



Università degli Studi di Cagliari

DOTTORATO DI RICERCA

DIRITTO DEI CONTRATTI

Ciclo XXVIII

TITOLO TESI

ALLE ORIGINI DELLE PROBLEMATICHE SUL FORMALISMO

CONVENZIONALE: UNA NUOVA RIFLESSIONE INTORNO A C. 4. 21.17

Settori scientifico disciplinari di afferenza

IUS 18 – IUS 01

Presentata da: Ignazio De Magistris

Coordinatore Dottorato Prof.ssa Valeria Caredda

Tutor Prof. Francesco Sitzia

Esame finale anno accademico 2015 – 2016
Tesi discussa nella sessione d'esame marzo – aprile 2017

ALLE ORIGINI DELLE PROBLEMATICHE
SUL FORMALISMO CONVENZIONALE:
UNA NUOVA RIFLESSIONE INTORNO A C. 4. 21.17

CAPITOLO PRIMO

CONVENZIONI INTORNO ALLA FORMA DEI NEGOZI GIURIDICI:

UN QUADRO D'INSIEME.

SOMMARIO: 1. I PATTI SULLA FORMA E GLI INTERESSI DELLE PARTI: EMERSIONE NELLA PRASSI. – 2. LE FIGURE CONTIGUE. – 3. LE OPINIONI DOTTRINALI CIRCA LA STRUTTURA DELLE CONVENZIONI SULLA FORMA. – 4. LE OPINIONI DOTTRINALI A PROPOSITO DELLA FUNZIONE, IN GENERE, DEI PATTI SULLA FORMA E DELLE CONSEGUENZE, IN PARTICOLARE, DELL'INOSSERVANZA DELLA FORMA CONVENUTA. – 5. DALLA VARIETÀ DELLE OPINIONI ODIERNE ALLE ORIGINI DEL PROBLEMA.

1. I patti sulla forma e gli interessi delle parti: emersione nella prassi.

Fabio Addis merita senza dubbio una lode per aver riscoperto e tradotto uno studio, quasi dimenticato, sul tema delle forme convenzionali, riproponendo il pensiero di G. Setzer all'attenzione degli studiosi, in particolare italiani, del diritto civile.

La lettura dell'opera, risalente alla seconda metà dell'Ottocento¹, ha suscitato il mio interesse verso l'origine storica del problema che concerne i patti sulla forma dei negozi giuridici, intorno al quale ancora oggi la dottrina dibatte vivamente.

Infatti il Setzer individua l'oggetto della sua ricerca nella controversa questione «*ob bei der allgemeinen Verabredung der Schriftlichen Abfassung eines Vertrages die*

¹ G. SETZER, *Abhandlungen aus dem Civilrecht*, I, *Ueber die Verabredung der Schrift, insbesondere von der l. 17 cod. de fide instrumentorum*, Bremen, 1860.

Schrift Erforderniß der Perfektion sei, oder nur die Bedeutung eines Beweismittels habe»².

Il tentativo di risolvere la questione porta il giurista tedesco, che scrive prima della promulgazione del *Bürgerliches Gesetzbuch*, a cimentarsi con l'esegesi della costituzione 17, posta dai compilatori del *Codex* sotto il titolo 21 del libro 4, alla quale dedica gran parte dell'opera poiché essa concerne i *contractus [...] quos in scriptis fieri placuit*³.

La figura del Setzer «è avvolta nel mistero, al punto, che, fatta eccezione per la lettera iniziale, ignoto è anche il suo nome di battesimo: null'altro è dato sapere se non che egli stesso si qualifica come “Dr. jur.”⁴; eppure la sua forse⁵ unica opera, «rimasta nell'ombra per più di un secolo»⁶ e verosimilmente «di non facile reperibilità già all'epoca in cui vide la luce»⁷, è degna di considerazione sia per il valore intrinseco che per l'argomento trattato, aderentissimo al momento presente nonostante siano trascorsi più di centocinquant'anni dalla pubblicazione e quasi millecinquecento dalla emanazione⁸ della costituzione giustiniana citata nel titolo.

² G. SETZER, *Abhandlungen*, cit., 3.

³ C. 4.21.17 pr. Si precisa che si cita dalla edizione curata da P. KRÜGER, *Codex Iustinianus*, Berolini, 1877, 328, alla base delle moderne traduzioni; G. SETZER, tuttavia, si serviva della versione corrispondente a quella posta a base della Glossa, nella quale si legge *quas in scriptis fieri placuit*, riferendosi il femminile ai genitivi che precedono e indicano i singoli tipi contrattuali (cfr. ID., *Abhandlungen*, cit., 13 s.).

⁴ F. ADDIS, *Contractus in scriptis fieri placuit. Setzer e il formalismo convenzionale*, in G. SETZER, *Sulla pattuizione dello scritto, in particolare della l. 17 cod. de fide instrumentorum (Bremen, 1860)*, traduzione e cura di F. Addis, Napoli, 2005, 7; altrove lo studioso italiano ha persino dubitato che Setzer fosse il vero nome dell'autore e non piuttosto uno pseudonimo usato da un civilista tedesco di una certa levatura; il dubbio ha tratto alimento non solo dal «significato, nella lingua tedesca, del sostantivo che cristallizza l'azione verbale “setzen” ma [dal]la stessa qualità e profondità di uno studio che, seppur citato da tutti i più grandi Pandettisti, non è possibile ricondurre ad una figura di studioso storicamente attestata sotto il profilo accademico, professionale o, più genericamente, biografico», ID., *Il paradosso delle forme convenzionali*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, I, Milano, 2008, 3.

⁵ «A quanto mi consta, è autore di un'unica opera», F. ADDIS, *Contractus*, cit. 7.

⁶ R. FAVALE, *sub voce Forme convenzionali*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sez. civile*, VIII aggiornamento, Torino, 2013, 278, nt. 10.

⁷ Così F. ADDIS, *Contractus*, cit. 7.

⁸ Precisamente la legge 17 posta dai compilatori del *Codex* sotto il titolo 21 *De fide instrumentorum et amissione eorum et antapochis faciendis et de his quae sine scriptura fieri possunt* del libro 4 venne emanata il 1° giugno del 528 d.C..

La pratica, infatti, ora come allora, è inquieta⁹ intorno al tema delle convenzioni che regolano la forma dei negozi giuridici¹⁰, accadendo di continuo che trattando un affare ci si accordi circa una determinata forma pur non imposta dalla legge per la sua conclusione: «l'ordinamento giuridico prevede [...] che le parti possano stabilire che un futuro assetto d'interessi, da conchiudersi fra loro, debba avvenire in una forma determinata»¹¹.

Gli interessi che le parti intendono soddisfare per mezzo di tali convenzioni hanno un comune carattere strumentale rispetto agli interessi sostanziali perseguiti con il negozio oggetto della convenzione, ma possono essere diversi e comporsi in vario modo tra loro.

I paciscenti potrebbero essere mossi dalla preoccupazione di determinare precisamente il contenuto del contratto, di individuare in modo chiaro il momento della conclusione delle trattative e tutelarsi contro il rischio che siano intese come impegnative dichiarazioni precipitose e non sorrette dalla volontà di obbligarsi¹², assegnando alla forma convenuta l'ufficio di segno dell'*animus obligandi*.

Le parti potrebbero, altresì, voler attenuare il pericolo d'incomprensioni dovute alla diversità di lingua adoperandone una determinata come forma del negozio¹³.

⁹ Così già la qualificava F. CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, I, 181.

¹⁰ La dottrina italiana si è occupata direttamente del formalismo convenzionale in tre monografie: A. GENOVESE, *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, Padova, 1949, R. FAVALE, *Forme "extralegali" e autonomia negoziale*, Camerino-Napoli, 1994, e V. VERDICCHIO, *Forme volontarie ed accordo contrattuale*, Napoli, 2002, il quale a tal proposito rileva che «molti degli autori che si sono pronunciati sul tema in esame lo hanno fatto non già nell'ambito di approfondite indagini ad esso dedicate *ex professo*, bensì in modo, per dir così, estemporaneo», 256. Al momento di consegnare per gli adempimenti amministrativi questo scritto, ho appreso della recentissima pubblicazione di una nuova monografia di A. RENDA, *Forme convenzionali. Art. 1352*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato e già diretto da Piero Schlesinger e Francesco Donato Busnelli, Milano, 2016, della quale, purtroppo, non ho potuto tenere conto nella presente ricerca.

¹¹ M. TALAMANCA, *sub voce Forma degli atti*, in *Enciclopedia forense*, III, Milano, 1958, 813 s..

¹² Cfr., per entrambi gli aspetti, G. TEDESCHI, *Forme volontarie nei contratti*, in *Studi in onore di Alfredo Ascoli pubblicati per il XLII anno del suo insegnamento*, Messina, 1931: «Oltre il beneficio che indirettamente, ma principalmente, viene alle parti dalla facile accertabilità del *se* e del *che cosa* si è voluto contrattare, con l'elezione di forma esse si assicurano di non poter incorrere in una obbligazione senza la volontà, la matura volontà, di assumerla», 203.

¹³ «La concezione secondo cui i privati potrebbero imporre solo forme note al legislatore [...] è arbitraria; le parti possono subordinare l'efficacia del patto all'adozione delle forme più strane: adozione della lingua basca; apposizione dell'impronta digitale accanto alla sottoscrizione; controfirma dei testimoni in calce alla scrittura privata», R. SACCO, *La forma*, in SACCO E DE NOVA, *Il contratto*³, I, Torino, 2004, 717; richiama l'attenzione sul concetto di *Sprachrisiko* V. VERDICCHIO, *Forme volontarie*, cit., 201, nt. 72 e 313, nt. 99 con bibliografia. Sull'ampiezza della facoltà delle parti in materia di elezione della forma del contratto cfr. A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002, per il quale i privati potrebbero scegliere «una forma che coincida con varianti delle forme legali; o con forme del tutto nuove allo stato neppure ipotizzabili, ma che gli sviluppi della tecnica potrebbero in futuro mettere a disposizione», 342 s.; cfr. anche R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale. Disposizioni preliminari. Dei requisiti del contratto. Art. 1321-1352*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1970, secondo cui «il patto in questione deve contenere, poi, elementi sufficienti a identificare la forma che si è prescelta; che sarà nella gran maggioranza dei casi [...] una delle forme tipiche previste dalla legge (scrittura privata, atto pubblico), ma potrebbe anche essere una forma diversa, purché ammissibile ed attuabile nel contesto del traffico giuridico», 455.

Ancora, non si può escludere in astratto che, pattuendo una certa forma, s'intenda individuare il modo di assolvere in giudizio l'onere della prova poiché si diffida delle deposizioni dei testimoni e si temono le lungaggini processuali che la loro assunzione comporta.

È stato tuttavia osservato a questo proposito che un interesse puramente processuale appare normale in fonti eteronome, ma innaturale in fonti autonome¹⁴ poiché il privato «quando si decide a stipulare un contratto, pur prevedendo, da uomo esperto, la possibilità di future contestazioni giudiziarie (fortunatamente molto poche rispetto alla grande massa dei contratti conclusi), crede che il contratto avrà buon fine e che la controparte farà onore alla sua firma. Nel momento della conclusione, la eventualità di liti future è remota dall'animo dei paciscenti, mentre molto più prossima è la convinzione che l'esecuzione avverrà senza coazione e spontaneamente. Ma anche la buona volontà va aiutata: ed ecco che il documento, rappresentando durevolmente e in modo preciso i termini della pattuizione, si rivela uno strumento prezioso di sicurezza e tranquillità. Pertanto agli occhi del privato (a differenza di quelli del legislatore), la funzione extraprocessuale della prova assume un rilievo maggiore, poiché, se la prova in giudizio salva il diritto, la prova stessa, prima del processo, salva il privato dalle liti, che, anche quando sono vittoriose, si risolvono sempre in danni di tempo e di denaro»¹⁵.

È dunque più probabile che chi stringe tali patti sia mosso semplicemente dal fine di procurarsi «un mezzo di prova sottratto alle vicende della vita fisica, della capacità mnemonica e intellettuale, della probità morale degli individui; una prova che, sottraendo gli strumenti di dimostrazione di un rapporto all'azione negativa del tempo e di possibili accidenti, assicura nel più alto grado i soggetti»¹⁶ contro il rischio della cattiva memoria, ma anche della slealtà o di innocenti malintesi¹⁷, così dando soddisfazione a un naturale bisogno di certezza giuridica: «precostituirsi una prova vuol dire preparare un mezzo per ottenere, al momento opportuno, la certezza»¹⁸.

Il precipuo intento pratico dei contraenti, inoltre, potrebbe essere quello di predisporre una forma atta a costituire titolo esecutivo (art. 474, co. 2, n. 3 cod. proc.

¹⁴ Così R. SACCO, *La forma*, cit., 719 con riferimento all'effetto della clausola non scritta poiché osserva che «mentre il legislatore può ritenere inadeguata la prova testimoniale, e non avere ragioni per escludere la prova per confessione [...] il privato, per autoimporsi la forma ad probationem, dovrebbe diffidare dei testi deducendi e indicandi dalla controparte, e confidare invece nella possibilità di provare la convenzione mediante la confessione o il giuramento della controparte: il che è non solo improbabile ma logicamente assurdo, perché la parte che teme la prova testimoniale sconta già di non poter confidare nella confessione (cioè: in una spontanea narrazione veridica dei fatti) ad opera della controparte (la quale, se prestata, renderebbe superflui i testi)».

¹⁵ A. GENOVESE, *Le forme volontarie*, cit., 71 s..

¹⁶ A. CANDIAN, *Nozioni istituzionali di diritto privato*, Milano, 1946, 154.

¹⁷ Cfr. R. FAVALE, *Forme "extralegali"*, cit., 69 s, con ampi riferimenti alla bibliografia tedesca.

¹⁸ F. CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, cit., 186, in cui si chiarisce che prova e certezza sono in rapporto di mezzo a fine.

civ.)¹⁹ oppure idonea alla trascrizione (art. 2644 cod. civ.)²⁰ in modo da assicurare ai terzi la conoscibilità del trapasso del diritto, ma potrebbe anche essere quello di assicurare a una delle parti la conoscibilità della dichiarazione dell'altra, idonea a incidere unilateralmente sul rapporto giuridico già sorto tra loro.

Può anche accadere che attraverso il patto della forma s'intenda salvaguardare non soltanto interessi delle parti contraenti, «ma anche di altri di natura superindividuale (*rectius*: collettiva)», ciò che avviene normalmente allorché «il patto con cui si convengono determinate modalità per il futuro contratto è redatto in sede di stipulazione del contratto collettivo nazionale di categoria»²¹.

Garanzia di maggiore ponderazione, segno della volontà di obbligarsi, rimedio contro potenziali malintesi e incomprensioni (anche linguistiche), individuazione certa del tempo e del luogo di conclusione del contratto o del modo per assolvere l'onere di provarlo, fonte di sicurezza per i diritti di colui che si munisce del mezzo convenuto, conoscibilità da parte dei terzi o di una delle stesse parti: gli interessi di cui si è fatta menzione sono soltanto i più ricorrenti nella pratica degli affari, ma mostrano a sufficienza come il bisogno di certezza giuridica che s'intende soddisfare attraverso le convenzioni in esame assuma forme varie.

Per poggiare le astratte considerazioni fin qui svolte su una più solida base occorre volgere lo sguardo all'esperienza.

Il fenomeno dei patti intorno alla forma con cui rivestire un certo affare, infatti, si manifesta in varie guise e in distinti settori dell'economia.

In ambito finanziario a proposito di futuri investimenti spesso le parti stabiliscono che «Gli ordini sono impartiti per iscritto. Gli ordini impartiti telefonicamente o a

¹⁹ Cfr. V. VERDICCHIO, *Forme volontarie*, cit., nt. 99, 314; l'autore, al fine di vagliare la sua tesi sulla natura non negoziale del patto di forma (per cui cfr. *infra* nel testo, § 3, 19 ss.), sofferma in generale l'attenzione alle pp. 312 ss. sulle ipotesi in cui la forma volontaria, oltre che come segno della definitività e vincolatività delle dichiarazioni, sia «voluta proprio per le sue prerogative, per così dire, naturali, ossia per la sua specifica attitudine a soddisfare interessi, che le parti intendono vedere necessariamente realizzati già contestualmente alla nascita del contratto», 312, «costituendo [...] parte integrante ed imprescindibile della complessiva convenienza che si prefiggono di trarre dal futuro contratto», 313 per concludere che «anche in quest'ultimo caso, nel quale la forma è voluta per l'utilità diretta che è in grado di fornire, il patto [...] “funziona” comunque [...] come riserva di volontà», 314 s..

²⁰ Cfr. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*², Camerino-Napoli, 2002 (ristampa della seconda edizione del 1960), 289 s., nt. 28 in cui si critica la tesi del GENOVESE (*Le forme volontarie*, cit., 72) secondo cui lo scopo di protezione e sicurezza possa considerarsi raggiunto solo con una forma probatoria contestuale considerata costitutiva. Sulla tesi del Genovese cfr. *infra* nel testo, § 3, 18 ss..

²¹ R. FAVALE, *Forme “extralegali”*, cit., 212 s..

mezzo telefax saranno validi solo se l'utilizzo di tali forme sia stato espressamente consentito»²².

Nel campo del diritto del lavoro, «di frequente, i contratti collettivi nazionali di diritto comune - "postcorporativi" per la giurisprudenza - prevedono di rivestire in forma scritta i contratti particolari stipulati fra il datore di lavoro ed il lavoratore, ovvero, più semplicemente, l'atto (o la comunicazione) di assunzione al lavoro»²³: «L'assunzione del lavoratore sarà effettuata secondo le leggi in vigore.

Essa dovrà risultare da atto scritto»²⁴.

Altrettanto spesso i contratti collettivi nazionali disciplinano la forma del recesso:

«Le dimissioni devono essere rassegnate in ogni caso per iscritto con lettera raccomandata o altro mezzo idoneo a certificare la data di ricevimento»²⁵.

Clausole analoghe sono contenute nei «contratti bancari-tipo predisposti dall'Associazione Bancaria Italiana (ABI), nonché [nel]le polizze di assicurazione»²⁶ che, soprattutto sotto l'impero del codice del 1865, attirarono l'attenzione della dottrina e occuparono intensamente la giurisprudenza²⁷.

Quanto ai contratti che hanno a oggetto beni di grande importanza sociale, quali, anzitutto, gli immobili, l'impiego della scrittura è un'inveterata consuetudine che risale a parecchi secoli prima della sua ricezione nella legislazione: sebbene concerna primariamente i negozi che mirano al trasferimento, il costume di redigere uno scritto

²² L'esempio è tratto da Cass. civ., sez. I, 02/08/2016, n. 16053. Le forme convenzionali convengono alla materia di cui trattasi poiché la Corte di Cassazione «ha enunciato il principio che la prescrizione dell'art. 23 del t.u.f., secondo cui i contratti relativi alla prestazione di servizi di investimento debbono essere redatti per iscritto a pena di nullità del contratto, deducibile solo dal cliente, attiene al contratto-quadro, che disciplina lo svolgimento successivo del rapporto volto alla prestazione del servizio di negoziazione di strumenti finanziari, e non ai singoli ordini di investimento (o disinvestimento) che vengano poi impartiti dal cliente all'intermediario, la cui validità non è soggetta a requisiti di forma (v. Cass. n. 28432 del 2011 e n. 384 del 2012)», Cass. civ., sez. I, 19/10/2012, n. 18039. Cfr., in proposito, I. DELLA VEDOVA, *Sulla forma degli ordini di borsa*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II, 161 ss.; è pur vero che una disposizione regolamentare prevede che il contratto-quadro «indica le modalità attraverso cui il cliente può impartire ordini e istruzioni» (art. 37, co.2, lett. c), reg. Consob 29/10/2007, n. 16190).

²³ R. FAVALE, *Forme "extralegali"*, cit., 109.

²⁴ Art. 36, co. 1 (di cui si rileva l'inutilità) e 2 del contratto collettivo nazionale di lavoro metalmeccanico industria/artigianato stipulato il 29 luglio 2016.

²⁵ Art. 241, co. 2 del contratto collettivo nazionale di lavoro del commercio per i dipendenti da aziende del terziario, della distribuzione e dei servizi del 30 marzo 2015. Sul punto, cfr. la costante giurisprudenza della Suprema Corte secondo cui «il rapporto di lavoro a tempo indeterminato può essere risolto dal lavoratore stesso con una dichiarazione di volontà, unilaterale e recettizia (dimissioni), per la quale vige il principio della libertà di forma, a meno che le parti non abbiano espressamente previsto nel contratto collettivo od individuale di lavoro una particolare forma convenzionale, quale la forma scritta», Cass. civ., sez. lav., 13/07/2001, n. 9554.

²⁶ R. FAVALE, *Forme "extralegali"*, cit., 297.

²⁷ Cfr. R. FAVALE, *Forme "extralegali"*, cit., 59 ss..

contenente i termini dell'accordo è diffuso fin dai tempi antichi anche quando lo scopo è la concessione in godimento temporaneo²⁸.

A tal proposito la prassi degli affari offre un enorme numero di esempi che, nonostante la scrittura sia imposta ormai per molti contratti da speciali previsioni di legge, continuano ad avere rilevanza rispetto al tema dei patti sulla forma dei negozi giuridici perché molto spesso gli interessati rafforzano d'accordo i requisiti di forma che la legge pone per il contratto. Ciò avviene soprattutto nelle compravendite con riferimento all'atto pubblico (idoneo alla trascrizione), mentre nelle locazioni, come negli altri contratti a esecuzione continuata citati in precedenza, altrettanto spesso le parti convengono una forma determinata non richiesta dalla legge per i negozi destinati a incidere sul rapporto giuridico già sorto²⁹ (pur non potendosi escludere nemmeno in tal caso che il patto abbia a oggetto la redazione fatta per la prima volta del contratto³⁰): «così per es. Tizio, nel locare a Caio un suo fondo a tempo indeterminato, può impegnarlo a non disdire la locazione che per lettera raccomandata con ricevuta di ritorno»³¹ oppure «fra due soggetti si stipula quanto segue: “Caio dichiara di vendere (o vende) a Mevio la sua casa di Venezia per la somma *tot.* Il contratto definitivo dovrà essere stipulato per atto notarile.” Le parti sottoscrivono l'atto»³².

Gli esempi si potrebbero moltiplicare quasi all'infinito, ma quel che interessa porre in evidenza è che la concreta individuazione degli interessi che le parti mirano a soddisfare, anche congiuntamente, per mezzo di siffatte convenzioni dipende dalle circostanze del caso.

2. *Le figure contigue.*

²⁸ Cfr. *infra*, cap. VI, § 3-4, in particolare 180 ss. e 193 ss..

²⁹ Cfr. *infra*, cap. VI, § 3, 180 ss..

³⁰ Tale ipotesi si verifica in modo più limitato rispetto al passato a causa dell'intervento nella materia in questione di specifiche disposizioni di legge che a tutela, anzitutto, dell'interesse fiscale (imponendosi la registrazione del contratto) prevedono la forma scritta della locazione, come ad esempio il co. 4, art. 1, l. 431 del 9 dicembre 1998 secondo cui «a decorrere dalla data di entrata in vigore della presente legge, per la stipula di validi contratti di locazione è richiesta la forma scritta» se l'oggetto è un immobile adibito ad uso abitativo. Si osserva, incidentalmente, che sull'interpretazione di questo comma e sulla natura della sanzione si è di recente pronunciata la Suprema Corte di Cassazione nella sua composizione più autorevole, cfr. Cass., sez. un., 17 settembre 2015 n. 18214.

³¹ E. BETTI, *Teoria generale*, cit., 287.

³² A. GENOVESE, *Le forme volontarie*, cit., 125.

Se è vero che un medesimo interesse economico può spesso essere realizzato in modi giuridici differenti, non può stupire, data la diversità e spesso anche la molteplicità degli interessi perseguiti per mezzo dei patti sulla forma, che l'opera dell'interprete in questo campo frequentemente si riveli ardua e che, anche in astratto, la dottrina dibatta ancora oggi sulla loro natura giuridica, accostandoli a varie figure di carattere generale.

A tal proposito, anzitutto, al fine di tracciare i confini della presente indagine giova distinguere l'ipotesi in esame da altre per certi versi contigue che possono confondersi con ciò che s'intende prendere in considerazione: ci si riferisce (anche se la terminologia è talvolta oscillante) alla ripetizione, alla riproduzione (ammettendo che si distingua dalla prima), alla rinnovazione e alla ricognizione.

Si pensi al seguente caso³³: «con scrittura privata 5 luglio 1975 Tizio e Caio acquistarono da Sempronio un'area edificabile di circa metri quadrati 1400 in Porotto, convenendone lo stralcio dalla particella 152-A foglio 128 dello stesso venditore; si stabilì che l'atto notarile sarebbe stato stipulato appena approvata la variante al piano regolatore generale. Ma, approvata detta variante il 25 ottobre 1977, Sempronio, benché sollecitato, non procedette né al frazionamento dei lotti né alla stipula del rogito».

A causa dell'identità dello scopo pratico che le determina, la clausola nella quale si conviene la stipula dell'atto notarile, a una fugace lettura, si presta a essere confusa con quella citata in precedenza secondo cui «il contratto definitivo dovrà essere stipulato per atto notarile», ma la differenza sostanziale consiste nel fatto che, contrariamente all'ipotesi formulata sopra, nel caso in esame «l'effetto reale della compravendita immobiliare, ossia il trasferimento immediato del diritto di proprietà sulla cosa venduta, venne correttamente riconosciuto, alla stregua dell'art. 1376 c.c., sulla base del solo consenso manifestato dalle parti con la scrittura privata 5 luglio 1975, non valendo ad escludere tale effetto e a trasformare perciò il contratto con effetti reali in contratto con effetti obbligatori, il convenuto rinvio della stipula dell'atto pubblico ad approvazione avvenuta della variante al piano regolatore generale»³⁴.

Tanto in questo caso come nell'ipotesi in cui si ripeta per scrittura privata un contratto concluso a voce quale, ad esempio, una compravendita di un bene mobile registrato o una locazione infranovennale (per cui lo scritto non sia imposto dalla legge³⁵), l'interesse a trasfondere l'atto in una scrittura privata può essere il medesimo che muove chi stringe un patto sulla forma, ossia dare precisione e certezza al contenuto del contratto o consentirne la registrazione (con la conseguenza di renderne la data opponibile ai terzi) oppure la trascrizione, al punto che talvolta la formulazione infelice della clausola rende difficile chiarire l'intenzione delle parti.

³³ Tratto da Cass. civ., sez. II, 16/05/1991, n. 5480; a parte la sostituzione dei nomi la citazione è letterale.

³⁴ Cass. civ., sez. II, 16/05/1991, n. 5480.

³⁵ Cfr. *supra*, 8, nt. 30.

In astratto, tuttavia, il fatto esposto e vicende analoghe esulano dalla materia del formalismo convenzionale presupponendo la conclusione di un precedente contratto.

Supponiamo, invece, che «Tizio e Caio, persone per bene, volendo concludere una vendita immobiliare, redigano una scrittura in unico esemplare. La scrittura - non c'è dubbio in proposito - trasferisce la proprietà. Supponiamo ora che i contraenti per sottolineare la buona riuscita della negoziazione, si rechino al bar, dove abbandoneranno la scrittura, infilata tra le pagine del quotidiano già letto, sulla terza sedia del tavolino. La scrittura va perduta, per colpa di entrambi. Sul momento i contraenti non la cercano, e ognuno pensa che l'abbia conservata l'altro. Due giorni dopo, appreso che il gestore del bar ha distrutto, con l'altra cartaccia ritrovata nel locale, la preziosa scrittura, Tizio e Caio, persone per bene, redigono un secondo documento identico al primo»³⁶.

Taluni distinguono quest'ipotesi dalla precedente, parlando nell'un caso di ripetizione e di riproduzione nell'altro in cui «le parti riproducono integralmente il testo di un contratto già concluso al fine di sostituire il documento andato smarrito ovvero al fine di disporre di altre copie originali da poter utilizzare, ad esempio, per la registrazione del contratto o per depositarlo presso una banca qualora si intenda richiedere un mutuo collegato all'operazione contrattuale»³⁷.

A ogni modo, a prescindere dalla distinzione dalla ripetizione, neppure la redazione riproduttiva di un contratto già concluso è oggetto della presente indagine poiché anch'essa suppone che il titolo sia già in essere riferendosi a una pluralità di documenti rappresentativi, contrariamente al patto di costituire fin dal principio il titolo in una data forma.

Per motivi simili si tralascerà la rinnovazione, «esplicazione susseguente dell'autonomia delle parti, concorrente con quella prima spiegata sul medesimo oggetto

³⁶ R. SACCO, *La preparazione del contratto*, in SACCO E DE NOVA, *Il contratto*³, II, Torino, 2004, 359 s..

³⁷ F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*¹⁷, Napoli, 2015, 935, per il quale appunto «la ripetizione si distingue dalla riproduzione»; anche secondo C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*², Milano, 2000, 293 «la ripetizione del contratto deve anzitutto essere tenuta distinta rispetto al contratto definitivo, mediante il quale le parti non rinnovano il consenso già manifestato bensì pongono in essere il rapporto contrattuale finale in adempimento del contratto preliminare» e poi anche deve distinguersi «rispetto all'atto di ricognizione in senso proprio, col quale le parti attestano l'avvenuta stipulazione del contratto, e rispetto alla rinnovazione del documento, quale operazione materiale di ricostituzione del documento contrattuale» (che parrebbe identificarsi, nel pensiero dell'insigne studioso catanese, nel concetto da altri espresso col termine "riproduzione") poiché mentre «la ricognizione e la rinnovazione del documento hanno efficacia meramente probatoria in relazione al contratto quale fatto già storicamente avvenuto (2720 cc)», invece, «con la ripetizione le parti stipulano nuovamente il contratto anche se col medesimo oggetto». Si osserva per un verso che la distinguibilità non è pacifica e, comunque, la terminologia è oscillante [cfr., ad esempio, R. SACCO, *La preparazione*, cit. «questo comportamento viene chiamato ripetizione, o riproduzione, del negozio», 361, o V. ROPPO, *Il contratto*², Milano, 2011, per il quale «riproduzione (o ripetizione) del contratto è il fenomeno per cui, concluso un contratto, le parti successivamente lo rifanno in forma diversa», 239] e, per altro verso, che, a prescindere dalla distinguibilità dalla ripetizione, l'inquadramento dogmatico della (ripetizione o) riproduzione è materia di discussione in sede dottrinale: secondo F. CARNELUTTI trattasi di «un negozio solo *con due forme*; e qui perfettamente identiche, documentali, l'una e l'altra, da servire o l'una o l'altra, oppure l'una quando non serva l'altra» *Documento e negozio giuridico*, cit., 196; secondo G. GORLA, *La riproduzione del negozio giuridico*, Padova, 1933 (che critica l'opinione del CARNELUTTI alle pagine 37 ss.), è una dichiarazione che mira a sostituire un atto di volontà con un altro come fonte del rapporto; v'è poi chi parla di un negozio unico rispetto al quale si moltiplica la documentazione.

[...], destinata però ad assorbirne il contenuto precettivo e a sostituirla per l'avvenire. [...] L'interesse alla rinnovazione può nascere da una invalidità del precedente negozio non eliminabile con semplice conferma [...], o da una sua inefficacia non riparabile in altro modo. Si pensi a un negozio affetto da nullità relativa [...], o a un negozio al quale sia opponibile una circostanza impeditiva o modificativa, che reagisce su di esso in quanto sia compiuto in una data situazione o in un dato momento di tempo»³⁸. Chi rinnova un precedente negozio, dunque, non intende meramente ripeterne o riprodurne la dichiarazione, ma intende porre un vero e proprio regolamento d'interessi, confermando il precedente o innovandolo, a ogni modo volendo effetti negoziali: «È pacifico infatti, stante l'autonomia riconosciuta alle parti dal nostro ordinamento, che nulla si oppone perché una volta stipulato, come si è verificato nella specie, un contratto “nullo” per mancanza nell'oggetto di uno dei requisiti stabiliti dall'art. 1346 c.c. - o per qualsiasi altra causa - le parti, consapevoli della nullità, diano vita, *expressis* o con un comportamento concludente, ad un nuovo contratto, perfettamente valido, che si sostituisca al precedente e che produca quegli effetti che il precedente non era in grado di produrre (cfr., Cass., 9 agosto 1990, n. 8106, nonché Cass., 13 novembre 1986, n. 6673; Cass., 19 novembre 1983, n. 6896 e Cass., 28 maggio 1979, n. 3088). [...] Le parti con il loro comportamento successivo alla stipulazione del contratto “hanno dato luogo ad un nuovo contratto, sempre di locazione e sempre allo stesso corrispettivo (rivalutabile)”»³⁹.

Anche la rinnovazione dunque, come la ripetizione o riproduzione, presuppone l'avvenuta conclusione di un contratto e si discosta, quindi, dal fine della presente ricerca secondo quanto si chiarirà a breve.

Per un'analogia ragione non sarà presa in considerazione neppure la ricognizione, che svolge una funzione meramente probatoria dell'esistenza e del contenuto di un (precedente) contratto.

3. *Le vedute dottrinali circa la struttura delle convenzioni sulla forma.*

Così tracciati i confini del campo d'indagine, dovrebbe essere chiaro che l'oggetto della presente ricerca si pone al di qua del perfezionamento del contratto o, al più, in un momento concomitante, ma non successivo, poiché «*die L 17 C IV 21 hat nichts mit ihr*

³⁸ E. BETTI, *Teoria generale*, cit., 248.

³⁹ Cass. civ., sez. III, 26/05/1999, n. 5103.

zu thun, sondern nur mit der Erstvollziehung des schriftlichen Vertrags und ihrer Abscheidung von den vorhergehenden Traktaten»⁴⁰.

Tuttavia, anche ristretta in tal modo la questione, non può certo dirsi che sull'argomento ci sia unanimità di vedute: i problemi posti dall'intenzione delle parti di redigere un futuro negozio in una certa forma che non sia imposta dall'ordinamento sono tanto di ordine strutturale quanto di ordine funzionale e si tengono avvinti tra loro.

Non a caso la dottrina dibatte ancora oggi sulla natura giuridica dei patti sulla forma, accostandoli a varie figure di carattere generale.

Alcuni hanno configurato il patto come un elemento accidentale del negozio cui si riferisce, ma si dividono rispetto alla determinazione specifica.

V'è, infatti, chi ha concepito la forma volontaria come onere, applicando a essa il medesimo schema logico della forma legale: «l'articolo in questione [1352 cod. civ.⁴¹] - stabilendo una presunzione *iuris tantum* - rimanda a quella che è stata la *volontà effettiva* delle parti; onde, ricorrendo all'interpretazione di essa volontà, sarà possibile stabilire se le parti abbiano voluto l'osservanza della forma a scopo costitutivo, ovvero a scopo limitativo della prova.

In tal modo, la legge rispetta il principio della libertà contrattuale e inoltre non conferisce all'elemento "forma" una funzione diversa da quella di onere: soltanto che, in questo caso, è onere imposto a se stesse dalle parti, anzi che dalla legge (come di regola accade)»⁴².

Si è obiettato, tuttavia, che «la tesi che vi ravvisa l'imposizione di un onere è sostenibile, ovviamente, soltanto in relazione ad un patto che determini la forma di un successivo atto unilaterale, che una delle parti è abilitata a compiere»⁴³; si è, infatti, osservato che la concezione in esame poggia sull'analogia tra forma legale e forma volontaria la quale è fondata soltanto se sussistono certi presupposti: «affinché la relazione di identità sussista, occorre però la presenza di un elemento, e cioè che la forma volontaria, al pari di quella legale, si presenti all'onerato come voluta da una volontà diversa ed esterna, come imposta da un eterocomando. La presenza di queste condizioni si verifica quando la forma volontaria è pattuita da entrambi i contraenti e viene prevista per il futuro negozio unilaterale, col quale l'agente modifica o estingue il rapporto giuridico, costituito per contratto: ad es. le parti stipulano un contratto di

⁴⁰ H. DEGENKOLB, *Die Vertragsvollziehung als Vertragsreproduktion*, 1887, in *Archiv für die civilistische praxis*, 71, 218 in cui la proposizione «*die L 17 C IV 21 hat nichts mit ihr zu thun*» è riferita espressamente alla redazione riproduttiva di un contratto; aderisce all'opinione citata G. SEGRÈ, *Sulla posteriore documentazione di un contratto*, in *Riv. di dir. comm.*, 1920, II, nt. a), 199.

⁴¹ «Se le parti hanno convenuto per iscritto di adottare una determinata forma per la futura conclusione di un contratto, si presume che la forma sia stata voluta per la validità di questo».

⁴² F. MESSINEO, *Dottrina generale del contratto*², Milano, 1948, 106.

⁴³ G. MIRABELLI, *Dei contratti in generale*³, in *Commentario del Codice civile*, IV, 2, Torino, 1980, 219.

locazione, nel quale è stabilito che la disdetta dovrà venir per mezzo di comunicazione scritta, altrimenti il termine sarà prorogato per un certo tempo. Nell'esempio ora fatto la scrittura è imposta dalla volontà comune, che si presenta come giuridicamente esterna e diversa da quella del contraente disdettante.

Ma non è possibile dire altrettanto quando il negozio futuro è posto in essere dagli stessi contraenti che debbono fondere le loro volontà in un'unica volontà negoziale, cioè, nell'esempio più semplice, quando la modifica o l'estinzione del rapporto dev'essere fatta anch'essa per contratto»⁴⁴.

V'è poi chi ha affermato che «per un corretto inquadramento della forma stabilita negozialmente occorre muovere da un rilievo di fondo, e cioè che essa costituisce un requisito volontario, cioè un requisito che le parti stabiliscono per il loro contratto. Ora, la rilevanza in ordine al contratto che le parti possono attribuire a determinati requisiti è la rilevanza propria della condizione»⁴⁵.

Per giunta, quanti concepiscono il patto sulla forma come una condizione non costituiscono neppure un fronte unitario.

Alcuni si interrogano intorno al modo di operare sul contenuto precettivo del negozio: «quando è indubitato che le parti hanno voluto far dipendere la vendita dalla formazione di un atto scritto [...] di quale specie è la condizione, sospensiva o risolutiva?»⁴⁶; altri si dividono rispetto all'indole dell'evento preveduto poiché, assumendo tale criterio, taluno l'ha definita condizione meramente potestativa («la quale è nulla»⁴⁷), talaltro condizione potestativa semplice⁴⁸.

A prescindere dalle articolazioni interne alla teoria, si è criticata la qualificazione in genere del patto sulla forma come condizione poiché è difficilmente concepibile un elemento accidentale che sarebbe apposto «non al negozio, ma... al *non negozio*»; «la condizione è, infatti, una *modalità del negozio*, che ne limita l'efficacia, ma, appunto

⁴⁴ A. GENOVESE, *Le forme volontarie*, cit., 109 s..

⁴⁵ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*², cit., 298 s; è d'uopo precisare che l'autore accosta la figura alla condizione descrivendone il meccanismo di efficacia, ma sotto l'aspetto strutturale afferma che «il patto di forma rientra nella categoria dei negozi normativi», *op.ult.cit.*, 296.

⁴⁶ C.B.M. TOULLIER, per cura di J.B. DUVERGIER, *Il dritto civile francese secondo l'ordine del codice, opera nella quale si è procurato di unire la teoria alla pratica* (trad. it.), Palermo, 1856, n. 167, 77.

⁴⁷ C.B.M. TOULLIER, per cura di J.B. DUVERGIER, *Il dritto civile*, cit., dove in senso critico rispetto alla configurazione come condizione sospensiva e potestativa semplice, oltre all'argomento che «la formazione dell'atto non è un avvenimento futuro e incerto; essa dipende dalla volontà delle parti», si afferma, inoltre, «io non posso piegarmi a questa opinione perché la incertezza della proprietà presenta gravi inconvenienti, e perché la frode potrebbe con molta facilità far valere l'effetto retroattivo alla condizione» e si conclude, dunque, per la nullità del patto di forma in quanto configurerebbe una condizione meramente potestativa, n. 167, 77. Cfr. anche L. COVIELLO SR., *sub voce Contratto preliminare*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, III, Milano, 1902, n. 17, 84.

⁴⁸ G. SEGRÈ, *Sulla posteriore documentazione*, cit., 204 e 198 dove, criticando il Coviello, afferma che la condizione «a torto» è qualificata meramente potestativa «perché non si tratta di una condizione rimessa alla mera volontà dell'obbligato»; cfr. anche A. CANDIAN, *Documento e negozio giuridico*, Parma, 1925, 33, a cui pare «fuori di ogni possibile discussione» «che le parti abbiano la facoltà di porre come condizione della esistenza di un contratto - per legge non formale - l'adozione di una determinata forma».

perciò, la suppone; è qualcosa insomma che nasce dal negozio, non da cui nasce il negozio. In altri termini, non si può parlare di condizione posta dalle parti se negozio non v'è. Che, dunque, le parti possano far dipendere la efficacia delle loro dichiarazioni da una data forma non si spiega punto col principio per cui possono limitare, mediante la condizione, l'efficacia del negozio formato»⁴⁹.

Inoltre, si è anche aggiunto che «la condizione è opponibile senza limiti ai terzi, mentre non è affatto detto che alla stessa conclusione possa pervenirsi con riguardo al patto sulla forma, in quanto la dissomiglianza tra le due figure potrebbe giustificare una disciplina diversa»⁵⁰ e, con specifico riferimento alla lettera della disposizione del codice civile italiano, si è pure osservato che tale teoria «supera il tenore dell'art. 1352 c.c., ove si fa riferimento al concetto di *validità* e non di efficacia»⁵¹.

Non manca poi chi riconosce al patto di forma natura di autonomo negozio giuridico.

Più specificamente è opinione diffusa in dottrina che esso appartenga al genere dei negozi di configurazione⁵²; addirittura ne sarebbe «l'esempio più significativo»⁵³.

La tesi poggia sulla circostanza che il patto sulla forma, come la proposta ferma disciplinata dall'art. 1329 cod. civ., «opera su una situazione giuridica strumentale rispetto a quella che deriva dal contratto: foggiaandola in maniera determinata, ne

⁴⁹ F. CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, cit., 218; cfr. anche A. GENOVESE, *Le forme volontarie*, cit., secondo il quale «mentre la condizione sospende l'efficacia di un patto esistente, il patto sulla forma impedisce la perfezione di un contratto ancora inesistente», 104; F. DI GIOVANNI, *Accordi sulla forma e accordi sulla "documentazione" del futuro negozio*, in *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 1988, «la forma convenzionale (e in genere la forma intesa come 'esternazione') non è *altro* rispetto all'atto considerato nel suo paradigma giuridico, e dunque non può essere un requisito (ulteriore) di efficacia in senso stretto. Invero, allorché si prenda in considerazione un certo requisito (volontario) di efficacia, dovrebbe sempre rimanere possibile la demarcazione analitica tra l'atto 'in sé' ed il fatto che ne determina l'efficacia, e dunque tra il momento ed il luogo in cui l'atto viene ad esistere e si presta ad essere riconosciuto all'esterno ed il momento o il luogo in cui esso acquista o perde efficacia: ora, una simile demarcazione non è mai possibile ove si prenda in considerazione quel particolare 'requisito' che è la forma dell'atto (legale o convenzionale che sia), giacché quest'ultima non è distinguibile dall'atto 'in sé', costituendone comunque l'«esternazione»», 107 (e ID., *La forma*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, II, in *Trattato dei contratti*, diretto da Pietro Rescigno ed Enrico Gabrielli, Torino, 2006, 920).

⁵⁰ G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Questioni irrisolte intorno ai patti sulla forma di futuri contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, 251 s., in cui l'autrice prosegue il discorso notando che «la condizione infatti, a differenza del patto sulla forma, risulta dal contratto stesso cui si riferisce e per essa è previsto un regime di pubblicità [...], mentre un eventuale precedente patto sulla forma che incidesse sull'efficacia resterebbe ignoto al terzo», 252.

⁵¹ V. PARENTI, *Sulla riduttiva considerazione della forma convenzionale ex art. 1352 c.c.*, in *Giust. civ.*, 1999, II, 177.

⁵² Cfr., nella manualistica, F. GAZZONI, *Manuale*¹⁷, cit., 878: «si ammette da taluni il potere dei privati di raggiungere un accordo in ordine al modo in cui dovrebbero concludersi tra di loro gli eventuali, futuri contratti, ferma restando la libertà di contrarre. Si parla al riguardo di negozi o accordi configurativi [...]. La legge prevede, del resto, talune ipotesi di configurazione del procedimento, pattizia, come nel caso di forma volontaria (là dove ci si accorda solo sulla forma che dovranno avere i futuri contratti (art. 1352) [...])» e ancora, più specificamente, «il patto [intorno alla forma per la futura conclusione di un contratto] ha carattere configurativo [...]. Si è dunque bensì in presenza di un accordo, ma non di un contratto in senso tecnico, quale definito dall'art. 1321», 934.

⁵³ G. PALERMO, *Il contratto preliminare*, Padova, 1991, 119; analogamente, secondo A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, cit., è «un esempio, forse il più significativo, di negozio configurativo tipico», 345.

appresta, in certo senso, lo stampo»⁵⁴; attraverso il patto in esame dunque le parti determinano «i parametri tecnico-giuridici alla cui stregua il procedimento contrattuale è destinato a svolgersi» in modo da escludere «la riconducibilità del procedimento stesso a parametri diversi»⁵⁵: «il procedimento di formazione del contratto trova di conseguenza le sue regole nel negozio configurativo e non più nelle norme di legge derogate, ciò per soddisfare interessi particolari delle parti»⁵⁶. E proprio nella fissazione delle condizioni di rilevanza formale del futuro accordo consisterebbe l'efficacia dispositiva del patto e, dunque, la sua natura negoziale⁵⁷ poiché i paciscenti esprimerebbero una «irretrattabilità di giudizio, che, per avvenuta consumazione del potere di autonomia nel momento stesso in cui quest'ultimo è esercitato, implica di necessità lo *stare decisis*»⁵⁸.

La teoria del negozio configurativo, tuttavia, è stata ritenuta «una mera variante verbale»⁵⁹ di quella che guarda al patto sulla forma «come l'indice che consente di enucleare il negozio “in sé”, selezionando le dichiarazioni che assumono valore conclusivo all'interno degli svariati contegni delle parti»⁶⁰ di modo che la forma convenzionale sarebbe rilevante «quale modalità di esternazione pattuita, che rende riconoscibile “per convenzione” le dichiarazioni delle parti siccome definitive e conclusive»⁶¹.

⁵⁴ G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, 149, dove l'autore trattando della proposta ferma la accomuna al patto sulla forma riconducendo e l'una e l'altro alla categoria dei negozi di configurazione. Sulla figura del negozio configurativo, cfr. SALVATORE ROMANO, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961, 77 ss. e, più di recente, A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, cit., 237 ss. e L. MEZZANOTTE, *Il negozio configurativo: dall'intuizione alla categoria (Storia di un pensiero)*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, II, Napoli, 2008, 1155 ss..

⁵⁵ G. PALERMO, *Il contratto preliminare*, cit., 116.

⁵⁶ R. FAVALE, *sub voce Forme convenzionali*, cit., 294.

⁵⁷ Secondo G. PALERMO, *Il contratto preliminare*, cit., 115 «sul piano dell'efficacia, la categoria del negozio configurativo non può essere disgiunta da quella che [...] è la fondamentale caratteristica dell'atto negoziale: la sua *naturale dispositività*, e cioè l'attitudine ad incidere sulle contrapposte sfere dei paciscenti, dettando una nuova disciplina degli interessi in gioco, ovvero *foggiando i peculiari parametri di rilevanza formale o di valutazione sostanziale*, alla cui stregua l'operazione è destinata a realizzarsi attraverso corrispondenti comportamenti».

⁵⁸ G. PALERMO, *Il contratto preliminare*, cit., 116.

⁵⁹ V. VERDICCHIO, *Forme volontarie*, cit., 255; d'altronde non c'è unanimità intorno al termine “negozio configurativo”, essendovi anche chi parla di “patto” o “accordo procedimentale”, cfr. A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, cit., 338, nt. 245, 343.

⁶⁰ F. DI GIOVANNI, *Accordi sulla forma*, cit., 107 (e ID., *La forma*, cit., 920).

⁶¹ F. DI GIOVANNI, *Accordi sulla forma*, cit., 111; (e cfr. ID., *La forma*, cit., 923, dove discorre di «ben definita ed univoca funzione del patto sulla forma che la norma [art. 1352 cod. civ.] considera e disciplina: la funzione di attribuire convenzionalmente valore conclusivo (e dunque `validità') alle sole dichiarazioni rese nella forma pattuita»); cfr., in senso sostanzialmente analogo, R. HENLE, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, I, Berlin, 1926, 272 s., per il quale in particolare, il patto sulla forma è «una convenzione sul significato dell'imminente contegno allo scopo di prevenire un dubbio» per mezzo della quale si dà «un *chiarimento* secondo cui le dichiarazioni (future) prive di forma non sono da riguardare come dichiarazioni contrattuali definitive».

Le critiche rivolte alle due tesi sono state dunque accomunate⁶² e consistono, per un verso, nell'affermata impossibilità alla luce di queste teorie di spiegare come il patto sulla forma concluso anteriormente possa rendere irrilevante un contratto successivo: avendo infatti la medesima forza, la volontà prossima espressa nel contratto dovrebbe prevalere sulla volontà remota manifestata nel patto; per altro verso, nella circostanza che, sebbene ciò sia negato dai suoi sostenitori⁶³, di fatto si finisce per affermare che le parti abbiano un potere di disporre della rilevanza giuridica delle fattispecie⁶⁴.

Con riferimento specifico al negozio configurativo si è poi aggiunto che «tale figura sembra - a tacer d'altro - non avere ancora contorni sufficientemente definiti» e che «essa appare del tutto superflua (se non fuorviante) quando la si voglia impiegare per dare conto del meccanismo operativo della clausola di cui al comma 4 dell'art. 1326 c.c. o del patto di cui all'art. 1352 c.c.»⁶⁵.

Altri, dunque, aderisce a una differente opinione affermando che «la convenzione di forma, quale componente preparatoria, si può qualificare negozio regolamentare la cui funzione è quella di disciplinare in via preventiva il “vestmentum” di futuri eventuali atti negoziali conclusi fra le parti medesime»⁶⁶.

Tuttavia, nel pensiero dell'autore, il negozio regolamentare⁶⁷ appartiene «ad un unico *genus*»⁶⁸ insieme con il contratto normativo, pertanto si può dubitare dell'autonomia della tesi del negozio regolamentare rispetto a quella del contratto normativo.

⁶² Cfr. V. VERDICCHIO, *Forme volontarie*, cit., 249 ss., 254 ss. che si rifà in parte alle osservazioni di F. VENOSTA, *La forma dei negozi preparatori e revocatori*, Milano, 1997, 303 s. e A. ORESTANO, *Intese prenegoziali a struttura «normativa» e profili di responsabilità precontrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995, 72 s..

⁶³ Cfr. F. DI GIOVANNI, *Accordi sulla forma*, cit., 100 (e ID., *La forma*, cit., 914) il quale afferma che «se la forma volontaria e le forme alle quali fa riferimento l'art. 1325 n. 4 cod. civ. fossero collocate sul medesimo piano, si finirebbe per ammettere ciò che, alla luce della moderna concezione dell'autonomia negoziale, pare inammissibile: cioè che le parti possano ingerirsi nella conformazione del paradigma alla stregua del quale si opera la valutazione o qualificazione giuridica dell'atto, ed in relazione al quale l'atto acquista rilevanza per il diritto. Una siffatta conformazione spetta, invece, com'è ovvio, all'ordinamento, onde la materia della forma come elemento della fattispecie negoziale è sempre sottratta alla disponibilità delle parti, alle quali non è consentito di modificare il paradigma dell'atto».

⁶⁴ Esplicitamente in tal senso cfr. M. ALLARA, *La teoria generale del contratto*², Torino, 1955, 37 e 281, per il quale il patto sulla forma è un negozio volto «a togliere il valore di fattispecie ad un contratto stipulato con una forma diversa da quella convenuta», seguito da P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987, 147, che lo cita espressamente.

⁶⁵ V. VERDICCHIO, *Forme volontarie*, cit., nt. 83, 299.

⁶⁶ R. FAVALE, *Forme “extralegali”*, cit., 254.

⁶⁷ Sul negozio regolamentare cfr. F. RUSCELLO, *I regolamenti di condominio*, Camerino-Napoli, 1980, 179 ss., secondo il quale la funzione consiste «nella modificazione della disciplina di un rapporto preesistente o nella creazione della disciplina di un rapporto futuro che per la sua particolare natura richiede una preventiva regolamentazione», 195.

⁶⁸ R. FAVALE, *Forme “extralegali”*, cit., 255; cfr., appena prima, la spiegazione della denominazione “negozi regolamentari in senso lato” nella quale «si vogliono far rientrare le figure del contratto normativo, del contratto tipo e dei contratti regolamentari in senso stretto, aventi in comune la funzione di “orientare” le parti nel momento in cui decidono di instaurare un regolamento concreto», nt. 593, 254.

C'è infatti anche chi vede nel patto sulla forma un vero e proprio contratto, pur dividendosi circa la sua specificazione: «di per sé, dato che esso regola una attività futura nel caso che essa avvenga, determinando il *come* di essa, ma lasciando il *se* nell'arbitrio delle parti, può riconoscersi un contratto? Sì, riteniamo, se si ammette la categoria del contratto normativo»⁶⁹.

Quest'ultima specifica tesi accosta le due figure del patto sulla forma e del contratto normativo a causa dell'assenza di effetti obbligatori perché «entrambe non pongono l'obbligo di stipulare un successivo contratto - e con ciò si distinguono dal contratto preliminare -, ma richiedono una ulteriore manifestazione di volontà diretta a porre in essere il contratto sostanziale o i singoli contratti particolari»⁷⁰.

Anche rispetto alla concezione del patto sulla forma come contratto normativo, però, sono state formulate critiche. In particolare, poiché la convenzione in esame, «di regola, riguarda *un solo contratto futuro*», «la ragione più valida che può essere avanzata contro la costruzione del patto sulla forma (art. 1352 cod. civ.) come contratto normativo» riposa nel fatto che «la peculiarità del contratto normativo consiste proprio nella sua possibile utilizzazione per una *serie* di rapporti: lo scopo stesso che le parti perseguono, di stabilire una disciplina diretta ad accelerare e rendere più agevoli le trattative di altri negozi, ha un significato soltanto se riferito ad una pluralità di negozi»⁷¹ giacché l'interesse che di massima s'intende soddisfare per mezzo dei contratti in questione è il risparmio dei costi che sono detti «di transazione» e assumono grande importanza nell'organizzazione economica dell'impresa moderna⁷².

Si è anche osservato che «se il contratto preliminare considera la volontà contrattuale sotto l'aspetto dell'*an sit* e del *quomodo sit*, e il contratto normativo invece sotto il solo aspetto del *quomodo sit* (ed anche parzialmente, perché il contratto normativo non prestabilisce tutte le clausole del contratto successivo, ma solo alcune), il patto di documentazione disciplina la volontà contrattuale sotto l'aspetto ulteriore del *quomodo fiat*, ossia del modo con cui la volontà (e il contratto) si perfeziona»⁷³.

⁶⁹ G. TEDESCHI, *Forme volontarie*, cit. 210; tra gli altri, più di recente, si esprimono in modo analogo V. ROPPO, *Il contratto*², cit., 237, per il quale «il patto sulla forma ha natura di *contratto normativo*, perché regola un futuro contratto»; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*², cit., 296, citato *supra*, nt. 45, 13; O. PROSPERI, *Forme complementari e atto recettizio*, in *Riv. dir. comm.*, 1976, I, 206 secondo cui «trattasi di un patto normativo bilaterale».

⁷⁰ E. PALMERINI, *Art. 1352 – Forme convenzionali*, in *Commentario del codice civile diretto da E. Gabrielli, Dei contratti in generale*, Torino, 2011, 190, ove, peraltro, si afferma che «le discrepanze sembrano tuttavia prevalenti».

⁷¹ G. GUGLIELMETTI, *I contratti normativi*, Padova, 1969, 33 s.; analogamente secondo G. MIRABELLI, *Dei contratti*, cit. «la tesi che vede nel patto sulla forma un contratto normativo (v. comm. art. 1321, n. 5) può essere accolta nelle ipotesi in cui sia prevista una forma per una serie di futuri contratti, che le parti prevedano di stipulare, ma non quando il patto si riferisce ad un solo contratto od atto», 219.

⁷² La riflessione sui «costi di transazione» è stata motivo di attribuzione di due recenti premi Nobel per l'economia: nel 2009 a Oliver Eaton Williamson e nel 1991 a Ronald Harry Coase.

⁷³ A. GENOVESE, *Le forme volontarie*, cit., 113 s..

Principalmente per queste ragioni certuni hanno rifiutato la qualificazione come contratto normativo e hanno, invece, configurato il patto sulla forma come un preliminare, attribuendo a esso «la massima forza vincolativa»⁷⁴.

Il più vigoroso sostenitore⁷⁵ della tesi in esame concentra i suoi sforzi nel tentativo di sciogliere principalmente due obiezioni: l'una «mette in rilievo una presunta contraddizione tra lo scopo della forma essenziale, che, fra l'altro, sarebbe quello di provocare la maturazione del volere negoziale, e l'assunzione immediata di un vincolo definitivo nel suo genere, in forza del quale le parti assumerebbero un'obbligazione su per giù equivalente a quella del vero contratto definitivo»⁷⁶; l'altra «concerne l'asserita necessità di distinguere l'obbligo di prestare il consenso per la conclusione del negozio futuro dall'obbligo di costituire la forma negoziale prestabilita»⁷⁷.

Alla prima risponde, tra l'altro, notando che l'elezione di una forma più grave di quella imposta dalla legge è segno di una consapevolezza delle parti intorno all'importanza dell'atto che si accingono a compiere; alla seconda, invece, affermando l'inscindibilità tra forma e volontà poiché osserva «come la forma, nella concreta realtà dell'atto volitivo, non sia che un aspetto dell'atto stesso: anche la forma è volontà»⁷⁸ e, dunque, «l'enunciazione esatta dell'obbligo sulla forma è la seguente: non, obbligo di costituire la forma negoziale; ma, obbligo di prestare il consenso nella forma negoziale prestabilita»⁷⁹.

Quanto a quest'ultimo punto, tuttavia, è stato rilevato che «allorché il patto in questione è stato inteso, in dottrina, nel senso di comprendere non solo la forma pattuita, ma implicitamente anche l'obbligo ad una ulteriore prestazione del definitivo consenso contrattuale in quella forma, si è argomentato a torto dalla inscindibilità fra contenuto e forma in quanto costitutiva del negozio, senza riflettere che inscindibilità non significa identità»⁸⁰, pertanto la tesi in esame continua a essere criticabile perché «non possiamo immaginare un contratto preliminare che abbia per oggetto la sola forma di un negozio giuridico»⁸¹ e incontra, quindi, pur sempre «un ostacolo insormontabile nella considerazione che in quest'altra ipotesi le parti si vincolano a stipulare il contratto

⁷⁴ Così si esprime R. FAVALE, *Forme "extralegali"*, cit., 240 esponendo la concezione in esame prima di sottoporla a critica.

⁷⁵ A. GENOVESE, *Le forme volontarie*, cit., 116 ss., 127 ss.; sulla configurabilità di un preliminare cfr. anche, tra gli altri, L. COVIELLO SR., *sub voce Contratto preliminare*, cit., 85 e 88; G. SEGRÈ, *Sulla posteriore documentazione*, cit., 201. Per più ampi riferimenti bibliografici cfr. R. FAVALE, *Forme "extralegali"*, cit., 240 s., nt. 564.

⁷⁶ A. GENOVESE, *Le forme volontarie*, cit., 118 s..

⁷⁷ A. GENOVESE, *Le forme volontarie*, cit., 120.

⁷⁸ A. GENOVESE, *Le forme volontarie*, cit., 120.

⁷⁹ A. GENOVESE, *Le forme volontarie*, cit., 121.

⁸⁰ E. BETTI, *Teoria generale*, cit., 289.

⁸¹ L. MOSSA, *La documentazione del contenuto contrattuale*, in *Riv. di dir. comm.*, 1919, I, 432.

definitivo (e non soltanto a rivestirlo di una certa forma)»⁸² e a non essere sostenibile «nel caso che il contratto non sia affatto sufficientemente determinato o che dal contenuto del patto debba escludersi un impegno sostanziale»⁸³.

D'altronde, a tale ultimo proposito, lo stesso autore criticato osserva che «la convenzione sulla forma precisa il suo oggetto, quando il contratto a cui si riferisce è determinato in tutti gli elementi del suo contenuto; se qualche cosa è ancora in sospeso, bisogna dire che l'oggetto a cui si richiama l'obbligo di documentazione è ancora *in fieri*»⁸⁴ ed è proprio con specifico riferimento alla formazione progressiva del consenso che si è di recente⁸⁵ riproposto⁸⁶, in sostanza, di inquadrare il fenomeno del patto sulla forma sotto la figura del punto riservato a un ulteriore accordo, negandone la natura negoziale⁸⁷.

Si è, infatti, notato che l'esigenza di chiarire quali dichiarazioni si debbano intendere come vincolanti può sorgere principalmente, oltre che con riferimento ai negozi idonei a incidere su un rapporto contrattuale già sorto, «laddove tra le parti siano state instaurate o stiano per instaurarsi delle trattative, soprattutto nel caso in cui esse

⁸² R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., 456.

⁸³ G. MIRABELLI, *Dei contratti*, cit., 219; analogamente già, L. MOSSA, *La documentazione*, cit., a tal proposito affermava che «la natura contrattuale può essere riconosciuta all'accordo solo se esso sia parte di un vero e proprio contratto preliminare su contratti ben determinati», 432.

⁸⁴ A. GENOVESE, *Le forme volontarie*, cit., 123. Come nota R. FAVALE, *sub voce Forme convenzionali*, cit., 295, nt. 159, il Genovese distingue fra le diverse ipotesi secondo che il patto sia stretto durante le trattative oppure con autonomi contratti preparatori ovvero all'atto della stipula del contratto principale o ancora per mezzo di clausole di accordi preparatori o, infine, nello stesso negozio definitivo con riferimento ai successivi negozi (tanto unilaterali, come la disdetta o il recesso, quanto bilaterali, come i contratti modificativi) atti a incidere sul rapporto appena formato e circoscrive la qualificazione come contratto preliminare all'ipotesi in cui l'accordo sia completo. A tal proposito, tuttavia si è negato che «la clausola inserita in un contratto preliminare (generalmente di compravendita immobiliare), con la quale le parti si obbligano a concludere in una data forma (generalmente per atto pubblico) il contratto definitivo, rientri nell'ambito dell'estensione concettuale del patto sulla forma (in funzione costitutiva): in quest'ultimo caso, infatti, le parti [...] non si onerano di alcun impegno e, quindi, non assumono alcun obbligo; nel primo, invece, si resta nell'ambito del normale sviluppo della sequenza preliminare-definitivo, con la sola particolarità (se di particolarità può parlarsi) che le parti si obbligano non solo a concludere quest'ultimo, ma, altresì, a farlo in una determinata forma», V. VERDICCHIO, *Forme volontarie*, cit., nt. 81, 297 s..

⁸⁵ V. VERDICCHIO, *Forme volontarie*, cit., 255 ss., in particolare 292 ss..

⁸⁶ Lo stesso autore afferma di «avvalorare l'intuizione, più volte richiamata, della dottrina meno recente» la quale «riteneva che il patto sulla forma impedisse il raggiungimento dell'accordo contrattuale», V. VERDICCHIO, *op. ult. cit.*, 258 e cita espressamente R. HENLE, *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, cit. 272; E. BETTI, *Teoria generale*, cit., 287 e F. CARNELUTTI, *Documento e negozio giuridico*, cit., 219. Cfr. anche P. CAPARRELLI, *Forma volontaria e forma della procura*, nota a Cass. 8 febbraio 1974, n. 363 in *Giur. it.*, 1975, I, secondo il quale «la previsione pattizia di una forma costitutiva [...] pone [...] un problema in ordine alla definitività o meno del consenso manifestato [...] e, poiché i contraenti subordinano il perfezionarsi dell'accordo al rispetto della forma preventivamente stabilita, il contratto privo di tale forma [...] deve considerarsi non concluso perché il consenso manifestato non è considerato dalle parti l'ultimo o definitivo», c. 1158 s..

⁸⁷ Cfr. V. VERDICCHIO, *Forme volontarie*, cit., 294. L'affermazione della «*natura non negoziale*» del patto sulla forma è circoscritta dall'autore all'ipotesi in cui sia considerato «con riferimento alla funzione costitutiva che questa è destinata a svolgere», *ibidem*; cfr. anche, 301 ss., più specificamente sulla negazione del carattere negoziale conseguente alla qualificazione del patto come «riserva bilaterale di volontà relativa a tutte le dichiarazioni prive del *vestmentum* convenuto», 301 la quale, «se può essere considerata un atto di esercizio dell'autonomia privata, non è per questo un negozio giuridico», 302.

mettano capo alla c.d. formazione progressiva del contratto»⁸⁸, poiché in tale ipotesi, «realizzandosi l'accordo in pratica per gradi e punti successivi, non riesce agevole identificare la fase della proposta e l'altra successiva dell'accettazione; quali risultano del resto [...] ad una schematizzazione formale, e come dire ideale, della formazione, che non trova sempre riscontro nella realtà pratica. Orbene si intende da sé che, qualora non possa contarsi in linea immediata e sicura su siffatti elementi, l'ombra dell'incertezza venga a gravare sulla stessa conclusione del contratto, ed a farsi anche più fitta man mano che l'intesa si estende ai diversi punti del contenuto contrattuale»⁸⁹.

Dopo aver negato che il patto sulla forma possa produrre un effetto, «per dir così, *reale*»⁹⁰, rendendo invalido o privo di rilevanza giuridica il contratto informale, o anche solo un effetto obbligatorio⁹¹, si è dunque ritenuto di poter «arguire per esclusione»⁹² la natura non negoziale del patto sulla forma ed affermare che «allorché le parti convengono che il futuro contratto dovrà venire in essere in una determinata forma - in ciò consiste la funzione “costitutiva” di quest'ultima [...] - esse stanno, in realtà, reciprocamente chiarendosi che non intendono vincolarsi senza quel *vestmentum* [...]».

È chiaro allora che, finché si appunta l'attenzione sulla funzione costitutiva che il *vestmentum* da esso richiesto deve svolgere, il c.d. patto sulla forma in null'altro può consistere che in una *riserva bilaterale* - ossia proveniente da entrambe le parti in trattativa - in ordine alla vincolatività delle intese (non importa se già raggiunte o ancora da raggiungere) prive della forma prescelta»⁹³.

Si è anche, implicitamente, negato che il principio di economia delle dichiarazioni⁹⁴ osterebbe all'accoglimento della tesi poiché «la conclusione qui raggiunta consente [...] di ritagliare un suo esclusivo campo d'azione alla forma volontaria nascente da una riserva di volontà - e, quindi, all'art. 1352 c.c. [...] -, riconoscendole, dunque, una peculiare funzione pratica, distinta ed autonoma rispetto a quella assolta dalla clausola di cui al comma 4 dell'art. 1326 c.c.»⁹⁵; infatti l'ultimo articolo citato si riferirebbe all'ipotesi in cui un soggetto «già *deciso* a concludere un

⁸⁸ V. VERDICCHIO, *Forme volontarie*, cit., 267.

⁸⁹ R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., 82 s..

⁹⁰ V. VERDICCHIO, *Forme volontarie*, cit., 294.

⁹¹ Secondo V. VERDICCHIO, *Forme volontarie*, cit., infatti, sia «l'obbligazione di adottare una determinata forma per la conclusione di un contratto futuro» sia «l'obbligazione di non far valere il contratto concluso informalmente (ancorché esso sia perfettamente valido)», sarebbero «inadeguate ad individuare ed esprimere la funzione costitutiva che la forma volontaria deve invece esplicitare» oltre a essere «affatto inconfigurabili sul piano logico-sistematico» 295 e 296.

⁹² V. VERDICCHIO, *Forme volontarie*, cit., 299.

⁹³ V. VERDICCHIO, *Forme volontarie*, cit., 292, cfr. anche 301 ss..

⁹⁴ Argomento impiegato contro chi opina che il patto sulla forma produca l'effetto di privare il contratto informale del valore di fattispecie. Cfr. A. GENOVESE, *Le forme volontarie*, cit., 107 s. e anche R. FAVALE, *Forme “extralegali”*, cit., 238 che criticano espressamente la tesi dell'Allara.

⁹⁵ V. VERDICCHIO, *Forme volontarie*, cit., 293.

contratto» abbia interesse a una determinata forma o modo di conclusione, mentre, invece, il primo si riferirebbe al caso in cui due soggetti «*non ancóra senz'altro decisi a concludere un contratto, intendono semplicemente “discutere” un affare*» senza correre il rischio di restare vincolati da dichiarazioni potenzialmente già impegnative, quale è una vera e propria proposta⁹⁶.

Neppure tale concezione, definita curiosa⁹⁷, è andata esente da critiche, dirette o indirette.

Si è affermato, anzitutto⁹⁸, che «appare artificiosa e non rispondente alla realtà l'idea che con il patto sulla forma le parti intendano attribuire preventivamente carattere definitivo al solo consenso prestato in quella forma: con il patto le parti intendono semplicemente porre un requisito di forma per il loro futuro contratto, non invece stabilire un criterio di valutazione intorno alla definitività del consenso»⁹⁹.

Si è anche rilevato che «l'assenza della forma pattuita di per sé non esclude affatto che le parti in quel momento intendano comunque emettere una dichiarazione definitiva» poiché «si tratterà di interpretare la volontà delle parti e [...] a tal fine il patto [...] andrà comunque valutato insieme agli altri elementi»¹⁰⁰.

Concernendo specificamente il meccanismo di funzionamento del patto saranno esposte più avanti le censure mosse direttamente contro la premessa negativa del discorso con la quale l'autore esclude l'efficacia del patto tanto *reale* (secondo la qualificazione da egli stesso proposta) quanto obbligatoria e conclude per la natura di atto non negoziale di esercizio dell'autonomia privata.

Ma c'è anche chi ha posto il patto sulla forma addirittura al di fuori dell'autonomia privata.

Secondo una recente dottrina infatti «non può [...] accogliersi la veduta che costruisce il formalismo volontario come esercizio di autonomia privata»¹⁰¹.

Quest'ultima tesi muove dall'assunto per cui «i privati non hanno la potestà di disegnare la fattispecie negoziale, ma soltanto di determinarne il contenuto (art. 1322, I

⁹⁶ Cfr. V. VERDICCHIO, *Forme volontarie*, cit., 293 s.

⁹⁷ Così R. SACCO, *La forma*, cit., 717.

⁹⁸ La critica è direttamente riferita alla formulazione di P. CAPARRELLI, *Forma volontaria*, cit., c. 1158 s. (per cui cfr. *sopra* nt. 80, 16), ma può essere estesa anche alla ricostruzione da ultimo esposta.

⁹⁹ G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Questioni irrisolte*, cit., 249.

¹⁰⁰ G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Questioni irrisolte*, cit., 250.

¹⁰¹ N. IRTI, *La rinascita del formalismo ed altri temi*, in ID., *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985, nt. 41, 23, ove la veduta sul formalismo convenzionale come esercizio di autonomia è attribuita espressamente ad A. GENOVESE, *Le forme volontarie*, cit., 15 ss..

comma, cod. civ.)»¹⁰² e spiega il formalismo convenzionale alla luce dell'affermazione che gli artt. 1326, co. 4, e 1352 cod. civ. «*delegano, a una parte o alle parti, il potere di costruire la fattispecie, e, così, di rendere forte una fattispecie debole mercé l'aggiunta del requisito di forma*»¹⁰³.

In tale prospettiva, dunque, le forme imposte dalla legge e le forme imposte dalla volontà delle parti sarebbero sullo stesso piano: «il legislatore *delega* alle parti il potere di composizione della fattispecie, così come egli stesso lo detiene ed esercita. Sarebbe singolare che la forma, voluta dal legislatore, fosse di rango diverso da quello della forma, stabilita dalle parti nell'esercizio del potere delegato. Il legislatore e le parti - l'uno, per un potere originario; le altre, per un potere delegato - descrivono la fattispecie, e decidono, di volta in volta, circa l'elemento della forma»¹⁰⁴.

Le convezioni sulla forma sarebbero, quindi, atti di esercizio di una delega legislativa della cui natura (parrebbe) dovrebbero partecipare: «così come, infatti, il legislatore può inserire nella fattispecie il requisito della forma scritta, allo stesso modo può delegare altri a farlo; si tratta del medesimo potere, che il legislatore può esercitare direttamente ovvero per delega, senza che in ciò debba ravvisarsi una lesione dei principi»¹⁰⁵.

La configurazione del patto sulla forma come atto delegato dal legislatore per questa via giunge, evidentemente, a una perfetta equiparazione tra formalismo legale e volontario.

Tuttavia «l'opinione appena riferita si pone in posizione totalmente alternativa rispetto ad una tradizione plurisecolare, pacificamente condivisa dall'unanime dottrina, non solo italiana»¹⁰⁶.

Le obiezioni fondamentali che sono state proposte contro questa tesi si riferiscono alla base su cui poggia: il concetto, invero un poco oscuro, di delega legislativa.

Anzitutto, è opportuno dar risalto al fatto che un atto volto a disciplinare gli interessi particolari e concreti dei paciscenti costituirebbe esercizio del potere legislativo partecipando, dunque, della natura di legge, la quale (almeno ordinariamente, se non essenzialmente) introduce norme che producono nell'ordinamento giuridico effetti generali e astratti.

¹⁰² N. IRTI, *La rinascita del formalismo ed altri temi*, in ID., *Idola libertatis*, cit., nt. 41, 23.

¹⁰³ N. IRTI, *La rinascita del formalismo ed altri temi*, in ID., *Idola libertatis*, cit., 23.

¹⁰⁴ N. IRTI, *Strutture forti e strutture deboli (Del falso principio di libertà delle forme)*, in ID., *Idola libertatis*, cit., 89 (anche in *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di Michele Giorgianni*, cit., 456 s.).

¹⁰⁵ F. VENOSTA, *La forma dei negozi*, cit., 308; la tesi dell'Irti, oltre che dal Venosta, è seguita anche da D. MAFFEIS, *Autonomia privata, formalismo volontario e nullità del contratto*, in *Contratti*, 1996, 420.

¹⁰⁶ V. VERDICCHIO, *Forme volontarie*, cit., 44.

Inoltre, si è rilevato che¹⁰⁷ la teoria è aporetica perché i possibili significati della nozione di esercizio privato della delega legislativa sono soltanto due: o l'atto di esercizio, consistente nell'elezione di forma, è svolgimento della funzione legislativa in senso proprio oppure la scelta della forma da parte dei privati riempie di contenuto le disposizioni di legge (artt. 1326, co. 4 e 1352 cod. civ.) le quali rinviano preventivamente ad essa per assumere concretamente un valore precettivo, perciò più che di legge di delega dovrebbe parlarsi di norma in bianco.

La prima ipotesi è in stridente contrasto con l'ordinamento della Repubblica italiana nel quale «la funzione legislativa è esercitata collettivamente dalle due Camere» (art. 70 Cost.) e le eccezioni alla regola sono espressamente disciplinate dalla Costituzione (artt. 75-78, che prevedono il *referendum* abrogativo delle leggi, il decreto legislativo delegato, il decreto-legge e i decreti del Governo in caso di guerra, a cui «le leggi costituzionali che hanno approvato gli Statuti delle Regioni ad autonomia speciale ne hanno aggiunto un altro: il decreto di attuazione dello Statuto»¹⁰⁸), né potrebbero essere ampliate dal legislatore ordinario stante il carattere rigido della gerarchia delle fonti.

La seconda ipotesi, prescindendo dal fatto che potrebbe considerarsi non diversa dalla prima perché il potere normativo sostanziale sarebbe comunque rimesso ai privati, non spiegherebbe il fenomeno del formalismo convenzionale perché, compiuta la scelta da parte dei privati, la forma eletta sarebbe recepita dalla legge partecipando della sua natura: sarebbe, dunque, impossibile alle parti, una volta consumato il potere delegato, rimuovere la forma che si sono imposte da sé stesse perché essa avrebbe assunto la natura di un eterocomando di rango legislativo. A tacer d'altro, ciò si scontra con quanto comunemente ammesso (né parrebbe essere impugnato dai sostenitori della tesi in esame che sembrerebbero dunque cadere in contraddizione) circa il fatto che la forma liberamente voluta possa essere disvolta¹⁰⁹, trattandosi di interessi meramente privati e disponibili dalle parti.

4. *Le opinioni dottrinali a proposito della funzione, in genere, dei patti sulla forma e delle conseguenze, in particolare, dell'inosservanza della forma convenuta.*

¹⁰⁷ Per le considerazioni che seguono cfr. V. VERDICCHIO, *Forme volontarie*, cit., 48 ss..

¹⁰⁸ R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*⁵, Torino, 2004, 318.

¹⁰⁹ Si prescinde ora dal modo e dalle forme dell'atto con cui ciò avviene.

Com'è ovvio, alla grande diversità di vedute intorno alla struttura delle convenzioni sulla forma di futuri negozi corrisponde una varietà altrettanto estesa di opinioni (in parte già esposte, per l'inestricabile nesso che le avvince a quelle sulla struttura) rispetto alla funzione dei patti in esame e, in particolare, circa le conseguenze prodotte dalla inosservanza della forma convenuta.

Quanto alla funzione in genere, il problema tradizionalmente è impostato domandandosi se la redazione scritta sia pattuita *ad substantiam actus* oppure *ad probationem tantum*: «la importanza della distinzione sta nel fatto che, nel secondo caso, il consenso manifestato anche non nella forma prescritta vale a costituire il negozio e si potrà quindi poi chiedere l'adempimento della forma, ma anche senz'altro l'esecuzione del contratto, mentre nel primo, come ben s'intende, senza il compimento della forma non si può contrarre alcun vincolo giuridico»¹¹⁰.

Si afferma generalmente in dottrina che la soluzione passa per l'indagine intorno alla concreta volontà delle parti, trattandosi di una mera *quaestio voluntatis*.

Si è, tuttavia, ribattuto che «questa dottrina non fa che evitare in tal modo la difficoltà della questione; e in verità se ci fossero elementi sufficienti per dedurre, in seguito all'indagine della volontà privata, che si è voluto attribuire l'uno piuttosto che l'altro significato all'adozione della forma, sarebbe superflua ed artificiosa una costruzione della dottrina. Questa ha il compito di costruire solo là dove non esiste l'edificio costruito dai privati e quando manca una decisa volontà in uno dei due sensi esaminati bisogna bene che la dottrina si decida per uno d'essi»¹¹¹; né può dirsi che la dottrina prima e il legislatore poi si siano del tutto sottratti a tale compito tanto più che è difficile contestare che «normalmente le parti non pensano a dare uno od un altro significato al loro accordo; esse non si pongono il problema se la forma servirà loro per l'uno invece che per l'altro scopo»¹¹².

Infatti, ben prima di nuovi (rispetto a C. 4.21.17) interventi legislativi sul punto (come l'art. 1352 cod. civ.), «l'intera tradizione dottrinale del diritto comune, a partir dai primi dottori bolognesi, appare diretta a interpretare in senso restrittivo la norma giustiniana, limitandone l'applicabilità ai soli casi in cui la scrittura sia stata espressamente voluta *ad substantiam*, ed ammettendo invece nel dubbio la presunzione opposta a quella sancita dal nostro legislatore»¹¹³; e tale era l'orientamento prevalente

¹¹⁰ G. TEDESCHI, *Forme volontarie*, cit. 204.

¹¹¹ L. MOSSA, *La documentazione*, cit., 432.

¹¹² L. MOSSA, *La documentazione*, cit., 433.

¹¹³ G. ASTUTI, *La documentazione dei negozi giuridici come forma convenzionale o volontaria nella dottrina del diritto comune*, in *Arch. Giur.*, CXXXII, 1945, 12, saggio già edito nel volume *Studi giuridici dedicati dai discepoli alla memoria di Gino Segrè*, in *Temì em.*, 1943, 59 e ristampato in ragione della distruzione delle copie a causa di guerra, ora anche in *ID.*, *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, a cura di G. Diurni, II, Napoli, 1984, 977.

nella dottrina italiana sotto l'impero dei vecchi codici¹¹⁴ che non disciplinavano espressamente la materia.

Certo, c'erano anche «autorevoli e importanti manifestazioni di dissenso»¹¹⁵ poiché c'era chi affermava che «nel diritto odierno codesta presunzione *iuris* non si può certamente statuire»¹¹⁶. C'era poi anche chi affermava che «per la via naturale e limpida dell'interpretazione della volontà delle parti si può giungere alla conclusione che le parti di regola adottano la forma come necessaria per l'esistenza giuridica dell'atto e solo nel caso in cui vi siano elementi concreti per riconoscere che la forma siasi voluta come mezzo di prova si possa deviare da quella presunzione»¹¹⁷. E non mancava nemmeno chi, sebbene riconoscesse che, *de iure condito*, la dottrina la considerava questione d'apprezzamento e la giurisprudenza inclinava verso una presunzione di forma *ad probationem*, auspicava, tuttavia, che «in una riforma della legge sarebbe più conforme alla volontà dei contraenti, alla sicurezza del diritto, il ritorno alla dottrina romanistica per cui l'accordo sulla forma si presumeva condizione per l'esistenza del contratto»¹¹⁸, interpretando dunque la costituzione 17 recepita in Cod. 4, 21 come se ponesse una presunzione di forma *ad substantiam actus*.

Leggendo la Relazione al codice del Ministro Guardasigilli il desiderio manifestato dall'ultimo autore citato parrebbe essere stato esaudito con la promulgazione del codice civile del 1942 poiché vi si afferma (invero in modo un po' acritico, come se il diritto romano fosse «*archetipo*, scontato e univoco, della funzione costitutiva»¹¹⁹) che «nel dubbio si è considerato l'accordo come diretto a scopo costitutivo (art. 1352), contrariamente a buona parte della dottrina, ma riprendendo una conforme soluzione del diritto romano»¹²⁰.

¹¹⁴ Per riferimenti bibliografici si rinvia a F. ADDIS, *Contractus*, cit. nt. 45, 27.

¹¹⁵ G. ASTUTI, *La documentazione*, cit., 6 (ora anche in ID., *Tradizione romanistica*, cit. 972).

¹¹⁶ C. F. GABBA, *Contributo alla dottrina della promessa bilaterale di contratto*, in *Giur. it.*, 1903, IV, c. 58; si precisa che l'autore aderisce a un'opinione affatto diversa da quella della dottrina del diritto intermedio giacché scrive che la «l. 17, C. *de fide instr.*, [...] sembra escludere altre interpretazione del patto della scrittura che quella della necessità di questa per la validità del contratto», pertanto la negazione dell'esistenza di una presunzione «nel diritto odierno» si riferisce espressamente alla presunzione della forma *ad substantiam actus*. In senso analogo circa l'interpretazione di C. 4.21.17 cfr. anche, tra gli altri, G. GIORGI, *Nuove osservazioni sulla promessa di vendita*, in *Foro it.*, 1903, I, secondo cui «Giustiniano [...] faceva [...] violenza alla volontà delle parti [...] con l'introdurre la presunzione legale assoluta che la scrittura fosse stata pattuita *ad solemnitatem actus*, mentre le parti avrebbero dovuto esser libere, come lo erano sempre state, di richiederla *ad probationem tantum*», c. 799. Per ulteriori riferimenti bibliografici a proposito della negazione dell'esistenza di presunzioni nella dottrina italiana a cavaliere tra il XIX e il XX secolo si rinvia a F. ADDIS, *Contractus*, cit. nt. 44, 27. Cfr., anche, *infra*, cap. VI, § 3, 174 s. testo e nt. 699.

¹¹⁷ L. MOSSA, *La documentazione*, cit., 432 s..

¹¹⁸ C. VIVANTE, *Le obbligazioni (contratti e prescrizione)*⁵, IV, in *Trattato di diritto commerciale*, Milano, 1926, 75, con espresso riferimento nella nota 126 alla «legge 17 *de fide instrumentorum* Cod. IV, 16 [*recte* 21]»; prescindendo dalla valutazione *de iure condendo*, in realtà l'autore ha una posizione analoga al Gabba, citato alla nota precedente, poiché anch'egli interpreta C. 4.21.17 come se ponesse una presunzione di forma per la validità e la ritiene inapplicabile al diritto del suo tempo.

¹¹⁹ F. ADDIS, *Contractus*, cit., 28.

¹²⁰ *Rel. Min.*, n. 617.

Circa i patti sulla forma, dunque, il codice civile vigente, innovando rispetto al codice del 1865, detta una specifica disposizione all'art. 1352: «Se le parti hanno convenuto per iscritto di adottare una determinata forma per la futura conclusione di un contratto, si presume che la forma sia stata voluta per la validità di questo».

Questo articolo e il co. 4 dell'art. 1326 cod. civ. risolvono in senso positivo una questione di principio che ebbe ragione di porsi sotto l'impero del codice previgente concernente l'ammissibilità o la legittimità della forma convenzionale del negozio.

Tuttavia non può dirsi che l'intervento del legislatore nel 1942 abbia risolto tutti i problemi posti dai patti sulla forma; anzi esso lascia aperti molti quesiti¹²¹ ed è parso «anzitutto inadeguato allo scopo, in quanto, introducendo quella presunzione solo per la ipotesi di convenzione scritta sulla forma, lascia aperta ed insoluta la questione, per tutti i casi in cui la redazione di un documento, o in generale l'adozione di una forma, sia stata predisposta o riservata oralmente, prima o contemporaneamente all'accordo sugli elementi essenziali del contratto; casi che probabilmente sono proprio i più delicati, per le ovvie difficoltà della determinazione dell'effettivo intento attraverso l'accertamento e l'interpretazione di semplici dichiarazioni verbali. L'ambito d'applicazione della norma appare inoltre ulteriormente limitato, se si consideri il tenore dell'ipotesi prevista, di accordo *di adottare una determinata forma, per la futura conclusione di un contratto*: formula, a mio vedere, poco felice ed equivoca, e mal corrispondente allo scopo che il legislatore si era prefisso. Poco felice, perché ove sia stato convenuto di adottare una forma per la conclusione d'un contratto, non mi sembra che possa esser luogo a dubbio sulla essenzialità di questa forma, voluta evidentemente e sicuramente *ad substantiam*, e non c'è bisogno di alcuna presunzione, la quale può essere desiderata solo quando siavi incertezza sull'intento, come nell'ipotesi in cui sia convenuto di «stendere il contratto in iscritto», di «fare una scrittura» o «un atto notarile», e non mai nel caso di convenzione di «contrattare, o celebrare il contratto per iscritto»; equivoca, perché l'espreso riferimento ad un contratto futuro parrebbe inoltre comportare *a priori* l'esclusione dell'applicabilità della norma a tutti quei casi nei quali appunto sia dubbio, o controverso, se già debba ritenersi o non perfetto il contratto, prima, o anche in difetto

¹²¹ Così R. SACCO, *La forma*, cit., 718 con riferimento soprattutto a «la validità e l'effetto di una clausola non scritta; il valore preciso della presunzione, di cui la lettera non dice se sia relativa o assoluta». A tal proposito si osserva che la stessa natura di presunzione in senso tecnico è dubbia, poiché si è sostenuto che si tratti di una regola di interpretazione oggettiva: cfr. O. PROSPERI, *Forme complementari*, cit. per il quale «l'art. 1352 c.c. anche alla luce della Relazione Ministeriale (n. 617), pare fissare una regola di interpretazione oggettiva più che una presunzione legale», 207; cfr. anche, in modo più netto, A. GENOVESE, *Le forme volontarie*, cit., 31 ss. a cui «sembra indubitabile», 33 che la funzione dell'articolo 1352 cod. civ. sia meramente interpretativa e non probatoria; ancora, cfr. G. MIRABELLI, *Dei contratti*, cit., 215 per cui «si tratta [...] di una presunzione interpretativa; l'art. 1352 è da considerare, cioè come una norma interpretativa»; P. CAPARELLI, *Forma volontaria*, cit., secondo il quale «è stato, in primo luogo, criticato il ricorso da parte del legislatore al mezzo tecnico della presunzione, e si è invece sostenuta, giustamente, la natura interpretativa della norma», c. 1156 s.; C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*², cit., per il quale «qui non si tratta tanto di una presunzione in senso proprio [...], quanto piuttosto di una regola legale interpretativa», 297; in senso parzialmente diverso, cfr. R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., 452 ss. secondo cui, in ogni caso, «l'espressione normativa «si presume» appare un po' impropria», 452.

della redazione del documento, cioè proprio a quelli che in pratica hanno fatto sorgere la esigenza di un criterio presuntivo»¹²².

Oltre a ciò, si è anche sostenuto che l'alternativa tra forma *ad substantiam actus* oppure *ad probationem tantum* è generica poiché, per un verso, la dottrina, pur argomentando a favore dell'una o dell'altra, «ben poca attenzione [...] ha posto alla natura della prima, limitandosi a riconoscerne genericamente la validità, tanto che i quesiti che per essa vien fatto di porsi - come avvenga che la elezione di forma renda nullo il negozio futuro non formale che senza di quello sarebbe valido; se, oltre all'effetto di condizione per l'esistenza dei futuri negozi, abbia effetti obbligatori e quali - si può ben affermare che non trovano nella letteratura giuridica risposta adeguata e soddisfacente»¹²³; per altro verso, rispetto alla seconda, si è notato che le parti convenendo di redigere un negozio per iscritto astrattamente potrebbero intendere tanto di restringere i mezzi di prova ammissibili in giudizio, quanto, più semplicemente, di procurarsi una prova più agevole¹²⁴, traducendosi in tal caso l'intento in un obbligo di costituire il mezzo di prova.

Ancor più in radice altri ha ritenuto che la stessa impostazione tradizionale del problema nei termini di un dilemma tra forma richiesta per la validità e forma imposta al fine della prova «è il risultato di un equivoco fuorviante»¹²⁵ poiché si tratterebbe «di categorie che attengono al problema della previsione di una particolare forma come *quid pluris* necessario in alcuni negozi, non al problema della forma come modo di manifestarsi del contratto attraverso una figura sensibile»¹²⁶ che sarebbe proprio delle forme volontarie.

Per quel che concerne poi, in particolare, le conseguenze dell'inosservanza della forma pattuita (supposto che sia *ad substantiam actus*), la diversità di opinioni in dottrina è, se possibile, ancora maggiore.

Ciò, peraltro, non desta alcuna meraviglia perché proprio con riferimento al contratto informale, poiché si rende necessario applicare una specifica disciplina normativa e individuare una determinata legittimazione attiva, si fanno palesi i problemi che riguardano i limiti dell'autonomia privata. Essi concernono, in particolare, il fondamento della libertà delle forme negoziali, il rapporto con la disciplina delle forme

¹²² G. ASTUTI, *La documentazione*, cit., 9 s. (ora anche in ID., *Tradizione romanistica*, cit. 974 s.).

¹²³ G. TEDESCHI, *Forme volontarie*, cit. 207.

¹²⁴ Così R. SACCO, *La forma*, cit., 719, cfr., *supra*, § 1, 5, nt. 14.

¹²⁵ F. DI GIOVANNI, *Accordi sulla forma*, cit., 111; cfr. anche *op. ult. cit.*, 107 s. in cui, a proposito del termine "validità" impiegato nell'art. 1352 cod. civ., scrive «si deve [...] notare che la terminologia usata nella formulazione letterale della norma è in nesso diretto con l'impostazione della questione delle forme convenzionali secondo uno schema omologo a quello utile a inquadrare le prescrizioni legali di forma (nell'ottica, cioè, dell'alternativa tra forma *ad substantiam* e *ad probationem*), la quale impostazione [...] appare equivoca e fuorviante» (e in ID., *La forma*, cit., 921).

¹²⁶ F. DI GIOVANNI, *Accordi sulla forma*, cit., 96 (e ID., *La forma*, cit., 912).

imposte dalla legge¹²⁷, l'esistenza di un potere di disposizione delle fattispecie giuridiche, di poteri sul procedimento di formazione del contratto e, in ispecie, del potere di porre requisiti formali e di creare nuove cause di nullità, tenuto anche conto della relatività del contratto (art. 1372 cod. civ.) e dei potenziali interessi dei terzi¹²⁸.

Inoltre l'individuazione del vizio che inficia il contratto amorfo presuppone sul piano applicativo che si sia risolta negativamente la questione se le parti con la sua conclusione (o altrimenti) abbiano inteso porre nel nulla il precedente accordo di forma, ciò che, secondo quanto già esposto a proposito delle opinioni dottrinali sulla struttura dei patti, deve ritenersi ammissibile, trattandosi pur sempre di interessi disponibili. Ora, se questo problema preliminare si risolve facilmente laddove concluda il contratto successivo un procuratore privo del potere di risolvere il patto precedente, si complica non poco, invece, nelle ipotesi normali in cui paciscenti e contraenti coincidono, tanto più se si pensa alla possibilità che ciò avvenga tacitamente o per comportamenti concludenti.

Infatti se è comunemente ammesso che «*diejenigen, die rechtsgeschäftlich eine Form bestimmen, sind dagegen ihrer Bestimmung nicht unterworfen, sondern sie bleiben gegenüber ihrer eigen Bestimmung souverän*»¹²⁹ è discussa invece la forma di esercizio di tale *Souveränität*; si dibatte insomma intorno al modo in cui le parti possono abbandonare¹³⁰ la regola sulla forma che si sono date.

La soluzione del problema oscilla tra due opposti estremi: da una parte, l'attribuzione al contratto informale in quanto tale del valore di una (anche inconsapevole) abolizione; dall'altra, l'applicazione rigorosa del principio di simmetria delle forme.

Se la prima ipotesi priverebbe di significato qualunque convenzione sulla forma, confondendo «il nuovo accordo [...] con l'inadempimento dell'obbligo preesistente»¹³¹, la seconda parrebbe disconoscere il fondamento del formalismo convenzionale, costringendo l'autonomia privata entro schemi troppo rigidi che potrebbero, peraltro, dar luogo ad abusi¹³².

Le soluzioni proposte dalla dottrina (e dalla giurisprudenza) si approssimano variamente all'uno o all'altro estremo, anche secondo la forma in cui si è stretto il patto,

¹²⁷ Esplicitamente in tal senso cfr. P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi*, cit., 137.

¹²⁸ Sui quali richiama l'attenzione, in particolare, G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Questioni irrisolte*, cit., 241 s., quasi costituiscano «un banco di prova della scelta operata», 242.

¹²⁹ W. FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*³, Berlin - Heidelberg - New York, 1979, 264.

¹³⁰ Così R. FAVALE, *Forme "extralegali"*, cit., 39 il quale precisa di adottare «volontariamente un termine molto generale per ricoprire tutte le ipotesi nelle quali le modalità costituite non assolvono, per qualsiasi motivo, la funzione loro attribuita», *ibidem*, nt. 61.

¹³¹ A. CANDIAN, *Documento e negozio*, cit., 135.

¹³² In senso analogo cfr. E. PALMERINI, *Art. 1352 – Forme convenzionali*, cit., 214.

considerato che la fattispecie dell'art. 1352 cod. civ. s'integra soltanto «se le parti hanno convenuto per iscritto» di redigere il futuro negozio in una data forma.

Si è, infatti, espressamente proposto di assumere la scrittura quale «fattore discriminante circa la tutela delle parti a fronte dell'eventuale revoca tacita del comando di forma nell'ipotesi che l'operazione negoziale definitiva assuma una veste diversa da quella precedentemente determinata»¹³³, dovendosi distinguere «due diversi tipi di patti [...] a seconda che sia o meno realizzata la forma scritta»¹³⁴: da una parte, «i patti “forti” di forma (ossia redatti con una scrittura)»¹³⁵ per i quali la «piena validità ed efficacia del contratto `difforme´ può trovare adeguato fondamento»¹³⁶ nell'esecuzione volontaria «o in un negozio di revoca stipulata in forma scritta»¹³⁷; dall'altra, «i patti “deboli” sulla forma (ossia non redatti con una scrittura)»¹³⁸ con i quali «il singolo contraente si addossa il rischio della revoca tacita nel caso di conclusione difforme del contratto definitivo»¹³⁹.

È stato anche osservato che se si consentisse di abrogare implicitamente il patto di forma *ad substantiam* concludendo un contratto amorfo, l'accertamento della volontà abolitrice avrebbe come conseguenza di «risottoporre ognuna delle parti all'alea delle prove meno qualificate (specialmente: della prova per testi), ch'esse avevano voluto allontanare da sé con la clausola. Pare giusto, perciò, ritenere che le parti, quando statuiscono che un futuro (eventuale) contratto avrà bisogno di una certa forma, intendono sottoporre alla stessa forma il patto abrogativo di questa statuizione»¹⁴⁰.

Altri, tuttavia, ha obiettato che «facendo capo, qui, la ragione giustificatrice della solennità della forma del primo negozio alla libera valutazione degli interessati, è evidente che nella stipulazione del mutuo dissenso senza l'adozione di quelle stesse

¹³³ R. FAVALE, *Forme “extralegali”*, cit., 340.

¹³⁴ R. FAVALE, *op. loc. cit.*.

¹³⁵ R. FAVALE, *op. loc. cit.*.

¹³⁶ R. FAVALE, *Forme “extralegali”*, cit., 341.

¹³⁷ R. FAVALE, *op. loc. cit.*.

¹³⁸ R. FAVALE, *op. loc. cit.*.

¹³⁹ R. FAVALE, *op. loc. cit.*; in senso sostanzialmente conforme, cfr. V. ROPPO, *Il contratto*², cit. per il quale nel caso di patto in forma scritta «è eccessiva la tesi che dà valore di comportamento concludente indicativo della volontà di revocare il patto (e quindi forza di sanare il contratto difforme) alla mera conclusione di quest'ultimo: la volontà di revocare il patto - in quanto contraria al contenuto di un documento anteriore - richiede in linea di principio prova documentale, e può essere provata per testimoni solo nei limiti dell'art. 2723; oppure la sanatoria può risultare da un comportamento concludente `forte´ quale l'esecuzione del contratto difforme», 238.

¹⁴⁰ Così R. SACCO, *La forma*, cit., 720.

forme trova espressione un giudizio dei soggetti, altrettanto libero ed insindacabile, circa la non ricorrenza di una particolare esigenza formale per il *contrarius actus*»¹⁴¹.

Anche chi intende «evitare gli aberranti risultati cui condurrebbe una rigorosa applicazione del principio di simmetria formale»¹⁴² può, però, ritenere «essenziale [...] in ogni caso che conoscano il vincolo di forma da abolire»¹⁴³, giudicando decisivo «il comportamento complessivo»¹⁴⁴ delle parti «inquadrate nelle circostanze»¹⁴⁵.

Ma sul punto, come si è premesso, non c'è concordia: infatti, si è anche sostenuto a chiare lettere che «come è praticamente difficile riscontrare codesta coscienza e volontà (comuni alle parti) di rimuovere l'accordo formale, altrettanto ci sembra non necessario; non si può immaginare che le parti non mirino a rimuovere l'accordo una volta che contrattano seriamente; nel semplice e puro fatto del loro contrattare è da riconoscere, quindi, l'abolizione del precedente accordo»¹⁴⁶ intendendo, dunque, il patto sulla forma di un futuro negozio come un *telum imbelles sine ictu*, non potendo le parti «ipotettare la loro volontà»¹⁴⁷.

A proposito del requisito della consapevolezza si è affermato, nello stesso ordine di idee che misconosce la rilevanza procedimentale della convenzione sulla forma, che «l'effetto revocatorio del nuovo contratto sul patto di documentazione non ha bisogno del requisito indicato, ma piuttosto esso deve considerarsi come uno dei suoi effetti, che si concreta nel distruggere la situazione giuridica precedente. E tale effetto segue perchè ora le parti contraenti stimano conveniente dare ai loro interessi un regolamento divergente e incompatibile con la precedente disciplina [...]. Perciò credo giusta quell'opinione che dichiara prevalente la volontà comune, prossima nel tempo, a

¹⁴¹ A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980, 332; si precisa che la premessa del discorso è riferita al mutuo dissenso del contratto concluso nel rispetto del vincolo di forma pattuito, ma l'autore prosegue affermando che la conclusione «giustifica altresì la soluzione dottrinale favorevole (tendenzialmente) alla validità del contratto che sia stato concluso consapevolmente senza l'osservanza della forma scritta precedentemente convenuta, dato che tale soluzione suppone risolta in senso affermativo, innanzi tutto, la questione della validità dello stesso mutuo dissenso implicito (non formale) del patto solenne (art. 1352) sulla forma», *ibidem*.

¹⁴² A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, cit., 331.

¹⁴³ L. CARIOTA FERRARA, *La forma dei contratti ed i contratti sulle forme*, in, *Riv. notariato*, 1948, 22; lo stesso autore citato nella nota precedente si riferisce, d'altronde, al contratto concluso «consapevolmente senza l'osservanza della forma scritta precedentemente convenuta», A. LUMINOSO, *Il mutuo dissenso*, cit., 332.

¹⁴⁴ L. CARIOTA FERRARA, *op. loc. cit.*.

¹⁴⁵ L. CARIOTA FERRARA, *op. loc. cit.*.

¹⁴⁶ L. MOSSA, *La documentazione*, cit., 435.

¹⁴⁷ L. MOSSA, *La documentazione*, cit., 436.

discapito di quella remota»¹⁴⁸. Pur muovendo da siffatta premessa, tuttavia, il rigore di una perfetta corrispondenza tra contratto amorfo e caducazione della convenzione sulla forma è attenuato se si ritiene che la reale volontà di concludere un negozio informale si desuma «non solo dall'esecuzione bilaterale, ma anche dall'adempimento di una sola prestazione, accettata senza riserve dalla controparte»¹⁴⁹: considerando l'esecuzione del contratto come indice della volontà di dissolvere il vincolo di forma, infatti, s'intende soddisfare esigenze analoghe a quelle che inducono altri ad applicare il principio di simmetria formale o a richiedere, almeno, la consapevolezza nelle parti dell'abolizione del patto precedente.

In effetti si tratta pur sempre di individuare un criterio ragionevole per stabilire se debba prevalere l'affidamento intorno all'efficacia della convenzione impositiva della regola procedurale oppure l'affidamento circa l'efficacia del contratto amorfo, tenuto conto, per un verso, del fatto che «uno degli scopi principali di quella convenzione è d'impedire che le parti cadano nell'obbligazione senza accorgersene, senza che la loro volontà d'assumerla sia pienamente matura e non mera intenzione, e tale scopo è così conforme agli interessi sociale che il diritto può bene assecondarlo»¹⁵⁰; per altro verso del fatto che l'accordo sulla forma non si sottrae alla regola generale dell'esecuzione di buona fede (art. 1375 cod. civ.) di cui è espressione il divieto di *venire contra factum proprium* e che, pertanto, non pare meritevole di tutela chi, dopo aver generato un serio affidamento nella controparte riguardo alla vincolatività del negozio amorfo, pretenda di avvalersi, opportunisticamente, della convenzione di forma¹⁵¹.

Supposto che le parti non abbiano inteso porre nel nulla il patto sulla forma, in via applicativa sorge poi, come si accennava¹⁵², il problema di individuare il regime del negozio informale che, implicandone altri di carattere fondamentale, è risolto variamente secondo la soluzione che a questi è data dai diversi interpreti.

Chi, muovendo dalla premessa di una radicale e irriducibile eterogeneità tra forme volontarie e forme legali¹⁵³, nega che le parti abbiano il potere di disporre della configurazione delle fattispecie giuridiche e afferma che «soltanto la legge, e non certo

¹⁴⁸ A. GENOVESE, *Le forme volontarie*, cit., 162. Si osserva che, sebbene a proposito dell'opinione del Mossa parli di «erroneità [...] manifesta» (A. GENOVESE, *Le forme volontarie*, cit., 155), anche tale dottrina omette di considerare che, in ipotesi, la volontà prossima si riferisce ai soli interessi sostanziali, mentre la volontà remota a interessi puramente strumentali, alla fissazione di una regola procedurale che è (quantomeno) dubbio possa essere posta nel nulla da una manifestazione di volontà che non la tiene in conto. Per un'analogia censura, cfr. E. PALMERINI, *Art. 1352 – Forme convenzionali*, cit., 212; critica apertamente il Genovese, applicando il principio di simmetria formale, anche E. BETTI, *Teoria generale*, cit., 246, testo e nt. 11.

¹⁴⁹ A. GENOVESE, *Le forme volontarie*, cit., 163.

¹⁵⁰ G. TEDESCHI, *Forme volontarie*, cit. 213.

¹⁵¹ Cfr. E. PALMERINI, *Art. 1352 – Forme convenzionali*, cit., 214 ss., con espresso riferimento ai *Principles of European Contract Law*.

¹⁵² Cfr. *supra*, 28.

¹⁵³ Cfr. V. VERDICCHIO, *Forme volontarie*, cit., 169 ss. e 316 ss..

l'autonomia delle parti, può sancire la nullità (come l'annullabilità) del negozio contrastante alle sue statuizioni»¹⁵⁴, conclude che il negozio privo della forma volontaria, in realtà, non si perfeziona e discorre di inesistenza di esso, sia pure, secondo quanto si chiarirà a breve, con accezioni diverse nei vari autori.

Il discorso che conduce all'inesistenza passa per un'interpretazione contraria alla lettera della disposizione dell'art. 1352 in cui espressamente «si presume che la forma sia stata voluta per la validità di questo»: infatti, si afferma a tal proposito che «il linguaggio adoperato dal legislatore in materia di invalidità e di inefficacia [...] non può certo dirsi rigoroso»¹⁵⁵ e si cita ad esempio di «accezione generalissima»¹⁵⁶ del termine e del suo carattere «estremamente generico»¹⁵⁷ l'art. 1398 cod. civ., dove è opinione diffusa in dottrina che il riferimento alla validità deve declinarsi nel senso dell'efficacia, ma anche, sempre con riferimento all'efficacia, l'art. 1361 cod. civ. e con riferimento, invece, all'annullabilità (categoria d'altronde compresa nel concetto di invalidità insieme alla nullità) l'art. 2113 cod. civ.¹⁵⁸.

Inoltre, chi nega l'applicabilità della categoria dell'invalidità in senso proprio, in particolare sotto la specie della nullità che è «il rimedio generalmente applicabile ai difetti strutturali del contratto»¹⁵⁹, oltre al dato letterale, deve anche svalutare quello topografico, poiché l'art. 1352 cod. civ. è posto sotto la sezione IV “Della forma del contratto” (del capo II dedicato ai “Requisiti del contratto”, del titolo II del libro IV); anche questo dato, tuttavia, dovrebbe essere tenuto in non cale perché «è da ritenere [...] che l'art. 1352 c.c. sia trapassato nella sezione IV [...] del tutto inconsapevolmente

¹⁵⁴ R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., 457, al quale sembra «un punto incontestabile», *ibidem*; in modo altrettanto netto poco prima l'autore afferma «che alla volontà delle parti non può certo, e non ci pare che questo si voglia, attribuirsi la forza di togliere rilevanza giuridica ad un atto che per legge lo possiede», *ibidem*. Cfr., in senso analogo, V. VERDICCHIO, *Forme volontarie*, cit., 68-164, pagine nella quali l'autore ritiene di dimostrare «l'infondatezza dogmatico-sistematica delle opinioni volte a far gravitare il formalismo volontario nell'area d'incidenza dell'invalidità negoziale», 246; cfr. anche, G. MIRABELLI, *Dei contratti*, cit., 220 s., secondo cui «non di atto nullo si può parlare, non essendo esso in contrasto con alcun principio dell'ordinamento né essendo ad esso applicabile alcuno degli istituti propri della fattispecie dell'atto nullo», 220.

¹⁵⁵ R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., 458; considerazioni analoghe, sia pure nella prospettiva dell'inefficacia in senso stretto, in C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*², cit., il quale afferma che «la distinzione terminologica tra invalidità e inefficacia non è [...] rigorosa nel linguaggio legislativo», 299. A riprova dell'imprecisione dei termini legislativi si cita anche l'art. 1234 cod. civ., in cui, a dispetto della rubrica, s'intende riferirsi a un'ipotesi di nullità: cfr. G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Questioni irrisolte*, cit., 251 e 256, testo e nt. 41.

¹⁵⁶ F. DI GIOVANNI, *Accordi sulla forma*, cit., 108 (e in ID., *La forma*, cit., 921). Si precisa che l'autore, pur muovendo dalla premessa che la scelta del termine “validità” sarebbe conseguenza dell'«equivoca e fuorviante» «impostazione della questione delle forme convenzionali secondo uno schema omologo a quello utile ad inquadrare le prescrizioni legali di forma» (ID., *Accordi sulla forma*, cit., 108-107 [e in ID., *La forma*, cit., 921]) afferma che «questa peculiare 'invalidità' assume l'aspetto di una irrilevanza convenzionale» e non di inesistenza «del negozio concluso in forma diversa da quella pattuita», *ibidem*.

¹⁵⁷ G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Questioni irrisolte*, cit., 244. Si noti che l'autrice cita questi articoli per dimostrare che non se ne possono trarre indici univoci a sostegno della tesi della nullità, ma non per affermare l'inesistenza del negozio privo della forma convenuta, inclinando piuttosto per un inquadramento di esso sotto la categoria dell'annullabilità.

¹⁵⁸ G. CERDONIO CHIAROMONTE, *loc. op. cit.*, cit..

¹⁵⁹ Cfr. E. PALMERINI, *Art. 1352 – Forme convenzionali*, cit., 200.

e per la mera forza inerziale esercitata dalla tradizione romanistica, così come filtrata dalla Pandettistica tedesca del secolo decimonono»¹⁶⁰.

Viceversa, «una volta scartate come infondate le suggestioni interpretative indotte dall'ubicazione topografica e dalla lettera dell'art. 1352 c.c.»¹⁶¹, i sostenitori dell'inesistenza danno risalto al collegamento sistematico tra l'art. 1326 co. 4 e l'art. 1352 cod. civ., disposizioni che sarebbero affini perché entrambe inciderebbero sulla formazione dell'accordo¹⁶² e ne impedirebbero la conclusione in caso di inosservanza della forma liberamente scelta.

Nell'ambito della qualificazione del contratto informale come inesistente, peraltro, si deve distinguere chi lo intende come «giuridicamente inesistente»¹⁶³ da chi lo intende come materialmente inesistente, concetto questo che farebbe «tutt'uno col mancato completamento del ciclo formativo del contratto»¹⁶⁴.

Solo ai primi (ai quali potrebbero essere equiparati, sotto quest'aspetto, anche coloro che, muovendo da differenti premesse, discorrono di effetti privativi del valore di fattispecie prodotti dalla convenzione sulla forma¹⁶⁵), potrebbe essere mossa l'obiezione che «la figura della inesistenza (se ha rilievo autonomo) appartiene al *genus* dell'invalidità ed è conseguenza ben più grave della nullità. Quindi si addivene alla illogica conclusione per cui la forma volontaria riceverebbe un trattamento sanzionatorio più rigoroso di quello riservato al formalismo legale»¹⁶⁶.

¹⁶⁰ V. VERDICCHIO, *Forme volontarie*, cit., 153.

¹⁶¹ V. VERDICCHIO, *Forme volontarie*, cit., 169.

¹⁶² Cfr. V. VERDICCHIO, *Forme volontarie*, cit., 262 ss..

¹⁶³ G. MIRABELLI, *Dei contratti*, cit., 220.

¹⁶⁴ V. VERDICCHIO, *Forme volontarie*, cit., 339; per la distinzione tra inesistenza giuridica e materiale, cfr., in particolare, 326 ss. Sull'inesistenza materiale cfr. anche P. CAPARRELLI, *Forma volontaria*, cit. secondo il quale «poiché i contraenti subordinano il perfezionarsi dell'accordo al rispetto della forma preventivamente stabilita, il contratto privo di tale forma [...] deve considerarsi non concluso perché il consenso manifestato non è considerato dalle parti l'ultimo o definitivo», c.1158 s..

¹⁶⁵ Cfr. M. ALLARA, *La teoria generale*², cit., 37 e 181.

¹⁶⁶ G. GENNARI, *Brevi note sugli effetti della forma convenzionale*, nota a Cass. civ. sez. lav., 06.05.1996, n. 4167, in *Corr. giur.*, 1997, IV, 452. Analoga censura muovono P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi*, cit., rilevando che si giungerebbe «ad applicare una sanzione più grave di quella prevista per la forma legale», 146 e già F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu - F. Messineo, Milano, 1968, il quale, riferendosi alla formulazione di G. MIRABELLI, *Dei contratti*, cit., 220 (per cui cfr. *supra*, 32, nt. 154 e, ivi, testo e nt. 163), ritiene ingiustificabile «l'evidente disarmonia per cui - mentre, dall'inosservanza della forma legale, prescritta *inderogabilmente* dalla legge, è certo che (art. 1418 comma 2 c.c.) deriva la *nullità* - dall'inosservanza della forma, stabilita per patto dalle parti, e sempre derogabile per accordo fra le stesse, discenderebbe un *plus*: cioè, *l'inesistenza*» 154 s.. Altri appunti in F. DI GIOVANNI, *Accordi sulla forma*, cit., 104 ss. (e ID., *La forma*, cit., 917 ss.). In senso critico rispetto all'inesistenza giuridica (discorrendo l'autore di «inesistenza o se si vuole di inefficacia convenzionale», 459), cfr. anche R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., per il quale, «([...] a prescindere dubbi che tormentano la dottrina circa l'autonomia di quest'altra nozione) [...] non può dubitarsi che il contratto possieda il minimo di requisiti per esistere (ed essere considerato tale sul piano della realtà sociale e giuridica)», 458 s..

Nonostante questo si è obiettato che anche «discorrere di mancato completamento della fattispecie [...] non risolve concretamente il problema della legittimazione ad impugnare e della normativa da applicare»¹⁶⁷.

In effetti autori che muovono dalla premessa di un «mancato perfezionamento del contratto secondo l'intesa delle parti»¹⁶⁸ concludono per un regime in cui «il difetto di forma non potrà essere rilevato d'ufficio nè fatto valere da un terzo [...]. Si intende poi, ed alla stessa stregua, che ciascuna delle parti possa rinunciare, o esplicitamente o per implicito [...], ad eccepire la mancata realizzazione della volontà contrattuale»¹⁶⁹, mentre altri ha rilevato che se si ritiene che l'ordinamento «attribuisca al patto gli effetti che si assumono voluti dalle parti, qualificando come non definitivo il consenso e quindi come non concluso il contratto mancante della forma pattuita [...] allora si dovrà conseguentemente dedurre che la mancata conclusione del contratto è rilevabile d'ufficio, opponibile ai terzi (nonostante l'apparenza di un contratto perfetto) e non è sanabile»¹⁷⁰.

A tal proposito si è anche osservato che la tendenza giurisprudenziale ad applicare nella materia delle forme convenzionali alcuni principi del regime della nullità, e in ispecie la rilevabilità d'ufficio, si concilia «con la tesi della irrilevanza del contratto amorfo perché «non concluso»¹⁷¹ poiché di solito si fonda «sul potere-dovere del giudice di verificare *ex officio* la completezza dell'atto alla stregua della disciplina negoziale pattuita»¹⁷² il quale difetterebbe, appunto, dell'accordo, ovvero di un requisito essenziale secondo l'art. 1325 cod. civ..

Se, invece, si nega che col patto le parti possano sancire «la nullità (come l'annullabilità) del negozio contrastante alle sue statuizioni»¹⁷³, ma si discorre di inesistenza convenzionale intendendosi che nonostante «il contratto posseda il minimo di requisiti per esistere»¹⁷⁴ esso, «altrimenti esistente ed efficace, tale qui non diviene in

¹⁶⁷ P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi*, cit., 147; la critica è riferita espressamente alla formulazione di R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., secondo il quale, trattandosi di regole con cui le parti stesse disciplinano la propria attività negoziale, «si deve discutere [...] del mancato perfezionamento del contratto secondo l'intesa delle parti; e prospettarsi semmai una ipotesi di inesistenza o se si vuole di inefficacia convenzionale», 459.

¹⁶⁸ R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., 459.

¹⁶⁹ R. SCOGNAMIGLIO, *op. loc. cit.*.

¹⁷⁰ G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Questioni irrisolte*, cit., 248.

¹⁷¹ F. DI GIOVANNI, *Accordi sulla forma*, cit., nt. 32, 102 (e in ID., *La forma*, cit., nt. 73, 916).

¹⁷² F. DI GIOVANNI, *Accordi sulla forma*, cit., 102 (e in ID., *La forma*, cit., 916). L'autore probabilmente si riferisce a Cass. civ., sez. III, 09.02.1980, n. 909, in *Foro it.*, 1980, 1, 503-506 e in *Giust. civ.* 1980, 1, 2236-2240 (da cui si cita) dove si legge che «il giudice ha il potere-dovere di rilevare d'ufficio l'incompletezza dell'atto, giacché è ragionevole e coerente ritenere che la seria valutazione degli interessi privati risultante dalla scrittura contenente il patto sulla forma del negozio abbia prevalenza sul comportamento tenuto in giudizio da chi si astenga dall'eccepire il difetto della forma convenzionale», 2238.

¹⁷³ R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., 457.

¹⁷⁴ R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., 458 s..

forza e nei limiti di rilevanza di un precedente patto (intercorso tra gli stessi stipulanti)»¹⁷⁵, il problema si dovrebbe spostare sul piano dell'inefficacia.

Né può dirsi che predicare l'inefficacia¹⁷⁶ del contratto informale porti maggiori lumi sulla disciplina applicabile, sia che la si intenda in senso lato, sia che la si accosti specificamente a quella conseguente al non avverarsi di un evento dedotto in condizione: il carattere generico della prima non consente di tracciare i confini del suo regime giuridico (giacché «tale `inefficacia' può ben concepirsi come effetto *indiretto e derivato della nullità* del contratto: il contratto nullo è anche, e necessariamente, inefficace»¹⁷⁷), la seconda, a tacer d'altro, è difficilmente concepibile perché postula una distinzione, che in questo caso farebbe difetto, tra il momento perfezionativo del contratto e il momento dell'accadimento a cui è subordinato il prodursi degli effetti ponendo anche dubbi sulla retroattività del suo operare e sull'opponibilità ai terzi¹⁷⁸.

Oltre a ciò si è anche negato che «la rilevanza in ordine al contratto che le parti possono attribuire a determinati requisiti è la rilevanza propria della condizione: subordinare il contratto a un determinato requisito volontario significa appunto subordinarlo a un requisito di efficacia»¹⁷⁹. Contro tale premessa della tesi dell'inefficacia si è osservato che talvolta l'ordinamento giuridico riconosce ai privati il potere di fissare regole idonee a determinare l'invalidità (e non l'inefficacia) degli atti da esse difformi: «il riferimento è agli artt. 23, 1137 e 2377 c.c. in cui la legge prevede l'annullabilità delle deliberazioni assembleari adottate in violazione, rispettivamente dell'atto costitutivo o dello statuto delle associazioni, del regolamento di condominio e dell'atto costitutivo delle società per azioni»¹⁸⁰.

La tesi (minoritaria) dell'annullabilità¹⁸¹ trae un argomento, dunque, dall'analogia con le regole sul procedimento di formazione della volontà dei gruppi in vario modo organizzati. L'elemento di somiglianza consiste nel fatto che anche nel caso della

¹⁷⁵ R. SCOGNAMIGLIO, *Dei contratti in generale*, cit., 459.

¹⁷⁶ Cfr. A. GENOVESE, *Le forme volontarie*, cit., 194 s. che intende il concetto come indicativo della «mancata produzione degli effetti giuridici voluti, in seguito alla mancata formazione di quella fattispecie che unicamente poteva produrli»; in senso differente parla di inefficacia C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*², cit., 298 s, il quale accosta, sotto l'aspetto funzionale, il patto sulla forma alla condizione.

¹⁷⁷ F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit. 155.

¹⁷⁸ Cfr. E. PALMERINI, *Art. 1352 – Forme convenzionali*, cit., 206; cfr., anche, G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Questioni irrisolte*, cit., 251 s., su cui v. *supra*, § 3, 14, testo e nt. 50.

¹⁷⁹ C.M. BIANCA, *Diritto civile*, III, *Il contratto*², cit., 298 s.

¹⁸⁰ G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Questioni irrisolte*, cit., 252.

¹⁸¹ Cfr. O. PROSPERI, *Forme complementari*, cit., 208 secondo cui «la inosservanza delle forme volontarie dovrebbe essere ritenuta causa di annullamento piuttosto che di nullità (neppure nella meno rigida regolamentazione, autorevolmente suggerita [M. GIORGIANNI, *Forma degli atti (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, 1003], in difformità dal generale paradigma legislativo), poiché la relativa azione spetta soltanto al pascente interessato, che vi può espressamente o tacitamente rinunciare, eseguendo il contratto pur viziato nella forma», 208; e anche G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Questioni irrisolte*, cit., 252 ss., la quale riconosce che la tesi in questione «è rimasta pressoché isolata», 252.

convenzione che regola la forma di un futuro contratto i privati pongono a sé stessi regole sul procedimento di formazione e manifestazione della volontà (nonostante non sussista in tal caso la medesima necessità logica, trattandosi di persone fisiche e non di altri soggetti di diritto).

Oltre a quest'argomento analogico si è anche osservato che le forme convenzionali sono volute dalle parti per soddisfare interessi particolari, a differenza delle forme legali le quali sono imposte per motivi di interesse pubblico e pertanto sarebbe conforme alla diversa natura degli interessi perseguiti l'applicazione di distinti regimi giuridici: l'annullabilità, appunto, per l'inosservanza delle prime (con la conseguente efficacia provvisoria, impugnabilità ad istanza di parte, costitutività della sentenza giudiziale, convalidabilità e limitata opponibilità ai terzi, giusta quando dispone l'art. 1445 cod. civ.) la nullità per la violazione delle seconde¹⁸² (con la conseguente inefficacia fin dall'origine, rilevabilità d'ufficio, insanabilità e opponibilità ai terzi).

Si è, tuttavia, notato che «ha un valore puramente statistico, e non già costruttivo, affermare che l'annullamento è figura d'invalidità volta a proteggere interessi privati»¹⁸³ poiché «è la discrezionalità del legislatore - orientata dai mutevoli e transeunti indirizzi di politica legislativa -, e non già la presunta qualità ontologica degli interessi presi in considerazione, a determinare la nullità o, piuttosto, l'annullabilità del negozio»¹⁸⁴.

¹⁸² Così O. PROSPERI, *Forme complementari*, cit., 208; similmente G. CERDONIO CHIAROMONTE, *Questioni irrisolte*, cit., 257.

¹⁸³ V. VERDICCHIO, *Forme volontarie*, cit., 130 s..

¹⁸⁴ V. VERDICCHIO, *Forme volontarie*, cit., nt. 129, 130.

D'altronde, nemmeno si può sostenere che seguire la «spontanea tesi della nullità»¹⁸⁵ del contratto amorfo risolva di per sé i problemi che concernono il regime del negozio viziato; dietro il comune nome di “nullità” si celano sostenitori di tesi diverse in particolare per ciò che riguarda la legittimazione attiva, la rilevabilità d'ufficio e la possibilità di sanatoria.

Quanto a quest'ultimo punto, a fronte di quelli a cui «la tesi della nullità assoluta pare eccessiva», mentre sembra «più ragionevole quella di una nullità relativa, e sanabile»¹⁸⁶, stanno quelli che si domandano «perché si dovrebbe riconoscere alle parti il potere di confermare un negozio viziato per difetto di un elemento che quelle stesse parti hanno aggiunto e che le medesime possono in qualsiasi momento rimuovere. Che revochino il patto se ritengono che il requisito di forma non sia più conforme ai loro interessi»¹⁸⁷.

Per quel che concerne il potere del giudice di rilevare d'ufficio la nullità e la legittimazione attiva in capo ai terzi (art. 1421 cod. civ.) c'è chi, dopo aver negato che la stipulazione del negozio informale possa «essere interpretata, sempre ed astrattamente, come implicita volontà di scioglimento del vincolo di forma che gravava sulle parti»¹⁸⁸ e posto il problema dell'individuazione del vizio del contratto amorfo, aderisce all'orientamento giurisprudenziale che «identifica il vizio e ritiene che il contratto è

¹⁸⁵ F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit. 155. Propende per la qualificazione in termine di nullità la dottrina maggioritaria, pur divergendo circa taluni punti del concreto regime applicabile. Oltre al Messineo, cfr., tra gli altri, L. CARIOTA FERRARA, *La forma dei contratti*, cit., il quale discorre di «nullità dei negozi o degli atti compiuti poi con forma diversa», 20; E. BETTI, *Teoria generale*, cit., 471 che annovera il caso della inosservanza delle forme pattuite *ad substantiam actus* tra quelli di nullità relativa, come anche V. ROPPO, *Il contratto*², cit., 238 che definisce la tesi della nullità relativa e sanabile «più ragionevole» di quella della nullità assoluta; M. NUZZO, *Sulla rilevabilità d'ufficio del difetto di forma convenzionale*, nota a Cass. civ., sez. III, 09.02.1980, n. 909, in *Giust. civ.*, 1980, I, 2241 s., che la ritiene soluzione idonea «a contemperare esigenze diverse», 2241; A.M. BENEDETTI, *Autonomia privata procedimentale*, cit., 348 che a “relativa” aggiunge l'aggettivo “procedimentale”; in senso sostanzialmente analogo a questi ultimi autori si pronuncia M. GIORGIANNI, *Forma degli atti*, cit., secondo il quale si tratta «di una `invalidità` del negozio, la quale tuttavia non appartiene al tipo di `nullità` disegnato dal legislatore, in quanto essa può essere fatta valere solo dalla parte interessata, la quale perciò può rinunziarvi, come può dare esecuzione al contratto», 1003 (a cui parrebbe aderire, nella manualistica, F. GAZZONI, *Manuale*¹⁷, cit., 935); è favorevole all'applicazione del regime ordinario della nullità D. MAFFEIS, *Autonomia privata*, cit. 418 ss., in particolare 419 circa la rilevabilità d'ufficio e 420 s. circa la legittimazione attiva in capo ai terzi interessati; R. SACCO, *La forma*, cit., 720, il quale, però, precisa che «una dottrina suggerisce di non consentire il rilevamento d'ufficio del vizio, e di permettere alle parti la convalida ex post dell'atto informale» [riferendosi espressamente nella nt. 17 ad A. LISERRE, voce *Forma degli atti (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, aggiornamento XVI, 2007 secondo il quale «la mancata conclusione del contratto potrà essere sempre eccepita (soltanto) da ciascun contraente, che sarà libero, peraltro e invece, di rinunziarvi espressamente o implicitamente (dando esecuzione all'accordo pur nella consapevolezza del suo vizio di forma)», § 5, 7 e a R. FAVALE, *Forme “extralegali”*, cit., 288 (*recte* 289, giacché nella pagina citata si legge soltanto che «la legittimazione a far valere il vizio di forma non è ristretta alle sole parti contraenti»), per il quale «ad una estensione, oltre le parti, della legittimazione non corrisponde la rilevabilità d'ufficio del vizio da parte del giudice»]; aderisce alla «tesi rigorosa di SACCO» anche M. DI PAOLO, *La forma del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, II, 181; F. VENOSTA, *La forma dei negozi*, cit., 310, al quale «sembra doversi riconoscere che tale negozio è nullo, visto che la nullità è il predicato tipico della fattispecie negoziale difettosa»; G. GENNARI, *Brevi note*, cit. per cui «l'opinione che qui si ritiene di dovere sostenere è che coerenza logica e giuridica impongono che il trattamento riservato al contratto concluso in forma diversa da quella voluta sia il medesimo previsto dalla legge per la mancanza di uno degli elementi essenziali della fattispecie: la nullità», 451.

¹⁸⁶ V. ROPPO, *Il contratto*², cit., 238.

¹⁸⁷ G. GENNARI, *Brevi note*, cit., 452.

¹⁸⁸ D. MAFFEIS, *Autonomia privata*, cit. 418.

nullo»¹⁸⁹ traendone la conseguenza della «rilevabilità d'ufficio del vizio»¹⁹⁰ e concludendo che «il riconoscimento al terzo della legittimazione a far valere la mancanza della forma volontaria non scalfisce l'autonomia privata, ed invece, in piena conformità con la ragione sottesa alla regola di cui all'art. 1421 cod. civ., impedisce all'autonomia privata di creare indici contrastanti con la certezza dei rapporti giuridici»¹⁹¹; altri, invece, pur ammettendo che sia assolutamente prevalente in dottrina la tesi che nega ai terzi la legittimazione attiva e al giudice il potere di rilevare la nullità d'ufficio, ritiene che le due questioni debbano essere tenute distinte e, mentre afferma «che il giudice non possa rilevare d'ufficio il difetto di forma convenzionale si può spiegare con la considerazione che il requisito non è qui imposto a tutela di un interesse generale, tanto è vero che le parti possono liberamente rinunciarvi»¹⁹², al contrario, «sulla carenza di legittimazione dei terzi» avanza «forti perplessità»¹⁹³.

Quando si tratta di tracciare i precisi confini del regime giuridico dell'atto viziato tale è la varietà di opinioni anche solo tra quanti predicano la nullità del contratto amorfo che non è mancato chi ha ritenuto che «la disposizione dell'art. 1352 cod. civ., al lume dell'interno sistema, consente un riferimento immediato alla figura dell'invalidità convenzionale», avente come fonte diretta l'ordinamento dei privati»¹⁹⁴ precisando che «nell'ottica degli ordinamenti dei privati è sufficiente discorrere di 'invalidità' - come concetto opposto a quello di 'validità' - dell'atto senza che abbiano alcun fondamento le figure specifiche di inesistenza, nullità, annullabilità. Non avrebbe alcun senso duplicare le figure d'invalidità disciplinate dalla legge e trasportare all'interno dell'ordine dei privati»¹⁹⁵.

È evidente che da quest'ultima opinione dottrinale non è possibile trarre in via immediata il regime giuridico applicabile al negozio informale poiché chi la sostiene, in sostanza, considera il vizio atipico; pur non potendo risolvere il problema per mezzo della corrispondenza a una ben precisa disciplina normativa (ciò che, peraltro, non riesce neppure ai sostenitori delle altre tesi), tuttavia, essa ha il pregio di indicare un metodo¹⁹⁶ chiarendo che «il problema va risolto mediante il criterio della compatibilità alla particolarità degli interessi disposti perché disponibili dalle parti»¹⁹⁷ dovendosi

¹⁸⁹ D. MAFFEIS, *op. loc. cit.*.

¹⁹⁰ D. MAFFEIS, *op. loc. cit.*.

¹⁹¹ D. MAFFEIS, *Autonomia privata*, cit. 421.

¹⁹² F. VENOSTA, *La forma dei negozi*, cit., 311 s..

¹⁹³ F. VENOSTA, *La forma dei negozi*, cit., 312; l'autore muove dal presupposto che non sia vero (contrariamente a quanto ritengono coloro che negano la legittimazione ai terzi) che il contratto sia «invalido solo fra le parti, e valido invece nei riguardi dei terzi», *ibidem*.

¹⁹⁴ R. FAVALE, *Forme "extralegali"*, cit., 286.

¹⁹⁵ R. FAVALE, *Forme "extralegali"*, cit., 288.

¹⁹⁶ Cfr. E. PALMERINI, *Art. 1352 – Forme convenzionali*, cit., 206.

¹⁹⁷ P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi*, cit., 147.

riconduurre «la ricerca di ogni specifica soluzione al criterio meglio rispondente alla tutela degli interessi particolari dei contraenti. Si acquisisce così una ulteriore, preziosa, conferma della irriducibilità del dibattito intorno alla forma degli atti ad ogni suggestiva, ma fuorviante, generalizzazione»¹⁹⁸.

5. *Dalla varietà delle opinioni odierne alle origini del problema.*

Finora si è esposto per sommi capi il variegato panorama dottrinale che, al presente, riguarda le convenzioni intorno alla forma di futuri negozi giuridici.

Si tratta di tentativi (talvolta ardit) di concettualizzare una realtà che s'impone all'interprete anzitutto nel mondo dell'esperienza, della quale le diverse teorie spesso privilegiano un aspetto rispetto a un altro.

Una delle idee comuni che regge, a volte in modo implicito, altre volte espressamente, la gran parte delle varie opinioni che in sintesi si sono sopra presentate è quella di una *Souveränität* dei privati i quali limitano sé stessi nell'esercizio della loro autonomia.

Mi pare si sottragga all'unificazione sotto questo elemento soltanto la tesi (assai difficilmente sostenibile con riferimento al diritto vigente) che discorre di esercizio di delega legislativa da parte dei soggetti privati¹⁹⁹.

Quest'impressione mi ha indotto a interrogarmi sulla misura in cui le odierne vedute dottrinali siano conformi all'impostazione originaria del problema.

In effetti, e si è già avuto occasione di farne cenno, il dibattito intorno alle forme volontarie è ormai più che millenario; a tal proposito, al principio dello scritto, ho dato il giusto onore all'Addis per aver riportato l'attenzione degli studiosi sulla genesi del problema delle forme volontarie con la traduzione dell'opera di G. Setzer. Infatti, usando le stesse parole del civilista italiano, «se davvero non fu volta a dare soluzione al problema perché non se lo poteva porre, allora la l. 17 sembrerebbe proprio averlo fatto sorgere o, quanto meno, aver contribuito in modo determinante a farlo diventare oggetto di una disputa millenaria»²⁰⁰.

¹⁹⁸ A. LISERRE, voce *Forma degli atti*, cit., § 5, 8.

¹⁹⁹ Cfr. *supra*, § 3, 21 ss..

²⁰⁰ F. ADDIS, *Contractus*, cit. 12.

La legge 17 posta dai compilatori del *Codex* sotto il titolo 21 del libro 4 è tra le più disputate dell'intero *Corpus iuris civilis*.

Pur potendosi indicare come l'origine del problema delle forme convenzionali, essa, tuttavia, ha attirato l'attenzione degli studiosi del diritto romano in quanto «relativa alla confezione degli strumenti di alienazione»²⁰¹.

Anzi, essa è stata considerata soprattutto come riferita alla vendita al punto che alcuni studiosi²⁰² hanno pensato che fossero conseguenza di interpolazioni dei compilatori del *Codex* i riferimenti ai contratti diversi dalla vendita (i quali, comunque, anche da quanti hanno negato una così ampia interpolazione, sono stati ritenuti accomunati alla vendita in ragione della loro prossima o remota ordinazione al trasferimento dei diritti²⁰³) giacché «*Justinian mit seiner Konstitution von 528 ausschliesslich eine Regelung für den Kauf, und zwar den Kauf 'cum scriptura' gegeben hat*»²⁰⁴.

Ancora più specificamente si è affermato che «non v'è dubbio, né ci sembra possa venir seriamente contestato, che la *venditio in scriptis* disciplinata in C. 4, 21, 17 è una vendita con effetti traslativi»²⁰⁵, poiché si tratta del «contratto greco, che ha esclusivi effetti reali, cioè ha per causa il trasferimento della proprietà del venditore al compratore, contro il pagamento del prezzo»²⁰⁶.

Si rende, dunque, necessario, prima di compiere l'esegesi della legge 17, inquadrarla entro gli sviluppi del contratto di vendita nel corso del tardo Impero. Gli studi monografici sull'argomento sono poco numerosi e, spesso, di vecchia data. Tutti, però, sono concordi nel rilevare un fatto: l'affievolirsi della netta distinzione, tipica dell'età classica, fra il contratto di vendita, produttivo di sole obbligazioni, e gli atti volti a determinare il trapasso della proprietà. Secondo l'opinione della maggior parte degli autori che si sono occupati attivamente della compravendita tardoantica, nel basso Impero la separazione risoluta del contratto dai negozi traslativi si fa impercettibile fino a sparire.

²⁰¹ S. RICCOBONO, 'Traditio ficta', in *ZSS*, XXXIII, 1912, 296.

²⁰² Mi riferisco, in particolare, a O. GRADENWITZ, *Zu dem Titel C. 8, 36, de litigiosis und einigen anderen Gesetzen Justinians*, in *ZSS*, LIII, 1933, 420 e W. SCHUSTER, *Die funktion der 'arrha' bei Justinian*, in *Labeo*, Milano, V, 1959, 52 ss., 66.

²⁰³ Così V. ARANGIO-RUIZ *La compravendita in diritto romano*², Napoli, 1954, secondo cui il testo della costituzione «non riguarda soltanto la vendita, ma anche la permuta, la donazione, la transazione, evidentemente unite insieme in quanto mirano, almeno in ultima analisi, al trasferimento di beni», 98.

²⁰⁴ W. SCHUSTER, *Die funktion*, cit., 55.

²⁰⁵ M. TALAMANCA, *sub voce Vendita (dir. rom.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, XLVI/1993, 469.

²⁰⁶ M. TALAMANCA, *L'arra della compravendita in diritto greco e in diritto romano*, Milano, 1953, 82 e, similmente, in contrapposizione però al significato del termine in *Inst.* 3, 23 pr., «nella C. 4, 21, 17 la *emptio-venditio* è la compravendita greca, ossia il sinallagma con effetti reali tra prezzo e cosa», 84.

Le indagini dei non molti studiosi che hanno affrontato il problema della sorte dell'*emptio et venditio* nell'epoca postclassica costituiscono il punto di partenza di questa ricerca con la quale ho inteso passare al vaglio i risultati raggiunti dalla dottrina in questo campo per capire se siano ancora oggi degni di fede oppure debbano essere forse stemperati per renderli perfettamente consonanti ai dati delle fonti e, soprattutto, se siano pertinenti al problema affrontato da Giustiniano nel 528 d.C. con C. 4, 21, 17.

CAPITOLO SECONDO

LA COMPRAVENDITA COME FATTO ECONOMICO E LE POSSIBILI FORMALIZZAZIONI GIURIDICHE.

SOMMARIO: 1. LA COMPRAVENDITA COME FATTO ECONOMICO NEL COMUNE SENTIMENTO GIURIDICO. – 2. LA TESTIMONIANZA DEL DIRITTO COMPARATO: L'ANTICA ESPERIENZA GIURIDICA GRECA. – 3. I TRATTI ESSENZIALI DELL'EMPTIO ET VENDITIO ROMANA DI EPOCA CLASSICA. – 4. LE APPARENTI DIVERGENZE NELLA PRASSI.

1. La compravendita come fatto economico nel comune sentimento giuridico.

Il sostantivo compravendita designa nell'uso comune piuttosto un fatto economico che un atto (o negozio) giuridico. Dal punto di vista economico, la compravendita è uno dei principali mezzi attraverso i quali si attua lo scambio. Lo scambio può concernere beni o servizi: la compravendita si riferisce solo allo scambio di beni e, in particolare, allo scambio tra la definitiva disponibilità di una cosa e il suo valore espresso in denaro. Essenziale della compravendita è, pertanto, il fine dello scambio che scaturisce di necessità dalla sua stessa natura e la rende il più importante dei contratti e anche il più frequente nella vita pratica. Non altrettanto necessitati sono i mezzi ordinati al conseguimento di quel fine, i quali, invece, possono essere (e di fatto furono e sono) diversi secondo i tempi e i luoghi. Come osserva acutamente l'Arangio-Ruiz: «quel fatto economico può essere realizzato nei modi giuridici più svariati, ora riducendosi nella sfera degli atti di trasferimento delle cose (in proprietà od in possesso), ora contemperando tale struttura con l'intervento – in funzione accessoria – di questo o quel contratto obbligatorio, ora distaccando nettamente una prima fase contrattuale da un'altra di esecuzione del contratto, ora frammischiando variamente le due fasi; mentre il contratto stesso, nei limiti entro i quali può per sua natura contribuire a realizzare i fini economici delle parti, può avere carattere consensuale ma all'occasione anche reale,

o solenne, e può essere sufficiente a dar vita a tutte le obbligazioni che le parti vogliono far nascere ma può anche esigere l'intervento complementare di altri contratti»²⁰⁷.

Dinanzi alla ricchezza e alla complessità del sostrato economico che s'intende disciplinare diverse sono le formalizzazioni giuridiche e vari gli atteggiamenti possibili. Rispetto al mandato, che è tutto un impegno per l'avvenire, o alla locazione conduzione e alla società, che sono contratti di durata, la compravendita si presenta essenzialmente differente, perché la mera obligatorietà è solo uno degli assetti giuridici che possono convenire al fine economico perseguito. Riservare alla fase dell'accordo, economicamente preparatoria, o alla fase del trasferimento, in cui il risultato economico è raggiunto, il nome di compravendita è, pertanto, rimesso all'arbitrio del legislatore e della giurisprudenza; è, insomma, nulla più che «un atto d'impero»²⁰⁸.

Dato bando alla dogmatica e volta l'attenzione all'esperienza, si troverà una più solida base su cui poggiare le considerazioni sin qui svolte. Il comune sentimento giuridico, il diritto comparato e la storia del diritto offrono esempi copiosi del proteiforme significato della parola compravendita.

Poiché la maggior parte degli scambi avviene attraverso due tradizioni simultanee²⁰⁹, è del tutto naturale che all'occhio del profano il comprare e il vendere coincidano con l'effettivo scambio di cosa contro denaro. È altresì ovvio che lo scambio presupponga sempre una precedente fase in cui le parti si siano accordate sulla cosa e sul prezzo, ma, nonostante l'imperio del principio del consenso traslativo, anche adesso l'efficacia dell'accordo non è univoca e in certi casi sarebbe affatto irrealistico sussumere l'accordo in questione sotto l'art. 1376 c.c.²¹⁰. Il gioielliere offre la sua merce al pubblico: se un potenziale acquirente, entrato in gioielleria, mostra interesse verso un determinato monile e, conoscitone il prezzo, fa esplicita dichiarazione di volerlo comprare, ma poi, approfittando di un momento di distrazione del venditore (d'altronde l'opinione comune avverte chiaramente il pericolo che sorge dall'occasione), afferra il prezioso oggetto e fugge a gambe levate, costui, nel comune sentimento giuridico, è un ladro. Sarebbe una finzione giuridica ritenerlo colpevole soltanto dell'inadempimento dell'obbligazione di versare il prezzo essendo divenuto proprietario «per effetto del

²⁰⁷ V. ARANGIO-RUIZ *La compravendita*², cit., 1.

²⁰⁸ Così V. ARANGIO-RUIZ *La compravendita*², cit., 2 e 85.

²⁰⁹ La grande e crescente diffusione delle vendite via internet, sebbene possa inficiare molto presto la verità dell'asserzione, potrebbe, ciononostante, rafforzare la comune convinzione che il momento perfezionatore della vendita sia il pagamento del prezzo, perché nella struttura più frequente di esse l'accettazione coincide con la compilazione di un cosiddetto *form* in cui si indicano, fra gli altri dati, i numeri della carta di credito o di un codice relativo ad altri strumenti di pagamento.

²¹⁰ Sul principio del consenso traslativo e sul problema della sua derogabilità cfr., *inter alios*, G. B. PORTALE, *Principio consensualistico e conferimento di beni in società*, in *Riv. Soc.*, Milano, XV/1970, 913 ss.; F. FERRARI, *Principio consensualistico e Abstraktionprinzip: un'indagine comparativa*, in *Contratto e impresa*, Padova, 1992, I, 889 ss.; C. M. BIANCA, *Il principio del consenso traslativo*, in *Diritto privato*, I, *Il trasferimento in proprietà*, Padova, 1995, 5 ss.; G. FURGIUELE, *Il contratto con effetti reali fra procedimento e fattispecie complessa: prime osservazioni*, *ibidem*, 83 ss.; A. LUMINOSO, *Appunti sui negozi traslativi atipici*, Milano, 2007, 7 ss. Tutti tendenzialmente favorevoli alla derogabilità della regola consensualistica.

consenso delle parti legittimamente manifestato». Il principio del consenso traslativo, in un caso come questo, mal si adatta alla percezione sociale²¹¹ e la sua applicazione al caso di specie negligerebbe interamente il senso comune che in tale ipotesi, sia pure in forma irriflessa e spontanea, riconosce senza ombra di dubbio una condotta tanto grave da trascendere la mera illiceità civile²¹². A ogni modo, anche prescindendo dal problema specifico del prodursi o no di effetti reali in ragione della sola manifestazione del consenso, vi sono numerosi casi in cui è assai dubbio che all'accordo delle parti possa ricondursi un qualche effetto giuridico in genere. Giova, ancora una volta, riportare le chiare parole dell'Arangio-Ruiz: «dove si presuppone che la vendita debba farsi a contanti, se pure preceda una fase di trattative conclusa con un accordo, rimane tuttavia nel sentimento comune la persuasione che, entro il breve periodo occorrente per l'esecuzione, ci si possa disdire quanto si voglia. Molte volte ci accade (come tutti sanno, accade di preferenza alle signore) di fermarci a lungo in una bottega o magazzino, sia per scegliere accuratamente la merce che ci convenga acquistare sia per discuterne il prezzo; e un momento viene in cui sembra finalmente stabilito che prenderemo la tal merce al tal prezzo. Sennonché, di veramente stabilito c'è, sempre per comune sentimento, soltanto questo, che sulla convenienza di quel prezzo a quella merce non sia più ammessa la discussione. Ma se, prima che la merce sia ritirata e sborsato il denaro, ci accada di preferire altro oggetto o di rinunciare ad ogni acquisto, il negoziante protesterà sì contro la nostra inconseguenza, imprecherà (se questo è il costume locale) contro chi gli fa perdere il tempo, ma non pretenderà che la merce sia presa e il prezzo pagato. Altro sarà il suo atteggiamento se, dopo aver pagato e ritirato la merce, gli chiediamo di riprenderla, sia pure per l'ottima ragione che nel negozio vicino l'abbiamo vista esposta a prezzo molto inferiore: allora, specie in certi ambienti popolari ove la verità sale facilmente a fior di pelle, sarà anche capace di dirci che se ci

²¹¹ Potrebbe corrispondere meno imperfettamente alla percezione sociale dei fatti (ma l'approfondimento della questione non rientra nel fine della ricerca) un'interpretazione che riconosca un uso negoziale per cui le vendite effettuate nei pubblici esercizi si debbano intendere concluse a contanti o, per lo meno, un'interpretazione che riconosca un uso negoziale per cui il prodursi dell'effetto traslativo in vendite siffatte sia posto sotto la condizione sospensiva del pagamento del prezzo. Il fondamento normativo dell'ipotesi, identico nei due casi, riposerebbe sugli articoli 1322 e 1340 del codice civile: per il primo le parti possono «concludere contratti che non appartengano ai tipi aventi una disciplina particolare», mentre per il secondo s'intendono inserite nel negozio le cosiddette clausole d'uso, se non risulti una diversa volontà la quale però, secondo l'opinione dominante (per cui cfr. F. GAZZONI, *Manuale*¹⁷, cit., 921; P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*⁶, Napoli, 2007, 476; A. TRABUCCHI, *Istituzioni di diritto civile*⁴⁴, Padova, 2009, 201, nt. 1; A. GENOVESE, *sub voce Usi negoziali e interpretativi (dir. priv.)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, XXXVII/1994 con ampia rassegna di dottrina e giurisprudenza), non può essere espressa da una norma meramente dispositiva come quella contenuta (secondo la dottrina maggioritaria, per cui cfr. *supra*, 43, nt. 210) nell'art. 1376 c.c. a causa dell'asserita natura negoziale delle clausole in esame. La seconda forma dell'ipotesi implica complessi problemi di dogmatica giuridica riguardo alla possibilità che un avvenimento futuro e incerto, ma attinente alla realizzazione del negozio, costituisca oggetto di una condizione (in senso negativo si pronunciava la dottrina meno recente per cui cfr. F. SANTORO-PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*⁹, Napoli, 2002).

²¹² Sull'importanza della percezione della coscienza sociale soprattutto ai fini penali, cfr. A. PAGLIARO, *L'altruità della cosa nei delitti contro il patrimonio*, in *Riv. it. diritto e procedura penale*, VIII/1965, 699, ora in *Il diritto penale fra norma e società: scritti 1956-2008*, IV, Milano, 2009, 365 s.; si precisa che l'autore, pur riconoscendo che la coscienza sociale «deve essere tenuta sempre nella dovuta considerazione nelle trattazioni giuridiche e soprattutto in quelle penalistiche», ammette che essa non abbia, dato il suo carattere pregiudiziale e spesso grossolano, forza tale da dirimere la questione, la cui soluzione va ricercata nell'autonomia delle nozioni penalistiche.

siamo lasciati corbellare ben ci sta»²¹³. In conclusione la compravendita nel senso socialmente più diffuso della parola consiste in due tradizioni simultanee, ciascuna delle quali è causa dell'altra²¹⁴.

2. La testimonianza del diritto comparato: l'antica esperienza giuridica greca.

Se poi estendiamo l'indagine al diritto comparato e volgiamo la nostra attenzione all'antica esperienza giuridica greca²¹⁵, troviamo persino esempi di fonti autoritative per le quali l'accordo delle parti sullo scambio della cosa contro il prezzo rimane fuori dalla fenomenologia propriamente giuridica, poichè «*sale is for the Greeks identical with exchange of money against goods. They cannot imagine sale without payment of the price [...] Transfer depended on payment, not on delivery*»²¹⁶. In diritto greco²¹⁷ vigeva insomma il cosiddetto *Surrogationsprinzip*²¹⁸ per il quale si ha compravendita (ἡ ὄνη καὶ ἡ πρᾶσις secondo la terminologia del noto frammento del Περὶ τῶν νόμων di Teofrasto²¹⁹) solamente quando nel patrimonio del venditore il prezzo prende il posto della merce, e viceversa in quello del compratore. In altre parole è il pagamento (che, nel caso di merci di particolare pregio, deve essere accompagnato dal compimento di

²¹³ V. ARANGIO-RUIZ *La compravendita*², cit., 15.

²¹⁴ Per la sensibile influenza che il dilagare del cosiddetto *e-commerce* potrebbe avere (e già in larga parte ha) sulla portata dell'affermazione, cfr. *supra*, § 1, 43, nt. 209.

²¹⁵ Per la quale cfr., per tutti, F. PRINGSHEIM, *The Greek Law of Sale*, Weimar, 1950: si tratta di un'opera compatta e ordinata, presto divenuta fondamentale, in cui è trasfuso un impegno di ricerca sul tema durato per tutta la vita (e iniziato con la tesi di dottorato *Der Kauf mit fremdem Geld. Studien über die Bedeutung der Preiszahlung für den Eigentumserwerb nach griechischem und römischem Recht*, Leipzig, 1916) e in cui l'Autore, servendosi di un apparato di prove pressoché irrefragabile, riprende e precisa le tesi fondamentali in tema di compravendita alle quali era pervenuto il PARTSCH in varie ma rapide prese di posizione (dapprima nella recensione di un libro del PAPPOULIAS sull'arra, ora in *Aus nachgelassenen und kleineren verstreuten Schriften*, Berlin, 1931, 262 ss.; poi nelle *Mitteilungen aus der Freiburger Papyrussammlung*, Heidelberg, 1916, 15 ss.; e specialmente in *Festschrift Lenel*, Freiburg, 1923, 77 ss.).

²¹⁶ F. PRINGSHEIM, *The Greek Law*, cit. 90 s..

²¹⁷ Adopero l'impropria espressione «diritto greco»; è sottinteso però, nonostante vi siano, innegabilmente, motivi generali di fondo che traversano i vari ordinamenti greci, che più esattamente si dovrebbe dire «diritti greci».

²¹⁸ Identico principio operava anche nell'antico diritto babilonese, giacchè «*der altbabylonische Kauf ist grundsätzlich Barkauf gewesen, bei dem also unrechtlich der Austausch der Leistungen Zug um Zug vor sich gegangen ist und die Zahlung des Preises immer die Voraussetzung des Eigentumsüberganges bildete*». Sul punto cfr. M. SAN NICOLÒ *Die Schlussklauseln der altbabylonischen Kauf- und Tauschverträge: ein Beitrage zur Geschichte des Barkaufes*², München, 1974, 7. Ma una ricerca comparatistica rivelerebbe certo altri casi analoghi.

²¹⁹ Il frammento è riportato, con la speciale intitolazione Περὶ συμβολαίων, nel *Florilegium* di Stobeo, XLIV, 22, p.129, lin.19-p.130, lin. 26 (ed. HENSE). Poiché al di fuori del frammento teofrasteo è conosciuto solamente l'uso dei due termini separati, non è irragionevole pensare che la terminologia ἡ ὄνη καὶ ἡ πρᾶσις sia stata coniata dall'allievo di Aristotele a fini espositivi.

determinate formalità) a rendere perfetta la compravendita la quale produce i suoi effetti nel solo campo dei diritti reali e non già in quello delle obbligazioni. Dalla compravendita non poteva dunque sorgere alcuna azione volta a ottenere l'adempimento di obbligazioni contrattuali, perché, fin quando il prezzo non fosse stato pagato, essa non esisteva e al venditore che avesse trasferito il possesso, spettava una *δικαίωσις* attraverso la quale poteva far valere la sua pretesa reale; inversamente avveniva nella sfera giuridico-patrimoniale del compratore che avesse pagato il prezzo (e acquistato quindi la proprietà) senza aver ottenuto la disponibilità materiale della merce. Non c'era spazio per obbligazioni di sorta. L'idea di un vincolo obbligatorio, tuttavia, poteva sorgere quando determinate esigenze imponevano di rinviare la consegna della merce a un prossimo futuro (come per esempio in tutti in casi in cui al momento della conclusione dell'accordo l'oggetto non fosse ancora venuto a esistenza) o di accreditare il prezzo di una merce attualmente consegnata. Nella prima ipotesi, poiché il diritto greco non riconosceva alcun valore all'accordo delle parti su una compravendita da eseguirsi in futuro, il (futuro) compratore per preordinare una qualche forma di coazione alla consegna poteva ricorrere al versamento di una caparra (*ἀρραβών*). La dazione dell'arra²²⁰, configurata quale anticipo sul prezzo, creava in capo al futuro venditore un indiretto vincolo (allo scambio in generale e quindi) alla consegna, poiché se si fosse rifiutato di addivenire alla conclusione della compravendita sarebbe stato tenuto alla restituzione del doppio dell'arra ricevuta (mentre, invece, se la mancata esecuzione del cosiddetto contratto arrale fosse dipesa dal datore dell'arra, costui l'avrebbe persa)²²¹. In nessuna delle due parti del contratto arrale sorgeva però, in senso proprio, un diritto, munito di azione, alla (conclusione e simultanea) esecuzione del contratto di compravendita e la responsabilità della parte inadempiente era nei limiti dell'arra che era stata consegnata (secondo la diversa misura prima indicata) e non, come nell'*emptio et venditio* consensuale e obbligatoria romana, nel limite dell'*id quod interest*. Nella seconda ipotesi invece, quando cioè si voleva vendere a credito, nel mondo greco si fingeva l'esistenza di un distinto contratto causale di mutuo (*δάνειον*), legato economicamente alla compravendita, ma non nella struttura giuridica²²². Nel caso

²²⁰ Per l'arra nell'esperienza giuridica greca, cfr. F. PRINGSHEIM, *The Greek Law*, cit., 333 ss. e M. TALAMANCA *L'arra*, cit., 3 ss. e 21 ss..

²²¹ La ragione della diversa penalità è evidente: in ogni caso la merce restava nel patrimonio del venditore.

²²² D'altronde, nonostante la profonda diversità della fattispecie e la ricchezza dell'arsenale giuridico a disposizione, ancora secondo le Sezioni Unite civili della Corte di Cassazione in un'ipotesi di contratto preliminare a effetti anticipati vanno nondimeno «ravvisati, quanto alla concessione dell'utilizzazione della *res* da parte del promittente venditore al promissario acquirente, un comodato e, quanto alla corresponsione di somme da parte del promissario acquirente al promittente venditore, un mutuo gratuito» (Cass., sez. un., 27 marzo 2008 n. 7930, in *Nuova giur. Civ. comm.*, 2008, I, 1046). La Suprema Corte ritiene insomma «meritevole di essere condivisa» l'opinione dottrina espressa da F. M. GAZZONI in *Deve essere autorizzato il preliminare di vendita di un bene del minore? Il promissario acquirente cui sia stata consegnata la cosa è detentore o possessore?*, nota a Cass. 28 giugno 2000, n. 8796 e Cass. 3 novembre 2000, n. 13258, in *Riv. notariato*, 2001, II, 731; tuttavia la sussunzione sotto la fattispecie del mutuo proposta dal Supremo Collegio presta il fianco a diverse critiche: a tacer d'altro, basti la considerazione (per cui cfr. R. FERCIA, *Quia vendidit, dare promisit*, Cagliari, 2009, 130, nt. 36) che in un'ipotesi di questo genere, a differenza del supposto *δάνειον* della vendita a credito greca, l'effetto restitutorio non è fisiologico, ma è quello che potrebbe derivare dall'inadempimento.

d'inadempimento il venditore avrebbe agito non come tale, bensì come creditore da mutuo.

3. *I tratti essenziali dell'emptio et venditio romana di epoca classica.*

I Romani, invece, pur partendo da una situazione – almeno per la *mancipatio* – «analoga a quella in cui sono, in pratica, rimasti gli altri ordinamenti dell'antichità, e non soltanto classica, da noi conosciuti»²²³ hanno battuto una strada diversa. È vero che, fin dai tempi più antichi, se si fossero trovati in una situazione analoga a quella che spingeva i cittadini greci a fingere di aver concluso un contratto con causa di mutuo, i *cives Romani* sarebbero stati in una posizione di vantaggio, perché avrebbero avuto a disposizione «una promessa astratta, la *sponsio*, esclusiva di qualsiasi ricerca relativa alla causa»²²⁴. Tuttavia dalla struttura della *mancipatio* com'è descritta da Gaio nelle *Institutiones*²²⁵ appare evidente che quando sorse essa doveva consistere in una compravendita reale, scambio di cosa verso prezzo²²⁶. Ed è probabile che, anche prima del sorgere della *mancipatio*, fosse «nell'uso del mercato lo scambio puro e semplice (naturale o monetario), fondato sulla consegna manuale»²²⁷. Soltanto in un momento successivo, probabilmente con l'emersione dei *bonae fidei iudicia*²²⁸ nel III secolo a.C., i Romani giunsero a una diversa formalizzazione giuridica della funzione economico-sociale della compravendita. L'origine dell'*emptio et venditio* consensuale e obbligatoria di epoca classica e, più in generale, l'origine dei quattro contratti consensuali (compravendita, locazione-conduzione, società e mandato) è assai discussa

²²³ Così M. TALAMANCA *sub voce Vendita*, cit., 304.

²²⁴ V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*², cit., 44. Tale è l'importanza che l'insigne Autore riconosce a questa caratteristica del diritto romano da essere indotto ad aderire alla tesi «che nell'evoluzione conducente dalla vendita a contanti al contratto consensuale attribuisce una funzione essenziale alla *verborum obligatio*, o stipulazione che dir si voglia», *op. ult. cit.*, 58.

²²⁵ Gai *Institutiones*, I, 119-120.

²²⁶ A tal proposito, tuttavia, si deve segnalare che l'opinione sopra riportata sull'originaria funzione della *mancipatio* è stata messa in dubbio da A. CORBINO, *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*², Torino, 2006, 21 ss., il quale dedica alla questione il settimo paragrafo del primo capitolo concludendo che «se nonostante tutte le riserve possibili, si dovesse ritenere fondata l'opinione tradizionale, resterebbe pur sempre sicuro che la trasformazione della *mancipatio* da atto sostanzialmente e formalmente causale in atto causale solo nella sua apparenza - e dunque di fatto per così dire astratto - si sarebbe verificata [...] sufficientemente presto [...] perché la nostra analisi possa proseguire assumendo la *mancipatio* (*mancipium* nella sua denominazione più risalente) come una forma negoziale caratterizzata dall'assenza di riferimenti causali», 29.

²²⁷ Così V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli, 1978, 337.

²²⁸ Può considerarsi un punto fermo della complessa ricostruzione storica sull'origine delle *obligationes consensu contractae* il fatto che esse non potessero trovare tutela nel sistema delle *legis actiones*.

in dottrina. Nonostante si dubiti fortemente della possibilità di individuare uno sviluppo omogeneo per tutti i contratti che appartengono al gruppo²²⁹ e non si possano addurre testimonianze categoriche a favore di nessuna cronologia determinata, la meno improbabile delle ipotesi, almeno avuto riguardo alla compravendita, è che la tutela di quella che sarebbe divenuta l'*emptio et venditio* consensuale trovasse origine nella *iurisdictio peregrina*. Il fatto che i giuristi attribuiscano le quattro figure contrattuali²³⁰ allo *ius gentium* e la circostanza che le necessità dei traffici commerciali dovettero manifestarsi soprattutto nei rapporti fra commercianti romani e stranieri ai quali ultimi era preclusa la possibilità di servirsi dei negozi solenni dello *ius civile* sono elementi che fanno propendere per la tesi che individua nel tribunale del *praetor peregrinus* la prima forma di tutela giuridica accordata alle convenzioni in esame dalle quali scaturiva un obbligo (inizialmente) non riconosciuto dal diritto della città, ma fondato sulla parola data, sulla (*bona*) *fides*, in altre parole sulle esigenze di lealtà senza le quali non possono sussistere relazioni commerciali fra uomini di popoli diversi. In ogni caso, quale che sia l'origine storica dell'istituto, è certo che la compravendita in epoca classica si presenta come «un contratto consensuale e bilaterale in virtù del quale una delle parti si obbliga a trasmettere all'altra il pacifico godimento²³¹ di qualcosa, detta merce, mentre l'altra parte si obbliga a trasferire alla prima la proprietà di una somma di danaro, detta prezzo»²³². Il primo carattere a venire in rilievo è la consensualità che è il fondamento su cui si realizza l'unità di genere dei quattro contratti in precedenza citati. Scrive Gaio:

Consensu fiunt obligationes in emptionibus et venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis. Ideo autem istis modis consensu dicimus

²²⁹ In senso negativo, cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 580.

²³⁰ A dire il vero non esiste alcun testo che affermi la natura *iuris gentium* del mandato, ma sull'appartenenza dell'istituto al diritto delle genti cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, Napoli, 1949, 44 ss..

²³¹ Che l'obbligazione del venditore, sorvolando sull'*ob evictionem se obligare* e sul *purgari dolo malo*, si riducesse al trasferimento del pacifico godimento (*habere licere*) è detto da Paolo in un celebre passo: *Paul. 32 ad ed., D. 19. 4. 1 pr. Sicut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor, ita pretium aliud, aliud merx. at in permutatione discerni non potest, uter emptor vel uter venditor sit, multumque differunt praestationes. emptor enim, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito, venditori sufficit ob evictionem se obligare possessionem tradere et purgari dolo malo, itaque, si evicta res non sit, nihil debet: in permutatione vero si utrumque pretium est, utriusque rem fieri oportet, si merx, neutrius. sed cum debeat et res et pretium esse, non potest permutatio emptio venditio esse, quoniam non potest inveniri, quid eorum merx et quid pretium sit, nec ratio patitur, ut una eademque res et veneat et pretium sit emptionis.* Mi corre, tuttavia, l'obbligo di precisare che su questo specifico punto buona parte della dottrina, sulla scia di un finissimo studio di A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht, I, Geschichte des Kaufs im römischen Recht*, Erlangen, 1876, 546 ss. (di poco preceduto da un'intuizione di E. ECK, *Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigentums nach Römischen und gemeinem Deutschen Recht*, in *Festschrift K. Witte*, Halle, 1874, estr. 25 e ntt. 3-4) e in forza, soprattutto, di Gai 4, 131a, ritiene ormai che il venditore fosse obbligato alla *mancipatio* se i contraenti fossero entrambi *cives Romani* e la *merx* fosse una *res Mancipi* (così, per la dottrina italiana, G. PUGLIESE, *Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del convegno internazionale Pisa-Viareggio Lucca 17-21 aprile 1990*, a cura di L. Vacca, I, Milano, 1991, 38 ss.; sul problema cfr., per tutti, la letteratura cit. in M. KASER, *Das römische Privatrecht*², München, I, 1971, 551, nt. 53, cui adde gli autori citt. da M. TALAMANCA *sub voce Vendita*, cit. 382 ss.), mentre è soprattutto l'Arangio-Ruiz a ritenere che l'obbligo in questione discendesse generalmente da un *pactum adiectum* alla compravendita. Sia che fosse un effetto essenziale o, eventualmente, naturale del negozio, sia che fosse un elemento accidentale dello stesso, in ogni caso l'obbligo di compiere la *mancipatio* non deve essere confuso con quello di trasferire la proprietà della cosa, secondo la distinzione felicemente espressa da Papin. 27 *quaest.*, D. 22, 1, 4 pr. contrapponendo il *factum rei promittenti* all'*effectus per [traditionem] <mancipationem> domini transferendi*.

²³² V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*², cit., 88.

*obligationes contrahi, quod neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse. Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistulam aut per internuntium: cum alioquin verborum obligatio inter absentes fieri non possit*²³³.

La parola *consensus* esprime l'accordo delle volontà in qualunque modo manifestato. Per il sorgere delle obbligazioni che *consensu contrahuntur* è esclusa quindi la necessità di parole solenni o di scrittura (*neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur*): nei contratti consensuali *sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse*, le obbligazioni sorgono, cioè, *consensu nudo*. Sono numerosi i luoghi del Digesto in cui si esemplificano i modi di manifestazione del consenso e più volte è ripetuta la massima che bastino *quaecumque verba*; al perfezionamento dei contratti consensuali, tuttavia, può bastare anche un cenno (*nutus*) di sicura interpretazione²³⁴. Rilevando la completa libertà di forma Gaio contrappone i contratti consensuali a quelli formali, *verbis e litteris*, dei quali si era occupato da ultimo (§§ 92-134).

Ciò non significa che i *cives* romani in epoca classica non facessero talvolta ricorso a forme determinate per la conclusione di contratti che pure sarebbero stati liberi di concludere attraverso la semplice manifestazione del consenso. Tuttavia, data la scarsa importanza dell'*expensilatio* per le caratteristiche della sua operatività, l'unica forma che poteva porre problemi per certi versi analoghi a quelli dei rapporti tra forma scritta concretamente adibita e contratti con essa rivestiti, affrontati dalla costituzione di Giustiniano accolta in C. 4.21.17, era non già la forma scritta, per le ragioni che si esporranno più avanti²³⁵, bensì la forma verbale propria della *stipulatio*, nella quale il sistema contrattuale romano classico trova la massima espressione di tipicità formale (contrapposta alla tipicità causale dei contratti consensuali).

Dato il fine che mi muove, non sarà, dunque, inutile, prima di riprendere l'analisi del passo delle istituzioni gaiane, soffermare brevemente l'attenzione su due passi del Digesto in cui i *prudentes* esaminano il problema della relazione tra una *conventio*, di per sé integrativa di un contratto causalmente tipico, e di una *stipulatio* che l'assume completamente in sé.

Il primo è un frammento in tema di società:

Dig. 17.2.71 pr. Paulus 3 epit. alf. Dig. *Duo societatem coierunt, ut grammaticam docerent et quod ex eo artificio quaestus fecissent, commune eorum esset: de ea re quae voluerunt fieri in pacto convento societatis proscripserunt, deinde inter se his verbis stipulati sunt: "haec, quae supra scripta sunt, ea ita dari fieri neque adversus ea fieri? si ea ita data facta non erunt, tum viginti milia dari?" quaesitum est, an, si quid contra*

²³³ Gai *Institutiones*, 3, 135-136.

²³⁴ A essi, infatti, si riferisce la *regula* di Modestino (l. 2) in D. 44, 7, 52, 10: «*Sed et nutu solo pleraque consistunt*».

²³⁵ Cfr. *infra*, cap. III, § 2, 70 ss..

factum esset, societatis actione agi posset. respondet, si quidem pacto convento inter eos de societate facto ita stipulati essent, “haec ita dari fieri spondes?”, futurum fuisse, ut, si novationis causa id fecissent, pro socio agi non possit, sed tota res in stipulationem translata videretur. sed quoniam non ita essent stipulati “ea ita dari fieri spondes?” sed “si ea ita facta non essent, decem dari?” non videri sibi rem in stipulationem pervenisse, sed dumtaxat poenam (non enim utriusque rei promissorem obligari, ut ea daret faceret et, si non fecisset, poenam sufferret) et ideo societatis iudicio agi posse.

Non interessano in questa sede le questioni particolari oggetto del responso di Alfeno²³⁶ circa la *stipulatio penae*, ma preme soltanto rilevare che i due che intendevano insegnare privatamente la grammatica unendosi in società e mettendo in comune i compensi che avrebbero potuto trarre dall'insegnamento, superano i limiti dell'unilateralità della *sponsio* per mezzo del riferimento della *conceptio verborum* «ad un 'capitolato negoziale' redatto per iscritto»²³⁷, oggetto di una duplice stipulazione.

Ciò è segno del fatto che «l'abitudine di mettere per iscritto sia il contenuto dei contratti consensuali sia quello delle *verborum obligationes*, oltre che servire a fini probatorii altrimenti difficili da raggiungere, portava anche a fissarne le clausole con quella puntualità che solo scrivendo si suole raggiungere»²³⁸ e la stesura per iscritto rappresentava la fine delle trattative.

Rispetto al fine della presente indagine ancora più interessante è il secondo passo (piuttosto enigmatico)²³⁹:

Paul. 12 ad Sab., D. 45.1.35.2: *Si in locando conducendo, vendendo emendando ad interrogationem quis non responderit, si tamen consentitur in id, quod responsum est, valet quod actum est, quia hi contractus non tam verbis quam consensu confirmantur.*

In questo frammento, non a torto, si è rinvenuto da parte di autorevole dottrina l'esempio di una *conventio*, nel caso di specie una *locatio conductio*, versata nella forma verbale della *stipulatio*, la cui fattispecie non è integrata a causa della non avvenuta *responsio* di una delle parti. Sebbene dal tenore letterale di esso non emerga se le parti avessero convenuto di assorbire totalmente la *conventio* nella forma verbale, l'interesse suscitato dal frammento in questione è dovuto alla soluzione individuata dal giurista

²³⁶ Per cui cfr. V. ARANGIO-RUIZ *La compravendita*², cit., 65 ss..

²³⁷ M. TALAMANCA, 'Conventio' e 'stipulatio', in *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea. Atti del convegno di diritto romano. Siena 14-15 aprile 1989*, a cura di N. Bellocci, Napoli, 1991, 165; cfr. anche ID., 'Conventio' e 'stipulatio' nel sistema dei contratti romani, in *Le droit romain et sa reception en Europe. Les actes du colloque organisé par la Faculté de Droit et d'Administration de l'Université de Varsovie en collaboration avec l'Accademia Nazionale dei Lincei le 8-10 octobre 1973*, [in effetti il colloquio si tenne nella prima metà del maggio successivo], Varsovie, 1978, 200 ss..

²³⁸ V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*², cit., 65.

²³⁹ Così M. TALAMANCA, 'Conventio' e 'stipulatio', in *Le teorie contrattualistiche*, cit., 171.

classico: *valet quod actum est, quia hi contractus non tam verbis quam consensu confirmantur*.

L'affermazione della prevalenza dell'*id quod actum est* rispetto alla forma verbale che pure le parti concretamente avevano scelto di adibire costituisce un elemento non privo di interesse al fine della ricerca, giacché potrebbe raffrontarsi con la disposizione del 528 d.C. in cui, viceversa, l'imperatore Giustiano, con riferimento alla forma scritta, statuisce *ut nulli liceat prius, quam haec ita processerint, vel a scheda conscripta, licet litteras unius partis vel ambarum habeat, vel ab ipso mundo, quod necdum est impletum et absolutum, aliquod ius sibi ex eodem contractu vel transactione vindicare*²⁴⁰.

Concluso il brevissimo *excursus* sui rapporti tra l'efficacia di una *conventio* di per sé integrativa di un contratto consensuale e la *stipulatio* in cui le parti scelgono di versarla, si può riprendere l'analisi del passo delle istituzioni giurine.

Il primo corollario del carattere consensuale di un contratto è agli occhi dei Romani la possibilità che esso sia concluso *inter absentes*, facendo portare la dichiarazione di volontà da un messaggero (*internuntius*) o inviando una lettera. Proseguendo la trattazione Gaio individua un altro carattere che pone i contratti consensuali in contrasto con i contratti verbali e con il *nomen transcriptivum*: la bilateralità. Così egli si esprime:

*Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet: cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat, et in nominibus alius expensum ferendo obliget, alius obligetur*²⁴¹.

Mentre dai contratti verbali e da quelli letterali sorgono obbligazioni a carico di una sola parte, i contratti consensuali creano di massima²⁴² obbligazioni in capo a entrambe le parti e sono quindi, almeno nel senso del sinallagma genetico, contratti

²⁴⁰ Per cui cfr. *infra*, cap. VI, § 3, 177 ss..

²⁴¹ Gai *Institutiones*, 3, 137.

²⁴² Il mandato in diritto romano è un contratto essenzialmente gratuito. Secondo la dottrina dominante, che adotta la terminologia delle scuole medievali, esso appartiene alla categoria dei contratti imperfettamente bilaterali, poiché «l'obbligazione del mandante è soltanto eventuale, ed ha per oggetto le spese e i danni che il mandatario abbia subiti nell'espletamento dell'incarico». Per la dottrina dominante cfr., nella manualistica, M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 604 ss. ed A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², Napoli, 2001 che parla di «corrispettività solo eventuale», 930; *contra* cfr. G. PUGLIESE *Istituzioni di diritto romano*³, Torino, 1991, 577 s. il quale, citando Gai *Institutiones*, 3, 155, discorre di «perfetta bilateralità del contratto», 577; e, *amplius*, cfr. S. RANDAZZO, *Mandare. Radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Milano, 2005 in cui si sostiene che il mandato romano, pur difettando della sinallagmaticità fra le prestazioni, abbia il carattere della perfetta bilateralità, tenuto conto, in estrema sintesi, di Gai *Institutiones*, 3, 155, in cui si dice espressamente che, in forza del mandato, «*invicem alter alteri tenebimur*» e considerato che, in ogni caso, il mandante sarà tenuto quantomeno a ricevere gli effetti dell'attività svolta dal mandatario.

bilaterali. Le *obligationes consensu contractae* sono poi tendenzialmente²⁴³ legate fra loro da un nesso di corrispettività²⁴⁴ per cui l'obbligazione di ciascuno è causa dell'obbligazione dell'altro; ad esempio, la causa dell'obbligazione che il compratore assume di versare il prezzo di una cosa è nell'obbligazione di *possessionem tradere* assunta dal venditore. Fino a qui, forse perché d'immediata evidenza, l'antitesi fra i contratti consensuali e i contratti *re* è rimasta sullo sfondo dell'esposizione di Gaio. Quando però nelle *Institutiones* si passa alla specifica trattazione della compravendita, l'autore avverte l'esigenza di chiarire un punto dal quale risalta la diversità della concezione romana da quella delle altre esperienze giuridiche del mondo classico e in particolare, considerata la posizione del giurista nell'ambiente provinciale ellenistico, da quella greca:

*Emptio et venditio contrahitur cum de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit, ac ne arrha quidem data fuerit; nam quod arrhae nomine datur argumentum est emptionis et venditionis contractae*²⁴⁵.

L'antitesi, già implicita nei paragrafi sulle *obligationes consensu contractae* in generale, si fa chiara nel paragrafo sulla compravendita: il regime classico dell'*emptio et venditio* è in aperto contrasto con l'impostazione greca. A Roma, infatti, i giuristi si staccarono nettamente dall'immediata rappresentazione del negozio come scambio contestuale di cosa contro prezzo e giunsero a configurare il semplice consenso, identificato dall'accordo sul prezzo, come il fatto produttivo delle reciproche obbligazioni. L'area culturale greca non poteva essere più lontana. Alla struttura consensuale della compravendita romana, inoltre, mal si adattava l'istituto giuridico greco dell'arra che, infatti, una volta penetrato a Roma attraverso gli scambi commerciali fra *cives* e *peregrini*, cambiò la propria funzione²⁴⁶. Gaio, forse preoccupato della confusione che poteva sorgere dall'uso, invalso anche in Roma, di consegnare una modesta somma di denaro a titolo di arra, si dà premura di sottolineare tale diversità di funzione: nell'ordinamento della *civitas Romana* l'arra svolge la funzione di provare la conclusione della compravendita (*quod arrhae nomine datur argumentum est emptionis et venditionis contractae*), né più né meno come una potente stretta di mano alla presenza del sensale e di testimoni attesta la conclusione di una vendita di bestiame al mercato boario o in fiera. Proprio perché serviva a comprovare il passaggio dalla fase delle trattative a quella dell'avvenuto scambio dei consensi, l'arra

²⁴³ Nei riguardi della compravendita in specie l'Arangio-Ruiz pone in evidenza l'impossibilità di riportarsi a una massima unica circa l'interdipendenza delle obbligazioni e delle relative azioni e, prudentemente, scrive: «essendo le obbligazioni assunte da ciascuna delle due parti causa di quelle assunte dall'altra, ed essendo le azioni in discorso *iudicia bonae fidei*, la tendenza a valutare insieme la posizione di entrambe le parti doveva necessariamente esprimersi; ma questa tendenza ha dovuto conciliarsi con esigenze proprie del sistema processuale, e con altre economiche od equitative, sicché si può parlare sì, come abbiamo fatto di un criterio, di una tendenza, non mai di un principio assoluto», V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*², cit., 215.

²⁴⁴ Fatta eccezione per quelle scaturenti dal contratto di mandato, su cui cfr. *supra*, 51, nt. 242.

²⁴⁵ Gai, *Institutiones*, 3, 139.

²⁴⁶ Sull'arra in diritto romano, cfr. M. TALAMANCA *L'arra*, cit., 47 ss.

romana poteva consistere in un oggetto diverso da una somma di denaro, per esempio in un anello. Ma quando anche fosse consistita in una somma di denaro, essa non era giuridicamente considerata un anticipo sul prezzo, tanto è vero che Ulpiano in un'ipotesi del genere (32 ad ed., D. 19, 1, 11, 6) ammette che il *contrarius consensus* risolva la vendita, il che sarebbe impossibile quando l'esecuzione del negozio fosse cominciata. È, tuttavia, probabile che l'arra svolgesse in concreto anche una funzione di garanzia: è vero che essa è una prova (*argumentum*) che la fase delle trattative è terminata e l'accordo è in atto; è vero altresì che, contrariamente all'ἄρραβών di diritto greco, la responsabilità della parte inadempiente non è circoscritta nei limiti dell'arra, ma si estende all'*id quod interest*, potendo la controparte pretendere l'adempimento integrale delle obbligazioni sorte dall'accordo; ma è altrettanto evidente che chi si fa dare una caparra non mira soltanto a consacrare la definitività dell'accordo, ma intende anche garantirsi un minimo d'indennizzo nei confronti di compratori che potrebbero rendersi irreperibili. Non pare improbabile che, il più delle volte, il venditore si contentasse di incamerare l'arra, senza far ricerche del compratore inadempiente²⁴⁷.

Dal fin qui detto appare evidente il carattere consensuale della vendita romana e la sua contrapposizione ai contratti *re*; tuttavia il carattere più originale della compravendita romana, che la rende un fenomeno sostanzialmente isolato nell'antichità, non è tanto la consensualità, quanto la mera obligatorietà. Non solo, infatti, l'*emptio et venditio* classica, inversamente alla ὀνή καὶ πῶσις di area ellenistica, è integrata al momento della conclusione dell'accordo, quand'anche non sia stato versato il prezzo (*emptio et venditio contrahitur cum de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit*), ma, inoltre, l'integrazione della fattispecie non produce i suoi effetti nel campo dei diritti reali, ma crea soltanto obbligazioni, in adempimento delle quali saranno trasmessi la merce e il prezzo. Nel periodo classico, insomma, vigeva a Roma il cosiddetto *Trennungsprinzip* ovvero il principio che ancora oggi assiste la circolazione dei diritti nell'esperienza giuridica tedesca e austriaca. *Trennungsprinzip*, cioè principio di separazione, è la parola tecnica che la dottrina tedesca adopera per esprimere la netta distinzione fra l'atto che crea le obbligazioni e quello che trasferisce i diritti. Dalla primitiva concezione materialistica di una vendita reale la giurisprudenza romana classica, anche sulla spinta del progresso delle condizioni economiche e sociali, giunse con geniale astrazione a una concezione che rappresentava un *unicum* nell'area mediterranea dove imperava (e ancora impera, quanto agli effetti, in parecchie legislazioni moderne) la diversa concezione della vendita (reale e) a effetti reali; la compravendita romana di epoca classica, al contrario, è (consensuale e) puramente obligatoria: non trasferisce *ex se* la proprietà e neppure obbliga a farlo, consistendo la principale obbligazione del venditore non in un dare in senso tecnico, *id est rem facere*

²⁴⁷ Così V. ARANGIO-RUIZ *La compravendita*², cit., 92, nt.1.

*accipientis*²⁴⁸, bensì nel *possessionem tradere*, nel mettere, cioè, la cosa nella materiale disponibilità del compratore. Il diritto romano classico, insomma, ha lasciato in eredità alla storia del diritto un istituto veramente singolare la cui struttura puramente obbligatoria poggiava sulla luminosa distinzione fra il contratto come fonte di obbligazione e l'atto a effetti reali (*mancipatio, in iure cessio, traditio*), traslativo cioè della proprietà o del possesso. E con quest'ultimo esempio mi pare sufficientemente provata l'iniziale affermazione della versatilità del *nomen* compravendita.

4. *Le apparenti divergenze nella prassi.*

La struttura della vendita classica, appena tratteggiata nelle sue linee essenziali, emerge in modo chiaro e inequivocabile dai citati passi del Digesto e delle *Institutiones* di Gaio. Tuttavia essa parrebbe non accordarsi a un fatto di cui mi corre l'obbligo dar conto: fra i non molti documenti contrattuali pervenutici in tavolette cerate o su papiro o su marmo, i più numerosi sono quelli che riguardano la compravendita, ma nessuno di essi attesta la conclusione della sola convenzione obbligatoria. Sia le tavolette cerate di Ercolano, degli anni immediatamente anteriori all'eruzione del 79 d.C., sia le tavolette cerate delle miniere d'oro di Transilvania, del tempo fra il 139 e il 160 d.C., ci hanno restituito un certo numero di documenti mancipatori, ma le *mancipationes venditionis causa* in essi contenute non si presentano mai come l'adempimento delle obbligazioni di un contratto consensuale delle quali nel formulario non resta la minima traccia. Nella formula usuale «*Titius emit mancipioque accepit*»²⁴⁹ infatti l'espressione «*emit*

²⁴⁸ Addirittura nel discusso passo riportato in D. 12, 4, 16, (lb. [3] <8> dig.) che comincia con le parole «*Dedi tibi pecuniam ut mihi Stichum dares*», secondo la celebre interpretazione di Azzone, è proprio l'assunzione da parte del "venditore" dell'obbligo di trasferire la proprietà dello schiavo Stico che induce Celso, scolarca proculiano, a escludere la configurabilità non solo dell'*emptio et venditio*, ma anche di un negozio analogo alla compravendita. E ciò perché, come spiega la gl. *proclivior* a D. 12, 4, 16, l'obbligazione di dare è «*contra naturam venditionis*».

²⁴⁹ Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Fontes iuris Romani antejustiniani (FIRA)*, III², *Negotia*, Firenze, 1972, 283 (a. 139); 285 (a. 142); 287 (a. 160); 289 (a. 159); 291 (a. 61 o 79). Cfr. anche K.G. BRUNS *Fontes iuris Romani antiqui*⁷, – cur. O. GRADENWITZ –, Tübingen, 1909, I, *Leges et negotia*, 120.

mancipioque accepit», come ha dimostrato l'Arangio-Ruiz²⁵⁰, lungi dall'attestare la conclusione di un contratto consensuale, è da intendersi come una «endiadi nella quale si rispecchiano, in ordine inverso, l'*aio... meum esse* e il *mihi emptum esse*» del cerimoniale della *mancipatio*. In altre parole i documenti della prassi attestano il negozio solutorio (sia esso *mancipatio* o *traditio*), ma in nessun caso ci consentono di distinguere l'atto di trasferimento da un contratto obbligatorio cronologicamente precedente. Questo fatto, congiunto ad altre osservazioni (soprattutto sul presunto valore costitutivo dei documenti mancipatori), ha indotto qualche autore²⁵¹ a concludere che, già in piena epoca classica, si fosse aperto un contrasto fra la prassi, in cui sarebbe stato vigente il principio *emptioe dominium transfertur*, e il diritto ufficiale, quale elaborato dalla giurisprudenza, che, come detto, riconosceva alla convenzione fra le parti efficacia meramente obbligatoria e rimetteva il trasferimento del diritto a un successivo negozio (*mancipatio*, *traditio* o, assai raramente²⁵², *in iure cessio*). Tanto nella prassi del periodo classico, quanto in quella del periodo postclassico si sarebbe poi fatto ricorso alla convenzione obbligatoria soltanto quando si fosse avvertita «l'esigenza al cui soddisfacimento è oggi preordinato il contratto preliminare»²⁵³. L'originale tesi, che permette di ricostruire lo svolgimento storico del diritto romano in epoca postclassica in forma sommamente (e, forse, eccessivamente) lineare, merita una breve analisi²⁵⁴. È ben vero che in qualunque ordinamento i pratici si mostrano insofferenti verso il rigore di certi concetti giuridici e la complessità di alcuni sistemi soprattutto quando essi si distaccano sensibilmente dagli aspetti più usuali dei corrispondenti fenomeni economici²⁵⁵; è altrettanto innegabile che la giurisprudenza romana classica, riconducendo alla funzione economica e sociale della compravendita, in quanto tale, soltanto l'effetto obbligatorio, ha separato dal contratto quell'effetto che più gli è

²⁵⁰ V. ARANGIO-RUIZ *La compravendita*², cit., 187 s. L'argomento addotto a sostegno dell'irrelevanza dell'*emit* consiste nel fatto che l'intera espressione indica sempre l'atto solenne della *mancipatio*, «anche quando questo non si trova in rapporto con nessuna vendita effettiva». A riprova l'autore cita il caso del testamento *per aes et libram* in cui «la *mancipatio* eseguita dal *familiae emptor* è sempre indicata, per fittizia che sia quella vendita del patrimonio, col verbo *emit*» e quello della *Mancipatio Pompeiana* (cit., *supra*, ivi, 54, nt. 249) datata dall'Arangio-Ruiz al 61 d.C. (ma per lo spostamento della datazione ai primissimi mesi del 79 d.C., cfr. L. MIGLIARDI ZINGALE, *In tema di fiducia cum creditore*. I documenti della prassi, in *Labeo* 2000, XLVI, 453 s. e nt. 9) e consistente in due tavolette cerate che attestano la conclusione, oltre che di un contratto di mutuo fra *Poppaea Note* e *Dicidia Margaris*, di una *mancipatio fiduciae causa* che porta l'*emit mancipioque accepit*. *Contra*, a favore della tesi che legge l'*emit* come la documentazione di un contratto consensuale, cfr., *inter alios*, W. KUNKEL *sub voce* 'Mancipatio', in PAULY-WISSOWA, *Real-encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, Stuttgart, XIV/1928, 1001 e PH. MEYLAN, *La mancipation et la garantie d'éviction dans les actes de vente de Transylvanie et d'Herculanum*, in *Sein und Werden im Recht. Festgabe für U. von Lübtow*, Berlin, 1970, 417 s..

²⁵¹ Cfr. F. GALLO, *Il principio 'emptioe dominium transfertur' nel diritto pregiustiniano*, Milano, 1960; ma in senso sostanzialmente adesivo cfr. anche la recensione al libro del Gallo di SILVIO ROMANO, in *IVRA*, XII, 1961, 311-326, in particolare 317 ss..

²⁵² Cfr. Gai *Institutiones*, 2, 25.

²⁵³ F. GALLO, *Il principio*, cit. 45.

²⁵⁴ Tralascio la considerazione di innumerevoli aspetti della tesi che, pur denotando lo straordinario acume intellettuale dell'autore ed essendo del massimo interesse, sono estranei al limitato fine di questo scritto.

²⁵⁵ Cfr. quanto sostenuto *supra*, § 1, 44, nt. 211, a proposito delle vendite effettuate nei pubblici esercizi.

congiunto all'occhio del profano; tuttavia²⁵⁶ non paiono questi essere elementi sufficienti a giustificare l'affermazione del persistere del principio *emptio dominium transfertur* nella prassi dell'epoca classica, né che «per questa l'accordo delle parti – che la giurisprudenza individuava invece come momento distinto – era fuso nella stessa *mancipatio*»²⁵⁷. Se queste parole, infatti, sono da intendersi nel senso (che mi pare l'unico possibile se non si vuole svuotare di significato le precedenti affermazioni) che il più delle volte nella prassi classica la *mancipatio emptio causa* fosse considerata un «negozio autonomo di compravendita reale e a contanti»²⁵⁸ e cioè, parrebbe di capire, che essa producesse soltanto effetti traslativi, non si riesce a spiegare come quest'opinione possa convivere nell'animo dell'autore della tesi in esame con quella secondo la quale «per le *res mancipi* immobili, entro la cerchia dei cittadini, le esigenze alle quali soddisfaceva la convenzione obbligatoria potevano essere in gran parte soddisfatte anche celebrando la compravendita direttamente col rito librare»²⁵⁹, servendosi a tal fine dell'efficacia obbligatoria dell'assetto d'interessi sottostante alla *mancipatio*. Se, invece, con esse s'intende semplicemente affermare che la prassi il più delle volte faceva a meno di ricorrere alla precedente stipulazione di una distinta convenzione obbligatoria e si limitava, piuttosto, a sfruttare il momento obbligatorio inerente al sostrato consensuale della *mancipatio*, non si vede in cosa consista l'asserito contrasto fra la prassi e il diritto ufficiale il quale pure concepiva il contratto obbligatorio eseguito attraverso la *mancipatio* «come un *prius* logico rispetto a essa, senza bisogno di ricorrere a presunzioni di priorità cronologica»²⁶⁰ e attribuiva il trasferimento della proprietà all'adottata forma mancipatoria. Del resto, proprio riguardo alla totale mancanza di documenti attestanti *emptiones et venditiones* già l'Arangio-Ruiz notava che è probabile che non sempre si manifestassero esigenze tali da imporre il ricorso alla struttura meramente obbligatoria e che, anzi, «nella pratica il contratto consensuale, produttivo soltanto di reciproche obbligazioni, si presenta piuttosto come una forma-limite che come la sanzione di una pratica quotidiana»²⁶¹. Certo la tesi ha il notevole pregio di presentarsi quasi nella forma di un compassato sillogismo, poichè, supposta in epoca precostantiniana una prassi consolidata in cui, come detto, vigeva il principio *emptio dominium transfertur*, inferisce la ragion d'essere di alcuni fenomeni caratteristici dell'epoca postclassica individuandola proprio nel presunto distacco fra la suddetta prassi e il diritto ufficiale la cui resistenza cesserebbe, però, già con Costantino sotto il cui regno il principio *emptio dominium*

²⁵⁶ Per le considerazioni che seguono mi rifaccio ampiamente all'analisi critica dell'opera del Gallo svolta da M. TALAMANCA in *Recensione a GALLO, Il principio 'emptio dominium transfertur' nel diritto pregiustiniano*, in *Arch. Giur.*, 1961, CLX, 141-157 e ID., *Ancora sul principio 'emptio dominium transfertur'*, in *St. Cagliari*, 1962-1963, 9-23.

²⁵⁷ F. GALLO, *Il principio*, cit., 46, nt. 55.

²⁵⁸ Così F. GALLO, *Il principio*, cit., 41.

²⁵⁹ F. GALLO, *Il principio*, cit., 45.

²⁶⁰ Così M. TALAMANCA in *Recensione a GALLO*, cit., 143.

²⁶¹ V. ARANGIO-RUIZ *La compravendita*², cit. 86 e 190.

transfertur sarebbe accolto nella legislazione imperiale. Il fascino della chiarezza, tuttavia, non deve indurre a sostituirsi nel mestiere di Aristotele. Le poche e rapide obiezioni mosse sopra m'impediscono di abbracciare la sostanza della tesi la quale sembra imbrigliare in maglie troppo strette la realtà di un periodo storico il cui sviluppo si mostra forse meno lineare e più complesso di quanto non sia possibile vedere con gli occhi di quanti la sostengano: nonostante l'indubbio interesse, pare eccessivo ridurre a un processo dialettico essenzialmente tutto interno al diritto romano²⁶² l'apparire, peraltro in controluce, di alcuni principi estranei al diritto classico sin da alcune costituzioni di Costantino²⁶³. Quel che, in conclusione, mi pare, invece, condivisibile è l'aspetto meno originale della tesi e cioè la considerazione che la perpetua tendenza del *profanum vulgus* a fuggire le concezioni artificiali e astratte costituisca una delle concause dello svolgimento storico di epoca postclassica e che essa, unitamente ad alcune altre forze alle quali mi contenterò, dati i limiti del presente lavoro, di fare qualche rapido cenno, abbia contribuito al progressivo oscurarsi, nella legislazione imperiale successiva a Diocleziano e anche nella dottrina, della luminosa distinzione fra contratto e atto traslativo tipica dell'epoca classica. Anzi, avuto riguardo al trasferimento della proprietà in questo periodo, si può dire con le parole di uno dei massimi studiosi del diritto volgare che: «*The fundamental fact which distinguishes this part of the vulgar law²⁶⁴ of property from the classical is a coalescence of acts of obligation and acts of disposal. [...] We come across a merger of concepts. [...] the transfer of ownership was no longer accurately kept apart from the causal transaction aimed at it. Even where the separation remained inevitable in practice, it was blurred in legal thought. It had always been foreign to Greek and Hellenistic doctrines²⁶⁵. Nor was it familiar to popular ideas anywhere, regardless of ethnographic boundaries*»²⁶⁶. Memore dell'insegnamento della scolastica, non ho certo intenzione di revocare in dubbio i fatti: la difficoltà a tenere distinti il momento consensuale e obbligatorio da quello traslativo e la confusione concettuale fra essi cui fa riferimento l'autore sono fatti

²⁶² A onor del vero il Gallo non nega del tutto l'influenza sugli sviluppi postclassici della compravendita delle concezioni ellenistiche e di forze in genere estranee al diritto romano, tuttavia, sia pure in modo implicito, ne sminuisce eccessivamente l'importanza poiché attribuisce essenzialmente alla prassi precedente il passaggio dalla struttura e disciplina classica della compravendita «a quelle rispecchiate nel principio *emptio dominium transfertur*». Cfr. F. GALLO, *Il principio*, cit., 11 s..

²⁶³ Lo stesso Gallo riconosce che nelle fonti normative di carattere autoritativo il principio *emptio dominium transfertur* «risulta enunciato in modo puramente incidentale», scorgendovi però un motivo in più per ritenerlo «presupposto come già esistente» (F. GALLO, *Il principio*, cit., 10).

²⁶⁴ Il termine *vulgar law* è adoperato dal Levy per esprimere positivamente un concetto che, in precedenza, era stato per lo più definito facendo ricorso a termini negativi, come quelli di diritto postclassico o di diritto pregiustiniano. Tuttavia nell'accezione particolare che il Levy, sulla scia del Brunner e del Mitteis, dà all'espressione, essa si pone in rapporto col diritto classico o dottrinale in modo analogo (e, forse, non molto realistico) a quello in cui il latino volgare sta col latino letterario. A questo riguardo il Pugliese faceva notare che «il diritto volgare e il diritto dottrinale non sono due realtà, ma, se mai, due aspetti della realtà, due componenti dell'esperienza giuridica» e pertanto si può dubitare della configurabilità di un sistema di diritto volgare in questa particolare accezione (cfr. G. PUGLIESE, *Recensione a LEVY, West Roman vulgar law: the law of property*, in Arch. Giur., 1951, CXLI, 119 ss., in particolare 121 s.; E. LEVY, *West Roman vulgar law: the law of property*, Buffalo², 2003, 1 ss.).

²⁶⁵ Sul punto, cfr. *supra*, § 2, 45 s.

²⁶⁶ E. LEVY, *West Roman vulgar law*, cit., 127.

provati da una gran copia di testi sia dottrinali sia autoritativi. Piuttosto, dato conto, nei limiti del possibile, della prassi e analizzati i testi che mostrano la torbidezza della decadente vita giuridica postclassica, il mio sforzo si volgerà verso l'individuazione delle tappe del tortuoso e incerto percorso storico che dalla *constitutio Antoniniana* porta alla celebre e disputatissima costituzione di Giustiniano sulla forma convenzionale (dei contratti in generale e quindi anche) della compravendita, di cui mi propongo di fare l'esegesi nell'ultimo capitolo.

CAPITOLO TERZO

FORZE CENTRIFUGHE E FORZE CENTRIPETE

NELLA PRASSI DELL'IMPERO.

SOMMARIO: 1. LA 'CONSTITUTIO ANTONINIANA' E I SUOI EFFETTI SULLE FORME GIURIDICHE DELLA VITA DI RELAZIONE. – 2. LA CANCELLERIA DI DIOCLEZIANO DI FRONTE ALLE COSTUMANZE ELLENISTICHE. – 3. IL FANTASMA DELLA MANCIPIATIO NELLE CARTE PIACENTINE. – 4. IL PROBLEMA DELLA NECESSITÀ DELLA 'TRADITIO' AI FINI DEL TRAPASSO DEL DOMINIO: LE TAVOLETTE ALBERTINI E I PAPIRI RAVENNATI.

1. *La 'Constitutio Antoniniana' e i suoi effetti sulle forme giuridiche della vita di relazione.*

Fecisti patriam diversis gentibus unam;

profuit iniustis te dominante capi.

Dumque offers victis proprii consortia iuris,

*urbem fecisti quod prius orbis erat.*²⁶⁷

Con questi versi pieni di stupefatta ammirazione un poeta del V secolo d.C. esprime un esatto giudizio intorno alla realtà e al significato della storia di Roma²⁶⁸ e anche guardando a essa dall'angusta prospettiva dello storico giuspubblicista la verità del giudizio rimane immutata: *urbem fecisti quod prius orbis erat*: Roma ha fatto del mondo intero una sola città. Fin dal *bellum italicum* o guerra sociale del 91-89 a.C. (ma si può dire che facesse parte del programma della democrazia romana fin dall'età dei

²⁶⁷ RUTILIO NAMAZIANO, I, 63-66, *De reditu suo*, a cura di E. CASTORINA, Firenze, 1967, 79 s.

²⁶⁸ Così F. MORONI, *Corso di storia*, I, Torino, 1960, 13.

Gracchi²⁶⁹) la politica romana verso le popolazioni vinte fu volta a raggiungere una progressiva integrazione in un organismo unitario attraverso un orientamento sempre più favorevole all'estensione della cittadinanza²⁷⁰ finché nel 212 d.C. Caracalla non dubitò di tradurre, per così dire, in formula giuridica quei mirabili versi: *in orbe Romano qui sunt ex constitutione imperatoris Antonini cives Romani effecti sunt*²⁷¹, per dirla con Ulpiano. Non è possibile accertare pienamente quali motivi indussero l'imperatore ad adottare tale provvedimento; il senatore Dione Cassio, animato da una profonda avversione verso la politica di Caracalla, non certo favorevole alla classe senatoria, sostiene che egli fosse mosso soltanto dall'intento rapace di assoggettare anche i *peregrini* all'imposta sulle manomissioni e sulle successioni, la *vicesima hereditatum*, che prima di allora era pagata pressoché esclusivamente dai cittadini romani²⁷². Se l'acrimonia che traspare dallo scritto spinge a dubitare della sua affidabilità storica, non si può escludere che il *princeps* fosse indotto a elargire la cittadinanza a tutti i cittadini dell'impero anche al fine di soddisfare interessi fiscali: le spese per l'apparato militare, cresciute già sotto l'impero del padre Settimio Severo, continuarono a crescere sotto il regno di Antonino Caracalla, il quale proseguì la politica paterna di favore per l'esercito²⁷³ determinando un progressivo aumento della pressione fiscale. Le preoccupazioni di Settimio Severo e dei figli per l'esercito e per il sistema di difesa erano, peraltro, in larga parte giustificate sia dal fatto che la pressione dei barbari (ma anche quella dei Parti che toccò proprio al fondatore della dinastia

²⁶⁹ Così V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*¹⁴, cit., 52.

²⁷⁰ In questo senso, cfr. G. PUGLIESE *Istituzioni*, cit., 370 s..

²⁷¹ Ulp. 22 *ad ed.*, D. 1, 15, 17. Il testo della *Constitutio Antoniniana de civitate peregrinis danda* ci è stato trasmesso in lingua greca, insieme con altri editti dell'imperatore Caracalla, attraverso un documento papiraceo, gravemente mutilo, appartenente alla collezione di Giessen (il P.Giss. 40, col. I), il cui contenuto fu pubblicato per la prima volta nel 1910 da P. M. MEYER, *Griechische Papyri im Museum des oberhessischen Geschichtsvereins zu Giessen*, I, 2, Leipzig, 1910, 25ss.; ID., *Juristische Papyri. Erklärung von Urkunde zur Einführung in die juristische Papyruskunde*, Berlin, 1920, n. 1 e dopo, tra gli altri, da L. MITTEIS, *Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde*, Leipzig-Berlin, 1912, *Chrest.*, n. 377 e da S. RICCOBONO, *FIRA*, I², n. 88.

²⁷² DIONE CASSIO, *Storia di Roma*, 77, 9, 4-5.

²⁷³ Ancora da Dione Cassio apprendiamo la notizia che in punto di morte Settimio Severo rivolse un'ultima esortazione ai figli: ὁμονοεῖτε, τοὺς στρατιώτας πλουτίζετε, τῶν ἄλλων πάντων καταφρονεῖτε (DIONE CASSIO, *Storia di Roma*, 77, 15, 2). Se l'ultima volontà paterna non valse a mantenere la concordia fra i figli (nel 211 infatti Caracalla uccise il fratello Geta, gli inflisse la *damnatio memoriae* e pare, addirittura, che l'anno successivo abbia fatto uccidere il principe della giurisprudenza romana, Emilio Papiniano, proprio perché il giurista si era rifiutato di tessere l'apologia del fratricidio), essa fu tuttavia accolta con maggior favore dal figlio e successore Caracalla nell'aspetto eminentemente politico; egli infatti perseguì il medesimo indirizzo politico del padre i cui tratti più significativi furono la grande attenzione rivolta al mondo provinciale (Settimio Severo, fra l'altro, concesse a molte comunità locali la cittadinanza, oltre che numerosi privilegi e immunità, permise l'uso di qualsiasi lingua provinciale in alcuni importanti atti di diritto privato, come i fedecommessi, e reclutò la maggior parte dei più alti funzionari dalla Siria e dall'Africa), il carattere autoritario che impresse all'impero (Severo assunse il titolo di *dominus* anche di fronte a Romani e Italici ad imitazione della concezione monarchica orientale) che gli attirò le antipatie della classe senatoria e la, già citata, particolare cura dell'esercito di cui il fondatore della dinastia dei Severi migliorò le condizioni sia dal punto di vista economico aumentandone il soldo, che era rimasto immutato dai tempi di Domiziano, in modo da reintegrare i militari nel loro reale potere d'acquisto che l'aumento dei prezzi dovuto alla diminuzione di valore del denaro aveva progressivamente eroso (cfr. ERODIANO, *Storia*, 3, 8, 4), sia dal punto di vista morale dando riconoscimento giuridico ai matrimoni contratti durante il servizio militare (cfr. ERODIANO, *Storia*, 3, 8, 5) e permettendo la creazione di città e villaggi attorno agli stanziamenti permanenti dei soldati con la logica conseguenza che essi divenissero la loro residenza definitiva all'atto del congedo.

affrontare e sconfiggere) aumentava sempre più, sia dalla circostanza che in mancanza di una legge di successione (cui si era cercato di porre rimedio nel I secolo con la successione quasi ereditaria e nel II secolo con la successione adottiva) per conquistare e mantenere il trono i contendenti dovevano appoggiarsi alla forza delle armi a cui, di conseguenza, la suprema autorità doveva il (momentaneo) successo e restava di fatto legata. Del resto, è vero che «in ogni processo storico i vari fattori agiscono e reagiscono tutti gli uni sugli altri, essendo insieme condizionatori e condizionati rispetto a quell'ambiente che, comprendendoli, li spiega e ne è spiegato»²⁷⁴; è vero anche che, pertanto, bisogna guardarsi dalla fallacia delle diagnosi causali nei fatti storici; tuttavia pare difficilmente contestabile il fatto che uno dei fattori più costanti e più potenti del processo, caratteristico della decadenza del mondo romano nella successiva epoca postclassica, di riduzione dell'organizzazione sociale a due sole classi (degli *honestiores* e degli *humiliores*) fu proprio il fiscalismo immane e spietato (ma anche necessario dato l'aumento delle spese dell'Impero, in particolare per l'apparato burocratico e militare) e che, conseguentemente, l'attenzione del legislatore postclassico fu attratta soprattutto dall'interesse fiscale, come cercherò di mostrare più avanti²⁷⁵. L'osservazione di Dione Cassio potrebbe quindi non essere del tutto ingiustificata e l'editto di Caracalla potrebbe leggersi, a un tempo, come una delle prime manifestazioni dei problemi che avrebbero angosciato il mondo romano nei secoli successivi e come uno dei primi (vani) tentativi di risolverli.

Sia quel che sia dei motivi della decisione di Caracalla²⁷⁶, l'aspetto più interessante per lo storico del diritto è un altro e riguarda gli effetti giuridici del provvedimento²⁷⁷ per i quali esso può essere considerato il punto di partenza di una rivoluzione nel diritto romano: «mentre fino al 212 ciascuno dei popoli soggetti aveva continuato a vivere, per quanto concerne i rapporti familiari e patrimoniali, secondo il suo diritto, dal 212 in poi diveniva per tutti diritto vigente il diritto romano»²⁷⁸. La romanizzazione del mondo sembrava assicurata: lo stato-città moriva per far posto a una monarchia mondiale e il diritto privato romano da cittadino che era nelle origini e nella struttura sarebbe dovuto diventare universale²⁷⁹. Ma è facile intendere che neanche il più fedele dei sudditi avrebbe potuto, per ossequio alla volontà di un monarca, sradicare

²⁷⁴ F. MORONI, *Corso*, cit., 17.

²⁷⁵ Cfr. *infra*, cap. V, 120 ss.

²⁷⁶ L'Arangio-Ruiz sostiene che, oltre che dalle necessità finanziarie, fosse anche «motivata forse da una tendenza verso il sincretismo religioso fra Roma e l'Oriente», V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*¹⁴, cit., 5. D'altronde lo stesso Caracalla presenta il suo editto come un atto di ringraziamento agli dei che lo hanno protetto.

²⁷⁷ Sugli effetti giuridici dell'editto cfr., *inter alios*, V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*⁷, Napoli, 2006, 338 ss.; M. TALAMANCA, *La 'constitutio Antoniniana'*, in *Lineamenti di storia del diritto romano*² (Autori vari), Milano, 1989, 520 ss.; F. AMARELLI, *Dal principato alla monarchia assoluta*, in *Storia del diritto romano e linee di diritto privato* (Autori vari), Torino, 2005, 112 s. e, con particolare riguardo alla reazione della giurisprudenza dell'età dei Severi, *La giurisprudenza dell'età dei Severi*, *ibidem*, 201 ss.

²⁷⁸ V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*¹⁴, cit., 5.

²⁷⁹ Così V. ARANGIO-RUIZ, *Storia*⁷, cit., 338.

ex abrupto la tendenza a persistere, nella vita di relazione, nelle forme giuridiche usate in precedenza. E proprio la, per così dire, brutalità della riforma è all'origine di amplissime e vivaci discussioni dottrinali sull'effettiva portata della stessa. A molti autori è sembrato insostenibile che l'editto, estendendo la cittadinanza a tutti i sudditi dell'Impero, modificasse di punto in bianco l'ordinamento in base al quale vivevano larghissimi strati della popolazione. Se la questione dei limiti soggettivi del provvedimento, molto controversa in passato, può considerarsi sopita e il suo carattere generale²⁸⁰ è ormai pacificamente ammesso²⁸¹, è ancora oggi oggetto di dibattito la questione dei limiti oggettivi dello stesso, in particolare il problema più rivelante è costituito dall'individuazione del diritto applicabile ai *novi cives*.

All'impostazione dominante nell'800 secondo la quale ai *peregrini* ai quali l'imperatore Caracalla aveva largito la *civitas Romana* dovesse di necessità applicarsi il diritto romano in ragione dell'ideologia, connaturata alla città-stato, dell'esclusività dell'ordinamento giuridico di appartenenza, già Ludwig Mitteis mosse le prime obiezioni in un'opera fondamentale²⁸² con la quale additò agli studi romanistici una nuova via da percorrere. L'autorevole studioso ebbe l'indiscutibile merito di farsi pioniere dello studio dei rapporti tra diritto romano (*Reichsrecht*) e diritti locali (da lui qualificati come *Volksrechte*) ponendo l'accento sulla persistenza dopo il 212 d.C. delle concezioni e delle pratiche precedenti alla promulgazione dell'editto attraverso le quali i provinciali continuavano a svolgere i loro traffici giuridici. Tuttavia, com'è naturale dopo oltre un secolo dalla sua pubblicazione, il geniale studio del Mitteis presenta limiti, da un lato, oggettivi, dovuti allo sviluppo allora soltanto embrionale della papirologia giuridica, di cui il grande romanista può dirsi l'iniziatore²⁸³ (per il periodo imperiale egli poté utilizzare quasi soltanto i papiri egizi, oltre ai testi di provenienza romana), dall'altro, soggettivi perchè l'insigne studioso non riuscì a liberarsi del tutto dagli schemi della dottrina allora dominante e ritenne che la sopravvivenza degli ordinamenti giuridici vigenti prima della *constitutio Antoniniana* fosse un fenomeno da collocarsi sul piano di fatto e non su quello di diritto.

La rigidità dell'opinione proposta dal Mitteis per la quale i diritti locali sarebbero degradati a usanze formalmente illegali suscitò la reazione di chi giudicava assai improbabile sia il fatto che venisse imposto da un giorno all'altro a *peregrini*, magari con tradizioni giuridiche secolari alle spalle, di *uti iure Romano* sia il fatto che il

²⁸⁰ Ovviamente questo non significa che non vi fossero eccezioni, come per esempio nei confronti dei soggetti che avessero perso lo *status civitatis* in seguito a condanna penale.

²⁸¹ Prova sicura del fatto che esso dispiegasse i suoi effetti anche riguardo ai *peregrini nullius civitatis* (contrariamente alla tesi del Mommsen) è data dalla documentazione proveniente dall'Egitto da cui risulta che dopo il 212 d.C. anche gli abitanti della *χώρα* egiziana, adottando almeno in parte il sistema onomastico romano, assunsero il *gentilicium* di Aurelio, che era quello dell'imperatore Antonino Caracalla, che aveva loro elargito la cittadinanza. Sul punto cfr. M. TALAMANCA, *La 'constitutio Antoniniana'*, in *Lineamenti*², cit. 520 s.

²⁸² L. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des Kaiserreichs*, Leipzig, 1891.

²⁸³ Così M. AMELOTTI, *Reichsrecht, Volksrecht, Provinzialrecht. Vecchi problemi e nuovi documenti*, in SDHI, LXV, 1999, 211.

persistere degli elementi tradizionalmente locali avvenisse *contra ius*, per disinteresse o per una certa tolleranza dell'autorità romana. In particolare secondo la tesi che fa capo allo Schönbauer²⁸⁴, la costituzione di Caracalla avrebbe lasciato sussistere, accanto alla concessa *civitas Romana*, la cittadinanza originaria dei *novi cives*, in base al regime della doppia cittadinanza. Gli antichi ordinamenti autoctoni sarebbero pertanto rimasti in formale vigore e i nuovi cittadini avrebbero potuto continuare a servirsene di pieno diritto. Tuttavia si è fatto notare che è la stessa costituzione di Caracalla a togliere il presupposto della tesi della doppia cittadinanza giacché con la generale concessione della cittadinanza quelle che prima del 212 d.C. erano *civitates peregrinae* (fossero esse *liberae, sine foedere* o *foederatae*, o autonome di fatto) erano divenute tutte città romane facendo quindi venir meno la base formale a cui ancorare la doppia cittadinanza che, d'altro lato, non avrebbe potuto spiegare la sopravvivenza degli ordinamenti dei *peregrini nullius civitatis*.

Più di recente si è quindi avanzata una tesi diversa²⁸⁵ secondo la quale a seguito della *constitutio Antoniniana* gli ordinamenti locali sarebbero stati riassunti nel più ampio ordinamento romano in quanto consuetudini vigenti nell'Impero e, in quanto tali, avrebbero mantenuto il loro formale vigore nei limiti in cui non fossero entrate in contrasto con norme romane inderogabili. Anche questa tesi presta il fianco a critiche fondate. Anzitutto dalle notizie che si possono ricavare dalle fonti appare di difficile contestazione il fatto che, persino negli ambienti ellenizzati della *pars Orientis* dell'Impero, si fosse radicata la convinzione che anche gli abitanti di quelle regioni fossero retti «dalle leggi comuni (a tutti) dei Romani», come scrive Menandro di Laodicea in un'opera retorica sul genere epidittico. La testimonianza del retore greco, inoltre, trova piena conferma nella documentazione papirologica proveniente dall'Egitto. Fin dalla conquista da parte di Alessandro Magno nel 332 a.C. questa provincia era tutta permeata di cultura greca e il diritto dei paesi ellenistici era

²⁸⁴ Innumerevoli sono gli scritti dello Schönbauer sull'argomento, cfr., *inter alios*, E. SCHÖNBAUER, *Reichsrecht gegen Volksrecht? Studien über die Bedeutung der 'Constitutio Antoniniana' für die römische Rechtsentwicklung*, in ZSS, II, 1931, 277 ss.; ID., *Reichsrecht, Volksrecht und Provinzialrecht. Studien über die Bedeutung der 'Constitutio Antoniniana' für die römische Rechtsentwicklung*, in ZSS, LVII, 1937, 309 ss.; ID., *Rechtshistorische Urkundenstudien. Die Inschrift von Rhosos und die 'Constitutio Antoniniana'*, in Arch. Pap., XIII, 1939, 177 ss.; ID., *Deditizier, Doppelbürgerschaft und Personalitäts-Prinzip*, in JJP, 1951, 17 ss.; ID., *Untersuchungen über die Rechtsentwicklung in der Kaiserzeit*, in JJP, 1956, 15 ss. È nota l'avversione dell'Arangio-Ruiz alla tesi che il giurista italiano, aderendo a una versione attenuata della tesi del Mitteis, non mancò di criticare in particolare nello studio *Sul problema della doppia cittadinanza nella Repubblica e nell'Impero romano*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, Padova, 1950, IV, 53 ss. I due si resero protagonisti di una serrata e duratura polemica che spinse un esasperato Arangio-Ruiz a scrivere dello Schönbauer che «della confutazione delle mie idee sembra fare lo scopo principale della sua esistenza» (V. ARANGIO-RUIZ, *Storia*⁷, cit., 425).

²⁸⁵ In particolare la tesi, prendendo le mosse dal diritto praticato in Egitto, è sostenuta da J. MÉLÈZE-MODRZEJEWSKI, *Diritto romano e diritti locali*, in *Storia di Roma*, III/2, Torino, 1993, 997 ss. (saggio nel quale l'Autore riprende sue precedenti ricerche sul tema poi riunite in *Droit impérial et traditions locales dans l'Égypte romaine*, Aldershot, 1990). Anche questa tesi diede origine a una vivace contesa che vide il Talamanca contrapporsi al Modrzejewski soprattutto riguardo alla testimonianza di un retore greco della fine del III secolo d.C., Menandro di Laodicea, sulla consapevolezza diffusa della generale vigenza del diritto romano, il cui valore, agli occhi del Talamanca, era chiarissimo e «così inequivocabile che il tentativo, senz'altro prevenuto di Joseph Modrzejewski, di toglier valore a queste testimonianze s'è rivelato soltanto un esercizio d'elegante quanto inutile sofistica salottiera» (M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 116).

profondamente diverso dal diritto romano²⁸⁶. Non può quindi essere casuale la comparsa nei papiri egiziani della clausola stipulatoria proprio intorno al 220 d.C.²⁸⁷, poco dopo la promulgazione del celebre editto. Attraverso questa clausola, forse introdotta in Egitto da un'ordinanza prefettizia²⁸⁸, i provinciali intendevano porre sotto l'egida della *stipulatio* romana i negozi da loro compiuti secondo i diritti locali. Poiché, infatti, quel contratto formale e unilaterale tipico del diritto romano poteva obbligare a qualunque condotta, purchè lecita, possibile e determinata, i *novi cives* se ne servirono ampiamente e, se anche «dovettero generalmente astenersi dal pronunciare quella domanda e risposta solenni che la clausola in parola avrebbe dovuto documentare»²⁸⁹, assunsero l'abitudine di apporre a chiusura del contratto le parole *et interrogatus spondit* (καὶ ἐπερωτηθεὶς ὁμολόγησεν). Versando il contenuto negoziale in una *verborum obligatio*, i provinciali assicuravano la coercibilità, secondo il diritto romano, a obbligazioni contrattuali assunte nelle forme, profondamente diverse e di notevole importanza per gli sviluppi successivi, previste dagli ordinamenti autoctoni, alle quali erano adusi. E questo sforzo volto a dar efficacia giuridica sul piano del diritto romano ai negozi compiuti sulla base dei diritti locali è, a un tempo, un'importante testimonianza della scarsa dimestichezza che anche coloro che redigevano i documenti avevano coi principi del diritto romano (la clausola compare spesso anche in quietanze di pagamenti, in negozi traslativi, in atti unilaterali, come il testamento, e in negozi non patrimoniali, come la manomissione) e una chiara manifestazione di consapevolezza che il diritto romano fosse divenuto il criterio ultimo di valutazione dei comportamenti giuridicamente rilevanti anche in provincia, che l'ordinamento della *civitas Romana* fosse, insomma, l'unico vigente nell'Impero.

Ciascuna delle teorie brevemente esposte aiuta a cogliere un aspetto del fenomeno giuridico nel mondo provinciale così come esso doveva presentarsi dopo il 212 d.C., tuttavia a tutte quante insieme può essere rivolta una medesima osservazione critica: esse tendono a ricercare una soluzione monistica al problema e «a dare valore assoluto a soluzioni astratte»²⁹⁰. Quest'atteggiamento, comprensibile dalla prospettiva del giurista, è meno giustificato dalla prospettiva dello storico agli occhi del quale è evidente la difficoltà del fatto che la portata della costituzione potesse essere intesa allo stesso modo a Narbona e ad Alessandria d'Egitto. A chi voglia tentare una ricostruzione storica

²⁸⁶ Per la compravendita, cfr. *supra*, cap. II, § 2, 45 ss..

²⁸⁷ A onor del vero già alcuni documenti contrattuali della metà del II secolo d.C. contengono la menzionata clausola, ma essi furono redatti in Asia Minore e finirono in Egitto soltanto in un secondo momento come per esempio nel caso del negozio attestato da P. Turner 22, una compravendita di schiavi del 142 d.C. confezionata a Side, una città della Panfilia (cfr. L. MIGLIARDI ZINGALE, *Diritto romano e diritti locali nei documenti del Vicino Oriente*, in *SDHI*, LXV, 1999, 224, nt. 28).

²⁸⁸ Sul punto cfr. D. SIMON, *Studien zur Praxis der Stipulationsklausel*, München, 1964, 17 e 25.

²⁸⁹ V. ARANGIO-RUIZ, *Storia*⁷, cit., 341. Riprova ne è il fatto (per cui cfr. *infra* nel testo) che la clausola appare anche in negozi «dove non si saprebbe neppure immaginare da chi potesse essere fatta al disponente la domanda che è essenziale alla stipulazione» (V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*¹⁴, cit., 331), come per esempio «nei testamenti e nelle manomissioni, atti in cui la *stipulatio* non può svolgere alcun ruolo» (M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit. 566).

²⁹⁰ M. TALAMANCA, *La 'constitutio Antoniniana'*, in *Lineamenti*², cit. 524 s.

verosimile, s'impone innanzitutto una distinzione fra le province della *pars Orientis* e quelle della *pars Occidentis* dell'Impero: le prime ampiamente ellenizzate, le seconde di massima già romanizzate sotto tutti i profili, compreso quello giuridico. Ed è anche ovvio che si tratti di una distinzione per più ragioni insufficiente. Anzitutto si deve tener conto del fatto che la *pars Orientis* ricomprende anche aree, come quella che nel 106 d.C. sarebbe diventata la provincia d'Arabia²⁹¹, che, prima della conquista romana, rimasero ai margini del mondo greco e in cui l'influenza dell'ellenismo fu, di conseguenza, soltanto formale. In secondo luogo capitava che la *civitas Romana* ancor prima del 212 d.C. fosse concessa a intere città dell'Oriente, normalmente con l'attribuzione dello *status* di colonia onoraria (come per esempio Tiro). Inoltre la cittadinanza romana era attribuita ai membri della classe dirigente delle città straniere al fine di legarli al governo romano (e alla casa regnante) nell'ideologia e negli interessi²⁹² ed è quindi chiaro che il problema dell'abrogazione degli ordinamenti locali, a seconda di quanto fosse andata avanti l'omologazione con il governo centrale e la classe che lo esprimeva, dovesse porsi in modo radicalmente diverso per un membro dell'*élite* di governo rispetto a un *quivis de populo*. D'altro canto le diverse condizioni economiche e sociali delle classi subalterne dovevano rendere il problema dell'individuazione del diritto da applicare di minore gravità²⁹³. Infine si dovrebbe anche distinguere fra l'atteggiamento del governatore provinciale e del suo apparato burocratico e l'atteggiamento della cancelleria imperiale sia in ragione della diversa preparazione giuridica sia in ragione della possibilità di una diversa linea politica²⁹⁴: non è improbabile che il primo fosse di massima più aperto alla recezione delle istanze dei provinciali di quanto non fosse la seconda che, essendo diretta emanazione dell'imperatore che proprio in quel tempo riusciva a imporre la massima *quod principi placuit legis habet vigorem*²⁹⁵, doveva essere più esigente nel pretendere l'ossequio alla volontà del monarca. Anche su quest'aspetto, tuttavia, le generalizzazioni potrebbero essere fuorvianti: raffigurarsi la politica imperiale come un monolito sempre identico a

²⁹¹ Significativa al riguardo è la testimonianza dell'archivio di Babatha figlia di Simon. Si tratta di una raccolta di 35 papiri di età adrianea (più precisamente i più antichi fra essi si collocano prima del regno di Adriano e sono databili al 93 d.C., mentre i più recenti al 132 d.C.) scoperta nel corso di due spedizioni fra il 1960 e il 1961 nella cosiddetta 'Grotta delle lettere' durante gli scavi condotti da Yigael Yadin. Questi documenti, in gran parte in lingua greca, ma con sottoscrizioni in aramaico e nabateo, appartenevano a una donna, Babatha, che aveva lasciato il villaggio nativo di Maoza in Arabia per rifugiarsi in Giudea al tempo della rivolta di Simone Bar Kokhba (ossia il figlio della stella). La zona, pur avendo recepito la lingua greca per ragioni commerciali, aveva conservato sostanzialmente integre le tradizioni giuridiche nabatee ed è per questo motivo di grande interesse il fatto che in questi documenti attestanti compravendite, mutui ipotecari, depositi, donazioni e matrimoni si palesino chiaramente i segni del *ius* di Roma ben prima della *constitutio Antoniniana*. In particolare non può passare inosservata la presenza della clausola stipulatoria nella traduzione greca και ἐπερωτηθεὶς ὁμολόγησεν, costantemente accompagnata dal riferimento alla πίστις invocata, con tutta probabilità, al fine di suggellare i negozi giuridici dei peregrini. Cfr. *The Documents from the Bar Kokhba Period in the Cave of Letters. Greek Papyri*, a cura di N. LEWIS, Jerusalem, 1989.

²⁹² Sul punto cfr. M. TALAMANCA, 'Status civitatis' ed ordinamento giuridico, in *Lineamenti*², cit. 517 e, *amplius*, ID., *I mutamenti della cittadinanza*, in *Mélanges de l'Ecole française de Rome. Antiquité*, 1991, 703 ss.

²⁹³ Così M. TALAMANCA, *La 'constitutio Antoniniana'*, in *Lineamenti*², cit., 527 s.

²⁹⁴ Ancora cfr. M. TALAMANCA, *La 'constitutio Antoniniana'*, in *Lineamenti*², cit., 527.

²⁹⁵ Ulp. 1 *Inst.*, D, 1, 4, 1, pr.

se stesso significherebbe, per usare una splendida metafora di Guido Calogero²⁹⁶, guardare a essa con occhi eleatici che, come quelli della Gorgone, impiettrano tutto ciò su cui si posano. Ma il reale si ribella a quest'immobilizzazione medusea: di fronte agli usi locali una è la politica dei Severi²⁹⁷, «per lo più d'indifferenza o, se vogliamo, di tacito consenso»²⁹⁸, altra è la politica di Diocleziano, di profonda avversione e ferma opposizione, nel magnanimo sforzo volto a restaurare l'antico Impero romano e pagano. Gli usi poi non possono certo essere considerati indistintamente: è evidente, per esempio, che al popolo romano, al quale nessun altro è pari «nell'esecuzione semplice ma inesorabile dei rapporti giuridici imposti dalla natura stessa»²⁹⁹, non poteva non ripugnare la pratica, assai diffusa in Egitto, delle unioni endogamiche alla quale dopo il 212 d.C. fu concessa soltanto un'eccezionale transitoria prosecuzione³⁰⁰. Ma di fronte ad altre pratiche egualmente diffuse in ambiente provinciale l'atteggiamento imperiale poteva non essere lo stesso. Escluso che «la vigenza delle consuetudini locali si fermasse soltanto dinanzi a quelle norme sottese da particolari valori politici od etico-sociali»³⁰¹, è proprio l'individuazione delle norme cogenti di diritto romano, alle quali le consuetudini locali non potevano derogare, il problema di maggiore interesse, ma anche di più grave difficoltà per lo storico del diritto. Fatta eccezione per l'Egitto, che presenta, pur con qualche lacuna, una straordinaria continuità, i ritrovamenti di materiale scritto sono del tutto casuali e anche per questo l'accostarsi al problema per tentare di seguire gli sviluppi storici dell'epoca successiva alla *constitutio Antoniniana* pare un *incedere per ignes suppositos cineri doloso*. Alla luce delle precedenti osservazioni sulla necessità di distinguere i vari contesti normativi e pragmatici e della parvità del materiale a disposizione che condanna purtroppo all'ignoranza della prassi di intere zone e di molti periodi, si potrebbe addirittura dubitare della reale possibilità di illuminare, anche soltanto avuto riguardo al tema della compravendita, uno dei poli della dialettica del tardo-antico, cioè la prassi e gli usi delle province, e, di conseguenza, della possibilità di conoscere gli sviluppi dell'istituto in questo periodo. E il dubbio potrebbe trovare nuovo alimento nella considerazione, valida soprattutto nei riguardi della tarda epoca postclassica e in misura maggiore nella *pars Occidentis* rispetto alla *pars Orientis* dell'Impero, che in quest'epoca «il diritto non si sviluppa secondo un processo lineare, dominato da un pensiero unitario, guidato e fissato dalla volontà del legislatore; ma, sopraffatto da tendenze locali e dalle forze sociali che si affermano quanto più si indebolisce il potere dello Stato, esso [...] si spezza in tanti rivi

²⁹⁶ G. CALOGERO, *Studi sull'eleatismo*², Firenze, 1977, 99 s.

²⁹⁷ Per le grandi linee della quale cfr. *supra*, 61, nt. 273.

²⁹⁸ M. AMELOTTI, *Reichsrecht*, cit. 212.

²⁹⁹ T. MOMMSEN, *Storia di Roma antica*, trad. it., I/1, Firenze, 2001, 73.

³⁰⁰ Sul punto cfr. O. MONTEVECCHI, *Endogamia e cittadinanza romana in Egitto*, in *Aegyptus*, LIX, 1979, 137 ss.

³⁰¹ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 115.

separati»³⁰². Ma se, alla luce del sin qui detto, è indubbiamente vero che la ricerca storica sugli sviluppi della compravendita nel periodo postclassico sconta di necessità un grado assai maggiore d'indeterminatezza di quanto non avvenga con riguardo ad altre età della storia, è però anche vero che le tendenze particolaristiche, che assumono un'importanza crescente a mano a mano che l'Impero s'indebolisce³⁰³, convivono, nel caotico fluire storico di quest'epoca, con tendenze accentratrici promananti dall'autorità imperiale la quale proprio tra la fine dell'epoca classica e gli albori di quella postclassica andava affermando la sua assolutezza e sarebbe stata in avvenire l'unica forza capace di incidere sulla realtà con fonti normative di carattere autoritativo, dalle quali spesso si ricavano anche utili informazioni per definire in modo meno incerto i tratti della prassi e degli usi. Per questa ragione nella ricostruzione dello svolgimento postclassico della compravendita ho inteso prendere le mosse dall'editto di Caracalla che in qualche modo costituisce l'emblema di una nuova epoca che si apriva nel segno di una latente contraddizione: da un lato, si affermava definitivamente l'«idea di un impero universale cosmopolitico, senza più un autentico centro, sull'altra di una supremazia di Roma come città-stato»³⁰⁴; dall'altro, il *princeps*, che ormai si considerava *legibus solutus*, manifestava una volontà accentratrice³⁰⁵ e favoriva una tendenza verso l'unità che, nell'atto stesso di realizzarsi, cessava però di essere una romanizzazione pura e semplice, non potendo non risentire di una serie di elementi esterni, alcuni dei quali affatto estranei alla romanità, quali le concezioni imperanti nelle

³⁰² P. DE FRANCISCI, *Premesse storiche alla critica del Digesto*, in *Conferenze per il XIV centenario delle Pandette*, Milano, 1931, 33.

³⁰³ Fino a scomparire del tutto in Occidente nel 476 d.C. col noto episodio del confino, a opera di Odoacre, nella villa luculliana di Baia, presso Napoli, dell'ultimo imperatore, un giovinetto che, per ironia della sorte, portava i due nomi del primo re e del primo imperatore, Romolo Augustolo.

³⁰⁴ F. AMARELLI, *La giurisprudenza*, cit., in *Storia*, cit. 201.

³⁰⁵ Risale proprio a quest'epoca e, in particolare, all'imperatore Costantino l'enunciazione del principio che la volontà del monarca espressa in una *constitutio principis* dovesse prevalere su qualunque altra fonte di diritto, compresa la consuetudine che, se *contra legem*, era quindi priva di efficacia giuridica (C. 8, 52, 2, a. 319). Il principio costantiniano è palesemente contrario a quello espresso quasi due secoli prima da Salvio Giuliano (D. 1, 3, 32: il testo, sospettato di interpolazione, riflette in ogni caso una concezione classica) il quale ammette che una legge potesse cadere in desuetudine ed essere quindi abrogata da una consuetudine contraria. Non privo di interesse è il fatto che l'antinomia fra le due norme del *Corpus iuris civilis* fu oggetto di dibattito fra i giuristi vissuti nei secoli XII e XIII, quando infuriavano le lotte fra l'Impero e il papato e, soprattutto, per l'aspetto che qui viene in rilievo, fra l'Impero e i Comuni: dapprima essa fu risolta da Imerio con l'invocazione della *lex regia de imperio* con la quale, secondo il *Theutonicus*, il popolo avrebbe alienato ogni sua potestà al principe in via definitiva, irrevocabile e totale rendendo inammissibile la consuetudine *contra legem* (cfr. la gl. in D. 1. 3. 32; per l'attribuzione a Imerio cfr. E. CORTESE, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, II, Roma, 1964, 126, nt. 56). Poco importa che l'applicazione del criterio cronologico da parte del giurista fosse sbagliata dato che egli collocava Salvio Giuliano prima della *lex regia*; è notevole invece il fatto che l'invocazione della *lex regia* come criterio risolutivo dell'antinomia fosse fatta a sostegno della battaglia politica del recupero delle regalie. E in questo stesso senso non può passare inosservato nemmeno il fatto che la tesi imeriana, che aveva avuto larga eco presso i gosiiani fino a Piacentino, venne sovvertita dall'interpretazione di Azzone, agli inizi del Duecento, quando ormai i Comuni vittoriosi a Legnano (1176) e conquistata la garanzia delle proprie autonomie con la pace di Costanza (1183), avevano preso a derogare alle leggi imperiali a proprio piacimento (cfr. la *Lectura Codicis*, di Azzone in C. 1. 14. 12, *de legibus et const.*, *Si imperialis*, ed. Parisiis 1577=Torino 1966). Sulla vicenda cfr. E. CORTESE, *Le grandi linee della storia giuridica medievale*, Roma, 2010, 258 s. e 311 ss.

province, soprattutto ellenistiche, e il Cristianesimo³⁰⁶, altri del tutto contingenti come il regresso sociale ed economico e altri ancora, come il fenomeno del volgarismo, che, sebbene presenti in ogni epoca storica e in qualunque ordinamento giuridico, manifestano spiccatamente la loro forza di penetrazione nel diritto ufficiale quando i bastioni eretti dalla dottrina, dalla giurisprudenza e dalla legislazione si fanno meno solidi.

Questo è il quadro generale su cui s'innestano gli sviluppi per l'epoca successiva dell'*emptio et venditio* classica, consensuale e obbligatoria. Nell'impossibilità materiale di ricostruire le balenanti consuetudini locali, mi contenterò di lumeggiare, quel poco che conviene al fine del presente lavoro, la prassi greco-egizia, con particolare riguardo alla reazione della legislazione imperiale dinanzi a essa, alla cui documentazione «si contrappongono, come altri blocchi erratici, le cosiddette *Tablettes Albertini*»³⁰⁷ e, per quello che riguarda l'Italia, i papiri ravennati (almeno quelli di periodo pregiustiniano) e le Carte Piacentine che, pur essendo dell'VIII secolo, contengono un formulario tratteggio strettamente affine a quello delle tavolette daciche del II secolo d.C. e, in certi limiti, possono costituire un argomento utile a congetturare quale fosse la prassi italica del periodo precedente.

2. *La cancelleria di Diocleziano di fronte alle costumanze ellenistiche.*

È fuor di dubbio che la prassi greco-egizia assuma un'importanza di primo piano rispetto al problema che qui interessa e ciò sia per l'ingente massa di documenti papiracei che è giunta fino a noi e che consente di avere una visione sufficientemente precisa e completa della vita giuridica di quella provincia, sia per l'influenza, seppure non di per sé determinante, che questa prassi, che si fondava su un ordinamento giuridico ormai stabilizzatosi, nei suoi tratti principali, da parecchi secoli, avrebbe avuto sui successivi sviluppi della compravendita. Cessata la separazione fra i diritti locali e il diritto romano con la celeberrima costituzione caracalliana del 212 d.C., la cancelleria imperiale fu assediata da richieste di provinciali che pretendevano che le norme che

³⁰⁶ L'influenza del Cristianesimo, la cui straordinaria potenza trova certamente una più facile occasione di manifestarsi nel campo del diritto delle persone e della famiglia o del diritto penale, non mancò di farsi sentire anche nel campo dei rapporti patrimoniali: una ripercussione vasta della nuova dottrina etica, per esempio, è probabilmente da riconoscersi «nella introduzione, sì in Oriente che in Occidente, del principio che il prezzo nella compravendita deve essere il *iustum pretium*, e un equilibrio in generale deve sussistere tra prestazione e controprestazione nei negozi a titolo oneroso» (E. ALBERTARIO, *Oriente e Occidente nel diritto romano del Basso Impero*, in *Scritti in onore di C. Ferrini*, III, Pavia, 1946, 127).

³⁰⁷ M. TALAMANCA *sub voce Vendita*, cit. 465. L'autore nel passo citato si riferisce al limitato problema della necessità della *traditio* per il trasferimento della proprietà *emptionis causa*.

erano state proprie degli ordinamenti autoctoni fossero riconosciute come vigenti e applicate ai casi loro; per conseguenza, soprattutto nel primo secolo dopo l'editto, imperatori come Alessandro Severo, i Gordiani e, col massimo vigore, Diocleziano, ripeterono a sazietà principi anche elementari di diritto romano affinché fossero rettamente applicati. In particolare, dato il fine della presente ricerca, viene in rilievo l'aspra battaglia che fu combattuta intorno alle forme dei contratti obbligatori e dei negozi traslativi della proprietà. Seguendo i risultati di una finissima indagine condotta dall'Archi³⁰⁸ e avuto uno speciale riguardo alla compravendita, si possono distinguere tre gruppi di rescritti imperiali.

Al primo gruppo appartengono quei rescritti in cui si fa questione di funzione probatoria dei quali un esempio³⁰⁹ è costituito da:

Imp. Diocl. et Max. AA. et CC. Chroniae C. 4, 19, 12 (a. 293) *Cum res non instrumentis gerantur, sed in haec gestae rei testimonium conferatur, factam emptionem et in vacuum possessionem inductum patrem tuum pretiumque numeratum quibus potes iure proditis probationibus docere debes.*

In diritto romano classico il documento, che pure conobbe fin dall'età repubblicana una notevole diffusione³¹⁰, non aveva alcuna posizione di privilegio, ma, essendo l'ordinamento privo di un sistema di prova legale, era suscettibile di attacco con qualsiasi mezzo. Si può anzi dire che il documento più tipicamente romano, la *testatio*, fondasse la propria forza probatoria sulla possibilità³¹¹ che, in caso di contestazione sul suo contenuto, i *testes* i quali avevano apposto il proprio sigillo alla

³⁰⁸ G.G. ARCHI 'Civiliter vel criminaliter agere' in tema di falso documentale: (Contributo storico-domatico al problema della efficacia della 'scriptura'), in *Scritti di Diritto romano in onore di Contardo Ferrini pubblicati in occasione della sua Beatificazione*, Milano, 1947, 1 ss. e, sul punto in particolare, 20 ss.; ora in ID., *Scritti di diritto romano*, III, *Scritti di diritto penale. Scritti di diritto postclassico e giustiniano*, Milano, 1981, 1589 ss..

³⁰⁹ Per ciascun gruppo mi contenterò di fare un esempio che riguarda direttamente la compravendita, mentre per le altre fonti rimando a G.G. ARCHI, 'Civiliter vel criminaliter agere', cit., 20 ss. (ora in ID., *Scritti di diritto romano*, III, *Scritti*, cit., 1617 ss.).

³¹⁰ Come fa notare il Voci, «Cicerone 'leggeva' le sue stipulazioni, *Ad Att.* XVI. 11. 7; la questione dei debiti, sul finire dell'età repubblicana, era una questione 'de novis tabulis', Cic. *De off.* II 23.84, ecc. (i particolari sono incerti, ma è certo che lo scritto c'entrava: PIAZZA, *Atti II semin. rom. gardesano*, Milano, 1980, 37). In età del principato, Scevola e Papiniano chiamavano *emptiones* i doc. di vendita, D. 32. 120 pr.; 33. 7. 12. 45. *Cautio* era il negozio stipulatorio e il documento che ne riferiva. L'uso comune determinò le interpretazioni di volontà: v. per es., D. 32. 59 Iul. 34 dig. (affermazione di principio); 30. 84. 7 Iul. 33 dig.; 30. 44. 5 Ulp. 22 Sab.; C. 8. 16. 2, a. 207 (qui *emptio* è il doc. di vendita); 8. 25. 7, a. 287. Né sono infrequenti espressioni come *eam scripturam* (il doc. dotale) *ius successionis non mutasse constitit*; o come *ex istrumento habere actionem* (D. 38. 16. 16; C. 8. 38. 4)», P. VOCI, *Tradizione, donazione, vendita da Costantino a Giustiniano*, in *IVRA*, XXXVIII, 1987, 88, nt. 80.

³¹¹ In questo senso cfr. M. TALAMANCA, *sub voce Documentazione e documento*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, XIII/1964, 550 e 557, nt. 72.

chiusura della *scriptura interior*³¹², fossero chiamati a riconoscere l'integrità dei *signa* e a rendere testimonianza sui fatti che si erano svolti alla loro presenza. Interessante è al riguardo la testimonianza³¹³ di Quintiliano, il più grande maestro di retorica a Roma, una fonte che, quindi, pur essendo extragiuridica, assume uno specifico rilievo sia in ragione del fatto che la materia dell'assunzione e discussione delle prove «era quasi un monopolio dei maestri di retorica e dei trattati da essi scritti»³¹⁴ sia in ragione del fine didattico propostosi dall'autore dell'opera:

Inst. Orator. V. 5. 1 *Contra tabulas quoque saepe dicendum est, cum eas non solum refelli sed etiam accusari sciamus usitatum esse. Cum sit autem in his aut scelus signatorum aut ignorantia, tutius ac facilius id quod secundo loco diximus tractatur, quod pauciores rei fiunt. 2. Sed hoc ipsum argumenta ex causa trahit, si forte aut incredibile est id actum esse quod tabulae continent, aut, ut frequentius evenit, aliis probationibus aequae inartificialibus solvitur, si aut is in quem signatum est aut aliquis signator dicitur afuisse vel prius esse defunctus, si tempora non congruunt, si vel antecedentia vel insequentia tabulis repugnant. Inspectio etiam ipsa saepe falsum deprendit.*³¹⁵

Il retore afferma che contro i documenti scritti (*contra tabulas*³¹⁶) non ci sono che due vie o *refelli* o *accusari*. Tralasciando la considerazione di quest'ultimo termine, che indubbiamente si riferisce alla via criminale tendente ad accertare lo *scelus* dei *signatores* e a punirli di conseguenza quali rei di falso, spicca il riferimento al *refelli* che consisteva nel dibattito che si svolgeva tra le parti per la formazione del giudizio di fatto nel corso della fase *apud iudicem* del processo formulare. Rispetto all'*accusari* altra è la meta cui tende chi elige questa via: incurante del contegno dei testi al documento, egli mira soltanto a impugnare la *fides* delle *tabulae*, facendo leva sull'*ignorantia signatorum* con tutte quelle possibilità che Quintiliano enumera (*si aut is in quem signatum est aut aliquis signator dicitur afuisse vel prius esse defunctus, si tempora non congruunt, si vel antecedentia vel insequentia tabulis repugnant. Inspectio etiam ipsa saepe falsum deprendit*). Ma sul punto un abisso separava le concezioni romane dalle costumanze delle province ellenistiche le quali, in certi casi, addirittura attribuivano alla

³¹² La *testatio* è un documento redatto in forma oggettiva in cui vengono descritte, in terza persona le attività svolte dalle parti. Per quanto riguarda la forma materiale, si deve dire che quasi tutti i documenti, sia quelli redatti in forma oggettiva, sia quelli redatti in forma soggettiva (*chirographa*, il cui nome rivela l'evidente origine ellenistica), si presentano, almeno sino alla fine del Principato, nella forma delle *tabulae ceratae* che venivano poi raggruppate in dittici, in trittici, o, più raramente, in polittici. Altra caratteristica costante dei documenti romani è la duplice scrittura: l'una aperta (*scriptura exterior*), che permette di consultare in ogni occasione il contenuto del documento; l'altra chiusa e sigillata dai testimoni (*scriptura interior*) che, aperta in caso di contestazioni, consente, come detto nel testo, il controllo dell'autenticità del contenuto della stessa. Sul documento cfr. M. TALAMANCA, *sub voce Documentazione*, cit. 548 ss..

³¹³ Per la cui interpretazione cfr. G.G. ARCHI, 'Civiliter vel criminaliter agere', cit., 9 ss..

³¹⁴ G. PUGLIESE *Istituzioni*, cit., 324.

³¹⁵ QUINTILIANO, V. 1-2, *Institutio oratoria*, I, a cura di S. BETA ed E. D'INCERTI AMADIO, Milano, 2007, 510.

³¹⁶ Sul significato della parola cfr. *supra*, nt. 312.

parola scritta «la stessa efficacia oggettiva, quasi magica, che i romani riconoscevano alle solenni dichiarazioni orali: tant'è che, ad es., i documenti redatti sotto forma di mutuo (δάνειον) potevano essere prodotti, come rileva un tardo scrittore latino (Pseud.-Ascon, *ad Cic. In Verr.* 2, 1, 14, 36), anche *contra fidem veritatis*»³¹⁷. E l'attribuzione allo scritto del valore di prova per eccellenza spiega l'imbarazzo nel quale doveva trovarsi un abitante dell'ellenizzata provincia d'Egitto *cum res non instrumentis gerantur* e la necessità che la cancelleria imperiale si assoggettasse alla fatica di ripetere il principio, ovvio dal suo punto di vista, che la prova potesse essere fornita con vari mezzi.

Nel secondo gruppo si possono collocare quei testi in cui il postulante assegna al documento un'efficacia costitutiva considerandolo un elemento necessario *ad substantiam actus*, per l'esistenza stessa del rapporto. Come esempio di questo secondo gruppo può citarsi il seguente passo:

Impp. Diocl. et Max. AA. et CC. Aurelio Paciano C. 4. 38. 12 (a. incerto, comunque tra il 293 e il 305) pr. *Non idcirco minus emptio perfecta est, quod emptor fideiussorem non accepit vel instrumentum testationis vacuae possessionis omissum est: nam secundum consensum auctoris in possessionem ingressus recte possidet.*

1. Pretium sane, si eo nomine satisfactum non probetur, peti potest: nec enim licet in continenti facta paenitentiae contestatio consensu finita rescindit.

Qui la cancelleria imperiale prende di mira il documento nella sua tendenza, diffusa nelle aree ellenizzate, a porsi come requisito essenziale; in particolare si dice che l'omissione del documento di tradizione non può in alcun modo inficiare la vendita (*Non idcirco minus emptio perfecta est, quod [...] instrumentum testationis vacuae possessionis omissum est*) e che colui, che in forza dell'autorizzazione del tradente, s'immette nel possesso, *recte possidet* e al venditore, avendo perduto la proprietà per l'avvenuta *traditio*, non resterà che l'azione contrattuale per ottenere il pagamento del prezzo (*pretium sane, si eo nomine satisfactum non probetur, peti potest*). Alle orecchie di un *civis Romanus* queste affermazioni sarebbero suonate due volte inutili: anzitutto perché il momento esecutivo del rapporto non avrebbe mai potuto incidere sulla perfezione genetica del vincolo contrattuale e in secondo luogo perché, anche a voler intendere l'*instrumentum testationis vacuae possessionis* come volto a documentare a un tempo il contratto e il negozio traslativo, l'*emptio et venditio*, appartenendo al genere dei contratti consensuali, non avrebbe comunque necessitato di alcuna forma particolare, bastando alla sua perfezione la manifestazione del consenso³¹⁸. Ma sul punto la coscienza giuridica della comunità ellenistica era profondamente diversa. Prendendo le mosse da una concezione della compravendita³¹⁹, analoga a quella della *mancipatio* romana, come scambio immediato di cosa contro prezzo, ma non giungendo mai a concepire la netta separazione, tipica del diritto romano classico, fra il contratto produttivo di sole obbligazioni e l'atto traslativo della proprietà, nelle province ellenistiche la compravendita più facilmente finì «per incorporarsi in un documento, col

³¹⁷ V. ARANGIO-RUIZ, *Storia*⁷, cit., 337.

³¹⁸ Cfr. *supra*, cap. II, § 3, 47 ss.

³¹⁹ Per cui cfr. *supra*, cap. II, § 2, 45 ss..

quale il venditore riconosceva il passaggio della proprietà come un effetto immediato della ricezione del prezzo [...]. Questa prevalenza della scrittura, per la quale la volontà in essa cristallizzata non aveva bisogno di estrinsecarsi in atti materiali»³²⁰ spiega la difficoltà del postulante a figurarsi una compravendita priva di un documento che, a un tempo, la attestasse e la costituisse e anche la difficoltà a tenere distinti il momento consensuale e obbligatorio da quello, successivo, esecutivo e produttivo degli effetti reali. Difficoltà, quest'ultima, all'origine, molto probabilmente, di un'altra celeberrima affermazione diocleziana:

Imp. Diocl. et Max. AA. et CC. Martiali C. 2. 3. 20 (a.293) *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.*

Per quanto s'ignori il contesto del passo e si debba andar quindi cauti nel trarre deduzioni³²¹, pare difficilmente contestabile che la cancelleria imperiale, al di là dello strano accostamento dell'*usucapio* a *transferre* dovuto forse alla mano di un tardo maestro postclassico, intenda affermare la necessità della *traditio* al fine del trasferimento del *dominium*. E, peraltro, lo fa servendosi di una metafora, quella della nudità dell'atto che, se non è infrequente in riferimento all'assenza di funzione che rende svestito l'atto traslativo, è invece inusuale nella forma inversa. Quel che invece non è assolutamente possibile dedurre dalla concisione del rescritto imperiale è se nel caso concreto il prodursi dell'effetto traslativo fosse attribuito al *nudum pactum* dalla volontà delle parti o dalla volontà dell'ordinamento indigeno previgente. Anzi, più in generale, si può dire che in nessun rescritto la cancelleria imperiale si curi di tenere distinte le due ipotesi; neppure, di conseguenza, si dà pensiero di distinguere la redazione scritta voluta dalle parti *ad substantiam actus* dalla redazione voluta dalle parti *ad probationem*³²²; e nemmeno si occupa, adusa com'era a pensare a un documento esclusivamente privato quale senz'altro era rimasto quello romano almeno sino alla fine del Principato, di specificare a quale tipo di documento fossero da attribuire gli effetti che sorprendevo i *cives Romani*, ma si limita a rispondere «invariabilmente e senza riserve [...] che il rapporto è per il diritto esistente anche se gli *instrumenta* o non sono stati redatti o sono andati distrutti»³²³. A questo punto è lecito domandarsi se la prospettiva della cancelleria imperiale assunta finora non induca forse a distorcere il punto di vista dei richiedenti: gli imperatori parlano genericamente di *scriptura*, di *instrumentum* e di *cautio*; rifiutano al documento il valore di attestazione

³²⁰ V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*¹⁴, cit., 205.

³²¹ Così P. VOCI, *Tradizione*, cit. 90 s.

³²² Per quanto non si dubiti che anche a Roma le parti di un contratto avrebbero potuto, con un esplicito accordo, pattuire la redazione del documento scritto sia *ad substantiam actus* che *ad probationem* non ci sono giunti testi che manifestino direttamente la conoscenza di questa distinzione da parte del mondo romano. Alla luce di questi fatti la circostanza a cui si è fatto cenno nel testo, se certo non porta a condividere l'opinione di quanti sostengono che i Romani nel periodo classico ricorressero scarsamente alla documentazione (sul punto cfr. *supra*, 70, nt. 310), né a escludere categoricamente la conoscenza del documento costitutivo, non è, però, senza significato di fronte a chi, come H. STEINACKER, *Die antiken Grundlagen der frühmittelalterlichen Privatkunde*, Leipzig, 1927, 72 s., ritiene che il documento con efficacia dispositiva avesse grande diffusione in Roma, almeno per i negozi *iuris gentium*. Sul problema cfr. G.G. ARCHI, '*Civiliter vel criminaliter agere*', cit., 21, nt. 3 (ora in ID., *Scritti di diritto romano*, III, *Scritti*, cit., 1618 s., nt. 53). Tuttavia, in senso, diverso con riferimento ai soli contratti consensuali cfr. G. PUGLIESE, *La simulazione nei negozi giuridici: studio di diritto romano*, Padova, 1938, 168 (per cui cfr. *infra*, cap. VI, § 3, 179). Cfr. anche, con particolare riferimento all'*expensilatio*, V. ARANGIO-RUIZ, *Documenti probatorii e dispostivi in diritto romano*, dapprima pubblicato in *Atti del terzo Congresso di diritto comparato*, Roma 1953, 353-359, ora in ID., *Studi epigrafici e papirologici*, a cura di Lucio Bove, Napoli, 1974, 425-430 (in particolare 427 sull'*expensilatio*).

³²³ G.G. ARCHI, '*Civiliter vel criminaliter agere*', cit., 21 (ora in ID., *Scritti di diritto romano*, III, *Scritti*, cit., 1618 s.).

inconfutabile; per rispondere negativamente agli interessati secondo i quali la scrittura era a un tempo un elemento necessario al sorgere del negozio giuridico e l'unico elemento di prova ammissibile³²⁴ applicano categorie dogmatiche quali quelle della forma scritta *ad substantiam* e della forma scritta *ad probationem*. Ma non si deve dimenticare che la cancelleria imperiale era mossa dall'intento di riaffermare, anche in ambiente provinciale, i principi di diritto romano. Indicativo è, al riguardo, il terzo gruppo di rescritti in cui gli imperatori si trovano impegnati a combattere il principio secondo il quale lo scritto (considerato da essi una semplice dichiarazione di scienza) prevale sulla *rei veritas* il che nient'altro significa che valutare i fatti sotto la scorza dei principi romani.

Imp. Diocl. et Max. AA. et CC. C. 4, 50, 6, 2 (a. 293) *Quod si emisti quidem tu et tibi tradita possessio est, tantum autem nomen instrumento uxoris quondam tuae scriptum est, res gesta potior quam scriptura habetur.*

Dal punto di vista romano è assurdo che l'indicazione del nome del compratore contenuta nel documento prevalga sull'effettiva partecipazione alla contrattazione (*quod si emisti quidem tu*) o sulla concreta *traditio* del bene (*et tibi tradita possessio est*). Ed è, quindi, comprensibile che la pugnace cancelleria di Diocleziano, tutta presa dalla battaglia contro le vedute provinciali, non distinguesse gli aspetti delle singole *scripturae*, ma si appagasse di affermare il principio generale di diritto romano secondo il quale *res gesta potior quam scriptura habetur*. Il contegno della cancelleria diocleziana dinanzi alle costumanze ellenistiche non è del resto molto diverso da quello assunto poco più di un secolo prima da Gaio. Il giurista romano, infatti, nel suo commentario, dopo aver descritto il *nomen transcripticium*, ha anche qualche parola per un genere di obbligazioni proprio dei peregrini:

*Praeterea litterarum obligatio fieri videtur chirographis et syngraphis, id est si quis debere se aut daturum se scribat: ita scilicet, si eo nomine stipulatio non fiat: quod genus obligationis proprium peregrinorum est*³²⁵.

Nel commentario di Gaio, volto a esporre un sistema di diritto romano³²⁶ puro, «queste parole non hanno altro valore che di curiosità erudita»³²⁷, tuttavia esse si rivelano preziose rispetto al problema che qui è trattato perché manifestano il medesimo disinteresse verso le forme dei documenti privati mostrato dagli imperatori nei loro rescritti: Gaio pone sullo stesso piano *συγγραφαί* e *χειρόγραφα* e così entra in contrasto con quanto dice il già citato³²⁸ Scolio dello Pseudo-Asconio (*ad Cic. In Verr. II, 1, 36*); inoltre nel passo gaiano non si fa alcun cenno a un intervento pubblico nella documentazione dei negozi. Nelle *Institutiones* il giureconsulto romano distingue

³²⁴ Cfr. l'esegesi svolta *supra*, 70 ss. di C. 4, 19, 12 (a. 293).

³²⁵ Gai *Institutiones*, 3, 134.

³²⁶ Qui come altrove adopero l'improprio sintagma «sistema di diritto romano» in un senso atecnico. In senso proprio, dato il carattere topico della discussione casistica dei *prudentes*, non è possibile ricostruire un sistema di diritto romano. Sulle difficoltà linguistiche legate alla traduzione latina del termine greco *σύστημα* e sulla pressoché totale assenza nelle fonti giuridiche romane di un termine come *structura*, cfr. M. G. LOSANO, *Sistema e struttura del diritto. I. Dalle origini alla scuola storica*, Milano, 2002, 12 ss, in particolare 14 ss..

³²⁷ Così V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*¹⁴, cit., 329.

³²⁸ Cfr. *supra*, 72.

nettamente tra funzione costitutiva e funzione probatoria del documento³²⁹ e proprio dopo aver definito il concetto di *obligatio litteris* mediante la contrapposizione fra i *nomina arcaria* (che hanno valore di semplice ricordo di un'obbligazione preesistente che lasciano inalterata) e i *transcripticia* (che, invece, trasformano l'obbligazione preesistente in una nuova)³³⁰, si serve di questo concetto, così rigidamente determinato, per costruire quegli effetti che nella mentalità provinciale gli sembrava fossero da ricondursi allo scritto. Orbene, può senz'altro dubitarsi del fatto che Gaio, nello sforzo di intendere le vedute dei peregrini entro le categorie dogmatiche e gli schemi romani ai quali era avvezzo, rispecchiasse fedelmente le concezioni di questi in materia di valore del documento. E lo stesso può dirsi dei rescritti prima citati della cancelleria imperiale, la cui indifferenza rispetto alla questione, d'altronde, era in larga parte giustificata dal fatto che essa rifiutava *in toto* di accogliere le tendenze ellenistiche e, quindi, «anche se i richiedenti nel rivolgersi all'imperatore facevano distinzioni o comunque accennavano a esse, i rescriventi potevano dispensarsi dal fare richiami»³³¹. La scienza non deve, però, lasciarsi trarre in inganno dal fatto che gli imperatori non avvertissero il bisogno di distinguere nell'ampio *genus* dei documenti o dal fatto che Gaio interpretasse fattispecie d'impronta ellenistica alla luce di criteri tutti romani. È assai probabile³³² che gli aspetti che erano tenuti ben distinti dalla cancelleria dell'imperatore nella valutazione della documentazione scritta, come quelli riguardanti la funzione costitutiva o probatoria del documento secondo i risultati dell'analisi dei tre gruppi di costituzioni svolta poc'anzi, non lo fossero affatto nella mente dei provinciali che all'imperatore si rivolgevano; e che, per converso, le distinzioni sulle quali poggiava l'edificio giuridico greco-egizio, come quelle fra i vari tipi di documenti, fossero tenute in non cale da imperatori che miravano, per quanto possibile, a porre in terra ellenica le fondamenta del diritto romano. In particolare i tre aspetti di valutazione della dichiarazione scritta distinti dalla cancelleria, considerati con la forma *mentis* ellenistica, dovevano apparire come il triplice riflesso di un unico principio fondamentale. Mentre i Romani, ai quali l'ordinamento giuridico consentiva di valicare i confini strettissimi e inderogabili in cui era costretta la manifestazione della volontà negoziale soltanto per taluni negozi di contenuto rigidamente determinato, si trovavano nella necessità di distinguere l'efficacia dello scritto riguardo ai diversi istituti e in relazione a questa o a quella funzione processuale, nei paesi ellenistici, invece, i provinciali, rivestite le parole della forma scritta che l'ordinamento prescriveva d'indossare, erano liberi di perseguire i più disparati fini individuali e, senza darsi pensiero di distinguere un istituto dall'altro e neppure gli effetti sostanziali da quelli processuali, restavano vincolati a quanto avevano disposto per iscritto. Attraverso questa concezione si rende ragione delle numerose e varie richieste dei cittadini delle aree ellenizzate volte sia a riconoscere al documento un'efficacia probatoria privilegiata sia a dichiarare l'impossibilità di costituire il rapporto giuridico se non a mezzo di esso o l'impossibilità di contestare i fatti o le dichiarazioni in esso contenute. Riguardate sotto questa luce assumono un chiaro

³²⁹ Cfr. Gai *Institutiones*, 3, 131-132.

³³⁰ Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*¹⁴, cit., 328 s.

³³¹ G.G. ARCHI, *La prova nel diritto del Basso-Impero*, in *IVRA*, XII, 1961, 17 (ora in ID., *Scritti di diritto romano*, III, *Scritti*, cit., 1873).

³³² Per le considerazioni che seguono mi appoggio, ancora una volta, all'autorità di G.G. ARCHI, '*Civiliter vel criminaliter agere*', cit., 23 ss. (ora in ID., *Scritti di diritto romano*, III, *Scritti*, cit., 1622 ss.).

significato espressioni come quelle contenute in C. 4, 50, 6, 2³³³ o quelle contenute in un'altra costituzione:

Imp. Valer. et Gallien. AA. Rufino C. 4 .22. 1 (a. 259) *In contractibus rei veritas potius quam scriptura prospici debet.*

La ricostruzione del sistema ellenistico appena esposta trova conferma in un editto del 138 d.C. contenuto in *P. Oxy.* II, 237: il *praefectus Aegypti Valerius Eudaimon*, con una disposizione che ha tutta l'aria di rispecchiare la prassi locale innovandola soltanto per quanto concerne i termini e i modi della difesa, pone il debitore convenuto contro cui sia stato esibito un documento nell'alternativa di disconoscerlo, accusandolo di falsità per iscritto, o di sottostare alla sua efficacia probatoria e pagare l'ammontare del debito. Non si dà quindi possibilità di contestare in sede civile le attestazioni del documento; resta solo la possibilità di intentare un'azione penale di falso la quale non ha soltanto il fine specifico ed esclusivo di portare alla condanna del reo, ma anche e soprattutto quello dell'accertamento della *fides scripturae*, inteso come pronunzia sulla falsità o meno del documento. Quanto questo sistema sia lontano da quello romano³³⁴ è evidente. Questa singolare efficacia, così strana per un *civis Romanus*, probabilmente non era propria, tuttavia, di qualsiasi dichiarazione scritta, bensì soltanto di quelle rivestite di particolari formalità. Per quel

³³³ Cfr. *supra*, 74 s..

³³⁴ Per il quale cfr. l'analisi (fatta *supra*, 71) del passo, di pochi decenni precedente all'editto, dell'*Institutio oratoria* di Quintiliano.

che riguarda l'ὄνη καὶ πρᾶσις, già in Teofrasto³³⁵ si trovano notizie sui vari sistemi di pubblicità relativi ai trapassi immobiliari (ma nei diritti greci la pubblicità riguardava anche i trasferimenti di schiavi e, probabilmente, di navi) vigenti ai suoi tempi. Identici principi valevano in Egitto dove pure si richiedeva di καταγράφειν (o ἀναγράφειν) affinché la dichiarazione scritta potenziasse la sua efficacia e divenisse pressoché incontestabile. Il sistema di pubblicità del diritto greco-egizio³³⁶, quello delle βιβλιοθήκαι τῶν ἐγτίσεων, formatosi anche col concorso dei Romani, ha per noi una maggiore visibilità rispetto agli altri e il suo regime giuridico, seppure in più punti disputato, è sufficientemente sicuro nelle sue linee fondamentali. Nata come una sezione distaccata dell'archivio fiscale (la βιβλιοθήκη τῶν δημόσιων λόγων), la βιβλιοθήκη τῶν ἐγτίσεων dall'ufficio centrale ad Alessandria presto si dislocò nei capoluoghi dei distretti, sempre destinata alla custodia e registrazione degli atti privati, fra i quali vengono in rilievo, soprattutto, le compravendite d'immobili, schiavi e, forse, navi. La procedura dell'iscrizione prevedeva una prima fase in cui l'alienante inviava

³³⁵ *Florilegium* di Stobeo, XLIV, 22: [1] Οἱ μὲν οὖν ὑπὸ κήρυκος κελεύουσι πωλεῖν καὶ προκηρῦττειν ἐκ πλειόνων ἡμερῶν, οἱ δὲ παρ' ἀρχῆς τι, καθάπερ καὶ Πιτταχὸς παρὰ βασιλεῦσι καὶ πρυτάνει. ἔνιοι δὲ προγράφειν παρὰ τῆς ἀρχῆς πρὸ ἡμερῶν μὴ ἔλαττον ἢ ἐξήκοντα, καθάπερ Ἀθήνησι, καὶ τὸν πριάμενον ἑκατοστὴν τιθέναι τῆς τιμῆς, ὅπως διαμφοισθητῆσαι τε ἐξῆς καὶ διαμαρτύρασθαι τῷ βουλομένῳ καὶ ὁ δικαίως ἐωνημένος φανερός ἢ τῷ τέλει. παρὰ δὲ τισὶ προκηρῦττειν χελεύουσι πρὸ τοῦ κατακυρωθῆναι πένθ' ἡμέρας συνεχῶς, εἴ τις ἐνίσταται ἢ ἀντιποιεῖται τοῦ κτήματος ἢ τῆς οἰχίας· ὡσαύτως δὲ καὶ ἐπὶ τῶν ὑποθέσεων, ὡσπερ καὶ ἐν τοῖς Κυζικηνῶν. οἱ δὲ Θουριακοὶ τὰ μὲν τοιαῦτα πάντα ἀφαιροῦσιν, οὐδ' ἐν ἀγορᾷ προστάττουσιν, ὡσπερ τᾶλλα, διδόναι δὲ κελεύουσι κοινῇ τῶν γειτόνων τῶν ἐγγυτάτω τρισὶ νόμισμά τι βραχὺ μνήμης ἔνεκα καὶ μαρτυρίας. ἀναγκαῖον δὴλον, ὅτι τοῖς μὲν τὰς ἀρχὰς ὑπευθύνους ποιεῖν, τοῖς δὲ τοὺς γείτονας, ἐὰν μὴ λάβωσιν ἢ δις παρὰ τοῦ αὐτοῦ λάβωσιν ἢ ἔχοντες μὴ λέγωσι τὸν ἐωνημένον.

[2] Οὐ χρή δ' ἀγνοεῖν, ὅτι αἱ προγραφαὶ καὶ αἱ προκηρύξεις καὶ ὅλως ὅσα πρὸς τὰς ἀμφοισθητήσεις ἐστὶ πάντ' ἢ τὰ πλεῖστα δι' ἔλλειψιν ἐτέρου νόμου τίθεται· παρ' οἷς γὰρ ἀναγραφή τῶν κτημάτων ἐστὶ καὶ τῶν συμβολαίων, ἐξ ἐκείνων ἐστὶ μαθεῖν εἰ ἐλεύθερα καὶ ἀνέπαφα καὶ τὰ αὐτοῦ πωλεῖ δικαίως· εὐθὺς γὰρ καὶ μετεγγράφει ἢ ἀρχὴ τὸν ἐωνημένον.

[3] Ἐπεὶ δὲ καὶ προστασίαι τινὲς ὦνουσιν καὶ πωλοῦσιν ἀπαλλοτριῶν ἐθέλοντες, ὀρθῶς ἔχει καὶ πρὸς ταῦτα νομοθετεῖν, ὅπερ καὶ ποιοῦσιν, ἅμα ταῦτά τε βουλομένοι κωλύειν καὶ τὴν ἐμφανῆ ποιεῖν, ὡσπερ ἐν τοῖς Αἰνίων. κελεύουσι γάρ, ἐὰν μὲν τις οἰκίαν πρίηται, θύνειν ἐπὶ τοῦ Ἀπόλλωνος τοῦ ἐπικωμαίου, ἐὰν δὲ χωρίον ἐπὶ τῆς κόμης, ἢ αὐτὸς οἰκεῖ, καὶ ὀμνύειν ἐναντίον τῆς ἀρχῆς τῆς ἐγγραφούσης καὶ κωμητῶν τριῶν, ἢ μὴν ὠνεῖσθαι δικαίως, μηδὲν συγκαουροῦντα μήτε τέχνη μήτε μηχανῆ μηδεμιᾶ· τὸν αὐτὸν δὲ τρόπον καὶ τὸν πωλοῦντα πωλεῖν ἀδόλως· τὸν δὲ μὴ οἰκοῦντα ἐν ἄστει θύνει τὸν ὄρκον ἐπὶ τοῦ Διὸς τοῦ ἀγοραίου, τὴν δὲ θυσίαν τῶν ἐλαττόνων εἶναι θυλήμασιν, ἄνευ δὲ τούτων μὴ ἐγγράφειν τὴν ἀρχὴν· ἅμα καὶ ἐν τῷ ὄρκῳ προσορκίζειν αὐτὴν, ἐὰν μὴ ὀμνύωσι, μηδὲ ἐγγράψειν τὴν ὄνην· οὗτοι μὲν δὴ πρὸς ἀμφοτέρα, μᾶλλον δὲ πρὸς πάντα βούλονται πεφυλάχθαι, καθάπερ ἴσως καὶ δεῖ.

Diverse erano, insomma, le forme di pubblicità nel mondo greco, e non esclusive della compravendita. Nel passo si fa menzione della proclamazione per mezzo di un araldo (οἱ μὲν οὖν ὑπὸ κήρυκος κελεύουσι πωλεῖν καὶ προκηρῦττειν ἐκ πλειόνων ἡμερῶν); della conclusione del negozio dinanzi alla pubblica autorità (οἱ δὲ παρ' ἀρχῆς τι, καθάπερ καὶ Πιτταχὸς παρὰ βασιλεῦσι καὶ πρυτάνει); del pubblico avviso della futura vendita, in un tempo non inferiore, nel caso degli Ateniesi, ai sessanta giorni che precedono il negozio, e col conseguente versamento della «centesima», un'imposta sul valore del bene (ἔνιοι δὲ προγράφειν παρὰ τῆς ἀρχῆς πρὸ ἡμερῶν μὴ ἔλαττον ἢ ἐξήκοντα, καθάπερ Ἀθήνησι, καὶ τὸν πριάμενον ἑκατοστὴν τιθέναι τῆς τιμῆς); dell'annuncio cinque giorni prima dell'assegnazione in proprietà (παρὰ δὲ τισὶ προκηρῦττειν χελεύουσι πρὸ τοῦ κατακυρωθῆναι πένθ' ἡμέρας συνεχῶς); della dazione ai vicini, come nel caso dei Turii, di una moneta di piccolo conio (οἱ δὲ Θουριακοὶ τὰ μὲν τοιαῦτα πάντα ἀφαιροῦσιν, οὐδ' ἐν ἀγορᾷ προστάττουσιν, ὡσπερ τᾶλλα, διδόναι δὲ κελεύουσι κοινῇ τῶν γειτόνων τῶν ἐγγυτάτω τρισὶ νόμισμά τι βραχὺ μνήμης ἔνεκα καὶ μαρτυρίας); della registrazione del bene e del contratto di vendita con l'indicazione dell'acquirente (οὐ χρή δ' ἀγνοεῖν, ὅτι αἱ προγραφαὶ καὶ αἱ προκηρύξεις καὶ ὅλως ὅσα πρὸς τὰς ἀμφοισθητήσεις ἐστὶ πάντ' ἢ τὰ πλεῖστα δι' ἔλλειψιν ἐτέρου νόμου τίθεται· παρ' οἷς γὰρ ἀναγραφή τῶν κτημάτων ἐστὶ καὶ τῶν συμβολαίων, ἐξ ἐκείνων ἐστὶ μαθεῖν εἰ ἐλεύθερα καὶ ἀνέπαφα καὶ τὰ αὐτοῦ πωλεῖ δικαίως· εὐθὺς γὰρ καὶ μετεγγράφει ἢ ἀρχὴ τὸν ἐωνημένον); infine, nel terzo paragrafo, del giuramento prestato dinanzi all'ufficio dei registri che non ci fosse frode. Sul punto, cfr. F. PRINGSHEIM, *The Greek Law*, cit., 134 ss..

³³⁶ Per cui cfr. F. GALLO, *sub voce Pubblicità (dir. rom.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVII/1993, 971 s..

un'istanza (προσαγγελία) ai conservatori dei registri con la quale chiedeva che l'ufficio notarile fosse autorizzato a rogare l'atto; dipoi, ottenuta l'autorizzazione (ἐπίσταμα) e stipulato l'atto in conformità di essa, il nuovo proprietario presentava la richiesta di registrazione (ἀπογραφή) in duplice esemplare affinché uno gli venisse restituito con l'annotazione dell'avvenuta registrazione; infine seguiva la vera e propria registrazione, la παραθέσις. È ovvio che un documento redatto nel rispetto di queste forme che avevano come fine la protezione degli interessi privati (ἵνα οἱ συναλλάσσοντες μὴ κατ' ἄγνοιαν ἐνεδρεύονται³³⁷, da correggere in ἐνεδρεύονται) non potesse essere considerato alla stessa stregua di una *testatio* romana: la diversità è *in rebus ipsis*. Se mai, avuto riguardo alla compravendita, si potrebbe porre la questione³³⁸ se nello stadio di massima evoluzione del regime della pubblicità si sia giunti nei diritti greci a rinnegare il *Surrogationsprinzip*³³⁹. Ora se, seguendo il papiro di Halle §§ 3-4, si ritiene che il venditore che, prima di ricevere il prezzo, avesse proceduto alla καταγραφή avrebbe determinato il trapasso della proprietà, è vero, tuttavia, che, *in primis*, al di fuori dei beni catagrafabili, per i quali non si dava questa possibilità, si rimase saldamente ancorati all'arcaica costruzione giuridica della compravendita a contanti e, *in secundis*, il compratore che non avesse pagato il prezzo non avrebbe avuto alcun titolo a pretendere che il venditore avviasse la procedura. La questione è pertanto da risolversi negativamente e il passaggio della proprietà nel caso a cui si è fatto cenno è da considerarsi uno sviluppo connesso col principio di pubblicità.

Dal sin qui detto emerge in modo sufficientemente chiaro un punto: la differente valutazione del documento scritto non è che il fenomeno più appariscente e superficiale di un contrasto che, riguardando norme che rispondono alle esigenze elementari della vita sociale e nelle quali, per conseguente, si esprime il genio della stirpe, scuote le fondamenta stesse dei due ordinamenti. La divergenza del diritto ellenistico da quello romano in tema di forme dei negozi giuridici è profonda e conforme alla diversa coscienza giuridica dei due popoli. A Roma³⁴⁰ almeno fino al III-II secolo a.C., quando il riconoscimento dei contratti consensuali avrebbe rotto la rete dei negozi giuridici formali, il sistema esigeva che la volontà si manifestasse attraverso immutabili moduli orali, talvolta accompagnati da gesti altrettanto immutabili, costringendola nei limiti angusti dei vuoti che era chiamata a riempire «indicando – secondo i casi – il nome della controparte, la cosa della quale si acquistava il dominio, l'oggetto della prestazione a cui s'impegnava»³⁴¹; e anche quando i negozi del diritto delle genti ruppero definitivamente gli argini del formalismo si continuò a fare ricorso al modulo verbale della *stipulatio* sia per rendere esigibile ogni prestazione che non rientrasse in quegli schemi negoziali di contenuto rigidamente³⁴² determinato sia anche, a causa dell'attaccamento dei Romani alle tradizioni da cui derivava la preferenza

³³⁷ P. Oxy., 237, detto comunemente «petizione di Dionisia». Per il testo e la traduzione latina, cfr. P. BONFANTE in *BIDR*, 1900, XIII, 41 ss..

³³⁸ Per la quale cfr. G.G. ARCHI, *Il trasferimento della proprietà nella compravendita romana*, Padova, 1934, 72 s..

³³⁹ Per cui cfr. *supra*, cap. II, § 2, 45 ss..

³⁴⁰ Per le considerazioni che seguono mi rifaccio alla nota distinzione tra forma-modulo e forma-veste, per la quale cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*¹⁴, cit., 79 ss..

³⁴¹ V. ARANGIO-RUIZ, *Storia*⁷, cit., 334.

³⁴² Cfr. quanto detto *supra*, cap. II, § 3, 54, nt. 248 sulle perplessità di Celso in D. 12, 4, 16, (lb. [3] <8> dig.) circa la possibilità di qualificare come compravendita un negozio in cui l'alienante assumesse l'obbligazione di *dare*.

spontaneamente riservata alle antiche forme del *ius civile*, per dare forma solenne a un accordo che sarebbe stato valido per il *ius gentium* anche se spoglio di quella forma. L'ordinamento delle province ellenistiche, invece, si contentava di imporre che la manifestazione della volontà fosse compiuta col mezzo della scrittura, lasciando poi che la libertà contrattuale, assunta questa veste capace di adattarsi a qualsiasi contenuto, si piegasse soltanto dinanzi ai bisogni delle parti. Il fatto che si solesse redigere per iscritto ogni negozio giuridico, al di fuori di quelli, come gli scambi sul mercato, che non lasciano strascichi di diritti o di obblighi, spiega anche il ricorso, frequente in quelle terre, al notariato, talvolta di carattere pubblico, una classe professionale di redattori di documenti «presente ovunque il commercio giuridico richieda il suo intervento e dotata di una sua tecnica»³⁴³. Per quel che riguarda la compravendita, è naturale che, da una parte, l'abitudine a considerare la scrittura come la fonte di ogni relazione giuridica e il particolare valore anche probatorio del documento, soprattutto quando confezionato dalle mani esperte di un notaio e assoggettato alle forme di pubblicità previste dall'ordinamento; dall'altra, l'imperante concezione, mai rinnegata interamente³⁴⁴, della vendita come scambio immediato di cosa verso prezzo che non conosceva separazione fra il contratto e l'atto di trasmissione della proprietà consumandosi l'intero atto negoziale nell'istante del pagamento, portassero nel mondo ellenistico ad attribuire ben presto l'effetto di trasferimento del diritto allo scritto che attestava l'avvenuto pagamento di quel prezzo. Nel mondo romano classico invece, dove pure era diffuso il ricorso allo scritto³⁴⁵, non si creò un notariato professionale perché, come detto, il documento serviva, di massima, soltanto a fissare il ricordo degli atti giuridici, a rendere più agevole la prova del negozio in esso attestato, non essendo possibile, dato l'intenso sviluppo dei traffici giuridici, affidarsi ciecamente alla memoria dei testimoni. Ma anche quando l'uso della documentazione scritta diventò consueto, a Roma rimase sempre la pronuncia dei *verba sollemnia* a produrre l'effetto giuridico vincolante della *stipulatio* ed era sempre la pronuncia di quella rude dichiarazione di volontà contenuta nel formulario della *mancipatio* «*Hanc ego rem ex iure Quiritium meam esse aio, eaque mihi empta esto hoc aere aeneaque libra*» così enfatica e combattiva alle nostre orecchie, a produrre il trasferimento del *dominium* sopra una *res Mancipi*. Soltanto grazie all'opera immensa e geniale della giurisprudenza e al costante lavoro della legislazione e, soprattutto, delle magistrature queste formule, così legate al mondo arcaico e contadino che le aveva prodotte, si adattarono alle esigenze della complessa vita sociale dell'età classica.

Le riflessioni ora fatte danno in larga parte ragione della fiera battaglia intrapresa dalla cancelleria di Diocleziano contro le vedute provinciali: nonostante non si trattasse di norme poste a tutela di alcun alto e nobile valore morale³⁴⁶, il ritrarsi della volontà dell'ordinamento su questo punto, lungi dall'essere un semplice cedere su norme arbitrarie e complementari, avrebbe minato uno dei pilastri su cui si reggeva l'intero edificio giuridico romano così come l'imperatore illirico lo aveva conosciuto. Tuttavia

³⁴³ Così M. AMELOTTI, *L'età romana*, in M. AMELOTTI e G. COSTAMAGNA, *Alle origini del notariato italiano*, Milano, 1995, 15.

³⁴⁴ Cfr. *supra*, 78.

³⁴⁵ Cfr. *supra*, 70, nt. 310.

³⁴⁶ Cfr. quanto detto *supra*, § 1, 67 ss. riguardo al problema dell'individuazione delle norme di diritto romano alle quali le costumanze locali non avrebbero potuto derogare.

l'esito di questo grandioso duello fra Roma e il mondo greco era, almeno in parte, già segnato: *Graecia capta ferum victorem cepit*, per dirla con Orazio. E ciò non soltanto perché non «si sarebbe potuto trapiantare in Egitto o in Siria l'istituto del *libripens*, pesatore fittizio di un prezzo che da secoli non si pesava più ma si contava, o costringere quei provinciali a rinunciare nei contratti alla forma scritta»³⁴⁷, ma anche, e soprattutto, perché lo stesso diritto romano in quei tempi si veniva profondamente snaturando: «il poderoso sistema del diritto classico, imperniato su un complesso di negozi e di massime provenienti dalla più remota antichità e tuttavia adeguato di secolo in secolo ai bisogni mutevoli della pratica mediante la delicata costruzione di regole complementari ad opera della legislazione e delle magistrature, era, oltre e più che un complesso eccellente di norme di condotta, un'opera collettiva di pensiero; e, mentre non avrebbe potuto essere rettamente inteso se non da giuristi educati nel rispetto della tradizione e nella sensibilità verso le esigenze della vita sociale, richiedeva anche nel popolo che lo praticava un sentimento profondo della romanità e un rispetto delicato per il patrimonio d'idee ereditato dalle generazioni passate»³⁴⁸. Ai Romani dell'età di Diocleziano molte volte sarebbe mancata la stessa fede nell'eccellenza degli istituti che avrebbero dovuto imporre in terra d'Oriente³⁴⁹: l'asservimento a principi forestieri, l'imbastardimento della stirpe dovuto al continuo afflusso d'ogni specie di barbari, soprattutto nei ranghi dell'esercito, aveva infiacchito la gente italica privandola della fiducia nelle tradizioni che sempre, fino ad allora, l'aveva contraddistinta. Lo stesso Diocleziano nel maestoso tentativo di arrestare la crisi di civiltà che era in atto non poté fare a meno di apparecchiare rimedi da cui essa stessa traeva alimento.

3. *Il fantasma della 'mancipatio' nelle Carte Piacentine.*

Per l'aspetto che qui interessa, non è privo di significato, ad esempio, l'assoggettamento dei *fundi italici* all'imposta fondiaria al fine di far fronte al gravissimo problema del continuo aumento delle spese dello Stato³⁵⁰. Omologati in tal modo i fondi siti in Italia a quelli provinciali, cessava l'originaria posizione di privilegio dei primi e cadeva anche, con la fine, per giunta, delle guerre di espansione e il conseguente esaurimento delle grandi fonti del mercato schiavile, la rilevanza pratica della distinzione fra *res Mancipi* e *res nec Mancipi*³⁵¹ e, con essa, l'importanza di distinguere, come si soleva fare nel diritto classico, tra i vari modi di trasferimento della proprietà, dei quali l'unico a sopravvivere in epoca postclassica fu la *traditio*³⁵², mentre

³⁴⁷ V. ARANGIO-RUIZ, *Storia*⁷, cit., 339.

³⁴⁸ V. ARANGIO-RUIZ, *Storia*⁷, cit., 342.

³⁴⁹ Per quel che segue cfr. quanto scritto *supra*, § 1, 61, nt. 273 sulla politica severiana di favore per il mondo provinciale che si riverberava in uno sfavore per la terra italica. Sul punto cfr. anche M. A. LEVI, *L'Italia antica*, Vicenza, 1974, 448 s..

³⁵⁰ Per cui cfr. *supra*, § 1, 61 s..

³⁵¹ Formalmente abrogata, però, soltanto da Giustiniano con C. 7, 25, 1 (a. 530-531).

³⁵² Così M. TALAMANCA *sub voce Vendita*, cit. 464.

della *mancipatio* si ha un ultimo ricordo legislativo in una costituzione di Arcadio³⁵³. A onore del vero la dottrina non è concorde circa il decadimento della *mancipatio*. C'è chi nega che essa sia scomparsa a seguito, fra l'altro, dell'omologazione del regime fondiario delle province e dell'Italia³⁵⁴, e afferma, invece, che la *mancipatio* si mantenne viva in Italia almeno fino a un'epoca successiva a Giustiniano³⁵⁵ o, più decisamente, fino al IX secolo³⁵⁶. Quest'ultima tesi si fonda sulla testimonianza delle Carte Piacentine edite dallo Schiaparelli³⁵⁷ le quali, effettivamente, sembrerebbero *prima facie* attestare la sopravvivenza dell'istituto. Ma, appoggiandomi ancora una volta all'autorità dell'Archi³⁵⁸, penso di poter affermare che tanto le Carte Piacentine, quanto i papiri ravennati editi dal Marini³⁵⁹ (che verranno in rilievo anche fra poco nei riguardi della *traditio*) non contengano «altro che formulari notarili tralatici per l'epoca in cui i documenti sono stati redatti: credo cioè che in essi non si tratti che di una parvenza di vita della *mancipatio*»³⁶⁰, insomma di una semplice reminiscenza terminologica. Certo il fatto che in questi tardi documenti, entrambi riconducibili all'Italia, compaia il riferimento alla *mancipatio* può significare che quest'istituto, anche in ragione dell'attaccamento alle tradizioni tipico del popolo italico al quale ho già avuto occasione di fare cenno, sia perdurato più a lungo in questa terra che nelle altre province occidentali, per non parlare di quelle orientali dove è assai probabile che esso

³⁵³ C. Th. 15, 14, 9. Anche l'*in iure cessio* scomparve, ma, data la sua scarsa diffusione, già in epoca classica, come atto traslativo della proprietà (per cui cfr. *supra*, cap. II, § 2, 55, nt. 252), ometterò di prenderla in considerazione.

³⁵⁴ Ma sul declino della *mancipatio* immobiliare, anche per le ragioni indicate nel testo cfr. M. KASER, *Das römische Privatrecht*², cit., II, 274.

³⁵⁵ In questo senso F. SCHUPFER, *Il diritto privato dei popoli germanici con particolare riguardo all'Italia*, Roma, III, 1909, 327.

³⁵⁶ Di questa opinione era P. COLLINET, *Études historiques sur le droit de Justinien*, Paris, 1912, 249.

³⁵⁷ L. SCHIAPARELLI, *Le carte longobarde dell'archivio capitolare di Piacenza*, in *Bullettino dell'Istituto Storico Italiano*, XXX, 1909, 49 ss. Riporto un esemplare di queste carte, il documento X (a. 760), il più recente fra quelli pubblicati dallo Schiaparelli, nel cui testo compare la formula mancipatoria: *Regnante d(omi)n(i) n(o)stri Desiderius et Adelchis filius eius veri excell(entissimi) regi in Italia, anni pietatis eius in Dei nom(ine) tercio et primo, tercio decimo diae mensis marcii, indictione tercia decima; fel(iciter). Expensum predeis rustecis, id est terrol(a) araturia vel selvas intra finibus Castri Arquatense, loci ubi dicitur Valle Mauri, peciol(e) nomiro tris... Eam emit mancipioq(ue) accepit Atrianus v(ir) d(evotus) comparaturem de Aiarene v(iro) h(onesto) venditure auri sol(idus) nomiro uno fenitum precium pro suprascripta terrol(a), sicut sup(er) legitur. Petit idem suprascriptus Aiari v(ir) h(onestus) venditor, et om(ne) precium placitum et definitum in presenti accepit, sicut int(er) eos convenit. Et est sita in territorio suprascripti Castri Arquatense... Facta hanc mancipationem Atriani v(iro) d(evoto) contracturi et comparaturi. Dubla bonis condicionib(us) concesserunt, ut tunc quantum ea res re meliorata fuerit, sub iuxta extimancionem valuerit, tantum et alter(um) tantum dare <dari?> stipulatus est Atriani v(iro) d(evoto) contraturi et comparaturi, spopondedit se suprascriptus Aiari v(ir) h(onestus) venditor ad omnia suprascripta. Act(um) in Vallus Mauri, ad casa empturi; fel(iciter).*

Sig(num) X m(anus) Aiareni v(iri) h(onoesti) venditori, qui hanc cartol(am) vindicionis fieri rog(avit).

Sig(num) X m(anus) Ioventini fil(ii) q(uon)d(am) Valentini v(iri) d(evoti) exerc(italis) testis.

Sig(num) X m(anus) Luniberti fil(ii) q(uon)d(am) Faustini de Ameniano v(iri) d(evoti) testis.

Sig(num) X m(anus) Rodeberti fil(ii) Vuilicheni v(iri) d(evoti) exerc(italis) testis.

Ego q(ui) s(upra) Auropald v(ir) c(larissimus) scriptor huius cartol(e) vendic(ionis) pos tradita comp(levi) et dedi.

³⁵⁸ Cfr. G.G. ARCHI, *Il trasferimento*, cit., 163 ss..

³⁵⁹ G. MARINI, *I papiri diplomatici raccolti ed illustrati dall'abate Gaetano Marini primo custode della Bibl. Vatic. e Prefetto degli Archivi segreti della Santa Sede*, Roma, 1805. Come esempio di menzione della *mancipatio* in questi documenti si può citare la clausola *de dolo* contenuta nel papiro CXX: *huic venditioni traditioni mancipationique rei suprascriptae dolum malum abesse afuturumque esse.*

³⁶⁰ G.G. ARCHI, *Il trasferimento*, cit., 164.

non abbia mai realmente attecchito³⁶¹. Ma quel che non mi pare di poter condividere è che ancora nel V o nel VI secolo in Italia si fosse soliti toccare la cosa che s'intendeva acquistare pronunciando quella vieta formula che ho riportato in precedenza alla presenza di cinque testimoni, cittadini e puberi, e di un *libripens*, portatore della stadera occorrente alla pesatura di un prezzo che forse già agli inizi del IV secolo a.C. era costituito dall'*aes grave* e non si doveva quindi pesare. Ritengo invece probabile che il riferimento alla *mancipatio* contenuto in questi documenti sia da intendersi come l'ultimo atto di un processo di sviluppo che aveva coinvolto l'istituto fin dall'epoca classica³⁶². Il formalismo del *gestum per aes et libram*, espressione com'era di un antico mondo rurale, se aveva potuto conservarsi in un popolo, come quello romano, ligio alle sue costumanze, più difficilmente avrebbe trovato accoglienza in terre lontane dove sarebbe riuscito incomprensibile. Pertanto si può pensare che l'uso, invalso fin dall'età repubblicana, di redigere un documento scritto che attestava la pronuncia delle parole e il compimento dei gesti rituali e, parallelamente, la diffusione dell'istituto al di fuori delle mura cittadine, attestata per il II secolo d.C. dai documenti di Transilvania già citati³⁶³, abbiano lentamente prodotto una modificazione della *mancipatio*, le cui singole fasi, purtroppo, ci sfuggono. In un ambiente in cui la scrittura si diffondeva sempre più, è facile che fosse più credibile agli occhi di un giudice chi asseriva di aver compiuto i *gesta per aes et libram* secondo quanto dichiarato nel documento rispetto a chi negava *contra tabulas* il rispetto del formalismo verbale e gestuale. E questo doveva essere ancor più vero in ambiente provinciale dove, da un lato, sarebbe stato assai difficile capire e rispettare formulari che prescrivevano il compimento di atti intrisi di un simbolismo che talvolta doveva riuscire oscuro persino ai Romani; dall'altro, doveva esser facile che il preside, gravato dai suoi innumerevoli compiti e non sempre solerte nel rendere giustizia³⁶⁴, non avesse molto tempo per dare ascolto ai litiganti o per escutare testimoni e preferisse affidarsi alla più spiccia prova scritta. Che poi, col passare del tempo, si finisse in epoca postclassica per redigere lo scritto senza procedere alle formalità in esso attestata non appare inverosimile. Quello attestato dai documenti ravennati e piacentini è con buona probabilità l'esito ultimo di questo sviluppo che aveva portato pian piano a sostituire i *gesta per aes et libram* con una dichiarazione scritta la quale, alla fine del processo, non doveva avere che un legame puramente nominale con l'originaria *mancipatio*. Riguardata sotto questa luce, può assumere un certo rilievo anche «l'equiparazione, attestata da *Corp. gloss. lat.* 2, 126, 49; 3, 50, 53 tra *καταγράφειν*, *καταγραφή* e *mancipare*, *mancipatio*»³⁶⁵.

³⁶¹ Cfr. *supra*, § 2, 72 s..

³⁶² È, quello che vado spiegando, il limite entro il quale mi sento di accogliere la tesi, in precedenza confutata, di F. GALLO, *Il principio*, cit.. Cfr. *supra*, cap. II, § 4, 54 ss..

³⁶³ Cfr. *supra*, cap. II, § 4, 54 ss..

³⁶⁴ Tanto è vero che Diocleziano ritenne opportuno invitare i presidi a maggior diligenza nell'amministrazione della giustizia con un editto contenuto in C. 3, 3, 32 (a. 293). Certo si deve tener conto del fatto che l'istruzione probatoria non era compito del *praeses provinciae*, ma del giudice da lui assegnato, pertanto la rilevanza dell'editto rispetto alla questione potrebbe essere revocata in dubbio. Esso è comunque segno di una qualche deficienza dell'apparato giurisdizionale. Sulla rilevanza dell'editto rispetto al problema, in gran parte analogo, del valore del documento di tradizione, cfr. P. VOCI, *Tradizione*, cit. 88 s., nt. 82.

³⁶⁵ F. GALLO, *Il principio*, cit., 70.

4. *Il problema della necessità della 'traditio' ai fini del trapasso del dominio: le Tavole Albertini e i papiri ravennati.*

Per quello che riguarda la *traditio*, invece, i dati testuali sono di più ardua interpretazione. In particolare è *adhuc sub iudice* la questione se essa fosse ancora necessaria al fine del prodursi dell'effetto traslativo. La documentazione della prassi negoziale non è unitaria, a riprova dell'impossibilità di tracciare schemi rigidi di sviluppi senza correre il rischio di essere portati fuori dalla realtà³⁶⁶.

Se, per la *pars Orientis*, i papiri egiziani, in ragione delle diverse concezioni ivi imperanti sul valore del documento³⁶⁷, escludono la necessità della *traditio* per il trasferimento della proprietà, per la *pars Occidentis* si deve distinguere fra le attestazioni delle *Tablettes Albertini* e quelle dei papiri ravennati.

Per quel che riguarda le prime, rimando all'analisi del Gallo³⁶⁸ del quale mi sento di condividere l'opinione secondo la quale in esse la *traditio* non sia richiesta per il trasferimento della proprietà. Bisogna tuttavia tener conto del fatto che questi documenti, redatti per lo più nella forma oggettiva propria della *testatio* classica, attestano compravendite concluse in Africa del Nord sotto la dominazione vandolica, cioè tra la metà del V e l'inizio del VI secolo d.C., un ambiente culturale sul quale le nostre conoscenze sono assai scarse. Peraltro mi corre l'obbligo di precisare che c'è chi, anche fra la più recente dottrina³⁶⁹, contesta apertamente l'interpretazione di questi documenti data dal Gallo e si mostra assai più accondiscendente di lui rispetto al fatto che, soprattutto a proposito del documento IV (a. 494)³⁷⁰ di cui il Gallo fa un'attenta esegesi nella sua opera, la clausola indicata con l'espressione *translatio iuris* si riferisca proprio alla *traditio*; c'è poi chi, addirittura, rifiuta *in toto* la rilevanza delle *Tablettes Albertini* rispetto al problema in esame.

Scriva il Voci: «Il diritto trasferito è quello che gravava sulle *culturae Mancianae* e di cui erano titolari piccoli agricoltori: un diritto di godimento che continuava l'*usus proprius* delle età anteriori; tanto che vari documenti fanno anche il nome del proprietario, che è sempre lo stesso (Fl. Gemino Catullino). Nessun documento menziona la *traditio*; donde la supposizione, certo esatta, che non era richiesta. Non esatta, però, è la successiva deduzione: cioè che la *traditio* non ci sia in applicazione della regola generale che attribuisce al contratto effetto traslativo. Le cose stanno diversamente. I diritti reali, ormai dappertutto, si costituivano per patto: e necessariamente per patto dovevano trasferirsi quelli che, a differenza dalle servitù e dall'usufrutto, erano trasferibili. Così, già in età del principato, il diritto concesso ai coloni dalla *lex Hadriana*; e, in età del tardo impero, lo *ius enfiteuticum* e lo *ius*

³⁶⁶ In questo senso, cfr. M. TALAMANCA in *Recensione a GALLO*, cit., 157 e ID. *Ancora sul principio*, cit., 20, nt. 36. Analogamente, ma nei riguardi degli sviluppi occidentali della compravendita in genere, cfr. G.G. ARCHI, *Il trasferimento*, cit., 185. Cfr. anche *supra*, § 1, 67 ss. per la difficoltà di ricostruire le diverse prassi negoziali.

³⁶⁷ Per cui cfr. *supra*, § 2, 71 ss..

³⁶⁸ F. GALLO, *Il principio*, cit., 85 ss..

³⁶⁹ Il riferimento è a H. WEBEL, *Das Recht der Tablettes Albertini*, Berlin, 2003, 146 ss., ma, soprattutto, 151 s..

³⁷⁰ Per il testo cfr. F. GALLO, *Il principio*, cit., 85 s..

privatum gravanti sui fondi imperiali; nonché l'enfiteusi privata. Il diritto degli agricoltori africani, in età tarda, seguiva lo stesso regime: il patto di trasferimento si identificava con la vendita. L'argomento di analogia è quindi da rifiutare»³⁷¹.

Ora, probabilmente è vero che l'atteggiamento sbrigativo³⁷² del Voci non è da accogliere nella sua interezza, poiché, sebbene il *ius Mancianum* sia «una particolare situazione dominicale, forse più vicina all'enfiteusi che alla proprietà vera e propria»³⁷³, attribuire la mancanza della *traditio* a questa sua particolare struttura significa omettere di considerare che la *traditio*, in epoca postclassica, fosse tendenzialmente applicata anche alle *res incorporales*³⁷⁴; è, però, anche vero che la conclusione dell'argomento rispetto al problema in questione non può che essere accolta con riserva, soprattutto se non venga ben circoscritta³⁷⁵.

Per quanto concerne, invece, i secondi non credo di poter seguire il Gallo³⁷⁶ che pretende di togliere valore alla menzione della *traditio*, sempre presente nei papiri editi dall'abate Marini, a proposito del problema della sua necessità per il trapasso della proprietà. Nell'*epistula* CXIII (a. 504), l'unico documento ravennate che possa ricondursi al periodo pregiustiniano, si legge:

Verum quia ipsa instrumenta venditionum prae manibus gero, quaeso [Laud. v. ut a competenti] officio suscipi iubeatis legi et actis inseri, ipsum quoque ss. venditorem interrogare dignemini, si ipse eas mihi fecerit atque si Flavio Vitali v.h. Forensi conscribendas dictaverit vel si subter suscripserit et testes, ut suscriberent, conrogaverit, pretium placiti omne perceperit aut si traditionem mihi sollemniter caelebraverit...

Il riferimento alla *sollemnis traditio*, qui come altrove, è interpretato dal Gallo nel senso di una semplice presa di possesso da parte del compratore «di tutto ciò che già era suo per effetto del contratto precedentemente stipulato»³⁷⁷. Egli, dunque, interpreta anche i papiri di Ravenna alla luce dell'assunto per cui l'effetto traslativo sarebbe stato ricondotto fin da Costantino al contratto stesso di vendita. Bisogna riconoscere che l'interpretazione del Gallo è aderente in più punti alla lettera dei documenti di vendita la cui formulazione si presenta spesso come diretta a produrre l'effetto del trasferimento del diritto. Tuttavia l'argomento non è di per sé sufficiente. Sia perché, sotto quest'aspetto, potrebbe pensarsi a un'influenza dei formulari greco-egizi il cui schema, come si venne formando dal III secolo in poi, è stato dimostrato dal Kircher³⁷⁸ essere in

³⁷¹ P. VOCI, *Tradizione*, cit., 146.

³⁷² Parla di «atteggiamento indebitamente semplicizzante» M. TALAMANCA *sub voce Vendita*, cit., 465, nt. 1660.

³⁷³ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 440.

³⁷⁴ Sul *ius Mancianum* in genere e su questa tendenza in ispecie cfr. M. KASER, *Das römische Privatrecht*², cit., II, 250 nt. 29; 300 s.; 304 s.

³⁷⁵ Punto sul quale dissento dall'interpretazione del Gallo il quale, genericamente, scrive che: «i documenti della pratica confermano, secondo noi, che la *traditio* non era più richiesta, nel periodo postclassico, per il trasferimento della proprietà nella compravendita immobiliare», F. GALLO, *Il principio*, cit., 85.

³⁷⁶ F. GALLO, *Il principio*, cit., 91 ss., ivi sono riportati anche ampi stralci di altri papiri che io ometto di considerare perché esulano in buona parte dal fine di questa ricerca.

³⁷⁷ F. GALLO, *Il principio*, cit., 102.

³⁷⁸ R. KIRCHER, *Zur Geschichte des ravennatischen Kaufvertrags*, in *ZSS*, XXXII, 1911, 100 ss..

larga parte analogo a quello dei documenti di Ravenna, città in cui, del resto, l'influenza orientale aveva una ragion d'essere nelle particolari vicende politiche del territorio. Sia perché le formule che suggeriscono l'idea di una vendita immediatamente traslativa potrebbero anche essere intese come l'espressione di una concezione unitaria della fattispecie traslativa. Del resto un segno di questo modo di pensare potrebbe leggersi già in C. 2, 3, 20 (a. 293)³⁷⁹, dove veniva definito *nudum* il *pactum* volto a produrre il trasferimento del diritto, ancorché munito di causa, e la spiegazione del ricorso a quest'insolita metafora potrebbe forse scorgersi proprio nell'idea sottostante di un'unica sequenza procedimentale. Ma non è tanto questa la ragione che non mi consente di condividere l'opinione del Gallo, quanto, piuttosto, la considerazione che se fosse vero che espressioni quali *ut (sc. emptor) agnoscat ad se deinceps omnia pertinere*³⁸⁰ riferite al compimento della *sollemnis traditio* dovessero intendersi puramente come il «riflesso psicologico dell'azione materiale di presa di possesso del fondo»³⁸¹ non si spiegherebbe perché mai si ritenesse necessario accompagnare la semplice materiale immissione nella disponibilità del bene da formalità quali l'«effettiva e solenne *introductio* nel fondo, per tramite della curia»³⁸² alla quale allude appunto l'espressione *sollemnem traditionem celebrari*. Di più, se l'*epistula traditionis* e il diploma vacuale fossero serviti soltanto al trasferimento della disponibilità materiale dell'immobile rimarrebbe senza spiegazione anche il fatto che, dopo che Giustiniano permise il ricorso indiscriminato alla *retentio ususfructus* che, chiaramente, dispiegava i propri effetti esclusivamente nei riguardi del trapasso del diritto, non certo del possesso, questa clausola si sostituì ai due documenti dei quali scomparvero le tracce³⁸³. Pertanto, seguendo il Talamanca, mi pare invece di poter concludere che «per dare un senso plausibile a ciò, si deve ritenere che le formalità che accompagnano la *traditio*, non possono che essere in relazione al fatto che essa è elemento necessario per il trasferimento della proprietà»³⁸⁴. Certo, nel verbale di *insinuatio* sopra riportato la *sollemnis traditio* si afferma già compiuta, pertanto l'*epistula* in questione si potrebbe anche «porre in connessione con la norma stabilita da Nov. Val. 15 del 444 o 445 (v. anche Nov. Val. 32 pr.) che richiedeva l'*insinuatio* per le vendite immobiliari»³⁸⁵. Ma i papiri CXV, CXVI, e CXVII dimostrano in modo sufficientemente chiaro che l'*epistula traditionis* aveva il fine di ottenere la *sollemnis traditio*, non l'*insinuatio*; ancora, se l'*epistula traditionis* fosse da porsi in relazione all'*insinuatio apud acta* essa dovrebbe comparire anche laddove ci si limitasse a redigere un documento che attestasse l'avvenuta *traditio*, il cosiddetto diploma vacuale. Ciò che non accade³⁸⁶.

L'accenno or ora fatto all'*insinuatio* mi consente di introdurre un ultimo aspetto dell'evoluzione della prassi in epoca postclassica che ha un qualche rilievo rispetto allo

³⁷⁹ Cfr. *supra*, § 2, 73 s..

³⁸⁰ Pap. Marini CXV.

³⁸¹ F. GALLO, *Il principio*, cit., 102.

³⁸² F. GALLO, *Il principio*, cit., 102.

³⁸³ Così M. TALAMANCA in *Recensione a GALLO*, cit., 156.

³⁸⁴ M. TALAMANCA in *Recensione a GALLO*, cit., 155.

³⁸⁵ SILVIO ROMANO, *Recensione a GALLO*, cit. 320.

³⁸⁶ In questo senso cfr. M. TALAMANCA, *Ancora sul principio*, cit., 19.

scopo di questo scritto. Esso attiene a un'interessante trasformazione che in quel tempo avveniva nel campo dei documenti privati e delle forme di pubblicità. Come ho detto in precedenza³⁸⁷, nei sistemi ellenistici vigevano concezioni profondamente diverse circa il valore dei documenti scritti che poggiavano su sistemi diffusi di pubblicità come quello della βιβλιοθήκη τῶν ἐγτήσεων dell'Egitto romano. La comunità era chiamata a intervenire nella documentazione dei negozi privati attribuendole in tal modo una particolare efficacia. Nel III-IV secolo, tuttavia, anche questo sistema andava subendo intense modificazioni³⁸⁸. La penetrazione romana nella vita economica, giuridica e politica delle πόλεις aveva determinato alcuni cambiamenti in questa consuetudine. I cittadini greci ed ellenistici, che prima solevano rivolgersi agli organi cittadini affinché con il loro superiore intervento proteggessero gli scambi dei beni e assicurassero certezza al commercio giuridico, per soddisfare le medesime esigenze cominciarono a guardare, piuttosto che alle tradizionali magistrature, ai funzionari del potere centrale la cui influenza, sotto lo stimolo delle imperanti concezioni assolutistiche³⁸⁹, era a quei tempi in piena espansione. Risalgono a questo periodo alcuni rescritti imperiali³⁹⁰ che testimoniano che non era la sola legislazione imperiale a perseguire quest'accentramento, ma che i cittadini di quelle terre anche di loro libera iniziativa preferivano rivolgersi al *praeses provinciae* più che agli antichi magistrati cittadini. Parallelamente, nelle abitudini della *pars Occidentis* dell'Impero avvenivano importanti trasformazioni. Come detto, di sistemi di pubblicità analoghi a quelli operanti nelle province ellenistiche per il tempo precedente «non si ha notizia in Occidente, né in queste regioni risulta – nelle fonti giuridiche e letterarie – attestato l'uso del verbo *transcribere*³⁹¹ in relazione ai trasferimenti di proprietà»³⁹². Ma è chiaro che il progressivo decadere delle antiche forme di *ius civile* che ho cercato di spiegare prima non poteva rimanere senza effetto nella prassi e nella legislazione.

Tralasciando quest'ultima di cui intendo occuparmi più avanti, a questo punto mi preme porre l'accento su una pratica invalsa proprio in concomitanza con il venir meno delle antiche forme solenni a cui la prassi si appoggiava in epoca classica: non solo si solevano redigere per iscritto i documenti, soprattutto se avevano per oggetto la trasmissione d'immobili, ma, talvolta, essi, su iniziativa delle parti, quand'anche cioè l'*insinuatio* non fosse prescritta, erano insinuati nei *gesta*. «Erano questi dei processi verbali redatti nelle cancellerie dei tribunali, che dalla funzione originaria di documentare lo svolgimento dei processi avevano tratto anche quella di dar forma

³⁸⁷ Cfr. *supra*, § 2, 71 ss. e 77 ss..

³⁸⁸ Per le riflessioni che seguono cfr. G.G. ARCHI, '*Civiliter vel criminaliter agere*', cit., 29 s., nt. 1 (ora in ID., *Scritti di diritto romano*, III, *Scritti*, cit., 1629 s., nt. 75).

³⁸⁹ Cfr. quanto detto *supra*, § 1, 68 s., in particolare nt. 305.

³⁹⁰ Per l'indicazione dei testi giuridici in questione rimando a G.G. ARCHI, '*Civiliter vel criminaliter agere*', cit., 31 s., nt. 4 (ora in ID., *Scritti di diritto romano*, III, *Scritti*, cit., 1633 s., nt. 79).

³⁹¹ Oltre a Scaev. 22 *dig.*, D. 32, 41, 9 che riguarda un trasferimento a titolo di legato di fondi che si trovavano, se non in Egitto, sicuramente in un'altra provincia orientale, soltanto Proc. 11, *epist.*, D. 19, 5, 12 usando il termine *transcribere*, che sembra senz'altro rendere il greco καταγράφειν, «mette in relazione un caso di vendita, con *pactum de retrovendendo*, con strutture di tipo greco relative alle vendite immobiliari: nel caso, il giurista sembra valutare – rispetto all'*obligatio consensu contracta* – la *transcriptio-katagraphé* alla stessa stregua della *traditio* o della *mancipatio*», M. TALAMANCA *sub voce Vendita*, cit. 462, nt. 1640.

³⁹² M. TALAMANCA, *I clienti di Q. Cervidio Scevola*, in *BIDR*, 2000-2001, CIII-CIV, 584.

solenne alle dichiarazioni dei privati»³⁹³. Come detto nei riguardi delle città greche ed ellenistiche, nel III-IV secolo tale registrazione avveniva al cospetto di funzionari del potere centrale; nei secoli successivi il potere imperiale andò indebolendosi e un po' in tutto l'Impero fu sostituito nella stessa attività dagli organi cittadini. Ora, se dai dati fornitici dalle fonti non è lecito dedurre, soprattutto per gli inizi dell'epoca postclassica, un'enorme diffusione del ricorso all'*instrumentum publicum*, dove, invece, si registrò una vera e propria rivoluzione fu nel campo degli *instrumenta privata*. Anche sotto l'influenza delle province ellenizzate, una nuova figura emerse nel corso del III secolo e s'impose in tutto l'Impero, quella del *tabellio*³⁹⁴. I *tabelliones* sono privati cittadini sulla cui attività professionale di redazione di documenti negoziali l'autorità pubblica svolge un controllo. Una figura, insomma, non molto lontana da quella del nostro notaio alla quale si ricorse sempre più di frequente nell'età postclassica, tanto da determinare un mutamento dell'atteggiamento degli imperatori nella considerazione, fino allora generica e indeterminata, dei documenti redatti per iscritto³⁹⁵.

Volendo tirare le somme di questo breve esame della prassi dell'epoca postclassica, si può concludere che quando Diocleziano credette di restaurare (o, forse, sarebbe meglio dire instaurare, nei riguardi di quelle terre dall'antica e profonda cultura) l'Impero dando aspra battaglia alle vedute delle province ellenizzate commise un errore, comprensibile in un animo «alacre, ma troppo teorico»³⁹⁶ come il suo, analogo a quello che commise con la persecuzione contro i cristiani.

Egli non avvertì che in quegli elementi che vedeva soltanto come estranei e antitetici all'Impero stavano le forze che avrebbero trasformato la decadenza di quel mondo nel principio di un nuovo mondo avviando, anche attraverso la crisi di quei tempi, per certi versi, fortunosi e torbidi, un processo di decantazione, per il quale la romanità, svestendo le forme occasionali e storiche, avrebbe liberato i profondi valori umani in quelle forme viventi e li avrebbe tramandati sino a noi, a costituire taluni principi informativi della civiltà e degli ordinamenti giuridici europei³⁹⁷.

Bisogna tuttavia riconoscere una certa magnanimità allo sforzo profuso dall'imperatore dalmata nel tentativo grandioso di combattere e arrestare la crisi alla quale assisteva, ma la sua buona riuscita era cosa superiore alle possibilità di un uomo e i mezzi scelti erano connotati da un gelido e anacronistico classicismo. La scarsa capacità diagnostica dell'imperatore apparirà ancor più chiara nel prossimo paragrafo nel quale tratterò uno dei sintomi³⁹⁸ più evidenti delle alterazioni che andava subendo il

³⁹³ V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*¹⁴, cit., 207.

³⁹⁴ «Il vocabolo risulta usato per la prima volta in un testo di Ulpiano e resterà quasi esclusivo delle fonti giuridiche, il che peraltro ne assicura il persistente valore tecnico». M. AMELOTI, *L'età romana*, in M. AMELOTI e G. COSTAMAGNA, *Alle origini*, cit., 15.

³⁹⁵ Sul punto cfr. G.G. ARCHI, '*Civiliter vel criminaliter agere*', cit., 30 ss. (ora in ID., *Scritti di diritto romano*, III, *Scritti*, cit., 1632 ss.).

³⁹⁶ Così lo definisce, avuto riguardo alla scelta del sistema della tetrarchia che «richiedeva nei capi dello Stato un'abnegazione che né allora né mai è stata nelle consuetudini umane» per la soluzione del grave problema della successione (su cui cfr., *supra*, § 1, 62), V. ARANGIO-RUIZ, *Storia*⁷, cit., 320; 321.

³⁹⁷ Così F. MORONI, *Corso*, cit., 22.

³⁹⁸ Qui più che mai vale la premessa di ordine generale fatta in precedenza (cfr. *supra*, § 1, 62) sull'imperfezione delle diagnosi causali nei processi storici: è chiaro che il collasso della dottrina giuridica, prima che un sintomo, era una concausa dell'instabilità dell'edificio giuridico classico. Sul silenzio della giurisprudenza cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Storia*⁷, cit., 342 ss..

sistema del diritto classico: l'improvviso silenzio nel quale era caduta la giurisprudenza dopo i primi decenni del III secolo.

CAPITOLO QUARTO

LA DECADENZA DELLA GIURISPRUDENZA NEL BASSO IMPERO

SOMMARIO: 1. LA FIGURA DELLA COMPRAVENDITA NELL'EPITOME GAI'. – 2. LE LIEVI TRACCE DELL'EMPTIO ET VENDITIO CLASSICA NELLE 'PAULI SENTENTIAE'. – 3. L'OSCURAMENTO DEL 'TRENNUNGSPRINZIP' NELL'INTERPRETATIO'.

1. *La figura della compravendita nell'Epitome Gai'.*

Il sistema classico del diritto romano si era potuto reggere e aveva potuto prosperare grazie all'opera geniale di giuristi della levatura di Quinto Mucio Scevola, Proculo o Emilio Papiniano i quali seppero porre i nuovi problemi e inquadrare le nuove esperienze giuridiche, che si sprigionavano spontanee dal fervidissimo mondo repubblicano e del Principato, sotto il manto antico e venerabile di formule di un lontano mondo agreste o entro le maglie strette del diritto pretorio o gli schemi degli istituti del diritto delle genti. Cessato quel fervore con la crisi che nel Dominato attraversava tutto l'Impero e spentasi l'ultima voce di quella gloriosa tradizione di giureconsulti con la morte di Erennio Modestino, è chiaro che il sistema dovesse vacillare nel corso dei secoli che vanno dal terzo al quinto. L'anonima giurisprudenza dell'età postclassica³⁹⁹ che, incapace di rendersi autrice di opere originali, si accosta timidamente alle opere dei grandi giuristi del passato non può essere considerata, al pari di quella classica, una fonte di produzione del diritto. Piuttosto la sua attività si ridusse a glosse, cretomazie o epitomi di opere classiche che quei tardi maestri piegavano ai bisogni dei nuovi tempi senza mai rinnegare apertamente i principi in esse contenute, ma sottacendoli, al massimo, o storcendoli, più o meno consapevolmente, al fine di soddisfare le esigenze, innanzitutto di semplificazione, tipiche della loro forma mentis. Proprio in queste pudiche surrezioni e in questi rabberciamenti, compiuti «con la riverenza un po' supina che i capolavori dell'ingegno riscuotono presso chi si sente irremissibilmente confinato nella posizione di epigone»⁴⁰⁰, s'indovinano gli sviluppi degli istituti giuridici nell'epoca postclassica. È naturale poi che questi sviluppi sentissero direttamente la forte influenza dell'urgere dei concreti problemi della vita del

³⁹⁹ Per le osservazioni che seguono cfr. M. TALAMANCA, *L'attività della giurisprudenza*, in *Lineamenti*², cit., 604 ss; V. ARANGIO-RUIZ, *Storia*⁷, cit., 353 ss.

⁴⁰⁰ V. ARANGIO-RUIZ, *Storia*⁷, cit., 348.

tempo i quali, affievolitasi l'opera di mediazione dei giuristi, ne determinarono il corso in misura assai maggiore di quanto non fosse avvenuto nell'età classica⁴⁰¹.

Per quanto riguarda la compravendita, è facile che essa, anche per il nuovo e difficile corso dei tempi «non più atti per i fini e progrediti sistemi classici»⁴⁰², risentisse e dell'influenza delle province ellenistiche⁴⁰³ e dell'influenza della prassi volgare⁴⁰⁴, le quali entrambe spingevano verso la concezione «di un comprare e di un vendere coincidenti con l'effettivo scambio di cosa contro denaro»⁴⁰⁵. A questo proposito vengono in speciale risalto alcune opere tramandateci per la gran parte dalla *lex Romana Visigothorum*. Innanzitutto l'*Epitome Gai*, una tarda riduzione in due libri dei primi tre libri⁴⁰⁶ delle *Gai Institutiones*, com'è evidente sia dal titolo, sia dal confronto fra i testi. Di datazione incerta, è stata ritenuta in passato opera degli stessi compilatori della *lex Romana Visigothorum* in cui ci è stata tramandata; l'opinione prevalente allo stato attuale degli studi la colloca in epoca previsigotica. In particolare l'Archi ha dedicato una vasta fatica⁴⁰⁷ allo studio di quest'opera ritenendola un'*interpretatio* delle istituzioni gaiane a uso della prassi redatta in conformità a un'elaborazione parafrastica delle *Institutiones* fatta a scopi scolastici. Da collocarsi nell'ambiente delle scuole occidentali, l'*Epitome Gai* è oggi ritenuta per lo più un'opera della seconda metà del V secolo⁴⁰⁸ ed è di un certo interesse riguardo all'oggetto della presente ricerca: in specie due passi s'impongono all'attenzione di chi si accosti al problema dell'evoluzione (o involuzione) della compravendita⁴⁰⁹ nel periodo in esame.

⁴⁰¹ Nei riguardi della naturale tendenza alla semplificazione e popolarizzazione del diritto scrive il Levy: «*Forces of this kind had always been at work. But they had been held down and prevented from spreading freely so long as a creative jurisprudence stood guard over the orderly growth of the accepted legal institutions*», E. LEVY, *West Roman vulgar law*, cit., 6.

⁴⁰² Così G.G. ARCHI, *Il trasferimento*, cit., 178.

⁴⁰³ Per la compravendita nel mondo greco, cfr. *supra*, cap. II, § 2, 45 ss..

⁴⁰⁴ Per la tendenza dei profani di ogni tempo e luogo a concepire la vendita come scambio immediato di cosa verso prezzo, cfr. *supra*, cap. II, § 1, 43 ss..

⁴⁰⁵ V. ARANGIO-RUIZ *La compravendita*², cit., 93.

⁴⁰⁶ A differenza dell'autore dei *Fragmenta Augustodunensia* (un'altra parafrasi gaiana, peraltro inutile ai fini della ricostruzione della disciplina postclassica della compravendita, giacchè dell'esegesi al *commentarius tertius* nulla di essa ci è pervenuto), l'anonimo epitomatore di Gaio trascura del tutto il IV libro che concerneva il processo formulare, ai suoi tempi certamente superato.

⁴⁰⁷ G. G. ARCHI, *L' 'Epitome Gai'. Studio sul tardo diritto romano in Occidente*, Milano, 1937 (rist. con una nota di lettura di Carlo Augusto Cannata, Napoli, 1991).

⁴⁰⁸ Ma per l'assegnazione alla fine del IV secolo, cfr. H. F. HITZIG, *Beiträge zur Kenntnis und Würdigung des sogenannten westgothischen Gaius*, in ZSS, XIV, 1893, 214 ss. (peraltro a pag. 220 l'autore identifica l'epitomatore di Gaio con lo scrittore dell'*Interpretatio* alle *Pauli Sententiae*). Per la dottrina prevalente, cfr. M. TALAMANCA, *Le opere che rielaborano o commentano testi classici*, in *Lineamenti*², cit., 619.

⁴⁰⁹ L'espressione «evoluzione (o involuzione) della compravendita» potrebbe essere fuorviante suggerendo l'idea di un fenomeno unitario che involga l'istituto lungo tutto il periodo tardoantico, ma spero che l'impressione sia attenuata dalla funzione logica di complemento di specificazione del sostantivo «problema» che essa svolge nella proposizione: è quantomeno opinabile che si possa pensare a uno sviluppo coerente del contratto di vendita in un arco di tempo che da Costantino a Giustiniano si estende per oltre due secoli e che, persino nella sincronia, presenta differenze notevoli. Valgano, *mutatis mutandis*, anche nel campo dottrinale le considerazioni svolte a proposito delle difficoltà che lo studioso dell'età tardoantica incontra nella ricostruzione della prassi (per cui cfr. *supra*, cap. III, § 1, 67 ss.) e l'osservazione critica (per cui cfr. *supra*, cap. III, § 1, 65 s.) rivolta alle tre teorie sulla portata oggettiva della *constitutio Antoniniana* circa l'atteggiamento sistematizzante che lo storico del diritto, in quanto giurista, è portato anche inconsapevolmente ad assumere correndo il rischio di falsare la realtà.

Anzitutto, com'è ovvio, il passo in cui l'epitomatore individua il momento perfezionatore del contratto:

Epitome II, 9, 14. *Emptio igitur et venditio contrahitur, cum de pretio inter emptorem et venditorem fuerit definitum, etiamsi pretium non fuerit numeratum nec pars pretii aut arra data fuerit.*

A un primo sguardo esso appare una resa fedele di *Gai Institutiones* III, 139⁴¹⁰ ed è innegabile che la definizione resti nell'orbita gaiana. Tuttavia un'omissione spicca per l'importanza che la precisazione aveva nella mente di Gaio. Ho già spiegato, nei suoi tratti essenziali, la concezione dell'ἀρραβών⁴¹¹ di diritto greco e in quale grado essa divergesse dalla concezione romana dell'*arra*; ho anche già avuto modo di mettere in mostra una legittima preoccupazione di Gaio⁴¹² circa la confusione che, sul tema, sarebbe potuta sorgere in Roma dalla pratica che si era diffusa di consegnare una somma di denaro a titolo di arra. Ma a questo punto della trattazione potrebbe essere di giovamento dare maggiore risalto all'attenzione del giurista classico verso le profonde differenze dei due omonimi istituti attraverso la lettura del quarto paragrafo, nel quale la dottrina greca della compravendita e dell'arra è contenuta *in nuce* tutta quanta, del frammento di Teofrasto di cui più volte ho fatto menzione:

Κυρία δὲ ἡ ὄνη καὶ ἡ πρᾶσις εἰς μὲν κτήσιν, ὅταν ἡ τιμὴ δοθῆ καὶ τὰκ τῶν νόμων ποιήσωσιν, οἷον ἀναγραφὴν ἢ ὄρκον ἢ τοῖς γείτοσι τὸ γινόμενον· εἰς δὲ τὴν παράδοσιν καὶ εἰς αὐτὸ τὸ πωλεῖν, ὅταν ἀρραβῶνα λάβῃ⁴¹³.

Se si pone mente al passo istituzionale, è evidente la corrispondenza (e contrapposizione) fra i due. Appare evidente che il giurista romano polemizzasse contro la concezione greca della compravendita e dell'arra. Per quanto riguarda la prima, Gaio, e con lui il suo passivo epitomatore, afferma che essa, scevra da qualsivoglia formalità, s'intende conclusa al momento del perfezionamento dell'accordo sul prezzo, quand'anche quest'ultimo non sia stato versato (*emptio et venditio contrahitur cum de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit* e, del tutto analogamente, nell'epitome *emptio igitur et venditio contrahitur, cum de pretio inter emptorem et venditorem fuerit definitum, etiamsi pretium non fuerit numeratum*); al contrario Teofrasto dichiara apertamente che essa è integrata ὅταν ἡ τιμὴ δοθῆ καὶ τὰκ τῶν νόμων ποιήσωσιν⁴¹⁴, οἷον ἀναγραφὴν⁴¹⁵ ἢ ὄρκον ἢ τοῖς γείτοσι τὸ γινόμενον. Di più, l'allievo di Aristotele rileva che la compravendita dispiega i propri effetti nel solo campo dei diritti reali (κυρία δὲ ἡ ὄνη καὶ ἡ πρᾶσις εἰς μὲν κτήσιν, dovendosi intendere, col

⁴¹⁰ Per la cui esegesi cfr. *supra*, cap. II, § 3, 52 ss..

⁴¹¹ Cfr. *supra*, cap. II, § 2, 45 ss..

⁴¹² Cfr. *supra*, cap. II, § 3, 52 s..

⁴¹³ *Florilegium* di Stobeo, XLIV, 22, 4.

⁴¹⁴ S'intende ai fini della pubblicità, per cui cfr. *supra*, cap. III, § 2, 77, nt. 335.

⁴¹⁵ Per la quale, in relazione al diritto greco-egizio, cfr. *supra*, cap. III, § 2, 77 s..

Pringsheim⁴¹⁶ e la migliore dottrina, il termine κτήσις nel significato di 'acquisto'); mentre uno dei caratteri fondamentali dell'*emptio et venditio* classica precedentemente notati era proprio la mera obbligatorietà per raggiungere un surrogato della quale (εἰς δὲ τὴν παράδοσιν καὶ εἰς αὐτὸ τὸ πωλεῖν⁴¹⁷) nel mondo greco si era costretti a ricorrere alla dazione di un'arra (ὄταν ἀρραβῶνα λάβῃ). È proprio la differenza sostanziale sul valore dell'accordo, un semplice atteggiamento della volontà rispetto a risultati giuridici da raggiungere in futuro⁴¹⁸ per i Greci, un vero e proprio contratto immediatamente produttivo di sole obbligazioni per i Romani, a indurre Gaio a segnalare che, conseguentemente, anche la dazione di un'arra aveva una diversa efficacia nel mondo romano rispetto a quello greco. L'importanza che il punto aveva agli occhi di Gaio è confermata dal fatto che egli si curi di chiarirlo anche al di fuori del manuale istituzionale:

l. 10 *ad Ed. prov.*, D. 18, 1, 35, pr.: *Quod saepe arrae nomine pro emptione datur, non eo pertinet, quasi sine arra conventio nihil proficiat, sed ut evidentius probari possit convenisse de pretio.*

Nella polemica avverso il sistema greco spicca l'inciso *quasi sine arra conventio nihil proficiat*: è chiara la volontà gaiana di ribadire l'efficacia obbligatoria dell'accordo puro e semplice a differenza di quanto avveniva nelle province ellenizzate. Né si può dimenticare che quest'efficacia si riconnetteva nella mente del giurista classico alla risoluta separazione fra le obbligazioni prodotte dall'accordo e gli effetti di trasmissione della proprietà che sarebbero scaturiti dai negozi attuati in adempimento di quelle obbligazioni. Alla luce delle considerazioni appena svolte non è privo d'interesse il fatto che l'epitomatore di Gaio, che pure nel paragrafo precedente aveva enumerato la compravendita fra le *obligationes consensu contractae*⁴¹⁹, ometta di dare la definizione dell'arra come *argumentum emptionis et venditionis contractae*. Ancor più se si tiene conto del significato che, spesso, questo genere di rispettosi silenzi ha nelle opere dei tardi maestri postclassici, i quali sacrificarono l'insegnamento dei classici soltanto di fronte a necessità pratiche e alle esigenze della loro diversa forma mentis, ma, anche quando astretti da simili circostanze, essi compirono quei sacrifici dei classici

⁴¹⁶ «Ἡ ὄνη καὶ ἡ πρᾶσις *is the agreement on buying and selling. [...] This agreement is κυρία εἰς κτήσιν. It is not "valid", but efficient, or a legal foundation, a "causa", for the acquisition of ownership. Without it ownership cannot pass because it impresses on the payment of the money, perhaps combined with the delivery of the goods because an agreement preceded and characterised it. Κτήσις means originally and principally the acquisition of ownership.*», F. PRINGSHEIM, *The Greek Law*, cit., 138 s.

⁴¹⁷ L'interpretazione di questo inciso ha dato qualche difficoltà agli studiosi. Di fronte alla tesi di chi (come J. PARTSCH, *Besprechung über PAPPOULIAS: Geschichtliche Entwicklung der Arrha im Obligationenrechte*, in *GGA*, 1911, 716 ss.; e, in un primo momento, anche V. ARANGIO-RUIZ, in V. ARANGIO-RUIZ e A. OLIVIERI, *Inscriptiones Graecae Siciliae et infimae Italiae ad jus pertinentes*, Milano, 1925, 246) sostiene che l'espressione εἰς δὲ τὴν παράδοσιν καὶ εἰς αὐτὸ τὸ πωλεῖν debba essere intesa come un'endiadi volta a raffigurare la compravendita a contanti della quale il contratto arrale sarebbe stato garanzia, sono degni di considerazione due passi di lessicografi (HARPOKRATION [ed. Bekker], 44, 14; *Lessico di Séguier*, 220, 3) che riguardano la δίκη βεβαιώσεως, una particolare azione a tutela del possesso. Alla luce della speciale natura di quest'azione, la quale presupponeva di necessità l'avvenuta trasmissione del possesso o della proprietà, altri autori (F. BERGOLD, *Geschichte und Wesen des Arrhabons und der Arrha im griechischen und römischen Rechte bis zum Procheiros Nomos*, Gernsbach, 1925, 23 ss.; G. BESELER, *Juristische Miniaturen*, Leipzig, 1929, 100 ss.; F. PRINGSHEIM, *The Greek Law*, cit., 354 ss.; e, in un secondo momento, anche V. ARANGIO-RUIZ, *Recensione a PRINGSHEIM, The Greek law of Sale*, in *IVRA*, 1951, 290) sono giunti, in maniera più convincente, «alla conclusione che il contratto arrale era *justa causa* per il trasferimento del possesso al futuro acquirente, cui questo possesso veniva garantito attraverso la δίκη βεβαιώσεως», M. TALAMANCA *L'arra*, cit., 17.

⁴¹⁸ Così V. ARANGIO-RUIZ, *Recensione a PRINGSHEIM*, cit., 290.

⁴¹⁹ Cfr. *infra*, § 2, 99, nt. 438.

ammaestramenti «timidamente, e quasi contro voglia, cercando di convincere per primi se stessi della fedeltà di ogni loro riserva e distinzione allo spirito degli autori che riassumevano o commentavano»⁴²⁰. Ora, se, forse, la mancanza della definizione dell'arra non è argomento sufficiente per attribuire all'epitomatore un diverso pensiero sul valore dell'istituto in età postclassica⁴²¹, non credo, tuttavia, di essere portato del tutto fuori dalla realtà leggendolo come il segno di un minore interesse, rispetto al giurista classico, verso il proporre all'attenzione dei lettori le differenze connaturate alle diverse concezioni dell'*arrha* romana e dell'*ἀρραβών* greco. Neppure ritengo inverosimile, dato l'intrecciarsi delle concezioni dell'arra e della compravendita, che l'affievolirsi di quest'interesse nell'animo dell'epitomatore fosse causato anche da una certa confusione che regnava ormai circa gli effetti da attribuirsi all'accordo. E la congettura potrebbe trovare conferma in un altro passo⁴²² dell'epitome:

Epitome II, 1, 7. *Quia quidquid his a qualibet persona donatum vel venditum fuerit, aut heredes fuerint instituti, id patribus et dominis sine aliqua dubitatione conquiritur.*

Il confronto col modello gaiano renderà ancora più chiara l'inversione dei punti di vista fra Gaio e il suo tardo epitomatore:

*Igitur (quod) liberi nostri, quos in potestate habemus, item quod servi nostri mancipio accipiunt vel ex traditione nanciscuntur, sive quid stipulentur, vel ex aliquolibet causa adquirunt, id nobis adquiritur.*⁴²³

In entrambi i passi si tratta il problema degli acquisti per opera delle persone *in potestate*, ma, laddove Gaio individuava chiaramente nella *traditio* o nella *mancipatio* i negozi produttivi dell'acquisto (*igitur (quod) liberi nostri [...] item quod servi nostri mancipio accipiunt vel ex traditione nanciscuntur [...], id nobis adquiritur*), l'epitomatore, invece, fa derivare l'effetto reale direttamente dalla compravendita come tale (*quia quidquid his a qualibet persona [...] venditum fuerit [...], id patribus et dominis sine aliqua dubitatione conquiritur*). Sorvolando sul problema della rappresentanza, dal confronto fra i due testi affiora con tutta evidenza quella «*merger of concepts*» di cui parlava il Levy nel passo citato alla fine del secondo capitolo⁴²⁴: il maestro postclassico non distingue più nettamente tra *titulus* e *modus acquirendi*, secondo la terminologia impostasi nel diritto comune; sia che risenta dell'influenza ellenistica, sia che, più plausibilmente data la sua probabile collocazione in Gallia⁴²⁵, risenta dell'influenza barbarica e delle mutate condizioni economiche, egli tende a concepire la compravendita, in maniera meno raffinata del giurista classico, come uno scambio immediato di cosa verso prezzo in cui è assai difficile, oltre che non molto utile, scindere il momento obbligatorio da quello traslativo. Nei riguardi delle

⁴²⁰ V. ARANGIO-RUIZ, *Storia*⁷, cit., 348.

⁴²¹ A questo proposito scrive il Talamanca: «benché il rilievo appaia suggestivo, è difficile imputare codesto fatto alla differente valenza che l'arra andava assumendo in questo periodo», M. TALAMANCA *sub voce Vendita*, cit., 467, nt. 1676.

⁴²² Sul quale cfr. V. ARANGIO-RUIZ *La compravendita*², cit., 94 e, del tutto similmente, F. GALLO, *Il principio*, cit., 106 s..

⁴²³ Gai *Institutiones*, 2, 87.

⁴²⁴ Cfr. *supra*, cap. II, § 4, 57.

⁴²⁵ Per cui cfr. M. TALAMANCA, *Le opere che rielaborano*, cit., in *Lineamenti*², cit., 619.

condizioni economiche e sociali non è privo di significato «*the rising use of 'comparare' for 'emere'*»⁴²⁶ nel periodo in esame: questa sostituzione, che si verifica spesso, anche nei testi delle *Pauli Sententiae* e dell'*Interpretatio* che esaminerò fra poco, è un indice della crisi in atto la quale spingeva a preferire l'uso di un termine realistico e immediatamente rappresentativo dello scambio, a quello di un termine evocativo di un assetto giuridico che, il più delle volte, sarebbe stato oltre che di difficile comprensione anche di scarsa rilevanza pratica. Nei riguardi, invece, della possibile influenza barbarica, è ricco di spunti pieni d'interesse (e di problemi) un passo della *lex Romana Burgundionum*, una fonte di epoca non di molto successiva all'*Epitome Gai*, giacché il re Gundobado la dovette emanare negli ultimi anni del secolo V, comunque non dopo il 501⁴²⁷. Pur provenendo dal di fuori dei confini dell'Impero, la *lex Gundobada* riflette condizioni economiche e culturali in gran parte analoghe a quelle di molte province all'interno dello stesso e, soprattutto, può rivelarsi di una certa utilità al fine dell'individuazione delle possibili influenze che pochi anni prima doveva subire l'epitomatore di Gaio (come anche lo pseudo-Paolo⁴²⁸ di cui mi occuperò a breve) in un'area non molto distante da quella del regno borgognone:

Tit. XXXV § 1. *De vindendis et emendis contractibus hic ordo servandus est, ut quisque rem iuris sui vindiderit, repetendi eam postea non habeat potestatem.*

§ 2. *Vinditionem vero ex hoc maxime ius firmitatis accipere, si traditione celebrata possessio fuerit subsecuta.*

Nel primo paragrafo⁴²⁹ si nega l'azione di rivendicazione al venditore (*quisque rem iuris sui vindiderit, repetendi eam postea non habeat potestatem*). Difficile stabilire quali motivi inducessero il venditore a rivendicare; non appare improbabile, tuttavia, che fra questi vi fosse anche il mancato pagamento del prezzo. Di grande interesse, anche al fine dell'interpretazione del passo dell'*Epitome Gai* citato in precedenza, è il paragrafo seguente in cui si spiega la ragione del diniego e si afferma che col compimento della *traditio* (*si traditione celebrata possessio fuerit subsecuta*) il contratto ha acquistato *maxime ius firmitatis*. Per quanto l'indeterminatezza delle conoscenze che riguardano il contesto culturale costringa a muoversi sul piano delle congetture e suggerisca prudenza nel farlo, fra le diverse ipotesi interpretative non mi pare la più probabile quella che vede nel passo in esame la fedele e genuina trasposizione del principio romanistico per cui, compiuta la *traditio*, la proprietà è passata in seguito a essa dal venditore al compratore e al primo, pertanto, non spetta l'azione di rivendicazione (ma, al massimo, spetterebbe l'*actio venditi* per ottenere il versamento del prezzo dal compratore, sempreché fosse questo il motivo che lo aveva spinto a rivendicare). Mi sembra, piuttosto, preferibile un'interpretazione che, tenendo conto delle mutate condizioni economiche e culturali rispetto alla Roma classica, legga il paragrafo in esame come un'ibrida fusione di principi romanistici e di principi barbarici. In particolare ritengo la meno improbabile delle ipotesi ermeneutiche quella

⁴²⁶ E. LEVY, *West Roman vulgar law*, cit., 127, nt. 6 in cui l'Autore rimanda a ID., *Zum Wesen des weströmischen Vulgarrechtes*, in *Atti del congresso internazionale di diritto romano*, Roma, II, 39 ss..

⁴²⁷ Così, E. CORTESE, *Le grandi linee*, cit. 49.

⁴²⁸ Sul termine, cfr. *infra*, § 2, 100, nt. 444.

⁴²⁹ Per l'interpretazione della legge mi rifaccio ampiamente a G.G. ARCHI, *Il trasferimento*, cit., 184 s.

secondo la quale il riferimento alla *firmitas*⁴³⁰ che il vincolo contrattuale avrebbe raggiunto a seguito della compiuta *traditio* sia da intendersi come l'espressione di un principio generale d'origine barbarica per il quale l'esecuzione di una delle prestazioni del negozio costituiva il momento in cui la volontà attuale e soggettiva dell'autore, e perciò esposta al suo disvolere, si staccava in modo irrevocabile dall'instabile mondo soggettivo e, oggettivandosi, si fissava in maniera definitiva su un risultato che non poteva più subire mutamenti; solo quando la volontà, attuata, si 'fermava' su un oggetto, il vincolo poteva dirsi *firmus*. «In apparenza dicendo che con la *traditio* il contratto di vendita acquista *maxime ius firmitatis*, sembra non volersi rinnegare almeno come principio e senz'altro la concezione romana della pura consensualità, ma in realtà si accoglie l'altra concezione che fa dipendere dalla *traditio* la conclusione di un vincolo, che impedisce di recedere e per cui si ha il diritto di pretendere la controprestazione»⁴³¹. Un siffatto principio è perfettamente conforme a menti rozze che, non arrivando a concepire il diritto nella sua purezza, non intendono diritto ove non ci sia la forza di farlo rispettare: il diritto non va più in là dell'effettivo possesso e, per dir così, della punta della spada; la parola di per sé non è considerata il mezzo più acconcio per rivelare il pensiero e la volontà, ma per acquisire pieno vigore essa deve essere accompagnata da atti materiali e tangibili. Se la congettura avanzata fosse vera sarebbe anche ragionevole spiegare la confusione dell'epitomatore di Gaio come un'applicazione, più o meno consapevole, di principi d'origine barbarica a istituti di diritto romano; le sue difficoltà a tener distinta la *traditio* dalla vendita sarebbero figlie dell'idea grossolana che aveva corso in quelle terre e identificava esecuzione (che dal punto di vista romano determinava, almeno ordinariamente, il prodursi dell'effetto traslativo) e perfezione del vincolo contrattuale. Certo, tutto ciò rimane ipotetico, ma è d'indubbio interesse il fatto che lo studioso che più di ogni altro ha concentrato la sua attenzione sui rapporti fra gli istituti del diritto romano, che in quel tempo andavano volgarizzandosi, e gli istituti sviluppati dai popoli germanici in Occidente sia il principale sostenitore della tesi per la quale la compravendita nel basso Impero sarebbe regredita allo stadio di *Barkauf*⁴³², quasi un baratto di cosa verso prezzo; mi pare che la congettura proposta, mettendo in luce, fra gli altri elementi, anche la probabile influenza barbarica, sia quella che in maniera meno insoddisfacente renda ragione delle difficoltà concettuali che i tardi epigoni occidentali incontravano nell'accostarsi, pieni di riverente timore e di ossequioso rispetto, alle opere dei grandi maestri classici.

Ciò non significa, tuttavia, che ritenga di poter aderire interamente alla tesi, seguita anche dal Kaser⁴³³, di Ernst Levy, il quale giunge ad affermare *tout court* che in

⁴³⁰ Sul concetto di *firmitas*, cfr. E. CORTESE, *Le grandi linee*, cit., 189 ss.

⁴³¹ G.G. ARCHI, *Il trasferimento*, cit., 185.

⁴³² Sostiene il Levy che nel diritto volgare (sul cui significato cfr. *supra*, cap. II, § 4, 57, nt. 264) «*der Konsensualkauf der klassischen Epoche bildete sich zum Barkauf zurück. Zahlung war jedoch vom Käufer regelmässig nur dann zu erwarten, wenn er die Sache erhielt. Sache und Geld wurden ausgetauscht. Der Kauf blieb nicht blosser Rechtsgrund der Uebereignung, sondern wuchs mit ihr zu einem Simultanakt zusammen. Kaufweise Uebereignungen wichtiger Gegenstände, vor allem des Bodens, wurden überdies gewöhnlich beurkundet. Unentbehrlich aber war die Zahlung des Preises*», E. LEVY, *Weströmisches Vulgarrecht: das Obligationenrecht*, Weimar, 1956, 208.

⁴³³ Cfr. M. KASER, *Das römische Privatrecht*², cit., II, 274 ss. e 385 ss. il quale in riferimento agli sviluppi della compravendita in età postclassica scrive: «*der Kauf wird begrifflich, wie schon in alten Zeiten, wieder zum handkauf*». Egli però (*Das römische Privatrecht*², cit., II, 385 testo e nt.7), alla luce del materiale contenuto nel *Breviarium Alaricianum*, ritiene anche che nel regno visigoto di Francia e di Spagna potesse ancora trovare concreta applicazione la compravendita consensuale e obbligatoria.

età postclassica «*the sale itself moved back to the former status of cash transaction*»⁴³⁴; piuttosto ritengo che il Levy sia vittima, per certi versi⁴³⁵, di una suggestione semplificante e che, al contrario, ci si debba guardare da facili riduzionismi e mistificanti generalizzazioni: l'influenza delle idee barbariche che ho appena cercato di mettere in mostra è soltanto una delle forze incidenti in quel tempo di trasformazioni in cui preannunci di un mondo che sorgeva si mescolavano a segni di un mondo che scompariva. È chiaro che il declinante mondo romano ancora doveva opporre quantomeno una forza d'inerzia alle nuove configurazioni giuridiche la quale poi doveva irrobustirsi dinanzi al difetto di vigore intellettuale e alla scarsa fiducia che i maestri postclassici avevano nelle nuove soluzioni ai problemi della vita quotidiana che andavano proponendo; riprova dell'operare di forze che resistevano al dissolvimento del pensiero giuridico classico è sia la timida e sommessa forma, che ho più volte sottolineato, con cui epitomatori ed epigoni solevano presentare le novità giuridiche dei loro tempi e sia il fatto che mai nella legislazione imperiale sia dato rinvenire una chiara volontà di riforma dell'intera disciplina del negozio, ciò che mi propongo di dimostrare più avanti.

2. *Le lievi tracce dell'`emptio et venditio' classica nelle `Pauli Sententiae'.*

Ma la prova più evidente della sopravvivenza di parte almeno delle concezioni classiche e della conseguente complessità della realtà giuridica del tardoantico si trova in alcuni passi di opere pseudoepigrafe in cui è fuor di dubbio che l'intento del giurista del basso Impero sia quello di affermare decisamente un principio di stampo classico. Viene a questo punto in rilievo un'altra opera che, in buona parte, si trova riprodotta nella *lex Romana Visigothorum* (altri brani sono contenuti nella *lex Romana Burgundionum*, nella *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum*, nella *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti*, nei *Fragmenta Vaticana* nonché nello stesso Digesto di

⁴³⁴ E. LEVY, *West Roman vulgar law*, cit., 127.

⁴³⁵ È chiaro che in larga parte ciò è dovuto all'oggetto delle fatiche dell'insigne autore che è interessato soprattutto a porre in luce gli aspetti degli istituti legati alla popolarizzazione del diritto, ancor più se essi si fondono con elementi d'origine germanica. Ma già il Pugliese, nella citata recensione all'opera del Levy, metteva in guardia sul «pericolo che, nell'illustrare la continuità tra il diritto volgare e i diritti germanici, si attribuiscono al diritto volgare concezioni, che, se pure già embrionali, dovevano però compiutamente manifestarsi solo fra i popoli germanici» e neppure mancava di osservare criticamente che l'apprezzabilissima indagine dello studioso tedesco peccava «nello svalutare, in un modo che giudicherei eccessivo, l'importanza pratica delle opere della giurisprudenza classica ancora conosciute e studiate nell'epoca postclassica, con la conseguenza di segnare un distacco troppo netto dall'epoca giustiniana nella quale [...] egli scorge una rinascita del pensiero degli antichi giuristi, un ritorno alla precisione dei loro concetti e al rigore dei loro principii», G. PUGLIESE, *Recensione a LEVY*, cit. 127 e 123.

Giustiniano) e va sotto il nome di *Pauli Sententiae*⁴³⁶. Si tratta di una raccolta di massime, suddivise in cinque libri ripartiti in titoli, che sino agli inizi del secolo XX era ritenuta un'opera genuina del giurista Paolo; la dottrina più recente, invece, pur non escludendo che il giurista severiano abbia scritto un'opera, non pervenutaci, con il medesimo titolo, ritiene pressoché unanimemente che le c.d. *Pauli Sententiae* siano un'antologia di frammenti, per lo più, di varie opere pauliane, ma anche di opere di altri giureconsulti classici, la cui prima redazione risalirebbe al III-IV secolo, ma che avrebbe subito successivi rimaneggiamenti e parecchie aggiunte nel corso del IV e del V secolo. Certamente questa cretostomazia di passi, molti dei quali si presentano rabberciati al fine di adattarli alle modifiche subite dal diritto romano nei secoli III e IV, porta impressa la forma mentis dell'epoca postclassica con le esigenze, innanzitutto di semplificazione, che la caratterizzano.

Questa raccolta di massime adattate a scopo di ritenzione mnemonica, ma anche di aggiornamento alla realtà giuridica del tardoantico, con buona probabilità doveva costituire, secondo la congettura del De Dominicis, un prontuario pratico a uso degli avvocati. Essa non contiene soltanto *iura* e, anzi, si può dire che proprio nelle epitomi delle costituzioni imperiali (spesso prolisse e non sempre chiare) venga in risalto il carattere della semplificazione, che più di ogni altro esprime lo spirito del secolo; le costituzioni, infatti, sono ridotte dall'epitomatore all'essenziale nell'intento di mettere in mostra la norma nella sua nudità. I passi che più degli altri sono stati oggetto di successive stesure e progressivi adattamenti sono, in genere, anche quelli per cui *interpretatione non eget*, i quali, cioè, sono privi di quell'interessantissimo apparato di glosse e commenti, risalenti al V secolo, che, invece, accompagna (le costituzioni del Codice Teodosiano e anche) i passi meno rimaneggiati dell'opera⁴³⁷ al fine di renderli più facilmente intellegibili e mostra perciò, in modo abbastanza chiaro, l'attività delle scuole occidentali di diritto, tutte protese nello sforzo di adeguare i testi commentati ai nuovi principi giuridici vigenti nel V secolo in Occidente. Avuto riguardo alla compravendita desta interesse soprattutto il secondo libro in cui i titoli sulle *obligationes consensu contractae* si succedono dal quindicesimo al diciottesimo e il diciassettesimo è rubricato, appunto, *ex empto et vendito*. Appare innegabile che nella

⁴³⁶ Sulla questione dell'origine dell'opera cfr., *inter alios*, G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, I, Tübingen, 1910, 99; G. ROTONDI, *I 'Libri opinionum' di Ulpiano e le Sentenze di Paolo*, in *Scritti giuridici*, I, Pavia, 1922, 482; E. LEVY, *Paulus und der Sentenzenverfasser*, in *ZSS*, L, 1930, 272 ss.; ID., *Vulgarization of roman Law in the Early Middle Ages. As illustrated by successive versions of 'Pauli Sententiae'*, in *Medievalia et Humanistica*, I, Boulder, 1943, 14 ss. (poi anche in *BIDR*, LV-LVI, 1951, 226 ss. e in *Gesammelte Schriften*, I, Köln-Graz, 1963, 222 ss.); ID., *A Palingenesia of the Opening Titles as a Specimen or Research in West Roman Vulgar Law*, Ithaca (New York), 1945; M. LAURIA, *Ricerche su 'Pauli Sententiarum libri'*, in *Annali della R. Università di Macerata*, VI, 1931, 33 ss.; E. VOLTERRA, *Sull'uso delle 'Sententiae' di Paolo presso i compilatori del 'Breviarum' e presso i compilatori giustinianei*, in *Atti del congresso internazionale di diritto romano di Bologna*, I, Pavia, 1934, 161 ss.; G. SCHERILLO, *L'ordinamento delle 'Sententiae' di Paolo*, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, I, Palermo, 1936, 42 ss.; M. A. DE DOMINICIS, *Riflessi di costituzioni imperiali del Basso Impero nelle opere della giurisprudenza postclassica*, s.l. (ma Trieste), 1955; V. ARANGIO-RUIZ, *Storia*⁷, cit., 300 s.; F. BONA, *Contributi alla storia della 'societas universonum quae ex quaestu veniunt' in diritto romano*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, I, Torino, 1968, 423, nt. 62; C. A. MASCHI, *La conclusione della giurisprudenza classica all'età dei Severi. 'Iulius Paulus'*, in *ANRW*, II/15, Berlin-New York, 1976, 679 ss.; M. TALAMANCA, *Le opere che vanno sotto il nome di un giurista classico*, in *Lineamenti*², cit., 617 ss.; D. LIEBS, *Die pseudopaulinischen Sentenzen. Versuch einer neuen Palingenesie*, in *ZSS*, CXII, 1995, 151 ss..

⁴³⁷ Privata di *interpretatio*, oltre ai passi delle *Pauli Sententiae* che per via dei numerosi aggiustamenti dovevano essere pienamente intellegibili nel V secolo, è anche l'intera *Epitome Gai* per l'evidente ragione che essa stessa, come detto (cfr. *supra*, § 1, 91 s.), può essere considerata un'*interpretatio* a uso della prassi delle istituzioni di Gaio.

sedes materiae si rinvenivano segni evidenti della compravendita consensuale e obbligatoria.

Quanto alla consensualità, pur non essendo mai presa in considerazione in sé e per sé, giacché le Sentenze di Paolo non contengono alcun paragrafo analogo a quelli che, dal 135 al 138⁴³⁸, si susseguono nel *commentarius tertius* delle istituzioni giurine, tuttavia, l'opera contiene due passi che s'impongono in particolare all'attenzione. Il primo è:

Pauli Sententiae, II, 17, 10: *Mutus emere et vendere potest: furiosus autem neque vendere neque emere potest.*

Sebbene in via implicita è affermata in modo sufficientemente chiaro la contrapposizione della compravendita, in quanto contratto consensuale, ai negozi verbali: un muto può concludere una compravendita (*mutus emere et vendere potest*) per la ragione che elemento essenziale della stessa è il consenso che la fonda e la regge, non le parole le quali, pur essendo mezzo acconcio a rivelare il pensiero, possono essere sostituite da un altro mezzo altrettanto idoneo a manifestare il consenso, come potrebbe essere un cenno di sicura interpretazione⁴³⁹. Per la medesima ragione, cioè la ragione di fondamento che il *consensus* ha rispetto al negozio di compravendita, la stessa possibilità è preclusa a un *furiosus*, inabile a formare ancor prima che a manifestare una seria e ferma volontà di comprare o vendere (*furiosus autem neque vendere neque emere potest*). In maniera quasi espressa, poi, la consensualità è affermata in un altro passo dell'opera:

Pauli Sententiae, II, 17, 13: *In eo contractu, qui ex bona fide descendit, instrumentorum oblatio sine causa desideratur, si quo modo veritas de fide contractus possit ostendi.*⁴⁴⁰

Dietro il riferimento alla *bona fides* da cui il contratto *descendit* si cela, infatti, quello alla mera consensualità⁴⁴¹, la quale poi è messa in luce in modo evidente dal resto del passo; in esso infatti si afferma il principio, di palmare evidenza in epoca classica, secondo il quale è *sine causa* la richiesta dell'*instrumentorum oblatio* qualora si possa altrimenti provare la *veritas de fide contractus*. Ora, il fatto che l'autore della massima avverta l'esigenza di affermare un principio che alle orecchie di un *civis Romanus* del primo o del secondo secolo sarebbe suonato banale è indice, oltre che del costume, radicatosi vieppiù in epoca postclassica, di redigere i contratti in forma scritta,

⁴³⁸ Per la cui esegesi cfr. cap. II, § 3, 47 ss.. Appare fedele a Gai, *Institutiones*, 3, 135-136 anche *Epitome Gai* II, 9, 13: *Consensu fiunt obligationes, ex emtionibus et venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus et mandatis: quia in huiusmodi rebus consensus magis quam scriptura aliqua aut sollemnitas quaeritur. In quibus rebus etiam inter absentes obligatio contrahi potest, quod in aliis rebus fieri non potest.* Noto peraltro che l'espressione *consensus magis quam scriptura aliqua aut sollemnitas quaeritur* se costituisce, forse, un argine contro il quale potrebbero frangersi le influenze ellenistiche, non credo possa di per sé determinare il venir meno della congettura che ho avanzato *supra*, § 1, 95 ss. con riferimento alle influenze barbariche sull'epitomatore di Gaio, giacché è proprio la manifestazione del *consensus* a essere da esse interessata, senza che si possano definire *sollemnitates* le concrete forme entro le quali l'espressione del consenso veniva presa in seria considerazione da menti poco inclini a sottigliezze e astrattismi.

⁴³⁹ Cfr. *supra*, cap. II, § 3, 49, nt. 234.

⁴⁴⁰ Si pronuncia contro la genuinità del passo S. RICCOBONO, 'Traditio ficta', in *ZSS*, XXXIV, 1913, 246. Peraltro nei riguardi degli argomenti ivi proposti dal Riccobono e, in particolare, nei riguardi dell'autore delle *Sententiae* faceva notare il Levy che «his methods of working (cf. Levy, *Vulg.* 21 f. and PS 35, 37) are too unreliable to permit the inference 'argomento e contrario' that, so far as 'negotia stricta' were concerned, he thought an 'instrumentorum oblatio' to be necessary», E. LEVY, *West Roman vulgar law*, cit., 128, nt. 10.

⁴⁴¹ Nello stesso senso cfr. M. TALAMANCA *sub voce Vendita*, cit., 466, nt. 1670.

di una certa confusione che, forse anche sulla spinta delle concezioni ellenistiche⁴⁴², doveva essersi diffusa intorno al valore da assegnare allo scritto. La *sententia*, «che sembra a momenti un rescritto diocleziano»⁴⁴³, è un segno del fatto che l'attenzione dei giuristi era sempre più attratta dai problemi posti dalla prassi diffusa e radicata del ricorso alla scrittura; non è senza interesse, a questo riguardo, che il carattere della consensualità, il quale agli occhi dello pseudo-Paolo⁴⁴⁴ non merita una trattazione e una definizione *ad hoc*, sia posto in risalto proprio per specifica contrapposizione alla scrittura. All'interno dell'ampio *genus* delle manifestazioni di volontà negoziale si era ormai reso necessario fare chiarezza al fine di distinguere i connotati di quella determinata forma che è la scrittura dalle altre forme di espressione del consenso e, inoltre, al fine di affermare, a un tempo, il medesimo valore probatorio e la medesima efficacia dell'una e delle altre; tuttavia l'applicazione di un procedimento diairetico, al quale soleva ricorrere un giurista classico come Quinto Mucio Scevola, al fine di mettere in evidenza, all'interno del medesimo *genus*, le proprietà di ciascuna forma di manifestazione del consenso e poi affermarne la stessa efficacia probatoria sarebbe stata sì atta a soddisfare le esigenze della logica ragionante e sistematizzante che tanto stanno a cuore all'osservatore moderno con la sua formazione illuministica e giuspositivistica; ma non avrebbe tenuto nel debito conto i richiami, i suggerimenti, i dati della realtà giuridica del basso Impero e sarebbe stata, in fin dei conti, anacronistica: soprattutto nel corso del IV secolo il legislatore era intervenuto più volte a disciplinare la prova scritta e altre volte lo avrebbe fatto nel corso dei secoli successivi assegnandole, anche per l'influenza delle vedute ellenistiche, una posizione privilegiata in campo probatorio della quale, con tutta probabilità, reca un segno un altro passo delle *Sententiae* che, sotto il diverso titolo *De testibus*, parrebbe affermare un principio, per certi versi, in contrasto con quello appena esaminato a proposito della compravendita.

Pauli Sententiae, V, 15, 4: *Testes, cum de fide tabularum nihil dicitur, adversus scripturam interrogari non possunt.*

Già il Riccobono interpretava il passo, in modo sostanzialmente esatto, ma insufficiente, nel senso che «la scrittura non impugnata di falso non può contraddirsi con prove testimoniali»⁴⁴⁵; quanto un simile principio sia lontano dal modo di vedere classico⁴⁴⁶ è di tutta evidenza. Ma esso pare anche accordarsi difficilmente con l'altro passo, appena esaminato, che sembrava affermare, seppure implicitamente, che all'interno di un giudizio in materia di compravendita non solo la forma scritta non fosse da considerarsi un elemento *ad substantiam actus*, ma che neppure si dovesse assegnare alla prova scritta una posizione di particolare favore, giacché la conclusione del contratto poteva essere provata con qualsiasi mezzo. Ho già fatto cenno ai numerosi rimaneggiamenti e alle successive stesure di cui le *Pauli Sententiae* sono state fatte

⁴⁴² Sui principi classici in materia di valore dello scritto e sulle profonde differenze fra essi e quelli ellenistici cfr. *supra*, cap. III, § 2, 71 ss.. Di un qualche interesse con riferimento all'epoca classica è D. 21, 2, 72 Callistratus libro secundo questionum, un passo in cui il giurista di origine greca si occupa di una questione, che non è da escludere si fosse posta nella prassi provinciale ellenistica, legata proprio agli *instrumenta venditionis*.

⁴⁴³ P. VOCI, *Tradizione*, cit., 89.

⁴⁴⁴ Ricorro al nome «pseudo-Paolo» per amore di brevità, ma non si deve dimenticare che l'opera in questione, dopo una prima redazione probabilmente risalente al III o al IV secolo, è stata fatta oggetto di successive stesure nei secoli IV e V.

⁴⁴⁵ S. RICCOBONO, *'Traditio'*, cit. 245.

⁴⁴⁶ Per cui, in particolare, cfr. il testo di Quintiliano cit. *supra*, cap. III, § 2, 71.

oggetto durante i secoli IV e V; per quel che concerne il passo in particolare, ritengo che esso non sia precedente alla seconda metà del IV secolo e, seguendo l'Archi⁴⁴⁷, credo sia da porsi in relazione alle riforme del 369 (C. Th. 11, 39, 6) e del 376 (C. Th. 9, 19, 4) con cui gli imperatori Valentiniano e Valente affiancarono alla via criminale dell'*accusatio falsi* un'altra possibilità di attaccare la *fides instrumentorum*, attraverso, cioè, un autonomo *civiliter agere*, in cui «si viene come a trasfondere la classica *disceptatio privata*»⁴⁴⁸. È questa, a mio parere, la ragione per la quale la *sententia* in esame non ammette i *testes adversus scripturam* i quali invece, se la *fides tabularum* fosse stata impugnata con un autonomo giudizio, bene avrebbero potuto prendere parte e al processo criminale e anche, se fosse stata imboccata quest'altra via, al distinto giudizio civile introdotto da Valentiniano e Valente. Ed è anche la ragione per la quale ho poc'anzi definito insufficiente l'interpretazione proposta dal Riccobono il quale se ha ragione di affermare l'impossibilità di contraddire la scrittura non impugnata di falso per mezzo di prove testimoniali, ha torto a limitare la portata dell'affermazione al solo *criminaliter agere*, dovendo, invece, ritenersi con l'Archi che l'impossibilità cessasse anche qualora si fosse intrapresa la più agile via civile. Punto fermo, però, è che la *sententia* ritenga senz'altro accertata la *fides* degli *instrumenta* qualora non ci fosse stata un'autonoma impugnativa. La prova scritta dunque ha ormai acquisito una posizione privilegiata. Insomma mi pare di poter affermare che le tracce della consensualità, pure abbastanza chiare nel titolo sulla compravendita, un poco si confondano, nell'opera complessivamente considerata, con i segni della legislazione postclassica che attribuisce alla prova scritta una particolare efficacia.

Per quel che riguarda poi il secondo carattere dell'*emptio et venditio*, quello dell'obbligatorietà, sembra difficilmente contestabile che, seppur tenuamente, si rinvenano nelle *Pauli Sententiae* le vestigia dell'antico contratto classico.

Pauli Sententiae, I, 13a, 4: *Si id quod emptum est neque tradatur neque mancipetur, venditor cogi potest, ut tradat aut mancipet.*

A prescindere dalla rilevanza, di cui è lecito dubitare, del passo in esame rispetto al problema della sussistenza, in date circostanze, di un obbligo di *mancipare* in capo al venditore⁴⁴⁹, quel che, invece, appare indubitabile è che nella *sententia* si faccia espressamente riferimento a una coazione esercitata sul venditore (*si id quod emptum est neque tradatur neque mancipetur, venditor cogi potest*) affinché compia la *traditio* o, addirittura, la *mancipatio* della cosa venduta (*ut tradat aut mancipet*). Se poi si rivolge l'attenzione al titolo specificamente dedicato alla vendita si rinvenono numerosi (quanto vaghi) richiami a una qualche forma di responsabilità delle parti, accenni all'accreditamento del prezzo, e altri ricordi della *traditio* slegati dal problema dell'obbligatorietà. Quanto ai primi già in apertura del titolo *ex empto et vendito* si trova scritto:

⁴⁴⁷ G.G. ARCHI, 'Civiliter vel criminaliter agere', cit., 40, nt. 1 (ora in ID., *Scritti di diritto romano*, III, *Scritti*, cit., 1645 s., nt. 98).

⁴⁴⁸ G.G. ARCHI, 'Civiliter vel criminaliter agere', cit., 40 (ora in ID., *Scritti di diritto romano*, III, *Scritti*, cit., 1646).

⁴⁴⁹ Per cui cfr. *supra*, cap. II, § 3, 48, nt. 231. Oltre all'Arangio-Ruiz, sostenitore pressoché isolato della tesi secondo la quale l'obbligo in questione non discenderebbe direttamente dal negozio, ma solo da un apposito patto annesso a esso, anche il Talamanca, data la breviloquenza dell'autore, suggerisce di usare cautela nel trarre dal passo «indicazioni precise sul problema che c'interessa», M. TALAMANCA *sub voce* *Vendita*, cit. 383; per l'opinione dell'Arangio-Ruiz a riguardo della rilevanza o meno del passo in relazione al problema, cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*², cit., 171 s..

Pauli Sententiae, II, 17, 1. *Venditor si eius rei quam vendidit dominus non sit, pretio accepto auctoritatis manebit obnoxius: aliter enim non potest obligari. 2. Si res simpliciter traditae evincantur, tanto venditor emptori condemnandus est, quanto si stipulatione pro evictione cavisset. 3. Res empti mancipatione et traditione perfecta si evincatur, auctoritatis venditor duplo tenus obligatur.*

«A parte l'insopportabile volgarità di pensiero e di espressione, che definisce tutto il discorso come il risultato della ruminazione di un epitomatore postclassico»⁴⁵⁰, dal passo emergono con una certa chiarezza alcune forme di responsabilità nelle quali, in diverse ipotesi, sarebbe incorso il venditore.

Anzitutto si afferma che il venditore di una cosa altrui (*venditor si eius rei quam vendidit dominus non sit*) soggiaccia all'*actio auctoritatis*⁴⁵¹ (*auctoritatis manebit obnoxius*), qualora sia stato pagato il prezzo (*pretio accepto*). Ora, il requisito, espressamente previsto, del pagamento del prezzo al quale è sottoposto il sorgere di quell'antica responsabilità per evizione che prendeva nome dall'*auctoritas*, è da ritenersi di origine classica⁴⁵², ma⁴⁵³, per il resto, il passo e in particolare l'inciso *aliter enim non potest obligari* è offuscato da un nembo oscuro: per diritto classico l'*obligatio auctoritatis* non astringeva genericamente il venditore, ma il solo *mancipio dans*; ancora, proprio per questa ragione, l'*auctoritas* non era certo l'unica garanzia contro l'evizione, come fa mostra di sapere lo stesso epitomatore al paragrafo seguente ove ricorda le stipulazioni per l'evizione; di più, nel suo aspetto principale l'*auctoritas*, come suggerisce la parola stessa indicante, in molte accezioni giuridiche, «un'autorizzazione, un'assistenza, un intervento che dà forza e validità ad atti che altrimenti non produrrebbero l'effetto voluto»⁴⁵⁴, consisteva, per l'appunto, nell'assistenza, la quale tanto più si sarebbe rivelata utile, quanto più la pretesa del terzo si fosse rivelata infondata, che il *mancipio dans* doveva prestare durante il processo intentato da un terzo rivendicante contro il *mancipio accipiens*, di conseguenza sarebbe ben strano che essa avesse luogo soltanto nel caso in cui il venditore, magari, addirittura, con reciproca consapevolezza sua e del compratore, vendesse una *res aliena*. Insomma la mano del tardo e mediocre compilatore, per amore di sintesi, deve aver eccessivamente ridotto il testo classico passando sotto silenzio il riferimento alla *mancipatio* che in esso doveva essere contenuto e che dava piena ragione di quell'*aliter enim non potest obligari* che, pure nella versione rimaneggiata che ci è pervenuta, deve senz'altro riferirsi all'ablativo assoluto *accepto pretio* esprime un requisito dell'*actio*

⁴⁵⁰ V. ARANGIO-RUIZ, *Diritto puro e diritto applicato negli obblighi del venditore romano*, in *Festschrift P. Koschaker*, II, Weimar, 1939, 155.

⁴⁵¹ Le *Sententiae* hanno conservato un titolo che porta la rubrica *De contrahenda auctoritate* (*Pauli Sententiae* V, 10), ma, in realtà, sotto il nome dell'*auctoritas* è trattato l'argomento, del tutto diverso, della *cautio damni infecti*. Sulla spiegazione di questo fatto, cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*², 321, nt. 1.

⁴⁵² Sul punto cfr. G. BESELER, *Acta Congressus Iuridici Internationalis*, I, Romae, 1935, 333 ss.; sulla scia del geniale studio del Beseler poi cfr., per la dottrina italiana, V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*², cit., 299, 319 e cfr. G.G. ARCHI, *Il trasferimento*, cit., 45, 88, 180; per tutti, cfr. M. KASER, *Das römische Privatrecht*², I, cit., 133. *Sed contra* cfr. F. PRINGSHEIM, *Der Kauf*, cit. 85.

⁴⁵³ Per le riflessioni che seguono cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*², cit., 299, 318 s.

⁴⁵⁴ V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*², cit., 312. Seguono nel testo diversi esempi: «così l'*auctoritas tutoris* avvalora la dichiarazione del pupillo o della donna; così l'*auctoritas patris* convalida la volontà matrimoniale del figlio di famiglia; così l'*auctoritas patrum* (cioè del Senato) convalida le leggi votate dalle assemblee del popolo e della plebe; così, nella concezione particolare del Principato di Augusto, l'*auctoritas* dell'imperatore dà forza politica agli atti compiuti dagli organi della persistente *respublica Romanorum* da lui protetta».

auctoritatis la quale è conseguenza proprio della *mancipatio*. Nel caso, invece, di *res simpliciter traditae* l'*auctoritas* è implicitamente (e correttamente) esclusa e si richiama la responsabilità discendente dalle stipulazioni di garanzia come misura del risarcimento spettante al compratore che abbia subito l'evizione (*tanto venditor emptori condemnandus est, quanto si stipulatione pro evictione cavisset*); nella protasi di un periodo ipotetico dell'irrealtà *si stipulatione pro evictione cavisset*, esprime il *quantum* del risarcimento, s'intravede, sebbene in modo assai confuso, la regola, definitivamente invalsa in epoca tardo-classica, secondo la quale l'*actio empti* poteva essere intentata al fine di ottenere un indennizzo da un venditore sul quale non gravasse né il vincolo che scaturiva dalla conclusione di un'apposita *stipulatio* e neppure quello dell'*auctoritas* che sorgeva spontaneamente dal (pagamento del prezzo e dal) compimento della *mancipatio*. Nemmeno il terzo paragrafo si presenta fedele a quella che doveva essere la lettera del testo originale; infatti è inesatta l'espressione *mancipatione et traditione perfecta* perché «la *mancipatio* di uno schiavo o di un animale non richiede in aggiunta una *traditio*, e [...] soltanto per gli immobili è necessario l'*in vacuum possessionem ire iubere*, solo occasionalmente (e tardivamente) paragonato a una tradizione»⁴⁵⁵.

Alla responsabilità per evizione segue nel testo dello pseudo-Paolo⁴⁵⁶ la considerazione della responsabilità per i vizi della cosa venduta e di quella relativa al *dolus in contrahendo*.

Pauli Sententiae, II, 17, 4. *Distracto fundo si quis de modo mentiatur, in duplo eius quod mentitus est officio iudicis aestimatione facta convenitur*. 5. *Redhibitio vitiosi mancipii intra sex menses fieri potest propter latens vitium*. 6. *Si ut servum quis pluris venderet, de artificio eius vel de peculio mentitus est, actione ex empto conventus quanto minoris valuisset emptori praestare compellitur, nisi paratus sit eum redhibere*.

All'inizio del quarto paragrafo si ricorda l'*actio de modo agri*, un'azione che risale a un'epoca anteriore all'introduzione della compravendita consensuale: nella *mancipatio* di fondi rustici (vagamente richiamata nell'ablativo assoluto *distracto fundo*) il *mancipio dans* che non si fosse limitato a un silenzio reticente, ma, indicando in una *nuncupatio* accessoria al negozio mancipatorio l'esatta dimensione del fondo, avesse assunto un contegno positivo, qualora la superficie effettiva si fosse rivelata inferiore a quella dichiarata (*si quis de modo mentiatur*), avrebbe risposto per il doppio della differenza di valore (*in duplo eius quod mentitus est officio iudicis aestimatione facta convenitur*). Nel paragrafo successivo poi si ha una chiara eco dell'*actio redhibitoria* per mezzo della quale gli edili curuli concedevano al compratore di riavere il prezzo pagato alla condizione che restituisse (*redhibitio*⁴⁵⁷) entro i sei mesi utili dalla compravendita (*intra sex menses*) la *res mancipi* acquistata sul mercato (si trattasse di schiavi o di *iumenta*) qualora sussistessero vizi non dichiarati (*propter latens vitium*) che ne intaccassero la funzione economico-sociale. Merita poi una certa attenzione il paragrafo successivo, ove l'Arangio-Ruiz leggeva un riferimento a un *quid* analogo

⁴⁵⁵ V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*², cit., 319.

⁴⁵⁶ Sul nome cfr. *supra*, 100, nt. 444.

⁴⁵⁷ Il verbo *redhibere* significa etimologicamente «riavere», ma, nel caso dell'*actio redhibitoria*, non esprime il fine ultimo che muove l'attore, ossia quello di riavere il prezzo, ma passa a significare il mezzo, costituito dalla restituzione al venditore della *res vitiosa*, ordinato al conseguimento di quel fine. Secondo la definizione di Ulpiano in l. 21 pr. D. *h. t.*: *Redhibere est facere, ut rursus habeat venditor quod habuerit, et quia reddendo id fiebat, idcirco redhibitio est appellata quasi redditio*. Sul punto cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*², cit., 369.

all'interesse negativo⁴⁵⁸ come criterio di valutazione del risarcimento dovuto dal venditore che *in contrahendo* avesse usato male arti in danno del compratore. La fattispecie descritta nel passo è quella di un venditore che al fine di indurre la controparte a concludere il negozio si sia spinto ben oltre le blandizie o le astuzie consuete nelle contrattazioni fino ad attribuire al *servus* oggetto della vendita una maggiore perizia nelle arti manuali (*de artificio eius*) o un peculio più ingente (*vel de peculio*) di quel che non fosse in realtà (*mentitus est*). Mediante l'inganno ha quindi indotto il compratore a credere il servo di maggior pregio che non fosse e pertanto il giurista lo ritiene soggetto all'*actio ex empto* attraverso l'esercizio della quale può essere costretto a ricostituire il patrimonio del compratore nello stato in cui si sarebbe trovato se non avesse pagato lo schiavo più di quel che non valesse in realtà (*quanto minoris valuisse emptori praestare compellitur*). Ora probabilmente così statuendo il giurista applicava un criterio per valutare il danno non molto dissimile, secondo una categoria cara a Rudolf von Jhering, all'interesse negativo, giacché, dati gli elementi desumibili dalla fattispecie, sarebbe difficile quantificare la misura in cui il patrimonio del compratore si sarebbe accresciuto se al servo non fossero mancate le qualità promesse, per usare la terminologia codicistica: nel caso si guardasse, contrariamente all'opinione dell'Arangio-Ruiz, al criterio dell'interesse positivo, trattandosi di qualità artigiane che in fatto mancano al servo, sarebbe incerto il criterio al quale rifarsi per determinare il *quantum* del risarcimento; si potrebbe, forse, prendere in considerazione un criterio quale la media delle qualità di un *servus peritus* nell'arte in questione, tuttavia, al di là delle permanenti difficoltà legate alla valutazione del *peculium*, dal tenore del passo pare che l'interesse del compratore sia volto a ottenere il ristoro del danno cagionato dalla conclusione di un contratto che, a quelle condizioni, egli non avrebbe concluso se la sua volontà non fosse stata viziata dal dolo del venditore. Ma forse l'intera questione, posta in questi termini, risente dell'impostazione ottocentesca del problema e non si mantiene fedele allo spirito romano volto più alla ricerca del *suum* di ciascuno che a quella di criteri sistematizzanti. Tralasciando questo aspetto, desta un certo interesse anche l'ultima parte del periodo (*nisi paratus sit eum redhibere*) che, presa alla lettera, essendo il soggetto il venditore di mala fede, sembrerebbe attribuire a quest'ultimo la facoltà di scelta fra il risarcimento e il ritorno delle reciproche prestazioni a chi le aveva fatte. Tenuto conto della manifesta ingiustizia insita in una simile previsione e del costante significato del verbo *redhibere* nella giurisprudenza⁴⁵⁹ non ritengo azzardata la congettura per cui il passo così come si presenta sia l'esito di una sorta di crasi fra due distinti periodi. Alla luce anche della collocazione del paragrafo, che viene subito dopo quello in cui sono rimaste nitidamente impresse le orme dell'*actio redhibitoria*, non ritengo inverosimile che nel testo originale si trattassero separatamente due questioni distinte, l'una attinente all'*actio quanti minoris* e l'altro al concorso elettivo fra la responsabilità edilizia e quella fatta valere con l'*actio empti*. Sia l'ermetismo dell'epitomatore sia, forse, l'avvenuto mutamento nel campo di applicazione delle azioni⁴⁶⁰, che consentiva ormai di perseguire con l'azione contrattuale il medesimo fine al quale serviva un tempo l'apposita azione edilizia, hanno cucito al passo la veste succinta nella quale si presenta ai nostri occhi. Alla responsabilità del venditore si riferisce anche l'ottavo paragrafo:

⁴⁵⁸ Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*², cit., 238 s.

⁴⁵⁹ Per cui cfr. *supra*, ivi, 103, nt. 457.

⁴⁶⁰ Così V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*², cit., 398.

Pauli Sententiae, II, 17, 8. *Fundum alienum mihi vendidisti: postea idem ex causa lucrativa meus factus est: competit mihi adversum te ad pretium recuperandum actio ex empto.*

In esso si afferma chiaramente la soggezione del venditore all'*actio empti* per la restituzione del prezzo (*competit mihi [sc. emptori] adversum te [sc. venditorem] ad pretium recuperandum actio ex empto*) nel caso in cui egli avesse venduto un *fundum alienum* che fosse poi divenuto di proprietà del compratore *ex causa lucrativa*. Tanto chiarito *ex latere venditoris*, merita ancora attardarsi brevemente su un altro passo dal quale emergono a un tempo disposizioni circa la prestazione del compratore e ricordi della *traditio*:

Pauli Sententiae, II, 17, 9. *Post rem traditam nisi emptor pretium statim exsolvat, usuras eius praestare cogendus est.*

Nel paragrafo si fa cenno in particolare, oltre alla *traditio*, all'accreditamento del prezzo a vantaggio del compratore (*nisi emptor pretium statim exsolvat*) e si prevede che *post rem traditam* egli sia obbligato a pagare gli interessi (*usuras eius praestare cogendus est*) che con termine moderno si potrebbero definire compensativi. Avulsa dal contesto e considerata astrattamente la regola potrebbe apparire semplicemente la conseguenza naturale del principio per cui la *traditio* determina il trasferimento della proprietà e, passata quest'ultima, sarebbe irragionevole lasciar totalmente insoddisfatto l'interesse di una parte davanti al pieno soddisfacimento dell'interesse dell'altra soprattutto tenendo conto del *συνάλλαγμα* funzionale che, tendenzialmente, regge il contratto; a uno sguardo più attento, tuttavia, il quadro si presenta molto più complesso massime alla luce di un altro paragrafo del testo pseudopaolino di poco precedente a questo:

Pauli Sententiae, II, 17, 7. *Ex die emptionis, [si pars pretii numerata sit,] et fructus et operae servorum et fetus pecorum et ancillarum partus ad emptorem pertinent.*

È chiaro quindi che la situazione *ante traditionem* si connota per una profonda diversità di trattamento di compratore e venditore⁴⁶¹ a giustificare la quale non vale il *Trennungsprinzip* che sembrava scorgersi dietro la disposizione⁴⁶² contenuta nel paragrafo esaminato poc'anzi. Infatti mentre per la regola precedentemente enunciata al venditore sarebbero spettati gli interessi soltanto dopo l'avvenuta consegna della *res*, in quest'altro passo delle *Sententiae* è scritto che i frutti materiali *ex die emptionis ad emptorem pertinent*. La spettanza al compratore dei frutti materiali (*et fructus et operae servorum et fetus pecorum et ancillarum partus*) della cosa fin dalla conclusione del contratto è regola classica⁴⁶³ che si potrebbe spiegare con l'influenza della *bona fides* sul contratto: se le obbligazioni fossero state adempiute al momento in cui erano divenute esigibili, cioè, appunto, al momento della conclusione dell'accordo, i frutti

⁴⁶¹ D'altronde anche l'art. 1499 c.c. è stato fatto oggetto di critiche (cfr. D. RUBINO, *La compravendita*², nel *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1971, 588 e C.M. BIANCA *La vendita e la permuta*² nel *Trattato di diritto civile italiano* diretto da F. Vassalli, Torino, 1993, 574 s.) per l'irragionevole disparità di trattamento delle parti contrattuali: il venditore ha diritto agli interessi soltanto dopo la consegna, il compratore, invece, ha diritto ai frutti fin dalla stipulazione del contratto che lo ha reso immediatamente proprietario in forza del principio del consenso traslativo accolto dall'ordinamento giuridico italiano all'art. 1376 c.c..

⁴⁶² Dato e non concesso, peraltro, che si possa parlare di disposizione nei riguardi del materiale contenuto nelle *Pauli Sententiae*.

⁴⁶³ Cfr. M. TALAMANCA *sub voce Vendita*, cit. 420.

materiali della cosa sarebbero entrati a far parte del patrimonio del compratore. Il differente criterio che, invece, sembrerebbe governare l'adempimento della prestazione del compratore il quale, a parte le *usurae ex mora* e quelle convenzionali, non è tenuto al versamento degli interessi sul prezzo *ex die emptio*, ma soltanto *post rem traditam*, è probabilmente dovuto alla differenza del rapporto che sussiste tra i frutti materiali e la *res* rispetto a quello che sussiste tra il prezzo e gli interessi: il secondo rapporto non ha quei caratteri d'immediata derivazione e, per così dire, di continuità materiale tipici del primo⁴⁶⁴.

Chiarita l'origine classica della regola, la parte più interessante del passo, dato il fine di questo lavoro, è, però, un'altra e consiste nell'inciso *si pars pretii numerata sit* che compare nella versione più tarda delle *Pauli Sententiae* e proietta un'altra ombra sulla postclassica vigenza del *Trennungsprinzip* chiaramente operante fino a Diocleziano. Fa notare il Levy: «*The payment of the price as an essential requisite of a conveyance by sale did not have to be borrowed from the East. It emerged from a vulgar law conception not restricted to a particular region*»⁴⁶⁵.

Ora, sebbene per le ragioni che ho spiegato in precedenza io non ritenga pienamente condivisibile la tesi dell'insigne autore secondo la quale «*where there is no payment, there is no sale or conveyance*»⁴⁶⁶, credo, tuttavia, che sia un fatto difficilmente contestabile che sull'accordo così come sul punto degli effetti prodotti dal pagamento del prezzo come anche su quello, cui già ho fatto cenno⁴⁶⁷, degli effetti prodotti dal compimento della *traditio* fosse sorta nell'età tardoantica una certa confusione.

La luminosa distinzione fra il contratto produttivo delle obbligazioni, da ritenersi in essere al momento della conclusione dell'accordo sul prezzo, e il negozio traslativo della proprietà che a esso conseguiva, s'era offuscata nelle menti di quei giuristi inclini com'erano a semplificare i concetti e a risolvere le fini distinzioni dei classici in termini più incerti e oscuri.

Non si può negare che a questo riguardo grande parte ebbe la tendenza naturale degli uomini di ogni tempo e luogo a fuggire i sistemi complessi, tanto più qualora al soddisfacimento dei loro bisogni elementari siano sufficienti assetti giuridici più immediatamente aderenti al fenomeno economico che sono volti a disciplinare.

Inoltre si deve tener conto del fatto che una dottrina, qual era quella di epoca postclassica, «meno colta, priva di originalità, ridotta a raccogliere, riassumere, al più commentare le opere classiche e divenuta di conseguenza meno autorevole, doveva necessariamente opporre più debole resistenza alle concezioni volgari e lasciarsene essa stessa permeare»⁴⁶⁸.

Non credo di poter escludere categoricamente nemmeno l'influenza dei popoli barbari i quali pure dovevano farsi portatori d'idee affini a quelle diffuse tra i profani.

⁴⁶⁴ In questo senso cfr. M. TALAMANCA *sub voce Vendita*, cit. 421.

⁴⁶⁵ E. LEVY, *West Roman vulgar law*, cit., 131 s.

⁴⁶⁶ E. LEVY, *West Roman vulgar law*, cit., 133.

⁴⁶⁷ Mi riferisco in particolare a quanto ho sostenuto a proposito dell'interpretazione di un passo dell'*Epitome Gai*, per cui *supra*, § 1, 95 ss.

⁴⁶⁸ G. PUGLIESE, *Recensione a LEVY*, cit., 122.

Quel che è certo è che nel testo pseudopaolino anche i segni dell'obbligatorietà, come quelli della consensualità, dell'*emptio et venditio* classica si confondono con elementi estranei al pensiero dei *prudentes*. Un esempio è costituito dal citato inciso sul pagamento del prezzo, ma anche un altro passo è di un certo interesse a questo proposito.

Pauli Sententiae, II, 17, 14. *Fundus eius esse videtur, cuius nomine comparatus est, non a quo pecunia numerata est, si tamen fundus comparatori sit traditus.*

Al di là dell'uso dei termini *comparare* e *comparator* al posto dei classici *emere* ed *emptor*⁴⁶⁹, desta l'attenzione la particolarità della fattispecie, che riguarda un conflitto fra acquirenti e individua il criterio di risoluzione⁴⁷⁰. Mentre la prima parte del paragrafo (*fundus eius esse videtur, cuius nomine comparatus est, non a quo pecunia numerata est*) deve considerarsi sostanzialmente classica, si avverte chiaramente la mano postclassica nell'inciso finale *si tamen fundus comparatori sit traditus* che stravolge il senso della regola enunciata subito prima ed è un chiaro segno dello scolorire del principio di separazione il cui rigore sembra ormai un vago ricordo. Si afferma infatti che nel caso in cui il compratore non coincida con colui il quale abbia adempiuto l'obbligazione di versare il prezzo, quest'ultimo soccomba e la proprietà spetti al primo, ma solo nel caso in cui a questi sia anche stata consegnata la cosa.

Letto *a contrariis* ciò significa che «*payment loses its determining function only when designation of party and 'traditio' stand jointly against it*»⁴⁷¹. Ho già espresso le mie riserve su quelle che ritengo indebite generalizzazioni del Levy, ma, concludendo l'analisi delle *Pauli Sententiae*, non credo di poter negare che in questo testo le orme del contratto classico siano tenui e forse anche più risalenti nel tempo rispetto a quelle più fresche con le quali le prime spesso si confondono e che manifestano una certa tendenza a configurare la compravendita come un negozio a effetti reali. E che anche lo pseudo-Paolo, così come l'epitomatore di Gaio⁴⁷² di cui mi sono occupato prima, non avesse chiaro il carattere puramente obbligatorio del contratto di vendita è confermato da un altro passo al di fuori del titolo sulla compravendita.

Pauli Sententiae, V, 2, 5. *Si post motam intra tempora quaestionem res ad novum dominum emptione transierit, nec is per viginti annos fuerit inquietatus, avelli ei possessionem non oportet.*

Tralasciando il contenuto della disposizione, che in questa sede non interessa, l'occhio cade sull'espressione *res ad novum dominum emptione transierit*. Difficilmente una simile proposizione, che sembrerebbe ricondurre all'*emptio* in quanto tale l'effetto del trasferimento del diritto, sarebbe potuta scappare a un giurista classico, mentre la confusione sul punto doveva essere parecchio frequente in epoca postclassica.

⁴⁶⁹ Per cui cfr. *supra*, § 1, 95, testo e nt. 426.

⁴⁷⁰ Per l'interpretazione del passo seguono E. LEVY, *West Roman vulgar law*, cit., 133.

⁴⁷¹ E. LEVY, *West Roman vulgar law*, cit., 133.

⁴⁷² Per cui cfr. *supra*, § 1, 91 ss..

3. L'oscuramento del 'Trennungsprinzip' nell' 'Interpretatio'

La tendenza a confondere gli effetti prodotti dalla conclusione del contratto con quelli prodotti dalla sua esecuzione (ma la stessa distinzione concettuale fra i due momenti, riguardo al testo che mi accingo brevemente a commentare, rischia di essere un'anacronistica mistificazione) spicca poi in modo ancora più evidente se si confronta il testo delle *Sententiae* con quello della relativa *Interpretatio*.

Come detto⁴⁷³, si tratta di un apparato di glosse e commenti, tramandatoci dalla *lex Romana Visigothorum*, che secondo la moderna dottrina risale al V secolo ed è stato poi disposto dai commissari visigotici a pie' dei rispettivi testi. Autori dei commenti sono, con ogni probabilità, gli anonimi esponenti delle scuole occidentali di diritto i quali, seppure privi della capacità di elaborazione scientifica della realtà giuridica che fu la gloria dei giureconsulti del Principato, si mostrano, tuttavia, gli eredi e i (modesti, invero) continuatori di quell'eccelsa tradizione giuridica perché, mossi più dal senso pratico che dal rigore della scienza, adattarono i testi commentati al nuovo diritto vigente al tempo in cui vivevano⁴⁷⁴ e in cui pare che il ricordo dell'*emptio et venditio* consensuale e obbligatoria si fosse fatto ancor più confuso e oscuro di quanto non fosse al tempo delle *Pauli Sententiae*⁴⁷⁵. Quanto al primo carattere può rivelarsi illuminante il confronto fra una delle sentenze da cui, prima, ho ritenuto di poter desumere la persistenza del carattere consensuale della vendita nel testo pseudopaolino e il rispettivo commento contenuto nell'*Interpretatio*.

Pauli Sententiae, II, 17, 13: *In eo contractu, qui ex bona fide descendit, instrumentorum oblatio sine causa desideratur, si quo modo veritas de fide contractus possit ostendi.*

Interpretatio. *In contractibus empti et venditi, qui bona fide ineuntur, venditionis instrumenta superflue requiruntur, si quocumque modo res vendita, dato et accepto pretio, qualibet probatione possit agnosci.*

Sebbene tanto il testo delle *Sententiae* quanto l'*Interpretatio* concordino nella conclusione che l'*instrumentum venditionis*⁴⁷⁶ costituisca puramente e semplicemente un mezzo di prova, sembrano, tuttavia, differire nell'impostazione dei termini della questione⁴⁷⁷. Laddove infatti lo pseudo-Paolo si pone il problema della *veritas de fide contractus* e dei mezzi per provarla, il suo tardo interprete affronta, invece, il problema,

⁴⁷³ Cfr. *supra*, § 2, 98.

⁴⁷⁴ Cfr. M. TALAMANCA, *L'attività*, cit., in *Lineamenti*², cit., 610 e ID., *Le leggi romano-barbariche*, *ibidem*, 624 s..

⁴⁷⁵ Si ricordi che l'*Interpretatio* accompagna soltanto i testi di data meno recente e che, pertanto, abbisognavano di adattamenti per trovare applicazione nella nuova realtà del V secolo.

⁴⁷⁶ Nonostante la *sententia* non faccia espresso riferimento alla vendita si deve tener presente che essa è inserita all'interno del diciassettesimo titolo che porta la rubrica *ex empto et vendito*.

⁴⁷⁷ Per le considerazioni che seguono sono in larga parte debitore di G.G. ARCHI, *Il trasferimento*, cit., 178 s..

che posto in questi termini pare ben più concreto e urgente, di stabilire se la *res* è *vendita*.

Già solo questo cambiamento meramente lessicale sembra fare il paio con l'altro, che ho avuto occasione di mettere in luce in precedenza, che riguarda la frequente sostituzione che si registra in questo periodo dei termini classici *emere* ed *emptio* con quelli, più realistici, *comparare* e *comparatio*⁴⁷⁸.

Ma al di là delle questioni puramente nominali c'è un altro aspetto che ha una grande rilevanza giuridica.

Quando l'interprete dello pseudo-Paolo si occupa del problema di provare *si quocumque modo res vendita qualibet probatione possit agnosci* avverte l'esigenza di spiegare quando si possa dire che la *res* sia *vendita* e individua tale momento non nel raggiungimento dell'accordo fra compratore e venditore che sarebbe stato il momento essenziale in età classica, ma, piuttosto, nel pagamento del prezzo da parte del compratore. Subito dopo aver posto il problema di provare in altro modo dall'*instrumentum venditionis* se la cosa è stata venduta egli, infatti, soggiunge *dato et accepto pretio*. Con quest'ablativo assoluto l'interprete esprime abbastanza chiaramente l'idea di una vendita a contanti che nella sua mente pare ormai aver sostituito la vecchia concezione classica del contratto consensuale: in tanto la *res* può dirsi *vendita*, in quanto il prezzo non soltanto sia stato offerto, ma sia stato materialmente ricevuto. La dazione del denaro determina in modo, per dir così, concretissimo e inequivocabile, la conclusione della fase delle trattative e l'avvenuta compera del bene.

Si potrebbe scorgere in siffatto modo di vedere un riemergere del *Surrogationsprinzip* che, come detto, non doveva essere sconosciuto alla Roma arcaica⁴⁷⁹ e si è tentati anche dallo spingersi oltre il dato letterale fino a pensare che l'interprete abbia presente alla mente un sinallagma reale, poiché appare difficile che uno spirito votato alla concretezza, come quello che permea di sé l'*Interpretatio*, potesse concepire un compratore che paghi il prezzo senza farsi consegnare al contempo la merce.

Tuttavia si deve procedere con grande cautela nell'applicare gli schemi della dottrina moderna alla realtà tardoantica: se è vero che lo scienziato, per il carattere inadeguato della conoscenza umana, non può giungere a conoscere le cose nella loro essenza individuale, ma ha in mano soltanto una buccia della realtà alla quale non fa altro che provare un «vestito di idee», come dice Husserl⁴⁸⁰, ancor più è vero che quel particolare scienziato che è lo storico del diritto è chiamato a usare la massima prudenza nello sforzo di penetrare il modo in cui la realtà si presentava agli occhi di un giurista di un lontano passato il quale nell'atto di comprendere e interpretare il mondo che lo circondava non poteva che servirsi degli strumenti concettuali a sua disposizione. E se tali strumenti erano rozzi e grossolani, rozza e grossolana gli si doveva presentare la stessa realtà giuridica.

⁴⁷⁸ Cfr. *supra*, § 1, 95, testo e nt. 426.

⁴⁷⁹ Cfr. *supra*, cap. II, § 3, 47 s..

⁴⁸⁰ Cfr. E. G. A. HUSSERL, *Die Krisis der europäischen Wissenschaften und die transzendente Phänomenologie. Eine Einleitung in die phänomenologische Philosophie*, a cura di W. Biemel, *Husserliana*, VI, Den Haag, 1954, 51 ss.. Per la dimostrazione, che non può, evidentemente, essere data in questa sede, del carattere inadeguato della conoscenza umana rimando a S. VANNI ROVIGHI, *Elementi di filosofia*, I, Brescia, 1962, 127 ss., in particolare, 149 ss.

Pertanto il richiamo al *Surrogationsprinzip* o alla concezione di un sinallagma reale non può giovare alla migliore comprensione del fenomeno in analisi se viene accolto nell'animo di chi legge con un atteggiamento di spirito affine al rigore scientifico che ha portato la dogmatica tedesca a tracciare nettamente i confini dei suddetti concetti. Se, invece, si compie lo sforzo mentale di sfumare i tratti e, contentandosi di un alto grado di indeterminatezza, si riguarda la vicenda da una prospettiva vaga in cui i contorni della fattispecie non sono chiarissimi, ci si ritroverà a considerare il problema in un modo non molto diverso da come doveva considerarlo l'interprete tardoantico dello pseudo-Paolo.

Posta questa necessaria premessa posso passare a trattare un altro commento contenuto nell'*Interpretatio* che manifesta in modo più vistoso rispetto alle *Pauli Sententiae* una tendenza a concepire la vendita come uno scambio immediato di cosa verso prezzo. A render chiara la tendenza in questione si rivela utile un raffronto fra la *sententia* dalla quale traspariva il carattere di obbligatorietà che, seppur non spiccatamente, ancora connotava la vendita nel testo pseudopaolino e la relativa *Interpretatio*.

Pauli Sententiae, I, 13a, 4: *Si id quod emptum est neque tradatur neque mancipetur, venditor cogi potest, ut tradat aut mancipet.*

Interpretatio. *Si eam rem, quam aliquis accepto pretio facta venditione distraxit, tradere distulerit, ad traditionem rei, quam vendidit, omnibus modis compellendus est.*

Oltre alla scomparsa del riferimento alla possibilità di costringere a *mancipare*, non può passare inosservata la proposizione relativa *quam aliquis accepto pretio facta venditione distraxit*: si parla della *res* oggetto della vendita e anche in questo passo compare l'ablativo assoluto *accepto pretio*. Affinché gli venga concesso il potere di costringere il venditore alla consegna, non si richiede semplicemente che il compratore si dichiari pronto ad adempiere l'obbligazione di versare il prezzo in ragione della clausola di buona fede che permea di sé l'intero contratto, ma s'impone che egli abbia materialmente pagato. Questo fatto, alla luce anche del precedente passo, non può non indurre a credere che il ricordo della consensualità e, soprattutto, dell'obbligatorietà dell'*emptio* classica si sia appannato nella mente dell'interprete delle *Sententiae* il quale, piuttosto, parrebbe avere maggior familiarità con l'idea di una vendita a contanti che può dirsi conclusa soltanto al momento dell'effettivo pagamento. Appare legittimo il sospetto che nell'animo dell'autore del passo dell'*Interpretatio* l'idea del vincolo che lega il venditore alla consegna della cosa al compratore non abbia tanto una natura puramente obbligatoria, quanto, invece, una natura confusamente reale (*omnibus modis*), e che essa sia figlia della convinzione che l'avvenuto pagamento abbia determinato il trapasso del dominio sulla *res*. Sotto questa luce anche un altro confronto può essere di un certo interesse.

Pauli Sententiae, II, 17, 1. *Venditor si eius rei quam vendidit dominus non sit, pretio accepto auctoritatis manebit obnoxius: aliter enim non potest obligari.*

Interpretatio. *Si quis rem alienam vendiderit et pretium acceperit, ad redhibitionem duplae pecuniae manebit obnoxius.*

Nell'esegesi del passo delle *Sententiae* svolta prima ho messo in chiaro che l'inciso finale *aliter enim non potest obligari* deve certamente riferirsi all'ablativo assoluto *pretio accepto* il quale, con tutta probabilità, doveva accompagnarsi nella versione classica del testo a un distinto richiamo alla *mancipatio* la quale era un

presupposto dell'*actio auctoritatis* di cui si discorre nella sentenza. Chiarito questo punto, balza subito agli occhi la differente prospettiva dell'interprete rispetto allo pseudo-Paolo: se già quest'ultimo mostrava di avere qualche difficoltà a rendere evidenti gli elementi di maggiore importanza per la fattispecie fatta oggetto della sua attenzione, sembra che il primo non riesca proprio a metterla a fuoco, giacchè assieme alla *mancipatio* nel testo dell'*Interpretatio* scompare anche il riferimento all'*auctoritas* e si afferma *sic et simpliciter* una responsabilità per il doppio del prezzo che sorge in capo al venditore che abbia ricevuto il pagamento (che pare anche in questo caso atteggiarsi a requisito essenziale del negozio) per una vendita di cosa altrui. Neppure in via implicita si distingue più, a riprova della caduta in desuetudine delle categorie in questione, tra *res Mancipi* e *res nec Mancipi*. Sulla base delle testimonianze finora esaminate e contenute nella *lex Romana Visigothorum* si potrebbe essere tentati dal concludere col Levy che «*the development gradually receded to a cash sale*»⁴⁸¹. Tuttavia, oltre ai segni, invero lievi e tenui, della consensualità e obbligatorietà dell'antico contratto classico, ai quali ho dato risalto nel corso dell'analisi dell'*Epitome Gai* e delle *Pauli Sententiae*, osta all'accoglimento *in toto* della tesi in esame anche l'*Interpretatio* ad alcune costituzioni del Codice Teodosiano.

C. Th. 3. 1. 1 [=brev.3.1.1] Imp. Constantinus a. ad Profuturum pf. annonae. *Venditionis atque emptionis fidem, nulla circumscriptionis violentia facta, rumpi minime decet. Nec enim sola pretii vilioris querela contractus sine ulla culpa celebratus litigioso strepitu turbandus est.* Pp. id. aug. Constantino A. V. et Licinio Caes. coss.

Interpretatio. Quum inter ementem et vendentem res fuerit definito pretio comparata, quamvis plus valeat, quam ad praesens venditur, hoc tantummodo requirendum est, si nihil fraudis vel violentiae egit ille, qui comparasse probatur. Et si voluerit revocare, qui vendidit, nullatenus permittatur.

Ora mi pare abbastanza evidente che, a differenza dell'*Interpretatio* alle *Pauli Sententiae* su cui mi sono soffermato poc'anzi, in questo passo l'interprete individua il momento in cui può dirsi che la cosa sia *comparata* nell'accordo sul prezzo (*definito pretio*), non nell'effettivo versamento, come nei passi esaminati in precedenza dove era scritto *dato et accepto pretio*⁴⁸². E altrettanto deve dirsi nei riguardi dell'*Interpretatio* a un'altra costituzione contenuta nel codice Teodosiano.

C. Th. 3. 1. 4 [=brev.3.1.4] Imppp. Grat., Valentin. et Theodos. AAA. ad Hypatium pf. p. *Quisquis maior aetate atque administrandis familiarum suarum curis idoneus comprobatus praedia, etiam procul posita, distraxerit, etiamsi praedii forte totius quolibet casu minime facta distractio est, repetitionis in reliquum, pretii nomine vilioris, copiam minime consequatur. Neque inanibus immorari sinatur obiectis, ut vires sibimet locorum causetur incognitas, qui familiaris rei scire vires vel merita atque emolumenta debuerit.* Dat. VI. non. mai. Mediolano, Merobaude II et Saturnino coss.

Interpretatio. Quaecumque persona iam perfecta aetate domum suam regere potest, si villam, domum vel quodlibet aliud, habita pretii definitione, vendiderit, et forsitan postea opponere velit, quod minus pretii acceperit, quam res valebat, quia forte agrum, quem vendidit, longe positus ignorasse se dicat, non ideo venditio poterit

⁴⁸¹ E. LEVY, *West Roman vulgar law*, cit., 137.

⁴⁸² A essere precisi l'espressione completa *dato et accepto pretio* compare soltanto nel primo dei tre passi considerati, mentre negli altri due ci si riferisce soltanto all'*accipere*, ma il senso dell'espressione rimane immutato. Peraltro proprio l'inciso in questione è ritenuto un'interpolazione visigotica da H. F. HITZIG, *Beiträge*, cit. 210, nt. 1.

revocari: quia aetas perfecta potuit scire, quid venderet, aut quo pretio res vendenda valere potuisset.

Omettendo di prendere in considerazione gli altri aspetti della costituzione e del commento, è innegabile che anche in questo passo quando l'interprete si cura di indicare il momento perfezionatore della vendita ha riguardo alla definizione del prezzo, conformemente alla visione classica (*si villam, domum vel quodlibet aliud, habita pretii definitione, vendiderit*) e non al pagamento di esso.

Per concludere si può dire che dallo sguardo fugace appena rivolto ai testi della dottrina del basso Impero si ricava l'impressione di un quadro complesso in cui è difficile tracciare schemi definiti o indicare rigidamente gli sviluppi dell'istituto: a definizioni di stampo classico, come quella contenuta in *Epitome Gai* II, 9, 14, che, salvo per la mancata definizione dell'arra, rimane fedele al corrispondente passo delle Istituzioni di Gaio, si contrappongono i commenti dell'*Interpretatio* alle *Pauli Sententiae* in cui pare difficilmente contestabile l'affermarsi di una tendenza a concepire la vendita come un sinallagma reale. Ora se talune di queste contraddizioni possono essere ragionevolmente spiegate con la distanza cronologica che separa le opere, talaltre convivono all'interno della medesima opera rendendo più arduo il lavoro dello studioso che si accosti a queste fonti le quali talvolta sono state oggetto di successive stesure e numerosi rabberciamenti. Ma ai problemi cronologici si affiancano quelli di collocazione spaziale delle singole opere. Raramente in dottrina c'è unanimità di vedute circa la soluzione da dare a tutti questi problemi ed è, quindi, inevitabile che l'affidabilità e la certezza della ricostruzione storica ne risenta. Si rende talora necessario inoltrarsi nella via perigliosa delle ipotesi e delle congetture dove è facile perdersi rimanendo vittime di suadenti suggestioni. Tuttavia, per quanto sia evidente il grado d'indeterminatezza al quale le circostanze costringono lo studioso del tardoantico, ritengo di poter desumere dai dati, tutt'altro che univoci, ricavati dai testi della giurisprudenza postclassica alcune tendenze di provenienza diversa il cui confluire ha determinato gli sviluppi, non sempre coerenti, della compravendita in questo periodo.

Da una parte mi sembra sufficientemente sicura la tendenza diffusa alla semplificazione concettuale: alla decadente dottrina del basso Impero sarebbe spesso mancato il vigore intellettuale necessario a imporre le formule e i principi classici la cui applicazione avrebbe richiesto un rigore scientifico sconosciuto a quei tardi maestri. Ma prima che difficile il più delle volte sarebbe stato inutile disegnare assetti complessi per dare veste giuridica a una realtà economica che si presentava molto più povera e semplice di quel che non fosse durante il Principato. Sebbene recenti studi⁴⁸³ siano più prudenti nella valutazione dei dati che riguardano l'intensità dei traffici commerciali, mi pare sufficientemente provato l'affievolirsi nell'età tardoantica dell'economia mercantile e mediterranea che tanta parte aveva avuto nell'imporsi del modello classico dell'*emptio et venditio* consensuale e obbligatoria; per conseguente i problemi dell'accreditamento del prezzo o del differimento della consegna dovevano farsi meno urgenti che in passato. Certo, per quanto poco fosse sviluppata la vita economica, non si può ragionevolmente pensare che nel basso Impero le parti non si ponessero mai il problema dei modi in cui raggiungere quei fini, ma rimane pur sempre vero che «*if the exchange was to be realized at a later time or, at least, if the price was to be credited in*

⁴⁸³ Cfr., *inter alios*, J. M. CARRIÉ, *Le riforme economiche da Aureliano a Costantino*, trad. it., in *Storia di Roma*, III/1, *L'età tardoantica. Crisi e trasformazioni*, diretta da A. Schiavone, Torino, 1993, 285 ss. L'autore si mostra assai scettico verso la diffusa tesi per la quale l'epoca tardoantica si connoterebbe per una «regressione verso l'economia naturale».

its entirety or in part, specific arrangements were, as a rule, required for which the now written 'stipulatio' was available»⁴⁸⁴. D'altronde anche in epoca classica, quando certamente l'impero del *Trennungsprinzip* e la vigenza del principio del consenso vincolante avrebbe potuto risolvere il problema in questione senza alcun bisogno di ricorrere alla pronuncia dei *verba sollemnia*, i *cives Romani* non sdegnavano le antiche forme del *ius civile* e di frequente rivestivano l'accordo di solennità non necessarie.

D'altra parte, però, così come nell'età classica, pur potendosi servire del contratto consensuale, i Romani ricorrevano spontaneamente alla *stipulatio*, non è da escludere, per converso, che nel tardoantico, quando il consenso pare spesso annacquare fino ad annegare in forme materiali e sensibili come lo scritto o la concreta esecuzione di una delle prestazioni, i sudditi dell'Impero, tuttavia, rispondessero a quelle stesse esigenze economiche col ricorso all'antica *emptio et venditio*⁴⁸⁵. È innegabile che le tracce, rinvenute nei testi esaminati, dei caratteri della consensualità (la quale in sé non è neppure presa in considerazione nelle *Pauli Sententiae*⁴⁸⁶) e dell'obbligatorietà tipici della compravendita classica sono per lo più incerte e labili. Anche nei loro riguardi si fa sentire lo spirito del secolo tutto volto alla semplificazione dei concetti e sorretto in quest'opera di dissoluzione del pensiero giuridico classico da altre e impetuose forze, come quelle promananti dai popoli barbari che in quel tempo inondavano l'Impero e che dovevano esercitare la propria influenza soprattutto nella *pars Occidentis*, donde provengono la maggior parte dei testi delle compilazioni che riguardano la compravendita. Ma né il brusco decadimento della dottrina, né il penetrante volgarismo e nemmeno la grave crisi economica e sociale o l'ardore dei veementi popoli barbari furono forze capaci di piegare del tutto la resistenza della tradizione romana, ma esse s'inserirono piuttosto nel suo solco glorioso.

Indubabilmente il mescolarsi di vedute provinciali, barbare o volgari con i chiarissimi principi di diritto romano determinò un certo oscuramento dei secondi del quale sono evidenti i segni nelle opere commentate, in cui i ricordi d'istituti antichissimi sono assai vaghi e anche gli accenni alla più recente *emptio et venditio* consensuale e obbligatoria sono troppo semplici e troppo teorici «perché – se la figura non fosse altrimenti conosciuta e praticata – se ne potesse trarre un'adeguata disciplina»⁴⁸⁷. Se, dunque, trarre da quelle lievi tracce la conclusione di una persistente vigenza, nella prassi prima che nell'ordinamento giuridico, della compravendita classica pare una deduzione affrettata⁴⁸⁸, tuttavia, per escludere categoricamente la possibilità di ricorrere al contratto consensuale non credo che siano sufficienti gli elementi di prova raccolti a proposito della confusione di alcuni concetti e dello scolorire di alcuni principi classici che si oscurarono nelle menti dei giuristi del basso Impero. Per giungere a questa conclusione ritengo che sarebbe stato necessario l'intervento di una fonte normativa di

⁴⁸⁴ E. LEVY, *West Roman vulgar law*, cit., 127.

⁴⁸⁵ Cfr. in questo senso M. TALAMANCA *sub voce Vendita*, cit. 466 s. e, con maggiore convinzione M. A. FINO, *Quale interdipendenza delle obbligazioni se 'emptio dominium transfertur'?* Per una storia del 'synallagma' funzionale dell'emptio venditio', in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. Garofalo, Napoli, I, 2007, 865 ss.

⁴⁸⁶ Sul punto cfr., *supra*, § 2, 99.

⁴⁸⁷ M. TALAMANCA *sub voce Vendita*, cit. 467.

⁴⁸⁸ Il Talamanca definisce tale deduzione, tratta da M. KASER, *Das römische Privatrecht*², cit., II, 385 testo e nt.7, «un po' frettolosa». Cfr. M. TALAMANCA *sub voce Vendita*, cit. 467, nt. 1678.

carattere autoritativo, l'unica che avesse davvero la capacità di incidere sulla realtà del tardoantico: soltanto una chiara volontà di riforma dell'istituto espressa dall'imperatore in una *constitutio generalis* avrebbe potuto porre nell'oblio l'*emptio et venditio*⁴⁸⁹. Alla ricerca di una siffatta costituzione è volto il prossimo capitolo di analisi della legislazione imperiale.

⁴⁸⁹ Analogamente si esprime M. A. FINO, *Quale interdipendenza*, cit. 880 s.

CAPITOLO QUINTO

LA LEGISLAZIONE IMPERIALE TRA INTENZIONI RIFORMISTICHE E ADEGUAMENTO ALLA PRASSI

SOMMARIO: 1. IL MITO DI COSTANTINO L'ORIENTALE. – 2. LA PRODUZIONE NORMATIVA DEI SUCCESSORI DI COSTANTINO. –

1. *Il mito di Costantino l'orientale.*

Nella breve analisi della prassi dell'età postclassica⁴⁹⁰ ho avuto modo di mettere in luce la fiera resistenza opposta dalla cancelleria imperiale diocleziana dinanzi alle costumanze provinciali. Ho anche giudicato anacronistico, per le ragioni spiegate in precedenza⁴⁹¹, l'atteggiamento di totale chiusura tenuto da Diocleziano il quale è fermo nella strenua difesa dei principi di diritto classico e nel sistematico rigetto delle richieste dei provinciali in contrasto con essi. Sembra che gli imperatori successivi abbiano mutato contegno e si siano posti in una prospettiva più pragmatica per valutare i medesimi problemi. Scrive il Gallo: «dopo Diocleziano cessano di colpo le pressanti domande rivolte da privati all'imperatore per ottenere l'applicazione ai loro casi delle norme che si seguivano nella pratica: vuol dire che tali norme, alle quali i privati continuarono senza dubbio ad attenersi, venivano già applicate. Sono ora, infatti, gli stessi imperatori che richiedono – o presuppongono – la stipulazione in forma scritta del contratto; sono essi che ricollegano l'effetto traslativo direttamente all'accordo stipulato per iscritto; sono essi che esigono – a partire dal V secolo – il pagamento del prezzo per il trasferimento della proprietà, ecc.»⁴⁹². Al riguardo, tuttavia, prima di passare all'esegesi di alcune delle costituzioni dalle quali pareva all'insigne autore di poter trarre le conclusioni che ho appena trascritto, si rende necessaria una precisazione di ordine generale che riguarda la tradizione dei testi sulla base dei quali gli studiosi sono chiamati a ricostruire gli sviluppi e gli eventuali mutamenti dell'attività normativa

⁴⁹⁰ Cfr. *supra*, cap. III, § 2, 71 ss..

⁴⁹¹ Cfr. *supra*, cap. III, § 4, 87 s..

⁴⁹² F. GALLO, *Il principio*, cit., 62.

imperiale nel basso Impero. Mentre l'attività normativa di Diocleziano è a noi nota soprattutto attraverso due raccolte di *rescripta*, i Codici Gregoriano ed Ermogeniano, la produzione legislativa degli imperatori successivi, invece, in buona parte è giunta fino a noi per mezzo del *Codex Theodosianus*, il cui programma, inizialmente assai vasto, già nel 435 d.C. fu ridotto da Teodosio II alle sole *edictales generalesque constitutiones*. Posta questa premessa è evidente che l'argomento del Gallo è, almeno in parte, viziato da una petizione di principio, poiché è naturale che, così come da una raccolta di rescritti emergerà la «vecchia figura del principe sommo magistrato nell'esercizio dei tradizionali poteri giurisdizionali e amministrativi»⁴⁹³ tutto intento ad applicare i principi giuridici vigenti ai casi che gli venivano sottoposti, viceversa, da una raccolta di costituzioni imperiali sarà facile ricavare l'impressione di una nuova figura di monarca legislatore mosso da intenti riformatori. Si deve però andare assai cauti⁴⁹⁴ nel dedurre da questa differente impressione la conseguenza di un radicale e repentino mutamento di vedute tra Diocleziano e i suoi successori; se una riforma essenziale c'è stata, secondo la mia opinione, essa deve essere provata puntualmente sulla base di una minuta analisi dei testi delle costituzioni imperiali, senza accontentarsi di affastellare esempi di imprecisioni terminologiche e «circiterismi»⁴⁹⁵ che, notoriamente, abbondano nella legislazione imperiale tardoantica. Al fine di dimostrare che sia intervenuta una sostanziale modificazione del regime dell'*emptio et venditio* di portata tale da farla sparire del tutto dall'orizzonte giuridico dell'epoca postclassica, ritengo necessaria l'individuazione di una o più costituzioni imperiali che vertano in maniera diretta e specifica sul punto. Concordo col Voci il quale scrive che «non ha valore un'attestazione indiretta fatta da persone che si permettono licenze terminologiche infinite»⁴⁹⁶. A questo riguardo non reputo certamente probanti almeno alcune delle costituzioni imperiali⁴⁹⁷ da cui il Gallo prende le mosse della sua ricerca e che dovrebbero testimoniare l'accoglimento del principio *emptioe dominium transfertur* (che, peraltro, in questi esatti termini, a quanto mi consta, non si trova formulato da nessuna parte) nel diritto ufficiale tardoantico. Un esempio mi permetterà di lumeggiare meglio il concetto.

Imp. Constantinus A. ad Gregorium C. Th. 4. 6. 3. *Senatores seu perfectissimos, vel quos in civitatibus duumviralitas vel quinquennialitas vel flamonii vel sacerdotii provinciae ornamenta condecorant, placet maculam subire infamiae et peregrinos a Romanis*

⁴⁹³ E. CORTESE, *Le grandi linee*, cit., 22.

⁴⁹⁴ Invita alla massima cautela a questo proposito M. A. FINO, *Quale interdipendenza*, cit. 920 s., nt. 135. Analogamente cfr. M. SARGENTI, *La compravendita nel tardo diritto romano. Indirizzi normativi e realtà sociale (Contributo all'interpretazione di Vat. Fr. 35)*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, II, Milano, 1982, 341 ss., in particolare 342 s..

⁴⁹⁵ Riprendo un vocabolo abbondantemente usato da G. BRUNO nei *Dialoghi* che mi pare esprima in modo chiaro un carattere tipico della legislazione dell'età postclassica. Il termine viene dall'avverbio latino *circiter*, cioè all'incirca, ed è adeguato alla terminologia delle costituzioni del basso Impero.

⁴⁹⁶ P. VOCI, *Tradizione*, cit., 133. In particolare l'autore si riferisce alla necessità della *traditio* e alla presunta efficacia immediatamente traslativa della vendita.

⁴⁹⁷ F. GALLO, *Il principio*, cit., 1 s.

legibus fieri, si ex ancilla vel ancillae filia vel liberta vel libertae filia, sive romana facta seu latina, vel scaenica vel scaenicae filia, vel ex tabernaria vel ex tabernari filia vel humili vel abiecta vel lenonis vel harenarii filia vel quae mercimoniis publicis praefuit, susceptos filios in numero legitimorum habere voluerint aut proprio iudicio aut nostri praerogativa rescripti, ita ut, quidquid talibus liberis pater donaverit, sive illos legitimos seu naturales dixerit, totum retractum legitimae suboli reddatur aut fratri aut sorori aut patri aut matri. sed et uxori tali quodcumque datum quolibet genere fuerit vel emptione collatum, etiam hoc retractum reddi praecipimus: ipsas etiam, quarum venenis inficiuntur animi perditorum, si quid quaeritur vel commendatum dicitur, quod his reddendum est, quibus iussimus, aut fisco nostro, tormentis subici iubemus. sive itaque per ipsum donatum est qui pater dicitur vel per alium sive per suppositam personam sive ab eo emptum vel ab alio sive ipsorum nomine comparatum, statim retractum reddatur quibus iussimus, aut, si non existunt, fisci viribus vindicetur. quod si existentes et in praesentia rerum constituti agere noluerint pacto vel iureiurando exclusi, totum sine mora fiscus invadat. quibus tacentibus et dissimulantibus a defensione fiscali duum mensuum tempora limitentur; intra quae si non retraxerint vel propter retrahendum rectorem provinciae interpellaverint, quidquid talibus filiis vel uxoribus liberalitas impura contulerit, fiscus noster invadat, donatas vel commendatas res sub poena quadrupli severa quaestione perquirens. licinniani autem filius, qui fugiens comprehensus est, compedibus vinctus ad gynaeci Carthaginis ministerium deputetur. Lecta XII k. aug. Carthagine Nepotiano et Facundo cons. (336 iul. 21).

Il Gallo inserisce l'inciso *sed et uxori tali quodcumque datum quolibet genere fuerit vel emptione collatum* nel numero delle costituzioni imperiali in cui «risulta affermato, o presupposto, il principio ‘*emptione dominium transfertur*’»⁴⁹⁸. Ora, è di tutta evidenza che l'attenzione del legislatore, ben lungi dall'essere rivolta a ridefinire la struttura del negozio di vendita, è attratta da un problema che doveva avere ai suoi occhi una grande importanza sociale: le unioni tra gli *honestiores* citati nell'*incipit* della disposizione e le donne di basso rango nominate poco più avanti. Costantino si propone di contrastare simili relazioni e a questo fine stabilisce un obbligo, in capo alle donne elencate, di restituire tutto ciò che hanno ricevuto, a qualunque titolo, in ragione del rapporto che l'imperatore vorrebbe impedire e che le lega agl'illustri uomini citati. Anche a prescindere dalla difficoltà, che s'incontra nelle fonti dell'età postclassica, a tenere distinti il concetto di *dominium* da quello di *possessio*⁴⁹⁹, non penso che si possa leggere nell'espressione *quodcumque datum quolibet genere fuerit vel emptione collatum* un chiaro riferimento al principio *emptione dominium transfertur*: dalla *ratio legis* e dal contesto mi sembrerebbe più probabile pensare a un generico riferimento alla vendita a

⁴⁹⁸ F. GALLO, *Il principio*, cit., I.

⁴⁹⁹ A questo riguardo uno dei più grandi studiosi del basso Impero scrive: «Leggendo in ordine cronologico le costituzioni imperiali da Costantino in poi, si ha immediatamente l'impressione che il concetto classico di *dominium* si sia offuscato nella legislazione postclassica, e che esso venga quasi assorbito e per così dire sommerso in una categoria molto più ampia, ma al tempo stesso molto più vaga, comprensiva di rapporti economicamente analoghi alla proprietà in senso stretto. Mano a mano che si procede nella lettura, quella impressione acquista forme sempre più precise e si trasforma in una consapevole certezza», A. BISCARDI, *Studi sulla legislazione del basso impero*, II, *Orientamenti e tendenze del legislatore nella disciplina dei rapporti reali*, in *Studi senesi*, LIV, 1940, 282 e, in particolare nei riguardi della proprietà in relazione al possesso, 292 ss..

voler significare, con una sorta di endiadi (*quodcumque datum vel emptione collatum*), che qualunque sia la causa d'acquisto la donna è comunque tenuta a restituire ciò che ha ricevuto, quand'anche la donazione sia stata mascherata da vendita o, si deve ritenere, anche se sia stata conclusa una vera e propria compravendita⁵⁰⁰. Il fine è chiaramente il contrasto delle unioni, il mezzo scelto dall'imperatore mi pare sia connotato da una grande concretezza: egli mira a caducare l'avvenuta modificazione patrimoniale a favore di una delle donne elencate nella costituzione, ma ancor prima e ancor più di porre nel nulla la situazione giuridica prodottasi, egli intende ripristinare la situazione di fatto precedente all'acquisto; non mostra un particolare interesse verso l'esatta definizione della fattispecie acquisitiva e dell'effetto giuridico che ha diviso di rimuovere, poiché egli è mosso primariamente dall'intento di recidere i legami, a cominciare da quelli materiali, fra *honestiores* e *humiliores*, al qual fine vien da pensare che ritenga necessario innanzitutto privare le donne della materiale disponibilità del bene ricevuto e solo incidentalmente e strumentalmente intervenire sulla situazione di diritto. Non credo quindi che la costituzione in esame contenga alcun argomento concludente e definitivo rispetto al problema della vigenza del principio *emptione dominium transfertur* e del suo presunto accoglimento nella legislazione imperiale.

Vi sono, tuttavia, altre costituzioni che riguardano più da vicino la compravendita e che potrebbero suggerire l'idea di un collegamento immediato e diretto fra l'effetto traslativo e l'accordo di vendita. Il riferimento è, in particolare, ad alcune costituzioni conservateci nel *Codex Theodosianus* sotto il titolo *Sine censu vel reliquis fundum comparari non posse* in una delle quali compare l'espressione *qui emptione dominium nancti fuerint* che il Gallo annovera fra quelle significanti la produzione dell'effetto reale a opera della compravendita.

Imp. Constantinus A. ad Antonium Marcellinum praesidem provinciae Lugdunensis primae C. Th. 11. 3. 1 *Rei annonariae emolumenta tractantes, ut cognosceremus, quanta reliqua per singulas quasque provincias et per quae nomina ex huiusmodi pensitationibus resedissent, cognovimus hanc esse causam maxime reliquorum, quod nonnulli captantes aliquorum momentarias necessitates sub hac condicione fundos opimos comparent et electos, ut nec reliqua eorum fisco inferant et immunes eos possideant. Ideoque placuit, ut, si quem constiterit huiusmodi habuisse contractum atque hoc genere possessionem esse mercatum, tam pro solidis censibus fundi comparati quam pro reliquis universis eiusdem possessionis obnoxius teneatur.* Dat. kal. iul. Agrippinae Constantino a. V et Licinio c. cons. (319 iul. 1).

Idem A. Acacio comiti Macedoniae. C. Th. 11. 3. 2 *Mancipia adscripta censibus intra provinciae terminos distrahantur et qui emptione dominium nancti fuerint, inspiciendum sibi esse cognoscant. Id quod in possessione quoque servari rationis est: sublatis pactionibus eorundem onera ac pensitationes publicae ad eorum sollicitudinem spectent, ad quorum dominium possessiones eadem migraverunt.* Dat. III kal. mart. Thessalonicae Constantio et Maximo cons. (327 febr. 27).

⁵⁰⁰ Nell'interpretazione della costituzione in esame aderisco all'opinione di M. A. FINO, *Quale interdipendenza*, cit., 900 s.

Entrambe le costituzioni affrontano il medesimo problema: la pratica diffusa di concludere vendite *sine censu*⁵⁰¹. Già nelle tavolette daciche del II secolo d.C. troviamo un esempio di questa prassi: tra le ultime clausole dell'*emptio domus* del 159 d.C. si trova scritto: *Conuenitq(ue) int[e]r eos [uti] Veturius Va[lens pro ea] domo tributa usque ad recensum dep[e]n[dat]*⁵⁰². Le parti del contratto si sono quindi accordate (*conuenitq(ue) int[e]r eos*) affinché l'imposta sul bene acquistato continuasse a gravare sul venditore, *Veturius Valens, usque ad recensum*. Questo documento, come quello, successivo di circa settant'anni e dall'opposto contenuto, ritrovato a Dura Europos, in cui il compratore s'impegnava ad assolvere interamente l'onere tributario⁵⁰³, sono segni evidenti di una prassi che in epoca classica doveva essere ritenuta legittima dal potere imperiale in ragione di «una caratteristica saliente del mondo classico romano»⁵⁰⁴, la signoria della volontà dei contraenti alla quale l'ordinamento rimetteva la libera definizione dei rapporti privati. Una conferma dell'ampiezza dell'autonomia negoziale privata si rinviene in un rescritto imperiale del 229 d.C., di appena due anni successivo alla compravendita pervenutaci da Dura Europos e conservato in C. 2, 3, 11, in cui l'imperatore Alessandro Severo «riconosceva la validità del patto, aggiunto alla costituzione di dote di un fondo *aestimatus*, con cui si era convenuto di lasciare a carico della donna che la costituiva il pagamento dei tributi, e concedeva, in conseguenza, all'erede del marito l'*actio empti* per far valere il relativo diritto»⁵⁰⁵. D'altra parte era la stessa struttura dell'*emptio et venditio* classica con i caratteri peculiari della consensualità e, soprattutto, della mera obbligatorietà a garantire ai privati una grande libertà di disegnare assetti giuridici svariati che si attagliassero al meglio alle loro concrete esigenze poiché offriva loro non soltanto la possibilità di concludere vendite *sine censu*, ma anche quella di concludere vendite *a non domino*. È naturale che il progressivo affermarsi del potere imperiale il quale, soprattutto tra la fine del III secolo e l'inizio del IV, riusciva a imporre la sua autorità in modo abbastanza stabile, dovesse farsi sentire anche in questo campo ed erodere una parte dello spazio fino ad allora lasciato alla libera volontà contrattuale delle parti. L'ingerenza statale nei rapporti economici e sociali si irrobustì in quegli anni e di questo processo di espansione del potere pubblico sono un chiaro esempio le costituzioni citate attraverso le quali l'imperatore interviene al fine di restringere il campo dell'autonomia privata. Nella prima di esse diretta *ad Antonium Marcellinum praesidem provinciae Lugdunensis primae* del 319 d.C.⁵⁰⁶, l'imperatore, prendendo in considerazione gli *emolumenta rei annonariae* al fine di conoscere *quanta reliqua per singulas quasque provincias et per quae nomina ex huiusmodi pensitationibus resedissent*, individua la causa principale del prodursi del cumulo di arretrati d'imposta (*reliqua*) nel patto col quale il compratore impone al venditore di mantenere su di sé il carico fiscale dell'imposta e degli stessi arretrati. Pertanto, a tutela dell'interesse delle casse dello Stato, l'imperatore interviene

⁵⁰¹ Per le riflessioni che seguono mi rifaccio ampiamente a M. SARGENTI, *La compravendita*, cit. 347 ss. a cui si ispira dichiaratamente anche M. A. FINO, *Quale interdipendenza*, cit., 908 ss..

⁵⁰² *FIRA* III, 290.

⁵⁰³ *FIRA* III, 439 ss.

⁵⁰⁴ Cfr. A. BISCARDI, *Studi*, cit., 285.

⁵⁰⁵ M. SARGENTI, *La compravendita*, cit. 348.

⁵⁰⁶ Ma per la diversa datazione al 313 d.C., cfr. O. SEECK, *Regesten der Kaiser und Päpste für die jähre 311 bis 476 N. Chr.: Vorarbeit zu einer prosopographie der Christlichen Kaiserzeit*, Stuttgart, 1919, 161.

negando validità ai patti, fino ad allora pacificamente ammessi, con cui il compratore veniva esonerato dall'onere tributario e sancendo che i compratori fossero tenuti *tam pro solidis censibus fundi comparati quam pro reliquis universis eiusdem possessionis*. Ora, anche tenuto conto del fatto che «secondo uno dei principi cardine della convenzionalità romana classica»⁵⁰⁷, le *conventiones* dei privati non avrebbero, in ogni caso, potuto ledere lo *ius ceterorum*, in cui sembra si debba ricomprendere innanzitutto il fisco, è probabile che la *voluntas legislatoris* sia proprio quella di colpire attraverso questa disposizione i patti d'imposta con la sanzione di un'integrale nullità, non soltanto nei rapporti tra il fisco e le parti, ma anche nei rapporti fra gli stessi contraenti⁵⁰⁸. Parrebbe deporre a favore di quest'interpretazione anche la formulazione, un poco più esplicita, della seconda costituzione citata, quella del 327 d.C., a chiusura della quale si stabilisce che *sublatis pactionibus eorundem onera ac pensitationes publicae ad eorum sollicitudinem spectent, ad quorum dominium possessiones eadem migraverunt*. Nella medesima costituzione del 327 sembrerebbe poi estendersi il divieto posto dalla prima dai soli fondi rustici ai *mancipia adscripta censibus*⁵⁰⁹. Certamente, inoltre, in relazione ai medesimi beni è in essa contenuta un'autonoma disposizione con cui l'imperatore, richiamato l'obbligo del compratore di *inspicere*, ancora una volta, comprime l'ampia libertà contrattuale tipica dell'epoca classica vietando di vendere i *mancipia adscripta censibus* al di fuori dei confini delle province in cui, si deve intendere, è sito il fondo a cui sono ascritti e ciò «verosimilmente allo scopo di impedire depauperamenti nelle facoltà contributive delle singole province»⁵¹⁰. Le due costituzioni appena esaminate, peraltro, mi consentono di mettere in rilievo il fatto (di una qualche rilevanza rispetto allo scopo che mi sono prefisso) che nell'età tardoantica l'attenzione del legislatore era attratta principalmente da interessi pubblici e, fra essi, *in primis* dall'interesse fiscale⁵¹¹. Nella storia dell'esperienza giuridica poi la particolare cura dell'interesse del fisco si lega di frequente alla diffusione di strumenti di pubblicità e sistemi di controllo dei traffici giuridici e della circolazione dei diritti soprattutto sui beni immobili per l'evidente importanza che la certezza dei trasferimenti e dei rapporti fondiari riveste rispetto alla possibilità di soddisfare l'interesse dello Stato alla riscossione delle imposte. Non è un caso che i fondi siti in suolo italico, immuni dal tributo fondiario, per secoli non conobbero alcun sistema di pubblicità⁵¹² delle vicende giuridiche che li riguardavano. Ma anche su questo punto, come già sul progressivo decadere della

⁵⁰⁷ M. A. FINO, *Quale interdipendenza*, cit., 914 s., nt. 124.

⁵⁰⁸ Così, F. GALLO, *Per la interpretazione di Vat. Fr. 35*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, II, Milano, 1962, 462, nt. 37, per il quale il fatto «sembra sicuro». In termini più dubitativi del Gallo si pronuncia il Voci secondo il quale «non è chiaro se il patto rimanga inefficace anche *inter partes*», P. VOICI, *Tradizione*, cit., 109.

⁵⁰⁹ In questo senso, cfr. F. GALLO, *Per la interpretazione*, cit. 463.

⁵¹⁰ F. GALLO, *Per la interpretazione*, cit. 463 s. che, alla nota 39, richiama l'interpretazione di Gothofr., *ad h. l.*: ... *ut ita cuique provinciae suus census modus servetur*.

⁵¹¹ Analogamente si esprime M. TALAMANCA *sub voce Vendita*, cit. 463. Sulle ragioni dell'immane fiscalismo tipico dell'epoca postclassica, cfr. *supra*, , cap. III, § 1, 61 ss..

⁵¹² Non potendosi considerare strumenti di pubblicità, contrariamente alla tesi di V. COLORNI, *Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare*, Milano 1954, 37 ss., né la *mancipatio*, né la *in iure cessio*. Sul punto, cfr. F. GALLO, *sub voce Pubblicità*, 969 s. e, più in generale sui legami sussistenti tra interessi fiscali e strumenti di pubblicità della circolazione immobiliare, cfr. P. CERAMI, *Pubblicità e politica fiscale nel trasferimento della proprietà immobiliare (dell'alienatio censualis' al regime giustiniano)*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del convegno internazionale Pisa-Viareggio_Lucca 17-21 aprile 1990*, a cura di L. Vacca, II, cit. 631 ss., in particolare 632 ss.

*mancipatio*⁵¹³, la riforma tributaria di Diocleziano non poteva non avere conseguenze. Sotto l'aspetto della crescente attenzione che il legislatore postclassico rivolge alla cura del fisco e, correlativamente, alla pubblicità delle vicende immobiliari, si può scorgere un riflesso indiretto, ma abbastanza chiaro, delle riforme dioclezianee in materia tributaria in un'altra costituzione dell'imperatore Costantino⁵¹⁴, la quale si rivela utile anche al duplice fine, da una parte, di chiarire se l'espressione *qui emptio dominium nanci fuerint* contenuta in C. Th. 11, 3, 2 sia, come vuole il Gallo (e anche il Biscardi⁵¹⁵), una prova dell'avvenuta ricezione nella stessa legislazione imperiale del principio che ricollega l'effetto traslativo direttamente all'accordo stipulato per iscritto e, dall'altra, di stabilire se la forma scritta sia ormai considerata dagli imperatori come un requisito essenziale del contratto.

La costituzione in questione è stata accolta in *Vat. Fragm.* 35, una raccolta normativa nella quale essa fu inserita, insieme con 37, 248 e 249, probabilmente a seguito di un mutamento nel criterio di selezione del materiale normativo, poiché le quattro costituzioni citate costituiscono gli unici esempi di *leges generales* all'interno dei Frammenti Vaticani⁵¹⁶. Quel che è certo è che della *constitutio* riportata in *Vat. Fragm.* 35 è stato disputato pressoché qualunque aspetto: dall'attribuzione alla datazione, dalla *ratio* all'estensione, senza escludere nemmeno gli effetti e financo lo stile letterario⁵¹⁷ di essa. Un'altra questione di una certa complessità che ha dato seri problemi agli studiosi è costituita poi dai rapporti della costituzione in esame con un altro testo normativo dal contenuto quasi identico e riprodotto in C. Th. 3, 1, 2. Nell'impossibilità di affrontare e risolvere ciascuno dei problemi legati alla costituzione in questione, mi soffermerò, soprattutto, sugli aspetti di carattere sostanziale che hanno maggiore importanza rispetto al limitato fine che mi sono proposto.

Vat. Fragm. 35: Augg. et Caess. 1. Nulla verecundiae vel quietis mora vel quolibet intervallo cunctandi passim, nunc singuli, modo populi, proruentes nostros in obtutus sic uniformes querelas iisdem fere sermocinationibus volutarunt, ut nec interpellantium credulitati valeret occurri, nec allegationum qualitas disparari, parens carissime atque amantissime nobis. Pari siquidem exemplo vociferationibus consertis, multitudines memorarunt non iuste res suas esse divenditas; aliis possidentibus se fiscalia luere: frequenti denique obsecratione delata remedium cupiverunt. 2. His sumus valde permoti, verentes ne alicuius calliditatibus aversabili emolumento persuasi res suas

⁵¹³ Cfr. *supra*, cap. III, § 3, 80 ss..

⁵¹⁴ Analogamente, cfr. P. CERAMI, *Pubblicità*, cit. 636 ss..

⁵¹⁵ Almeno con riferimento alla riconducibilità dell'effetto reale alla compravendita in quanto tale. A questo proposito egli si esprime nei seguenti termini: «L'acquisto della proprietà è ricollegato direttamente alla manifestazione del consenso. In C. Th. 11, 3, 2 l'*emptio dominium nancisci*' esprime il passaggio della proprietà come effetto immediato della compravendita», A. BISCARDI, *Studi*, cit., 307.

⁵¹⁶ Così M. DE FILIPPI, *Fragmenta Vaticana*. *Storia di un testo normativo*, Bari, 1998, 23, in cui l'autrice ricorda la paternità mommseniana dell'ipotesi.

⁵¹⁷ La definisce «ampia e contorta» V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*², cit., 94 e ancora più critico si mostra P. BONFANTE, *Corso di diritto romano, 2. La proprietà* (Rist. a cura di Bonfante e Crifò), II, Milano, 1968, 253, nt. 1 il quale la considera addirittura «la più barbarica costituzione delle nostre fonti». Al contrario la ritiene un «saggio di bravura letteraria» M. SARGENTI, *La compravendita*, cit. 344. Peraltro quest'ultimo Autore, richiamata l'attenzione sull'*edictum Diocletiani et Maximiani* che ha per oggetto i matrimoni incestuosi ed è riportato, dal Codice Gregoriano, nella *Collatio* (VI, 4), invita a usare cautela «quando si vuole contrapporre troppo drasticamente lo stile semplice e spoglio delle costituzioni dioclezianee a quello turgido e ampolloso dei testi di età costantiniana», *ibidem*, 341, nt. 2.

venderent sine censu, ac post subsidia nostrae mansuetudinis precarentur; itaque versutis calliditatis commenta miscentibus, dum insidiarum fallentium non suspicamur arcana, pro innocentiae nostrae natura ceteros aestimantes, detrimento census nocentes levaremus. 3. Has fraudes, hos dolos, istas argutias lege prohibemus, constitutione secludimus: et idcirco iustae providentiae consulta deliberatione sancimus, ut omnino qui comparat rei comparatae ius cognoscat et censum, neque liceat alicui rem sine censu vel comparare vel vendere. Inspectio autem publica vel fiscalis esse debet hac lege, ut si aliquid sine censu venierit, et post ab aliquo deferetur, venditor quidem possessionem, comparator vero id quod dedit pretium fisco vindicante deperdat. 4. Id etiam volumus omnibus intimari nostrae clementiae placuisse neminem debere ad venditionem rei cuiuslibet effectare et accedere, nisi eo tempore, quo inter venditorem et emptorem contractus sollemniter explicatur, certa et vera proprietas vicinis praesentibus demonstratur; usque eo legis istius cautione currente, ut etiamsi subsellia vel ut vulgo aiunt scamna vendantur, ostendendae proprietatis probatio compleatur. 5. Hinc etenim iurgia multa nascuntur; hinc proprietatis iura temerantur hinc dominiis vetustissimis molestia comparatur, cum caecitate praepropera et rei inquisitione neglecta, luce veritatis omissa nec perpetuitate cogitata domini, iuris ratione postposita, ad rei comparationem accedunt, omissis omnibus dissimulatis atque neglectis, id properant atque festinant, ut quoque modo cuniculis nescio quibus inter emptorem et venditorem sollemnia celebrentur: cum longe sit melius, sicuti diximus, ut luce veritatis fidei testimonio, publica voce, sub clamorationibus populi idoneus venditor adprobetur, quo sic felix comparator atque securus aevo diuturno persistat. 6. Quod pro quiete totius successionis eloquimur, ne forte aliquis venditor suum esse dicat, quod esse constat alienum, idque comparator malo venditore deterior incautus et credulus, cum testificantibus vicinis omnia debeat quaerere, ab universorum disquisitione dissimulet; quem sic oporteat agere, ut nec illud debeat requiri, quod ex iure dicitur: 'si a domino res vendita sit'. 7. Ita ergo venditionum omnium est tractanda sollemnitas, ut fallax illa et fraudulenta venditio penitus sepulta depereat. Cui legi deinceps cuncti parere debebunt, ut omnia diligenti circumspectione quaesita per universas successiones tuto decurrant neque aliquem ex improvidentia casum malignae captionis horrescant. Dat. III. kal. Sept. a praefecto praetorio ad correctorem Picensi Aquileia. Accepta XIII. kal. oct. Albae Constantino Aug. III. cons.

Imp. Constantinus A. ad Gregorium C. Th. 3, 1, 2 pr. Qui comparat, censum rei comparatae cognoscat: neque liceat alicui, rem sine censu vel comparare vel vendere. Inspectio autem publica vel fiscalis esse debet hac lege, ut, si aliquid sine censu venierit, et id ab alio deferetur, venditor quidem possessionem, comparator vero id, quod dedit pretium, fisco vindicante, perdat. 1. Id etiam placuit, neminem ad venditionem rei cuiuslibet accedere, nisi eo tempore, quo inter venditorem et emptorem contractus sollemniter explicatur, certa et vera proprietas a vicinis demonstratur; usque eo legis istius cautione currente, ut, etiamsi subsellia vel, ut vulgo aiunt, scamna vendantur, ostendendae proprietatis probatio compleatur. 2. Nec inter emptorem et venditorem sollemnia in exquisitis cuniculis celebrentur, sed fraudulenta venditio penitus sepulta depereat. Dat. Prid. Non. Febr. Constantinopoli, Feliciano et Titiano coss.

Interpretatio. Quicumque villam comparat, tributum rei ipsius, sicuti et ius possessionis se comparasse cognoscat, quia non licet ulli agrum sine tributo vel solutione fiscali aut comparare aut vendere. Quod si suppressa fiscali solutione aliquis vendere ausus fuerit vel comparare praesumpserit, noverint, inter quos talis fuerit secreta transactione

contractus, quod et ille pretium perdat, qui emptor accesserit, et venditor possessionem amittat, quia iubetur, ut vicini rei, quae venditur, testes esse debeant et praesentes, in tantum, ut etiam de mediocribus rebus si quid in usum venditur, ostendi vicinis placeat, et sic comparari, ne aliena vendantur.

Per quel che concerne i problemi di datazione e paternità del provvedimento mi limito a riportare in estrema sintesi le principali tesi che a tal proposito sono state sviluppate in dottrina. Nonostante l'indubitabile omogeneità tematica, le due disposizioni recano date diverse: la prima, contenuta nei *Vaticana Fragmenta*, porta la data del 313 d.C.⁵¹⁸, mentre la seconda, riportata nel Codice Teodosiano, quella del 337 d.C. La diversità della data e della forma delle previsioni ha indotto gli studiosi a dividersi in due schiere, l'una composta da chi, come il Sargenti⁵¹⁹, pensa a un duplice provvedimento, l'altra composta da chi, invece, sull'autorevole scia del Mommsen⁵²⁰ e alla luce dell'incontestabile affinità sostanziale, è convinto che si tratti di un'unica e medesima costituzione che è stata semplicemente riassunta al fine di inserirla nel *Codex Theodosianus*. Fra quanti poi rifiutano l'identificazione delle costituzioni c'è chi, come il Wenck⁵²¹, l'editore ottocentesco dei primi cinque libri del Teodosiano, pensa che si tratti di due leggi entrambe di Costantino: la prima sarebbe stata emanata dal figlio di Costanzo Cloro nel 312 d.C. per il solo Occidente, mentre con la seconda del 337 d.C. lo stesso imperatore avrebbe esteso la disciplina all'Oriente; c'è chi, invece, seguendo un'opinione del Levy, il quale riteneva che *Vat. Fragm. 35* fosse una «*Ausfertigung [von 342?] des verkürtz in C. Th. 3, 1, 2 wiedergegebenen Gesetzes von 337*»⁵²², interpreta i due provvedimenti come se fossero, rispettivamente, una preventiva ordinanza e il testo definitivo⁵²³; e, ancora, c'è chi sostiene che la costituzione del 337 non si identifichi con quella del 312, poiché ne è, bensì, «una riedizione, sostanzialmente invariata, e, tuttavia, con qualche non irrilevante modificazione. Il che appare più comprensibile se si ammette che Costantino abbia rinnovato e confermato nel 337 una disciplina che in origine emanava non da lui, ma dal collega Licinio e che pur dopo la sconfitta, la morte e la *damnatio memoriae* di questo appariva opportuno ribadire e conservare in vigore»⁵²⁴. Contrariamente alle tesi appena esposte si pronuncia in modo netto il Voci il

⁵¹⁸ Ma per la correzione della data del 313, che risulta dalla *subscriptio* di *Vat. Fragm. 35*, cfr. O. SEECK il, quale, in un primo momento, ritenne di datare il provvedimento al 315 d.C. (*Die Zeitfolge der Gesetze Costantins*, in *ZSS*, X, 1889, 214), ma tornò poi sull'argomento (ID., *Regesten*, cit., 191) spostando la costituzione al 342 d.C. e attribuendola a Costanzo che, a suo giudizio, avrebbe ripetuto la costituzione del 337 d.C. di Costantino. Quest'ultima ipotesi del Seeck è stata di recente sostenuta anche da T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Exsecranda perniciis: delatori e fisco nell'età di Costantino*, Napoli, 1984.

⁵¹⁹ M. SARGENTI, *Contributi alla palingenesi delle costituzioni tardo-imperiali*, I. *Vat. Fr. 35 e C. Th. 3, 1, 2*, in *Accademia romanistica costantiniana. Atti del V Convegno internazionale*, Perugia, 1983, 311 ss., ora in ID., *Studi sul diritto del Tardo Impero*, Padova, 1986, 259 ss., con ampio esame della letteratura; l'Autore ha poi ribadito la tesi e la critica all'opposta e unitaria soluzione di solito seguita dalla dottrina in ID., *La compravendita*, cit. 341 s. Segue la tesi della duplicità del provvedimento anche M. DE FILIPPI, 'Fragmenta Vaticana', cit. 188.

⁵²⁰ Nell'edizione del *Codex Theodosianus*. Aderiscono all'opinione unitaria del Mommsen che assegna alla costituzione la data del 337 d.C. sia C. DUPONT, *La vente dans les constitutions de Constantin*, in *RIDA*, II, 1955, 239, nt. 1, la quale la definisce «la date la plus vraisemblable de cette disposition», che F. GALLO, *Per la interpretazione*, cit., 447 ss.

⁵²¹ *Codicis Theodosiani libri quinque priores*, instr. C. F. C. WENCK, Lipsiae, 1825, 153.

⁵²² E. LEVY, *Zum Wesen*, cit. 41, nt. 47 (ora in *Gesammelte Schriften*, Köln-Graz, 1963, 192, nt. 47).

⁵²³ V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*², cit., 94, nt. 3.

⁵²⁴ M. SARGENTI, *Contributi*, cit., 278.

quale ritiene «che si possano stabilire tre punti. La legge è una sola, ed è di Costantino: la duplicità formale del provvedimento è da escludere. Sia il testo vaticano di Costantino, o sia solo recepito da lui, non si vede il motivo di una seconda pubblicazione: Costantino estese le sue leggi all'Occidente con provvedimento generale⁵²⁵, e non era quindi necessaria un'estensione specifica. Quanto a una duplicità motivata da ragioni sostanziali, non ci sono motivi validi per ammetterla⁵²⁶. È sicura una cronologia relativa. Il testo vaticano deve essere posteriore a quelli riferiti in CTh. 11.3.1 e 2, già visti: introduce un regime che quelli ancora non conoscono. Se il testo vaticano deve essere posteriore al 327 (che è l'anno di CTh. 11. 3. 2), resta, come ipotesi più verosimile, che esso appartenga al 337⁵²⁷»⁵²⁸.

Questo è, in sintesi, il panorama dottrinale in materia di paternità e datazione delle costituzioni in esame. Per quanto d'indubbio rilievo, entrambi gli aspetti non sono però del tutto imprescindibili rispetto al problema che ho intenzione di approfondire per il quale, invece, sono molto più importanti gli aspetti legati al fine e al contenuto delle disposizioni. A questo proposito non può sfuggire all'attenzione dello studioso dell'età tardoantica un primo e significativo dato: dopo secoli in cui il tema della compravendita era «rimasto retaggio esclusivo dell'elaborazione giurisprudenziale, ai cui principi ed ai cui metodi aveva continuato ad ispirarsi, fino alla fine del III secolo, la cancelleria imperiale per risolvere quesiti e regolare conflitti»⁵²⁹, tutt'a un tratto il legislatore si decide ad affrontarlo con un ampio intervento normativo. Questo fatto non può non essere tenuto nella massima considerazione: se, per un verso, può essere spiegato come un segno dei tempi che vedevano imporsi la figura di un *princeps* accentratore e detentore di un potere assoluto insieme all'infiacchirsi del vigore intellettuale della giurisprudenza, per altro verso, è ragionevole pensare che dovesse sussistere una valida e concreta ragione se il monarca (prescindendo da chi egli fosse) decise di adottare un provvedimento che avrebbe inciso su una disciplina la quale, nelle sue linee essenziali, era rimasta immutata per secoli. Ora, come ho già scritto, anche il profilo della *ratio legis* divide gli studiosi, soprattutto a causa della considerazione che nella costituzione riportata in *Vat. Fragm.* 35 sembra possibile individuare due distinte disposizioni: una prima che, come quelle precedentemente esaminate e contenute in C. Th. 11. 3. 1 e C. Th. 11. 3. 2 era volta a impedire le vendite *sine censu* e una seconda tesa, invece, a vietare le vendite *a non domino*, fino allora pacificamente ammesse, data la struttura puramente obbligatoria dell'*emptio et venditio* classica. È questo, peraltro, un argomento indubitabilmente forte a sostegno della teoria del Gallo secondo la quale la compravendita immediatamente traslativa (da sempre all'opera, a suo giudizio, al livello della prassi) si era ormai imposta anche al livello del diritto ufficiale, giacché il divieto

⁵²⁵ «CTh. 15.14.1:16.5.324 (col commento di Mommsen): v. anche *ibd.* 2:12.2.325. Sui rapporti tra la legislazione di Costantino e quella di Licinio miei *Studi*, 2, 322 s.».

⁵²⁶ «SARGENTI, *Studi*, cit., 277, rileva varie diversità tra Vat. 35 e CTh. 3.1.2. Ma c'è da obiettare che le diversità non postulano duplicità di originali: sono dovute alle modificazioni che, come di solito, furono eseguite dai compilatori del Teodosiano. E anche se l'*interpretatio* ha davanti a sé un testo diverso dal teodosiano, cioè il vaticano, le cose non mutano: il rilievo delle diversità non porta alla conclusione voluta».

⁵²⁷ «La data si accorda col periodo in cui Gregorio fu prefetto del pretorio».

⁵²⁸ P. VOCI, *Tradizione*, cit., 110 s., le note trascritte corrispondono nel testo ai numeri 54, 55 e 56.

⁵²⁹ M. SARGENTI, *La compravendita*, cit. 342. All'eccellente studio del Sargenti e a quello, che segue il primo nella sostanza, di M. A. FINO, *Quale interdipendenza*, cit., 903 ss. mi rifarò per buona parte delle considerazioni che seguiranno.

di vendite *a non domino* è in perfetta antitesi con il più sicuro principio del contratto obbligatorio vigente in epoca classica ed espressamente enunciato in un passo del Digesto attribuito a Ulpiano:

D. 18, 1, 28: *Rem alienam distrahere quem posse nulla dubitatio est: nam emptio est et venditio: sed res emptori auferri potest.*

Al di là dell'inciso banale *nam emptio est et venditio* (che più che una spiegazione sembra una tautologia, se sottintende il riferimento al carattere della pura obbligatorietà della compravendita, oppure, a volerlo prendere alla lettera, un vero e proprio pleonaso), in ogni caso appare affatto evidente che la liceità della vendita di *res alienae* non è minimamente messa in discussione. E neppure mi pare che sia ingiustificata l'impressione, ricavata da tanti illustri romanisti che si sono occupati di *Vat. Fragm.* 35, di un carattere innovatore e di una grande importanza che connoterebbero la costituzione in esame⁵³⁰. Tuttavia sono assai più scettico del Gallo circa il fatto che sussista un nesso di consequenzialità logica tra il contenuto della disposizione in questione e l'accoglimento del principio *emptio dominium transfertur* da parte di Costantino. Al fine di non lasciarsi affascinare da esegesi impressionistiche⁵³¹ gioverà impostare i termini esatti della questione così come essi sono desumibili dal testo dei Frammenti Vaticani.

Nella prima parte della costituzione (§§ 1-3) l'imperatore denuncia una prassi che doveva avere una certa diffusione e comportava che giungessero sotto i suoi occhi (*proruentes nostros in obtutus*) una gran copia di suppliche (*obsecratio* è il termine scelto al termine del primo paragrafo per esprimere il genere e la forma di queste richieste) attraverso le quali sia singoli, sia intere comunità (*nunc singuli, modo populi*) imploravano il suo magnanimo intervento (*subsidia nostrae mansuetudinis precarentur*) in gran numero e quasi sempre con le stesse parole tanto da rendere privo di senso, data la sostanziale uniformità delle richieste, sia distinguere, al loro interno, fra una lagnanza e l'altra, sia andare incontro alla credulità dei postulanti (*sic uniformes querelas iisdem fere sermocinationibus volutarunt, ut nec interpellantium credulitati valeret occurri, nec allegationum qualitas disparari*). L'oggetto delle lamentele delle moltitudini (*multitudines*) dei supplicanti è, per lo più, sempre identico: essi, avendo venduto i propri poteri (*res suas esse divenditas*) *non iuste*, si ritrovano nell'odiosa situazione di dover assolvere l'onere tributario (*se fiscalia luere*) *aliis possidentibus* e per questa ragione sperano di impetrare un rimedio dal sovrano (*frequenti denique obsecratione delata remedium cupiverunt*). Il monarca si dice seriamente preoccupato da tutto ciò (*his sumus valde permoti*), poiché, sia che fossero indotti a farlo dai raggiri di compratori

⁵³⁰ Il Gallo ritiene la costituzione di Costantino pervenutaci per esteso in *Vat. Fragm.* 35 «la più importante da lui emanata in materia di compravendita» e ritiene, più in generale, che «questo imperatore accolse nelle sue costituzioni il principio 'emptio dominium transfertur' (che ebbe in tal modo il crisma del riconoscimento legislativo), quale veniva concretamente applicato, con qualche differenza rispetto al pagamento del prezzo, nella prassi d'Occidente e d'Oriente», F. GALLO, *Il principio*, cit., 66; 62. Anche il Sargenti considera la costituzione in questione «l'espressione di un disegno innovatore, che si inserisce in una situazione economico-sociale di vasta portata e vuole modificarne le manifestazioni e gli effetti» introducendo «radicali modificazioni nel regime giuridico della compravendita» la cui novità sarebbe costituita dall'«atteggiamento che il legislatore assumeva di fronte al fenomeno sociale di cui era spettatore, nel capovolgimento, cioè, del modo tradizionale, e connaturato alla concezione della compravendita, di affrontare il problema, nella decisione di tagliare alle radici i *multa iurgia* e la molestia *dominiis vetustissimis*, rendendo, o almeno proponendosi di rendere, impossibile la vendita di cose altrui», M. SARGENTI, *La compravendita*, cit., 344; 347; 350.

⁵³¹ Pericolo contro il quale mette in guardia M. SARGENTI, *La compravendita*, cit. 351.

truffaldini, sia che fossero, invece, attratti da qualche detestabile vantaggio (*alicuius calliditatibus aversabili emolumento persuasi*), dopo aver venduto i propri possedimenti senza l'onere d'imposta (*res suas venderent sine censu*), schiere di venditori facevano appello alla sua grazia per essere assolti dal pagamento dell'imposta ed egli, stimando gli altri alla stregua della sua innocenza (*pro innocentiae nostrae natura ceteros aestimantes*), ha spesso condonato le imposte anche a colpevoli con un evidente danno dell'erario (*detrimento census nocentes levaremus*). Per questa ragione l'imperatore intende porre fine a una simile prassi foriera di truffe, inganni e astuzie (*has fraudes, hos dolos, istas argutias lege prohibemus, constitutione secludimus*) e stabilisce una volta per tutte che colui che acquista debba conoscere e accettare su di sé gli oneri fiscali gravanti sul fondo (*ut omnino qui comparat rei comparatae ius cognoscat et censum*) e vieta categoricamente le compravendite con esclusione del trapasso dell'onere tributario (*neque liceat alicui rem sine censu vel comparare vel vendere*). Affinchè venga rispettata la disposizione, inoltre, il legislatore sancisce un dovere di vigilanza in capo agli uffici fiscali, chiamati a compiere un'ispezione pubblica (*inspectio autem publica vel fiscalis esse debet hac lege*) e ad accogliere delazioni (*et post ab aliquo deferetur*) in modo da rilevare eventuali infrazioni (*ut si aliquid sine censu venierit*) alle quali egli stabilisce che consegua la gravissima sanzione della confisca, rispettivamente, del fondo al venditore e del prezzo al compratore (*venditor quidem possessionem, comparator vero id quod dedit pretium fisco vindicante deperdat*).

Questo è il contenuto della prima parte della disposizione e, invero, non solo non si fa alcun riferimento espresso al principio *emptio dominium transfertur*, ma neppure si richiama esplicitamente un passaggio del dominio per una qualsivoglia altra causa. Dalla lettera della disposizione si può soltanto desumere con certezza che Costantino intende affrontare una prassi diffusa per la quale, di frequente, si concludevano compravendite *sine censu* che comportavano il fatto che i venditori si ritrovassero gravati dal carico dei tributi fondiari pur avendo perduto la disponibilità materiale del potere (*aliis possidentibus*). Certo, a onor del vero il Gallo sostiene che la riconducibilità dell'effetto reale all'accordo scritto non è sempre espressamente affermata nelle costituzioni imperiali a partire da Costantino, bensì, talvolta, è soltanto implicitamente presupposta. Pertanto si potrebbe pensare che egli ricomprenda anche *Vat. Fragm.* 35 tra le costituzioni in cui il principio è solo presupposto, ma prima di procedere all'ipotetica applicazione della tesi di Gallo e Biscardi⁵³² ai fatti esposti nella costituzione, potrebbe rivelarsi utile una breve digressione sulla riforma tributaria di Diocleziano.

L'istituto del *census*, che costituì uno dei pilastri dell'organizzazione politico-amministrativa e finanziaria dei Romani al punto da meritare la qualifica di *rem saluberrimam tanto futuro imperio*⁵³³ agli occhi di Tito Livio (che ne attribuisce

⁵³² I termini della questione non cambierebbero sostanzialmente neppure se si applicasse la tesi del Levy e del Kaser e si ritenesse che la compravendita che avevano in mente i sovrani del tardo Impero nell'emanare le loro costituzioni non fosse più quella consensuale di epoca classica, ma fosse ormai un contratto reale. Le conseguenze rispetto al problema in esame sarebbero le medesime, poiché sia che si ritenga che ormai fosse la conclusione stessa dell'accordo (Biscardi) redatto per iscritto (Gallo) a produrre l'effetto traslativo, sia che si ritenga che la vendita tardoantica fosse regredita a una visione preconsensualistica (Levy e Kaser), in entrambi i casi se la compravendita fosse stata conclusa si sarebbe prodotto di necessità anche l'effetto traslativo della proprietà che è l'aspetto rilevante nella valutazione dei fatti presi in considerazione dall'imperatore in *Vat. Fragm.* 35.

⁵³³ TITO LIVIO, *Ab Urbe condita*, I, 42, 5

l'istituzione a Servio Tullio), assunse progressivamente una funzione, sia pure indiretta, di natura catastale e fu esteso a partire da Augusto alle varie province e recuperato poi in funzione pubblicitaria. È naturale, infatti, che con l'istituzione di un sistema tributario, come quello voluto da Diocleziano, che, prevedendo la periodicità delle imposizioni tributarie, assicurava «alle casse statali un gettito regolare e una distribuzione del carico fiscale attuata in modo uniforme in tutto l'impero»⁵³⁴, si rendesse necessaria l'acquisizione costante delle informazioni che avrebbero permesso la riscossione dei tributi⁵³⁵. E ciò avveniva attraverso l'aggiornamento periodico dei registri fiscali sulla base delle *professiones censuales*, dichiarazioni giurate rese dal cittadino al magistrato con cui lo Stato veniva a conoscenza della consistenza delle sue ricchezze. In particolare sui proprietari terrieri incombeva l'obbligo di dichiarare periodicamente (ogni cinque anni secondo l'originaria previsione di Diocleziano, poi portati a quindici da Costantino nel 312) l'estensione delle loro terre, il tipo di coltivazione, nonché il numero complessivo degli uomini e degli animali impiegati, in modo da computare un'imposta proporzionale al numero delle unità fiscali (dette *iuga*) accertate⁵³⁶. Sebbene sia incerto e difficile stabilire se il tributo gravasse sul possessore o sul proprietario del fondo anche per l'offuscamento della stessa distinzione concettuale fra possesso e *dominium* che si registra nel tardo Impero⁵³⁷, la dottrina non ha dubbi nel riconoscere un carattere reale al regime fiscale di Diocleziano.

Posta questa breve, ma necessaria, premessa sulla riforma tributaria dell'imperatore dalmata, ora seguirò fino in fondo il Gallo nella sua tesi provando, per così dire, ai fatti esposti in *Vat. Fragm.* 35 la veste cucita dall'illustre autore. Come detto⁵³⁸, tanto aderendo all'opinione del consenso traslativo formulata dal Gallo e dal Biscardi, quanto aderendo all'opinione della vendita a contanti propria del Levy e del Kaser, si deve concludere che sussistendo la compravendita di necessità si produca l'effetto di trasferimento del diritto. Ora, essendo il presupposto che induce le torme di postulanti a rivolgere le loro suppliche all'imperatore (*multitudines memorarunt non iuste res suas esse divenditas; aliis possidentibus se fiscalia luere: frequenti denique obsecratione delata remedium cupiverunt*), non possono esserci dubbi intorno al fatto che si siano concluse una gran copia di compravendite. Si dovrebbe, quindi, concludere che i venditori abbiano, irremissibilmente, trasferito ai compratori non soltanto la materiale disponibilità (altro aspetto su cui non può sussistere dubbio alcuno, giacché una delle ragioni delle lamentele dei venditori consiste proprio nel fatto di essere tenuti al versamento dei tributi *aliis possidentibus*), ma anche il proprio dominio sui fondi. Ma una volta trasferiti la proprietà e il possesso dei fondi ai compratori, tenuto conto della

⁵³⁴ G. CERVENCA, *La riforma di Diocleziano*, in *Lineamenti*², cit., 536. Sull'uniformità e la conseguente cessazione dei privilegi dei *fundi italici*, cfr. *supra*, cap. III, § 3, 80 ss..

⁵³⁵ A proposito del censimento diocleziano il Jones scrive: «*To provide a basis for the new assessment a series of censuses was held throughout the empire. The work seems to have been carried out gradually, province by province, and diocese by diocese, and not on uniform lines throughout the empire*», A. H. M. JONES, *The later Roman empire 284-602. A social economic and administrative survey*, Oxford, 1964, I, 62.

⁵³⁶ Così G. CERVENCA, *La riforma di Diocleziano*, in *Lineamenti*², cit., 535.

⁵³⁷ Sul punto cfr. *supra*, 118, nt. 499.

⁵³⁸ Cfr. *supra*, ivi, 127, nt. 532.

rilevata natura reale⁵³⁹ del regime fiscale diocleziano, non dovrebbe essere possibile nessuna perplessità circa la parte contrattuale a cui spettava di sopportare l'onere tributario. E ciò sarebbe ancor più evidente se si ritenesse la costituzione in esame successiva alle due precedentemente esaminate con le quali Costantino vietò i patti di esclusione del passaggio dell'onere tributario, i quali, peraltro, non sarebbero in ogni caso opponibili al fisco sia perché esso è terzo rispetto al contratto di vendita a cui essi accederebbero sia perché, come detto, il sistema tributario disegnato da Diocleziano ha un forte carattere reale con la conseguente inerenza dei tributi al fondo e, quindi, a chi presenti con esso il legame più stretto. Ma se così fosse non si riuscirebbe a comprendere per quale ragione un venditore, non essendo più in possesso del fondo e non essendone neppure più proprietario, debba rivolgere reiteratamente precisi e suppliche all'imperatore invocando la sua magnanimità per impetrare la graziosa concessione di non pagare un'imposta che può rifiutare, a buon diritto, di versare, non essendo affatto tenuto nei confronti del fisco a dare alcunché. Infatti se il problema fosse stato quello del mancato aggiornamento dei *libri censuales* a cui aveva fatto seguito la sgradita visita di un esattore del fisco (e, invero, non riesco a trovare un'altra spiegazione plausibile), in tale ipotesi sarebbe stato sufficiente al venditore chiedere la rettificazione del ruolo fiscale, senza alcun bisogno di scomodare la *mansuetudo* dell'imperatore. E, peraltro, sarebbe ben strana la stessa reazione imperiale, poiché il monarca in siffatta ipotesi non avrebbe avuto alcun bisogno di comminare sanzioni draconiane come la confisca del fondo e del prezzo in favore del fisco, ma si sarebbe potuto limitare alla previsione della nullità dell'*emptio* a cui non avesse fatto seguito la voltura catastale o della responsabilità degli acquirenti dei fondi a prescindere da qualunque diversa pattuizione privata o *professio censualis*. Non a caso questa soluzione fu fatta propria, con una costituzione conservata in C. Th. 11, 3, 3, dall'imperatore Giuliano nel 363 d.C. *ut non possidentes pro possidentibus exigantur si necdum translata sit professio censualis*, a riprova del fatto che le minacce di Costantino, come tutte quelle di gravità eccessiva, non sortirono l'effetto sperato.

Insomma a me pare che presupporre la vigenza del principio *emptio dominium transfertur*, almeno in relazione alla prima parte di *Vat. Fragm.* 35, non renda ragione dei fatti presentati, né dei termini scelti per esporli e neppure dei problemi che l'imperatore si propone di risolvere. Pertanto ritengo necessario tentare un'altra via: riprendendo in parte una tesi del Sargenti⁵⁴⁰, recentemente seguita anche dal Fino⁵⁴¹, si può pensare a una prassi diversa da quella immaginata dal Gallo e a una soluzione dettata più da una contigenza che da un intento riformistico. Con ciò non voglio dire né che la costituzione sia priva di importanza, né che essa possa essere trascurata nella ricostruzione delle linee essenziali seguite dalla compravendita nel suo sviluppo in età tardoantica; più semplicemente credo che la costituzione in esame, presa alla lettera, dia molte meno certezze sullo svolgimento postclassico dell'istituto di quante alcuni studiosi hanno ritenuto di ricavarne. Poco sopra ho messo in luce l'aspetto meno

⁵³⁹ Il carattere reale permarrebbe anche se si ritenesse soggetto all'imposta il possessore e non il proprietario, salvo rendere difficilmente comprensibile l'argomento dei postulanti che lamenterebbero un fatto che dovrebbe andare a loro favore liberandoli dall'onere tributario.

⁵⁴⁰ M. SARGENTI, *La compravendita*, cit., 341 ss.

⁵⁴¹ M. A. FINO, *Quale interdipendenza*, cit., 903 ss.

soddisfacente dell'applicazione della tesi degli autori che ritengono, per ragioni diverse, che nel provvedimento in questione si debba presupporre l'avvenuto trapasso del dominio: essa non spiega perché tanto i postulanti, quanto l'imperatore lascino ai margini della vicenda gli acquirenti che non solo sono entrati nell'effettivo possesso del fondo, ma sarebbero anche, a seguire l'opinione degli autori citati, divenuti proprietari di esso. In particolare non si riesce a spiegare perché i venditori, che non dovrebbero essere più legati da alcun vincolo impositivo nei confronti del fisco, implorino il monarca di condonare loro le imposte come se fossero convinti di esserne gravati e neppure si comprende perché l'imperatore abbia più volte soddisfatto magnanimamente le loro richieste arrecando un danno (*detrimentum*) all'erario se, una volta appurati i fatti, gli sarebbe stato sufficiente disporre l'aggiornamento del ruolo fiscale e ordinare all'esattore di rivolgersi al compratore che sarebbe stato l'unico responsabile dei tributi. Alla luce di questi fatti potrebbe forse rivelarsi un'ipotesi meno insoddisfacente presupporre che le compravendite all'origine delle lagnanze dei sudditi non abbiano determinato il passaggio della proprietà e siano quindi da considerarsi puramente obbligatorie. Ho avuto modo, in occasione dell'esegesi delle prime due costituzioni del titolo *Sine censu* del Teodosiano, di dar rilievo alla prassi, diffusa in epoca classica, di stipulare vendite con l'esclusione del trasferimento degli oneri tributari. Contro di essa, come detto, le due costituzioni esaminate prevedevano un divieto di stringere patti d'imposta. Ora, nella costituzione accolta nei Frammenti Vaticani l'imperatore dice che *multitudines memorarunt non iuste res suas esse divenditas*. Sia che si pensi che essa sia successiva alle due del Teodosiano e s'intenda quel *non iuste* in relazione al divieto posto da quest'ultime, sia che s'intenda, invece, l'inciso come se significasse che le *res* (che secondo l'opinione dominante sono da identificarsi coi fondi rustici⁵⁴²) sono state vendute a condizioni inique, in ogni caso emerge il fatto che i venditori hanno intenzione di denunciare una qualche forma di irregolarità delle compravendite che hanno concluso. E in cosa consista, in sostanza, l'ingiustizia cagionata dalla vendita è detto subito dopo: *aliis possidentibus se fiscalia luere*. Dunque i venditori lamentano il fatto che, nonostante essi non siano più in possesso del podere e abbiano perduto, quindi, la fonte dei proventi che avrebbero consentito loro di assolvere l'onere tributario, il fisco si rivolga comunque a essi, che non soltanto dai libri fondiari risultano essere i soggetti all'imposta, ma sono anche, in ipotesi, i legittimi proprietari del fondo. Così si spiegherebbe più agevolmente la ragione per cui essi non chiedevano la rettificazione dei registri fondiari: a essi semplicemente era preclusa la possibilità di chiedere la voltura catastale, poiché, appunto, la proprietà non era passata in capo ai compratori, ma era rimasta nella loro sfera giuridica. Per quale ragione e in che modo poi ciò avvenisse in concreto, si può solo supporre. Sotto questo aspetto è di un certo interesse il già rilevato⁵⁴³ processo di riduzione del tessuto sociale alle sole classi degli *honestiores* e degli *humiliores* poiché potrebbe suggerire l'idea che potenti compratori

⁵⁴² Sul punto, cfr. F. GALLO, *Per la interpretazione*, cit., 441 ss.

⁵⁴³ Cfr. *supra*, , cap. III, § 1, 62.

appartenenti alle classi più facoltose si approfittassero delle ristrettezze economiche nelle quali sempre più di frequente dovevano trovarsi proprietari terrieri un tempo benestanti e avessero una certa facilità a persuaderli a vendere i propri poteri conservando su di sé gli oneri tributari, senza, in cambio, tirare troppo sul prezzo (*aversabili emolumento persuasi*). Tuttavia potrebbe anche darsi che la conclusione di vendite *sine censu* fosse la conseguenza di inganni compiuti da astuti compratori contro deboli venditori (*alicuius calliditatibus persuasi*), ai quali, magari, la crisi aveva tolto buona parte della forza contrattuale e messo una certa premura di procurarsi denaro liquido e di vendere, quindi, in fretta e furia senza stare troppo a sottilizzare sulle clausole del contratto. Sia quel che sia dei motivi (di maggior rilievo sotto un profilo sociologico che strettamente giuridico) che avevano indotto i venditori ad alienare, il fatto è che i compratori erano riusciti ad acquistare *non iuste*. Quali fossero poi i modi attraverso i quali quest'ingiustizia veniva perpetrata si può solo congetturare. Si potrebbe pensare, come vuole il Voss⁵⁴⁴, a fondi italici per i quali si ricorresse a un impiego strumentale della *traditio* in luogo della *mancipatio*⁵⁴⁵, oppure, ma è nulla più che una congettura (per giunta senza solide basi testuali), a un'autoimmissione nel possesso da parte del compratore⁵⁴⁶, magari a seguito della pattuizione di un termine per l'adempimento dell'obbligo di *tradere* che inducesse a pensare a una mancanza di autorizzazione da parte del venditore. In ogni caso, a prescindere dai mezzi scelti, mi preme dar risalto al fine elusivo⁵⁴⁷ che le parti, di comune accordo o per la sola volontà del compratore, intendevano raggiungere attraverso il mancato trapasso della proprietà sui fondi di cui, comunque, l'*emptor* materialmente godeva: il compratore non avrebbe pagato i tributi perché aveva dalla sua la ragione giuridica, il venditore, invece, faceva affidamento sulla benevolenza dell'imperatore che sapeva essere solito condonare le imposte a chi, pur essendo tenuto a versarle, non aveva più la materiale possibilità di pagarle, non potendo più attingere i frutti dal fondo, sorgente delle sue precedenti

⁵⁴⁴ W. E. VOSS, *Recht und Rhetorik in der Kaisergesetzen der Spätantike. Eine Untersuchung zum nachklassischen Kauf und Ubereignungsrecht*, Frankfurt am Main, 1982, 169 ss. *Contra* cfr. R. VIGNERON, *Recensione a VOSS, op. cit.*, in *ZSS*, 1983, 637 ss.

⁵⁴⁵ Seguendo quest'ipotesi potrebbe anche essere di un certo interesse la ripresa e l'approfondimento della teoria, peraltro presto abbandonata dal suo stesso autore, che costituisce l'unico tentativo di rinvenire un concreto riferimento spaziale alle indicazioni fornite da *Vat. Fragm.* 35 e che fa capo al Bonfante, la quale riconosce una relazione fra l'Italia e il provvedimento in questione. L'autore, nell'edizione originaria dello studio *Res Mancipi e nec Mancipi*, Roma, 1888, 343, ritenendo esatta la data del 313 d.C., «riportava le spinte pratiche che avevano agito sul legislatore allo spettacolo desolante ed alle manifestazioni rivoluzionarie a cui l'imperatore si sarebbe trovato ad assistere in Italia, mentre sul principio dell'anno 313 si recava da Roma a Milano», M. SARGENTI, *La compravendita*, cit., 345. Nella successiva ripubblicazione del suo scritto (col titolo *Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana*, in *Scritti giuridici*, II, Roma, 1926, 311, nt. 1), tuttavia, l'autore propendeva per una diversa datazione e, di conseguenza, per una diversa origine del provvedimento.

⁵⁴⁶ A questo proposito scrive il Talamanca: «il diritto dell'*emptor* alla cosa risulta configurato nelle fonti in modo tale che l'acquisto del possesso deve essere sempre mediato - secondo la logica del rapporto obbligatorio - dalla collaborazione del venditore: l'autoimmissione del compratore nella disponibilità materiale della cosa venduta non porta ad un valido acquisto del possesso nei confronti del venditore, neppure se sia avvenuta in forma non violenta», M. TALAMANCA *sub voce Vendita*, cit. 382.

⁵⁴⁷ Come fa notare M. A. FINO, *Quale interdipendenza*, cit., 916 s., nt. 128, «la congettura suggerita sembra concordare con l'aumento costante delle frodi fiscali, documentato e analizzato per il IV secolo» da J. M. CARRIÉ, *L'economia e le finanze*, in *Storia di Roma*, III/1, cit., 769 ss.

ricchezze. Se si ammette l'ipotesi in questione peraltro si può anche ragionevolmente spiegare la sanzione finale con cui Costantino spera di assicurare alle casse erariali laute risorse sia che il divieto posto dalla disposizione fosse rispettato, sia che esso fosse violato. Infatti quando l'imperatore commina la confisca della *possessio* (che deve senz'altro essere inteso nel significato di fondo) al venditore (*venditor quidem possessionem fisco vindicante deperdat*) intende colpire chi, formalmente, ne è rimasto proprietario. Mi sembra quindi di poter concludere l'analisi della prima parte di quest'importante costituzione di Costantino affermando che non solo non sono riuscito a rinvenire all'interno di essa alcun esplicito riferimento al principio *emptio dominium transfertur*, ma mi è sembrato, addirittura, che il fenomeno sociale che l'imperatore intende combattere sia difficilmente compatibile colla struttura di una vendita traslativa e meglio si sposi, invece, con quella di una vendita puramente obbligatoria, poiché sembrerebbe presupporre la permanenza della proprietà in capo al venditore.

Passando ora alla seconda parte (§§ 4-7) della costituzione, sarà sempre opportuno procedere, anzitutto, all'individuazione degli elementi di fatto che si possono desumere dal testo della disposizione. In un ordine inverso rispetto a quello seguito nella prima parte della costituzione⁵⁴⁸ l'imperatore introduce con le parole *id etiam volumus omnibus intimari nostrae clementiae placuisse* il rimedio al problema che si propone di risolvere. Il fine che muove il legislatore è detto a chiare lettere al § 6, laddove egli spiega di essere intervenuto affinché nessun venditore affermi essere proprio ciò che risulta essere altrui (*ne forte aliquis venditor suum esse dicat, quod esse constat alienum*) e, in tal modo, si eviti di costringere poi il compratore ad *agere, ut nec illud debeat requiri, quod ex iure dicitur: 'si a domino res vendita sit'*. E ciò perché dalla «mala pianta delle vendite *a non domino*»⁵⁴⁹ derivavano una serie di nefaste conseguenze sia per l'interesse dei privati alla certezza dei rapporti giuridici, sia, correlativamente, per l'interesse dello Stato, tanto alla riscossione delle imposte (e in questa parte sembra potersi scorgere un'identità di *ratio* con i primi tre paragrafi della costituzione)⁵⁵⁰, quanto (almeno indirettamente) al mantenimento dell'ordine pubblico e alla rapida amministrazione della giustizia che il moltiplicarsi della cause giudiziarie rischiava di caricare eccessivamente. Infatti quando il monarca spiega, nel corso del § 5, che cosa comportava (*hinc...hinc...hinc...*) l'incertezza della proprietà dovuta alla prassi delle vendite *a non domino* stende un elenco di fastidiosissimi guai: il sorgere di

⁵⁴⁸ A questo riguardo scrive il Sargenti: «Quanto allo schema, esso [...] è chiaramente ripartito in due ordini di motivazioni che sorreggono due diverse disposizioni. Solo che, con una tecnica forse più retorica che giuridica, la prima motivazione precede (§§1 e 2), la seconda segue (§5) la norma a cui ciascuna si riferisce (§3-§4), ed è seguita, a sua volta, da una ripresa finale del tema normativo (§§6-7). Se volessimo rappresentare simbolicamente questo schema, indicando con M la motivazione e con D le parti normative, avremmo, per l'insieme della costituzione la formula: MD+DM+D», M. SARGENTI, *La compravendita*, cit., 356.

⁵⁴⁹ Così F. GALLO, *Per la interpretazione*, cit., 450.

⁵⁵⁰ Cfr. G.G. ARCHI, *Indirizzi e problemi del sistema contrattuale nella legislazione da Costantino a Giustiniano*, in *Scritti di diritto romano*, III, *Studi*, cit.: «la riforma di Costantino ha due scopi ben precisi: uno di carattere fiscale, l'altro riguardante la sicurezza dei trapassi immobiliari», 1785.

innumerevoli liti (*iurgia multa nascuntur*), il mancato rispetto del diritto di proprietà (*proprietatis iura temerantur*), le molestie procurate a proprietà secolari (*dominiis vetustissimis molestia comparatur*). Quando poi si cura di individuare la causa prossima di simili problemi egli dice senz'ambagi che sono dovuti al fatto che si giunga a concludere compravendite (*ad rei comparationem accedunt*) con precipitazione (*cum caecitate praepropera*)⁵⁵¹ senza compiere l'*inquisitio rei* (*rei inquisitione neglecta*) e trascurando la verità delle relazioni giuridiche (*luce veritatis omissa nec perpetuitate cogitata dominii, iuris ratione postposita*). In particolare, inoltre, egli sottolinea come non valga a evitare i disagi citati neppure il ricorso ai *sollemnia* i quali vengono abitualmente celebrati da compratore e venditore in segrete e oscure stanze senza la necessaria ponderazione, ma quasi con avventatezza (*id properant atque festinant, ut quoque modo cuniculis nescio quibus inter emptorem et venditorem sollemnia celebrentur*). Per questa ragione egli dispone che in futuro non si possano concludere compravendite se durante il tempo in cui il *contractus sollemniter explicatur* tra compratore e venditore, la proprietà del bene venduto non sia *demonstrata vicinis praesentibus*, anche quando l'oggetto del contratto consista soltanto in *subsellia vel ut vulgo aiunt scamna*⁵⁵² (*usque eo legis istius cautione currente, ut etiamsi sellia vel ut vulgo aiunt scamna vendantur, ostendendae proprietatis probatio compleatur*). Dando al compratore la possibilità, che è configurata come doverosa (*debeat*), di *testificantibus vicinis omnia quaerere*, il negozio è definitivamente sottratto all'oscurità dei *cunicula* per essere consegnato alla luce della verità (*luce veritatis*), all'affidabilità dei testimoni (*fidei testimonio*), alla pubblica approvazione (*publica voce*) e acclamazione dei vicini che sono chiamati a riconoscere il venditore come legittimato a disporre del bene (*sub clamorationibus populi idoneus venditor adprobetur*). Rispettando le formalità prescritte dalla costituzione, la piaga delle truffaldine vendite concluse da chi non aveva alcun titolo giuridico a disporre è estirpata (*ita ergo venditionum omnium est tractanda sollemnitas, ut fallax illa et fraudulenta venditio penitus sepulta depereat*). In tal modo il compratore è posto al riparo da tutte le spiacevoli conseguenze, alle quali così di frequente andava incontro fino all'intervento imperiale, e può godere e disporre serenamente del bene acquistato (*quo sic felix comparator atque securus aevo diuturno persistat*); inoltre la certezza delle vicende giuridiche che riguardano i fondi è salva (*quod pro quiete totius successionis eloquimur*) con conseguente garanzia per gli interessi, anche pubblici, coinvolti.

⁵⁵¹ Il riferimento alla *caecitas praepropera* (come anche quello di poco successivo al *properare* e al *festinare*) si potrebbe forse mettere in vaga relazione coi motivi (cfr. *supra*, 130 s.) che inducevano nel primo paragrafo della costituzione i venditori a *non iuste res suas esse divenditas*, anche se è evidente che in questo caso i ruoli delle parti contrattuali sono invertiti, non essendo più il venditore a essere raggirato, ma il compratore a (non) acquistare da un *non dominus*.

⁵⁵² L'interpretazione di questo inciso ha presentato molte difficoltà agli studiosi. Il Sargenti vi riconosce un valido argomento per concludere che la seconda parte della disposizione si riferisse alla compravendita di qualunque bene, cfr. M. SARGENTI, *La compravendita*, cit., 356 ss.. Al contrario il Gallo e la dottrina maggioritaria (alla quale aderisco), pur con argomenti diversi, vi legge un riferimento ai fondi rustici e ritiene che l'imperatore intendesse grosso modo affermare il necessario rispetto della norma quand'anche la vendita avesse a oggetto una minima porzione di terreno. Per la dottrina maggioritaria, cfr. F. GALLO, *Per la interpretazione*, cit., 452 ss., di recente ripreso da M. A. FINO, *Quale interdipendenza*, cit., 922 ss., in particolare 924.

Se questo è il disposto normativo della seconda parte di *Vaticanum Fragmentum* 35, la più importante, come riconosce lo stesso Gallo, costituzione costantiniana in materia di compravendita, ho gravi difficoltà ad accogliere l'opinione dell'illustre autore al quale sembra «sicuro che, per la vendita immobiliare, Costantino – e i suoi successori fino a Giustiniano – abbia inteso richiedere *ad substantiam* la stipulazione in forma solenne del contratto»⁵⁵³; né egli, per le ragioni che spiegherò a breve, mi persuade granché quando scrive che durante il periodo postclassico «non fu mai richiesta, per il trasferimento della proprietà, la *traditio* del fondo»⁵⁵⁴. E neppure riesce a convincermi pienamente della bontà delle sue idee il Levy secondo il quale «*the structure referred to in the enactment was obviously the normal one in current practice. Usually, then, the agreement was put down formally, i.e. at least in writing ('contractus sollemniter explicatur' [§5], 'sollemniter celebrentur' [§6]), the vendor passed over the land and the purchaser made the payment (§4). Sale and conveyance appear as one simultaneous act*»⁵⁵⁵.

Ora, io non vedo donde il Gallo e il Levy ricavano le impressioni che ho riportato, perché nella seconda parte di *Vat. Frag.* 35, di cui poco fa ho fatto una breve esegesi, non si tratta mai il problema della riconducibilità dell'effetto traslativo all'*emptio et venditio* in sé e per sé considerata e neppure mai si fa questione di forma scritta *ad substantiam actus*.

Anzi, a ben vedere, quanto al primo problema mi pare che, ancora una volta, presupporre l'operatività del principio *emptio dominium transfertur* (o una struttura reale del contratto di vendita ciò che, sotto l'aspetto che qui interessa, è perfettamente identico) crei più problemi di quanti non ne risolva: non riesco a comprendere per quale ragione l'imperatore avrebbe dovuto impiegare un profluvio di parole per giustificare un divieto che, se l'effetto di trapasso del dominio fosse da ricondursi direttamente alla compravendita, sarebbe stata una conseguenza necessitata, sotto il profilo logico-giuridico, della struttura stessa del negozio.

Quanto, invece, al secondo dei problemi, la soluzione di esso è un po' meno immediata. Innegabilmente nella costituzione si fa aperto riferimento ai *sollemnia* che venditore e compratore usano celebrare per addivenire alla conclusione del negozio. Si tratta di capire in che cosa essi esattamente consistano e se il legislatore guardi a essi come a una realtà da presupporre esistente e magari piegare ai propri fini oppure come un *quid* necessario affinché si possa dire che il contratto di vendita è sorto. Cominciando da quest'ultimo problema, a me pare di poter affermare senza tema di essere smentito che in nessun punto della costituzione sia dato scorgere una manifesta e positiva volontà di Costantino di elevare la redazione scritta del negozio a elemento *ad*

⁵⁵³ F. GALLO, *Il principio*, cit., 68.

⁵⁵⁴ F. GALLO, *Il principio*, cit., 64.

⁵⁵⁵ E. LEVY, *West Roman vulgar law*, cit., 129.

substantiam actus. È vero, egli richiama i *sollemnia*, ma non li vede di buon occhio, considerandoli insufficienti a garantire la certezza dei traffici giuridici e a eliminare la prassi delle vendite *a non domino*. Tanto è vero che, nel presupposto che il ricorso a essi costituisca un uso inveterato, affianca ai *sollemnia* una nuova figura, quella dei vicini. Il problema che si pone al giurista è quello determinare quale funzione essi abbiano. Ritengo che esso involga anche un'altra questione, che ho deliberatamente lasciato in sospeso finora, e cioè quella di definire esattamente in cosa consistano i *sollemnia* al fine di comprendere in maniera un poco meno vaga che cosa si proponesse Costantino prevedendo che *eo tempore, quo inter venditorem et emptorem contractus sollemniter explicatur, certa et vera proprietas vicinis praesentibus demonstretur*. Il Voci divide il periodo in due proposizioni (cioè, evidentemente, *eo tempore, quo inter venditorem et emptorem contractus sollemniter explicatur* da una parte e *certa et vera proprietas vicinis praesentibus demonstretur* dall'altra) e ne fa una minuta e distinta analisi che potrà forse essere di qualche giovamento al fine della soluzione del problema. Egli scrive: «La prima proposizione è da tradurre così: nel tempo in cui il contratto è adempiuto solennemente.

Explicare significa tanto concludere quanto eseguire, adempiere; e tutti e due i significati si trovano in testi di ogni età⁵⁵⁶. [...] Gaio parla di *venditionem explicare* nel senso di adempiere le obbligazioni *ex vendito*. Risulta dalla seconda proposizione che, nel nostro testo, *explicare* vuol dire adempiere.

Sollemnis, *-e*, con i derivati, significa a sua volta due cose. *Sollemnis* è l'atto che ha forma tassativa; e *sollemne* è ciò che si fa secondo l'uso, di fatto o di diritto. *Sollemnia* sono i *verba* della *confarreatio* (Gai.I.112); ma Diocleziano dice *venditionem sollemniter perfecisti* per descrivere una vendita conclusa come si deve (Vat.22:C.4.46.2 pr.)⁵⁵⁷. *Sollemnitas* può indicare l'insieme dei requisiti di un atto⁵⁵⁸. Dei due significati possibili, il primo è quello che, con maggiore probabilità, si adatta al nostro testo: vi si parla della tradizione divenuta solenne per le prescrizioni di Costantino⁵⁵⁹.

La seconda proposizione, infatti, parla di *certa et vera proprietas* da *demonstrare* in presenza dei vicini: parole che non possono non riferirsi alla *traditio*, atto di adempimento con cui, appunto, *venditio explicatur*. Ciò per più ragioni.

⁵⁵⁶ «Gaio: 35.2.72 cit.; e ancora D. 3.5.20.2 Paul. (*vetera negotia explicare*: portare a termine); 17.2.40 Pomp. (*quae per defunctum inchoata sunt per erede explicari debent*); 27.10.9 Ner. (*nondum explicato negotio*: non esaurito il compito). CTh. 6.4.33; 12.1.177 (*munus*); 6.29.2; 11.23.1 (*necessitatem*); 8.5.1 (*mansionem*); C. 6.61.8.4c (*legata*).»

⁵⁵⁷ «I due significati di *sollemnis*, ecc., derivanti da un'unica radice (da *sollus*, Festo, 372.27 L.; ERNOUT-MEILLET, *Dictionn. étimol.*, 633) sono da intendere come lo sviluppo dell'uno dall'altro: solenne è ciò che viene dall'uso e ciò che, sempre in virtù dell'uso, si è cristallizzato in una formula.»

⁵⁵⁸ «*Sollemnia iuris* già presso i giuristi: D.4.1.7 pr.; 28.3.1; 48.2.18; 49.1.20.2; e poi in C.5.44.5; 6.23.3; 7; 8 pr.; 12.1; 6.30.4; 6.41.23; ecc.»

⁵⁵⁹ «Sarebbe anche possibile, ma meno probabile, un riferimento a ciò che usava prima (*inductio in vac. poss. fundi*) con in più il requisito della presenza dei vicini.»

Demonstrare è termine pressoché tecnico in materia di *traditio*: il tradente mostra i luoghi, e soprattutto i confini del fondo, come è naturale. Il venditore, ci dice Scevola, aveva l'obbligo, *ex bona fide*, di mostrare i confini⁵⁶⁰.

Che i vicini usassero essere presenti alla *inductio* nel fondo, si capisce: avevano interesse a vedere se i confini erano indicati bene. Costantino utilizza quest'uso; e quando parla di *subclamationes populi* esagera, ma certo vede una scena che si svolge all'aperto»⁵⁶¹.

L'autore, insomma, ritiene che la disposizione costantiniana sia da riferirsi non tanto all'*instrumentum venditionis*, quanto invece all'adempimento del contratto e, in particolare, al compimento della *traditio*. A quest'ultima egli riferisce la presenza dei vicini i quali nella versione del *Codex Theodosianus* appaiono senz'altro assumere una funzione attiva, giacché, laddove nel testo dei Frammenti Vaticani si usa un ablativo assoluto, nel testo del Teodosiano si trova, invece, un complemento d'agente (*certa et vera proprietas a vicinis demonstratur*) che potrebbe costituire un argomento a sostegno dell'idea proposta dall'autore. Innegabilmente l'ardita tesi del Voci ha un certo fascino poiché sembra in più punti consonare alla lettera della costituzione che, in effetti, lascia l'impressione, come dice l'autore, di una scena che si svolge all'aperto. Peraltro non sembra essere destituita di fondamento neanche l'osservazione che Costantino guardi con sospetto al documento stipulato nell'oscurità dei *cunicula* (non a caso nel testo dell'*Interpretatio* si discorre di *secreta transactione*). Insomma verrebbe da pensare che il dilagante ricorso allo scritto comportasse, ormai, parecchi problemi⁵⁶² in merito al suo valore probatorio: esso, redatto segretamente nelle private stanze in cui compratore e venditore si mettevano d'accordo, non solo poteva attestare essere *dominus* chi in realtà non lo era, ma poteva anche facilmente far apparire agli occhi del compratore un fondo di maggior estensione che non fosse. In questo senso il compimento di un'attenta indagine sul podere (*rei inquisitione*) in compagnia dei vicini poteva rivelarsi molto utile sia al fine di accertare la legittimazione dell'alienante, che al fine di vagliare attentamente i precisi confini del fondo. In ogni caso, quand'anche non si voglia abbracciare interamente la tesi del Voci, mi pare difficilmente contestabile non soltanto che il documento è appena presupposto e non imposto come un requisito *ad*

⁵⁶⁰ «*Fundum, fines demonstrare*: D.18.1.18.1; 63.1; 21.2.45; 41.2.18.2; C.8.44.10. Il passo di Scevola è D.19.1.48, cit. È mutilo il passo di Cic., *Tull.* 7.17. Usava anche menzionare, nei documenti, i nomi dei vicini, *ad fines*: D.10.1.12; 18.1.63.1 cit. Per la *professio censualis* D.50.15.4 pr., cit. V. anche *FIRA* 3, p.290, 296.»

⁵⁶¹ P. VOICI, *Tradizione*, cit., 114 s. Le note citate corrispondono nel testo ai numeri 67; 69; 70; 71; 72.

⁵⁶² Ciò è confermato da un'altra costituzione dello stesso Costantino inserita in C. Th. 9. 19. 2 (a. 326), in cui il legislatore affronta il problema, che doveva essere di una certa gravità, dei tentativi di tirare per le lunghe i processi petitori compiuti da chi, davanti ai documenti che contro di lui venivano esibiti, reagiva, tanto astutamente, quanto pretestuosamente, minacciando l'accusa di falso al solo fine di sospendere il processo civile. Per l'esegesi della costituzione in esame cfr. G.G. ARCHI, *La prova*, cit., 18 (ora in ID., *Scritti di diritto romano*, III, *Scritti*, cit., 1874) e, *amplius*, ID. 'Civiliter vel criminaliter agere', cit., 36 ss. (ora in ID., *Scritti di diritto romano*, III, *Scritti*, cit., 1640 ss.).

*substantiam*⁵⁶³, ma, addirittura, che Costantino richieda l'intervento dei vicini poiché diffida della *secretae transactiones* dei contraenti. La presenza dei vicini non può essere ridotta a quella di semplici testimoni strumentali, che collaborano alla formazione dell'*instrumentum venditionis*. «La presenza di testimoni viene richiesta non tanto quale requisito formale del documento sì da accrescere anzitutto la efficacia rappresentativa del medesimo, quanto per creare un'altra eventuale possibilità di prova a cui si guarda con particolare fiducia. La *vicinitas*, i *plurimi*⁵⁶⁴ hanno prima di tutto la funzione di testimoniare: nelle alienazioni immobiliari essi sono come i depositari dei vari trapassi, ai quali si può ricorrere per la ricostruzione della *veritas*. A questo fine la sola *scriptura* non è sufficiente, tanto è vero che anche prima usata, ma presenti le sole parti, aveva dato luogo ad inconvenienti»⁵⁶⁵. I vicini svolgono, quindi, una funzione riconducibile per molti versi a quella di pubblicità⁵⁶⁶ e questo fatto può costituire anche un significativo collante fra la *ratio* della prima parte della disposizione, che mi pare indubbiamente la tutela dell'interesse fiscale, e quella che sorregge la seconda.

Concludendo l'analisi di *Vaticanum Fragmentum* 35 ritengo di poter affermare che non si rinvencono al suo interno elementi univoci che spingano a pensare a un definitivo tramonto dell'*emptio et venditio* classica sostituita ormai, come vorrebbe il Gallo, da una compravendita scritta immediatamente produttiva dell'effetto reale. Anzi, da un'attenta esegesi emergono parecchie difficoltà a ritenere che il modello al quale pensava l'imperatore Costantino nell'emanare il provvedimento fosse un negozio traslativo. Con questo non voglio certo affermare che la compravendita fosse rimasta nel tardo Impero identica a come si presentava ai classici, coi suoi caratteri di consensualità e pura obbligatorietà che lasciavano ai privati cittadini ampi margini di manovra per perseguire i più disparati fini. Anzi, se si volesse indicare il senso della riforma di Costantino si potrebbe proprio trovare in questo: egli, pur essendo mosso con buona probabilità da fini pubblicistici, interviene in maniera incisiva sull'autonomia privata, comprimendo fortemente l'ampiezza della libertà contrattuale dei suoi sudditi che era stata la grande caratteristica dell'età classica. Sia il divieto di vendite *sine censu*

⁵⁶³ Addirittura c'è chi ritiene che, ancora nel periodo postclassico, i documenti di vendita abbiano un valore puramente probatorio in contrapposizione a quelli di donazione, che sarebbero dispositivi; cfr. A. EHRHARDT, *Byzantinische Kaufverträge im Ost und West*, in ZSS, LI, 1931: «die Kaufurkunden sind präterital, berichtend stilisiert, reine Beweisurkunden; die Schenkungsurkunden präsentisch, dispositiv», 176. Sed contra, cfr. G.G. ARCHI, *Indirizzi e problemi*, cit. in *Scritti di diritto romano*, III, *Studi*, cit., 1787, nt. 16. Rispetto al fine della presente ricerca, non ritengo dirimente la questione, poiché giudico sufficiente rilevare il solo fatto che difetti una positiva volontà legislativa di riforma del punto (anche l'Archi, che pure afferma che «le parti, in quanto vogliono la redazione scritta, in tanto la elevano a elemento essenziale del negozio, così almeno nella mentalità postclassica», *ibidem*, rileva ciò che «è veramente una singolarità dal punto di vista della tecnica legislativa, e cioè di presupporre un *quid*, la documentazione del negozio, che nel caso concreto diventa elemento essenziale», ID., *Indirizzi e problemi*, cit. in *Scritti di diritto romano*, III, *Studi*, cit., 1787, la sottolineatura è mia, ma corrisponde al senso del discorso dell'autore per il quale «a datare da Costantino un simile atteggiamento compare frequente nella legislazione», ID., *Indirizzi e problemi*, cit. in *Scritti di diritto romano*, III, *Studi*, cit., 1788).

⁵⁶⁴ L'Archi si riferisce alla, per certi versi, analoga previsione contenuta in *Vat. Fragm.* 249.6 che riguarda le donazioni: *tabulae igitur [...] scientibus plurimis perscribantur*.

⁵⁶⁵ G.G. ARCHI, *La prova*, cit., 19 (ora in ID., *Scritti di diritto romano*, III, *Scritti*, cit., 1876).

⁵⁶⁶ Analogamente si esprime P. CERAMI, *Pubblicità*, cit., 636 ss..

che il divieto di vendite *a non domino* costituivano un'indubitabile novità rispetto al modello classico che ancora pochi anni prima imperava quasi incontrastato e, quando anche era messo in discussione da provinciali poco avvezzi alle sue sottigliezze, veniva prontamente e decisamente riaffermato dalla cancelleria imperiale di Diocleziano. E una siffatta innovazione, soprattutto nella parte in cui vietava ai *non domini* di stipulare compravendite, poteva facilmente produrre nell'animo di un comune cittadino l'effetto indiretto di irrobustire la radicata convinzione del carattere traslativo della vendita. Ancor più se si tiene conto di quel processo (le cui singole fasi, a dire il vero, sfuggono agli studiosi), messo in luce a proposito della *mancipatio*⁵⁶⁷, ma che doveva riguardare in modo largamente analogo anche la *traditio*. In forza di questo il documento, che andava assicurandosi lentamente e progressivamente un ruolo di primo piano in campo probatorio, attestando a un tempo la conclusione del contratto e il compimento dei negozi traslativi, spingeva anch'esso nella direzione di una vendita traslativa con le possibili conseguenze negative cui ho fatto cenno poco sopra. A questo proposito, con particolare riguardo alle incertezze che potevano sorgere in materia di trasferimenti immobiliari, non è privo di interesse neanche il fatto che «si delineò l'orientamento, da parte di prefetti del pretorio, a circondare in via generale di formalità e cautele la presa di possesso degli immobili»⁵⁶⁸. E che le misure adottate da Costantino si rilevarono, alla prova dei fatti, insufficienti ad appagare organicamente le esigenze di pubblicità, parrebbe essere confermato anche dalla legislazione successiva.

2. *La produzione normativa dei successori di Costantino.*

Oltre alla citata costituzione dell'imperatore Giuliano accolta in C. Th. 11, 3, 3 e volta a risolvere il problema della diversità delle attestazioni dei *libri censuales* rispetto alla realtà dei fatti, s'impongono all'attenzione alcune altre costituzioni imperiali. Innanzitutto viene in rilievo, per connessione con quella appena richiamata, una costituzione dell'imperatore Teodosio I, sempre in materia di libri fondiari:

Imppp. Theodos., Arcad. et Honor. AAA. Tatiano pf. p. C. Th. 11. 3. 5 *Quisquis alienae rei quoquo modo dominium consequitur, statim pro ea parte, qua possessor fuerit effectus, censualibus paginis nomen suum postulet annotari, ac se spondeat soluturum; ablataque molestia de auctore, in succedentem capitatio transferatur.* Dat. XV. Kal. Oct. Constantinopoli, Tatiano et Symmacho coss.

⁵⁶⁷ Cfr. *supra*, cap. III, § 3, 80 ss..

⁵⁶⁸ F. GALLO, *sub voce Pubblicità*, cit. 973.

È evidente il fine di natura pubblicistica che muove l'imperatore e consiste, come spesso avviene nel basso Impero, nell'assicurare la pubblicità dei trasferimenti in modo da soddisfare l'interesse dello Stato alla riscossione delle imposte. A questo scopo egli statuisce un obbligo in capo a chi acquisisca in qualunque modo un fondo (*quisquis alienae rei quoquo modo dominium consequitur*) di compiere immediatamente (*statim*) la voltura catastale (*censualibus paginis nomen suum postulet annotari*) e di assumere esplicitamente l'impegno di pagare il tributo (*ac se spondeat soluturum*) in modo da evitare quelle conseguenze, potenzialmente lesive dell'interesse dell'erario, di cui si era già occupato Costantino nell'adottare il provvedimento contenuto in *Vat. Fragm.* 35. E sempre all'interesse del fisco deve essere ricondotta un'altra costituzione:

Imppp. Valentinianus, Theodosius et Arcadius AAA. Cynegio praefecto praetorio. C. Th. 12. 3. 1 *Si quis decurionum vel rustica praedia vel urbana vel quaelibet mancipia venditor necessitate coactus addicit, interpellat iudicem competentem omnesque causas singillatim quibus stranguilatur exponat, ut mereatur valituram in perpetuum comparatori probata adsertione sententiam. ita enim fiet, ut nec inmoderatus venditor nec emptor inveniatur iniustus. Denique nihil erit postmodum, quo venditor vel circumventum se insidiis vel obpressum potentia comparatoris queri debeat, quandoquidem sub fide actorum et de necessitate distrahentis et de voluntate patuerit comparantis. quod si quis contra vetitum occultis molitionibus per subpositas fraude personas cuiuslibet loci, quem tamen decurio distrahat, comparator exstiterit, sciat se pretio quod dederit et loco, quem comparaverit, esse privandum.* Dat. VIII kal. dec. Constantinopoli Honorio n. p. et Evodio cons. (386 nov. 24).

Questo provvedimento di Teodosio I, il cui regime fu poi perfezionato da un'altra costituzione emanata da suo nipote, Teodosio II⁵⁶⁹, sebbene sia di natura eccezionale poiché si riferisce ai soli curiali (*si quis decurionum*), è di un certo interesse perché mostra, in maniera ancora più evidente di *Vat. Fragm.* 35, come spesso la cura degli interessi pubblici venga a toccare «aspetti che rilevano anche dal punto di vista della regolamentazione dei rapporti fra privati»⁵⁷⁰. I curiali⁵⁷¹ erano gli appartenenti all'*ordo decurionum*, il senato locale che, ai tempi del Principato, era l'effettivo detentore del potere nelle *civitates Romanae*. Esso era l'espressione di un'aristocrazia fondata sul potere economico e detentrica di una serie di privilegi e di una posizione di supremazia nei confronti dei magistrati locali che erano, in realtà, nulla più che semplici esecutori dei *decreta ordinis* la cui inottemperanza era sanzionata, fin dal I secolo a.C., con una multa. Nel tardo Impero, tuttavia, si assiste a un processo di trasformazione della carica curiale da onore ambito a onere insopportabile causato soprattutto dalla

⁵⁶⁹ C. Th. 12. 3. 2 (a.423). Entrambe le costituzioni furono poi modificate da parte di Maggioriano con un provvedimento riportato in *N. Mai.* 7. 9 (a.458) col quale si stabilisce una disciplina meno rigida per gli schiavi e anche che un'autorizzazione del *praefectus praetorio* preceda il decreto del preside della provincia.

⁵⁷⁰ Così M. TALAMANCA, *sub voce Vendita*, cit. 463 s.

⁵⁷¹ Per quanto segue sui *decuriones*, cfr. M. TALAMANCA, *Le autonomie cittadine e il governo locale*, in *Lineamenti*², cit., 503 e ID., *Gli organi dell'amministrazione locale cittadina*, *ibidem*, 573.

responsabilità solidale per la mancata esazione delle imposte gravanti sulla città dei *decuriones*. In prima battuta erano chiamati in causa i *susceptores* (scelti fra i decurioni più solvibili e) incaricati della riscossione, ma in subordine, qualora essi si fossero rivelati insolventi, erano responsabili tutti i membri del consiglio municipale che era formato dai cittadini con un certo patrimonio (in un primo momento soltanto immobiliare) ai quali era preclusa la possibilità di rifiutarsi di entrarne a far parte. Un riflesso di questi pesanti oneri che gravavano sulle spalle dei curiali si scorge chiaramente (nella frequente diserzione dei *decuriones*, pronti anche all'esodo volontario pur di sottrarvisi e) nella disposizione in esame. «Il vincolo che lega il decurione alla curia, originariamente di natura personale, tende a divenire reale e a trasferirsi sui beni»⁵⁷² e per questa ragione vengono posti ai danni dei decurioni gravi limiti agli atti di disposizione dei loro beni. In particolare nella costituzione si prevede che essi possano alienare immobili o schiavi (*vel rustica praedia vel urbana vel quaelibet mancipia*) solo in caso di stretta necessità (*venditor necessitate coactus addicit*). Inoltre s'impone al componente della curia che intenda procedere a una vendita immobiliare di ottenere la preventiva autorizzazione dal giudice competente (*interpellet iudicem competentem*), che sarà individuato da Teodosio II nel *rector provinciae*, sul quale incombe il dovere di vagliare minutamente i motivi e le condizioni della vendita (*omnesque causas singillatim quibus stranguilatur*). Ora, il fatto che il tutto debba poi essere insinuato *apud acta provincialia*, se anche si voglia pensare che sia comunque in facoltà delle parti rilasciare «dichiarazioni orali messe a verbale seduta stante»⁵⁷³, è chiaro che non può non spingere ancor più verso il ricorso alla scrittura che doveva, peraltro, costituire una spontanea tendenza nelle compravendite di beni di particolare pregio. Non bisogna, tuttavia, dimenticare la menzionata natura eccezionale della norma in questione la quale non può, pertanto, essere considerata come se esprimesse un principio generale dell'ordinamento volto a imporre la redazione scritta e la pubblicità degli atti di vendita che avessero per oggetto beni immobili. Sotto questo aspetto pare, invece, più significativa una costituzione di Valentiniano III che costituisce l'ennesimo e chiaro segno del fitto intrecciarsi di interessi pubblici e privati nella legislazione del basso Impero.

Nov. Valent. 15, 3 Omnis autem contractus, qui clanculario vel emente vel vendente in fraudem legis initus fuerit, careat firmitate. Quod ne fiat, ea ratione prospicimus, ut gestis municipalibus immobiliorum rerum contractus constet initus, mobilium vero emissis pittaciis transigatur: et is, qui praepositus fuerit huic muneri, profiteatur se id, quod per hanc legem compendiis publicis decretum est, consecutum, ita ut post annum securitatis amissae discussio minime requiratur.

⁵⁷² M. TALAMANCA, *L'organizzazione delle classi sociali*, in *Lineamenti*², cit., 577.

⁵⁷³ P. VOCI, *Tradizione*, cit., 125. *Contra*, cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 208 il quale scrive: «la forma scritta [...] resta, ovviamente, necessaria quando è prescritta l'*insinuatio* del negozio, e cioè l'inserzione del documento in cui è consegnato l'atto nel protocollo dell'autorità amministrativa competente».

Si tratta della costituzione, cui ho fatto cenno in relazione all'esegesi di P. Marini CXIII⁵⁷⁴, con la quale nel 444 (o 445) d.C. Valentiniano III impose l'*insinuatio apud acta municipalia* delle vendite immobiliari sotto la spinta di esigenze fiscali. La situazione finanziaria nella *pars Occidentis* dell'Impero si era fatta serissima⁵⁷⁵. Il monarca, avendo concesso più volte condoni per tasse arretrate e danneggiato così le già non floride casse dell'erario, si trovò costretto a introdurre una nuova tassa su tutte le vendite, il *siliquaticum*, «dovuta in ragione di $\frac{1}{4}$ del prezzo, dal compratore e dal venditore, ciascuno per la metà dell'ammontare»⁵⁷⁶. A differenza di quanto previsto da Costantino, che non indica in modo chiaro quale sanzione consegua al mancato rispetto delle formalità imposte nella seconda parte di *Vat. Fragm. 35*⁵⁷⁷, Valentiniano III è netto nello stabilire la pena: come fa notare il Levy, «with a view to expediting the collection of the sales tax ('siliquaticum'), he made the registration in the municipal files a requirement of a valid sale»⁵⁷⁸. Egli, insomma, richiede la registrazione delle compravendite immobiliari (*ut gestis municipalibus immobiliorum rerum contractus constet initus*) e commina *expressis verbis* la sanzione della nullità per i contratti conclusi clandestinamente e segretamente (*omnis autem contractus, qui clanculario vel emente vel vendente in fraudem legis initus fuerit, careat firmitate*). Per le compravendite di beni mobili l'imperatore richiede poi che l'agente del fisco, che doveva essere convocato per esigere il dovuto, rilasci la ricevuta fiscale (*mobilium vero emissis pittaciis transigatur*). Per quanto si tratti indubitatamente di una disposizione di carattere generale a differenza di quella teodosiana precedentemente esaminata, bisogna guardarsi dalla sopravvalutazione di questa novella di Valentiniano III, perché «this reform, however, left but few traces in legislation and doctrine»⁵⁷⁹. Allo stesso modo ritengo che si debba andar molto cauti nell'attribuire grande importanza a una diversa costituzione (a. 451) dello stesso imperatore.

Imp. Valentinianus A. Firmino pf. p. et patricio. Nov. Val. 32 pr. *Quae plerique in legibus constituta dissimulant, necesse est, praesenti iussione sanciri, ut, omni ambiguitate summota, instauratione solidiora reddantur. In administratione enim et in militia positus emendi licentiam denegatam, superflua nonnullorum dicitur esse persuasio, quum lex divi Honorii ad Palladium pf. p. Missa, in Theodosianum redacta corpus, hanc copiam talibus legatur dedisse personis. Quem non taedeat alioquin ista condicio, his solis, qui ad honores aliquos evehuntur; libertatem in contractibus non patere? Et quum huic obstaculo nulla fortuna subiaceat, non mediocris, non nobilis,*

⁵⁷⁴ Cfr. *supra*, cap. III, § 4, 84 ss..

⁵⁷⁵ Cfr. M. TALAMANCA, *Le successive vicende dell'impero fino al 476 d.C.*, in *Lineamenti*², cit., 551.

⁵⁷⁶ P. CERAMI, *Pubblicità*, cit. 650.

⁵⁷⁷ Contrariamente a quel che pensano alcuni autori (ad esempio, seppure quasi incidentalmente e senza troppo approfondire la questione, cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*², cit., 95) non credo che si possa estendere a quanto previsto nei §§ 4-7 la sanzione comminata per la violazione del divieto di vendite *sine censu*.

⁵⁷⁸ E. LEVY, *West Roman vulgar law*, cit., 130.

⁵⁷⁹ E. LEVY, *op. loc. cit.*

non plebeia, universitatis ius et commodum solis militantibus denegari? Censeo igitur, ut in quibuslibet administrationibus, officiis, in quocumque militiae gradu positus emendi quae ceteris copia sit, dummodo emptio et venditio celebretur iure communi. Neminem volo potestatis iussu et impressione compelli. Volenti vendere, definitam et conscriptam pecuniam oportet inferri. Videat instrumentorum scriptor, sciant ii, apud quos venditionis documentum necesse est allegari. Nihil refert, quis emat, quum publica fide pretium venditor consequatur. 1. Quod si emptor officio et administratione perfunctus, intra anni metas, aut super illata violentia lege conscripta carceris, catenarum, custodiae publicae vel privatae, vel in quolibet genere factionis, aut non annumerato pretio evidenter fuerit confutatus, vel se de iudicio tergiversatione subtraxerit, et agat, ne gestae rei veritas possit agnosci, venditori solidorum numerum inferat, qui tabulis continetur, possessionem nihilominus perditurus, ut ad dominum redeat, cui taliter probatur ablata. 2. Item si venditor nihil horum sustineat, quae ponimus, et callida refragatione causetur, manente contractu perpetua firmitate, et pecuniam reddat emptori, quam eum in pretium constiterit accepisse. 3. Hac sanctione eos quoque iubemus esse munitos, quos administrantes et ulla gerentes officia praedia rustica vel urbana certum est dato pretio comparasse. 4. Donationes quoque habitas et commutationes circa eas personas, quarum immerito hactenus emptio fluctuabat, similiter roboramus. Ita fit, ut in actu publico positos fidelius laborare delectet, quum vident, seu emptione, seu commutatione, quae instar obtinet emptionis, seu donatione, seu alio quolibet titulo venientia apud se posterosque suos inconvulsa mansura.

Alcuni autori hanno creduto di riconoscere nel disposto normativo di Valentiniano III un passaggio di fondamentale importanza in tema di compravendita, poiché a seguito di esso «il pagamento del prezzo divenne, secondo il diritto ufficiale (da elemento naturale qual era in precedenza), requisito essenziale»⁵⁸⁰. E, dato il dovere dello *scriptor instrumentorum* di non procedere alla redazione dell'atto se non ha visto l'effettivo pagamento del prezzo (*volenti vendere, definitam et conscriptam pecuniam oportet inferri. Videat instrumentorum scriptor, sciant ii, apud quos venditionis documentum necesse est allegari. Nihil refert, quis emat, quum publica fide pretium venditor consequatur*) la conseguenza di un simile fatto sarebbe duplice e di una certa gravità nei confronti della concezione della compravendita, poiché involgerebbe non soltanto la considerazione del prezzo, ma anche quella dello scritto che ne attesta l'avvenuto versamento. Come scrive l'Archi, «per la validità dell'atto scritto il prezzo doveva essere in realtà pagato. Se noi riteniamo allora che la redazione del documento segni il momento, in cui la vendita si perfeziona, dobbiamo convenire che con ciò il negozio perde il carattere di pura consensualità, come aveva nel diritto classico»⁵⁸¹. Il Gallo⁵⁸², peraltro, rileva che la prescrizione in esame, così interpretata, si sposerebbe alla

⁵⁸⁰ F. GALLO, *Il principio*, cit., 64 e, analogamente, 108, 110, 113.

⁵⁸¹ G.G. ARCHI, *Il trasferimento*, cit., 174.

⁵⁸² F. GALLO, *Il principio*, cit., 109.

perfezione con alcuni testi dottrinali⁵⁸³ che, innegabilmente, manifestano una spiccata tendenza a concepire il pagamento come elemento perfezionatore del contratto di vendita. Ancora una volta, però, sarà utile prendere le mosse dalla lettera della disposizione.

Valentiniano III interviene a modificare una previgente disciplina che poneva un divieto categorico in capo ai funzionari pubblici, sia dell'amministrazione civile, sia dell'esercito, di acquistare beni nella circoscrizione in cui risiedevano per ragioni di servizio (*in administratione enim et in militia positus emendi licentiam denegatam*). La *ratio* di un siffatto divieto è facilmente intuibile ed è in parte analoga a quella che ancora oggi sorregge la previsione della nullità degli acquisti da parte delle persone di cui ai numeri 1 e 2 dell'art. 1471 c.c. Si voleva (e si vuole ancora adesso, con la previsione del codice civile) evitare che persone che rivestono una particolare qualità approfittino della propria posizione per conseguire vantaggi ingiusti. Ed è anche del tutto evidente che in una società come quella del basso Impero, che giunse a considerare lecito il *suffragium* (C. Th. 2. 29. 2 del 394 d.C.), la circostanza che fossero perpetrate estorsioni da parte di pubblici ufficiali che abusavano del proprio potere a danno di comuni e indifesi cittadini, ben lungi dall'essere un caso di scuola, doveva accadere con una certa frequenza. Nonostante ciò, sia che ritenesse il regime precedente eccessivamente rigido e ingiustamente discriminatorio (*his solis*), sia che volesse ingraziarsi l'apparato amministrativo, che a quei tempi era ormai divenuto monopolio delle classi sociali più elevate, l'imperatore decide di restituire ai funzionari pubblici la loro libertà contrattuale (*libertatem in contractibus*) e di rimuovere il generale divieto di acquistare, facendo espresso riferimento nel terzo paragrafo ai beni socialmente più importanti (*hac sanctione eos quoque iubemus esse munitos, quos administrantes et ulla gerentes officia praedia rustica vel urbana certum est dato pretio comparasse*). A seguito della disposizione in esame, quindi, tanto i membri dell'esercito, quanto i membri dell'amministrazione imperiale sono nuovamente liberi di comprare (*censeo igitur, ut in quibuslibet administrationibus, officiis, in quocumque militiae gradu positus emendi quae ceteris copia sit, dummodo emptio et venditio celebretur iure communi*). Segue nel testo della novella la minuta disciplina dei requisiti della compravendita che si prevede debba essere redatta per iscritto (*instrumentorum scriptor*), e insinuata (*venditionis documentum necesse est allegari*), ciò che era ormai generalmente richiesto nelle vendite immobiliari; inoltre si prevede un accertamento pubblico dell'ammontare del prezzo e del suo effettivo pagamento (*volenti vendere, definitam et conscriptam pecuniam oportet inferri. Videat instrumentorum scriptor, sciant ii, apud quos venditionis documentum necesse est allegari. Nihil refert, quis emat, quum publica fide pretium venditor consequatur*). In caso di violazioni di prevedono nei §§ 1 e 2 pene severe che consistono nella perdita del fondo che deve essere restituito al proprietario (*possessionem nihilominus perditurus, ut ad dominum redeat*) e nel pagamento del prezzo che è comunque dovuto nella misura in cui risulta dal documento (*venditori*

⁵⁸³ Per la cui esegesi cfr. *supra*, cap. IV, § 3, 108 ss..

solidorum numerum inferat, qui tabulis continetur). Ora, questo mi pare sia il contenuto della disposizione, pertanto acquista una certa rilevanza la traduzione dell'inciso *dummodo emptio et venditio celebretur iure communi*. A me sembra di poter desumere dal tenore della costituzione un intento specifico e ben circoscritto all'origine della deliberazione del monarca. Egli intende rimuovere un'eccezionale (ma ragionevole) disciplina di sfavore per i pubblici ufficiali e per farlo ritiene necessario fissare alcune regole che impediscano di rimettere interamente la contrattazione alla volontà delle parti, al fine di evitare gli abusi che, verosimilmente, avevano dato luogo alle restrizioni precedenti. Propenderei quindi per intendere l'espressione *iure communi*, come il Gotofredo nel commento a C. Th. 8. 15. 5, nel significato di *civiliter*, come se, cioè, si volesse dire che «i pubblici ufficiali devono comprare come comprano tutti, cioè rispettando la proporzione tra cosa e prezzo»⁵⁸⁴. Per garantire il rispetto di questa proporzione l'imperatore stabilisce nel seguito della disposizione il necessario accertamento dell'ammontare del prezzo e del suo effettivo pagamento. Peraltro, nonostante questa mi paia l'interpretazione più probabile, a ben vedere se anche si ricomprendesse la necessità del pagamento nel *ius commune* richiamato nella disposizione, i termini del problema dell'importanza della costituzione in esame non muterebbero radicalmente. In tal caso, infatti, si dovrebbe concludere che con essa l'imperatore si sia limitato a imporre anche ai pubblici ufficiali ciò che già valeva per tutti gli altri cittadini⁵⁸⁵. D'altronde che la prassi, spesso seguita anche dalla dottrina, richiedesse il pagamento del prezzo come requisito di perfezionamento del contratto non è certo un fatto sconvolgente, ma un fenomeno ben noto sul quale ho avuto già occasione di soffermarmi. In un caso e nell'altro credo di poter concludere, alla luce di questa breve analisi, che alcuni autori fra quelli citati abbiano attribuito alla novella di Valentiniano III appena esaminata un'importanza senz'altro soverchia rispetto alla questione degli sviluppi postclassici dell'*emptio et venditio*. Nemmeno, quindi, nella produzione normativa del figlio di Galla Placidia sono riuscito a rinvenire i segni di una radicale riforma dell'istituto. Non mi resta, a questo punto, che spingermi avanti fino a Giustiniano.

⁵⁸⁴ P. VOCI, *Tradizione*, cit., 125.

⁵⁸⁵ Sull'alternativa cfr. M. TALAMANCA, *Ancora sul principio*, cit., 23.

CAPITOLO SESTO

LA COSTITUZIONE 17 C. 4.21: ESTENSIONE E INTERPRETAZIONE

SOMMARIO: 1. IL TESTO DELLA COSTITUZIONE: CONFUTAZIONE DELLE IPOTESI IPERINTERPOLAZIONISTICHE. – 2. GLI ALTRI BRANI DELL'UNICA COSTITUZIONE DEL 528 D.C. IN MATERIA DI DOCUMENTAZIONE: UNA BREVE ANALISI – 3. L'ESEGESI DEL TESTO: LA COMPrensIONE DI CONTRATTI NEPPURE POTENZIALMENTE TRASLATIVI. - 4. LA TESTIMONIANZA DEI BASILICI.

1. Il testo della costituzione: confutazione delle ipotesi iperinterpolazionistiche.

Nell'analisi dei testi della decadente giurisprudenza del basso Impero e, soprattutto, nell'indagine intorno alla prassi tardoantica, ho più volte fatto cenno ai problemi legati al valore del documento. Rispetto a quanto si può ricavare dalle opere dei giureconsulti classici, i quali pure, certamente, non ignoravano la possibilità di ricorrere alla documentazione scritta dei negozi⁵⁸⁶, si deve constatare nell'epoca postclassica un accresciuto interesse per la *scriptura*⁵⁸⁷ il cui impiego diveniva sempre più abituale da parte dei sudditi dell'Impero. Al sorgere di questo fenomeno il legislatore, come visto a proposito dei *rescripta* diocleziane, reagì con vigore ribadendo i principi di diritto classico secondo i quali il documento andava valutato alla stregua di qualsiasi altro mezzo di prova. Retaggi di questo modo di pensare si rinvengono ancora chiaramente nella legislazione costantiniana:

Imperator Constantinus. C. J. 4. 21. 15 *In exercendis litibus eandem vim obtinent tam fides instrumentorum quam depositiones testium.* Constant. A. ad pop. a. 317 d. Romae XII k. aug. Gallicano et Basso conss..

E i segni di una certa diffidenza verso il documento da parte del figlio di Costanzo Cloro, ho ritenuto di scorgere anche nella celebre costituzione riportata in *Vat. Fragm.* 35, in cui «l'efficacia probatoria dell'*instrumentum* viene a gravitare, più che sulle dichiarazioni delle parti, sui *testes*, i quali possono far fede della verità dei fatti

⁵⁸⁶ Cfr. *supra*, cap. III, § 2, 65, nt. 295.

⁵⁸⁷ Così G.G. ARCHI, *La prova*, cit., 15 s.

attestati nel documento»⁵⁸⁸. Né si deve dimenticare, d'altronde, che era la presenza dei *testes* a dar fondamento, ultimamente, alla forza probatoria della *testatio*, il documento più tipicamente romano⁵⁸⁹. È chiaro, però, che la perdita del carattere, conservato fino alla fine del Principato, puramente privato dell'*instrumentum*, la cui formazione sempre più spesso era affidata alle mani esperte di un *tabellio*, lo scomparire delle antiche forme solenni di *ius civile* e la potente spinta delle concezioni ellenistiche dovessero necessariamente riverberarsi sulla legislazione imperiale la quale, ormai, non poteva più ignorare il problema del valore dello scritto. In un primo momento gli imperatori presero in considerazione il documento in maniera del tutto generica⁵⁹⁰, ma, poi, lungo un processo le cui singole fasi non interessano in questa sede⁵⁹¹, giunsero a distinguere diversi tipi di documenti (*instrumentum privatum*, *instrumentum quasi publice confectum*, *instrumentum publice confectum*, *instrumentum publicum*) ai quali riconobbero una crescente efficacia probatoria. Nella scia di queste costituzioni s'inserisce anche la costituzione di Giustiniano dalla quale ho preso le mosse e con la quale intendo concludere la presente ricerca. Si tratta di uno dei testi più disputati dell'intero *Corpus iuris civilis*⁵⁹² in cui Giustiniano affronta il problema della forma delle vendite e dei contratti in generale.

Come premesso al principio dell'indagine⁵⁹³, nemmeno il testo della costituzione è andato esente da critiche. Si è infatti sostenuto che «*der uns im Kodex überlieferte Text der Konstitution nicht echt sein kann und von Justinian interpoliert worden ist*»⁵⁹⁴.

⁵⁸⁸ G.G. ARCHI, *La prova*, cit., 20.

⁵⁸⁹ Cfr. *supra*, cap. III, § 2, 70, testo e nt. 310.

⁵⁹⁰ Così, ad esempio, nella citata (cfr. *supra*, cap. V, § 1, 136, nt. 562) costituzione accolta in C. Th. 9. 19. 2 (a. 326), dove Costantino si esprime con queste generiche parole *prolatis instrumentis*. Ma gli esempi si potrebbero moltiplicare: C. Th. 2. 7. 1 = C. J. 3. 11. 2 (a. 314), *instrumenta vel testes*; C. Th. 1. 22. 2 = C. J. 3. 14. 1 (a. 334), *testes vel instrumenta*; C. Th. 9. 37. 3 (a. 382), *testibus... documentis*.

⁵⁹¹ Per l'approfondimento della questione rimando allo studio, incentrato sul problema di G.G. ARCHI, '*Civiliter vel criminaliter agere*', cit..

⁵⁹² Così F. GALLO, *Disposizioni di Giustiniano sulla forma delle vendite*, Torino, 1965, 3. Sull'opera del Gallo cfr. la recensione ampiamente adesiva di D. NARDI, *Giustiniano e la forma delle vendite*, in *Labeo*, XIV, 1968, 214 ss..

⁵⁹³ Cfr. *supra*, cap. I, § 5, 40, testo e nt. 202.

⁵⁹⁴ W. SCHUSTER, *Die funktion*, cit., 52 s.

Prima di esporre la tesi interpolazionistica dello Schuster (che sviluppa autonomamente⁵⁹⁵ uno spunto del Gradenwitz⁵⁹⁶) e passarne al vaglio critico gli argomenti, gioverà riportare «*der uns im Kodex überlieferte Text der Konstitution*»⁵⁹⁷:

Imperator Justinianus C. J. 4. 21. 17 pr. *Contractus venditionum vel permutationum vel donationum, quas intimari non est necessarium, dationis etiam arrarum vel alterius cuiuscumque causae, illos tamen, quos in scriptis fieri placuit, transactionum etiam, quas instrumento recipi convenit, non aliter vires habere sancimus, nisi instrumenta in mundum recepta subscriptionibusque partium confirmata et, si per tabellionem conscribantur, etiam ab ipso completa et postremo a partibus absoluta sint, ut nulli liceat prius, quam haec ita processerint, vel a scheda conscripta, licet litteras unius partis vel ambarum habeat, vel ab ipso mundo, quod necdum est impletum et absolutum, aliquod ius sibi ex eodem contractu vel transactione vindicare: adeo ut nec illud in huiusmodi venditionibus liceat dicere, quod pretio statuto necessitas venditori imponitur vel contractum venditionis perficere vel id quod emptoris interest ei persolvere.*

1. *Quae tam in postea conficiendis instrumentis quam in his, quae iam scripta nondum autem absoluta sunt, locum habere praecipimus, nisi iam super his transactum sit vel iudicatum, quae retractari non possunt: exceptis emptionalibus tantum instrumentis iam vel in scheda vel in mundo conscriptis, ad quae praesentem sanctionem non extendimus, sed prisca iura in his tenere concedimus.*

2. *Illud etiam adicientes, ut et in posterum, si quae arrae super facienda emptione cuiuscumque rei datae sunt sive in scriptis sive sine scriptis, licet non sit specialiter adiectum, quid super isdem arris non procedente contractu fieri oporteat, tamen et qui vendere pollicitus est, venditionem recusans in duplum eas reddere cogatur; et qui emere pactus est, ab emptione recedens datis a se arris cadat, repetitione earum deneganda. a. 528 d. k. iun. Constantinopoli Dn. Iustiniano a. II cons..*

Il testo della costituzione giustiniana del 528 d.C. è stato successivamente riassunto in un (altrettanto celebre) passo delle Istituzioni imperiali:

⁵⁹⁵ Cfr. W. SCHUSTER, *Die funktion*, cit., nt. 92, 52 e nt. 94, 54, dove l'autore afferma di aver appreso della precedente congettura «*erst nach Fertigstellung dieser Arbeit*».

⁵⁹⁶ Cfr. O. GRADENWITZ, *Zu dem Titel C. 8, 36*, cit., 420 il quale si limitò ad affermare che «*hier springt schon das pr. zur emptio ausschließlich zurück, mehr aber noch die Paragraphen, deren daher in der Urlex wohl sicher allein gedacht war, zumal I. 3, 23 pr. dies Gesetz als nur für den Kauf erlassen schildert*»; cfr. anche, «*allerdings ohne nähere Begründung*» (W. SCHUSTER, *Die funktion*, cit., nt. 96, 55), A. D'ORS, *Las arras en la compraventa justiniana*, in ID., *Dos notas críticas*, II, in *IURA*, VI, 1955, 149 ss. secondo cui «*el año 528, Justiniano da una reglamentación especial exclusivamente para la venta 'cum scriptura', es decir, aquella en la que las parte supeditan la perfección del contrato al momento en que la escritura quede completa*», 150 e P. FREZZA, *Le garanzie personali*, in ID., *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano*, I, Padova, 1962 il quale afferma che «*se da una esegesi sistematica [...] si volesse passare ad una esegesi storico-critica [...], l'orientamento che sembra più persuasivo è quello che risale al Gradenwitz, ed al quale sono ritornati recenti studiosi della questione*» e, dunque, ritiene che «*nella redazione del primo Codex, l'imperatore ha regolato ex novo le formalità ad sollemnitate degli atti scritti della sola compravendita (C. IV, 21, 17) ed ha enunciato il regime del negozio arrale, connesso con quello della vendita*», 307.

⁵⁹⁷ W. SCHUSTER, *Die funktion*, cit., 52 s.

*Emptio et venditio contrahitur simulatque de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit ac ne arra quidem data fuerit. nam quod arrae nomine datur argumentum est emptionis et venditionis contractae. sed haec quidem de emptionibus et venditionibus quae sine scriptura consistunt obtinere oportet: nam nihil a nobis in huiusmodi venditionibus innovatum est. in his autem quae scriptura conficiuntur non aliter perfectam esse emptionem et venditionem constituimus, nisi et instrumenta emptionis fuerint conscripta vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem scripta, a contrahente autem subscripta et, si per tabellionem fiunt, nisi et completiones acceperint et fuerint partibus absoluta. donec enim aliquid ex his deest, et poenitentiae locus est et potest emptor vel venditor sine poena recedere ab emptione. ita tamen impune recedere eis concedimus nisi iam arrarum nomine aliquid fuerit datum: hoc etenim subsecuto, sive in scriptis sive sine scriptis venditio celebrata est, is qui recusat adimplere contractum, si quidem emptor est, perdit quod dedit, si vero venditor, duplum restituere compellitur, licet nihil super arris expressum est*⁵⁹⁸.

I due testi, che divergono in taluni punti, hanno generato dispute dottrinali pressoché infinite.

Sotto l'aspetto che ora interessa, si è affermato che, poiché il *Codex Justinianus* fu promulgato il 7 aprile del 529 d.C., con la costituzione *Summa*, «*die vier Jahre später erfolgte Herrstellung der Digesten und Institutionen machte eine Revision der Kodex erforderlich*»⁵⁹⁹ e, in particolare, al fine di adeguarle al contenuto del Digesto, delle Istituzioni e, soprattutto, delle costituzioni promulgate successivamente al 529 d.C., si rese necessaria una *Umgestaltung*⁶⁰⁰ delle costituzioni accolte in «*der sogennante erste Kodex*»⁶⁰¹ prima di recepirle nel *Codex repetitae praelectionis*, promulgato il 16 novembre 534 d.C..

Più precisamente, con specifico riferimento alla citata costituzione 17, posta dai compilatori del *Codex* sotto il titolo 21 *De fide instrumentorum et amissione eorum et antapochis faciendis et de his quae sine scriptura fieri possunt* del libro 4, si è sostenuto che «*gewisse Unreinheiten inhaltlicher und stilistische Art deuten daraufhin, dass auch die Konstitution 17 cit., erlassen im Jahre 528, bei der Herrstellung des zweiten Kodex umgearbeitet bzw. erweitert worden ist*»⁶⁰².

Tale rifacimento emergerebbe fin dall'inizio del *principium* che, secondo lo studioso tedesco, originariamente si sarebbe limitato ad affermare:

Contractus venditionum

⁵⁹⁸ Iustiniani *Institutiones*, 3, 23 pr..

⁵⁹⁹ W. SCHUSTER, *Die funktion*, cit., 53.

⁶⁰⁰ Così W. SCHUSTER, *op. loc. cit.*.

⁶⁰¹ W. SCHUSTER, *op. loc. cit.*.

⁶⁰² W. SCHUSTER, *op. loc. cit.*.

quos in scriptis fieri placuit
non aliter vires habere sancimus, ...
aliquod ius sibi ex eodem contractu
*vindicare*⁶⁰³.

Neppure il secondo paragrafo corrisponderebbe, secondo lo Schuster, all'*ursprünglich Wortlaut* della costituzione poiché l'inserimento dell'inciso *sive in scriptis sive sine scriptis* subito dopo *arrae super facienda emptione cuiuscumque rei datae sunt* sarebbe «*eine von Justinian vorgennomene Interpolation*»⁶⁰⁴.

Pertanto, se lo Schuster fosse nel vero e Giustiniano avesse realmente interpolato se stesso, l'*Urlex* non avrebbe avuto un carattere generale (chiaramente desumibile altrimenti dal genitivo che chiude l'iniziale elenco di contratti *vel alterius cuiuscumque causae*), ma sarebbe stata volta a disciplinare esclusivamente la compravendita *in scriptis*⁶⁰⁵.

Capire se la congettura, dapprima abbozzata dall'ultimo allievo del Mommsen e dipoi compiutamente formulata dallo Schuster, sia vera oppure no è, dunque, della massima importanza al fine (proprio di questa ricerca) di determinare l'intenzione che mosse l'imperatore a emanare la costituzione il primo giugno del 528 d.C..

⁶⁰³ W. SCHUSTER, *Die funktion*, cit., 58; la congettura circa la forma originaria del *principium* corrisponde nella sostanza a quella di O. GRADENWITZ, *Zu dem Titel C. 8, 36*, cit., 420.

⁶⁰⁴ W. SCHUSTER, *Die funktion*, cit., 57; sul punto, concorde con lo Schuster, A. D'ORS, *Las arras*, cit. secondo cui, trattando l'originaria costituzione delle sole vendite *in scriptis*, «*quando, en el 534, Justiniano publicó la nueva edición del Código, entonces, para dar a la constitución del 528 todo el alcance general que tenía ya el pasaje de las Instituciones, se introdujo en el texto de aquélla la frase clave 'sive in scriptis sive sine scriptis'*», 151 (richiamato da W. SCHUSTER, *Die funktion*, cit., 55 s., ntt. 97-98), tesi poi ribadita, in risposta a una critica del Thomas (J. A. C. THOMAS, *Arra in Sale in Justinian's Law*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, XXIV, 1956, 253 ss.), in ID., «*Arra reagitata*»: *Sive in scriptis sive sine scriptis.*, in *IURA*, IX, 1958, 78 ss., dove lo studioso spagnolo conclude affermando «*una vez mas: la frase 'sive in scriptis sive sine scriptis (venditio celebrata est)' me parece que non puede haber surgido independientemente en ambos textos compilatorios. Como, según queda dicho, parece inverosímil que haya pasado de CI.¹ a las Inst., me sigue pareciendo la más probable que haya pasado de las Inst. a CI.²*», 81; cfr., anche, ID., *C. 4, 38, 15 (530), Interpolado por el mismo Justiniano*, in *SDHI*, XXVI, 1960, 325 ss., in replica a J. A. C. THOMAS, *A postscript on arra*, in *IURA*, X, 1959, 109 ss..

⁶⁰⁵ La disciplina posta nel 528 d.C. per la compravendita *cum scriptura* in occasione della redazione del *Novus Iustinianus Codex* sarebbe stata estesa agli altri contratti per mezzo delle interpolazioni proprio allo scopo di attribuirle un significato generale: «*mit der Erweiterung der Konstitution wurde wohl beabsichtigt, dieser eine generelle Bedeutung für alle schriftlich abzufassenden Kontrakte zu verleihen*», W. SCHUSTER, *Die funktion*, cit., 55; in senso analogo, già in O. GRADENWITZ, *Zu dem Titel C. 8, 36*, cit. si legge a proposito di C. 4. 21. 17 «*dafür, wie das Paradigma Kauf bei Kodifikationen durch Aufzählung anderer Verträge erweitert ward*», 420.

Anzitutto si deve riconoscere che la critica esercitata sul testo da entrambi gli autori è «assai raffinata»⁶⁰⁶ e meritevole di grande attenzione⁶⁰⁷.

Gli argomenti addotti, tuttavia, non persuadono del tutto.

Lo Schuster, infatti, poggia la sua ipotesi principalmente su sei distinti argomenti.

Anzitutto egli rileva lo stile maldestro dell'estensore della costituzione che fa fastello di sostantivi disparati legandoli tutti a *contractus*; ciò appare molto strano all'esegeta, inducendolo a congetturare che tutti i genitivi (a eccezione di *venditionum*) dipendenti dal termine con cui s'inizia la costituzione non fossero compresi nel testo originario⁶⁰⁸.

L'argomento in esame, tuttavia, è intrinsecamente debole e il più soggetto alla temperie culturale dell'interpolazionismo, fondandosi «su criteri meramente formali, grammaticali o stilistici»⁶⁰⁹. Non era raro nella prima metà del Novecento che l'interprete si trasformasse in riscrittore del passo il quale, novello Sosia, ben avrebbe potuto protestare «*Illic homo me interpolabit meumque os finget denuo*»⁶¹⁰: troppo spesso, infatti, *die Jagd nach Interpolationen* ha passato i dovuti termini, facendo leva soltanto su valutazioni come questa.

Ma, anche prescindendo da battute di caccia e riserve metodologiche, l'argomento non persuade in sé, né per quel che concerne la forma del testo, soprattutto se raffrontata ad altre costituzioni coeve⁶¹¹, né per quanto riguarda la comprensione di esso, se considerato nella sua interezza, come si avrà modo di precisare più avanti sciogliendo gli ultimi argomenti su cui si basa l'ipotesi critica.

Procedendo nell'ordine dell'autore, la seconda ragione che lo Schuster adduce a dimostrazione della sua congettura si concentra sul genitivo *donationum* che, come gli altri, è retto dal nominativo *contractus*.

⁶⁰⁶ F. GALLO, *Disposizioni*, cit., 66.

⁶⁰⁷ Così G.G. ARCHI, 'Civilliter vel criminaliter agere', cit. 51 s., nt. 3 (ora in ID., *Scritti di diritto romano*, III, *Studi di diritto penale. Studi di diritto postclassico e giustiniano*, Milano, 1981, 1662 s., nt. 132), con riferimento all'esegesi del Gradenwitz (la pubblicazione dello scritto dello Schuster è di dodici anni successiva a quella del saggio dell'Archi), a proposito della quale lo studioso faentino parlava quattro anni prima di «probabili interpolazioni» in ID., *Indirizzi e problemi*, cit. in *Scritti di diritto romano*, III, *Studi*, cit., 1785, nt. 9.

⁶⁰⁸ «*Die Häufung der Substantive, die alle von 'contractus' abhängig sind, erscheint sehr merkwürdig und ist stilistisch ungeschickt. Die Plumpheit dieser Darstellung lässt sich am besten durch die Annahme erklären, dass die Bearbeiter des zweiten Kodex sowohl die 'permutatio' und 'donatio' als auch die 'datio arrharum' und 'transactio' nachträglich in die Konstitution eingefügt haben*», W. SCHUSTER, *Die funktion*, cit., 53.

⁶⁰⁹ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit. 49; lo scritto dello Schuster, sebbene sia del 1959, è figlio dell'ambiente culturale precedente.

⁶¹⁰ PLAUT., *Amph.*, 317.

⁶¹¹ Cfr. *infra*, 159 ss..

Ora, osserva il critico testuale che nella costituzione 17 del 528 d.C. «*Justinian erstmals von einem `contractus donationis` spricht*»⁶¹², ma le costituzioni fondamentali C. 8.53.33-37 per la disciplina normativa della donazione son state emanate nel periodo 528-531 e soltanto all'esito di questo processo di riforma la donazione può essere annoverata tra i contratti, venendo ammesso, con un'innovazione rispetto all'epoca precedente, che essa producesse effetti obbligatori indipendentemente dalla forma stipulatoria.

Da ciò egli arguisce che la costituzione originaria non facesse menzione della *donatio*, la quale sarebbe stata inserita sotto la serie dei contratti soltanto successivamente, in occasione della *repetita praelectio*, quando ormai la legislazione ne aveva riconosciuto espressamente la natura contrattuale⁶¹³.

Neppure questo argomento è convincente.

In primo luogo la costituzione accolta in C. 8.53.33, con cui prende avvio la riforma legislativa della *donatio* che porterà al suo inquadramento tra i contratti, reca la stessa data di C. 4.21.17, essendo entrambe della calende di giugno del 528 d.C..

Prescindendo pure dalla contemporaneità tra queste due costituzioni, pare poi difficile negare che «l'avvicinamento della donazione ai contratti, sino ad esservi ricompresa, non salta fuori come Atena dal capo di Zeus»⁶¹⁴: la ricezione nella legislazione presuppone verosimilmente un analogo impiego nella prassi e una conforme elaborazione nella dottrina.

Non sembra, dunque, che la congettura circa un successivo inserimento a opera dei compilatori del secondo codice sia l'unica spiegazione possibile del riferimento del genitivo *donationum a contractus*.

Osservo, a ogni modo, che se sul punto l'ipotesi critica rispondesse al vero e la donazione non fosse ricompresa nel testo originario della costituzione in quanto (ancora) di per sé improduttiva di effetti obbligatori, ciò costituirebbe un argomento favorevole e non contrario all'esegesi del testo che mi accingo a proporre nel terzo paragrafo.

Segue, nell'esposizione dello Schuster, un terzo e ulteriore indizio dell'estensione della costituzione ad opera dei redattori del secondo codice consistente nella posizione dell'inciso *transactionum etiam, quas instrumento recipi convenit* all'interno del *principium*: l'ultimo contratto specificamente citato prima dell'inciso in esame è il contratto arrale (*contractus [...] dationis etiam arrarum*) seguito dalla

⁶¹² W. SCHUSTER, *Die funktion*, cit., 53.

⁶¹³ W. SCHUSTER, *Die funktion*, cit., 53 s.. Cfr., anche, *infra*, § 4, 192 ss. a proposito dello scolio 1 *ad* Bas. 20.1.2.

⁶¹⁴ M. TALAMANCA, *Osservazioni sull'arra nel diritto giustiniano*, in *Mélanges Philippe Meylan*, I, 1963, 328, nt. 15.

proposizione *illos tamen, quos in scriptis fieri placuit* la quale sembra concludere il discorso che, invece, è riaperto in modo inutile e contorto dalla frase sospetta⁶¹⁵.

Da ciò la legittima conclusione del carattere insitico del riferimento alla transazione.

Non solo la pesante ripetizione *quos in scriptis fieri placuit - quas instrumento recipi convenit* e dell'*etiam* posto quasi al fianco di quello riferito alla *datio arrarum*, ma anche la potenza onnicomprensiva della formula che chiude l'elenco iniziale (*contractus [...] alterius cuiuscumque causae*) rende superfluo il riferimento espresso alla *transactio*, soprattutto se essa viene annoverata tra i *contractus* come avviene per mezzo della declinazione al genitivo⁶¹⁶.

A ciò si potrebbe aggiungere pure l'osservazione che della *transactio* nello stesso *principium* è fatta menzione una seconda volta in un modo che contraddice la prima citazione: mentre, infatti, secondo quanto si è detto, il genitivo *transactionum* è inizialmente riferito a *contractus*, poco dopo, invece, l'ablativo *transactione* è contrapposto a *contractu*, quasi fossero categorie irriducibili l'una all'altra (*ex eodem contractu vel transactione*)⁶¹⁷.

Secondo lo Schuster, seguito in questo dal Gallo⁶¹⁸, entrambi i riferimenti alla *transactio* devono essere espunti per ricostruire il testo originario.

Convengo nell'opinione degli autori citati rispetto all'inciso *transactionum etiam, quas instrumento recipi convenit*.

Peraltro l'alto grado di probabilità dell'interpolazione in esame, lungi dal rafforzarla, rende inverosimile l'ipotesi dello Schuster circa l'altra e contemporanea inserzione di *vel permutationum vel donationum, quas intimari non est necessarium, dationis etiam arrarum vel alterius cuiuscumque causae, illos tamen, quos in scriptis fieri placuit*, «in quanto non si comprenderebbe perché i redattori del *Novus Codex*,

⁶¹⁵ «Einen weiteren Anhaltspunkt für die Erweiterung der Konstitution durch die Verfasser des zweiten Kodex lieferte Stellung des *transactionum etiam, quas instrumento recipi convenit*: nachdem man glaubt, die Aufzählung der Verträge sit mit der *datio arrarum* (*dationis etiam arrarum*) die Worte *illos tamen, quos in scriptis fieri placuit* logisch abgeschlossen, kommt noch, mit einem zweiten *etiam*, die *transactio* wobei auch diese auf das am Anfang stehende *contractus* bezogen ist. Obwohl es vorher schon hiess *quos in scriptis fieri placuit*, folgt nach Erwähnung der *transactio* nochmals *quas instrumento recipi convenit*», W. SCHUSTER, *Die funktion*, cit., 54.

⁶¹⁶ Cfr. F. GALLO, *Disposizioni*, cit., 73 s..

⁶¹⁷ Cfr. F. GALLO, *Disposizioni*, cit., 72 e, anche, ID., *Riflessioni sulla funzione della 'scriptura' in C. 4, 21, 17*, in *Studi in onore di Biondo Biondi*, II, Milano, 1965, 424, nt. 23; anche a proposito del secondo richiamo alla transazione lo Schuster conclude per il carattere insitico senza rilevare però la contraddizione col primo e argomentando, invece, dall'esclusivo riferimento alla vendita nel resto del testo (da cui espunge gli altri contratti citati in apertura), cfr. W. SCHUSTER, *Die funktion*, cit., 54.

⁶¹⁸ F. GALLO, *Disposizioni*, cit., 71 ss..

nello stesso contesto di interpolazione, avrebbero dovuto separare il caso della *transactio*, appesantendo nel modo visto il discorso»⁶¹⁹.

Quanto al secondo richiamo alla transazione confesso di nutrire qualche dubbio in più riguardo al suo «evidente carattere insiticio»⁶²⁰.

La principale ragione per la quale si è concluso che il primo inciso è stato inserito in occasione del *Codex repetitae praelectionis* è che, sotto l'aspetto logico, l'enunciazione separata della transazione, considerata un contratto, e l'elencazione che la precede con una formula conclusiva idonea a comprendere tutti i contratti, non avrebbero senso se entrambe fossero opera della stessa mano.

Ma proprio l'efficacia generale, che si desume dal carattere genuino dell'elenco di contratti con cui si apre la costituzione, mi spinge a dubitare del fatto che il secondo riferimento alla transazione sia anch'esso opera dei compilatori del secondo codice.

Non mi sento di escludere, infatti, che la precisazione *ex eodem contractu vel transactione* fosse presente nel testo originario di C. 4.21.17 *pr.* proprio perché il processo secolare che avrebbe portato la transazione a perdere la natura di patto per trasformarsi in *einen klagbaren Kontrakt*⁶²¹ era in moto da tempo (al punto che già «costituzioni imperiali del III sec. d.C. sembrerebbero dare [...] l'*actio praescriptis verbis* per l'adempimento, riportandola alla generale disciplina dei contratti innominati»⁶²²), ma è probabile che «si sia concluso soltanto con la compilazione del Digesto»⁶²³.

L'opportunità di una simile precisazione potrebbe legarsi proprio, per un verso, al divenire del processo storico di piena contrattualizzazione della *transactio* e, per altro verso, al carattere generalissimo che, secondo quanto avrò modo di precisare nel prossimo paragrafo, verosimilmente aveva la costituzione del 528 d.C..

A ogni modo non mi pare che il carattere genuino o insiticio del secondo richiamo alla transazione sia decisivo rispetto al significato della costituzione nel suo complesso.

Proseguendo nell'analisi degli argomenti su cui poggia l'ipotesi critica dello Schuster, si deve esaminare proprio quello che consiste nella *Betrachtung der Konstitution im Ganzen* e che si appunta sull'inciso con cui si chiude il *principium*:

⁶¹⁹ M. TALAMANCA, *Osservazioni*, cit., 328, nt. 14.

⁶²⁰ F. GALLO, *Disposizioni*, cit., 72.

⁶²¹ W. SCHUSTER, *Die funktion*, cit., 54, nt. 95; l'autore, come anche F. GALLO, *Disposizioni*, cit., 72, nt. 1, rinvia sul punto a M.E. PETERLONGO, *La transazione nel diritto romano*, Milano, 1936, 318 e 321 s..

⁶²² M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit. 643; è opportuno precisare che la trattazione prosegue affermando che «non sono stati, del tutto, fugati i dubbi che tale disciplina sia postclassica», *ibidem*.

⁶²³ F. GALLO, *Disposizioni*, cit., 72. Cfr., anche, *infra*, § 4, 195 ss. a proposito dello scolio 1 *ad Bas.* 20.1.2.

*adeo ut nec illud in huiusmodi venditionibus liceat dicere, quod pretio statuto necessitas venditori imponitur vel contractum venditionis perficere vel id quod emptoris interest ei persolvere*⁶²⁴.

Per usare le parole del Gallo «non si può [...] disconoscere che questo passo possa, a prima vista, far sorgere il sospetto che anche quanto precedeva, nella primitiva stesura, riguardasse soltanto la compravendita»⁶²⁵; pur tuttavia è proprio una considerazione complessiva della legge 17 a rendere inverosimile l'ipotesi interpolazionistica⁶²⁶.

Prima di compiere questa valutazione unitaria, però, è opportuno esporre anche il penultimo argomento dello Schuster che è connesso al precedente: egli afferma che soltanto l'espunzione dal *principium* di ogni riferimento alla transazione rende comprensibile il primo paragrafo della costituzione⁶²⁷ (che ritiene genuino al pari del Gradenwitz⁶²⁸) e, in particolare, l'inciso *nisi iam super his transactum sit* in esso contenuto; egli infatti si domanda «*wie ist aber ein 'transigere' über diese noch nicht perfekten Ukrunden möglich, wenn schon das 'instrumentum' selbst eine 'transactio' enthält?*»⁶²⁹ e conclude che la contraddizione tra il *principium* e il § 1 si spieghi con un intervento non sufficientemente meditato dei compilatori sul passo iniziale, che ciò costituisca un'altra prova del fatto che la costituzione del 528 d.C. dettava esclusivamente una disciplina della vendita *cum scriptura* e che «*die Erwähnung der übrigen Kontrakte als ein durch die Neufassung des Kodex veranlasster Zusatz zu betrachten ist*»⁶³⁰.

L'argomento dello Schuster non è fondato e ciò appare manifestamente sia se si considera il significato dell'inciso *nisi iam super his transactum sit* nel seno soltanto del § 1, sia se si raffronta la struttura del *principium* con quella del paragrafo che segue.

Quanto al primo aspetto, è evidente che la norma che si ricava dalla prima parte del § 1 e contiene l'inciso *nisi iam super his transactum sit* si contrappone all'altra enunciata nella seconda parte e riferita in via eccezionale ai soli documenti di compravendite (*exceptis emptionalibus tantum instrumentis*): la natura eccezionale della disposizione sugli *emptionalia instrumenta* prova inconfutabilmente che il § 1 dettava regole anche per documenti diversi e che proprio a tali documenti, non conformi ai

⁶²⁴ W. SCHUSTER, *Die funktion*, cit., 54 s.; le parole citate si leggono alla pagina 54.

⁶²⁵ F. GALLO, *Disposizioni*, cit., 84.

⁶²⁶ Cfr. *infra*, 156 ss..

⁶²⁷ W. SCHUSTER, *Die funktion*, cit., 55.

⁶²⁸ Nota, anzi, M. TALAMANCA, *Osservazioni*, cit, «come entrambi questi autori, anche se in modo diverso, si fondino addirittura sul § 1 per dimostrare l'interpolazione del pr.», 328, nt. 13.

⁶²⁹ W. SCHUSTER, *Die funktion*, cit., 55.

⁶³⁰ W. SCHUSTER, *op. loc. cit.*.

requisiti posti nel *principium*, si riferiva la disposizione generale, prevedendo il giudicato o la transazione (si suppone formalmente perfetta) come fatti impeditivi all'applicazione retroattiva⁶³¹.

Quanto al secondo aspetto, proprio il carattere genuino del § 1 (a proposito del quale, si ribadisce, neppure lo Schuster sospetta interpolazioni) è un argomento forte a sostegno della sostanziale⁶³² genuinità del *principium*, data la corrispondenza quasi simmetrica nella struttura dei due passi⁶³³.

La struttura della disposizione del *principium*, infatti, si compone di tre parti: nella prima (*Contractus...absoluta sint*), con riferimento specifico ai contratti di vendita, di permuta, di donazione e di dazione di arre⁶³⁴ e generico a qualunque altro, si sancisce la nullità dei contratti se le parti, una volta scelta, anche al di fuori di espresse disposizioni di legge, la redazione per iscritto, non abbiano soddisfatto i requisiti di forma individuati dall'imperatore; seguono due precisazioni, l'una di portata generale (*ut nulli liceat prius...vindicare*), l'altra riferita in particolare alle vendite (*adeo ut nec illud in huiusmodi venditionibus... persolvere*).

Poiché l'imperatore ha ordinato nella prima parte che i contratti privi dei requisiti di forma da lui imposti *non aliter vires habere* né l'una, né l'altra precisazione è necessaria sotto l'aspetto logico, come neppure lo è, nella prima parte, la specifica previsione di singoli tipi contrattuali a fronte di una generica formula come *contractus ... cuiuscumque causae*.

Eppure le precisazioni si rilevano opportune e, contrariamente a quanto ritenuto dallo Schuster e dal Gradenwitz, a mio giudizio si spiegano reciprocamente per mezzo dell'osservazione che dei contratti espressamente citati la vendita è l'unico a essere puramente consensuale: non è assurdo, dunque, che l'imperatore, dopo aver puntualizzato con una precisazione di ordine generale che prima dell'adempimento dei requisiti di forma a nessuno sarà più concesso pretendere per sé alcun diritto, avverta l'esigenza di chiarire con una seconda precisazione che ciò non sarà possibile neppure nel caso delle vendite, per le quali (come più diffusamente spiegherò a breve⁶³⁵) più

⁶³¹ Cfr., nello stesso senso, F. GALLO, *Riflessioni*, cit., 415 s., nt. 2; ID., *Disposizioni*, cit., 75 s.; M. TALAMANCA, *Osservazioni*, cit., 328, nt. 15; restava dubbioso sull'ipotesi del Gradenwitz (non essendo ancora stata sviluppata, al tempo in cui scriveva, l'analoga congettura dello Schuster) circa l'originario riferimento della costituzione alla sola vendita *in scriptis* già G.G. ARCHI, *Civiliter vel criminaliter agere*, cit. 52, nt. 3 (ora in ID., *Scritti di diritto romano*, III, *Studi*, cit., 1663, nt. 132); cfr., anche, ID., *Indirizzi e problemi*, cit., in *Scritti di diritto romano*, III, *Studi*, cit., 1785 nt. 9 e 1849, nt. 123 e ID., *Studi sulla 'stipulatio'*: I. La *'querella non numeratae pecuniae'*, in *Scritti di diritto romano*, I, *Metodologia e giurisprudenza. Studi di diritto privato*, Milano, 1981, 617, nt. 240.

⁶³² A eccezione dell'inciso *transactionum etiam, quas instrumento recipi convenit*, per il cui carattere insitico cfr. *supra*, 152 ss..

⁶³³ Cfr. F. GALLO, *Disposizioni*, cit., 86 s..

⁶³⁴ Per la transazione cfr. *supra*, 153 s..

⁶³⁵ Per cui cfr. *infra*, § 3, 175 ss. e § 4, 192 ss. con riferimento soprattutto alla testimonianza dello scolio 2, di Taleleo, a Bas.22.1.76: 'Ἐπειδὴ ἡ πρᾶσις ἐξ αὐτοῦ τοῦ συμφώνου συνίσταται, κἂν ἀγράφως κἂν ἐγγράφως ἐγίνετο, [...] διάταξις βούλεται, εἰ μὲν ἀγράφως θέλουσι γενέσθαι τὸ συνάλλαγμα, πάντα ταῦτα ἀγράφως ἐρρῶσθαι .

forte era il dubbio giacché, evidentemente, una eco lontana del carattere consensuale ancora risuonava nell'epoca post-classica sotto la forma di una possibile scissione della vicenda traslativa in due momenti, il primo produttivo di soli vincoli obbligatori e corrispondente, grosso modo, a quel che anche oggi è detto compromesso e il secondo in cui si attestava lo scambio della cosa verso il prezzo⁶³⁶.

La struttura del paragrafo seguente corrisponde a quella del *principium* appena analizzata: anche nel § 1, infatti, alla norma transitoria generale segue una speciale riferita alla sola vendita.

Se si dovessero tener fermi i risultati della *textkritischen Untersuchung* dello Schuster «tutta la struttura della costituzione verrebbe quindi mandata a gambe all'aria»⁶³⁷.

Neppure l'ultimo argomento addotto dallo Schuster (e, ancor prima, dal D'Ors⁶³⁸) mi sembra meritevole di essere accolto, fermo restando che, data la sua portata circoscritta, non sarebbe comunque idoneo, di per sé, a rendere legittima l'ipotesi di un testo originario concernente la sola *venditio in scriptis*.

Esso riguarda il § 2 e, in particolare, l'inciso *sive in scriptis sive sine scriptis* ritenuto interpolato al fine di adeguare, in occasione della pubblicazione del *Codex repetitae praelectionis*, il testo della costituzione del 528 al brano delle Istituzioni che nel frattempo erano state emanate con la costituzione *Imperatoriam maiestatem* del 21 novembre 533 d.C. e contenevano l'inciso *sive in scriptis sive sine scriptis venditio celebrata est* nel passo parallelo riportato al principio di questo paragrafo.

Lo Schuster ritiene di aver dimostrato la trasmigrazione dell'inciso *sive in scriptis sive sine scriptis* dalle Istituzioni alla costituzione in forza di una nota temporale: egli infatti osserva che, con l'eccezione di C. 4.21.17, «*die Wendung* [...]

⁶³⁶ Cfr., in senso analogo circa una corrispondenza con il moderno compromesso, V. ARANGIO-RUIZ *La compravendita*², cit., 98 ss..

⁶³⁷ M. TALAMANCA, *Osservazioni*, cit., 328.

⁶³⁸ Cfr. *supra*, 150, nt. 604.

nur in Konstitutionen erscheint, die erst nach Fertigstellung des ersten Kodex erlassen wurden, folglich in diesem noch nicht enthalten waren»⁶³⁹.

Da ciò egli trae la conseguenza che la locuzione non era ancora in uso al tempo della promulgazione del *Novus Codex Iustinianus* avvenuta il 7 aprile del 529 con la costituzione *Summa reipublicae* e sarebbe stata introdotta nella legge 17 (e nelle altre costituzioni anteriori al secondo codice) soltanto successivamente, in occasione della *repetita praelectio*.

A questo proposito, tuttavia, si può osservare anzitutto che la presenza dell'espressione *sive in scriptis sive sine scriptis* in C. 4.21.17 si spiega nel modo più piano e semplice possibile come opportuna precisazione dei redattori della costituzione i quali, al momento di dettare la disciplina sostanziale del contratto arrale, ritennero conveniente ribadire anche la disciplina formale del contratto⁶⁴⁰, secondo quanto stabilito sul punto nel *principium*.

Precisazione ancor più appropriata se s'interpreta *super facienda emptione* come riferito implicitamente a una *venditio in scriptis*, secondo quanto chiarirò nel terzo paragrafo⁶⁴¹.

Non mi sembra dunque necessario ricorrere alla congettura di un'inserzione a opera dei compilatori del secondo (o anche del primo) codice per spiegare un fatto che può essere adeguatamente giustificato limitandosi all'analisi del testo così come la tradizione ce lo ha consegnato.

Inoltre, è stato acutamente osservato «che dal 1°. VI. 528 al 7. IV. 529 sono molto poche le costituzioni in cui Giustiniano avrebbe potuto introdurre, relativamente alla forma dei contratti, l'alternativa *sive in scriptis sive sine scriptis*»⁶⁴².

Infine, le costituzioni citate dallo Schuster sono soltanto una parte di quelle in cui compare l'inciso sospetto.

⁶³⁹ W. SCHUSTER, *Die funktion*, cit., 57 s.; i passi citati dallo Schuster alla pagina 57 sono CI. 2.18.24.2 (530): *Sed ex quo die attestatio ad eum facta est vel in scriptis vel sine scriptis*; CI. 2.55.5 pr. (530): *Sancimus in eos arbitros, quos praediximus et quos talis consensus elegerit sub eo pacto in scriptis vel non in scriptis habito*; CI. 4.38.15.1 (530): *... ut, ... omnimodo secundum eius aestimationem et pretia persolvi et venditionem ad effectum pervenire, sive in scriptis sive sine scriptis contractus celebretur*; CI. 5.11.6 (428): *Ad exactionem dotis, quam semel praestari placuit, qualiacumque sufficere verba censemus, sive scripta fuerint, sive non*, in cui, come rileva anche F. GALLO, *Riflessioni*, cit., 416, nt. 2 (dove altre citazioni di costituzioni anteriori), «senza dubbio [...] il richiamo alla disciplina stabilita in C. 4.21.17 è dovuto ai commissari giustiniane»; CI. 5.13.1.1 (530): *Rei uxoriae itaque actione sublata sancimus omnes dotes per ex stipulatu actionem exigi, sive scripta fuerit stipulatio sive non*; CI. 6.4.3 pr. (30 ottobre 529): *... vel in libertatibus, quae inter vivos actitantur, vel in his, quae ex testamento vel codicillis scriptis vel sine scriptis habitis proficiscuntur*; CI. 6.51.1.14 (534): *Haec autem omnia locum habere censemus tam in testamentis sive scriptis sive sine scriptis habitis quam in codicillis*; CI. 8.55.10 (530): *vel quasdam conventiones sive in scriptis donationi impositas sive sine scriptis habitas*; Nov. 34.1 (535): *nemine penitus eorum audente terrulas detinere sub occasione feneratoriae cautionis, sive in scriptis sive sine scriptis credita sunt contracta*.

⁶⁴⁰ Cfr., nello stesso senso, M. TALAMANCA, *Osservazioni*, cit., 328 s., nt. 3.

⁶⁴¹ Cfr. anche, *infra*, 160, nt. 645 e § 3, 188 s.

⁶⁴² M. TALAMANCA, *Osservazioni*, cit., 328, nt. 3.

Come rilevato dal Gallo⁶⁴³, infatti, l'alternativa tra conclusione per iscritto o non per iscritto compare anche in un certo numero di costituzioni che lo studioso tedesco ha ommesso di considerare, alcune precedenti al secondo Codice, altre persino al primo; poiché in parecchie di esse «la menzione delle due forme di contrattazione non presenta sicuramente carattere insitico»⁶⁴⁴ anche per questa via cade il ragionamento dello Schuster rispetto alla generalizzazione della disciplina che sarebbe avvenuta soltanto nel 534 d.C..

In particolare, tra le costituzioni citate dal Gallo, ritengo opportuno soffermare l'attenzione su una, coeva a C.4.21.17: C. 4.20.18, anch'essa del 1° giugno del 528 d.C..

Imperator Justinianus C. J. 4. 20. 18 pr. *Testium facilitatem, per quos multa veritati contraria perpetrantur, prout possibile est, resecantes omnibus praedicimus, qui in scriptis a se debita rettulerunt, quod non facile audientur, si dicant omnis debiti vel partis solutionem sine scriptis fecisse velintque viles et forsitan redemptos testes super huiusmodi solutione producere, nisi quinque testes idonei et summae atque integrae opinionis praesto fuerint solutioni celebratae hique cum sacramenti religione deposuerint sub praesentia sua debitum esse solutum, ut scientes omnes ita ea statuta esse non aliter debitum vel partem eius persolvant, nisi vel securitatem in scriptis capiant vel observaverint praefatam testium probationem: his scilicet, qui iam sine scriptis debitum vel partem eius solverunt, praesenti sanctione merito excipiendis.*

1. *Sin vero facta quidem securitas sit, fortuito vero casu vel incendii vel naufragii vel alterius infortunii perempta, tunc liceat his qui hoc perpessi sunt causam peremptionis probantibus etiam debiti solutionem per testes probare damnumque ex amissione instrumenti effugere.* a. 528 d. k. iun. Constantinopoli Dn. Iustiniano a. II cons..

Giustiniano mostra una certa ostilità verso la (sola) prova per testimoni a opera dei quali «si perpetrano molti misfatti contrari alla verità» e, pertanto, la dichiara

⁶⁴³ Cfr. F. GALLO, *Riflessioni*, cit., 415 s., nt. 2, che, in aggiunta alle costituzioni richiamate dallo Schuster, cita tra quelle precedenti a Giustiniano in cui l'autore riconosce la mano dei commissari: C. 6.36.8.3 = CTh.4.4.7.2 (a. 424): *In omni autem ultima voluntate excepto testamento quinque testes vel rogati vel qui fortuito venerint in uno eodemque tempore debent adhiberi, <sive in scriptis sive in sine scriptis voluntas conficiatur> ...*; C.2.4.28 pr. (a. 294): *Sive apud acta rectoris provinciae sive sint actis, <scriptura intercedente vel non>, transactio interposita est, hanc servari convenit*; C.2.45.1 (a.293): *Si inter minores quinque et viginti annis <vel scriptura interposita vel sine scriptura facta> sine dolo divisio est eamque post legitimam aetatem ratam fecerunt, manere integram debere convenit*; C.8.53.29 (a. 428): *In extraneos et saepe ignotos donationem collatam valere receptum est: <et si sine scripto donatum quod fuerit, adhibitis aliis idoneis documentis hoc quod geritur comprobetur>*; C. 8.53.31.1 (a. 478): *Verum et alias donationes, quas gestis non est necessarium adlegari, si forte per tabellionem vel alium scribantur, et sine testium subnotatione valere praecipimus, ita tamen, si ipse donator vel alius voluntate eius secundum solitam observationem subscripserit: donationibus, <quae sine scriptis conficiuntur>, suam firmitatem habentibus secundum constitutionem theodosii et valentiniani ad hierium praefectum praetorio promulgatam.*

Tra quelle giustiniane, il Gallo ricorda anche C. 3.28.31 e C.6.23.26 (che verosimilmente erano parte di una stessa costituzione del dicembre 528); C. 1.3.54 (56) (a. ?); C.7.63.5.6 (a. 529); C. 4.29.23 (a. 530); C. 8.56.4 (a. 530); C. 4.29.25.2 (a. 531); C. 6. 23.29.6 (a. 531); C. 8.40.27 (a. 531); oltre a C. 4.20.18 (a. 528) per la quale v. *infra* nel testo.

Osserva, peraltro, lo studioso piemontese che nelle Istituzioni imperiali la disciplina posta da C.4.21.17 è richiamata anche in materia di donazione (I. 2.7.2) e di testamento (I. 2.10.14), nonché in alcuni luoghi del Digesto, tra i quali mi preme sottolineare D. 19.2.13.11, su cui tornerò nel terzo paragrafo.

⁶⁴⁴ F. GALLO, *op.loc.cit.*

inammissibile per l'avvenire (*his scilicet, qui iam sine scriptis debitum vel partem eius solverunt, praesenti sanctione merito excipiendis*⁶⁴⁵) per quel che concerne il pagamento di un debito che risulti da un atto scritto, a meno che non ci sia stata una perdita incolpevole (dovuta alle specifiche cause indicate che l'interessato dovrà provare) della *securitas in scriptis* che attestava l'estinzione del debito (§ 1) oppure si tratti di *quinque testes idonei et summae atque integrae opinionis*.

La costituzione in esame rileva sotto più aspetti rispetto alla questione dell'originario ambito di efficacia di C. 4.21.17.

Anzitutto la contrapposizione tra la *securitas in scriptis* e la *solutio sine scriptis* da provarsi per testimoni regge l'intera costituzione e corrisponde all'alternativa *sive in scriptis sive sine scriptis* della legge 17: poiché l'espunzione dell'inciso dalla prima mi sembra inconcepibile, mi pare inverosimile pensare che esso sia stato introdotto nella seconda in un tempo successivo alla sua promulgazione⁶⁴⁶.

Tanto più che la promulgazione di entrambe è delle calende di giugno e già l'Archi aveva notato che è assai probabile che si tratti di frammenti d'«*un texte législatif complexe de l'an 528*»⁶⁴⁷ che egli ricostruisce, accogliendo un suggerimento del Krüger, in questo modo: «C.I., 1, 4, 21⁶⁴⁸; 4, 2, 17; 4, 20, 18; 4, 21, 17; 4, 30, 14; 4, 30, 15 (?); 5, 15, 3; 10, 22, 5 (4)⁶⁴⁹»⁶⁵⁰; per usare le parole dell'insigne maestro «la lettura dei vari frammenti rivela che unico era il problema oggetto della riforma legislativa, quello della documentazione dei contratti, sia nel loro costituirsi che nel loro estinguersi»⁶⁵¹.

Con ciò è definitivamente superato anche l'ultimo argomento, che lo Schuster traeva dalla presenza dell'inciso *sive in scriptis sive sine scriptis* nel § 2, a sostegno della sua ipotesi di ricostruzione critica dell'*ursprünglich Wortlaut* di C. 4.21.17.

⁶⁴⁵ Giustiniano fissa un'eccezione per i debiti che, alla promulgazione della legge, siano già stati pagati senza che sia stata pretesa una quietanza scritta. È interessante notare che si suppone implicitamente che il debito estinto *sine scriptis* risultasse, invece, da atto scritto, poiché la disciplina iniziale, alla quale si pone l'eccezione in esame, riguardava *qui in scriptis a se debita rettulerunt*. Ciò non mi sembra privo di significato rispetto all'interpretazione del *super facienda emptione* in C.4.21.17.2, come avrò modo di spiegare nel terzo paragrafo.

⁶⁴⁶ Cfr., in senso analogo, F. GALLO, *Disposizioni*, cit., 76 ss..

⁶⁴⁷ G.G. ARCHI, *Le classicisme de Justinien*, in *Revue Historique de Droit Français et Etranger*, XLVI, 1968, 589, poi tradotto e ripubblicato con il titolo ID., *Il classicismo di Giustiniano*, in *Giustiniano legislatore*, Bologna, 1970, 164, da cui la successiva citazione (più precisa sul punto esplicito in nota rispetto all'originario testo francese).

⁶⁴⁸ «Riprodotta in C.I., 4, 30, 14, 5-6 (e non 6-7 come, per una svista, Krüger, *Codex Iustinianus*, editio stereotypa, p. 41, n. 5)».

⁶⁴⁹ «Riprodotta anche in C.I., 4, 30, 14, 1».

⁶⁵⁰ G.G. ARCHI, *op. loc. cit.*. Le note citate corrispondono nel testo ai numeri 29 e 30 del testo. L'ipotesi del Krüger era stata accolta dall'Archi già nel 1938 in ID., *Studi sulla 'stipulatio'*, cit. in *Scritti di diritto romano*, I, *Metodologia*, cit., 617 e poi ripresa in ID., *'Civiliter vel criminaliter agere'*, cit. 52, nt. 3 (ora in ID., *Scritti di diritto romano*, III, *Studi*, cit., 1663, nt. 132); cfr. U. ZILLETI, *Studi sulle prove nel diritto giustiniano*, in *Bollettino dell'Istituto di Diritto Romano*, LXVII, 1964, 192 ss., il quale aderisce espressamente all'opinione del Krüger e dell'Archi e definisce C. 4.21.17 e C. 4.20.18 «*cc. iungendae*: aggiungasi C. 4.30.14; 15 (?); 5.15.3», 192, nt. 106.

⁶⁵¹ G.G. ARCHI, *Studi sulla 'stipulatio'*, cit. in *Scritti di diritto romano*, I, *Metodologia*, cit., 617.

A riprova dell'intuizione del Krüger mi pare, inoltre, di poter rinvenire tra i due testi anche una certa (invero non strettissima) analogia sul piano formale poiché anche in C. 4.20.18 pr., come in C. 4.20.17 pr., si trova una precisazione, che si apre con *ut scientes omnes ita*, la quale non è logicamente necessaria, né circa l'ammissibilità della quietanza scritta (*securitatem in scriptis capiant*), avendo posto nella prima parte una regola *super sine scriptis solutione*, né rispetto all'ammissibilità dei cinque testimoni di specchiata moralità (*vel observaverint praefatam testium probationem*), che era già stata espressamente affermata; eppure né l'una, né l'altra possono dirsi inopportune.

Sulla formulazione dell'eccezione posta in chiusura del *principium* di C. 4.20.18 intendo tornare nel terzo paragrafo a proposito dell'interpretazione di C. 4.21.17.2⁶⁵².

2. *Gli altri frammenti dell'unica costituzione del 528 d.C. in materia di documentazione: una breve analisi.*

Nonostante il carattere frammentario delle testimonianze imponga la massima prudenza nel procedere a valutazioni unitarie, la via, appena tracciata dal Krüger e intrapresa dall'Archi⁶⁵³ (in ciò seguito, almeno in parte, dal Gallo⁶⁵⁴), di lumeggiare reciprocamente i vari brani citati mi pare la più proficua, pur non sottovalutando il rischio di fraintendimenti, come in un gioco di specchi.

Mi pare opportuno, quindi, soffermare brevemente l'attenzione anche su C. 4.2.17, C. 4.30.14 e C. 5.15.3⁶⁵⁵, dando risalto ai soli aspetti di ciascuna che ritengo possano assumere rilevanza rispetto al significato di C. 4.21.17, della quale mi occuperò nel prossimo paragrafo.

Proseguendo, pertanto, il discorso sugli altri brani citati, osservo che il nesso che avvince la costituzione che si è fuggevolmente esaminata alla fine del precedente

⁶⁵² Cfr. *infra*, § 3, 187 s.

⁶⁵³ Cfr. *supra*, 160, nt. 647; in particolare cfr. G.G. ARCHI, *Studi sulla 'stipulatio'*, cit. in *Scritti di diritto romano*, I, *Metodologia*, cit., dove l'autore si serve delle altre costituzioni per l'esegesi di C. 4.30.14, a proposito della quale rileva che la «precedente critica [...] ha [...] avuto il torto di considerare la costituzione così isolata», mentre, a giudizio dell'insigne studioso, «il suo vero significato e la sua importanza nella evoluzione storica si colgono, invece, solo ricostruendo con i vari frammenti a noi pervenuti quell'originale, del quale il nostro testo non è che una parte», 617; cfr. anche, nello stesso senso a proposito di C. 4.30.14, M.R. CIMMA, *De non numerata pecunia*, Milano, 1984, 171 s., nt. 6.

⁶⁵⁴ F. GALLO, *Disposizioni*, cit., 79 ss., dove l'autore desume argomenti a favore della genuinità di C. 4.21.17 «dalla valutazione complessiva di questo e degli altri luoghi del Codice che furono verosimilmente tratti da un'unica costituzione», 79; cfr. anche ID., *Riflessioni*, cit., 428 ss..

⁶⁵⁵ Per C. 1, 4, 21 e 10, 22, 5 (4) cfr., *supra*, ntt. 648, 649. Quanto a 4, 30, 15 (?), l'incertezza sulla datazione mi suggerisce di non prenderla in considerazione.

paragrafo a quella riportata in C. 4.2.17 (ma anche agli altri testi citati) è così stretto da potersi dire evidente⁶⁵⁶.

Gioverà, dunque, alla prosecuzione dell'indagine fare una breve analisi anche di questo brano.

Imperator Justinianus C. J. 4. 2. 17. *Super chirographariis instrumentis haec pro communi utilitate sancienda duximus, ut, si quis pecunias credere supra quinquaginta libras auri voluerit vel super reddito debito securitatem accipere, cum amplius sit memorata quantitate, sciat non aliter debere chirographum a debitore vel creditore percipere, quam si testimonium trium testium probatae opinionis per eorum subscriptiones idem chirographum capiat. nam si citra huiusmodi observationem chirographum pro pecuniis memoratam auri quantitatem excedentibus proferatur, minime hoc admitti ab iudicantibus oportet. quod in futuris creditis vel debitorum solutionibus locum habere oportet.* a. 528 d. k. iun. Constantinopoli Dn. Iustiniano a. II cons..

L'imperatore detta una disciplina sui documenti di mutui superiori a cinquanta libbre d'oro (*supra quinquaginta libras auri*) fissandone le formalità di redazione (sottoscrizione del chirografo da parte di tre testimoni di specchiata moralità).

Sotto questo aspetto Giustiniano non distingue tra la *cautio debiti* e l'*apocha* ponendo, invece, sullo stesso piano le volontà sia di redigere il documento che attesti la costituzione del vincolo obbligatorio, sia di redigere quello che ne provi l'estinzione: *voluerit* è, infatti, una sorta di zeugma, poiché se si unisce in modo armonico a *securitatem accipere* che lo segue, regge, tuttavia, anche *pecunias credere* che lo precede, sottintendendo (giacché la disposizione è posta *super chirographariis instrumentis*) che siasi convenuto che la volontà di dare il denaro a mutuo si manifesti per iscritto.

Tralasciando i dettagli della prescrizione formale (assai rilevante per la ricostruzione dei diversi tipi documentali poiché s'inserisce nel «movimento legislativo che mira a potenziare l'efficacia della *scriptura* con quella della testimonianza orale»⁶⁵⁷, ma che non interessa in questa sede), ritengo importante sottolineare che la sanzione posta dalla norma per il caso di inosservanza della forma prescritta è di natura processuale, determinando l'inammissibilità in giudizio della prova priva dei requisiti di legge: *nam si citra huiusmodi observationem chirographum pro pecuniis memoratam auri quantitatem excedentibus proferatur, minime hoc admitti ab iudicantibus oportet.*

⁶⁵⁶ In senso analogo, ma con l'eccezione di C. 4.21.17 (a proposito della quale aveva un peso l'ipotesi critica del Gradenwitz, per la cui confutazione cfr. *supra*, § 1, 149 ss.), cfr. G.G. ARCHI, 'Civiliter vel criminaliter agere', cit. 52, nt. 3 (ora in ID., *Scritti di diritto romano*, III, *Studi*, cit., 1962, nt. 132).

⁶⁵⁷ G.G. ARCHI, *Indirizzi e problemi*, cit. in *Scritti di diritto romano*, III, *Studi*, cit., 1850.

Tanto la formulazione iniziale quanto la sanzione finale m'inducono a interpretare il passo nel senso che si riferisca a un documento che modernamente chiameremmo probatorio.

Quanto alla prima, rileva la parificazione tra il documento contrattuale e la quietanza scritta: poiché, come già ricordava Ulpiano, *liberatio contingit [...] apocha non alias, quam si pecunia soluta sit* (D. 46.4.19.1, in contrapposizione all'efficacia estintiva dell'*acceptilatio*), l'eguale atteggiarsi della volontà dell'interessato (*si quis pecunias credere [...] voluerit vel [...] securitatem accipere*) rispetto alla ricevuta che è emessa dal creditore soddisfatto nell'interesse del mutuatario e alla *cautio debiti*, che, al contrario, è data dal debitore e vergata nell'interesse del mutuante, a mio giudizio, è il segno di un'eguale considerazione dei due documenti, i quali, d'altronde, hanno la medesima efficacia (*sciat non aliter debere chirographum a debitore vel creditore percipere...*), in entrambi i casi soltanto probatoria, stante l'indiscutibile valore meramente probatorio dell'*apocha*, non costituendo essa, certo, il titolo della liberazione del debitore⁶⁵⁸.

Una conferma di quest'interpretazione mi pare potersi ricavare, poi, anche dalla sanzione posta dall'imperatore verso la fine della disposizione: poiché *hoc* è riferito a *chirographum* non mi pare che il legislatore, vietandone per l'avvenire⁶⁵⁹ l'ammissione in giudizio, tocchi la validità e l'efficacia dell'atto giuridico a cui l'*instrumentum* si riferisce⁶⁶⁰.

A tal proposito gioverà tener presente quel che si è qui detto circa C. 4.2.17 al momento di compiere l'esegesi di C. 4.21.17 nel prossimo paragrafo.

Quest'ultima mi pare sia in rapporto di analogia stretta sotto l'aspetto formale con un altro dei brani escerpiti dalla più ampia costituzione sulla documentazione del 528 d.C.: C. 4.30.14.

Imperator Justinianus C. J. 4. 30. 14 pr. *In contractibus, in quibus pecuniae vel aliae res numeratae vel datae esse conscribuntur, non intra quinquennium, quod antea constitutum erat, non numeratae pecuniae exceptionem obicere possit, qui accepisse pecunias vel alias res scriptus sit, vel successor eius, sed intra solum biennium continuum, ut eo lapsa nullo modo querella non numeratae pecuniae introduci possit: his scilicet, qui propter aliquas causas specialiter legibus expressas etiam lapsa*

⁶⁵⁸ Che non si tratti dell'*ἀποχή*, atto formale di diritto greco, è confermato da C. 4.30.14.2, per cui cfr. *infra* nel testo, 165 ss. Sull'efficacia dispositiva della ricevuta scritta nel mondo greco-egizio cfr. A. B. SCHWARZ, *Die öffentliche und private Urkunde im römischen Ägypten Studien zum hellenistischen Privatrecht*, Leipzig, 1920, 97 ss..

⁶⁵⁹ In conclusione si afferma che quanto disposto *in futuris creditis vel debitorum solutionibus locum habere oportet*.

⁶⁶⁰ Cfr., in senso analogo, G.G. ARCHI, *Studi sulla 'stipulatio'*, cit. in *Scritti di diritto romano*, I, *Metodologia*, cit., 618, nt. 242. Poiché con il presente studio mi limito a indagare l'intenzione che mosse Giustiniano nel 528 d.C. a emanare l'ampia costituzione in esame e, in particolare, il brano inserito dai compilatori in C. 4.21.17, non tengo in considerazione il celebre passo (I. 3.21) in cui l'imperatore qualifica la *cautio debiti*, una volta scaduto il termine per opporre l'*exceptio non numeratae pecuniae*, come un contratto letterale (al di là del fatto che tale qualificazione ha «un valore meramente descrittivo ed epifenomenico», M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit. 580).

quinquennio in praeteritis temporibus adiuvabantur, etiam in posterum, licet biennium pro quinquennio statutum est, eodem auxilio potituris.

1. *Sed quoniam securitatibus et instrumentis depositarum rerum vel pecuniarum talem exceptionem opponere litigatores conantur, iustum esse prospicimus huiusmodi potestatem in certis quidem casibus prorsus amputare, in aliis vero brevi tempore concludere. ideoque sancimus instrumento quidem depositionis certarum rerum vel certae pecuniae securitatibusque publicarum functionum, sive in solidum sive ex parte solutae esse conscribantur, illis etiam securitatibus, quae post confectionem dotalium instrumentorum de soluta dote ex parte vel in solidum exponuntur, nullam exceptionem non numeratae pecuniae penitus opponi.*

2. *Super ceteris vero securitatibus, quae super privatis debitis a creditore conscribuntur partem debiti sortis vel usurarum nomine solutam esse significantes, vel adhuc feneratoria cautione apud creditorem manente, solidi tamen debiti solutionem factam esse demonstrantes, vel etiam futuram esse redhibitionem instrumenti feneratorii promittentes, vel si qua alterius cuiuscumque contractus gratia, in qua numeratio pecuniarum vel datio certarum specierum scripta est, securitas similiter data sit depensas esse pecunias vel alias res vel partem earum significans, intra triginta tantummodo dies post huiusmodi securitatis expositionem connumerandos exceptionem non numeratae pecuniae posse obici, ut, si hi transacti fuerint, eadem securitas ab iudicantibus omnibus modis admittatur, nec liceat ei qui securitatem exposuit post excessum memoratorum dierum non esse sibi solutas vel pecunias vel alias res dicere.*

3. *Illo videlicet observando, ut, in quibus non permittitur exceptionem non numeratae pecuniae opponere vel ab initio vel post taxatum tempus elapsum, in his nec iusiurandum offerri liceat.*

4. *In omni vero tempore, quod memoratae exceptioni taxatum est, licebit ei, cui talis exceptio competit, vel denuntiationibus scripto missis querellam non numeratae pecuniae manifestare ei, qui numerasse eam vel alias res dedisse instrumento scriptus est, vel, si abesse eum his locis in quibus contractus factus est contigerit, in hac quidem alma urbe apud quemlibet ordinarium iudicem, in provinciis vero apud viros clarissimos rectores earum vel defensores locorum eandem querellam manifestare eoque modo perpetuam sibi exceptionem efficere.*

5. *Sed si praesens quidem sit, qui pecunias numerasse vel alias res dedisse scriptus est, aliquam vero administrationem vel in hac alma urbe vel in provinciis gerat, ut difficile esse videatur denuntiationem ei mittere, licentiam damus ei, qui memorata exceptione uti velit, alios iudices adire vel in hac alma urbe vel in provinciis et per eos ei manifestare, cui exceptionem huiusmodi obicit, factam a se super non numerata pecunia querellam esse.*

6. *Quod si in provinciis vel non sit alius administrator civilis vel militaris, vel per aliquam causam difficile sit ei qui memoratam querellam opponit adire eum et ea*

quae dicta sunt facere, licentiam ei damus per virum reverentissimum episcopum eandem suam exceptionem creditori manifestare et ita tempus statutum interrumpere. quae etiam in exceptione non numeratae dotis locum habere certum est. a. 528 d. k. iun. Constantinopoli Dn. Iustiniano a. II cons..

In questa celebre costituzione Giustiniano tratta dell'opponibilità dell'*exceptio non numeratae pecuniae* e ne fissa i termini (riducendoli rispetto al passato), distinguendo secondo l'atto rappresentato nel documento opposto.

Non intendo occuparmi degli ultimi tre paragrafi della costituzione⁶⁶¹ in cui l'imperatore, a chi voglia rendere perpetua l'*exceptio*, pone l'onere di compiere la *denuntiatio* alla controparte e ne disciplina minutamente il modo di assolvimento⁶⁶² e neppure del § 3 in cui si vieta a chi non possa opporre l'eccezione (per lo scadere dei termini oppure per la natura del negozio o del documento) di deferire il giuramento alla controparte.

Concentrerò, piuttosto, l'attenzione sul *principium* e i paragrafi primo e secondo della disposizione.

Proseguendo a ritroso, comincio col mettere in luce un'analogia di forma, ben più stretta di quella accennata a proposito di C. 4.20.18 pr.⁶⁶³, tra il § 2 della costituzione in esame e il *principium* della legge 17.

Mi pare notevole il fatto che il discorso *super ceteris vero securitatibus, quae super privatis debitis a creditore conscribuntur* in C. 4.30.14.2 proceda secondo un ordine assai simile a quello seguito trattando dei *contractus* [...] *quos in scriptis fieri placuit* in C. 4.21.17 pr..

Infatti, nel primo luogo citato esso prende le mosse dal caso di una quietanza scritta in cui si faccia menzione del versamento di una parte del capitale o degli interessi (*partem debiti sortis vel usurarum nomine solutam esse significantes*) e si svolge attraverso l'enumerazione di una serie di altri casi di quietanze scritte, separati dalla disgiuntiva *vel*, in cui, volta per volta, l'imperatore si dà pensiero della *feneraticia*

⁶⁶¹ La disposizione degli ultimi due è riprodotta anche in C. 1.4.21: *pr. Si praesens quidem sit, qui pecuniam numerasse vel alias res dedisse scriptus est, aliquam vero administrationem in provinciis gerat, ut difficile esse videatur denuntiationem eidem non numeratae pecuniae mittere, licentiam damus ei, qui memorata exceptione uti velit, alios iudices adire et per eos manifestare, cui exceptionem huiusmodi obicit, factam a se super non numerata pecunia querellam esse. 1. Quod si non sit alius administrator civilis vel militaris vel per aliquam causam difficile sit ei qui memoratam querellam opponit adire eum et ea quae dicta sunt facere, licentiam damus et per virum reverentissimum episcopum eandem suam exceptionem creditori manifestare et ita tempus statutum interrumpere. 2. Quod etiam in exceptione non numeratae dotis locum habere receptum est; cfr. supra, 160, nt. 648.*

⁶⁶² Per la distinzione, nell'ambito dei mezzi interruttivi del termine di proponibilità dell'*exceptio*, tra la *denuntiatio* della costituzione giustiniana, atto privato che consiste in una notificazione scritta, e la *contestatio* dei rescritti classici, atto solenne compiuto *apud acta*, mi limito a rinviare a G.G. ARCHI, *Studi sulla 'stipulatio'*, cit. in *Scritti di diritto romano*, I, *Metodologia*, cit., 589 e M.R. CIMMA, *De non numerata*, cit., 183 ss. Invece per il (generico) significato che assume nella costituzione il termine *querella non numeratae pecuniae* cfr. G.G. ARCHI, *Studi sulla 'stipulatio'*, cit. in *Scritti di diritto romano*, I, *Metodologia*, cit., 580 ss..

⁶⁶³ Per cui cfr. *sopra*, § 1, 151.

cautio rimasta nelle mani del creditore nonostante l'adempimento attestato nella quietanza (*adhuc feneratoricia cautione apud creditorem manente, solidi tamen debiti solutionem factam esse demonstrantes*) o, addirittura, quest'ultima contenga la promessa della restituzione del chirografo (*etiam futuram esse redhibitionem instrumenti feneratoricii promittentes*) e si spinge verso una generalizzazione finale (*vel si qua alterius cuiuscumque contractus gratia, in qua numeratio pecuniarum vel datio certarum specierum scripta est, securitas similiter data sit depensas esse pecunias vel alias res vel partem earum significans*) la cui formulazione, che è idonea a ricomprendere qualunque quietanza attestante il versamento di denaro o la consegna di cose a estinzione totale o parziale di un debito (anche non da mutuo) e precede la posizione della disciplina comune a tutti i casi citati (*intra triginta tantummodo dies post huiusmodi securitatis expositionem connumerandos exceptionem non numeratae pecuniae posse obici, ut, si hi transacti fuerint, eadem securitas ab iudicantibus omnibus modis admittatur, nec liceat ei qui securitatem exposuit post excessum memoratorum dierum non esse sibi solutas vel pecunias vel alias res dicere*), non può non colpire per la corrispondenza a quella che si rinviene in C. 4.21.17 pr.; anche qui lo sviluppo del discorso muove dal caso specifico della vendita, procede attraverso l'elenco di altri distinti contratti, separati dalla disgiuntiva *vel*, verso una generalizzazione conclusiva (*contractus [...] alterius cuiuscumque causae*), in cui sembra di sentire la eco di quella contenuta in C. 4.30.14.2, e si conclude con la posizione della disciplina, comune a tutti i casi menzionati (*non aliter vires habere sancimus, nisi instrumenta [...] absoluta sint, ut nulli liceat prius, quam haec ita processerint [...] aliquod ius sibi ex eodem contractu vel transactione vindicare: adeo ut nec illud in huiusmodi venditionibus liceat dicere, quod pretio statuto necessitas venditori imponitur vel contractum venditionis perficere vel id quod emptoris interest ei persolvere*)⁶⁶⁴.

Venendo agli aspetti sostanziali, mi sembra di un certo interesse il fatto che anche da C. 4.30.14 emerga una considerazione del documento analoga a quella di C. 4.2.17: nel *principium* si disciplina l'opponibilità dell'*exceptio non numeratae pecuniae* (riducendola a un biennio) ai contratti *in quibus pecuniae vel aliae res numeratae vel datae esse conscribuntur*; nel § 1 la si vieta se si tratta di *instrumenta depositionis certarum rerum vel certae*⁶⁶⁵ *pecuniae* oppure di *securitates publicarum functionum*⁶⁶⁶ o *de soluta dote*; nel § 2 la si consente entro il termine di trenta giorni contro le quietanze di debiti privati, a prescindere dal fatto che la fonte fosse un mutuo (*si qua alterius cuiuscumque contractus gratia ... significans*).

⁶⁶⁴ Un'osservazione analoga in F. GALLO, *Disposizioni*, cit., 83 s..

⁶⁶⁵ I due aggettivi *certarum* e *certae* rendono verosimile la ricomprensione del deposito irregolare tra i contratti *in quibus pecuniae vel aliae res numeratae vel datae esse conscribuntur* del *principium*, ai quali, invece, è opponibile l'*exceptio*. Sul punto cfr. M.R. CIMMA, *De non numerata*, cit., 177.

⁶⁶⁶ La disposizione è riprodotta anche in C. 10.22.5: *Securitatibus, quae publicarum functionum gratia sive in solidum sive ex parte solutae esse conscribuntur, nullam exceptionem non numeratae pecuniae penitus opponi concedimus*; cfr. *supra*, 160, nt. 649.

Non interessano in questa sede i dettagli della disciplina (diversa, come si è detto, per i vari *instrumenta*), ma preme dar risalto al fatto che nella costituzione in esame, sotto l'aspetto dell'efficacia negoziale, il documento di mutuo (come degli altri contratti citati, espressamente o implicitamente) è posto sullo stesso piano della ricevuta; se ne disciplina il valore probatorio, ma in nessuno dei casi citati si attribuisce al documento una natura dispositiva: il fatto, considerato nel *principium*, che si sia scritto in un documento contrattuale che è avvenuta la *numeratio* non implica che si sia contratto un mutuo (o un deposito irregolare), potendosi dar prova del contrario; il fatto, trattato nel § 2, che la *cautio feneratoria* sia ancora nelle mani del creditore non esclude l'efficacia dell'adempimento il quale, poi, estingue il debito indipendentemente da quanto attesta la quietanza⁶⁶⁷.

La riduzione rispetto al passato dei termini per opporsi al documento, diversa nei due casi, così come l'esclusione di tale possibilità nei casi previsti dal § 1 (specifici documenti contrattuali e particolari quietanze)⁶⁶⁸, non inficia il fatto che la dichiarazione contenuta nei vari documenti pare sempre avere una natura narrativa e non costitutiva: la differenza di disciplina è volta a soddisfare un bisogno di certezza dei rapporti giuridici (al centro delle preoccupazioni del legislatore⁶⁶⁹) e tange il solo aspetto probatorio del documento, nei limiti in cui questo poteva essere tenuto distinto dall'aspetto sostanziale nella mentalità del tempo.

S'intende dire, in sostanza, che scaduti i termini fissati o, in certe ipotesi, fin da subito il documento fa piena prova dei fatti che in esso sono attestati.

In particolare, per quel che concerne il mutuo (che doveva porre maggiori problemi⁶⁷⁰) si è osservato che «se per l'imperatore bizantino il riconoscimento di *se debere* o di *se accepisse* a titolo di mutuo avesse avuto valore negoziale, e in particolare

⁶⁶⁷ Cfr. *supra*, 163 testo e nt. 660; cfr., anche, *supra*, 163, nt. 658.

⁶⁶⁸ Significativo, rispetto a quanto si sta per dire nel testo, il richiamo in apertura del paragrafo ai tentativi dei *litigatores*.

⁶⁶⁹ Ancora più interessante dell'accenno ai *litigatores* nel § 1, a tal proposito, l'*incipit* di una costituzione che reca la stessa data di quella in esame e pare quasi una dichiarazione programmatica della politica legislativa di Giustiniano, C. 5.27.9 *pr.*: *Communium rerum esse utilitatem recte iudicantes iudicis et omni ambiguitate segregatis legibus uti nostro subiectos imperio, ad praesentem sanctionem venimus, per quam omni dubitatione amputata, quae usque adhuc obtinebat, certissimum facimus, ut...* Per una considerazione analoga cfr. G.G. ARCHI, *Giustiniano uomo del suo tempo*, in *Giustiniano legislatore*, cit., 134 s.

⁶⁷⁰ L'origine dell'*exceptio non numeratae pecuniae* si riconnette alla prassi, diffusa nelle popolazioni ellenistiche, di «costituire un rapporto obbligatorio per una causa non contemplata dal diritto» per mezzo del ricorso «al sistema di dichiarare fittiziamente in contratti letterali di aver ricevuto a mutuo una somma in realtà non versata e rimanere così obbligati a titolo di mutuo alla restituzione di uguale somma», E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1977, 485. In altre parole «il diritto greco-egizio (anzi il diritto greco in genere, poiché anche altrove si ritrova una concezione analoga) riconosce al mutuo il valore di obbligazione letterale [...]. E in verità non può disconoscersi che sotto la forma del δάθειον sono redatti documenti di crediti svariati: mutuo *ex antecedente causa*, delegazione, promessa di donazione, *carta di alimentazione* (συγγραφή τροφῆς) rilasciata dal marito alla moglie che gli sia unita per matrimonio non scritto (γάμος ἄγραφος)», V. ARANGIO-RUIZ, *Lineamenti del sistema contrattuale nel diritto dei papiri*, Milano, 1928, 57. Cfr. *supra*, cap. III, § 2, 71 s.. Per un'applicazione in tema di compravendita cfr. *supra*, cap. II, § 2, 46 s..

fosse valsa come una *obligatio litteris*, la costituzione del 528 avrebbe avuto cura di tenere distinte dichiarazioni di natura giuridica così diversa»⁶⁷¹.

Certo, si deve riconoscere che la disposizione «*donne la sensation de la liaison intime existant entre le droit de Justinien et les problèmes de fond et de forme des développements post-classiques*»⁶⁷² e che nell'ambiente postclassico, «tutto pervaso dal problema della certezza da parte del titolare di un diritto»⁶⁷³, «non aver un diritto, o averlo, ma non poterlo provare, vengono considerate come situazioni identiche»⁶⁷⁴.

Ciononostante, mi sembra importante notare che nelle disposizioni citate finora l'imperatore disciplina la rilevanza probatoria di una dichiarazione di scienza contenuta in un documento.

Un'ulteriore conferma si rinviene anche nell'ultima costituzione che resta da esaminare.

Imperator Justinianus C. J. 5. 15. 3. *In dotibus, quas datas esse dotalibus instrumentis conscribi moris est, cum adhuc nulla datio, sed pollicitatio tantum subsecuta sit, liceat non numeratae pecuniae exceptionem opponere non solum marito contra uxorem vel heredes eius morte mulieris vel repudio dissoluto matrimonio, sed etiam heredibus mariti, cuius morte dissolutum est matrimonium, socero etiam vel eius heredibus, si cum filio suo dotem suscepisse dotalibus instrumentis scriptum sit, omnique personae, quam dotem suscepisse una cum marito conscribitur, et eius similiter heredibus, ita tamen, ut intra annum tantum continuum a morte mariti vel mulieris vel missione repudii computandum ea licentia detur.* a. 528 d. k. iun. Constantinopoli Dn. Iustiniano a. II cons..

Non interessano in questa sede gli aspetti legati alla legittimazione a proporre l'*exceptio non numeratae pecuniae* (estesa *omni personae, quam dotem suscepisse una cum marito conscribitur, et eius similiter heredibus*) entro l'anno dallo scioglimento del matrimonio (*intra annum tantum continuum a morte mariti vel mulieris vel missione repudii computandum*).

Anche la dichiarazione di *dotem suscepisse* contenuta nello strumento in esame è considerata come narrativa e l'intenzione dell'imperatore sembra essere, a fronte della concessione di un'estensione della legittimazione, quella di restringere i termini di opponibilità dell'*exceptio* rispetto al passato (*liceat non numeratae pecuniae exceptionem opponere non solum marito ... sed etiam ... ita tamen, ut intra annum*⁶⁷⁵) al

⁶⁷¹ G.G. ARCHI, *Studi sulla 'stipulatio'*, cit. in *Scritti di diritto romano*, I, *Metodologia*, cit., 620.

⁶⁷² G.G. ARCHI, *Le classicisme*, cit. 589. Per gli sviluppi postclassici, rinvio agli altri citati studi dell'Archi.

⁶⁷³ G.G. ARCHI, *Indirizzi e problemi*, cit. in *Scritti di diritto romano*, III, *Studi*, cit., 1825.

⁶⁷⁴ G.G. ARCHI, *op. loc. cit.*.

⁶⁷⁵ Analogamente cfr. M.R. CIMMA, *De non numerata*, cit., 199, testo e nt. 82.

fine, ancora una volta, di garantire certezza ai rapporti giuridici attestati negli *instrumenta*.

A conclusione dell'esame delle costituzioni (a eccezione di C. 4.21.17) che erano parti dell'unica costituzione sulla documentazione emanata nel 528 d.C., mi pare che si possa individuare un aspetto comune a tutte nella circostanza che il documento oggetto diretto della disciplina imperiale in tutti questi testi è considerato soltanto nel suo valore probatorio in quanto contenente una dichiarazione di verità rispetto ad atti a struttura reale, siano costitutivi di dote, estintivi di un'obbligazione⁶⁷⁶, o siano essi, invece, contratti (di mutuo, in primo luogo, ma anche di deposito o reali in genere, in cui, in particolare, la fisiologia del rapporto da essi scaturente imponga la restituzione allo scadere di un certo termine).

Tratteggiati, dunque, gli aspetti rilevanti degli altri frammenti che componevano verosimilmente la costituzione originaria, si può finalmente prendere in esame C. 4.21.17.

3. *L'esegesi del testo: comprensione di contratti neppure potenzialmente traslativi.*

Di questa legge assai controversa prenderò in considerazione soltanto i punti che sono in stretta relazione con lo scopo della mia indagine, escludendo, quindi, il rapporto tra la legge 17 e il corrispondente passo delle Istituzioni imperiali.

Come ho premesso al principio della ricerca⁶⁷⁷, sono numerosi gli studiosi che non hanno esitato ad affermare che il contratto di cui si occupa Giustiniano nella costituzione in esame sia senz'altro una compravendita documentale e traslativa. Non può sorprendere che si schieri dalla parte di costoro il Gallo. Egli, in piena conformità con la sua tesi secondo la quale certi fenomeni, tipici del basso Impero, che manifestano una forte incertezza sul valore da attribuire al documento, sarebbero addirittura da retrodatare e collocare nella prassi dell'epoca classica, afferma, in relazione al problema in questione che «non possono [...] esserci dubbi, secondo noi, [...] che il *contractus venditionis*, di cui si parla, nella costituzione, sia la compravendita con efficacia reale derivata dal diritto greco»⁶⁷⁸. Induce, invece, a riflettere e a soffermarsi con maggiore attenzione sulla questione, il fatto che persino autori aspramente critici della tesi di fondo del Gallo concordino con lui nel riconoscere una vendita traslativa nella

⁶⁷⁶ Per la costituzione della dote cfr. C. 5.15.1 (a. 204): *Dotem numeratio, non scriptura dotalis instrumenti facit...*

⁶⁷⁷ Cfr. *supra*, cap. I, § 5, 40 s..

⁶⁷⁸ F. GALLO, *Disposizioni*, cit., 21.

costituzione in esame: «non v'è dubbio, né ci sembra possa venir seriamente contestato, che la *venditio in scriptis* disciplinata in C. 4, 21, 17 è una vendita con effetti traslativi»⁶⁷⁹. Il mio sforzo esegetico sarà volto, pertanto, ad afferrare la *ratio* della disposizione giustiniana per cercare di capire se, alla luce di essa, le affermazioni dei chiarissimi studiosi citati siano pienamente giustificate o se sia lecito, piuttosto, revocarle in dubbio.

L'imperatore esordisce stabilendo (*sancimus*) che i contratti *quos in scriptis fieri placuit*, siano essi contratti di vendita (*contractus venditionum*), siano essi permutate (*vel permutationum*), siano essi donazioni (*vel donationum*), per le quali non sia già previsto l'onere dell'*insinuatio* (*quas intimari non est necessarium*)⁶⁸⁰, siano essi contratti arrali (*dationis etiam arrarum*) o siano essi contratti di qualunque altro genere (*vel alterius cuiuscumque causae*), senza escludere nemmeno le transazioni che si sia convenuto di versare in un documento (*transactionum etiam, quas instrumento recipi convenit*)⁶⁸¹, tutti questi contratti, secondo la volontà imperiale non produrranno alcun effetto (*non aliter vires habere*), se non (*nisi*) siano redatti in bella copia (*instrumenta in mundum recepta*) e confermati dalla sottoscrizione delle parti (*subscriptionibusque partium confirmata*) oppure, nel caso in cui ci si fosse rivolti a un notaio (*si per tabellionem conscribantur*), come doveva avvenire con una certa frequenza, se non contengano le clausole della *completio* e dell'*absolutio* (*etiam ab ipso completa et postremo a partibus absoluta sint*). Il dichiarato fine che muove Giustiniano è quello di evitare che in futuro qualcuno possa accampare diritti prima del compimento integrale dell'*iter* negoziale previsto (*ut nulli liceat prius quam haec ita processerint aliquod ius sibi ex eodem contractu vel transactione vindicare*), in forza di una semplice minuta (*vel a scheda conscripta*), ancorché fosse munita delle *litterae* di una o di entrambe le parti (*licet litteras unius partis vel ambarum habeat*), o anche in forza dello stesso strumento definitivo che, però, non contenga le clausole della *completio* e dell'*absolutio* (*vel ab ipso mundo, quod necdum est impletum et absolutum*). Per chiarire meglio il senso della disposizione l'imperatore si spiega con un esempio, che prende, ovviamente, a modello il contratto di più grande rilevanza sociale, vale a dire la compravendita; egli infatti prosegue dicendo che, con quanto disposto non potrà più accadere che (*adeo ut nec*), una volta raggiunto l'accordo sul prezzo (*pretio statuto*), gravi sul venditore l'obbligo (*necessitas venditori imponitur*) *vel contractum venditionis perficere vel id quod emptoris interest ei persolvere*.

⁶⁷⁹ M. TALAMANCA, *sub voce Vendita*, cit. 469.

⁶⁸⁰ L'obbligo di iscrizione nei pubblici registri, introdotto per la prima volta da Costantino nel 323 con *Vat. Fragm.* 249 (§ 7 seconda parte e § 8) e indicato col verbo *insinuare* in C. 8.53.30 pr. del 459 (verbo che divenne tecnico, insieme al sostantivo *insinuatio*, nel linguaggio tardo-romano, cfr. G. PUGLIESE *Istituzioni*, cit., 751), era imposto in epoca giustiniana per le donazioni superiori a un certo importo, variamente individuato, e fissato in via generale dall'imperatore dapprima in 300 solidi (C. 8.53.34 pr., a. 529) e poi elevato a 500 solidi con C. 8.53.36.3 del 531 d.C.: *Ceteris etiam donationibus, quae gestis intervenientibus minime sunt insinuatae, sine aliqua distinctione quingentos usque ad solidos valituris*. A quest'ultimo valore si riferiscono i Basilici dove si legge καὶ δωρεάς ἐλάττους τῶν φ'. νομισμάτων (Bas. 22.1.76; cfr. anche gli scolii 1, 3 e 4). Cfr. sul punto F. GALLO, *Disposizioni*, cit., 122.

⁶⁸¹ Per il carattere insitico dell'inciso *transactionum etiam, quas instrumento recipi convenit*, cfr. *supra*, § 1, 152 ss..

Nel primo paragrafo della costituzione poi, Giustiniano detta disposizioni eccezionali e transitorie che valgono, però nei soli riguardi degli *emptionalia instrumenta*. Da una parte, infatti, egli statuisce che, in generale, le previsioni enunciate (*quae*) si debbano rispettare in avvenire (*locum habere praecipimus*) non soltanto nei confronti dei contratti che si stipuleranno (*tam in postea conficiendis instrumentis*), ma anche nei confronti dei contratti la cui redazione sia già cominciata, ma non sia ancora conclusa (*quam in his, quae iam scripta nondum autem absoluta sunt*), con l'ovvia eccezione (*nisi iam*) di quelli sui quali sia, nel frattempo, intervenuta irrevocabilmente una transazione o una pronuncia giudiziale (*super his transactum sit vel iudicatum, quae retractari non possunt*). Dall'altra, però, egli prevede per gli strumenti di vendita un regime diverso (*exceptis emptionalibus instrumentis*); qualora infatti sia già cominciata la redazione di questi ultimi, sia che si fosse redatto appena un compromesso (*vel in scheda conscriptis*), sia, *a fortiori*, che si fosse giunti già a redigere la vendita definitiva (*vel in mundo conscriptis*), a essi l'imperatore non estende il disposto normativo (*ad quae praesentem sanctionem non extendimus*), bensì fa salvi i diritti che secondo l'uso previgente si doveva ritenere essere sorti (*sed prisca iura in his tenere concedimus*).

Nel secondo paragrafo l'imperatore aggiunge una precisazione circa il contratto arrale statuendo che anche in avvenire (*ut et in posterum*) se tanto per iscritto quanto non per iscritto (con evidente riferimento all'alternativa posta nel *principium*⁶⁸²) alcune arre sono state date sopra una compera da farsi, qualunque ne sia l'oggetto, (*si quae arrae super facienda emptione cuiuscumque rei datae sunt sive in scriptis sive sine scriptis*), sebbene non sia stato aggiunto in modo specifico, che cosa debba avvenire a proposito di quelle arre per l'ipotesi in cui non segua il contratto (*non procedente contractu*), tuttavia colui che è obbligato a vendere (*qui vendere pollicitus est*), se rifiuta la vendita (*venditionem recusans*) è costretto a renderle nella misura del doppio, e colui che pattuì di comprare (*qui emere pactus est*), se recede dalla compera (*ab emptione recedens*) perda le arre date (*datis a se arris cadat*), dovendosi negare la loro ripetizione.

I problemi interpretativi che pone la legge in esame sono numerosi e, talvolta, di ardua soluzione.

Concentrerò specificamente l'attenzione soltanto su due di essi che mi sembrano intimamente connessi, facendo menzione degli altri solo per quanto necessario all'analisi dei primi: la funzione della scrittura nella costituzione⁶⁸³, dipendente in buona parte dall'interpretazione dell'inciso *quos in scriptis fieri placuit*, che mi sembra centrale per il significato dell'intera costituzione, e la disciplina dell'efficacia negoziale, con particolare riferimento alla vendita.

⁶⁸² Su ciò, cfr. *supra*, § 1, 157 ss..

⁶⁸³ Aspetto per il quale continua ad essere un imprescindibile punto di riferimento lo scritto specificamente dedicato al tema di F. GALLO, *Riflessioni*, cit., *passim*. Meritevole di grande attenzione, ma incentrato sugli sviluppi nel diritto comune, anche G. ASTUTI, *La documentazione*, cit., *passim* (ora anche in ID., *Tradizione romanistica*, cit.).

Anzitutto si tratta di capire cosa significhi l'espressione *quos in scriptis fieri placuit* e si deve ammettere «*daß die entscheidenden Worte zweifelhafter Natur sind*»⁶⁸⁴.

Non è chiaro, infatti, se con essa l'imperatore intenda riferirsi a un vero e proprio patto sulla forma e quale ne sia la natura.

Se non m'inganno, in un senso non troppo dissimile l'inciso è interpretato dal più importante studioso del tema il quale così si esprime: «in questo testo la disciplina relativa alla stipulazione *in scriptis* appare dettata per i casi nei quali le parti si erano accordate, prima della conclusione del contratto, di adottare tale forma»⁶⁸⁵ e aggiunge che (al contrario dell'art. 1352 cod. civ.) la costituzione non prende in considerazione la forma di tale accordo che può essere, dunque, «scritto od orale, esplicito o tacito»⁶⁸⁶.

Anche nell'altra opera che l'illustre romanista ha dedicato all'argomento v'è traccia di un'analogia impostazione del problema.

Egli, infatti, ritenendo che nel testo di Inst. 3. 23 pr. la *datio arrarum* «è concepita [...] come un *pactum adiectum* della compravendita»⁶⁸⁷ (la quale, peraltro, nel passo delle Istituzioni, al contrario di C. 4.21.17, è intesa dal Gallo come consensuale e obbligatoria), si domanda cosa sarebbe successo se, «dopo che le parti avevano convenuto di stipulare la compravendita in forma scritta e prima che fossero state adempiute tutte le relative formalità, si dava un'arra *sine scriptis* senza più procedere al perfezionamento dell'*instrumentum venditionis*»⁶⁸⁸ e conclude affermando che in tale ipotesi «si riteneva che con la dazione dell'arra le parti avessero inteso abbandonare il primitivo proposito di contrattare *in scriptis* e concludere la compravendita *sine scriptis*»⁶⁸⁹.

Osservo incidentalmente che si può dubitare che si sarebbe adottata questa soluzione se mai si fosse posto un simile problema di revoca *per facta concludentia* del patto sulla forma⁶⁹⁰ (che non sembra rinvenirsi nelle fonti): avrebbe probabilmente ostato la forza che nel diritto romano spiegava il principio di simmetria⁶⁹¹.

D'altronde, mi corre l'obbligo di notare che l'attenzione dell'autore nei brani citati non è concentrata sulla natura della convenzione con cui le parti hanno stabilito di

⁶⁸⁴ G. SETZER, *Abhandlungen*, cit., 15.

⁶⁸⁵ F. GALLO, *Riflessioni*, cit. 424 (cfr. anche, due pagine prima, la soluzione alla questione della forma *ad substantiam* o *ad probationem* «nei casi nei quali le parti convenivano puramente di contrattare *in scriptis*», 422).

⁶⁸⁶ F. GALLO, *op. loc. cit.*, (cfr. anche nt. 25).

⁶⁸⁷ F. GALLO, *Disposizioni*, cit., 51.

⁶⁸⁸ F. GALLO, *Disposizioni*, cit., 118, in cui è espressamente richiamato quanto sostenuto a pp. 39 s..

⁶⁸⁹ F. GALLO, *Disposizioni*, cit., 39.

⁶⁹⁰ Su ciò, cfr. *supra*, cap. I, § 4, 28 ss..

⁶⁹¹ Su ciò, cfr. quanto si dirà *infra*, 180 ss., e in particolare 182, a proposito di D. 19.2.13.11.

stipulare *in scriptis*, ma sulla natura di patto della *datio arrarum* in Inst. 3. 23 pr., e, inoltre, egli stesso afferma che «la stessa ipotesi si sarebbe verosimilmente dovuta decidere in maniera diversa secondo l'originaria disciplina che era stata dettata da Giustiniano nel 528»⁶⁹², dove, invece, a giudizio del Gallo, «la *datio arrarum* configura un contratto autonomo»⁶⁹³ e si parla della «compravendita con efficacia reale derivata dal diritto greco»⁶⁹⁴.

Ma rispetto al punto che intendo fissare ciò non è rilevante.

Anzi, il fatto che l'autore, trattando un aspetto centrale della sua tesi, ovvero la natura di *pactum adiectum* alla vendita della dazione dell'arra in Inst. 3. 23 pr., ponga sullo stesso piano la convenzione sulla forma e la dazione dell'arra, tanto da interpretare quest'ultima come il segno della revoca della prima, mi pare un indice di una certa importanza per concludere che egli interpreti l'inciso *quos in scriptis fieri placuit* come riferito a un patto sulla forma.

Ciò mi pare indirettamente confermato dal fatto che come egli, nell'altra opera specificamente dedicata al tema, ha affermato, con riferimento al patto sulla forma, che in forza di C. 4.21.17 incombeva l'onere di provare che esso era stato stretto «scritto od orale, esplicito o tacito»⁶⁹⁵, così nella ricerca sulle disposizioni giustinianee in materia di forma della vendita egli traeva argomento per affermare che in Bas. 22.1.76 la dazione dell'arra era considerata un patto che si poteva stringere *in scriptis* o *sine scriptis* dal «fatto che già in C. 4.38.15⁶⁹⁶ si parla espressamente di redazione *in scriptis* a proposito di un *pactum adiectum* della compravendita (del patto *ut res vendita esset, quanti Titius aestimaverit*)»⁶⁹⁷.

Nella Pandettistica, poi, generalmente il problema è impostato senz'altro nei termini di un patto sulla forma e si legge che la costituzione giustiniana si sarebbe pronunciata (tra gli altri) sul punto «*in welchem Sinn die von den Parteien bei Abschluss eines gesetzlich formfreien Vertrags getroffene Übereinkunft schriftlicher Abfassung zu verstehen sei*»⁶⁹⁸; addirittura, secondo l'autore da ultimo citato, «*Justinian wollte nicht bloß eine Regel aufstellen, wie im Zweifel eine solche Parteiverabredung zu deuten sei,*

⁶⁹² F. GALLO, *Disposizioni*, cit., 40, nt. 1.

⁶⁹³ F. GALLO, *Disposizioni*, cit., 51.

⁶⁹⁴ F. GALLO, *Disposizioni*, cit., 21.

⁶⁹⁵ F. GALLO, *Riflessioni*, cit. 424; egli conclude che se non fosse stato soddisfatto tale onere «e fosse del pari mancata la prova dell'avvenuta contrattazione *sine scriptis*, si sarebbe dovuto decidere per l'inesistenza del contratto», 427, nt. 32.

⁶⁹⁶ Non intendo pronunciarmi in questo momento sull'interpretazione del Gallo di questa costituzione (su cui cfr. *infra*, 190 s.) e, dunque, sulla conclusionza dell'argomento, ma solo mettere in luce che egli ragiona anche in questo caso in termini di forma di un *pactum adiectum*.

⁶⁹⁷ F. GALLO, *Disposizioni*, cit., 125 s..

⁶⁹⁸ Così si esprime F. REGELSBERGER, *Civilrechtliche Erörterungen, I, Die Vorverhandlungen bei Verträgen, Angebot, Annahme, Traktate, Punktation nebst der Lehre von der Versteigerung und vor der Auslobung*, Weimar, 1868, 151 s..

nicht bloß eine Willensvermuthung sondern eine zwingende Auslegungsvorschrift geben, welche die Berücksichtigung einer abweichenden Parteiabsicht ausschließlich, also eine Willensfiktion, praesumptio juris et de jure»⁶⁹⁹.

Tuttavia, nell'Ottocento c'è stato anche chi ha ritenuto che «*nach der Fassung und dem Gedankengange der Constitution beschäftigt sich Justinian lediglich mit der Erfordernissen der Schrift, keineswegs mit der Beschaffenheit der Verabredung der Schrift»⁷⁰⁰.*

Ora, a me pare che ragionare di patto sulla forma per il quale si può porre, a sua volta, un problema di struttura riguardo alla conclusione scritta o orale e un altro circa la funzione *ad substantiam actus* o *ad probationem tantum*, corra il rischio di essere una fuorviante concettualizzazione moderna, portandosi dietro l'idea, d'origine illuministica, di una volontà sovrana che dà (e toglie) limiti a se stessa⁷⁰¹: come in C. 4.38.15, «non si tratta qui di un *pactum adiectum* nel senso proprio di clausola accidentale del contratto»⁷⁰² e, pertanto, convengo nell'opinione di Setzer circa il fatto

⁶⁹⁹ F. REGELSBERGER, *Civilrechtliche Erörterungen*, I, *Die Vorverhandlungen*, cit., 153. In senso analogo cfr., anche, tra gli altri, G. GIORGI, *Nuove osservazioni*, cit., secondo cui «Giustiniano [...] faceva [...] violenza alla volontà delle parti [...] con l'introdurre la presunzione legale assoluta che la scrittura fosse stata pattuita *ad solemnitatem actus*, mentre le parti avrebbero dovuto esser libere, come lo erano sempre state, di richiederla *ad probationem tantum*», c. 799 (cfr. *supra*, cap. I, § 4, 25, nt. 116).

⁷⁰⁰ G. SETZER, *Abhandlungen*, cit., 68, secondo cui, nella sintesi di G. SEGRÈ, *Sulla posteriore documentazione*, cit., C. 4.21.17, «come in tempi anteriori il Sc. Neroniano (Paul., *sent.* V, 25, 6; cfr. Suet., *Nero* 17), non [farebbe] che dar norme intorno alla redazione dei documenti scritti», 199. La tesi in esame da F. REGELSBERGER (*Civilrechtliche Erörterungen*, I, *Die Vorverhandlungen*, cit.) è definita (al pari di quella degli antichi interpreti della costituzione) unilaterale («*Beide Auffassungen sind einseitig*», 150); egli per affermare, invece, la sussistenza di una presunzione assoluta a favore di un patto sulla forma *ad substantiam actus* argomenta dal fatto che «*Die entschiedenen Ausdrücke Contractus ... non aliter vires habere*

Ut nulli liceat prius ... aliquod ius sibi ... vindicare

Non aliter perfectam esse venditionem

Donec aliquid ex his deest, et poenitentiae locus est et potest emtor vel venditor sine poena recedere ab emtione

werder ohne jeden Vorbehalt gegentheiligter Willensmeinung der Parteien hingestellt, Ausdrücke, welche ihr rechtes Licht bei Vergleichung mit Stellen erhalten, die zweifellos nur einen Auslegungsbehelf geben, z. B. C. 9 quae res pinn. 8, 17 - gleichfalls aus dem Jahre 528 -

Quum sit iustum voluntate contrahentium magis quam verborum conceptione inspicere

Ad servandam contrahentium voluntatem sancimus rlq.», 152, pur riconoscendo che «*ein solches Gesetz einen bedenklichen Eingriff in die Freiheit des Verkehrs enthält*», *ibidem*.

⁷⁰¹ Cfr. *supra*, cap. I, § 4, 28 s., testo e nt. 129.

⁷⁰² M. TALAMANCA, *L'unità della 'venditio' in I. 3. 23 pr.*, in *Studi in memoria di A. Giuffrè*, I, Milano, 1967, 817, nt. 31. A scanso di equivoci preciso che la citazione è riferita all'interpretazione di C. 4.38.15 (menzionato nel testo come C. 4.39.15; per la costituzione in questione cfr. *infra*, 190 s.) data da F. GALLO, *Disposizioni*, cit., 125 s. (per cui cfr. *supra*, 173, testo e nt. 696). Nondimeno l'estensione all'interpretazione dell'inciso *quos in scriptis fieri placuit* come patto sulla forma mi pare giustificata dalle ragioni che espongo nel testo.

che C. 4.21.17 non ha niente a che fare «*mit der Beschaffenheit der Verabredung der Schrift*»⁷⁰³.

L'impostazione del problema da parte di Giustiniano mi pare sia diversa, come peraltro osserva lo stesso Gallo⁷⁰⁴.

In effetti non si rinviene nel testo della costituzione un chiaro riferimento alla *Auslegungsfrage*⁷⁰⁵ sospettata dal Regelsberger sulla natura della pattuizione dello scritto; per dirla con le parole dell'Astuti nella costituzione non c'è «riferimento alcuno all'eventualità di incertezza sull'effettivo intento delle parti»⁷⁰⁶.

Mi sembra, anzi, fondata l'osservazione del Setzer circa il fatto che solo trattando delle arre l'imperatore precisi *licet non sit specialiter adiectum, quid super isdem arris non procedente contractu fieri oporteat* così chiarendo di aver posto una norma dispositiva per risolvere una questione d'interpretazione: «*es ist kaum zu begreifen weßhalb Justinian eine ähnliche Darlegung des Sachverhaltes bei dem Haupttheile der Constitution unterlassen hätte, wenn er überhaupt solchen Sachverhalt zu Grunde gelegt wissen wollte*»⁷⁰⁷; non mi pare una spiegazione sufficiente il fatto che, nell'interpretazione del Regelsberger, la norma posta nella parte principale della costituzione avrebbe carattere cogente e non dispositivo: il testo ha una «forma bizantinamente ridondante e piena d'incisi di ogni sorta»⁷⁰⁸, spesso non necessari sotto l'aspetto strettamente logico, perciò se l'intenzione dell'imperatore fosse stata di risolvere una questione d'interpretazione sulla natura del patto sulla forma sarebbe stato lecito aspettarsi una precisazione quale *tametsi aliter pactum sit* o simile.

Eppure è difficile sottrarsi all'impressione che il *principium* di C. 4.21.17 contenga un accenno polemico⁷⁰⁹ proprio laddove cominciano le due precisazioni delle quali si è rilevato il carattere non logicamente necessario⁷¹⁰: *ut nulli liceat... adeo ut nec illud...*

Per comprenderne il significato è, però, necessario prendere le mosse da alcuni risultati delle ricerche dell'Archi e del Gallo in tema di diritto giustiniano.

⁷⁰³ G. SETZER, *Abhandlungen*, cit., 68.

⁷⁰⁴ Cfr. F. GALLO, *Riflessioni*, cit. 424 s., nt. 26 con particolare riferimento critico all'impostazione in termini di forma *ad substantiam* e *ad probationem*.

⁷⁰⁵ F. REGELSDERGER, *Civilrechtliche Erörterungen*, I, *Die Vorverhandlungen*, cit., 146; cfr. sul punto F. ADDIS, *Contractus*, cit. 34 s., testo e nt. 67.

⁷⁰⁶ G. ASTUTI, *La documentazione*, cit., 12 (ora anche in ID., *Tradizione romanistica*, cit. 977).

⁷⁰⁷ G. SETZER, *Abhandlungen*, cit., 69 s..

⁷⁰⁸ V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*², cit., 98.

⁷⁰⁹ Cfr. G.G. ARCHI, *Indirizzi e problemi*, cit. in *Scritti di diritto romano*, III, *Studi*, cit., 1836, nt. 107; cfr. anche P. VOCI, *Tradizione*, cit., 137, nt. 11 (contro il quale, però, cfr. M. TALAMANCA, *sub voce Vendita*, cit., 470, nt. 1700).

⁷¹⁰ Cfr. *supra*, § 1, 156 s..

Il primo ha messo in luce «come anche Giustiniano nel suo intento delucidatore non sapesse in definitiva tener ben distinte, nella impostazione dei problemi, la funzione sostanziale e la funzione probatoria, che la redazione scritta può svolgere»⁷¹¹.

Il Gallo, poi, ha avuto l'indubbio merito di chiarire che, sebbene connesso, il problema dei rapporti tra funzione costitutiva e probatoria del documento deve essere tenuto distinto dal problema dei «rapporti tra stipulazione *in scriptis* e *sine scriptis*»⁷¹².

Soltanto il secondo e non il primo è preso in considerazione nella legge 17 e una simile impostazione del problema presuppone che, a differenza di quel che mi è sembrato di poter scorgere nelle altre costituzioni del 528 d.C. esaminate poc'anzi⁷¹³, l'imperatore consideri non già una dichiarazione di scienza, ma una dichiarazione di volontà negoziale: non si tratta tanto di un patto che accede a un regolamento contrattuale, ma è la volontà stessa del contratto a manifestarsi in un modo o in un altro.

Insomma se di patto si vuol parlare lo si deve intendere in un senso analogo a quello assegnato al termine da Alfeno in D. 17.2.71 pr.⁷¹⁴: *Duo societatem coierunt, ut grammaticam docerent et quod ex eo artificio quaestus fecissent, commune eorum esset: de ea re quae voluerunt fieri in pacto convento societatis proscripterunt, deinde inter se his verbis stipulati sunt...* dove con patto s'intende l'intero contenuto convenzionale del negozio⁷¹⁵.

Mettendosi in questa prospettiva si spiega che sciogliendo l'alternativa in favore della stipulazione *in scriptis* la scrittura non possa che avere una funzione modernamente detta costitutiva, trattandosi in ogni caso di dichiarazione di volontà negoziale.

⁷¹¹ G.G. ARCHI, 'Civiliter vel criminaliter agere', cit. 53, (ora in ID., *Scritti di diritto romano*, III, *Studi*, cit., 1665) ripreso anche da F. GALLO, *Riflessioni*, cit., 427 s. L'autore a dimostrazione dell'assunto cita C. 4.29.23 e C. 8.37.14.

⁷¹² Cfr. F. GALLO, *Riflessioni*, cit. 424 s., nt. 26.

⁷¹³ Quanto alle ragioni di tale differenza, pur avvertendo la scivolosità del campo delle congetture e il pericolo di anacronistiche schematizzazioni, sarei incline a ritenere che essa poggi, più o meno consciamente, nella intrinseca differenza tra i contratti presi in considerazione nelle altre costituzioni e quelli citati espressamente in C. 4.21.17: mentre nelle prime al centro c'è il mutuo (e, per una sorta di attrazione, altri contratti reali, come il deposito che è, comunque, imperfettamente bilaterale, stante l'essenziale e nota gratuità di esso, al pari del mutuo, nel diritto romano), nella seconda al centro c'è la vendita (e gli altri contratti accomunati, secondo un'acuta osservazione di V. ARANGIO-RUIZ *La compravendita*², cit., dal fatto che «mirano, almeno in ultima analisi, al trasferimento di beni», 98; cfr. anche F. GALLO, *Disposizioni*, cit., 87 ss., il quale, però, spiega diversamente l'apparente differenza della considerazione del documento in C. 4.21.17 e, in particolare, in C. 4.2.17, cfr. ID., *Riflessioni*, cit. 428 ss.); mentre nei primi è, dunque, naturale considerare la dichiarazione di aver ricevuto come narrativa di un fatto poiché essi generano un obbligo di restituzione che, economicamente, non ha alcuna ragione d'essere prima dell'avvenuta consegna, nei secondi, che mirano a un'attribuzione definitiva, è, invece, più facile riconoscere una volontà negoziale espressa nel documento. È pur vero che la formula *alterius cuiuscumque causae*, conclusiva dell'elenco dei contratti in C. 4.21.17, ha una portata generalizzatrice tale da comprendere anche i contratti reali ai quali ci si riferiva nelle altre costituzioni, ma per le ragioni che esporrò *infra* nel testo, ritengo che lo spunto polemico che mi pare di poter riconoscere dietro *ut nulli liceat... adeo ut nec illud...* (le due precisazioni del *principium* della legge 17) sia da riferirsi nelle intenzioni dell'imperatore principalmente ai contratti consensuali. Cfr. *infra* 178 ss., testo e nt. 722.

⁷¹⁴ Cfr. *supra*, cap. II, § 3, 49 s..

⁷¹⁵ Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*², cit., 65, nt. 2.

A questo punto credo giovi a lumeggiare meglio le intenzioni di Giustiniano richiamare un altro frammento di cui si è fatta in precedenza l'esegesi⁷¹⁶:

D. 45.1.35.2 Paulus 12 ad sab.: *Si in locando conducendo, vendendo emendo ad interrogationem quis non responderit, si tamen consentitur in id, quod responsum est, valet quod actum est, quia hi contractus non tam verbis quam consensu confirmantur.*

Mi è parso di poter affermare che in questo passo Paolo (come anche Alfeno nell'altro frammento da ultimo citato) affronti il problema dei rapporti tra stipulazione (nel senso, com'è ovvio, che la parola ha modernamente) *verbis* e *consensu*. Certo, dal punto di vista del giurista classico il problema si pone chiaramente con riferimento all'integrazione di una o altra fattispecie contrattuale (con le conseguenti differenze sul piano della tutela processuale) mentre l'imperatore pare muoversi entro una medesima fattispecie la cui struttura esterna può assumere una o altra veste. Nondimeno mi pare notevole l'analogia nell'impostazione dei due problemi.

Colpisce il fatto che la soluzione data sia opposta: per il giurista severiano, a quanto è dato comprendere, il fatto che l'intenzione di versare in una *verborum obligatio* il contenuto di un'*emptio venditio* o di una *locatio conductio* non giunga a compimento, fermandosi allo stadio dell'*interrogatio*, non impedisce il perfezionarsi del contratto consensuale, mentre per l'imperatore bizantino il fatto che l'intenzione di redigere *in scriptis* la *venditio* non giunga a compimento, fermandosi allo stadio della *scheda* (o anche successivo, secondo quanto disposto nel *principium* di C. 4.21.17), impedisce il perfezionarsi del contratto consensuale che è colpito dalla sanzione dell'inefficacia (*non aliter vires habere sancimus, nisi...*).

È vero che Paolo precisa che l'integrazione dell'*emptio venditio* non è impedita *si tamen consentitur in id, quod responsum est*: purtroppo sono troppo scarse le informazioni che è possibile ricavare dal passo per desumere i criteri in forza dei quali era possibile ritenere che si fosse comunque prestato il consenso e in questi criteri si potrebbe trovare la spiegazione sufficiente alla diversità della soluzione tra il giurista e l'imperatore.

Tuttavia, se dovessi avanzare una congettura, inclinerei a mettere il tutto in relazione anche col fatto che «forme *ad substantiam* e forme *ad probationem* [...] nelle opere di giurisprudenza classica non vengono mai elevate a vero e proprio problema. Limitandoci al campo contrattuale, per le prime le categorie di contratti, *re*, *verbis*, *litteris*, *consensu*, sono dati fuori discussione: si ragionerà o si sarà ragionato sulla possibilità di sussumere una fattispecie sotto una data categoria, si sarà discusso se la quadripartizione poteva essere o meno esauriente, ma discussioni o divergenze sui requisiti formali di una categoria a noi non sono pervenute»⁷¹⁷, mentre ai legislatori

⁷¹⁶ Cfr. *supra*, cap. II, § 3, 50 s..

⁷¹⁷ Cfr. G.G. ARCHI, *Indirizzi e problemi*, cit. in *Scritti di diritto romano*, III, *Studi*, cit., 1782.

postclassici i contratti «interessano per fissare quando possono configurarsi conclusi e cioè irrettrabili. Anche in quelle costituzioni, nelle quali oggetto specifico è un altro, non si manca spesso di insistere, parlando di transazione, di vendita, di donazione ecc., sul lato formale necessario, perché sia valido il negozio giuridico»⁷¹⁸. Ciononostante, anche per la difficoltà, rilevata dallo stesso Archi⁷¹⁹, che Giustiniano aveva nel distinguere tra la funzione costitutiva e probatoria del documento, mi sembra che, anche quando, come avviene in C. 4.21.17, l'impostazione del problema parrebbe modernamente da riferirsi alla forma *ad substantiam* o *ad probationem*, si avverte una eco del modo di procedere dei giureconsulti classici e il problema si pone con riferimento alla stipulazione *in scriptis* o *sine scriptis*⁷²⁰.

Se poi questo sia in relazione anche con la trasformazione (un tempo si sarebbe detto degenerazione) subita in epoca postclassica dalla *stipulatio*, che era «divenuta un *instrumentum*, un contratto che prevede la forma scritta *ad substantiam* e, come ulteriore requisito formale[,] la contemporanea *praesentia* delle parti nel momento in cui il documento viene redatto»⁷²¹, dovrebbe essere oggetto di separata indagine.

Chiarito quanto sopra circa il modo d'impostare il problema e il senso che, a mio giudizio, si deve dare al termine patto quando lo si voglia riferire all'inciso *quos in scriptis fieri placuit*, mi pare di poter affermare che se è vero che qualunque contratto poteva essere redatto per iscritto e, però, anche vero che il problema di stabilire le conseguenze di tale scelta era più grave, per un verso, laddove l'impiego della scrittura era una consuetudine inveterata, come nei contratti che mirano ai trasferimenti dei beni di maggiore importanza sociale⁷²², e, per altro verso, laddove più forte poteva sorgere il

⁷¹⁸ Cfr. G.G. ARCHI, *Indirizzi e problemi*, cit. in *Scritti di diritto romano*, III, *Studi*, cit., 1783 s..

⁷¹⁹ Cfr. *supra*, 176, testo e nt. 711.

⁷²⁰ A questo proposito, poiché la costituzione tratta dei contratti *quos in scriptis fieri placuit*, richiamerei alla mente anche le osservazioni di Anteo Genovese su ciò che muove i privati che convengono una forma scritta, riportate *supra*, cap. I, § 1, 5, testo e nt. 15. L'autore è criticato da E. BETTI, *Teoria generale*², cit., a giudizio del quale, «mal si capisce come lo scopo di protezione e di sicurezza normalmente perseguito dalle parti possa considerarsi raggiunto solo con una forma probatoria contestuale, che inesattamente viene considerata quale 'forma costitutiva'», 289, nt. 28. Nondimeno mi pare di un certo interesse rilevare la difficoltà che, per quel che concerne le forme convenzionali, incontra anche l'interprete moderno in queste sottili distinzioni, stante la naturale confusione sul punto degli stessi paciscenti (per cui cfr. l'opinione del Mossa, citata *supra*, cap. I, § 4, 24, testo e nt. 112). Quanto all'irriducibilità della forma convenzionale all'alternativa *ad substantiam* o *ad probationem* anche al tempo presente, in un senso non troppo dissimile da quello sviluppato, con riferimento all'impostazione giustiniana, *infra* nel testo, cfr., il pensiero del Di Giovanni, per cui, v. cap. I, § 4, 27, testo e ntt. 125 e 126.

⁷²¹ M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit. 563.

⁷²² Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*², cit., 99. L'autore ritiene che la diffusione della scrittura con riferimento a siffatti contratti era tale che la scelta delle parti di stipularli *sine scriptis* si dovesse ritenere esclusa, poiché «mal si concepisce un giudice che in materia potesse fare buon viso ad una vendita non redatta per iscritto», *ibidem*. È stato, tuttavia, correttamente osservato che in C. 4.21.17 non c'è alcun esplicito riferimento a una portata ristretta ai trasferimenti immobiliari (cfr. F. GALLO, *Riflessioni*, cit. 421, nt. 16, alla cui opinione aderisce anche M. TALAMANCA, *sub voce Documentazione*, cit., 556); nondimeno ritengo che non si debba sottovalutare, per cogliere le intenzioni dell'imperatore bizantino, il fatto che fin dalla legislazione di Costantino (cfr., a proposito di *Vat. Fragm.* 35 e *Vat. Fragm.* 249, G.G. ARCHI, *Indirizzi e problemi*, cit. in *Scritti di diritto romano*, III, *Studi*, cit., 1786 s. e 1794) la scrittura in questo campo è un dato presupposto più che imposto. Cfr., anche, *supra*, cap. III, § 4, 86 s. e, soprattutto, cap. V, § 1, 137 s., testo e nt. 563.

dubbio circa il momento perfezionatore del contratto, ovvero nei contratti consensuali per i quali, più forte essendo dubbio, più grave doveva essere l'esigenza di certezza. A quest'ultimo proposito richiamerei anche l'osservazione del Pugliese (pur riferita all'epoca classica) per cui «se è vero che l'opinione assai diffusa, secondo la quale il diritto romano classico non avrebbe conosciuto o non avrebbe ammesso i documenti dispositivi, non può accogliersi che con molte riserve, è pur certo che tali documenti sono concepibili unicamente nel campo dei contratti consensuali»⁷²³.

In questo senso si spiega come al centro dei pensieri dell'imperatore ci dovesse essere la vendita (così come il mutuo nelle costituzioni esaminate nel paragrafo precedente), contratto nel quale il problema si presentava in entrambi gli aspetti. E in questi limiti credo si possano accogliere le tesi del Gradenwitz e dello Schuster, confutate nel primo paragrafo.

Non mi pare un caso, infatti, che, come si è già rilevato, nel *principium* della costituzione alla precisazione di ordine generale *ut nulli liceat...* segua una seconda precisazione *adeo ut nec illud...* che è specificamente riferita alla vendita.

Non credo si vada troppo lontano dal vero richiamando a proposito di questa seconda precisazione, che si lega al carattere consensuale dell'*emptio et venditio*, le considerazioni che nell'Ottocento faceva Friedrich Ludwig von Keller: «*Es kommt nach Art und Sitte der Menschen gar häufig vor, daß Contrahenten nach mündlicher Besprechung und Einigung in Voraussicht der noch bevorstehenden schriftlichen Abfassung (die man sich als gar leicht vorzustellen pflegt) gegen einander Äußerungen thun, welche einen vollendeten Abschluss zu involvieren scheinen, während sie sich doch für die ganze Fassung des Vertragsinstrumentes völlig freie Prüfung und Entschließung vorzubehalten gemeint sind. Noch öfter geschieht es, daß sie, nachdem sie über die Hauptsache einig geworden, in der That definitiv abschließen und die Nebensache oder überhaupt die Entwicklung der speziellen Bestimmungen als etwas, das sich so gut als von selbst ordnen werde, der späteren schriftlichen Abfassung anheim stellen, während sich dann erst bei dieser selbst die Schwierigkeiten zeigen, indem auch nach Festsetzung der Hauptsache noch über manche mehr oder weniger wichtige Nebensache verschiedene Bestimmung und daher auch verschiedene Willensmeinung der Contrahenten möglich ist, und indem überhaupt nicht Jeder die rechte Fähigkeit besitzt, aus einer gegebenen Gesamtvorstellung das Einzelne gehörig heraus zu wickeln und umgekehrt in der Gesamtvorstellung schon zum Voraus das Einzelne vollständig und genau zu übersehen.*

Nimmt man nun in solchen Fällen schon die mündliche Erklärung als bindend an, so ist eine gedoppelte Gefahr vorhanden — ein Mal, daß ein bloß scheinbarer Consens wie ein wirklicher behandelt werde, und zweitens tritt gar zu leicht der Übelstand ein, daß ein Rechtsverhältniß, welches einzig der Contractswille zur Existenz

⁷²³ G. PUGLIESE, *La simulazione*, cit., 168.

gebracht hat, anstatt seine volle Gestaltung, soweit die Contrahenten es wollen und vermögen, auf dem Wege des Vertrages und gleichsam aus einem Gusse zu erhalten, vielmehr auf halbem Wege und gleichsam in unreifer Ausbildung stehen bleibt, und seine Ergänzung und Vollendung auf dem zwar möglichen, aber immerhin unerwünschten Wege des richterlichen Ermessens suchen muß»⁷²⁴.

A me pare che l'intenzione di Giustiniano fosse di risolvere il problema in questione fissando il momento in cui si debba ritenere il consenso pienamente in essere al fine di soddisfare un bisogno di certezza nei rapporti giuridici, al centro delle preoccupazioni dell'imperatore, come confermato dall'analisi dei testi svolta nei primi due paragrafi del presente capitolo⁷²⁵.

Un'indiretta riprova di quanto sopra sostenuto ritengo si possa rinvenire in un frammento del Digesto tratto dal titolo sulla locazione:

D. 19.2.13.11 Ulpianus 32 ad ed.: *Qui impleto tempore conductionis remansit in conductione, non solum reconduxisse videbitur, sed etiam pignora videntur durare obligata. sed hoc ita verum est, si non alius pro eo in priore conductione res obligaverat: huius enim novus consensus erit necessarius. eadem causa erit et si rei publicae praedia locata fuerint. quod autem diximus taciturnitate utriusque partis colonum reconduxisse videri, ita accipiendum est, ut in ipso anno, quo tacuerunt, videantur eandem locationem renovasse, non etiam in sequentibus annis, etsi lustrum forte ab initio fuerat conductioni praestitutum. sed et si secundo quoque anno post finitum lustrum nihil fuerit contrarium actum, eandem videri locationem in illo anno permansisse: hoc enim ipso, quo tacuerunt, consensisse videntur. et hoc deinceps in unoquoque anno observandum est. in urbanis autem praediis alio iure utimur, ut, prout quisque habitaverit, ita et obligetur, nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est.*

Non interessano in questa sede gli aspetti del passo legati alla durata del rinnovo del rapporto di locazione (connessa verosimilmente allo scopo del contratto e, dunque, quando ne fossero oggetto fondi rustici, al «tempo necessario per la produzione dei frutti»⁷²⁶ e, *in urbanis autem praediis*, all'interesse abitativo) ma soltanto quelli legati alla manifestazione tacita del consenso e, in particolare, l'inciso finale, soprattutto per il suo probabile carattere insitico.

Ulpiano tratta l'ipotesi in cui il locatore non si opponga al fatto che il conduttore *impleto tempore conductionis remansit in conductione* e afferma che *non solum*

⁷²⁴ F. L. VON KELLER, *Pandekten*, Aus dem Nachlasse des Verfassers hrsg. von E. Friedberg, Leipzig, 1861, § 222, 436 s. (citato da F. REGELSBERGER, *Civilrechtliche Erörterungen*, I, *Die Vorverhandlungen*, cit., 153 s.).

⁷²⁵ Cfr., in particolare, *supra*, § 2, 167, testo e nt. 669.

⁷²⁶ F. GALLO, *Sulla presunta estinzione del rapporto di locazione per iniziativa unilaterale*, in *Syntelesia Vincenzo Arangio-Ruiz*, Napoli, 1964, 1202, alla cui opinione sul punto aderisce A. CENDERELLI, *Durata del contratto e necessità del locatore. Sulle origini della legislazione vincolistica in tema di locazione abitativa* in *Studi per Giovanni Nicosia*, Milano, 2007, 351.

reconduxisse videbitur, sed etiam pignora videntur durare obligata: il persistere delle garanzie prestate dal colono, come anche la precisazione superflua sulla necessità di un *novus consensus* per il caso in cui esse siano sostituite da altre, fa pensare che il giurista veda nella vicenda la prosecuzione del rapporto originario⁷²⁷.

L'impressione che nel testo originario si pensasse alla *reconductio tacita* come a un prolungamento di quella spirata esce rafforzata dall'inciso finale (riferito ai soli immobili urbani⁷²⁸): *nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est*.

Su quest'ultima frase «si sono appuntate le maggiori critiche»⁷²⁹.

Già Otto Lenel scriveva, a proposito del carattere insitico, «*certe verba 'in scriptis' non possunt esse Ulpiani*»⁷³⁰ e il Gallo attribuisce, «con ogni probabilità, l'inciso finale»⁷³¹ ai commissari giustiniani.

Anch'io ritengo che esso sia stato introdotto dai commissari di Giustiniano per conciliare il frammento con quanto disposto nel 528 d.C. per mezzo di C. 4.21.17 e, proprio per questa ragione, credo che sia di notevole interesse al fine di interpretare le intenzioni che mossero l'imperatore a emanare la costituzione citata.

Un primo dato che mi pare si possa ricavare dall'interpolazione in esame è che la costituzione accolta in C. 4.21.17 era intesa come riferita anche alla locazione quantomeno a partire dal 533 d.C.⁷³², ma con ogni verosimiglianza fin dal principio, essendo probabile che l'interpolazione del passo in esame sia piuttosto l'effetto della disposizione del 528 che non la causa di una sua estensione applicativa.

Colpisce, inoltre, il fatto che l'inciso in questione sia introdotto in tema di modo di manifestazione del consenso.

Concluderei, pertanto, che si debba mettere in relazione con quanto esposto poc'anzi circa l'originaria intenzione di Giustiniano di risolvere con C. 4.21.17 il problema dell'individuazione del momento in cui possa dirsi manifestata una volontà negoziale.

⁷²⁷ Così A. CENDERELLI, *Durata del contratto*, cit., 350; *sed contra*, sia pure cautamente, cfr. F. GALLO, *Sulla presunta estinzione*, cit., 1203 s., nt. 19.

⁷²⁸ Il dato non è privo di interesse rispetto a quanto si è sostenuto *supra*, 178 s., testo e nt. 722, anche pensando alla maggiore facilità che si aveva nelle città di ricorrere alla scrittura.

⁷²⁹ A. CENDERELLI, *Durata del contratto*, cit., 353. Non interessano in questa sede le interpolazioni sospettate nel resto del testo, per cui rinvio ad A. CENDERELLI, *Durata del contratto*, cit., 351 s. testo e nt. 30 e F. GALLO, *Sulla presunta estinzione*, cit., 1202 s., testo e, in particolare, nt. 17, nonché alla letteratura richiamata dagli autori citati.

⁷³⁰ O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, Leipzig, 1889, 639, nt. 2. Cfr. anche *Ind. itp. ad hl.*

⁷³¹ F. GALLO, *Sulla presunta estinzione*, cit., 1205. L'autore, a tal proposito, cita espressamente C. 4.21.17, nt. 25, 1205 s..

⁷³² Com'è noto la costituzione bilingue *Tanta* o Δέδωκεν è del 16 dicembre.

In particolare, interpreterei l'inciso⁷³³ nel senso che l'imperatore, probabilmente per la forza del principio di simmetria, abbia vietato di mutare il vincolo (e, in particolare, il *tempus*) originariamente disposto per iscritto con una manifestazione tacita e, dunque, *sine scriptis* di volontà negoziale: se le parti si sono vincolate per iscritto al rapporto locativo non sarà possibile rinnovarlo se non per iscritto, proprio al fine di evitare che, in un momento successivo al sorgere dell'originario rapporto contrattuale, si possano ripresentare quegli stessi problemi che Giustiniano intendeva risolvere fissando autoritativamente con C. 4.21.17 il momento in cui doveva ritenersi espressa la volontà negoziale.

Ciò mi pare confermi che il problema dovesse presentarsi in modo più grave con riferimento ai contratti consensuali per i quali *neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse*⁷³⁴ e, ancora nel modo di pensare dell'imperatore, *neque scriptura neque praesentia omnimodo opus est, ac ne dari quidquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio, sed sufficit eos qui negotium gerunt consentire*⁷³⁵.

Tutto quanto sopra esposto mi induce anche a prendere una posizione parzialmente diversa rispetto alla dottrina citata al principio del paragrafo con riferimento alla natura del contratto di vendita preso in considerazione dalla legge 17.

Così come, nell'imporre il rinnovo scritto della locazione conclusa originariamente per iscritto, l'imperatore non aveva inteso certo modificare il carattere obbligatorio del contratto (né avrebbe potuto farlo, trattandosi di contratto di durata)⁷³⁶, ritengo che nemmeno si sia proposto (direttamente) di modificare il carattere obbligatorio dell'*emptio et venditio*, della quale si è, anzi, fundamentalmente occupato proprio in ragione dell'analogia strutturale consensuale, come mi pare sia confermato da un'altra celebre interpolazione contenuta nel Digesto ed opera, anch'essa, dei commissari giustiniani:

Dig. 18.1.2.1 Ulpianus 1 ad sab.: *Sine pretio nulla venditio est: non autem pretii numeratio, sed conventio perficit sine scriptis habitam emptionem.*

Anche l'inciso *sed conventio perficit sine scriptis habitam emptionem* credo si debba riferire al medesimo problema affrontato dall'imperatore nel 528 d.C..

Dissentito, pertanto, dal Gallo il quale, pur ammettendo, sulla scia dell'Arangio-Ruiz⁷³⁷, che da C. 4.21.17 si desuma che «lo schema classico della compravendita era

⁷³³ Per una differente interpretazione cfr. A. CENDERELLI, *Durata del contratto*, cit., 353 s. A proposito di quel che si sostiene nel testo, cfr. *supra*, cap. I, § 1, 7 s. e, in particolare, 8.

⁷³⁴ Gai *Institutiones*, 3, 136.

⁷³⁵ Iustiniani *Institutiones*, 3, 22.

⁷³⁶ Cfr. *supra*, cap. II, § 1, 43, testo e nt. 208.

⁷³⁷ Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*², cit., 98 s..

ancora utilizzato, prima della sua emanazione, in funzione di contratto preliminare»⁷³⁸ (*arg. ex adeo ut nec illud in huiusmodi venditionibus liceat dicere, quod pretio statuto necessitas venditori imponitur vel contractum venditionis perficere vel id quod emptoris interest ei persolvere*) ritiene, tuttavia, che questa stessa costituzione abbia posto «il divieto di continuare a usarlo, in tale applicazione»⁷³⁹, sia pure con riferimento esclusivo alla vendita *in scriptis*, a proposito della quale nella legge 17, dunque, secondo il Gallo «non si parla della compravendita romana, bensì del corrispondente istituto derivato dal diritto greco (vendita con efficacia traslativa immediata e per la cui conclusione era necessario il pagamento del prezzo)»⁷⁴⁰.

Di un divieto siffatto non rinvengo traccia nel testo della costituzione del 528 d.C.; neppure mi pare che si possa affermare senza dubbio che «la *venditio in scriptis* disciplinata in C. 4, 21, 17 è una vendita con effetti traslativi»⁷⁴¹ o, per meglio dire, mi pare si possa dubitare che l'intenzione dell'imperatore fosse di disciplinare gli effetti traslativi della vendita conclusa per iscritto o vietare per l'avvenire l'applicazione dello schema della compravendita romana classica in funzione (grosso modo) di contratto preliminare.

Non rinvengo nel testo della costituzione alcun riferimento agli effetti reali o obbligatori del contratto e ritengo che gli argomenti addotti dagli insigni studiosi a sostegno delle affermazioni poc'anzi riportate debbano essere valutati in modo parzialmente diverso se, come io ho fatto, ci si propone il limitato scopo di indagare quali fossero le intenzioni di Giustiniano nell'emanare la costituzione del 528 d.C.⁷⁴².

Principalmente gli autori citati fondano la loro posizione sull'inciso finale del *principium* e sul § 2 della costituzione, in cui è disciplinato il contratto arrale, del quale

⁷³⁸ F. GALLO, *Disposizioni*, cit., 58; la tesi dell'Arangio-Ruiz circa la sostanziale corrispondenza alla sequenza moderna preliminare-definitivo è espressamente citata alle pagine 13 s.. Sulla qualificazione come preliminare più prudente M. TALAMANCA, *L'unità della 'venditio'*, cit., 808, nt. 12 che, sul punto, rinvia a ID., *Recensione a GALLO, Il principio*, cit., 144.

⁷³⁹ *Ibidem*. Cfr. anche «la costituzione ricorda ancora lo schema classico della compravendita, ma considerandolo solo più come una sorta di contratto preliminare e vietandone per il futuro anche questa applicazione, nei confronti delle vendite *in scriptis*», *op. ult. cit.*, 62. In senso sostanzialmente adesivo circa l'efficacia del *contractus venditionis* disciplinato in C. 4.21.17, pur senza far riferimento a un divieto di applicazione in funzione di preliminare, M. TALAMANCA, *L'unità della 'venditio'*, cit., 808, nt. 12. Cfr. anche, di quest'ultimo ID., *Osservazioni*, cit., 330, ID., *sub voce Vendita*, cit., 467 e, soprattutto, 469 s..

⁷⁴⁰ F. GALLO, *Disposizioni*, cit., 62.

⁷⁴¹ M. TALAMANCA, *sub voce Vendita*, cit., 469.

⁷⁴² A tal proposito lo stesso M. TALAMANCA, *sub voce Vendita*, cit. 469, nt. 1693, notava che «la costituzione riguarda, in effetti, la disciplina dei contratti che le parti hanno deciso di redigere per iscritto più che la compravendita in particolare».

la vendita scritta rappresenta il negozio solutorio⁷⁴³. Il Talamanca osserva anche che la particolarità che «la compravendita di cui parla Giustiniano [...] è esclusivamente la compravendita traslativa»⁷⁴⁴ non si riscontra soltanto nella costituzione in esame, ma «si può dire in tutta l'attività legislativa di Giustiniano riguardo alla compravendita, la quale si riferisce soltanto all'aspetto traslativo del negozio»⁷⁴⁵.

Quanto agli argomenti testuali, osservo che dal *principium* si evince soltanto che la vendita *quam in scriptis fieri placuit* non produrrà più effetti (*non aliter vires habere sancimus, nisi...*) prima del completamento dell'*iter* negoziale fissato nella costituzione.

Quali siano tali effetti non è detto espressamente in alcun luogo.

Anzi, l'inciso finale che comincia con *adeo ut nec illud...* potrebbe offrire un argomento a sfavore delle tesi citate, se considerato isolatamente.

Si potrebbe, infatti, sostenere, argomentando *a contrario*, che, essendo l'intervento imperiale espressamente volto a fissare soltanto il momento di produzione degli effetti giuridici (individuato nella stesura in bella copia con la sottoscrizione delle parti se si tratta di *instrumentum privatum* e nell'apposizione della *completio* ed *absolutio* se si tratta di documento tabellionico⁷⁴⁶) la precisazione finale sia riferita soltanto all'ablattivo assoluto *pretio statuto*, senza che si possa dire che gli effetti siano modificati nella loro natura (potendo pur sempre consistere nella *necessitas* a carico del venditore di *vel contractum venditionis perficere vel id quod emptoris interest ei persolvere*), ma soltanto nella loro origine, dovendosi ricondurre non più all'accordo sul prezzo (il quale, presupponendo quello sulla merce, era l'elemento perfezionatore della vendita classica), ma alla sottoscrizione delle parti nel *mundum* oppure alla *completio et absolutio* nel documento tabellionico.

Nè ritengo che questo ragionamento (riferito al solo *principium*) cada in forza del rilievo che, «nella stessa costituzione, l'accordo che obbligava a *contractus*

⁷⁴³ «A nostro avviso, l'efficacia reale della compravendita *cum scriptura* si desume, inequivocabilmente (o almeno fino a prova concreta del contrario), dalla circostanza che essa rappresenta il negozio solutorio rispetto al *contractus dationis arrharum*», M. TALAMANCA, *sub voce Vendita*, cit. 469, nt. 1698. Cfr. anche, ID., *Osservazioni*, cit., 329 ss. e ID., *L'arra*, cit. 87. Cfr. anche F. GALLO, *Disposizioni*, cit., 12 ss., e, in particolare, «non possono esserci dubbi, secondo noi, data la stretta connessione che esisteva [...] sia nel diritto greco che in quello romano tra la conformazione dell'arra e quella della compravendita, che il *contractus venditionis*, di cui si parla nella costituzione, sia la compravendita con efficacia reale del diritto greco», 21.

⁷⁴⁴ M. TALAMANCA, *Osservazioni*, cit., 330.

⁷⁴⁵ *Ibidem*.

⁷⁴⁶ Sul significato della *completio et absolutio*, non rilevanti rispetto al fine che mi sono proposto, mi limito a rinviare a M. TALAMANCA, *sub voce Documentazione*, cit., 553 s. e M. AMELOTTI, *Il documento nel diritto giustiniano. Prassi e legislazione*, in *Il mondo del diritto nell'epoca giustiniana. Caratteri e problematiche. Atti del convegno internazionale (30 settembre-1 ottobre 1983)*, a cura di G. G. Archi, Ravenna, 1985, 132 ss. e ID., *L'età romana*, in M. AMELOTTI e G. COSTAMAGNA, *Alle origini*, cit., 34 ss..

venditionis perficere non è denominato compravendita e risulta contrapposto a quest'ultima»⁷⁴⁷.

A tal proposito osservo che, se è vero che l'accordo non è denominato espressamente compravendita, è vero anche che la parte del contratto che si perfeziona *pretio statuto* è, invece, denominata chiaramente *venditor (pretio statuto necessitas venditori imponitur...)* e se è vero che su costui gravava l'obbligo di *contractum venditionis perficere* è pur vero che l'altro obbligo menzionato è di *id quod emptoris interest ei persolvere*, che, così formulato, richiama alla mente gli effetti dell'*emptio et venditio* classica; perciò la conclusione dell'argomento mi pare, quantomeno, dubbia.

È stato, anzi, da altri osservato che, anche a prescindere dalle disposizioni eccezionali contenute nel § 1 (dove un po' tutti gli autori vedono un riferimento alla compravendita obbligatoria), gli effetti della compravendita scritta nella costituzione in esame «sono indicati con una frase alludente alla produzione di obblighi, quale *vires habere*»⁷⁴⁸ e che le «*conscriptioes*, le *subscriptiones*, etc. sono elementi perfezionatori del consenso»⁷⁴⁹. Addirittura, in modo un po' apodittico e accomunando il testo della costituzione al corrispondente passo delle Istituzioni, in passato si è persino affermato «ora, che in queste fonti si parli della compravendita obbligatoria e non di quella reale, è cosa così sicura che non ha bisogno di dimostrazione»⁷⁵⁰.

Tuttavia se queste ultime affermazioni, valutate con riferimento al solo *principium* della costituzione isolatamente considerato, conservano una qualche plausibilità, ne perdono non poca se inserite nel contesto della legge 17 e dell'ambiente culturale da cui essa ha origine.

In particolare, venendo all'altro principale argomento testuale su cui poggia l'opinione della dottrina oggi dominante, è, obiettivamente, difficile coniugarle con quanto è previsto nel § 2 riguardo alle arre, che sembrerebbe presupporre un'altra concezione della vendita per la sua intima connessione alla *datio arrharum*.

Il tema della disciplina del contratto arrale è stato oggetto di copiosa produzione scientifica⁷⁵¹, soprattutto con riferimento alle divergenze che, sul punto, presenta I. 3.23. pr. rispetto a C. 4.21.17.2.

⁷⁴⁷ F. GALLO, *Disposizioni*, cit., 16.

⁷⁴⁸ U. BRASIELLO, *Sull'influenza del Cristianesimo in materia di elemento subbiiettivo nei contratti*, in *Scritti di diritto romano in onore di Contardo Ferrini pubblicati dalla R. Università di Pavia*, Milano, 1946, 569.

⁷⁴⁹ *Ibidem*.

⁷⁵⁰ A. CHECCHINI, *Trasferimento della proprietà e costituzioni delle servitù nel diritto romano post-classico*, in *Atti del reale istituto veneto di scienze, lettere ed arti*, anno accademico 1914-915, tomo LXXIV, parte II, Venezia, 1914, 141. L'autore specificamente argomenta soltanto dalla «famosa frase *adimplere contractum*» la quale, però, compare esclusivamente nel passo istituzionale.

⁷⁵¹ Cfr., tra gli altri, oltre agli autori citati in questo paragrafo, in particolare, *supra*, § 1, 150, nt. 604.

Come premesso al principio del paragrafo⁷⁵², di tali complesse questioni non intendo occuparmi, limitandosi la mia analisi all'individuazione del presumibile intento che mosse l'imperatore Giustiniano nel 528 d.C..

A quest'ultimo proposito mi pare, tuttavia, che anche il § 2 s'inserisca armonicamente nell'interpretazione della costituzione che ho proposto finora.

Mi sembra, infatti, naturale che l'imperatore, dopo aver fissato il modo e individuato il momento di conclusione dei contratti scritti⁷⁵³, confinando nell'area dell'irrelevanza giuridica ciò che fosse accaduto *prius, quam haec ita processerint* si ponesse il problema di chiarire la sorte delle arre che fossero state date prima del compimento dell'*iter* negoziale intrapreso: erano anch'esse attratte in quella sorta di buco nero aperto dall'imperatore con la sanzione dell'inefficacia posta nel *principium*? Oppure esse ne erano sottratte, in virtù della loro configurazione come contratto autonomo e non più come *pactum adiectum*?

Sotto questo aspetto non sono persuaso dall'argomento del Gallo che accosta il contratto arrale di C. 4.21.17.2 agli atti disciplinati in C. 4.2.17⁷⁵⁴ in virtù della comune struttura reale⁷⁵⁵.

Per quanto ho sopra chiarito circa il legame del problema affrontato in C. 4.21.17 con i contratti destinati a trasferire i diritti, da una parte, e con i contratti consensuali dall'altra, ritengo di poter affermare che, sebbene sia vero che fosse nel potere delle parti di redigere *in scriptis* anche un contratto di mutuo (o di deposito o comodato o *alterius cuiuscumque causae*), la considerazione delle arre in C. 4.21.17.2 risponda a esigenze proprie di questa sola figura.

Infatti, a differenza degli altri contratti reali citati, dove quanto precede la consegna appartiene alla fenomenologia pre-giuridica proprio in virtù del fatto che essi si perfezionano *re*, soltanto nel caso delle arre, che di massima presuppongono che si sia raggiunto l'accordo sul prezzo (costituendone, nella fisiologia del rapporto, una parte, essendo ormai imperante al tempo di Giustiniano un modello analogo alla *δόσις τῶν ἀρραβίωνων*⁷⁵⁶) e quindi anche sulla cosa, si pone lo specifico problema dei rapporti tra la *conventio* sottostante alla dazione dell'arra che, di per sé, integrerebbe la vendita *consensu* e l'innovazione sancita dall'imperatore circa i contratti *in scriptis*.

⁷⁵² Cfr., *supra*, 171.

⁷⁵³ A questo proposito concordo con F. GALLO, *Riflessioni*, cit. 417 ss. circa l'estensione della disposizione anche ai contratti per i quali la forma scritta fosse imposta dall'ordinamento.

⁷⁵⁴ Per cui cfr. *supra*, § 2, 162 ss..

⁷⁵⁵ Cfr. F. GALLO, *Riflessioni*, cit. 429 s..

⁷⁵⁶ Cfr. quanto detto *supra*, cap. II, § 2, 46 s. e § 3, 52 s. e, anche, cap. IV, § 1, 92 s. sulla diversità dell'arra romana rispetto a quella greca. Circa la diffusione del modello greco al tempo di C. 4.21.17, mi pare significativa la norma dispositiva *licet non sit specialiter adiectum, quid super isdem arris non procedente contractu fieri oporteat...* che recepisce la funzionalità del contratto arrale greco.

In particolare, una volta che si è stabilito che, se la vendita avviene per iscritto, essa non produce più alcun effetto finché il documento non è perfetto secondo quanto disposto nel *principium*, mi pare ragionevole che si chiarisca che, però, tale inefficacia non si estende alla dazione dell'arra la quale *et in posterum* continuerà a produrre i suoi effetti, essendo ormai divenuta un'autonoma figura contrattuale; con la conseguenza che soltanto laddove si sia deciso che anche l'autonomo contratto arrale debba avvenire per iscritto potrà porsi un problema di inefficacia, con riferimento a esso, prima del compiersi del procedimento disciplinato nel *principium*⁷⁵⁷.

Da quanto si è detto dovrebbe essere chiaro che la disposizione di C. 4.21.17.2 non può essere accostata a C. 4.2.17, trovando la propria giustificazione, per un verso, nella ricostruzione, tentata in diritto classico, della funzionalità del contratto arrale come *pactum adiectum*⁷⁵⁸ alla vendita (la quale avrebbe comportato il travolgimento anche dell'arra per effetto della sanzione di inefficacia del *principium*) e, per altro verso, nel sovrapporsi della *conventio* sottostante all'arra con la *conventio* sottostante alla vendita e potenzialmente idonea fino al 528 d.C. a generare un vincolo di per sé, sia pure nei limiti dell'alternativa *vel contractum venditionis perficere vel id quod emptoris interest ei persolvere*.

Per queste ragioni non mi convince neanche l'affermazione del Talamanca secondo cui non avrebbe fondamento la restrizione dell'applicabilità del regime «alle arre date in relazione ad un progetto di vendita per iscritto»⁷⁵⁹, mentre, invece, esso sarebbe applicabile a qualunque dazione di arra, stante il carattere generale dell'espressione *super facienda emptione cuiuscumque rei*.

Intanto, ho già avuto occasione di rilevare come nel più ampio contesto dell'originaria costituzione sulla documentazione un analogo modo di impostare il discorso sia dato scorgere in C. 4.20.18 pr.⁷⁶⁰ dove l'imperatore, trattando della prova dell'estinzione dei debiti risultanti da atto scritto, chiude la disposizione ponendo un'eccezione per i debiti che, alla promulgazione della legge, siano già stati pagati senza che sia stata pretesa una quietanza scritta: che il debito già estinto *sine scriptis* risultasse, invece, da atto scritto, è supposto implicitamente, ma anche inequivocabilmente essendo, quella finale, una disposizione eccezionale rispetto alla disciplina generale che riguardava *qui in scriptis a se debita rettulerunt*.

⁷⁵⁷ Concordo con M. TALAMANCA, *Osservazioni*, cit., 327, testo e nt. 8, circa il fatto che nel § 2 l'inciso *sive in scriptis sive sine scriptis* «vada riferito, come vuole la logica della lingua latina, a *datae sunt* e, conseguentemente, alla forma del contratto arrale» e non certo alla futura compravendita, *ibidem*.

⁷⁵⁸ Cfr. D. 18.3.6 pr. e D. 18.3.8, nonché C. 4.54.1. Sui passi citati cfr. F. GALLO, *Disposizioni*, cit., 19 ss. e M. TALAMANCA, *sub voce Vendita*, cit., 323, nt. 196

⁷⁵⁹ M. TALAMANCA, *Osservazioni*, cit., 329. Cfr., anche, ID., *L'arra*, cit. 86 ss.. Peraltro, nel primo dei due scritti citati, l'autore esprime un'opinione assai simile a quella esposta *supra*, 186 ss., circa il motivo del ricordo del regime del contratto arrale, ma, anche per la diversa inquadratura sistematica, ne trae conseguenze diverse.

⁷⁶⁰ Per cui cfr. *supra*, § 1, 160, nt. 645.

Nello stesso implicito rapporto logico, mi pare stiano il § 2 e il *principium* della costituzione 17, tanto più che il paragrafo si apre con un'affermazione, quale *illud etiam adicientes*, che si riconnette espressamente a una disposizione eccezionale sulle vendite *in scriptis*.

Tanto il contesto specifico, quanto quello generale in cui s'inserisce il § 2 mi pare depongano, dunque, nel senso che il paragrafo sulle arre presupponga un progetto di vendita futura da compiersi per iscritto⁷⁶¹ nel corso del quale siano date arre *sive in scriptis sive sine scriptis*, non prendendo affatto in considerazione la diversa ipotesi di arre date in occasione di una vendita *sine scriptis* a proposito delle quali, dunque, non credo sia lecito trarre argomenti dal paragrafo in questione se non in un modo indiretto (ma ciò, in ogni caso, non rientra nei fini della mia ricerca).

Ora, è ben vero che tra la configurazione dell'arra e quella della vendita c'è un'intima connessione e, pertanto, configurata la *datio arrharum* come un contratto autonomo in forza del quale *qui vendere pollicitus est, venditionem recusans in duplum eas reddere cogatur; et qui emere pactus est, ab emptione recedens datis a se arris cadat*, la vendita alla quale vien spontaneo pensare sia una vendita traslativa e documentale.

Tanto più che «gli atti scritti continuavano a farsi come [...] si facevano per lo innanzi, in età postclassica e pregiustiniana, cioè mediante un documento unico ove alla menzione dell'accordo fra le parti sulla cosa e sul prezzo si univa quella dell'avvenuta tradizione, o della costituzione di un brevissimo usufrutto destinato ad evaderne la necessità attraverso l'applicazione del cosiddetto costituito possessorio, e infine si dichiarava l'avvenuto pagamento del prezzo»⁷⁶² e tutto ciò portava come conseguenza che, perfezionato il contratto di vendita *in scriptis*, si producesse anche il trasferimento della proprietà.

Tuttavia, sebbene sia disposto ad ammettere, col Talamanca, il fatto che quanto sopra esposto «rende impossibile sottrarsi alla conclusione che l'imperatore recepisse sostanzialmente le istanze di una prassi, la quale tendeva a non riconoscere [...] l'*obligatio consensu contracta*»⁷⁶³, sarei più prudente nella valutazione degli argomenti che è lecito trarre, circa la forza di tale tendenza e la determinatezza delle intenzioni

⁷⁶¹ D'altronde, lo stesso Talamanca, tornando sull'argomento parecchi anni dopo gli scritti citati *supra*, 187 nt. 759, ha affermato «saremmo, adesso, molto più prudenti nel generalizzare la portata sia di C. 4,21,17,2 che di I. 3., 23 pr. a qualsiasi dazione di arra [...]. Il contesto a cui i due passi si riferiscono è, senza possibilità di dubbio, quello del futuro *instrumentum emptionis*», M. TALAMANCA, *sub voce Vendita*, cit., 474, nt. 1736.

⁷⁶² Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*², cit., 100.

⁷⁶³ M. TALAMANCA, *sub voce Vendita*, cit., 470.

della cancelleria imperiale⁷⁶⁴, da C. 4.21.17, parendomi che esso segni, sì, un passo avanti verso la compravendita documentale e a effetti reali, ma più come un effetto indiretto e prodotto di fatto dalla legge di Giustiniano che non per una precisa volontà di riforma del punto.

Infatti, non si deve omettere di considerare la circostanza che, da una parte, la dazione dell'arra, sia pur configurata come un autonomo contratto, resta pur sempre un accidente economico della vendita che, come tale, può esserci, ma può anche non esserci e che, d'altra parte, la disciplina dettata riguardo al contratto arrale nel § 2 della legge 17 ha natura dispositiva.

Pertanto, non rientrando nei fini dell'imperatore l'abolizione della struttura consensuale e obbligatoria della vendita (applicandosi la disciplina anche alla locazione), ritengo che, ancora dopo il 1° giugno 528 d.C., fosse pur sempre astrattamente possibile la conclusione di una vendita scritta puramente obbligatoria, non soltanto nel caso in cui non fossero date arre, ma anche nel caso inverso, prevedendo con riferimento ad esse una specifica disciplina⁷⁶⁵ nella *lex contractus* in deroga a quella posta dall'imperatore⁷⁶⁶.

A questo proposito dissento, come già detto⁷⁶⁷, dal Gallo il quale parla di divieto di applicazione per l'avvenire⁷⁶⁸ affermando che «lo schema della compravendita classica - che già prima era utilizzato soltanto in funzione di contratto preliminare - venne bandito dalle vendite *in scriptis*»⁷⁶⁹: nel testo della costituzione non ritengo si possa rinvenire un siffatto divieto.

Convengo piuttosto nell'opinione dell'Arangio-Ruiz secondo cui con C. 4.21.17 «l'imperatore non ha vietato che l'atto scritto portasse una vendita puramente obbligatoria»⁷⁷⁰, la quale restava anche dopo la costituzione in esame, un'astratta possibilità.

Certo, *a posse ad esse non valet illatio*. Ancor più se si tiene conto delle diverse condizioni economiche, sociali e culturali rispetto al tempo in cui sorse l'*emptio et*

⁷⁶⁴ Secondo il Talamanca «nell'ambito delle vendite *cum scriptura*, la cancelleria imperiale taglia al proposito di netto, a favore della "purezza" della concezione ellenistica della vendita, la quale dopo C. 4,21,17, non appare più "inquinata" da residui della disciplina classica», M. TALAMANCA, *sub voce Vendita*, cit., 471. Nella nt. 1713 l'autore parla poi di «coerenza del disegno prefissosi dalla cancelleria stessa» a proposito del recepimento del contratto arrale greco per quel che concerne «la possibilità di creare un vincolo obbligatorio in relazione al futuro perfezionamento dello scambio».

⁷⁶⁵ Ad esempio sul punto del cumulo dell'azione per l'adempimento con quella discendente dal contratto arrale.

⁷⁶⁶ In difetto di una disciplina contrattuale parrebbe doversi evincere dal § 2 che, secondo Giustiniano, il contratto arrale avrebbe esaurito da solo la funzione economica che la vendita obbligatoria avrebbe dovuto adempiere, impendendone l'integrazione.

⁷⁶⁷ Cfr. *supra*, 182 s..

⁷⁶⁸ Cfr. *supra*, 182 s., testo e nt. 739.

⁷⁶⁹ F. GALLO, *Disposizioni*, cit., 25.

⁷⁷⁰ Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*², cit., 100.

venditio obbligatoria e dei non pochi problemi che tradurre in pratica quest'astratta possibilità avrebbe comportato, a cominciare dalla difficoltà di trovare giudici con una preparazione sufficiente ad applicare la disciplina della compravendita classica⁷⁷¹.

Tuttavia, mi pare che il pensare a un permanere, anche dopo il 1° giugno del 528 d.C., della vendita *in scriptis* obbligatoria, sia pure soltanto in potenza, si concili con alcuni dati (rilevati dagli stessi autori citati) meglio di quanto non faccia la tesi opposta e ciò valga a sciogliere l'obiezione che si tratti di «un “futuribile” rispetto all'effettiva storicità del diritto giustiniano»⁷⁷².

In particolare mi riferisco allo sviluppo dell'argomento, citato in precedenza⁷⁷³, circa l'attenzione pressoché esclusiva di Giustiniano, nella sua attività legislativa, all'aspetto traslativo della vendita: il Talamanca riconosce che «per quanto riguarda la legislazione giustiniana due [...] costituzioni possono esser riferite ad una compravendita con effetti obbligatori»⁷⁷⁴ e si riferisce a C. 7.47.1 (a. 531) e a C. 4.38.15 (a. 530).

A proposito della prima egli osserva che «fra i contratti a cui si applica il divieto di superare — nella valutazione dell'*id quod interest* — il doppio del valore oggettivo della prestazione, ricorda, accanto alle *locationes*, le *venditiones*»⁷⁷⁵, ma l'interpreta come riferita alla «garanzia per i vizi o per l'evizione»⁷⁷⁶.

Per quel che concerne la seconda, ammette che «non si lascia inquadrare al di fuori degli schemi della compravendita obbligatoria, in quanto la determinazione del prezzo ad opera di terzi non può conciliarsi con un sistema in cui si abbia compravendita esclusivamente traslativa subordinata al pagamento del prezzo»⁷⁷⁷ aggiungendo anche che «la cosa che più colpisce è l'espressa previsione che la disciplina dettata da questa costituzione si estenda anche alle *venditiones cum scriptura*»⁷⁷⁸.

⁷⁷¹ A questo proposito l'Arangio prosegue così il discorso sulla possibilità di una vendita puramente obbligatoria: «ma questa struttura che era già [...] una forma-limite nella pratica dell'età classica, era divenuta presso la giurisprudenza decadente una mera ipotesi di laboratorio, e sarebbe apparsa in pratica un irrocervo», V. ARANGIO-RUIZ, *op. loc. cit.*. Sul punto cfr. anche M. TALAMANCA, *sub voce Vendita*, cit., 4740, nt. 1700 e 471, nt. 1711. Del resto, con riferimento già all'epoca classica, cfr. *supra*, cap. II, § 4, 56 s. e, in particolare, 57 testo e nt. 261.

⁷⁷² M. TALAMANCA, *sub voce Vendita*, cit., 474, nt. 1738, con specifico riferimento, però, a ipotesi diverse.

⁷⁷³ Cfr. *supra*, 184, testo nt. 745.

⁷⁷⁴ M. TALAMANCA, *Osservazioni*, cit., 331, nt. 21.

⁷⁷⁵ *Ibidem*.

⁷⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁷⁸ *Ibidem*.

Ora, se pure è vero che quest'ultima costituzione⁷⁷⁹, regolando la questione dell'arbitraggio del terzo (che non interessa in questa sede), non è chiara nello stabilire quali conseguenze producesse la fissazione del prezzo da parte dell'arbitratore e pone in correlazione il *pretia persolvi* al *venditionem ad effectum pervenire* (con verosimile riferimento all'effetto traslativo), tuttavia è anche vero che considera la compravendita come esistente, ma *sub condicione*, il cui avveramento (ovvero la determinazione del prezzo a opera del terzo) non può essere del tutto improduttivo di effetti, i quali, poi, non possono che essere obbligatori.

Certo, come l'imperatore con questa seconda costituzione si propone di risolvere una *magna dubitatio exorta multis antiquae prudentiae cultoribus*, così nella prima affronta *dubitatioes antiquae in infinitum productae*, segno verosimilmente del fatto che la loro origine non sia «tanto in esigenze pratiche quanto nell'opportunità di chiarire controversie ricorrenti in quella giurisprudenza classica che si stava raccogliendo per il Digesto, e la cui regolamentazione è pienamente recepita nella compilazione»⁷⁸⁰.

Inoltre si deve ammettere che sono le uniche due costituzioni giustiniane che si riferiscano chiaramente a una compravendita obbligatoria.

Ma rispetto al punto che ho inteso fissare circa le intenzioni dell'imperatore nell'emanazione di C. 4.21.17 ciò è irrilevante, poiché quel che ho voluto semplicemente negare è che la cancelleria imperiale si fosse proposta di mettere al bando l'*emptio et venditio* classica perseguendo il disegno di introdurre per legge il modello greco con riferimento alle vendite *in scriptis*.

Non avevo certo intenzione di contestare che quest'ultimo modello si fosse diffuso prevalendo nella prassi su quello classico (tanto più se si pensa alla *pars Orientis* dell'impero, dove affondava le sue radici nella tradizione storica e si può dubitare della concreta applicazione del modello romano anche per il tempo precedente).

In realtà, come dovrebbe essere chiaro dal fin qui detto, a mio giudizio Giustiniano intendeva individuare il momento in cui potesse dirsi concluso il contratto *quem in scriptis fieri placuit*, prescindendo affatto dagli effetti di esso, stante la portata generale di C. 4.21.17, che si applicava, tra le altre, anche alle *locationes*.

Inoltre tutto ciò mi pare si accordi con un'altra acuta osservazione del Talamanca che nota «come la riproduzione, nel *Codex repetitae praelectionis*, di C. 4.21.17, in cui il contratto arrale ha una sua autonoma fisionomia, mostri che — nel periodo immediatamente successivo alla compilazione delle Istituzioni e ad opera, in parte, degli stessi giuristi che ne avevano proceduto alla redazione — la disciplina della costituzione non venga sentita sotto il profilo sostanziale, a parte la differente

⁷⁷⁹ Cfr. M. TALAMANCA, *sub voce Vendita*, cit., 471 s..

⁷⁸⁰ M. TALAMANCA, *Osservazioni*, cit., 331, nt. 21.

impostazione terminologica, come in contrasto con il passo istituzionale»⁷⁸¹, pur attribuendo al Gallo il merito «di aver richiamato l'attenzione sulla rilevanza che poteva avere, ai fini della interpretazione della sistematica del passo istituzionale, la circostanza che nel *Codex repetitae praelectionis* la costituzione di Giustiniano del 528 sia stata riportata sostanzialmente immutata»⁷⁸².

Ritengo di poter rinvenire la giustificazione del sentimento, che parrebbe presente nei compilatori, di una certa armonia tra la costituzione e il passo istituzionale proprio nella circostanza che C. 4.21.17 non introduceva alcun divieto di stipulare compravendite obbligatorie, né interveniva sulla disciplina degli effetti della vendita (ma, al più, del contratto arrale, per recepirne in via dispositiva la configurazione che verosimilmente era già la più diffusa nella prassi) ma si riferiva «alla redazione fatta per la prima volta del contratto scritto e al modo di compierla necessario per distinguerla dalle precedenti trattative»⁷⁸³.

4. *La testimonianza dei Basilici.*

Il ragionamento che si è svolto nel precedente paragrafo circa le intenzioni imperiali al momento dell'emanazione di C. 4.21.17, il 1° giugno del 528 d.C., trae una buona parte della sua forza dalla portata generale che la costituzione doveva avere già originariamente, secondo quanto si è detto fin dal principio del capitolo.

Inoltre, esso si lega anche alla specifica circostanza che il problema di distinguere le trattative dalla perfezione di un contratto *in scriptis* dovesse porsi in modo più grave nei casi in cui si trattasse di contratti consensuali, per le ragioni esposte in precedenza.

Tuttavia, mi rendo conto che su questo punto, che è di una certa rilevanza rispetto alla fondatezza della tesi, sono stato in grado di indicare soltanto tre riferimenti

⁷⁸¹ M. TALAMANCA, *L'unità della 'venditio'*, cit., 814 s., nt. 26.

⁷⁸² M. TALAMANCA, *L'unità della 'venditio'*, cit., 820.

⁷⁸³ G. SEGRÈ, *Sulla posteriore documentazione*, cit., 199, nt. (a). Il riferimento della C. 4.21.17 «alla redazione fatta per la prima volta del contratto scritto» è da intendersi in adesione al Degenkolb (per cui cfr. H. DEGENKOLB, *Die Vertragsvollziehung*, 218 cit. *supra*, cap. I, § 3, 12, nt. 40) che l'autore cita appena prima.

testuali: quello espresso alla vendita (e mai messo in dubbio da nessuno studioso, avendo, al più, taluni tra loro, tentato invano di restringere ad essa l'*ursprünglich Wortlaut* della costituzione) a cui si aggiunge l'evidente interpolazione di D. 18.1.2.1⁷⁸⁴, quello implicito contenuto nella formula generalizzatrice *vel alterius cuiuscumque causae* e quello che ho ritenuto di scorgere nell'interpolazione di D. 19.2.13.11⁷⁸⁵, frammento posto nel *liber undevicesimus* sotto il titolo *locati conducti*⁷⁸⁶.

Dei testi finora citati il più stingente rispetto all'interpretazione che suggerisco è quello in tema di locazione, poiché prova, a mio giudizio, che l'intento dell'imperatore non fosse quello di impedire alla vendita *in scriptis* la produzione di effetti obbligatori, i quali, per l'intrinseca natura della *locatio*, che è contratto di durata, sono gli unici⁷⁸⁷ che tale negozio è atto a produrre, anche se si tratti di *locatio in scriptis*.

Purtuttavia, riconosco che l'interpolazione di *nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est* in D. 19.2.13.11, di per sé sola considerata, potrebbe essere troppo fragile per fondare l'interpretazione che ho proposto, che rischierebbe di trovarsi disancorata da espliciti riferimenti testuali.

È per questo di una certa importanza rivolgere l'attenzione ai Basilici, i quali se pure «debbono avere soltanto un valore di riprova indiretta dei risultati che si possono raggiungere mediante la valutazione diretta delle fonti giustinianee stesse»⁷⁸⁸, nondimeno possono essere di sostegno a una possibile interpretazione offrendo argomenti la cui forza è in rapporto di proporzione anche col tempo che separa gli scolii dalla costituzione a cui si riferiscono.

Mi limiterò, pertanto, all'analisi di quelli che ritengo possano portare lumi rispetto ai problemi che ho affrontato poc'anzi, nel terzo paragrafo.

Rispetto, dunque, alla tesi interpretativa che ho sostenuto nel precedente paragrafo a proposito di C. 4.21.17 ritengo del massimo interesse la testimonianza di uno scolio che, a quanto mi risulta, non è stato preso in considerazione dagli studiosi che finora si sono occupati dell'esegesi della legge 17:

⁷⁸⁴ Cfr. *supra*, § 3, 182.

⁷⁸⁵ Cfr. *supra*, § 3, 180 ss..

⁷⁸⁶ A cui si potrebbe aggiungere, in prospettiva storica, D. 45.1.35.2, per il quale cfr. *supra*, § 3, 177 ss. e, anche, cap. II, § 3, 50 s..

⁷⁸⁷ Si prescinde qui dai profili di assolutezza connessi all'opponibilità ai terzi del contratto di locazione, la quale, peraltro, sconosciuta al diritto romano che applicava il principio *emptio tollit locatum*, si affermò soltanto «nel diritto comune per la presunzione che il terzo acquirente conoscesse l'esistenza della locazione e avesse consentito», S. DI MARZO, *Le basi romanistiche del Codice civile*, Torino, 1950, 285, con riferimento all'art. 1599 cod. civ.. Per un interessante caso di legittimazione alla reintegrazione del detentore qualificato prima di aver mai conseguito la materiale disponibilità dell'immobile e in virtù del solo contratto, cfr. Cass. civ., sez. I, 22.02.1996, n. 1411.

⁷⁸⁸ M. TALAMANCA, *L'unità della 'venditio'*, cit., 808.

Ὅτε ὁ μισθός ὀρισθῆ, τότε συνίστανται μίσθωσις καὶ ἐκμίσθωσις, ἔνθα συνέδοξε ἀγράφως γενέσθαι τὴν μίσθωσιν. εἰ δὲ τὸ συνάλλαγμα ἐγγράφως γενέσθαι συνέδοξε, οὐχ ἑτέρως τὸ τέλειον προσγίνεται τῇ μίσθωσει, εἰ μὴ γένηται τὸ ἰστρούμεντον, καὶ εἰς καθαρὸν ἀνενεχθῆ, καὶ τῇ τῶν μερῶν ὑπογραφῇ βεβαιωθῆ, καὶ κομπλατευθῆ παρά τοῦ ταβελλίονος, καὶ ἀπολυθῆ τὰ συμβόλαια τοῖς μέρεσιν. τοῦτο αὐτὸ εἴρηται οὐ μόνον ἐπὶ τῶν συναλλαγμάτων, ἀλλὰ καὶ ἐπὶ δωρεάς καὶ διαλύσεις, ὡς ἀνήνεκται βιβ. δ'. τοῦ κωδ. τιτ. κα'. διατ. ιζ'. [Sch. b. II. 446.]

Si tratta dello scolio 1 *ad* Bas. 20.1.2, attribuito dai fratelli Heimbach nel loro *Manuale Basilicorum*⁷⁸⁹ a Stefano, il cui commento al Digesto «ha costituito la base argomentativa principale, insieme con il materiale di Taleleo relativo al codice, per la corrente ricostruzione del metodo degli *antecessores* e della genesi della loro produzione letteraria»⁷⁹⁰.

Quanto si può ricavare dall'esame di questo scolio è, dunque, di grandissima importanza rispetto al fine della presente ricerca, poiché esso è coevo a Giustiniano ed è, quindi, assai significativo circa l'estensione applicativa della costituzione, collocata dai compilatori in C. 4.21.17, fin da un tempo prossimo a quello in cui fu promulgata.

L'inciso finale ὡς ἀνήνεκται βιβ. δ'. τοῦ κωδ. τιτ. κα'. διατ. ιζ' contiene un rinvio espresso alla legge 17 di cui, appena prima, si riporta la disciplina.

Colpisce il fatto che si tratti di un commento a D. 19.2.2 pr. in cui Gaio affianca la compravendita e la locazione in ragione della comune struttura consensuale; nel brano a cui si riferisce lo scolio infatti si legge ἅμα γὰρ ὀρισθῆ ἐπὶ μὲν τῆς πράσεως τὸ τίμημα, ἐπὶ δὲ τῆς μίσθώσεως ὁ μισθός, ἐκάτερα πεπλήρωται e nel frammento originale:

Dig. 19.2.2 pr. Gaius 2 rer. cott. *Locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni isdemque iuris regulis constitit: nam ut emptio et venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit, sic et locatio et conductio contrahi intellegitur, si de mercede convenerit.*

A proposito del fatto che l'accordo sulla mercede nella locazione, al pari di quello sul prezzo nella vendita, segni il momento perfezionatore del contratto, Stefano sente il dovere di precisare ἔνθα συνέδοξε ἀγράφως γενέσθαι τὴν μίσθωσιν: la locazione è, quindi, posta anche sotto questo aspetto sullo stesso piano della vendita e, come essa, può ἐγγράφως γενέσθαι, nel qual caso οὐχ ἑτέρως τὸ τέλειον προσγίνεται τῇ μίσθωσει,

⁷⁸⁹ G. E. HEIMBACH, *Basilicorum libri LX*, tomo VI, *Prolegomena et Manuale Basilicorum continens*, Lipsiae, 1870, 276. Si tratta, com'è noto, del «prospetto delle corrispondenze fra i singoli testi del *Corpus Iuris Civilis* e i Basilici, con l'indicazione della verosimile attribuzione degli estratti dei commenti giuridici dei secoli VI-VII che li accompagnano come scolii, nonché il rinvio ad alcune altre fonti nelle quali analoghi estratti parimenti si rinvencono», F. GORIA, *I «Basilici» e l'edizione di K.-W.-E. Heimbach*, in *Collana della «Rivista di Diritto Romano» - Testi*, 7, Milano 2002, [disponibile in rete all'indirizzo <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/basilici.html>, da cui la citazione].

⁷⁹⁰ G. FALCONE, *Premessa per uno studio della didattica degli antecessores*, in *Introduzione al diritto bizantino. Da Giustiniano ai Basilici*, a cura di J. H. A. Lokin e B. H. Stolte, Pavia, 2011, 154.

εἰ μή... a cui segue la ripetizione delle disposizioni contenute nel *principium* di C. 4.21.17.

È chiaro, poi, che tanto se il contratto di μίσθωσις avvenga ἀγράφως, quanto se esso avvenga ἐγγράφως, non può porsi alcun dubbio circa una differenza di effetti (obbligatori nel primo caso e reali nel secondo), poiché sempre la *locatio* produrrà soltanto effetti obbligatori.

Mi pare che, per tale via, considerato anche lo specifico riferimento dello scolio al momento in cui può dirsi perfezionato un contratto consensuale, si porti un argomento forte a sostegno dell'interpretazione proposta nel paragrafo precedente circa le intenzioni che mossero l'imperatore a emanare C. 4.21.17 e l'indifferenza della disciplina dettata da Giustiniano rispetto agli effetti prodotti dal contratto.

E lo scolio appena fugacemente esaminato getta anche una luce sull'interpolazione di D. 19.2.13.11, rendendo assai più verosimile l'interpretazione che se n'è proposta.

Mi sembra pure notevole che Stefano affermi τοῦτο αὐτὸ εἴρηται οὐ μόνον ἐπὶ τῶν συναλλαγμάτων, ἀλλὰ καὶ ἐπὶ δωρεάς καὶ διαλύσεις, poiché è il segno di una portata generalissima della costituzione, anche al di là dell'area contrattuale.

Certo, potrebbe apparire anomalo che, scrivendo un commento al Digesto, e quindi dopo il 533 d.C., escluda dall'area contrattuale anche τὰς δωρεάς quando lo *Schenkungsrecht* di cui parlava lo Schuster⁷⁹¹ era in vigore ormai da un paio d'anni e aveva segnato la definitiva assimilazione della donazione ai contratti.

In teoria, anche il processo di contrattualizzazione delle διαλύσεις dovrebbe essersi compiuto con la promulgazione del Digesto.

Tuttavia non è improbabile che in entrambe le precisazioni si debba ravvisare il peso di una tradizione storica secolare.

A ogni modo, l'ultima precisazione mi pare si concili con quel che ho sostenuto nel § 1 di questo capitolo circa la possibile genuinità di *ex eodem contractu vel transactione* nel *principium* della costituzione⁷⁹².

Alla luce di quanto appena affermato con riferimento allo scolio di Stefano, di può passare a esaminare un altro scolio, questa volta dell'*antecessor* Taleleo e immediatamente riferito a C. 4.21.17:

Θαλελαίου. Ἐπειδὴ ἡ πρᾶσις ἐξ αὐτοῦ τοῦ συμφώνου συνίσταται, κἂν ἀγράφως κἂν ἐγγράφως ἐγίνετο, καὶ ἡ δωρεὰ ἢ μετὰ τὴν νεαρὰν διατ. ἐξ αὐτῆς ἐπαγγελίας εἶχε τὴν ἰσχύν, εἰ ἦν ἥττων φ'. νομισμάτων, ὁμοίως δὲ καὶ ἡ περμουτατίων καὶ ἡ τῶν

⁷⁹¹ W. SCHUSTER, *Die funktion*, cit., 53 s..

⁷⁹² Cfr. *supra*, § 1, 154.

ἀρραβώνων δόσις ἢ ἐξ αὐτῆς τῆς ἀγράφου δόσεως ἰσχύει, διάταξις βούλεται, εἰ μὲν ἀγράφως θέλουσι γενέσθαι τὸ συνάλλαγμα, πάντα ταῦτα ἀγράφως ἐρρῶσθαι· εἰ δὲ ἐγγράφως ἤρρεσεν αὐτὸ τὸ συνάλλαγμαπραχθῆναι, τότε φυλάττεσθαι τὰ ἐν αὐτῇ διηγορευμένα. [Sch. c. III. 77.]

Anche in questo scolio 2 *ad* Bas. 22.1.76 mi pare che l'impostazione del problema sia analoga a quella di Giustiniano e, al centro, ci sia il problema del perfezionamento dei contratti in forza del consenso.

Si dice, infatti, che ἐπειδὴ ἡ πρᾶσις ἐξ αὐτοῦ τοῦ συμφώνου συνίσταται, κἂν ἀγράφως κἂν ἐγγράφως ἐγίνετο, καὶ ἡ δωρεὰ ἢ μετὰ τὴν νεαρὰν διατ. ἐξ αὐτῆς ἐπαγγελίας εἶχε τὴν ἰσχύν la costituzione stabilisce che se le parti non hanno voluto (θέλουσι, con un riferimento, parrebbe, all'elemento intenzionale) che il contratto avvenisse ἀγράφως esso si perfezioni nel rispetto delle disposizioni contenute nel *principium*.

È vero che ci si riferisce anche alle permutate e ai contratti arrali, ma se, per un verso, ciò era inevitabile, trattandosi di un commento a C. 4.21.17, per altro verso, il modo in cui questi altri contratti sono introdotti nel discorso (ὁμοίως δὲ) suggerisce l'idea che essi siano richiamati per assimilazione, ma che il problema al centro della *mens legislatoris* fosse quello esposto in precedenza, ovvero quello relativo ai contratti che si perfezionano ἐξ αὐτοῦ τοῦ συμφώνου.

Anche il riferimento alla Novella che, per le donazioni inferiori ai cinquecento solidi, aveva sancito la regola della vincolatività della promessa mi pare deponga, a favore della mia interpretazione.

Mi pare, dunque, di poter concludere che dall'esame dei scolii dei Basilici che ho ritenuto rilevanti rispetto ai problemi che mi sono posto l'interpretazione che ho dato di C. 4.21.17 nel paragrafo precedente esca notevolmente rafforzata.

Soprattutto l'inequivoca testimonianza dello scolio di Stefano che, in tema di momento perfezionatore del contratto di locazione, fa espresso riferimento alla disciplina della legge 17, ritenendola applicabile, è un argomento capace di assestare anche quel che ricavavo in modo un po' più traballante, trattandosi di un sospetto di interpolazione, da D. 19.2.13.11.

Alla luce di quanto sopra esposto, mi pare di poter qualificare come un felice *lapsus calami* più che un semplice refuso quello in cui mi sono imbattuto leggendo una recente traduzione dell'*incipit* di C. 4.21.17: «Ordiniamo che i contratti di vendite o di permutate o di locazioni...»⁷⁹³.

D'altronde, come dimostrato dalle ricerche dell'Astuti, poiché «gli inconvenienti ed abusi cui dava luogo la frequente pretesa di sciogliersi dagli impegni assunti facendo

⁷⁹³ A. CORBINO, *Il formalismo*, cit., 109, nt. 3.

richiamo alla facoltà di *poenitentia* concessa dalla c. 17 C. 4,21, determinarono financo la emanazione di precise norme statutarie, rivolte ad imporre l'osservanza dei contratti evitando eccezioni pretestuose»⁷⁹⁴, i due contratti si trovano l'uno al fianco dell'altro, dinanzi al problema in questione (per giunta con la possibilità di farli precedere da un preliminare), ancora nel 1450, quando gli statuti di Verona stabilirono: *Si aliqua vendiderit, locaverit vel permutaverit, vel promissionem fecerit de vendendo, locando vel permutando alicui aliquam domum terram possessionem vel rem seu iura, et facultatem habeat tradendi, praecise condemntetur et compellatur ipasm rem domum terram vel possessionem vel iura tradere, etc., nec liberetur praestando seu praestare volendo interesse* (lib. II, cap. 75).

⁷⁹⁴ G. ASTUTI, 'Promesse de vente vaut vente', in *Rivista di storia del diritto italiano*, XXVI-XXVII (1953-1954), poi ripubblicato in *Scritti in memoria di S. Mochi Onory*, Milano, 1958, ora anche in ID., *Tradizione romanistica*, cit. 1131, da cui traggio la citazione anche degli statuti di Verona.

ABSTRACT

La ricerca ha preso le mosse dalla lettura di un'opera, risalente alla seconda metà dell'Ottocento, sul dibattuto tema delle forme convenzionali.

Ciò ha fatto sorgere l'interesse verso l'origine storica del problema che concerne i patti sulla forma dei negozi giuridici, individuato pressoché unanimemente in una delle più controverse e disputate leggi del *Corpus iuris civilis*: C. 4.21.17.

Tuttavia, questa costituzione è stata considerata dagli studiosi del diritto romano soprattutto (o esclusivamente) in quanto riferita alla compravendita, per lo più identificata in un contratto traslativo in tutto simile a quello greco e opposto a quello del diritto romano classico (consensuale e meramente obbligatorio).

Si è reso, dunque, necessario, prima di compiere l'esegesi della legge 17, inquadrarla entro gli sviluppi del contratto di vendita nel corso del tardo Impero.

Al termine dell'indagine sulla legislazione del tardo Impero, non si è rinvenuto, in tutto il suo corso, alcun segno di un meditato disegno generale volto a sostituire il modello della compravendita consensuale e obbligatoria con un nuovo modello di una compravendita reale o a effetti reali: si è messo sufficientemente in luce come gli imperatori, più che dall'intento di ridisegnare gli assetti del diritto privato con riforme di ampio respiro, fossero indotti a legiferare dalla necessità di trovare soluzioni contingenti a problemi concreti che quasi sempre riguardavano interessi pubblici.

La mancanza di sistematicità degli interventi legislativi e il loro carattere occasionale e, spesso, confuso e impreciso nei termini, consente di ammettere che, in presenza delle esigenze che già in epoca classica avevano portato al sorgere e all'imporre della compravendita consensuale e obbligatoria, i cittadini avrebbero potuto far ricorso al vecchio modello.

Ciò è confermato dall'esegesi della costituzione 17 svolta nell'ultimo capitolo dove, con elementi di originalità e innovatività, si è ritenuto di scorgere il tentativo da parte della cancelleria imperiale non di disciplinare gli effetti traslativi della compravendita (come ritenuto dalla dottrina dominante), ma di risolvere un problema che doveva essersi fatto più urgente col diffondersi della scrittura: la fissazione del momento e del modo di conclusione dei contratti *in scriptis*, con particolare riferimento ai contratti consensuali.

ENGLISH ABSTRACT

The research was prompted by the reading of a work dating back to the late nineteenth century about the controversial issue of conventional forms.

This brought to the interest in the historical origin of the problem regarding the covenant about the form of legal transactions, identified almost unanimously as one of the most controversial and disputed laws of the *Corpus iuris civilis*: C. 4.21.17.

However, this constitution has been considered by the scholars of Roman law as primarily (or exclusively) related to the sale contract, mostly identified in a transferring contract, very similar to the Greek contract, and opposite to classical Roman law one (consensual and merely mandatory).

Therefore, it became necessary to frame law 17 within the developments of the sale contract during the late Empire age, before making the exegesis.

Throughout the course of the investigation on the late Empire law, no sign of a conscious comprehensive design, to replace the model of consensus and mandatory purchase with a new model of a real trading or real effects, was found. This draws attention on how the emperors were induced to legislate by the need to find solutions to concrete problems that were mostly related to public interests, rather than by the need to redesign the structure of private law with wide-ranging reforms.

The lack of consistency of the legislative measures and their occasional, confused and imprecise nature, allow us to consider that citizens might have made use of the old model, in the presence of the requirements that had already led to the emergence of the consensual and mandatory purchase during the classical age.

This is confirmed by the exegesis of the Constitution 17, held in the last chapter where, with elements of originality and innovation, it was decided to consider differently the attempt by the Imperial Chancellery. Not as a regulation of the translation effects of the sale (as held by the ruling doctrine) but as a solution to the problem that must have been more urgent with the spreading of writing: the determination of the moment and the modalities of the conclusion of contracts in scriptis, with particular reference to consensual contracts.

INDICE BIBLIOGRAFICO

ADDIS F., *Contractus in scriptis fieri placuit. Setzer e il formalismo convenzionale*, in G. SETZER, *Sulla pattuizione dello scritto, in particolare della l. 17 cod. de fide instrumentorum (Bremen, 1860)*, traduzione e cura di F. Addis, Napoli, 2005.

- *Il paradosso delle forme convenzionali*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, I, Milano, 2008.

ALBERTARIO E., *Oriente e Occidente nel diritto romano del Basso Impero*, in *Scritti in onore di C. Ferrini*, III, Pavia, 1946.

ALLARA M., *La teoria generale del contratto*², Torino, 1955.

AMARELLI F., *Dal principato alla monarchia assoluta*, in *Storia del diritto romano e linee di diritto privato* (Autori vari), Torino, 2005.

- *La giurisprudenza dell'età dei Severi*, in *Storia del diritto romano e linee di diritto privato* (Autori vari), Torino, 2005.

AMELOTTI M., *Reichsrecht, Volksrecht, Provinzialrecht. Vecchi problemi e nuovi documenti*, in *SDHI*, LXV, 1999.

- *L'età romana*, in *Alle origini del notariato italiano*, (M. AMELOTTI e G. COSTAMAGNA) Milano, 1995.

- *Il documento nel diritto giustiniano. Prassi e legislazione*, in *Il mondo del diritto nell'epoca giustiniana. Caratteri e problematiche. Atti del convegno internazionale (30 settembre-1 ottobre 1983)*, a cura di G. G. Archi, Ravenna, 1985.

ARANGIO-RUIZ V., *La compravendita in diritto romano*², Napoli, 1954

- *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli, 1978.

- *Il mandato in diritto romano*, Napoli, 1949.

- *Documenti probatorii e dispostivi in diritto romano*, dapprima pubblicato in *Atti del terzo Congresso di diritto comparato*, Roma 1953, ora in ID., *Studi epigrafici e papirologici*, a cura di Lucio Bove, Napoli, 1974.

- *Lineamenti del sistema contrattuale nel diritto dei papiri*, Milano, 1928.

- *Fontes iuris Romani antejustiniani (FIRA)*, III², *Negotia*, Firenze, 1972.
 - *Storia del diritto romano*⁷, Napoli, 2006.
 - *Sul problema della doppia cittadinanza nella Repubblica e nell'Impero romano*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, Padova, 1950, IV.
 - *Inscriptiones Graecae Siciliae et infimae Italiae ad jus pertinentes*, (V. ARANGIO-RUIZ e A. OLIVIERI) Milano, 1925.
 - *Recensione a PRINGSHEIM, The Greek law of Sale*, in *IVRA*, 1951.
 - *Diritto puro e diritto applicato negli obblighi del venditore romano*, in *Festschrift P. Koschaker*, II, Weimar, 1939.
- ARCHI G.G., *'Civiliter vel criminaliter agere' in tema di falso documentale: (Contributo storico-dommatico al problema della efficacia della 'scriptura')*, in *Scritti di Diritto romano in onore di Contardo Ferrini pubblicati in occasione della sua Beatificazione*, Milano, 1947, ora in ID., *Scritti di diritto romano*, III, *Scritti di diritto penale. Scritti di diritto postclassico e giustiniano*, Milano, 1981.
- *Indirizzi e problemi del sistema contrattuale nella legislazione da Costantino a Giustiniano*, in *Scritti di Diritto romano in onore di Contardo Ferrini*, pubblicati dall'Università di Pavia, Milano, 1943, ora in ID., *Scritti di diritto romano*, III, *Scritti di diritto penale. Scritti di diritto postclassico e giustiniano*, Milano, 1981.
 - *Studi sulla 'stipulatio': I. La 'querella non numeratae pecuniae'*, scritto pubblicato nel 1938 come n. 16 della collana Fondazione Castelli, Milano, per eventi connessi con la guerra la ricerca non fu successivamente completata, ora in ID., *Scritti di diritto romano*, I, *Metodologia e giurisprudenza. Studi di diritto privato*, Milano, 1981.
 - *La prova nel diritto del Basso-Impero*, in *IVRA*, XII, 1961, ora in ID., *Scritti di diritto romano*, III, *Studi di diritto penale. Studi di diritto postclassico e giustiniano*, Milano, 1981.
 - *Il trasferimento della proprietà nella compravendita romana*, Padova, 1934.
 - *L' 'Epitome Gai'*. *Studio sul tardo diritto romano in Occidente*, Milano, 1937 (rist. con una nota di lettura di Carlo Augusto Cannata, Napoli, 1991).
 - *Le classicisme de Justinien*, in *Revue Historique de Droit Français et Etranger*, XLVI, 1968, dapprima oggetto di una comunicazione all'*Institut de droit*

romain de l'Université de Paris e poi tradotto e ripubblicato ID., *Il classicismo di Giustiniano*, in *Giustiniano legislatore*, Bologna, 1970.

- *Giustiniano uomo del suo tempo*, in ID., *Il classicismo di Giustiniano*, in *Giustiniano legislatore*, Bologna, 1970, poi pubblicato con il titolo *Gli scritti dei giureconsulti classici nella valutazione di Giustiniano negli Atti del II Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto, tenuto a Venezia nel 1967*, I, Firenze, 1971.

ASTUTI G., *La documentazione dei negozi giuridici come forma convenzionale o volontaria nella dottrina del diritto comune*, in *Arch. Giur.*, CXXXII, 1945, saggio già edito nel volume *Studi giuridici dedicati dai discepoli alla memoria di Gino Segrè*, in *Temi em.*, 1943, e ristampato in ragione della distruzione delle copie a causa di guerra, ora anche in ID., *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, a cura di G. Diurni, II, Napoli, 1984.

- *'Promesse de vente vaut vente'*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, XXVI-XXVII (1953-1954), poi ripubblicato in *Scritti in memoria di S. Mochi Onory*, Milano, 1958, ora anche in ID., *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, a cura di G. Diurni, II, Napoli, 1984.

BECHMANN A., *Der Kauf nach gemeinem Recht*, I, *Geschichte des Kaufs im römischen Recht*, Erlangen, 1876.

BENEDETTI A.M., *Autonomia privata procedimentale. La formazione del contratto fra legge e volontà delle parti*, Torino, 2002.

BENEDETTI G., *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969.

BERGOLD F., *Geschichte und Wesen des Arrhabons und der Arrha im griechischen und römischen Rechte bis zum Procheiros Nomos*, Gernsbach, 1925.

BESELER G., *Juristische Miniaturen*, Leipzig, 1929.

- *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, I, Tübingen, 1910.

- *Acta Congressus Iuridici Internationalis*, I, Romae, 1935.

BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*², Camerino-Napoli, 2002 (ristampa della seconda edizione del 1960).

BIANCA C. M., *Diritto civile*, III, *Il contratto*², Milano, 2000.

- *Il principio del consenso traslativo*, in *Diritto privato*, I, *Il trasferimento in proprietà*, Padova, 1995.

- *La vendita e la permuta² nel Trattato di diritto civile italiano diretto da F. Vassalli*, Torino, 1993.

BIN R. (con PITRUZZELLA G.), *Diritto costituzionale⁵*, Torino, 2004.

BISCARDI A., *Studi sulla legislazione del basso impero*, II, *Orientamenti e tendenze del legislatore nella disciplina dei rapporti reali*, in *Studi senesi*, LIV, 1940.

BONA F., *Contributi alla storia della 'societas universorum quae ex quaestu veniunt' in diritto romano*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, I, Torino, 1968

BONFANTE P., *P. Oxy. 237*, testo e traduzione latina (a cura di), in *BIDR*, XIII, 1900.

- *Corso di diritto romano, 2. La proprietà* (Rist. a cura di Bonfante e Crifò), II, Milano, 1968.

- *Res mancipi e nec mancipi*, Roma, 1888, poi ripubblicato col titolo col titolo *Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana*, in *Scritti giuridici*, II, Roma, 1926.

BRASIELLO U., *Sull'influenza del Cristianesimo in materia di elemento subbiiettivo nei contratti*, in *Scritti di diritto romano in onore di Contardo Ferrini pubblicati dalla R. Università di Pavia*, Milano, 1946.

BRUNS K.G., *Fontes iuris Romani antiqui⁷*, – cur. O. GRADENWITZ –, Tübingen, 1909, I, *Leges et negotia*.

BRUNNER H., *Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde*, Berlin, 1880.

CALOGERO G., *Studi sull'eleatismo²*, Firenze, 1977.

CANDIAN A., *Nozioni istituzionali di diritto privato*, Milano, 1946.

- *Documento e negozio giuridico*, Parma, 1925.

CAPARRELLI P., *Forma volontaria e forma della procura*, nota a Cass. 8 febbraio 1974, n. 363 in *Giur. it.*, 1975, I.

CARIOTA FERRARA L., *La forma dei contratti ed i contratti sulle forme*, in, *Riv. notariato*, 1948.

CARNELUTTI F., *Documento e negozio giuridico*, in *Riv. dir. proc. civ.*, 1926, I.

CARRIÉ J. M., *Le riforme economiche da Aureliano a Costantino*, trad. it., in *Storia di Roma*, III/1, *L'età tardoantica. Crisi e trasformazioni*, diretta da A. Schiavone, Torino, 1993.

- *L'economia e le finanze*, trad. it., in *Storia di Roma*, III/1, *L'età tardoantica. Crisi e trasformazioni*, diretta da A. Schiavone, Torino, 1993.

CENDERELLI A., *Durata del contratto e necessità del locatore. Sulle origini della legislazione vincolistica in tema di locazione abitativa* in *Studi per Giovanni Nicosia*, Milano, 2007.

CERAMI P., *Pubblicità e politica fiscale nel trasferimento della proprietà immobiliare (dell'alienatio censualis al regime giustiniano)*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del convegno internazionale Pisa-Viareggio_Lucca 17-21 aprile 1990*, a cura di L. Vacca, II, Milano, 1991.

CERDONIO CHIAROMONTE G., *Questioni irrisolte intorno ai patti sulla forma di futuri contratti*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I.

CERVENCA G., *La riforma di Diocleziano*, in *Lineamenti di storia del diritto romano*² (Autori vari sotto la direzione di M. TALAMANCA), Milano, 1989.

CHECCHINI A., *Trasferimento della proprietà e costituzioni delle servitù nel diritto romano post-classico*, in *Atti del reale istituto veneto di scienze, lettere ed arti*, anno accademico 1914-915, tomo LXXIV, parte II, Venezia, 1914.

CIMMA M.R., *De non numerata pecunia*, Milano, 1984.

COLLINET P., *Études historiques sur le droit de Justinien*, Paris, 1912.

COLORNI V., *Per la storia della pubblicità immobiliare e mobiliare*, Milano 1954.

CORBINO A., *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*², Torino, 2006.

CORTESE E., *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, II, Roma, 1964.

- *Le grandi linee della storia giuridica medievale*, Roma, 2010.

COSTAMAGNA G., *L'alto medioevo*, in *Alle origini del notariato italiano*, (M. AMELOTI e G. COSTAMAGNA) Milano, 1995.

COVIELLO L., SR., Voce *Contratto preliminare*, in *Enciclopedia giuridica italiana*, III, Milano, 1902.

DE DOMINICIS M. A., *Riflessi di costituzioni imperiali del Basso Impero nelle opere della giurisprudenza postclassica*, s.l. (ma Trieste), 1955.

DE FILIPPI M., *'Fragmenta Vaticana'*. *Storia di un testo normativo*, Bari, 1998.

DE FRANCISCI P., *Premesse storiche alla critica del Digesto*, in *Conferenze per il XIV centenario delle Pandette*, Milano, 1931.

DEGENKOLB H., *Die Vertragsvollziehung als Vertragsreproduktion*, 1887, in *Archiv für die civilistische praxis*, 71.

DELLA VEDOVA I., *Sulla forma degli ordini di borsa*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, II.

DI GIOVANNI F., *Accordi sulla forma e accordi sulla "documentazione" del futuro negozio*, in *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 1988.

- *La forma*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, II, in *Trattato dei contratti*, diretto da Pietro Rescigno ed Enrico Gabrielli, Torino, 2006.

DI MARZO S., *Le basi romanistiche del codice civile*, Torino, 1950.

DI PAOLO M., *La forma del contratto*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 1991, II.

D'ORS A., *Las arras en la compraventa justiniana*, in ID., *Dos notas críticas*, II, in *IURA*, VI, 1955, 149 ss., in *IVRA*, VI, 1955.

- «*Arra reagitata*»: *Sive in scriptis sive sine scriptis.*, in *IVRA*, IX, 1958.

- *C. 4, 38, 15 (530)*, *Interpolado por el mismo Justiniano*, in *SDHI*, XXVI, 1960.

DUPONT C., *La vente dans les constitutions de Costantin*, in *RIDA*, II, 1955.

ECK E., *Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigentums nach Römischem und gemeinem Deutschen Recht*, in *Festschrift K. Witte*, Halle, 1874.

EHRHARDT A., *Byzantinische Kaufverträge im Ost und West*, in *ZSS*, LI, 1931.

ERNOUT A. - MEILLET A., *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*, Parigi, 1932.

FALCONE G., *Premessa per uno studio della didattica degli antecessores*, in *Introduzione al diritto bizantino. Da Giustiniano ai Basilici*, a cura di J. H. A. Lokin e B. H. Stolte, Pavia, 2011.

FAVALE R., voce *Forme convenzionali*, in *Digesto delle discipline privatistiche, sez. civile*, VIII aggiornamento, Torino, 2013.

- *Forme "extralegali" e autonomia negoziale*, Camerino-Napoli, 1994.

FERCIA R., *Quia vendidit, dare promisit*, Cagliari, 2009.

FERRARI F., *Principio consensualistico e 'Abstraktionprinzip': un'indagine comparativa*, in *Contratto e impresa*, I, Padova, 1992.

FINO M. A., *Quale interdipendenza delle obbligazioni se 'emptio dominium transfertur'?* Per una storia del 'synallagma' funzionale dell' 'emptio venditio', in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. Garofalo, I, Napoli, 2007.

FLUME W., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, II, *Das Rechtsgeschäft*³, Berlin - Heidelberg - New York, 1979.

FREZZA P., *Le garanzie personali*, in ID., *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano*, I, Padova, 1962.

FURGIUELE G., *Il contratto con effetti reali fra procedimento e fattispecie complessa: prime osservazioni*, in *Diritto privato*, I, *Il trasferimento in proprietà*, Padova, 1995.

GABBA C. F., *Contributo alla dottrina della promessa bilaterale di contratto*, in *Giur. it.*, 1903, IV.

GALLO F., *Il principio 'emptio dominium transfertur' nel diritto pregiustiniano*, Milano, 1960.

- voce *Pubblicità (dir. rom.)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXVII/1993.

- *Per la interpretazione di Vat. Fr. 35*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, II, Milano, 1962.

- *Disposizioni di Giustiniano sulla forma delle vendite*, Torino, 1965.

- *Riflessioni sulla funzione della 'scriptura' in C. 4, 21, 17*, in *Studi in onore di Biondo Biondi*, II, Milano, 1965.

- *Sulla presunta estinzione del rapporto di locazione per iniziativa unilaterale*, in *Syntelesia Vincenzo Arangio-Ruiz*, Napoli, 1964.

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*¹⁷, Napoli, 2015.

GAZZONI F. M., *Deve essere autorizzato il preliminare di vendita di un bene del minore? Il promissario acquirente cui sia stata consegnata la cosa è detentore o possessore?*, nota a Cass. 28 giugno 2000, n. 8796 e Cass. 3 novembre 2000, n. 13258, in *Riv. notariato*, II, 2001.

GENNARI G., *Brevi note sugli effetti della forma convenzionale*, nota a Cass. civ. sez. lav., 06.05.1996, n. 4167, in *Corr. giur.*, 1997, IV.

- GENOVESE A., *Le forme volontarie nella teoria dei contratti*, Padova, 1949.
- Voce *Usi negoziali e interpretativi (dir. priv.)*, in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, XXXVII/1994.
- GIORGI G., *Nuove osservazioni sulla promessa di vendita*, in *Foro it.*, 1903, I.
- GIORGIANNI M., *Forma degli atti (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968.
- GORIA F., *I «Basilici» e l'edizione di K.-W.-E. Heimbach*, in *Collana della «Rivista di Diritto Romano» - Testi*, 7, Milano 2002, [on line all'indirizzo <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/basilici.html>].
- GORLA G., *La riproduzione del negozio giuridico*, Padova, 1933.
- GRADENWITZ O., *Zu dem Titel C. 8, 36, de litigiosis und einigen anderen Gesetzen Justinians*, in *ZSS*, LIII, 1933.
- GUARINO A., *Diritto privato romano*¹², Napoli, 2001.
- GUGLIELMETTI G., *I contratti normativi*, Padova, 1969.
- HEIMBACH G. E., *Basilicorum libri LX*, tomo VI, *Prolegomena et Manuale Basilicorum continens*, Lipsiae, 1870.
- HENLE R., *Lehrbuch des bürgerlichen Rechts*, I, Berlin, 1926.
- HITZIG H. F., *Beiträge zur Kenntnis und Würdigung des sogenannten westgothischen Gaius*, in *ZSS*, XIV, 1893.
- HUSSERL E. G. A., *Die Krisis der europäischen Wissenschaften und die transzendente Phänomenologie. Eine Einleitung in die phänomenologischen Philosophie*, a cura di W. Biemel, *Husserliana*, VI, Den Haag, 1954.
- IRTI N., *La rinascita del formalismo ed altri temi*, in ID., *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985.
- *Strutture forti e strutture deboli (Del falso principio di libertà delle forme)*, in ID., *Idola libertatis. Tre esercizi sul formalismo giuridico*, Milano, 1985 (anche in *La forma degli atti nel diritto privato. Studi in onore di Michele Giorgianni*, Napoli, 1988).
- JONES A. H. M., *The later Roman empire 284-602. A social economic and administrative survey*, I, Oxford, 1964.
- KASER M., *Das römische Privatrecht*², München, 1971.

KIRCHER R., *Zur Geschichte des ravennatischen Kaufvertrags*, in ZSS, XXXII, 1911.

KUNKEL W., Voce 'Mancipatio', in PAULY-WISSOWA, *Real-encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft*, Stuttgart, XIV/1928.

LAURIA M., *Ricerche su 'Pauli Sententiarum libri'*, in *Annali della R. Università di Macerata*, VI, 1931.

LENEL O., *Palingenesia iuris civilis*, Leipzig, 1889.

LEVI M. A., *L'Italia antica*, Vicenza, 1974.

LEWIS N., *The Documents from the Bar Kokhba Period in the Cave of Letters. Greek Papyri*, (a cura di), Jerusalem, 1989.

LEVY E., *West Roman vulgar law: the law of property*, Buffalo², 2003.

- *Zum Wesen des weströmischen Vulgarrechtes*, in *Atti del congresso internazionale di diritto romano*, Roma, II.

- *Weströmisches Vulgarrecht: das Obligationenrecht*, Weimar, 1956.

- *Paulus und der Sentenzenverfasser*, in ZSS, L, 1930.

- *Vulgarization of roman Law in the Early Middle Ages. As illustrated by successive versions of 'Pauli Sententiae'*, in *Medievalia et Humanistica*, I, Boulder, 1943, (poi anche in *BIDR*, LV-LVI, 1951 e in *Gesammelte Schriften*, I, Köln-Graz, 1963.

- *A Palingenesia of the Opening Titles as a Specimen or Research in West Roman Vulgar Law*, Ithaca (New York), 1945.

LIEBS D., *Die pseudopaulinischen Sentenzen. Versuch einer neuen Palingenesie*, in ZSS, CXII, 1995.

LISERRE A., Voce *Forma degli atti (diritto civile)*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, aggiornamento XVI, 2007.

LOSANO M. G., *Sistema e struttura del diritto. I. Dalle origini alla scuola storica*, Milano, 2002.

LUMINOSO A., *Il mutuo dissenso*, Milano, 1980

- *Appunti sui negozi traslativi atipici*, Milano, 2007.

MAFFEIS D., *Autonomia privata, formalismo volontario e nullità del contratto*, in *Contratti*, 1996.

MARINI G., *I papiri diplomatici raccolti ed illustrati dall'abate Gaetano Marini primo custode della Bibl. Vatic. e Prefetto degli Archivi segreti della Santa Sede*, Roma, 1805.

MASCHI C. A., *La conclusione della giurisprudenza classica all'età dei Severi. 'Julius Paulus'*, in *ANRW*, II/15, Berlin-New York, 1976.

MÉLÈZE-MODRZEJEWSKI J., *Diritto romano e diritti locali*, in *Storia di Roma*, III/2, Torino, 1993.

- *Droit impérial et traditions locales dans l'Égypte romaine*, Aldershot, 1990.

MESSINEO F., *Dottrina generale del contratto*², Milano, 1948.

- *Il contratto in genere*, I, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu - F. Messineo, Milano, 1968.

P. M. MEYER, *Griechische Papyri im Museum des oberhessischen Geschichtsvereins zu Giessen*, I, 2, Leipzig, 1910.

- *Juristische Papyri. Erklärung von Urkunde zur Einführung in die juristische Papyruskunde*, Berlin, 1920.

MEYLAN PH., *La mancipation et la garantie d'éviction dans les actes de vente de Transylvanie et d'Herculanum*, in *Sein und Werden im Recht. Festgabe für U. von Lübtow*, Berlin, 1970.

MEZZANOTTE L., *Il negozio configurativo: dall'intuizione alla categoria (Storia di un pensiero)*, in *Studi in onore di Giuseppe Benedetti*, II, Napoli, 2008.

MIGLIARDI ZINGALE L., *In tema di 'fiducia cum creditore'. I documenti della prassi*, in *Labeo*, 2000, XLVI.

- *Diritto romano e diritti locali nei documenti del Vicino Oriente*, in *SDHI*, LXV, 1999.

MIRABELLI G., *Dei contratti in generale*³, in *Commentario del Codice civile*, IV, 2, Torino, 1980.

MITTEIS L., *Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde*, Leipzig-Berlin, 1912.

- *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des Kaiserreichs*, Leipzig, 1891.

MOMMSEN T., *Storia di Roma antica*, trad. it., I/1, Firenze, 2001.

MONTEVECCHI O., *Endogamia e cittadinanza romana in Egitto*, in *Aegyptus*, LIX, 1979.

MORONI F. [pseudonimo di AMERIO F.], *Corso di storia*, I, Torino, 1960.

MOSSA L., *La documentazione del contenuto contrattuale*, in *Riv. di dir. comm.*, 1919, I.

NARDI D., *Giustiniano e la forma delle vendite*, in *Labeo*, XIV, 1968.

NUZZO M., *Sulla rilevabilità d'ufficio del difetto di forma convenzionale*, nota a Cass. civ., sez. III, 09.02.1980, n. 909, in *Giust. civ.*, 1980, I.

ORESTANO A., *Intese prenegoziali a struttura «normativa» e profili di responsabilità precontrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1995.

PAGLIARO A., *L'altruità della cosa nei delitti contro il patrimonio*, in *Riv. it. diritto e procedura penale*, VIII/1965, ora in *Il diritto penale fra norma e società: scritti 1956-2008*, IV, Milano, 2009.

PALERMO G., *Il contratto preliminare*, Padova, 1991.

PALMERINI E., *Art. 1352 – Forme convenzionali*, in *Commentario del codice civile diretto da E. Gabrielli, Dei contratti in generale*, Torino, 2011.

PARENTI V., *Sulla riduttiva considerazione della forma convenzionale ex art. 1352 c.c.*, in *Giust. civ.*, 1999, II.

PARTSCH J., *Besprechung über PAPPOULIAS: Geschichtliche Entwicklung der Arrha im Obligationenrechte*, in *GGA*, 1911, ora in *Aus nachgelassenen und kleineren verstreuten Schriften*, Berlin, 1931,

- *Mitteilungen aus der Freiburger Papyrussammlung*, Heidelberg, 1916.

- *Festschrift Lenel*, Freiburg, 1923.

PERLINGIERI P., *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987

- *Manuale di diritto civile*⁶, Napoli, 2007.

PETERLONGO M.E., *La transazione nel diritto romano*, Milano, 1936.

PITRUZZELLA G. (con BIN R.), *Diritto costituzionale*⁵, Torino, 2004.

PORTALE G. B., *Principio consensualistico e conferimento di beni in società*, in *Riv. Soc.*, Milano, XV/1970.

PRINGSHEIM F., *The Greek Law of Sale*, Weimar, 1950.

- *Der Kauf mit fremdem Geld. Studien über die Bedeutung der Preiszahlung für den Eigentumserwerb nach griechischem und römischem Recht*, Leipzig, 1916.

PROSPERI O., *Forme complementari e atto recettizio*, in *Riv. dir. comm.*, 1976, I.

PUGLIESE G., *Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del convegno internazionale Pisa-Viareggio_Lucca 17-21 aprile 1990*, a cura di L. Vacca, I, Milano, 1991.

- *Istituzioni di diritto romano*³, Torino, 1991.

- *Recensione a LEVY, West Roman vulgar law: the law of property*, in *Arch. Giur.*, 1951, CXLI.

- *La simulazione nei negozi giuridici: studio di diritto romano*, Padova, 1938.

RANDAZZO S., *'Mandare'. Radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Milano, 2005.

REGELSBERGER F., *Civilrechtliche Erörterungen*, I, *Die Vorverhandlungen bei Verträgen, Angebot, Annahme, Traktate, Punktation nebst der Lehre von der Versteigerung und vor der Auslobung*, Weimar, 1868.

RENDA A., *Forme convenzionali. Art. 1352*, in *Il codice civile. Commentario*, fondato e già diretto da Piero Schlesinger e Francesco Donato Busnelli, Milano, 2016.

RICCOBONO S., *'Traditio ficta'*, in *ZSS*, XXXIII, 1912.

- *Fontes iuris Romani antejustiniani (FIRA)*, I², *Leges*, Firenze, 1972.

- *'Traditio ficta'*, in *ZSS*, XXXIII, 1912 *'Traditio ficta'*, in *ZSS*, XXXIV, 1913.

ROMANO SALVATORE, *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*, Milano, 1961.

ROMANO SILVIO, *Recensione a GALLO, Il principio 'emptio dominium transfertur' nel diritto pregiustiniano* in *IVRA*, XII, 1961

ROPPO V., *Il contratto*², Milano, 2011.

ROTONDI G., *I 'Libri opinionum' di Ulpiano e le Sentenze di Paolo*, in *Scritti giuridici*, I, Pavia, 1922.

RUBINO D., *La compravendita*², nel *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1971.

RUSCELLO F., *I regolamenti di condominio*, Camerino-Napoli, 1980.

SACCO R., *La forma*, in SACCO E DE NOVA, *Il contratto*³, I, Torino, 2004.

- *La preparazione del contratto*, in SACCO E DE NOVA, *Il contratto*³, II, Torino, 2004.

SAN NICOLÒ M., *Die Schlussklauseln der altbabylonischen Kauf- und Tauschverträge: ein Beitrage zur Geschichte des Barkaufes*², München, 1974.

SANTORO-PASSARELLI F., *Dottrine generali del diritto civile*⁹, Napoli, 2002.

SARGENTI M., *La compravendita nel tardo diritto romano. Indirizzi normativi e realtà sociale (Contributo all'interpretazione di Vat. Fr. 35)*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, II, Milano, 1982.

- *Contributi alla palingenesi delle costituzioni tardo-imperiali, I. Vat. Fr. 35 e C. Th. 3, 1, 2*, in *Accademia romanistica costantiniana. Atti del V Convegno internazionale*, Perugia, 1983, ora in *Studi sul diritto del Tardo Impero*, Padova, 1986.

SCHERILLO G., *L'ordinamento delle 'Sententiae' di Paolo*, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, I, Palermo, 1936

SCHIAPARELLI L., *Le carte longobarde dell'archivio capitolare di Piacenza*, in *Bullettino dell'Istituto Storico Italiano*, XXX, 1909.

SCHÖNBAUER E., *Reichsrecht gegen Volksrecht? Studien über die Bedeutung der 'Constitutio Antoniniana' für die römische Rechtsentwicklung*, in ZSS, II, 1931.

- *Reichsrecht, Volksrecht und Provinzialrecht. Studien über die Bedeutung der 'Constitutio Antoniniana' für die römische Rechtsentwicklung*, in ZSS, LVII, 1937.

- *Rechtshistorische Urkundenstudien. Die Inschrift von Rhosos und die 'Constitutio Antoniniana'*, in *Arch. Pap.*, XIII, 1939.

- *Deditizier, Doppelbürgerschaft und Personalitäts-Prinzip*, in *JJP*, 1951.

- *Untersuchungen über die Rechtsentwicklung in der Kaiserzeit*, in *JJP*, 1956.

SCHUPFER F., *Il diritto privato dei popoli germanici con particolare riguardo all'Italia*, Roma, III, 1909.

SCHUSTER W., *Die funktion der 'arrha' bei Justinian*, in *Labeo*, Milano, V, 1959.

SCHWARZ A.B., *Die öffentliche und private Urkunde im römischen Ägypten Studien zum hellenistischen Privatrecht*, Leipzig, 1920.

SCOGNAMIGLIO R., *Dei contratti in generale. Disposizioni preliminari. Dei requisiti del contratto. Art. 1321-1352*, in *Commentario del codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna-Roma, 1970.

SEECK O., *Regesten der Kaiser und Päpste für die jähre 311 bis 476 N. Chr.: Vorarbeit zu einer prosopographie der Christlichen Kaiserzeit*, Stuttgart, 1919.

- *Die Zeitfolge der Gesetze Costantins*, in *ZSS*, X, 1889.

SEGRÈ G., *Sulla posteriore documentazione di un contratto*, in *Riv. di dir. comm.*, 1920, II.

SETZER G., *Abhandlungen aus dem Civilrecht, I, Ueber die Verabredung der Schrift, insbesondere von der 'l. 17 cod. De fide instrumentorum'*, Bremen, 1860, riedito in traduzione italiana a cura di F. ADDIS, *Sulla pattuizione dello scritto*, Napoli, 2005.

SIMON D., *Studien zur Praxis der Stipulationsklausel*, München, 1964.

SPAGNUOLO VIGORITA T., *Exsecranda pernicies: delatori e fisco nell'età di Costantino*, Napoli, 1984.

STEINACKER H., *Die antiken Grundlagen der frühmittelalterlichen Privatkunde*, Leipzig, 1927.

TALAMANCA M., voce *Forma degli atti*, in *Enciclopedia forense*, III, Milano, 1958.

- *Voce Vendita (dir. rom.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, XLVI/1993.

- *L'arra della compravendita in diritto greco e in diritto romano*, Milano, 1953.

- *'Conventio' e 'stipulatio'*, in *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea. Atti del convegno di diritto romano. Siena 14-15 aprile 1989*, a cura di N. Bellocci, Napoli, 1991.

- *'Conventio' e 'stipulatio' nel sistema dei contratti romani*, in *Le droit romain et sa reception en Europe. Les actes du colloque organisé par la Faculté de Droit et d'Administration de l'Université de Varsovie en collaboration avec l'Accademia Nazionale dei Lincei le 8-10 octobre 1973*, [in effetti il colloque si tenne nella prima metà del maggio successivo], Varsovie 1978.

- *Osservazioni sull'arra nel diritto giustiniano*, in *Mélanges Philippe Meylan*, I, 1963.
- *L'unità della 'venditio' in I. 3. 23 pr.*, in *Studi in memoria di A. Giuffrè*, I, Milano, 1967.
- *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990.
- *Recensione a GALLO, Il principio 'emptio dominium transfertur' nel diritto pregiustiniano*, in *Arch. Giur.*, 1961, CLX.
- *Ancora sul principio 'emptio dominium transfertur'*, in *St. Cagliari*, 1962-1963.
- *La 'constitutio Antoniniana'*, in *Lineamenti di storia del diritto romano*² (Autori vari), Milano, 1989.
- *'Status civitatis' ed ordinamento giuridico*, in *Lineamenti di storia del diritto romano*² (Autori vari), Milano, 1989.
- *L'attività della giurisprudenza*, in *Lineamenti di storia del diritto romano*² (Autori vari), Milano, 1989.
- *Le opere che rielaborano o commentano testi classici*, in *Lineamenti di storia del diritto romano*² (Autori vari), Milano, 1989.
- *Le opere che vanno sotto il nome di un giurista classico*, in *Lineamenti di storia del diritto romano*² (Autori vari), Milano, 1989.
- *Le leggi romano-barbariche*, in *Lineamenti di storia del diritto romano*² (Autori vari), Milano, 1989.
- *Le autonomie cittadine e il governo locale*, in *Lineamenti di storia del diritto romano*² (Autori vari), Milano, 1989.
- *Gli organi dell'amministrazione locale cittadina*, in *Lineamenti di storia del diritto romano*² (Autori vari), Milano, 1989.
- *L'organizzazione delle classi sociali*, in *Lineamenti di storia del diritto romano*² (Autori vari), Milano, 1989.
- *Le successive vicende dell'impero fino al 476 d.C.*, in *Lineamenti di storia del diritto romano*² (Autori vari), Milano, 1989.
- *I mutamenti della cittadinanza*, in *Mélanges de l'Ecole française de Rome. Antiquité*, 1991.
- *Voce Documento e documentazione (dir. rom.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, XIII/1964.

- *I clienti di Q. Cervidio Scevola*, in *BIDR*, 2000-2001, CIII-CIV.
- TEDESCHI G., *Forme volontarie nei contratti*, in *Studi in onore di Alfredo Ascoli pubblicati per il XLII anno del suo insegnamento*, Messina, 1931.
- THOMAS J. A. C., *Arra in Sale in Justinian's Law*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, XXIV, 1956.
- *A postscript on arra*, in *IURA*, X, 1959.
- TOULLIER C.B.M., per cura di J.B. DUVERGIER, *Il dritto civile francese secondo l'ordine del codice, opera nella quale si è procurato di unire la teoria alla pratica* (trad. it.), Palermo, 1856.
- TRABUCCHI A. *Istituzioni di diritto civile*⁴⁴, Padova, 2009.
- VANNI ROVIGHI S., *Elementi di filosofia*, I, Brescia, 1962.
- VENOSTA F., *La forma dei negozi preparatori e revocatori*, Milano, 1997.
- VERDICCHIO V., *Forme volontarie ed accordo contrattuale*, Napoli, 2002.
- VIGNERON R., *Recensione a VOSS, Recht und Rhetorik in der Kaisergesetzen der Spätantike. Eine Untersuchung zum nachklassischen Kauf und Ubereignungsrecht*, in *ZSS.R.*, 1983.
- VIVANTE C., *Le obbligazioni (contratti e prescrizione)*⁵, IV, in *Trattato di diritto commerciale*, Milano, 1926.
- VOCI P., *Tradizione, donazione, vendita da Costantino a Giustiniano*, in *IVRA*, XXXVIII, 1987.
- VOLTERRA E., *Sull'uso delle 'Sententiae' di Paolo presso i compilatori del 'Breviarum' e presso i compilatori giustiniani*, in *Atti del congresso internazionale di diritto romano di Bologna*, I, Pavia, 1934.
- *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1977.
- VOSS W. E., *Recht und Rhetorik in der Kaisergesetzen der Spätantike. Eine Untersuchung zum nachklassischen Kauf und Ubereignungsrecht*, Frankfurt am Main, 1982.
- WEBEL H., *Das Recht der Tablettes Albertini*, Berlin, 2003.
- U. ZILLETTI, *Studi sulle prove nel diritto giustiniano*, in *Bollettino dell'Istituto di Diritto Romano*, LXVII, 1964.

INDICE DEGLI AUTORI

ADDIS F. 2; 3, testo e ntt. 4, 5 e 7; 25, ntt. 114, 116, 119; 39, testo e nt. 200; 175, nt. 705.

ALBERTARIO E. 69, nt. 306.

ALLARA M. 16, nt. 64; 20, nt. 94; 33, nt. 165.

AMARELLI F. 62, nt. 277; 68, nt. 304.

AMELOTTI M. 64, nt. 283; 67, nt. 298; 79, nt. 343; 87, nt. 349; 184, nt. 764.

ARANGIO RUIZ V. 40, nt. 203; 42; 43, ntt. 207 e 208; 44; 45, nt. 213; 47, ntt. 224, 227; 48, ntt. 230, 231 e 232; 50, ntt. 236 e 238; 52, nt. 243; 53, nt. 247; 54, nt. 249; 55, testo e nt. 250; 56, testo e nt. 261; 61, nt. 269; 62, ntt., 276, 277, 278 e 279; 64, nt. 284; 65, nt. 289; 72, nt. 317; 73, ntt. 320 e 322; 74, nt. 327; 75, nt. 330; 78, ntt. 340 e 341; 80, ntt. 347 e 348; 87, ntt. 393, 396 e 398; 90, ntt. 399 e 400; 91, nt. 405; 93, ntt. 417 e 418; 94, ntt. 420 e 422; 98, nt. 436; 101, nt. 449; 102, ntt. 450, 451, 452, 453 e 454; 103, testo e ntt.

455, e 457; 104, testo e ntt. 458 e 460; 122, nt. 517; 124, nt. 523; 141, nt. 577; 156, nt. 636; 167, nt. 670; 175, nt. 708; 176, ntt. 713 e 715; 178, nt. 722; 182, testo e nt. 737; 183, nt. 738; 188, nt. 762; 189, testo e nt. 770; 190, nt. 771.

ARCHI G.G. 70, testo e ntt. 308 e 309; 71, nt. 313; 73, ntt. 322 e 323; 75, ntt. 331 e 332; 78, nt. 338; 81, testo e ntt. 358 e 360; 83, nt. 366; 86, ntt. 388 e 390; 87, nt. 395; 91, testo e ntt. 402 e 407; 95, nt. 429; 96, nt. 431; 101, testo e ntt. 447 e 448; 102, nt. 452; 108, nt. 477; 132, nt. 550; 136, nt. 562; 137, ntt. 563, 564 e 565; 142, testo e nt. 581; 146, nt. 587; 147, ntt. 588 e 591; 151, nt. 607; 156, nt. 631; 160, testo e ott. 647, 650 e 651; 161, testo e nt. 653; 162, ntt. 656 e 657; 163, nt. 660; 165, nt. 662; 167, nt. 669; 168, ntt. 671, 672, 673 e 674; 175, testo e nt. 709; 176, nt. 711; 177, nt. 717; 178, testo e ntt. 718 e 722.

ASTUTI G. 24, nt. 113; 25, nt. 115; 27, nt. 122; 171, nt. 683; 175, testo e nt. 796; 196; 197, nt. 794.

- BECHMANN A. 48, nt. 231.
- BENEDETTI A. M. 4, nt. 13; 14, nt. 53; 15, ntt. 54 e 59; 37, nt. 185.
- BENEDETTI G. 15, nt. 54;
- BERGOLD F. 93, nt. 417.
- BESELER G. 93, nt. 417; 98, nt. 436; 102, nt. 452.
- BETTI E. 6, nt. 20; 8, nt. 31; 11, nt. 38; 18, nt. 80; 19, nt. 86; 31, nt. 148; 37, nt. 185; 178, nt. 720.
- BIANCA C. M. 10, nt. 47; 13, nt. 45; 17, nt. 69; 26, nt. 121; 32, nt. 155; 35, ntt. 176 e 179; 43, nt. 210; 105, nt. 261.
- BIN R. 23, nt. 108.
- BISCARDI A. 118, nt. 499; 120, nt. 504; 122, testo e nt. 515; 127, testo e nt. 532; 128;
- BONA F. 98, nt. 436.
- BONFANTE P. 78, nt. 337; 122, nt. 517; 133, nt. 545.
- BRASIELLO U. 185, nt. 748.
- BRUNS K.G. 54, nt. 249.
- BRUNNER H. 57, nt. 264.
- CALOGERO G. 67, e testo nt. 296.
- CANDIAN A. 5, nt. 16; 13, nt. 48; 28, nt. 131.
- CAPARRELLI P. 19, nt. 86; 21, nt. 98; 26, nt. 121; 33, nt. 164.
- CARIOTA FERRARA L. 30, ntt. 143, 144 e 145; 37, nt. 185.
- CARNELUTTI F. 4, nt. 9; 5, nt. 18; 10, nt. 37; 14, nt. 49; 19, nt. 86;
- CARRIÉ J. M. 112, nt. 483; 131, nt. 547.
- CENDERELLI A. 180, nt. 726; 181, ntt. 727 e 729; 182, nt. 733.
- CERAMI P. 121, nt. 512; 122, nt. 514; 137, nt. 566; 141, nt. 576.
- CERDONIO CHIAROMONTE G. 14, nt. 50; 21, ntt. 99 e 100; 28, nt. 128; 32, ntt. 155, 157 e 158; 34, nt. 170; 35, ntt. 178, 180 e 181; 36, nt. 182.
- CERVENCA G. 128, ntt. 534 e 536.
- CHECCHINI A. 185, nt. 705.
- CIMMA M.R. 161, nt. 653; 165, nt. 662; 166, nt. 665; 168, nt. 675.
- COLLINET P. 81, nt. 356.
- COLORNI V. 121, nt. 512.
- CORBINO A. 47, nt. 226; 196, nt. 793.
- CORTESE E. 68, nt. 305; 95, nt. 427; 96, nt. 430; 117, nt. 493.
- COSTAMAGNA G. 79, nt. 343; 87, nt. 394; 184, nt. 746.
- COVIELLO L. SR. 13, ntt. 47 e 48; 18, nt. 75.
- DE DOMINICIS M. A. 98, testo e nt. 436.
- DE FILIPPI M. 122, nt. 516; 124, nt. 519.
- DE FRANCISCI P. 68, nt. 302.
- DEGENKOLB H. 12, nt. 40; 192, nt. 783.
- DELLA VEDOVA I. 7, nt. 22.

DI GIOVANNI F. 14, nt. 49; 15, ntt. 60 e 61; 16, nt. 63; 27, ntt. 125 e 126; 32, nt. 156; 33, nt. 162; 34, ntt. 161 e 162; 178, nt. 720.

DI MARZO S. 193, nt. 787.

DI PAOLO M. 37, nt. 185.

D'ORS A. 148, nt. 596; 150, nt. 604; 157.

DUPONT C. 124, nt. 5020.

ECK E. 49, nt. 231.

EHRHARDT A. 137, nt. 563.

ERNOUT A. - MEILLET A. 135, nt. 557.

FALCONE G. 194, nt. 790.

FAVALE R. 3, nt. 6; 4, nt. 10; 5, nt. 17; 6, nt. 21; 7, ntt. 23, 26 e 27; 15, nt. 56; 16, ntt. 66 e 68; 18, ntt. 74 e 75; 19, nt. 84; 20, nt. 94; 28, nt. 130; 29, ntt. 133, 134, 135, 136, 137, 138 e 139; 37, nt. 185; 38, ntt. 194 e 195;

FERCIA R. 46, nt. 222.

FERRARI F. 43, nt. 210.

FINO M. A. 133, nt. 485; 114, nt. 489; 117, nt. 494; 119, nt. 500; 120, nt. 501; 121, nt. 507; 125, nt. 529; 129, testo e nt. 541; 131, nt. 547; 133, nt. 552.

FLUME W. 28, nt. 129.

FREZZA P. 148, nt. 596.

FURGIUELE G. 43, nt. 210.

GABBA C.F. 25, ntt. 116 e 118.

GALLO F. 55, ntt. 251 e 253; 56, ntt. 256, 257, 258 e 259; 57, ntt. 262, 263; 77, nt. 336; 82, ntt. 362 e 365; 83, testo e ntt. 368 e

370; 84, testo e ntt. 375, 376 e 377; 85, testo e ntt. 381 e 382; 94, nt. 422; 116, testo e nt. 492; 117, testo e nt. 497; 118, testo e nt. 498; 119; 121, ntt. 508, 509, 510 e 512; 122; 124, nt. 520; 125; 126, testo e nt. 530; 127, testo e nt. 532; 128; 129; 130, nt. 542; 132, nt. 549; 133, nt. 552; 134, testo 3 ntt. 553 e 554; 137; 138, nt. 568; 142, testo e ntt. 580 e 582; 147, nt. 592; 151, nt. 606; 153, testo e ntt. 616, 617 e 618; 154, ntt. 620, 621 e 623; 155, testo e nt. 625; 156, ntt. 631 e 633; 158, nt. 639; 159, testo e ntt. 643 e 644; 160, nt. 646; 161, testo e nt. 654; 166, nt. 664; 169, testo e nt. 678; 170, nt. 680; 171, nt. 683; 172, testo e ntt. 685, 686, 697, 688 e 689; 173, testo e ntt. 692, 693, 694, 695, 696 e 697; 174, nt. 702; 175, testo e nt. 704; 176, testo e ntt. 711, 712 e 713; 178, nt. 722; 180, nt. 126; 181, testo e ntt. 727, 729 e 731; 182; 183, testo e ntt. 738 e 740; 184, nt. 743; 185, nt. 747; 186, testo e nt. 753 e 755; 187, nt. 758; 189, testo e nt. 769; 192.

GAZZONI F. 10, nt. 37; 14, nt. 52; 37, nt. 185; 44, nt. 211.

GAZZONI F. M. 46, nt. 222.

GENNARI G. 33, nt. 166; 37, ntt. 185 e 187.

GENOVESE A. 4, nt. 10; 5, nt. 15; 6, nt. 20; 8, nt. 32; 13, nt. 44; 14, nt. 49; 17, nt. 73; 18, ntt. 75, 76, 77, 78 e 79; 19, nt. 84; 20, nt. 94; 21, nt. 101; 26, nt. 121; 31, ntt. 148 e 149; 35, nt. 176; 44, nt. 211; 178, nt. 720.

GIORGI G. 25, nt. 116; 174, nt. 699.

GIORGIANNI M. 35, nt. 181; 37, nt. 185.

GORLA G. 10, nt. 37.

GRADENWITZ O. 40, nt. 202; 54, nt. 249; 148, testo e nt. 596; 150, ntt. 603 e 605; 151, nt. 697; 155; 156, testo e nt. 631; 162, nt. 656; 179.

GUARINO A. 51, nt. 242.

GUGLIELMETTI G. 17, nt. 71.

HEIMBACH G. E. 194, testo e nt. 789.

HENLE R. 15, nt. 61; 19, nt. 86.

HITZIG H. F. 91, nt. 408.

HUSSERL E. G. A. 109, nt. 480.

IRTI N. 21, nt. 101; 22, ntt. 102, 103, 104 e 105.

JONES A. H. M. 128, nt. 535.

KASER M. 48, nt. 231; 81, nt. 354; 84, nt. 374; 96, testo e nt. 433; 102, nt. 452; 113, nt. 488; 127, nt. 532; 128.

KIRCHER R. 84, testo e nt. 378.

KUNKEL W. 55, nt. 250.

LAURIA M. 94, nt. 436.

LENEL O. 181, testo e nt. 730.

LEVI M. A. 80, nt. 349.

LEWIS N. 66, nt. 291.

LEVY E. 57, ntt. 264 e 266; 91, nt. 401; 94; 95, nt. 426; 96, testo e nt. 432; 97, testo e ntt. 434 e 435; 98, nt. 436; 99, nt. 440; 106, testo e ntt. 465 e 466; 107, testo e ntt. 470 e 471; 111, testo e nt. 481; 113, nt. 484; 124, testo e nt. 522; 127, nt. 532; 128; 134, testo e nt. 555; 141, testo e ntt. 578 e 579.

LIEBS D. 98, nt. 436.

LISERRE A. 37, nt. 185; 39, nt. 198.

LOSANO M. G. 74, nt. 326.

LUMINOSO A. 30, ntt. 141, 142 e 143; 43, nt. 210.

MAFFEIS D. 22, nt. 105; 37, ntt. 185 e 188; 38, ntt. 189, 190 e 191.

MARINI G. 81, testo e nt. 359; 84; 85, nt. 380; 141.

MASCHI C. A. 98, nt. 436.

MÉLÈZE-MODRZEJEWSKI J. 64, nt. 285.

MESSINEO F. 12, nt. 42; 33, nt. 166; 35, nt. 177; 37, nt. 185.

MEYER P. M. 61, nt. 271.

MEYLAN PH. 55, nt. 250.

MEZZANOTTE L. 15, nt. 54.

MIGLIARDI ZINGALE L. 55, nt. 250; 65, nt. 287.

MIRABELLI G. 12, nt. 43; 17, nt. 71; 19, nt. 83; 26, nt. 121; 32, nt. 154; 33, ntt. 163 e 166.

MITTEIS L. 57, nt. 264; 61, nt. 271; 63, testo e nt. 282; 64, nt. 284.

MOMMSEN T. 63, nt. 281; 67, nt. 299; 124, testo e nt. 520; 125, nt. 525; 150.

MONTEVECCHI O. 67, nt. 300.

MORONI F. 60, nt. 268; 62, nt. 274; 87, nt. 397.

MOSSA L. 18, nt. 81; 19, nt. 83; 24, ntt. 111 e 112; 25, nt. 117; 30, ntt. 146 e 147; 31, nt. 148; 178, nt. 720.

NARDI D. 147, nt. 592.

NUZZO M. 37, nt. 185.

- ORESTANO A. 16, nt. 62.
- PAGLIARO A. 44, nt. 212.
- PALERMO G. 14, nt. 53; 15, ntt. 55, 57 e 58.
- PALMERINI E. 17, nt. 70; 28, nt. 132; 31, ntt. 148 e 151; 32, nt. 159; 35, nt. 178; 38, nt. 196.
- PARENTI V. 14, nt. 51.
- PARTSCH J. 45, nt. 215; 93, nt. 417.
- PERLINGIERI P. 16, nt. 64; 28, nt. 127; 33, nt. 166; 34, nt. 167; 38, nt. 197; 44, nt. 211.
- PETERLONGO M.E. 154, nt. 621.
- PITRUZZELLA G. 23, nt. 108.
- PORTALE G. B. 43, nt. 210.
- PROSPERI O. 17, nt. 69; 26, nt. 121; 35, nt. 181; 36, nt. 182.
- PRINGSHEIM F. 45, ntt. 215 e 216; 46, nt. 220; 77, nt. 335; 93, testo e ntt. 416 e 417; 102, nt. 452.
- PUGLIESE G. 48, nt. 231; 51, nt. 242; 57, nt. 264; 61, nt. 270; 71, nt. 314; 73, nt. 322; 97, nt. 435; 106, nt. 468; 171, nt. 680; 179, testo e nt. 723.
- RANDAZZO S. 51, nt. 242.
- REGELSBERGER F. 173, nt. 698; 174, ntt. 699 e 700; 175, testo e nt. 705; 180, nt. 724.
- RENDA A. 4, nt. 10.
- RICCOBONO S. 40, nt. 201; 61, nt. 271; 99, nt. 440; 100, testo e nt. 445; 101.
- ROMANO SALVATORE 15, nt. 54.
- ROMANO SILVIO 55, nt. 251; 85, nt. 385.
- ROPPO V. 10, nt. 37; 17, nt. 69; 29, nt. 139; 37, ntt. 185 e 186.
- ROTONDI G. 98, nt. 436.
- RUBINO D. 105, nt. 461.
- RUSCELLO F. 16, nt. 67.
- SACCO R. 4, nt. 13; 5, nt. 14; 10, ntt. 36 e 37; 21, nt. 97; 26, nt. 121; 27, nt. 124; 29, nt. 140; 37, nt. 185.
- SAN NICOLÒ M. 45, nt. 218.
- SANTORO-PASSARELLI F. 44, nt. 211.
- SARGENTI M. 117, nt. 494; 120, ntt. 501 e 505; 122, nt. 517; 124, testo e ntt. 519 e 524; 125, ntt. 526 e 529; 126, ntt. 530 e 531; 129, testo e nt. 540; 131, nt. 545; 132, nt. 548; 133, nt. 552.
- SCHERILLO G. 98, nt. 436.
- SCHIAPARELLI L. 81, testo e nt. 357.
- SCHÖNBAUER E. 64, testo e nt. 284.
- SCHUPFER F. 81, nt. 355.
- SCHUSTER W. 40, ntt. 202 e 204; 147, nt. 594; 148, testo e ntt. 595, 596 e 597; 149, ntt. 599, 600, 601 e 602; 150, testo e ntt. 603, 604 e 605; 151, testo e ntt. 607, 608 e 609; 152, testo e ntt. 612 e 613; 153, testo e ott. 615 e 617; 154, testo e nt. 621; 155, ntt. 624, 627, 629 e 630; 156, testo e nt. 631; 157; 158, testo e nt. 639; 159, testo e nt. 643; 160; 179; 195, testo e nt. 791.
- SCHWARZ A.B. 163, nt. 658.

SCOGNAMIGLIO R. 4, nt. 13; 19, nt. 88; 20, nt. 89; 26, nt. 121; 32, ntt. 154 e 155; 33, nt. 166; 34, ntt. 167, 168, 169, 173 e 174; 35, nt. 175.

SEECK O. 120, nt. 506; 124, nt. 518.

SEGRÈ G. 12, nt. 40; 13, nt. 48; 18, nt. 75; 174, nt. 700; 192, nt. 783.

SETZER G. 2, testo e nt. 1; 3, testo e ntt. 2, 3 e 4; 39; 172, nt. 684; 174, testo e nt. 700; 175, testo e nt. 703.

SIMON D. 65, nt. 288.

SPAGNUOLO VIGORITA T. 124, nt. 518.

STEINACKER H. 73, nt. 322.

TALAMANCA M. 4, nt. 11; 40, ntt. 205 e 206; 46, nt. 220; 47, nt. 223; 48, ntt. 229 e 231; 50, ntt. 237 e 239; 51, nt. 242; 52, nt. 246; 56, ntt. 256 e 260; 62, nt. 277; 63, nt. 281; 64, nt. 285; 65, ntt. 289 e 290; 66, ntt. 292, 293 e 294; 67, nt. 101; 69, nt. 307; 70, nt. 311; 71, nt. 312; 80, nt. 352; 83, nt. 366; 84, ntt. 372 e 373; 85, testo e ntt. 383, 384 e 386; 86, ntt. 391, e 392; 90, nt. 399; 91, nt. 408; 93, nt. 417; 94, ntt. 421 e 425; 98, nt. 436; 99, nt. 441; 101, nt. 449; 105, nt. 463; 106, nt. 464; 108, nt. 474; 113, ntt. 485, 487 e 488; 121, nt. 511; 131, nt. 546; 139, ntt. 570 e 571; 140, nt. 572; 141, nt. 575; 144, nt. 585; 151, nt. 609; 152, nt. 614; 154, ntt. 619 e 622; 155, nt. 628; 156, nt. 631; 157, nt. 637; 158, ntt. 640 e 642; 163, nt. 660; 170, nt. 679; 174, nt. 702; 175, nt. 709; 178, ntt. 721 e 722; 183, ntt. 738, 739, 741 e 742; 184, testo e ntt. 743, 744, 745 e 746; 187, testo e ntt. 757, 758 e 759; 188, testo e ntt. 761 e 763; 189, nt. 764;

190, testo e ntt. 771, 772, 774, 775, 776, 777 e 778; 191, testo e ntt. 779 e 780; 192, ntt. 781 e 782; 193, nt. 788.

TEDESCHI G. 4, nt. 12; 17, nt. 69; 24, nt. 110; 27, nt. 123; 31, nt. 150.

THOMAS J.A.C. 150, nt. 604.

TOULLIER C.B.M. 13, ntt. 46 e 47;

TRABUCCHI A. 44, nt. 211.

VANNI ROVIGHI S. 109, nt. 480.

VENOSTA F. 16, nt. 62; 22, nt. 105; 37, nt. 185; 38, ntt. 192 e 193.

VERDICCHIO V. 4, ntt. 10 e 13; 6, nt. 19; 15, nt. 59; 16, ntt. 62 e 65; 19, ntt. 84, 85, 86 e 87; 20, ntt. 88, 89, 90, 91, 92, 93 e 95; 21, nt. 96; 22, nt. 106; 23, nt. 107; 31, nt. 153; 32, ntt. 154; 33, ntt. 160, 161, 162 e 164; 36, ntt. 183 e 184.

VIGNERON R. 131, nt. 544.

VIVANTE C. 25, nt. 118.

VOCI P. 70, nt. 310; 73, nt. 321; 82, nt. 364; 83; 84, testo e nt. 371; 100, nt. 443; 117, testo e nt. 496; 121, nt. 508; 124; 125, nt. 528; 135; 136, testo e nt. 561; 140, nt. 573; 144, nt. 584; 175, nt. 709.

VOLTERRA E. 98, nt. 436; 167, nt. 670.

VOSS W. 131, testo e nt. 544.

WEBEL H. 83, nt. 369.

ZILLETTI U. 160, nt. 650.

INDICE DELLE FONTI

A) FONTI GIURIDICHE

FONTI PREGIUSTINIANEE

Codex Theodosianus

1, 22, 2: 147, nt. 590.

2, 7, 1: 147, nt. 590.

2, 12, 2: 125, nt. 525.

2, 29, 2: 143.

3, 1, 1: 111.

3, 1, 2: 122; 123; 124, testo e nt. 519;
125, nt. 525.

3, 1, 4: 111.

4, 4, 7, 2: 152, nt. 643.

4, 6, 3: 117.

6, 29, 2: 135, nt. 556.

6, 4, 33: 135, nt. 556.

8, 5, 1: 135, nt. 556.

8, 15, 5: 144.

9, 19, 2: 136, nt. 562; 147, nt. 590.

9, 19, 4: 101.

9, 37, 3: 147, nt. 590.

11, 3, 1: 119; 125.

11, 3, 2: 119; 122, testo e nt. 515; 125.

11, 3, 3: 129; 138.

11, 3, 5: 138.

11, 23, 1: 135, nt. 556.

11, 39, 6: 101.

12, 1, 177: 135, nt. 556.

12, 3, 1: 139.

12, 3, 2: 139, nt. 569.

15, 14, 1: 125, nt. 525.

15, 14, 9: 81, nt. 353.

Gai Institutionum Commentarii

1, 119-120: 47, nt. 225.

1, 112: 135.

2, 25: 55, nt. 252.

2, 87: 94, testo e nt. 423.

3, 131-132: 75, nt. 329.

3, 134: 74, testo e nt. 325.

3, 135-136: 48 s.; 99, nt. 438; 182, testo e nt. 734.

3, 137: 51, testo e nt. 241.

3, 139: 52, testo e nt. 245; 92.

3, 155: 51, nt. 242.

4, 131a: 48, nt. 231.

Gai Institutionum Epitome

2, 1, 7: 94.

2, 9, 13: 99, nt. 438.

2, 9, 14: 92; 112.

Interpretatio a

C. Th. 3, 1, 1: 111.

C. Th. 3, 1, 2 pr. [Vaticanum Fragmentum 35]: 123 s.

C. Th. 3, 1, 4: 111 ss..

Pauli Sententiae: 1, 13a, 4: 110.

Pauli Sententiae: 2, 17, 1: 110.

Pauli Sententiae: 2, 17, 13: 108.

Lex Romana Burgundionum

35, 1-2: 95.

Novellae Maioriani

7, 9: 139, nt. 569.

Novellae Valentiniani

15: 85.

15, 3: 140.

32, pr.: 85; 141 s..

Pauli Sententiae

1, 13a, 4: 101; 110 .

2, 17, 1: 102; 110.

2, 17, 2: 102.

2, 17, 3: 102.

2, 17, 4: 103.

2, 17, 5: 103.

2, 17, 6: 103.

2, 17, 7: 105.

2, 17, 8: 105.

2, 17, 9: 105.

2, 17, 10: 99.

2, 17, 13: 99; 108.

2, 17, 14: 107.

5, 2, 5: 107.

5, 15, 4: 100.

5, 25, 6: 167, nt. 692.

Vaticana Fragmenta

22: 135.

35: 122 s.; 124, nt. 518; 125, testo e nt. 526; 126, testo e nt. 530; 127, testo e nt. 532; 128; 129; 131, nt. 545; 134; 139; 141; 146; 178, nt. 722.

37: 122.

248: 122.

249: 122; 178, nt. 722.

249, 6: 137.

249, 7: 170, nt. 680.

249, 8: 170, nt. 680.

FONTI GIUSTINIANEE

Institutiones

2, 7, 2: 159, nt. 643.

2, 10, 14: 159, nt. 643.

3, 21: 163, nt. 660.

3, 22: 182, testo e nt. 735.

3, 23 pr.: 40, nt. 206; 149, testo e nt. 598; 172; 173; 185; 188, nt. 761.

Digesta

1, 3, 32: 68, nt. 305.

1, 4, 1 pr.: 66, nt. 295.

1, 15, 17: 61, nt. 271.

3, 5, 20, 2: 135, nt. 556.

10, 1, 12: 136, nt. 560.

12, 4, 16: 54, nt. 248; 78, nt. 342.

17, 2, 40: 135, nt. 556.

17, 2, 71 pr.: 49 s.; 176.

18, 1, 2, 1: 182; 183.

18, 1, 18, 1: 136, nt. 560.

18, 1, 28: 126.

18, 1, 35, pr.: 93.

18, 1, 63, 1: 136, nt. 560.

18, 3, 6 pr.: 187, nt. 758.

18, 3, 8: 187, nt. 758.

19, 1, 11, 6: 53.

19, 1, 48: 136, nt. 560.

19, 2, 2, pr.: 194.

19, 2, 13, 11: 159, nt. 643; 172, nt. 691, 180; 193; 195; 196.

19, 4, 1, pr.: 48, nt. 231.

19, 5, 12: 86, nt. 391.

21, 2, 45: 136, nt. 560.

21, 2, 72: 100, nt. 442.

22, 1, 4, pr.: 48, nt. 231.

27, 10, 9: 135, nt. 556.

30, 44, 5: 70, nt. 310.

30, 84, 7: 70, nt. 310.

32, 41, 9: 86, nt. 391.

32, 59: 70, nt. 310.

32, 120, pr.: 70, nt. 310.

33, 7, 12, 45: 70, nt. 310.

38, 16, 16: 70, nt. 310.

41, 2, 18, 2: 136, nt. 560.

44, 7, 52, 10: 49, nt. 243.

45, 1, 35, 2: 50; 177; 193, nt. 786.

46, 4, 19, 1: 163.

50, 15, 4, pr.: 136, nt. 560.

63, 1: 136, nt. 560..

Codex Iustinianus Repetitae Praellectionis

1, 3, 54 (56): . 159, nt. 643.

1, 4, 21: 160; 161, nt. 655; 165, nt.
661.

2, 3, 11: 120.

2, 3, 20: 73; 85.

2, 4, 28 pr.: 159, nt. 643.

2, 18, 24, 2: 158, nt. 639.

2, 45, 1: 159, nt. 643.

2, 55, 5 pr.: 158, nt. 639.

3, 3, 32: 82, nt. 364.

3, 11, 2: 147, nt. 590.

3, 14, 1: , 147, nt. 590.

3, 28, 31: 159, nt. 643.

4, 2, 17: 160; 161; 162; 163; 166; 176,
nt. 713; 186; 187.

4, 19, 12: ; 70; 74, nt. 324.

4, 20, 18: 159, testo e nt. 643; 160,
testo e nt. 650.

4, 20, 18 pr.: 161; 187.

4, 20, 18, 1: 165.

4, 21, 15: 146.

4, 21, 17: 3; 11; 12, nt. 40; 24; 25,
testo e ntt. 116 e 118; 39; 40, testo e nt. 206;
41; 49; 148, testo e nt. 596; 149; 155; 157;

158; 159, testo e nt. 643; 160, testo e nt. 650;
161, testo e nt. 654; 162, nt. 656; 163, testo e
nt. 670; 169; 170; 172; 173; 175; 176, testo e
nt. 713; 178; 181, testo e nt. 731; 182; 183,
testo e nt. 739; 186, testo e nt. 756; 188; 189,
testo e nt. 764; 190; 192, testo e nt. 783; 193;
194; 195; 196; 197.

4, 21, 17 pr.: 3, testo e nt. 3; 154; 155;
156; 158; 161; 165; 166; 175; 176, nt. 713;
177; 179; 183; 184; 188.

4, 21, 17, 1: 155; 156; 171; 185.

4, 21, 17, 2: 157; 160, testo e nt. 645;
161; 171; 183; 185; 186; 187; 188, testo e nt.
761; 189, testo e nt. 766.

4, 22, 1: 76.

4, 29, 23: 159, nt. 643; 176, nt. 711.

4, 29, 25, 2: 159, nt. 643.

4, 30, 14: 160, testo e nt. 650; 161,
testo e nt. 653; 163 s.; 166.

4, 30, 14 pr.: 166.

4, 30, 14, 1: 160, nt. 649; 166; 167,
testo e nt. 669.

4, 30, 14, 2: 163, nt. 658; 165; 166;
167.

4, 30, 14, 3: 165.

4, 30, 14, 4-6: 165.

4, 30, 14, 5-6: 160, nt. 648.

4, 30, 14, 6-7 [errore]: 160, nt. 648.

4, 30, 15: 160, testo e nt. 650; 161, nt.
655.

4, 38, 12: 72.

4, 38, 15: 173; 174, nt. 702; 190.

- 4, 38, 15, 1: 158, nt. 639.
- 4, 39, 15 [errore]: 174, nt. 702.
- 4, 46, 2, pr.: 135.
- 4, 50, 6, 2: 74; 76.
- 4, 54, 1: 187, nt. 758.
- 5, 11, 6: 158, nt. 639.
- 5, 13, 1, 1: 158, nt. 639.
- 5, 15, 1: 169, nt. 776.
- 5, 15, 3: 160, testo e nt. 650; 161; 168.
- 5, 27, 9 pr.: 167, nt. 669.
- 5, 44, 5: 135, nt. 558.
- 6, 4, 3 pr.: 158, nt. 639.
- 6, 23, 3: 135, nt. 558.
- 6, 23, 26: 159, nt. 643.
- 6, 23, 29, 6: 159, nt. 643.
- 6, 30, 4: 135, nt. 558.
- 6, 36, 8, 3: 159, nt. 643.
- 6, 41, 23: , 135, nt. 558.
- 6, 51, 1, 14: 158, nt. 639.
- 7: 135, nt. 558.
- 7, 25, 1: 80, nt. 351.
- 7, 47, 1: 190.
- 7, 63, 5, 6: 159, nt. 643.
- 8 pr.: 135, nt. 558.
- 8, 16, 2: 70, nt. 310.
- 8, 16 [17], 9: 174, nt. 699.
- 8, 25, 7: 70, nt. 310.
- 8, 37, 14: 176, nt. 511.
- 8, 38, 4: 70, nt. 310.
- 8, 40, 27: 159, nt. 643.
- 8, 44, 10: 136, nt. 560.
- 8, 52, 2: 68, nt. 305.
- 8, 53, 29: 159, nt. 643.
- 8, 53, 30 pr.: 170, nt. 680.
- 8, 53, 31, 1: 159, nt. 643.
- 8, 53, 33: 152.
- 8, 53, 33-37: 152.
- 8, 53, 34 pr.: 170, nt. 680.
- 8, 53, 36, 3: 170, nt. 680.
- 8, 55, 10: 158, nt. 639.
- 8, 56, 4: 159, nt. 643.
- 10, 22, 5 (4): 160; 161, nt. 655; 166, nt. 666.
- 12, 1: 135, nt. 558.
- Novellae Iustiniani
- 34, 1: 158, testo e nt. 639.
- FONTI POSTGIUSTINIANEE
- Basilicorum Libri
- Sch.* 1 *ad* 20.1.2: 152, nt. 163; 154, nt. 623; 194.
- 22, 1, 76: 170, nt. 680; 173.
- Sch.* 1 *ad* 22, 1, 76: 170, nt. 680.

Sch. 2 ad 22, 1, 76: 156, nt. 635; 195
s..

Sch. 3 ad 22, 1, 76: 170, nt. 680.

Sch. 4 ad 22, 1, 76: 170, nt. 680.

Statuti di Verona (a. 1450)

II, 75: 197.

ISCRIZIONI E PAPIRI

Carte Piacentine edite dallo
Schiaparelli, X: 81, nt. 357.

Negotia, in *FIRA*: 283: 54, nt. 249;
285: 54, nt. 249; 287: 54, nt. 249; 289: 54, nt.
249; 290: 120, testo e nt. 502; 136, nt. 560;
291: 54, nt. 249 e 250; 296: 136, nt. 560; 439:
120, nt. 503.

P.Giss. 40, col. I: 61, nt. 271.

P. Marini, CXIII: 84; 141; CXV: 85,
testo e nt. 380; CXVI: 85; CXVII: 85; CXX:
81, nt. 359.

P. Turner, 22: 65, nt. 287.

P. Oxy. II, 237: 76; 78, nt. 337.

Tablettes Albertini, IV: 83.

CODICI MODERNI

Costituzione della Repubblica italiana:
art. 70: 23; artt. 75-78: 23.

Codice civile italiano 1942: *Rel. min.*,
n. 617: 25, testo e nt. 120; art. 23: 35; art.
1137: 35; art. 1322: 44, nt. 211; art. 1322, co.

1: 21; art. 1325: 34; art. 1325, n° 4: 16, nt. 63;
art. 1326, co. 4: 16; 20; 22; 23; 26; 33; art.
1329: 14; art. 1340: 44, nt. 211; art. 1346: 11;
art. 1352: 12; 14, testo e nt. 52; 15, nt. 61; 16;
17; 20; 22; 23; 24; 25; 26, testo e nt. 121; 27,
nt. 125; 29; 30, nt. 141; 32; 33; 38; 172; art.
1361: 32; art. 1372: 28; art. 1375: 31; art.
1376: 43; 44, nt. 211; 105, nt. 461; art. 1398:
32; art. 1418, co. 2: 33, nt. 166; art. 1421: 37;
38; art. 1445: 36; art. 1471 n° 1 e 2: 143;
1499: 105, nt. 461; art. 1599: 193, nt. 789;
art. 2113: 32; art. 2377: 35; art. 2644: 6; art.
2720: 10, nt. 37; art. 2723: 29, nt. 139.

Codice di procedura civile italiano:
art. 474, co. 2, n° 3: 5 s..

L. 09.12.1998, n° 431: art. 1, co. 4: 8,
nt. 30.

D. lgs. 24.02.1998, n° 58: art. 23: 7,
nt. 22.

Reg. CONSOB 29.10.07, n° 16190:
art. 37, co. 2, lett. c): 7, nt. 22.

B) FONTI LETTERARIE

Cicerone

Ad Att. XVI. 11. 7: 70, nt. 310.

De off. II 23.84: 70, nt. 310.

Tull. 7.17: 136, nt. 560.

Dione Cassio

Storia di Roma, 77, 9, 4-5: 61, testo e
nt. 272; 77, 15, 2: 61, nt. 273.

Erodiano

Storia, 3, 8, 4: 61, nt. 273; 3, 8, 5: 61,
nt. 273.

Plauto

Amphitruo, 317: 151, testo e nt. 610.

Rutilio Namaziano

De reditu suo I, 63-66: 60, testo e nt.
267.

Quintiliano

Inst. Orator. V. 5. 1: 71, testo e nt. 315.

Scolio dello PseudoAsconio, ad Cic.
In Verr. 2, 1, 14, 36: 72; 74.

Svetonio,

Nero, 17: 167, nt. 692.

Teofrasto, Περὶ συμβολαίων (nel
Florilegium di Stobeo XLIV, 22): 45, testo e
nt. 219; 77 ss. e nt. 335; 92, testo e nt. 413.

Tito Livio

Ab Urbe condita, 127, testo e nt. 533.

INDICE-SOMMARIO

CAPITOLO PRIMO

CONVENZIONI INTORNO ALLA FORMA DEI NEGOZI GIURIDICI:

UN QUADRO D'INSIEME.

1. I patti sulla forma e gli interessi delle parti: emersione nella prassi.
pag. 2
2. Le figure contigue. pag. 8
3. Le vedute dottrinali circa la struttura delle convenzioni sulla forma.
pag. 11
4. Le opinioni dottrinali a proposito della funzione, in genere, dei patti sulla forma e sulle conseguenze, in particolare, dell'inosservanza della forma convenuta.
pag.23
5. Dalla varietà delle opinioni odierne alle origini del problema.
pag.38

CAPITOLO SECONDO

LA COMPRAVENDITA COME FATTO ECONOMICO

E LE POSSIBILI FORMALIZZAZIONI GIURIDICHE

1. La compravendita come fatto economico nel comune sentimento giuridico.
pag. 42
2. La testimonianza del diritto comparato: l'antica esperienza giuridica greca.
pag. 45
3. I tratti essenziali dell'`emptio et venditio' romana di epoca classica
pag. 47
4. Le apparenti divergenze nella prassi pag. 54

CAPITOLO TERZO

FORZE CENTIFUGHE E FORZE CENTRIPETE

NELLA PRASSI DELL'IMPERO.

1. La `Constitutio Antoniniana' e i suoi effetti sulle forme giuridiche della vita di relazione.
pag. 60
2. La cancelleria di Diocleziano di fronte alle costumanze ellenistiche. pag. 69
3. Il fantasma della `mancipatio' nelle Carte Piacentine. pag. 80
4. Il problema della necessità della `traditio' ai fini del trapasso del dominio: le Tavole Albertini e i papiri ravennati.
pag. 83

CAPITOLO QUARTO

LA DECADENZA DELLA GIURISPRUDENZA

NEL BASSO IMPERO

1. La figura della compravendita nell'`Epitome Gai`.
pag. 90
2. Le lievi tracce dell'`emptio et venditio` classica nelle `Pauli Sententiae`.
pag. 97
3. L' oscuramento del `Trennungsprinzip` nell'`Interpretatio`.
pag. 108

CAPITOLO QUINTO

LA LEGISLAZIONE IMPERIALE TRA INTENZIONI RIFORMISTICHE E ADEGUAMENTO ALLA PRASSI

1. Il mito di Costantino l'orientale. p a g .
116
2. La produzione normativa dei successori di Costantino. p a g .
138

CAPITOLO SESTO

LA COSTITUZIONE 17 C. 4.21:

ESTENSIONE E INTERPRETAZIONE

1. Il testo della costituzione: confutazioni delle ipotesi iperinterpolazionistiche.
pag. 146
2. Gli altri frammenti dell'unica costituzione del 528 d.C. in materia di documentazione: una breve analisi. pag. 161
3. L'esegesi del testo: comprensione di contratti neppure potenzialmente traslativi.
pag. 169
4. La testimonianza dei Basilici.
pag. 192

Abstract
198 p a g .

English Abstract
pag. 200

Indice bibliografico.
202 p a g .

Indice degli Autori.
218 p a g .

