Heimbach a Doroteo:¹⁸⁰

Bas.11.1.7: 'Tîn fusikîn sumfinwn ½ sunainšsewn af men t...ktousin øgwg£j'.

È chiaro che anche in questo caso bisogna adottare un atteggiamento estremamente prudente, non solo per via dell'occasionalità dell'uso, ma anche delle inevitabili incertezze che incombono sulla paternità dello scolio, che, come si è detto, solo in via ipotetica è assegnato dall'Heimbach a Doroteo. Si sa del resto che le attribuzioni di paternità non risultano mai del tutto sicure, né sempre sono sorrette da un adeguato apparato motivazionale. Basti pensare allo sch. 2 (*Pollîn*) a Bas.11.1.1 attribuito dall'Heimbach a Stefano, che invece dal Falcone è stato recentemente attribuito con ottime ragioni proprio a Teofilo.¹⁸¹ E a questo proposito è per certi versi sintomatico osservare che non vi è alcun riferimento allo scolio in questione nella ampia e approfondita indagine condotta recentemente dal Brandsma che pur si occupa specificamente dell'opera di Doroteo.¹⁸²

È inutile dire che se si potesse invece dimostrare una derivazione di questo scolio dall'*index* di Teofilo l'ipotesi di una relazione con Bas.11.1.1, 5 diverrebbe meno astratta.

Purtroppo sul piano testuale mancano indizi che consentano di orientarsi con certezza

¹⁸⁰ G. E. HEIMBACH, *Prolegomena*, cit., p. 224.

¹⁸¹ G. FALCONE, *Genesi e valore della definizione di SUNALLAGMA*, cit., pp. 101 ss.

¹⁸² F. BRANDSMA, *Dorotheus and his Digest translation*, cit.

verso questo tipo di soluzione, e i pochi a disposizione non sono sufficientemente univoci.

In favore di Teofilo potrebbe forse deporre l'insolita locuzione 'Tîn fusikîn sumfînwn ½ sunainšsewn' in cui l'inserimento dell'aggettivo fusikÒj, del tutto inatteso in riferimento al ·htÒn che ovviamente si riferiva alla categoria delle *conventiones iuris gentium* ed estraneo agli stilemi espressivi degli altri antecessori, per lo meno per quello che è dato ricavare dall'esame degli scoli, potrebbe trovare una sua spiegazione se messo in connessione con l'attaccamento di Teofilo, ancora una volta segnalato dal Falcone, all'idea della fÚsij e del correlato tÕ fÚsei d...kaion,¹⁸³ soprattutto al fine di mettere in risalto il rapporto *natura-aequitas*, con uno schema peraltro già adoperato nello sch. Pollîn.

A conclusioni di segno opposto potrebbe condurre un'esame circa le modalità di trasposizione del sintagma '*iuris gentium*' adottate nella Parafrasi, il quale se in positivo ci mette in condizione di registrare una tendenziale propensione alla traslitterazione,¹⁸⁴ in negativo non ci fornisce gli attesi riferimenti alla fÚsij o al 'tÕ fÚsei d...kaion' che, nell'ottica di un avvicinamento tra *ius gentium* e *ius naturale*, avrebbero potuto contribuire a dare ragione del discostamento lessicale operato nello sch. Tîn fusikîn.

Vera questa circostanza, bisogna però anche ammettere, come del resto da tempo è stato sottolineato in dottrina,¹⁸⁵ che una assimilazione tra le due nozioni non era estranea al pensiero di Teofilo, come risulta innanzi tutto da

PT.2.1pr.: tin! gr fusikù dika...J ½toi iurisgentíJ, æj proièn fhs^n, koin! p£ntwn TMst....

in cui, sebbene con un procedimento inverso rispetto a quello messo in atto nello sch. Tîn fusikîn, si può comunque cogliere uno slittamento dalla nozione di *ius naturale* a quella di *ius gentium*, che ancora una volta non può ritenersi condizionato dal tenore del

¹⁸³ G. FALCONE, *Genesis e valore della definizione di SUNALLAGMA*, cit., pp. 105 ss.

¹⁸⁴ Così PT.1.8.1 'iurisgentía TMstin' (=I. 1.8.1), PT.2.1.1 'iurisgéntiós TMsti' (=I. 2.1.1), PT.2.1.4 'iurisgentía TMstin' (=I. 2.1.4), PT.2.1.5 'iurisgentía TMstin' (=I. 2.1.5). Fa eccezione PT.1.3.2 'Doule...a dš TMstin TMqnikoà nom...mou' (=I.1.3.2).

¹⁸⁵ In proposito v. soprattutto l'ancor valido G. LOMBARDI, *Sul concetto di ius gentium*, Roma, 1947, pp. 316 ss.; da ultimo G. FALCONE, *Il metodo di compilazione delle Institutiones di Giustiniano*, in *AUPA*

testo istituzionale

I.2.1pr.: *quaedam enim naturali iure communia sunt omnium.*

Così come una sovrapposizione tra le due categorie torna ad essere visibile anche in PT.1.2.1 ‘½ g|r ṽqnikoÝj t...qhsin, oPj ka^ fusikoÝj katacrhstikij kaloàmen’, in cui non mancano però accenti vagamente critici (katacrhstikij), all’origine peraltro di diverse interpretazioni fra gli studiosi.¹⁸⁶ Non è detto invece che a questi fini ci possa avvalere dell’apporto di

PT.2.1.11 ‘ginÒmeqa despÒtai fusikù nom...mJ (Óper, kaq| efrhtai, iurisgention)

in cui l’accostamento non è da addebitare ad una personale iniziativa del parafraste, ma è piuttosto dettato dal corrispondente

I.2.1.11 ‘*quarundam enim rerum dominium nanciscimur iure naturali, quod, sicut diximus, appellatur ius gentium*’.¹⁸⁷

Al di là di questa propensione, che peraltro non si sa fino a che punto possa essere validamente ritenuta una peculiarità prettamente teofilina e non anche dorotea,¹⁸⁸ e che

45.1 (1998), p. 322.

¹⁸⁶ Sullo spunto critico introdotto dall’uso dell’avverbio ‘katacrhstikij’ v. G. LOMBARDI, *Sul concetto di ius gentium*, cit., pp. 320 ss., il quale, dal canto suo, lo ricollega all’esigenza di Teofilo di sintetizzare lo schema dicotomico gaiano da lui adottato nella Parafrasi con l’impianto istituzionale-giustiniano costruito sulla tricotomia ulpiana; in proposito v. anche G. FALCONE, *Il metodo di compilazione delle Institutiones di Giustiniano*, cit., p. 322; più in generale sulla relazione ‘fusikÒn nÒmimon’/ ‘eqnikÒn nÒmimon’ impostata in PT.1.2.1 e sulla possibilità che questa sia stata ricavata da una ‘variazione’ bizantina rispetto al manuale gaiano v., con discussione di fonti e letteratura, sempre G. LOMBARDI, *Sul concetto di ius gentium*, cit., pp. 323 ss.

¹⁸⁷ Un’accurata analisi del brano istituzionale si trova da ultimo in G. FALCONE, *Il metodo di compilazione delle Institutiones di Giustiniano*, cit., pp. 316 ss., dove sono in particolare affrontati gli aspetti legati alla derivazione testuale dal gaiano Gai. 2 aur. D.41.1.1pr.

¹⁸⁸ In questo senso G. FALCONE, *Il metodo di compilazione delle Institutiones di Giustiniano*, cit., pp. 316 ss., il quale, pur riconoscendo una tendenza teofilina ‘ad esasperare la coincidenza fra *ius naturale* e *ius gentium*’, finisce con l’attribuire a Doroteo i richiami al *ius naturale* presenti in I.2.1.11 (già ricordato), 2.1.37, 2.1.40, assenti invece nella originaria impostazione gaiana ruotante intorno alla categoria del *ius gentium*, secondo quanto appunto risulta rispettivamente da Gai. 2 aur. D.41.1.1pr., 22.1.28 (in cui, in luogo della locuzione ‘*naturali iure*’, è adoperata l’espressione ‘*pleno iure*’), 41.1.9.3. Sulla eventualità che le indicate divergenze testuali siano invece da mettere in relazione all’utilizzo da

in ogni caso presenta pur in una differente prospettiva addentellati sicuramente classici,¹⁸⁹ non vi sono però ulteriori elementi per l'attribuzione dello scolio in esame a Teofilo.

Non si possono ricavare indizi sicuri neppure dall'impiego della locuzione 'gumnŌn sÚmfwnon'.

La locuzione, meno diffusa delle locuzioni noàdon pĕkton¹⁹⁰ (particolarmente adoperata da Sfefano) e yilŌn sÚnmfwnon,¹⁹¹ è formalmente assente nella Parafrasi teofilina, in cui una sola volta ricorre l'espressione yilù sumfènw (PT.4.6.7=I.4.6.7), anche se però è discretamente diffuso l'impiego dell'aggettivo gumnŌj in luogo di *nudus*: così PT.2.1.44 'gÚmnh mŌnon BoÚlhsij ċrke' (=I.2.1.44 '*nuda voluntas sufficit*'), PT.2.14pr. 'gumn¾n ᵀᵀp' aÙtù proprietarian œcomen' (=I.2.14pr. '*in quo nudam proprietatem testator habet*'), PT.2.19.7 'gumní boul»sei' (=I.2.19.7 '*nuda voluntate*').¹⁹²

Per quanto ci è dato constatare, oltre che nel già citato sch. Shme...wsiai di Talaleo a Bas.11.1.71 in cui compare l'insolito abbinamento 'noàdon sÚmfwnon', l'espressione gumnŌn sÚmfwnon torna negli schh. 'ApŌ gumnîn a Bas.11.1.7 e E,, ka^, in cui si alterna alla locuzione yilŌn sÚnmfwnon, entrambi attribuiti dubitativamente a Doroteo.¹⁹³

parte dei compilatori del digesto e delle istituzioni di due differenti edizioni delle *Res cottidianae* v. G. LOMBARDI, *Sul concetto di "ius gentium"*, cit., pp. 120 ss.; di segno opposto ovviamente le considerazioni di G. FALCONE, *Il metodo di compilazione delle Institutiones di Giustiniano*, cit., p. 317, al quale si rimanda per un quadro bibliografico.

¹⁸⁹ Riguardo al modello assimilativo *ius gentium*=*ius naturale* che in più occasioni affiora nel manuale gaiano e sulle sue divergenze sostanziali rispetto allo schema identificativo giustiniano v. l'ancor valida analisi di G. LOMBARDI, *Sul concetto di ius gentium*, cit., pp. 129 ss.; sull'eventualità che la tendenza teofilina a discutere di *ius naturale* anche in contesti in cui le *Institutiones* ragionavano in termini di *ius gentium* si debba spiegare con l'utilizzazione da parte di Teofilo di un kat' pŌdaj gaiano v. favorevole C. FERRINI, *Natura e Diritto nella Parafrasi greca alle Istituzioni*, in *Ren. Lomb.* 18 (1885), pp. 857 ss. (=Opere, I, p. 75); contrario invece G. LOMBARDI, *Sul concetto di ius gentium*, cit., pp. 329 ss., per il quale va piuttosto riconosciuto a Teofilo il merito di avere compiuto un progresso rispetto all'impostazione delle Istituzioni giustiniane, arrivando alla fusione, ancorché non perfetta, 'delle due categorie che nelle Istituzioni erano solamente giustapposte'.

¹⁹⁰ A fronte di un solo impiego della omologa espressione yilŌn sÚnmfwnon ('ċpŌ yilîn sumfènwn t...ktetai ċgwg») la locuzione torna circa una quindicina di volte nello sch. Maqîn a Bas.11.1.7 di Stefano; presente anche nello sch. Tîn „ourisgent...oumn a Bas. 11.1.7 di Cirillo.

¹⁹¹ Oltre il già citato sch. Maqîn, v. sch. Til...wj sumfwne' a Bas.11.1.5; schh. Toutšstin, Z»tei, M¾ dŌxh, 'ApŌ gumnîn, E,, ka^, TŌ de yilŌn a Bas.11.1.7; schh. T¾n paroàsan e YilŌn sÚmfwnon a Bas.11.1.71; sch. Ka^ m¾n Ōte a Bas.11.1.72.

¹⁹² Nessun riferimento all'aggettivo *nudus* invece in PT. 2.4.1 (=I.2.4.1), PT. 2.4.4 (I.2.4.4), PT.2.5pr. (=I.2.5pr.), PT.2.5.1 (I.2.5.1). *Nudus* diventa ¥grafon in PT.2.17.8 (=I.2.19.7); PT.4.11.2 'd...ca Ōrkou yil¾n Ēmolog...an ᵀᵀkt...qetai' (I.4.11.2 '*nudam promissionem vel satisfactionem*')

¹⁹³ G. E. HEIMBACH, *Prolegomena*, cit., p. 224.

La forma ‘gumnÒn p£kton’ è invece impiegata nello sch. TÕ per^ di Teodoro a Bas. 11.1.71: ‘p£kton oÙ noe†tai noàdon ½toi gumnÒn’.

I molti dubbi che rimangono sulla paternità di Bas.11.1.1, 5 non incidono comunque più di tanto sull’assimilazione *conventio/consensus* operata nei suddetti brani. Che nell’ottica bizantina *conventio* e *consensus* esprimessero una medesima concettualizzazione lo si può desumere anche dalla lettura del già richiamato sch. P©sa konbent...wn a B.11.1.5 attribuito, come si è detto, in via dubitativa ancora una volta a Doroteo¹⁹⁴

P©sa konbent...wn, Ó™sti suna...nesij, À di! dhmos...an a,,t...an g...netai, À di! „diwtik½n. rell

[Heimbach: *Omnis conventio, id est c o n s e n s i o , aut propter publicam causam fit, aut propter privatam.*]

in cui la identificazione tra *conventio* e *consensus* (a poco vale, come faceva l’Heimbach, tradurre suna...nesij con *consensio* in luogo di *consensus* per nascondere il problema) trova la sua più compiuta ed inequivoca consacrazione.

Non meno eloquente si rivela lo sch. Kalfij a B.11.1.1, in cui Stefano, dopo aver ribadito, seppur con lievi scostamenti sotto il profilo sintattico-grammaticale, il ruolo centrale attribuito alla *conventio* in Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.1.3 (Mhdem...an™noc¾n konbent...onoj chršuousan) [Heimbach: *Nullam obligationem, quae sine conventione sit*], si dà cura di meglio puntualizzare il significato del principio (toutšstin), aggiungendo la precisazione ‘½tij oÙk œcei t¾n tîn sunallax£ntwn suna...nesin’ [Heimbach: *quae non habeat contrahentium consensum*], la quale, se da un lato ha il merito di chiarire la reale portata del tratto ‘Mhdem...an-chršuousan’, confinandola entro i ristretti margini della sfera contrattuale, fugando così i dubbi derivanti dall’infelice scelta di sopprimere il riferimento al *contractus* invece presente nel testo ulpiano, che almeno in linea di principio avrebbe reso prospettabile un’estensione all’intero settore dei rapporti obbligatori, dall’altro sembra ratificare l’idea dell’equivalenza *conventio* (konbent...wn)/*consensus* (suna...nesij).

¹⁹⁴ G. E. HEIMBACH, *Prolegomena*, cit., p. 224

Sensazione che viene confermata da quanto lo scoliaste si troverà ad affermare in termini assai più espliciti di lì a poco: ‘ $\tau\mu\hat{\iota}$ $\gamma\lambda\rho$ $\tau\eta\lambda\alpha\sigma$ $\sigma\upsilon\nu\alpha\iota\nu\acute{\sigma}\sigma\epsilon\iota$ $\epsilon\gamma\omega\gamma\eta\sigma\iota\nu$, $\mu\eta\delta\bullet$ ν $\nu\epsilon\rho\omicron\nu$ $\hat{\alpha}$ $\kappa\omicron\nu\nu\epsilon\tau\omicron$... \omicron $\tau\upsilon\gamma\kappa\epsilon\nu\omicron\upsilon\sigma\alpha\nu$ ’ [*Mitto enim obligationem ex consensu, quae nihil aliud, quam conventio est*].

Ed è forse anche possibile che in quest’ottica vada inteso il precedente tratto dello stesso sch.

sch. Kalij a Bas. 11.1.1: $\kappa\omicron\nu\nu\epsilon\tau\omicron$... $\omega\iota\tau$ $\tau\mu\hat{\sigma}\tau\iota\nu$, $\epsilon\gamma$ $\epsilon\phi\rho\eta\tau\alpha\iota$, $\rho\epsilon\omicron\nu$, $\hat{\omicron}$ $\rho\epsilon\rho$ $\tau\mu\hat{\rho}$ $\sigma\upsilon\sigma\tau\epsilon\sigma\epsilon\iota$ ϵ $\iota\upsilon\sigma\epsilon\iota$ γ ... $\eta\tau\alpha\iota$ $\tau\mu\hat{\nu}\omicron\kappa\acute{\alpha}\eta$, $\tau\mu\hat{\chi}$ $\iota\iota$ $\rho\rho\epsilon\tau\tau\epsilon\tau\alpha\iota$, ϵ $\lambda\acute{\sigma}\gamma\epsilon\tau\alpha\iota$, ϵ $\gamma\rho\epsilon\phi\epsilon\tau\alpha\iota$, ϵ $\nu\omicron\epsilon\tau\alpha\iota$, $\delta\eta\lambda\omicron\upsilon\mu\epsilon\nu\omicron$ $\epsilon\bullet$ $\eta\iota$ $\sigma\upsilon\nu\epsilon\lambda\lambda\gamma\mu\alpha$. [*Heimbach: Conventio igitur est, ut dictum est, quicquid ad constituendam aut dissolvendam obligationem, et per ea, quae aguntur, vel dicuntur, vel scribuntur, vel intelliguntur, contractum esse ostenditur*].

in cui, in un sostanziale travisamento di Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.1.3, Stefano, oscilla, almeno così pare di capire, visto che lo stato altamente confuso del brano non consente interpretazioni sicure, tra una concezione della *conventio*, quale elemento diretto alla nascita o estinzione dell’obbligazione (qualsiasi elemento?: ‘ $\rho\epsilon\omicron\nu$, $\hat{\omicron}$ $\rho\epsilon\rho$ $\tau\mu\hat{\rho}$ $\sigma\upsilon\sigma\tau\epsilon\sigma\epsilon\iota$ ϵ $\iota\upsilon\sigma\epsilon\iota$ γ ... $\eta\tau\alpha\iota$ $\tau\mu\hat{\nu}\omicron\kappa\acute{\alpha}\eta$ ’), ed un’altra in cui piuttosto funge, e qui è veramente arduo stare dietro al pensiero dell’antecessore, da indice ($\delta\eta\lambda\omicron\upsilon\mu\epsilon\nu\omicron$) della sussistenza di un *contractus* in attività che richiedono un $\rho\rho\epsilon\tau\tau\epsilon\iota\nu$, $\lambda\acute{\sigma}\gamma\epsilon\iota\nu$, $\gamma\rho\epsilon\phi\epsilon\iota\nu$, o infine un $\nu\omicron\epsilon\epsilon\iota\nu$.

È cioè verosimile che se non altro la concettualizzazione legata alla prima parte della definizione sia in parte da imputare all’identificazione compiuta, non solo da Stefano, tra *conventio* e *consensus*, visto che quest’ultima nozione poteva essere validamente ritenuta un elemento perfezionativo della fattispecie, tanto costitutiva ($\tau\mu\hat{\rho}$ $\sigma\upsilon\sigma\tau\epsilon\sigma\epsilon\iota$), quanto estintiva ($\tau\mu\hat{\rho}$ $\iota\upsilon\sigma\epsilon\iota$) del rapporto obbligatorio.

8. Possibili ricadute sull’interpretazione di Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.1.3.

Le conclusioni alle quali si è qui pervenuti potrebbero forse anche consentire di portare nuovi argomenti sulla paternità, e ancor prima genuinità della chiusa esplicativa ‘*nam et stipulatio quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est*’ di Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.1.3, sulla quale sussiste, come si è accennato, grande incertezza, con gli

inevitabili riflessi che lo scioglimento di tale questione potrebbe a sua volta comportare in ordine alla stessa interpretazione del c.d *dictum Pedii*.¹⁹⁵ Com'è noto, gli studiosi sono sostanzialmente divisi tra quanti sulla scia di Betti,¹⁹⁶ vi leggono la semplice enunciazione di un 'fatto di esperienza generale' (fra questi vanno principalmente segnalati il Talamanca¹⁹⁷ e il Sargenti),¹⁹⁸ nel senso che Pedio si sarebbe semplicemente limitato ad osservare, senza alcuna implicazione di ordine giuridico, come non vi siano contratti nei quali, di fatto, a livello 'sociologico' non fosse rinvenibile un accordo tra le parti, e quanti — sono i più — al contrario attribuiscono a Pedio il merito di aver elevato la *conventio* a connotato essenziale dell'intera categoria contrattuale: così, solo per limitarci ad alcuni nomi, il Riccobono,¹⁹⁹ il Cerami,²⁰⁰ il Santoro.²⁰¹

Va detto che se ci limitiamo ad una lettura interna del brano ulpiano, fatta eccezione per la chiusa, e ignorando ulteriori considerazioni di ordine generale, che potrebbero scaturire da altri contesti, entrambe le interpretazioni si rivelano teoricamente possibili.

¹⁹⁵ Su Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.1.3 v. S. PEROZZI, *Scritti*, II, p. 339 nt. 1; I. DE FRANCISCI, *SUNALLAGMA, Storia e dottrina dei cosiddetti. contratti innominati*, I, 1913, p. 483; E. BETTI, *Sul valore*, cit., p. 43; U. BRASIELLO, *In tema di categorie contrattuali*, in *SDHI* 10 (1944), p. 107 nt. 2; *La formazione della teoria generale del contratto nel pensiero della giurisprudenza classica*, in *Studi Bonfante*, I (1930), p. 143; G. LOMBARDI, *Ricerche in tema di 'ius gentium'*, Milano, 1946, p. 21; U. BRASIELLO, *Obligatio re contracta*, in *Studi Bonfante*, II (1930), p. 556; A. HÄGERSTRÖM, *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, II, Uppsala, 194, pp. 38 ss.; F. DE VISSCHER, in *Etudes de droit romain*, Paris, 1931, p. 277 nt. 1; S. E. WUNNER, *Contractus*, cit., p. 49; *Da Pedio ai Bizantini in D.2.14.1.3-4*, in *Studi Volterra*, I, Milano, 1971, p. 56; A. D'ORS, *Replicas Panormitanas III. «Conventiones» y «contractus»*, in *AHDE* 46 (1976), pp. 125 ss.; CORNIOLEY, *De la "sponsio"*, cit., p. 2922; P. CERAMI, *D.2.14.5. (Ulp. 4 ad ed.). Congetture*, cit., pp. 142ss.; M. TALAMANCA, *"Conventio" e "stipulatio"*, cit., pp. 210 ss.; A. MANTELLO, *Le 'classi nominali'*, cit., pp. 253 s.; e più di recente R. KNÜTEL, *La causa nella dottrina dei patti*, in *Causa e contratto*, cit., p. 133; A. DI PIETRO, *El regimen del los contractos*, cit., p. 82 s.

¹⁹⁶ E. BETTI, *Sul valore*, cit., pp. 45 s., il quale, se da un lato affermava che Pedio 'accentua la bilateralità subiettiva del contrahere anziché la bilateralità obiettiva del rapporto contratto' o ancora che 'l'obligatio che il contractus crea, ha per Pedio la sua ragione in generale nell'*incontrarsi* dei due *voleri* delle parti contraenti', dall'altro negava che per il giurista traiano fosse da considerarsi nullo il *contractus* privo di *conventio*: Pedio avrebbe piuttosto enunciato 'un fatto di esperienza generale', e non come Ulpiano 'un canone di interpretazione', 'un criterio di trattamento'. In quest'ottica anche G. LOMBARDI, *Ricerche*, cit., pp. 204s.; la citazione di Ulpiano sarebbe da intendere come un 'geistvolles Aperçu' che 'von der römischen Rechtswissenschaft akzeptiert, aber nicht als Lösungschema empfunden worden ist' per J. C. WOLF, *Error in römischen Vertragsrecht*, Köln-Graz, 1961, p. 59.

¹⁹⁷ M. TALAMANCA, *Ricerche*, cit., pp. 37 s.; ID., *"Conventio" e "stipulatio"*, cit., pp. 211 s.

¹⁹⁸ M. SARGENTI, *Svolgimento dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in *Iura* 39 (1988), p. 53, secondo il quale l'osservazione che 'in ogni contratto è insita una *conventio*, non sembra, dunque, fosse spinta da Pedio sino a fare di questa il connotato essenziale di ogni contratto, l'elemento caratterizzante ed unificante di una categoria concettuale'.

¹⁹⁹ S. RICCOBONO, *La formazione della teoria generale del contratto nel pensiero della giurisprudenza classica*, in *Studi Bonfante*, I (1930), cit., p. 130.

²⁰⁰ P. CERAMI, *D.2.14.5. (Ulp. 4 ad ed.). Congetture*, cit., pp. 190 ss.

²⁰¹ R. SANTORO, *Il contratto*, cit., pp. 187 ss., al quale si rimanda per i necessari ragguagli bibliografici.

L'elasticità della lingua latina consentirebbe infatti di attribuire all'aggettivo 'nullum' non solo funzione predicativa,²⁰² come in definitiva sostengono i fautori del secondo orientamento, ma anche attributiva.

Quest'ultima eventualità, a cui in definitiva si connette la possibilità che 'il Pedio di D.2.14.1.3' abbia inteso limitarsi ad una constatazione 'empirica' priva di qualsiasi risvolto sotto il profilo giuridico, riesce però assai più difficile da ammettere, se poniamo attenzione al seguito della testimonianza ('*nam et stipulatio quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est*'), la quale, col preciso intento di confermare (*nam*) il principio generale, ed in un modo che è inevitabilmente destinato a condizionare anche l'interpretazione dell'inciso '*nullum esse contractum-conventionem*', sembra piuttosto predicare la nullità della *stipulatio* priva di *consensus*.²⁰³

Più che l'eccessiva distanza tra il sostantivo *stipulatio* e l'aggettivo *nulla*, ad rendere improbabile un impiego in funzione attributiva sembra essere la protasi '*nisi habeat consensum*', la quale induce a credere che si stiano qui valutando le conseguenze giuridiche scaturenti dall'assenza di un elemento giudicato essenziale ai fini del perfezionamento della fattispecie obbligatoria.

La circostanza stessa che nel tratto '*nam-est*' si sia presa in considerazione l'eventualità che una *stipulatio* potesse risultare priva di *consensus* (*nisi habet consensum*: se non ha il consenso) dimostra che tale ipotesi è stata prospettata in termini possibilistici; considerazione del tutto priva di senso se poco prima ci si fosse limitati ad una mera constatazione empirica quasi sociologica, anche

²⁰² Sull'utilizzo di *nullus* in funzione predicativa nell'accezione di *nullius momenti, irritus, inanis*, 'nichtig' v. HEUMANN-SECKEL, *Handlexikon*, cit., s. v. "*nullus*", in cui, è bene notare, tra gli esempi di impieghi di *nullus* nel senso indicato viene riferito proprio Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.1.3; FORCELLINI, *Lexikon totius latinitatis*, cit., s. v. "*nullus*", n. 4 il quale osserva 'adjective *nullus* saepe est irritus, nullius momenti, inanis, da nulla, di niuna forza, di niun valore'; una ricca occorrenza si trova anche in VIR, il quale — se pur con l'avvertenza generale '*non raro difficilis est distinctio utrum 'nullus' vim Attributi an Praedicati habeat*' — tra gli usi predicativi dell'aggettivo riporta Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.1.3. Più in generale in tema di invalidità v. ancora basilare S. DI PAOLA, *Ricerche esegetiche in tema di inesistenza e nullità*, Milano, 1965; ID., *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, Milano, 1966; in ordine ad una possibile distinzione da parte dei giuristi romani tra negozi nulli e negozi inesistenti — tesi avanzata per spiegare la produttività dei c.d. 'effetti negativi o secondari' — v. L. MITTEIS, *Römischen Privatrecht*, I, Leipzig, 1908, pp. 249 ss.; seguito da E. BETTI, *Diritto romano*, I, Padova, pp. 331ss.; G. SCHERILLO, *Lezioni di istituzioni di diritto romano*, Milano-Venezia, p. 311; sempre sul punto, per la dottrina civilistica, si segnalano SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*, Napoli, 1950, pp. 345 ss.; CONSO, *Il concetto e le specie di invalidità. Introduzione alla teoria dei vizi degli atti processuali penali*, Milano, 1955, pp. 69 ss.; F. CARNELUTTI, *Inesistenza dell'atto giuridico?*, in *Riv. dir. proc.* 10 (1955), pp. 208 ss.; un rifiuto dell'inesistenza come categoria giuridica si trova espresso in F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Padova, 1987, pp. 888 ss.

²⁰³ Lo spostamento di prospettiva legato al diverso significato qui attribuito all'aggettivo *nullus* non

perché sarebbe venuta apertamente a contraddire proprio l'affermazione dalla quale si era partiti in via di premessa, e cioè che *'nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem'*.²⁰⁴

Del resto, va anche considerato che, se si fosse semplicemente voluto tradurre in esempio (*nam*) l'osservazione generale prima enunciata, sottolineando la natura sostanzialmente convenzionale della *stipulatio*, come paradigma della *obligatio verbis contracta*, si sarebbe piuttosto e più efficacemente affermato, insistendo magari sull'immagine dell'*'habere in se conventionem (consensum)'* precedentemente adoperata, che *'(nam) nulla est stipulatio quae non habeat in se conventionem, etsi verbis fit'*.

È chiaro che, pensando a quanto detto circa la tendenza dei bizantini ad identificare le nozioni di *consensus* e *conventio*, ne potrebbe uscire in qualche modo rafforzata l'opinione della dottrina più risalente che ha sempre considerato la chiusa come un'interpolazione giustiniana o tutt'al più un glossema postclassico.²⁰⁵ E a questo proposito occorre ricordare che contro la genuinità della chiusa si erano pronunciati persino studiosi tradizionalmente lontani dagli eccessi ai quali pur si è abbandonata la critica interpolazionistica. La versione attuale del testo, infatti, non convinceva neppure uno dei più tenaci oppositori dell'ipercriticismo testuale come il Riccobono, il quale, pur non sopprimendola, secondo quanto invece proponevano i sostenitori dell'indirizzo più radicale, ipotizzava la lettura *'nam et stipulatio, quae utroque loquente fit, si non*

era sfuggito a G. LOMBARDI, *Ricerche in tema di 'ius gentium'*, Milano, 1946, p. 213 nt. 1.

²⁰⁴ Per la genuinità dell'espressione *'quae non habeat in se conventionem'*, contro i sospetti di G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, in *ZSS* 66 (1948) pp. 309 ss., dovuti all'impiego del costrutto *'habere in se'* v. R. SANTORO, *Il contratto*, cit., p. 193. Semmai, visto che la locuzione risulta particolarmente adoperata da Ulpiano, al quale appartiene la quasi totalità delle testimonianze in cui trova impiego (in proposito rinviamo a quanto abbiamo avuto modo di osservare in *Ulpiano, Antistia e la fides humana*, in *AUPA* 46 (2000), p. 263 nt 12), almeno astrattamente si profila la possibilità che nel riferire il passaggio pediano, Ulpiano ne abbia alterato la forma espressiva. Se si presta attenzione, poi, a quanta importanza viene attribuita da parte della dottrina (in particolare M. TALAMANCA, *"Conventio" e stipulatio*", cit., p. 211 e nt. 172) alla circostanza che Pedio non ponga una identificazione tra *contractus* e *conventio*, ma si limiti soltanto ad affermare che contenga ('in qualche modo') una *conventio*, si comprenderà quale rilievo potrebbe assumere l'intera questione: da ultimo l'aspetto è sottolineato da G. FALCONE, *Genesi e valore della definizione di SUNALLAGMA*, cit., p. 119.

²⁰⁵ U. BRASIELLO, *Obligatio re contracta*, cit., p. 556; A. HÄGERSTRÖM, *Der römische Obligationsbegriff*, cit., pp. 38 ss.; G. LOMBARDI, *Ricerche*, cit., pp. 211ss., per il quale sarebbero stati i compilatori, dopo aver 'generalizzato la portata della precedente dottrina di Pedio', a ricorrere 'all'esempio limite fornito dalla *stipulatio*'; spurio anche per F. WIEACKER, *Societas*, cit., p. 342; ID., *Irrtum, Dissens oder gegenstandlose Leistungsbestimmung?*, in *Mélangese Meylan*, I, 1963, p. 401 nt. 74; J. C. VAN OVEN, *D.21.4.1.3: Quid dixit, quid sensit Pedius*, in *Iura* 4 (1953), pp. 114 ss.; in senso contrario si pronunciava per la genuinità già P. VOICI, *La dottrina romana del contratto*, cit., p. 136; più di recente, v., con letteratura, R. SANTORO, *Il contratto*, cit., pp. 194 s.

habeat in se conventionem nulla est, in cui non può non colpire la sostituzione di *conventio* in luogo di *consensus*, anche se non ci sono elementi per valutare se questa sia maturata all'interno di una consapevole differenziazione tra le due nozioni o se piuttosto sia stata unicamente suggerita da ragioni di simmetria formale, essendosi prima affermato che *'nullum esse contractum nullam obligationem quam non habeat in se conventionem'*.²⁰⁶

9. Per un uso (improprio) di *conventio* nel senso di *consensus*.

Va peraltro osservato che la tendenza ad un utilizzo promiscuo delle due nozioni si rinviene con particolare frequenza in una nutrito gruppo di brani dalla genuinità fortemente dubbia, in cui, però, l'anomalia investe il termine *conventio*, venendo questo ad assumere caratterizzazioni decisamente psicologiche che, facendo per lo meno affidamento su quanto si è sino ad ora sostenuto, dovrebbero risultare invece peculiari della nozione di *consensus*.

Si tratta di una serie di frammenti, attribuibili a Giuliano e Ulpiano, in cui appare attestato l'uso della dizione *nuda conventio* per esprimere l'elemento psichico, assunto a momento perfezionativo del contratto, ciò che altrove le stesse fonti qualificano come *nudus consensus*, ovvero, stando al più esplicito Paul. 32 *ad ed.* D.19.4.1.2, la *nuda consentientium voluntas*. La si ritrova soprattutto nella formulazione *'nuda conventione contrahere'*, a sua volta riconducibile al medesimo spettro semantico abbracciato dall'omologa espressione *'nudo consensu contrahere'* presente in Paul. 32 *ad ed.* D.19.4.1.2, Ulp. 35 *ad Sab.* D.23.1.4pr., Pomp. 4 *ad Q. Muc.* D.46.3.80, Ulp. 48 *ad Sab.* D.50.17.35 e Gai.3.154, ma in ogni caso meno diffusa della locuzione probabilmente più tecnica di *consensu contrahere*, ricorrente nelle fonti.²⁰⁷

Vengono innanzi tutto in questione

D.13.7.1pr.-1 (Ulp. 40 *ad Sab.*): *Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam*

²⁰⁶ S. RICCOBONO, *La formazione*, cit., p. 143; ID., *Note sulla dottrina dell'errore (a proposito d'una coincidenza tra il testo di Gaio fior. V. 9ss. [III, 154] ed il fr. 57 D.44.7 Pomp. Ad Q. Mucium)*, p. 10 nt. 1

²⁰⁷ Dubbi sulla classicità della locuzione *nudus consensus* (con particolare riferimento a Gai.3.154) in S. SOLAZZI, *Glosse a Gaio. II*, in *Per il XIV centenario delle Pandette e del Codice di Giustiniano*, Pavia, 1933, pp. 444 ss., ora in *Scritti*, VI, Napoli, 1972, pp. 397 ss.

nuda conventione, etsi non traditum est. 1 Si igitur contractum sit pignus nuda conventione, videamus, an, si quis aurum ostenderit quasi pignori daturus et aes dederit, obligaverit aurum pignori: et consequens est ut aurum obligetur, non autem aes, quia in hoc non consenserint.

e

D.41.3.33.4-5 (Iul. 44 dig.): *Qui pignori rem dat, usucapit, quamdiu res apud creditorem est: si creditor eius possessionem alii tradiderit, interpellabitur usucapio: et quantum ad usucapionem attinet, similis est ei qui quid deposuit vel commodavit, quos palam est desinere usucapere, si commodata vel deposita res alii tradita fuerit ab eo, qui commodatum vel depositum accepit. Plane si creditor nuda conventione hypothecam contraxerit, usucapere debitor perseverabit. 5 Si rem tuam, cum bona fide possiderem, pignori tibi dem ignorantem tuam esse, desino usucapere, quia non intellegitur quis suae rei pignus contrahere. At si nuda conventione pignus contractum fuerit, nihilo minus usucapiam, quia hoc quoque modo nullum pignus contractum videtur.*

Si tratta di brani abbastanza noti agli studiosi, soprattutto Iul. 44 dig. D.41.3.33.4-5. A prescindere da ulteriori considerazioni, ciò che stupisce, e che suscita dubbi circa la genuinità dell'uso, è, come appare subito evidente, la singolare omogeneità tematica delle testimonianze, vertendo tutte in materia di *pignus conventum*. Del resto buona parte degli studiosi che si sono occupati del tema in questione hanno da tempo segnalato la fattura bizantina per lo meno di Iul. 44 dig. D.41.3.33.4-5.²⁰⁸

Si potrebbe poi osservare, senza che però da ciò si debbano trarre conclusioni

²⁰⁸ Sopprimeva il tratto '*et quantum-accepit*' M. FEHR, *Beiträge zur Lehre vom römischen Pfandrecht*, cit., p. 57; spurio il § 4 da *et quantum a perseverabit* per F. EBRARD, *Die Digestenfragmente ad formulam hypothecariam und die Hypothecarezeption*, 1917, pp. 58 s. e nt. 42; soluzione condivisa da G. BESELER, in *ZSS* 45 (1925), p. 451, che faceva ricadere i propri sospetti sino a *perseverabit*', espungendo peraltro anche la chiusa '*At si-videtur*' del § 5; parafrasato l'intero § 4 per W. RECHNITZ, *Studien zu Salvius Iulianus*, Weimar, 1925, p. 70; sospetti sulla chiusa del § 4 anche in S. TONDO, "*Pignus*" e "*Precarium*", in *Labeo* 5 (1959), p. 183; espunge la chiusa del § 4 E. BUND, *Untersuchungen aus Methode Julians*, Köln-Graz, 1965, pp. 81 ss., il quale però salva il tratto '*et quantum-accepit*'; nella chiusa del § 4 scorge un glossema meramente esplicativo, stilisticamente condizionato dal tenore del successivo § 5, H. WAGNER, *Voraussetzungen*, cit., p. 18, interpolate le chiuse di entrambi i §§ per LONGO, *Negozi giuridici collegati e negozi su cosa propria*, in *SDHI* 45 (1979), p. 99; per la sostanziale genuinità v. invece P. FREZZA, *Le garanzie reali*, cit., p. 198.

realmente decisive, che la locuzione *nuda conventio* appare impiegata sempre con riferimento al *pignus* anche in I.4.6.7,²⁰⁹ in cui il tratto ‘*sine traditione nuda conventio tenetur*’ pare in qualche modo richiamare quanto meno il ‘*non sola traditione, sed etiam nuda conventio*’ di Ulp. 42 *ad Sab.* D.13.7.1pr.-1, su cui però, messi oramai da parte i sospetti del Perozzi che considerava il frammento integrale invenzione dei compilatori,²¹⁰ si registra in dottrina una posizione sostanzialmente conservativa,²¹¹ anche fra quanti continuano ad avanzare riserve sotto il profilo stilistico-formale.²¹²

Lo stesso impiego di *conventio*, presente nella serie di frammenti appena esaminati, ritorna anche in

D.18.1.2pr.-1 (Ulp. 1 *ad Sab.*): *Inter patrem et filium contrahi emptio non potest, sed de rebus castrensibus potest. 1 Sine pretio nulla venditio est, non autem pretii numeratio, sed conventio perficit sine scriptis habitam emptionem.*

nel cui § 1 Ulpiano, dopo aver ribadito l’essenzialità del prezzo quale elemento strutturale del contratto di compravendita, tiene a precisare, quasi a fugare ogni possibile equivoco, che la compravendita deve considerarsi conclusa al momento stesso della formazione del consenso comunque manifestato, non essendo anche richiesto il

²⁰⁹ I.4.6.7: *Item serviana et quasi serviana, quae etiam hypothecaria vocatur, ex ipsius praetoris iurisdictione substantiam capit. serviana autem experitur quis de rebus coloni, quae pignoris iure pro mercedibus fundi ei tenentur: quasi serviana autem qua creditores pignora hypothecasve persequuntur. Inter pignus autem et hypothecam quantum ad actionem hypothecariam nihil interest: nam de qua re inter creditorem et debitorem convenerit, ut sit pro debito obligata, utraque hac appellatione continetur. sed in aliis differentia est: nam pignoris appellatione eam proprie contineri dicimus, quae simul etiam traditur creditori, maxime si mobilis sit: at eam, quae sine traditione nuda conventio tenetur, proprie hypothecae appellatione contineri dicimus.*

²¹⁰ S. PEROZZI, *Il contratto consensuale*, cit., p. 586: la diagnosi interpolazionistica si basava, da un lato, sulla scarsa probabilità che Ulpiano dedicasse tanta attenzione alle modalità conclusive del pegno trattando del furto (O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, Graz, 1960, col. 1161), dall’altro, sull’assurdità della frase ‘*pignus contrahitur non sola traditione*’, di cui peraltro doveva insospettire l’uso così ravvicinato del termine *pignus* per ‘indicare prima il diritto e poi la cosa data in pegno’; per l’origine bizantina anche I. DE FRANCISCI, *SUNALLAGMA*, II, cit., p. 488.

²¹¹ Sul brano v. C. A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali*, cit., pp. 337 s., il quale pur respingendo l’ipotesi un ricostruzione contrattualistica del pegno, sia reale che consensuale, non prende posizione netta sulla genuinità dei testi; v. G. LA PIRA, *La struttura classica della conventio pignoris*, in *Studi Ratti*, pp. 227 ss.; non apportano correzioni al testo neppure U. ZILLETI, *La dottrina dell’errore nella storia del diritto romano*, Milano, 1961, p. 105; e J. DE CHURRUCA, “*Pignus*”, in *Homenaje Murga Gener*, cit., p. 344 nt. 79. [Ebrard, *Die Digestenfragmente*, cit.,]

²¹² Così H. WAGNER, *Voraussetzungen*, cit., p. 17, il quale, nonostante reputi ‘das Satzgefüge’ schwerfällig e ‘stilistisch unschön’, conclude nel senso che ‘die Verwendung des...Begriffs der nuda conventio ist hier wie im pr. nichts einzuwenden’.

pagamento del prezzo.²¹³

Non occorre sottolineare che la nozione di *conventio* che viene ad emergere dal brano ulpiano sembra discostarsi da quella altrove (principalmente in Ulp. 4 *ad ed.* D.12.4.1.3) delineata dallo stesso giurista. La *conventio* qui è assunta piuttosto ad elemento psichico perfezionativo del contratto: *conventio perficit...habitam emptionem*, con un'espressione che peraltro ricorda molto da vicino altri contesti,²¹⁴ fra i quali soprattutto il discusso Ven. 1 *stipul.* D.45.1.137.1 '*stipulatio ex utriusque consensu perficitur*'.²¹⁵

Senonché deve anche osservarsi che il frammento è ben noto alla critica. Ai sospetti suscitati dall'inciso *sine scriptis* giustamente ritenuto compilatorio,²¹⁶ si aggiungono le perplessità derivanti dal fatto che più in generale l'intero brano è da ritenere malamente rabberciato, come si desume dalla totale estraneità tra la questione agitata nel pr., riguardante la validità della compravendita conclusa tra padre e figlio, e quella affrontata nel § 1, attinente, come si è visto, alle modalità di conclusione del contratto.²¹⁷

Non sembra rientrare invece all'interno del medesimo schema concettuale l'uso della locuzione '*nuda conventio*' che ricorre in

D.13.7.9.3 (Ulp. 28 *ad ed.*) *Omnis pecunia exsoluta esse debet aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur pignericia actio. Satisfactum autem accipimus, quemadmodum voluit creditor, licet non sit solutum: sive aliis pignoribus sibi caveri voluit, ut ab hoc recedat, sive fideiussoribus sive reo dato sive pretio aliquo vel nuda conventione, nascitur pignericia actio. Et generaliter dicendum erit, quotiens recedere voluit creditor a pignore, videri ei satisfactum, si ut ipse voluit sibi cavit, licet in hoc deceptus sit.*

²¹³ Sul brano v. V. ARANGIO RUIZ, *La compravendita*, Napoli, 1952, p. 99 nt. 1.

²¹⁴ Fra questi C.8.27.10.1 '*consensu emptionem perfectam*'; LRB 37.2 *consensus perficit nuptias*; e in termini invertiti C.4.44.5.1 '*consensu mutuo perfectam venditionem resolvi non potest*'.

²¹⁵ In proposito v. *infra* § 10.

²¹⁶ In questo senso V. ARANGIO RUIZ, *La compravendita*, cit., p. 99 nt. 1; da ultimo anche C. CASCIONE, *Consensus*, cit., p. 378.

²¹⁷ Per l'origine bizantina dell'intero § 1 V. ARANGIO RUIZ, *La compravendita*, cit., p. 99 nt. 1; non sembra mettere in dubbio la genuinità del brano invece C. CASCIONE, *Consensus*, cit., p. 378.

Anche questo brano, va detto, non si è sottratto ad una diagnosi interpolazionistica.²¹⁸ Una prima critica al testo era venuta dal Beseler,²¹⁹ il quale sulla base di argomenti puramente formali (per via del ricorrere del verbo *recedere*) espungeva i tratti ‘*ut-recedat*’ e ‘*quotiens-pignore*’, reputando dubbiosa l’espressione ‘*nuda conventione*’. Ipotesi rilanciata con maggiore decisione dal Pringsheim, il quale traeva motivi di sospetto anche dalla costruzione ‘*sive-sive-sive-vel*’,²²⁰ e a distanza di pochi anni dal Brasiello, il quale, in maniera ancora più drastica, proponeva di cancellare da ‘*quemadmodum*’ sino alla fine del §.²²¹ L’interpolazione delle parole *vel nuda conventione* era reputata addirittura certa dal Grosso,²²² dato che la *satisfactio* avrebbe sempre riguardato un comportamento del debitore. D’altra parte, se il riferimento alla *nuda conventio* fosse stato genuino, si sarebbe rilevata del tutto inutile la precedente esemplificazione. La soluzione sposata nel testo — peraltro in netto contrasto con il contenuto di D.20.6.5.2 ‘*si convenerit ut pro hypotheca fideiussor daretur, et datus sit, satisfactum videtur*’ — sarebbe da ascrivere ai compilatori, i quali avrebbero finito per includere nella *satisfactio* anche l’ipotesi della remissione del pegno, istituto che per i giuristi romani (così Marc. *l. sing. ad form. hyp.* D.20.6.5) sarebbe invece rimasto sempre estraneo. Tale soluzione sarebbe stata comunque concepita al di fuori di un intervento sistematico, rimanendo anzi sostanzialmente limitata al solo ambito applicativo dell’*actio pigneraticia*.

Un moderato intervento a sostegno della genuinità del brano è stato invece tentato dal Cruz,²²³ il quale, se da un lato ha confermato i sospetti di Beseler sul tratto ‘*et generaliter-fin*’, rimanendo incerto sul tratto ‘*ut-recedat*’, dall’altro ha preso posizione per la genuinità della locuzione *nuda conventione*, la quale non alluderebbe a un *pactum de non petendo*, come invece sostenuto a suo tempo dal Brasiello²²⁴ e dal de

²¹⁸ Oltre alla letteratura citata *infra* nel testo v. J. ROUSSIER, *Satisfacere*, in *Studi de Francisci*, II, 1956, pp. 148 ss.; A. WACKE, *Ungeteilte Pfandhaftung*, in *Index 3* (1972), pp. 454 ss.; un accenno anche in C. RASCON, *Pignus y custodia en el derecho romano clasico*, Oviedo, 1976, pp. 171 s.

²¹⁹ G. BESELER, *Beiträge*, III, Tübingen, 1913, p. 144.

²²⁰ F. PRINGSHEIM, *Eigentumsübergang beim Kauf*, in *SZ* 50 (1930), pp. 395 s.

²²¹ U. BRASIELLO, *Satisfactio*, in *Studi Senesi* 52 (1938), p. 42.

²²² G. GROSSO, *Remissione del pegno e “satisfactio”*, in *Atti R. Acc. Sci. Tor.* 65 (1930), pp. 111 ss., ora in *Scritti storico-giuridici*, III, pp. 355 ss.

²²³ S. CRUZ, *Da solutio*, Coimbra, 1972, pp. 265 ss.; al di là delle gravi mende formali, per la sostanziale classicità della testimonianza anche P. FREZZA, *Le garanzie reali*, cit., pp. 286 ss.; non prende posizione G. MELILLO, *In solutum dare. Contenuto e dottrine negoziali nell’adempimento inesatto*, Napoli, 1970, p. 154.

²²⁴ U. BRASIELLO, *Satisfactio*, cit., p. 45.

Francisci,²²⁵ ma piuttosto ad un *pactum de non retinendo*, quale rinuncia al semplice possesso interdittale del pegno, peraltro non necessariamente gratuita (*sive pretio aliquo*).

Chiave di lettura condivisa, pur con talune riserve di ordine formale sulla genuinità della locuzione '*sive pretio aliquo vel nuda conventione*', essendo '*die Textform undeutlich und nicht sicher klassisch*', dal Kaser.²²⁶ Ed in effetti non si può fare a meno di rilevare che un impiego dell'espressione '*nuda conventio*' come quello congetturato, per indicare l'idea della pattuizione gratuita, in contrapposizione alla pattuizione fatta dietro corrispettivo (*sive pretio aliquo*),²²⁷ è difficilmente conciliabile con i significati tradizionalmente attribuiti alla locuzione stessa,²²⁸ anche se non si può nascondere che per altro verso risulta fortemente suggestiva, soprattutto se letta nell'ottica di Ulp. 4 *ad ed. D.2.14.7.2* (*Sed si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem...4Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem...Igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem*), potendo in qualche modo convalidare l'ipotesi suggerita intorno alla metà del XIX secolo dal Gans,²²⁹ che individuava nella *causa* aristoniana la controprestazione, piuttosto che, come vuole la dottrina tradizionale la *datio* o il *factum* effettuati in vista di una controprestazione: la *zweckbestimmte Leistung*, secondo quanto ultimamente ribadito dal Knütel.²³⁰ Così

²²⁵ I. DE FRANCISCI, *SUNALLAGMA*, II, p. 149 nt. 2; in qualche modo compromissorio il punto di vista di J. ROUSSIER, *Satisfacere*, cit., p. 149 nt. 2, il quale pensa ad una sorta di *pactum de non petendo* intervenuto in sede interdittale.

²²⁶ M. KASER, *Studien zum römischem Pfandrecht. II. Actio pignoratitia und actio fiduciae*, in *TR* 47 (1979), pp. 201s. nt 41; ora in *Studien zum römischem Pfandrecht*, Napoli, 1982, pp. 65 s. nt. 41.

²²⁷ Prima ancora di Cruz, all'impiego dell'aggettivo '*nudus*' per richiamare l'assenza di un prezzo aveva già pensato J. ROUSSIER, *Satisfacere*, cit., p. 149 nt. 2.

²²⁸ Per un uso (classico) di '*nudus*' per indicare l'accordo informale in antitesi all'accordo formale v. S. PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, ora in *Scritti*, II, cit., p. 339 nt. 1, che imputava, invece, ai bizantini l'impiego dell'aggettivo in contrapposizione all'accordo con una causa'; in proposito, ma con conclusioni differenti, v. R. SANTORO, *Il contratto*, cit., pp. 245 s.

²²⁹ E. GANS, *Il diritto romano delle obbligazioni e specialmente intorno alla teorica dei contratti innominati e del jus poenitendi*, trad. it., Napoli, 1856, p. 213.

²³⁰ R. KNÜTEL, *La causa*, cit., pp. 142 ss. Per l'interpretazione canonica v. S. RICCOBONO, *Istituzioni*, cit., pp. 591 s.; P. VOCI, *La dottrina romana del contratto*, cit., p. 244; A. BIONDI, *Contratto e stipulatio*, cit., p. 92; A. MAGDELAIN, *Le consensualisme*, cit., p. 32; più di recente in linea con la *communis opinio* anche G. MAC CORMACK, *Contractual theory*, cit., p. 139, 151 s.; F. GALLO, *Eredità*, cit., p. 54; ID., *Synallagma*, II, pp. 95 ss.; ID., *Dalla sinallagmaticità*, cit., 67 s.; M. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., pp. 101 nt 256, 367 s.; con ulteriore letteratura, M. SARGENTI, *Svolgimento*, cit., p. 33; A. DI PIETRO, *El regimen de los contractos*, cit., pp. 84 s.; sulla scia di I. DE FRANCISCI, *SUNALLAGMA*, II, cit., pp. 528 ss., ritiene che il sostantivo indicasse l'avvenuta prestazione con l'accordo di riceverne un corrispettivo' A. BURDESE, *I contratti innominati*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje I.L. Murga Gener*, Madrid, 1994, pp. 64 s.; ID., *Contratto e convenzioni atipiche da Labeone a Papiniano*, in *SDHI* 62

come, in un'ottica non poi così differente, occorrerebbe riflettere sulle possibili ricadute di tale lettura sulla interpretazione della *causa* aristoniana proposta dal Santoro in termini di negoziabilità, intesa sostanzialmente quale attribuzione patrimoniale effettuata non a fini di liberalità (*donatio*), ma con l'intento di costituire a proprio vantaggio un vincolo per la controparte.²³¹

Va in ogni caso sottolineato che, a differenza di Ulp. 42 *ad Sab.* D.13.7.1pr.-1, Ulp. 1 *ad Sab.* D.18.1.2pr.-1, e Iul. 44 *dig.* D.41.3.33.4-5, in cui la locuzione *nuda conventio* è chiaramente impiegata per indicare il consenso inteso come elemento soggettivo perfezionativo del contratto, nella fonte da ultimo esaminata è piuttosto adoperata nella differente accezione (oggettiva) di *nuda pactio*, a prescindere poi dal fatto che si trattasse di *pactum de non petendo* o *de non retinendo*, secondo le diverse interpretazioni affacciate al riguardo in dottrina.

Nonostante dunque non manchino del tutto elementi per ritenere sospetta la sostituzione di *consensus* a *conventio* operata nella chiusa di Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.1.3, occorre muoversi con estrema prudenza, nel senso che non si può basare una diagnosi interpolazionistica unicamente su valutazioni di ordine stilistico formale, la quali semmai possono intervenire a corroborare ragioni ben più concrete di ordine

(1996), p. 517; *contra* R. SANTORO, *Il contratto*, cit., pp. 222 ss., il quale individua nella *causa* di Aristone 'la funzione che attribuisce alla convenzione un effetto obbligatorio'; nella stessa ottica, la *causa* rappresenta 'l'equilibrio del negozio, la ragione sostanziale del rapporto' per A. PALMA, *Vicende della "res" e permanenza della "causa"*, in *Sodalitas*, III, Napoli, 1984, pp. 1502 ss.; con una estensione ai negozi liberali il significato di *causa* come 'scopo' è rivendicato anche da A. MANTELLO, *I dubbi di Aristone*, Ancona, 1990, pp. 84 ss. Per una identificazione della *causa* con il *negotium*, come 'Geschäft, an dessen Abschluß die beiden Partner interessiert waren', v. C. A. CANNATA, *Der Vertrag als zivilrechtlicher Obligierungsgrund in der römischen Jurisprudenz der klassischen Zeit*, in *Collatio iuris romani. Etudes H. Ankum*, Amsterdam, 1995, pp. 64 ss.; ID., *Contratto*, cit., pp. 47ss.; uno spunto in questa direzione sembra già rinvenirsi in A. GIFFARD, *La doctrine d'Ariston en matière de contrats innommés*, conferenza tenuta a Parigi il 14 marzo 1947, ora in *Études de droit romain*, Paris, 1972, p. 191; di 'qualificazione giuridica oggettiva, esterna alla *conventio*' discute A. SCHIAVONE, *La scrittura di Ulpiano. Storia e sistema nelle teorie contrattualistiche del quarto libro ad edictum*, in *Atti del seminario sulla Problematica contrattuale in diritto romano*, cit., pp. 141 ss.; all'idea di 'scopo qualificato dalla corrispettività delle prestazioni' pensa A. BURDESE, *Osservazioni in tema di c. d. contratti innominati*, in *Estudios Iglesias*, I, Madrid, 1988, p. 137, che nella stessa ottica più di recente (*Contratto romano*, cit., pp. 337 s.) discute di 'funzione che si riconosca, in quanto socialmente rilevante' meritevole di tutela': non però qualsiasi funzione ma solo quella presente nel *sun£llagma*: ed dunque 'dazione effettuata dietro impegno ad una controprestazione'. In altri termini per *causa* Aristone avrebbe inteso la 'funzione del negozio nella sua interezza', elemento da non confondere in ogni caso con 'l'apporto di uno solo dei contraenti' (*datio*); nello stesso ordine di idee ad una 'prestazione qualificata dallo scopo di una controprestazione' pensa anche A. MANTELLO, *Le 'classi nominali'* cit., p. 258; S. TONDO, *Note ulpianee*, cit., p. 45; più in generale sui vari significati di *causa* si rinvia all'ancor valido studio di V. GEORGESCU, *Essai sur le mot "causa" dans le latin juridique*, in *Revista classica* 6-7 (1934-35), pp. 90 ss., ora in *Études de philologie juridique et de droit romain*, I, Bucarest, 1940, pp. 129 ss.

²³¹ R. SANTORO, *Il contratto*, cit., pp. 222 ss.

sostanziale, senza però sostituirvisi. Anche perché, se è vero che vi sono buone probabilità di ritenere di fattura bizantina Iul. 44 *dig.* D.41.3.33.4-5, Ulp. 1 *ad Sab.* D.18.1.2.1, Ulp. 42 *ad Sab.* D.13.7.1pr.-1, non si può fare a meno di osservare che nello stesso ordine di idee si potrebbe comunque richiamare Iul. 15 *dig.* D.18.5.5.1 ‘*emptio nuda conventione dissolvitur, si re secuta non fuerit*’, in cui Giuliano, seppur in una prospettiva diametralmente opposta rispetto a quella adottata in Ulp. 1 *ad Sab.* D.18.1.2.1 ? in questione v’è lo scioglimento per mutuo consenso *re adhuc integra* —, ricorre al medesimo impiego di *conventio* prima segnalato. Brano per il quale non sembrano sussistere le stesse ragioni di dubbio, essendo certo eccessivo censurare il § 1 sol perché la parte conclusiva del pr. ‘*sed ut evidentius...sed potestate conventionis valet*’ venga tradizionalmente ritenuta un glossema esplicativo.²³²

Se in altre stagioni della scienza romanistica sarebbe stato possibile risolvere queste antinomie, vere o presunte, considerando interpolati tutti i brani attestanti un impiego di *conventio* non in linea con quello sin qui delineato, oggi non si può ragionevolmente escludere la classicità di entrambi gli usi.

È per lo meno verosimile che una contaminazione delle due nozioni avesse cominciato a manifestarsi già nel corso della stessa età classica, addirittura già in età adrianea, come sembrerebbe potersi ricavare, se non dall’esame di Iul. 44 *dig.* D.41.3.33.4-5, quanto meno da Iul. 15 *dig.* D.18.5.5.1, dal quale pare delinearci un uso di *conventio* in una concettualizzazione assai prossima e comunque non facilmente distinguibile da quella di *consensus*, anche se, va precisato, non si assiste mai all’ipotesi inversa di un impiego di *consensus* nel significato ‘oggettivo’ di *conventio* prima individuato.

10. Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.1.3: osservazioni conclusive.

Alla luce di queste considerazioni risulta ancor più evidente che non è immaginabile di poter sciogliere il nodo interpretativo di Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.1.3 pensando di confinare l’indagine alla scrittura interna di un testo,²³³ essendo al contrario più che mai indispensabile affrontare complessivamente il problema del ruolo assunto dal consenso all’interno delle dinamiche contrattuali, senza peraltro trascurare la possibilità assai

²³² Così V. ARANGIO RUIZ, *La compravendita*, cit., pp. 220 s.

concreta che il pensiero contenuto nella chiusa non appartenga a Pedio, come pur è stato ipotizzato in tempi non troppo lontani,²³⁴ ma piuttosto ad Ulpiano, come sembrerebbe suggerire, se non la sostituzione di *conventio* con *consensus*, secondo quanto sostenuto a suo tempo dal Betti,²³⁵ per lo meno il passaggio dalla forma infinitiva impiegata nel tratto immediatamente precedente (*'nullum e s s e contractum'*), a quella finita (*'nam et stipulatio...nulla e s t'*).²³⁶ Possibilità che imporrebbe, cosa che certo travalica ampiamente i propositi della presente ricerca, di estendere l'indagine innanzitutto alle testimonianze ulpiane, ma più in generale al panorama della giurisprudenza di età Severiana, in cui da altre parti parrebbero affiorare spunti volti a operare una valorizzazione dell'elemento consensualistico all'interno della categoria contrattuale, seppur sotto la prospettiva peculiare del contratto stipulatorio. Ci riferiamo in particolare a

D.45.1.137.1 (Venul. 1 *stip.*): *Si hominem stipulatus sim et ego de alio sensero, tu de alio, nihil acti erit: nam stipulatio ex utriusque consensu perficitur'*

la cui chiusa *'nam stipulatio ex utriusque consensu perficitur'* però è con ottime ragioni ritenuta di fattura bizantina,²³⁷ e

²³³ A. SCHIAVONE, *La scrittura*, cit., pp. 125 ss.

²³⁴ Così P. CERAMI, *Congettura*, cit., p. 199; R. SANTORO, *Il contratto*, cit., pp. 196 ss.; 'sicuramente pediano' anche per A. SCHIAVONE, *La scrittura*, cit., p. 136.

²³⁵ E. BETTI, *Appunti di teoria dell'obbligazione in diritto romano*, Roma, 1958, pp. 66 s.

²³⁶ Più di recente G. SACCONI, *Ricerche sulla stipulatio*, Napoli, 1989, p. 4; F. GALLO, *Eredità*, cit., p. 47 nt. 93; ID., *Synallagma*, II, p. 216, per il quale il tratto *'nam-nulla est'* 'se pure rispondente alla veduta pediana, deriva da Ulpiano'; ID., *Contratto e atto*, cit., p. 30: Ulpiano avrebbe semplicemente 'esplicitato le conseguenze' del *dictum Pedii*; A. MANTELLO, *Le classi nominali*, cit., p. 256, il quale ritiene improbabile l'idea di un rimaneggiamento.

²³⁷ L'utilizzo assolutamente improprio del verbo *perficere*, quando è indubbio che per i giuristi classici la *stipulatio* si perfezionava *verbis* e non *consensu*, era segnalato già da F. SCHULZ, *Die Lehre vom erzwungenen Rechtsgeschäft im antiken römischen Recht*, in *ZSS* 43 (1922), pp. 211 s.; seguito da S. RICCOBONO, *La formazione*, cit., p. 159, il quale però reputava l'interpolazione solo formale; così anche W. FLUME, *Irrtum und Rechtsgeschäft im römischen Recht*, in *Festschrift Schulz*, II, Weimar, 1951, pp. 245 ss.; espunge *'nam-perficitur'* U. ZILLETI, *La dottrina*, cit., pp. 31 s.; critiche al testo anche in J. C. WOLF, *Error*, cit., pp. 56 ss.; F. WIEACKER, *Irrtum, Dissens*, cit., pp. 20 s.; più di recente reputa 'senza dubbio inaccettabile' la chiusa *'nam-perficitur'* M. SARGENTI, *Svolgimento*, cit., pp. 52; G. SACCONI, *Ricerche sulla 'stipulatio'*, cit., pp. 5 s.; è incline a ritenere il 'progredire nella strada verso la "consensualizzazione" della *stipulatio*' che sembra emergere dal brano di Venuleio come 'il frutto di un raccorciamento del testo originario', anche M. TALAMANCA, *"Conventio" e "stipulatio"*, cit., pp. 196 ss. Ad orientare in questo senso sarebbe, secondo lo Studioso, da un lato il fatto che la posizione di Venuleio pare costituire uno sviluppo del pensiero paolino, quando invece questo ha operato alcuni decenni prima, dall'altro la circostanza che Venuleio avrebbe assunto un atteggiamento molto più prudente nel resto del

D.45.1.83.1 (Paul. 72 ad ed.): *Si Stichum stipulatus de alio sentiam, tu de alio, nihil actum erit; quod et in iudiciis Aristo existimavit. Sed hic magis est, ut is petitus videatur, de quo actor sensit, nam stipulatio ex utriusque consensu valet, iudicium autem etiam in invitum redditur; et ideo actori potius credendum est, alioquin semper negabit reus se consensisse.*

brano sulla cui genuinità gravano egualmente forti motivi di dubbio, nonostante l'argomentazione '*ex utriusque consensu valet*' non si espone, almeno da un punto di vista strettamente formale, al medesimo tipo di rilievi cui va invece inevitabilmente incontro il brano di Venuleio, dato che Paolo non si spinge ad individuare nel *consensus* l'elemento perfezionativo della fattispecie contrattuale, insinuando così l'idea che anche la *stipulatio* si perfezioni (*perficitur*) nel momento in cui venga raggiunto l'accordo, ma piuttosto sembra elevare il *consensus* ad elemento determinativo del contenuto dell'obbligazione e dunque, in ultima analisi, della validità della stessa *stipulatio*: '*nihil actum erit*'.²³⁸

frammento, 'in contesti senz'altro meno problematici'. In senso contrario il brano era ritenuto sostanzialmente genuino da E. BETTI, *Appunti di teoria dell'obbligazione*, cit., p. 67, il quale, probabilmente sull'esempio di Paul. 72 ad ed. D.45.1.83.1, si limitava a proporre la sostituzione di *perficit* con *valet*; suggerimento colto da A. BIONDI, *Contratto e stipulatio*, cit., pp. 320 s.; P. VOCI, *La dottrina romana del contratto*, cit., pp. 134 ss.; il brano rifletterebbe 'principi affermatasi ad opera della giurisprudenza' anche per F. PASTORI, *Sponsio e stipulatio*, Milano 1958, pp. 197 ss.; ID., *Il negozio verbale*, cit., pp. 234 s.; sulla testimonianza v. anche T. MAYER-MALY, *Bemerkungen zum Aspekt der Konsensstörung in der klassischen Irrtumslehre*, in *Mélanges Meylan*, I, Lausanne, 1963, p. 249; S. E. WUNNER, *Contractus*, cit., pp. 168 ss.; M. DOBBERTIN, *Zur Auslegung der Stipulation im klassischen römischen Recht*, Zürich, 1987, pp. 53 s.; un accenno alla fonte si trova anche in A. WACKE, *Errantia voluntas nulla est. Grenzen der Konkludenz stilischweigender Willenserklärungen*, in *Index* 22 (1994), p. 286.

²³⁸ In proposito v. F. SCHULZ, *Die Lehre*, cit., pp. 212 s., il quale espungeva il tratto '*quod-consensisse*'; restituzione sostanzialmente condivisa da GUARNERI CITATI, *Di un criterio postclassico per la determinazione della res iudicata*, in *BIDR* 33 (1923), p. 218, il quale però salvava l'inciso '*quod-existimavit*'; sulla scia di Guarneri Citati si collocano P. VOCI, *L'errore nel diritto romano*, p. 112; F. PRINGSHEIM, *Animus in Roman Law*, in *LQR* 49 (1933), p. 59 nt. 30 (ora in *Ges. Abhandl.* I, p. 312 nt. 30); U. ZILLETI, *La dottrina*, cit., pp. 32 nt. 65, 55 s.; corrotto anche per J. C. WOLF, *Error*, cit., pp. 49 ss., 56 ss.; T. MAYER-MALY, *Bemerkungen*, cit., p. 249; F. WIEACKER, *Irrtum, Dissens*, cit., pp. 20 s.; ID., *Societas*, cit., p. 95; in senso contrario per la classicità del principio P. VOCI, *La dottrina romana del contratto*, cit., pp. 134 ss.; E. BETTI, *Appunti di teoria dell'obbligazione*, cit., p. 68, il quale piuttosto sopprimeva i tratti '*sed hic-sensit*' e '*iudicium-consensisse*'; genuino anche per F. PASTORI, *Sponsio e stipulatio*, cit., pp. 197 ss.; ID., *Il negozio verbale*, cit., pp. 234 s., 262; A. BIONDI, *Contratto*, cit., p. 319; S. E. WUNNER, *Contractus*, cit., pp. 168 ss.; P. CERAMI, *Congetture*, cit., p. 81 nt. 123; G. SCHERILLO, *Legis actio per iudicis arbitrive postulationem e processo formulare. Due testimonianze del Digesto (D.45.1.83.1; D.19.1.38.1)*, in *Sein und Werden im Recht. Festgabe für U. von Lübtow*, Berlin, 1980, pp. 310 ss.; M. TALAMANCA, "Conventio" e "stipulatio", cit., pp. 196 ss.; M. DOBBERTIN, *Zur Auslegung*, cit., pp. 53 s. Sulla relazione posta tra *stipulatio* e *litis contestatio* v. G. JAHR, *Litis contestatio*, cit., pp.

Così come un'approfondita riflessione meriterebbe sicuramente

I.3.19.23: *Si de alia re stipulator senserit, de alia promissor, perinde nulla contrahitur obligatio, ac si ad interrogatum responsum non esset; veluti si hominem Stichum a te quis stipulatus fuerit, tu de Pamphilo senseris, quem Stichus vocari credideris*

che, in un quadro di sostanziale uniformità sotto il profilo tematico²³⁹ e decisionale,²⁴⁰ si discosta sensibilmente sotto il profilo argomentativo, non legando la motivazione della soluzione ‘*perinde nulla contrahitur obligatio*’ ad istanze di tipo consensualistico, come invece avviene in Paul. 72 ad ed. D.45.1.83.1 e Venul. 1 stip. D.45.1.137 (‘*stipulatio ex utriusque consensu valet-perficitur*’), ma ricorrendo piuttosto all’argomento, tutto interno alla logica formale della *stipulatio*, della finzione ‘*ac si ad interrogatum responsum non esset*, peraltro adoperata anche in Paul. 72 ad ed.

150 ss.; (con letteratura) M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1966, pp. 221 nt. 40, 231 nt. 10, 470 nt. 29; G. SACCONI, *Studi sulla litis contestatio nel processo formulare*, Napoli, 1982, pp. 101 ss.; ID., *Ricerche sulla ‘stipulatio’*, cit., pp. 4 s.; sempre in proposito, ma anche per una valutazione del brano con riferimento all’operatività del principio di ‘conservazione’ in sede di ermeneutica processuale v. G. GANDOLFI, *Studi sull’interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, Milano, 1966, pp. 381 ss.;

²³⁹ Diverso il punto di vista di M. TALAMANCA, “*Conventio*” e “*stipulatio*”, pp. 198 s., secondo il quale nel caso di specie si tratterebbe di *error in nomine* piuttosto che di ambiguità della *conceptio verborum* come nel caso di Paul. 72 ad ed. D.45.1.83.1 e Venul. 1 stip. D.45.1.137: in senso contrario ci pare che l’autorevole Studioso finisca per sopravvalutare il tratto ‘*veluti si- hominem Stichum a te quis stipulatus fuerit, tu de Pamphilo senseris, quem Stichus vocari credideris*’, il quale a nostro avviso rimane un’esemplificazione non esaustiva del più generale raggio d’azione del principio prima enunciato (si consideri a questo proposito l’ampiezza dell’approccio iniziale *Si de alia re stipulator senserit, de alia promissor*), così come d’altra parte la delimitazione di Paul. 72 ad ed. D.45.1.83.1 alla circoscritta ipotesi della pluralità di *Stichi* (appartenenti al *promissor*) si fonda unicamente sul presupposto che il pronome *alius* si riferisca ad un sottointeso *Stichus* (*Si Stichum stipulatus de alio (Sticho) sentiam*), e non invece più in generale *homo*: *Si Stichum stipulatus de alio (homine) sentiam*, rell; in favore della prima interpretazione v. comunque G. BESELER, in ZSS 51 (1931), p. 80, il quale, argomentando da Ulp. 16 ad ed. D.6.1.5.5 ‘*si plures sint eiusdem nominis servi...nec appareat de quo actum est, Pomponius dicit nullam fieri condemnationem*’, avanzava la seguente ricostruzione: ‘*si Stichum stipuler, cum plures sunt Stichi, nihil actum est*’; per l’identità dell’esempio già S. RICCOBONO, *Note sulla dottrina dell’errore*, cit., p. 9; circa la natura dell’errore operante nei brani richiamati in dottrina si è tradizionalmente orientati per l’*error in corpus*: così P. VOCI, *L’errore*, cit., p. 112; S. E. WUNNER, *Contractus*, cit., pp. 167 ss.; *contra* riconducono l’ipotesi alla categoria del dissenso più che dell’errore F. WIEACKER, *Societas*, cit., p. 95; U. ZILLETTI, *La dottrina*, cit., p. 32, ove altra letteratura.

²⁴⁰ Diversamente M. TALAMANCA, “*Conventio*” e “*stipulatio*”, pp. 198 s., per il quale a differenza delle ipotesi precedenti il ricorso alla *conventio* non sarebbe qui indirizzato a dare ‘rilevanza ad una *verborum obligatio* altrimenti nulla, ma per invalidarne — sempre sul piano civilistico — una che potrebbe, senz’altro sortire i suoi effetti’: ma *contra* gli stessi Venul. 1 stip. D.45.1.137.1 (‘*Si hominem stipulatus sim et ego de alio sensero, tu de alio, n i h i l a c t i e r i t*’) e Paul. 72 ad ed. D.45.1.83.1 (‘*Si Stichum stipulatus de alio sentiam, tu de alio, n i h i l a c t u m e r i t*’).

D.45.1.83.2, adottando dunque una presa di posizione che sembra collocarsi in uno stadio se vogliamo meno evoluto nel processo di consensualizzazione della *stipulatio* rispetto a quello che invece traspare dai brani del digesto. Circostanza, questa, che inevitabilmente costringe quanti attribuiscono la paternità di quest'ultimi ai compilatori a spiegare le ragioni per cui gli stessi, un volta superata la soluzione (classica) '*ac si responsum...non esset*' e sostituita ad essa quella (bizantina) '*stipulatio ex utriusque consensu valet (perficitur)*', avrebbero dovuto continuare ad rifarvisi addirittura nel testo delle Istituzioni,²⁴¹ anche se d'altra parte occorre pur dire che intonazioni consensualistiche non sono certo estranee al manuale giustiniano. Oltre che in apertura del titolo *de verborum obligatione* (I.3.15.1) '*sensum et consonatem intellectum ab utraque parte solum desiderat*' (soggetto la '*Leoniana constitutio*'),²⁴² un deciso 'Konsensgedanke' era già affiorato in I.3.19.13, brano che ripropone, anche da un punto di vista formale, lo stesso impianto argomentativo adottato nei testi giurisprudenziali prima esaminati ('*sed cum, ut iam dictum est, ex consensu contrahentium stipulationes valent*'), in un contesto applicativo, peraltro, in cui il richiamo al principio pare, sotto il profilo motivazionale, per lo meno azzardato: la regola viene infatti invocata, senza una seria connessione logico-giuridica, a sostegno della validità della *stipulatio post mortem*.²⁴³

Va comunque detto che ogni ipotesi di ricerca deve tener conto, come è stato argutamente osservato dal Sargenti, del fatto che nel *l. 48 ad Sab* di Ulpiano, ampiamente adoperato dai compilatori per la stesura del titolo 45.1 (*de verborum*

²⁴¹ Su I.3.19.23 v. U. ZILLETI, *La dottrina*, cit., pp. 32 ss.; S. E. WUNNER, *Contractus*, cit., pp. 169 ss.; 'arciclassico' per S. RICCOBONO, *Note sulla dottrina dell'errore*, cit., p. 11; il brano avrebbe un'origine classica anche per F. WIEACKER, *Irrtum, Dissens*, cit., pp. 20 s.; M. TALAMANCA, "Conventio" e "stipulatio", cit., pp. 198 s.; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, 2^a ed., München, 1971, p. 239 nt 33; sempre sul brano v. anche T. MAYER-MALY, *Bemerkungen*, cit., p. 246; VAN WARMELO, *The Institutes of Justinian as Students' Manual*, in *Studies in memory of J.A.C. Thomas*, London, 1983, pp. 117 s.; M. DOBBERTIN, *Zur Auslegung*, cit., pp. 52 s.; G. SACCONI, *Ricerche sulla "stipulatio"*, cit., pp. 18 s.; riserve sulla classicità in J. C. WOLF, *Error*, cit., pp. 64 ss. Per quanti concordano sulla classicità dell'impostazione rimane comunque incerta la paternità: per le *res cottidianae* di Gaio si pronunciava C. FERRINI, *Sulle fonti delle "Istituzioni" di Giustiniano*, in *BIDR* 13 (1901), p. 177; seguito da U. ZILLETI, *La dottrina*, cit., p. 40; dubbioso S. DI MARZO, I "libri rerum cottidianarum sive aureorum", in *BIDR* 51-52 (1948), p. 50 nt. 121, il quale riteneva più probabile una connessione con Paul. *72 ad ed.* D.45.1.83.2: in senso conforme S. RICCOBONO, *La "voluntas" nella prassi giudiziaria guidata dai Pontefici*, in *Festschrift Schulz*, I, p. 307 nt. 2. A. ZOCCO-ROSA; su una possibile relazione con Varr. I.3.19.23, v. S. RICCOBONO, *Amicus Plato sed magis amica veritas*, pp. 362 ss.; ID., *La "voluntas" nella prassi*, cit., pp. 307 ss.

²⁴² In proposito v., con letteratura, G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, Milano, 1996, pp. 403 ss.

²⁴³ Giudica il brano 'sämtliche zweifellos justinianisch' F. WIEACKER, *Irrtum, Dissens*, cit., p. 20; da

obligationibus), pur essendo contenuta ‘un’analisi minuziosa dei requisiti dell’atto, la cui mancanza o difetto impediscono il nascere dell’obbligazione’, non ci sia alcuna indicazione circa la ‘necessità della *conventio*’ ai fini della validità della *stipulatio*.²⁴⁴

ultimo v. G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale*, cit., pp. 416 ss.

²⁴⁴ M. SARGENTI, *Lo svolgimento*, cit., pp. 60 ss.