

## PER LA STORIA DEL « CONTRARIUS CONSENSUS »

1. — Il quadro delle fonti giustiniane in ordine al *contrarius consensus* è, nella sua varietà, piuttosto sconcertante<sup>1</sup>. 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 consensuale<sup>2</sup>; 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 parte<sup>3</sup>. Dato che *pacta conventa insunt bonae fidei iudiciis*<sup>4</sup>, l'effetto è sempre quello dell'estinzione *ipso iure* del contratto, subordinatamente al presupposto che esso non sia stato ancora messo in esecuzione<sup>5</sup>. 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*)<sup>6</sup>. E un secondo dubbio assai più importante è

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

<sup>1</sup> 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).

<sup>2</sup> Cfr. spec. D. 46.3.80 e I. 3.29.4.

<sup>3</sup> Cfr. spec. D. 2.14.7.5.

<sup>4</sup> Cfr. spec. D. 2.14.7.5-6 e D. 18.5.3.

<sup>5</sup> Cfr. ad es. D. 2.14.58; D. 18.5.3.1 e 3; I. 3.29.4.

<sup>6</sup> 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 controparte<sup>7</sup>.

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 fonti<sup>8</sup>. 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, tre<sup>9</sup>.

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

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

<sup>8</sup> 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.*<sup>8</sup> (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.

<sup>9</sup> Tralascio la teoria un po' ambigua (e comunque molto rapidamente disegnatata) del WEISS, *Institutionen des röm. Privatrechts*<sup>2</sup> (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 Siber<sup>10</sup>, sostanzialmente appoggiato dal Grosso<sup>11</sup> e seguito tuttora dalla maggioranza degli studiosi<sup>12</sup>, 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 Stoll<sup>13</sup> ed altri autori<sup>14</sup>, 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 Knütel<sup>15</sup>, 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 aggiungeva<sup>16</sup>, era probabil-

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

<sup>11</sup> GROSSO, *L'efficacia dei « pacta » nei « bonae fidei iudicia »*, in SU. 1 (1927) 29 ss.; da ultimo in *Il sistema romano dei contratti*<sup>3</sup> (1963) 106 ss.

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

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

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

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

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

mente applicato anche alla *locatio conductio*<sup>17</sup> oltre che all'*emptio venditio*, ma non era quasi sicuramente applicato alla *societas* e al *mandatum*<sup>18</sup>: l'estensione fu attuata solo in età postclassica, in omaggio al principio, ignoto come tale al diritto classico<sup>19</sup>, 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*<sup>20</sup>. Tuttavia qui il Knütel, raccogliendo e sviluppando uno spunto del Kaser<sup>21</sup>, 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*<sup>22</sup>. 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*<sup>23</sup> 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

<sup>17</sup> 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.

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

<sup>19</sup> 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.

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

<sup>21</sup> KASER (nt. 19) 537.

<sup>22</sup> 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.

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

