

Bibli
Facoltà di
P
Univers
Fec

ARCHIVIO GIURIDICO

“ FILIPPO SERAFINI „

DIRETTO DA

A. C. JEMOLO

R. AGO - P. DE FRANCISCI - A. AMORTH - F. MESSINEO - C. G. MOR

COMITATO SCIENTIFICO

L. SPINELLI

G. Ambrosetti - E. Bussi - Alb. Candian - G. Cattaneo
G. Cottino - A. Dell'Oro - L. Ferri - A. Malintoppi
F. Mantovani - E. Minoli - G. Provera - G. Vignocchi

REDAZIONE

G. Berti - R. Bonini - R. Costi - G. Romanelli

8

SESTA SERIE, VOLUME XLIII -- FASCICOLO 1-2
DELL'INTERA COLLEZIONE VOLUME CLXXIV - FASCICOLO 1-2

S.T.E.M. - MUCCHI - MODENA

1968

"Dissensus sociorum"

1. La romanistica contemporanea (*) è notoriamente divisa circa la risalenza al diritto (preclassico e) classico del *contrarius consensus* come modo di scioglimento *iure civili* dei contratti consensuali (1). Sulle tracce del Siber (2), validamente appoggiato dal Grosso (3), la maggioranza degli studiosi la ammette (4), ma relegando all'età postclassico-giustiniana la concezione per cui esso si sarebbe riversato in reciproci *pacta de non petendo* (o in un unico *pactum ut discedatur*) tra le parti ed avrebbe operato *ipso iure* sopra tutto in forza del principio « *pacta conventa bonae fidei iudiciis inesse* ». Viceversa lo Stoll (5), ultimamente difeso dal Knütel (6), è dello avviso che la giurisprudenza classica ignorasse il principio dello scioglimento *ipso iure* (civili) dei contratti per *contrarius consensus* (7) e collegasse l'estinzione *ipso iure* della sola *emptio venditio*, o tutt'al più anche della *locatio conductio* (8), ad un *pactum ut abeat* operante *re integra* e inerente a titolo di *exceptio* all'*iudicium*

(*) Il presente articolo è destinato agli *Studi in onore di Edoardo Volterra*.

(1) Da ultimo: KNÜTEL, « *Contrarius consensus* », *Studien zur Vertragsaufhebung in röm. R.* (1968); Guarino, *Per la storia del « contrarius consensus »*, in *Labeo* 14 (1968) (e in *St. Petrocelli* 1969).

(2) SIBER, « *Contrarius consensus* » in *ZSS.* 42 (1921) 68 ss.

(3) GROSSO, *L'efficacia dei « pacta » nei « bonae fidei iudicia »*, in *SU.* 1 (1927) 29 ss.; da ultimo in *Il sistema romano dei contratti*³ (1963) 106 ss.

(4) Per tutti: BIONDI, *Istituzioni di dir. rom.*⁴ (1965) 428 s. Altre citazioni in KNÜTEL (nt. 1) 105 nt. 19.

(5) STOLL, *Die formlose Vereinbarung der Aufhebung eines Vertragsverhältnisses im röm. R.*, in *ZSS.* 44 (1924) 1 ss.

(6) KNÜTEL (nt. 1) *passim*. Altra bibliografia ivi 105 nt. 19.

(7) Il KNÜTEL (nt. 1) 116 ss. e *passim*, raccogliendo e sviluppando uno spunto del KASER (*RPÄ.* I [1955] 537), sostiene tuttavia che già Paolo, forse per influenza di qualche dottrina scolastica, tendeva ad individuare nel *contrarius consensus* delle parti un negozio civilistico autonomo che operava *ipso iure* anche al di fuori dell'*iudicium bonae fidei*. V. sul punto: GUARINO (nt. 1)...

(8) KNÜTEL (nt. 1) 120 ss. Ma v. GUARINO (nt. 1)...

bonae fidei relativo (9). A mia volta, ho cercato in altro scritto (10) di sostenere che i giuristi dell'età classica ebbero consapevolezza tanto del *contrarius consensus* civilistico, valevole per tutti i contratti consensuali e risalente con tutta probabilità già al periodo preclassico, quanto della prassi specifica, limitata all'*emptio venditio*, del *pactum ut abeat*: l'evoluzione postclassica altro non fece che generalizzare il secondo istituto e inquadrarlo entro le grandi linee del primo.

Un punto che resta da discutere in ordine all'accennata questione è quello relativo al *dissensus sociorum*. Di esso parlano per esplicito Paul. D. 17.2.65.3 e GE. 2.9.17, affermando che la sua efficacia è di *solvere* o *dissolvere societatem*. Gaio invece non sembra farvi riferimento (11). Altri testi della compilazione giustiniana parlano in generale, con riguardo quindi anche alla *societas*, di *solutio* dei contratti consensuali per *contrarius consensus*, e non per *dissensus* (12): unica eccezione è quella di Pomp. D. 46.3.80, ove si menziona il *contrarius dissensus* (13). Infine, tra i modi di *solutio societatis* Gaio e certi frammenti della compilazione indicano la *renuntiatio* del singolo socio, facendo sorgere il dubbio, e in taluni contesti la quasi certezza, che il *dissensus sociorum*, il *contrarius consensus* degli stessi, la loro *contraria voluntas* si identifichi appunto con essa (14).

Di qui i quesiti che passo ad enunciare. E cioè: a) se in materia di *societas* il *contrarius consensus* (o *dissensus*) *sociorum* sia stato mai identificato nella *renuntiatio unius socii*; b) se comunque la possibilità della *renuntiatio unius socii* escludesse, in materia di *societas*, la pratica utilità o addirittura la configurabilità del *dissensus* (o *contrarius consensus*) *sociorum*; c) se il *dissensus sociorum* fosse equivalente al *contrarius consensus* o avesse un regime totalmente o parzialmente diverso.

(9) Cfr. KNÜTEL, *Die Inhärenz der « exceptio pacti » im « bonae fidei iudicium »*, in *ZSS.* 84 (1967) 133 ss.

(10) GUARINO (nt. 1) ... ss.

(11) Gai 3. 151: *Manet autem societas eo usque, donec in eodem <con>sensu perseverant; at cum aliquis renuntiaverit societati, societas solvitur. rell.*

(12) Pap. D. 41.2.46, Paul. D. 50.17.153, Ulp. D. 50.17.35, Ner. D. 2.14.58, I. 3.29.4.

(13) Q. Muc. Pomp. D. 46.3.80. Sul testo: GUARINO (nt. 1) nt. 1 e 39, ove si aderisce alla tesi secondo cui *dissensus* è stato sostituito, per distrazione di scrittura, all'originario *consensu*.

(14) Sul punto, per un completo ragguaglio: GUARINO, « *Solutio societatis* », in *Labeo* 14 (1968) 139 ss. (e in *St. Grosso*, 1969).

Il tutto da vedersi, ovviamente, in prospettiva storica, per la eventualità che vi sia stata un'evoluzione (possibilmente da individuare) tra i tempi del riconoscimento del contratto di *societas* in Roma e quelli della compilazione giustiniana.

2. In ordine al primo quesito (se in materia di *societas* il *contrarius consensus*, o *dissensus sociorum* sia stato mai identificato nella *renuntiatio unius socii*), mi sia consentito richiamare, per brevità di discorso, i risultati di un altro mio studio (15). In esso mi è parso di riuscire a dimostrare che, contrariamente alle prime apparenze, alle quali si affida la *communis opinio* romanistica (16), la *renuntiatio unius socii* (e così pure la morte del socio, la sua *capitis deminutio*, il suo fallimento, l'esercizio dell'*actio pro socio* da parte sua) non dette affatto luogo, in diritto romano classico, alla *solutio societatis*, ma dette luogo soltanto allo scioglimento dei rapporti obbligatori tra il socio *de quo* e gli altri *socii*: la *solutio societatis* si verificava, come effetto riflesso, esclusivamente nell'ipotesi (la quale è proprio quella che costituisce il paradigma della trattazione gaiana dell'istituto) di una *societas* a due socii (17). Fu il diritto postclassico-giustiniano ad equivocare ed a ritenere (talvolta) sciolta la *societas*, e cioè estinti tutti i rapporti obbligatori da essa originati, anche per il venir meno di uno dei partecipanti di una *societas* a più socii (18). Il che dipese anche, a mio avviso (19), dal fatto che in età postclassica si andò profilando una concezione « entistica » della *societas* assolutamente estranea alla giurisprudenza preclassica e classica (20).

Posto che la *renuntiatio unius socii* non scioglieva di per sé, almeno in diritto classico, la *societas*, ne consegue che tra i modi di *solutio societatis* non poteva non esservi il *dissensus sociorum*. In caso diverso dovremmo ritenere che i *socii*, una volta posta in essere la *societas*, non potessero operare un ripensamento collettivo, ma fossero inevitabilmente tenuti (salvo a sottrarsi singolarmente alla *societas* mediante *renuntiatio*) a

(15) GUARINO (nt. 14) *passim*.

(16) Per tutti: KASER (nt. 7) 479 ss.

(17) Per la dimostrazione: GUARINO (nt. 14) 141 ss.

(18) Cfr. I. 3.25.5 in relazione a Paul. D. 17.2.65.10; GUARINO (nt. 14) 149 ss. V. anche GUARINO (nt. 14) 154 ss.

(19) GUARINO (nt. 14) 166 e nt. 136.

(20) V. invece WIEACKER, *Das Gesellschaftsverhältnis des klassischen Rechts*, in ZSS. 69 (1952) 310 ss.; KNÜTEL (nt. 1) 128 e nt. 26.

portare a compimento il fine sociale (21), oppure ad attendere che esso si rendesse impossibile (22), o infine ad aspettare fatalisticamente la morte di tutti (meno uno). Assurdo (23).

Ma prescindiamo pure, per maggior sicurezza di dimostrazione dalla tesi che la *renuntiatio unius socii* mancasse di effetto risolutivo della *societas*. Facciamo conto che tra i modi di *solutio societatis* si annoverasse la *renuntiatio* (24). Questo non implica che fosse esclusa la possibilità della *solutio* da *dissensus sociorum*. Anzi vi sono elementi testuali per ritenere con sicurezza che, comunque, il *dissensus sociorum* fu considerato, sia in età classica che in età postclassica, un modo autonomo di *solutio societatis*. L'esame di questi elementi ci permetterà di dare risposta al secondo dei quesiti propostici.

3. Va esaminato anzi tutto un lungo e ben noto frammento del commentario di Paolo *ad edictum*.

D. 17.2.65 (Paul. 32 ed.) 3: *Diximus dissensu solvi societatem: hoc ita est si omnes dissentiunt. quid ergo si unus renuntiet? Cassius scripsit eum qui renuntiaverit societati a se quidem liberare socios suos, se autem ab illis non liberare. quod utique observandum est, si dolo malo renuntiatio facta sit, veluti si, cum omnium bonorum societatem inissemus, deinde cum obvenisset uni hereditas, propter hoc renuntiavit: ideoque si quidem damnum attulerit hereditas, hoc ad eum qui renuntiavit*

(21) Si noti che il fine sociale poteva essere fissato *in perpetuum*, senza limitazioni nel tempo o negli scopi a realizzare. Cfr. Paul D. 17.2.1 pr.: *Societas coiri potest vel in perpetuum, [id est dum vivunt,] vel ad tempus, vel ex tempore, vel sub condicione*. E' pensabile che, in tale ipotesi (si supponga una *societas omnium bonorum* istituita per lo sfruttamento congiuntivo dei patrimoni dei socii), non vi fosse la possibilità per i socii di deliberare di comune accordo lo scioglimento?

(22) Si noti che la irrealizzabilità del fine sociale poteva annunciarsi, ad un certo punto, a tutti probabile, anche quando non fosse ancora sicura. E' pensabile che, in questa ipotesi, non vi fosse la possibilità per i socii di porre fine al rapporto societario prima che si verificassero tutti i pregiudizi implicati della irrealizzabilità dell'oggetto?

(23) Le difficoltà sopra accennate sarebbero state ridotte nell'ipotesi di una *societas in tempus coita* (per la quale v. *infra* nt. 50). La scadenza del termine, se anteriore alla morte dei socii, avrebbe posto fine al loro disagio. Comunque, l'opportunità di sciogliere la *societas* si sarebbe potuta delineare ai socii anche prima della scadenza del termine.

(24) Tale era certamente la situazione del diritto giustiniano. Si noti peraltro che, in diritto giustiniano, accanto alla *renuntiatio* esisteva, come causa di scioglimento della *societas*, anche il *dissensus sociorum*: retro nt. 12.

pertinebit, commodum autem communicare cogetur actione pro socio. [quod si quid post renuntiationem adquisierit, non erit communicandum, quia nec dolus admissus est in eo.] (25). 4: Item si societatem ineamus ad aliquam rem emendam, deinde solus volueris eam emere ideoque renuntiaveris societati, [ut solus emeris,] (26) teneberis quanti interest mea: sed si ideo renuntiaveris, quia emptio tibi displicebat, non teneberis, [quamvis ego emero,] (27) quia hic nulla fraus est: eaque et Iuliano placent. 5: Labeo autem posteriorum libris scripsit, si renuntiaverit societati unus ex sociis eo tempore, quo interfuit socii non dirimi societatem, committere eum in pro socio actione < m >: nam si emimus mancipia inita societate, deinde renunties mihi eo tempore, quo vendere mancipia non expedit, hoc casu, quia deteriore causam meam facis, teneri te pro socio iudicio. Proculus hoc ita verum ait, si [societatis] < socii > non interest dirimi societatem [: semper enim non id, quod privatim interest unius ex socii, servari solet, sed quod societati expedit]. haec ita accipienda sunt, si nihil de hoc in coeunda societate convenit. 6: Item qui societatem in tempus coit, eam ante tempus renuntiando socium a se, non se a socio liberat: itaque si quid compendii postea factum erit, eius partem non fert, at si dispendium, aequae praestabit portionem [: nisi renuntiatione ex necessitate quadam facta sit] (28). [quod si tempus finitum est, liberum est recedere, quia sine dolo malo id fiat.] (29).

L'esordio del paragrafo 3 (*Diximus-renuntiet*) non potrebbe essere più esplicito. Con riferimento ad una affermazione già fatta in precedenza (*diximus*) e che nella compilazione di D.

(25) Per la dimostrazione: GUARINO (nt. 14) nt. 49. Ivi la precedente letteratura e la difesa del resto del paragrafo 3.

(26) Inutile ripetizione. Diversamente BESELER, in ZSS. 45 (1925) 466, che salva questa proposizione ed espunge (a causa dell'*ideoque*) la frase *solus ideoque*. Cfr. anche: MEDICUS, « *Id quod interest* » (1962) 200 e nt. 12.

(27) Cfr. BESELER (nt. 26), senza motivazione (forse a causa del *quamvis* con l'indicativo). A mio avviso, l'inciso della *fraus* rompe la fluidità della frase *sed si ideo - fraus est* ed è ultroneo. E' ovvio che la questione, relativamente al socio che abbia effettuato la *renuntiatione* perchè contrario alla compera, si ponga anche nel caso che l'altro socio abbia già comprato. Comunque, qui il problema è se la *renuntiatione* sia dolosa, non se l'altro socio abbia comprato o meno.

(28) WIEACKER (nt. 20) 315. Esagerato BESELER, *Beitr.* 3.70, 144, che espunge *at si - fin.* (cfr. KRÜGER, *Suppl.*), per motivi essenzialmente formali.

(29) WIEACKER (nt. 28) e BESELER (nt. 28). Sembra evidente la stessa mano che nel § 3 ha inserito *quod si - fin.*: retro nt. 25.

17.2 non è stata trascritta (30), Paolo afferma che la *societas* si scioglie per *dissensus sociorum*: vedremo in seguito il valore da conferire a *dissensus* (31). Anche ad ammettere che *hoc ita est - dissentiant* sia una glossa (32), il valore della affermazione non cambia. Ed è importante che la proposizione interrogativa che segue (*quid ergo si unus renuntiet?*) pone il problema se ed in quale misura anche la *renuntiatione unius socii* abbia, sia in ordine alla società a due che in ordine alla società a più soci, la efficacia di sciogliere la *societas*. Dal che si deduce *ab initio* che, anche ad ammettere tale efficacia, la *renuntiatione* è tuttavia cosa diversa dal *dissensus*, non va confusa con esso e non lo supplisce. Intendere il *dissensus sociorum* come *renuntiatione omnium* (33) è, in altri termini, un equivoco che non si può attribuire a Paolo, anche se è probabile che non sia stato estraneo a Giustiniano (34).

A conferma di quanto sopra, si prenda atto altresì dell'affermazione che Paolo fa nell'ultimo periodo del paragrafo 5: *haec ita accipienda sunt, si nihil de hoc* (sc. *de renuntiatione*) *in coeunda societate convenit* (35). Tutta la dottrina sulla *renuntiatione* (dolosa o intempestiva) (36) vale se ed in quanto non si sia pattuito (*in continenti*) diversamente. Da D. 17.2.14 apprendiamo che si può anche convenire tra i soci *ne intra certum tempus abeat* (37): Ulpiano (30 *Sab.*) cita l'opinione di Pomponio circa l'inutilità del patto e vi aggiunge di suo che,

(30) *Diximus* è sicuramente di Paolo: KNÜTEL (nt. 1) 124 nt. 3.

(31) *Infra* n. 5.

(32) In questo senso KNÜTEL (nt. 1) 126, che salva *diximus - societatem*. Ma il sospetto del KNÜTEL si basa sul presupposto errato che sia sufficiente a sciogliere la *societas* il *dissensus* (nel senso di *renuntiatione*) anche di un solo *socius*.

(33) Così Cirillo, sch. B. 12.1.63 (H. 1.744 = Sch. B II 511): 'Εάν πάντες ἀπαγορεύσωσιν οἱ κοινωνοί, λύεται ἡ κοινωνία.

(34) Nello stesso senso è inteso dai compilatori Call. D. 17.2.64 (*Itaque cum separatim socii agere coeperint et unusquisque eorum sibi negotietur, sine dubio ius societatis dissolvitur*), che è da essi concatenato ad Ulp. D. 17.2.63.10 (... *voluntate distrahitur societate renuntiatione*): v. tuttavia, sia pure in senso vario, ARANCIO-RUIZ, *La società in dir. rom.* (1950) 151 nt. 2, GUARINO (nt. 14) 64, KNÜTEL (nt. 1) 126 nt. 20.

(35) La dichiarazione, si badi, è di Paolo, non di Proculo, al cui discorso non è sintatticamente ricollegabile. Paolo con essa conclude tutta l'esposizione precedente, in ordine sia al recesso doloso che al recesso intempestivo.

(36) Sulla quale *infra* n. 4.

(37) D. 17.2.14 (Ulp. 30 *Sab.*): *Si convenerit inter socios, ne intra certum tempus communis res dividatur, non videtur convenisse, ne societate abeat, quid tamen si hoc convenit, ne abeat [an valeat]? eleganter*

anche se il patto sussiste, possono tuttavia esservi ragioni eccezionali di *renuntiatio ante tempus* (38). Sia come sia, certo è che la valvola della *renuntiatio* non ha un funzionamento equiparabile a quella del *dissensus sociorum* perchè il *dissensus*, come vedremo meglio a suo tempo (39), non subisce limitazioni di sorta (è inconcepibile pattuire che non sia ammesso dissentire) mentre la *renuntiatio* di limitazioni pattizie può invece subirne.

4. Vediamo ora più da vicino la dottrina sulla *renuntiatio*, quale risulta dal frammento D. 17.2.65. 3-6. Per nostra fortuna, il discorso è notevolmente più articolato e vario della sintesi semplificatrice che si trova in Gai 3.151 (40), di cui ho (ripeto) cercato di dimostrare altrove il riferimento esclusivo al paradigma della *societas* a due *socii* soltanto (41). Paolo espone il problema della *renuntiatio* in ordine all'ipotesi di una *societas* a due o più *socii* (42). Appunto perciò egli, a differenza di Gaio, non parla di *solutio societatis* (che è effetto riflesso della *renuntiatio* in una *societas* a due) ed usa la terminologia *dirimi*

ter Pomponius scripsit frustra hoc convenire nam et si non convenit, si tamen intemptive renuntietur societati, esse pro socio actionem, sed et si convenit, ne intra certum tempus societate abeat, et ante tempus renuntietur, potest rationem habere renuntiatio. rell.

(38) Per i problemi critici sollevati dal passo (e dai successivi fr. 15 e 16) cfr., da ultimo: VON OVEN, « *Societas in tempus coita* », in *St. Arancio-Ruiz* 2 (1953) 456 ss., 462 s.; BREONE, « *Consortium* » e « *communio* », in *Labeo* 6 (1960) 196 e nt. 84; ivi bibliografia precedente. A mio avviso, non vi è motivo per contestare la genuinità del testo sino al punto in cui esso è stato riprodotto *retro* nt. 37. Forse interpolato è solo *an valeat*. Il problema non è se il *pactum ne abeat* valga o non valga, sia valido o nullo (la sua validità è implicitamente affermata dal periodo iniziale, che si suole attribuire giustamente a Sabino), ma se sia praticamente utilizzabile o meno: lo contesta, con un'argomentazione paradossale, Pomponio (*elegantèr - actionem*); non lo contesta Ulpiano (*sed et - renuntiatio*), anche se ha cura di segnalare la possibilità di sottrarsi eccezionalmente ad esso.

(39) *Infra* n. 5.

(40) *Retro* nt. II. Il passo così continua: *sed plane, si quis in hoc renuntiaverit societati, ut obvniens aliquod lucrum solus habeat, veluti si mihi totorum bonorum socius, cum ab aliquo heres esset relictus, in hoc renuntiaverit societati, ut hereditatem solus lucri faciat, cogetur hoc lucrum communicare; si quid vero aliud lucri fecerit, quod non captaverit, ad ipsum solum pertinet. mihi vero quidquid omnino post renuntiatam societatem acquiritur, soli conceditur.*

(41) GUARINO (nt. 14) 143 ss.

(42) *Si omnes dissentiant... socios suos... ab illis...*

societatem solo quando riferisce il pensiero (e presumibilmente anche le parole) di una tesi che Labeone e Proculo hanno esposto con riferimento a fattispecie di società bilaterali (43).

L'insegnamento del testo paolino, se non erro, è questo. Di regola, giusta quanto affermato da Cassio nel § 3, la *renuntiatio* di un socio libera gli altri soci da ogni ulteriore obbligo verso di lui, ma non libera lui dalle sue obbligazioni verso i consoci: dunque, non solo la *societas* a più *socii* continuerà negli altri soci (44), ma la stessa società con il socio recedente continuerà limitatamente agli impegni che egli è tenuto ad assolvere *ex fide bona* (45). Naturalmente la giurisprudenza romana ha discusso circa i limiti da assegnarsi alla *bona fides* contrattuale e sarebbe interessante approfondire l'argomento, se non fosse un fuor d'opera ai fini del nostro studio (46). Basta qui rilevare per sommi capi che, stando sempre al testo di Paolo: a) i consoci non devono subire le conseguenze di un recesso fraudolento, cioè volutamente in loro pregiudizio (47); b) il recedente è pertanto tenuto a mettere in comune con i consoci i guadagni in vista dei quali, per lucrarli lui solo, egli ha proceduto ad una preventiva *renuntiatio* (48); c) se la società è stata convenuta a termine (49), si applica lo stesso regime per il solo fatto che

(43) Cfr. D. 17.2.65.5.

(44) GUARINO (nt. 14) 147 s. e nt. 48 e 49.

(45) Lo si deduce, nel testo in esame, dal fatto che la *liberatio* è limitata, per effetto della *renuntiatio* di un socio, alle sole situazioni attive del recedente. In ordine alle situazioni passive di lui (e cioè ai rapporti *ex societate* di cui quelle situazioni sono espressione), la *liberatio* del recedente (e cioè l'estinzione dei rapporti *ex societate* di cui sopra) non si verifica se la *renuntiatio* è dolosa o intempestiva.

(46) Sul punto, per tutti: ARANCIO-RUIZ (nt. 33) 188 ss.

(47) Cfr. i § 3 e 4 e v. *retro* nt. 25-27.

(48) Cfr. § 3 i.f. (*ideoque si quidem damnum attulerit hereditas, hoc ed eum qui renuntiavit pertinebit, commodum autem communicare cogetur actione pro socio*): i lucri devono essere conferiti ai consoci non a titolo di responsabilità per l'avvenuta *solutio societatis*, ma a titolo di esecuzione (che potrà essere pretesa, in ipotesi di inadempimento, con l'*actio pro socio*) dei rapporti *ex societate* ancora in vita. Questo passo, se non vado errato, illumina il senso di Gai 3.151 (nt.40), la cui formulazione è indubbiamente ambigua. Sulla piena possibilità di esercitare l'*actio pro socio* in costanza di società, allo scopo di ottenere l'adempimento delle prestazioni dovute: GUARINO (nt. 14) 158 ss.

(49) Cfr. § 6, su cui *retro* nt. 28-29 e *infra* nt. 50. L'ipotesi della *societas in tempus coita* è equiparata dall'ARANCIO-RUIZ (nt. 33), 151 s., a quella della *societas* con *pactum ne intra certum tempus abeat*, di cui parla Paul. D. 17.2.14 (nt. 37 e 38). Osservazione praticamente esatta, purchè si tenga presente che, in una società a più *socii*, l'apposizione di un

la *renuntiatio* è stata fatta prima della scadenza (50); d) se la società non è stata convenuta a termine, ma è implicito in essa che non la si possa alterare (e tanto meno sciogliere) prima di un certo tempo o di una certa operazione (51), del pari il socio recedente non è liberato dal lato passivo, sicchè, se la sua intempestiva rinuncia pregiudica l'altro socio (o gli altri soci) (52), egli sarà tenuto con l'*actio pro socio* (53).

E' quanto basta per concludere, in risposta al secondo dei quesiti propostici, che la possibilità della *renuntiatio unius socii* non escludeva nè la configurabilità del *dissensus* (o *contrarius consensus*) *sociorum*, nè la sua pratica utilità.

5. Resta pertanto da affrontare il terzo quesito: se il *dissensus sociorum* fosse equivalente al *contrarius consensus*, o

termine riguardava necessariamente tutti i soci (i quali erano tutti impegnati a non *renuntiare* prima della scadenza), mentre un *pactum ne intra certum tempus abeat* poteva anche riguardare singoli soci. V. anche GUARINO (nt. 14) 147 nt. 48.

(50) Il VAN OVEN (nt. 38) 453 ss. ritiene il testo totalmente alterato perchè in contraddizione con D. 17.2.17.2 (Paul. 6 Sab.): *In societate autem coeunda nihil attinet de renuntiatione cavere [eundem], quia ipso iure societatis intempestiva renuntiatio in aestimationem venit*. Posto che il passo sia genuino (per i sospetti su di esso, da ultimo: BESELER, *Unklassische Wörter*, in ZSS. 56 [1948] 323) e posto che Paolo non potesse contraddirsi dai libri ad *edictum* a quelli ad *Sabinum* (ove la frase in *societate coeunda rell.* potrebbe anche essere un lemma di Sabino), io mi domando se *cavere de renuntiatione* significa *pacisci de renuntiatione* (come suggerisce B. 12.1.17.2, che, oltre tutta, traduce per il resto assai male il passo: οὐδὲν δεῖ σφραγίστην per *nihil attinet cavere, κατὰ φύσιν τῆς κοινωνίας* per *ipso iure societatis*). A mio avviso, il senso del testo paolino era questo: è inutile aggiungere al contratto di *societas* una *cautio* per l'ipotesi di *renuntiatio* intempestiva, perchè la *renuntiatio* intempestiva viene presa in considerazione *ipso iure* nell'*aestimatio litis*. Comunque, anche a non tener per buona questa interpretazione, va opposto al van Oven che l'inutilità pratica del *pactum ne intra certum tempus abeat* non implica l'impossibilità di apporlo al contratto sociale, e in ogni caso (per le ragioni addotte *retro* nt. 49) non esclude l'apponibilità al contratto di un termine.

(51) Cfr. § 5.

(52) Si ricordi che Labeone e Proculo basano il loro discorso sull'ipotesi concreta di una *societas* a due soci: *retro* nt. 43.

(53) Nel § 5 la critica ha giustamente attaccato l'attuale formulazione del pensiero di Proculo, là ove si parla di un interesse della *societas* (e non dell'altro socio) a non *dirimere* la *societas*: v. *Index itp. ahl.* (con particolare riguardo alla dimostrazione del Riccobono), nonché POCCHI, *Il contratto di società in d. rom.* 2 (1934). Condivido la tesi, ma non vedo perchè debba giungersi, sulle tracce del Riccobono, al punto di espungere *si societati - accipienda sunt*, con l'effetto di attribuire arbitrariamente a Proculo quella che è l'opinione (*si nihil de hoc rell.*) di Paolo.

avesse un regime totalmente o parzialmente diverso. La *communis opinio* non dubita della equivalenza di *dissensus (sociorum)* a *contrarius consensus* (54), e conforta forse taluno in questo convincimento il *contrarius dissensus* che si legge in Pomp. D. 46.3.80 (55). Ma in quest'ultimo testo è evidente che ci troviamo di fronte ad un errore di trascrizione (per *contrarius consensus*) (56), sicchè nel Knütel (57) è sorto il convincimento che *dissensus* in materia di *societas* abbia soltanto il senso di « venir meno del *consensus perseverans* tra i soci » (58). Se ciò è vero, sempre secondo il Knütel, il *dissensus sociorum* non può essere stato concepito come un negozio estintivo della *societas*, ma solo come un dato di fatto, cioè come l'evento (provocato dalle *renuntiationes* dei soci) che rende impossibile il permanere dei rapporti sociali (59).

Si potrebbe, in linea astratta, contestare questo ragionamento col rilievo che il *contrarius consensus*, anche se non operava *ex tunc* (60), tuttavia aveva, a differenza della *renuntiatio*, la funzione di eliminare la *societas* in tutte le obbligazioni da essa nascenti e non soltanto nelle obbligazioni ancora da assolvere (61). Ma, a parte il fatto che questa obiezione si baserebbe sul discutibile presupposto che il *contrarius consensus* fosse possibile solo *re integra* (62), sarebbe lecito opporre che la equivalenza di *dissensus* a *contrarius consensus*, almeno entro certi li-

(54) Per tutti: BERGER, *Dict.* (1953) sv. « *contrarius consensus* » e « *dissensus* ». Con riferimento a D. 17.2.65.3, v. inoltre i citati da KNÜTEL (nt. 1) 125 nt. 13. Sulla problematica complessa del *dissensus* e del *dissentire*, da ultimo: CANCELLI, sv. *Dissenso* (profilo storico), in *ED.* 13 (1964) 235 ss.

(55) Pomp. D. 46.3.80: ... *aeque cum emptio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest.*

(56) *Retro* nt. 13. Sul testo: KNÜTEL (nt. 1) 10 ss.

(57) KNÜTEL (nt. 1) 125 ss.

(58) Con riferimento a Gai 3.151 (nt. 11) e ad altri testi (Gai 3.153, GE. 2.9.17, Pomp. D. 17.2.37, Diocl. CI. 4.37.5, I. 3.2.25.4), il KNÜTEL (nt. 57) precisa: « Das hatte seinen guten Sinn, denn im Unterschied zum Kauf hat die *societas* über den Abschlusskonsens hinaus den sog. Dauerkonsens zur Voraussetzung ».

(59) KNÜTEL (nt. 1) 127.

(60) SIBER (nt. 2) 71, s.

(61) SIBER (nt. 2) 711.

(62) I testi relativi al *contrarius consensus* parlano di *res adhuc integra* solo in quanto vogliono sottolineare che l'eliminazione radicale della *societas* deve obbedire a quest'ovvio presupposto. Essi non escludono affatto che le parti possano anche ad esecuzione iniziata eliminare *contrario consensu* quanto resta da eseguire del negozio.

miti (63), è un *quid demonstrandum*, non una verità incontestabile. Si potrebbe allora, in linea concreta, contestare il ragionamento del Knütel col rilievo che, se è vero (come è vero) che la *renuntiatio* del socio non scioglieva nemmeno *re adhuc integra* la *societas* (64), il *dissensus* non può essere qualificato come l'effetto delle *renuntiationes sociorum*. Ma è chiaro che la più valida risposta circa il contestato carattere negoziale del *dissensus sociorum* non può che venire dall'analisi dei testi: Paul. D. 17.2.65.3 e GE. 2.9.17.

In D. 17.2.65.3 (Paul. 32 ed.) (65) la parte che qui ci interessa è quella iniziale: *Diximus dissensu solvi societatem: hoc ita est, si omnes dissentiant*. Il passo è stato attaccato da molti autori (66), sopra tutto nell'uso del termine *dissensus* (67) e nella esplicazione *hoc dissentiant* (68). Il Knütel salva la prima parte con buoni argomenti (69), ma condanna la seconda (*hoc rell.*) (70) ed appunto per ciò fa leva su Paul. D. 17.2.65.3 a sostegno della sua tesi. Tuttavia io credo di dover qui confermare la mia difesa dell'intero contesto (71). Ed infatti: *diximus - societatem* non può essere attribuito ai compilatori dei *Digesta*, o anche ad un possibile (e presumibile) compilatore pregiustiniano della « catena » tra Ulp. D. 17.2.63 e Paul. D. 17.2.65 (72), non solo e non tanto perchè *diximus* risponde allo stile di Paolo, quanto e sopra tutto perchè in D. 17.2.63.10 si legge che la società *solvitur... ex voluntate* e che la *solutio ex voluntate* si verifica per effetto della *renuntiatio* (73): proprio sulla base di un rilievo di questo tipo taluni ritengono, peraltro del tutto arbitrariamente, che *dissensu* sia stato sostituito da Giustiniano a *consensu*, oppure a *voluntate* (74). Ma andiamo avanti. Anche l'esplicazione *hoc - dissentiant* non può essere adiettizia, ma deve essere, sino a prova

(63) Per verità, l'onore della prova dovrebbe incombere su chi sostiene che *dissensus* non equivalga a *contrarius consensus*.

(64) Lo abbiamo visto *retro* n. 4.

(65) Riportato *retro* n. 3.

(66) STOLL (nt. 5) 14 nt. 1, 22; BESELER, in ZSS. 45 (1925) 466; WICKACKER, « Societas ». *Hausgemeinschaft und Erwerbsgemeinschaft* (1936) 288 nt. 1; SOLAZZI, *Sul recesso del socio*, in *Iura* 2 (1951) 152.

(67) WICKACKER, (nt. 66) restituisce *consensu*; SOLAZZI (nt. 66) restituisce *voluntate*.

(68) *Retro* nt. 66.

(69) KNÜTEL (nt. 1) 124.

(70) KNÜTEL (nt. 1) 124 ss.

(71) GUARINO (nt. 14) 148 nt. 49.

(72) GUARINO (nt. 14) 156 nt. 89.

(73) D. 17.2.63. 10... *voluntate distrahitur societas renuntiatione*.

(74) *Retro* nt. 67.

contraria, ritenuta genuinamente paolina: infatti, se per i compilatori giustinianeî la *renuntiatio* era, come pare (75), di per se sola, anche se fatta da un solo socio, causa di *solutio societatis*, è evidente che essi avrebbero chiosato il *diximus - societatem* dicendo che anche un sol socio può dissentire e passando poi, sulle tracce di Paolo, a spiegare gli effetti di questa rinuncia solitaria (76); se i compilatori giustinianeî avessero voluto in questo punto distinguere tra gli effetti della *renuntiatio omnium sociorum* e quelli della *renuntiatio unius socii* (77), essi avrebbero scritto *hoc ita est, si omnes renuntiant*, salvo a chiarire in prosieguo i limiti posti alla *renuntiatio unius socii*. Dunque, essendo escluso che i compilatori giustinianeî abbiano potuto parlare di *dissensus (omnium)* in luogo di *renuntiatio omnium sociorum*, la chiosa *hoc - dissentiant* o è scaturita da un'annotazione postclassica (78) oppure è proprio di Paolo. Ma perchè mai non sarebbe genuina? Secondo il Knütel (79), perchè *dissensus* si dice anche per l'ipotesi che una sola parte dissentisca dalle altre. Ora ciò è vero (80), tuttavia proprio per questo *hoc - dissentiant* è espressione giudiziosa e acuta di un insegnamento in tutto degno di Paolo. Questi, conscio dell'ambiguità del termine *dissensus*, ha lucidamente precisato che, in materia di *societas*, per *dissensus* va inteso il *dissensus omnium sociorum*.

Stabilita l'autenticità di tutto il periodo *diximus - dissentiant*, se ne può finalmente apprezzare il valore. La *societas* era caratterizzata da un *consensus perseverans*, nel senso che essa rimaneva in vita sin quando durasse il *consensus omnium: manet autem societas eo usque, donec in eodem consensu perseverant* (81). Questa caratteristica della *perseverantia consensus* può aver spinto i giuristi classici, o il solo Paolo, a parlare di *dissensus*, cioè di fine del *consensus sociorum* (82), allorquando la *societas* si sciogliesse *ex voluntate so-*

(75) *Retro* nt. 72.

(76) Es.: *Si unus renuntiet, Cassius scripsit eum a se quidem liberare socio suos, se autem ab illis non liberare*.

(77) Cfr. in questo senso Cirillo, sch. B. 12.1.63 (H. 1.774 = Sch. B II 511).

(78) Così andrebbe, se mai, modificata la teoria del Knütel.

(79) KNÜTEL (nt. 1) 125 s.

(80) Cfr. Mod. D. 40.5.14: *Modestinus respondit Seiae dissensum nullius esse momenti*. Ma non è sempre così: cfr. CTh. 3.16.2 (Hon. Theod. Const., a. 421): *Quod si matrimonium solo maluerit separare dissensu (sc. vir) rell.*

(81) Gai 3.151 (nt. 11).

(82) *Dissensus* si incontra solo in D. 17.2.65.3, D. 40.5.14 (nt. 80), CTh. 3.16.2 (nt. 80), D. 46.3.80 (nt. 13 e 55), GE. 2.9.17 (n. 6).

ciorum. Ma si trattò evidentemente solo di una questione di parole, solo di un sinonimo usato in luogo di *contrarius consensus*; e Paolo lo mette in luce quando dice che occorre il *dissensus* di tutti i *socii*, affinché la *societas* si estingua. La *solutio societatis*, dunque non è per il giurista classico l'effetto immediato della *renuntiatio* o delle *renuntiationes sociorum*, perchè in questo caso sarebbe bastata la *renuntiatio* di tutti i *socii* meno uno oppure, secondo la *communis opinio*, la *renuntiatio* anche di un sol socio (83): essa è invece l'effetto immediato di un atto giuridico cui devono partecipare tutti i *socii*, nessuno eccettuato, cioè l'effetto del *dissensus sociorum*. Se questo atto, e più precisamente questo negozio, non si concretizza in un *consensus in idem placitum*, vale a dire nel *contrarius consensus*, la *solutio societatis* non ha luogo.

6. Indubbiamente la distinzione tra l'ipotesi del *dissensus sociorum* e quella della *renuntiatio unius socii*, sopra tutto in una *societas* a due parti, è sottile. Tanto più sottile, e quasi evanescente, quando si ritenga che anche la *renuntiatio* di un sol socio può determinare (sia pure indirettamente) la *solutio societatis*. Si spiega quindi che qualche autore moderno possa non averla colta e che, prima di lui, non l'abbia colta l'epitomatore di Gaio.

GE. 2.9.17: *Permanet autem inita societas, donec in ipso consensu socii perseverant; quia, sicut consensu contrahitur, etiam dissensu dissolvitur. dissolvitur ergo societas aut morte unius socii, aut contraria voluntate, aut capitis diminutione, id est, si unus ex sociis, sicut frequenter supra diximus, capite fuerit diminutus.*

L'epitomatore gaiano, dopo aver fedelmente parafrasato il primo periodo di Gai 3.151 (da *solvitur* a *permanet*), ha ritenuto opportuno commentarlo col periodo *quia - dissolvitur*, onde poi passare a riassumere in pochissime battute tutte le cause di *solutio societatis* di cui in Gai 3.151-153. Che cosa si intende nel suo linguaggio per *dissensus*? La prima risposta che viene alla mente è che si tratti, come per Paolo, del *contrarius consensus sociorum* (84); ma, a meglio riflettere, ciò non è possibile perchè l'*ergo* del successivo periodo (*dissolvitur ergo societas*

(83) *Retro* n. 2 e nt. 16.

(84) Così KNÜTEL (nt. 1) 131 s., che però svalorza la portata del testo in considerazione della sua origine postclassica.

rell.) farebbe dire, a titolo di conseguenza, che ipotesi di *contrarius consensus* sono, oltre la *contraria voluntas* (85), anche la morte e la *capitis deminutio* del socio (86). Né *dissensus* può significare *renuntiatio socii* (o *sociorum*) perchè la *renuntiatio* è implicata dal successivo *contraria voluntate* (87) e perchè l'*ergo* continua a far difficoltà alla logica del periodo. La spiegazione più attendibile, pertanto, è che con *dissensus* l'epitomatore di Gaio non abbia inteso un negozio giuridico di scioglimento della *societas* (fosse esso il *contrarius consensus* o fosse invece la *renuntiatio*), ma la fattispecie della sopravvenuta mancanza di consenso tra i *socii*: mancanza del necessario alimento del *consensus perseverans* che effettivamente può aversi sia per *contraria voluntas* che (a maggior ragione) per morte o *capitis deminutio* di un socio (88). GE. 2.9. 17, insomma, non prova affatto che *dissensus* fosse uguale a *contrarius consensus* per i postclassici (89), ma prova, se mai, che l'epitomatore di Gaio non intendeva il termine *dissensus* come negozio risolutivo della *societas* (90). D'altro canto la *contraria voluntas* di GE. 2.9.17 include certamente la *renuntiatio unius socii* (91), ma non esclude il *contrarius consensus* (92).

7. E allora, ciò posto, che cosa rimane a sostegno della tesi che la *societas* non andasse sciolta in età classica per *contrarius consensus*, vale a dire per *dissensus sociorum*? Rimangono solo il silenzio di Gai 3.151 in ordine al *contrarius consensus* e il parallelo che molti sogliono fare tra *societas* e *matrimonium*. Due argomenti davvero assai deboli, se non addirittura inconsistenti: perchè il silenzio di Gaio in ordine al *contrarius consen-*

(85) Da intendersi (ancora) come *contrarius consensus*, o come *renuntiatio*? Nel secondo senso: KNÜTEL (nt. 1) 132.

(86) Del tutto incredibile è, a mio avviso, la tesi che *ergo* non abbia nel testo postclassico il suo consueto significato: KNÜTEL (nt. 1) 132 nt. 53.

(87) Cfr. GE. 2.9.19, in materia di mandato.

(88) Lo schema del pensiero dell'epitomatore postclassico è, in altri termini, questo: a) *societas* significa *consensus perseverans sociorum*; b) *solutio societatis* significa fine di quel *consensus*, cioè *dissensu sociorum*; c) cause della *solutio societatis*, e cioè del *dissensus sociorum*, sono la morte, la *capitis deminutio*, la *renuntiatio* di un socio.

(89) Comunque, non è detto che i postclassici abbiano pensato diversamente da Paolo.

(90) Quindi, se si volesse argomentare e *contrario* del testo postclassico, dovremmo dire che *dissensus* nel significato di *contrarius consensus* è classico.

(91) *Retro* nt. 87.

(92) BOYER, in *RH.* 10 (1931) 132 s.

sus (e non solo in tema di *societas*, ma nella trattazione di tutti e quattro i contratti consensuali) è più che ampiamente giustificato dal fatto che Gaio parla qui solo di modi specifici di *solutio societatis* e degli altri contratti consensuali (93); e perchè il parallelo col *matrimonium* classico, che oltre tutto vale solo per la *societas* a due soci, non implica necessariamente che la *societas* dovesse essere regolata come il *matrimonium*, ma potrebbe anche implicare l'inverso (94).

Tolte facilmente di mezzo anche queste ultime argomentazioni, resta confermato che il *dissensus* (o *contrarius consensus*) *sociorum* fu un negozio estintivo dei rapporti sociali sin dalla età preclassica e classica.

(93) Se mai, può sorprendere che Gaio non parli del *contrarius consensus* in 3.168 ss., là dove tratta dei modi di estinzione della *obligatio*.

(94) Sulla concezione del *matrimonium* classico secondo il mio punto di vista: GUARINO, *DPR.*^o (1966) 526 ss.