

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

ANNALI
DEL
SEMINARIO GIURIDICO

(AUPA)

VOLUME LXII
(2019)



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2019 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-3164-4

ISSN 1972-8441

La pubblicazione dei contributi proposti a questa Rivista è subordinata – secondo il procedimento di *peer review* – alla valutazione positiva di due *referees*, uno dei quali può far parte del Comitato Scientifico della Rivista, che esaminano i contributi con il sistema del *double-blind*. Ciò in adesione al comune indirizzo delle Riviste romanistiche italiane (AG, RISG, AUPA, BIDR, SDHI, IURA, Index, Roma e America, IAH, Quaderni lupiensi, Diritto@storia, TSDP), in seguito alle indicazioni del gruppo di lavoro promosso dal Consorzio interuniversitario Gérard Boulvert e a conseguenti delibere del CUN e del CNR.

I contributi, muniti di *abstract* in lingua inglese e parole chiave, vanno inviati al Direttore Responsabile via e-mail all'indirizzo: direttoreaup@unipa.it.

Composizione: Carla Degiacomi - Torino

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO

(AUPA)

DIRETTORE RESPONSABILE

Giuseppe Falcone

COMITATO SCIENTIFICO

Giuseppina Aricò Anselmo	Palermo
Christian Baldus	Heidelberg
Jean-Pierre Coriat	Paris
Lucio De Giovanni	Napoli
Oliviero Diliberto	Roma
Jan H.A. Lokin	Groningen
Matteo Marrone	Palermo
Ferdinando Mazzarella	Palermo
Antonino Metro	Messina
Javier Paricio	Madrid
Beatrice Pasciuta	Palermo
Salvatore Puliatti	Parma
Gianfranco Purpura	Palermo
Bernardo Santalucia	Firenze
Raimondo Santoro	Palermo
Emanuele Stolfi	Siena
Mario Varvaro	Palermo
Laurens Winkel	Rotterdam

COMITATO DI REDAZIONE

Giacomo D'Angelo, Monica De Simone
Salvatore Sciortino, Francesca Terranova

Via Maqueda, 172 - 90134 Palermo - e-mail: direttoreaupa@unipa.it

La lettera del Ministero della Pubblica Istruzione che approvò il regolamento del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo porta la data del 10 marzo 1906; il discorso inaugurale del preside prof. Alfredo Rocco – rivolto ai «carissimi giovani», studenti e studiosi della Facoltà di Giurisprudenza – fu tenuto nel marzo 1909. A norma di regolamento il Seminario era articolato in quattro sezioni (discipline storico-giuridiche, diritto pubblico, diritto privato, scienze sociali), e aveva il «fine di promuovere ricerche per parte degli studenti e laureati ... che intendessero perfezionarsi in alcuna fra le scienze professate nella Facoltà, e addestrarsi nella conoscenza dei metodi di ricerca e dell'uso delle fonti». Nel corso degli anni il Seminario andò perdendo talune delle funzioni indicate nel regolamento, fu sempre più istituto di ricerca scientifica e meno palestra di addestramento professionale dei giovani, e in punto di fatto si andò specializzando (certo per impulso di Salvatore Riccobono, divenutone presto direttore) quale centro di studi storico-giuridici. Divenne poi (dai tempi almeno della seconda guerra mondiale), in buona sostanza, Istituto di Diritto Romano.

Qualche anno dopo la sua istituzione, nel 1912, il Seminario Giuridico esprime una rivista propria: gli 'Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo'. A fondarla – e dirigerla fin quando insegnò a Palermo (1932) – fu in realtà Salvatore Riccobono. In piena aderenza agli scopi e alla struttura del Seminario la rivista ospitò per anni scritti di studiosi di tutte le discipline insegnate nella Facoltà giuridica palermitana.

È naturale però che, col passare degli anni, sui contenuti degli 'Annali' si riflettessero in qualche modo le vicende dell'istituzione di cui erano espressione; sicché divennero, definitivamente intorno agli anni '60, una rivista storico-giuridica, in maggior misura di diritto romano.

INDICE DEL VOLUME

ARTICOLI

U. AGNATI, Echi di giurisprudenza classica in Isidoro di Siviglia. Un'analisi di Isid., <i>diff.</i> 1.434	3
P. CERAMI, ' <i>Ius est ars boni et aequi</i> '. Un riesame della definizione celsina	35
P. COSTA, Prestiti e pegni, tempio e città. Note sull'ἐπίκριμα efesino di Paolo Fabio Persico (44 d.C.)	83
S.A. CRISTALDI, Liv. 41.8.10: in margine al problema della configurazione del rapporto fra il <i>filius in mancipio</i> manomesso e il suo manomissore	133
A. CUSMÀ PICCIONE, La perduta <i>lex Constantiniana</i> ricordata in C. 5.27.5: spunti per una 'rilettura'	155
G. D'ANGELO, Sul regime classico dell' <i>indefensio</i> nelle azioni nossali	175
G. FALCONE, Riflessioni sulla <i>conventio</i> in D. 2.14.1.3	195
S. SCIORTINO, Le costituzioni superflue del Codice di Giustiniano, secondo Taleleo	219
E. STOLFI, Attorno a critica del testo e storia del pensiero giuridico. Alcune riflessioni	247

NOTE

F. DI CHIARA, Garsia Mastrillo e Giovanni Francesco Rao. Due facce di uno stesso ceto	271
E. DOVERE, L'idea di un diritto fondativo e inclusivo: D. 1.1.5	287
J.H.A. LOKIN, Critica testuale e 'interpolazioni mancate'	299
F. TERRANOVA, Sui <i>nomina</i> ' <i>consequentia</i> ... <i>rebus</i> ' in I. 2.7.3	309

VARIE

T. DALLA MASSARA, Conoscenza, comparazione e problemi di comparazione diacronica: a vent'anni dai Fondamenti del diritto europeo	331
--	-----

GIUSEPPE FALCONE
(Università di Palermo)

Riflessioni sulla *conventio* in D. 2.14.1.3

ABSTRACT

The author proposes a new interpretation of the well-known Ulpian's and Pedius' words contained in D. 2.14.1.3, which is based on the idea that '*conventio*', despite its common assumption as equivalent of '*consensus*' (in the abstract sense of subjective element of a contract), rather alludes to the content of the '*consensus*' as the objective result of a coinciding perception and will ('*in idem sentire*') between the contracting parties.

PAROLE CHIAVE

Conventio; consensus; contractus; stipulatio; Pedius; Ulpianus.

RIFLESSIONI SULLA *CONVENTIO* IN D. 2.14.1.3*

1. In apertura di un paragrafo delle *Lecture Londinesi* intitolato ‘*Conventio, pactum, contractus*’ Salvatore Riccobono affermava che la dottrina della *conventio* «può annoverarsi tra le più gravi e tormentate nella scienza romanistica contemporanea». ¹ Era il 1924. A distanza di quasi cento anni le cose, notoriamente, non sono cambiate. Ché, anzi, negli ultimi decenni il dibattito in materia ha registrato un incremento di interventi davvero incalzante, a partire dalla sua fonte documentale primaria, costituita dal seguente squarcio del commento editale di Ulpiano alla rubrica sui patti:

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

In effetti, se nelle prime decadi del Novecento questa tematica e le relative fonti si ponevano al crocevia di forti contrapposizioni interpretative riguardanti i rapporti tra ‘classico’ e ‘bizantino’ in relazione ad importanti istituti e valori (la *voluntas*, l’*aequitas*, la *bona fides*) nonché le fasi e i fattori di sviluppo del diritto privato romano e, più ampiamente ancora, la riconoscibilità di matrici romane o orientali del *Corpus iuris* – il che, tra l’altro, spiega perché la *conventio* e il *contractus* abbiano costituito autentici cavalli di battaglia del Riccobono e, in questo terreno di scontro, il *dictum* di Pedio contenuto in D. 2.14.1.3 sia stato «il fulcro di tutta la ricostruzione storica» del Maestro palermitano ² –; in tempi più recenti questa fonte (letta, peraltro, con fiducia ben maggiore di quella concessa dalla stagione interpolazionistica) ha insistentemente attratto l’imperante interesse storiografico per

* Dedico questo scritto al carissimo Professore Marrone nell’anno del suo novantesimo genetliaco: segno di un affetto nato, *inter familiares*, ben prima dell’inizio dei miei studi universitari.

¹ S. RICCOBONO, *Lecture Londinesi* (maggio 1924). “Diritto romano e diritto moderno” (a cura di G. FALCONE), in *Annali del Seminario Giuridico. Collana ‘Fonti’*, 1, Torino 2004, 103.

² G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, ³ Torino 1963, 54 nt. 3. Il riferimento di Grosso è (tramite un rinvio allo studio di La Pira citato *infra* in nt. 5) alle pagine dedicate dal Riccobono a ‘La dottrina di Pedio’ in *Corso di diritto romano. Stipulationes contractus pacta*, Milano 1935, 309 ss., ove, peraltro, sono riprese in modo ancor più arioso le fondamentali riflessioni esposte in *La formazione della teoria generale del contractus nel periodo della giurisprudenza classica*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, I, Milano 1930, 133 ss. e spec. 141 ss. (a loro volta brevemente anticipate in precedenti occasioni, tra le quali le citate *Lecture Londinesi*: cfr. *infra*, nt. 14).

le posizioni di pensiero dei singoli giuristi, alla luce del quale si susseguono tentativi di collocare le parole di Ulpiano e, ancor più, di Pedio in una sorta di mappa storico-intellettuale concernente questioni cruciali quali la nozione del *contractus*, gli itinerari del consensualismo, il rapporto fra tipicità e libertà negoziale.³

Di fronte ad una ininterrotta e, anzi, rinfocolatasi tradizione di studi, potrebbe apparire imprudente o addirittura velleitario compiere un ulteriore intervento che aspiri a suggerire qualcosa di nuovo. Se lo si fa con queste pagine, è perché i contributi finora succedutisi, pur caratterizzati da grande varietà di impostazioni e soluzioni, hanno in comune un postulato interpretativo essenziale, che a me sembra, sommessamente, non potersi accogliere. Si tratta del punto di partenza, assolutamente pregiudiziale rispetto ad ogni ricostruzione, consistente nel significato stesso del termine '*conventio*' in D. 2.14.1.3.

2. Il segno *conventio* compare in due diversi segmenti del testo: il primo è unitariamente costituito dall'apertura '*Conventionis verbum generale est, ad omnia pertinens...*' e dalla connessa spiegazione '*nam sicuti convenire ... decurrunt*', il secondo è costituito dalle parole di Pedio citate da Ulpiano. Su di essi è opportuno compiere, preliminarmente, un paio di precisazioni dal punto di vista della stratigrafia del complessivo paragrafo.

Anzitutto, ritengo, con l'opinione dominante, che tanto il primo segmento ('*Conventionis – decurrunt*') quanto la frase di raccordo '*adeo autem conventionis nomen generale est, ut*', che introduce la citazione da Pedio, siano da attribuire direttamente ad Ulpiano anziché da intendere quali riproposizioni di affermazioni del più antico giurista. Invero, la loro diretta derivazione da Ulpiano deve essere ammessa fino a prova contraria, specie in presenza di un rilievo successivo per il quale, invece, la provenienza da Pedio viene esplicitata.⁴ E, a mio avviso, gli indizi che sono stati sporadicamente addotti per riferire a quest'ultimo anche le porzioni di testo in questione non sono sufficienti. In particolare, si è osservato che «il ricorso all'analogia (così ... come)» che caratterizza il tratto '*nam sicut – decurrunt*', appare tipico dello «stile di Pedio».⁵ Tuttavia, anche ammesso che il confronto compiuto tra le due accezioni di *convenire* possa ricondursi allo strumento dell'interpretazione analogica (cosa di cui mi pare lecito dubitare), la circostanza non risulterebbe, comunque, intrinsecamente adeguata ad escludere che la similitudine tra accezione fisica e accezione traslata di '*convenire*' possa esser stata congegnata da Ulpiano. Parimenti, non è sufficiente a far ritenere che anche l'affermazione iniziale riproduca una posizione di Pedio il fatto che la citazione di questo giurista si apre con '*a d e o ... u t eleganter Pedius dicat*' né il fatto che tanto l'affermazione iniziale quanto le parole di Pedio '*nullum esse contractum* etc.' sono riferite solo ai negozi bilaterali.⁶ In effetti, da un lato, il raccordo '*adeo ... ut*' può ben intendersi come un collegamento creato da Ulpiano per raggiungere un proprio fine argomentativo; dall'altro lato, la limitazione anche del *dictum* pediano ai negozi bilaterali può

³ Per qualche ragguaglio bibliografico cfr. *infra*, ntt. 18 e 63-64.

⁴ Questa istanza rimane ferma anche a voler tener presente che, talvolta, Ulpiano ha menzionato non all'inizio bensì nel corpo di una citazione il nome del giurista da cui la stessa è tratta: cfr., sul punto, C. GIACHI, *Studi su Sesto Pedio. La tradizione, l'editto*, Milano 2005, 138 ss. (la quale, peraltro, ritiene comunque possibile che le parole '*adeo autem conventionis nomen generale est, ut*' risalgano ad Ulpiano).

⁵ Così G. LA PIRA, *La personalità scientifica di Sesto Pedio*, in BIDR 17, 1938, 303 s.

⁶ Così R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, in AUPA 37, 1983, 197, il quale, del resto, considera come riproducente il pensiero di Pedio anche la spiegazione di *convenire* in termini di *consentire* (come La Pira, ma senza indicazione di specifici argomenti) e la notazione '*nam et stipulatio – nulla est*' (su cui *infra*, n. 5 e nt. 43).

avere costituito, piuttosto, la circostanza che ha reso possibile, per Ulpiano, richiamare le parole di Pedio a conferma e sviluppo di una rappresentazione per proprio conto congegnata.⁷

In secondo luogo, ritengo che l'originario discorso di Ulpiano, dopo la complessiva spiegazione '*Conventionis – decurrunt*', indugiasse in alcune precisazioni-esemplificazioni riguardanti più da vicino i concreti '*omnia, de quibus ... consentiunt qui inter se agunt*'. Mi inducono in questa direzione due elementi. Da un lato, il dato oggettivo consistente nella circostanza che dal più articolato orizzonte del *contrahere* e del *transigere* il discorso, attraverso la citazione di Pedio, si restringe bruscamente alla sola figura dei contratti, nonostante che la citazione stessa fosse, invece, dichiaratamente compiuta a mo' di riscontro della precedente caratterizzazione della *conventio* come '*generalis*' e cioè come '*pertinens ad omnia, de quibus contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt*'.⁸ Dall'altro lato, il convincimento che la spiegazione iniziale del '*conventionis verbum*' sia stata fornita a commento di un termine presente nella rubrica editale. L'esatto tenore di questa rubrica è discusso, ma credo che avesse colto nel segno Lenel, il quale ha sostenuto la formulazione '*De pactis et conventionibus*' fondandosi sul puntuale richiamo alle *Pauli Sententiae* da parte dell'autore della *Consultatio* e sul fatto che il termine '*conventio*' appare come "Stichwort" nei relativi commentari editali.⁹ Per mio conto, aggiungo in tale direzione la differenza tra il tenore dell'indicazione fornita nel § 2 '*pactio est duorum pluriumve rell.*', che concerne un termine chiamato in causa da Ulpiano di propria iniziativa,¹⁰ e la costruzione '*conventionis verbum generale est ad omnia*

⁷ In senso analogo, sostanzialmente, i rilievi di R. FIORI, *The Roman Conception of Contract*, in TH. MCGINN (a cura di), *Obligations in Roman Law: Past, Present, and Future*, Michigan 2012, 53 s. Cfr., altresì, C. GIACHI, *Studi su Sesto Pedio* cit., 523.

⁸ L'aporia che emerge dall'attuale stesura del paragrafo era stata notata anche da GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, II, Torino 1995, 216 nt. 30, ma l'illustre studioso si è limitato a prenderne atto, senza trarne conseguenze sul piano della tradizione testuale. Per la ragione indicata nel testo, non mi è possibile seguire la lettura di A. SCHIAVONE, *Ius. La fondazione del diritto in Occidente*,² Torino 2017, 386 (in termini assai vicini v. già ID., *La scrittura di Ulpiano. Storia e sistema nelle teorie contrattualistiche del quarto libro ad edictum*, in *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea* (Atti Convegno Siena 1989), Napoli 1991, 134), il quale, anziché ravvisare un'incongruenza, ritiene lo scarto tra le due estensioni del discorso una consapevole scelta ulpiana («Seguiva poi una diversa giustificazione, rispetto a quanto detto prima, della portata della nozione di *conventio*, che restringeva nei termini di una rigorosa fondazione concettuale, in connessione alla sola ontologia dei contratti, il più ampio e totalizzante "...e abbraccia tutto..." dell'inizio: come se lo stesso principio venisse enunciato da due punti di vista distinti: prima, da Ulpiano, nei termini di un consensualismo onnicomprensivo e a sfondo giusnaturalistico; poi, attraverso Pedio, in esclusivo riferimento al sistema dei contratti»).

⁹ O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*,³ Leipzig 1927, 64 s. e nt. 6. Hanno accolto questa ricostruzione P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, II, Pavia 1916, 477; G. MACCORMACK, *Contractual Theory and the innominate contracts*, in SDHI 51, 1985, 138; A. SCHIAVONE, *La scrittura di Ulpiano* cit., 128 nt. 5; ID., *Ius* cit., 384; S. TONDO, *Note ulpianee alla rubrica editale per i 'pacta conventa'*, in SDHI 64, 1998, 444 s.; C. A. CANNATA, *La nozione di contratto nella giurisprudenza romana dell'epoca classica*, in P. PISCHONNAZ (éd.), *Autour du droit des contrats. Contributions de droit romain en l'honneur de Felix Wubbe*, Bruxelles 2009, 24 s.; R. FERCIA, «*Fiduciam contrahere*» e «*contractus fiduciae*». Prospettive di diritto romano ed europeo, Napoli 2012, 116. Per una panoramica delle altre ricostruzioni prospettate in dottrina ('*De pactis*'; '*De pactis conventis*'; '*De pactis et conventis*') cfr. di recente G. ROMANO, *Conventio e consensus (A proposito di Ulp. 4 ad ed. D.2.14.1.3)*, in AUPA 48, 2003, 247 nt. 4.

¹⁰ D. 2.14.1.1-2 '*Pactum a pactione dicitur, unde etiam nomen pacis appellatur. Et est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus*'.

pertinens...’, che sembra assumere il termine ‘*conventio*’ come un *quid* precostituito, che il giurista interviene a spiegare. Non è un caso, mi pare, che entrambi gli elementi che contraddistinguono questa struttura, e cioè un sintagma del tipo ‘*conventionis verbum*’¹¹ e la locuzione ‘*pertinere ad*’, si riscontrano in altri luoghi dell’opera di Ulpiano, nei quali, per l’appunto, viene precisata la gittata di una terminologia già presente nell’editto: D. 9.3.5.9; 13.5.17 pr.; 43.16.1.11; 43.21.1.7; 43.29.3.3; 50.16.20 pr.¹² Ora, se Ulpiano si occupa della *conventio*, non perché ha deciso di sfruttare un commento ad una rubrica editale per introdurre autonomamente questo concetto, bensì perché sta direttamente e appositamente commentando un termine presente nella rubrica¹³ e questa rubrica riguarda una promessa di intervento pretorio a tutela dei *pacta*, mi pare assai poco verosimile che egli potesse, subito dopo le affermazioni restituite in apertura di paragrafo (‘*Conventionis – decurrunt*’), saltare senza alcun passaggio intermedio alla citazione di un altro giurista concernente la diversa figura dei contratti. In ragione di questo salto e dell’altrettanto brusco accantonamento, poc’anzi rilevato, dell’ambito del *transigere*, ritengo, dunque, che l’immediata successione che oggi leggiamo tra i segmenti ‘*Conventionis – decurrunt*’ e ‘*adeo autem conventionis nomen generale est ...*’ sia frutto di un intervento dei compilatori giustiniane, i quali dovettero eliminare una parte intermedia della progressione argomentativa di Ulpiano¹⁴ o per esigenze di

¹¹ Se nella prospettiva or ora indicata si spiega l’uso di ‘*verbum*’, non può escludersi che la scelta di non ripetere questo termine nelle parole di raccordo e di ricorrere, piuttosto, a ‘*nomen*’, possa essere intesa – in alternativa all’idea che si tratti di semplice e legittima variante lessicale, da non sottoporre ad eccessiva pressione da parte degli interpreti – come studiato slittamento dall’iniziale finalità di spiegazione di un termine presente nell’editto verso una considerazione, su un piano sostanziale, della nozione o figura della *conventio* quale concreto aspetto della realtà negoziale. Potrebbe, cioè, immaginarsi che ‘*nomen*’ sia stato usato da Ulpiano con la stessa sfumatura con la quale, ad esempio, l’aveva impiegato a suo tempo Quinto Mucio (o Cicerone?) nella precisazione circa l’ampia gittata del ‘*bonae fidei nomen*’ in Cic., *off.* 3.70 ‘*Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur ex fide bona fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas contineretur...*’: che in questo testo il sintagma esprima l’idea di “nozione della *bona fides*” (R. CARDILLI, «*Bona fides*» tra storia e sistema, Torino 2004, 36 ss.; G. FALCONE, *Il rapporto ius gentium – ius civile e la societas vitae in Cic., off.* 3.69-70, in AUPA 56, 2013, 262 nt. 6) è indotto dalla circostanza che nell’elencazione muciana sono ricomprese anche le *fiduciae*, operazioni a tutela delle quali sono adibite *formulae* processuali in cui, notoriamente, la locuzione ‘*ex fide bona*’ non compare.

¹² In D. 14.4.1.1; D. 21.1.4.3; D. 43.8.2.3; D. 50.16.6 pr.; D. 50.16.66 pr. la locuzione ‘*pertinere ad*’ è congiunta con sintagmi del tipo ‘*genitivo + appellatio*’.

¹³ In questa direzione, in aggiunta a quanto osservato nel testo può forse rilevarsi che, quale presupposto logico di un’affermazione come quella di D. 2.14.7.1 ‘*quae (scil. iuris gentium conventiones) pariunt actiones in suo nomine non stant, sed transeunt in aliud nomen contractus*’, in cui Ulpiano parla di *conventiones* che “non rimangono nella loro specifica rubrica editale (*nomen*)”, riesce più facile pensare ad una rubrica contenente una menzione esplicita del termine ‘*conventiones*’.

¹⁴ Questo tipo di spiegazione mi pare preferibile rispetto all’altra possibilità, teoricamente prospettabile, costituita da una drastica riduzione, da parte dei compilatori, di una più articolata enumerazione di atti compiuta da Pedio (‘*nullum contractum, nullam obligationem, <—> quae non habeat in se conventionem*’). Fu questo, com’è noto, il tipo di intervento ipotizzato, invece, dal Riccobono, il quale ha ritenuto l’originaria notazione di Pedio come comprensiva di «tutti i negozi bilaterali del commercio», dunque anche degli atti solenni aventi effetti reali, e ha proposto, *exempli gratia*, la seguente lettura ‘*dicat Pedius <nullam esse mancipationem sive in iure cessionem sive dotis dictionem sive litteris> obligationem quae non habeat in se conventionem*’. Cfr., con particolare estensione e profondità, *La formazione della teoria generale del contratto* cit., 141 ss. e *Corso di diritto romano* cit., 309 ss. (a questi scritti si è riferita la dottrina successiva,

semplificazione o perché magari essa conteneva richiami ad istituti o regimi superati.¹⁵

3. Fatte queste precisazioni, è possibile adesso affrontare specificamente la questione del significato del termine '*conventio*'.

È opinione comune, anche al di là di enunciati espliciti formulati in occasione di apposite disamine del nostro testo,¹⁶ che '*conventio*' indichi il consenso, l'accordo, assunto «in senso generico e astratto».¹⁷ Alla luce di questa entificazione di un'astratta nozione di *conventio* come elemento soggettivo dei contratti, si ritiene che Pedio, come più tardi Ulpia-

generalmente prendendo le distanze dalla suddetta ipotesi sostenuta dall'Autore); ma i primi spunti in questa direzione si leggono già in *Dal diritto romano classico al diritto moderno*, in AUPA III-IV, 1917, 313 (ora in *Scritti di diritto romano*, II, Palermo 1964, 132 s.); nel breve scritto *La nozione del contractus e la propagazione degli elementi del contractus ai negozi solenni del ius civile (Nota)*, in Bollettino della R. Accademia di Scienze Lettere e Arti di Palermo 1, 1918, 12 s.; e nel testo delle lezioni svolte a Londra nel 1924 e pubblicato, tre lustri fa, con il titolo (riccoboniano) *Lecture Londinesi (supra*, nt. 1), a p. 72 s. Piace segnalare, altresì, quale testimonianza d'eccezione della progressiva messa a punto delle idee del Maestro palermitano, il quaderno delle lezioni riccoboniane di *Esegesi di diritto romano* frequentate dallo studente Lauro Chiazzese nell'anno accademico 1922-23 (messomi a disposizione, insieme con altro prezioso materiale, dai familiari di Chiazzese), nel quale, sotto la Lezione n. 15, si legge, a commento del testo di Pedio: «Ogni negozio solenne ha in sé una convenzione e questo è il portato della Scuola di Sabino, ma inesatte sono le parole obligationem, contractum. Noi ricostruiamo: nullam mancipationem, nullam in iure cessionem, nullam acceptilationem, nullam stipulationem etc.».

¹⁵ La seconda ipotetica motivazione della soppressione compilatoria è forse più facilmente immaginabile con riguardo all'ambito dell'*inter se agere transigendi causa*, ove si pensi non solo all'eventuale presenza di un riferimento ulpiano a negozi solenni di attribuzioni compiute *transactionis causa*, ma anche a fenomeni quali la differenza tra impostazione classica della *transactio* come causa di negozi e configurazione giustinianea come negozio a sé stante, l'evoluzione della *acceptilatio*, il rapporto tra *pacisci* e *transigere* come tra *pactum* e *stipulatio Aquiliana* (in materia, interessanti riflessioni vengono ora restituite da L. CHIAZZESE, *Confronti fiscali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustiniane. Parte speciale (Materiali)*, a cura di G. FALCONE, in *Annali del Seminario Giuridico. Collana 'Fonti'*, 4, Torino 2018, 219 s. e soprattutto 234 ss.).

¹⁶ Come quelli che, per limitare le indicazioni alla letteratura recente, si leggono, ad es., in G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti* cit., 54; P. CERAMI, *D.2.14.5 (Ulp. 4 ad ed.). Congetture sulle «tres species conventionum»*, in AUPA 36, 1976, 198 s.; R. SANTORO, *Il contratto* cit., 196; 199 s.; A. SCHIAVONE, *La scrittura di Ulpiano* cit., 131; ID., *Ius* cit., 385; M. SARGENTI, *Svolgimento dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, II, in Iura 39, 1988 (pubbl. 1991), 59; S. TONDO, *Note ulpiane* cit., 462 s.; F. GALLO, *Synallagma e conventio* cit., II, 210 ss.; R. KNÜTEL, *La causa nella dottrina dei patti*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica* (Atti Convegno Aristec, Palermo-Trapani 1995), Torino 1997, 133; R. MEYER-PRITZL, *Pactum, conventio, contractus. Zum Vertrags- und Konsensverständnis im klassischen römischen Recht*, in A. DUFOUR, I. RENS, R. MEYER-PRITZL, B. WINIGER (éd.), *Pacte, conventio, contract. Mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin*, Bale-Francfort-sur-le-Main 1998, 102 ss.; A. BURDESE, *Il contratto romano tra forma, consenso e causa*, in F. MILAZZO (a cura di), *Diritto romano e terzo millennio. Radici e prospettive dell'esperienza giuridica contemporanea* (Atti Convegno Copanello 2000), Napoli 2004, 102 [ora in A. BURDESE (a cura di), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova 2006, 104]; L. GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, in *Le dottrine del contratto* cit., 351; C. A. CANNATA, *La nozione di contratto* cit., 29 s.; R. FIORI, *The Roman Conception* cit., 55 s.; B. SIRKS, *Contrahere e contractus*, in F. MILAZZO (a cura di), *Scientia rerum e scientia iuris. Fatti, linguaggio, discipline nel pensiero giurisprudenziale romano* (Atti Convegno Copanello 2010), Milano 2019, 76 ss.

¹⁷ Come scriveva, a suo tempo, U. BRASIELLO, *Sull'elemento subiettivo dei contratti*, in Studi Urbinati III, 1929, 117 nt. 1, criticando questa interpretazione (cfr. *infra*, nt. 25).

no, avrebbe asserito, nella notazione richiamata elogiativamente dal giurista severiano, che non vi può essere un contratto (o che è nullo il contratto) che non abbia al suo interno ‘il consenso’, ‘l’accordo’, ‘la *conventio*’ e si porrebbe, pertanto, come esponente di un filone “consensualistico” della riflessione giurisprudenziale sui temi dell’agire negoziale.¹⁸

Sennonché, l’affermazione con cui si apre il paragrafo rivela un significato differente di *conventio*. Le parole ‘*pertinens ad omnia, de quibus ... consentiunt qui inter se agunt*’ mostrano che ‘*conventio*’ è intesa da Ulpiano come un *quid* sul quale si verifica un ‘consentire’ da parte di coloro che pongono in essere un’operazione negoziale (‘*qui inter se agunt*’).¹⁹ Il termine, cioè, allude all’*o g g e t t o d e l c o n s e n s o*: esprime ciò su cui le volontà si incontrano, il risultato, il prodotto del convergere dell’internò sentire di più soggetti. La costruzione con il *de* + ablativo non lascia dubbi sul fatto che a venire in questione sono tutti i punti o tutte le cose su cui si realizza un comune sentire delle parti. È quasi superfluo segnalare appositamente, ad es., il ‘*convenire de pretio*’ di Gai 4.139²⁰ e di D. 18.1.35 pr. (Gai. 10 *ad ed. prov.*), o il ‘*de partibus lucri et damni convenire*’ di Gai 3.150 o, ancora, il ‘*de futura re convenire*’ di D. 20.4.11.3 (Gai. *l. s. de form. hypoth.*); nonché locuzioni quali ‘*de alio sentiam, tu de alio*’, ‘*de alio sensero, tu de alio*’, utilizzate, rispettivamente, da Paolo e da Venuleio per indicare il mancanto realizzarsi del *consensus*.²¹

Probabilmente, ad aver indotto la generalità della dottrina a perdere di vista l’evidenza di questo dato testuale e a ritenere, invece, ‘*conventio*’ come sinonimo di *consensus* quale

¹⁸ Riporto, a titolo di esempio, per la loro incisiva limpidezza, le seguenti affermazioni di F. GALLO, *Synallagma e conventio* cit., II, 212: «Credo che [...] nella considerazione dell’elemento soggettivo nei contratti Pedio sia stato tributario dei contributi giuliane: egli ha esplicitato, in argomento, con una formulazione felice, un dato già presente nell’elaborazione del grande maestro sabiniano. / Anche per i sabiniani l’individuazione del consenso non dava luogo a problemi nei contratti consensuali, nei quali esso costituiva l’elemento obbligante. I problemi si ponevano invece, come si è visto, per le altre tre specie di obbligazioni *quae ex contractu nascuntur*, nelle quali l’elemento obbligante era ravvisato nella *res* (nella sua consegna), nei *verba* e nelle *litterae*». Dopo l’esame delle testimonianze di Giuliano (p. 212 ss.), il discorso su Pedio riprende a p. 216 s., ove si legge: «L’elaborazione giuliana in tema di *conventio* va ricondotta, a pieno titolo, al c.d. filone consensualistico, diretto alla valorizzazione del consenso nei contratti. [...] Valutate nel loro insieme, le fonti a noi pervenute sembrano attribuire alla determinazione pediana un valore di complemento rispetto agli apporti di Giuliano. Essa è citata da Ulpiano per sottolineare la portata generale del segno *conventio*: “al punto tale” questo segno ha portata generale che, come asserisce con elegante proprietà Pedio, non c’è contratto, produttivo (per sua natura) di obbligazione, che non rechi in se la *conventio* [...]». Il dato si coordina con le altre testimonianze considerate: Sesto Pedio enunciò, sulla scia dell’elaborazione giuliana [...], la puntualizzazione indicata, secondo cui in tutte le specie di *obligationes contractae* ammesse dai sabiniani (non solo cioè in quelle che *consensu fiunt*, ma anche in quelle che *re, verbis et litteris fiunt*) si ha la *conventio*». Cfr., altresì, M. SARGENTI, *Nascita e svolgimento* cit., II 44 ss. Paradigmatiche appaiono, del resto, ad es., un’intitolazione di paragrafo quale “Sesto Pedio: il filone consensualistico” (M. SARGENTI, *Nascita e svolgimento* cit., II, 44) o un’indicazione quale “svolta consensualistica” (A. SCHIAVONE, *La scrittura di Ulpiano* cit., 133). Ma i riscontri potrebbero moltiplicarsi.

¹⁹ Per questo significato di ‘*inter se agunt*’ si vedano le numerose fonti citate da U. BABUSIAUX, *Id quod actum est. Zur Ermittlung des Parteiwillens im klassischen römischen Zivilprozess*, München 2006, 10 s. ntt. 70-76 (dalle quali, però, occorre escludere D. 8.1.4.1 in quanto riferentesi ad altro fenomeno).

²⁰ Già richiamato, a suo tempo, da E. BETTI, *Sul valore dogmatico della categoria «contrahere» in giuristi proculiani e sabiniani*, in BIDR 28, 1915, 44 nt. 1.

²¹ Riscontro, quest’ultimo, che si potrà apprezzare meglio più avanti, in sede di precisazione dell’angolazione e della portata concettuale del segno *conventio* nel discorso ulpiano (*infra*, n. 5). Le trascritte locuzioni ricorrono, rispettivamente, in D. 45.1.83.1 (Paul. 72 *ad ed.*) e in D. 45.1.137 (Venul. 1 *stip.*), integralmente riportati *infra*, in nt. 61.

momento soggettivo dell' "accordo", hanno influito due elementi che si incontrano nel seguito del brano: da un lato, la compresenza dei verbi *convenire* e *consentire* nel tratto '*nam sicuti convenire – decurrunt*' che proprio quel riferimento iniziale mira ad illustrare; dall'altro lato, il fatto che nella frase conclusiva del paragrafo compare '*consensus*' pur all'interno di una notazione ('*nam et stipulatio – nulla est*') che vuole esplicitare un *dictum* di Pedio formulato, invece, in termini di *conventio*. Sennonché, quanto al primo elemento, deve osservarsi che attraverso le parole '*nam sicuti convenire – decurrunt*' Ulpiano vuole fondare sul piano linguistico la specifica presentazione del termine *conventio* che egli stesso ha appena fissato nella prospettiva del risultato oggettivo di un *consentire*. Per ciò egli costruisce una spiegazione che mette insieme i due elementi, il processo volitivo interiore e il suo risultato: "come si dice che danno vita ad un *convenire* coloro che convergono in un unico luogo, così (si dice che danno vita ad un *convenire*) coloro che consentono su un medesimo punto". E per ciò, soprattutto, grazie alle ripetute indicazioni '*in unum locum*', '*in unum*', '*in unam sententiam*', insiste appositamente sul fatto del raggiungimento di un unico e comune punto di incontro. Onde, in sostanza, il verbo '*convenire*', coerentemente alla specifica funzione esplicativa affidatagli rispetto al precedente impiego del segno '*conventio*' come '*pertinens ad omnia, de quibus consentirent*', è usato non come sinonimo tout-court di '*consentire*', bensì come evocante un '*consentire in unum*', in una rappresentazione nella quale l'accento è posto sul convergente risultato al quale approdano i diversi *motus animi* dei soggetti coinvolti: l'*unum*' raggiunto è, appunto, il risultato oggettivo espresso con il sostantivo '*conventio*'. Quanto, poi, al secondo dei due predetti elementi, e cioè il diretto collegamento tra le parole '*nulum – conventionem*' e una loro esplicitazione imperniata sulla mancanza di *consensus* ('*nam et stipulatio – nulla est*'), rilevo fin d'ora, rinviando al seguito dell'indagine per una proposta di lettura più precisa (n. 5), che la circostanza, anziché implicare necessariamente una sinonimia tra *conventio* e *consensus*, può ben intendersi in perfetta continuità e coerenza con l'iniziale impiego di *conventio* quale risultato oggettivo del *consentire*: l'autore di questo collegamento, possiamo pensare, avrà ritenuto opportuno esemplificare il dato della inevitabile presenza di una *conventio* puntando l'attenzione sul presupposto (il *consensus*, appunto) della *conventio* stessa.

Del resto, può notarsi che nella successiva porzione del commento ulpiano conservata dai compilatori, il complessivo discorso sulle *species conventionum* è evidentemente impostato, non già su un significato soggettivo di *conventio*, bensì sul prodotto obiettivato dell'accordo.²² Certo, noi non conosciamo l'anello o gli anelli del ragionamento ulpiano che hanno condotto alla fissazione della classificazione sulle *conventiones*; ma immaginare il compimento di un salto concettuale verso un'accezione di *conventio* nettamente diversa da quella che era stata scolpita a mo' di cornice iniziale risulta inverosimile di fronte al particolare risalto con cui nel § 3 il concetto di *conventio* era stato complessivamente espresso (anche con il ricorso all'"elegante" *dictum* di un altro giurista).²³ Va da sé, poi, che il salto

²² Sul punto cfr. anche *infra*, n. 4 *in fine*.

²³ Curiosamente, la differenza di prospettiva concettuale or ora segnalata non è avvertita dagli studiosi che assumono '*conventio*' come consenso in senso interiore-volitivo; presso i quali, anzi, talora si constata che deduzioni riguardanti la *conventio* così intesa di D. 2.14.1.3 vengono impiegate in funzione dell'interpretazione delle affermazioni concernenti le *conventiones iuris gentium* in D. 2.14.7.2 o addirittura si constata un disinvolto passaggio dall'adozione di *conventio* come elemento insito in ogni contratto (giusta la notazione di Pedio) alla considerazione (di fronte alle battute ulpiane sulle *species conventionum*) di un contratto come *conventio*.

risulterebbe assai brusco (e, dunque, tale da accrescere ulteriormente l'inammissibilità di una iniziale presentazione di *conventio* come consenso o accordo) ove potessimo sostenere con certezza la classicità del § 4 '*Sed conventionum pleraeque in aliud nomen transeunt: veluti in emptionem, in locationem, in pignus vel in stipulationem*'.²⁴ In tal caso, infatti, l'impiego di un valore di *conventio* diverso dal consenso risulterebbe ancor più vicino topograficamente alla suddetta cornice concettuale e, addirittura, compiuto in occasione di una specifica giustapposizione o precisazione limitativa rispetto a quanto subito prima affermato ('*Sed...*').

D'altra parte, quello riconoscibile nell'affermazione di apertura di D. 2.14.1.3 altro non è che uno dei numerosi riscontri dell'impiego di *conventio* nel senso di contenuto-prodotto del consenso che ci restituiscono tanto le fonti giurisprudenziali, ulpianee e non, quanto le costituzioni imperiali.²⁵ È il caso di richiamare appositamente alcune testimo-

²⁴ In tempi recenti ha dubitato della genuinità del testo M. TALAMANCA, *Contratto e patto* cit., 74 nt. 135 («tutto il § 4 [...] potrebbe apparire il frutto, se non d'una interpolazione, dell'inserzione nel testo d'una annotazione marginale che anticipava il contenuto di D. 2.14.7.1») e con maggior decisione ID., «*Conventio*» e «*stipulatio*» cit., 213 nt. 179, soprattutto alla luce della circostanza che per Ulpiano il fenomeno del *transire in proprium nomen contractus* è situato all'interno della *species* '*conventiones iuris gentium*'. *Contra*, A. MANTELLO, *Le 'classi nominali' per i giuristi romani. Il caso di Ulpiano*, in SDHI 1995, 257, facendo leva sulla non coincidenza fra il '*transire in aliud nomen*' del § 4 e la dialettica '*in suo nomine stare – in proprium nomen contractus transire*' di D. 2.14.7.1. Ultimamente, ha assunto, nel quadro di un'ampia disamina, la genuinità dell'intero § 4 R. FERCIA, «*Fiduciam contrahere*» cit., 69 ss. A mio modo di vedere, tuttavia, il dubbio resta. Ed è legato – più che al profilo della concettualizzazione riguardante l'esito del *transire* (in definitiva, anche per il '*proprium nomen contractus*' potrebbe parlarsi di un '*aliud nomen*' rispetto al punto di osservazione costituito dalla '*conventio*') e più che all'irrompere di una proposizione avversativa che finisce per ridimensionare una notazione pur addotta in ragione del suo esser congegnata '*elegantemente*' e cioè per la sua appropriata incisività (potendo, infatti, l'immediata contiguità tra le due porzioni del frammento derivare da tagli compiuti dai compilatori) – più semplicemente al curioso riferimento alla "maggior parte delle *conventiones*", ove si consideri il ricorso, nella realtà delle relazioni tra privati, alle molteplici ipotesi di *conventiones* che non si traducono in figure contrattuali (né potrebbe immaginarsi – come mi pare si orienti R. FERCIA, «*Fiduciam contrahere*» cit., 74 nt. 70 *in fine* – che l'autore stesse pensando al fenomeno, di cui al successivo svolgimento del proprio discorso, delle convenzioni atipiche che, numerosissime, danno luogo ad un *συνάλλαγμα* e che *pariunt actiones*, dal momento che egli cita solo esempi di contratti tipici: *emptio, locatio, pignus, stipulatio*): questa discutibile indicazione quantitativa potrebbe esser stata suggerita ad un annotatore postclassico dal rinvio di D. 2.14.7.1 a '*ceteri similes contractus*' (e, chissà, dalla presenza di figure ulteriori menzionate quali *conventiones legitima*e: credo, invero, che abbia ragione R. FERCIA, «*Fiduciam contrahere*» cit., 61 ss. nel ritenere che anche all'interno di questa categoria Ulpiano potesse aver individuato '*conventiones quae transeunt in proprium nomen contractus*'). A rafforzare il dubbio potrebbero forse aggiungersi la non rigorosa indicazione '*emptio*' e '*locatio*', in luogo di *emptio venditio* e *locatio conductio*, e la non felice scelta di menzionare il *pignus*, posta l'esistenza della *conventio pignoris* accanto al contratto di pegno (a meno che non si acceda alla congettura di A. D'Ors, *Replicas panormitanas*, III, '*Conventiones*' y '*contractus*', in AHDE 46, 1976, 137, ora rinverdità da R. FERCIA, «*Fiduciam contrahere*» cit., 49 ss.; 69 ss., che in luogo di '*pignus*' il testo originario recasse '*fiduciam*'). Ad ogni modo, la questione è destinata, a mio avviso, a rimanere aperta.

²⁵ Numerose testimonianze in tal senso sono state raccolte e criticamente valutate, in tempi recenti, da G. ROMANO, *Conventio e consensus* cit., 243 ss., il quale conclude: «*conventio*, se non indica addirittura l'oggetto sul quale è dato registrare un comune apprezzamento, quantomeno lo ricomprende al proprio interno. In altri termini potremmo dire che è 'volontà oggettivata in un contenuto', il che [...] equivale a dire che esprime l'idea dell'atto o negozio giuridico bilaterale o plurilaterale, e dunque della regolamentazione dei propri assetti di interessi consensualmente fissata dagli autori del negozio» (p. 256). In precedenza, che in D. 2.14.1.3 '*conventio*' non fosse usato come sinonimo di consenso o accordo e venisse in que-

nianze dello stesso Ulpiano, nelle quali, grazie a questo o a quel dato testuale, la configurazione della *conventio* quale risultato oggettivo dell'accordo appare particolarmente evidente.

Così, in D. 2.14.7.3 (Ulp. 4 *ad ed.*) '*Si ob maleficium ne fiat promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventione*', ad escludere un'accezione soggettivo-volitiva di *conventio* nel senso di accordo o consenso sono, da un lato, la presenza in sé dell'aggettivo dimostrativo ('*hac conventione*'), dall'altro lato, il diretto riferirsi di '*conventio*', grazie a questo aggettivo, allo specifico contenuto subito prima richiamato ('*Si ob maleficium ne fiat promissum sit*').

Questi stessi due elementi portano a connotare nel medesimo modo il termine '*conventio*' in D. 13.7.13 pr. (Ulp. [38] <28> *ad ed.*):

'Si, cum venderet creditor pignus, convenerit inter ipsum et emptorem, ut, si solverit debitor pecuniam pretii emptori, liceret ei recipere rem suam, scripsit Iulianus et est rescriptum ob hanc conventionem pigneratoriis actionibus teneri creditorem, ut debitori mandet ex vendito actionem adversus emptorem ...'

In D. 2.11.4.4 (Ulp. 74 *ad ed.*) e in D. 21.1.31.22 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*), poi, sono significativi sia l'uso dell'aggettivo dimostrativo ('*ista conventio*', '*ea conventio*'), che richiama, anche in questo caso, i concreti termini dell'accordo, sia la valutabilità stessa della *conventio* in termini di *valere* o *non valere* o di '*ratam haberi*':

'Quaesitum est an possit conveniri, ne ulla exceptio in promissione deserta iudicio sistendi causa facta obiciatur: et ait Atilicinus conventionem istam non valere, sed ego puto conventionem istam ita valere, si specialiter causae exceptionum expressae sint, quibus a promissore sponte renuntiatum est';

'Si quid ita venierit, ut, nisi placuerit, intra praefinitum tempus redhibeatur, ea conventio rata habetur; ... si vero convenerit, ut in perpetuum redhibitio fiat, puto hanc conventionem valere'.

Ancora, nella prima e nell'ultima parte (ma l'intero svolgimento è indicativo) di D. 23.4.4 (Ulp. 31 *ad Sab.*), oltre a ripresentarsi il giudizio sulla *conventio* in termini di *valere* o *non valere*, sono istruttivi tanto l'uso scambievolmente con '*pactum*' quanto, a quest'ultimo riguardo, le specificazioni '*h o c pactum*' e '*t a l e pactum*', che chiamano direttamente in causa il concreto contenuto:

'Si convenerit, ut fructus in dotem converteretur, an valeat conventio? et Marcellus ait libro octavo digestorum conventionem non valere: proprie enim indotatam mulierem hoc pacto fieri

stione, piuttosto, in una prospettiva di tipo oggettivistico era stato riconosciuto, con varietà di sfumature, da H. FRITSCHÉ, *Untersuchung über die Bedeutung vom consensus und consentire in den Digesten*, Berlin 1888, 63 ss. («conventio unmöglich etwas Andres als [...] den in die äussere Erscheinung getretenen Thatbestand der "Abmachung, Übereinkunft" bezeichnen kann»: p. 64); E. BETTI, *Sul valore dogmatico della categoria «contrahere»* cit., 42 ss. («atto bilaterale concorde in cui si esprime una volontà conforme (consensus) da entrambe le parti»: p. 44); P. DE FRANCISCI, ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ cit., II, 480 ss. ('*conventio*' «rappresenta le diverse clausole dei contratti e, pur anche, dei patti»: p. 480; cfr. le giuste critiche di G. ROMANO, *Conventio e consensus* cit., 249 ss.); U. BRASIELLO, *Sull'elemento subiettivo dei contratti* cit., 117 nt. 1 (nelle fonti giurisprudenziali *conventio* ricorre, anziché nel senso «astratto e generico» di consenso, o con il significato di «pattuizione che deriva dall'accordo» o con il significato di «ciò che è stato convenuto»).

... *Et quid dicimus, si pactum tale intervenit, ut maritus fructus in dotem converteret et mulier se suoque aleret tuereturve et universa onera sua expediret? quare non dicas conventionem valere?*

Non meno eloquente la testimonianza di D. 23.4.11 (Ulp. 34 *ad ed.*):

'Cum pater dotem pollicitus fuerit et paciscatur, ne se vivo petatur neve constante matrimonio dos petatur, ita pactum interpretandum divus Severus constituit, quasi adiectum esset se vivo: hoc enim ita accipiendum esse contemplatione paternae pietatis et contrahentium voluntatis, ut posterior quoque pars conventionis ad vitam patris relata videatur...'

giacché la stessa possibilità di concepire, in relazione ad una specifica pattuizione (*'paciscatur, ne se vivo petatur neve constante matrimonio dos petatur'*), l'esistenza di una *'pars conventionis'* presuppone, evidentemente, un'accezione di *conventio* come alludente non certo al momento interiore del consenso, non frazionabile, bensì al contenuto obiettivo del *pacisci*.²⁶

Infine, è il caso di segnalare che una considerazione, da parte di Ulpiano, di *'conventio'* e *'consensus'* quali concetti distinti è attestata dall'affermazione di D. 50.12.3 pr. (Ulp. 4 *disp.*) *'Pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum'*, ove essa venga letta nel modo più naturale e cioè assegnando all'*'atque'* una funzione di coordinamento e non di instaurazione, in forma endiadica, di un'equipollenza concettuale.²⁷ Il testo va apprezzato alla luce dell'apposito intento di contrapporre in maniera netta la bilateralità del *pactum* e la unilateralità della *pollicitatio*: a tal fine, appariva incisivo²⁸ richiamare sia il fenomeno interiore-volitivo dell'accordo (*consensus*) sia il risultato oggettivo in cui esso si traduce (*conventio*).²⁹

4. Naturalmente, quanto fin qui conseguito in merito al significato di *'conventio'* nell'affermazione iniziale di D. 2.14.1.3, imposto dal tenore dell'affermazione stessa e perfettamente in linea con un consueto *usus loquendi* (anche) dello stesso Ulpiano,³⁰ si irradia

²⁶ Lo ha notato molto bene G. ROMANO, *Conventio e consensus* cit., 260 s.

²⁷ Come, invece, ancora in tempi recenti, hanno ritenuto F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, I, Torino 1992, 47 nt. 59 e R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of Civilian Tradition*, Cape Town-Johannesburg 1992, 563; e come avevano, in passato, ritenuto, fra gli altri, S. PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, Bologna 1903, 32 nt. 1 e U. BRASIELLO, *Sull'elemento subiettivo* cit., 117 nt. 1 (il quale proprio per questo ha giudicato il testo interpolato in quanto in contrasto con il convincimento che *'conventio'* e *'consensus'* esprimevano due nozioni distinte: *supra*, nt. 25).

²⁸ Certamente, ben più che il semplice ricorso al plurale *'duorum'*, come riteneva sufficiente H. FRI-TSCHE, *Untersuchung* cit., 61.

²⁹ Ha colto bene il senso dell'accostamento tra i due termini G. MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere. Contributi allo studio del negozio bilaterale romano*, Napoli 1994, 152, il quale, contro una funzione endiadica, afferma che «mentre *consensus* accentua l'esistenza di una 'comune visione', *conventio* accentua il requisito del verificarsi della convergenza tra le due parti».

³⁰ Ai riscontri di un'accezione di tipo oggettivo richiamati nel testo sono da aggiungere (per la presenza del dimostrativo *'hac conventio'*) D. 16.3.1.7 (Ulp. 30 *ad ed.*) e D. 19.1.11.18 (Ulp. 32 *ad ed.*). Diversamente, *'conventio'* allude al profilo soggettivo-psichico, in contrapposizione al fatto esteriore e materiale della consegna, in Ulp. 40 *ad Sab.* – D. 13.7.1 pr.-1 (*'Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est. Si igitur contractum sit pignus nuda conventione, videamus an rell.'*) e

direttamente sull'altro segmento nel quale è presente questo termine e cioè sulla citazione tratta da Pedio. Dal momento, infatti, che le parole di raccordo '*a d e o conventio* *no-men generale est u t*', che introducono la citazione, mirano appositamente a preparare uno svolgimento e una conferma del pensiero espresso in precedenza, deriva evidentemente che la prospettiva concettuale del segno '*conventio*' che compare nell'indicazione d'apertura deve riconoscersi anche nell'affermazione '*nullum contractum – conventionem*':³¹ anche in quest'ultima, cioè, '*conventio*' deve alludere, non all'idea di consenso o accordo, bensì all'oggetto del consenso.

Questa conclusione deve assumersi con sicurezza per Ulpiano, il quale, in ragione del proprio argomentare (*adeo...ut*), non può che aver adottato come omogenei i due impieghi dello stesso termine. Quanto a Pedio, mi pare che la conclusione possa mantenersi con un grado di verosimiglianza assai elevato. È vero, infatti, che, in linea teorica, di fronte a qualsiasi citazione di parole altrui è sempre immaginabile l'eventualità che la portata e la trama argomentativa originarie fossero non coincidenti con l'ordine di idee in funzione del quale il giurista citante quelle parole riutilizza; ma credo che assai difficilmente Ulpiano avrebbe riportato un'affermazione a conferma di una interpretazione di natura squisitamente giuridica come la spiegazione di un *terminus technicus*, per di più presente nell'editto, e l'avrebbe presentata come avente incisiva efficacia (*ut eleganter Pedius dicat*),³² se ne avesse fatto un uso non corrispondente al significato e al punto di vista che essa assumeva nel luogo d'origine.³³

Ora, proprio le parole '*nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem*' consentono di riconoscere quale dovette essere, più precisamente, il significato di *conventio* in chiave oggettiva che regge l'intero svolgimento del paragrafo. Esse, infatti, portano a scartare la possibilità, teoricamente configurabile, che gli *omnia, de quibus ... consentiunt qui inter se agunt* fossero gli 'atti' negoziali compiuti *contrahendi transigendique causa*.³⁴ Ciò in quanto, qualunque sia il preciso significato che vi assume la locu-

in Ulp. 1 *ad Sab.* – D 18.1.2 pr.-1 ('*Inter patrem et filium contrahi emptio non potest, sed de rebus castrensis-bus potest. Sine pretio nulla venditio est: non autem pretii numeratio, sed conventio perficit sine scriptis habita-tam emptionem*'); ma sulla genuinità di questi due testi gravano forti sospetti, per i quali rinvio alle equili-brate e ben fondate osservazioni di G. ROMANO, *Conventio e consensus* cit., 318 ss. (con indicazioni bibl.).

³¹ Va da sé che ciò deve assumersi anche qualora si ammetta, come a me sembra inevitabile, che prima del raccordo stesso nell'originario testo ulpiano vi fosse un tratto omissso dai compilatori (*supra*, n. 2).

³² Sul coinvolgimento dei profili sostanziali, oltre che formali, nell'avverbio '*eleganter*' cfr. la ricca let-teratura citata in T. DALLA MASSARA, *Sul responsum di Aristone in D. 2.14.7.2 (Ulp. 4 ad ed.)*: *l'elaborazione del concetto di causa del contratto*, in *Le dottrine del contratto* cit., 289 nt. 28 (il quale, per parte sua, parla di "apprezzamento per una speciale acribia stilistica e argomentativa").

³³ Altra cosa è la citazione compiuta in funzione della costruzione di un discorso non squisitamente tecnico o, addirittura, fortemente ideologizzato: in simili casi – il più evidente e celebre è la citazione, da parte dello stesso Ulpiano, delle parole celsine '*ius est ars boni et aequi*' in D. 1.1.1.1 – l'eventualità di un riu-so, da parte del giurista citante, delle parole estrapolate non coincidente con il senso originario delle stesse è da tenere senz'altro in alta considerazione.

³⁴ Come ritenuto, invece, da Betti e De Francisci (*supra*, nt. 25) e, più di recente, da H. NELSON-U. MANTHE, *Gai Institutiones III 88-181. Die Kontraktsobligationen*, Berlin 1999, 454, ove, con specifico riferimento all'affermazione iniziale di D. 2.14.1.3, si afferma che la *conventio* è "ein allgemeiner Sammel-begriff" comprendente «*contractus, obligationes und sonstige Rechtsgeschäfte (z. B. auch transactiones)*». Si tratta, del resto, del tipo di lettura presente in uno dei testi fondativi della nostra tradizione giuridica: «Ce mot de convention est un nom generale, qui comprend toute sorte de contrats, traitez & pactes de toute nature» (J. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Paris 1735, 20, che rende in questi termini le parole di Ulpiano, appositamente richiamate ivi, in nt. a).

zione ‘*habere in se*’ – quello, unanimemente sostenuto (e dato per scontato), di “avere al suo interno”, “contenere”,³⁵ ovvero quello, anch’esso autorizzato dalle fonti, di “presupporre”³⁶ –, il rapporto che l’affermazione pediana instaura tra le due *d i s t i n t e* entità del contratto³⁷ e della *conventio* non avrebbe un senso accettabile se ‘*conventio*’ indicasse un atto negoziale: non potrebbe certo dirsi (meno che mai, ‘*eleganter*’) che “non v’è contratto che non contenga al suo interno (o che “non presupponga”) un atto concordato”. Né potrebbe immaginarsi di salvare l’assunto ipotizzando che Pedio, nel menzionare la *conventio* quale atto distinto e però necessariamente correlato al contratto, pensasse alla figura del *pactum* aggiunto ad un contratto: è la vecchia tesi di De Francisci, alla quale, tuttavia, è (stato) facile obiettare che nella realtà negoziale non ad ogni contratto si accompagnava un *pactum* (o *lex contractus*).³⁸

Non resta, allora, che tirare la conclusione che nelle parole tratte da Pedio il termine *conventio* indica una determinazione concordemente divisata dalle parti,³⁹ la cui mancanza impedisce che sussista un contratto; e che, giusta l’identità di prospettiva concettuale implicata, come si è detto poc’anzi, dal peculiare raccordo ‘*adeo ...ur*’, anche gli ‘*omnia, de*

³⁵ Evitando una lunga quanto fredda sequenza di autori e titoli, mi limito a richiamare, tra gli studiosi che più particolarmente hanno tratto da questo valore di *habere in se* indicazioni significative ai fini delle proprie interpretazioni del testo, S. RICCOBONO, *La formazione della teoria generale* cit., 141 s.; ID., *Corso di diritto romano* cit., 310 ss.; R. SANTORO, *Il contratto* cit., 193; 200; M. TALAMANCA, *Conventio e stipulatio* cit., 211 e nt. 172.

³⁶ Si vedano, almeno, i seguenti testi dello stesso Ulpiano: D. 19.5.15 (Ulp. 42 *ad Sab.*) ‘...et quidem *conventio ista non est nuda, ut quis dicat ex pacto actionem non oriri, sed habet in se negotium aliquod*: ergo civilis actio oriri potest, id est praescriptis verbis...’; D. 21.1.1.8 (Ulp. 1 *ad ed. aed. curul.*) ‘...proinde levis febricula aut vetus quartana quae tamen iam sperni potest vel vulnusculum modicum nullum habet in se delictum quasi pronuntiatum non sit...’; D. 43.16.1.43 (Ulp. 69 *ad ed.*) ‘interdictum hoc (scil. *De vi armata*), quia atrocitatem facinoris in se habet, quaesitum est, an liberto in patronum vel liberis adversus parentes competit...’. Con riferimento alle parole ‘*conventio...habet in se negotium aliquod*’ del primo fra i trascritti brani, lo stesso R. SANTORO, *Il contratto* cit., 244; 247 intende ‘*habet in se*’ non come “ha al suo interno”, bensì come “implica”.

³⁷ Non rileva, qui, se nella frase in questione la figura del contratto sia espressa solamente dal termine *contractus*, assunto con gittata onnicomprensiva, o anche dal termine ‘*obligatio*’, che indicherebbe il contratto unilaterale (come intendono R. KNÜTEL, *La causa nella dottrina dei patti* cit., 133 e L. GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione* cit., 350). Il mio punto di vista è espresso *infra*, in nt. 54.

³⁸ Cfr. *supra*, nt. 25 e in particolare il lavoro di Romano ivi citato.

³⁹ A questa prospettiva di ‘*conventio*’ all’interno del *dictum Pedii* si era avvicinato M. TALAMANCA, *Conventio e stipulatio nel sistema dei contratti romani*, in *Le droit romain et sa reception en Europe* (Atti Colloquio Varsavia 1973), Varsovie 1978, 253, parlando di “assetto di interessi su cui verte l’accordo delle parti”. L’illustre studioso, tuttavia, ha successivamente virato verso la comune rappresentazione. In «*Conventio*» e «*stipulatio*» cit., 211, infatti, l’autore non solo parla, con una significativa inversione terminologico-concettuale, di “accordo sull’assetto di interessi” (v. anche ID., *Contratto e patto nel diritto romano* cit., 74 s.; ID., *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 537), ma, soprattutto, finisce per esprimere nei termini tradizionali la dialettica tra accordo ed elemento reale, verbale, letterale in relazione alla conclusione del contratto: «Pedio ha, dunque, presente la contrapposizione fra la *conventio* come accordo sull’assetto d’interessi divisato e perseguito che rappresenta, fisiologicamente, il sostrato di qualsiasi *obligatio ex contractu* e la specifica valenza dell’elemento che, in contrapposizione a tale accordo, crea di volta in volta un vincolo, ad eccezione delle *obligationes consensu contractae*, in cui, si sottintende, è proprio la *conventio* ad integrare tale valenza. Pedio viene, in definitiva, ad ammonire che non ci si deve fare ingannare dall’apparenza della *res*, dei *verba*, delle *litterae*: sul piano sociologico, v’è sempre una *conventio* sottostante a questi elementi, per chiamarli così, formali».

quibus ... consentiunt dell'affermazione iniziale sono i concreti contenuti, le concrete determinazioni concordemente stabilite dai soggetti che compiono un'operazione negoziale.⁴⁰

Non depone contro questa conclusione la circostanza che, in un tratto successivo del commento ulpiano, il discorso sulle *species conventionum* segna uno slittamento nell'impiego del termine verso gli atti che veicolano tali concrete determinazioni. Questa circostanza, invero – mentre, come si è detto,⁴¹ appare incompatibile con l'idea che una precedente fissazione, con tanto risalto, della nozione di *conventio* vertesse sul profilo, complementamente diverso, del consenso in chiave soggettiva – può giustificarsi alla luce di un interesse di Ulpiano, funzionale al più ampio intendimento sistematico perseguito, a proiettare le concrete determinazioni concordate tra le parti in schemi negoziali, al fine di mostrarne l'idoneità o meno a fondare questa o quella protezione giurisdizionale e dunque la riconduzione a questa o quella previsione (e rimedio) edittale. In quest'ottica, anche una enumerazione di contratti come quella che chiude D. 2.14.7.1 (*'...Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus: ut emptio uenditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus'*) può leggersi come il risultato del configurarsi di determinati assetti di interessi quali schemi negoziali tipizzati, secondo l'ordine di idee che appare nel commento dell'antecessore (verosimilmente, Stefano) al passaggio ulpiano or ora trascritto, conservato in:

BS 187/5-14 = Hb. I, 559 (sch. Μαθών): 'ἀλλ' ὅσαι μὲν τίκτουσι ἀγωγὴν, ...εἰς ἰδικὸν μεταπίπτουσι ὄνομα συναλλάγματος. Οἷον συνήλθομεν ἐπὶ πράσει καὶ ἀγορασίᾳ ἢ μισθώσει ἢ κοινωνίᾳ καὶ συνήρεσε τὸ τίμημα ἢ τὸ μίσθωμα ἢ ὅπερ ὀφείλει ἕκαστος κέρδος λαμβάνειν ἐκ τῆς κοινωνίας ἢ ζημιοῦσθαι· οὐκ ἔστιν κοινβεντίων, ἀλλὰ πράσις, μίσθωσις, κοινωνία. Μετὰ γὰρ τὸ συναρέσαι τὸ τίμημα ἢ τὸν μισθὸν ἢ τὸ κέρδος μετατίθεται ἢ κοινβεντίων εἰς ἰδικὸν ὄνομα συναλλάγματος καὶ ἀρμόζει ἐξ ἔμπτου, λοκάτου, πρὸ σόκιο. Τὸ αὐτὸ καὶ ἐπὶ κομοδάτου καὶ δεπόσιτου καὶ τῶν ἄλλων συναλλαγμάτων'.

(trad. Heimbach: *Quae autem actionem pariunt, ... in speciale nomen contractus transeunt: ut puta convenimus de emptione et venditione, vel locatione, vel societate, et consensus in pretium vel mercedem vel in id, quatenus quisque ex societate lucrari vel damno affici debeat: non est conventio, sed venditio, locatio, societas. Postquam enim de pretio, vel mercede, vel lucro consensus, conventio in speciale nomen contractus transit, et competit actio ex empto, ex locato, pro socio. Idem obtinet et in commodato et deposito et in ceteris contractibus*).

5. L'acquisizione del ricorrere, in D. 2.14.1.3, dell'accezione di '*conventio*' nel senso di contenuto negoziale concordato deve peraltro fare i conti, purtroppo, sia con le gravi incertezze che circondano il *dictum* di Pedio in sé preso e che riguardano già l'originario contesto da cui la citazione è tratta (non essendo affatto sicuro che anche Pedio stesse commentando l'editto sui patti)⁴² e perfino l'estensione della citazione stessa (le parole '*nam et stipulatio* –

⁴⁰ Gli altri riscontri ulpiani di '*conventio*' in prospettiva oggettiva più su indicati (D. 2.14.7.3; D. 2.11.4.4; D. 13.7.13 pr.; D. 16.3.1.7; D. 19.1.11.18; D. 21.1.31.22; D. 23.4.4; D. 23.4.11) non sono di per sé idonei a giustificare questa conclusione, giacché non può dirsi con decisione se in essi l'accento cada direttamente sui contenuti concordati o sull'atto che stabilisce quei contenuti.

⁴¹ *Supra*, n. 3 su ntt. 22-24.

⁴² In tal senso, opportunamente, C. GIACHI, *Studi su Sesto Pedio* cit., 522 s. e R. FIORI, *The Roman conception* cit., 54.

nulla est sono anch'esse da attribuire a Pedio o costituiscono un commento di Ulpiano?),⁴³ sia con i tagli che sicuramente il complessivo discorso di Ulpiano ha subito: tagli che dovettero investire non soltanto, come si è già detto, la parte del discorso originariamente compresa tra la spiegazione '*nam sicut convenire – decurrunt*' e le parole '*adeo autem etc.*',⁴⁴ ma anche la parte incentrata sul richiamo alla notazione di Pedio, posto che la precisazione '*sive re sive verbis fit*' porta senz'altro a credere che la sua esplicitazione (da parte di qualsivoglia dei due giuristi) non si sarà limitata, come invece appare nella stesura attuale, al caso della *stipulatio* ('*nam et stipulatio – nulla est*'), ma avrà considerato anche l'area del '*re fieri*'.⁴⁵

In ragione di questo stato di cose, qualsiasi tentativo di rintracciare 'in positivo' il senso della citazione da Pedio non può che risolversi nella cauta prospettazione di una *s e m - p l i c e c o n g e t t u r a*.

In particolare, ritengo che ogni congettura al riguardo debba necessariamente tenere conto, anzitutto, di due dati offerti dalla stessa scrittura ulpiana, che riassumo in forma schematica:

a) Ulpiano afferma, in apertura, che il segno *conventio* "ha una portata generale, riguardante *tutti gli elementi* (tutti i punti, tutti gli aspetti) sui quali *consentunt* coloro che pongono in essere un negozio giuridico" ('... *pertinens ad omnia, de quibus ... consentiunt qui inter se agunt*');⁴⁶

b) le parole di Pedio sono state appositamente citate come svolgimento e conferma di siffatto enunciato:⁴⁶ la loro *f u n z i o n e s p e c i f i c a*, cioè, è quella di indicare un risvolto dell'assunto che '*conventio*' si riferisce a *tutti gli elementi* sui quali *consentiunt* le parti.

Ebbene, quale poté essere, alla luce di questi due dati, il senso dell'affermazione "non vi è alcun contratto ... che *non habeat in se conventionem*"?

L'unica possibilità di decifrazione che, personalmente, riesco a vedere passa da un'altra indicazione del testo ulpiano, che merita un rilievo maggiore di quanto solitamente mi pare le venga attribuito. Mi riferisco alla circostanza che Ulpiano, proprio allo scopo di esplicitare e svolgere il senso delle parole '*omnia, de quibus consentiunt*', insiste particolarmente sul dato della unicità-uniformità del contenuto stabilito dalle parti: '*in unum locum colliguntur*', '*in unum consentiunt*', '*in unam sententiam decurrunt*'. Questa sottolineatura dell'*unum*' quale oggettivo risultato del *consentire* fa pensare ad una specifica attenzione di

⁴³ A Pedio pensano, ad es., P. CERAMI, *D.2.14.5 cit.*, 199; 207; M. TALAMANCA, *Conventio e stipulatio nel sistema dei contratti romani cit.*, 257 s.; R. SANTORO, *Il contratto cit.*, 197 e 206; A. SCHIAVONE, *La scrittura di Ulpiano cit.*, 136 s.; G. MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere cit.*, 178; ad Ulpiano, invece, ad es. F. GALLO, '*Synallagma*' e '*conventio*' cit., II, 216; J. D. HARKE, *Si error aliquis intervenit – Irrtum im Klassischen römischen Vertragsrecht*, Berlin 2005, 127; R. FERCIA, *Il fieri della fattispecie contrattuale sine nomine e l'evizione dell'ob rem datum*, in *Diritto@storia* 12, 2014, nt. 4; 'possibilisti' verso Ulpiano sono G. ROMANO, *Conventio e consensus cit.*, 326 e L. GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione cit.*, 352 nt. 37; agnostico C. A. CANNATA, *La nozione di contratto cit.*, 27. L'attribuzione all'uno o all'altro dei due giuristi viene, peraltro, assunta senza richiami a specifici elementi a sostegno. La forma diretta può, in realtà, valere quale indice del fatto che si tratta di un rilievo di Pedio fatto proprio da Ulpiano (così R. SANTORO, *Il contratto cit.*, 197) solo a rincalzo rispetto ad eventuali indizi previamente individuati, non escludendo, invece, di per sé, che si tratti di un'affermazione autonomamente aggiunta a fini adesivo-esplicativi da Ulpiano (come esplicitamente sostenuto, nei luoghi citati, da Romano – con altra bibl. in nt. 236 – e da Fercia). Sul punto v. *infra*, nel testo.

⁴⁴ *Supra*, n. 2.

⁴⁵ Analogamente, di recente, C. GIACHI, *Studi su Sesto Pedio cit.*, 524.

⁴⁶ Cfr. *supra*, su nt. 31.

Ulpiano, non già verso il *consentire* come astratta idea di momento consensuale considerato in contrapposizione ad altri elementi della struttura contrattuale quali la *res*, i *verba*, le *litterae*, bensì verso l'interna *substantia*, per dir così, del *consentire* quale pieno coincidere della percezione e della volontà di più soggetti.

Ora, fra i testi che ci restituisce la documentazione giurisprudenziale riguardante il fenomeno dell'errore è dato incontrare, com'è noto, la rappresentazione di un'alternativa tra *consensus-consentire* e *dissentire* in relazione al verificarsi o meno di una unicità-uniformità di volontà e di percezione tra le parti;⁴⁷ e questa alternativa viene proposta dai giuristi in ordine a qualsiasi elemento del complessivo contenuto di un'operazione negoziale, compresa, 'a monte', l'individuazione dell'operazione stessa. Proprio da Ulpiano provengono due espliciti riscontri di quest'ultima eventualità, uno formulato attraverso la semantica del 'sentire' (*consensus; dissentire*), l'altro attraverso un riferimento all'*opinio*:

D. 18.1.9 pr. (Ulp. 28 *ad Sab.*) *In uenditionibus et emptionibus consensus debere intercedere palam est: ceterum siue in ipsa emptione dissentient siue in pretio siue in quo alio, emptio imperfecta est. si igitur ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te uendere Sempronianum putasti, quia in corpore dissensimus, emptio nulla est. idem est, si ego me Stichum, tu Pamphilum absentem uendere putasti: nam cum in corpore dissentiat, apparet nullam esse emptionem;*⁴⁸

D. 12.1.18 pr. (Ulp. 7 *disp.*) *Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutua accipias, Iulianus scribit donationem non esse: sed an mutua sit, uidendum. et puto nec mutua esse magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. quare si eos consumpserit, licet conditione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum uoluntatem dantis nummi sunt consumpti. 1. Si ego quasi deponens tibi dedero, tu quasi mutua accipias, nec depositum nec mutuum est:*

Alla luce dei dati fin qui segnalati – ai quali va aggiunta la circostanza che il profilo della unicità-uniformità della determinazione percepita e voluta dalle parti è evocato anche nella definizione di '*pactio*' come '*in idem placitum consensus*', fornita da Ulpiano subito prima (§ 2) per spiegare la presunta radice dell'altro termine della rubrica editale, *pactum*⁴⁹ –

⁴⁷ Oltre a D. 18.1.9 pr. e D. 12.1.18 pr., trascritti di seguito nel testo, e oltre ai brani riguardanti la *stipulatio*, riportati *infra*, in nt. 61, cfr. la generalizzante notazione di Pomponio, conservata in D. 44.7.57 (36 *ad Q. Mucium*) '*In omnibus negotiis contrahendis, siue bona fide sint siue non sint, si error aliquis interuenit, ut aliud sentiat puta qui emit aut qui conducit, aliud qui cum his contrahit, nihil ualet quod acti sit. Et idem in societate quoque coeunda respondendum est, ut, si dissentiant aliud alio existimante, nihil ualet ea societas, quae in consensu consistit*'.

⁴⁸ Il ragionamento di Ulpiano prosegue nel § 1 con la seguente prospettazione: '*Plane si in nomine dissentiamus, uerum de corpore constet, nulla dubitatio est, quin ualeat emptio et uenditio: nihil enim facit error nominis, cum de corpore constat. Inde quaeritur, si in ipso corpore non erratur, sed in substantia error sit, ut puta si acetum pro uino ueneat, aes pro auro uel plumbum pro argento uel quid aliud argento simile, an emptio et uenditio sit. Marcellus scribit libro sexto digestorum emptionem esse et uenditionem, quia in corpus consensus est, etsi in materia sit erratum*'.

⁴⁹ '*...est pactio duorum pluriumue in idem placitum consensus*'. È significativo, al riguardo, che i più antichi commentatori bizantini hanno spiegato le parole '*in idem*' di questa definizione con l'ausilio della fattispecie di D. 12.1.18 pr., or ora trascritto nel testo, del dissenso tra due soggetti in merito alla configurazione dell'atto, l'uno pensando di compiere donazione, l'altro ritenendo di ricevere a titolo di mutuo:

si affaccia la possibilità che il ricorso alla citazione da Pedio abbia a che fare con questa specifica angolazione del *consensus/consentire*.⁵⁰

In particolare, la logica del complessivo svolgimento ulpiano⁵¹ sarebbe la seguente. Dapprima, Ulpiano afferma che il termine '*conventio*' ha una portata generale, nel senso che riguarda tutti gli aspetti contenutistici sui quali vi è un *consentire*: Ulpiano, cioè, adotta la qualifica '*generalis*' non per esprimere, in prospettiva diairetica, un configurarsi di '*conventio*' quale *genus* rispetto ad una pluralità di *species*,⁵² bensì per alludere al semplice profilo della latitudine e precisamente alla portata onnicomprensiva del segno '*conventio*' ('...a d o m n i a p e r t i n e n s'), secondo un impiego di '*generalis*' anch'esso attestato (pure) in brani di questo giurista⁵³ e che, in questo caso, sembra inoltre specificamente suggerito dal fatto che una indicazione rafforzativa quale la successiva frase '*adeo ... generalis est ut...*' si adatta meglio al dato dell'ampiezza che non ad una natura di *genus* sovraordinante. Quindi, tramite la connessa spiegazione '*nam - decurrunt*' il giurista esplicita il significato peculiare di '*consentire*' come '*idem sentire*'. Con l'ausilio, infine, delle parole di Pedio, Ulpiano precisa che a tal punto la nozione di *conventio* riguarda tutti gli aspetti contenutistici (= a tal punto è *generalis*) che non sussiste un contratto e, dunque, un rapporto obbligatorio da esso derivante⁵⁴ che non presupponga ('*non habeat in se*') un contenuto concor-

cfr. BS 177-13 = Hb. I, 553 (derivante, con ogni verosimiglianza da Teofilo: cfr. G. FALCONE, *Genesi e valore della definizione di συνάλλαγμα nella Parafrasi di Teofilo*, in *Iuris vincula* cit., III, 102 ss.) e BS 178-35 = Hb. I, 554 testualmente attribuito all'Anonimo.

⁵⁰ Che la generalizzazione di Pedio potesse ricondursi a problemi di «mancanza di accordo, cioè dissenso [...] per causa di errore» era stato, a suo tempo, intuito da P. VOCI, *La dottrina romana del contratto*, Milano 1946, 134 ss. Accenni nel medesimo ordine di idee si trovano anche in TH. MAYER-MALY, *Bemerkungen zum Aspekt der Konsensstörung in der klassischen Irrtumslehre*, in *Mél. Meylan*, I, Lausanne 1963, 248 s.; R. MEYER-PRITZL, *Pactum, conventio, contractus* cit., 110 s.; H. NELSON-U. MANTHE, *Gai Institutiones III 88-181* cit., 233; J. D. HARKE, *Si error aliquis intervenit* cit., 127 s.; R. FERCIA, *Il 'fieri' della fattispecie contrattuale* cit., su ntt. 12-13 (ma cfr. *infra*, nt. 61).

⁵¹ Naturalmente, al netto dell'eliminazione di passaggi intermedi compiuta dai compilatori: cfr. quanto osservato *supra*, n. 2.

⁵² È quanto ritengono gli studiosi che hanno inteso l'affermazione iniziale come preparatoria rispetto alla successiva distinzione tra le *species conventionum* in D. 2.14.5: cfr., ad es., P. CERAMI, *D.2.14.5 (Ulp. 4 ad ed.)* cit., spec. 202 ss.; M. TALAMANCA, *Conventio e stipulatio* cit., 214; F. GALLO, *Eredità di giuristi romani in materia contrattuale*, in *Le teorie contrattualistiche* cit. 56 ss.; S. TONDO, *Note ulpianee* cit., 464.

⁵³ Cfr. D. 42.8.1.2 (Ulp. 66 ad ed.) '*Ait ergo praetor 'quae fraudationis causa gesta erunt'. h a e c u e r b a g e n e r a l i a s u n t e t c o n t i n e n t i n s e o m n e m o m n i n o i n f r a u d e m f a c t a m u e l a l i e n a t i o n e m u e l q u e m c u m q u e c o n t r a c t u m. q u o d c u m q u e i g i t u r f r a u d i s c a u s a f a c t u m e s t, u i d e t u r h i s u e r b i s r e u o c a r i, q u a l e c u m q u e f u e r i t: n a m l a t e i s t a u e r b a p a t e n t. s i u e e r g o r e m a l i e n a u i t s i u e a c c e p t i l a t i o n e u e l p a c t o a l i q u e m l i b e r a u i t*'; D. 34.2.19.10 (Ulp. 20 ad Sab.) '*Sed cui uasa sint legata, non solum ea continentur, quae aliquid in se recipiant edendi bibendique causa paratum, sed et quae aliquid sustineant: et ideo scutellas uel promulsidaria contineri. repositoria quoque continebuntur: nam uasorum appellatio generalis est, ...*' (il § si chiude con le parole '*dicimus uasa uinaria et naualia*', le quali, non legandosi con la frase precedente, denunciano la caduta di qualcosa; Mommsen propone di inserire '*unde*'); D. 50.16.128 (Ulp. 1 ad l. Iul. et Pap.) '*Spadonum generalis appellatio est: quo nomine tam hi, qui natura spadones sunt, item thlibiae thlasiae, sed et si quod aliud genus spadonum est, continentur*'.

⁵⁴ Nell'ottica che qui si propone, il rilievo dell'alternativa circa il significato del termine '*obligatio*' nel *dictum* pediano ('atto obbligante' o 'rapporto obbligatorio') si stempera alquanto: ché, mentre assumendo '*conventio*' e '*habere in se*' nei significati tralatizi, rispettivamente, di "consenso" e di "contenere all'interno", un riferimento al rapporto obbligatorio potrebbe apparire una forzatura, tanto di un 'atto obbligante' quanto di un 'rapporto obbligatorio' (s'intende, *ex contractu*) può, invece, ben dirsi che esso "presuppon-

dato: giacché l'uniformità di percezione e volontà (il *consensus*, l'*idem sentire*), che si traduce nel risultato- *conventio*, deve realizzarsi già in ordine alla stessa scelta dello schema contrattuale, prima ancora che sui singoli elementi del complessivo assetto di interessi riversato dalle parti in quello schema.⁵⁵

Nell'ottica qui suggerita si può apprezzare maggiormente il senso pregnante dell'affermazione '*nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum nulla est*'. Si è già detto (n. 3) che l'impiego, al suo interno, del termine *consensus* non è in grado di porre in discussione l'oggettiva evidenza del riferirsi di '*conventio*', nel primo segmento dello stesso D. 2.14.1.3, al risultato obiettivo del consenso. Ora si può aggiungere che il fatto che, allo scopo di confermare (*nam*) l'assunto secondo cui non sussiste alcun contratto che non presupponga una determinazione concordata tra le parti (*conventio*), venga addotta la nullità di uno specifico contratto per il caso in cui manchi il presupposto soggettivo di tale determinazione concordata, e cioè il fenomeno interiore del formarsi di una identica percezione e volontà delle parti (*consensus*), è circostanza che ottimamente si coordina con lo specifico puntamento di attenzione, poc'anzi segnalato, di Ulpiano per la *conventio* quale risultato del *consentire in unum*, avente il suo opposto nel *dissentire* quale mancanza di *consensus*.

Siffatto coordinamento, peraltro, mentre da un lato mostra che non sarebbe giustificato dubitare della frase '*nam et stipulatio – nulla est*' per via del semplice fatto che essa esplicita in termini di *consensus* una precedente affermazione imperniata, invece, sul differente concetto di *conventio*,⁵⁶ dall'altro lato lascia impregiudicata la questione della sua riferibilità a Pedio o ad Ulpiano. Potrebbe, infatti, pensarsi che il giurista severiano, dal momento che aveva presentato, nelle battute d'apertura, la *conventio* come oggetto del *consentire* ('*pertinens ad omnia, de quibus ... consentiunt*') e aveva fornito una spiegazione del *convenire* in termini di *consentire in unum* ('*nam sicut – decurrunt*'), avesse aggiunto alle parole di Pedio riguardanti la *conventio* ('*nullum esse – conventionem*') un proprio commento esplicativo

ga" un "contenuto uniformemente concordato". Peraltro, senza il condizionamento costituito dal dover agganciare il *dictum* di Pedio alla definizione labeoniana del *contractus* (*infra*, nt. 65) e dunque all'eventuale uso, in essa, del termine nel senso di atto ('*ultra citroque obligatio*'), tra le due possibilità reputo preferibile attribuire ad '*obligatio*' il significato di "rapporto obbligatorio nascente da un contratto": non già per la preoccupazione di evitare una ridondanza – invero, un rilievo come quello a suo tempo formulato da PEROZZI, *Le obbligazioni romane* cit., 33 nt. 1, «è chiaro che "obligatio" è una tautologia di "contractus"; prolissità inutile, e che stupisce in un classico, ma non in un bizantino», non dovrebbe più avere accoglienza nella ricerca storica, una volta superata la fallace idealizzazione, allora in voga, di un canonizzato e uniforme latino classico contrapposto al latino dei giustiniane – ma perché, in *abstracto* (ricordando, cioè, che non conosciamo il contesto originario, che certamente avrà appositamente fondato la scelta espressiva di Pedio), rispetto ad un insistito riferimento all'atto mi parrebbe più incisiva (*eleganter*) una sottolineatura del fatto che un contenuto concordato sussiste necessariamente in ordine al contratto e dunque in ordine al rapporto che, in base ad esso, lega le parti.

⁵⁵ Si ricordino le parole di Ulpiano '*siue in ipsa emptione dissentient siue in pretio siue in quo alio*' (D. 18.1.9 pr.) e la prospettazione, da parte dello stesso giurista, dell'ipotesi '*Si ego quas id eponens tibi dederò, tu quas mutuam accipias*' (D. 12.1.18 pr.).

⁵⁶ Ancora di recente, la questione della genuinità della frase in esame è stata riproposta, e lasciata aperta, da G. ROMANO, *Conventio e consensus* cit., 316 ss. (con lett. più antica in nt. 205), proprio in conseguenza del fatto che nell'accostamento tra le frasi '*nullum esse – conventionem*' e '*nam et stipulatio – nulla est*' questo studioso ha riconosciuto, anziché una diversità di piani argomentativi ben compatibili tra loro (la *conventio* e il suo presupposto soggettivo), una «sostituzione di *consensus* a *conventio*» (p. 325), con conseguente prospettazione dell'eventualità che ciò derivi dalla «tendenza dei bizantini ad identificare le nozioni di *consensus* e *conventio*» (p. 317).

che chiamava in causa, appunto, il *consensus* quale fondamento soggettivo della *conventio*. Ma potrebbe anche immaginarsi, invece, che già Pedio avesse congegnato – in relazione all'originario contesto del suo discorso, a noi purtroppo precluso – la complessiva porzione di testo '*nullum esse – nulla est*', comprendente dunque anche il collegamento tra la prospettiva oggettiva della *conventio* e quella soggettiva del *consensus*, e che proprio per questa ragione Ulpiano, riportandola, l'avesse giudicata come formulata efficacemente (*eleganter*): giacché, ai suoi occhi, essa ottimamente si prestava a confermare il collegamento tra *conventio*, *convenire* e *in unum consentire* che egli stesso aveva in precedenza stabilito ('*Conventionis verbum – decurrunt*').

Sempre nel quadro della congettura prospettata può rispettarsi e valorizzarsi la precisazione '*sive re sive verbis fit*' così come pervenuta, senza che sia necessario immaginare un'originaria presenza anche delle parole '*sive litteris*', come qua e là ipotizzato in dottrina⁵⁷ o, addirittura, ritenuto «sicher». ⁵⁸ Pedio potrebbe essersi limitato, dando per scontato l'ambito delle *obligationes consensu contractae* (cfr. il '*palam est*' del su trascritto D. 18.1.9 pr.), a considerare le due categorie di operazioni contrattuali rispetto alle quali la questione dell'*idem sentire* doveva essere affrontata con maggiore impegno nella casistica e nella riflessione giurisprudenziale, vuoi per la notevole articolazione e varietà di contenuti che, in codeste operazioni, poteva comporre il complessivo assetto di interessi concordato dalle parti, vuoi per ragioni inerenti alla specificità delle figure contrattuali: con riguardo al contratto che '*re fit*', la pluralità delle *causae* per le quali l'atto in sé neutro della consegna poteva compiersi⁵⁹ esigea piena identità di percezione e volontà tra il dante e l'accipiente già con riguardo alla individuazione stessa della figura contrattuale;⁶⁰ quanto alla *stipulatio*, essa costituiva un tradizionale terreno di elaborazione giurisprudenziale in ordine ad eventuali patologie nel rapporto tra *verba* che dovrebbero realizzare un combaciare tra domanda e risposta adesiva, da un lato, e quanto percepito/voluto da ciascuna delle parti, dall'altro.⁶¹

⁵⁷ Cfr. in tempi recenti, ad es., M. TALAMANCA, *Conventio e stipulatio* cit., 210 ss.; GALLO, '*Synallagma*' e '*conventio*' cit., II, 217; C. A. CANNATA, *La nozione di contratto* cit., 27; L. GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione* cit., 341; 351 s.; dubbioso A. SCHIAVONE, *La scrittura di Ulpiano* cit., 136; per la lett. più antica v. i richiami in R. SANTORO, *Il contratto* cit., 199 nt. 104 (contrario, dal canto suo, a questa lettura).

⁵⁸ C. A. CANNATA, *Der Vertrag als zivilrechtlicher Obligerungsgrund in der römischen Jurisprudenz der klassischen Zeit*, in *Collatio Iuris Romani. Études Hans Ankum*, Amsterdam 1995, 66 [ora in L. VACCA (a cura di), *Scritti scelti di diritto romano*, II, Torino 2012, 234].

⁵⁹ Basti richiamare il noto riscontro del carattere neutro di una *datio* offerto da D. 44.7.3.1 (Paul. 2 inst.) '*Non satis est dantis esse nummos et fieri accipientis ut obligatio nascatur, sed etiam hoc animo dari et accipi, ut obligatio constituatur, itaque si quis pecuniam suam donandi causa dederit mihi, quamquam et donantis fuerit et mea fit, tamen non obligabor ei, quia non hoc inter nos actum est*'.

⁶⁰ Cfr. il su trascritto D. 12.1.18 pr.-1, con la prospettazione delle due ipotesi '*Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dederò, tu quasi mutuam accipias*' e '*Si ego quasi deponens tibi dederò, tu quasi mutuam accipias*'.

⁶¹ Cfr. D. 45.1.137.1 (Venul. 1 stip.) '*Si hominem stipulatus sim et ego de alio sensero, tu de alio, nihil acti erit; nam stipulatio ex utriusque consensu perficitur*'; D. 45.1.83.1 (Paul. 72 ad ed. '*Si Stichum stipulatus de alio sentiam, tu de alio, nihil actum erit; quod et in iudiciis Aristo existimavit. Sed hic magis est, ut is petitus videatur, de quo actor sensit, nam stipulatio ex utriusque consensu valet...*'); I. 3.19.23 '*Si de alia re stipulator senserit, de alia promissor, perinde nulla contrahitur obligatio, ac si ad interrogatum responsum non esset*'. Su questi testi cfr. la ricca bibl. richiamata in G. ROMANO, *Conventio e consensus* cit., 327 ss. ntt. 237-239, cui *adde* la ricerca, di poco successiva, di J. D. HARKE, *Si error aliquis intervenit* cit., 137 ss.; 144 s. Il brano conservato nel manuale imperiale si distingue dai primi due in quanto il mancato prodursi

Resta, naturalmente, aperta la possibilità che, piuttosto, la scelta di menzionare solo queste due aree contrattuali fosse più immediatamente ancorata alla specifica tematica e alla specifica questione, purtroppo a noi ignote,⁶² affrontate nell'originario contesto del discorso di Pedio.

Mi fermo qui. La lettura che si è prospettata in queste pagine appare, com'è evidente, meno significativa, sul piano della ricostruzione storica delle dottrine e dei nessi tra posizioni di singoli giuristi, rispetto a molte interpretazioni presenti in letteratura: penso, in particolare, ai collegamenti instaurati, sul parametro del consensualismo, tra Pedio, Giuliano e Gaio⁶³ e, per altro verso, alle varie declinazioni di un ipotizzato rapporto diretto tra il *dictum* di Pedio e le affermazioni di Labeone conservate in D. 50.16.19 (Ulp. 11 *ad*

dell'*obligatio* non è (almeno, non lo è esplicitamente) collegato ad una assenza di *consensus*, bensì è argomentato con una equiparazione al caso di mancata risposta; nondimeno, il brano attesta comunque la rilevanza della questione della non-uniformità tra le percezioni dei contraenti. Tradizionalmente la chiusura di D. 45.1.137.1 '*nam stipulatio ex utriusque consensu perficitur*' è stata considerata di fattura bizantina sulla base dell'argomento secondo cui «per i giuristi classici la *stipulatio* si perfezionava *verbis* e non *consensu*» (così, da ultimo, G. ROMANO, *Conventio e consensus* cit., 327; v.a., sostanzialmente, J. D. HARKE, *Si error aliquis intervenit* cit., 139 e 143). Tuttavia, nel brano di Venuleio non è in questione l'astratta descrizione della struttura della *stipulatio* in chiave di dialettica tra *verba* e accordo (in senso astratto): piuttosto, la specifica angolazione del discorso è quella della mancata coincidenza del *sentire* delle parti su uno stesso punto, con la conseguenza che, nonostante la pronunzia dei *verba*, '*nihil actum est*' (non si configura alcun accordo tra le parti) e il giurista sottolinea la necessità di tale coincidenza (*consensus*) a che si configuri un accordo e, quindi, a che la *stipulatio* possa considerarsi efficacemente conclusa e cioè esista giuridicamente (*perficitur*: cfr. l'equivalenza, nel su trascritto D. 18.1.9 pr., tra '*emptio imperfecta est*' ed '*emptio nulla est*'). A queste attestazioni va aggiunta l'indicazione che, *a contrario*, offre Ulpiano (47 *ad Sab.*) in D. 45.1.32 '*Si in nomine servi, quem stipularemur dari, erratum fuisset, cum de corpore constitisset, placet stipulationem valere*'. Un collegamento tra i brani di Venuleio e di Paolo (D. 45.1.137.1; 45.1.83.1) e la notazione di D. 2.14.1.3 '*nam et stipulatio – nulla est*' (attribuita ad Ulpiano) nel quadro della dialettica '*consensus – error*' era già in H. FRITSCHKE, *Untersuchung* cit., 66 s. e in E. BETTI, *Sul valore dogmatico* cit., 47. Nell'ottica che si prospetta nel testo, la precisazione '*quae verbis fit*', in passato giudicata sospetta per la sua presunta banalità, appare funzionale a rimarcare la necessità del *consentire* in *unum* in aggiunta alla congruità tra *verba* interrogativi e *verba* adesivi imposta dalla struttura formale dell'atto.

Dal canto suo, R. FERCIA, *Il fieri della fattispecie contrattuale* cit., § 1 *in fine*, il quale, pure, aveva intravisto un possibile collegamento tra la riflessione di Pedio e la prospettiva del *consensus* quale uniforme *sentire* tra le parti (*supra*, nt. 50), ha proposto una spiegazione del circoscritto riferimento '*sive re sive verbis*' che, invece, si riporta alla tradizionale lettura del *dictum* Pedii come attinente al rapporto tra l'accordo astrattamente considerato quale requisito interno al contratto e la *res* e i *verba* quali elementi perfezionatori dello stesso: «Pedio [...] evidentemente insisteva sul *sive re sive verbis fieri* con specifica attenzione per le ipotesi percepite come più problematiche, vale a dire quelle per cui il riconoscimento dell'*habere in se conventionem* dell'*obligatio contracta* poteva ormai risultare 'mascherato' dal formalismo procedimentale».

⁶² Sarebbe improduttivo, al riguardo, avventurarsi in congetture o inseguire suggestioni come quelle, ad es., che potrebbero provenire dal tema della *condictio* – valga per tutte una notazione quale '*quoniam igitur ex omnibus contractibus haec certi condictio competit, sive re fuerit contractus factus sive verbis sive coniunctim...*' (D. 12.1.9.3 – Ulp. 26 *ad ed.*) – o dal misterioso cenno (genuino?) di D. 44.7.52.3 (Mod. 2 reg.) '*re et verbis pariter obligamur, cum et res interrogationi intercedit, consentientes in aliquam res*'.

⁶³ Oltre ai contributi di Gallo e Sargenti citati *supra*, in nt. 18, cfr., ad es., con specifico riferimento al rapporto con Gaio, le pagine di SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani* cit., 128 ss. e, più di recente, di L. GAROFALO, *Contratto, convenzione e obbligazione* cit., 369 ss.; ID., *Gratuità e responsabilità contrattuale*, in L. GAROFALO (a cura di), *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale*, Padova 2011, 52 ss.

ed.).⁶⁴ Ma è la sola proposta che mi sento di avanzare muovendo dai due dati poc'anzi schematicamente indicati *sub a)* e *b)*, e cioè muovendo dal significato di '*conventio*' in senso oggettivo che è necessario riconoscere nell'incipit del paragrafo e dalla specifica e apposita funzione che, con omogenea prospettiva concettuale, svolge la citazione pediana;⁶⁵

⁶⁴ Il testo è notissimo: '*Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam agantur, quaedam gerantur, quaedam contrahantur: et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel in numeratione: contractum ultro citroque obligationem, quod Graeci συνόλλαγμα vocant, velut emptionem venditionem locationem conductionem societatem: gestum rem significare sine verbis factam*'. In particolare, le parole di Pedio sono variamente intese come una rettifica o come una precisazione o come una esplicitazione in ordine alla presenza del consenso nelle figure menzionate da Labeone all'interno delle categorie dell'*actus* e del *contractus*: mi limito a richiamare, su questo profilo specifico, A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche* cit., 131 ss.; P. CERAMI, *D.2.14.5* cit., 198 s.; R. SANTORO, *Il contratto* cit., 191 ss., spec. 205 s.; F. GALLO, *Eredità di Labeone in materia contrattuale*, in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale* (Milano 1987), I, Milano 1988, 52 s. (ora in *Le dottrine del contratto* cit., 152 s.); A. BURDESE, *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale* cit., 26 ss. (ora in *Le dottrine del contratto* cit., 125 s.); C. A. CANNATA, *Der Vertrag* cit., 66 (*Scritti scelti* cit., 233 s.); ID., *La nozione di contratto* cit., 33 ss.; L. GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione* cit., spec. 344 ss.; ID., *Gratuità e responsabilità contrattuale* cit., 49 ss.; ID., *Teoriche del contratto nella giurisprudenza classica*, in *Diritto romano fra tradizione e modernità* (Atti Congresso Shanghai 2014), Pisa 2017, 207 ss.; R. FIORI, *The Roman Conception* cit., 55 s.

⁶⁵ Se da parte mia si è evitato di percorrere le due piste d'indagine, pur intensamente battute in dottrina, alle quali ho accennato nel testo, è, appunto, perché non ritengo che possa essere accolto il loro presupposto di fondo, costituito dall'assunto che in D. 2.14.1.3 '*conventio*' significhi consenso, accordo. Ma con riguardo alla pista consistente nella lettura del *dictum* di Pedio in funzione delle notazioni labeoniane di D. 50.16.19, la rinuncia è dipesa anche da un'altra considerazione e cioè dal fatto che a me sembra che non vi siano ragioni oggettivamente apprezzabili che portino di necessità a leggere le parole di Pedio come formulate da questo giurista avendo presente la posizione di Labeone ed intervenendo su di essa. Invero, anche là dove ci si è specificamente impegnati a fondare con argomenti appositi questo modello interpretativo – il riferimento è alle dense pagine di R. SANTORO, *Il contratto* cit., 187 ss.; 198 ss. –, non sono emerse indicazioni cogenti e univoche in tale direzione. In particolare: come non è sicuro che anche Pedio, al pari di Ulpiano, stesse commentando l'editto sui patti (cfr. *supra*, su nt. 42) e dunque avesse direttamente dinanzi agli occhi il corrispondente luogo dell'*ad edictum* labeoniano, nel quale sarebbe stata contenuta la definizione di contratto (p. 203), così non vi sono ragioni per assegnare a Pedio, anziché ad Ulpiano, il riferimento al '*convenire ex diversis locis in unum*' (p. 202), che riecheggerebbe l'*ultro citroque* labeoniano inteso come esprimere il consenso (quale incontro di volontà dall'una e dall'altra parte); e così ancora, la presenza del '*consentiunt*' nell'affermazione iniziale di D. 2.14.1.3 (la cui attribuzione a Pedio è, peraltro, anch'essa non dimostrata: *supra* n. 2), anziché comportare, in quanto già le parole *inter se agunt* indicherebbero l'accordo, una tautologia, che si giustificerebbe immaginando una sollecitazione indotta dal richiamo al consenso ipotizzato per l'*ultro citroque* labeoniano (p. 204 s.), ben può svolgere, piuttosto, l'autonoma funzione di esprimere specificamente il profilo del *sentire in idem* tra coloro che pongono in essere il negozio (*supra*, nel testo); d'altra parte, che nel *dictum* di Pedio il termine '*obligatio*' alluda all'atto obbligante, anziché al rapporto obbligatorio (e rifletta, pertanto, l'analogo impiego nella definizione labeoniana), è assunto sulla base di due presupposti, e cioè il significato di '*conventio*' come consenso (p. 196 e 199 s.) e il significato di '*habere in se*' come 'avere al suo interno' (p. 16 e 199: solo di un atto, e non anche di un rapporto obbligatorio, potrebbe dirsi che abbia al suo interno il consenso), dei quali, però, il primo non può essere accolto, il secondo non è sicuro (potendo '*habere in se*' esprimere una prospettiva differente: *supra*, su nt. 36 e in nt. 54); ancora, la derivazione della disgiuntiva '*sive re sive verbis fit*' dalle parole labeoniane '*actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur*' (p. 199 ss.) postula l'accoglimento dell'idea che Pedio abbia riletto l'operazione teorico-sistematica di Labeone sostituendo alla categoria generale '*agere*' la categoria generale '*conventio*' (p. 201 s.): senonché, oltre al punto debole costituito dalla presupposta equiparazione *conventio*-consenso, la struttura stessa dell'af-

ed è la lettura congetturale che reputo, pur con l'insopprimibile quota di soggettività di ogni proposta interpretativa, meno arbitraria di fronte a ciò che degli originari ragionamenti di Ulpiano e di Pedio è stato conservato dai compilatori.

fermazione pediana porta a riferire la disgiuntiva non già all'elemento-'*conventio*', bensì a '*contractus*' e '*obligatio*' (cfr. anche il riferimento del medesimo verbo '*fit*' alla *stipulatio* nella frase '*nam et stipulatio – nulla est*', specie ove quest'ultima risalga a Pedio): e, ciò, ulteriormente, segna la distanza tra il '*sive verbis sive re*', che Labeone riferiva alla generalità dell'agire negoziale, compresi gli atti con effetti reali e gli atti con efficacia estintiva, e una disgiuntiva che, invece, Pedio circoscrive ai soli contratti e che nulla impedisce di immaginare, piuttosto, autonomamente concepita in relazione a concrete questioni concernenti la conclusione dei contratti riconducibili a quelle due aree (una possibile questione, legata al realizzarsi dell'*idem sentire*, si è congetturalmente suggerita in queste pagine), affrontate nell'originario, ignoto contesto pediano; che, infine, Pedio abbia deciso di esemplificare con un riferimento alla *stipulatio* – sempre che l'esemplificazione non si debba, invece, ad Ulpiano – è circostanza che, come si è appena detto nel testo (su nt. 61), può ad esempio agevolmente spiegarsi con il tradizionale rilievo che, nella riflessione giurisprudenziale, aveva il fenomeno del possibile scarto tra adesività della risposta e non uniformità di percezione e volontà tra *promissor* e *stipulator*, senza necessità di pensare ad una dipendenza dalla menzione labeoniana della *stipulatio* a proposito della categoria sistematica dell'*actus* (p. 202). A trattenermi, infine, dalla strada del coordinamento tra il pensiero dei due giuristi è stata, altresì, a monte, l'ulteriore circostanza che la stessa definizione labeoniana del *contractus*, che dovrebbe costituire un punto di riferimento fermo in relazione al quale valutare la posizione di Pedio, appare tutt'altro che incontroversa in relazione ad alcuni suoi elementi essenziali (contesto originario, significato delle parole '*ultra citroque*', assunzione di '*obligatio*' come atto o come rapporto: cfr. la discussione critica appositamente svolta, per il primo elemento, da G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II.1 *Requisiti delle actiones negotiorum gestorum*, Cassino 2003, 84 ss., e per gli altri due, da R. FIORI, '*Contrahere*' in Labeone, in *Carmina iuris. Mélanges en l'honneur de Michel Humbert*, Paris 2012, 311 ss.).

Finito di stampare nel mese di novembre 2019
nella Stampatre s.r.l. di Torino – Via Bologna, 220