

PER LA STORIA DEL « CONTRARIUS CONSENSUS »

1. — Il quadro delle fonti giustiniane in ordine al *contrarius consensus* è, nella sua varietà, piuttosto sconcertante¹. È chiaro che confluiscono nella configurazione giustiniana dell'istituto due filoni distinti di pensiero: da un lato, la concezione del *contrarius consensus* come *actus contrarius* del contratto consensuale²; dall'altro, la concezione di esso come *pactum ex intervallo*, intervenuto tra le parti del contratto per eliminare quest'ultimo *in toto* o anche soltanto in parte³. Dato che *pacta conventa insunt bonae fidei iudiciis*⁴, l'effetto è sempre quello dell'estinzione *ipso iure* del contratto, subordinatamente al presupposto che esso non sia stato ancora messo in esecuzione⁵. Tuttavia un primo dubbio, ben noto ai pandettisti, è se questo effetto si produca *ex tunc* (come porterebbe a ritenere la concezione dell'*actus contrarius*) o se esso si produca *ex nunc*, cioè dal momento del patto di scioglimento (come porta a ritenere la concezione del *contrarius consensus* appunto come *pactum*)⁶. E un secondo dubbio assai più importante è

* In *Labeo* 14 (1968) 271 ss.

¹ Terminologia: *contrarius consensus* (Paul. D. 18.5.3; Ulp. D. 50.17.135), *contraria voluntas* (Gord. CI. 4.45.1; I. 3.29.4), *contrarius dissensus* (Pomp. D. 46.3.80: ma probabilmente *dissensu* è stato sostituito, per distrazione di scrittura, a *consensu*: da ultimo, VOCI, *La dottrina romana del contratto* [1946] 80 nt. 2), *consensus* (Ner. D. 2.14.58; Diocl. CI. 4.45.2; cfr. Gord. CI. 4.45.1), *dissensus* (Paul. D. 17.2.65.3; GE. 2.9.17: ambedue in tema di *societas*). Inoltre: *pactum, pactio* (Pomp. D. 18.5.1; Paul. D. 2.14.27.2; Ulp. D. 2.14.7.6; Diocl. CI. 4.45.2), *conventio* (Ner. D. 2.14.58; Iul. D. 18.5.1; Pomp. D. 18.5.2; cfr. anche Pap. D. 46.3.95.12; Ulp. D. 19.1.11.6).

² Cfr. spec. D. 46.3.80 e I. 3.29.4.

³ Cfr. spec. D. 2.14.7.5.

⁴ Cfr. spec. D. 2.14.7.5-6 e D. 18.5.3.

⁵ Cfr. ad es. D. 2.14.58; D. 18.5.3.1 e 3; I. 3.29.4.

⁶ Per la retroattività, cfr. spec. D. 18.5.2 (*infectum fieri*) e D. 46.3.95.12 (*so-*

altresí, sempre in funzione delle due diverse concezioni sopra individuate, se il *contrarius consensus* possa essere fatto valere in via di azione o soltanto in via di resistenza a mo' di eccezione nei confronti dell'azione contrattuale promossa dalla controparte⁷.

Lasciamo pure da parte il problema della costruzione « dogmatica » del *contrarius consensus* in diritto giustiniano: problema la cui soluzione evidentemente dipende dalla prevalenza (e dal grado di prevalenza) da accordarsi all'una o all'altra concezione testimoniata dalle fonti⁸. Certo è che le due concezioni non possono essersi formate insieme e in correlazione tra loro, ma che di esse l'una è presumibilmente piú antica e l'altra deve essere sopravvenuta successivamente, per qualche motivo da indagare. In sede di ricostruzione storiografica, e con riferimento a tutto l'arco di tempo che va dall'età preclassica a Giustiniano, il problema del *contrarius consensus* si traduce pertanto nei seguenti quesiti: *a*) se sia sorta prima la concezione dell'*actus contrarius* e poi quella del *pactum ex intervallo*, o viceversa; *b*) quando sia sorta l'una concezione e quando sia sopraggiunta l'altra; *c*) perché si sia prodotta la concezione piú tarda e in che modo essa si sia armonizzata con la concezione originaria.

2. — Per dare risposta ai quesiti di cui sopra, la romanistica contemporanea ha ragionato, a tutt'oggi, in termini (direi troppo angusti) di contrapposizione tra diritto classico e diritto postclassico, appiattendolo generalmente quest'ultimo nel diritto della compilazione giustiniana. Gli orientamenti ricostruttivi da considerare sono, in buona sostanza, tre⁹.

luto contractu), su cui CZYHLARZ, *Zur Lehre von der Resolutivbedingung* (1871) 31 ss. V. *infra* nt. 44.

⁷ Per l'operatività a mo' di eccezione, cfr. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht* 2 (1884) 471 ss.; WINDSCHEID-KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts* 2^o (1906) 524 nt. 5.

⁸ A mio avviso, non può esservi dubbio che per diritto giustiniano la prevalenza vada accordata ai testi sul *contrarius consensus*, di fronte ai quali quelli sul *pactum* si pongono come un'alternativa disponibile per le sole ipotesi di *emptio venditio*: cfr. per tutti, in questo senso, GIRARD-SENN, *Manuel élém. de dr. rom.*⁸ (1929) 761. Non ritengo invece (e ciò contro la *communis opinio*) che, sia pure per diritto giustiniano, sia da parlarsi dell'efficacia retroattiva: v. *infra* n. 4 e nt. 44.

⁹ Tralascio la teoria un po' ambigua (e comunque molto rapidamente disegnatata) del WEISS, *Institutionen des röm. Privatrechts*² (1949) 286 s., secondo cui in diritto classico era applicato il regime dei *pacta* e il *contrarius consensus* altro non era che una « verfeinerte Betrachtung » del *pactum de non petendo* reciproco.

a) Secondo il Siber¹⁰, sostanzialmente appoggiato dal Grosso¹¹ e seguito tuttora dalla maggioranza degli studiosi¹², la configurazione del *contrarius consensus* come *actus contrarius* del contratto consensuale fu (con tutte le implicazioni e le conseguenze ad essa proprie) tipica ed esclusiva del diritto romano classico. Furono i compilatori giustiniani ad accostare il *contrarius consensus* al *pactum ex intervallo* ed a configurare la sua efficacia estintiva *ipso iure* come conseguenza del principio *pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis*.

b) Secondo lo Stoll¹³ ed altri autori¹⁴, il diritto classico mancò di una concezione unitaria e generale del *contrarius consensus*. Solo in materia di *emptio venditio* esso fu consapevole della possibilità di un *pactum ut abeatur* (diverso comunque dal semplice *pactum de non petendo*) che, subordinatamente al presupposto della *res integra*, operava *ipso iure*, a titolo di eccezione, in virtù dell'inerenza al *iudicium bonae fidei* relativo. In diritto postclassico il *pactum ut abeatur* fu ritenuto applicabile a tutti i contratti consensuali ed anche perciò esso passò ad essere inquadrato come *contrarius consensus* nella figura dell'*actus contrarius*. Dato che nella compilazione giustiniana le giustificazioni originarie del *pactum ut abeatur* non vennero tuttavia tralasciate, ne conseguì un'accentuata incertezza di motivazioni.

c) Secondo il Knütel¹⁵, che ha di recente sottoposto a revisione molto accurata, ma forse non sempre cauta tutta la materia, la tesi maggiormente fondata è da ritenere quella dello Stoll, ma con qualche rilevante temperamento. In diritto classico, il *pactum ut abeatur* (o la combinazione di due *pacta de non petendo* reciproci), che poteva riferirsi anche ad una parte del contratto cui si aggiungeva¹⁶, era probabil-

¹⁰ SIBER, « *Contrarius consensus* », in ZSS. 42 (1921) 68 ss.

¹¹ 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.

¹² Da ultimo: BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*⁴ (1965) 428 s. Altre citazioni in KNÜTEL (nt. 15) 105 nt. 19.

¹³ STOLL, *Die formlose Vereinbarung der Aufhebung eines Vertragsverhältnisses im römischen Recht*, in ZSS. 44 (1924) 1 ss.

¹⁴ Da ultimo: BURDESE, *Manuale di dir. privato romano* (1964) 673 s. Altre citazioni in KNÜTEL (nt. 15) 105 nt. 19.

¹⁵ KNÜTEL, « *Contrarius consensus* », *Studien zur Vertragsaufhebung im röm. Recht* (1968).

¹⁶ Cfr. KNÜTEL (nt. 15) 70 ss., con ampia e accurata analisi dei testi relativi.

mente applicato anche alla *locatio conductio*¹⁷ oltre che all'*emptio venditio*, ma non era quasi sicuramente applicato alla *societas* e al *mandatum*¹⁸: l'estensione fu attuata solo in età postclassica, in omaggio al principio, ignoto come tale al diritto classico¹⁹, che anche in materia di contratti consensuali l'*actus contrarius* dovesse esplicare efficacia estintiva. Per i classici, dunque, il *contrarius consensus* si riduceva ad un *pactum* pretorio, il quale operava *ipso iure* (beninteso, *ex nunc*) l'estinzione del contratto unicamente in forza dell'inerenza dei *pacta* ai *bonae fidei iudicia*²⁰. Tuttavia qui il Knütel, raccogliendo e sviluppando uno spunto del Kaser²¹, ha creduto di poter compiere un passo avanti rispetto allo Stoll. Da alcuni testi si desumerebbe infatti 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 del *iudicium bonae fidei*²². L'opinione isolata di Paolo ebbe fortuna nel diritto postclassico e dette sostanza alla formazione del principio generale dell'*actus contrarius* in materia di contratti consensuali.

3. — Bisogna dare atto al Knütel che la sua analisi dei testi relativi al *pactum ut abeat* (o agli eventuali *pacta de non petendo* reciproci) nell'*emptio venditio* è sostanzialmente convincente. Convince la tesi che i giuristi classici già ammettessero la inerenza dell'*exceptio pacti* (*ex intervallo*) ai *bonae fidei iudicia*²³ e convince altresì la dimostrazione secondo cui sin dall'età classica il *pactum ut abeat* operò *ipso iure* l'estinzione dell'*emptio venditio* (naturalmente, *re integra*) in virtù

¹⁷ KNÜTEL (nt. 15) 120 ss., con particolare riferimento a Paul. D. 4.2.21.4 ed a Paul. - Lab. D. 46.4.23. Ma v. *infra* nt. 52.

¹⁸ KNÜTEL (nt. 15) 124 ss., 132 ss. Ma v. *infra* nt. 33.

¹⁹ KNÜTEL (nt. 15) 19 e *passim*: non si trattava, per diritto classico, di una « Regel mit unumstösslicher Geltung », ma di un « blosser Erfahrungsgrundsatz mit einzelnen Anwendungsfällen ». Sul punto, da ultimo, anche KASER, *Das röm. Privatrecht* 1 (1955) 35.

²⁰ Sul punto, con dimostrazione pienamente convincente, cfr. KNÜTEL, *Die Inhärenz der « exceptio pacti » im « bonae fidei iudicium »*, in ZSS. 84 (1967) 133 ss.

²¹ KASER (nt. 19) 537.

²² KNÜTEL (nt. 15) 116 s. e *passim*, con riferimento a Paul. D. 18.5.3, a Paul. D. 2.14.27.2 e (dubitativamente) a Paul. D. 4.2.21.4.

²³ L'argomentazione contraria si legge in GROSSO (nt. 11), contro cui v. spec. KNÜTEL (nt. 20) 146 ss.

dell'inerenza dell'*exceptio pacti* al *iudicium* relativo²⁴. Senza voler qui seguire il Knütel in tutto il suo percorso (particolarmente interessante là dove illustra le ipotesi di *pacta* modificativi dell'*emptio venditio*)²⁵, sarà sufficiente richiamare l'attenzione sui seguenti frammenti:

D. 2.14.7.5 (Ulp. 4 ed.): *Quin immo interdum format* (sc.: *nuda pactio*) *ipsam actionem, ut in bonae fidei iudiciis: solemus enim dicere pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis. sed hoc sic accipiendum est, ut si quidem ex continenti pacta subsecuta sunt, etiam ex parte actoris insint: si ex intervallo, non inerunt, nec valebunt, si agat, ne ex pacto actio nascatur... idem responsum scio a Papiniano, et si post emptionem ex intervallo aliquid extra naturam contractus conveniat, ob hanc causam agi ex empto non posse propter eandem regulam, ne ex pacto actio nascatur. quod in omnibus bonae fidei iudiciis erit dicendum. sed ex parte rei locum habebit pactum, quia solent et ea pacta, quae postea interponuntur, parere exceptiones;*

la cui forma è sicuramente alterata²⁶, ma la cui sostanziale genuinità (in un ambito anche superiore a quello ammesso dal Knütel) è garantita sia dal fatto che nel paragrafo successivo traluce una concezione inconciliabile (e sicuramente non genuina) con quanto qui detto sui *pacta ex intervallo*²⁷, sia dal fatto che la conferma di tutto il discorso si trova proprio in un testo di Papiniano difficilmente attaccabile anche sul piano formale²⁸;

D. 18.1.72 pr. (Pap. 10 *quaest.*): *Pacta conventa, quae postea facta detrahunt aliquid emptioni, contineri contractui videntur: quae vero adiciunt, credimus non inesse... sed quo casu agente emptore non valet pactum, idem vires habebit iure exceptionis agente venditore rell.;*

in cui è davvero troppo azzardato sostenere, come taluno ha fatto, che Papiniano si riferisse ai soli *pacta, quae postea facta detrahunt aliquid emptioni*, e li includesse tra i *pacta ex continenti*²⁹;

²⁴ Non convince peraltro l'ipotesi del KNÜTEL (nt. 15) 72, secondo cui anche l'attore avrebbe potuto valersi del *pactum ex intervallo* limitatamente al caso dei *pacta* convenuti *re adhuc integra*. D. 2.14.7.6 è a tal proposito (*quod cum est, etiam ex parte agentis pactio locum habet, ut et ad actionem proficiat nondum re secuta, eadem ratione*) palesemente alterato.

²⁵ KNÜTEL (nt. 15) riassume i risultati della ricerca (cfr. nt. 16) a p. 99 ss.

²⁶ Sul punto, ampiamente, KNÜTEL (nt. 15) 61 ss.

²⁷ V. *retro* nt. 24.

²⁸ Bene KNÜTEL (nt. 20) 144 e nt. 56.

²⁹ GROSSO, *L'efficacia dei patti nei « bonae fidei iudicia »*, *Patti e contratti*, in

D. 18.5.3 (Paul. 33 ed.): *Emptio et venditio sicut consensu contrahitur, ita contrario consensu resolvitur, antequam fuerit res secuta: ideoque quaesitum est, si emptor fideiussorem acceperit vel venditor stipulatus fuerit, an nuda voluntate resolvatur obligatio. Iulianus scripsit ex empto quidem agi non posse, quia bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt: an autem fideiussori utilis sit exceptio, videndum: et puto liberato reo et fideiussorem liberari. item venditorem ex stipulatu agentem exceptione summoveri oportet, idemque iuris esse, si emptor quoque rem in stipulationem deduxerit;*

sul quale occorrerà ritornare³⁰, ma non senza aver sottolineato fin d'ora la significativa citazione dell'opinione di Giuliano, riguardo alla cui genuinità è assai difficile dubitare.

4. — Il Knütel, come già prima lo Stoll³¹, non può essere invece seguito allorché sostiene che in diritto classico il *contrarius consensus* non si applicava alla *societas* e al *mandatum*, né era in nessun caso espressione di un principio di simmetria in forza del quale al contratto consensuale potesse opporsi in sede civilistica una convenzione risolutiva dello stesso³². L'evidenza di testi sostanzialmente insospettabili, almeno a mio avviso, è contro di lui.

Per quanto riguarda la pretesa inapplicabilità del *contrarius consensus* alla *societas*, rinvio per brevità ad altro mio scritto che si occupa specificamente del tema³³. La *societas* si scioglieva in età classica sicuramente, *iure civili*, per *contrarius consensus* o, come pur si diceva, per *dissensus sociorum*. Non disponiamo di elementi relativi alla *locatio conductio* ed al *mandatum*, ma all'*emptio venditio* alludono, ed in termini di presumibile riferimento al *ius civile*, sia la parte introduttiva del già citato Paul. D. 18.5.3³⁴ e sia altri due passi: Iul. D. 18.5.5.1 (*Emptio nuda conventione dissolvitur, si res secuta non fuerit*)³⁵ e Pap. D.

MT. 2.3 (1928) 24 ss.; Id., *Sistema* (nt. 11) 181 ss. *Contra*: KNÜTEL (nt. 15) 67 nt. 25.

³⁰ *Infra* n. 5. Sul testo: KNÜTEL (nt. 15) 29 ss.; Id. (nt. 20) 135 ss.

³¹ *Retro* nt. 13. Critica efficacemente lo Stoll già GROSSO (nt. 11) nel suo primo scritto sul tema.

³² Cfr. particolarmente KNÜTEL (nt. 15) 116 ss.

³³ GUARINO, « *Dissensus sociorum* », in *St. Volterra* (1969) estr.

³⁴ *Emptio et venditio sicut consensu contrahitur, ita contrario consensu resolvitur, antequam fuerit res secuta.*

³⁵ Per i sospetti di interpolazione del testo v. KNÜTEL (nt. 15) 20 nt. 2: essi

46.3.95.12 (*Si inter emptorem et venditorem convenerit, priusquam aliquid ex alterutra parte solveretur, ut ab emptione discedatur, fideiussor eo nomine acceptus soluto contractu liberabitur*)³⁶. Ve n'è quanto basta per ritenere confermata la serie di affermazioni generali sulla risoluzione per *contrarius consensus* dei contratti consensuali, di tutti i contratti consensuali, che si legge in Pap. D. 41.2.46³⁷, Paul. D. 50.17.153³⁸, Q. Muc.-Pomp. D. 46.3.80³⁹, Ulp. D. 50.17.35⁴⁰, Ner. D. 2.14.58⁴¹, anche a prescindere dal discusso I. 3.29.4. Di piú. Le testimonianze

non intaccano comunque l'ossatura della frase e non meritano di essere qui discussi. Da notare che D. 18.5.5 pr. e 1 (Iul. 15 *dig.*) e D. 18.5.3 sono unificati da L. 247.

³⁶ Sul testo, giustamente a sua difesa: KNÜTEL (nt. 20) 137 s. V. anche *infra* nt. 44.

³⁷ D. 41.2.46 (Pap. 23 *quaest.*): *...ut enim eodem modo vinculum obligationum solvitur, quo quaeri adsolet, ita non debet ignoranti tolli possessio quae solo animo tenetur.* Sul testo: KNÜTEL (nt. 15) 5 s. e nt. 21 e 22 (con bibliografia). Papiniano nega che i *saltus hiberni et aestivi*, i quali *solo animo retinentur*, possano essere perduti sin che si è nell'ignoranza dell'*occupatio animo possidendi* effettuata da altri: per analogia con la dismissione dell'*animus possidendi* egli evoca il *contrarius consensus*. Dire che egli non potesse giustificare la decisione di specie con il richiamo ad una regola estranea alla materia della *possessio* è assolutamente arbitrario. Quanto agli appunti di forma, l'unico che abbia qualche serietà è quello relativo a *quaeri* (per *adquiri*) *adsolet* (per *solet*); ma è chiaro che qui si tratta di un banale errore di amanuense, il quale ha trascritto *quaeri adsolet* in luogo di *adquiri solet*.

³⁸ D. 50.17.153 = D. 41.2.8 (Paul. 65 *ed.*): *Fere quibuscumque modis obligamur, isdem in contrarium actis liberamur, cum quibus modis adquirimus, isdem in contrarium actis amittimus. ut igitur nulla possessio adquiri nisi animo et corpore potest, ita nulla amittitur, nisi in qua utrumque in contrarium actum est.* Il parallelismo tra i due testi ha inizio con *nulla possessio*: cfr. sugli stessi (con indicazioni bibliografiche) KNÜTEL (nt. 15) 5 ss. Anche a voler ammettere che *fere—liberamur* non sia stato scritto da Paolo ma da un commentatore postclassico, è difficile contestare la sostanziale classicità del principio.

³⁹ D. 46.3.80 (Pomp. 4 *Q. Muc.*): *Prout quidque contractum est, ita et solvi debet... aequae cum emptio [vel] venditio vel locatio (conductio) contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam [dissensu] (consensu) contrario dissolvi potest.* Sul testo, notissimo alla critica: KNÜTEL (nt. 15) 10 ss. e *retro* nt. 1.

⁴⁰ D. 50.17.35 (Ulp. 48 *Sab.*): *Nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est. ideo verborum obligatio verbis tollitur: nudi consensus obligatio contrario consensu dissolvitur.* Sul testo, con bibliografia: KNÜTEL (nt. 15) 15 ss.

⁴¹ D. 2.14.58 (Ner. 3 *membr.*): *Ab emptione venditione, locatione conductione ceterisque similibus obligationibus quin integris omnibus consensu eorum, qui inter se obligati sint, recedi possit, dubium non est rell.* Sul testo, con bibliografia: KNÜTEL (nt. 15) 44 ss.

testuali portano a credere, sino a prova contraria, che il principio di scioglimento dei contratti consensuali per *actus contrarius* sia piú antico del sistema dei *pacta adiecta ex intervallo*. Il che non tanto si desume dal fatto che esso appare presumibilmente testimoniato da Quinto Mucio⁴², quanto si ricava e si deve ricavare, per dirla con Ulpiano (o prima ancora, forse, con Sabino), da ciò: che *nihil tam naturale est quam eo genere quidque dissolvere, quo colligatum est*⁴³.

Quel che probabilmente è puro frutto di illusione è l'effetto *ex tunc* del *contrarius consensus*, del quale ha discusso parte della pandettistica⁴⁴. Le fonti parlano di *recedere* o *discedere ab*, di *solvere*, *dissolvere*, *resolvere*, *tollere*, *abire ab*⁴⁵: tutti termini che inducono a pensare piuttosto ad un'efficacia *ex nunc*. In Gord. CI. 4.45.1 si parla di *retro agere*, ma a proposito del ripristino della situazione di *res integra* che era stata alterata dalla *traditio* della cosa venduta⁴⁶; in Pomp. D. 18.5.2 *potest enim, dum res integra est, conventionem nostram infectam fieri emptio* è un

⁴² *Retro* nt. 39.

⁴³ *Retro* nt. 40.

⁴⁴ *Retro* nt. 6. In D. 46.3.95.12 (su cui *retro* nt. 36) *solutum contractum* non ha il significato allusivo allo scioglimento *ex tunc* che il CZYHLARZ (nt. 6) vuole attribuirgli. Non bisogna dimenticare che si parla di un *contractum solutum* come conseguenza puntuale di un *pactum ut ab emptione discedatur*. V. anche *infra* nt. 45 (*solvere*, *dissolvere*, *resolvere*).

⁴⁵ *Recedere ab* (Ner. D. 2.14.58; Pap. D. 18.1.72 pr.; Paul. D. 20.6.10.1; Ulp. D. 2.14.7.6; Gord. CI. 4.45.1); *discedere ab* (Ner. D. 2.14.58; Iul. D. 18.5.5 pr.; Pomp. D. 18.5.2; Pap. D. 46.3.95.12; Paul. D. 18.5.7.1; Paul. D. 4.2.21.4; Paul. D. 20.6.10 pr.; cfr. D. 18.5 e CI. 4.45); *solvere* (Pomp. D. 46.3.80; Paul. D. 17.2.65.3); *dissolvere* (Iul. D. 18.5.5.1; Pomp. D. 46.3.80; Pap. D. 46.3.95.4; Ulp. D. 2.14.7.6; Ulp. D. 50.17.35; Gord. CI. 4.45.1; Diocl. CI. 4.45.2; I. 3.29.4); *resolvere* (Ner. D. 2.14.58; Paul. D. 18.5.3 e 4; Paul. D. 20.6.10.1; Ulp. D. 12.6.23 pr.; Gord. CI. 4.45.1); *tollere* (Ulp. D. 2.14.7.6; Ulp. D. 50.17.35; Paul. D. 2.14.27.2); *abire ab* (Pomp. D. 18.1.6.2; Pomp. D. 18.5.1; Ulp. D. 2.14.7.6). Se talune di queste espressioni (assunto che siano tutte in contesti genuini) possono essere intese anche come allusive ad una efficacia *ex tunc*, va rilevato che spesso esse si trovano usate, negli stessi frammenti, in equivalenza ad espressioni che all'efficacia *ex tunc* non possono essere collegate.

⁴⁶ CI. 4.45.1 (Gord. Licinio Rufino, a.?): *Re quidem integra ab emptione et venditione utriusque partis consensu recedi potest: [etenim quod consensu contractum est, contrariae voluntatis admiculo dissolvitur.] at [enim] post traditionem interpositam nuda voluntas non resolvit emptionem, si non actus quoque prioris similis retro agens venditionem intercesserit*. Troppo facile liberarsi di *si non actus rell.*, assumendolo interpolato (così dubitativamente KNÜTEL [nt. 15] 56 s. e, con maggior decisione, i da lui citati a nt. 43): non vi sarebbe stata ragione per l'inter-

riconosciuto glossema postclassico⁴⁷; in Ulp. D. 19.1.11.6 *irritum fieri* ha significato notoriamente atecnico⁴⁸. La *solutio ex contrario consensu* operava dunque, almeno sino a tutto il diritto classico, dal momento del contratto risolutivo, esattamente come quella *ex pacto ut discedatur*⁴⁹. Dato che in ambedue le ipotesi l'effetto estintivo si produceva *ipso iure*, l'unica differenza di regime tra i due istituti era, sempre in diritto classico, questa: che la *solutio ex contrario consensu* si poteva far valere in via di azione, mentre la *solutio ex pacto* si poteva far valere in via di resistenza ad un'azione della controparte⁵⁰. Differenza praticamente poco rilevante, se si considera che di solito l'interesse a far risultare la invalidità di un contratto (eliminato di comune accordo tra le parti prima ancora di aver avuto esecuzione) emerge solo nell'ipotesi che una delle parti, incurante dell'avvenuta convenzione di scioglimento, agisca contro l'altra per ottenere la condanna alla controprestazione.

5. — Ciò posto, perché mai si affermò in età classica (e non possiamo escludere che sia avvenuto anche prima) il *pactum ut abeatur o discedatur*? La risposta non può essere che ipotetica, ma probabilmente va connessa alle modalità caratteristiche dell'*emptio venditio*, che è poi, come abbiamo visto, l'unico tra i contratti consensuali in ordine a cui la possibilità del *pactum ut discedatur* non è solo affermata in astratto⁵¹, ma risulta ampiamente realizzata in concreto⁵².

rogante (sopra tutto se era il giurista Licinio Rufino) di rivolgersi al *princeps* per ottenerne una risposta ovvia. Il dubbio era tutto qui: se, avvenuta la *traditio* della *merx*, il compratore riconsegna quest'ultima (con un *actus priori similis*) al venditore, si può dire ripristinata la situazione di *res integra* (che legittima il *contrarius consensus*)? Risposta di Gordiano: sí, perché il ritrasferimento della merce *retro agit venditionem*, riporta la fattispecie alla sua situazione originaria.

⁴⁷ STOLL (nt. 13) 22. Comunque la frase vuol chiarire un *discessimus a priore emptione* (v. *retro* nt. 45). Sul testo, ampiamente: KNÜTEL (nt. 15) 77 s.

⁴⁸ D. 19.1.11.6 (Ulp. 32 ed.): *Is qui vina emit arrae nomine certam summan dedit: postea convenerat, ut emptio irrita fieret. Iulianus ex empto agi posse ait rell.* È probabile che Ulpiano si sia richiamato alle parole usate dall'interrogante di Giuliano. Sul testo, ampiamente: KNÜTEL (nt. 15) 37, 42 ss.

⁴⁹ Non mi sembra giustificato, pertanto, parlare di « fragwürdige Gegenüberstellung », come fa il KNÜTEL (nt. 15) 21.

⁵⁰ Cfr. *retro* nt. 24.

⁵¹ V. i testi citati *retro* nt. 37-41. Cfr. inoltre I. 3.29.4: *Hoc amplius eae obligationes, quae consensu contrahuntur, contraria voluntate dissolvuntur rell.*

⁵² La dimostrazione dedicata dal KNÜTEL (nt. 15) 120 ss., a convincere che il *pactum ut abeatur* fosse usato nella prassi anche in materia di *locatio conductio*,

L'*emptio venditio* romana era tipicamente un contratto ad esecuzione futura, talvolta anche notevolmente differita. La sua funzione tipica non consisteva nel puro scambio di cosa contro prezzo, cioè nell'operazione a contanti, ma nella predisposizione di uno scambio futuro, che le parti il più delle volte non avevano la possibilità o la convenienza di effettuare sul momento⁵³. Pertanto era ben possibile che venditore e compratore, dopo aver convenuto oggi una certa *emptio venditio* sulla base di una certa presupposizione di comune convenienza, si trovassero domani concordi, in considerazione di qualche mutamento della situazione economica originariamente prevista, nel decidere, *re non secuta*, di mandare tutto a monte. Era ben possibile; e a questo fine il *contrarius consensus* serviva ottimamente allo scopo. Ma si riconosca che assai più probabile doveva essere una diversa contingenza pratica: quella per cui le parti volessero, *re melius perpensa*, non eliminare del tutto, ma solo modificare in qualche sua parte l'assetto contrattuale⁵⁴. In questa seconda e più frequente ipotesi il *contrarius consensus* non era utilizzabile perché troppo radicale. Se non si voleva eliminare per *contrarius consensus* la vendita originaria e sostituirla con una nuova *emptio venditio* parzialmente diversa, la via più semplice e naturale era quella di ricorrere ad un *pactum de non petendo*, oppure a due patti *de non petendo* reciproci, o infine ad un *pactum* più o meno radicalmente modificativo del contratto originario.

A mio modo di vedere, è da questi spunti, propri e caratteristici dell'*emptio venditio*, che si è pervenuti (sempre e principalmente in materia di *emptio venditio*) alla diffusione del radicale *pactum ut abea-*

non sembra riuscita. In Paul. D. 4.2.21.4 (*Si metu coactus sim ab emptione locatione discedere, rell.*) *locatione* è interpolato (per *venditione*?): cfr. gli stessi citati dal KNÜTEL (nt. 15) 120 nt. 7. In Paul.-Lab. D. 46.4.23 (che il Knütel adduce anche a sostegno della genuinità di *locatione* nel primo testo) si parla di *locatio conductio* e di *emptio venditio*, ma non in relazione ad un *pactum ut discedatur*, bensì in relazione all'effetto estintivo determinato da un'*acceptilatio* operata dall'una o dall'altra parte. Anche ammesso che il testo sia genuino (v. tuttavia i citati dal KNÜTEL 35 nt. 16), il presupposto da cui parte Paolo, nella sua nota a Labeone, è il *contrarius consensus* civilistico.

⁵³ La controversia sul punto è notoriamente apertissima: KASER (nt. 19) 455 ss. Personalmente, pur non escludendo che sin dai più antichi tempi si sia fatto ricorso alla vendita a contanti, sono convinto che il sorgere della *emptio venditio* puramente obbligatoria non si giustifichi, se non lo si ricolleggi alla necessità di operazioni a termine.

⁵⁴ Di qui la larga messe di testi relativi alle modificazioni pattizie del regime contrattuale: v. KNÜTEL (nt. 15) 70 ss.

tur, parallelo del *contrarius consensus* civilistico e di esso nella prassi quasi integralmente sostitutivo. Solo così può spiegarsi in modo soddisfacente perché mai i giuristi classici (prima ancora di quelli postclassici), quando affrontano il tema dell'eliminazione in radice di un'*emptio venditio*, impostano astrattamente l'argomento sotto il profilo civilistico del *contrarius consensus*, ma lo discutono poi concretamente in termini di *pacta* e di inerenza degli stessi ai *bonae fidei iudicia*. Esempio, a questo proposito, è il già riportato Paul. D. 18.5.3⁵⁵, un frammento che non vi è alcun serio motivo per ritenere alterato in età postclassica. Basta leggerlo spassionatamente per convincersi della sua sostanziale (e anche formale) genuinità⁵⁶. Paolo premette in termini generali (i quali si riferiscono anche e sopra tutto al *contrarius consensus* civilistico) che *emptio et venditio sicut consensu contrahitur, ita contrario consensu resolvitur, antequam fuerit res secuta*; dopo di che riferisce di due *quaestiones* sorte consequenzialmente (*ideoque*) a questo proposito⁵⁷: a) se per effetto mediato del *contrarius consensus* venga ad essere risolta anche l'*obligatio* assunta da un fideiussore in favore del venditore; b) se per effetto mediato del *contrarius consensus* venga ad essere risolta l'*obligatio ex stipulatu* che il compratore abbia assunto, in novazione dell'*obligatio ex voluntate*, verso il venditore⁵⁸. Il precedente al quale Paolo si rifà per poter dare risposta ai due quesiti è costituito da una opinione espressa da Giuliano in ordine ad un caso specifico e concreto: il caso che, essendo stata risolta una vendita mediante *pactum* (*ex*

⁵⁵ Retro n. 3.

⁵⁶ Il frammento è giustamente accolto come genuino dal BIONDI, « *Iudicia bonae fidei* », in *AUPA*. 7 (1918) 23 s. Gli altri autori lo hanno arbitrariamente tagliato per accordarlo alle loro tesi. SIBER (nt. 10) 77 s.: *Emptio—agi non posse* [, *quia—videndum*]: *et* [puto] *liberato—liberari* [. *item*] (*sed*) *venditorem—sum-moveri* [oportet *rell.*]. GROSSO (nt. 11) 38 ss.: *Emptio—acceperit* [vel *venditor—fuerit*], *an nuda—agi non posse* [, *quia videndum*]: *et* *puto—liberari*. [*item* *rell.*]. STOLL (nt. 13) 41 ss. ricostruisce: *Si inter emptorem et venditorem convenerit, ut ab emptione discedatur, et emptor fideiussorem acceperit, Iulianus scripsit ex empto quidem agi non posse; fideiussori autem utilem esse exceptionem*. Infine, secondo il KNÜTEL (nt. 15) 31, prima di *item* vi sarebbe stata una qualche proposizione, in cui Paolo avrebbe meglio giustificato la sua tesi della estinzione per *contrarius consensus*: ma non si vede davvero perché mai i giustinianeî, sostenitori su tutta la linea del *contrarius consensus*, avrebbero cancellato questa frase.

⁵⁷ *Ideoque quaesitum est, si emptor fideiussorem acceperit vel venditor stipulatus fuerit, an nuda voluntate resolvatur obligatio*.

⁵⁸ Cfr. KNÜTEL (nt. 20) 136 s.

intervallo) *ut abeat*, il compratore voglia egualmente agire per l'ottenimento della prestazione contro il venditore⁵⁹. Giuliano scrisse che non è possibile farlo (*ex empto agi non posse*), o per meglio dire non ne vale la pena, ed ovviamente indicò anche il perché di questa sua opinione: *quia bonae fidei iudicio exceptiones pacti insunt*, e cioè perché il relativo *iudicium bonae fidei* sarà influenzato (negativamente per il compratore) dall'*exceptio pacti* fatta valere dal venditore. E qui Paolo, abbandonando l'impostazione generica iniziale ed inserendosi senz'altro nell'ordine di idee di una vendita sciolta mediante *pactum*, passa a dare risposta, secondo questo modulo suggeritogli dalla citazione di Giuliano, ai due quesiti proposti all'inizio: a) l'*exceptio pacti*, come è utile al venditore convenuto, così deve essere utile alla liberazione del suo garante⁶⁰; b) l'*exceptio pacti*, come è utile al compratore nel giudizio promosso contro di lui *ex vendito*, così deve essere del pari utile al compratore nel giudizio promosso contro di lui *ex stipulatu* dal venditore.

6. — In conclusione, e sempre a mio sommesso avviso, *in subiecta materia* non vi è stata nessuna importante evoluzione da classico a postclassico od a giustiniano⁶¹. Tanto meno è a parlarsi di un'opinione scolastica tardo-classica condivisa da Paolo, la quale è solo frutto di un equivoco di interpretazione di Paul. D. 18.5.3⁶². La storia del *contrarius consensus* è uno dei tanti capitoli della storia di una giurisprudenza, quella preclassica e classica, che rispettava i principî, ma era anche estremamente sensibile alle opportunità della prassi.

⁵⁹ Il riferimento di Giuliano ad una fattispecie di *pactum ut discedatur* è talmente chiaro, che il Siber e il Grosso (nt. 56) sono stati costretti, per eliminarlo, a ricorrere all'ipotesi dell'interpolazione.

⁶⁰ Se si ammette che per effetto dell'*exceptio pacti* si è verificata una *liberatio* del convenuto, non si può sostenere, come fa il KNÜTEL (nt. 22), che il *fideiussorem liberari* implichi una *liberatio ex contrario consensu*: si tratta anche in questo caso di una *liberatio* derivante dall'*exceptio pacti* (o meglio, dalla sua utilizzazione).

⁶¹ Il diritto postclassico si limitò a sottolineare il principio del *contrarius consensus* e a far inerire il *pactum ut discedatur* anche all'*actio* (retro nt. 50).

⁶² Retro nt. 60.