

«Contrahere» senza «consentire»? Il punto di vista dello storico

1. «Scambi senza accordo»: diatribe e paralipomeni fra civilisti – 2. Il ruolo possibile dello storico – 3. Alcune puntualizzazioni preliminari – 4. Convergere verso il medesimo scopo – 5. (Segue) Convergere verso il medesimo scopo: il verbo ‘*coire*’ nella lingua latina e nelle fonti letterarie – 6. Il verbo ‘*coire*’ nelle fonti giuridiche: il caso paradigmatico della *societas* – 7. Il dibattito sulla *societas re contracta*: punti di contatto con la problematica degli «scambi senza accordo» – 8. Tirando le fila.

1. La struttura giuridica degli scambi di mercato¹ non è problematica nuova per i giuristi².

Nel secolo scorso, le posizioni degli studiosi – intenti a ragionare intorno ai negozi conclusi per mezzo di automatici³ – tendevano a polarizzarsi: da un lato, vi era chi tentava di collocare tali rapporti nell’ambito dei diritti reali⁴; dall’altro, chi propendeva piuttosto per una loro configurazione in termini di negozio giuridico obbligatorio⁵.

¹) Si possono fare numerosi esempi di scambi di mercato: le vendite con automatici, gli scambi nei magazzini e nei centri commerciali, i negozi conclusi attraverso moduli e formulari o condizioni generali di contratto, le vendite via «internet», televisione o per corrispondenza, e poi, ancora, la piazza elettronica, le offerte incrociate, i cd. accordi tra «computer» ...

²) Il dibattito dottrinario sugli scambi di mercato comincia alla fine dell’ottocento, nella Germania di Guglielmo II, alle prese con i primi apparecchi meccanici, i cd. automatici, che resero possibile l’esecuzione di una prestazione senza l’intervento diretto di una parte, dando vita a rapporti giuridici molto singolari, sulla natura dei quali si è per primo interrogato W.G. AUWERS, *Der Rechtsschutz der automatischen Waage nach gemeinem Recht*, Diss. Göttingen, 1891, p. 1 ss., cui hanno fatto seguito i lavori di F. GÜNTHER, *Das Automatenrecht*, Diss. Göttingen, 1892, p. 3 ss., K. SCHELS, *Der strafrechtliche Schutz des Automaten*, Diss. München, 1897, p. 1 ss., F. SCHILLER, *Rechtsverhältnisse des Automaten*, Diss. Zürich, 1898, p. 1 ss., P. ERTEL, *Der Automatenmissbrauch und seine Charakterisierung als Delikt nach dem Reichsstrafgesetzbuche*, Diss. Erlangen, 1898, p. 3 ss. – che si occupa, però, esclusivamente dei profili penali –, H. NEUMOND, *Der Automat. Ein Beitrag zur Lehre über die Vertragsofferte*, in «Archiv für die civilistische Praxis», LXXXIX, 1899, p. 166 ss. Rimanendo in aerea tedesca, cenni anche in J. BIERMANN, *Rechtswang zum Contrahieren*, in «Jhering’s Jahrbuch», XXXII, p. 292 ss., R. MASCHKE, *Das Eigentum in Civil-und Strafrechte: Untersuchungen zur organischen Structur der Sachenrechte*, Berlin, 1895, p. 219 ss. In Italia, il tema è stato affrontato da G. MESSINA, *La promessa di ricompensa al pubblico*, Girgenti, 1899, p. 72 nt. 3 e p. 143 nt. 3, M. RICCA-BARBERIS, *Dell’offerta fatta al pubblico e del contratto stipulato coll’automate*, Roma, 1901, p. 5 ss. (già in «La Legge», XLI, s. 4^a, I, p. 356 ss.), A. CICU, *Gli automi nel diritto privato*, in «Il Filangieri», VIII, Milano, 1901, p. 561 ss. (ora in *Scritti minori*, II, Milano, 1965, p. 287 ss., da cui si cita), A. SCIALOJA, *L’offerta a persona indeterminata ed il contratto concluso mediante automatico*, Città di Castello, 1902, p. 151 ss. In quest’ultimo autore (p. 148 s.), si trova una curiosa notazione: i primi apparecchi automatici sarebbero da collocare intorno al 300 a.C., poiché già il fisico e matematico Erone Alessandrino descriveva il funzionamento di tre diverse specie di vasi automatici: per l’acqua lustrale (situato alla porta del tempio e azionabile con monete: l’unico con funzione di lucro), per il vino e per l’acqua (cfr. Her., *autom.* 13.1-7, in «Heronis Alexandrini opera quae supersunt omnia» – ed. W. Schmidt – I, Leipzig [Teubner], 1899, p. 338 ss.).

³) I cd. automatici possono essere distinti, in base alla diversità di contratti che attraverso di loro è possibile concludere, in automatici distributori di merci, automatici da servizi, automatici assicuratori, automatici per depositi di cassa di risparmio, automatici da «réclame»: cfr. SCIALOJA, *L’offerta a persona indeterminata*, cit., p. 151.

⁴) Cfr. per tutti GÜNTHER, *Das Automatenrecht*, cit., p. 11.

⁵) In particolare, AUWERS, *Der Rechtsschutz der automatischen*, cit., p. 7, CICU, *Gli automi*, cit., p. 289 ss., e SCIA-

Non è ormai più il caso di indugiare sui motivi per cui la prima opzione è recisamente da respingere⁶.

Più interessante è il rilevare che la dottrina che – a ragione – ha sostenuto la natura contrattuale dei cd. negozi automatici⁷ tendeva sì ad utilizzare, per inquadrare il fenomeno, le categorie già note⁸, ma con tutta una serie di eccezioni ai principii e di contraddittorie circostanziazioni, che sembravano ridisegnarne, e confusamente, i contorni⁹: restituendo pertanto l'impressione che tali categorie fossero, in fondo – perlomeno per tale dottrina –, in parte inadeguate a contenere il fenomeno.

Se non al prezzo della coerenza del sistema.

Nell'ultimo decennio, la questione è tornata di attualità, con la complicità delle nuove tecnologie che tanto profondamente, quanto felpatamente, hanno inciso sulla realtà effettuale del diritto.

Il recente dibattito appare piuttosto vivace¹⁰, e sembrerebbe non solo aver appassionato soprattutto una parte (autorevole) della civilistica italiana, ma anche essere tendenzialmente di matrice tutta italiana¹¹.

LOJA, *L'offerta a persona indeterminata*, cit., p. 143 ss.

⁶) In proposito valga quanto già sostenuto in letteratura nel secolo scorso, proprio da AUWERS, *Der Rechtsschutz der automatischen*, cit., p. 7, e per la dottrina italiana da CICU, *Gli automi*, cit., p. 289 ss., e da SCIALOJA, *L'offerta a persona indeterminata*, cit., p. 143 ss.

⁷) La terminologia richiamata nel testo è mutuata, per brevità, da CICU, *Gli automi*, cit., p. 288, che ha cura di precisare che con la medesima si vuole intendere un «negozio concluso 'per mezzo d'automa'» (*ibid.*, p. 288 nt. 9). Cicu non intende proporre quindi – come sembrerebbe credere, se si è ben inteso il suo pensiero, N. IRTI, *Scambi senza accordo*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», LII, 1998, p. 354 – una categoria giuridica nuova, a fini tassonomici, ossia quella del «negozio automatico»; e forse neanche una categoria descrittiva.

⁸) Un'eccezione è costituita, forse, da quella parte della dottrina tedesca che conia la figura del cd. contratto manuale – in cui il tempo della conclusione del contratto coincide con la sua totale o parziale conclusione – e quella del cd. contratto tacito, in cui la volontà delle parti è implicita: sul tema, cfr. per tutti J. KOHLER, *Das Vereinbarungsdenken*, in «Archiv für bürgerliche Recht», II, 1889, p. 2 ss., H. SIBER, *Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit*, in «Jherings Jahrbücher», LXX, 1921, p. 244 ss., e L. BRÜTT, *Die abstrakte Forderung*, Berlin, 1908, p. 18 ss. Categorie, entrambe, di cui è però difficile stabilire la portata innovativa, se non a livello terminologico o tutt'al più epifenomenico.

⁹) Non servono molte parole per dimostrare tale affermazione. Si prenda ad esempio, CICU, *Gli automi*, cit., p. 311 ss., quando cerca di intervenire a supporto della concezione di SCHILLER, *Rechtsverhältnisse des Automaten*, cit., *passim*, secondo cui i contratti conclusi mediante automatico sarebbero da considerarsi reali e unilaterali. Cicu parte dal presupposto che i contratti conclusi mediante automatico non danno vita a contratti *sui generis*, ma a fattispecie che rientrano nelle forme contrattuali tipiche, riconosciute e regolate dal diritto. A rigore, quindi – verrebbe da dire –, si dovrebbe trattare di contratti consensuali e bilaterali: invece Cicu li considera contratti reali e unilaterali. Vediamo brevemente perché. Si tratterebbe di contratti reali in quanto la realtà è, secondo lo studioso italiano, un carattere estensibile a qualsiasi forma contrattuale, attingendo alla esteriore configurazione del contratto e non alla sua intima natura; o, per usare le sue parole, è «una modalità eventuale nei rapporti obbligatori» che «potrebbe rientrare nel concetto di condizione, in particolare in quello di condizione potestativa» (*ibid.*, p. 316). Mentre l'unilateralità del contratto, ancora secondo Cicu – cui *adde*, sul punto, MESSINA, *La promessa di ricompensa al pubblico*, cit., *passim* –, «non esclude che esso possa contenere e generalmente contenga un rapporto sinallagmatico» (CICU, *Gli automi*, cit., p. 317): del resto «anche i contratti innominati romani, che pur erano reali contenevano un rapporto sinallagmatico» (*ibid.*, p. 317 nt. 99). Basata sui medesimi presupposti, e caratterizzata dalle medesime forzature del sistema, anche la concezione di SCIALOJA, *L'offerta a persona indeterminata*, cit., p. 164 ss., che è costretto ad affermare che quei contratti che nella loro forma tipica sono consensuali, se conclusi mediante automatici assumono «una certa tinta di realtà, la quale consiste appunto in ciò, che essi vengono a perfezione solo quando l'un contraente ne ha compiuta l'esecuzione» (*ibid.*, 164: il corsivo è dell'autore), e che dovrebbe avere influenza sulla configurazione del negozio giuridico. Ad esempio in quanto, prosegue sempre Scialoja, pur non essendo unilaterale il contratto, si deve ammettere che la sua bilateralità può essere modificata. Ma delle due l'una: o talune categorie tradizionali sono adeguate per la comprensione del fenomeno, e vengono assunte e utilizzate per quello che sono; o non sono adeguate, e non le si utilizza.

¹⁰) Come si noterà a breve anche dai titoli dei contributi: cfr. in particolare *infra*, nt.16, 17 e 18.

¹¹) Il recente dibattito sembrerebbe infatti marciare su binari autonomi rispetto alla teoria, di matrice tedesca, dei cd. rapporti contrattuali di fatto, formulata per la prima volta, dopo averne fatto argomento di una prolusione lipsiense del 1937, da G. HAUPT, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, Leipzig, 1941, p. 6 ss., che ha affermato l'inadeguatezza della figura del negozio giuridico per inquadrare fenomeni come quelli scaturiti dai trasporti di massa. Per la letteratura tedesca sul tema, si vedano anche W. SIEBERT, *Faktische Vertragsverhältnisse: Abwandlungen des Vertragsrechts in den Bereichen der Daseinsvorsorge, des Gesellschaftsrechts und des Arbeitsrechts*, Karlsruhe, 1958, p. 3 ss., K. LARENZ, *Die Begründung von Schuldverhältnissen durch sozialtypisches Verhalten*, in «Neue Juristische Wochenschrift», 1956, p. 1897, S. SIMTIS, *Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des*

Il merito di aver riproposto – e aggiornato – il problema è senz'altro di Natalino Irti: al centro del suo pensiero¹², presentatoci tramite la descrizione della giornata di «un uomo qualunque»¹³, sta il declino dell'accordo, inteso dallo studioso (esclusivamente) come risultato dialogico; declino che porta alla dissoluzione del contratto nella combinazione (e nella solitudine) di due atti unilaterali – destinati a rimaner tali – di esposizione e di scelta della merce, mediante i quali si realizzerebbe lo scambio.

In altre parole, gli scambi di massa si svolgerebbero senza accordi a causa dell'assenza di dialogo¹⁴; l'aderire a dei contratti predisposti mediante moduli e formulari o fare acquisti in un grande magazzino o, ancora, per via telematica o televisiva – per restare agli esempi portati dallo studioso –, «non è un risultato dialogico»¹⁵, e ciò proverebbe l'assenza dell'accordo.

Anche l'assenza della bilateralità del contratto si troverebbe, secondo Irti, nella «reciprocità dialogica»¹⁶.

Motivo per cui lo studioso italiano propone di collocare i nuovi rapporti di scambio o in una nuova (e tutta da riscrivere) nozione di contratto che prescinde dall'accordo o in una nozione di scambi senza contratto, in cui la combinazione dei due atti unilaterali richiederà un nome diverso.

Quale che sia l'opzione prescelta, l'autonomia privata, in parte depauperata dalla tutela della libertà del volere¹⁷, troverebbe poi la sua misura e la sua protezione nella disciplina del mercato: inte-

Privatrechts, Frankfurt a.M., 1957, p. 1 ss., H. C. NIPPERDEY, *Faktische Vertragsverhältnisse*, in «Monatschrift für Deutsches Recht», 1957, p. 129, J. ESSER, *Gedanken zur Dogmatik der faktischen Schuldverhältnisse*, in «Archiv für civilistische Praxis», CLVII, 1957-1958, p. 86, A. NIKISCH, *Über faktische Vertragsverhältnisse*, in *Vom deutschen zum europäischen Recht. Festschrift H. Dölle*, I, Tübingen, 1963, p. 79, K. LEHMANN, *Faktische Vertragsverhältnisse*, in «Neue Juristische Wochenschrift», I, 1958, p. 1 ss., J. KÖNDGEN, *Selbstbindung ohne Vertrag. Zur Haftung aus geschäftsbezogenem Verhalten*, Tübingen, 1981, p. 101 ss., e P. LAMBRECHT, *Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis: Entstehung, Rezeption und Niedergang*, Tübingen, 1994. Per la letteratura italiana sull'argomento, cfr. tra gli altri C.A. FUNAIOLI, *I rapporti di fatto in materia contrattuale*, in «Annali dell'Università di Ferrara», I, 1950, p. 45 ss., E. BETTI, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, in «Jus», VIII, 1957, p. 368, L. RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milano, 1965, p. 1 ss. – con ampie citazioni (p. 1 s.) dei cospicui precedenti di tale teoria, principalmente concentrati, però, sul problema del lavoro di fatto e della società di fatto –, G. STELLA RICHTER, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto nel diritto privato*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», XXXI, 1977, p. 151 ss., V. FRANCESCHELLI, *Premesse generali per uno studio dei rapporti di fatto*, in «Rassegna di diritto civile», 1981, II, p. 662 ss., e C. ANGELICI, *'Rapporti contrattuali di fatto'*, in «Enciclopedia giuridica Treccani», XXV, 2003 [ma già 1991], p. 1 ss. Sembrerebbe critico rispetto all'atteggiamento di sfavore che la dottrina italiana ha sempre assunto nei confronti della teoria dei cd. rapporti contrattuali di fatto soprattutto P. RESCIGNO, *Introduzione al Codice civile*², Bari, 1992, p. 162 s.

¹² Le riflessioni dell'autore sono racchiuse in più contributi – da *I cinquant'anni del codice civile*, in «Rivista di diritto civile», XXXVIII, 1992, I, p. 227 ss., al già citato *Scambi senza accordo* (cfr. *supra*, nt. 7) –, ora raccolti in N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Bari, 1998, p. 3 ss. Ma si veda anche N. IRTI, *Lecture bettiene sul negozio giuridico*, Milano, 1991, in particolare p. 70. Infine, gli stessi motivi riecheggiano in parte, da ultimo, in N. IRTI, *S-confinatezza*, in «Studi G. Marinucci», Milano, 2006, p. 2925 ss.

¹³ Così IRTI, *Scambi senza accordo*, cit., *passim*. Nell'espressione (sicuramente non a caso) scelta da Irti sembrerebbe riecheggiare *L'uomo senza qualità* (*Der Mann ohne Eigenschaften*) di Robert Musil: fino a che punto Irti abbia voluto giocare con il personaggio protagonista dell'incompiuto romanzo citato, Ulrich – un uomo ideale che vive in una situazione che viene descritta come vera e propria «malattia della volontà» e che peraltro, com'è noto, nelle parole dello scrittore non ha nessuna qualità semmai proprio perché le ha tutte – non è dato ad intendere. Quel che appare più certo è come lo studioso sembrerebbe ravvisare lo stesso tipo di «malattia» anche nel sistema degli «scambi senza accordo».

¹⁴ Non si può fare a meno di evidenziare come né CICU, *Gli automi*, cit. – in cui non se n'è trovata traccia –, né R. SACCO, *Il diritto muto*, in «Rivista di diritto civile», XXXIX, 1993, I, p. 689 ss. – la cui indagine, di tipo macrosistemico, si limita a rilevare la distinzione, nel mondo giuridico, tra atto parlato e atto muto, e tra fonte parlata e fonte muta (p. 699 ss.) – sembrerebbero essersi mai occupati del declino del dialogo nel mondo giuridico, perlomeno nel senso voluto da IRTI, *Scambi senza accordo*, cit., p. 354 nonché nt. 7, che li considera, viceversa, autorevoli precedenti per le sue teorie. Il punto non è sfuggito a F. GAZZONI, *Contatto reale e contatto fisico (ovverosia l'accordo contrattuale sui trampoli)*, in «Rivista di diritto commerciale e di diritto delle obbligazioni», C, 2002, I, p. 661, che fa notare come ben diversa è «la 'realità' del contratto reale [cui si riferisce Cicu], rispetto alla c.d. 'realità' degli atti unilaterali di cui parla l'Irti» (*ibid.*, p. 661).

¹⁵ Cfr. sempre IRTI, *Scambi senza accordo*, cit., p. 349.

¹⁶ Ancora IRTI, *Scambi senza accordo*, cit., p. 349.

¹⁷ Secondo IRTI, *Scambi senza accordo*, p. 361 nt. 15, nella stessa *Relazione al Codice* del Ministro Guardasigilli verrebbe confessato il «sacrificio della libertà di trattativa», conseguente alla previsione di condizioni generali di

sa come l'insieme delle regole della concorrenza e della pubblicità, dei controlli amministrativi sulle merci e così via.

Alle obiezioni¹⁸ sono già seguite le repliche¹⁹, e addirittura le controrepliche²⁰.

La dottrina è infatti divisa tra chi tende ad un'oggettivazione dello scambio²¹ e chi, viceversa, ne accentua la natura consensualistica e/o contrattuale, con il conseguente impiego di categorie già note e consolidate, e forse per questo più rassicuranti²².

Non è il luogo questo per addentrarsi, sul piano del diritto positivo, nella disputa a favore dell'una o dell'altra opzione, né tantomeno si ha l'autorità o la competenza per farlo.

Ma, con l'occhio dello storico, portato per sua natura a delle sintesi, non si può non vedere, in entrambe le posizioni degli interpreti, una certa tendenza a forzare il sistema: ora puntando su una concezione dell'accordo come consonanza di dialogo, dalla cui presenza dipenderebbe la possibilità di rimanere nell'ambito del contratto²³, ora cercando rifugio verso lidi nuovi ed inesplorati – l'evocato «ordine giuridico del mercato»²⁴ –, tanto suggestivi quanto fonte di incertezze, nella misura in

contratto nonché di contratti conclusi mediante moduli e formulari. Sul punto, si vedano in senso critico *infra*, la posizione di GAZZONI, *Contatto reale e contatto fisico*, cit., p. 655 ss., brevemente riportata nella nota seguente.

¹⁸) In polemica soprattutto con l'ultimo dei contributi irtiiani sull'argomento, il più volte menzionato *Scambi senza accordo*, si è posto, per primo, G. OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, in «Rivista di diritto civile», XLIV, 1998, I, p. 525 ss., di cui particolarmente pregnante, tra le tante, sembrerebbe l'osservazione secondo cui – pur se «lasciamo stare che un qualche dialogo ... può esservi anche negli scambi che consideriamo» (p. 527) – va detto che «l'art. 1321 c.c. [che contiene la definizione di contratto] non richiede trattativa, dialogo e neanche espressione linguistica, più o meno dominante o dominabile. Il dialogo non solo non è richiesto dall'art. 1321 ma manca, o può mancare, nelle ipotesi tipiche dell'art. 1327 (conclusione, 'prima della risposta', con l'esecuzione) e dell'art. 1333 (conclusione 'in mancanza di rifiuto' del contratto con obbligazioni del solo proponente)» (p. 527). In seguito si è pronunciato sul tema anche C.M. BIANCA, *Diritto civile*², III, *Il contratto*, Milano, 2000, p. 39 ss., che sottolinea non solo come «proprio nell'offerta e nell'accettazione della merce si realizza l'accordo delle parti» (p. 43) – che non è novità dei nostri tempi, come suggerisce l'autore citando un noto passo di Erodoto (*hist.* 4.196) –, ma anche che ormai, come unanimemente riconosciuto dalla dottrina, non basta ad escludere il contratto l'affievolirsi del ruolo della volontà nel processo di formazione del contenuto della relazione privata – caratteristica inevitabile della standardizzazione contrattuale – essendo sufficiente l'accordo sulla costituzione del rapporto. Da ultima, in ordine di tempo, è poi arrivata una puntuale replica di GAZZONI, *Contatto reale e contatto fisico*, cit., p. 655 ss., in cui particolarmente gravida di conseguenze sembrerebbe essere l'osservazione secondo cui, nei moduli e formulari, non solo il dialogo non può mai mancare, anche se è per di più circoscritto agli aspetti patrimoniali del contratto (e qui Gazzoni cita gli esempi del tasso di interesse bancario, del premio di assicurazione e dell'acquisto di un autoveicolo, in cui vi sono ampi margini di trattativa per il cliente, nonostante la predisposizione di un modulo o formulario), «ma anche per quanto riguarda l'aspetto dispositivo ... l'Irti oblitera proprio l'art. 1342 c.c., nella parte in cui prevede la prevalenza delle clausole aggiunte su quelle del modulo o formulario incompatibili, pur se non cancellate» (p. 657), sintomo inconfondibile – prosegue Gazzoni – «che, a livello di traffici, la modifica pattizia delle clausole predisposte non è una rara eccezione» (p. 657). Mentre acuta è l'osservazione secondo cui «il nostro uomo qualunque, preferisce questo tipo di acquisto [vendite nei grandi magazzini, vendite telematiche o televisive ndr] proprio per la sua convenienza economica. L'assenza di dialogo significa allora non assenza di libertà, ma, tutto al contrario, inutilità della trattativa che, in altro contesto, condurrebbe, se del caso, a quella diminuzione del prezzo, che egli, viceversa, ottiene senza alcuna discussione» (*ibid.*, p. 658).

¹⁹) Cfr. N. IRTI, «E vero, ma ...» (*replica a Giorgio Oppò*), in «Rivista di diritto civile», XLV, 1999, I, p. 273 ss., e *Lo scambio dei foulards (replica semiseria al prof. Bianca)*, in «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», LIV, 2000, p. 601 ss., in cui l'autore ribadisce le proprie tesi, senza nuovi elementi di discussione.

²⁰) Cfr. C.M. BIANCA, *Acontrattualità dei contratti di massa?*, in «Vita notarile», 2001, II, p. 1120 ss. Sul tema si vedano anche A. BORTOLUZZI, *Umanizzazione del contratto?*, *ivi*, 1999, I, p. 1618 ss.

²¹) A questo filone, possono essere infatti senz'altro ricondotti IRTI, *I cinquant'anni*, cit., p. 227 ss., *Scambi senza accordo*, cit., p. 347 ss., e *L'ordine giuridico del mercato*, cit., p. 3 ss., nonché M. MAGGIOLO, *Il contratto predisposto*, Padova, 1996, p. 3 ss. e *Predisposizione e «scambi senza accordo» nei contratti bancari*, in «Banca borsa e titoli di credito», LV, 2002, I, p. 31 ss., in cui echeggiano le posizioni irtiiane, portando l'autore a risolvere i contratti bancari in due atti, unilaterali, di predisposizione e di adesione.

²²) In tal senso, possono essere utilmente ricordati OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, cit., *passim*, BIANCA, *Diritto civile*, III, cit., p. 39 ss., *Id.*, *Acontrattualità dei contratti di massa?*, cit., p. 1120 ss., e GAZZONI, *Contatto reale e contatto fisico*, cit., p. 655 ss., così come A.M. GAMBINO, *L'accordo telematico*, Milano, 1997, p. 1 ss.

²³) Cfr. IRTI, *Scambi senza accordo*, cit., *passim*. Sul punto, sono state già riportate alcune posizioni critiche: cfr. *supra*, nt. 14.

²⁴) L'espressione, come è ormai noto, è di Irti, che ne fa anche il titolo di una raccolta di scritti del 1998.

cui pongono più problemi di quanto non siano in grado di risolverne, soprattutto sul piano disciplinare²⁵, ora, infine, dimostrando di non essere del tutto convinti dell'adeguatezza delle categorie tradizionali per il contenimento degli scambi di massa, tentando pertanto di modificarne in parte il contenuto²⁶.

In ultima analisi, quindi, entrambe le posizioni sembrerebbero scardinare – ora più marcata-mente, ora meno – una tradizione giuridica cui non si può e non si deve troppo facilmente abdicare: non per una sorta di rediviva *reverentia erga antiquitatem*, ma per gli stessi motivi per cui è stato autorevolmente detto che «né la scienza, né la pratica si giovano di un annacquamento dei concetti e degli istituti»²⁷.

In altre parole, quello che sembrerebbe essere stato in parte smarrito è la solidità di un «modello»: e non solo, come vorrebbe invece Natalino Irti, un semplice *nomen iuris*: «la combinazione dei due atti leciti invocherà un diverso nome»²⁸, scrive infatti lo studioso.

Per poi proseguire: «è forse tempo di restituire dignità costruttiva alle *variae causarum figurae* che l'art. 1173 accoglie accanto al contratto e al fatto illecito?»²⁹.

E infine concludere con un invito: «attendiamo anche l'ausilio degli studiosi di diritto romano»³⁰. Irti appartiene infatti a quella (sempre più) esigua minoranza di giuristi positivi non solo ancora dediti alle (buone) letture, anche di diritto romano, ma soprattutto capaci – grazie a riflessioni comunque mai banali – di dialogare in maniera costruttiva con gli studiosi di tale disciplina, stimolandoli ad uscire dai loro (spesso un po' troppo autoreferenziali) steccati.

2. La sfida, inutile negarlo, è infatti delle più affascinanti, e non solo per una questione, per così dire, di «governance» culturale³¹.

Ma la strada delle *variae causarum figurae* – di gaiana memoria – non sembrerebbe, per rispondere subito al dubbio di Irti, agevolmente percorribile.

²⁵ Il primo a far notare problemi di questo tipo è OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, cit., p. 531 s., secondo cui non è sufficiente rinviare il tutto all'ordine del mercato, nel quale, semmai, si può rinvenire la protezione generale delle parti negli scambi, ma non di certo la disciplina del singolo rapporto: anche se, per onestà intellettuale, l'autore ammette che problemi di disciplina – o meglio: di adattamento della disciplina codicistica tipica – si pongono anche per chi mantiene una visione tradizionale. A Oppo fa eco BIANCA, *Diritto civile*, III, cit., p. 44: «l'ipotesi di un rapporto contrattuale senza accordo è sterile in quanto non offre alcun risultato positivo per quanto attiene alla regolamentazione dell'operazione», e da ultimo GAZZONI, *Contatto reale e contatto fisico*, cit., p. 666, che si chiede – posto che secondo Irti in presenza di uno scambio senza accordo la disciplina contrattuale sarebbe applicabile solo in via analogica – «quali, poi, tra le norme che disciplinano il contratto, potrebbero essere estese in via analogica? Di certo, nessuna di quelle che presuppongono l'accordo...». E, forse non a caso, si tratta di un nodo problematico non effettivamente affrontato, nelle repliche, da IRTI, «E' vero, ma ...» (*replica a Giorgio Oppo*), cit., p. 277 e *Lo scambio dei foulards (replica semiseria al prof. Bianca)*, cit., p. 603.

²⁶ Cfr. soprattutto GAMBINO, *L'accordo telematico*, cit., p. 1 ss., che – aderendo alla lezione di Cicu e Scialoja – prende spunto per le sue riflessioni dai cd. automatici, ragionando in termini di contratto reale: «contratto reale che evidentemente deriva dalla volontà delle parti e non tocca la struttura tipicamente consensuale del contratto così come esso è astrattamente previsto dal codice» (p. 25). L'ambiguità di una tale costruzione è forse implicitamente ammessa dallo stesso GAMBINO, *L'accordo telematico*, cit., p. 173, nel momento in cui, evidenziando le discrasie fra i fenomeni considerati e i modelli tradizionali, sembrerebbe postulare, in sostanza, l'inadeguatezza di quest'ultimi.

²⁷ Così OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, cit., p. 526.

²⁸ Così IRTI, *Scambi senza accordo*, cit., p. 361.

²⁹ Così ancora IRTI, *Scambi senza accordo*, cit., p. 361 nt. 13.

³⁰ Così sempre IRTI, *Scambi senza accordo*, cit., p. 361.

³¹ E' noto infatti come gli storici del diritto romano siano stati accusati, specie in tempi recenti, di voler rivendicare un ruolo eccessivo nella costruzione della tradizione giuridica occidentale: esemplare in tal senso, è P.G. MONATERI, *Gaio nero*, in «Le radici comuni del diritto europeo. Un cambiamento di prospettiva», Roma, 2005, p. 19 ss. In realtà, che il dato storico, esattamente ricostruito, possa presentare un'utilità attuale è opinione che difficilmente può essere contestata: cfr. per tutti gli ottimi argomenti di R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, p. 453 ss., 508 ss., 566 ss., e G. BROGGINI, *Il diritto romano nella formazione del giurista, oggi*, in «Il diritto romano nella formazione del giurista, oggi», Milano, 1989, p. 49 ss., e J. KHÖN, *Römisches Recht. Historizität und Aktualität*, in «Index», XVIII, 1990, p. 526 ss.

Probabilmente nemmeno Rescigno³² – e tantomeno Scialoja³³ –, che Natalino Irti cita *ad adiuvandum* per una ipotesi di tal fatta, intendevano rispolverare la categoria delle *variae causarum figurae*: Scialoja sembra infatti difendere, in un contesto diverso, la figura del quasi contratto³⁴; mentre Rescigno pone semplicemente l'accento sull'estrema varietà degli istituti che alle *variae causarum figurae* potrebbero essere ricondotti, e sul differente ruolo che la tipicità e l'atipicità assumono sul piano dei contratti e su quello dei fatti illeciti: piani che vengono invece confusi, come è noto, in quello che è stato, storicamente, solo un grande e intrinsecamente temporaneo contenitore, destinato, per sua natura, a cadere³⁵.

Si tratta quindi di una soluzione difficilmente sostenibile: per ragioni di ordine storico, innanzitutto; per gli elementi di confusione che introdurrebbe nel sistema, anche sul piano classificatorio; e, non ultimo, per l'apporto – tendenzialmente nullo – che sarebbe in grado poi di fornire sul piano della concreta disciplina.

Il che potrebbe essere ripetuto anche per la categoria del «quasi-contratto» – che è lo stesso Irti in qualche modo ad evocare, forse involontariamente³⁶ –, che, del resto, non ha mai goduto dei favori della dottrina³⁷, né del legislatore³⁸.

Né tantomeno può essere di qualche utilità nel nostro contesto: in quanto se i quasi-contratti non sono in linea di massima negozi bilaterali (come gli «scambi senza accordo» secondo la particolare ricostruzione di Irti), e difettano senz'altro dell'accordo (altro aspetto che sembrerebbe funzionale alla medesima ricostruzione), non sempre sono caratterizzati dall'intento delle parti di assumere un vincolo obbligatorio (noto è il caso dell'*indebiti solutio*).

Il che non può davvero dirsi per gli scambi di mercato che sono al centro delle riflessioni del civilista italiano.

³² Cfr. RESCIGNO, *Introduzione al Codice civile*, cit., p. 161 s.

³³ Cfr. V. SCIALOJA, *In difesa di termini giuridici fuori uso*, in *Studi giuridici*, IV.2, Roma, 1933, p. 241 ss.

³⁴ Cfr. ancora SCIALOJA, *In difesa di termini giuridici fuori uso*, cit., in particolare p. 243 ss.

³⁵ In tal senso si veda per tutti M. TALAMANCA, 'Obbligazioni (diritto romano)', in «ED.», XXIX, 1979, p. 44.

³⁶ Il rinvio è ancora a IRTI, *Scambi senza accordo*, cit., p. 361 nt. 13, che richiama del contributo di SCIALOJA, *In difesa di termini giuridici fuori uso*, cit., p. 243 ss., proprio la parte in difesa del termine «quasi-contratto».

³⁷ Sui quasi-contratti cfr. A. RAMM, *Der Quasikontrakt nach den Quellen und sein Werth für Wissenschaft und Gesetzgebung*, Leipzig, 1882, p. 1 ss., L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I, Leipzig, 1908, p. 35 ss., F. KNIEP, *Der Rechtsgelehrte Gaius und die Ediktskommentare*, Jena, 1910, p. 62 ss., ID., *Gai institutionum commentarius secundus §§ 1-96*, Jena, 1913, p. 22 ss. (su cui si veda anche la recensione di E. WEISS, in «Kritische Vierteljahrsschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft», p. 21 ss. dell'estratto), P. BONFANTE, *Il contratto e la causa del contratto*, in «Rivista di diritto commerciale», VI.1, 1908, p. 122 ss., E. BETTI, *Sul significato di 'contrahere' in Gaio e sulla non-classicità della denominazione 'quasi ex contractu obligatio'*, in «BIDR.», XXV.1, 1912, p. 5 ss., V. ARANGIO-RUIZ, *Le genti e la città*, in «Annuario dell'Università di Messina», 1913-1914, ora in «Scritti Giuridici raccolti per il centenario della Casa Editrice Jovene», Napoli, s.d. [ma 1954], p. 109 ss., S. RICCOBONO, *La dottrina delle obligationes quasi ex contractu*, in «Annali Palermo», III-IV, 1917, p. 165 ss. (ora in *Scritti di diritto romano. II. Dal diritto romano al diritto moderno. A proposito di D. 10, 3, 14 [Paul. 3 ad Plautium]*, Palermo, 1964, p. 1 ss.), A. PERNICE, *Parerga. Ueber wirtschaftliche Voraussetzungen römischer Rechtsätze*, in «ZSS.», XIX, p. 163 ss., J. PARTSCH, *Das Dogma des Synallagma im römischen und byzantinischen Rechte*, in *Aus nachgelassenen und kleineren verstreuten Schriften*, Berlin, 1931, p. 88 ss., R. DE RUGGIERO, *Le obbligazioni (parte generale: continuazione)*, Corso di lezioni di diritto romano, Napoli, 1925, p. 16 ss., A. DE LUCA, *Teoria del quasi contratto*, Catania, 1929, p. 1 ss., G. PACCHIONI, *Dei quasi contratti*, Padova, 1938, p. 1 ss., C.A. CANNATA, *Le obbligazioni in generale*, in «Trattato di diritto privato» (dir. P. Rescigno), I, Torino, 1986, p. 30 s., ID., 'Quasi contratti e quasi delitti (storia)', in «ED.», XXXVIII, 1987, p. 29 ss., F. GALLO, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle obligationes ex variis causarum figuris*, in «BIDR.», LXXVI, Milano, 1973, p. 171 ss., C.A. CANNATA, *Sulla 'divisio obligationum' nel diritto romano repubblicano e classico*, in «Iura», XXI.1, 1970, p. 52 ss., ID., *La classificazione delle fonti delle obbligazioni: vicende di un problema dottrinale e pratico (I parte)*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica» (cur. G. Tarello), IV, Bologna, 1974, p. 37 ss., ID., *Sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni dal 1804 ai nostri giorni*, in «La formazione storica del diritto moderno in Europa», III, Firenze, 1977, p. 1183 ss. Sul tema, è utile compulsare in proposito anche TALAMANCA, 'Obbligazioni', cit., p. 39, e G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II.1. *Requisiti delle actiones negotiorum gestorum*, Cassino, 2003, in particolare p. 10 ss. e 609 ss. (con ampi ragguagli bibliografici sull'argomento, cui pertanto si rinvia).

³⁸ Il livello massimo di disfavore verso i quasi-contratti si registra in occasione del Codice del 1942, quando il legislatore decide di abbandonare la categoria: cfr. «Lavori preparatori del Codice civile (anni 1939-1941). Progetti preliminari del libro delle obbligazioni, del codice di commercio e del libro del lavoro», I, Roma, 1942, p. LI s.

E allora, verrebbe da dire, *quid iuris*?

Più in generale, quello che occorre chiedersi è se davvero i nuovi scambi di massa rappresentano un problema per il diritto.

Più nel dettaglio, in questa sede si tenterà di reimpostare la questione, con gli strumenti che lo storico del diritto ha a disposizione, per verificare: se nelle riflessioni «irtiane» sugli scambi di massa la questione dell'accordo (e della sua presunta mancanza), della bilateralità del contratto, e più in generale delle categorie giuridiche utilizzate, è stata correttamente impostata: anche e soprattutto, per quel che qui compete, dal punto di vista dei riferimenti al diritto romano³⁹; se le fonti antiche contengono spunti, finora poco evidenziati anche nel loro naturale contesto, interessanti rispetto ai principali interrogativi che lo scenario complessivo fin qui descritto ci pone; e infine, se effettivamente questo tipo di scambi costituisce un problema per il nostro sistema contrattuale e la nostra tradizione giuridica: portando con sé la necessità o di rivedere la nozione di contratto (svicolandola dall'accordo), o la ricerca di una nuova categoria («il diverso nome»⁴⁰ di cui parla Irti) destinata ad accoglierli.

Ma andiamo con ordine.

3. Uno storico del diritto, nella prospettiva appena delineata, non può non porsi, preliminarmente, un problema di onestà intellettuale: al centro della scena e delle riflessioni dovrebbe esser posta infatti la nozione «romana» di contratto: quella dei *prudentes*, o in altre parole quella che con la maggiore acribia possibile potrebbe essere rinvenuta nelle fonti.

Operazione, quest'ultima, davvero non facile: si è veramente in grado di recuperare tale nozione?

O la medesima si è ormai persa a favore delle tante nozioni «romanistiche» del contratto, quelle cioè costruite dai moderni, e che sembrano offrire una scelta infinita (o quasi) di opzioni interpretative possibili, tutte variamente andate per la maggiore, in epoche diverse, tra gli studiosi? I quali, fra l'altro, non di rado hanno proiettato sul piano storico del diritto romano i condizionamenti derivanti, inevitabilmente, dalla cultura giuridica coeva.

Allo stato, infatti, scorrendo le posizioni progressivamente assunte dalla dottrina romanistica sull'argomento, si ha la sensazione che la nozione «romana» di contratto sia ormai stata inesorabilmente ridotta ad una sorta di «*leerformel*»: una formula in bianco, più o meno ampia – in alcuni casi veramente amplissima⁴¹ –, pronta per essere riempita alla bisogna.

Il che non impedisce di certo di fare dei distinguo, tra tali posizioni, scartando quelle che ormai, allo stato attuale della critica, proprio non convincono, né tantomeno possono essere utilizzate come modelli cui ispirarsi.

Con la consapevolezza, però, che qualsiasi nozione di contratto prescelta, anche in queste pagine, rappresenta sempre e necessariamente, almeno in parte, una preferenza dell'interprete. O, se si vuole, delle letture con cui quest'ultimo ha avuto, nel tempo, maggior consuetudine.

Questo lo si precisa in quanto Natalino Irti, viceversa, richiama (sono le sue parole) «un indirizzo di pensiero – affidato ai grandi nomi del Perozzi, del Bonfante e del mio venerato maestro

³⁹) Cfr. IRTI, *Scambi senza accordo*, cit., p. 361 anche in nt. 14.

⁴⁰) Così ancora IRTI, *Scambi senza accordo*, cit., p. 361.

⁴¹) Molto istruttiva in proposito è la rassegna contenuta in «Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana» (cur. A. Burdese), Padova, 2006, p. 1 ss. In essa si può facilmente constatare come la divaricazione di posizioni, nella romanistica, sia piuttosto accentuata e come la nozione di contratto che si ritiene essere stata elaborata dai giuristi classici (in particolare da Labeone, Aristone, Sesto Pedio, Gaio e Ulpiano) tenda a dilatarsi o a restringersi a seconda del punto di vista dell'interprete, cui le (medesime) fonti riescono a fare facilmente da sponda. Per la sterminata bibliografia cfr. per tutti M. TALAMANCA, *Contratto e patto in diritto romano*, in «Le dottrine del contratto», cit., p. 74 ss., A. BURDESE, *Il contratto romano tra forma, consenso e causa*, ivi, p. 87 ss., C.A. CANNATA, *Causa e contratto nel diritto romano*, ivi, in particolare p. 218 nt. 34, L. GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, ivi, p. 339 ss., ma anche A. BURDESE, *Recenti prospettive in tema di contratto*, in «Labeo», XXXVIII, 1992, p. 200 ss. e *Ultime prospettive romanistiche in tema di contratto*, in «Atti del II Convegno sulla problematica contrattuale in diritto romano», Milano, 1998, p. 17 ss.

Emilio Betti —⁴² in cui vi sarebbe la possibilità di scorgere proprio quel *contrabere* senza *consentire* che è al centro delle sue (e ora anche delle nostre) riflessioni: e che costituirebbe, se non si è iperinterpretato il pensiero dell'Autore, un «modello» teorico affidante, cui guardare per riscrivere la nozione codicistica di contratto (svincolandola dall'accordo).

Il rinvio operato dallo studioso è chiaramente ad una posizione assunta, come è noto, (essenzialmente) da una parte della dottrina romanistica italiana, e molto in voga nella prima metà del secolo scorso: la quale affermava, soprattutto nella versione che l'autore mostra di preferire — quella, di Perozzi e Bonfante, del «contratto-affare»⁴³ —, la possibilità di far confluire nella nozione di contratto anche gli atti unilaterali: in quanto tale nozione è disgiunta, nel pensiero degli autori ricordati dal civilista italiano — cui possono essere affiancati anche Albertario⁴⁴ e in qualche modo Segrè⁴⁵ —, dalla necessità dell'accordo.

Una posizione, questa appena sintetizzata, oramai difficilmente sostenibile: da un lato, in quanto si è scontrata con l'estrema difficoltà di ricostruire esattamente, nelle fonti, i rapporti tra accordo e contratto: rapporti che si atteggiarono nel modo più vario, sul piano della disciplina sostanziale⁴⁶, e in maniera ancora diversa su quello concettuale, della consapevolezza teorica più o meno acquisita dai *prudentes*.

Dall'altro lato, posizione difficilmente sostenibile anche in quanto essa non sopravvive alla considerazione per cui — anche a prescindere dai rapporti *conventio*/contratto, comunque impossibili da ridurre *ad unum* — nell'attuale temperie culturale si tende a preferire l'opzione interpretativa che

⁴² Così ancora IRTI, *Scambi senza accordo*, cit., p. 361 anche in nt. 14.

⁴³ Il riferimento è a S. PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, Bologna, 1903, p. 35 ss., e *Il contratto consensuale classico*, in «Studi giuridici dedicati e offerti a F. Schupfer», I, Torino, 1898, p. 163 ss., e a P. BONFANTE, *Il contratto e la causa del contratto*, Milano, 1908 (ora in *Scritti giuridici vari*, III, Torino, 1926, p. 128 nt. 2), e *Corso di diritto romano*, IV. *Le obbligazioni*, Milano, 1979, p. 249 ss., cui adde E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, Padova, 1960, in particolare p. 68, e *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano, 1919, p. 117 ss., e ancora *Appunti di teoria dell'obbligazione in diritto romano*, Roma, 1957, p. 18 ss. In particolare quest'ultimo lavoro sembrerebbe assai suggestivo in una delle prospettive indicate da IRTI, *Scambi senza accordo*, cit., p. 31 — «sciolto dal rapporto con l'accordo, (il contratto) potrà ben denominare anche gli scambi di massa» —, in quanto Emilio Betti, non a caso annoverabile tra i suoi Maestri, afferma che per aversi un contratto in diritto romano è sufficiente la consapevolezza della messa a contatto della propria con l'altrui sfera di interessi e che è possibile individuare contratti a struttura unilaterale, nonché casi in cui si profila un *contrabere obligationem* senza che le parti siano materialmente una di fronte all'altra. Esattamente come avviene nello scenario, «pertecnologico», descritto e utilizzato da Irti per «ambientare» le sue (comunque sempre originali e suggestive) idee.

⁴⁴ Cfr. in particolare E. ALBERTARIO, *Corso di diritto romano: le obbligazioni (parte generale)*, Milano, 1931.

⁴⁵ Cfr. in particolare G. SEGRÈ, *Lezioni di diritto romano (teoria generale delle obbligazioni)*, a.a. 1902-1903, Parma, 1902, e *Corso di diritto romano: le obbligazioni personali e reali*, I. *Le obbligazioni personali*, Torino, 1934.

⁴⁶ Una problematica, quella dei rapporti tra *conventio* e contratto, che ruota intorno ad una nota catena di passi di Ulpiano, Paolo e Modestino (D. 2.14.1-7) e alla ancor più nota (se possibile) opinione di Sesto Pedio — giurista del I-II sec. d.C. —, tramandataci da D. 2.14.1.3 (Ulp. 4 *ad ed.*). Su tale problematica si possono registrare — a titolo meramente esemplificativo —, oltre a quelle già citate *supra*, nt. 45, le diverse impostazioni di A. PERNICE, *Zur Vertragslehre der römischen Juristen*, in *Parerga*, III, Weimar, 1888, p. 195 ss., in particolare p. 219, S. RICCOBONO, *Origine e sviluppo del dogma della volontà nel diritto*, in «Atti del Congresso internazionale di diritto romano (Bologna-Roma 27-28 aprile 1933)», Pavia, 1934, in particolare p. 185, G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, Torino, 1945, rist. 1963, p. 3 ss., P. VOGLI, *La dottrina romana del contratto*, Milano, 1946, T. MAYER-MALY, *Studien zum Vertrag*, I. *Vertrag und Einigung* in «Festschrift H.C. Nipperdey», I, München-Berlin, 1965, p. 509 ss., *Studien zum Vertrag*, II. *Von solchen Handlungen, die den Kontrakten in ihrer Wirkung gleichkommen*, in «Festschrift W. Wilburg», Graz, 1965, p. 129 ss., *Studien zum Vertrag*, III. *Das Gesetz als Entstehungsgrund von Obligationen*, in «RIDA.», XII, 1965, p. 437 ss., e *Obligamur necessitate*, in «ZSS.», LXXXIII, 1966, p. 47 ss., nonché G. GROSSO, *Da Pedio ai Bizantini in D. 2.14.1.3-4*, in «Studi in onore di E. Volterra», I, Milano, 1971, p. 55 ss., M. TALAMANCA, «Contratto e patto nel diritto romano», in «Digesto. Discipline privatistiche. Sezione Civile», IV, Torino, 1989, p. 58 ss., *La tipicità dei contratti romani fra 'conventio' e 'stipulatio' fino a Labeone*, in «Contractus et pactum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana», Napoli, 1990, p. 35 ss., e *Conventio e stipulatio*, in «Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea», Napoli, 1991, p. 163 ss., e F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne*, I, Torino, 1992, p. 1 ss. Per una sintesi delle diverse posizioni assunte, sul punto, dalla dottrina, cfr. per tutti M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 534 ss.

vede nel contratto romano, dal punto di vista della struttura, un negozio bilaterale⁴⁷, in cui l'accordo ha sempre avuto più o meno consapevolmente un qualche ruolo⁴⁸: non foss'altro in caso di conflitto, mediante i rimedi pretori che permettevano di far risaltare – sul piano, per l'appunto, del *ius honorarium* – la *conventio* sottostante.

Sopraspedendo su questi dati, si correrebbe solo il rischio di estremizzare: vedendo in tutti i contratti romani (ad eccezione di quelli *consensu*, ovviamente) dei «contratti senza accordo»!

Il che proverebbe, è ovvio, davvero troppo.

Se serve un precedente storico affidabile sul quale costruire una nuova teoria del contratto – semmai fosse necessaria –, capace di accogliere senza troppi (apparenti) problemi, gli «scambi senza accordo» nel sistema, questo non sembrerebbe quindi il più adatto.

E' da dire poi come proprio da questa opzione interpretativa, essenzialmente di scuola bonfantiana, abbia avuto in seguito una certa diffusione presso la dottrina romanistica la tendenza a svalutare ulteriormente nel contratto la rilevanza dell'accordo: tendenza ormai più o meno esauritasi.

Il che può e deve interessare, in tale contesto, solo perché permette di far notare come non vi sia poi molto di nuovo nell'attuale deriva verso il sacrificio dell'accordo nella nozione di contratto, anche se mossa da un intento diverso: quello – per usare ancora le parole di Natalino Irti – di «accogliere *anche* gli atti unilaterali convergenti sull'identica cosa»⁴⁹ in tale nozione.

Ben più interessante, ai nostri fini, potrebbero essere un altro paio di considerazioni.

La prima ha a che fare con una singolare concezione di contratto bilaterale proposta nelle pagine di Irti: «la bilateralità del contratto ... indica ... questa *reciprocità dialogica*, questo parlare e capire delle parti»⁵⁰: quasi un corollario della (ormai) ben nota posizione dell'Autore secondo cui «l'accordo, nel disegno stesso del legislatore, è consonanza raggiunta mediante la parola e il dialogo»⁵¹.

In un sistema come quello romano non si sarebbe mai potuti arrivare ad un'affermazione simile: è fin troppo nota la quadripartizione gaiana dei contratti⁵², costruita intorno ai quattro diversi momenti che, nel disegno dei *prudentes*, determinavano la nascita dell'obbligazione e che corrispondono ad altrettanti modi con cui si manifesta il consenso: la trasmissione di una cosa nei contratti reali, la pronuncia di parole solenni in quelli verbali, la messa per iscritto di alcune formule nei contratti letterali e, infine, il semplice accordo nei contratti consensuali.

Non è chiaro se parlando di «bilateralità» del contratto Irti si sia voluto riferire alla bilateralità sul piano della struttura (il numero delle parti che vi intervengono) o a quella sul piano degli effetti (il numero delle parti che risultano obbligate): ma viene da pensare che, essendo indubbio come, nella tipologia di scambi presi in considerazione – i quali alla fine di tutto sono pur sempre delle compravendite –, gli effetti non possano che prodursi da entrambi le parti, e che quest'ultimo sia stato il piano che meno impensieriva l'illustre civilista italiano.

Ci si può pertanto concentrare, in tutta tranquillità, sulla bilateralità strutturale per proseguire il ragionamento: a maggior ragione in quanto ormai è ampiamente accettato, come già accennato, che tutti i contratti romani siano sempre stati, dal punto di vista della struttura, per l'appunto, negozi giuridici bilaterali (o eventualmente plurilaterali).

Ciò posto è facile capire che la bilateralità strutturale dei contratti non poteva risolversi, nel sistema romano, nella reciprocità di dialogo: i quattro diversi momenti significativi per la perfezione

⁴⁷ Sulla nozione di contratto in diritto romano esiste una letteratura a dir poco sterminata: impossibile darne conto in questo contesto, ma risulta ancora una volta utile la sintesi di TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 534 ss., e il rinvio ai diversi saggi contenuti in «Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana», cit., p. 1 ss.

⁴⁸ Sul punto, cfr. da ultimo, per tutti, GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, in «Le dottrine del contratto», cit., p. 339 ss.

⁴⁹ Così ancora IRTI, *Scambi senza accordo*, cit., p. 362 nt. 15.

⁵⁰ Cfr. sempre IRTI, *Scambi senza accordo*, cit., p. 349.

⁵¹ Ancora IRTI, *Scambi senza accordo*, cit., p. 360.

⁵² Per questo motivo su tale quadripartizione, e sulla sterminata letteratura che la riguarda, si può, per economia di discorso, tranquillamente sopraspedere: per l'impostazione del problema, cfr. per tutti TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 536 s.

del contratto, ben evidenziati nella quadripartizione gaiana di cui si è detto, ci dicono che la bilateralità per i romani non era e non poteva essere in alcun modo concepita esclusivamente come risultato dialogico.

Neanche, a ben guardare, nei contratti verbali – nonostante la categoria sia costruita sulla consonanza di dialogo –, perché per bilateralità, sul piano della struttura, deve intendersi il numero delle parti che intervengono nel negozio giuridico: a prescindere da come vi intervengano (*verbis* o in base agli altri tre moduli possibili secondo la concezione gaiana).

Per motivi simili – e così arriviamo alla seconda considerazione – lascia perplessi un'altra proposizione di Irti: secondo cui – e stiamo parlando dei negozi automatici, quindi di una sorta di antecedente degli scambi che sono al centro delle riflessioni dello studioso – «il Cicu è colpito dall'assenza di parole, e finisce per concludere nella *realità* del contratto. Insomma, un contratto di compravendita non consensuale, ma reale, stipulato con lo scambio tra «oggetto contenuto nell'automa» e «moneta gettatavi dall'utente»⁵³.

Non è questa la sede per discutere *funditus* se effettivamente Cicu sia rimasto così colpito, perlomeno nel luogo citato, dall'assenza di parole: il che, va detto, proprio non sembrerebbe.

Ma non è questo il punto.

Piuttosto viene da dire ancora una volta che i giuristi romani non avrebbero mai potuti porsi un tale problema: per loro infatti non potevano esservi dubbi: uno stesso contratto (nel caso, di compravendita) non poteva essere ora consensuale ora reale. Tantomeno – ed è questo il passaggio logico che più lascia perplessi – a causa della sola assenza di dialogo. No, questo sembrerebbe davvero troppo.

Per rimanere ad un modello che forse – è ancora troppo presto per dirlo – andrebbe rispolverato, vi è da dire infatti come la consensualità dei contratti romani (di compravendita, e non solo)⁵⁴ prescindeva dal modo in cui l'accordo veniva poi di fatto raggiunto: *verbis* o meno, ancora una volta, poco importava. Anzi, si potrebbe dire che il dialogo, la consonanza di dialogo in materia di contratti consensuali era totalmente indifferente: poteva semmai, ancora una volta, giocare un ruolo nei contratti verbali. Ma solo in quelli.

Delle due l'una: o il problema sta in una eccessiva sensibilità «romanistica» o nasce legittimo un sospetto: se si fosse veramente stati capaci, perlomeno negli ordinamenti su base romanistica, di mantenere la limpidezza e la solidità del sistema romano dei contratti, e delle categorie che vi ruotano intorno – senza avere la presunzione, comune a molti civilisti, di ritenerla un'esperienza superabile – tanti problemi forse non sarebbero sorti, tanti dubbi circa la validità delle categorie tradizionali non sarebbero nati.

A tutto vantaggio del nostro sistema di *civil law*, che appare attualmente, viceversa, fragile, insicuro, indebolito, esposto agli attacchi di modelli diversi: in parte forse proprio a causa di discussioni di questo tipo, in grado di minarlo nelle sue fondamenta; discussioni che sono frutto – come è stato autorevolmente detto – di quella «speciale vocazione della nostra dottrina per tutte le questioni relative a tassonomie»⁵⁵, che si accompagna ad una «generale trascuratezza che le costruzioni giuridiche di *civil law* mostrano verso gli esiti fattuali cui pongono capo»⁵⁶.

4. Ciò posto, il ragionamento può utilmente proseguire richiamando l'attenzione su un'osservazione di Edoardo Volterra: secondo cui «nella concezione *originaria* romana⁵⁷ le manifestazioni di volontà

⁵³ Così si legge ancora in IRTI, *Scambi senza accordo*, cit., p. 354 s., laddove riporta il pensiero di CICU, *Gli automi nel diritto privato*, cit., p. 315.

⁵⁴ Come si vedrà più nel dettaglio, con l'appoggio delle fonti, nel prosieguo del discorso: cfr. *infra*, § 7.

⁵⁵ Come osserva acutamente A. GAMBARO, 'Trust', in «Digesto. Discipline privatistiche. Sezione Civile», XIX, Torino, 1999, p. 452 nt. 13.

⁵⁶ Cfr. ancora GAMBARO, 'Trust', cit., p. 451.

⁵⁷ Non è ormai più il caso di indugiare sulla differenza tra nozione «romana» e «romanistica» di un (qualsiasi) istituto o teoria: essendo a tal fine sufficiente quanto ricordato *supra*, § 3.

dei due soggetti nel negozio giuridico bilaterale» – tipologia in cui rientrano, fra gli altri, i contratti ed i negozi di trasferimento della proprietà – «non erano considerate fuse in un solo atto, ma erano configurate come due congrue dichiarazioni distinte, rivolte da un soggetto all'altro, dichiarazioni fra loro corrispondenti e *convergenti al medesimo scopo*»⁵⁸ (il corsivo è ancora una volta di chi scrive).

La rappresentazione è suggestiva, e non espone, fra l'altro, ad accuse di inopportune attualizzazioni: in quanto non costituisce di certo un tentativo di costruire una «teoria generale» del negozio giuridico romano (piuttosto l'osservazione di Volterra va in senso opposto): tentativo che sarebbe quanto mai fuorviante, essendo noto il disinteresse dei romani nei confronti delle sistemazioni a carattere generale.

Ma, soprattutto, tale rappresentazione assomiglia molto all'immagine restituita da Irti, in cui «il contratto si dissolve nella combinazione⁵⁹ di due atti unilaterali (...). Le parti dello scambio assumono decisioni, che nascono e restano separate: esse non si fondono né disperdono nella sintesi dell'accordo (...). Le parti dirigono le loro decisioni sulla merce, e nella merce s'incontrano e ritrovano»⁶⁰.

Il che, a tempo debito, sarà tutt'altro che un dettaglio⁶¹.

Ora, piuttosto, converrà completare quanto affermato da Volterra con una prova *per tabulas*.

Lo studioso infatti ci fornisce una giustificazione teorica di quanto affermato: ricordandoci – nel prosieguo del suo discorso – che una tale *originaria* costruzione è funzionale alla «difficoltà dei Romani di concepire la traslazione di un diritto anche reale da un soggetto all'altro»⁶².

Ma non ce ne fornisce di certo una prova, come si diceva, testuale: soprattutto per i contratti.

Se infatti l'osservazione da ultimo riportata, e che viene ulteriormente circostanziata da Volterra con l'esempio della *traditio*⁶³, potrebbe al limite esaurire il discorso per quanto concerne i negozi giuridici bilaterali di tipo «reale», si resta viceversa ancora piuttosto insoddisfatti per quanto concerne i negozi bilaterali di tipo «obbligatorio».

Il passo ulteriore da compiere, quindi, coerentemente con lo scopo che questo lavoro si è appena prefisso⁶⁴, è di verificare, con l'ausilio delle fonti, se all'interno del sistema contrattuale romano esistano realmente tracce della costruzione sintetizzata da Volterra con l'idea delle «manifestazioni di volontà (...) non (...) fuse in un solo atto, ma (...) *convergenti al medesimo scopo*». Il che – utilità eventuale per la problematica degli «scambi senza accordo» a parte (aspetto che sarà saggiato solo in un passaggio successivo del lavoro) – non sembrerebbe essere stato un passo comunque mai tentato, dalla dottrina romanistica, in altre sedi.

Andiamo quindi, ancora una volta, con ordine.

5. Un buon osservatorio di partenza sembrerebbe essere quello puramente linguistico.

L'idea del *convergere* verso il medesimo scopo, senza che le diverse manifestazioni di volontà – da intendersi ora in senso ampio – siano concepite come «fuse» insieme, in un solo atto, è infatti ben espressa, nella lingua latina, dal verbo *'coire'*.

Non a caso il verbo viene utilizzato da Varrone per fornirci l'etimologia di una parola come

⁵⁸ La citazione è tratta da E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1967, p. 143.

⁵⁹ Acutamente OPPO, *Disumanizzazione del contratto?*, cit., p. 530, ha messo in evidenza la contraddizione insita nella scelta, insistita, da parte di Irti del termine «combinazione» per indicare due atti unilaterali che restano separati! Giustamente rileva lo studioso (p. 530) che «combinazione ... esprime anche meglio che 'accordo' la 'congruenza' delle due decisioni (congruenza che Irti nega)».

⁶⁰ Le citazioni testuali sono tratte ancora una volta da IRTI, *Scambi senza accordo*, cit., p. 360.

⁶¹ Cfr. *infra*, § 8, in cui si cerca di tirare le fila del discorso.

⁶² VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, cit., p. 143 nt. 2.

⁶³ Nella *traditio* infatti le manifestazioni di volontà dei due soggetti non sono chiaramente configurate come unitarie, ma concepite come abbandono della cosa da parte del primo proprietario/tradente e apprensione successiva della medesima da parte del nuovo proprietario/accipiente: così ancora VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, cit., p. 143 e nt. 2.

⁶⁴ Cfr. in particolare, *supra*, nel § 2.

'comitium': che reca in sé l'idea di più persone che vanno, che *convergono*, per l'appunto, verso uno stesso luogo, per uno stesso scopo. Volontariamente, ma (è ovvio) senza che vi sia la benché minima possibilità – per motivi in tal caso anche puramente «fisici» – che l'espressione delle loro – tanto distinte quanto *convergenti* – volontà possano «fondersi» in un solo atto⁶⁵.

'Comitium ab eo quod coebant eo comitiis curiatis et litium causa', leggiamo infatti in Varrone⁶⁶, alla fine del I sec. a. C.

Un'altra interessante connessione tra il verbo 'coire' e un assemblea di uomini, questa volta un *collegium*, si ritrova in Cicerone (*dom.* 47): 'collegia medium fidius tribunorum plebis tota reperientur hoc iure firmato, quae coeant de hominum locupletissimorum bonis, preda praesertim populari et spe largitionis oblata'.

Nel medesimo senso si pongono anche altre testimonianze, capaci di restituirci lo stesso tipo di idea, nel momento in cui delineano la nozione, stavolta, proprio di 'coire': come quella del grammatico Paolo Festo – 'a coeundo, id est insimul veniendo'⁶⁷ – o di Isidoro, secondo cui il verbo viene utilizzato nel senso di 'conveniando in unum'⁶⁸, e ancora in un'altra opera di un grammatico meno noto, che intende tale verbo sempre come 'convenit in unum'⁶⁹.

Vi è poi Prisciano, che per spiegare in che senso ed in che modo dovrebbe essere utilizzato il verbo 'coire' utilizza delle locuzioni ancor più significative:

Prisc., *gramm.* 8 (Keil, II, p. 394 s.): Coeo quamvis magis neutrum esse videatur quam activum, pro convenio enim accipitur ut Virgilius in XI, Cicero tamen activo est eo usus in II Philippicarum. passivo eius usus Lucanus in II, sed sciendum, quod et coeitur pro colligitur at convenitur pro exigitur passivam vocem assumptia accipiuntur.

Anche a tacer d'altro, non si possono non notare le espressioni 'pro convenio accipitur' e 'pro (colligitur et) convenitur': che stabiliscono, anche se su un piano che in questo contesto è (e rimane) solo linguistico, una connessione tra il verbo 'coire' e il verbo 'convenire': la quale rimanda inevitabilmente a problematiche diverse, di tipo contrattuale, di ricerca del consenso.

Lo stesso può dirsi per i luoghi dell'Eneide di Virgilio, delle Filippiche di Cicerone e della *Pharsalia* di Lucano richiamati nello stesso testo da Prisciano, e in cui il verbo 'coire' viene utilizzato per enfatizzare l'esistenza di un legame, su base volontaria (consensuale, verrebbe da dire), nelle situazioni più varie, ma che sono comunque riconducibili principalmente ad alleanze, trattati o patti di guerra (le «leghe» del mondo antico)⁷⁰.

In particolare, tra i testi citati da Prisciano, varrà la pena soffermarsi sulla seconda Filippica di Cicerone, non foss'altro per la nota consuetudine che quest'ultimo aveva con il diritto⁷¹. Leggiamo quindi la parte più rilevante, ai nostri fini, del § 24:

Cic. *Phil.* II, 24: (...) Atque idem ego, cum iam opes omnis et suas et populi Romani Pompeius ad Caesarem detulisset, seroque ea sentire coepisset quae multo ante provideram, inferrique patriae bellum viderem nefarium, pacis, concordiae, compositionis auctor esse non destiti, meaque illa vox est nota multis: 'Utinam, Cn. Pompei, cum C. Caesare societatem aut numquam coisses aut numquam diremisses! Fuit alterum gravitatis, alterum prudentiae tuae'. (...)

⁶⁵ Tra le fonti letterarie capaci di esprimere l'idea del semplice moto corporeo di uomini o animali diretti verso uno stesso luogo, si è in realtà scelta la più significativa (per il legame con i *comitia*): molte altre ne esistono, accuratamente censite in «Th.L.L.», III, Leipzig, 1906-1912, c. 1415 ss., sv. 'coeo' cui pertanto si rinvia.

⁶⁶ Cfr. *ling. Lat.* 5.155.

⁶⁷ Cfr. Fest., *verb. sign.*, sv. 'coire' (L² p. 38)

⁶⁸ Isid., *orig.* 6.16.13.

⁶⁹ Corn. Front., *diff.* (Keil, VII, p. 527.14).

⁷⁰ Lo stesso uso di 'coire' insieme a 'foedus' si trova anche in altri testi, e in particolare Liv., *urb. cond.* 34.57.9: 'cum qui numquam hostes fuerint, ad amicitiam sociali foedere inter se iungendam coeant'.

⁷¹ Con questa affermazione non si vuole affatto negare come anche Virgilio avesse familiarità con le tematiche giuridiche, mentre diverso è il caso di Lucano, sul quale poco o niente sappiamo da questo punto di vista, motivo per cui non ci si soffermerà sulla sua testimonianza: viceversa per quanto concerne Virgilio, cfr. diffusamente *infra*, nel prosieguo del discorso.

A causa del carattere tutt'altro che estemporaneo della Filippica, concepita, com'è noto, durante un lungo periodo di riflessione in campagna, non può essere di certo un caso la precisione lessicale con cui Cicerone utilizza (proprio) 'coeo' in connessione col termine 'societas', intesa quest'ultima come alleanza fra uomini, per rendere l'idea di una relazione stretta volontariamente: in altre parole, stretta tramite un accordo. Il che, coniugato con la già ricordata padronanza della materia giuridica da parte dell'oratore, diventa ancor più significativo.

Soprattutto se confrontato con la frequenza con cui, in altri luoghi ciceroniani, ricorre la stessa connessione terminologica: citiamo, solo a titolo di esempio⁷², *Quinct.* 76 ('cum eo tu voluntariam societatem coebas, qui ...'), *S. Rosc.* 87 ('qui societatem coeris de municipiis cognatisque fortunis cum alienissimo') e *Q. Rosc.* 18.55 ('... et quem ad modum uterque pro sua parte petit, sic pro sua parte dissolvit, heres ex ae parte, qua hereditatem adiit, socius ex ea, qua societatem coit') e ancora *Rab. perd.* 21 ('cum Mario, Scauro, ... cum bonis denique omnibus coire non modo salutis, verum etiam pericoli societatem ...'), *leg.* 1. 60 ('quom animus societatem ... caritatis coerit cum suis') e *nat. deor.* 2.123 ('pina ... cum parva squilla quasi societatem coerit comparandi cibi ...').

E, del resto, l'uso di 'coire' in connessione con 'societas' non è affatto isolato nelle fonti letterarie: lo ritroviamo anche in Virgilio, nel luogo citato nello stesso passo di Prisciano visto poc'anzi, in cui ci dice che 'coëant in foedera desxtiae qua datur; est armis concurrant arma caveta'⁷³, e poi subito dopo che 'et foederis aequas dicamus leges sociosque in regna vocemus'⁷⁴.

Notevole, ai nostri fini, la connessione tra 'coeo', 'foedera', 'leges' e 'socii', stabilita nel medesimo contesto di discorso da Virgilio: sulle cui conoscenze di diritto è ormai difficile dubitare. Nonostante infatti la nota sfortuna della sua carriera forense, dovuta probabilmente al carattere troppo mite, che lo rendeva costituzionalmente inadatto ai discorsi in pubblico – patrocinò una sola causa, si dice, non riuscendo ad emettere sillaba –, si tratta di un punto ormai ampiamente condiviso anche dalla critica giusromanistica⁷⁵.

Anche se, come è stato riaffermato anche in tempi recenti, Virgilio sembrerebbe potersi connotare, rispetto a Cicerone, come un raffinato conoscitore soprattutto di «diritto e rituali giuridico-religiosi arcaici»⁷⁶: il che potrebbe in parte spiegare un uso più sfumato, meno diretto, rispetto a Cicerone, di 'coeo' in relazione con 'societas' (istituto, quest'ultimo, tutt'altro che arcaico).

Tale relazione torna viceversa alla ribalta in un passaggio degli *Annali* di Tacito – 'quotiens reges

⁷² Più inafferrabile, perché legato a contesti di discorso più generali, l'uso di 'coeo' in altri luoghi ciceroniani, che ci restituiscono piuttosto l'idea della cospirazione (che in senso lato, può essere comunque considerata un convergere verso lo stesso scopo), e che, come si vedrà nel prossimo paragrafo, può trovare un suo equivalente nelle fonti giuridiche in quei passi in cui si parla di complicità nei delitti. Il riferimento, ora, è a Cic., *Att.* 1.17 – '... duo enim soli dicuntur petitori, Caesar (cum eo coire per Arrium cogitat) et Bibulus (cum hoc se putat per C. Pisonem posse coniungi) ...' – e a Cic., *Cluent.* 148: 'quid eadem lex statim adiungit? Recita. Deque eius capite quaerito. Cuius? qui coerit? convenerit? Non ita est. Quid ergo est? dic. Qui tribunum militum legionibus quattuor primis quive quaestor, tribunus plebis. Deinceps omnes magistratus nominavit. Quive in senatu sententiam dixit, dixerit. Quid tum? Qui eorum coit, coerit, convenit, convenerit, quo quis sudicio publico condemnaetur ...'.

⁷³ Virg., *Aen.* 11.292-293.

⁷⁴ Virg., *Aen.* 11.321-322.

⁷⁵ Basti citare, tra gli altri, per rimanere in ambito italiano, i lavori di E. COSTA, *Il diritto nei poeti di Roma. Prolusione*, Bologna, 1898, p. 19, p. 28, F. STELLA MARANCA, *Il diritto romano e l'opera di Virgilio*, in «Historia», IV, 1930, p. 580, A. CORDOVA, *Delitto e pena nell'Eneide di Virgilio*, in «Rivista Penale», I.9-10, 1910, p. 3 ss., e soprattutto A. DI PORTO, 'Peculio', in «Enciclopedia Virgiliana», IV, Roma, 1988, p. 2 ss., G. LURASCHI, *Foedus nell'ideologia virgiliana*, in «Atti del III Seminario romanistica gardesano», Milano, 1988, p. 279 ss., F. SINI, *Bellum nefandum, Virgilio e il problema del 'diritto internazionale antico'*, Sassari, 1991, p. 3 ss., R. SANTORO, *Sul ius Papirianum*, in «Mélanges de droit romain et d'histoire ancienne, hommage à la mémoire di A. Magdelain», Paris, 1998, p. 339 ss., C. MASI DORIA, 'Quaesitor urnam movet'. Un'immagine della procedura per quaestionem in Verg. *Aen.* 6.432, in 'Quaesitor urnam movet' e altri studi sul diritto penale romano (con due Anecdota), Napoli, 2003, p. 3 ss., e F. D'IPPOLITO, *Del fare diritto nel mondo romano*, Torino, 2000, p. 70.

⁷⁶ Cfr. in particolare, da ultima, anche se sulla scia di autorevoli predecessori, R. HASSAN, *Tradizione giuridica romana antica e ideologia augustea. Il catalogo dei dannati del Tattaro virgiliano (Aen. 6.608-614)*, in «La repressione criminale nella Roma repubblicana fra norma e persuasione», Pavia, 2009, p. 493 ss.

in *societatem coeant*⁷⁷ – e ancora in Nep., *vir.* 2.2 (*Tissaphernes*): ‘*cum Lacedaemoniis coerat societatem*’, nonché – particolarmente notevole per l’indubbia conoscenza del diritto da parte di Aulo Gellio (su cui pertanto non è il caso di indugiare) – anche in *noct. Act.* 1.9.12: ‘*coebatur societas inseparabilis*’. Una fonte, quest’ultima, più che mai significativa in quanto il contesto gelliano è tecnico: è infatti quello in cui egli fa un parallelo tra il *consortium erecto non cito* e la società dei pitagorici.

Riassumendo: il verbo ‘*coire*’, che, come evidenziato in principio di paragrafo, meglio di molti altri è in grado di esprimere l’idea del coagularsi di un accordo attraverso moti della volontà unilaterali e indipendenti, appare utilizzato nelle fonti letterarie essenzialmente, per quel che qui interessa⁷⁸, in contesti in cui si discorre di *foedera* (patti, trattati) e contratto di *societas*.

Notevole, ai nostri fini, è senz’altro quest’ultima connessione: essendo il contratto romano di *societas* collocato da Gaio nel novero dei contratti consensuali.

Varrà la pena quindi di approfondire la ricerca passando alle fonti giuridiche.

6. In tali fonti assistiamo al coagularsi di uno scenario non troppo dissimile: come il *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*⁷⁹, alla voce ‘*coeo*’, ampiamente dimostra.

Il verbo è infatti utilizzato – in contesti che sono tutti, ovviamente, più tecnici – in materia di costituzione di *collegia*, di convocazione dei creditori, di complicità nei delitti, di riunione tra fedeli per cerimonie religiose, di matrimonio. E, non ultimo, in materia di contratto di *societas*.

Non occorrono molte parole per far intendere come, in tutti questi casi, la relazione giuridica descritta sia volontaria, presupponendo pertanto l’esistenza di un accordo. Mentre non sarà inutile indugiare sul caso della *societas*: capace di diventare, per queste pagine, una sorta di caso paradigmatico.

Si può infatti registrare una caratteristica nel linguaggio usato dai giuristi romani⁸⁰ quando affrontano il contratto di società: già a partire da Quinto Mucio⁸¹, Alfeno⁸², Labeone⁸³, Aristone e Cassio⁸⁴, passando poi per Proculo⁸⁵, Celso⁸⁶, Pomponio⁸⁷, Gaio⁸⁸, Paolo⁸⁹, Ulpiano⁹⁰ e fino a Modestino⁹¹, i *prudentes* utilizzano sempre, nel descrivere il momento in cui si stringe tra i soci il vincolo contrattuale, l’espressione ‘*societatem coire*’, scegliendo pertanto quest’ultimo verbo al posto dei più consueti ‘*contrahere*’ o ‘*consentire*’.

E ciò perlomeno fino a quando resisterà un uso «alto» della lingua latina: ritroviamo pertanto

⁷⁷) *Ann.* 12.47.

⁷⁸) Non sono state censite in questa sede le numerose fonti letterarie in cui l’uso del verbo ‘*coire*’ poco o nulla aggiunge al nostro discorso, essendo completamente sganciato da qualsiasi implicazione giuridica rilevante: in particolare i casi in cui il verbo si riferisce al coagularsi, tra uomini, di intenzioni ostili; o ancora: in senso lato, è usato per indicare l’atto del copulare, o singole cose che si fondono insieme; o parti del corpo che si rimarginano o si toccano, o la semplice condizione di cose corporali e incorporali. Per tutti questi, eterogenei, casi di uso del verbo ‘*coire*’ cfr. per tutti ancora «Th.L.L.», cit., c. 1415 ss.

⁷⁹) «VIR.», I, Berlin, 1894, sv. ‘*coeo*’, c. 770 ss.

⁸⁰) Con la sola eccezione di Callistrato e Papiniano, che del resto, allo stato della nostra documentazione, non contribuiscono alla materia che, rispettivamente, con un breve frammento (D. 17.2.64: Call. 1 *quaest.*) e un passo che descrive una fattispecie molto particolare di costituzione di dote (D. 17.2.81: Pap. 9 *quaest.*).

⁸¹) Come sembrerebbe potersi ricavare da D. 17.2.30 (Paul. 6 *ad Sab.*).

⁸²) Cfr. in D. 17.2.71.pr.-1 (Paul. 3 *epit. Alf. dig.*): su cui si veda anche *infra*, § 7.

⁸³) Cfr. D. 17.2.84 (Labeo 6 *post. a Iav. epit.*), ma anche D. 17.2.65.2 (Paul. 32 *ad ed.*).

⁸⁴) Come sembrerebbe attestare D. 17.2.29.2 (Ulp. 30 *ad Sab.*).

⁸⁵) Cfr. D. 17.2.76 (Proc. 5 *epist.*), ma anche in D. 17.2.65.pr. (Paul. 32 *ad ed.*).

⁸⁶) Cfr. D. 17.2.75 (Cels. 50 *dig.*), ma anche D. 17.2.58.pr.-1 (Ulp. 31 *ad ed.*).

⁸⁷) Cfr. D. 17.2.6 (Pomp. 9 *ad Sab.*), D. 17.2.18 (Pomp. 13 *ad Sab.*), D. 17.2.59.pr. (Pomp. 12 *ad Sab.*).

⁸⁸) Cfr. il Gaio delle Istituzioni, in particolare: Gai., *inst.* 3.148-149 e 154.

⁸⁹) Cfr. D. 17.2.1.pr.-1 (Paul. 32 *ad ed.*), D. 17.2.3.1-2-3 (Paul. 32 *ad ed.*), D. 17.2.17.2 (Paul. 6 *ad Sab.*), D. 17.2.30 (Paul. 6 *ad Sab.*), D. 17.2.65.pr., 2, 5, 6, 9-10 e 15 (Paul. 32 *ad ed.*), D. 17.2.70 (Paul. 33 [32] *ad ed.*), D. 17.2.71.pr.-1 (Paul. 3 *epit. Alf. dig.*).

⁹⁰) Cfr. D. 17.2.5.1 (Ulp. 31 *ad ed.*), D. 17.2.7 (Ulp. 30 *ad Sab.*), D. 17.2.14 (Ulp. 30 *ad Sab.*), D. 17.2.29.1-2 (Ulp. 30 *ad Sab.*), D. 17.2.32 (Ulp. 2 *ad ed.*), D. 17.2.33 (Ulp. 31 *ad ed.*), D. 17.2.52.2, 4, 11 e 14 (Ulp. 31 *ad ed.*), D. 17.2.57 (Ulp. 30 *ad ed.*), D. 17.2.58.pr., 1, 2 e 3 (Ulp. 31 *ad ed.*), D. 17.2.69 (Ulp. 32 *ad ed.*), D. 17.2.73 (Ulp. 1 *resp.*).

⁹¹) Cfr. D. 17.2.4.pr. (Mod. 3 *reg.*): un passo molto sospettato, forse a torto, come si dirà meglio, *infra*, § 7.

l'espressione sia nel titolo 17.2 (*pro socio*) del Digesto – e fin dal passo, di Paolo, che apre la trattazione⁹² – sia nel *de societate*⁹³, il titolo 25 del terzo libro delle Istituzioni di Giustiniano – e anche qui fin dal paragrafo di apertura⁹⁴ –, così come già nelle Istituzioni di Gaio. Mentre l'espressione scompare, a proposito di società, nelle costituzioni imperiali (e da qui nel Codice): nelle quali, come è noto, l'uso della lingua diventa piuttosto involuto.

E vi è di più. *Societatem coire* è utilizzato anche nella formula dell'*actio pro socio*, nella cui *demonstratio* leggiamo: *'quod A^s A^s cum N^o N^o societatem ...coirit'*⁹⁴. Il che poco importerebbe se ritrovassimo tale espressione anche nella *sedes materiae* di qualche altro contratto (consensuale o meno): ma non è così.

Sembrirebbe quindi che i giuristi romani, a prescindere dalle scuole di appartenenza, sentano di dover riservare l'uso del verbo *'coeo'*, fra i contratti, alla sola *societas*.

In letteratura la singolarità è passata quasi inosservata, salvo poche eccezioni.

Mariagrazia Bianchini⁹⁵, innanzitutto, che con argomenti che collimerebbero, a dire della medesima, con la spiegazione di Lenel⁹⁶, risolve la questione vedendo in ciò una prova dell'esistenza di più tipi di *societas*, di cui solo alcuni – identificabili, nelle fonti, dall'uso del verbo *'contrahere'* – a carattere contrattuale e consensuale: perché «*'coire societatem'*, infatti, rende piuttosto l'idea della continuità del rapporto, mentre *'contrahere'* puntualizza il momento del suo sorgere. Così mentre ambedue i verbi si adattano alla società (*'contrahere'* tutte le volte che il rapporto associativo sorge in seguito a contratto), *'coire'* sarebbe usato impropriamente, se riferito agli altri contratti consensuali, poiché in questi viene in risalto solo il momento costitutivo»⁹⁷. E ancora: «i due termini non sono esattamente equivalenti ... perché, se veramente in età classica non fosse esistita altra figura di società che quella fondata con contratto consensuale, il termine *coire* sarebbe stato probabilmente soppiantato da *contrahere* e non avrebbe avuto ragione di sussistere e di ricorrere con la frequenza che abbiamo invece avuto modo di riscontrare; né, d'altra parte, tale sopravvivenza del termine può essere giustificata solo come relitto di un istituto scomparso»⁹⁸.

Che l'uso, insistito, del verbo *'coire'* non possa essere considerato un relitto storico di un istituto in disuso è argomento sul quale si può senz'altro convenire. Ma la ragione della sua frequenza rimane, a parere di scrive, uno degli aspetti ancora irrisolti dell'istituto, che non si può liquidare con gli argomenti scelti dall'autrice: non si può infatti accettare, anche alla luce di quanto appena visto, la spiegazione fornita dalla Bianchini, perché essa è fondata su un significato del verbo *'coire'* che viene puntualmente smentito dalle fonti (letterarie e giuridiche) viste poc'anzi⁹⁹. Leggiamo ancora le parole dell'autrice: «... *'coire'* pone l'accento sulla situazione di fatto più che su quella di diritto e, legato a *societas*, sulla relazione di fatto intercorrente tra i soci. Con ciò non vogliamo affatto escludere la volontarietà di questo trovarsi insieme, ricordando ancora una volta, comunque che volontarietà non sempre equivale a consenso, ma solo chiarire che *'coire'* in tema di società, non costituisce a tutti gli effetti, almeno per l'epoca più antica, *'consenso contrahere'*, ossia non indica di per sé l'accordo tra i soci, ma piuttosto la complessità del rapporto sociale»¹⁰⁰. E a questo punto la studiosa cita, a conforto delle sue tesi, Saumagne¹⁰¹ che, in un lavoro che per ammissione della medesima è altrimenti finalizzato, essendo quest'ultimo autore impegnato a stabilire il contenuto dello *ius coeundi* e dello *ius conveniendi* spettanti al collegio dei sinfoniaci, traccia una differenza tra i due verbi

⁹² Cfr. D. 17.2.1.pr. (Paul. 32 ad ed.).

⁹³ Cfr. *Iust. inst.* 3.25.pr. (= Gai., *inst.* 3.148).

⁹⁴ Cfr. O. LENEL, *Edictum perpetuum*³, Leipzig, 1927, p. 207: il quale già notava come *'coire'* e non *'contrahere'* fosse il termine usuale in materia di società.

⁹⁵ M. BIANCHINI, *Studi sulla societas*, Milano, 1967, p. 21 ss. e 90 ss.

⁹⁶ Cfr. ancora LENEL, *Edictum perpetuum*, cit., p. 207: il quale si era però semplicemente limitato a notare l'uso generalizzato, per la *societas*, di *'coeo'*.

⁹⁷ Così testualmente BIANCHINI, *Studi sulla societas*, cit., p. 21 s.

⁹⁸ Così ancora BIANCHINI, *Studi sulla societas*, cit., p. 91.

⁹⁹ Cfr. *supra*, §§ 5 e 6.

¹⁰⁰ Cfr. sempre BIANCHINI, *Studi sulla societas*, cit., p. 91.

¹⁰¹ C. SAUMAGNE, *'Coire', 'convenire', 'colligi'*, in «RDH.», XXXII, 1954, p. 254 ss.

che appare, palesemente, tarata su un contesto diverso, ossia quello, appunto, delle riunioni di un *collegium*: e in cui può avere un senso affermare che ‘*coire*’ sta ad indicare il puro e semplice «trovarsi insieme»¹⁰², e ‘*convenire*’ il riunirsi per degli scopi determinati.

Ed è appena il caso di notare, ancora, come, nella *societas*, il confronto da farsi, semmai, non sarebbe tanto tra ‘*coire*’ e ‘*convenire*’, quanto – come si legge del resto nelle stesse righe della Bianchini – tra ‘*coire*’ e ‘*contrahere*’, perché questi sono i due verbi che, statisticamente, vengono maggiormente utilizzati dai giuristi per la materia (pur nel netto prevalere del primo)¹⁰³; e, ancora, che, a stretto rigore, seguendo Saumagne, anche «convenire» indica, dopo tutto, un semplice «trovarsi insieme»¹⁰⁴.

Il che, ancora una volta, proverebbe davvero troppo.

Per tacer d’altro, poi, si è insistito oltremodo proprio sull’espressione «trovarsi insieme», usata dalla Bianchini, perché, altrove, la studiosa parrebbe contraddirsi, affermando che «‘*coire societatem*’ ... rende l’idea della continuità del rapporto»¹⁰⁵, «la realizzazione del rapporto associativo durevole»¹⁰⁶; e ancora, forse più opportunamente (e non solo perché collimante con l’immagine proposta in queste pagine) che «‘*societem coire*’ ... tratteggia a parole l’immagine di più soggetti che vanno insieme per la stessa strada»¹⁰⁷. Il che è ben diverso dal trovarsi semplicemente insieme!

Si dissente quindi totalmente, a causa di quanto appena visto nelle fonti letterarie e giuridiche, dall’idea secondo cui il verbo ‘*coire*’ esprimerebbe il semplice riunirsi in uno stesso luogo – anche perché chi lo dice che i soci di una società debbano «trovarsi insieme»¹⁰⁸ per concludere l’accordo?¹⁰⁹ –, né si può non notare che, delle due l’una: o la volontarietà, in un contesto contrattuale, quale è quello della *societas*, la si lega all’idea dell’accordo – anche a prescindere dall’essere il contratto consensuale o di altra *species*¹¹⁰ –, o siamo al di fuori di qualsiasi ipotesi volontaristica.

Inoltre: si tratta di una spiegazione del verbo ‘*coire*’, quella proposta dalla Bianchini, inaccettabile, allo stato attuale della dottrina, soprattutto perché strettamente funzionale ad una ipotesi, complessiva, che postula la compresenza di più *societas*, di cui alcune consensuali ed altre no¹¹¹; ipotesi, ormai ampiamente rigettata dagli studiosi, che si pone per certi versi sullo stesso piano di quella, altrettanto confutata, di una *societas re contracta*, che vedremo meglio tra breve.

E soprattutto si tratta di un’ipotesi che molto, troppo, concede alle posizioni anticonsensuali di Wieacker¹¹², che come ci ha ormai ben chiarito Meissel¹¹³, sono soprattutto il frutto dell’ideologia na-

¹⁰² Per riprendere letteralmente l’espressione usata dalla BIANCHINI, *Studi sulla societas*, cit., p. 92.

¹⁰³ Si possono citare, a titolo di esempio: D. 17.2.19 (Ulp. 30 *ad Sab.*), in cui il giurista, che altrove ha utilizzato soprattutto ‘*coeo*’ (cfr. le fonti citate *supra*, nt. 90), sceglie qui il verbo ‘*contrabo*’, D. 17.2.44 (Ulp. 31 *ad ed.*), D. 17.2. 52.3 (Ulp. 31 *ad ed.*) e D. 17.2.63.2 (Ulp. 31 *ad ed.*): dove la scelta ricade ancora su ‘*contrabo*’, mentre in D. 17.2.69 (Ulp. 32 *ad ed.*) lo stesso giurista utilizza accanto a ‘*coire*’ anche ‘*convenire*’. Cfr. inoltre D. 17.2.74 (Paul. 62 *ad ed.*), dove la scelta di Paolo ricade su ‘*contrabo*’, al posto del più frequente ‘*coeo*’ (cfr. le fonti citate *supra*, nt. 89). Infine, si può censire anche in Gaio, sempre nelle Istituzioni, l’uso sia di ‘*coeo*’ (cfr. le fonti citate *supra*, nt. 88) che di ‘*contrabo*’, quest’ultimo in Gai., *inst.* 3.151.

¹⁰⁴ BIANCHINI, *Studi sulla societas*, cit., p. 92.

¹⁰⁵ Così ancora BIANCHINI, *Studi sulla societas*, cit., p. 21.

¹⁰⁶ BIANCHINI, *Studi sulla societas*, cit., p. 22.

¹⁰⁷ Ancora BIANCHINI, *Studi sulla societas*, cit., p. 22.

¹⁰⁸ BIANCHINI, *Studi sulla societas*, cit., p. 92.

¹⁰⁹ Notevole in tal senso è quello che stiamo per apprendere da Modestino: cfr. *infra*, § 7, l’esegesi di D. 17.2.4.pr. (Mod. 3 *reg.*).

¹¹⁰ Cfr. quanto detto *supra*, § 3, a proposito dei – pur se difficilmente ricostruibili – rapporti tra *conventio* e *contractus*, che, anche in diritto romano, come Pedio ci ha insegnato, sarebbe errato voler restringere al campo dei contratti consensuali.

¹¹¹ Più o meno nello stesso senso, l’autrice si è anche espressa nel successivo *Societas iuris gentium e societas iuris civilis tantum. Interrogativi in sospeso*, in «Annali Genova», XI, 1972, p. 92 ss.

¹¹² Il riferimento è al notissimo F. WIEACKER, *Societas. Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft. Untersuchungen zur Geschichte des römischen Gesellschaftsrechts*, I, Weimar, 1936, p. 5 ss., ampiamente citato, in senso adesivo, dalla BIANCHINI, *Studi sulla societas*, cit., *passim*.

¹¹³ Cfr. F.S. MEISSEL, *Fossile Zeugnisse einer gemeinsamen Urform – Wieackers Beitrag zur Geschichte der societas in «Recht ohne Grenzen. Grenzen des Rechts (Europäisches Forum Junger Rechtshistorikerinnen und Rechtshistoriker Graz 1997)» – cur. M.F. Polaschek, A. Ziegerhofer –*, Frankfurt a.M. - Berlin - Bern - New York - Paris - Wien,

zional-socialista: che aborrisse l'idea stessa di consenso, preferendo, come è noto, i metodi autoritativi.

Prima della Bianchini, vi è stata poi la sola voce di Arangio-Ruiz¹¹⁴: che dell'uso, da egli pur constatato, di 'coire' nelle fonti in materia di *societas*, ne fa più un *divertissement* – straordinariamente utile, come si vedrà a breve, anche ai fini di questo lavoro – che un motivo di reale approfondimento.

Partiamo pertanto proprio dalle considerazioni dello studioso, cercando di contestualizzarle all'interno del dibattito dottrinario che le ha ispirate: quello, notissimo tra gli addetti ai lavori, che ruota intorno alla cosiddetta *societas re contracta*¹¹⁵; nel quale non sarà difficile notare le assonanze con – e gli spunti per – la problematica, da cui siamo partiti, dei cd. «scambi senza accordo».

7. Cosa dice Arangio-Ruiz di tanto utile ed interessante anche per queste pagine?

Con uno dei guizzi dell'intelligenza che gli erano propri, l'autore nota che «a buon conto, quasi per mettere la società al riparo dalle dispute moderne circa il significato di 'contrahere' e di 'contractus', i romani hanno parlato preferibilmente di 'societatem coire' (...)»¹¹⁶.

Si tratta, è evidente, di una provocazione, funzionale al fermo tentativo dello studioso di respingere i tentativi di vedere nella *societas*, contratto consensuale nello «schema»-quadripartizione galiano, degli elementi di tipo reale: egli infatti si chiedeva, nello stesso contesto, cercando anche così di respingere l'idea della *societas re contracta*: «come mai un contratto sarebbe volta a volta consensuale o reale?»¹¹⁷.

Un po' quello che è successo a partire dal dibattito sui cosiddetti automatici e fino ad arrivare ai tempi più recenti, in cui il fare acquisti in un grande magazzino o per via telematica o tramite una vendita televisiva o, eventualmente, mediante un contratto concluso tramite moduli o formulari¹¹⁸, finisce per essere percepito, da alcuni studiosi, come estraneo allo «schema» consensuale della compravendita del nostro Codice Civile, per assumere «una certa tinta di realtà»¹¹⁹; o addirittura, nei casi più gravi, come estraneo all'alveo dei contratti: e questo, lo si è visto, a causa dell'accordo che è al centro della nozione codicistica di contratto, mentre non sarebbe al centro, per una parte della dottrina, di queste nuove modalità di scambio.

E vi è di più.

Il pensiero degli studiosi, ieri nel dibattito romanistico, oggi in quello civilistico, è in gran parte costruito sulle riflessioni sul contratto e, soprattutto, sulla sua struttura e sulla funzione del dialogo nel medesimo: al punto da ancorare alla presenza o meno del dialogo la possibilità di includere o meno gli «scambi senza accordo» o la *societas re contracta* (intesa come comunione incidentale) nella nozione di contratto.

E' sufficiente leggere alcuni passaggi per rendersene conto.

Arangio-Ruiz nega alla *societas re contracta* - comunione incidentale il ruolo di contratto (anche perché nella medesima difetterebbe ciò che accomuna tutti gli altri tipi di contratti, sia formali (verbali) che reali: in cui «nell'uno e nell'altro caso abbiamo a che fare con negozi bilaterali, o quanto meno recettizii, apprestati dall'ordinamento giuridico nell'interesse di chi voglia appunto far sorgere un'obbligazione. Nell'uno e nell'altro caso, si ha la dichiarazione espressa con parole o con atti della volontà di obbligare – e si concentri pure tutto il peso della definizione nella parola 'dichiarazione'»¹²⁰.

Non suona affatto diverso da quanto affermato da Irti, per porre un problema di scambi di

1998, p. 43 ss., insieme al successivo *Societas. Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrages*, Frankfurt a.M., 2004, *passim*.

¹¹⁴ Il riferimento è a V. ARANGIO-RUIZ, *Societas re contracta e communio incidens*, in «Studi S. Riccobono», IV, Palermo, 1934, p. 359.

¹¹⁵ Per una sintesi delle posizioni della dottrina sul tema, cfr. *infra*, § 7.

¹¹⁶ Cfr. ancora ARANGIO-RUIZ, *Societas re contracta e communio incidens*, cit., p. 359.

¹¹⁷ Così sempre ARANGIO-RUIZ, *Societas re contracta e communio incidens*, cit., p. 359.

¹¹⁸ Cfr. diffusamente *supra*, § 1.

¹¹⁹ Così SCIALOJA, *L'offerta a persona indeterminata*, cit., p. 164 ss. (visto meglio *supra*, nt. 9); ma si veda anche GAMBINO, *L'accordo telematico*, cit., p. 25 (visto meglio *supra*, nt. 26).

¹²⁰ Così testualmente ARANGIO-RUIZ, *Societas re contracta e communio incidens*, cit., p. 380.

mercato vissuti come qualcosa di diverso, di altro dal contratto: «il declino dell'accordo – derivante dalla crisi della parola e del dialogo – dissolve il contratto nella combinazione di due atti unilaterali ... Le parti dello scambio assumono decisioni, che *nascono e restano separate*: esse non si fondono né disperdono nella sintesi dell'accordo ... I due atti unilaterali si ritrovano nell'*identità della merce*: è veramente questa, che combina i due atti e ne fa una decisione di scambio»¹²¹.

Ma la storia del pensiero giuridico, si sa, è fatta di ravvedimenti. Come insegna proprio il caso di Arangio-Ruiz: chi conosce la storia della *societas re contracta* nella storiografia romanistica, lo sa bene.

Verso gli anni trenta del Novecento, infatti, gli studiosi cominciano ad essere affascinati dalla questione della *societas re contracta*¹²².

Una società di questo tipo, in cui il vincolo si produce *re*, fu ravvisata da Albertario¹²³, Frezza¹²⁴ ed Ein¹²⁵ nei casi di comunione (incidentale) derivanti da legato o da eredità comune, già per l'epoca classica; mentre Arangio-Ruiz¹²⁶, criticando l'impostazione di tali studiosi, affermava piuttosto che la comunione incidentale non fosse un tipo di contratto, ritagliando per la *societas contracta re* il semplice ruolo di una degenerazione post-classica, respinta già da Giustiniano.

Ma Arangio-Ruiz, circa quindici anni dopo¹²⁷, dichiara di aver concesso a tale costruzione fin troppo credito, negando successivamente qualsiasi esistenza di una *societas re contracta*: idea che aveva del resto già registrato l'ostilità di tutta una parte della dottrina, italiana e non¹²⁸, a parte il timido tentativo, già visto, della Bianchini di rispolverare, in qualche modo, l'idea di una società diversa da quella consensuale, anche se non di certo *re contracta*¹²⁹.

Ostilità e successivi ravvedimenti – nonostante i timidi ritorni – degli studiosi che sono stati agevolati, con tutta probabilità, dall'essere ancorati ad un «modello», quello romano dei contratti, più limpido, e per questo più forte: che ha impedito di credere fino in fondo ad un'ipotesi in cui lo «schema» di un contratto eminentemente consensuale, come quello della *societas romana*, veniva un po' troppo disinvoltamente adattato ad uno «schema» diverso, di tipo reale, o, nella formulazione più estrema, a volte ad uno schema consensuale altre ad uno schema reale¹³⁰.

Ed è grazie alla forza del loro «modello» che i giuristi romani hanno potuto permettersi il lusso di introdurre, nel discorso concernente la *societas*, elementi (apparentemente) di tipo reale, certi che nessuno – romanisti a parte, ma solo molti secoli dopo! – sarebbe caduto in equivoco: il riferimento è al noto passo di Modestino in cui leggiamo:

D. 17.2.4.pr.-1 (Mod. 3 *reg.*): Societatem coire et re et verbis et per nuntium posse nos dubium non est. Dissociamur renuntiatione morte capituli minutione et egestate.

¹²¹) Così sempre testualmente IRTI, *Scambi senza accordo*, cit., p. 360 (il corsivo nel testo è dell'autore).

¹²²) Con particolare convinzione A. BECHMANN, *Der Kauf nach Gemeinem Recht*, I. *Geschichte des Kaufs im römischen Recht*, Erlangen, 1876, p. 485 ss., ha sostenuto il carattere reale dei primi contratti di società. *Contra*, PERNICE, *Zur Vertragslehre der römischen Juristen*, cit., p. 232 ss., ed E. DEL CHIARO, *Le contrat de société en droit privé romain sous la République at au temps des jurisconsultes classiques*, Paris, 1928, p. 116 ss.

¹²³) Cfr. E. ALBERTARIO, *I nuovi frammenti di Gaio (PSI. XI Nr. 1182)*, in «Per il XIV Centenario delle Pandette e del Codice di Giustiniano», Pavia, 1934, p. 515 ss. (ora in *Studi di diritto romano*, V, Milano, 1937, in particolare p. 463 ss. e 472 ss.)

¹²⁴) Cfr. P. FREZZA, *Actio communi dividundo*, in «RISG.», n.s., VII, 1932, p. 3 ss. e in particolare p. 108 ss., *Il consortium ercto non cito e i nuovi frammenti di Gaio*, cit., p. 27 ss., e la recensione ad ARANGIO-RUIZ, *Societas re contracta e communio incidens*, cit., in «SDHI.», I, 1935, p. 188 ss.

¹²⁵) Cfr. E. EIN, *Le azioni dei condomini*, in «BIDR.», XXXIX, 1931, p. 73 ss.

¹²⁶) Cfr. ancora ARANGIO-RUIZ, *Societas re contracta e communio incidens*, cit., p. 357 ss.: su cui si veda la critica di Frezza nella ricordata recensione, p. 188 ss.

¹²⁷) Il lavoro cui ci si riferisce nel testo è ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, cit., in particolare p. 57 ss.

¹²⁸) Cfr. in particolare P. JÖRS, W. KUNKEL, *Römisches Privatrecht auf Grund des Werkes*, Berlin, 1935, in particolare p. 241 nt. 5, e G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., p. 216 ss.

¹²⁹) Cfr. in particolare BIANCHINI, *Studi sulla societas*, cit., *passim*, visto diffusamente supra, nel § 6, ma anche EAD., *Societas iuris gentium e societas iuris civilis tantum*, cit., p. 92 ss.

¹³⁰) Così soprattutto EIN, *Le azioni dei condomini*, cit., *passim*; mentre prendono maggiormente le distanze, sul punto, Frezza e Arangio-Ruiz nei lavori citati supra, nt. 124, 126 e 127, pensando piuttosto a due diverse società.

Un testo tanto breve quanto discusso¹³¹.

Non sarà inutile, prima di tirare le fila del discorso, tentarne una nuova lettura, anche alla luce di quanto già osservato a proposito del ricorso al verbo *'coeo'*, che appare puntualmente anche in questo frammento.

Il passo è stato ugualmente utilizzato per sostenere il carattere insitico dell'espressione *'et re et verbis'*¹³², così come, al contrario, per vedere, nella medesima espressione, una traccia della *societas re contracta*¹³³, anche se solo postclassica secondo alcuni¹³⁴.

Sul testo occorre esprimere alcune considerazioni, in parte controcorrente, proprio intorno all'espressione segnalata: *'et re et verbis'*. La quale non può non richiamare un altro passo, attribuito sempre a Modestino, che contiene una classificazione delle obbligazioni in cui compare – a differenza delle altre, note, tassonomie della materia, contenute nelle *Istituzioni* di Gaio e di Giustiniano – anche una *obligatio re et verbis contracta*¹³⁵.

Ciò indica che il giurista, nonostante il carattere isagogico dell'opera (le *regulae*) da cui entrambi i passi sono escerpiti, e nonostante un sicuro rimaneggiamento del frammento riportato poc'anzi (tradito dalla terminologia: *'egestate'*, *sic!*), avesse una certa familiarità con l'espressione, la quale pertanto difficilmente può considerarsi insitica: del *principium* di D. 17.2. 4 si può supporre quindi più un raccorciamento, che una vera e propria interpolazione.

Ma che senso dare allora a tale endiadi? Delle due l'una. E' semplice: o il giurista l'ha utilizzata in senso tecnico oppure no.

Arangio-Ruiz sembra sostenere la prima opzione, ma forse a torto: «non mi pare» – sostiene l'autore – «che si possa contemporaneamente pretendere che il passo sia stato scritto da un classico,

¹³¹ Tra gli altri è possibile citare i lavori di E. LEVY, *Der Hergang der römischen Ehescheidung*, Weimar, 1925, p. 57 nt. 5, cui *adde* U. BRASIELLO, *Obligatio re contracta*, in «Studi P. Bonfante», II, Milano, 1930, p. 541 s. e 569 s., G. SEGRÈ, *Mutuo e stipulatio nel diritto romano classico e nel diritto giustiniano*, in «Studi V. Simoncelli», Napoli, 1917, p. 344 n. 4, ARANGIO-RUIZ, *Societas re contracta e communio incidens*, cit., p. 363 ss., A. GUARINO, *Solutio societatis*, in «Labeo», XIV, 1968, p. 154 s., A. TORRENT, *Notas sobre la relacion entre communio y copropiedad*, in «Studi G. Grosso», II, Milano, 1977, p. 108 s., W. LITEWSKI, *Remarques sur la dissolution de la société en droit romain*, in «RHD.», L, 1972, p. 77 s., A. WACKE, *Zur Lehre vom pactum tacitum and zur Aushilfsfunktion der exceptio doli*, in «ZSS.», XC, 1973, p. 250 s., M. KASER, *Neue Literatur zur 'societas'*, in «SDHI.», XLI, 1975, p. 299 ss., C.M. DORIA, *Die societas rutiliana und die Ursprünge der prätorischen Erbfolge der Freigelassenen*, in «ZSS.», CVI, 1989, p. 391, J. M. SCHERMAIER, *Teilvindikation oder Teilungsklage?*, in «ZSS.», CX, 1993, p. 171, e S. TONDO, *Classificazioni delle fonti d'obbligazione*, in «Labeo», XLI, 1995, p. 379.

¹³² Così SEGRÈ, *Mutuo e stipulatio nel diritto romano*, cit., p. 344 nt. 4, LEVY, *Der Hergang der römischen Ehescheidung*, cit., p. 57 nt. 5, e BRASIELLO, *Obligatio re contracta*, cit., p. 541 s. e 569 s.

¹³³ Così EIN, *Le azioni dei condomini*, cit., p. 76 ss., e FREZZA, *Actio communi dividundo*, cit., p. 3 ss. e 108 ss. In tale prospettiva, il passo viene letto insieme a Gai., *inst.* 3.154 e D. 44.7.57 (Pomp. 36 *ad Q. Muc.*), che, complessivamente, dovrebbero attestare, secondo i sostenitori dell'ipotesi, l'esistenza di una società non consensuale, ma *contracta re*.

¹³⁴ Il riferimento è alla posizione assunta in un primo momento da ARANGIO-RUIZ, *Societas re contracta e communio incidens*, cit., p. 357 ss.

¹³⁵ Il passo cui ci si riferisce nel testo è ovviamente il noto D. 44.7.52.pr. (Mod. 2 *reg.*): *'obligamur aut re aut verbis aut simul utroque aut consensu aut lege aut iure onorario aut necessitate aut ex peccato'*. Il passo al § 3 continua precisando che: *'re et verbis pariter obligamur, cum et re interrogati intercedit, consentientes in aliquam rem'*. Non è questa sede per discutere, nemmeno cursoriamente, i problemi che il testo ha creato, sui quali vi è del resto un'ampia letteratura: cfr. soprattutto Á. D'ORS, *Re et verbis*, in «Atti del Congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto (Verona 27, 28, 29 settembre 1948)», III, Milano, 1953, p. 269 ss., M. KASER, *Mutuum und stipulatio*, Athen, 1963, p. 273 ss., C.A. MASCHI, *La categoria dei contratti reali: corso di diritto romano*, Milano, 1973, p. 290 ss., A. DELL'ORO, *A proposito del regime classico e giustiniano della obligatio re et verbis*, in «Atti del II convegno sulla problematica contrattuale in diritto romano», Milano, 1998, p. 103 ss. Sui sospetti di genuinità che da sempre si sono appuntati sul testo cfr. invece GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., p. 24 ss. Mentre per un approccio d'insieme a tale problematica, il rinvio è, da una parte alla manualistica (cfr. per tutti TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 508 ss., M. MARONE, *Istituzioni di diritto romano*², Palermo, 1994, p. 450 ss., A. GUZMAN BRITO, *Derecho privado romano. I. Sintesis historica del derecho romano*, Santiago de Chile, 1996, p. 708 ss.) e dall'altra soprattutto a M. TALAMANCA, *Una verborum obligatio e obligatio re et verbis contracta*, in «Lura», L, 1999, p. 98 ss., con la più completa rassegna delle principali fonti in materia e di tutte le opinioni espresse dalla dottrina.

per tardo che fosse, e che tuttavia le parole ‘re et verbis’ abbiano un significato diverso da quello che è tecnico in tema di classificazioni di contratti¹³⁶. Come – precisa nello stesso contesto –, è stato più volte sostenuto a partire dagli scolasti dei Basilici¹³⁷.

In realtà, se al giurista si deve l’unica classificazione delle obbligazioni che contempla anche l’*obligatio re et verbis*, si dovrebbe sostenere esattamente il contrario: per Modestino, infatti, ‘re et verbis’, in senso tecnico, non indica, come sottinteso da Arangio-Ruiz, i contratti reali e quelli verbali, ma piuttosto una categoria di obbligazioni, frutto dell’elaborazione delle scuole postclassiche, in cui si ha un trasferimento di una somma di denaro a titolo di mutuo, e la contestuale formalizzazione di un tale assetto di interessi in una *stipulatio*. In modo che, se non fosse stata valida quest’ultima, per qualsiasi ragione, si poteva comunque agire in base al mutuo; mentre a rigore, per i classici, si sarebbe potuto agire solo *ex stipulatu*, essendo stata integrata soltanto la *verborum obligatio*.

Va da sé che in materia di *societas* non vi è alcun margine per sostenere l’esistenza di questo particolare tipo di contratto: vi è anzi prova del contrario, in un passo di Paolo-Alfeno, D. 17.2.71.pr.¹³⁸, in cui i giuristi riconoscono l’esistenza del solo contratto verbale, se l’intero assetto di interessi tra due soci – che, nel caso specifico, uniscono le forze per insegnare grammatica –, fosse stato versato in una *stipulatio*.

Inoltre, se così non fosse, si sarebbe dovuto parlare piuttosto di *obligatio ‘consensu et verbis’*: ove – ricalcando la logica, postclassica, della categoria della ‘*obligatio re et verbis*’ appena illustrata – non essendo per qualche ragione efficace la *stipulatio*, si sarebbe potuto agire *pro socio*.

Ma, ovviamente, non vi è alcuna traccia di una *societas consensu et verbis contracta*, né tantomeno di una società *contracta solo verbis*: mentre, a rigore, si sarebbe dovuti arrivare a sostenere anche tale esistenza, nel momento in cui si avallava un uso tecnico, da parte di Modestino, dell’espressione che stiamo analizzando. Il che non è invece mai stato affermato in letteratura, essendo stati gli studiosi sempre concentrati solo su quella parte dell’endiadi che – insieme ad altri labili indizi¹³⁹ – ha portato all’ipotesi di un società *contracta re*.

Se, come appare a questo punto preferibile, intendiamo l’uso di ‘re et verbis’, di D. 17.2.71.pr., in senso atecnico, cioè meramente descrittivo, lo scenario cambia, anche in considerazione del fatto che, nello stesso paragrafo, ritroviamo anche il verbo ‘*coeo*’: che, come ormai ben sappiamo¹⁴⁰, è indice piuttosto sicuro di relazioni (giuridiche, nel caso, ma non solo) strette volontariamente, in base a degli accordi. O, in altre parole: consensualmente.

Il che pone in evidenza anche nel passo di Modestino l’elemento, per l’appunto, della consensualità: come ben sapeva, del resto, lo stesso Arangio-Ruiz che, poche righe dopo aver sostenuto un uso tecnico dell’espressione ‘re et verbis’ (che lo conduce, in quel contesto, a credere in parte all’ipotesi della *societas re contracta*), dichiara anche – con un’evidente contraddizione – che «io credo che nell’opera isagogica di Modestino la dottrina della consensualità della ‘societas’ era esplicitamente affermata con le sue conseguenze: ... la cosa più probabile è che la tricotomia originaria fosse ‘vel coram vel per epistulam vel per nuntium’...»¹⁴¹.

¹³⁶ Cfr. ancora ARANGIO-RUIZ, *Societas re contracta e communio incidens*, cit., p. 363.

¹³⁷ Ancora ARANGIO-RUIZ, *Societas re contracta e communio incidens*, cit., p. 363 nt. 14.

¹³⁸ D. 17.2.71.pr. (Paul. 3 epit. Alf. dig.): ‘Duo societatem coierunt, ut grammaticam docerent et quod ex eo artificio quaestus fecissent, commune eorum esset: de ea re quae voluerunt fieri in pacto convento societatis proscripserunt, deinde inter se his verbis stipulati sunt: ‘haec, quae supra scripta sunt, ea ita dari fieri neque adversus ea fieri? si ea ita data facta non erunt, tum viginti milia dari?’ quaesitum est, an, si quid contra factum esset, societatis actione agi posset. respondet, si quidem pacto convento inter eos de societate facto ita stipulati essent, ‘haec ita dari fieri spondes?’, futurum fuisse, ut, si novationis causa id fecissent, pro socio agi non possit, sed tota res in stipulationem translata videretur. sed quoniam non ita essent stipulati ‘ea ita dari fieri spondes?’ sed ‘si ea ita facta non essent, decem dari?’ non videri sibi rem in stipulationem pervenisse, sed dumtaxat poenam (non enim utriusque rei promissorem obligari, ut ea daret faceret et, si non fecisset, poenam sufferret) et ideo societatis iudicio agi posse’.

¹³⁹ Non è questa la sede per indugiare oltre sulla questione della *societas re contracta*, che del resto è stata archiviata da anni dagli studiosi: per chi volesse saperne di più sul dibattito dottrinario che l’ha vista protagonista, si può utilmente rinviare alla letteratura già citata *supra*, nt. 104-110.

¹⁴⁰ Cfr. *supra*, §§ 5 e 6.

¹⁴¹ Così ancora ARANGIO-RUIZ, *Societas re contracta e communio incidens*, cit., p. 363.

In quest'ultima affermazione, vi è senz'altro del vero: sicuramente in D. 17.2.4.pr. l'elenco non è completo; il passo, lo si è detto, è stato probabilmente riaccolto: come pure dimostra il successivo § 1 del passo, in cui è ridotto all'osso anche l'elenco delle cause di scioglimento della società, fra cui manca la risoluzione per mutuo consenso così come lo scioglimento *ex rebus*¹⁴²; e non si può quindi escludere che nel *principium*, si sia parlato anche di 'per epistolam' e di chissà cos'altro.

Ma non è questo il punto: ciò che è finora sfuggito agli studiosi è che si tratta di un elenco in cui vengono descritte semplici «modalità», esterne, attraverso cui si può manifestare e raggiungere il consenso, sempre necessario perché possa perfezionarsi un contratto di società. L'uso del verbo 'coeo', sicuramente non casuale nel suo ricorrente, sistematico – quasi ossessivo – utilizzo nella *sedes materiae* della *societas*, sta lì, per l'appunto, a ricordarcelo: utilizzo ricorrente che, fra l'altro, rende assai improbabile che nella stesura originale del passo potessi esserci un 'vel coram', come viceversa sostiene – lo abbiamo appena letto nelle sue testuali parole – Arangio-Ruiz.

'Re et verbis et per nuntium', forse anche 'per epistolam', come vorrebbe sempre lo studioso italiano – anche se in realtà l' 'et' che precede 'per nuntium' ci indica che qualcosa, prima, in D. 17.2.4.pr. è sicuramente saltato: ma è difficile dire cosa –, ci parlano quindi dell'esteriorità, dei modi attraverso cui il consenso può essere raggiunto: (nell'ordine) per fatti concludenti¹⁴³, verbalmente, tramite un *nunciatus*, e probabilmente anche per lettera.

I giuristi romani pertanto mostrano di non confondere mai tra «elemento strutturale da cui nasceva l'obbligazione»¹⁴⁴, che perfeziona, da solo, il contratto (che è e resta il consenso, nel caso della *societas*), e che fa la differenza per la collocazione della fattispecie in una certa categoria di obbligazioni (nel caso, quelle consensuali), e «modalità esterne» attraverso cui si arriva al consenso, semplici strumenti che permettono di convergere volontariamente verso lo stesso scopo ('coire', per usare la loro terminologia): «modalità esterne» che possono essere le più varie, possono anche assumere esteriormente la stessa fisionomia di altri «elementi strutturali» dell'obbligazione (le *res*, i *verba* o le *littera*), e financo presentarsi nelle fonti con la stessa terminologia: ciò che è molto frequente nei contratti consensuali, proprio perché il consenso è suscettibile di essere raggiunto attraverso le modalità più varie¹⁴⁵: le quali restano comunque sempre su un piano diverso, concettualmente separate, nel limpido sistema dei *prudentes*, dagli «elementi strutturali» del contratto.

E' appena poi il caso di far notare come una maggiore articolazione di «modalità esterne» attraverso cui raggiungere il consenso potrebbe essere stata una caratteristica proprio del contratto di *societas* (e da qui la messa a sistema delle medesime in un'opera isagogica come quella di Modestino), in quanto indubbiamente esso presenta, fin dall'epoca della sua introduzione, una maggiore complessità nell'assetto di interessi, anche e non solo in funzione del numero delle parti che vi possono intervenire: almeno rispetto alle altre fattispecie di contratti consensuali, tutto sommato più elemen-

¹⁴² Tali modi di scioglimento compaiono viceversa, in D. 17.2.63.10 (Ulp. 31 *ad ed.*): '*societas solvitur ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione ...*'.

¹⁴³ L'idea dei «fatti concludenti» non è del tutto nuova, essendo senz'altro contenuta in nuce già in BRASIELLO, *Obligatio re contracta*, cit., p. 541 ss., e forse, secondo il modo di vedere di chi scrive, anche in ARANGIO-RUIZ, *Societas re contracta e communio incidens*, cit., p. 376 ss.

¹⁴⁴ Così efficacemente TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 536.

¹⁴⁵ Si noti infatti un passo in materia di compravendita, D. 18.1.1.2 (Paul. 33 *ad ed.*): '*Est autem emptio iuris gentium, et ideo consensu peragitur et inter absentes contrahi potest et per nuntium et per litteras*'. Il modo di esprimersi del giurista è sicuramente più chiaro, ma cionostante risalta l'eterogeneità degli strumenti – o delle «modalità esterne», per continuare ad usare la terminologia coniata ed utilizzata *supra*, nel testo – con cui i privati possono addivenire consensualmente ad un accordo. Sul passo, cfr. per tutti, M. KASER, *Oportere und ius civile*, in «ZSS.», LXXXIII, 1966, p. 1 ss. (con le recensioni a tale studio di A. BURDESE, in «SDHI.», LIX, p. 368 s., e di M. TALAMANCA, in «Iura», XLIV, 1993, p. 295 s.), C. TOMULESCU, *Le droit romain dans les triptyque de Transylvanie (les actes de vente et de mancipation)*, in «RIDA.», XVIII, 1971, p. 691 ss., O. BEHRENDT, *Institutionelles und Prinzipielles Denken im römischen Privatrecht*, in «ZSS.», XCV, 1978, p. 187 ss., TH. MAYER-MALY, *Das ius gentium bei den späteren Klassikern*, in «Iura», XXXIV, 1983, p. 91 ss., Y. ZHENSHAN, *La tradizione filosofica del diritto romano e del diritto cinese antico e l'influenza del diritto romano sul diritto cinese contemporaneo*, in «Index», XXI, 1993, p. 523 ss., in particolare p. 534 s., e F. SERRAO, *In memoriam. Paolo Frezza*, in «Iura», XLVII, 1996, p. 288 s.

tari, anche nelle semplici esigenze che sono chiamate a soddisfare (scambio di cosa contro prezzo, incarico di compiere un'attività, godimento o messa a disposizione di una cosa contro prezzo). Inoltre, come si faceva già notare criticando la lettura del '*societatem coire*' proposta dalla Bianchini, ciò conferma che la «modalità» per raggiungere l'accordo tra due o più soci non presuppone necessariamente che questi si ritrovino insieme.

Tutto ciò – lo si ripete – doveva essere ben chiaro ai giuristi romani.

I giuristi moderni, viceversa, non dimostrano di avere altrettanta chiarezza concettuale: è arrivato infatti il momento di tornare da dove siamo partiti, per chiudere circolarmente il discorso.

E poco importa se fin qui si è parlato soprattutto di contratto di società, là dove i problemi dei moderni ruotano essenzialmente intorno al contratto di compravendita: si tratta, nel contesto di un ragionamento come questo, di un dettaglio tutto sommato epifenomenico; quel che conta è il confronto tra due entità che, in quanto entrambe contratti consensuali, sono e restano perfettamente omogenee e assimilabili per quel che qui interessa.

8. Escluse, e da subito, strade impercorribili¹⁴⁶, tutto il dibattito sugli «scambi senza accordo» che abbiamo fin qui ripercorso¹⁴⁷ e progressivamente declinato con gli strumenti che ad uno storico appaiono più congeniali¹⁴⁸, sembrerebbe portarci ad un'unica conclusione.

Secondo la quale i giuristi moderni avrebbero confuso, a differenza dei *prudentes*, l'«elemento strutturale»¹⁴⁹ da cui nasce l'obbligazione e che perfeziona il contratto – che è e resta il consenso (discorrendo perlopiù, nei loro ragionamenti, di compravendite) –, dalle nuove «modalità esterne» attraverso cui è possibile raggiungere l'accordo in una società che appare profondamente diversa da tutte quelle che l'hanno preceduta: modalità che si collocano su un piano diverso, quello dell'esteriorità per l'appunto, o in altre parole degli strumenti concreti, delle tecnologie che, in senso materiale, aiutano le parti di un contratto a raggiungere l'accordo nel modo più semplice e veloce possibile, congenialmente ad un'epoca che è in perenne affanno sui tempi e in cui le distanze, fisiche, esistenti tra i contraenti sono spesso enormi, impensabili fino a qualche anno fa.

Si tratta, è vero, di scambi in un certo senso «nuovi» per il nostro sistema contrattuale: ma la novità sta nei modi, molto diversi rispetto al passato, con cui si può manifestare il consenso all'esterno, o in altri termini nelle modalità di scambio dei consensi e del raggiungimento dell'accordo (via *internet*, televisione, piazze telematiche, contratti con moduli e formulari, grandi magazzini ...). Le quali sono le «modalità esterne» con cui si svolgono nel mondo moderno le trattative, e che hanno progressivamente sostituito quelle più consuete, in cui tutto o quasi si risolveva «faccia a faccia», anche attraverso il dialogo diretto tra i contraenti: ma che appaiono troppo onerose, ormai, in termini economici, nell'epoca di *internet* e della velocità degli scambi.

Sicuramente però non si tratta di «scambi senza accordo»¹⁵⁰: ma piuttosto di una moderna espressione di quel '*coire*', di quel convergere consensualmente verso lo stesso scopo, verso un comune accordo, che già in tempi antichi, poteva essere raggiunto, senza che nessuno si scandalizzasse più di tanto, nei modi più vari. Anche per lettera forse, come abbiamo visto ipotizzare da Arangio-Ruiz: quasi un esempio *ante litteram* di accordo raggiunto tra contraenti lontani, fisicamente, nello spazio.

Il che non è affatto un dettaglio, in quanto – rispondendo così all'ultimo degli interrogativi che

¹⁴⁶ Come ad esempio il rispolverare teorie sul contratto, di matrice «romanistica» (e non «romana»), di cui non si possono ormai più accettare i presupposti, o categorie, come quella delle *variae causarum figurae* o come quella dei quasi-contratti, che poco gioverebbero per la chiarezza del sistema, soprattutto in termini di disciplina: cfr., *supra*, le prime riflessioni consegnate al § 2.

¹⁴⁷ Cfr. *supra*, § 1.

¹⁴⁸ Cfr. ancora *supra*, diffusamente, §§ 3-7.

¹⁴⁹ Per riprendere ancora una volta l'efficace modo di esprimersi di TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 536.

¹⁵⁰ Per riprendere, stavolta, la ormai nota espressione coniata da IRTI, *Scambi senza accordo*, cit., *passim*.

ci si era posti in questi pagine¹⁵¹ – sembrerebbe proprio che nessun problema sorga, all'interno del nostro tradizionale sistema contrattuale, a causa di questi scambi; nessuna esigenza di ripensamento della categoria del contratto essi portano con sé: perché se è vero che il sistema del Codice civile italiano sembra escludere contratti senza accordo¹⁵², si è appena detto che quest'ultimo, in certi tipi di scambi, non difetta di certo.

Inoltre, tali scambi non sono in grado di sollevare una questione anche solo di «diverso nome»¹⁵³, né tantomeno, va da sé, una questione di disciplina applicabile, rientrando a pieno titolo in quella codicistica.

E soprattutto: si conferma così l'esistenza, la solidità e la validità di un «modello», quello fornito dal diritto romano, sul quale i nostri Codici sono stati ampiamente costruiti; «modello» che, ciononostante, con una politica autodistruttiva – perché, come già ricordato¹⁵⁴, tutta a vantaggio di modelli diversi, di *common law* ad esempio, che stanno sempre più guadagnando terreno –, viene costantemente messo in dubbio, minato nelle sua fondamenta, da quella stessa dottrina che dovrebbe viceversa difenderlo strenuamente: come il dibattito sui – presunti: ormai possiamo dirlo – «scambi senza accordo» sembrerebbe ampiamente dimostrare.

Perché se c'è qualcosa di cui non si sente davvero il bisogno, nella nostra attuale temperie culturale, è non solo di un eccesso di legislazione, ma anche di un eccesso di categorie giuridiche: il problema, oggi, non è infatti solo la sovrapproduzione del diritto (*Overlegislation*)¹⁵⁵, ma anche la sovrapproduzione dogmatica, la ricerca di nuovi «schemi», «modelli» o categorie – o in altre parole, come dice, Irti, la ricerca di un «diverso nome»¹⁵⁶ – in cui ingabbiare e irrigidire il sistema¹⁵⁷.

Sicuramente né nell'una, la legislazione, né nelle altre, le categorie dogmatiche (gli «schemi», i «modelli», i «nomi», di cui si diceva), eccedevano i giuristi romani.

E vi è di più.

Come essere d'accordo ora, dopo tutto quel che si è detto, con Natalino Irti nel momento in cui, in un altro recente saggio¹⁵⁸, afferma la sostanziale superfluità, se non anche l'inutilità, del diritto romano nell'ambito degli attuali insegnamenti giuridici universitari (oltre che, più in generale, di tutte le altre discipline storiche e filosofiche), denunciando altresì che il diritto «non ha più un centro»?

Queste pagine sembrerebbero far pensare, sommessamente, il contrario; sembrerebbero parlarci della vitalità e dell'importanza dello studio del diritto romano nelle nostre facoltà di giurisprudenza; sembrerebbero dirci che il diritto, nel mondo occidentale, «un centro» ce l'ha eccome. Soprattutto perché esse non sono in splendida solitudine.

Il riferimento non è ad altri scritti di studiosi di diritto romano – che pur hanno preso posizione, sul punto, in termini assai convincenti¹⁵⁹ –, o comunque non solo a scritti di tale matrice, perché sarebbe troppo facile: il riferimento è alle pagine di un giurista e filosofo del diritto italiano, ma cultore anche di scienza politica e di teoria economica: Bruno Leoni, tanto poco frequentato in

¹⁵¹) Nel § 2, in fine, è stato sintetizzato in tre punti lo scopo di queste pagine: qui, nel testo, si sta ora tentando di rispondere, fra i tre, al quesito conclusivo; mentre gli altri problemi posti sono stati affrontati, *supra*, rispettivamente, nel § 3 e nei §§ 4, 5, 6 e 7.

¹⁵²) Come notato da IRTI, *Scambi senza accordo*, cit., p. 361 nt. 15.

¹⁵³) Come vorrebbe ancora IRTI, *Scambi senza accordo*, cit., p. 361.

¹⁵⁴) Cfr. *supra*, § 3.

¹⁵⁵) Il più grande ostacolo al ruolo che dovrebbe essere svolto dalla legge è, nella nostra epoca, l'*Overlegislation*, ricorda B. LEONI, *La libertà e la legge*, Macerata, 1994, *passim*: su cui cfr. diffusamente *infra*, nel § _.

¹⁵⁶) Cfr. sempre IRTI, *Scambi senza accordo*, cit., p. 361.

¹⁵⁷) In proposito si sono già ricordate *supra*, § 3, le parole di GAMBARO, 'Trust', cit., p. 452 nt. 13, che stigmatizza la speciale attitudine della nostra dottrina alla creazione di categorie giuridiche sostanzialmente vuote, prive o carenti utilità in relazione agli effetti pratici.

¹⁵⁸) Cfr. N. IRTI, *La formazione del giurista nell'Università del «saper fare»*, ora in *Nichilismo giuridico*, Roma-Bari, 2004, p. 68 ss.

¹⁵⁹) Cfr. per tutti la replica che O. DILIBERTO, *Sulla formazione di un giurista (a proposito di un saggio recente)*, in «Rivista di diritto civile», LI, 2005, n. 2, II, p. 109 ss., propone al lavoro di IRTI, *La formazione del giurista nell'Università del «saper fare»*, cit.

patria¹⁶⁰, quanto noto e seguito all'estero, paradossalmente, proprio nel mondo anglosassone. Fino ad essere stato nominato prima segretario e poi presidente della *Mont Pèlerin Society*: la prestigiosa società internazionale fondata da Friedrich A. von Hayek nel 1947, e da sempre catalizzatrice di prestigiose figure internazionali, tra cui vari Premi Nobel per l'economia.

In uno scritto intitolato *La libertà e la legge*¹⁶¹, egli ha sostenuto infatti, ed in modo persuasivo, il ritorno alla legge imperfetta, ma molto superiore, romana¹⁶² – e, per dirla tutta, alla *common law* inglese (sottintendendo pertanto legami di parentela tra le due, ben più ampi di quanto non si sia comunemente disposti a credere) –, come mezzo per recuperare la libertà individuale che lo Stato ha distrutto nei tempi moderni. Proprio quella libertà che Irti stesso, teme venga messa in discussione dalle nuove tecnologie: «davvero crudele il destino del capitalismo, che, sospinto dall'ansia di razionale calcolabilità, *distrugge le sue stesse origini*: il sentimento vigoroso dell'individuo (...)»¹⁶³, scrive infatti lo studioso sempre in *Scambi senza accordo*.

Un motivo in più quindi, anche per Irti, per tornare, o meglio, per non abbandonare la tradizione del diritto romano: perché come ricorda Leoni, ragionano sulla libertà e la certezza – a lungo termine, come ha cura di precisare¹⁶⁴ – del diritto, e utilizzando le parole di Sir Matthew Hale, *Chief Justice* inglese vissuto nel diciassettesimo secolo: «per me è ragionevole preferire un diritto con cui un regno è stato felicemente governato per quattro o cinque secoli, piuttosto che arrischiare la pace e la felicità di un regno per una qualche nuova teoria di mia invenzione»¹⁶⁵.

Anche perché se, con l'abbandono di un «modello» vincente – e, soprattutto, in questo caso, della disciplina che esso porta con sé –, il tutto dovesse poi risolversi ed essere regolato solo dall'ordine giuridico del mercato¹⁶⁶, la cura potrebbe essere peggiore del male: l'attuale crisi economica sembrerebbe infatti dimostrare che l'ordine giuridico del mercato non esiste. O che perlomeno finora non è riuscito a dare buoni frutti.

Ma questa è davvero un'altra storia.

¹⁶⁰) A restituiregli una dignità di primo piano nella storia della nostra cultura politica è stato però L. MORLINO, *Premessa*, in «Scienza politica», Torino, 1989, che lo ha posto tra i rifondatori della scienza politica italiana, accanto a Norberto Bobbio ed a Giovanni Sartori.

¹⁶¹) Il riferimento è ovviamente all'edizione italiana, già ricordata *supra*, nt. 156, per i tipi della *Liberilibri* di Macerata, del gennaio 1995 (da cui sono tratte le citazioni), di un testo, pubblicato per la prima volta negli Stati Uniti all'inizio degli anni Sessanta: B. LEONI, *Freedom and the Law*, Princeton, New Jersey, p. 1961, poi ristampato nel 1972 e tradotto anche in spagnolo. L'opera nasce sulla scia di un seminario in cui Milton Friedman aveva presentato *Capitalism and Freedom* e Friedrich von Hayek esponeva le tesi di *The Constitution of Freedom*.

¹⁶²) Nelle stesse pagine LEONI, *La libertà e la legge*, cit., p. 97, afferma che le sue riflessioni, nella parte in cui toccano il diritto romano, devono molto, a V. ARANGIO-RUIZ, *La règle de droit dans l'antiquité classique*, in «Rariora», Roma, 1946, p. 233 ss.

¹⁶³) Così sempre in IRTI, *Scambi senza accordo*, cit., p. 359.

¹⁶⁴) Cfr. LEONI, *La libertà e la legge*, cit., p. 105.

¹⁶⁵) M. HALE, *Reflections by the Lord Chief Justice Hale on Mister Hobbes, His Dialogue of the Law*, pubblicato per la prima volta da Holdsworth, in *History of English Law*, London, 1924, V, p. 500: citato e visto in LEONI, *La libertà e la legge*, cit., p. 106.

¹⁶⁶) Come ipotizzato sempre da IRTI, *Scambi senza accordo*, cit., p. 362, che ne fa anche il titolo di una nota raccolta di scritti, *L'ordine giuridico del mercato*, già citata.