

Emanuele Stolfi

A proposito di un fondamentale momento della «tradizione romanistica»: l'elaborazione medievale in materia di «pacta» (*)

1. La costruzione medievale attorno ai 'pacta' fra elemento di validità e di effettività – 2. L'impianto della ricerca: le posizioni dei glossatori – 3. Persistenze e innovazioni nel contributo degli ultramontani – 4. Alcuni spunti critici.

1. In una stagione in cui – come rilevava qualche anno fa Paolo Grossi¹ – i problemi di storiografia giuridica non appaiono più riducibili alla sola dialettica «fra romano/romanistico e vigente»², un libro come quello di Raffaele Volante, dedicato a una delle più innovative costruzioni della sapienza giuridica medievale, pone in luce – nel cuore di una *interpretatio* formalmente la più aderente alle fonti antiche³ – formidabili momenti di alterità rispetto a queste ultime, tanto nel metodo quanto negli

*) Le osservazioni che seguono traggono spunto dalla lettura di R. VOLANTE, *Il sistema contrattuale del diritto comune classico. Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e ultramontani* (Milano, 2001, p. IV, 502), ma anche dalla meditazione di certe peculiarità dell'esperienza giuridica medievale e di alcuni decisivi snodi della tradizione romanistica che in essa presero corpo, a cui sono stato condotto dalle mie disamine attorno al ruolo svolto dal criterio della *bona fides* nella *interpretatio* negoziale dall'esperienza antica sino ai codici vigenti ('*Bonae fidei interpretatio. Ricerche sull'interpretazione di buona fede fra esperienza romana e tradizione romanistica* : studio che mi auguro possa presto vedere la luce come lavoro monografico). Tanto in quest'ultima indagine quanto nelle pagine che qui seguiranno sono andato ben oltre il mio *hortus* romanistico e le competenze – già limitate – ad esso inerenti. Mi ha confortato in questa avventura *extra moenia* la persuasione che il romanista non può completamente disinteressarsi degli sviluppi giuridici successivi alla silloge giustiniana e all'elaborazione bizantina (sino anzi a potersi e doversi impegnare nell' '*in melius produci*' del diritto vigente, secondo una prospettiva recentemente ribadita da F. GALLO, *Un modello di romanista*, in «Labeo», XLVII, 2001, p. 7 ss., in particolare p. 27), e che lo stesso impatto tecnico di certe soluzioni antiche e il più ampio disegno di politica del diritto ad esse sotteso, siano talvolta destinati a stagliarsi più nitidi nella proiezione su vicende di lungo periodo. Che poi a queste ultime si guardi sotto l'unificante nomenclatura di «tradizione romanistica» (nozione su cui rimangono esemplari i rilievi di R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, p. 464 ss.) non comporta, almeno per me, alcuna apologia dell'antico o alcuna visione romanocentrica. La tradizione ha le sue discontinuità e le sue cesure, ripensamenti profondi e pluralità di percorsi (di recente, ha anzi insistito sulla difficoltà di configurare un'unica tradizione romanistica, P. CAPPELLINI, *Dal diritto romano al diritto privato moderno*, in «Diritto privato romano. Un profilo storico» [cur. A. SCHIAVONE], Torino, 2003, p. 453 s.), momenti in cui il riferimento alle soluzioni degli antichi *prudentes* dilegua sullo sfondo, incalzato dall'irrompere di nuove istanze e di nuovi assetti, ed altri in cui il rapporto con quelle «radici» torna a farsi più costitutivo e immediato. E' in un simile orizzonte di problemi che vorrei collocare – tanto nel ripercorrerne le analisi tecniche (fin dove posso sforzarmi di colmare personali, inevitabili lacune, e seguire «sul campo» l'impegno dei giuristi medievali), quanto nel discutere le opzioni metodologiche che ne sorreggono l'impianto – anche questa mia «lettura» del libro di Volante.

¹) Sulla 'natura' del contratto (qualche nota sul 'mestiere' di storico del diritto, a proposito di un recente 'corso' di lezioni), in «QF.», XV, 1986, p. 593.

²) In modo tale che «le radici del giurista ... appaiono pescare nelle acque fonde e complesse ... dei due universi spaziali che stanno dietro le nostre spalle, il medievale e il moderno»: così ancora GROSSI, *loc. cit.*

³) La prospettiva di Volante interessa infatti, come indicato sin dal titolo, i primi artefici – i glossatori (e gli «ultramontani») – di quel «laboratorio sapienziale» (per usare le parole con cui P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*,

esiti, ma nondimeno (e forse, anzi, proprio per questo) offre allo stesso romanista molteplici spunti di riflessione.

La problematica dei «pacta», della loro assunzione a categoria centrale dell'intero «sistema contrattuale»⁴ del diritto comune e della loro possibilità di tutela non solo in via di *exceptio* ma anche di *actio*, e quindi la teorica dei «vestimenta» che si venne dipanando attraverso il lavoro di generazioni di interpreti, costituiscono in effetti uno degli scenari privilegiati per cogliere l'emersione di corpose novità introdotte dai glossatori nell'apparente, massimo rispetto della lettera giustiniana⁵, come anche per ripercorrere gli interni sviluppi di un'elaborazione della quale è in certa misura dato intravedere⁶ i segni di alterne sedimentazioni, di percorsi e orientamenti che si differenziano tra una personalità scientifica e l'altra. Su quest'ultimo punto avremo occasione di tornare⁷, rilevando come già il taglio ricostruttivo per cui opta Volante – e a favore del quale militano molte buone ragioni – tenda a privilegiare, soprattutto per la prima parte della vicenda descritta, i caratteri d'insieme della costruzione relativa ai «pacta», proponendo la ricomposizione degli apporti dei singoli giuristi come terreno di riscontri e approfondimenti, ma senza mai assumerlo a modello interpretativo, o anche solo a punto focale dell'esposizione.

Al momento, preme ancor più soffermarci sul primo aspetto cui accennavamo, rilevando subito come la scelta di dedicarsi a una storia «interna» della problematiche contrattuali sia realizzata dall'autore in modo così integrale ed assiduo da lasciare sullo sfondo certi motivi più generali su cui da tempo vanno soffermandosi gli studiosi del diritto medievale. Certi profili di quella esperienza – dal rapporto dei glossatori (e poi dei commentatori) con le fonti romane alle tecniche del loro lavoro, al ruolo stesso assunto in questo dalla *interpretatio*⁸ – rimangono così, per molte pagine, come presupposti⁹, e anche quando vengono espressamente chiamati in causa, lo sono esclusivamente in

Roma-Bari, 1995, p. 125 ss., designa l'esperienza di quei secoli, in contrapposto all'«officina della prassi» (altomedievale) sviluppatosi dall'XI secolo in avanti. Quanto costituisca per quelle generazioni cifra peculiare di lavoro – l'*interpretatio* –, non fu però, nella sua centralità, a loro esclusivo, per caratterizzare piuttosto l'intera esperienza medievale (giusta la percezione del rapporto col diritto romano da parte di glossatori e commentatori come meno radicalmente diverso di quanto ritenesse P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*², München-Berlin, 1953, trad. it. – *L'Europa e il diritto romano* –, Firenze, 1962, p. 156 ss.): sul punto, per tutti, N. BOBBIO, *L'interpretazione delle leggi e la Ragion di Stato*, in «Studi Santi Romano», I, Padova, 1940, in particolare p. 390, V. PIANO MORTARI, *Il problema dell'interpretatio iuris nei commentatori*, in «Annali di storia del diritto», II, 1958, p. 29 ss. (= *Dogmatica e interpretazione. I giuristi medievali*, Napoli, 1976, p. 155 ss.), ID., *Cultura medievale e principio sistematico nella dottrina esegetica accursiana*, in «Studi medievali», 3ª serie, VI, 1965, p. 289 ss. (= *Dogmatica e interpretazione*, cit., p. 95 ss.), ORESTANO, *Introduzione*, cit., p. 60 ss., L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, Milano, 1967, rist. 1975, p. 100 ss. (che preferisce parlare di «ermeneutica giuridica», per segnalare quindi la natura «intensamente inventiva»), M. SBRICCOLI, *L'interpretazione dello statuto. Contributo allo studio della funzione dei giuristi nell'età comunale* (Milano, 1969, in particolare p. 85 ss. (ove ulteriore bibliografia), GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., p. 162 ss. (per il quale la *scientia iuris*, nel medioevo, «è per eccellenza *interpretatio*»), P. ALVAZZI DEL FRATE, *L'interpretazione autentica nel XVIII secolo. Divieto di *interpretatio* e «riferimento al legislatore» nell'illuminismo giuridico*, Torino, 2000, p. 16 ss. e 21 ss., e CAPPELLINI, *Dal diritto romano al diritto privato moderno*, cit., p. 464 ss. La complessità del lavoro di quei giuristi, divisi tra rispetto per i testi della codificazione giustiniana – loro unica fonte autoritativa – e allestimento di innovative soluzioni tecniche, può essere adeguatamente colta sotto il segno «*interpretatio*» solo ove si tenga presente il diverso, variegato e più ampio significato che quest'ultimo termine, già nell'esperienza romana, assumeva rispetto alla nostra «interpretazione» (o ad analoghi vocaboli di altre lingue moderne). Per alcuni spunti al riguardo, fra gli altri, M. FUHRMANN, *Interpretatio. Notizen zur Wortgeschichte*, in «Symptica F. Wieacker», Göttingen, 1970, p. 82, G.G. ARCHI, *Interpretatio iuris - interpretatio legis - interpretatio legum*, in «ZSS.», LXXXVII, 1970, in particolare p. 7 ss., G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Milano, 1980, p. 4 s., A. BURDESE, *Interpretazione nel diritto romano*, in «Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile», X, Torino, 1993, p. 2, e F. GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto. Lezioni di diritto romano*, Torino, 1993, p. 90 s. e nt. 1.

⁴) Sempre che di esso, propriamente, possa parlarsi: cfr. *infra*, § 4.

⁵) Parla giustamente della costruzione in materia di patti come di «uno dei ... frutti più originale e rilevanti della *interpretatio* medievale» lo stesso VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 3.

⁶) Sia pure nella tendenziale dissoluzione, intimamente medievale, dei singoli apporti nella corallità del lavoro.

⁷) *Infra*, § 4.

⁸) Cfr. *supra*, nt. 3.

⁹) Secondo una lettura di cui è agevole ricomporre l'orientamento, e dietro la quale è sovente, come vedremo, una pressoché integrale condivisione delle posizioni di Grossi (esposte in particolare ne *L'ordine giuridico medievale*, cit., *passim*).

un contesto topico, per il rilievo cioè che assumono nello specifico ambito dei ‘*pacta*’. Tuttavia, certe ricorrenti opzioni terminologiche¹⁰ e lo stesso disegno di fondo che percorre il libro rinviano chiaramente a quella polarità fra dimensione della validità e dell’effettività che costituisce, come noto, un felicissimo (seppure non incontrastato)¹¹ modello interpretativo dell’universo giuridico medievale coniato da Grossi¹².

Questa coppia di concetti – espressiva di un lavoro giurisprudenziale diviso tra rinvenimento nella sola compilazione giustiniana di un elemento di validità formale, che il vuoto statutale rende altrove irreperibile, e allestimento di soluzioni inedite, solo formalmente riconducibili alla lettera del testo romano – restituisce perfettamente anche l’impegno dei glossatori attorno ai ‘*pacta*’ e gli esiti costruttivi che essi seppero trarne. Il loro concentrarsi su un titolo come D. 2.14 – ove l’apparente, esclusivo richiamo ai ‘*pacta*’¹³ lascia presto lo spazio a quell’autentica «*summa* delle dottrine contrattualistiche» messa a punto da Ulpiano¹⁴, e nella quale ai patti è riservato uno spazio residuale, di *conventiones* che né rientrano in uno schema contrattuale tipico né presentano una *causa* (tale per cui ne sorga comunque una ‘*civilis obligatio*’), e possono essere quindi tutelati esclusivamente in via di *exceptio*¹⁵ –, per poi assumere proprio il ‘*pactum*’, con le sue nuove interne articolazioni, come nozione

¹⁰ Si veda, solo per fare due esempi (e pur tenendo presente che il richiamo è qui alla «autorità» più che alla «validità»), il riferimento (in VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 73) al «testo romano» come «unica fonte di autorità» per il giurista medievale anche laddove gli propone una messe non facilmente dominabile di dati in materia di soggetti giuridici e capacità di agire, oppure, in materia di *vestimenta* (VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 158), il rilievo secondo cui questi ultimi «esistono in quanto esiste l’*auctoritas* che il testo esercita sull’interprete medievale. Estenderne il novero oltre i limiti del sistema significherebbe dare per automaticamente spezzato questo legame, vincolo ma insieme impulso dell’interpretazione giuridica medievale».

¹¹ Si veda, di recente, A. SOMMA, «*Roma madre delle leggi*». *L’uso politico del diritto romano*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXXII.1, 2002, p. 156 nt. 19 ove bibliografia.

¹² Soprattutto in *L’ordine giuridico medievale*, cit., p. 160 ss. (ove sono fra l’altro richiamate due famose immagini che ben restituiscono la percezione medievale del rapporto con le fonti romane: quella, notissima, e circolante anche fuori dell’ambiente di Chartres, dei nani sulle spalle dei giganti, e quella – dovuta ad Alano di Lille – dell’autorità con il naso di cera). Si veda anche ID., *Storia di esperienze giuridiche e tradizione romanistica*, in «QF.», XVII, 1988, p. 547 ss., in particolare p. 549 (pur all’interno di una critica all’*Introduzione* orestaniana che non mi lascia sempre persuaso), e *Unità giuridica europea: un medioevo prossimo futuro?*, in «QF.», XXXI, 2002, p. 48. Per un uso pregnante della polarità validità-effettività, in riferimento alla stessa esperienza storica ma con riguardo a un suo specifico aspetto, e per come trasposta sul piano del linguaggio giuridico, si veda P. COSTA, *Iurisdictio. Semantica del potere politico nella pubblicistica medievale (1100-1433)*, Milano, 1969, p. 223 ss.

¹³ D. 2.14 è in effetti intitolato – al pari di C. 2.3 – solo ‘*de pactis*’, in ripresa, ma anche in contrazione, della terminologia che incontravamo nel titolo edittale, almeno nella redazione giuliana (*de pactis et conventionibus*: così A.F. RUDORFF, *Edicti perpetui quae reliqua sunt*, Leipzig, 1869, p. 35, e soprattutto O. LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leipzig, 1927, p. 64 s., ancor oggi largamente seguito, nonostante i rilievi [e il ricordo dei dubbi nutriti in proposito già dai tempi della *Glossa*] di S. RICCOBONO, *Elementi sistematici nei commentari ad edictum*, in «BIDR.», XLIV, 1936-1937, p. 9 ss. [= *Scritti di diritto romano*, I, Palermo, 1957, p. 270 ss.], cui cautamente aderisce P. CERAMI, *D. 2.14.5 (Ulp. 4 ad ed.)*. *Congetture sulle «tres species conventionum»*, in «AUPA.», XXXVI, 1976, p. 123 nt. 1, ove ulteriore bibliografia).

¹⁴ Le parole sono di A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani. Nova negotia e transactio da Labeone a Ulpiano*, Napoli, 1971, p. 130.

¹⁵ Su questa costruzione ulpiana, la cui intermittente conservazione giustiniana (in D. 2.14.1, D. 2.14.5 e D. 2.14.7.pr.-4) non ha compromesso il forte impianato unitario, si è ormai stratificata una vastissima letteratura, anche alla luce della ricorrente attenzione prestata negli ultimi decenni alla disciplina dei *nova negotia* e alle opzioni di politica del diritto ad essa sottese. Per un quadro interpretativo della teorica ulpiana – la cui puntuale rimediazione gioverebbe forse anche allo storico delle età posteriori –, si vedano per tutti, G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*³, Torino, 1963, p. 53 ss., 171 ss., SCHIAVONE, *Studi sulle logiche*, cit., p. 139 ss., A. D’ORS, *Replicas panormitanas. III. «Conventiones» y «contractus»*, in «AHDE.», XLVI, 1976, in particolare p. 128 ss., CERAMI, *D. 2.14.5 (Ulp. 4 ad ed.)*. *Congetture sulle «tres species conventionum»*, cit., p. 123 ss., R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, in «AUPA.», XXXVII, 1983, p. 206 ss., ove bibliografia, e p. 253 ss., A. BURDESE, *Sul riconoscimento civile dei cosiddetti contratti innominati*, in «Iura», XXXVI, 1985, p. 20 ss., G. MACCORMACK, *Contractual theory and the innominate contracts*, in «SDHI.», LI, 1985, p. 138 ss., A. SCHIAVONE, *Il pensiero giuridico fra scienza del diritto e potere imperiale*, in «Storia di Roma» (dir. A. SCHIAVONE), II.3 («La cultura e l’impero»), Torino, 1988, p. 58 ss. (= *Linee di storia del pensiero giuridico romano*, Torino, 1994, p. 222 ss.), M. TALAMANCA, *Contratto e patto nel diritto romano*, in «Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile», IV, Torino, 1989, p. 74 ss., G. MELILLO, *Contrahere pacisci transigere. Contributo allo studio del*

(indefinita¹⁶ ma) fondante dell'intera fenomenologia degli accordi e dei contratti, appare anzi, in questa prospettiva, senz'altro paradigmatico.

L'efficacia del modello interpretativo non esime tuttavia da un suo impiego sorvegliato ed acorto, atto a cogliere i reali elementi di innovazione, distinguendo quanto è disciplina integralmente inedita, e magari antitetica rispetto all'antica, da quanto è sviluppo maggiormente aderente all'assetto romano, o anche solo reimpiego – magari in contesti difformi, o con più ampia valenza – di aparati terminologici o concettuali già rinvenibili nei testi giustiniane¹⁷.

Certo simili approcci costituiscono una conquista storiografica comunque indiscutibile rispetto a impostazioni che guardavano al diritto romano nell'età medievale come a una realtà di cui potesse, anche per quei secoli, raccontarsi la «storia»¹⁸, o anche solo la sopravvivenza in forma di fantasma¹⁹, come anche – per concentrare lo sguardo sul tema che adesso ci preme – rispetto a letture che facevano delle costruzioni medievali in materia di patti e contratti un neutro e lineare sviluppo delle premesse romane²⁰. Il rischio che tuttavia emerge è quello non solo di eccedere in simili im-

negozio bilaterale romano, Napoli, 1994, p. 211 ss., F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne*, II, Torino, 1995, in particolare p. 93 ss., ID., *Sulle tracce di indirizzi sabini e proculiani nella materia contrattuale*, in «Per la storia del pensiero giuridico romano. II. Da Augusto agli Antonini» (cur. D. MANTOVANI), Torino, 1996, p. 25 ss., e S. TONDO, *Note ulpianee alla rubrica editale per i 'pacta conventa'*, in «SDHI», LXIV, 1998, p. 442 ss. Ulteriore, ampia bibliografia in M. TALAMANCA, *Note su Ulp. 11 'ad ed.' D. 4.3.9.3. Contributo alla storia dei c.d. contratti innominati*, in «Scritti E. Fazzalari», I, Milano, 1993, in particolare p. 196 nt. 1.

¹⁶ Si veda *infra*, § 2.

¹⁷ Non a torto ha rilevato come, quasi sempre, «inventare» per i glossatori significava dare nuova forma a materiali trovati nel *corpus* giustiniano, I. BIROCCHI, *Causa e categoria generale del contratto. Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna. I. Il Cinquecento*, Torino, 1997, p. 57; non troppo diversamente, parla, per l'esperienza giuridica medievale, della «interpretazione dell'antichità» come «sua creazione originale», B. PARADISI, *I nuovi orizzonti della storia giuridica*, ora in ID., *Apologia della storia giuridica*, Bologna, 1973, p. 96. Alquanto riduttive risultano così letture come quella di P. VACCARI, *Pactum vestitur contractus cohaerentia. La concezione dei patti aggiunti nella dottrina dei glossatori*, ora in *Scritti di storia del diritto privato*, Padova, 1956, p. 235, che nella costruzione di Azzone sul «pactum» – su cui torneremo – avrebbe individuato una sua «confusione» con la *conventio* giustiniana. Un approccio più equilibrato e approfondito al delicato rapporto che, dopo l'XI secolo, viene a instaurarsi fra il recupero delle dottrine romane e quelle pressioni sostanziali che ne erodono o riformulano certe rigorose concezioni, mi sembra ravvisabile in un libro – identico nell'ambiente storiografico di provenienza e assai vicino alla monografia di Volante nella struttura e nelle scansioni (salvo spingere l'indagine, e non senza profitto, sino all'umanesimo giuridico, così da poter apprezzare le peculiarità dell'esperienza del *ius commune* su un arco temporale più ampio di quello su cui isola lo sguardo [cfr. *infra*, § 4] il nostro autore) – come quello di G. ROSSI, «*Duplex est ususfructus*». *Ricerche sulla natura dell'usufrutto nel diritto comune. I. Dai Glossatori a Bartolo*, Padova, 1996, in particolare p. 8 ss. e 49 ss.

¹⁸ Il riferimento è ovviamente a F.K. VON SAVIGNY, *Geschichte des römischen Rechts im Mittelalter*, Heidelberg, 1826, trad. it. – *Storia del diritto romano nel medio evo* –, Torino, 1854-1857. Ma le cose non mutavano molto anche laddove questa possibile storia del diritto romano veniva qualificata come «letteraria»: penso a B. BRUGI, *Disegno di una storia letteraria del diritto romano dal medio evo ai tempi nostri con speciale riguardo all'Italia*, Padova, 1888, in particolare p. 13 ss. (né poi stupisce che lo stesso autore discorresse di «diritto romano comune» come prosecuzione di quello «classico» e «giustiniano»: B. BRUGI, *Diritto romano classico, diritto giustiniano, diritto romano comune*, in «AG.», LXXII.1, 1904, p. 1 ss. [estr.]).

¹⁹ L'immagine è in P. VINOGRADOFF, *Roman law in medieval Europe*, Oxford, 1909, trad. it. – *Il diritto romano nell'Europa medievale* –, Milano, 1950, p. 16, il quale parlava della storia di cui avrebbe trattato come della «storia, direi quasi, di un fantasma. Si tratta di una seconda vita del diritto romano dopo la scomparsa del corpo nel quale esso per la prima volta vide la luce». Vi si sofferma, evidenziando gli equivoci cui può dar luogo l'impiego della dizione «diritto romano» laddove propriamente si tratta di una vicenda diversa (quella appunto della «tradizione romanistica»), ORESTANO, *Introduzione*, cit., p. 468.

²⁰ Penso in particolare a posizioni come quella di Guido Astuti (da cui prende implicitamente le distanze lo stesso VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 4: ma si veda anche quanto osservato, in merito a una diversa ma non discorde posizione dello stesso Astuti, a p. 12 e nt. 24), secondo il quale le innovazioni medievali in materia di contratti sarebbero «piuttosto di forma che di sostanza, e non consentono affatto di riconoscere un'effettiva evoluzione teorica»: così in *Contratto (diritto intermedio)*, in «ED.», IX, Milano, 1961, p. 770 (= *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, III, Napoli, 1984, p. 1927; una scarsa valorizzazione delle svolte introdotte dai glossatori in questa materia, e soprattutto nel regime dei *pacta*, mi sembra anche in G. MELILLO, *Patti (storia)*, in «ED.», XXXII, Milano, 1982, p. 494). Ma in generale tutte le indagini dell'Astuti sui negozi *inter vivos* di età medievale possono apparire come schiacciate sul «momento di validità delle fonti romane», percependo la voce di glossatori e commentatori «come troppo ripetitiva di quel messaggio (messaggio di tipicità negoziale)»: in questi termini GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*,

postazioni – così che l'enfatizzazione dell'elemento dell'effettività e delle nuove impostazioni che vi corrispondono conduca a porre completamente nell'ombra il fattore di validità²¹ –, ma anche di trarne effetti distorti qualora il concentrarsi dello sguardo su una sola, circoscritta vicenda precluda di apprezzare pienamente gli sviluppi paralleli o posteriori, da quella inscindibili, e soprattutto la cifra tecnica dello stesso materiale giuridico su cui l'*interpretatio* di quel tempo veniva esercitandosi.

Tutti inconvenienti da cui il libro di Volante, pur con tutti i pregi che signaleremo, non mi sembra sia andato completamente indenne²².

2. Per valutarne la condivisibilità di certe scelte di fondo, come anche per poter contestualizzare alcune puntuali e non sempre indiscutibili prese di posizione²³, conviene però adesso ripercorrere, pur sommariamente, l'impianto del volume. Esso consta di una introduzione e di otto capitoli; la sequenza espositiva è informata, come accennato, non alla ricostruzione di singoli apporti scientifici, ma all'enucleazione di alcuni profili «sistematici»²⁴, sacrificando a questi anche la rigorosa aderenza allo sviluppo storico. Spezzata la trattazione di certi spunti di questo o quel glossatore in un capitolo o in un altro, la dimensione diacronica dell'indagine emerge solo a uno sguardo d'insieme, nella circolarità geografica disegnata dal racconto: dall'Italia dei glossatori alla Francia degli «ultramontani» ancora (ma in forte continuità proprio con l'elaborazione di questi ultimi) all'Italia di Cino da Pistoia.

Una ricca panoramica delle problematiche analizzate nel libro, e del taglio metodologico che vi sarà seguito, è offerta sin dall'*Introduzione*²⁵, articolata in otto densi paragrafi, la cui corposa scrittura già non lascia dubbi circa il livello di approfondimento tecnico su cui si muoverà l'intera opera. Le premesse – inevitabili, ma invero alquanto fugaci, e non sempre persuasive²⁶ – sono romanistiche, all'insegna del parallelismo, e quindi appunto della intangibilità (se non proprio «indifferenza») ²⁷, fra le nozioni di *contractus* e *pactum* che i glossatori avrebbero rinvenuto nei testi del *Corpus iuris*. Da qui l'attenzione per la prima fondamentale «forzatura» cui darà luogo l'*interpretatio* di quelle fonti, consistente «nel riunire in un solo genere i due modelli del *contractus* e del *pactum*, le due inconciliabili monadi dell'esperienza giuridica romana»²⁸. E' in questa prospettiva che sorge la costruzione –

cit., p. 244. Assai opinabile era del resto anche l'idea che Astuti poneva alla base della fortuna e del perdurante valore assunto dall'elaborazione romana attorno alle obbligazioni contrattuali, ossia – come leggiamo in *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*, I, Milano, 1952, p. 10 – che tale elaborazione fosse stata «meno di altre legata alle condizioni contingenti e caduche della vita economico-giuridica e della organizzazione giuridica»: un'idea che le indagini romanistiche degli ultimi decenni mi sembrano convergere nel porre radicalmente in discussione. Una prospettiva ben diversa – volta a una forte storicizzazione dei principi in materia di obbligazioni –, era quella con cui si apriva, già diversi anni prima, il libro di E. BESTA, *Le obbligazioni nella storia del diritto italiano*, Padova, 1936, p. 1 ss.

²¹) Il quale è invece momento che in nessun modo può essere trascurato o sottovalutato dal giurista, pena l'obliterazione di quei meccanismi formali nei quali non si esaurisce, ma da cui neppure può prescindere un'esperienza giuridica.

²²) Si veda *infra*, § 4.

²³) Ci soffermeremo su questi aspetti *infra*, § 4.

²⁴) Quella di «sistema», o almeno di «concezione organica», è una nozione che ricorre frequentemente nelle pagine di Volante, impiegata in riferimento alle risultanze dell'*interpretatio* medievale e spesso in contrapposizione al carattere più disomogeneo e alluvionale dei materiali giuridici romani (VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 23 e nt. 4, parla in proposito – riprendendo un'espressione di F. CALASSO, *Il negozio giuridico. Lezioni di storia del diritto italiano*², Milano, 1959, p. 217 – di «*iustiniana confusio*»). Per le perplessità che nutrirai sia sull'impiego di quel concetto che sulla contrapposizione che vi è connessa, si veda *infra*, § 4: qui basti segnalare come questa prospettiva accentuatamente «sistematica» sia rivelata già dalla intitolazione di alcuni capitoli, come il primo («Il sistema dei modelli strutturali di contratto nelle dottrine dei glossatori»), il quarto («Le caratteristiche del sistema»), il settimo («La crisi di un sistema fragile e durevole») e l'ottavo («La concezione organica del contratto»).

²⁵) VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 1-19.

²⁶) Si veda *infra*, § 4.

²⁷) Di «sorti del *contractus* [che] corrono parallele e indifferenti a quelle del *pactum*» parla appunto VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 1.

²⁸) Così VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 2. E' evidente che un significato differente (ma non necessariamente meno rilevante) assumerebbe il lavoro dei giuristi medievali qualora il rapporto tra contratto e patto nel-

nuova in uno dei suoi due elementi, e comunque inedita nell'impianto d'insieme –, che vede distinti nel *genus 'pactum'* le figure dei *'pacta nuda'* (ricalcate sui patti del diritto romano, tutelabili solo in via di *exceptio*) e dei *'pacta vestita'* (la categoria veramente innovativa, «in cui ricondurre le fattispecie tipiche e pienamente azionabili del diritto romano») ²⁹. La contrapposizione è forse «rozza» ³⁰, ma feconda di molteplici sviluppi, così che lo stesso Volante – altrove tanto restio a gettare uno sguardo oltre la fase storica prescelta ³¹ – è costretto ad accennare alla lunga, e pur alterna, fortuna della teo-rica dei *'vestimenta'* ³².

A questo dilatarsi della prospettiva temporale si lega una riflessione, alquanto proficua, attorno a certi modelli della storiografia giuridica quali tipicità e atipicità contrattuale. Assunte in senso troppo drastico, essi rischiano di condurre a letture grettamente evoluzionistiche, così come a una contrapposizione eccessivamente schematica fra l'assetto romano – «luogo storico della piena tipicità» ³³ – e i principi della modernità contrattuale. Sotto il primo profilo, le perplessità dell'autore mi sembrano pienamente condivisibili, e avrebbero forse assunto maggior spessore tenendo conto di come, già nel «modello» antico, non solo si fossero delineate tendenze a limitare o aggirare la tipicità contrattuale, ma si fossero anche sviluppati percorsi non sempre univocamente orientati da un massimo di formalismo a un massimo di apertura a fattispecie atipiche ³⁴. Sotto il secondo profilo, è da

l'esperienza romana venisse ricostruito – come a me parrebbe preferibile – in modo diverso rispetto alle drastiche distinzioni da cui muove il nostro autore: cfr. *infra*, § 4.

²⁹ In questi termini VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 2.

³⁰ Così VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 3, che parla anche di «grezza diarchia concettuale dei glossatori [che] è in realtà l'epifenomeno di un'opera tutt'altro che lineare».

³¹ Si veda *infra*, § 4.

³² Si veda VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 3. Meritava forse di essere maggiormente chiarito l'accento al fatto che «l'architettura dei *vestimenta*» venne «combattuta nel primo svolgersi delle moderne riflessioni sul tema dei contratti». Un'autorevole opposizione a tale costruzione, come noto, sarà riscontrabile in Cuiacio (sul punto, di recente, I. BIROCCHI, *Saggi sulla formazione storica della categoria generale del contratto*, Cagliari, 1988, p. 116, ID., *Tra tradizione e nuova prassi giurisprudenziale: la questione dell'efficacia dei patti nella dottrina italiana dell'età moderna*, in «Towards a General Law of Contract» [cur. J. BARTON], Berlin, 1990, p. 265 s., ove altra bibliografia, ed ID., *Causa e categoria generale*, cit., p. 86 s.; sul ritorno di Cuiacio, in materia di patti aggiunti, al «principio schiettamente romano», si veda già VACCARI, *Pactum vestitur*, cit., p. 254; circa poi il suo recupero di una nitida distinzione fra patto e contratto – laddove ancora un Hotman assumeva come sinonimi *conventio* e *pactum* –, si veda U. PETRONIO, *Spunti su consenso e contratto nei giuristi culti*, in «Legge, giudici, giuristi. Atti del convegno di Cagliari 18-21 maggio 1981», Milano, 1982, p. 209 ss.), ed è riscontrabile in più di un umanista (basti pensare a Duaren e Coras: mi sembra però condivisibile la critica di BIROCCHI, *Tra tradizione e nuova prassi giurisprudenziale*, cit., p. 265, a VACCARI, *Pactum vestitur*, cit., p. 252, secondo il quale l'opposizione alla costruzione dei *vestimenta* muoverebbe dall'affermarsi del principio che il semplice scambio di consensi è fonte di obbligazioni: orientamento – anticipatore di quel consensualismo trionfante all'inizio del XVII secolo – che invece parrebbe delinarsi in opposizione proprio ad autori come [Alciato e poi] Cuiacio e Connan, almeno secondo J. BART, *Pacte et contrat dans la pratique française (XVI^e - XVIII^e siècles)*, in «Towards a General Law of Contract», cit., p. 125 [ma si veda anche BIROCCHI, *La questione dei patti nella dottrina tedesca dell'Usus modernus*, ivi, p. 146 s., ove ulteriore bibliografia, nonché PETRONIO, *Spunti su consenso e contratto*, cit., p. 222, per il quale tuttavia, nel complesso, i Culti «tendono a generalizzare il ruolo del consenso nel contratto», ma «non lo pongono mai come il momento centrale e genetico»). Più in generale, sulla fortuna della teorica dei *vestimenta* dai commentatori fino al '600, si veda, per tutti, BIROCCHI, *Tra tradizione e nuova prassi giurisprudenziale*, cit., p. 253 ss.

³³ Così VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 5.

³⁴ E' un vero peccato, al riguardo, che Volante ignori (o almeno non ricordi) un'interpretazione come quella di 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. 65 ss. (secondo il quale il tenore dell'editto *de pactis conventis* attesterebbe un maggior «svincolo dalla tipicità» in età preaugustea di quanto sia dato riscontrare dopo l'emanazione delle *leges Iuliae iudiciorum privatorum*), e soprattutto che travisi profondamente la portata e la fortuna della ricostruzione di A. MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit du préteur*, Paris, 1958. Un lavoro suggestivo anche se in molti punti discutibile (basti vedere, con notazioni ancora condivisibili, GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., p. 192 nt. 2), ma che certo non mirava a riporre in discussione – come potremmo pensare leggendo VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 5 e nt. 9 – l'elemento della tipicità nell'assetto contrattuale romano, quanto semmai a evidenziare l'esistenza di ambiti (essenzialmente, «*constitut et recepta d'un côté, contrats de bonne foi de l'autre*»: MAGDELAIN, *Le consensualisme*, cit., p. 159 ss., in particolare 166) ove vi fu una maggior disponibilità – senza, storicamente, la linearità di sviluppo cui accennavamo – a tutelare l'elemento del consenso. Su questo travisamento delle posizioni di Magdelain (forse suggerito anche da una notazione [circa lo sforzo dello studioso francese di «far risalire ad epoche più antiche

rilevare³⁵ l'attenzione prestata al collegamento³⁶ fra la contrapposizione di tipicità antica e atipicità moderna e individuazione del momento di passaggio da un principio «formalista» a uno «consensualista».

E' proprio muovendosi in quest'ultima prospettiva che è stato possibile, secondo Volante, fornire letture diametralmente opposte dell'esperienza contrattuale medievale: per alcuni teatro di emersione soltanto di eccezioni all'antica, rigorosa tipicità, mai scardinata nel suo fondamento; per altri, primo luogo di affermazione del principio consensualista che informerà di sé la riflessione moderna. Prese le distanze da entrambe le impostazioni, nelle quali è parimenti percepita l'eco del «dogma della volontà»³⁷, e che sono giudicate inidonee a cogliere la cifra peculiare dell'elaborazione medievale, l'autore motiva la sua scelta di esaminare in sé e per sé la costruzione dei glossatori³⁸, accertando – prima ancora di interrogarsi sulla sua contrapposibilità al modello romano – «se e come quest'opera sia stata sufficiente ad edificare dei criteri esaustivi per la riconoscibilità delle fattispecie negoziali, ammettendo che questi possano anche essere diversi da quelli sovrani nel moderno del diritto»³⁹.

Congeniali all'opzione di fondo appena ricordata sono quindi le anticipazioni che Volante formula nelle pagine conclusive dell'*Introduzione*, dallo stretto nesso almeno inizialmente rilevabile fra il 'pactum' e l'*aequitas*⁴⁰, alla valutazione dell'impianto teorico medievale come griglia di concetti non dedotti «dal consenso inteso come principio» (misurandosi in questo, chiaramente, tutta la distanza dal «moderno»), ma «come distinzioni organizzate attorno a una nozione cardine che le legittima senza definirle»⁴¹, sino al riferimento alla teorica dei '*vestimenta pactorum*' – di cui è immediatamente segnalato il percorso accidentato e complesso, tutt'altro che scontato negli esordi⁴² e mai esaustivo nella gestione teorica del fenomeno contrattuale, di cui valeva a «razionalizzare» il solo profilo strutturale –, e alla rimeditazione della nozione di '*id quod interest*' (e poi di '*certitudo*'), come centrale nella definizione dell'aspetto funzionale, sino infine al richiamo del nuovo approccio affermatosi con gli

l'origine della concezione consensualistica del contratto»: il che rimane comunque diverso dal sostenere il radicale superamento della tipicità contrattuale romana] leggibile in una delle non molte monografie citate nel libro qui discusso [alludo a G. BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, Milano, 1969, p. 21 nt. 9]), e sul tono sin troppo perentorio con cui viene espresso – a fronte di una risposta, da parte della romanistica, sempre critica ma alquanto più variegata – *infra*, § 4 ove ulteriore bibliografia.

³⁵ Al di là delle cautele che ritengo sempre indispensabili nella comparazione di presunti elementi d'insieme propri di diverse realtà giuridiche.

³⁶ Che pur a VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 8 s. e nt. 17, appare tutt'altro che immediato o assoluto, nel senso di una coincidenza non completa delle nozioni di «tipicità» e «atipicità» con quelle di «formalismo» e «consensualismo».

³⁷ Così VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 10 s., in un discorso denso di mai troppo esplicitate implicazioni metodologiche, ma che vede comunque auspici – se non mi inganno – un abbandono, anche nell'indagine storiografica, di certe geometrie concettuali di ascendenza ottocentesca da tempo rifiutate, o almeno problematizzate, nella «analisi del contratto nei sistemi positivi contemporanei». E' in questo contesto che si colloca anche la rivisitazione critica (*op. cit.*, p. 11 e nt. 22 s.) di impostazioni come quella di Calasso, tese a una sin troppo univoca anticipazione di certe moderne affermazioni del consensualismo contrattuale: di segno non difforme erano del resto le riserve che in merito alle analisi negoziali del grande storico del diritto già formulava GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., p. 244 s. (per altri spunti critici, A. D'ANGELO, *Promessa e ragioni del vincolo. I. Profilo storico e comparativo*, Torino, 1992, in particolare p. 132; per una [sin troppo] netta affermazione circa lo scarso progresso che, misurato sulla prospettiva delle moderne concezioni contrattuali, l'elaborazione medievale, e in particolare la teorica dei '*vestimenta*', avrebbe introdotto rispetto al regime giustiniano, K.-P. NANZ, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs im 16. bis 18. Jahrhundert*, München, 1985, p. 32).

³⁸ Torneremo *infra*, § 4, sulle peculiarità, ma anche gl'inconvenienti, di questa rigorosa selezione dell'analisi, che tende a ricomporre in un assoluto isolamento il lavoro di glossatori e ultramontani.

³⁹ Così, in una pagina non limpidissima, VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 12.

⁴⁰ Vi torneremo fra breve, ripercorrendo le osservazioni che l'autore vi dedica nel primo capitolo.

⁴¹ Le parole sono sempre di VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 13. Sull'assenza di definizione che coinvolge la nozione stessa di '*pactum*', e che certo non può essere ascritta a carenze logiche degli'interpreti medievali, si veda *infra*, nel testo.

⁴² Laddove altri, e maggiormente avallati dal tenore dei testi giustiniani, sembravano i criteri distintivi della fenomenologia contrattuale, come quello del '*nomen contractus*': VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 15.

Ultramontani, alla ricerca di una ricomposizione dei due piani – strutturale e funzionale – che peraltro non riuscirà pienamente eversiva rispetto all'impianto delineatosi coi glossatori.

Chiudono l'Introduzione alcuni accenni alle ulteriori innovazioni metodologiche e teoriche che connoteranno il lavoro dei commentatori – laddove la «edificazione su basi autonome del tipo contrattuale, come mezzo per scardinare la sistematica romana» lascerà il posto a una «scomposizione del tessuto contrattuale in una serie di momenti di qualificazione più specifici», ove sia finalmente superata la scissione tra aspetto strutturale e funzionale⁴³ –, ma anche la spiegazione delle ragioni (su cui torneremo, e che comunque non riescono in tutto persuasive)⁴⁴ per cui si è scelto di escludere dall'indagine sia gli sviluppi maturati nell'età del Commento, che le elaborazioni, talora convergenti, ma sul fondamento di premesse diverse, maturate nell'ambito del diritto canonico.

La prima delle anticipazioni cui accennavamo – relativa al rapporto fra il 'pactum' e quel valore cardine dell'esperienza giuridica medievale che è l'*aequitas*⁴⁵ – trova un puntuale sviluppo nel capitolo primo⁴⁶ e ne sorregge anche la trama espositiva rispetto all'indagine che segue, nel capitolo secondo. Assunto il concetto di 'pactum' come «momento ordinante» della farragine giustiniana, Volante pone in luce, infatti, l'assenza di una sua definizione da parte dei glossatori⁴⁷, per soffermarsi quindi sull'attrazione del *pactum* – nella *Summa Trecensis*, e poi in Rogerio e Piacentino – nella dimensione dell'*aequitas*⁴⁸, e quindi sulla '*aequitas pacti*' come «forza che possiamo definire immediatamente giuridica: una *naturalis summa* che produce diritto anteriormente a ogni problema tecnico»⁴⁹. E' la peculiarità di questo approccio – che secondo Volante sarebbe confermato (come un dato ormai acquisito), anziché contraddetto dalla minore attenzione che al riferimento equitativo presteranno più tardi Azzone e Odofredo – a sottrarre la stessa nozione di 'pactum' a un'autentica *interpretatio*, per determinarne piuttosto una «percezione atecnica», quale si esplica soprattutto sul piano della sua valutazione come «fatto normativo», ossia come accordo vincolante le parti⁵⁰. E sempre a tale «prospettiva equitativa»⁵¹ viene ricondotto lo scarso approfondimento riscosso dal confronto⁵² tra *pactum* e *pollicitatio*, e dal limitato spazio riservato a quest'ultima, come figura estranea alla bilateralità del

⁴³ Si veda VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 18.

⁴⁴ Si veda *infra*, § 4.

⁴⁵ Torneremo più diffusamente (*infra*, § 4, ove bibliografia) sulla concezione dell'*aequitas* medievale che appare presupposta nel libro di Volante, come pure sull'opportunità – invero discutibile – di assumerla come dimensione così nettamente distinguibile, nella sua «giuridicità fattuale», rispetto al *ius strictum*.

⁴⁶ Intitolato, come già ricordato, «Il sistema dei modelli strutturali di contratto nelle dottrine dei glossatori»; il riferimento all'*aequitas* è già nel titolo del primo paragrafo (VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 21): «Aequitas e ius. La centralità sistematica del pactum». Sul tema si vedano già i non troppo difformi rilievi di BIROCCHI, *Tra tradizione e nuova prassi giurisprudenziale*, cit., p. 257.

⁴⁷ Si veda VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 25: ma sul punto si tornerà più ampiamente alle p. 33 ss.

⁴⁸ A cui nello scenario medievale appare particolarmente contigua anche una figura come la (*bona*) *fides*, che assolve ad esempio in Rogerio (*Summa Codicis. De pactis*, che consulto in «Scripta anecdota glossatorum» [cur. G.B. PALMIERI], I, Bononiae, 1913, p. 63) e in Piacentino (*Summa Codicis, de pactis*, rist. an. Torino, 1962, p. 41) una funzione centrale rispetto al fenomeno pattizio e alla sua osservanza. Circa i rapporti tra *bona fides*, ormai essenzialmente intesa come *honestas christiana*, ed *aequitas* nel periodo in esame, per tutti, si vedano A. BECK, *Grundprinzipien der bona fides im römischen Vertragsrecht*, in «Aequitas und bona fides. Festgabe A. Simonius», Basel, 1955, in particolare p. 25, nonché L. SCAVO LOMBARDO, *Buona fede. La tradizione canonistica*, in «ED», V, Milano, 1959, p. 673, P. FEDELE, *Lo spirito del diritto canonico*, Padova, 1962, in particolare p. 691 ss. (ma entrambi in riferimento, pressoché esclusivo, all'ordinamento della Chiesa, laddove «l'equità contrattuale ... coincide sostanzialmente con la buona fede contrattuale»), E. CORTESE, *La norma giuridica. Spunti teorici nel diritto comune classico*, II, Milano, 1964 rist. 1995, p. 325 ss., G.P. MASSETTO, *Buona fede nel diritto medievale e moderno*, in «Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile», II, Torino, 1988, in particolare p. 135, 147 s., e BIROCCHI, *Saggi sulla formazione storica*, cit., in particolare p. 71, ove bibliografia (che decisamente afferma: «l'*aequitas* e non la *bona fides* ha giocato il ruolo principale nello sviluppo del diritto nell'età intermedia).

⁴⁹ Così VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 27.

⁵⁰ E' invece su un secondo piano, quello della qualificazione del *pactum* da parte dell'ordinamento, che VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 31 s., stima possibile seguire il successivo sviluppo delle tesi dei glossatori.

⁵¹ L'espressione ricorre in VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 36.

⁵² Rinvenibile, in riferimento alla *promissio*, soprattutto nella *Summa Codicis (De pactis)* di Azzone.

pactum (per questo dotato «della generale capacità di costituire fonte di obbligazione») ⁵³, e perciò munita di un'efficacia giuridica non estensibile fuori dai casi contemplati nel *Corpus iuris*.

Opposta è appunto l'operatività sistematica del *pactum*, e della formazione bilaterale che ne scandisce la struttura: uno schema assunto dai glossatori a fondamento anche di ulteriori situazioni, come indica la loro ricorrente attenzione alla tematica dei *pacta tacita* ⁵⁴: figure che, lungi dall'identificarsi col «patto tacito» del diritto odierno (che è comunque schema di natura contrattuale, solo caratterizzato dall'assenza dell'usuale procedimento di proposta e accettazione) ⁵⁵, si configurano piuttosto come «atti di disposizione di situazioni per loro natura unilaterali» ⁵⁶. Ma un'operatività sistematica che soprattutto trova conferma nel lavoro di erosione, tipicamente medievale, cui viene sottoposta la centralità attribuita nel testo romano ⁵⁷ alla nozione di '*conventio*': centralità, nel rapporto di *genus* a *species* che si instaura fra *conventio* e *pactum*, formalmente non contestabile – pena il porsi in contrasto con quell'elemento di validità –, ma aggirata nell'attribuzione alla *conventio* di un carattere di generalità esorbitante il dettato ulpiano e la stessa dimensione giuridica. Tale *conventio* viene cioè a identificarsi col generico momento dell'accordo, non necessariamente provvisto di carattere giuridico e quindi di efficacia vincolante: una caratteristica che viene riservata appunto al *pactum*, nozione di carattere meno generale in senso assoluto, ma senz'altro elevabile a categoria onnicomprensiva degli atti di disposizione rilevanti per il diritto, assumibile a «modello di comprensione del fatto giuridico bilaterale e obbligatorio» ⁵⁸. Un risultato di considerevole portata, che appare ben indagato nei vari addentellati problematici che vi si connettono, e nello stesso preliminare svuotamento concettuale (almeno, *sub specie iuris*) cui viene sottoposta la categoria della *conventio*, ma di cui forse rimarrebbe da puntualizzare la ragione di fondo, l'intima motivazione di questa fortuna accordata alla nozione di '*pactum*' a discapito di quella di '*conventio*'.

L'attrazione del *pactum* nella dimensione dell'*aequitas* (intesa come «giuridicità fattuale», sul cui piano il patto rimane «un oggetto di cui non si può dare una definizione in termini di struttura» ⁵⁹) costituisce il punto di avvio anche del secondo capitolo ⁶⁰. Ma il discorso si muove presto su un piano diverso, centrato sulla «relazione tra atto umano e sistema superiore di norme» ⁶¹: è una prospettiva cui si è condotti dalle stesse osservazioni della *Summa Trecensis*, ma che Volante si premura ancora – sia pure in un modo non sempre limpido – di delineare come intimamente irriducibile a ogni visuale di legalità moderna ⁶², laddove l'unitarietà di quella relazione fra atto umano e si-

⁵³ Così VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 39. Lo stesso autore (*op. cit.*, p. 40) parlerà così della «struttura pattizia ... come l'archetipo della fattispecie obbligatoria».

⁵⁴ Volante vi si sofferma – in riferimento soprattutto alla disamina della *Summa Trecensis*, di Rogerio e di Azzone – in *Il sistema contrattuale*, cit., p. 40 ss.

⁵⁵ Almeno a livello di manifestazioni di volontà «esternate mediante mezzi di linguaggio»: così ad esempio, di recente, M. BIANCA, *Diritto civile*, III. *Il contratto* ², Milano, 2000, p. 209, ove ulteriore bibliografia. Alquanto critico verso l'abuso, in proposito, «dell'idea del consenso tacito o presunto», è BENEDETTI, *Dal contratto al negozio unilaterale*, cit., p. 15 ss.

⁵⁶ Così VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 46, che giustamente stima alquanto indicativo in tal senso soprattutto il caso della rinuncia alla lite intentata esaminato da Rogerio, Azzone e nella *Glossa Magna*.

⁵⁷ Ossia, in particolar modo, la già citata teorica ulpiana, proveniente dal quarto libro *ad edictum* e conservata in D. 2.14.1, 5 e 7.

⁵⁸ Questo il titolo dell'ultimo paragrafo (il quarto) in cui si articola il primo capitolo.

⁵⁹ Si veda VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 58.

⁶⁰ Intitolato «Il *pactum* nella sua dimensione giuridica» (laddove il senso di questa «giuridicità» viene precisato dalle osservazioni che seguono): VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 57 ss.

⁶¹ Le parole sono di VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 58.

⁶² Esplicitamente VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 61 s., afferma: «il tipo di relazione completamente definito nella cifra della legalità, in cui alla norma superiore si affida ogni valutazione possibile sull'esistenza e ammissibilità del negozio entra immediatamente in crisi una volta calato nel vivo della cultura giuridica medievale». Sullo sfondo, e neppure troppo, è ancora una volta chiaramente distinguibile l'insegnamento di Paolo Grossi (si veda soprattutto *L'ordine giuridico medievale*, cit., p. 29 ss.), di cui viene anzi offerto un limpido riscontro nel concreto di una vicenda privatistica scavata e ripercorsa in profondità: quell'interpretazione e i suoi corollari sono però collocati nell'impianto del discorso come un incontrovertibile punto di avvio – quasi un dato autoevidente, o immediatamente scaturito dalle fonti –, mai come un'impostazione realmente discussa e criticamente condivisa.

stema normativo, propria di quest'ultima esperienza, non può che scomporsi e frantumarsi nel contesto del pluralismo medievale. In concreto questo comporta che – realizzatosi sul solo piano dell'*aequitas* il giudizio circa l'esistenza o meno del patto – al tessuto normativo delle prescrizioni (in primo luogo) romane venga riservato il successivo momento di qualificazione, e in particolare l'individuazione dei requisiti che il patto deve necessariamente integrare⁶³.

E' questa appunto la dimensione in cui si colloca una prima classificazione dei «pacta», in «*utilia*» e «*inutilia*», a seconda della ricorrenza o meno di una delle cause di inammissibilità: scenario che di nuovo si rivela alquanto lontano – nonostante un certo impianto «sistematico» rinvenibile nella *Summa Trecensis* nella distinzione dei vizi in relativi alle «*personae*», alle «*res*» o misti⁶⁴ – rispetto all'assetto che i codici vigenti stabiliscono in merito alla patologia contrattuale. E' in questo complesso quadro analitico⁶⁵ che Volante ripercorre, come direttive attorno alle quali viene tentata una ricomposizione unitaria delle varie ipotesi di invalidità, l'elaborazione della «*mixta inspectio*», della «*causa*» nel farraginoso approccio di Piacentino, e quindi del più articolato, ma non più fortunato, impianto di Azzone in merito ai fattori di invalidità.

Né distanze meno marcate rispetto alla sensibilità moderna e alla teorica dei «vizi della volontà» attraverso cui siamo abituati a osservare simili realtà, emergono, ad avviso dell'autore, dallo studio delle alterne soluzioni approntate in materia di dolo: figura attratta (nella *Summa Trecensis*⁶⁶ e poi in Rogerio) nella disamina delle patologie oggettive del patto, ma anche contraddistinta (da Piacentino sino ad Azzone e alla *Glossa Magna*) da molteplici implicazioni problematiche, dai rapporti con la *fraus*⁶⁷ alla controversa identificazione dei rimedi processuali. Operazione, quest'ultima, che ancora si articolerà diversamente – in aderenza all'assetto romano, e a una sua classificazione dei contratti più volte posta in discussione nell'esperienza canonistica prima e «moderna» più tardi⁶⁸ – a seconda che il contratto nel cui ambito si sia verificato il dolo appartenga al novero di quelli «*bonae fidei*» oppure «*stricti iuris*»: una diversificazione che parrebbe anzi potersi assumere come centrale nell'intera

⁶³ E' quanto VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 66, con una non troppo arbitraria modernità di termini, indica come «relazione di validità».

⁶⁴ Secondo uno schema che sarà sostanzialmente ricalcato dai glossatori successivi, e di cui si serve anche VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 66 ss., nel parlare di «analisi casistica delle patologie soggettive», di «invalidità dell'oggetto del patto» e di «*mixta ratio*» a proposito della «invalidità della struttura complessiva del patto».

⁶⁵ Quale rinvia a quella «contraddizione nodale fra il tentativo di enucleare dal tessuto proprio delle singole figure contrattuali romane le varie ipotesi di invalidità e di riferirle a una nozione generale e l'impossibilità di trovare nel *pactum* una superiore sede di astrazione di tali fattispecie»: così, in puntuale sviluppo di prospettive d'insieme altrove più volte ribadite, VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 79 s.

⁶⁶ Ove fra l'altro il dolo pare configurarsi come lesivo dell'ordinamento nel suo complesso, e non solo dell'integrità patrimoniale di un soggetto, dal che la conseguenza – di non poco rilievo ai nostri occhi – di una sanzione di nullità.

⁶⁷ Laddove da un'iniziale indistinzione fra questa e il dolo si giunge a configurare un rapporto di *genus a species*: VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 90 ss. Il lavoro interpretativo dei glossatori circa il rapporto tra dolo e categoria dei *delicta*, e poi, più specificamente, tra le figure dello stesso dolo e della *fraus*, era già al centro della fine indagine di M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, I, Milano, 1973, p. 37 ss., in particolare 39 ss., ove altra bibliografia (e anche un richiamo alle posizioni di Bulgaro [autore fra l'altro di una *Summula 'De dolo'*: H. KANTOROWICZ, W.W. BUCKLAND, *Studies in the Glossators of the Roman Law*, Aalen, 1969, p. 73 ss. e 243 s.], che non mi sembra vengano discusse da Volante), ma si veda anche H. DILCHER, *Die Theorie der Leistungstörungen bei Glossatoren, Kommentatoren und Kanonisten*, Frankfurt am Main, 1960, p. 26 ss.

⁶⁸ Il riferimento è a quella meditazione di Baldo (*In Decretalium volumen commentaria*, che consulto nell'edizione Venetiis, 1615, f. 175 r.) attorno al carattere di buona fede che tutti i contratti assumerebbero con riguardo alla «*aequitas canonica*» (su cui, per tutti, cfr. F. SCHUPFER, *Il diritto delle obbligazioni in Italia nell'età del risorgimento*, I, Torino, 1920, p. 52, FEDELE, *Lo spirito del diritto canonico*, cit., p. 692, CALASSO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 280, N. HORN, *Aequitas in den Lebrn des Baldus*, Köln-Graz, 1968, p. 168, e MASSETTO, *Buona fede nel diritto medievale e moderno*, cit., p. 148 e 150 nt. 132), e poi a quella tendenza – che già affiora nell'età dei Culti e poi si afferma nell'elaborazione giuridocanonistica e ancora si rivelerà vitale e nient'affatto scontata nel dibattito pandettistico – ad estendere a tutti i contratti la natura di buona fede (sul punto – in merito al quale mi sono a lungo soffermato in *Bonae fidei interpretatio*, cit., capitoli quarto e quinto -, si veda in generale D. CORRADINI, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato*, Milano, 1970, in particolare p. 21 ss.).

elaborazione dei glossatori su questo tema ⁶⁹.

Ancora su una prospettiva processuale, sia pure di diverso tenore, si apre il capitolo successivo, dedicato a quel profilo – la «azionabilità» dei patti – sino a questo momento solo incidentalmente sfiorato e che invece costituirà, nella sua connessione con la problematica dei *'vestimenta'*, uno dei grandi motivi dell'elaborazione medievale dei *'pacta'* e della sua recezione posteriore. Sin dal titolo, l'immagine che Volante tende a evocare è quella di una costruzione (una «architettura») ⁷⁰, ma in cui l'elemento del progressivo «farsi», in un'articolata stratigrafia di elementi e di apporti, risulti prevalente rispetto alla stessa configurazione sistematica ⁷¹. E chiara è fin da subito anche l'insoddisfazione nutrita per certe letture che tendono a comprimere quella vicenda teorica nell'univoca farsariga di una forzatura approntata dai glossatori rispetto alla tipicità contrattuale romana, oppure di una loro focalizzazione sull'elemento dell'accordo, la sua «rilevanza causale» e l'obbligatorietà che senza mediazioni ne scaturirebbe ⁷². Muovendo dal riconoscimento dell'operatività del *pactum*, anche in materia di azionabilità, come «strumento», anziché «oggetto», dell'indagine dei glossatori, l'autore problematizza anche il dato che per l'odierna mentalità giuridica apparirebbe quasi scontato, e cioè che l'azionabilità costituisca «il massimo punto raggiungibile di perfezione della disciplina pattizia» ⁷³. E' seguendo un approccio diverso che vedremo infatti delinearsi l'elaborazione delle *'vires pactorum'*, nel cui ambito risulterà ancora intangibile la struttura del *pactum*, e che comunque non può considerarsi come sovrapponibile rispetto all'architettura dei *vestimenta* (nella quale, a sua volta, neppure può dirsi pienamente risolto il problema dell'azionabilità) ⁷⁴, che del resto giunge alla sua più compiuta formulazione sensibilmente più tardi.

E' dunque attorno a questi passaggi che si snoda l'itinerario ripercorso da Volante: dall'impianto, meramente descrittivo se non proprio tautologico ⁷⁵, della *Summa Trecensis*, laddove il *'nomen contractus'* si afferma come criterio atto a distinguere figure tutelate solo in via di eccezione e altre propriamente azionabili ⁷⁶, alla più complessa costruzione cui dà vita Rogerio (ove acquistano autonomia di classificazione anche i patti accessori, e si articola ulteriormente la produttività di azione), sino all'emersione di criteri e sistematiche nuove col lavoro di Piacentino. E' da parte di quest'ultimo, come noto, che la molteplicità delle *vires pactorum* è ricondotta a una differenza di struttura che si articola sulla contrapposizione fra *'pacta nuda'* e *'induta'*: impostazione, assieme a quella della *Epitome exactis regibus*, cui risale il merito dell'introduzione dei *vestimenta pactorum*, ma che, rispetto a quella, si lascia apprezzare per l'impianto più organico e sintetico, articolato attorno a quattro figure di *vestimenta* (*re, verbis, litteris, consensu*), ricalcate sulle modalità romane (specificamente, gaiane) del *contrahere obligationem*, e su una quinta – la *lex* – operante in specifiche ipotesi. Si tratta di un impianto, tuttavia, che ancora si rivela comprensivo dei soli contratti nominati ⁷⁷, ossia inadatto ad abbracciare la tota-

⁶⁹ Si veda, con particolare riferimento alla *Glossa Magna*, VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 92 (sul persistente valore della stessa classificazione contrattuale si tornerà, in riferimento al diverso regime dei patti aggiunti e poi dell'*'id quod interest'*, rispettivamente, a p. 116 s. e 208 ss.); ma cfr. già BRUTTI, *La problematica del dolo*, I, cit., p. 44 ss.

⁷⁰ Il capitolo terzo (si veda VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 99 ss.) è appunto intitolato «Nascita e evoluzione dell'architettura dei vestimenta».

⁷¹ Anche se invero di «un sistema, completo e coerente», quale sarebbe dato scorgere abbandonando certe letture segnate dal moderno positivismo, parla lo stesso VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 104.

⁷² Si veda VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 102 ss.

⁷³ Così VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 105.

⁷⁴ Si tengano presenti soprattutto le osservazioni che nel capitolo successivo sono svolte in merito ai patti nudi produttivi di azione: si veda VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 158 ss.

⁷⁵ Di «tautologia» parla in effetti VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 109.

⁷⁶ Ma anche a introdurre in seno a queste ultime – secondo un'impostazione che verrà poi approfondita da Rogerio (nel quale ritroviamo anche una dicotomia dei *pacta in publica e privata*, sulla quale, nella sua implicita ripresa della sistematica ulpiana delle *conventiones*, converrà tornare: cfr. *infra*, § 4) – una ulteriore articolazione, distinguendo fra ipotesi munite della massima tutela già al momento del loro sorgere e altre che lo divengono solo in una fase successiva (solitamente col compimento di una prestazione).

⁷⁷ Il punto è espressamente chiarito da Volante solo più tardi, nell'esaminare i progressi sistematici introdotti con l'approccio di Azone: *Il sistema contrattuale*, cit., p. 133.

lità delle tipologie di accordo⁷⁸, fra le quali risultano esorbitanti, in particolare, i patti accessori e le fattispecie in cui l'azionabilità interviene successivamente allo scambio del consenso.

In merito a entrambe le ipotesi – per cui nell'approccio di Piacentino⁷⁹ torna a rivelarsi fondamentale il criterio del *nomen* – ben altrimenti esaustiva risulterà l'impostazione di Azone, integralmente centrata sul profilo dell'azionabilità⁸⁰ e costruita attorno a sei figure di *vestimenta*, laddove alle quattro tradizionali *causae obligationum* seguono, in luogo della *lex* piacentiniana, la *contractus cohaerentia* (da cui una maggior razionalizzazione dell'intera materia dei patti aggiunti) e il *rei interventus* (da cui la sussumibilità nello schema anche delle convenzioni atipiche, anch'esse da proteggere con l'*actio praescriptis verbis*)⁸¹. In quest'impianto, sostanzialmente ricalcato più tardi dalla *Glossa Magna*, finisce col modificarsi radicalmente anche il rapporto fra riconoscibilità del *nomen* e azionabilità del *pactum*: non più, come in Piacentino, presenza della prima che determina la seconda, ma ravvisabilità di un *vestmentum* che svela la sussistenza di una piena tutela, col conseguente «momento di qualificazione [che] conferisce disciplina e, quindi, un *nomen contractus*»⁸².

Ripercorsa, sino ai tempi di Accursio, la progressiva edificazione di questa «architettura dei *vestmenta*», nel successivo capitolo Volante si dedica a «le caratteristiche del sistema»⁸³, ma per centrare la propria analisi, quasi integralmente, sul ruolo dei patti nudi⁸⁴. Torna a profilarsi, in proposito, tutta la fatica di una compiuta concettualizzazione da parte dei glossatori, quale abbiamo riscontrato già nei primi approcci alla nozione stessa di *pactum*: definiti solo in negativo, ossia come patti sforniti di *vestmentum*, i patti nudi mal si prestano alle letture moderne che tendono a guardare al mero accordo come produttivo (almeno) di obbligazione naturale.

Lo stesso ricorrere di quest'ultima nozione (*naturalis obligatio*) nell'analisi dei glossatori viene così indagato da Volante avendo riguardo alla loro peculiare cifra teorica⁸⁵, e con particolare attenzione alla figura – quella del *pactum de non petendo* – che offre (come più tardi nel caso degli ultramontani) il luogo di riscontro privilegiato di ogni approfondimento circa il patto nudo e l'obbligazione naturale da questo prodotta. E' in tale problematica che emerge, ad avviso dell'autore, la percezione medievale della *naturalis obligatio* non come figura sospesa fra ordinamenti e gradi di effettività diversi, ma anzi come «momento di percezione di una fattispecie unitaria»⁸⁶, ma come tale anche inido-

⁷⁸) VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 125, parla – in modo invero non troppo perspicuo – di «tutti i modelli contrattuali possibili».

⁷⁹) Ove pure finisce col configurarsi un singolare ibrido quale, con riferimento all'*acceptilatio*, il «patto nudo solenne»: VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 129.

⁸⁰) Sino a svuotare di rilevanza le altre *vires pactorum*: VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 142. Sulle innovazioni introdotte nell'impianto di Azone rispetto a quello di Piacentino, si vedano già, fra gli altri, H. DILCHER, *Der Typenzwang im mittelalterlichen Vertragsrecht*, in «ZSS», LXXVII, 1960, p. 278, e NANZ, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs*, cit., p. 32 s.

⁸¹) Strumento processuale notoriamente finalizzato, sin dall'esperienza romana dei tempi di Labeone (sia pure ancora, e sino almeno a Pomponio [sul punto, da ultimo, E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio. II. Contesti e pensiero*, Milano, 2002, p. 212 ss.], nella meno tipizzata versione di un *agere*), alla più soddisfacente tutela e quindi al pieno riconoscimento di tali figure sprovviste di *nomen* contrattuale, ma di cui sarebbe interessantissimo indagare i diversi ambiti e modi di operatività che – pur nel permanere della terminologia e della stessa centralità di ruolo – vennero a configurarsi dalla tarda giurisprudenza antoniniana e poi severiana, sino al diritto giustiniano, all'elaborazione bizantina e quindi alla rivisitazione negli impianti interpretativi – almeno – di glossatori e commentatori.

⁸²) In questi termini VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 134.

⁸³) Tale appunto il titolo del capitolo quarto: VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 145 ss.

⁸⁴) Come elementi situati, nella stessa prospettiva di Accursio, «nella contraddittoria posizione di termine indispensabile per la pensabilità dell'architettura e tuttavia privato di ogni dignità sul piano strutturale»: VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 147.

⁸⁵) Sino a contrapporre senz'altro l'obbligazione naturale per come ricorre nel lavoro dei glossatori, rispetto all'omonima figura dell'esperienza romana e di quella odierna: VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 153. Naturalmente, la distanza tra la configurazione medievale e l'attuale diviene ancor più tangibile ove si acceda all'impostazione – su cui Salvatore ROMANO, *Note sulle obbligazioni naturali*², Firenze, 1953, p. 29 ss., 110 s. – che fa leva sulla riconducibilità o meno del vincolo obbligatorio sul piano del diritto statutale, e tende quindi a ricostruire le odierne obbligazioni naturali come rapporti oggetto di una «estromissione» da tale sfera giuridica.

⁸⁶) Così VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 155.

nea a lasciar emergere significative difformità strutturali o funzionali⁸⁷, tali da risolvere la polarità fra patti nudi e vestiti. Sempre in riferimento a quest'ordine di problemi Volante torna a segnalare l'inadeguatezza di ricostruzioni che tendono, stavolta, a rinvenire nel modello dei *vestimenta* lo strumento per scardinare la tipicità strutturale romana: lettura cui è evidentemente sottesa la persuasione che il novero di tali *vestimenta* possa essere esteso con relativa facilità. Diverse – precisa l'autore – sono le indicazioni delle fonti, nelle quali proprio l'*authoritas* del testo romano⁸⁸ si traduce in quest'impianto teorico e nei vincoli ad esso connessi, quali semmai possono venire aggirati nell'individuazione di tipologie esorbitanti da quel rigore sistematico, come in primo luogo i patti privi di *vestimentum* ma produttivi di azione (sono i casi, già contemplati nella *Summa Codicis* azioniana, della donazione, del *constitutum pecuniae*, delle dote e di altre più specifiche ipotesi).

Di nuovo, la risposta dei glossatori al riguardo si rivela nient'affatto uniforme, e le stesse fattispecie configurate da Azone alla stregua di eccezioni (*fallentiae*) finiscono con l'essere ricondotte, nella *Glossa* accursiana, nell'ambito dei patti vestiti e dell'impianto complessivo che vi presiede. Il mezzo teorico cui si ricorre⁸⁹ – l' '*auxilium legis*' – non appare del tutto inedito, trovando un precedente già nella farraginoso elaborazione di Piacentino, ma viene qui sviluppato entro una diversa e più coerente cifra costruttiva: esso opera nel senso di un richiamo al disposto della *lex* capace di giustificare la piena efficacia (l'azionabilità) di una fattispecie originariamente estranea al novero dei *vestimenta*⁹⁰. Da tenersene distinta è quindi la '*confirmatio a lege*', quale viene in rilievo per ipotesi «qualificate da un *vestimentum*, la cui natura si ricollega funzionalmente alla *lex*»⁹¹: figure qualificate come contratti *iuris civilis*⁹², secondo una terminologia – e una contrapposizione rispetto ai contratti *iuris gentium* – che assume peraltro nei glossatori una portata non perfettamente aderente rispetto a quella delle fonti romane⁹³ (come piuttosto eterodossa appare l'identificazione di *ius naturae* e *ius gentium* che rinveniamo nella *Glossa* proprio in riferimento al testo di Ermogeniano). I glossatori non muovono infatti da un modello di *ius civile*, tale da inferirne le caratteristiche del contratto riconducibile al suo ambito, ma dal regolamento di interessi che le varie tipologie contrattuali realizzano per collocarle, alla luce di quello, in una categoria o in un'altra⁹⁴. Un approccio che in qualche modo trova conferma in quanto riscontrabile, specularmente, a proposito dei contratti di *ius gentium* – anch'essa sfera normativa mai oggetto di un autentico sforzo definitorio. La stessa contrapposizione fra questi

⁸⁷ Particolarmente significativo, in quest'ultima prospettiva, è stimato da VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 157, proprio il caso del *factum de non petendo*.

⁸⁸ Il «momento di validità» cui accennavamo *supra*, § 1.

⁸⁹ Scartato il ricorso, astrattamente possibile, al *consensus*, quale è di per sé immancabile in ogni fattispecie patiziale ed è perciò inteso (come da parte della *Glossa*) quale '*elegans et tenuis vestis*' (sul punto già NANZ, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs*, cit., p. 41), inoperante – ai nostri fini – fuori dalle ipotesi già gaaiane di *obligatio quae consensu contrahitur*: si veda VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 164 s.

⁹⁰ In modo ben diverso vedremo quindi operare, da parte di un Révigny (cfr. *infra*, § 3), il richiamo alla volontà del legislatore come momento di qualificazione per i patti che i glossatori già avevano considerato come vestiti '*consensu*'.

⁹¹ Così, con espressione non limpidissima (ma che invero viene chiarita dall'esempio della *obligatio verborum o litterarum*), VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 168.

⁹² Fra i quali VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 171 ss., si sofferma dapprima sull'*obligatio litteris* e su quella *verbis*, ma per richiamare più tardi – assieme alla *sponsalitia largitas* – anche una figura di estremo rilievo nell'esperienza giuridica (e agronomica) medievale quale l'enfiteusi, divenuta ormai, dopo la meno nitida configurazione tardoantica (cfr. *infra*, § 4), autentico paradigma del contratto migliorativo (tale da sedurre, molti secoli più tardi, la sensibilità storica e sociale di un Vincenzo Simoncelli).

⁹³ Particolare attenzione, fra queste, è riservata da VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 168 ss., a (Herm. 1 *epit.*) D. 1.1.5 che non mi sembra però – sia per il tenore alquanto *sui generis* del discorso d'insieme (in cui vengono alluvionalmente accostate figure giuridiche assolutamente disomogenee), sia per il riferimento ad ipotesi contrattuali semplicemente «introdotte» *ex iure gentium* (ma senza che questo comporti una contestazione della natura civilistica, ad esempio, delle azioni a tutela di compravendita o locazione) – offrire la testimonianza più congrua di una forte concettualizzazione romana di un'autonoma categoria di contratti *iuris gentium*. Su questo testo ermogeniano e le caratteristiche cui abbiamo accennato, di recente, E. DOVERE, '*De iure*'. *Studi sul titolo I delle Epitomi di Ermogeniano*, Torino, 2001, p. 77 ss., ed E. STOLFI, *Pensiero «epiclassico» e problemi di metodo*, in «Labeo», XLVIII, 2002, p. 425 s.

⁹⁴ VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 179, parla al riguardo di «ottica tipologica».

contratti e quelli *iuris civilis* – contrapposizione assente nella *Summa Trecensis* e poi priva di consistenti implicazioni in Rogerio e in Piacentino – si delinea compiutamente in Azone, sia pure in virtù di una dicotomia visibilmente imperfetta, ove alla reale capacità definitoria riservata al *ius civile* fa riscontro il carattere affatto residuale, ma anche potenzialmente amplissimo, del *ius gentium*.

E' poi nell'indagare quest'ultimo ambito – sempre, s'intende, in riferimento alla materia contrattuale, e muovendo, in particolare, dalla nota partizione ulpiana delle *conventiones*⁹⁵ – che da parte di Odofredo, torna ad essere attribuito rilievo al criterio del 'nomen'. La sua portata si rivela tuttavia alquanto innovativa⁹⁶: di nessun significato rispetto ai contratti *iuris civilis* (la cui azionabilità promana direttamente dal riconoscimento nelle fonti antiche)⁹⁷, esso viene chiamato in causa nelle meditazioni della *Glossa Magna* attorno alla figura – scottante allora non meno che nel diritto romano del principato⁹⁸ – della permuta, per essere quindi assunto da Odofredo come «piena estrinsecazione della struttura negoziale, in una relazione autenticamente definitoria»⁹⁹, ossia come elemento indicativo, di volta in volta, di una struttura obbligatoria propria a uno di quei contratti e a nessun altro. Da qui un diverso profilarsi dei modelli di qualificazione per i contratti *iuris civilis* e *iuris gentium* – per i quali ultimi il rapporto con la 'lex' non si instaura immediatamente, come momento di qualificazione anteriore all'individuazione del contenuto obbligatorio e alla definizione della struttura (di cui è appunto espressione il 'nomen'), ma successivamente a queste. Ma da qui anche un complesso sovrapporsi di criteri classificatori – essenzialmente fra contratti di *ius civile* o di *ius gentium*, più che propriamente, ormai, fa queste due sfere normative in sé¹⁰⁰ –, tipologie di *vestimenta*¹⁰¹ e diversa operatività di un terzo criterio sistematico (appunto, il 'nomen'): segno, ancora una volta, di un'articolazione di piani in cui compiutamente si riflette il peculiare pluralismo giuridico medievale¹⁰².

I tre criteri appena ricordati non risultano però sufficienti, anche nelle reciproche interazioni, a determinare il contenuto obbligatorio delle singole tipologie contrattuali, né a precisarne compiutamente le forme di tutela. Muovendo da questo rilievo – di cui è opportunamente segnalata la radice romana, nel senso di una «bidimensionalità del sistema» che scaturirebbe dal tenore dei testi antichi, volti a raffigurare il regime dei vari contratti analizzando le azioni previste a loro tutela¹⁰³ – Vo-

⁹⁵ Che il giurista severiano inizia a classificare (D. 2.1.4.5) affermando che '*conventiones autem sunt tres species*'.

⁹⁶ Rispetto, in particolare, alle elaborazioni realizzate prima che si affermasse la teorica dei *vestimenta*, e nelle quali veniva esemplificata «sul *nomen* la caratteristica unitaria di quei *pacta* che il testo romano pone come azionabili» (così VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 184).

⁹⁷ VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 183, parla – con espressione contratta sulla terminologia medievale ('*confirmatio a lege*') – di «azionabilità [che] è attribuzione diretta della *lex* romana».

⁹⁸ Per un quadro delle dispute che, all'interno di quest'esperienza, si erano accese in proposito, e che possono essere sostanzialmente identificate in una controversia fra *sectae* (a parte la posizione – vicina, ma non coincidente, rispetto all'orientamento sabiniano – fatta propria da Aristone), di recente, E. STOLFI, *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, in «SDHI», LXIII, 1997, p. 57 ss., ove bibliografia.

⁹⁹ Così VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 188.

¹⁰⁰ Non a torto – sia pure con una lettura, ancora una volta, alquanto sommaria dell'esperienza antica, in cui già era assai più facile l'individuazione di figure, piuttosto che di «norme», del *ius gentium* (è così agli «istituti», e non alle fonti, del *ius gentium*, che presta prevalente attenzione, ad esempio, M. BRETONE, *Storia del diritto romano*⁸, Roma-Bari, 1993, p. 128; mentre guarda anche alle «norme» di tale *ius* [che già identificava nel «complesso delle norme e degli istituti ... concretamente vigenti presso i vari popoli», G. LOMBARDI, *Ricerche in tema di «ius gentium»*, Milano, 1946, *passim*, in particolare p. 180], ma come o provenienti dal *ius civile* e poi oggetto di civilizzazione, oppure originariamente di *ius civile* e poi estese agli stranieri, M. TALAMANCA, *Editto del pretore, 'ius honorarium' e 'ius civile'*, in «Lineamenti di storia del diritto romano»² [dir. M. TALAMANCA], Milano, 1989, p. 160) – VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 192, afferma: «per il giurista medievale non esistono norme di *ius civile* e norme di *ius gentium*: esistono fattispecie contrattuali che possono essere definite nell'una o nell'altra categoria in ragione del tipo di relazione che lega ciascuna ipotesi alla norma superiore».

¹⁰¹ Fra cui quelli *verbis* e *litteris* esauriscono l'ambito dei contratti di *ius civile*, mentre il *ius gentium* costituisce il quadro di riferimento normativo per tutti gli altri: entro quest'ambito saranno poi rinvenibili figure nominate (ossia patti «vestiti» *re* o *consensu*) oppure innominate (ossia patti vestiti *rei interventu* o *contractus cohaerentia*).

¹⁰² Un punto su cui, prendendo le distanze da letture che appiattirebbero l'*interpretatio* medievale su visioni e stili d'indagine tipicamente moderni, insiste di nuovo VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 190 ss.

¹⁰³ Si veda VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 196. Ovviamente, non è questa la sede per soffermarsi sui rapporti che si delinearono a Roma fra tutela processuale e diritto sostanziale (un tema, come noto, assai caro a

lante si dedica, nel capitolo quinto¹⁰⁴, a ripercorrere le risposte, analitiche e sistematiche, approntate dai glossatori per la determinazione della disciplina degli effetti dei vari contratti. Centrale appare, in questa prospettiva, l'indagine che quei giuristi dedicarono – da Bulgaro a Martino a Pillio da Medicina – a una problematica (se possa considerarsi liberato il venditore anche qualora, in luogo di trasferire la merce, corrisponda l'*id quod interest emptori*) afferente alla compravendita, e visibilmente connessa all'effetto esclusivamente obbligatorio che a quella era attribuito secondo l'assetto romano. Il punto nodale – suscettibile, come vedremo, di feconde e ben più generali implicazioni – è qui rappresentato dalla nozione di '*id quod interest*': criterio di commisurazione del risarcimento per illeciti sia contrattuali che extracontrattuali affermatosi nell'elaborazione dei *prudentes*¹⁰⁵, esso costituisce il fulcro di molteplici *distinctiones* messe a punto dagli interpreti medievali nell'indagare la struttura interna di svariate figure negoziali.

L'operatività di questo criterio è dapprima ripercorsa da Volante. con riguardo alla *Summa Trecensis*, ove ne incontriamo un'interazione (invero, foriera di conseguenze, a livello sistematico, non troppo cospicue) con la distinzione fra contratti di buona fede¹⁰⁶ e di stretto diritto¹⁰⁷, e quindi alla *Summa Codicis* di Rogerio – che non introduce in proposito particolari innovazioni –, e poi all'omonima opera di Piacentino. L'ordito teorico di quest'ultimo lascia affiorare tratti nuovi e, almeno in parte, considerevolmente più incisivi: a fungere da '*magna distinctio*' è la differenziazione di regime nel caso di '*id quod interest*' riferito a ipotesi delittuose o negoziali, mentre al di sotto di essa la struttura distintiva è articolata sul carattere '*certus*' o '*incertus*' del contratto. In riferimento a entrambe le nozioni Piacentino non offre, ancora una volta, soddisfacenti spunti definitivi: rilevanti sono però le implicazioni tratte a livello di quantificazione dell'*id quod interest*', esteso all'interezza del danno

Giovanni Pugliese: da *Actio e diritto subiettivo*, Milano 1939, *passim*, in particolare p. 100 ss., fino a *Diritto e processo nell'esperienza giuridica romana*, in «Diritto e processo nella esperienza romana. Atti del seminario torinese in memoria di G. Provera», Napoli, 1994, p. 9 ss., in particolare p. 27 ss.: ma si vedano anche L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., p. 13 s., e G. PROVERA, *Diritto e azione nell'esperienza giuridica romana*, in «Studi A. Biscardi», IV, Milano, 1983, p. 325 ss.): basti qui rilevare come uno sguardo ai frammenti provenienti, in particolare, dai commenti giurisprudenziali all'editto confermi nitidamente come disciplina e osservazioni di carattere sostanziale venissero sviluppate nell'esame delle azioni promesse dal pretore a tutela dei contratti nominati.

¹⁰⁴ Intitolato «La tipizzazione della struttura di tutela»: VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 195 ss.

¹⁰⁵ Secondo un percorso ben più articolato e complesso (basti vedere D. MEDICUS, *Id quod interest. Studien zur römischen Recht des Schadenersatzes*, Köln-Graz, 1962, H. HONSELL, *Quod interest im bonae-fidei-indicium. Studien zum römischen Schadenersatzrecht*, München, 1969, e G. VALDITARA, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Milano, 1992, *passim*, in particolare p. 201 ss.) di quanto lasci supporre VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 203, ma anche concluso ben prima di quel «tardo diritto romano» (con cui parrebbe intendersi il regime giuridico tardoantico) a cui si riferisce – con una lettura appiattita sul solo E. BETTI, «*Id quod interest*», in «NNDI.», VIII, Torino, 1962, p. 133 – lo stesso VOLANTE, *loc. ult. cit.* e nt. 15.

¹⁰⁶ Per i quali si configura un '*id quod interest*' da computarsi '*ex natura contractus*', '*ex natura actionis*' e '*iudicis officio*'. Da notare come il richiamo al secondo elemento opererebbe, secondo VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 209, in modo tale che ne risulterebbe una rilevanza di «tutti quegli obblighi che derivano *ex bono et aequo*, e che si impongono alle parti in assenza di una convenzione espressa»: rilievo condivisibile nella sostanza delle visuali medievali (sebbene il passo della *Summa Trecensis* [VII, 31, *de interesse*, n. 8: *Iudicis officio omnia praestantur que in contractu et in actione sunt et que neque in contractu neque in obligatione sunt, ut usurae*] richiamato in proposito mi sembri al riguardo tutt'altro che esplicito), ma che comunque meritava forse precisare considerando l'uso alquanto eterodosso dello strumentario concettuale e terminologico romano, laddove si tenderebbe a collegare alla natura di buona fede l'operatività di un elemento – il '*bonum et aequum*' – che anticamente contraddistingueva, e con una portata sensibilmente diversa, un'altra tipologia di azioni). Si tratta del resto di un motivo che godrà di durevole fortuna, mutato quel che è da mutare, anche nella moderna sovrapposizione di buona fede, equità e rispettivi ambiti di esplicazione processuale, quale da François Connan (*Commentariorum Iuris Civilis libri*, I, Basileae, 1557, p. 73) e Hugues Doneau (*Commentaria ad titulum Digestorum de verborum obligationibus*, ora in *Opera omnia*, XI, Florentiae, 1847 [ed. or. 1589-1596], c. 794) raggiunge Francesco Mantica (*Vaticanae lucubrationes de tacitis et ambiguis conventionibus in libros XXVII dispersitae*, I, Romae, 1631 [ed. or. 1610], p. 64), Johann Althusius (*Dicaeologicae libri tres, totum et universum jus, quo utimur, methodice complectentes*², Francofurti, 1649 [ed. or. Herbonae Nassoviorum, 1617], rist. Aalen, 1967, p. 226), Samuel Pufendorf (*De jure naturae et gentium libri octo*, I, Francofurti-Lipsiae, 1759 [ed. or. 1672], p. 697) e poi Jean Domat (*Les lois civiles dans leur ordre naturel* [ed. or. – anonima –, 1689-1692], I, Paris, 1777, p. 37).

¹⁰⁷ Nel cui ambito l'*id quod interest*' è piuttosto determinato con riguardo alla '*ratio temporis*' e '*ratio loci*': VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 210 s.

sofferto (senza limitazioni *ex ante*) nei casi di contratto incerto, e invece calcolato nel *duplum*, solitamente, nelle altre ipotesi. Quest'ultima previsione non è però senza eccezioni né ulteriori articolazioni, giacché lo stesso Piacentino contempla possibili incidenze di comportamenti dolosi, sino a prevedere, qualora essi si siano verificati nell'esecuzione del contratto¹⁰⁸, che al valore della cosa che la vittima della frode avrebbe il diritto di ottenere si aggiunga il valore («*singulare*») pari al suo interesse allo stesso ottenimento del bene: somma che ben può determinare un risarcimento maggiore del doppio del valore di mercato.

La tripartizione del possibile interesse – «*commune*», «*conventum*» e «*singulare*» – che ne viene desunta fornirà uno spunto importante per l'ulteriore architettura teorica che, con particolare riguardo alla terza figura, sarà messa a punto da Azone. Lo squilibrio che l'interesse «*singulare*» introduce nell'alternativa che si pone all'obbligato¹⁰⁹ induce quest'ultimo a ulteriori approfondimenti, dal momento che non sempre, o senza limiti, tale interesse potrà sommarsi a quello «*commune*»: proprio questo è anzi il profilo su cui si incentra la nuova distinzione – alquanto lontana dai termini in cui si presentava nell'assetto romano¹¹⁰ – fra contratto «certo»¹¹¹ (in cui il cumulo fra i due interessi in esame è ammesso non oltre il doppio dell'interesse «*commune*») e «incerto»¹¹² (in cui tale cumulo non conosce limitazioni). La diversa configurazione dell'alternatività delle prestazioni¹¹³ comporta così un compiuto collegamento della problematica dell'«*id quod interest*» alla struttura contrattuale, facendone anzi «uno strumento per la misurazione della sua struttura degli effetti»¹¹⁴.

Questa impostazione sarà pienamente recepita nelle riflessioni posteriori, come quella della *Glossa Magna* e di Odofredo, ove semmai è ulteriormente valorizzato l'aspetto del regolamento contrattuale rispetto alla problematica dell'«*id quod interest*», o comunque quest'ultimo è analizzato con prevalente attenzione all'interesse «*singulare*»¹¹⁵. E' in tale linea di ricerca che vediamo realizzata nella *Glossa* – anche in virtù di una contestuale lettura di (Iust., 531) C. 7.47.1 e di (Ulp. 22 *ad ed.*) D. 45.1.75 (in materia di certezza o meno della *stipulatio*) – la piena assunzione dell'«*id quod interest*» come «criterio per la qualificazione delle fattispecie»¹¹⁶, sino a un'elisione di significato per l'appartenenza delle stesse fattispecie al novero dei contratti di buona fede o di stretto diritto. La portata di questo percorso interpretativo e la cifra delle innovazioni introdotte nella fase più matura sono approfondite da Volante in riferimento a una specifica vicenda costruttiva – quella avente ad oggetto l'*emptio venditio*, ove affiorano tutte le difformità nelle proposte teoriche di Rogerio, Azone, della *Glossa* e di Odofredo –, ma anche interrogandosi sulla valenza, generale o meno, con cui le implicazioni sistematiche della *certitudo* sarebbero state sviluppate dai glossatori.

¹⁰⁸) E' l'ipotesi cosiddetta «*ex postfacto*», cui si contrappone quella «*ab initio*», in cui il dolo si è verificato anteriormente, ossia prima e durante la conclusione del contratto.

¹⁰⁹) Nell'ipotesi usualmente considerata da questi giuristi, il venditore, dinanzi al quale si profila la scelta fra il trasferire la merce e il risarcire un interesse che può essere calcolato in una somma, nel caso in esame, anche considerevolmente superiore al valore della cosa.

¹¹⁰) Si veda in particolare VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 221.

¹¹¹) Identificato in quello che «ha per oggetto una certa *quantitas* o una cosa individuata specificamente» oppure preveda una «prestazione ... identificata in una traslazione di possesso, anche se la cosa da prestare sia individuata solo nel genere»: così VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 220.

¹¹²) Ossia, essenzialmente, quello che preveda come prestazione un *facere*.

¹¹³) Ulteriormente articolata nella distinzione fra contratti la cui prestazione consista in un *tradere* oppure in un *dare*: VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 222 s.

¹¹⁴) Così VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 222.

¹¹⁵) La cui rilevanza si delinea anzi, nell'apparato della *Glossa*, come «inversamente proporzionale» rispetto al «grado di certezza di una fattispecie contrattuale»: VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 227.

¹¹⁶) Così nel titolo del sottoparagrafo che leggiamo in VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 227 ss. E' appunto con riguardo al criterio in esame, e non guardando a una difforme ontologia strutturale, che matura la tripartizione in fattispecie con prestazione *in dandum*, *in tradendum* e *in faciendum*. VOLANTE, *op. cit.*, p. 232 s., può anzi cogliere l'innovazione di questo apparato rispetto alle prime elaborazioni dei glossatori nella circostanza che questi ultimi invertono il rapporto fra apprezzamento della singola struttura contrattuale e «*id quod interest*», elevando quest'ultimo a «strumento primario per l'individuazione dell'oggetto del contratto attraverso la rappresentazione della sua struttura».

Muovendo dall'interesse di questi ultimi attorno (anche) al titolo digestuale *'si certum petatur'*¹¹⁷, l'autore ripercorre così le indagini riservate alla figura romana della *'condictio'* dai tempi della *Summa Trecensis* sino a Rogerio e Piacentino, per cogliere quindi, rispetto a questi, una sensibile svolta teorica in Azone, per il quale la nozione di *'certum'* assume una maggiore autonomia concettuale, in modo tale che in primo piano risulti – in luogo della astrattezza e sussidiarietà della *condictio* – l'assunzione della *'certitudo'* nella sua «concezione funzionale»¹¹⁸. L'impostazione, che troviamo così abbozzata nello stesso giurista cui si deve la prima compiuta sistematica dei *vestimenta*¹¹⁹, conosce ulteriori sviluppi nella *Glossa* accursiana (e poi in Odofredo), laddove la *'certitudo'* si afferma sempre più come criterio di qualificazione non dell'oggetto ma della struttura del contratto, atteso lo scarso rilievo che assume il grado di certezza in sé dell'oggetto dell'accordo, in quanto sempre passibile di valutazione in equivalente (appunto, nell'*'id quod interest'*), per la cui predeterminazione normativa torna appunto ad operare la nozione di «certezza». Da qui la più organica configurazione che è dato scorgere nell'impianto di Odofredo – assunto, ancora una volta, come punto di arrivo del lavoro dei glossatori –, il quale distingue fra contratto certo (o incerto) e contratto che ha oggetto certo (o incerto), per proporre quindi mutue combinazioni, che non necessariamente vedono coincidere la «certezza» del contratto e della sua prestazione¹²⁰.

La consapevolezza delle non secondarie implicazioni connesse a questi orientamenti conduce Volante a chiedersi, nel capitolo seguente¹²¹, se e come l'analisi delle struttura dei contratti garantita, da un lato, dalla sistematica dei *vestimenta*, e dall'altro dagli approfondimenti della nozione di *'certitudo'*, avesse condotto all'elaborazione di un generale e unitario modello di contratto: un'autentica «tipologia contrattuale unitaria»¹²², che solo le conquiste teoriche determinatesi nelle due prospettive descritte, rendevano ora pensabile. Terreno di riscontro dei vari apporti rilevanti in tal senso è, ancora una volta¹²³, l'analisi dell'*emptio-venditio*, e in particolare dei suoi rapporti con la permuta: già assunte dai primi glossatori quasi come realtà incomunicanti, esse saranno al centro di un diverso approccio – su cui non manca di incidere la differente operatività ormai riservata, come visto, al criterio del *'nomen'* – a partire dall'età di Azone. La circostanza che quest'ultimo individui la peculiarità della permuta, e quindi il suo elemento distintivo rispetto alla compravendita, essenzialmente nel diverso momento in cui se ne determina l'azionabilità (ossia nel suo essere «vestita» *rei interventu*), è espressiva di una nuova possibilità di rappresentazione della fenomenologia contrattuale, quale è appunto garantita dallo strumentario concettuale dei *vestimenta* e dal ruolo definitorio della *certitudo*¹²⁴, e che

¹¹⁷ Così VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 247. In realtà la dizione in esame costituisce il titolo di C. 4.2, mentre per il Digesto immagino che il riferimento sia al titolo *'de rebus creditis si certum petetur et de conditione'* (D. 12.1).

¹¹⁸ Così VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 252 s.

¹¹⁹ Sottolinea questo punto lo stesso VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 253, il quale stima «non un caso» che Azone «rappresenti tanto il punto di massima edificazione del sistema dei *vestimenta*, tanto la definitiva svolta nelle dinamiche di razionalizzazione dell'*'id quod interest'*».

¹²⁰ Potendosi così avere contratto certo avente ad oggetto una *res certa* e un contratto incerto con prestazione incerta, ma anche le due possibili ipotesi intermedie.

¹²¹ Il sesto, intitolato «La comprensione dei tipi contrattuali»: VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 263 ss.

¹²² Così VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 265, sia pure precedendo l'uso dell'espressione con non secondari rilievi (*op. cit.*, p. 264 nt. 1, ove bibliografia) sulla nozione stessa di «tipo contrattuale». Non troppo incisivo è peraltro, a questo proposito, il riferimento (*loc. ult. cit.*) alla trattazione, di carattere decisamente più generale, realizzata da C. BEDUSCHI, *Tipicità e diritto. Contributo allo studio della razionalità giuridica*, Padova, 1992 (Volante cita ancora dalla precedente versione: Bologna, 1984), nella quale solo in parte (alle p. 158 ss.) è affrontata la «tipizzazione» nel campo del diritto, e comunque senza alcun riferimento alla fenomenologia contrattuale. Maggiormente proficua sarebbe stata forse una meditazione, ad esempio, di E. BETTI, *Der Typenzwang bei den römischen Rechtsgeschäften und die sogenannte Typenfreiheit des heutigen Rechts*, in «Festschrift L. Wenger», I, München, 1944, in particolare p. 251 ss. (= ID., *La tipicità dei negozi giuridici romani e la cosiddetta atipicità del diritto odierno*, in «AUMA.», n.s. I, 1966, p. 9 ss.).

¹²³ Si veda *supra*, nt. 98. A maggior ragione nell'indagine di cui stiamo per dare conto, trovo che non avrebbe affatto nuociuto all'autore una puntuale rimediazione del rovello giurisprudenziale cui la materia in esame – lungi dal ridursi, semplicemente, alla necessaria compresenza di *res* e *pretium* – dette luogo nell'esperienza romana.

¹²⁴ Significativamente, VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 270, parla al riguardo dell'emersione di «due linee di ricostruzione della tipicità».

implica una descrizione di certi aspetti di quella fenomenologia come ormai non necessariamente costruita attorno a determinati elementi di una specifica figura contrattuale.

Esemplare risulta così la fisionomia che la differenza tra compravendita e permuta assume nell'indagine di Azone: tipica fattispecie del *'tradere rem'* la prima, del *'dare rem'* la seconda, ed entrambe nell'accezione che alle rispettive nozioni abbiamo visto assumere nella prospettiva dell' *'id quod interest'*. Il confronto tra quelle due fattispecie negoziali induce quindi Volante a soffermarsi, più in generale, su quale fosse la «struttura di tutela» riservata dagli ultimi glossatori ai contratti innominati. Abbandonata ogni centralità già attribuita al criterio del *'nomen'* ed assunto il *vestimentum* del *'rei interventus'* come elemento caratterizzante delle seconde figure, contratti nominati e innominati si rivelano alquanto più vicini, due tipologie ormai «compatibili»¹²⁵. A segnarne la distanza è, come già evidenziato, il diverso momento di azionabilità (rinviato al compimento di una prima prestazione nelle fattispecie innominate), ma anche la duplicità di piani su cui può realizzarsi la tutela di queste ultime, volta o all'ottenimento della controprestazione (mediante *actio praescriptis verbis*) o alla restituzione di quanto corrisposto col compimento della prestazione rimasta senza seguito (e all'uopo soccorrerà una *condictio causa data causa non secuta*)¹²⁶.

Cospicue, in merito al primo *modus procedendi*, le nuove prospettive configurate da Azone, sia riguardo alla portata della protezione da esso garantita¹²⁷, sia a proposito della sua operatività anche in ipotesi (come quella di *'facio ut des'*) in cui gli antichi *prudentes* sembravano escluderne l'impiego¹²⁸. Alquanto interessante – ed espressiva di una tecnica di *interpretatio* intimamente medievale – è in questo secondo senso la rilettura fornita da Azone circa la riconosciuta esperibilità dell'*actio praescriptis verbis* (vanificando quindi il ricorso alla sussidiaria *actio de dolo*)¹²⁹ qualora il *'facere'* di una parte non solo comporti un suo detrimento patrimoniale ma determini anche un vantaggio economico della controparte.

Uno sviluppo fra le varie impostazioni dei glossatori – pur, questa volta, nella più visibile persistenza di comuni motivi – è apprezzabile anche in merito al secondo piano di tutela cui accennavamo, costituito dalla *condictio causa data causa non secuta*. Isolata nella sua fruibilità – secondo una *communis opinio* cui si sottrasse il solo Martino – esclusivamente ai contratti innominati, essa dava adito a ulteriori spunti teorici, quali si traducevano nelle nozioni di *'defectus causae'* e di *'poenitentia'*¹³⁰, ma anche a un'articolata riflessione¹³¹ attorno al concetto di *'causa'*. La dicotomia azoniana che si delinea in proposito – ove a una *'causa finalis'* giuridicamente rilevante¹³² si contrappone una *'causa impulsiva'* sfornita di analoghe conseguenze – parrebbe fornire un'univoca anticipazione della moderna polarità fra «causa» e «motivo». Opponendosi senz'altro a questa lettura¹³³, Volante mira invece,

¹²⁵ Così VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 279. Siamo quindi ormai ben lontani, anche in quest'ambito, dalla persuasione da cui, in generale, muoveva E. BUSSI, *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune*, II. *Contratti, successioni, diritti di famiglia*, Padova, 1939, p. 10 (ma si veda già ID., *La formazione dei dogmi di diritto privato nel diritto comune*, I. *Diritti reali e diritti di obbligazione*, Padova, 1917, p. 242 ss.), ossia che nel diritto comune la categoria dei contratti innominati «tende a immedesimarsi col concetto di patto nudo».

¹²⁶ Da VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 280 e 288 ss., senz'altro configurata quale mezzo processuale volto alla risoluzione, o «tutela risolutoria» *tout court*: vi torneremo *infra*, § 4.

¹²⁷ Così che ad esempio nella fattispecie *'do ut des'* troveremo, in estensione del regime della compravendita, una tutela da evizione (garantita tramite *actio praescriptis verbis*) per la parte che ha ricevuto la *datio*.

¹²⁸ Il riferimento è principalmente a (Paul. 5 *quaest.*) D. 19.5.5.3.

¹²⁹ La cui fruibilità invece, soprattutto nel dettato della *Glossa Magna*, varrà a enucleare «le ipotesi in cui il *pactum* intercorso fra le parti non viene *vestito* dalla prestazione di una di esse, inetta a costituire l'obbligazione altrui»: così VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 286.

¹³⁰ Considerato infatti il contratto innominato come *'debilis'*, ossia perfezionabile col solo adempimento spontaneo di una prima prestazione, la parte che l'ha compiuta potrà invocare, a fronte del rifiuto della controprestazione, il venir meno della *'causa'* e optare quindi per un «recedere» (secondo la terminologia attualizzante di VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 293, che nelle fonti romane troveremmo piuttosto impiegata a proposito del *'contrarius consensus'* operante in fattispecie tipiche), che è invece – come ovvio – precluso alla controparte.

¹³¹ Inevitabilmente collegata proprio all'analisi del *'defectus causae'*.

¹³² La cui insussistenza apre quindi la strada all'esperibilità della *condictio causa data causa non secuta*.

¹³³ Pure fatta propria da studiosi autorevoli, come E. CORTESE, *Il diritto nella storia medievale*, II. *Il basso medio-*

ancora una volta, a segnalare le peculiarità dell'ordito teorico medievale e la distanza rispetto a certe visuali odierne, giacché *'causa finalis'* e *'causa impulsiva'*, lungi dal partecipare di una medesima natura¹³⁴ e dall'essere riferibili a ogni fattispecie contrattuale¹³⁵, si presentano ai glossatori come realtà ontologicamente distinte. Ai loro occhi il concetto di *'causa'* risulta provvido di implicazioni solo in caso di insussistenza¹³⁶, e la stessa nozione di *'defectus causae'* può ravvisarsi esclusivamente in riferimento a fattispecie atipiche: queste sono tuttavia ipotesi in cui l'effetto obbligatorio non si determina solo in virtù della compiuta prestazione di una parte¹³⁷, ma anche in considerazione dell'accordo ad essa sotteso, in modo tale che la *causa* potrà concepirsi come una «relazione fra fatti che sono normativi in virtù dell'accordo che ha presieduto il sorgere del contratto e che li provvede di un significato che altrimenti non avrebbero»¹³⁸.

Relazione che può però configurarsi solo per la *'causa finalis'*, attesa l'assenza di qualsiasi patuizione che coinvolga la *'causa impulsiva'*, come intendimento soggettivo di una parte che ne orienta il comportamento negoziale, ma si presenta estraneo ad ogni rapporto funzionale con la controprestazione. Da qui l'impossibilità di una prospettiva unitaria delle due accezioni medievali di *'causa'*, di cui nessuna si rivela idonea a fungere da astratto termine di valutazione da parte dell'ordinamento¹³⁹, e la cui distanza si lascia agevolmente cogliere nella diversa percepibilità sul piano oggettivo e soggettivo¹⁴⁰. Una difformità ontologica delle due figure di cui Volante offre un riscontro nell'ulteriore distinzione, per come configurata da Azone, fra *causa 'expressa'* e *'tacita'*: eventualità configurabili in riferimento alla sola *'causa finalis'*, nella rilevanza di un elemento oggettivo di cui esclusivamente varia la concreta o potenziale conoscenza.

Ma la distanza che corre fra l'accezione di *causa* fatta propria dai glossatori e quella della moderna esperienza giuridica è approfondita dall'autore anche con riferimento al modo con cui i primi rimediarono la nozione di *'causa stipulationis'*. Di nuovo, è dato qui scorgere una «discrasia tra profilo strutturale e profilo funzionale»¹⁴¹, ma non nel senso di un rinvio della pienezza degli effetti al momento di un *'rei interventus'* (come accade per i contratti innominati), bensì nella possibilità di un loro venir meno in presenza di un *'defectus causae'*, rilevante come vizio soggettivo e quindi tale da far bloccare, tramite *exceptio doli*¹⁴², la pretesa dello *stipulator*¹⁴³. Anche da qui l'impossibilità di indi-

vo, Roma, 1995, p. 189 ss.

¹³⁴) Ossia – come si esprime VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 296 – quella di «epifenomeno della volontà delle parti, distinguendosi per la diversa rilevanza che l'ordinamento attribuisce loro».

¹³⁵) Entrambi requisiti, secondo l'autore (*loc. ult. cit.*), su cui poggerebbe la moderna concezione di causa e motivo. Quanto affermato non implica ovviamente che l'elemento della *causa* fosse ravvisabile, agli occhi dei glossatori, in riferimento ai soli contratti innominati: vedremo fra breve la configurazione – pur tutt'altro che invariata – che esso avrebbe assunto, secondo Volante, in casi di contratti tipici *in iuris civilis*, come la *stipulatio*.

¹³⁶) Come scrive VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 297 – ancora enfatizzando, implicitamente, la differenza rispetto alle visuali odierne –, «la *causa* rileva così solo nella sua assenza, come difetto, non come elemento costitutivo del contratto».

¹³⁷) Se così fosse – rileva giustamente VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 297 – la realtà che ne conseguirebbe assumerebbe le forme di un arricchimento senza causa (ove l'obbligo di restituzione di una parte scaturirebbe dall'atto unilaterale dell'altra) piuttosto che di un regolamento negoziale.

¹³⁸) Così ancora VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 297.

¹³⁹) Come è invece, modernamente, appunto col concetto di causa, contrapposto ai motivi, potenzialmente infiniti ma sempre irrilevanti (*rectius*, quasi sempre: pensiamo al disposto degli art. 624, 626, 787, 788, 1345, 1418 dell'attuale codice civile).

¹⁴⁰) Laddove solo la *'causa finalis'* si lascia apprezzare su entrambi i versanti (come aspettativa di un altrui comportamento che la parte confida, alla stregua del preventivo accordo, di ottenere con la propria prestazione, e come idoneità di questa ad essere elemento produttivo dell'obbligazione dell'altro contraente), mentre la valutazione della *'causa impulsiva'* si esaurisce al profilo soggettivo, come fascio di possibili finalità perseguite da una parte, ma senza alcun legame funzionale con la prestazione da lei posta in essere.

¹⁴¹) Così, servendosi di una polarità concettuale che attraversa gran parte del libro, VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 310.

¹⁴²) Secondo quindi una diversa configurazione del nesso fra presenza o assenza della *causa* e strumenti processuali per la tutela della parte vittima di raggiri o macchinazioni, giacché l'*actio de dolo* risultava esperibile, come rilevato, nel caso di contratti innominati in cui il *vestimentum* del *rei interventus* consistesse nel compimento di una pre-

viduare nella nozione di 'causa', per come meditata nella più matura età della glossa, il «fattore di individuazione del nucleo di tipicità del contratto»¹⁴⁴: piuttosto, essa assumerà un autentico significato autonomo nel solo ambito dei contratti innominati, per ritrarsi da ogni spazio di definizione nelle ipotesi di contratti nominati conclusi *re* o *consensu*, e conservarne invece uno – sia pure diverso e più circoscritto – per i contratti conclusi *verbis* o *litteris*. Articolata in questa triplice possibile portata, la 'causa' rivela la propria inidoneità a fungere da termine attorno a cui far ruotare la riconduzione di singole figure a una specifica tipologia contrattuale. Pertanto, a guidare l'opera di tipizzazione dei glossatori rimangono essenzialmente, sia pure nei loro estremi sviluppi, i criteri dei *vestimenta* e della *certitudo*¹⁴⁵, come di nuovo conferma il caso dell'*emptio venditio*, quale modello sviluppato su un'interdipendenza di obbligazione in *dare* e obbligazione in *tradere*. Modello rispetto a cui risulterà esorbitante¹⁴⁶ ogni ipotesi di reciprocità di obbligazioni in *dare*, per la quale – lungi da un riconoscimento dell'efficacia obbligatoria del consenso che vada al di là della relativa fattispecie tipica¹⁴⁷ – si configurerà quindi una valutazione come contratto innominato e una tutela¹⁴⁸ tramite *actio praescriptis verbis*.

Indicazioni non difformi Volante ricava anche dall'esame di altre problematiche contrattuali, attinenti a figure ancora bilaterali quali la *locatio* (per il caso in cui il pagamento del canone sia sostituito da una prestazione in *facere*), ma anche unilaterali come il mutuo (in riferimento all'eventualità in cui venga meno l'elemento della consumabilità del bene mutuato – e quindi l'idoneità della consegna operata dal mutuante a trasferire la proprietà –, oppure la sua identità di *genus* rispetto al bene restituendo¹⁴⁹). Ne viene confermata la caratterizzazione dei contratti nominati, rispetto a quelli innominati, non in virtù di un maggior grado di 'certitudo', ma in considerazione della presenza di una struttura obbligatoria che contempla in un assetto determinato prestazioni certe o incerte. Struttura ed assetto che, per esempio, in un'ipotesi come quella del deposito «irregolare»¹⁵⁰ non risultano così radicalmente alterati rispetto alla versione «regolare» – determinandosi qui un trasferimento di proprietà in capo al depositario estraneo a quest'ultima, ma permanendo la mancanza di un'effettiva traslazione di utilità allo stesso depositario – da determinarne la riconduzione ad altro contratto tipico (come il mutuo) o a uno innominato.

L'articolata ricognizione sugli sviluppi a cui gli ultimi glossatori spinsero le implicazioni di *vestimenta* e *certitudo*¹⁵¹ si completa – in segno di un'interna cesura dell'indagine¹⁵², ma offrendo spunti che non sono invero di mera ricapitolazione – con un paragrafo di «conclusioni»¹⁵³. La problemati-

stazione di *facere*.

¹⁴³ Questa, e non la radicale nullità, risultando la sanzione espressamente prevista dalla *Glossa* per l'insussistenza di 'expressio causae'.

¹⁴⁴ L'espressione è di VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 313.

¹⁴⁵ L'uno e l'altro, sia pure in inevitabile rimediazione di materiali normativi antichi, costituenti espressioni teoriche peculiarmente medievali.

¹⁴⁶ E quindi bisognoso di un ulteriore elemento, quale il '*rei interventus*', a cui collegare il sorgere delle obbligazioni e la piena azionabilità dell'accordo.

¹⁴⁷ Sul punto, espressamente, VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 318. Sul significato storiografico di questa estraneità dei glossatori – nonostante autorevoli letture «anticipazioniste» rispetto a orientamenti moderni – da ogni generalizzato riconoscimento giuridico del consenso, *supra*, nel testo e nt. 37.

¹⁴⁸ Qualora, ovviamente, intervenga l'ulteriore momento di qualificazione costituito dal compimento di una prestazione.

¹⁴⁹ Identità senza la quale non potrà configurarsi una *restitutio*, ma semmai una *traditio* o una *datio*, contrattualmente inscrivibile in una fattispecie bilaterale.

¹⁵⁰ Alla cui elaborazione in età medievale è in gran parte dedicato (nonostante un titolo che – come rilevava GROSSI, *Sulla 'natura' del contratto*, cit., p. 600 s. – parrebbe precludere alla disamina di una più ampia gamma di figure) lo studio di U. SANTARELLI, *La categoria dei contratti irregolari. Lezioni di storia del diritto*, Torino, 1984, in particolare p. 67 ss.

¹⁵¹ Come termini di razionalizzazione del profilo, rispettivamente, strutturale e funzionale, secondo una polarità concettuale assai ricorrente, come già rilevato, nelle pagine di Volante.

¹⁵² Sia pure formulata in termini tutt'altro che assoluti, attesi i molti motivi di continuità che, come vedremo (*infra*, § 3), l'autore ravvisa fra le elaborazioni dei glossatori e degli ultramontani.

¹⁵³ VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 332 ss.

ca cui abbiamo accennato poco sopra – relativa alla misura in cui deve verificarsi un mutamento dell’assetto contrattuale perché sia integrata una figura tipica diversa, o addirittura una innominata – è qui sottoposta a ulteriore analisi, con particolare riferimento alle distinzioni che, rielaborando vecchi spunti di Rogerio, vengono formulate tra *pacta adiecta* tali da incidere sulla ‘*substantia*’ oppure sulla ‘*natura*’ del contratto. L’impostazione originaria, secondo cui il patto incidente sulla *substantia contractus* si presume – salva diversa dichiarazione delle parti – come costitutivo di un nuovo negozio, appariva capovolta¹⁵⁴ in Alberico di Porta Ravennate e in Giovanni Bassiano, ma sempre all’insegna di una verifica presuntiva della volontà dei contraenti.

Una svolta è riscontrabile, ancora una volta, con Azone, e con la sua proposta di rileggere la problematica dei *pacta de substantia* in connessione con la distinzione fra patti *in continenti* ed *ex intervallo*, in modo tale che i primi saranno valutati come parte integrante del contratto principale (di cui pure vanno a modificare la *substantia*)¹⁵⁵, mentre i secondi opereranno nei confronti dello stesso con effetto novativo. Ma fondamentale è in questa prospettiva anche l’assunzione della ‘*substantia (contractus)*’ come nozione decisamente distinta rispetto a quella di ‘*natura*’: polarità che trovava radici profonde nel tessuto culturale del tempo, sino ad attingere a concettualizzazioni teologiche¹⁵⁶, ma che l’autore preferisce indagare soprattutto per la specifica portata assunta nell’impianto di Azone, laddove proprio gli schemi concettuali offerti da (*vestimenta* e soprattutto) *certitudo* consentono di ricondurre la *substantia* e i relativi patti al contenuto dispositivo tipico del contratto¹⁵⁷ e alla relativa modifica, e la ‘*natura*’ alla disciplina che – anch’essa senza alcuna necessità di previsione da parte dei contraenti - «consegue dall’iscrizione del regolamento in un tipo determinato»¹⁵⁸.

3. Chiusa l’indagine attorno ai glossatori con l’analisi di queste relazioni tra i fondamentali schemi costruttivi da essi approntati e queste due nozioni – *substantia* e *natura* – situate nel cuore della realtà contrattuale, Volante passa ad esporre¹⁵⁹ la fortuna che queste soluzioni godettero presso quella corrente giurisprudenziale (almeno inizialmente) sviluppatasi oltralpe, e la cifra teorica che ne caratterizzò la riflessione. Pur rifuggendo quasi sempre, anche stavolta, da generiche enunciazioni, o anche solo da un’articolata contestualizzazione di certi specifici orientamenti degli ultramontani con altre posizioni da questi assunte nei confronti dei glossatori¹⁶⁰, l’autore accenna più volte al senso

¹⁵⁴ A conferma dell’interesse e delle controversie suscitate da questa materia.

¹⁵⁵ Non diverso, invero, il regime anche dei patti relativi alla ‘*natura*’ del contratto, se a questo apposti *in continenti* (nel qual caso essi potranno però essere tutelati anche in via autonoma, col ricorso all’*actio praescriptis verbis*). Assai difforme, invece, la loro disciplina qualora *adiecta ex intervallo*, essendo in quel caso tutelabili solo previa *exceptio*: VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 338 s.

¹⁵⁶ Si veda GROSSI, *Sulla ‘natura’ del contratto*, cit., p. 607 ss., in particolare p. 614 ss., che invero stupisce non vedere citato da VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 333 ss.

¹⁵⁷ Così, per l’*emptio-venditio*, l’interdipendenza di dazione di prezzo e *traditio* di merce, o prestazione equivalente nell’*‘id quod interest’*.

¹⁵⁸ La terminologia è di VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 338; parla dei ‘*substantialia*’ come del «nucleo più riposto» della fattispecie contrattuale GROSSI, *Sulla ‘natura’ del contratto*, cit., p. 607. Ancora efficace, a mio avviso, la distinzione fra ‘*substantia*’ e ‘*substantialia*’ da una parte (intesi, rispettivamente, come ‘*principalis ipsius essentia, qua remota contractus nullius est momenti*’, e come ‘*ea ... sine quibus contractus non potest in esse deduci*’) e ‘*natura contractus*’ dall’altra (come ‘*virtus producta a propria eius species*’) offerta in un passaggio delle *Vaticanae lucubrationes* del Mantica su cui si è soffermato SANTARELLI, *La categoria dei contratti irregolari*, cit., p. 178 s. Sulla portata che la nozione di ‘*natura contractus*’ assunse nell’esperienza romana (e bizantina), cfr. G. ROTONDI, *Natura contractus*, in «BIDR.», XXIV, 1912, ora in *Scritti giuridici*, II. *Studi sul diritto romano delle obbligazioni*, Milano, 1922, p. 159 ss., ma anche R. FIORI, *La definizione della ‘locatio conductio’*. *Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 1999, p. 315 ss., ove ulteriore bibliografia.

¹⁵⁹ A cominciare dal capitolo VII, intitolato (VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., 341 ss.) «la crisi di un sistema fragile e durevole». Immagine, quest’ultima, che oltre a confermare la già rilevata insistenza sul profilo «sistemático» (vi torneremo *infra*, § 4), potrebbe forse riecheggiare, alle orecchie del romanista (ma ovviamente senza alcuna immediata implicazione storiografica), il quasi-ossimoro che Bretone (*Storia del diritto romano*, cit., 186 ss.) impiega a proposito dell’editto pretorio – «un testo fragile e persistente» –, ma in riferimento a un difetto di consistenza che è determinato dal repentino decadere nel tempo e non, come qui, dal faticoso, precario contemperamento che vi ottengono esigenze teoriche difformi.

¹⁶⁰ In generale, si parla comunque della contrapposizione fra glossatori e ultramontani come di «una cifra in-

relativo in cui la loro critica deve essere intesa. La cesura che con Jacques de Révigny e i suoi discepoli venne a delinarsi rispetto ai maestri della Glossa è così evidenziata e approfondita in tutta la specificità della nostra tematica, ma senza oscurare i molti motivi comuni rispetto al lavoro dei predecessori, le persistenze concettuali e anche le difformità di soluzioni che tuttavia rivelano, in più casi, una contiguità nella prospettazione dei problemi.

Nessuna sorpresa, quindi, che a stagiarsi nuovamente in tutta la sua irrisolta problematicità sia anzitutto la nozione – già ontologicamente centrale, ma pressoché ineffabile – di *'nudum pactum'*. Una figura di cui Révigny contesta senz'altro l' idoneità a porsi come base dell'intera costruzione, attesa la difficoltà di isolarne la struttura anche facendo riferimento ai casi di mancanza di *traditio rei*¹⁶¹: si tratta tuttavia, come rileva Volante¹⁶², di una «operazione endosistemica», che si pone cioè all'interno dell'architettura concettuale realizzata dai glossatori, e solo mira a evidenziarne discrepanze e contraddizioni. Né toni diversi assume la critica che Pierre de Belleperche avanza rispetto al tentativo di Martino di isolare una nozione di nudo patto con riferimento a quelle ipotesi in cui l'accordo è privo di un *vestimentum* valido¹⁶³, secondo un'identificazione fra inidoneità a produrre azione e vizi del contratto che gli ultramontani non mancano di porre in crisi. Simili difficoltà, come evidente, ruotano attorno a un problema di fondo¹⁶⁴, mai direttamente ed esplicitamente aggredito dai giuristi anteriori, ossia il ruolo del mero consenso nell'insieme di quest'impianto teorico: profilo cui viceversa si volge – valorizzando espressamente l'integrità del principio originariamente sottesa alla costruzione dei glossatori – il Révigny laddove parlerà¹⁶⁵ del patto come ciò *'quod solo consensu paciscentium nititur et in nullo alio iuris adminiculo sustentatur'*.

Il vero problema – piuttosto empirico, ma prodigo, come ovvio, di consistenti implicazioni teoriche – è quello di rinvenire concrete ipotesi in cui si identifichi questa figura di nudo patto¹⁶⁶. La ricognizione, compiuta prima da Odofredo¹⁶⁷ e poi da Révigny, circa le possibili figure in cui esso fosse riscontrabile (promessa compiuta *in absentia* come patto privo di *iuris sollemnitatis*, contratti innominati, accordo teso alla promessa di una dazione previo scambio non di congrua *verba*, ma di *signa* convenuti), non sortiscono sostanzialmente alcun effetto. La ricerca del patto nudo, non risolvibile se posta in termini strutturali, era tuttavia destinata ad acquisire nuova luce nella prospettiva funzionale a cui in genere si informa l'approccio degli ultramontani. E' così ad esempio che vediamo sviluppata dal Belleperche l'ipotesi della *stipulatio* irrituale (valutata alla stregua o di nudo patto o addirittura di fatto privo di rilevanza giuridica)¹⁶⁸; ma è così, più in generale, che può anche delinarsi una tripartizione delle dichiarazioni negoziali che prenderà il luogo della bipartizione affermata in nell'età della glossa, e alla cui stregua si avranno dichiarazioni sostanzialmente inesistenti¹⁶⁹ (ad-

interpretativa usuale, la cui nettezza non appare tuttavia scevra di forzature): così VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 342. Pur sempre all'interno di una ricerca dedicata essenzialmente a ricostruire le vicende di un istituto giuridico, offre spunti più approfonditi sulla portata della contrapposizione fra ultramontani e glossatori, ROSSI, *«Duplex est usus fructus»*, cit., I, p. 201 ss., ove ulteriore bibliografia.

¹⁶¹) Prospettiva che condurrebbe all'assurdo di dover valutare alla stregua di patto nudo ipotesi come quella della *stipulatio*.

¹⁶²) *Il sistema contrattuale*, cit., p. 343.

¹⁶³) In modo tale che il *pactum* sia *'inefficax ad agendum'*.

¹⁶⁴) Vi accenna in modo piuttosto cursorio lo stesso VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 344.

¹⁶⁵) In *Lectura Codicis, C. de pactis*, rist. Bologna, 1967, f. 55 r.

¹⁶⁶) Stupisce che nel dar conto di queste ricerche di una concreta figura in cui si incarni il patto nudo, VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 347 ss., non accenni mai a un'ipotesi – quella del *pactum de non petendo* – che sin dall'assetto romano risultava paradigmatica di un accordo solo produttivo di eccezioni, e a cui del resto l'autore riserva altrove un'ampia disamina, assumendola a tematica su cui misurare il diverso approccio di glossatori e ultramontani al problema della *obligatio naturalis et civilis* (si veda, rispettivamente, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 150 ss., 412 ss.).

¹⁶⁷) Considerato anche in questo da VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 358, come «il punto di massimo sviluppo possibile del sistema dei glossatori».

¹⁶⁸) A seconda che l'accordo posto in essere *'peccat in materia'* o *'in forma'* (e in questo caso, a sua volta, si avrà inesistenza del negozio ove le parti volessero effettivamente concludere una *stipulatio*, e invece solo caducazione del *vestimentum*, e quindi enucleazione di un *nudum pactum*, qualora esse intendessero scambiarsi una promessa non formale).

¹⁶⁹) Tali da svelare la reale inesistenza di un consenso giuridicamente apprezzabile.

dove neppure si integrerà una figura pattizia), oppure tali da non costituire un *vestimentum* (col che si avrà un patto nudo), o invece traducibili proprio nei termini di un *vestimentum*, col conseguente protrarsi della piena protezione processuale.

A simili impostazioni – che già si rivelano ben diversamente eversive rispetto alla sistematica precedente di quanto lo fossero le perplessità di un Odofredo – si accompagna un'articolata contestazione dello stesso apparato dei *vestimenta*, secondo una critica¹⁷⁰ che insiste sulla scarsa congruenza tra le varie figure, il carattere superfetatorio del loro sempre più ampio riconoscimento¹⁷¹ e la stessa impossibilità di configurare in termini di patti forniti appunto di *vestimentum*¹⁷² tutti i contratti del *ius civile* e quelli – tipici – del *ius gentium*¹⁷³. Da qui la prospettazione, da parte degli ultramontani, di una soluzione alquanto radicale¹⁷⁴, quale né dal Baldovini né dall'Odofredo era stata minimamente affacciata, ossia il riconoscimento del '*rei interventus*' come unico reale '*vestimentum*', e quindi l'individuazione di una sola categoria di autentici «patti vestiti», comprensiva esclusivamente dei contratti innominati. Sottesa a questa rilevante svolta teorica è ancora proprio il mutamento di approccio – da strutturale a funzionale – che abbiamo posto in evidenza, e alla cui stregua l'unitarietà dei momenti di qualificazione, già accomunati dalla medesima efficacia dell'azionabilità, si disarticola in un rapporto tra *vestimenta* e consenso che non sempre si esprime negli stessi termini, e necessita quindi di un'indagine più puntuale. Indagine con cui può fra l'altro darsi conto della paradossale situazione dei patti vestiti '*consensu*': ipotesi in cui i glossatori individuavano un nucleo di consenso (il patto nudo) che dallo stesso consenso veniva ancora qualificato e reso azionabile. La risposta del Révigny è piuttosto nel cercare il '*vestimentum*' di queste ipotesi nella volontà del legislatore – intesa ovviamente non come norma superiore con cui si instauri una modernissima relazione potestativa¹⁷⁵, ma come valutazione compiuta rispetto a una determinata funzione, distinta dalle altre e munita di una specifica struttura.

Lungi dal costituire un'inerte riproposizione dell'*auxilium legis* invocato dai glossatori, ma anche dall'introdurre opzioni di stampo giuspositivistico, l'approccio del Révigny mira così a fronteggiare le contraddizioni dell'impianto ormai tradizionale. Queste emergevano, oltre che col problema dei patti vestiti '*consensu*', con quello dei *pacta nudi* e tuttavia produttivi di azione: per questi ultimi – in riferimento ai quali la *Glossa Magna*, muovendosi sempre in una dimensione esclusivamente strutturale, richiama il *vestimentum* dell'*auxilium legis* – il maestro ultramontano muta senz'altro impostazione. Non più una sistematica integralmente costruita sulla relazione strutturale col momento di qualificazione rappresentato dal *vestimentum*, ma una prospettiva funzionale e (perciò) una centralità attribuita alla nozione di '*species contractus*'¹⁷⁶, cui si collega la possibilità, tutt'altro che scandalosa od eversiva, che il riconoscimento della fattispecie da parte dell'ordinamento si traduca non nella sua collocazione in una '*species contractus*', ma esclusivamente nella previsione, caso per caso, della sua azionabilità.

Questo concetto di '*species contractus*' si rivelerà, sino a Cino da Pistoia, strumento teorico assolutamente primario, offrendo una sintesi di quelle valutazioni già articolate dai glossatori sulla dupli-

¹⁷⁰ Che lo stesso VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 359 – di solito tanto restio (*infra*, § 4) a contestualizzare le soluzioni tecniche nelle più ampie istanze culturali del tempo – pone sullo sfondo dell'approccio nominalista.

¹⁷¹ Così nel rilievo che già il Baldovini muoveva ad Azone in merito ai patti vestiti *consensu*, *re*, *verbis* o *litteris*, che poco senso avrebbe – secondo il primo – già qualificare «vestiti», giacché «nudi» non furono mai (essendosi infatti contestualmente configurato e il consenso e il riversamento della sua dichiarazione entro determinate forme).

¹⁷² Per le stesse ragioni accennate alla nt. precedente.

¹⁷³ Nel senso, per entrambe queste tipologie contrattuali, che abbiamo visto già precedentemente definirsi: cfr. *supra*, § 2.

¹⁷⁴ Sul cui significato e posteriore fortuna torneremo fra breve.

¹⁷⁵ Pienamente condivisibile in tal senso la premura di VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 369 s. e nt. 44 (ma anche 385 s.), di evitare ogni attribuzione al Révigny di «un positivismo giuridico *ante litteram*».

¹⁷⁶ In quanto «solo quei regolamenti di interessi le cui funzioni sono giudicate meritevoli dall'ordinamento ed elevate a *species contractus* sono effettivamente *vestiti*»: così VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 375.

ce dimensione dei *vestimenta* e della polarità tra figure del *ius gentium* e del *ius civile*¹⁷⁷. L'architettura realizzata dai *doctores antiqui* non è pienamente sovvertita, ma al profilo strutturale che si identifica nei *vestimenta* si affiancherà, in una dialettica quantomai viva, quest'indice funzionale costituito dalla '*species contractus*': ne sortiscono configurazioni affatto inedite anche per i rapporti tra nozioni già presenti nel panorama teorico dei glossatori. Così è, nell'elaborazione del Révigny, per i riferimenti al *ius civile* e al *ius gentium*¹⁷⁸, che mantengono la loro operatività, ma per assumere il massimo rilievo laddove proprio all'ambito delle sole figure collocabili sul secondo piano normativo viene ricondotta la diarchia tra fattispecie *nominatae* e *innominatae*. Riconduzione che a sua volta non costituisce una novità, ma che pure assume una portata inedita in considerazione della peculiare valenza, assai lontana da quella sottesa all'uso dei glossatori, che alla nozione di '*nomen*' attribuisce Révigny. In effetti l'uso di questo termine – traccia evidente di persistenze verbali che si accompagnano a rilevanti fratture concettuali – interviene ora a designare¹⁷⁹ la pienezza dell'efficacia di un accordo, il riconoscimento che l'ordine giuridico ne ha compiuto in considerazione del suo elemento funzionale¹⁸⁰. Questa nuova portata del '*nomen* (e della *species*) *contractus*' non elide, come accennato, la dicotomia tra fattispecie del *ius civile* e del *ius gentium*¹⁸¹, ma semmai ne disegna diversamente l'impatto sistematico, ritagliando un ruolo particolare da attribuire alla *lex* nella qualificazione delle ipotesi collocabili sul piano normativo e nella differenziazione di quelle riferibili all'altra sfera.

L'esito ultimo che ne scaturisce rappresenta il risultato più incisivo e duraturo dell'analisi del Révigny, ossia, come accennato, il riconoscimento della natura di *vestimentum* al solo '*rei interventus*'¹⁸²: lungi dal costituire una negazione, da parte del *doctor ultramontanus*, di un momento di qualificazione proprio delle figure *nominatae*, questa *reductio* poggia su una scissione dei «modelli di azionabilità» sino ad allora percepiti come riconducibili a una sola categoria. Da un lato vengono così a porsi le fattispecie tipiche, la cui efficacia può essere considerata intrinseca¹⁸³, e dall'altra le ipotesi la cui efficacia si afferma invece come estrinseca, in considerazione di un atto esterno (il '*rei interventus*', appunto) che ne individua la funzione. In questa prospettiva, del patto nudo – di cui de Révigny non afferma l'inesistenza, ma piuttosto il fatto che '*nec reperitur in lege*'¹⁸⁴ – diviene possibile offrire un concetto unitario, quale accordo sornito di una funzione che l'ordinamento tuteli.

Di nessun significato giuridico si rivela invece quel particolare momento di qualificazione costituito dalla '*cobaerentia contractus*': quale schema, innovativamente introdotto da Azone¹⁸⁵, di carat-

¹⁷⁷ Dal che peraltro scaturiva l'incongruenza di situazioni come quella della *stipulatio* – contratto *iuris civilis* –, il cui vincolo viene sciolto dall'*acceptilatio*, figura ricondotta al *ius gentium*.

¹⁷⁸ *Rectius*, alla riconducibilità di determinati accordi all'una sfera normativa piuttosto che all'altra.

¹⁷⁹ Secondo un significato che peraltro Volante tende dapprima ad assumere come equivalente, almeno in Révigny, a quello di '*species contractus*', e più tardi distingue invece da questo in modo relativamente netto (e sostanzialmente più persuasivo), parlando della '*species*' come indicativa di tutte le fattispecie azionabili, identificabili in contratti sia del *ius civile* che del *ius gentium*, e del '*nomen*' come invece operante solo su questo secondo piano, come elemento distintivo degli accordi produttivi di azione sin dalla loro conclusione rispetto a quelli che necessitano, allo stesso scopo, di un '*rei interventus*': si veda, rispettivamente, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 390 e 400 s.

¹⁸⁰ In modo tale che VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 389, può concludere nel senso che per Révigny «una ipotesi contrattuale ... non è *nominata* nel vero senso del termine se l'ordinamento non l'ha tutelata specificamente riconoscendone le peculiarità funzionali».

¹⁸¹ Come ovviamente non cancella, ma semmai colora diversamente, anche la diarchia tra ipotesi *nominatae* e *innominatae*.

¹⁸² Il che costituisce evidentemente una tappa ulteriore e ben più radicale rispetto alla *reductio* già affacciata col Baldovini, secondo il quale il medesimo carattere sarebbe attribuibile alla '*cobaerentia contractus*', anch'essa ipotesi in cui il patto non era di per sé nato «vestito» (come negli altri casi tradizionalmente richiamati: *supra*, nt. 171), ma aveva ottenuto il suo elemento di qualificazione successivamente alla formazione del consenso. Sulla *reductio* degli ultramontani, di recente, anche BIROCCHI, *Tra tradizione e nuova prassi giurisprudenziale*, cit., p. 258 s.

¹⁸³ In quanto «nascono secondo una struttura che definisce immediatamente la funzione»: così, limpidamente, VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 395.

¹⁸⁴ Così in *Lectura Codicis, C. de pactis*, cit., f. 56 r., che opportunamente VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 394, intende nel senso che «dal punto di vista della *lex* il patto nudo è solo quello cui difetta il momento dell'inizio dell'esecuzione, poiché tutte le altre ipotesi ... sono comunque provviste di una qualificazione».

¹⁸⁵ *Supra*, § 2.

tere senz'altro strutturale, esso viene ora vanificato dalla diversa spiegazione fornita per le due modalità di protezione (*informatio actionis*¹⁸⁶ e *actio praescriptis verbis*) riservate al *pactum adiectum in continenti*. Di queste la prima viene configurata come mera eccezione alla 'regula' che sancisce la non azionabilità dei patti¹⁸⁷, mentre a proposito della seconda viene superata la diversa configurazione che i glossatori ne delineavano a seconda che si trattasse di azioni a tutela di contratti innominati (ossia patti vestiti '*rei interventu*') o appunto di *pacta adiecta*. Ricondotta l'*actio praescriptis verbis* a mezzo di tutela per fattispecie di cui il patto aggiunto è solo un elemento¹⁸⁸, essa risulterà fruibile esclusivamente nei casi in cui «il secondo accordo è in grado di porsi con il primo in una relazione tale da costituire un contratto innominato»¹⁸⁹ – il che equivale, evidentemente, ad assorbire anche l'ultimo *vestmentum* azoniano nell'unico elemento di qualificazione (il '*rei interventus*') riconosciuto da Révigny.

Un'adesione all'orientamento di quest'ultimo è senz'altro individuata da Volante tanto in Pierre de Belleperche che in Cino da Pistoia, nei quali è anzi dato scorgere un ulteriore e più radicale sviluppo. Così è, rispetto alla costruzione cui dava vita il primo *doctor ultramontanus*¹⁹⁰, per la semplificazione introdotta dal Belleperche con l'ulteriore valorizzazione del profilo funzionale, cui si collega la sostanziale identificazione di '*species*' e '*nomen contractus*', e quindi la conclusione secondo cui gli accordi muniti di '*nomen*' producono azione mentre quelli che ne sono privi o sono configurabili come nudi patti oppure sono anch'essi azionabili qualora vi ricorra il '*rei interventus*'. Si misura qui – in un impianto che ormai rinuncia ai tratti concettuali propri dei glossatori, o comunque li rilegge sotto la pressione di una forte *reductio* – la distanza fra la prima e la seconda generazione di giuristi ultramontani. Quanto era per Révigny innovazione situabile esclusivamente sul piano funzionale (l'essere cioè il '*rei interventus*' il solo possibile *vestmentum*), è per Belleperche un dato da assumere in senso assoluto, quasi a presagire quella decisa ed esaustiva alternativa, come fattori cui si collega l'azionabilità, fra *nomen* e *causa*, che si realizzerà propriamente, secondo Volante, solo con Cino da Pistoia¹⁹¹.

Quest'accenno a una stratigrafia di orientamenti interni alla corrente ultramontana trova un riscontro assai più articolato nell'ultimo capitolo del libro¹⁹². Ad aprirne la densissima trama – che solo nel finale riserva alcune pagine di sintesi¹⁹³, dedicate peraltro solo ai maestri di oltralpe e a Cino da Pistoia – è una duplice domanda, l'una relativa alla sussistenza o meno di un sistema alternativo proposto da Révigny e dai suoi eredi rispetto al modello dei glossatori, e l'altra al carattere dell'innovazione – sostanziale oppure solo formale – introdotta dalla *reductio ad unum* del Belleperche nei confronti dell'orientamento del maestro. La risposta è offerta, sia pure spesso in modo implicito, ripercorrendo l'analisi degli ultramontani attorno alla configurazione del rapporto obbligatorio sorgente dal contratto, e delle sue variazioni morfologiche a seconda di come ne venga ricostruita la struttura genetica. Come nel caso dei glossatori¹⁹⁴, il luogo di riscontro privilegiato da Volante è co-

¹⁸⁶) Ossia adeguamento dell'azione relativa al contratto cui inerisce il patto (e in modo tale da tener conto proprio delle peculiarità di quest'ultimo), onde tutelare entrambi gli accordi.

¹⁸⁷) Così si esprimerà, ma in riproposizione di opzioni già sottese all'orientamento di Révigny, ancora Cino da Pistoia (*Summa Codicis, C. de pactis*, cit., f. 51 r.).

¹⁸⁸) Laddove invece l'*actio praescriptis verbis* a cui guardavano i glossatori era – secondo VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 398 – azione che nasce «da una fattispecie diversa, identificata nella relazione strutturale tra i due *pacta*, principale e accessorio».

¹⁸⁹) In questi termini VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 399.

¹⁹⁰) Ove abbiamo visto (cfr. *supra*, nel testo e nt. 179) variamente interagire i criteri di '*species*' e '*nomen contractus*', nonché la nozione di contratto di *ius civile* o di *ius gentium*.

¹⁹¹) Secondo il nostro Autore, infatti, anche laddove quest'ultimo riferisce l'opinione in esame attribuendola al suo maestro, si tratterebbe di una formulazione propria solo dell'allievo: si veda VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 405. Siamo insomma, anche in questo caso, ben lontani da certe opzioni storiografiche, intorbidite da rivendicazioni nazionalistiche, che facevano del giurista toscano un mero *nuncius* delle dottrine d'oltralpe: sul punto, di recente, ROSSI, «*Duplex est ususfructus*», cit., I, p. 249 s. e nt. 5, ove bibliografia.

¹⁹²) Dedicato a «la concezione organica del contratto» e sviluppato in circa novanta pagine: VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 407 ss.

¹⁹³) In particolare, nel § 4, intitolato «Per una sintesi delle dottrine ultramontane. Patti accessori e novazione del contratto», e a sua volta ripartita in tre sottoparagrafi: VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 470 ss.

¹⁹⁴) *Supra*, § 2, in riferimento soprattutto a VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 150 ss.

stituito dall'analisi del *pactum de non petendo* (e *de repetendo*), e del modo con cui esso interviene rispetto all'obbligazione originaria.

Abbiamo già verificato come le riflessioni dei *doctores antiqui* (e in particolare di Azone e Odo-fredo) su questo tema ne svelino la percezione del vincolo obbligatorio come figura unitaria, non espressivo di una somma di *vinculum naturale* e *vinculum civile*. La sintesi di questi due «dati» dell'obbligazione contrattuale¹⁹⁵ è rinvenibile anche in Révigny, ma ovviamente nella prospettiva funzionale che, come più volte rilevato, contraddistingue tutta la sua rimediazione della materia pattizia. Il dato è approfondito da Volante – già lo si è detto – con riferimento all'indagine, quantomai analitica, dell'operatività del *pactum de non petendo*: Révigny accetta che i suoi effetti si esercitino sul lato *naturale* della pregressa obbligazione, e prende anzi le distanze da Azone¹⁹⁶ nel contestare che tali effetti si possano direttamente esercitare anche sul lato *civile*, trattandosi piuttosto di conseguenze mediate¹⁹⁷, da farsi valere in via di *exceptio*. La concezione funzionale più volte richiamata si traduce qui in un mutamento di prospettiva – da sostanziale a processuale – rispetto alle dottrine dei glossatori e all'operatività che in esse veniva riconosciuta al *pactum de non petendo*, ma anche nella intangibilità, da parte di quest'ultimo, di quella *obligatio civilis* che scaturisce da un accordo munito di azione proprio perché teso a perseguire una funzione giuridica valutata meritevole di tutela dalla *lex*¹⁹⁸.

Già questi dati valgono a confermare un aspetto assai rilevante, ossia la stretta relazione¹⁹⁹ che viene a instaurarsi fra modelli rappresentativi dell'azionabilità dell'accordo (teorica del nudo patto e dei suoi *vestimenta*; riduzione di questi ultimi al solo '*rei interventus*') e concezione della struttura dell'obbligazione che ne scaturisce. Se così la visione strutturale dei glossatori si traduce nel riversare la coppia *pactum-vestimentum* rispettivamente nella costituzione di una *obligatio naturalis* e di una *civilis*, la prospettiva funzionale di Révigny conduce a una più organica sintesi fra contenuto dell'obbligazione e sua azionabilità, e quindi anche alla percezione dei due profili obbligatori come non più autonomi e reciprocamente intangibili. In questo l'impostazione di Belleperche, colta di nuovo nel concreto della disciplina del *pactum de non petendo*, si pone decisamente sulla scia delle dottrine del maestro, sia nell'individuazione dell'estinzione dell'*obligatio naturalis* come immediato effetto del patto in esame, sia nel richiamo (in sé nuovo, ma, almeno in questo punto, funzionale a un esito costruttivo ormai consolidato) alla nozione di '*causa*' onde respingere le obiezioni di quanti dubitavano che dallo stesso *pactum* potessero sorgere due effetti obbligatori eguali e contrari²⁰⁰.

Un punto di distacco, non secondario, rispetto all'impostazione del Révigny è invece costituito dalla contestazione della rilevanza *ipso iure* del *pactum de non petendo*, quale il maestro accoglieva in conformità a una prospettiva in cui dal venir meno dell'*obligatio naturalis* seguiva, come remoto effetto, la sopraggiunta inefficacia dell'*obligatio civilis*. Questa netta, seppure non immediata, consequenzialità viene ora posta in discussione da Belleperche, perfezionando così la transizione da un modello interpretativo ancora tributario dell'impianto dei glossatori²⁰¹ ad uno in cui si recupera il precedente parallelismo fra i due piani dell'obbligazione²⁰², ma se ne delinea un più assorbente momento di sinte-

¹⁹⁵) Così si esprime VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 412.

¹⁹⁶) Si tratta per la precisione del secondo, ma più rilevante, fattore di disaccordo rispetto agli orientamenti dei tardi glossatori che pone in luce VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 413.

¹⁹⁷) A sua volta disposte da Révigny in tre gradi diversi, ulteriori rispetto all'effetto primario dell'estinzione dell'obbligazione naturale e qualificati come '*secundus effectus*', '*remotus effectus*' e '*remotissimus effectus*': per un chiarimento circa la loro portata, si veda VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 415.

¹⁹⁸) Ed è proprio l'*obligatio civilis* – come scrive VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 414 – «il profilo dell'obbligazione in cui si definisce la tutela assicurata dalla *lex*, ed è quindi sottratta alla disponibilità delle parti».

¹⁹⁹) Per VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 416, un autentico «legame di consequenzialità».

²⁰⁰) Quali l'estinzione della obbligazione naturale del debitore nei confronti del creditore, ma anche il sorgere in capo a quest'ultimo dell'obbligazione – a sua volta naturale – a non richiedere quanto a lui originariamente dovuto.

²⁰¹) Il cui schema, centrato su un nucleo naturale a cui aderisce il *vestimentum*, veniva corretto nell'assunzione dei due momenti come posti su piani non separati, ma anche continuando a guardare all'*obligatio civilis* come immagine dell'*obligatio naturalis*, «trasposta su un piano diverso di legittimazione»: così VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 423.

²⁰²) Così da ribadire l'indivisibilità di un accordo situabile sul solo piano dell'obbligazione naturale a incidere su uno da cui scaturisce (anche) un'obbligazione civile, rifiutando la rilevanza del primo *ipso iure* anche in sede di remo-

si tramite la nozione di *causa*²⁰³, sino a configurare senz'altro il *pactum de non petendo* come '*placitum quod non habet causam sibi consistendi subiectam*' e come tale può incidere esclusivamente sul proprio versante (quello naturale) del rapporto obbligatorio, intervenendo sull'altro solo *ope exceptionis*.

La relazione cui abbiamo accennato, fra modelli rappresentativi dell'accordo (e dei suoi elementi di qualificazione) e concezione della struttura dell'obbligazione, torna a manifestarsi nella problematica che Volante affronta più tardi, relativa alla cifra che la distinzione fra contratti *iuris civilis* e *iuris gentium* – già indagata nella luce in cui la posero i glossatori – assunse nel lavoro del Révigny e dei suoi successori. La differenza in esame vi si delinea non più in termini tipologici ma morfologici, come indicativa di strutture contrattuali diverse, e che diversamente rinvengono uno schema di legittimazione. Il distacco dagli orientamenti precedenti appare particolarmente visibile a proposito dei contratti *iuris civilis*, nel cui ambito – rileva Révigny – i glossatori riconducevano due diverse figure contrattuali, quali ipotesi del tipo di *stipulatio* e *chirographum*, in cui il contenuto contrattuale era integralmente determinato dalle parti e reso efficace dal *ius civile*, e altre concepite come patti vestiti '*legis auxilio*'²⁰⁴. Tolto di mezzo quest'ultimo *vestmentum*, Révigny tende ad assorbire tutti i contratti *iuris civilis* nel primo modello descritto, in cui il conseguente vincolo si esplica necessariamente sia sul piano naturale che civile. E' anzi proprio questa duplicità di livelli obbligatori a fornire ai *doctores* d'oltralpe i nuovi termini della distinzione fra contratti *iuris civilis* e *iuris gentium*, in quanto i primi saranno produttivi di un'obbligazione tanto naturale quanto civile, mentre dai secondi promana esclusivamente un vincolo naturale²⁰⁵.

E' proprio sulla struttura di quest'ultimo vincolo che Volante ha occasione di ripercorrere – fra Révigny e Belleperche – ulteriori sviluppi interni alle dottrine ultramontane. Ne è ancora occasione l'analisi di una problematica alquanto specifica, quale l'operatività del *pactum de non petendo*²⁰⁶ nei confronti di contratti *iuris gentium*, quali il mutuo, come tali produttivi solo di *obligatio naturalis* e il cui vincolo, pertanto, dovrebbe essere pienamente eliso dal patto in esame – il che però il testo romano, usuale momento di «validità»²⁰⁷, decisamente esclude. Le risposte dei maestri francesi a questo circoscritto problema lasciano emergere visioni assai più ampie, come, nel Révigny, l'ulteriore valorizzazione della nozione di '*species contractus*', sostanzialmente tradotta «in termini di struttura obbligatoria»²⁰⁸, in modo tale che, come nei contratti *iuris civilis* alla *obligatio naturalis* si affianca una *obligatio civilis*, nelle ipotesi *iuris gentium* al vincolo naturale scaturente dall'accordo se ne affianchi uno derivante dall'iscrizione dell'assetto di interessi cui tendeva il predetto accordo a una determinata *species contractus*. Quest'apparato concettuale consentiva – attraverso un'argomentazione imperniata sulle nozioni di *forma generalis* (espressiva dell'obbligazione solo naturale) e *forma specialis*²⁰⁹ – di dar conto dell'operatività attribuita al *pactum de non petendo*, anche nei confronti di un contratto del *ius gentium*, dal testo romano.

tus (o *remotissimus*) effectus.

²⁰³ Sulla cui portata, peraltro, VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 423 s., non si dilunga eccessivamente, rilevando solo come, alla luce di tale concetto, «una volta che un determinato regolamento privato d'interessi è dotato della piena tutela, lì si verifica l'unione inscindibile tra il momento *naturale* e il momento *civile*».

²⁰⁴ Nel qual caso non si avrà duplicità di piani obbligatori (naturale e civile), ma una realtà negoziale situabile solo sul secondo di essi.

²⁰⁵ Dal che anche un diverso ruolo della *lex*: proprio in riferimento ai contratti *iuris gentium* e *iuris civilis* VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 429 s., rileva infatti come, per gli ultramontani, «nei primi il ruolo dell'ordinamento consiste nel riconoscere l'obbligatorietà e la sanzione che vengono individuate esclusivamente sul piano strutturale, mentre il contenuto e la tutela dei secondi sono determinati comunque dalla *lex*».

²⁰⁶ Ossia la stessa figura la cui analisi consentiva ai glossatori, come rilevato (*supra*, § 2) di scomporre l'unità tra dimensione naturale e civile dell'obbligazione promanante da un patto «vestito».

²⁰⁷ Cfr. *supra*, § 1.

²⁰⁸ Così VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 432.

²⁰⁹ Strumentario, anch'esso poi criticato dal Belleperche, ma in virtù del quale Révigny aveva adesso buon gioco nel limitare l'effetto estintivo del *pactum de non petendo* alla sola *forma generalis*, per sancire viceversa l'intangibilità, da parte sua, della *forma specialis* che procede dalla qualificazione del contratto.

Né l'apparato né l'argomentazione andarono però indenni dalle critiche di Belleperche²¹⁰, nella cui prospettiva l'unione fra l'accordo e un autonomo momento di qualificazione si rivelava sin troppo reminiscenze di impostazioni proprie dei glossatori, e la pienezza obbligatoria doveva ricondursi o alla iscrizione, *ex ante*, in una *species contractus* o al successivo integrarsi di un '*rei interventus*'. In tal modo, a fronte della teorizzazione di «una sintesi inscindibile fra il dato strutturale della fattispecie e la funzione perseguita»²¹¹, ben poco spazio rimaneva per discutere (se non come '*vana subtilitas*') di *forma generalis* e *specialis* – il che ovviamente non significa un ribaltamento della conclusione del Révigny e quindi l'ammissione di un *pactum de non petendo* capace di porre completamente nulla un contratto *iuris gentium*. Piuttosto, lo stesso risultato del maestro è raggiunto attraverso un percorso difforme²¹²: ne costituisce uno snodo centrale la nuova configurazione dell' '*interventus rei*', da intendere non solo come quel preventivo compimento di una prestazione che assurge ormai a unico possibile *vestmentum*, ma anche come adempimento di una delle obbligazioni scaturenti da un contratto (tipico) già concluso. E proprio quest'adempimento costituisce il momento a partire dal quale il *pactum de non petendo* non vanificherà integralmente il precedente negozio – come sarebbe invece accaduto qualora esso fosse intervenuto prima del compimento di una prestazione, o anche dopo che, avvenuta quest'ultima, vi fosse stata una rimessa in pristino della situazione anteriore²¹³. Infranta la specularità coi contratti *iuris civilis*, le figure del *ius gentium* danno luogo esclusivamente a una *obligatio naturalis*, prodotta, nella prospettiva del de Belleperche, dal consenso e dall'*interventus rei*²¹⁴, e anche per questo «più forte»²¹⁵ rispetto al vincolo naturale rinvenibile, accanto a quello civile, nelle fattispecie del *ius civile*.

Conclusa l'analisi delle critiche degli ultramontani rispetto alla precedente sistematica dei *vestmenta* e anche alla concezione necessariamente binaria del vincolo obbligatorio per come scaturente da ogni patto che di un *vestmentum* fosse fornito²¹⁶, Volante passa a indagare²¹⁷ la posizione dei *doctores* d'oltralpe nei confronti del secondo elemento che abbiamo scorto a base dell'architettura contrattuale dei glossatori. Il riferimento è ovviamente alla nozione di '*id quod interest*', per come sviluppata dai *doctores antiqui*²¹⁸ attraverso la tripartizione dell' '*interesse*' ('*commune*', '*conventum*' e '*singulare*') e l'assunzione della '*certitudo*' a «termine di una valutazione organica della fattispecie contrattua-

²¹⁰) Sul punto si veda, ben più diffusamente, VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 433 ss.

²¹¹) La terminologia, assai felice, è di VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 435.

²¹²) Si veda *infra*, in particolare nt. 214.

²¹³) Secondo uno schema che riecheggia – anche se il punto non mi sembra colto da Volante – l'operatività del '*contrarius consensus*' nell'assetto romano, capace di elidere in tutto o in parte l'effetto obbligatorio non solo se sopraggiungente '*re adhuc integra*', ma anche laddove a una prestazione sia seguita una rimessione in pristino che ne vanificasse del tutto le conseguenze. A quanto mi consta, una simile estensione è per la prima volta riscontrabile – previa una '*bonae fidei interpretatio*' – in (Ner. 3 membr.) D. 2.14.58, e avrebbe decisamente attratto, più di ogni altro passaggio di quell'interessantissimo testo, l'attenzione degli'interpreti nell'età cui guarda Volante (basti vedere la Glossa accursiana, che consulto in «Corpus glossatorum juris civilis», [cur. M. VIORA], VII, *Accursii Glossa in Digestum vetus*, Augustae Taurinorum, 1969, f. 45 v.) e ancora in quella del commento (si vedano ad esempio BARTOLUS A SAXOFERRATO, *In primam Digesti veteris Partem Commentaria, ad librum secundum* [che consulto nell'ed. Venetiis, 1585], f. 92 v. e r., e BALDUS, *In primam Digesti veteris partem Commentaria, ad librum secundum* [che consulto nell'ed. Venetiis, 1577], f. 159 v. e r.).

²¹⁴) Il patto nudo *de non petendo* sarà in grado di rimuovere, fra questi due fatti normativi, solo quello a sé omogeneo, ossia il consenso: ne viene quindi preclusa – secondo un esito analogo a quello dell'approccio del de Révigny, ma ben diversamente argomentato – una piena e automatica (*ipso iure*) capacità estintiva del precedente accordo, sia pure non produttivo di *civilis obligatio*.

²¹⁵) Così, letteralmente, VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 439.

²¹⁶) Si tratta di critiche che, per quanto ulteriormente problematizzate alla luce delle difformità di opinioni fra gli stessi ultramontani, lasciano agevolmente scorgere l'adesione di questi ultimi ad alcune direttive di fondo: da una configurazione unitaria dell'obbligazione *ex contractu*, a una nuova e più incisiva operatività riconosciuta alla nozione di '*species contractus*', a un radicale ridimensionamento dell'impianto dei *vestmenta*, sino allo stesso riconoscimento della possibilità di costruire in positivo un concetto di *nudum pactum*.

²¹⁷) Nel paragrafo terzo («Uno strumento rinnegato: l'*id quod interest*») dell'ultimo capitolo: VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 441 ss.

²¹⁸) Con risvolti teorici pressoché insospettabili, come rilevato, sulla base della lettera giustiniana.

le»²¹⁹. Anche stavolta le obiezioni e le alternative proposte dagli ultramontani si dispongono attorno ad alcuni comuni motivi, ma anche a non secondarie disparità di vedute – il cui tenore si delinea tuttavia in controtendenza rispetto a quanto osservato a proposito di *vestimenta* e configurazione del vincolo obbligatorio, giacché stavolta Belleperche non conduce agli estremi sviluppi le innovazioni del maestro, ma va piuttosto temperandole nel recupero di impostazioni già proprie dei glossatori.

L' *'id quod interest'* viene infatti essenzialmente identificato, da Révigny, nella quantificazione del danno (*'aestimatio damni'*) cagionato dall'altrui inadempimento contrattuale, indipendentemente dalla natura della prestazione a cui la controparte era tenuta. Da qui – anche in questo caso – una considerevole opera di *reductio*, dal momento che la precedente tripartizione dell' *'interesse'* può essere liquidata, identificando quest'ultimo nel solo *'interesse singulare'*, valutandolo cioè esclusivamente dal lato soggettivo. E' invece guardando sia al profilo soggettivo che a quello oggettivo che Révigny procede a configurare l' *'interesse (singulare)'* come «l'utilità specifica»²²⁰ che assumeva per il creditore la prestazione che gli è stata negata, escludendo dalla sua quantificazione l' *'affectio'* cui si volgevano i *doctores antiqui*²²¹. Questa nozione di *'interesse'* integralmente risolto nella *'utilitas'* comporta una critica ancor più radicale alla precedente impostazione, negandosi la stessa possibilità di assumere l' *'id quod interest'* a «parametro di tipizzazione delle fattispecie contrattuali sul profilo obbligatorio»²²²: esso potrà essere infatti sempre richiesto, subordinatamente alla domanda di adempimento dell'obbligo contrattuale, dal soggetto leso dalla mancata prestazione altrui, indipendentemente dalla struttura del contratto²²³. Viene così a diversificarsi anche il concetto di *'certitudo'*, già configurato, nell'impostazione dei glossatori, come dato predeterminato per ogni tipologia di prestazione – *certa* quella nel *dare*, *incerta* quella nel *facere*, intermedia quella nel *tradere*. Inteso l' *'id quod interest'* come *'aestimatio damni'*, Révigny può ora valutare la *'certitudo'* esclusivamente sotto il profilo della quantificabilità dell'interesse, potendosi configurare obbligazioni *certae* anche in ipotesi di un'obbligazione di *facere* (oltre che in tutte quelle con prestazione nel *dare* e anche nel *tradere*). La *'certitudo'*, e quindi la distinzione fra contratti *certi* e *incerti*, cessano così di riflettere una determinata struttura dell'obbligazione, per collegarsi «al solo profilo della quantificabilità specifica dell'obbligazione all'equivalente»²²⁴.

Questa conclusione non gode dell'adesione del Belleperche, ma per venire da lui corretta, come accennato, in maggior aderenza alle impostazioni risalenti all'età della glossa. Lo verificiamo già nel recupero della tripartizione dell' *'interesse'*, ma anche nel ritorno alla valutazione dell' *'affectio'*²²⁵ e nella ripresa – pur non senza variazioni, non solo terminologiche²²⁶ – di una ulteriore distinzione dell'interesse, *'intrinsicum'* o *'extrinsicum'*. Queste ultime nozioni valgono a identificare il risarcimento nelle ipotesi di danno causato dall'inadempimento di un obbligo di astensione (laddove si dovrà tener conto di entrambi gli interessi) e in quelle in cui si è invece mancato di eseguire una prestazione a cui si era tenuti (nelle quali verrà in rilievo il solo interesse *'intrinsicum'*). In tal modo viene ad essere ridefinita la determinazione dell'interesse – ancora espressa in termini funzionali, ma ricondotta, rispetto a Révigny, all'ambito strettamente contrattuale –, come anche la partizione²²⁷ tra ipotesi *cer-*

²¹⁹) Così, con riferimento ad Azone, VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 253.

²²⁰) Così, traducendo la *'singularis utilitas'* del *doctor ultramontanus*, VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 451.

²²¹) Secondo un'impostazione ora sottoposta a critica sotto entrambi i profili cui accennavamo, giacché alla sua stregua dovrebbe ammettersi una legittimazione ad agire strettamente personale, cioè solo da parte del soggetto cui si riferisce l'*affectio* (il che, configurato in termini così assoluti, è contraddetto dai testi giustiniani), e dovrebbe anche darsi un equivalente risarcitorio non limitato – come è invece nella *lex romana* – al solo danno materiale.

²²²) Così si esprime VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 453.

²²³) Salva una diversa configurazione dell' *'id quod interest'* a seconda che si tratti di un'obbligazione al trasferimento di un bene prodotta da una fattispecie nominata (nel qual caso l'interesse è *'in condemnatione'*) o da una innominata (laddove esso sarà *'in obligatione'*): VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 455.

²²⁴) In questi termini VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 459.

²²⁵) Quale non incide sulla quantificazione dell'*'id quod interest'*, ma vale comunque a individuare, almeno in via primaria, il soggetto legittimato alla relativa azione.

²²⁶) Giacché i glossatori parlavano di interesse *'circa rem'* ed *'extra rem'*, ma traendone conseguenze non del tutto uniformi rispetto a quelle del Belleperche: si veda VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 464 s.

²²⁷) Anch'essa ormai sottratta alla dimensione strutturale entro cui la configuravano i glossatori, ma riportata

tae e incertae.

Quest'ultima distinzione, in particolare, assume ora una portata assolutamente inedita, risolta com'è in classificazione tra fattispecie a prestazioni corrispettive (in cui si identificano le figure 'certae') e fattispecie unilaterali (qualificate 'incertae'). Proprio quest'operazione – in cui la dicotomia romana fra contratti unilaterali e sinallagmatici viene a caricarsi di significati e implicazioni nuove²²⁸ – chiude la riposizione dell' 'id quod interest' sul terreno contrattuale, concepito in una dimensione squisitamente funzionale. Ma neppure questa fu una tesi andata immune da critiche, come ci testimonia lo stesso allievo di Belleperche – Cino da Pistoia –, persuaso che lo schema del maestro non riesca esaustivo di tutte le tipologie contrattuali, e occorra quindi recuperare qualcosa, persino sul piano della valutazione strutturale, degli apparati dei glossatori, ivi compresa la configurazione dell'obbligazione nel *tradere* come autonoma ipotesi.

L'ultimo paragrafo del libro è dedicato, come accennato²²⁹, a un tentativo di «sintesi delle dottrine ultramontane»: lungi dal costituire una mera ricapitolazione di quanto sinora esposto, esso mira a porre in evidenza, alla luce dell'analisi pregressa, le linee di fondo della nuova architettura teorica, cogliendone anzitutto le specificità nei due profili del rifiuto della prospettiva strutturale dei *vestimenta* e della nuova configurazione dell' 'id quod interest'. Il fenomeno, spesso caratterizzato dalla tensione a ridurre o elidere le *distinctiones* anteriori, si sviluppa attraverso disparità di vedute e percorsi non sempre lineari²³⁰, il cui approdo è comunque individuato in «una visione organica del regolamento contrattuale, nella sintesi tra i due profili in cui i glossatori scindevano la realtà del contratto»²³¹. Un luogo di riscontro ne è offerto dall'analisi operata dagli ultramontani in merito ai *pacta adiecta*: materia che coi precedenti *doctores* riceveva la sua disciplina essenzialmente sulla scorta della configurazione della 'cohaerentia contractus' come *vestimentum*, ma anche sulla base delle interazioni fra dicotomia *pacta adiecta in continenti* - *pacta adiecta ex intervallo* e tricotomia fra patti che coinvolgono la 'substantia' del precedente contratto, oppure la sua 'natura', o semplicemente si pongono nei suoi confronti come 'accidens'²³².

Agli occhi dei maestri d'oltralpe, riconosciuta la natura di *vestimentum* al solo 'rei interventus', anche il patto aggiunto diverrà invece azionabile solo ove dalla sua connessione col precedente negozio scaturisca un contratto innominato. Diversamente, a questo fine, verrà configurata dagli ultramontani anche la partizione tra patti *adiecta in continenti* e *adiecta ex intervallo*, il cui criterio distintivo viene individuato nella 'completio' della singola fattispecie concreta²³³, ossia nel momento in cui il contratto è stato 'absolutus'²³⁴ dalle parti: se prima di esso – ossia non tanto prima che i contraenti

comunque – diversamente da quanto accadeva nell'approccio del Révigny – al tessuto contrattuale.

²²⁸) Assolutamente estranee all'antico assetto, secondo un atteggiamento che tornerà talvolta anche nelle elaborazioni contrattuali moderne: penso in particolare al caso – su cui mi sono soffermato in *Bonae fidei interpretatio*, cit., capitolo quarto – di J.G. Heinecke (Heineccius), il quale tende a identificare tutti i contratti di buona fede in quelli bilaterali (si veda *Elementa iuris civilis, secundum ordinem Pandectarum* [1728], che consulto in *Opera*, II, Napoli, 1769, p. 92), il che costituisce una visibile forzatura rispetto al regime romano (pensiamo solo al caso della *fiducia*, tutelata da azione di buona fede ma sicuramente non bilaterale, o anche al mandato, al comodato e al deposito, che si configuravano come solo eventualmente, o imperfettamente, bilaterali, ed erano nondimeno protetti – almeno, gli ultimi due, a partire dalla fine del I secolo a.C. – da *iudicia bonae fidei*).

²²⁹) Cfr. *supra*, nt. 193.

²³⁰) Particolarmente indicativo torna ad essere agli occhi di VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 470, il caso di Révigny (che meno drasticamente si discosta dalla teorica dei *vestimenta*, ma che rielabora la nozione di *interesse* in forme affatto nuove) e Belleperche (il quale è, all'opposto, più lontano dai glossatori in merito ai momenti di qualificazione, e ne recupera invece certi spunti in materia di 'id quod interest').

²³¹) Così VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 471.

²³²) Neppure in questo caso VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 472, sembra prestare particolare attenzione a una tripartizione – fra 'substantia', 'natura' e 'accidens' – ricca come poche altre di significati e implicazioni nella storia della negozialità giuridica occidentale: un'attitudine di cui abbiamo già sorpreso la distanza anche dalle indagini di un Grossi e che tenteremo *infra*, § 4, di precisare ulteriormente.

²³³) Che può anche non coincidere con la fase in cui, in astratto, si perfeziona la tipologia contrattuale in cui il caso si iscrive.

²³⁴) O «licenziato», come – con terminologia che al giurista può invero apparire ambigua – restituisce VO-

si siano volti al compimento di altri negozi, ma quando ancora la struttura contrattuale era suscettibile di venire integrata con l'apposizione di clausole come ²³⁵ *modus* e condizione – viene aggiunto un patto, questo sarà *in continenti*, altrimenti sarà da considerare *ex intervallo*. Si delinea così una concezione e una disciplina dei *pacta adiecta* che non muove da un elemento strutturale né rigidamente cronologico, per privilegiare piuttosto – ancora una volta – il profilo funzionale.

La stessa concezione, versata sul piano della relazione di accessorietà, conduce anche a riconoscere la possibilità – del tutto estranea all'impianto dei glossatori – che un *pactum* fosse aggiunto '*in ipso contractu*' (ossia nella formazione e conclusione dell'accordo principale), come anche a scandire diversamente i piani di tutela del *pactum adiectum*. Questo sarà così da proteggere previo esperimento dell'azione relativa al contratto cui inerisce (*actio*, evidentemente, '*informata*') qualora il patto non ne alteri il regolamento sino a renderlo esorbitante rispetto alla *species contractus* a cui appartiene, mentre si ricorrerà all'*actio praescriptis verbis* laddove l'inerenza del patto sia tale da condurre la precedente figura fuori dalla *species contractus*. Un riscontro di questo è offerto da Volante ²³⁶ – pur senza soffermarsi sul carattere, di nuovo alquanto eversivo rispetto all'assetto romano, che assumeva l'impostazione di queste indagini ²³⁷ – ripercorrendo le posizioni di glossatori e ultramontani in merito ai patti che erano stati aggiunti (alterandone o meno la peculiare unilateralità) a una *stipulatio*.

Emerge nitidamente, anche da questa ricognizione, come il ripensamento dei rapporti fra aspetto strutturale e funzionale conducesse i maestri francesi a ridefinire «lo schema di attribuzione del tipo» ²³⁸, in modo tale da valorizzare al massimo la funzione che, attraverso una o più manifestazioni di accordo, le parti hanno concretamente perseguito. Ne è conferma uno spunto, relativo ancora alla *stipulatio*, risalente al Révigny, secondo il quale laddove si ricorra appunto al contratto *verbis* – anziché a un *pactum adiectum* – per prevedere un obbligo accessorio di una compravendita, non si avranno due fattispecie contrattuali distinte e autonome, bensì due atti strettamente correlati, che daranno vita a un contratto innominato, a tutela del quale è posta l'*actio praescriptis verbis* ²³⁹. Ma ulteriori riscontri del mutamento di prospettiva intervenuto coi *doctores* d'oltralpe sono offerti dall'autore nel ripercorrere altre soluzioni – in verità risalenti sempre al Révigny – in materia di fattispecie di dubbia riconducibilità al contratto di compravendita ²⁴⁰, come anche nel valutarne l'orientamento in merito a casi di pluralità di *pacta adiecta*, di cui adesso non è più solo il primo ad essere, necessariamente, stimato *in continenti* ²⁴¹, ma possono essere così qualificati tutti quelli che intervengono ad apportare variazioni omogenee alla struttura originaria del contratto ²⁴².

4. La ricognizione con cui abbiamo tentato di dar conto del contenuto del libro si è protratta sin troppo a lungo ²⁴³, ed è tuttavia ben lontana dal restituire la complessità e la ricchezza della mono-

LANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 475.

²³⁵) Secondo le indicazioni dello stesso Belleperche: cfr. VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 476 s.

²³⁶) *Il sistema contrattuale*, cit., p. 482 ss.

²³⁷) Nel senso che, come noto, la *stipulatio* era protetta a Roma da un'azione di stretto diritto, il che precludeva di far valere nel *iudicium* ad essa inerente patti che vi fossero stati aggiunti, anche *in continenti*.

²³⁸) Secondo la felice terminologia di VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 486.

²³⁹) Che nel caso in esame VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 488, stima esperibile a fianco delle azioni proprie dei due contratti, mentre laddove i due accordi non siano muniti dello stesso grado di azionabilità, il rimedio in esame varrà a tutelare solo l'accordo a protezione del quale non vi sia uno specifico mezzo processuale.

²⁴⁰) Laddove una previsione di *datio rei* di cui sia controprestazione un *facere* avrebbe sempre integrato, agli occhi dei glossatori, un'ipotesi innominata, mentre adesso doveva essere ulteriormente perscrutata, potendo anche integrare gli estremi di una compravendita: cfr. VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 489 s.

²⁴¹) Come accadeva invece nell'impostazione dei glossatori.

²⁴²) Solo in caso diverso si sarebbe infatti prospettato – come scrive VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 492 – «un assetto funzionale tale da non poter più essere compreso all'interno della *species* del contratto originario», dal che la necessità di guardare ai due atti come costitutivi di una nuova fattispecie.

²⁴³) A consigliarne un simile respiro è stata in primo luogo la convinzione che solo così, ripercorrendone analiticamente i vari snodi costruttivi e la peculiare cifra esegetica, si potesse apprezzare l'impianto del libro; ma anche il desiderio di far precedere la discussione di certi suoi aspetti da un lavoro di sintesi che consentisse, anche a lettori in minor familiarità con la riflessione contrattualistica medievale, di contestualizzare il più possibile le osservazioni

grafia di Volante. Già questa densità di analisi, incomprimibile nella sintesi di poche linee di lettura, è agli occhi del recensore merito non lieve, cui si aggiunge quello di aver ricevuto, quasi ad ogni pagina, molteplici motivi di approfondimento, anche decisamente critico. Peraltro, se la discussione di ogni libro²⁴⁴ implica sempre una sorta di violenza, con la virtuale sostituzione di un disegno tutto interno alla mente del lettore a quello che ha avuto almeno il pregio di venir definito nella pagina scritta²⁴⁵ – questa sostituzione rischierebbe qui, per essere operata da chi non abbia con molte delle fonti esaminate una professionale consuetudine, di riuscire ancora più arbitraria.

Mi limiterò quindi a una serie di rilievi, muovendo da notazioni di carattere più specifico o estrinseco per concludere con altre che riguardano gli aspetti di fondo del volume. Un primissimo cenno merita lo stile di Volante: una scrittura densa, corposa, che mai abdica al suo doveroso tecnicismo, mai ammicca al lettore allontanandolo dal vivo della problematica giuridica. Una cifra espositiva che riflette pienamente lo stile dell'indagine, tutta calata sul terreno di costruzioni tecniche, come isolate – in un asettico fluire di idee – rispetto a ogni tema di «storia esterna» e a ogni contesto di vicende materiali e intellettuali. Torneremo più tardi su quest'opzione, di cui nella scrittura si percepisce nitida l'eco, e che non sempre lascia persuasi: per ora basti rilevare come certe peculiarità espositive non sempre giovino al lettore²⁴⁶, cui è imposta una soglia di concentrazione assai alta, senza momenti di respiro, e spesso senza neppure una focalizzazione chiara degli estremi temporali fra cui si muove il discorso²⁴⁷, o dei punti chiave che questo mira a evidenziare²⁴⁸.

Né la faticosa «iniziazione» del lettore a questo segmento dell'universo medievale²⁴⁹ può dirsi lenita dal folto ricorrere di termini e concetti propri, se non esclusivi, del giurista odierno – dalla polarità «struttura»/«funzione»²⁵⁰, alle nozioni di danno emergente e lucro cessante, di «tipo», «tipicità» (e forse anche «sistema») ²⁵¹ contrattuale, sino a quella di «tipologia delle fattispecie»²⁵² – con cui

che seguono rispetto all'indagine che ne ha costituito lo spunto.

²⁴⁴ Ogni «descrizione di descrizioni», per riprendere l'espressione di cui si serviva – per rendere l'idea del discorso di secondo livello, rispetto alla realtà, in cui si risolve il parlare di libri – Pier Paolo Pasolini (se ne veda *Descrizioni di descrizioni* [cur. G. CHIARCOSSI], Torino, 1979, in particolare p. 457: «... 'descrizioni' di cosa? Di altre 'descrizioni', che altro i libri non sono ... Nella vita accadono dei fatti, i libri li descrivono: ma in quanto libri sono anch'essi dei fatti: e quindi possono essere anch'essi descritti: dalla critica»).

²⁴⁵ Traggo l'osservazione da A. SCHIAVONE, *rec.* a J.G. WOLF, *Causa stipulationis*, Köln-Wien, 1970, in *Idura*, XXII, 1971, p. 211.

²⁴⁶ Come certamente non gli giova la tendenza di Volante – su cui tornerò – di ridurre al minimo le indicazioni bibliografiche, oltretutto risolte, in molti casi, in una menzione d'insieme, senza indicazione delle pagine più specificamente dedicate all'argomento via via esaminato.

²⁴⁷ Stupisce ad esempio, e forse non solo agli occhi di un lettore non quotidianamente alle prese con l'esperienza giuridica medievale, trovare solo dopo cento pagine (si veda VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 104 s.) la precisazione che «continuiamo ad assumere come *incipit* per la nostra disamina» la *Summa Trecensis*, fino ad allora punto di avvio di molte indagini, ma senza che questo fosse mai affermato espressamente, né accompagnato (se non per le scarse notazioni leggibili in VOLANTE, *op. cit.*, p. 26 nt. 10) da una discussione circa la provenienza storica e geografica di questa fonte, la sua paternità o le caratteristiche dei materiali in essa confluiti.

²⁴⁸ La loro individuazione, in verità, è in qualche modo delineata nella Introduzione, ma non sempre in modo agevolmente collegabile ai successivi sviluppi analitici, o ai particolari profili attraverso la cui analisi si aggrediranno certe più vaste problematiche (penso ad esempio all'indagine attorno al *pactum de non petendo* come terreno scelto – anche felicemente, come vedremo – per seguire le configurazioni medievali del vincolo contrattuale e dei diversi piani obbligatori).

²⁴⁹ Ho in mente quanto scriveva Umberto Eco (*Postille a «Il nome della rosa»*, in «Alfabeta», XLIX, 1983, ora in *Id.*, *Il nome della rosa*, rist. Milano, 1986, p. 520 ss.) nello spiegare il senso delle prime cento pagine di un romanzo storico di rara suggestione, di cui neppure escluderei di percepire una lontana eco (in riferimento a quelle memorabili pagine [in *Il nome della rosa*, cit., p. 48 ss.] dedicate all'intero immaginario medievale per come riflesso nelle sculture di un portale di chiesa) in quel raro momento (*Il sistema contrattuale*, cit., p. 4 s.) in cui la specialistica prosa di Volante si irrori, sia pure in modo piuttosto estemporaneo ed epidermico, di un'attenzione per i canoni allegorici e gli stili iconografici del tempo in cui vissero glossatori e ultramontani.

²⁵⁰ Sulla cui falsariga, in particolare, viene più volte ricostruita, come rilevato (*supra*, § 2 s.) l'alterità di approccio fra glossatori e ultramontani.

²⁵¹ Vi torneremo fra breve, discutendo un'idea di fondo che appare, sin dalla scelta del titolo, affatto centrale.

²⁵² Quale ad esempio ricorre già nel titolo del quarto paragrafo del capitolo quinto: VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 223 ss.

Volante mira a restituire la portata di più circoscritte soluzioni di glossatori e ultramontani, ma che in molte occasioni comportano un ulteriore sovraccarico, concettuale e dogmatico, della sua pagina²⁵³. Non diviene allora casuale l'incontro con passaggi stilisticamente non troppo limpidi, o con esposizioni che di quel sovraccarico restituiscono, nella loro oscurità o ambiguità, la versione meno felice. Così è ad esempio per un'articolatissima definizione di 'causa' per come delineata dai glossatori nell'ambito dei contratti innominati²⁵⁴, per una composita, ma sostanzialmente tautologica, dichiarazione di metodo circa la disamina dei *vestimenta*²⁵⁵, ma anche per la descrizione, non proprio cristallina, delle ragioni su cui Révigny, discostandosi dai precedenti approcci, fondava la distinzione fra contratti *iuris civilis* e *iuris gentium*²⁵⁶.

Ma non troppo felice – o per la sovraimpressione di categorie moderne o per l'opinabilità delle premesse sostanziali da cui muove²⁵⁷ – appare anche, procedendo sempre in via esemplificativa, la trattazione dell'*actio de dolo* come azione risarcitoria²⁵⁸, o della *condictio causa data causa non secuta* come «azione in risoluzione» del contratto²⁵⁹. In questi casi, o ipotizziamo una diversa configurazione approntata dagli interpreti medievali per gli antichi mezzi di tutela (il che però non è mai espressamente dichiarato da Volante, né facilmente desumibile dalle fonti), oppure dobbiamo pensare a indebite disinvolture nella restituzione all'assetto giuridico romano, sino ad alterare considerevolmente il regime di istituti e processi su cui intervennero glossatori e ultramontani. E' questo del resto un tratto non proprio isolato nel libro qui discusso, e che al romanista preme segnalare non per stigma-

²⁵³ I miei rilievi si muovono, per adesso, su un piano esclusivamente stilistico e formale. Torneremo più tardi sulla implicazioni sostanziali di questo diffuso impiego di categorie attuali, e sugli orientamenti storiografici ad esso sottesi.

²⁵⁴ Laddove essa viene identificata (cfr. VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 310) con «il vincolo di legittimazione funzionale che porta un determinato atto a integrare il negozio e a costituire, in questo modo, un'obbligazione nella sfera giuridica della parte che ha ricevuto gli effetti di questa disposizione patrimoniale».

²⁵⁵ Nel senso che se, anziché affrontare la materia muovendo da categorie intimamente moderne, «chiamo la problematica offertaci dai *vestimenta* nelle più complesse linee della qualificazione giuridica medievale, possiamo ottenere un quadro più consono al sistema di valori tecnici propri del tempo»: così VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 191.

²⁵⁶ Partizione il cui motivo è indicato (da VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 429) nel fatto «che la relazione qualificativa si esprime mediante la produzione di due vincoli obbligatori, non già perché essa si realizzi, come presso i glossatori, attraverso uno schema che vede la norma superiore assurgere ad elemento stesso della fattispecie contrattuale».

²⁵⁷ Una mera svista («debito» in luogo di «credito») mi sembra invece quella che incontriamo in VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 151 (ove si parla del *pactum de non petendo* come accordo fra «Tizio [che] deve a Caio una somma», con cui «Caio rinuncia al suo debito»).

²⁵⁸ Del «rimedio risarcitorio dell'*actio doli*» si parla espressamente in VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 304, laddove la compilazione giustiniana ci tramanda di questo rimedio, come noto, una configurazione in termini di azione penale, tesa a infliggere all'autore dei raggiri una pena quantificata sul danno arrecato ma inasprita dalla connessa *infamia*.

²⁵⁹ Così VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., in particolare p. 83, con affermazione sin troppo perentoria. Diverso è infatti soffermarsi sugli esiti più tardi del rimedio in esame (che – come scrive M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 558 – «i bizantini ... concedono ... come azione di risoluzione»), o scorgervi – con M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*², Palermo, 1994, p. 505 – uno strumento rispondente «all'istanza di risoluzione» oggi soddisfatta con una delle alternative offerte dall'art. 1453 c.c., o vedervi essenzialmente «un'azione per ripetere la prestazione compiuta», talora «accordata *ex poenitentia*, a sanzionare il diritto di recesso unilaterale» (così GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, cit., p. 164 s.), e parlare invece, genericamente (e quindi, deve intendersi, per ogni periodo della storia romana), di un'azione di risoluzione. Tanto più che agli occhi dei *prudentes* del principato la nostra *condictio* veniva a operare come forma minima di tutela, onde ripristinare l'integrità patrimoniale del soggetto che ha preventivamente adempiuto una prestazione, ma non si è con questo necessariamente precostituito un valido titolo per richiedere l'altrui adempimento. Nella complessa stratigrafia degli orientamenti giurisprudenziali romani – che Volante tende ad appiattare costantemente sugli esiti che dalla nozione di 'causa' traevano Aristone e Ulpiano – il rimedio in parola risulta così privilegiato soprattutto dai giuristi che stentavano a riconoscere, nelle fattispecie poc'anzi descritte, gli estremi di un contratto, e miravano quindi non tanto a una «risoluzione» del relativo vincolo, ma a una reversione degli spostamenti di ricchezza frattanto intervenuti. Al rimedio in parola non faceva cenno, nel trattare dei rimedi, previsti per l'ipotesi di altrui inadempimento di un'obbligazione bilaterale, propri del «diritto romano-giustiniano», e sui quali vennero poi esercitandosi le elaborazioni del *ius commune*, BUSSI, *La formazione dei dogmi*, II, cit., p. 10 s.

tizzare le incursioni del cultore di un altro periodo storico nel proprio settore di studi²⁶⁰, ma perché persuaso che la comprensione delle forme e degli esiti dell'*interpretatio* medievale non possa prescindere da una conoscenza puntuale e da una non sommaria restituzione²⁶¹ dei regimi normativi su cui quell'*interpretatio* venne a esercitarsi, pena lo stesso stravolgimento della portata e delle innovazioni ascrivibili a quest'ultima.

Invero, un approccio piuttosto riduttivo nei confronti dell'esperienza giuridica antica – non solo rispetto al suo impatto d'insieme²⁶², ma anche al merito di singole soluzioni – si manifesta sin dalle pagine iniziali, laddove, come accennato, il discorso su tipicità e atipicità contrattuale coinvolge il diritto romano, sino a identificarvi²⁶³ la realtà in cui meglio si incarna il primo dei due modelli. A sostegno di questa tesi – in linea di massima, anche condivisibile – opera però, da un lato, una troppo unilaterale lettura delle indagini di Magdelain e del dibattito che queste hanno alimentato²⁶⁴, e dall'altro un'exasperata semplificazione del regime romano, i cui numerosi tentativi – operati dai *prudentes* attraverso il ricorso a criteri e nozioni diverse²⁶⁵ – di temperare o parzialmente aggirare la tipicità contrattuale vengono completamente pretermessi. E se altrove si precisa senz'altro che alle teoriche dei glossatori non è dato guardare come a una griglia di fratture introdotte nella rigida trama dell'antica tipicità²⁶⁶, pure nel lettore si suscita la percezione di una troppo perentoria, assoluta alterità fra modello antico – un monolito, appunto, di tipicità – ed esperienza medievale²⁶⁷.

Ancor più, quest'ingannevole sensazione di integrale, brusca novità può essere suscitata dai non pochi luoghi del libro in cui si dà conto delle definizioni, pur alquanto *sui generis* e sostanzialmente mutile²⁶⁸, che del patto erano offerte nell'età della glossa, oppure delle articolazioni che di questo venivano indicate, o del significato delle nozioni (come quella di '*consensus*') ad esso contigue. Enunciazioni in cui – sebbene il riferimento fosse spesso al '*pactum*' anziché alla '*conventio*'²⁶⁹ – tan-

²⁶⁰) Invero, se la prospettiva fosse quella – aberrante – di una difesa dei vari esclusivismi scientifici, giustificazioni ancora minori avrebbe il tentativo di discussione che si va qui conducendo.

²⁶¹) Anche, laddove possibile, nella messe di apporti e dibattiti storiografici che vi si sono attorno sedimentati.

²⁶²) Vi torneremo più avanti, con la seconda serie di rilievi critici cui abbiamo accennato.

²⁶³) Sulla scorta di una *communis opinio* non discussa ma, a quanto sembra, implicitamente condivisa.

²⁶⁴) Si veda VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 5 e nt. 9, il quale, dopo essersi richiamato al «diritto romano classico, assunto da una concorde e indisturbata dottrina come il luogo storico della piena tipicità», nella relativa nota ricorda «l'univoca messe di critiche che ancora oggi raccoglie l'opera di A. Magdelain ... un testo cui tocca la non invidiabile sorte di essere un 'classico' nella forma del rifiuto». Sorte che verosimilmente Volante avrebbe potuto tratteggiare in modo diverso se avesse tenuto conto di rilievi come quelli di U. BRASIELLO, *rec.* a MAGDELAIN, *Le consensualisme*, cit., in «SDHI», XXV, 1959, p. 466 ss., L. AMIRANTE, *rec.* a MAGDELAIN, *op. cit.*, in «BIDR.», LXIII, 1960, p. 299 ss., in particolare 304 s. (ove leggiamo fra l'altro: «il M. è ben lontano dall'ammettere che il pretore abbia inteso riconoscere senza discriminazione alcuna la piena rilevanza giuridica del consenso»), SCHIAVONE, *Studi sulle logiche*, cit., in particolare p. 26, 35 e 179 s. nt. 28, GALLO, *Synallagma e conventio*, I, cit., p. 65 ss., e MELILLO, *Contrahere pacisci transigere*, cit., in particolare p. 144 ss.

²⁶⁵) Come, a tacer d'altro, la nozione labeoniana del contratto come '*ultra citroque obligatio*' e il conseguente allestimento di una forma di tutela tramite l'*agere praescriptis verbis*; la dilatazione delle figure tipiche, sino alla ricompressione in esse di convenzioni a loro vicine, propria dell'ambiente sabiniano e poi condotta a estreme conseguenze nelle Istituzioni gaiane (sino a configurare il contratto come ogni atto lecito produttivo di obbligazione); il concetto di '*causa*' e la nuova portata assunta dal '*synallagma*' nell'elaborazione di Aristone e poi nella consolidazione sistematica di Ulpiano.

²⁶⁶) Sul punto – con particolare riferimento a VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., in particolare p. 9 ss. – si veda *supra*, § 2.

²⁶⁷) Che si configura invece come una miniera di soluzioni, legate a momenti di qualificazione e riconoscimento che non si esauriscono nelle sole fattispecie nominate.

²⁶⁸) Almeno per quanto concerne l'elemento primario di tutta la costruzione, costituito dal *pactum nudum*: cfr. *supra*, § 2.

²⁶⁹) E anche questo meriterebbe particolare attenzione, non solo perché vi prende corpo la svolta teoricamente più pregnante delle concezioni contrattuali medievali rispetto alle antiche (ossia appunto l'assunzione del '*pactum*' come elemento costruttivo primario), ma anche perché in questa nuova prospettiva ben poco spazio sembrerebbe rimanere per operazioni come la valorizzazione dell'etimologia di '*conventio*' e dell'immagine del '*convenire*' di molti in un solo luogo: metafora che viceversa – come rileva VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 34, in riferimento al suo impiego, non certo privo di precedenti, nella prosa di Rogerio (cfr. *infra*, nt. 270) – «rimarrà inscindibilmente acquisito al ricco patrimonio di esempi dei glossatori».

to Rogerio (nell'illustrare quel consenso in cui è integralmente risolta la struttura dei patti, come pure nel formulare una classificazione di questi ultimi)²⁷⁰ quanto Odofredo (in una trattazione della 'conventio' condotta su D. 2.14.5, ma di cui Volante esalta la portata affatto nuova)²⁷¹ e poi Révigny (col suo rilievo circa il 'transire' del *pactum 'in speciem contractus'*)²⁷² tendevano a riproporre, pressoché alla lettera, le formulazioni ulpiane conservate in D. 2.14.1, 5 e 7²⁷³. Ignorare questa macroscopica coincidenza terminologica rischia di suscitare, agli occhi del lettore non digiuno delle antiche elaborazioni, un esito opposto rispetto a quell'esaltazione del momento di effettività cui costantemente mira Volante. Per chi sappia scoprire l'origine – nient'affatto recondita – di quegli apparati concettuali e terminologici, il silenzio dell'autore non fa che alimentare dubbi sulla portata autenticamente innovativa di queste elaborazioni medievali, se proprio non fa tornare alla mente la paradossale fatica di Pierre Menard²⁷⁴. Simili ironie sono invece quanto di meno meriterebbero gl'interpreti medievali: il loro impegno, che costantemente si lascia sorprendere in equilibrio fra acribia esegetica e libertà costruttiva, si dispiega qui nella trasposizione, incurante di certi dati etimologici²⁷⁵, di uno strumentario di idee e di parole entro un contesto profondamente alterato, giacché ne è in primo luogo mutata la macrocategoria di riferimento – non più la *conventio*, confinata alle soglie del metagiuridico²⁷⁶, ma il 'pactum'.

In questo senso, a mio avviso sarebbe stata preferibile un'esplicita discussione di quei recuperi verbali operati dai *doctores* di entrambi i periodi: lungi dallo schiacciarne l'apporto su un'incolore riproduzione del «momento di validità», questo avrebbe consentito di illustrare – al pari di quanto Volante riesce a fare, anche brillantemente, ad altri propositi²⁷⁷ – le peculiarità di quel lavoro inter-

²⁷⁰) Si veda quanto nella *Summa Codicis. De pactis*, cit., p. 62 viene detto del 'consensus' (che 'vocat per similitudinem. Nam, sicut convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum colliguntur, ita qui, ex diversis motibus animi, in unam sententiam concurrunt, consentire dicuntur') e della distinzione dei 'pacta expressa' (di cui 'quedam sunt publica, quedam sunt privata ... privata, quedam legis, quedam iuris gentium'), su cui, rispettivamente VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 34 e 110.

²⁷¹) Il passo cui mi riferisco – ricordato da VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 182 s. – risale all'analisi che Odofredo conduce su D. 2.14.5: 'Privatae conventiones dicuntur quae fiunt ob privatam utilitatem et ipse subdividuntur: quae aliquae dicuntur legitime alique iuris gentium. Et legitima conventio est quae lege aliqua confirmatur: et ideo interdum actio nascitur vel tollitur quoties iuvatur lege vel senatoconsulto. Item conventiones iuris gentium quedam pariunt actiones quedam pariunt exceptiones. Conventiones quae pariunt actiones transeunt in proprium nomen contractus ut emptio et venditio et locatio et conductio societas commodatum et depositum et alii similes: quedam non transeunt in proprium nomen contractus, et iste ubi subest iusta causa pariunt actiones sicut est si conveni tibi rem dare ut aliam dares'.

²⁷²) Così in *Lectura Codicis, C. de pactis*, cit., f. 56 r. ('... nudum pactum quod stat in nomine pacti. Aliud est quod non stat in nomine pacti sed transit in speciem contractus, unde nuda pactio quod statim nomine pacti non parit actionem'): un testo richiamato – senza alcun confronto col 'transire' di certe *conventiones* nell'impianto ulpiano (cfr. *infra*, nt. 273) – da VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 395.

²⁷³) Si tratta – come accennato *supra*, § 1 – di frammenti assai noti, che vale qui trascrivere solo per poterne apprezzare le corrispondenze terminologiche rispetto alle elaborazioni in esame. In (Ulp. 4 *ad ed.*) D. 2.14.1 leggiamo infatti che 'conventionis verbum generale est ... nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt'; mentre da (Ulp. *ibid.*) D. 2.14.5 apprendiamo che 'conventionum autem tres sunt species. aut enim ex publica causa fiunt aut ex privata: privata aut legitima aut iuris gentium ...'; e in (Ulp. *ibid.*) D. 2.14.7 delle *conventiones iuris gentium* viene detto che 'quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones. (1) Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus: ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus. (2) Sed et si in alium contractum res non transeat, subsistit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem ... (4) Sed cum nulla subest causa, propter conventionem hic constat non posse constitui obligationem: igitur nuda pactio obligationem non parit, sed parit exceptionem'.

²⁷⁴) Il celebre personaggio di Borges il cui maggior merito letterario consisteva nell'aver ritrascritto, *verbatim*, il Don Chisciotte nel XX secolo, giacché il riproporne le stesse, identiche parole non poteva che indicare, in un contesto storico tanto mutato, l'aver attribuito loro significati profondamente diversi. Il racconto cui alludo è J.L. BORGES, *Pierre Menard, autore del Don Chisciotte* (in *Ficciones*, Buenos Aires, 1956), che leggo nella raccolta edita, in traduzione italiana, da Adelphi: *Finzioni*, Milano, 2003, p. 35 ss.

²⁷⁵) Cfr. *supra*, nt. 269.

²⁷⁶) Cfr. *supra*, § 2.

²⁷⁷) Penso soprattutto alle sue osservazioni – ricordate *supra*, §§ 2 e 3 – sulla nuova configurazione che venne ad assumere, fra glossatori e ultramontani, la polarità fra contratti *iuris gentium* e *iuris civilis*, sulle elaborazioni di ampio respiro cui condusse la rimediazione dell' 'id quod interest' dei testi romani, sugli sviluppi connessi a una problematica apparentemente circoscritta come il regime del *pactum de non petendo*, al cui fondo è dato invece scorgere

pretativo, e la capacità dei suoi artefici di insinuare corpose innovazioni sostanziali anche nel cuore di impianti normativi la cui lettera restava inalterata, oppure veniva, ma in altri contesti, integralmente riprodotta²⁷⁸. La disinvoltura di questi silenzi – e l'occasione perduta, con essi, di approfondire le implicazioni concettuali che, anche in rapporto al testo romano, si connettevano allo spostamento dell'asse costruttivo dalla *conventio*²⁷⁹ al *pactum* – non è certo l'ultima delle opinabili posizioni assunte da Volante rispetto a temi giusromanistici²⁸⁰. Ma mentre altrove si tratta di restituzioni rese discutibili o dall'averne considerato la sola configurazione giustiniana²⁸¹ o dall'avervi gettato uno sguardo solo indiretto – tutto filtrato dalla prospettiva degli interpreti medievali²⁸² –, qui si tratta di un punto nevralgico su cui cogliere il senso e l'entità delle cesure teoriche dell'età della glossa. Esso rinvia così a un tratto più vasto e profondo che percorre l'intero libro, e quasi conduce a un parossistico isolamento, sincronico e diacronico, dell'elaborazione tecnica di alcune generazioni di giuristi.

concettualizzazioni del vincolo obbligatorio e dei suoi diversi piani di esistenza affatto inedite rispetto all'esperienza antica. Su altri aspetti rilevanti nella stessa direzione, cfr. *infra*, nt. 306.

²⁷⁸) Qualcosa di analogo è da dirsi anche a proposito della dizione '*nudum pactum*', che dall'esposizione di Volante parrebbe di conio esclusivamente medievale, mentre ricorre già – ma con un significato sensibilmente diverso (su cui, per tutti, G. MELILLO, *Patti (storia)*, cit., p. 491, e *Un rescritto severiano e la identificazione dei 'nuda pacta'*, in «Estudios J. Iglesias», II, Madrid, 1988, p. 845 ss., ove altra bibliografia), e comunque senza le corpose implicazioni «sistematiche» che abbiamo ripercorso – nell'esperienza romana.

²⁷⁹) E in particolare da quella *species* costituita dalla '*conventio iuris gentium*': cfr. *supra*, nt. 273.

²⁸⁰) Ne offrono buoni esempi – oltre alla configurazione dell'*actio de dolo* come mezzo risarcitorio e della *condictio causa data causa non secuta* come «azione in risoluzione» (cfr. *supra*, nel testo e nt. 258 s.), o della stessa *actio de dolo* come «residuale» (cfr. VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 96) anziché sussidiaria – la convinzione (già in VOLANTE, *op. cit.*, p. 1) di un'assoluta intangibilità, nell'esperienza romana, fra *contractus* e *pactum*, le cui «sorti ... corrono parallele e indifferenti» (quando invece la storia dell'editto *de pactis* e la stessa costruzione ulpiana in D. 2.14.7 forniscono indicazioni difformi); il riferimento al regime della donazione anteriore alle innovazioni tardoantiche e giustiniane come a quello di un «negozio realizzabile secondo diverse *formae iuris*» (così VOLANTE, *op. cit.*, p. 159), laddove invece, come noto (basti vedere G.G. ARCHI, *La donazione. Corso di diritto romano*, Milano, 1960, in particolare p. 3 ss. e 23 ss.), il '*donare*' era a Roma contrapposto, propriamente, al '*negotium gerere*', e della *donatio* si parlava come di una *causa* insita in diversi atti giuridici; la qualificazione dell'enfiteusi come «contratto *ad meliorandum*» (VOLANTE, *op. cit.*, p. 175) in connessione alla costituzione di Zenone (tradata in C. 4.66.1 [a. 476-484] e ricordata in *Iust. inst.* 3.24.3) che ne chiarì natura ed assetto, ma senza imporne – nonostante quanto scriveva, sulle orme di Pivano, G. CENCETTI, *Il contratto di enfiteusi nella dottrina dei glossatori e dei commentatori*, Bologna, 1939, p. 27 s. e nt. 1 – il carattere necessariamente migliorativo, e accennando anzi ai possibili miglioramenti solo in una diversa prospettiva (si vedano, per tutti, P. VOI, *Nuovi studi sulla legislazione romana del tardo impero*, Padova, 1989, p. 69, TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., p. 476, e A. BOTTIGLIERI, *La nozione romana di enfiteusi*, Napoli, 1994, p. 101 ss., in particolare p. 109 s.); ma anche il parlare – da parte di VOLANTE, *op. cit.*, p. 83 – di «modelli contrattuali cui il diritto romano riservava l'appellativo di *inominati*» (che è invece, come noto, dizione non tanto romana in senso proprio quanto bizantina, traducendo la terminologia – '*anónima synallágmata*' – introdotta da Stefano); e anche l'identificazione (in VOLANTE, *op. cit.*, p. 443) dell'obbligazione del venditore, a Roma, in quella di «trasferire il bene oggetto del contratto al compratore, affinché questi possa acquistarne la proprietà»: terminologia che – rispetto a quella ormai usuale presso i romanisti, incentrata sull'obbligo di garantire il pacifico godimento del bene compravenduto – mi sembra introdurre maggiori ambiguità, privilegiando l'elemento del trasferimento e del suo essere orientato a consentire l'acquisto del *dominium*.

²⁸¹) Come è già nell'assunzione dell'assetto contrattuale giustiniano a regime romano *tout court*, percependo così solo il profilo, ultimo e pietrificato, di un'esperienza quantomai viva e articolata, che attraverso un plurisecolare rovello giurisprudenziale aveva approntato diversi approcci teorici e molteplici piani di temperamento della tipicità negoziale.

²⁸²) Del che è conferma, sia pure a un livello concettualmente meno impegnativo, l'adozione di variazioni medievali di parole latine (si parla ad esempio di contratti '*literis*' anziché '*litteris*', di patti aggiunti '*incontinenti*' e non '*in continentis*'), ma anche – e qui la scelta appare meno neutra (o almeno tale si è rivelata in passato: basti pensare al contrasto fra Savigny e Hugo [su cui, per tutti, P. CAPPELLINI, *Systema iuris. II. Dal sistema alla teoria generale*, Milano, 1985, p. 45 ss.] circa la legittimità di richiamare i frammenti del Digesto, come ancora fa Volante, quali '*leges*') – la modalità di citazione dei passi del *Corpus iuris*, spesso ricalcata su quella dei glossatori e non sugli usi oggi correnti. Più in generale, non si può ovviamente rimproverare a Volante quel che già rilevava, senza toni critici, Mario Talamanca nel discutere un altro volume dedicato a una storia delle dottrine contrattuali esterna al mondo romano (si veda M. TALAMANCA, *rec.* a NANZ, *Die Entstehung des allgemeinen Vertragsbegriffs*, cit., in «BIDR.», LXXXVIII, 1985, p. 417), ossia che «la valutazione globale del sistema contrattuale romano sia fortemente condizionata dallo sguardo necessariamente fissato sugli sviluppi successivi».

Prima di tornarvi, preme però spendere ancora qualche parola su un altro punto, anch'esso specifico, eppure tale da segnare di sé ogni più generale considerazione. Mi riferisco al titolo del libro di Volante – a un tempo evocativo e (così sembra) rigoroso, ma che suscita, a ben vedere, qualche motivo di dubbio per quanto concerne sia il sottotitolo²⁸³ (in bilico fra un'incompleta indicazione di tematiche assunte come centrali nella trattazione, e un'imperfetta simmetria fra i due momenti giurisprudenziali di cui sono ripercorsi gli apporti)²⁸⁴, che, e a maggior ragione, il titolo propriamente detto. Vi dominano due concetti: quello di «sistema» e quello di «diritto comune». Il primo, come accennato²⁸⁵, anticipa in modo perspicuo ricorrenti scelte operate più tardi, tese – sia nell'intitolazione di capitoli e paragrafi, che nel merito dell'analisi – a valorizzare l'impianto maggiormente organico che la disciplina della fenomenologia contrattuale avrebbe assunto nell'esperienza di glossatori e ultramontani. Si tratta tuttavia di un impianto che non in tutti gl'interpreti rivela agevolmente le sue linee portanti o la sua cifra unitaria²⁸⁶, e che in ogni caso deve misurarsi con uno stile di lavoro cui è sconosciuta – come ammette lo stesso Volante²⁸⁷ – «la generalità della regola»²⁸⁸. A mio avviso l'uso della nozione di «sistema» – almeno per come, a partire dal pensiero teologico moderno²⁸⁹, la concepiamo oggi – costituisce quindi operazione tutt'altro che neutra o scontata, ed esige, anche in riferimento all'esperienza post-irneriana, cautele non minori che per il lavoro giurisprudenziale antico²⁹⁰. E se insistere sull'assetto maggiormente coeso ed organico in cui sfociò la rimeditazione dei materiali giustinianei può contribuire a collocare nella giusta luce l'originalità e lo spessore

²⁸³) «Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e ultramontani».

²⁸⁴) Nel senso che si tratta di due fra le tematiche più rilevanti affrontate nel libro, ma che né ne esauriscono le prospettive teoriche su cui sono ripercorse le analisi di glossatori e ultramontani, né si lasciano rispettivamente ricondurre all'alterità delle impostazioni di questi ultimi – se infatti al piano strutturale si rivolgono principalmente i *doctores antiqui*, non è altrettanto vero che alla problematica della «individuazione del tipo» si dedicano esclusivamente i maestri d'oltralpe.

²⁸⁵) *Supra*, § 2 e nt. 24.

²⁸⁶) Frequente è ad esempio il rilievo, nei confronti di Piacentino, di offrire in modo alquanto farraginoso (o comunque intessuto di ulteriori frantumazioni problematiche) spunti che trovano altrove una più compiuta e ordinata esposizione (così in VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., in particolare p. 32 s., 71, 77 s., 81 s., 84 s., 90, 119 ss., 125 ss., 130). Ne emerge fra l'altro un profilo intellettuale di questo giurista assai meno elevato di come lo proponga, ad esempio, V. PIANO MORTARI, *Aspetti del pensiero giuridico medievale. Corso universitario*², Napoli, 1979, p. 70 s. (che ne parla come di una «personalità fuori del comune», con oltretutto una spiccata «vocazione filosofica»).

²⁸⁷) *Il sistema contrattuale*, cit., p. 59.

²⁸⁸) Né invero poteva essere troppo diversamente, atteso come l'impegno interpretativo si svolgesse in stretta aderenza a un testo – quello giustiniano – sul cui carattere alluvionale tante volte insiste Volante, sia pure per contrapporvi (*supra*, *loc. ult. cit.*) un approccio, da parte di glossatori e ultramontani, configurato in termini molto più «sistematici» (direi anche: troppo «sistematici»).

²⁸⁹) Il riferimento è in particolare, sin dai tempi di Otto Ritschl, all'uso di 'systema' in Melantone: M.G. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto. I. Dalle origini alla scuola storica*, Torino, 1968, p. 33 ss. Sulle «apparizioni sporadiche» del termine «sistema» nella giurisprudenza anteriore alla civilistica tedesca dell'ottocento, per tutti, P. CAPPELLINI, *Systema iuris. I. Genesi del sistema e nascita della «scienza» delle Pandette*, Milano, 1984, in particolare p. 3 ss.

²⁹⁰) Per il quale si vedano fra gli altri – dopo le impostazioni sin troppo fiduciose di un Giorgio La Pira (*La genesi del sistema nella giurisprudenza romana. I. Problemi generali*, in «Studi F. Virgili», Roma, 1935, p. 159 ss.; II. *L'arte sistematrice*, in «BIDR.», XLII, 1934, p. 336 ss.; III. *Il metodo*, in «SDHL.», I, 1935, p. 319 ss.; IV. *Il concetto di scienza e gli strumenti della costruzione scientifica*, in «BIDR.», XLIV, 1936-37, p. 131 ss.), e al di là delle ulteriori articolazioni in cui il lavoro «sistemático» (anche) romano deve essere ripartito secondo L. LANTELLA, *Il lavoro sistematico nel discorso giuridico romano (Repertorio di strumenti per una lettura ideologica)*, in F. BONA, F. GALLO, F. GORIA, L. LANTELLA, M. SARGENTI, N. SCAPINI, P.L. ZANNINI, *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino, 1976, p. 13 ss. –, F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Rechts*, München, 1934, trad. it. – *I principii del diritto romano* –, Firenze, 1946, rist. Firenze, 1995, p. 46 ss., V. ARANGIO-RUIZ, «*Societas re contracta*» e «*communio incidens*», ora in *Scritti di diritto romano*, III, Napoli, 1977, p. 49, G. SCHERILLO, *Il sistema civilistico*, in «Studi V. Arangio-Ruiz», IV, Napoli, 1953, p. 445 ss., T. VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz*, München, 1953, trad. it. – *Topica e giurisprudenza* –, Milano, 1962, p. 49 ss., G. SCHERILLO, *Gaio e il sistema civilistico*, in «Gaio nel suo tempo. Atti del simposio romanistico», Napoli, 1966, p. 144 ss., G. GROSSO, *Problemi sistematici nel diritto romano. Cose-contratti* (cur. L. LANTELLA), Torino, 1974, *passim*, L. RAGGI, *Il metodo della giurisprudenza romana*, in *Scritti*, Milano, 1975, in particolare p. 168 ss., CAPPELLINI, *Systema iuris*, I, cit., in particolare p. 8, ove ulteriore bibliografia, V. SCARANO USSANI, *L'ars dei giuristi. Considerazioni sullo statuto epistemologico della giurisprudenza romana*, Torino, 1997, p. 11 s., e F. CUENA BOY, *Sistema jurídico y derecho romano. La idea de sistema jurídico y su proyección en la experiencia jurídica romana*, Santander, 1998, *passim*.

dei *doctores* medievali, e della loro sensibilità al fenomeno giuridico fondamentalmente inteso come 'ordo iuris'²⁹¹ – porre troppo l'accento, sin dal titolo, su quell'elemento senza dar conto della portata entro cui assumerlo, può ingenerare più di un equivoco.

Perplessità diverse suscita il richiamo alla nozione (già in sé, almeno nella dimensione temporale su cui proiettarla, non del tutto incontrovertibile)²⁹² di «diritto comune». Perplessità che si traducono sostanzialmente nella percezione di una promessa non mantenuta, allorché il lettore si avvede²⁹³ che dei due livelli a cui si esprime quel carattere «comune» (transnazionalità e duplicità di dimensioni giuridiche, civile e canonica) solo il primo può dirsi coinvolto nel concreto della trattazione. E così, se il riferimento, nel titolo, a una categoria pur anch'essa tutt'altro che univoca come quella di «classico»²⁹⁴ vale a fornire una qualche delimitazione cronologica, con cui collima la successiva dichiarazione²⁹⁵ di arrestare l'analisi alle soglie dell'età del commento, più singolare appare annunciare una monografia dedicata a un problema di «diritto comune», di cui è però programmaticamente ignorata la disciplina sul piano del diritto canonico²⁹⁶.

A parte la (parziale) incongruità fra il titolo e l'effettivo contenuto, quest'ultima scelta mi sembra partecipare di un orientamento più generale che percorre il libro, al quale abbiamo più volte accennato²⁹⁷ e su cui conviene infine soffermarsi. Mi riferisco a quell'estrema selezione d'indagine a cui costantemente si ispira l'autore, nell'evidente predilezione per l'acribia dello scavo tecnico piuttosto che per l'ampiezza della contestualizzazione storica. L'obbiettivo dello studioso è ininterrottamente messo a fuoco sul vivo delle problematiche giuridiche racchiuse in una determinata stagione: ogni elemento ad esse collegato, ma non strettamente scaturente dall'elaborazione civilistica svolta nelle fonti selezionate, o svanisce allo sguardo oppure si defila, sfocato, in un'ombra di pro-

²⁹¹) Questo, come noto, il tratto saliente che dell'esperienza medievale ha più volte posto in luce Paolo Grossi, soprattutto in *L'ordine giuridico medievale*, cit., *passim*, in particolare p. 13 ss.: ma si veda anche l'insistenza di E. GENTA, *Appunti di diritto comune*, Torino, 1995, p. 41, sulla 'ordinatio ad unum' propria del sapere (non solo) giuridico nel medioevo, nonché l'attenzione di PIANO MORTARI, *Aspetti del pensiero giuridico medievale*, cit., p. 108 s., all'idea, propria dei glossatori, «del diritto come complesso coordinato ed armonico di norme» – il che peraltro è giustamente distinto dall'esistenza, non ravvisabile in quell'età, di «visione sistematiche» del tipo di quelle che si affermeranno nel '600 e '700.

²⁹²) Si riferiscono al *ius commune* essenzialmente come a un'esperienza propria del diritto medievale, a partire dalla rinascita bolognese, fra gli altri, G. ERMINI, *Ius commune e utrumque ius*, ora in *Scritti di diritto comune*, Padova, 1976, p. 6 ss., E. BESTA, *Introduzione al diritto comune*, Milano, 1938, in particolare p. 7 ss. e 25 ss., G. CALASSO, *Introduzione al diritto comune*, Milano, 1951, *passim*, in particolare p. 34 ss., e GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., p. 8, 227 ss. Più ampia la prospettiva cronologica in altri scritti degli stessi Calasso (*Diritto comune*, pubblicato anonimo in «Dizionario enciclopedico italiano», III, Roma, 1956, ora in *L'unità giuridica dell'Europa*, Catanzaro, 1985, p. 157), Ermini (*Diritto comune*, in «NNDI», V, Torino, 1960, ora in *Scritti di diritto comune*, cit., p. 119) e Grossi (nel concreto di indagini come *Locatio ad longum tempus. Locazione e rapporti reali di godimento nella problematica del diritto comune*, Napoli, 1963, ove si parla senz'altro [op. cit., p. 10] «del grande arco storico del diritto comune», in cui ancora ben si iscrive l'opera di un Mantica o di un de Molina, e *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie nel diritto comune*, Milano, 1960, di cui si veda in particolare l'ultimo capitolo), nonché in L. LOMBARDI, *Saggio sul diritto giurisprudenziale*, cit., in particolare p. 83 s., H. COING, *Europäische Privatrecht. I. Alteres Gemeines Recht (1500 bis 1800)*, München, 1985, *passim*, in particolare p. V, M. BELLOMO, *L'Europa del diritto comune*⁶, Roma, 1993, p. 8 ss., e GENTA, *Appunti di diritto comune*, cit., *passim*, in particolare p. 5, 25 ss. e 41.

²⁹³) E ciò accade assai presto: si veda già VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 19 nt. 26.

²⁹⁴) Già nella etimologia (segnata da un «razzismo di classe», secondo R. BARTHES, *L'ancienne rhétorique*, Paris, 1970, trad. it. – *La retorica antica*⁶ –, Milano, 1991, p. 30 nt. 2), e comunque destinata a sollevare più di un dubbio nella sua applicabilità a segmenti della storia giuridica – per l'esperienza antica ho in mente soprattutto ORESTANO, *Introduzione*, cit., p. 535 s. e 546 ss., A. SCHIAVONE, *Un'identità perduta: la parabola del diritto romano in Italia*, in «Stato e cultura giuridica in Italia dall'unità alla repubblica» (cur. A. SCHIAVONE), Roma-Bari, 1990, p. 285 ss., M. BRETONI, *Il «classico» e la giurisprudenza*, in «Labeo», XLV, 1999, p. 7 ss., e F. DE MARINI, C. LANZA, *Critica testuale e studio storico del diritto*³, Torino, 2001, p. 169 s.

²⁹⁵) In VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 18 s.

²⁹⁶) Quasi verrebbe, di nuovo, da ironizzare un poco, pensando, pur con esiti rovesciati, a una bizzarria del tipo di quella – a suo modo geniale (nel suo «essere onestamente disonesti», come scrive ECO, *Postille a «Il nome della rosa»*, cit., p. 507) – che induceva Dumas a intitolare un romanzo «I tre moschettieri» quando al centro di esso sarebbe stata la storia del quarto.

²⁹⁷) In questo paragrafo, ma anche *supra*, § 2.

blemi dibattiti realtà forse presupposti ma mai espressamente affrontati.

L'approfondimento delle tecniche di approccio ai testi²⁹⁸ su cui si esercitava l'*interpretatio*; i rapporti con la teologia e la logica coeva (la logica nella sua stagione d'oro, nel cui alveo trovavano sviluppo anche questioni linguistiche dalle molteplici implicazioni filosofiche e persino politiche)²⁹⁹; la relazione fra certe scelte di fondo o certe puntuali soluzioni e gli orientamenti che negli stessi anni andavano delineandosi nell'ambito del diritto canonico³⁰⁰; i possibili nessi fra le peculiarità di quel lavoro specialistico e le caratteristiche degli ambienti materiali e culturali in cui vissero i suoi autori, e quindi una diversificata, complessiva ricostruzione dei singoli profili intellettuali dei giuristi richiamati³⁰¹; l'alterna fortuna goduta dai prodotti teorici di quell'impegno nelle vicende della dottrina posteriore, almeno fra età del commento e scuola dei culti; la ricchezza dei dibattiti storiografici che, rispecchiando talora più generali visuali del fenomeno giuridico, si sono sedimentati attorno alla vicenda giurisprudenziale al centro del libro³⁰² – tutto ciò diletta decisamente sullo sfondo della ricognizione di Volante.

Ovviamente, l'opzione non ha in sé niente di censurabile, e partecipa anzi di quelle scelte – legittime e inevitabili – che ogni autore opera, secondo personali inclinazioni culturali, anche per contenere il dilatarsi della ricerca e porre in maggior luce gli aspetti stimati essenziali. Ed è un'opzione che in più punti si rivela efficace: snellita da minuziose discussioni della bibliografia moderna o da devianti digressioni di storia esterna, l'analisi procede spedita sulle fonti, attraversate da uno sguardo il più possibile radente rispetto a prospettive e concetti propri di glossatori e ultramontani (ma che non per questo – abbandonata ogni assurda pretesa di «nudismo giuridico»³⁰³ – si rinuncia a ricomporre entro schemi più generali e dogmaticamente corpositi). Il lavoro degli interpreti medievali – non frantumato in una galleria di biobibliografie – è così ripercorso nella sua dimensione corale ma anche fortemente controversiale, negli itinerari non univocamente lineari che ne segnano lo sviluppo³⁰⁴, nelle cesure che ne scandiscono la storia ma che pure non è dato guardare sotto il segno di assolute alterità³⁰⁵, nelle inedite concettualizzazioni e discipline alle quali esso dà vita rispetto al ma-

²⁹⁸ In primo luogo, evidentemente, romani, ma di cui dovrebbe essere valorizzata la sottesa, pluriscolare trama di pensiero, e quindi anche lo strumentario concettuale e terminologico messo poi a frutto – non invariato nella sostanza – da glossatori e ultramontani.

²⁹⁹ Sull'assoluta preminenza che dall'inizio del XII secolo (il secolo, a tacer d'altro, di Abelardo) la logica assunse nel quadro dei saperi medievali, per tutti, M.M. TWEEDALE, *Logica: dalla fine dell'XI secolo al tempo di Abelardo*, in «Logica e linguaggio nel medioevo» (cur. R. FEDRIGA, S. PUGGIONI), Milano, 1993, p. 71 ss. Per le implicazioni cui accenno nel testo, si pensi solo, ancora una volta, ai termini in cui si protrasse la contrapposizione fra nominalisti e realisti, anche nelle sue connessioni con la problematica degli «universalisti». Sull'uso, da parte dei glossatori, «degli strumenti – particolarmente di indole logica – che la cultura filosofica offriva», GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., p. 159, ove bibliografia. Sull'influenza della logica aristotelica come già percepibile in Imerio, G. OTTE, *Dialektik und Jurisprudenz. Untersuchungen zur Methode der Glossatoren*, Frankfurt am Main, 1971, p. 22 s., e FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*, cit., p. 322.

³⁰⁰ Per la verità, non manca chi – come GENTA, *Appunti di diritto comune*, cit., p. 28, ove bibliografia – segnali la scarsa attenzione dei primi glossatori per la realtà del diritto canonico, ma per ribadire più tardi (p. 44) come quest'ultima dimensione giuridica costituisse una «componente essenziale del sistema del diritto comune».

³⁰¹ Ricostruzione che peraltro non appare né impossibile né priva di rilievo: basti vedere PIANO MORTARI, *Aspetti del pensiero giuridico medievale*, cit., p. 61 ss.

³⁰² Qualche cenno in tal senso emerge di rado, come nel richiamo iniziale, e piuttosto generico, alle impostazioni che, ancorate alla rigida polarità «tipicità»/«atipicità» e «formalismo»/«consensualismo», hanno offerto dell'elaborazione medievale dei *pacta* letture diverse ma, a detta del nostro autore, parimenti insoddisfacenti: si veda – in riferimento a VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 5 ss., in particolare 9 ss. – *supra*, § 2.

³⁰³ L'espressione – impiegata contro chi «pur di evitare la terminologia tecnica della odierna dogmatica, non si periti di promuovere la babele delle lingue fra i giuristi storici e gli altri» – è di E. BETTI, *Falsa impostazione della questione storica dipendente da erronea diagnosi giuridica*, in «Studi Arangio-Ruiz», IV, cit., p. 88. Per un'autorevole critica, da parte di uno storico del diritto medievale e moderno, circa simili, e ben note, posizione di Betti, si veda tuttavia B. PARADISI, *Sulla proposta di bipartizione dell'attuale insegnamento della storia del diritto italiano*, ora in *Apologia della storia giuridica*, cit., p. 292 ss.

³⁰⁴ Si veda in particolare VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 5 ss.: cfr. *supra*, § 2.

³⁰⁵ Il riferimento è soprattutto alla polarità, ridimensionata nella sostanza ma assunta come spartiacque nella stessa struttura del libro, fra glossatori e ultramontani (si veda in particolare VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p.

teriale normativo su cui si esercita³⁰⁶. E particolarmente brillante risulta quest'approccio di Volante soprattutto laddove il dettaglio svela una visione d'insieme, ossia l'accurata ricostruzione di uno specifico problema – operata tutta all'interno delle configurazioni dei vari *doctores* – consente di restituire le più generali prospettive, peculiarmente medievali, che vi erano dietro³⁰⁷.

Si tratta di esiti alquanto felici, quali certo già lo stato delle stesse fonti non consente sempre di raggiungere; a tratti sembra però che lo stesso studioso che le interroga rinunci a porre loro le domande fondamentali – è il caso, già sfiorato, del problema del perché la nozione di 'pactum' abbia spodestato, agli occhi dei nostri interpreti, quella di 'conventio' quale *genus* degli accordi giuridicamente rilevanti³⁰⁸. Ma soprattutto non mancano, altrove, momenti in cui l'opzione poc'anzi richiamata comporta anche fatiche ed aridità espositive, sottovalutazione o scarsa comprensione delle peculiarità dei testi oggetto della *interpretatio*³⁰⁹ medievale, vaghezza di discussioni bibliografiche, e soprattutto povertà di respiro storico, scarsa contestualizzazione della vicenda descritta in una temperie culturale non priva di echi in certe sue soluzioni tecniche, come anche in un *continuum* giuridico cui solo si guarda nella sommaria polarità «medievale»/«moderno»³¹⁰. L'esemplare solitudine in cui viene descritto e seguito, quasi scarnificato, l'impegno dei giuristi del periodo prescelto³¹¹ comporta così, in più occasioni, una restituzione mutila e fredda delle sue premesse e dei suoi esiti – neutralizzati in una storia d'idee fuori dal tempo, su cui nessuna presa parrebbero avere, anche laddove l'evidenza dei testi è in senso ben diverso, i dibattiti fra nominalismo e realismo³¹², gli insegnamenti in genere della dialettica³¹³, le ascendenze teologiche³¹⁴, per non parlare degli eventi materiali e de-

342 ss.), ma da considerare è anche la «forte discrasia nei metodi interpretativi e nelle finalità dogmatiche tra i glosatori di un primo e di un secondo periodo», su cui insiste VOLANTE, *op. cit.*, p. 263 ss.

³⁰⁶ Basti pensare, con le molte divergenze che in merito ai vari punti abbiamo visto svilupparsi fra i *doctores*, alla stessa centralità attribuita alla nozione di 'pactum', alla teorizzazione dei suoi 'vestimenta' (in gran parte ricalcata sulle forme gaiane di conclusione del contratto, ma in esse non esaurentesi, e comunque tale da consentire di munire di azionabilità una gamma di accordi più vasta che nell'esperienza antica), alla nuova portata conferita alla diarchia fra contratti *iuris civilis* e *iuris gentium*, alla nozione di 'certitudo' cui si dà vita muovendo dalle previsioni romane in tema di 'id quod interest', al nuovo peso «sistematico» assunto dal 'nomen contractus', alle costruzioni inedite in tema di dolo, all'impiego talora eterodosso dell'*agere praescriptis verbis*, alla portata non del tutto tradizionale che veniva a configurarsi per la classificazione dei contratti in unilaterali e sinallagmatici e dei patti in aggiunti *in continenti* ed *ex intervallo*, agli approfonditi dibattiti attorno all'operatività del *pactum de non petendo* come luogo di riscontro del ripensamento circa la contrapposizione antica fra *obligatio civilis* e *obligatio naturalis*.

³⁰⁷ Penso soprattutto ai più generali tratti dell'esperienza giuridica medievale che emergono dalla trattazione del dolo, e in genere di quella che qualificiamo patologia del contratto (si veda VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 66 ss.) e da quella, più volte richiamata, attorno all'efficacia del *pactum de non petendo*, per come dibattuta da glossatori e ultramontani.

³⁰⁸ Altro è infatti comprendere le modalità – non prive di interesse, come verificato – con cui tale svuotamento concettuale della categoria di 'conventio' sia avvenuto a beneficio di quella di 'pactum', e chiedersi per quale ragione – fosse anche solo quella di garantirsi un maggior spazio di libertà costruttiva rispetto alle fonti romane – questo sia avvenuto.

³⁰⁹ A entrambi gli aspetti abbiamo accennato *supra*, nella prima parte di questo paragrafo.

³¹⁰ Più spesso, semplicemente, «medievale»/«attuale», ove l'approssimazione di una storiografia fatta di salti ben si riflette nell'univoca esaltazione delle difformità morfologiche in cui si risolve ogni confronto.

³¹¹ Quale davvero assume, alle orecchie del romanista, il tono poco suadente di una schulziana «Isolierung»: uno dei preconcetti (un «postulato», secondo M. BRETONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*², rist. Napoli, 1984, p. 340 ss.) che hanno a lungo gravato sui nostri studi, e che – forse mai pienamente bandito, nella sostanza, anche da questi ultimi – non vorremmo veder affacciarsi in altri ambiti della storiografia giuridica.

³¹² Volante vi dedica un cenno fugace (*Il sistema contrattuale*, cit., p. 359), ripercorrendo una critica del Baldovini, ma senza affatto soffermarsi – neppure laddove il problema tecnico che affronta è quello del 'nomen (contractus)' – sulla centralità che quella contrapposizione assunse nella cultura coeva.

³¹³ Un richiamo alquanto circoscritto si trova in VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 24 s. nt. 8, ove bibliografia. Ma si tratta di profili che avrebbero forse meritato un'indagine assai più puntuale, come quella che ad esempio, in riferimento all'elaborazione di Piacentino in materia di usufrutto, offre ROSSI, «*Duplex est ususfructus*», cit., I, p. 98 ss.: ma si vedano anche, più in generale, OTTE, *Dialektik und Jurisprudenz*, cit., *passim*, in particolare p. 21 ss., W.C. KNEALE, M. KNEALE, *The Development of Logic*, Oxford, 1962, trad. it. – *Storia della logica* –, Torino, 1972, p. 238 s., F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*², Göttingen, 1967, trad. it. – *Storia del diritto privato moderno con particolare riguardo alla Germania* –, I, Milano, 1980, p. 71 ss., ove altra

gli scenari economici che si aprivano attorno a quel lavoro di specialisti³¹⁵. Ed è un isolamento che conduce persino a frantumare³¹⁶, all'interno dello stesso fenomeno giuridico, quello che in età medievale era percepito come intimamente unitario, secondo una prospettiva – che è anzi peculiarissima di quell'esperienza – in cui elementi di «validità» ed «effettività» risultavano inscindibili rispetto a un'*aequitas* articolata nelle componenti³¹⁷ e pervasiva nelle esplicazioni nei campi propri del diritto³¹⁸.

bibliografia, e PIANO MORTARI, *Aspetti del pensiero giuridico medievale*, cit., p. 57 ss.

³¹⁴) Anche laddove ci si imbatte in quelle nozioni di '*substantialia*', '*naturalia*' e '*accidentalìa*', che non solo erano destinate a profilarsi, qualche generazione più tardi, in particolari rapporti con la stessa teorica dei '*vestimenta*' (penso all'idea, rinvenibile nel *Tractatus de pactis* di Baldo, secondo cui '*natura sola operatur in generando, accidens in vestiendo*', sulla quale si sofferma ad esempio BIROCCHI, *Tra tradizione e nuova prassi giurisprudenziale*, cit., p. 270), ma che soprattutto svelano profondi radicamenti – oltre che nell'influenza aristotelica, su cui insiste FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*, cit., p. 319 ss., ove altra bibliografia – nella cultura teologica (lo ha dimostrato, come già ricordato, GROSSI, *Sulla 'natura' del contratto*, cit., p. 607 ss., in particolare p. 614 ss.). Per una decisa affermazione – pur all'interno di un'indagine che mira a isolare, dichiaratamente, il lavoro della scienza giuridica dal contesto economico in cui venne a operare (cfr. *infra*, nt. seguente) – della necessità di prestare attenzione alla dimensione canonica e alle riflessioni dei moralisti cristiani, si veda lo stesso GROSSI, *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 22 ss. e 27 ss.

³¹⁵) Realtà su cui il lavoro di Volante, costantemente realizzato sul filo delle costruzioni teoriche dei vari *doctores*, ha ben poche occasioni di aprirsi, e che comunque non sembrerebbero tali da poter direttamente e diffusamente incidere, almeno a simili livelli di approfondimento specialistico, su quelle impostazioni. Nessuna incoerenza – del tipo di quella che B. PARADISI, *Indirizzi e problemi della più recente storiografia giuridica italiana*, ora in *Apologia della storia giuridica*, cit., p. 253, rimproverava a Grossi (in riferimento alle sue *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie*, cit., *passim*, ove si giustificava «un'indagine costruita sull'unica fonte della dottrina, dopo che si è esplicitamente riconosciuto che quella dottrina non è soltanto promossa da una logica interna ... ma dalla necessità di offrire soluzione entro un ambiente storico, cioè sociale e politico, determinato») – può essere in questo senso addebitata a Volante.

³¹⁶) In particolare nella trattazione iniziale della nozione di '*pactum*' (si veda VOLANTE, *Il sistema contrattuale*, cit., p. 21 ss.), quale troverebbe il suo primo riconoscimento – ma anche la preclusione a una sua analisi strutturale – nella dimensione dell'*aequitas*, considerata da Volante (si veda *op. cit.*, in particolare p. 47, 64) nei termini di una «giuridicità fattuale», quale determinerebbe una «percezione atecnica» della figura in esame, e a cui è giustapposta, in una perentoria alterità, la '*ratio iuris*' (*ratio dello strictum ius*), irriducibile nelle forme della legalità moderna, ma pure tale da introdurre quel momento della qualificazione del *pactum* già delineatosi come esistente sul piano dell'*aequitas*. Una prospettiva, se ben ne intendiamo il tenore, in cui *aequitas* e *strictum ius* risultano quindi espressive di due sfere affatto distinte – una giuridicità fattuale e una in senso proprio e rigoroso –, che rilevano in momenti e con effetti diversi rispetto alla fenomenologia pattizia.

³¹⁷) Innervata com'è di valori nuovi rispetto all'esperienza romana, dall'*epieikeia* aristotelica (sulla cui rimediazione medievale, per tutti, HORN, *Aequitas in den Lehren des Baldus*, cit., p. 32 s., P.G. CARON, «*Aequitas*» romana, «*misericordia*» patristica ed «*epicheia*» aristotelica nella dottrina dell'«*aequitas canonica*», Milano, 1968, p. 52 ss., ID., *I fondamenti romanistici del concetto di 'aequitas' nella dottrina di Graziano e dei decretisti*, in «Studi E. Volterra», IV, Milano, 1971, p. 4 s., F. D'AGOSTINO, *La tradizione dell'epieikeia nel medioevo latino. Un contributo alla storia dell'idea di equità*, Milano, 1976, *passim*, in particolare p. 26 ss., e P. SILLI, *Equità (storia del diritto)*, in «Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile», VII, Torino, 1991, p. 491 ss., ove altra bibliografia) alle idealità proprie dell'etica cristiana. In particolare, circa la discussa incidenza di queste ultime sulla disciplina, all'interno del diritto canonico e fuori di esso, della materia pattizia, si vedano, fra gli altri, A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione*², IV, Torino, 1893, p. 449 ss., F. SPIES, *De l'observation des simples conventions en droit canonique*, Paris, 1928, *passim*, M. ROBERTI, *L'influenza cristiana nello svolgimento storico dei patti nudi*, in «Cristianesimo e diritto romano», Milano, 1935, p. 87 ss., in particolare 92 ss., BUSSI, *La formazione dei dogmi*, II, cit., in particolare p. 4 e 8, P. FEDELE, *Considerazioni sull'efficacia dei patti nudi nel diritto canonico*, in «AUMA.», XI, 1937, p. 115 ss., ove bibliografia, CALASSO, *Il negozio giuridico*, cit., p. 262 ss. e 276 s., SCAVO LOMBARDO, *Buona fede. La tradizione canonistica*, cit., p. 673, DILCHER, *Der Typenzwang*, cit., p. 271 ss. e 281 ss., P. BELLINI, *L'obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico classico (con particolare riferimento ai secoli XII e XIII)*, Milano, 1964, *passim*, in particolare p. 8 ss. e 526 s., ASTUTI, *Contratto (diritto intermedio)*, cit., p. 774 ss., FEDELE, *Lo spirito del diritto canonico*, cit., p. 697 ss., BIROCCHI, *Saggi sulla formazione storica*, cit., p. 150 ss., ove bibliografia, ID., *Tra tradizione e nuova prassi giurisprudenziale*, cit., p. 296 ss., D'ANGELO, *Promessa e ragioni del vincolo*, I, cit., p. 118 ss., e GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, cit., in particolare p. 217 ss., ove altra bibliografia.

³¹⁸) Sulla percezione, nell'esperienza medievale, dell'*aequitas* e del *ius strictum* come elementi difficilmente scindibili, nel senso che la prima non può configurarsi come «un principio esterno e superiore al diritto positivo», si vedano fra gli altri B. PARADISI, *Storia del diritto, dogmatica e sociologia*, ora in *Apologia della storia giuridica*, cit., p. 397, ma anche GROSSI, *Ricerche sulle obbligazioni pecuniarie*, cit., p. 135 ss., in particolare p. 140 (su *aequitas* e *ius strictum* come «espressione di un unico sistema normativo»), e PIANO MORTARI, *Aspetti del pensiero giuridico medievale*, cit., p. 51 (che parla dell'*aequitas* come «criterio imprescindibile ... per la valutazione intrinseca di tutto il diritto positivo»). Sul ruolo

Isolamenti, scissioni, decontestualizzazioni, alterazioni di qualche tratto saliente dell'esperienza descritta: rischi da cui la realizzazione dell'opzione prima descritta e l'ipertrofia analitica che ne consegue non sempre rendono immune il libro di Volante. Ma motivi di critica che a chi scrive è sembrato di dover segnalare perché congiunti a molti altri di sincera adesione, e perché emersi da una lettura sempre stimolante, prodiga di spunti: la lettura di un vero libro di storia del diritto, costruito sulle fonti e sulla puntuale, complessa disamina delle loro elaborazioni tecniche, e che proprio per questo avremmo voluto ancor più ricco di un respiro che consentisse a una maggior cerchia di studiosi di apprezzarne il rigore e la ricchezza.

lo dell'*aequitas* nella stessa teoria dei *vestimenta*, si veda per tutti, BIROCCHI, *Tra tradizione e nuova prassi giurisprudenziale*, cit., p. 257.
