

Alberto Burdese

Sulla definizione teofilina di συνάλλαγμα (a proposito di un recente studio)

1. In un recente seminario tenuto all'Università Complutense di Madrid, Giuseppe Falcone ha indagato l'origine della definizione di συνάλλαγμα nella «parafrasi» di Teofilo (3.13.2) alle Istituzioni giustiniane¹, pervenendo a individuarne, oltre alla evidente e pacifica derivazione della prima parte dalla definizione ulpiana di 'pactio' di cui in D. 2.14.1.2, la derivazione della seconda parte, contrariamente a quanto si ritiene da molta dottrina², non dalla definizione labeoniana di «contratto» di cui in D. 50.16.19, bensì dalla trattazione ulpiana delle *conventiones* che segue la definizione di 'pactio' specificamente in D. 2.14.1.3 e, poi, in D. 2.14.7.1-2. Mentre siffatta derivazione ulpiana della definizione teofilina mi pare senz'altro da accogliere, non altrettanto mi sembra si possa dire della conclusione dell'autore che ne risulti la descrizione del contratto come accordo produttivo di responsabilità-azionabilità reciproca.

2. E' innanzitutto esatto quanto Falcone afferma³, che le parole finali della definizione teofilina τὸν ἕτερον τῷ ἑτέρῳ (ποιῆσαι ὑπεύθυνον) non corrispondono all' 'ultra citroque' (*obligatio*) della definizione labeoniana, tradotta a sua volta nei Basilici – si ritiene da Doroteo – con ἡ ἐξ ἑκάτερου ἐνοχή, trovandosi sempre espresso meglio negli stessi testi della Parafrasi di Teofilo il concetto dell' 'ultra citroque' (*obligari*) con ricorso al termine ἑκάτερος e non ἕτερος, tantoché in *Theoph. par.* 3.22.3 si contrappongono i contratti consensuali, a obbligazioni reciproche, ove si dice che ἑκάτερος ἑκατέρῳ ὑπεύθυνος γίνεται, agli altri contratti (*re, verbis, litteris*) in cui εἰς μὲν γίνεται ὑπεύθυνος, εἰς δὲ κτᾶται τὸν ἕτερον ὑπεύθυνον.

Ma già questa stessa contrapposizione teofilina⁴ tra contratti consensuali a effetti obbligatori reciproci e gli altri contratti (*re, verbis, litteris*) nei quali solo l'un contraente si obbligherebbe verso l'altro, fa dubitare che in sede introduttiva della trattazione delle obbligazioni lo stesso Teofilo abbia potuto definire il contratto con esclusivo riferimento a contratti a obbligazioni reciproche, in quanto diretto ἐπὶ τὸ συστήσασθαι ἐνοχὴν (al singolare) καὶ τὸν ἕτερον τῷ ἑτέρῳ (e non ἑκάτερον ἑκατέρῳ) ποιῆσαι ὑπεύθυνον, con immediato successivo richiamo alla quadripartizione delle obbligazioni rispettivamente *re, verbis, litteris* e *consensu contractae*.

Ancora osserva Falcone⁵ che Labeone si esprimeva in termini di identificazione tra *obligatio* e

¹) G. FALCONE, *L'origine della definizione di συνάλλαγμα nella Parafrasi di Teofilo. I. Le fonti*, in «Seminarios Complutenses de Derecho Romano» (1999), XII, Madrid, 2000, p. 27 ss.

²) Si vedano le citazioni di vari autori in FALCONE, *op. cit.*, p. 28 nt. 3.

³) FALCONE, *op. cit.*, p. 29 s.

⁴) Pur ricordata dallo stesso FALCONE, *op. cit.*, p. 30 nt. 10.

⁵) *Op. cit.*, p. 30 e 34.

συνάλλαγμα, mentre Teofilo presenta piuttosto il συνάλλαγμα quale fonte di obbligazione, come appare considerato anche nel testo ulpiano di D. 2.14.7.2, il che confermerebbe l'ispirazione ulpiana piuttostoché labeoniana della definizione teofilina. Anche questa osservazione mi trova concorde, salvo precisare che la definizione labeoniana del contratto quale *'ultra citroque obligatio'* sembra riferirsi alla assunzione di impegni reciproci, con oscillazione tra la considerazione del contratto reciprocamente impegnativo e quella del reciproco obbligo che ne deriva, e nel testo ulpiano al συνάλλαγμα risultano collegarsi il nascere di obbligazione, intesa come rapporto obbligatorio, e l'azione correlativa.

Infine, circa il presunto rapporto della definizione di Teofilo con la definizione labeoniana riportata nel *'de verborum significatione'* del Digesto, Falcone⁶ accede all'opinione di chi ritiene quest'ultima mera curiosità erudita non incidente in concreto sulla diversa realtà linguistica e concettuale del diritto giustiniano talché non vi si potrebbe riscontrare una nozione ufficiale di contratto alla quale Teofilo si sarebbe dovuto richiamare. Pure su ciò si può convenire, salvo precisare che di mera curiosità erudita si può parlare, da parte di Labeone, rispetto al richiamo al termine greco συνάλλαγμα e, da parte dei compilatori del Digesto, rispetto alla stessa definizione labeoniana che, se così è, non può essere portata, indipendentemente dall'esistenza di un collegamento tra la testimonianza labeoniana e il testo di Ulpiano, a sostegno sul piano contenutistico di una concezione bizantina, espressa da Teofilo, del contratto come avente effetti obbligatori reciproci.

3. Tornando ora al rapporto di *Theoph. par. 3.13.2* con la sequenza dei testi ulpiani contenuta in D. 2.14.1.5 e 7, Falcone⁷ ha notato innanzitutto che il termine *'placitum'*, usato da Ulpiano insieme a *'consensus'* per definire la *'pactio'* in D. 2.14.1.2, è sostituito da Teofilo col termine σύνδοξ, che mai in altri passi della «parafra» indica la *'conventio'* intesa come «accordo tra le parti», mentre vi è usato nel significato suo proprio di *'conventio'*, nel senso materiale di «convenire da più luoghi», quale si ritrova appunto richiamato da Ulpiano in D. 2.14.1.3, talché parrebbe senz'altro plausibile il ricollegarsi a questo del testo teofilino. Il fatto poi che in D. 2.14.7.2 compaia due volte il termine συνάλλαγμα rende ancora più probabile, come parimenti sostiene Falcone⁸, che la sequenza dei testi ulpiani, sicuramente utilizzati da Teofilo nella prima parte di *Theoph. par. 3.13.2*, gli sia stata pure presente, più che non la definizione labeoniana di contratto con richiamo al συνάλλαγμα, nella redazione della seconda parte: ἐπὶ τὸ συστήσασθαι ἐνοχὴν καὶ τὸν ἕτερον τῷ ἑτέρῳ ποιῆσαι ὑπεύθυνον. Ancora rileva Falcone⁹ che nei due testi, rispettivamente di Ulpiano e di Teofilo, si ricollega al συνάλλαγμα, nell'uno dapprima il nascere di una (*civilis*) *obligatio* e poi quello di un'*actio*, e nell'altro, distintamente considerati, la costituzione di una obbligazione (τὸ συστήσασθαι ἐνοχὴν) e il rendere l'un contraente responsabile rispetto all'altro (τὸν ἕτερον τῷ ἑτέρῳ ποιῆσαι ὑπεύθυνον, ove ὑπεύθυνος indica l'esposizione all'azione), donde un ulteriore loro collegamento. Non ritengo tuttavia di riscontrare in Teofilo un passaggio dal piano dell'*obligatio* (ἐνοχή) a quello della reciproca esposizione all'azione, ove la reciprocità sarebbe ricavabile esclusivamente dall'uso del termine ἕτερος, di contro tuttavia al ben più preciso ricorso al termine ἐκάτερος, come abbiamo già visto costantemente utilizzato da Teofilo a indicare il concetto di «reciprocità»¹⁰.

Né a diversa opinione mi induce il richiamo di Falcone¹¹ alla circostanza per cui D. 2.14.7.2 contempla specificamente operazioni del tipo *'do ut des'* o *'do ut facias'* che sarebbero considerate fi-

⁶⁾ *Op. cit.*, p. 33.

⁷⁾ *Op. cit.*, p. 31 s.

⁸⁾ *Op. cit.*, p. 33.

⁹⁾ *Op. cit.*, p. 34 ss.

¹⁰⁾ Come riconosciuto dallo stesso FALCONE, *op. cit.*, p. 29 s. e 34.

¹¹⁾ *Op. cit.*, p. 36.

gure di contratti bilaterali in diritto giustiniano, nonché al ricollegarsi del relativo discorso ulpiano ad altri contratti bilaterali, tra i quali il deposito, visto dallo stesso Teofilo come produttivo di mutue azioni (cfr. *Theoph. par.* 1.21.pr.: ... ἐξ ἑκατέρου πλευροῦ τίκονται ἀγωγαὶ τοῖς συναλλάττουσιν). Anzitutto, è proprio dalle fonti bizantine che viene accentuata l'avvenuta esecuzione di una delle due prestazioni reciproche, implicita nelle figure del 'do ut des' e 'do ut facias' di cui in D. 2.14.7.2, quale requisito necessario per il sorgere dell'obbligo, della sola parte che ha ricevuto, identificato quale *causa* specificamente richiesta per la validità dei contratti innominati¹². In secondo luogo, non si può sottovalutare il fatto che nella sequenza ulpiana, che sarebbe stata tenuta presente da Teofilo, era anche una duplice menzione della *stipulatio*, in D. 2.14.1.3 e 4, mentre l'elencazione in D. 2.14.7.1 delle convenzioni che 'transeunt in proprium nomen contractus' si presenta anticipata da un 'ut' esemplificativo, restando incerto a quali contratti si intendesse alludere da parte di Ulpiano come dei compilatori con l'aggiunta 'et ceteri similes contractus'. Quanto al deposito, visto da Teofilo quale produttivo di reciproche azioni, ciò non toglie che egli lo collochi, come il comodato, tra le obbligazioni contratte *re* in *Theoph. par.* 3.14.3 (καὶ τὸ depósiton ὑπὸ τὴν *re* τελεῖ ἐνοχίην), precisando in merito ad esse, con una qualche contraddittoria generalizzazione in *Theoph. par.* 3.22.3, che ὁ μὲν διδοὺς ἔνοχον κτᾶται, ὁ δὲ λαβὼν ὑπεύθυνος γίνεται, nell'ambito delle obbligazioni contratte rispettivamente *re*, *verbis*, *litteris*, *consensu*, alle quali non si può comunque ricollegare, in *Theoph. par.* 3.13.2, come già accennato, l'interpretazione dell'effetto, di cui è menzione immediatamente prima nel testo, di rendere obbligato l'un all'altro come relativo solo a obbligazioni reciproche.

Un'ultima annotazione di Falcone¹³ concerne l'interpretazione bizantina del termine 'res' comparante in D. 2.14.7.2 ('sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa') come 'conventio' (σύμφωνον οὐ κοινβεντίον οὐ πάκτον), a sua volta identificata da Teofilo col 'consensus' o 'consentire' attraverso la loro ripetuta menzione nella sequenza ulpiana donde discenderebbe la definizione teofilina di συνάλλαγμα come 'conventio' o 'consensus' (σύνοδος καὶ συναίνεσις). Su ciò si può concordare, ma non sulla considerazione da parte di Teofilo del συνάλλαγμα siccome riferito ai soli contratti bilaterali, per il fatto che tra le *conventiones quae pariunt actiones* (alle quali è ricondotto il συνάλλαγμα nel testo ulpiano) Teofilo indica in *par.* 1.21.pr. solo le figure che generano *mutuae actiones*. Infatti qui Teofilo si riferiva a quelle cause in cui tra i contraenti nascono azioni ἐξ ἑκατέρου, cioè per entrambe le parti contraenti, lasciando chiaramente intendere che per altri contratti possa nascere un solo obbligo come anche per questi quando siano conclusi da un pupillo *sine tutoris auctoritate*: e ciò diceva a comprova del fatto che il pupillo abbisogna della *tutoris auctoritas* non per obbligare la controparte, ma solo per obbligarsi, tramite *stipulatio*.

¹²) Si veda Stefano, sch. ad *Bas.* 11.1.7.4 = D. 2.14.7.4.

¹³) *Op. cit.*, p. 37 s.