

SARA PARINI VINCENTI

PACTA SERVABO.

RIFLESSIONI SULLA CATEGORIA GENERALE DEL CONTRATTO¹

Un diritto dei contratti unificato e sistematizzato emerse per la prima volta piuttosto tardi, e più precisamente, nelle opere dei giuristi europei del XVI secolo e di quello immediatamente successivo. Nei secoli precedenti non esisteva un paradigma contrattuale. Anche in età intermedia il momento del consenso appare depresso da una prassi legata all'esigenza che esso si esprima in comportamenti esteriori che si traducano almeno in contratti verbali, o, al limite reali. Lo stato del diritto è, infatti, in linea di massima contrario, all'affermazione del principio dell'efficacia vincolante dei *nuda pacta*. Ciononostante è proprio su di essi che il presente studio si focalizza. I problemi sollevati da questi ultimi, la loro assunzione a categoria centrale dell'intero 'sistema contrattuale del diritto comune' impegnò l'attività ermeneutica di generazioni glossatori e commentatori, costituendo non solo uno degli scenari più idonei per cogliere le novità introdotte dalla scienza giuridica medievale, rispetto al dettato romanistico, ma rappresenta anche tutto l'impegno e la profondità del ragionare dei primi legisti.

Solo con l'affermazione della in una nuova sensibilità umanistica ed il trasferimento del piano del dibattito da quello processuale a quello sostanziale la riflessione cinquecentesca attribuisce concetto di *contractus* di un ruolo centrale quale nozione in grado di fissare una struttura comune che possa essere il presupposto della qualificazione, come contratti, di strutture negoziali diverse. Nel Seicento la discussione apre all'efficacia obbligatoria dei negozi. Fra l'incalzare del fenomeno economico e il silenzio della legislazione si impone così la *scientia juris* per offrire soluzioni pratiche ad esigenze concrete, in un quadro equilibrato in cui l'obbligazione di una parte trovi finalmente la propria ragione d'essere nella corrispettiva obbligazione dell'altra.

Parole chiave: Pactum nudum; Contractus; Ius commune; *Roman–Dutch Law*, *Usus Modernus Pandectarum*

Keywords: Pactum nudum; Contractus; Ius commune; *Roman–Dutch Law*, *Usus Modernus Pandectarum*

1. – Un diritto dei contratti unificato e 'sistematizzato'² emerse piuttosto tardi, e più precisamente, nelle opere dei giuristi europei del XVI secolo e di quello immediatamente successivo. Una prima partizione delle obbligazioni che muovessero dall'*homo*³, anziché dalla *res*, si rinviene, infatti, nelle definizioni del *Commentarius de verbis iuris* di Francois Hotman⁴, nella *Iurisprudentia romana* di Hermann Vultejus⁵ – tutte opere di fine Cinquecento – o, ancora, nel

¹ Il testo riproduce la lezione tenuta presso la Pontificia Università Lateranense, "Pacta servabo". *Qualche considerazione storico-giuridica sulla categoria generale del contratto* (29 Novembre 2016) e ne mantiene lo stile espositivo.

² Circa la possibilità di definire il diritto romano come diritto costruito sistematicamente, vd. M. G. LOSANO, *Sistema e struttura nel diritto. Dalle origini alla scuola storica*, I, Milano 2002², 12 e ss. e spec. 17; mentre sul passaggio dal diritto romano al diritto intermedio, cfr. P. CAPPELLINI, *Dal diritto romano al diritto privato moderno, in Diritto privato romano un profilo storico*, a cura di A. Schiavone, Torino 2003, 453 e ss. Utili riferimenti già prima in ID., *Systema iuris*, I, *Genesi del sistema e nascita della scienza delle Pandette*, Milano 1984. Da ultimo si veda anche ID., *La dialettica della generalizzazione. Negotium e parte generale, in Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazioni storiche e prospettive della parte generale del contratto*, a cura di F. Macario e M.N. Miletti, Milano 2006, 41-48, spec. 43.

³ Folta è la schiera di autori che, non più soggiogati dal principio di autorità, si affannano nella costruzione di un nuovo fenomeno giuridico la cui rappresentazione è tutta nel motto: *author iuris homo iustitiae deus*. Per una lettura del fenomeno vd. V. PIANO MORTARI, *Considerazioni sugli scritti programmatici dei giuristi del secolo XVI*, in *Diritto, logica e metodo nel secolo XVI*, Napoli 1978, 267-300.

⁴ F. HOTMAN, *Commentarius de verbis iuris*, in *Operum* (To. I, pars II), Lugduni, 1599, 603. Per qualche spunto sulla poliedrica personalità dell'Hotman vd. C. PEDRAZZA GORLERO, *Hotman "iconoclasta": diritto e storia nell'Antitribonianus* (1567), in *Il Rinascimento giuridico in Francia. Diritto, politica e storia. Atti del Convegno internazionale di Studi*. Verona 29 giugno-1 luglio 2006, a cura di G. Rossi, Roma 2008, 285-311 e C. CHÉNE, *En relisant François Hotman*, in *Modernisme, tradition et acculturation juridique*, a cura di B. Coppein, F. Stevens, L. Waelkens, Brussell 2011, 97-106.

⁵ *Jurisprudentiae romanae a Justiniano compositae*, Marpurgi 1614², Cap. XXXIX, 20. (La prima edizione è del 1606). Per Vultejus, vd. A. MAZZACANE, *Umanesimo e sistemazioni giuridiche in Germania alla fine del Cinquecento: 'equità' e "giurisprudenza" nelle opere di Hermann Vultejus*, in *Annali di Storia del Diritto* 12-13 (1968-69) 257-319; I. BROCCHI, *Causa e definizione del contratto nella dottrina del Cinquecento (materiali per un corso monografico)*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, Palermo 7-8 giugno 1995, Atti, a cura di L. Vacca, Torino 1997, 189-215, spec. 190 e, più di recente, ID., *Autonomia privata tra ordini e mercato: leggendo Rolandino Domat e Portalis*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema cit.*, 95-137, spec. 114; A. GUZMÁN BRITO, *Para la historia de la formación de la Teoría General del Acto o Negocio Jurídico y del*

Syntagma Iuris Universi di Pierre de Gregoire⁶, pubblicato nel 1606. E questo solo per portare qualche utile esempio, sebbene altri se ne possano fare⁷.

Nei secoli precedenti non esisteva un paradigma contrattuale. La figura del *contractus* come categoria generale era estranea al diritto romano classico che, in quanto sistema giuridico a formazione consuetudinaria, poneva l'accento esclusivamente sul vincolo, sul *contrahere* (*obligationem*), anziché sul 'contratto'⁸. La realtà, cioè, era fatta di costruzioni non omogenee e di soluzioni difformi⁹. Ed è secondo questa impostazione che dobbiamo prendere le mosse dal frammento labeoniano giuntoci attraverso i *libri ad edictum* di Ulpiano¹⁰. Qui la *definitio* di contratto è individuata su di un modello basato sulla reciprocità di obbligazioni (riassumibile nell'idea dell'*ultra citroque obligatio*), ricavato da figure tratte dall'ambito della tipicità. Labeone, in sede di commento edittale, distingue infatti, tra l'*agere*, che si effettua mediante una dichiarazione orale (*verbis*) o con un comportamento concludente (*re*) come nella *stipulatio*, il *contrahere* che si riferisce all'*ultra citroque obligatio*, come l'*emptio*, la *venditio*, la *locatio* e la *societas* (che i Greci chiamano appunto συνάλλαγμα), e il *gerere*, che denota un'attività realizzata totalmente senza parole¹¹.

Mancando una definizione astratta valida per tutti i tipi di negozio¹² i giuristi romani operavano, quindi, su schemi tassativamente elencati dall'ordinamento, cui si affiancavano i negozi solenni (cioè conclusi per mezzo di *stipulatio*) e quelli reali (perfezionati con la consegna del bene) fra i quali si

Contrato, 4: *Los orígenes históricos de la noción general de Acto o Negocio Jurídico*, in *Estudios Histórico-Jurídicos* 26 (2004) 157-254; H. HOTSON, *Commonplace Learning. Romanism and its German Ramifications, 1543-1630*, Oxford 2007, spec. cap. III; S. PARINI VINCENTI, *Transactionis Causa. Studi sulla transazione civile dal tardo diritto comune ai codici. Parte prima. La dottrina dei secoli XV e XVII*, Milano 2011, 141 e ss. Sulla diffusione della cultura culta negli ambienti riformati e sul rapporto storico tra Calvinismo e giurisprudenza C. STROHM, *Ethik im frühen Calvinismus: humanistische Einflüsse, philosophische, juristische und theologische Argumentationen sowie mentalitätsgeschichtliche Aspekte am Beispiel des Calvin-Schülers Lambertus Danaeus*, Berlin-New York 1996. Tale questione viene poi ripresa in un più recente scritto, ID., *Recht und Jurisprudenz im reformierten Protestantismus 1550-1650*, in *ZSS. KA* 92 (2006) 453-493.

⁶ Molte e anche recenti le riletture del *Syntagma Iuris Universi* di Pierre de Gregoire: quale ispiratore di tesi sulla tirannide (D. QUAGLIONI, *Tyrannis*, sciencepoparis8.hautetfort.com/media/02/02/1768748497.pdf), di lavori sulla *compensatio lucri et damni* (P. PICHONNAZ, *Da Roma a Bologna l'evoluzione della nozione di "compensatio ipso iure"*, *ledonline* 2 (2002) 337-350), e persino di studi in tema di diritto commerciale nei Paesi Bassi (B. VON HOFSTRAETEN, *Recording Customs in Early Modern Antwerp, a Commercial Metropolis*, *Journal of the Max Planck Institute for European Legal History* 24 (2016) 288-301).

⁷ Per opere di analogo respiro e della medesima epoca, vd. J. TREUTLER, *Selectae disputationes ad jus civile Justinianaeum quinquaginta libris*, (Marpurgi 1592), edizione consultata Marpurgi 1622 o, ancora, J. BILSTEN, *Iustiniani Institutionum Iuris Civilis libri IV*, Hanoviae 1596.

⁸ Ancora utili P. BONFANTE, *Sulla genesi e l'evoluzione del 'contractus'*, in *Rivista dell'Istituto Lombardo di scienze e lettere* 40 (1907) 888 ss. = *Scritti giuridici vari*, 3, Torino 1921, 135-149; ID., *Sul contractus e sui pacta* in *Rivista di diritto commerciale* 18. I (1920) 353-362; E. BETTI, *Sul valore dogmatico della categoria del contrahere in giuristi proculiani e sabiniani*, in *BIDR* 28 (1915) 3-96; P. DE FRANCISCI, *Synallagma. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, 2, Pavia 1916, 85-329, spec. 321 ss.: Per una rassegna più recente vd. R. MARTINI, *Il mito del consenso nella dottrina del contratto bilaterale romano*, in *Iura* 42 (1991) 97-109; G. MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere. Contributi allo studio del negozio bilaterale romano*, Napoli 1994, 218 ss. e *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, a cura di A. Burdese, Padova 2006, *passim*.

⁹ Come sottolinea Birocchi, un apporto critico ad integrazione della visione prospettica su cui si sviluppa la gestione del diritto presente da parte dello storico è mancato, (ID., *Autonomia privata tra ordini e mercato: leggendo Rolandino Domat e Portalis*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema* cit., 99). Per il contributo dei civilisti, molto più presenti, vd. J. GORDLEY, *The philosophical origins of modern contract doctrine*, Oxford 1991 e P. CARONI, *Die Einsamkeit des Rechtshistorikers: Notizen zu einem problematischen Lehrfach*, Basel-Genf-München 2005.

¹⁰ Una testimonianza celeberrima quella contenuta in D. 50.16.19 (Ulp. 11 *ad ed.*) che, insieme a un brano del *de pactis* (D. 2.14.7.2) è l'unico passo, entro tutti i Digesta, nel quale è fatto richiamo alla nozione di συνάλλαγμα (T. DALLA MASSARA, *Sul responsum di Aristone in D.2.14.7.2 (Ulp. 4 ad ed.) l'elaborazione del concetto di causa del contratto*, in *Le dottrine del contratto* cit.).

¹¹ B. ALBANESE, *Agere, gerere, contrahere in D. 50.16.19, Congesture su una definizione di Labeone*, in *SDHI* 38 (1972), 207 ss.; G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio, Requisiti delle actiones negotiorum gestorium*, Cassino 2003, con bibliografia, 87 ss.; C. PELLOSO, *Le origini aristoteliche del συνάλλαγμα di Aristone*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. Garofalo, 1, Padova 2007, 53.

¹² R. FIORI, *'Contrahere' in Labeone*, in *Carmina Iuris, Mélanges en l'honneur de Michel Humbert*, ed. par. E. Chevreau, D. Kremer, A. Laquerrière-Lacroix, Paris 2012, 311-331, spec. 314.

inseriva anche la sottospecie dei contratti innominati, a loro volta ripartiti nelle quattro categorie del *dare* e del *facere* rispettivamente combinati. In questa ricostruzione, dunque, «il *contractus* era il mezzo per concludere l'obbligazione, ma non l'accordo di volontà»¹³.

Le altre forme negoziali, laddove non solenni, né integranti i casi in cui il pretore concedeva *actio honoraria*, non rientravano nello schema delle *causae obligationum*, ma si qualificavano come semplici *pacta*, accordi informali fra le parti, basati sulla *libertas oris*, per i quali, secondo il *ius civile*, valeva il principio *ex nudo pacto actio non nascitur*. Ciononostante, è proprio sui *pacta* che intendiamo ragionare.

I problemi sollevati da questi ultimi, la loro assunzione a categoria centrale dell'intero 'sistema contrattuale del diritto comune' e quindi anche della loro possibile tutela in via diretta (ovvero non solo a mezzo dell'*exceptio*, ma anche attraverso l'*actio*), che impegnò l'attività ermeneutica di generazioni di interpreti, costituiscono uno degli scenari più idonei per cogliere le novità introdotte, nell'apparente rispetto del dettato giustiniano, da quel laboratorio sapienziale – per usare una felice espressione di Paolo Grossi¹⁴ – che si sviluppa dall'XI secolo in avanti.

Si tratta ovviamente di percorsi che si differenziano tra una personalità scientifica e l'altra, ma che nondimeno consentono di soffermarci su uno dei rapporti forse più controversi che i legisti intrattennero con le fonti romane, sia in relazione alla validità che alla effettività del patto¹⁵, restituendoci tutto l'impegno e la profondità del ragionare del giurista medievale.

2. – Il principio *ex nudo pacto actio non nascitur*, che nel tempo vede in qualche modo attenuarsi la sua rigidità, rimane pressoché inalterato nell'età intermedia e offre parecchi spunti di riflessione alla scuola della Glossa che su di esso va ad elaborare teorie originali¹⁶.

Anche nel Medioevo il momento del consenso appare depresso da una prassi ligia all'esigenza che esso si esprima in comportamenti esteriori che si traducano in contratti verbali, o, al limite, reali. Lo stato del diritto è in linea di massima contrario all'affermazione del principio dell'efficacia vincolante dei *nuda pacta*. Al riguardo è dunque innegabile la linea di continuità con il diritto giustiniano.

Prassi e diritto sembrano, infatti, concordemente rispecchiarsi in questo campo nel pensiero dei primi legisti. Non può sorprendere, quindi, che l'interpretazione della causa, mutuata dall'esegesi di D. 2.14.7.2¹⁷, sia decodificata con la *datio*, ovvero con l'adempimento della prestazione dedotta in atti, piuttosto che con lo scopo del negozio.

¹³ D. POLDNIKOV, *Radici romane del concetto contemporaneo di contratto civile? (a proposito della formazione storica della dottrina contrattuale continentale)*, in *Diritto romano pubblico e privato: L'esperienza plurisecolare dello sviluppo del diritto europeo*. IV Convegno Internazionale di Diritto Romano, Ivanovo-Suzdal'-Mosca, 25-30 giugno 2006, ora in *Diritto@Storia*, 6 (2007) Note-&-Rassegne. Si poi veda anche: *Autor de droits de contracts. Contributions de droits romain en l'honneur de Felix Wubbe*, a cura di P. Pichonnaz, Geneve-Zurich-Bâle 2009 e G. FALCONE, "Obligatio est iuris vinculum", Torino 2003, 166.

¹⁴ Sono parole di Paolo GROSSI, che usa per contrapporsi all'officina della prassi altomedievale (*L'ordine giuridico medievale*, Roma-Bari 1995, 125 ss).

¹⁵ A. ASTONE, *Contratto negozio regolamento: contributo allo studio del negozio unilaterale*, Milano 2008, 8.

¹⁶ Già la cultura longobarda aveva aperto uno squarcio verso l'azionabilità dei patti nudi. Si vedano in proposito le glosse di Carlo di Tocco: *Leges Langobardorum cum argutissimis glossis Caroli de Tocco*, prefazione di G. ASTUTI, Torino 1964, gl. *quantomagis*, Lib. II, *De debitis et quadimoniis*, l. XXVIII, *Si quis ammodo* e, soprattutto, gl. *sicut cui malum*, Lib. II, *Qualiter diversarum legum homines*, l. I, *Sicut consuetudo nostra est*. Per una riflessione in tema e la restituzione integrale del passo della Lombarda, si veda C. STORTI, *Stranieri ed "estranei" nelle legislazioni germaniche*, in *Le relazioni internazionali nell'Alto Medioevo*, Spoleto, 8-12 aprile 2010, Spoleto 2011, 383-436, spec. 431-432 e ntt. 183-184.

¹⁷ C. PELLOSO, *Do ut des e do ut facias. Archetipi labeoniani e tutele contrattuali nella giurisprudenza tra primo e secondo secolo D.C.*, in *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale*, Padova 2011, 90-92, spec. nnt. 4-6.

Il risultato, di per sé, non era errato, semmai corrisponde all'esigenza che la convenzione sia accompagnata dalla sua esecuzione, come testimoniano, sia la *Summa Trecensis*¹⁸, che la *Glossa ordinaria*¹⁹. Con il che non si vuole dire che il sistema sia totalmente chiuso o sordo rispetto alla volontà dei contraenti. Al contrario, si intende far riferimento al principio per cui: *nisi perfecte impleverit ille qui vult agere, actio non datur*.

Quella che si avvia in questi primi anni è, dunque, un'operazione preliminare di chiarificazione: centrale è il problema della riorganizzazione del *praedicamentum contractuum*, in ragione del significato da attribuire al sinallagma, concetto di cui la tradizione medievale sembra essere priva.

Si avverte, infatti, nei testi della Scuola bolognese, la difficoltà a passare dalla percezione del fenomeno nella sua vera identità, che a tratti pure affiora, ad una realtà istituzionale più corposa. Manca una consapevole qualificazione del contratto a favore di un meno difficile inquadramento nella più ampia ed indistinta *species* dei *pacta* delle figure negoziali innominate. E, per quanto una convenzione possa rientrare nello schema 'do ut des' o 'facio ut facias', il problema ruota innegabilmente intorno al 'dare' affinché 'ex quo datur actio actori'²⁰.

Del resto, sia per il diritto romano che per il diritto intermedio, un mero scambio di promesse non avrebbe dato origine ad una obbligazione contrattuale finché uno dei promittenti non avesse cominciato ad adempiere. Solo da questo comportamento concludente sarebbe scaturito il diritto all'azione. Ed è su tale sostrato che si innesta la teoria dei *vestimenta pactorum*²¹.

Quello dei Glossatori fu dunque uno sforzo definitorio 'perimetrale', che per meglio comprendere la materia operò una *summa divisio* fra *pacta nuda* e *vestita*, attribuendo al *pactum* il ruolo di archetipo. I primi, i cosiddetti *pacta nuda*, vennero definiti accordi consensuali, privi di azionabilità, per i quali valeva la regola niente azione, niente protezione. I secondi, cioè quelli definiti *pacta vestita*, vennero

¹⁸ *Causam autem dicimus dationem seu factum vel contractum (Summa Codicis des Irnerius mit einer Einleitung*, ed. H. Fitting, Berlin 1894, 26). La linea di continuità con i testi giustiniani è chiarissima, cfr. ancora PELLOSO, *Do ut des e do ut facias. Archetipi labeoniani* cit., 100-105.

¹⁹ *id est 'datio' vel factum quod vestiet pactionem* (Gl. ad *causa*, D. 2.14.7.2, 186b (tratto da <http://amshistorica.unibo.it/176>). È, infatti, ora possibile la consultazione a livello digitale dell'apparato ordinario al *Corpus Iuris Civilis*, grazie al progetto 'Corpus Iuris on-line'. In particolare, per quanto concerne la Glossa, collegandosi a <http://amshistorica.unibo.it/176>. Per giungere a questo risultato è stata utilizzata una versione del *Corpus Iuris* stampata a Lione in formato in folio negli anni 1558 (volume V in due tomi) e 1560 (volumi I-II-III-IV) per i tipi di Hugues de la Porte (1500-1572). Sulle edizioni di Hugues de La Porte si veda H. BAUDRIER, *Bibliographie lyonnaise. Recherches sur les imprimeurs, libraires, relieurs et fondateurs de lettres de Lyon au XVIe siècle*, VII, Lyon 1908, 300-342 (262-300 per biografia e fonti); *Répertoire bibliographique des livres imprimés en France au seizième siècle. Bibliographie des livres imprimés à Lyon au seizième siècle*, a cura di S. Von Gültigen, Baden-Baden & Bouxwiller 1999, 6, 180-204. Un esauriente resoconto in P. BONACINI, *Historia et ius* 9 (2016) paper 14.

²⁰ Un chiaro esempio viene dalla trattazione della materia transattiva. I glossatori la assoggettavano al medesimo regime dettato per l'osservanza dei patti: l'adempimento era garantito dalla *fides*, dall'*arbitrium* e dall'*auctoritas*. Si escludeva ogni azionabilità in giudizio (*dicimus neque civilem praescriptis verbis, neque pretoriam de dolo oriri debere*); in assenza di elementi esterni a rafforzare l'accordo, la tutela era data solo in via di eccezione (*his rationibus cessantibus, ex pacto transactionis dabitur exceptio*). La motivazione (*est ratio quia*) risiedeva nel fatto che normalmente *actori superest vetus actio ad quam redire potest*; eccezionalmente, quando questa fosse stata, invece, perentoria: *datur ei conditio ob causam contra reum* (AZZONE, *Summa super Codicem*, Papie 1506 (rist. anast. Torino 1966), Lib. II, C. 2.4, *De transactionibus*, 27); ma si veda anche ODOFREDO, *Matura, diligentissimeque repetita interpretatio, in vndecim primos pandectarum libros, De transactionibus Rubrica*, l. *qui transigit*, Lugduni 1550, nn. 1-4, 92. Sull'azionabilità delle fattispecie in esame ancora PELLOSO, *Do ut des e do ut facias. Archetipi labeoniani* cit., 125-145 con un'aggiornata bibliografia ed il mio *Transactionis causa. Transactionis Causa. Studi sulla transazione civile dal tardo diritto comune ai codici* cit., 21 ss.

²¹ Un'eccellente ricostruzione di tale teorica in I. BIROCCHI, *Saggi sulla formazione storica della categoria generale del contratto*, Cagliari 1988, 104-128, e, più diffusamente, in ID., *Causa e categoria generale del contratto, Un problema dogmatico nella cultura privatistica dell'età moderna, I: Il cinquecento*, Torino 1997, 31-94. Un'approfondita analisi del diritto contrattuale intermedio, invece, in R. VOLANTE, *Il sistema contrattuale del diritto comune classico. Struttura dei patti e individuazione del tipo. Glossatori e ultramontani*, Milano 2001. Più di recente, il rapporto tra negozio, contratto e diritto privato, è stato rivisitato da BIROCCHI (*Autonomia privata tra ordini e mercato: leggendo Rolandino Domat e Portalis*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema* cit., 95-137) laddove afferma che la scienza giuridica medievale manifestò un precoce interesse per i tipi ed un'esigenza di ordine rispetto alle infinite varietà di contratti.

strutturati come accordi dotati di azione e, di conseguenza, anche di *causa civilis*. In questo modo i legisti legarono alla possibilità di far valere l'obbligazione in sede processuale il giudizio di meritevolezza da parte dell'ordinamento²².

Si trattava, ovviamente, solo di un tentativo di sistematizzazione di una materia assai contrastata su cui la canonistica aveva da tempo effettuato pregnanti riflessioni²³, che si fondeva con uno strumentario logico dialettico tipico del ragionare di quei secoli su coppie di concetti contrapposti, ma che consentiva comunque di costruire una riflessione valida.

Quel che a noi più preme quale punto fondamentale di questa teoria è la concettualizzazione del rapporto *genus a specie* fra patto e contratto. Il primo – il patto – letto come categoria generale, ma privo di azione; il secondo, il contratto, quale sottospecie dotato di piena effettività.

Quanto alla dicotomia nudo/vestito, il patto nudo, come detto, non aveva efficacia obbligatoria; quello vestito, al contrario, l'aveva, ma solo se accompagnato da un elemento ulteriore in grado di conferirgli tale forza (*re, litteris, verbis, consensu*).

Proseguendo per questa via i Commentatori, pur lasciando inalterato il quadro di fondo, non solo studiarono il *vestmentum* come elemento che aggiungendosi al patto ne garantiva l'obbligatorietà, ma recuperarono anche il concetto di *causa* quale scopo del negozio.

Il negozio divenne la *conventio* per Bartolo, ma soprattutto per Baldo, che riteneva dovesse avere una sua causa non sovrapponibile all'*implementum*. Ma è soprattutto sulle anomalie che costoro si esercitarono.

Perso di vista l'intento di sintesi e la definizione delle categorie contrattuali, l'interprete del Tre-quattrocento fu nel complesso più incline a domandarsi quali fossero le eccezioni al principio di non azionabilità del patto, che a trovare appigli per affermare la regola che permettesse di rendere obbligatoria la nuda pattuizione.

Quel che interessa ai più grandi maestri del diritto comune classico è, in altre parole, vedere come ci si fosse spostati dalla questione dei *vestimenta* alle cosiddette *fallentiae*, in forza delle sollecitazioni provenienti dalla realtà aperta a tutte le fonti del diritto da sistemare secondo i canoni dell'*utrumque ius*. Lunghissimi sono dunque in questi anni gli elenchi.

Nella prima trattazione specialistica in materia – se si esclude la controversa attribuzione della monografia *de pactis* a Baldo²⁴ – Giovan Battista Caccialupi ripercorre tutti gli antichi adagi, spiegando dettagliatamente all'ignaro lettore le ragioni *quod sic et quod non* dell'azionabilità in giudizio degli accordi di autonomia privata.

A tal proposito chiarisce come le

²² Tanto i contratti nominati, quanto gli innominati, nella mentalità dell'uomo medievale, creavano obbligazioni in capo alle parti solo nella misura in cui fosse stato effettuato lo scambio delle prestazioni, cioè quella che abbiamo definito *datio vel factum* (si trattasse di terra, beni o servizi).

²³ Già' HUGUTIO, *Summa Decretorum*, Munchen, BaySB, Clm 10247, 173vb, Gl. *Oportebit absolvere ad Quicumque suffragio: Licet stipulatio non intervenerit obligatur enim nuda promissione saltem et si non civiliter unde tenetur ad promissum persolvendum, arg. hic et infra qu. 5. quia (XII. q.5. c.3) et XVII qu. 1 c.1 et XXVII qu. 1 c. 2 – peccaret enim quis nisi nudum pactum observaret honestum tamen – licet nulla sollempnitas intervenerit. Nota quoad observantiam Deus nullam differentiam vult esse inter simplicem promissionem et iuramentum vel aliter firmatam promissionem ut XXII q. 1 habemus (c. 12) et q. 5 juramenti (c. 12). Sive ergo interveniat stipulatio sive non, promissor non excusatur a peccato nisi adimpleat promissum, si potest. Et est argumentum contra episcopos qui beneficia pro- mittunt quibusdam clericis et postea conferunt illa aliis. Sed numquid de tali nuda pro- missione potest clericus conqueri episcopo? Et dic quod sic nisi forte notetur ambitionis. Sed quam actionem proponet cum ex nudo pacto non oriatur actio? Sed non exigitur ut semper proponatur actio sed simpliciter proponatur factum et postuletur officium iudicis ut ille cogat adsolvendum promissum.*

²⁴ *istud non est pactum nudum sed vestitum robore canonicae sanctionis. tu canistas addis ad vestimenta pactorum quod appellatur vestimentum roboris* (BALDO DEGLI UBALDI, comm ad X. I. 35.1, cap. *Antigonus*, In decretalium volumen commentaria, Venetiis, 1595 [rist. anast. 1971], n. 7, 134).

actionem producant pacta vestita, exceptionem tamen producant quae nuda sunt [...]

rifacendosi a Baldo per le motivazioni.

La *ratio* – per riportare l’opinione del grande commentatore trecentesco – risiede nel fatto che

hic quia in pactis nudis versatur factum nudum, et sine solemnitate iuris, et ideo ius, ut civilis obligatio et actio quae oriuntur ex concursu solemnitatum non nascuntur; naturalis autem obligatio nascitur, et inde exceptio quae sola nititur aequitate [...] et est ratio quia naturalis obligatio pendet a facto et consensu ergo cessante solemnitate iuris eiusdem iuris remedium cessat [...]²⁵

Ma, nel complesso, si tratta di velleitari tentativi di ammodernamento, che tradiscono forti legami con il passato, ancora assai saldi.

Nel Quattrocento, invece, si colgono i primi sintomi di aggiornamento degli strumenti ermeneutici da parte di alcuni giuristi particolarmente impegnati nel tradurre in un sapere positivo le grandi trasformazioni socio-economiche che andavano profilandosi.

Giason del Maino, che opera in questo periodo, e avrà come allievo lo stesso Andrea Alciato²⁶, sarà tra i più prolifici. Egli espone tutte le limitazioni all’improduttività di effetti del patto nudo, enumerandone ben sedici.

La prima è rappresentata dal diritto canonico, improntato ad una maggiore equità del diritto civile. La seconda deroga si ha *in curia mercatorum ubi procedit de bono et aequo*. Negli affari la buona fede è essenziale, e così pure il rispetto della parola data fra soggetti che spesso sono lontani ed appartengono a culture e diritti diversi (*bona fides requirit in iis, qui plurimum negotiantur et in iis non differt pactum nudum a stipulatione*)²⁷. Altre provengono, infine, da motivazioni etiche (*verecundia*), da rimedi specifici (*denuntiatio evangelica*), dal ricorso al Principe o all’Imperatore, che può sancirne l’osservanza, dal *pactum geminatum* o, ancora, dalla possibilità di ottenere comunque il ristoro di quei danni, che la mancata osservanza del patto stesso abbia provocati. Sempre a scopo cautelativo del patto, Giasone, nel commento alle Istituzioni, richiama inoltre l’opportunità di ricorrere alle *actiones in factum*²⁸, ma si tratta ancora solo di intuizioni precorritrici.

3. – Un fondamentale momento di continuità e, al tempo stesso, di innovazione in materia di patti nudi e, più in generale, di obbligazioni da promessa in relazione all’asserzione della piena efficacia

²⁵ GIO. BATTISTA CACCIALUPI, *Tractatus de pactis*, in *Tractatum in utraque tum pontificii, tum caesarei iuris* (To.VI), 8-13r, Venetiis 1584, spec. pars I, n. 2, 9v.

²⁶ Sull’Alciato e la sua opera a parte una serie di contributi dedicati ai singoli aspetti della poliedrica figura accademica e la personalità intellettuale del maestro ‘milanese’, molto diversi per la metodologia seguita e spesso anche risalenti nel tempo, non disponiamo di lavori d’insieme. Possiamo, tuttavia, ricordare un’estesa raccolta svolta A. ROLET et S. ROLET (*textes réunis et édités par*), *André Alciat (1492-1550): un humaniste au confluent des savoirs dans l’Europe de la Renaissance. Actes du Colloque international du Centre d’études supérieures de la Renaissance*, Tours (30 novembre-2 décembre 2010), Turnhout, Brepols, 2013 avente ad oggetto studi sulle opere. Le voci enciclopediche dedicate all’umanista dedicate: G. ROSSI, *sub. voce Andrea Alciato*, in *Enciclopedia Italiana. Ottava appendice. Il contributo italiano alla storia del pensiero. Diritto*, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 2012, 106-109 e A. BELLONI e E. CORTESE, *Alciato (Alciati) Andrea*, in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, diretto da I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M.N. MILETTI, Bologna 2013, 29-32. Da ultimo, vd. *Declinazioni dell’umanesimo giuridico. Diritto e letteratura nel Philargyus di Andrea Alciato, Introduzione a cura di G. ROSSI*, Torino 2016, cun ricca ed aggiornata rassegna bibliografica.

²⁷ GIASON DEL MAINO, *In Primam Digesti Veteris Partem Commentaria*, comm. ad D. 2.14.7 de pactis, l. iurisgentium, § *sed cum nulla*, nn. 4-26, 147v.

²⁸ GIASON DEL MAINO, *De actionibus titulus Institutionum Iustiniani*, comm. ad I. 4.6.11 § *item si quis postulante*, Venetiis 1574, n. 46, 135.

degli uni e delle altre (*ex nuda promissione oritur actio*)²⁹ in contrapposizione al principio vigente in diritto civile, è rappresentato dal diritto canonico.

In netto contrasto con i primi legisti, i canonisti già dal XII secolo avevano asserito, infatti, come la forza giuridicamente vincolante dei vari tipi di patto non dipendesse né da questioni di carattere formale, né dal separato adempimento di una delle parti, quanto, piuttosto, dall'intenzione manifestata dalle stesse al momento della conclusione dell'accordo.

Operando in via interpretativa sulla base del canone Antigonus X.I.35.1 *de pactis* e del canone si cautio X. 2.22.14 *de fide instrumentorum*, erano così arrivati ad ammettere un patto produttivo di azione purché fornito di causa.

Questo principio non ha, dunque, una genesi improvvisa; né reagisce al *ius civile*, ma trova sostegno in una tradizione testuale che affonda le proprie radici in fonti patristiche, sia del Vecchio che del Nuovo Testamento, come ricorda Baldo³⁰.

Indubbiamente, gli interpreti più antichi furono inclini ad edificare le loro costruzioni dottrinarie su fondamenta etiche e, di conseguenza, sulle esigenze ultraterrene di salvezza per ciascun destinatario del precetto morale singolarmente considerato; tuttavia, il significato dogmatico della *nuda promissio* e la sua operatività giuridica sono più complessi.

Ratio peccati, *ratio scandali* e *ratio aequitatis* convergono affinché la volontà interna e il comportamento esterno non divergano fra loro, ed il *promittens* che abbia deliberatamente provocato questa divergenza con il proposito di nuocere al suo prossimo – o, comunque, non l'abbia impedito – non vada esente dalle proprie responsabilità. L'omissione deliberata in un simile contesto ha lo stesso valore, evidentemente, dell'azione consapevole.

Un intero titolo del *Liber Extra* – il *de pactis* – è a ciò dedicato (X. I. 35.1).

La regola morale *alterum non laedere*, che nella materia che ci riguarda si estrinseca nel precetto *ne mentieris*, e nel precetto positivo *promissa observes*, si converte nel campo dei rapporti intersoggettivi in un correlativo precetto di diritto naturale, che non ha più ad oggetto il *praestans* e la sua salvezza personale, ma riguarda da vicino il *recipiens* e la sua aspettativa, che non deve risultarne pregiudicata³¹.

²⁹ Rimasto saldo il principio *nudum pactum obligationem non parit*, si propaga l'idea per cui il *contractus* sia fonte di *obligatio civilis*, mentre il *pactum* di sola *obligatio naturalis* che, come tale, non consente l'adizione del giudizio. Spiega infatti con chiarezza ACCURSIO, *Sed quod est factum nudum? Resp. Quando hoc contrahentes voluerunt, ut esse nudum* (gl. *Igitur*, D.2.14.7.4 *De pactis*, *Glossa in Digestum Vetus*, [rist. anast. 1969], Venetiis 1488, 38). (Per un commento, D. POLDNIKOV, *La nozione e l'importanza di pactum nella dottrina dei glossatori*, in *Ius Antiquum* 14 (2004) 183-186). Solo il diritto canonico rompe questa tradizione ravvisando la necessità di rispettare anche la *naturalis obligatio*. (S. ROMANO, *L'Ordinamento giuridico*, Firenze 1945, 155-159). Per un richiamo bibliografico vd. M. ROBERTI, *L'influenza cristiana nello svolgimento storico dei patti nudi*, in *Cristianesimo e diritto romano*, Milano 1935, 85 e ss; P. FEDELE, *Considerazioni sull'efficacia dei patti nudi nel diritto canonico*, in *AUMA* 10 (1937) 115-200; P. BELLINI, *L'obbligazione da promessa con oggetto temporale nel sistema canonistico classico con particolare riferimento ai secoli XII e XIII*, Milano 1964; *Hierarchy and Jurisdiction: Models in Medieval Canon Law in Legislation and Justice*, a cura di A. Padoa-Schioppa, Oxford 1997, 3-15; anche in italiano: *Gerarchia e giurisdizione, il modello canonistico medievale*, in *Cristianità ed Europa, Miscellanea di studi in onore di Luigi Prosdocimi*, 2, a cura di C. Alzati, Roma-Freiburg-Wien 2000, 107-121; O. BUCCI, *L'eredità giudaico-cristiana nella formazione della dottrina contrattualistica europea*, Milano 2007.

³⁰ *Ecce secundum communem opinionem canonistarum et veram quia ad roborandum pactum sufficit aequitas naturalis, impulsiva causa subsistente*, BALDO DEGLI UBALDI, comm ad X. I. 35.1, cap. *Antigonus*, cit. n. 11, 134. Una rassegna esaustiva del ruolo ricoperto dall'*aequitas canonica* si legge in G. BRUGNOTTO, *L' 'aequitas canonica': studio e analisi del concetto negli scritti di Enrico da Susa (Cardinal Ostiense)*, Roma 1999, 90 ss. e, più di recente, L. SOLIDORO MARUOTTI, *Tra morale e diritto. Gli itinerari dell'aequitas*, Torino 2013. Per un'applicazione differenziata del concetto di *aequitas* e buona fede nei codici, si veda, invece, da ultimo, *European contract law: Materials from a Common Frame of Reference, Terminology, Guiding Principles, Model Rules*, a cura di B. Fauvarque-Cosson, D. Mazeaud, Munich 2008, 154.

³¹ Si riportano qui alcune considerazioni svolte nello *speech* presentato al Convegno Internazionale in Murcia, Spain, 13-16 December 2016, *Justice, Mercy and Law: Aequitas canonica e periculum animae nella tutela del patto nudo in diritto canonico di imminente pubblicazione*.

Il principio che regge la materia è infatti chiaro: *rem linguam non facit nisi rea mens*³².

Infatti, *aliud est falso jurare aliud in dolo*.

Al parallelismo dei precetti consegue così il parallelismo degli effetti e delle sanzioni. Dal mancato adempimento dell'obbligazione da promessa semplice, discende anche un illecito giuridico, oltre che l'illecito morale ove ricorrano le condizioni soggettive. La *causa naturalis* non appare, infatti, come un elemento ulteriore rispetto alla promessa che determina il vincolo obbligatorio, ma diviene una qualità intrinseca della stessa, nonché la ragione della sua efficacia.

La promessa, per quanto possa dirsi nuda, è efficace per una sua qualità intrinseca essendo sorretta da una causa (*naturalis*).

La sua nudità, pertanto, deve essere limitata alla forma, non alla sostanza. L'Ostiense, nel commento al cap. III *Qualiter in Sardinia* Tit. *De Pactis*, del resto chiaramente afferma:

quis non debet contra simplex verbum suum venire
non est gendum aliud in corde et aliud esprimere in ore³³.

4. – Il pensiero testé riferito si diffonde in Germania, in corrispondenza con la recezione del diritto romano che sembra portare con sé anche il riconoscimento del principio canonistico dell'efficacia vincolante del nudo patto.

La riflessione cinquecentesca, infatti, trasferisce il piano del dibattito da quello processuale a quello sostanziale. Supera così le questioni legate ai *vestimenta* e si concentra sulla causa del vincolo, che ne giustifica ed impone, al tempo stesso, l'obbligatorietà affinché tenga per sempre.

É, in questo senso, di particolare importanza la testimonianza di Zasio, uno dei padri fondatori dell'Umanesimo giuridico, che scrive:

Praeterea pacta cum causae expressione valent, sine causa non valent³⁴.

Qui il riferimento alla causa del negozio in concreto è reso evidente nell'esame dell'alternativa che essa sia espressa oppure no.

Nello stesso senso, può richiamarsi, in Olanda, Matthaeus Wesembeck. Costui metterà in discussione la concezione unitaria della negoziabilità bilaterale romana, suggerendo, con significative aperture, una più matura riflessione sulla categoria civilistica del contratto³⁵.

Ma anche in Francia non mancano interventi degni di nota.

Il vero momento innovativo, per gli esponenti del mondo transalpino, si colloca tutto in una nuova qualificazione per l'archetipo negoziale³⁶. Al centro della discussione dottrinale non vi è più la partizione fra contratti nominati e non.

³² *Rem linguam non facit, nisi mens rea* in S. AURELII AUGUSTINII (Hipponensis Episcopi), *Sermones ad populum*, in PL, sermo 180, to. 38, coll. 972-973. Ma si veda anche GRAZIANO, Ca. XXII, qu.2, c. 3 (ed. AE. Friedberg, Graz 1959), 867.

³³ ENRICO DA SUSA, comm. ad X.I.35.I, *Antigonus*, In primum decretalium librum commentaria, Venetiis 1581 (rist. anast. Torino 1965), 176a-177; Id., comm. ad X.I.35.3, *Qualiter in Sardinia*, In primum decretalium librum commentaria, Venetiis 1581 (rist. anast. Torino 1965), 177.

³⁴ ULDARICUS ZASIUS, In primam Digestorum partem Paratitla, Basileae 1539, *De pactis*, Tit. XIV, n. 10, 79.

³⁵ M. WESEMBECK, comm. ad D. 2.14.7, In Pandectas Iuris Civilis et Codicis Iustiniani Libros viij Commentarii olim Paratitla dicti, Lugduni 1597, *De pactis*, Tit. XIV, nn. 2 e 3, § *sed cum nulla*. Per il professore di Anversa tre soli erano gli elementi essenziali di ogni convenzione: il consenso delle parti, la cosa di cui si disponeva ed un prezzo, o una ragione, per cui quest'ultima passasse in qualche modo dall'uno all'altro. La causa *efficiens propinqua* era infatti rappresentata dalla volontà di obbligarsi; quella *remota* rappresentava, invece, la *lex quae eiusmodi consensum approbat [...] et ad obligandum vult esse efficacem* (n. 5, 166); la materia *omnes res quae in commercium existunt* (n. 6, 168). In un simile discorso vi era pertanto ampio spazio per affermare che *hodie [...] ita usus observat ut indistincte ex pactis nudis serio et deliberate initis etiam in foro civili detur actio* Id., Tit. XV, *De transactionibus*, 200A.

L'attitudine sintetica, frutto della logica imperante in quegli anni, ovvero quella ramista³⁷, imponeva di ricercare un 'tipo legale', che si esprimesse in qualità di *verbum generale suo ambitu complectens commercium omne ac negotium, quodcumque inter homines contrahitur*³⁸.

Di fronte alla fissità del 'sistema'³⁹, l'opera condotta dalla Scuola di Bourges si produce così nella ridefinizione di uno schema oggettivo, caratterizzato dalla presenza del *συνάλλαγμα*, da utilizzare quale canone di interpretazione di fattispecie tipiche, e quale strumento di ricatalogazione per quelle atipiche, entrambe unificate sotto il segno del *contrahere*.

Non si tratta più di risolvere una questione filologica, ma di rintracciare il valore storicamente assunto nelle fonti tardo antiche dal lemma *contractus*.

Il vero momento innovativo risiede, quindi, nell'attribuzione ad esso del ruolo di paradigma: una nozione, cioè, in grado di fissare una struttura comune che possa essere il presupposto della qualificazione, come contratti, di strutture negoziali diverse.

Discutere di contratto agli occhi di un grecista del calibro di Guglielmo Budè⁴⁰, come nella pagina di Andrea Alciato, significa rintracciarne l'origine e un «canone di interpretazione, entro la compilazione giustiniana»⁴¹. La giustizia è quella commutativa, ovvero la tipica giustizia dell'individuale. Solo grazie a questo correttivo pratico-morale, infatti, si può assicurare la proporzionalità e la congruità delle reciproche prestazioni, giustificando la pretesa all'adempimento della controprestazione.

Il riferimento legislativo corre – è vero – ancora al passo di Aristone (D. 2.14.7.2) che accomuna contratti certamente rientranti nella tipicità, ma che presentano, del pari, la caratteristica della causalità: e se in questo ragionamento *causa* e *datio* sembrano sovrapporsi – leggendosi nella causa solo l'avvenuta esecuzione della *datio* – ad uno sguardo più attento quella stessa *datio* in cui si era arenata la riflessione del diritto comune classico viene ora riproposta in chiave del tutto differente.

La *causa* risponde all'esigenza che il contratto sia sostenuto da una funzione peculiare e riconoscibile, se tipico; ad un vincolo di scambio fra le prestazioni, se atipico. L'*aliquid datum vel retentum* rappresenta e richiede l'avvenuta esecuzione della prima prestazione perché possa, poi, essere fondatamente legittima anche la pretesa di ottenere la seconda.

In questa rappresentazione è dunque indifferente la tipologia di riferimento per l'accordo, potendosi talvolta qualificare come *facio ut facias*, altrove come *facio ut des* o, non raro, come *do ut facias*. Indispensabile è, invece, il *mutuum factum*, cui l'ordinamento riconnette l'efficacia vincolante dell'accordo.

³⁶ G. D'AMELIO *Indagini sulla transazione nella dottrina intermedia, con un'appendice sulla Scuola di Napoli*, Napoli 1972, 123; P. GROSSI, *Sulla 'natura' del contratto (qualche nota sul 'mestiere' di storico del diritto, a proposito di un recente corso di lezioni)*, in *QF* 15 (1986) 593-619; I. BIROCCHI, *Notazioni sul contratto*, in *Quaderni fiorentini* 19 (1990) 637-659, 646 e U. PETRONIO, *Sinallagma e analisi strutturale dei contratti all'origine del sistema contrattuale moderno*, in *Towards a general law of contract*, Berlin 1990, 215-247, spec. 215 nt. 4. Utile, infine, un richiamo anche a G. ROSSI, *Dai contratti al contratto: giuristi al lavoro alle soglie dell'età moderna*, in *Quaderni fiorentini*, 27 (1998) 517-535, D.J. IBBETSON, *A Historical Introduction to the Law of Obligation*, Oxford 1999, part I, chapp. 1-2, e, da ultimo, J.H. BAKER, *An Introduction to English Legal History*, Edimburgh 2002, 355-361.

³⁷ Le finalità didattico persuasive perseguite da Ramo intendevano andare alla ricerca di argomentazioni utili a fronteggiare qualunque situazione. Per taluni si rivelò assai peggiorativa della filosofia dello stagirita e ne stravolse i *Topoi*. Sul punto, senza pretesa di completezza, W. SCHMIDT-BIGGEMANN, *Topica universalis. Eine Modellgeschichte humanistischer und barocker Wissenschaft*, Hamburg 1983 e N. PIRILLO, *Autobiografia e filosofia: l'esperienza di Giordano Bruno*. Atti del Convegno di Trento, 18-20 maggio 2000, Roma 2003.

³⁸ Cfr. F. DUAREN, *Opera Omnia*, Lucae 1765, vol. I, *De iudiciis, et ubi quis agere*, Caput VIII, *De foro competenti, ubi quisque agere vel conveniri debeat*, 306 e *De pactis*, Caput I, *Quid sit Pactum*, 68 o, ancora, per un'esegesi testuale più profonda Caput I, *Ulpianus Lib. IV ad Edictum*, 82-83 e 85.

³⁹ CAPPELLINI, *Systema iuris* cit.

⁴⁰ *Contractum autem ultro citroque obligationem esse, quod Graeci sunallagma vocant* (G. BUDÉ, *Alter editio annotationum in Pandectas*, Lugduni, 1541, 250).

⁴¹ D'AMELIO, *Indagini sulla transazione* cit., 120, da cui la citazione.

Ragionando in termini di ‘sacrifici’ sopportati dalle parti, Alciato non attribuisce ancora al sinallagma il significato di atto obbligatorio convenzionale, affiora semmai l’idea che le prestazioni siano fra loro legate da un vincolo di condizionamento reciproco (*mutuum*).

Intervenit autem in hac datione factum utriusque, quod lex συνάλλαγμα vocat: [...] ex facto igitur utriusque incalescit hic contractus, civilique actioni sufficit⁴²

L’argomentare si fa più complesso con Connan, il migliore dei suoi allievi, che sottolinea la *nulla diversitas inter contractus qui nomen habent, et eos qui non habent*⁴³.

Il funzionario regio⁴⁴ pone l’accento sulla commutatività e, solo implicitamente, sul momento consensuale; il sinallagma si esalta ed esaurisce nello scambio che corre tra le prestazioni (corrispettività), e non nella semplice reciprocità fra gli obblighi.

Esiste una causa (*subsit tamen causa*) come funzione giuridica meritevole agli occhi dell’ordinamento; in tale funzione si scorge l’obiettivo per il quale le parti si impegnano in un’impresa di carattere economico.

La tutela giudiziale è assicurata solo a chi abbia effettuato la *datio*⁴⁵.

Una ragionevole convenienza economica muove infatti gli scambi e, di conseguenza, i contratti.

Le promesse, al contrario, che fuoriescono dalla semplice sfera morale e degraderebbero altrimenti nell’irrelevanza giuridica, debbono per forza rispettare la proporzione fra *lucrum et damnum*, oltre che avere la forza (*satis haberent virium*) per imporsi alla parte renitente (*ad cogendum eos qui nollent parere*).

In tutto questo fermento intellettuale, nemmeno l’Italia resta fuori dalla mischia.

Esplicito appare infatti il processo di riordinamento dei mezzi negoziali nelle trattazioni di Giulio Pace,⁴⁶ come nelle opere del Cardinal Mantica⁴⁷.

⁴² ALCIATO, *Codicis Iustiniani titulos*, comm. ad C. 2.4.6 de *transactionibus*, l. cum mota § *praescriptis verbis*, nn. 19-20, 74v.

⁴³ CONNAN, *Commentariorum juris civilis libri X*, Neapoli, 1724, Lib. V, de *pactis, Transactionibus et donationibus*, Cap. II, n. 2, 327. Sul punto anche *Tradizione civilistica e complessità del sistema cit.*, 115.

⁴⁴ Era *Maître de requêtes* di Francesco I, cfr. P. SUEUR, *Histoire du droit public français, XV-XVIII siècle. La genèse de l’Etat con-temporain. I. La constitution monarchique*, Paris 1993, 216 ss.

⁴⁵ L’identificazione di una categoria generale del contratto trascendeva i due tradizionali ambiti della tipicità e atipicità, incentrandosi sulla disamina del parametro economico (*ad commerciorum usum*): «nonnulli sunt contractus qui quod opportuni essent ad commerciorum usum, et pene necessarii, ab omnibus sunt nationibus comprobati.» (CONNAN, *Commentariorum juris civilis*, Lib. I, Cap. VI, n. 12, 21-22a).

⁴⁶ Formatosi nel vivace ambiente padovano sotto la direzione di Mantova, Deciani, Panciroli e Zabarella, Pace si convertì al protestantesimo, vedendosi costretto ad abbandonare l’Italia e a riparare a Ginevra nel 1574. Trasferitosi ad Heidelberg nel 1585, studiò con profitto. Nel 1616, passò a Valence, sulla cattedra che era già stata di Cujas. Solo nel 1620, rifiutate le proposte di Leida e Pisa, ottenuta l’assoluzione papale grazie all’abiura, tornò in patria chiamato da Sarpi all’università di Padova. Il suo rientro fu in realtà favorito dalla pubblicazione del *De dominio maris Adriatici* (1619), saggio gratulatorio, volto a giustificare l’indipendenza di Venezia dall’Impero e a sostenere la legittimità del suo dominio sull’Adriatico. Per una guida bibliografica, oltre alla voce Giulio Pace, in *Il Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX secolo)*, diretto da I. BIROCCHI-E. CORTESE- A. MATTONE-M.N. MILETTI, 2 voll., Bologna 2013, sub. voce *Pace*, 2, 1477-1478; J. TEDESCHI, *I contributi culturali dei riformatori protestanti italiani nel tardo Rinascimento*, in *Italica* 64 (1987) 19-61; e per il saggio di diritto marittimo, G. ACQUAVIVA, *Giulio Pace la giurisdizione di Venezia sul mare Adriatico*, 39-72, in G. ACQUAVIVA- T. SCOVAZZI, *Il Dominio di Venezia sul mare Adriatico, nelle opere di P. Sarpi e Giulio Pace*, Milano 2007, infine, S. PARINI VINCENTI, *Per una nova methodus iura docendi: Giulio Pace fra il De iuris methodo e la Synopsis iuris civilis*, in *Lavorando al cantiere del Dizionario Biografico dei Giuristi Italiani (XII-XX sec.)*, M. G. DI RENZO (a cura di), Milano 2012, 501-522.

⁴⁷ Francesco Mantica, autore di due trattati di materia successoria e contrattuale – il *Tractatus de conienturis ultimorum voluntatum* (da me consultato nell’edizione Genevae 1669) e le *Vaticanae lucubrationes de tacitis et ambiguis conventionibus*, è considerato uno dei pilastri della cultura ‘pratica’ italiana. Per notizie più recenti su Mantica, P. GROSSI, *Sulla ‘natura’ del contratto (qualche nota sul ‘mestiere’ di storico del diritto, a proposito di un recente corso di lezioni)* in *QF* 15 (1986) 593-619; R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987, 94-95; I. BIROCCHI, *Saggi sulla formazione storica della categoria generale del contratto cit.*, 114 e 155; ID., *Alla ricerca dell’ordine: fonti e cultura giuridica nell’età moderna*, Torino 2002, 241. Per i

Il primo si spinge a leggere nella *conventio (quae causam habet)*⁴⁸ un'unica macro-categoria giuridica, le cui specifiche previste per ciascuna fattispecie negoziale possono essere ugualmente ricondotte.

Qualunque definizione, infatti, a giudizio del giurista vicentino, può trovare fondamento in questo nucleo. Fedele testimone della tensione cui è sottoposta ogni apertura alla *mens contrahentium*, egli riteneva occorresse un'*adprobatio* da parte dell'ordinamento, una *vis a iure tribuita* per mezzo della quale *ille producit civilem obligationem et actionem*⁴⁹.

Il Cardinal Mantica, invece, sottolinea, forse con più rammarico che sorpresa, che pur trattandosi di recente conquista, ormai sia dato per acquisito che:

Novissime factum nudum videtur vestiri a causa⁵⁰.

Il XVII secolo consolida questi risultati in una serie di opere in terra olandese.

Tra queste, indubbiamente spiccano, per la prontezza e la precocità delle riflessioni, le *Institutiones juris hollandici* di Ugo Grozio, che in materia di *promissiones (toezegging, versprechen)*⁵¹, e più genericamente di obbligazioni, sottolineano, con un passaggio fatto oggetto di molte riflessioni, la fonte del vincolo giuridico 'by usage, o raised by the law'⁵².

Più si va a fondo nello studio del *Roman-Dutch Law*⁵³, e più si riconoscono i meriti di uno studio condotto sul diritto presente, per il quale il problema non è più tanto la qualificazione del

dati sulle opere, A. MATTONE, *Il manuale giuridico nelle università italiane del Cinquecento*, in *Tra diritto e Storia. Studi in onore di Luigi Berlinguer promossi dall'Università di Siena e di Sassari*, Soveria Mannelli 2008, 114 e l'omonima voce, Mantica, Francesco Maria, in *DBI*, 69, Roma 2007, 205-208 di S. FECL. Di recente, il volume collettaneo di M. CAVINA (a cura di), *Francesco Mantica (1534-1614). Vicende umane e vicende culturali di un giurista della controriforma*, Bologna 2011, di cui si segnala, il saggio di G. ROSSI, *Il giurista al banco di lavoro. L'interpretazione dei negozi privati nelle Vaticanæ lucubrationes de tacitis et ambiguis conventionibus di Francesco Mantica*, 73-101.

⁴⁸ *Causa non est definienda res, sive factum sive tale quippiam, ut Doctores definiunt: nam stipulatio neque rem, neque factum habet, causam tamen habet, immo etiam contractus, qui nudo consensu fiunt, causam habent; sed causa est, ut supra exposui, vis illa a iure actui tributa, per quam actus ille producit civilem obligationem & actionem; et dicitur causa per relationem ad effectum, quia est causa obligationis et actionis* (I. PACIUS A. BERIGA, *Commentarius in titulos Digestorum et Codicis de pactis*, Lugduni 1616, comm. ad D. 2.14.7.4, 25ab)

⁴⁹ Il segno *conventio* ha portata generale e concerne tutti gli atti nei quali le parti si accordano tra loro al fine di contrarre un negozio. L'attenzione di Pace alle problematiche contrattuali non può dirsi del resto episodica. A tale autore possono attribuirsi il *Tractatus de contractibus et rebus creditis, seu de obligationibus quae re contrahuntur et earum accessionibus* (Parisiis, 1598), dedicato, come si è visto, alla natura convenzionale del contratto (*conventio cum causa*); la *Dissertatio De transactionibus* (Heidelbergae, 1589) e un più specifico commento alla *l. Transigere* (Lugduni, 1604), oltre che alcune *Centuriae (Enanthiophanon, seu Legum conciliatarum centuriae X*, gradualmente pubblicate, Spira 1586-1596; Lugduni 1631-1643). Un altro esempio cinquecentesco di questa impostazione è offerto da Heinrich Bocér, che nel ricostruire un proprio schema contrattuale (*conventio quae ex mente contrahentium per se obligationem civilem parit*), spiega come il lessema *conventio* sia il *genus* rispetto alle varie *species* negoziali del contratto, del patto e del *distractus*. Per tutto, H. BOCER, *Commentarius in l. Contractus*, 23 ff. *de regulis iuris*, Tubingae 1614).

⁵⁰ F. MANTICA, *Vaticanæ Lucubrationes*, Lib. XXIII, tit. 8, n.1, 646.

⁵¹ F. HAALMA, C. ROUXEL *Woordenboek der Nederduitsche en Fransche Taalen, Dictionaire Flamend et François*, Amsterdam 1710, Sub. v. *toezegging= Belofte= Promessa*, 804.

⁵² *Inleiding tot de hollandsche Rechtsgeleerdheid*, Leiden 1965, III, 1, 1. Sul punto cfr. C. FRIED, *Contract as promise, A theory of contractual obligation*, Cambridge Mass. 1981; J. GORDLEY, *Philosophical origins of modern contract doctrine* cit., 230-248. Per Grozio e la promessa, in particolare, cfr. M. DIESSELHORST, *Die Lehre des Hugo Grotius vom Versprechen*, Köln-Graz 1959, passim; F. WIEACKER, *Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung*, Göttingen 1967, 293-297; R. FEENSTRA, *L'influence de la Scolastique espagnole sur Grotius en droit privé: quelques expériences dans des questions de fond et de forme, concernant notamment les doctrines de l'erreur et de l'enrichissement sans cause*, in *La seconda scolastica nella formazione del diritto privato moderno*, a cura di P. GROSSI, Milano 1973, 377-402, ristampato in *Fata iuris romani*, Leiden 1974, 338-363; P. CAPPELLINI, *Sulla formazione del moderno concetto di 'dottrina generale del diritto'*, in *QF* 10 (1981) 323-354, e, ancora BIROCCHI *Saggi sulla formazione storica della categoria generale del contratto* cit., 36-41.

⁵³ L'espressione *Roman-Dutch Law* fu coniata da SIMON VAN LEUWEEN e dallo stesso utilizzata come sottotitolo dei *Paratitla Juris Novissimi*, pubblicati a Leida nel 1652. Successivamente ripresa, divenne questa volta il titolo della sua opera più grande e

contratto, quanto, piuttosto, la ricerca di una ‘reasonable cause for the benefit for one’s self or for another’⁵⁴.

L’eventuale mancato riconoscimento in giudizio dei *pacta nuda* non dipende più da questioni di natura formale, bensì dall’assenza di una causa meritevole agli occhi dell’ordinamento⁵⁵ per la mancanza di un qualsiasi sostrato giustificativo che ne lasci intravedere l’utilità.

Le problematiche sollevate e affrontate, gli spunti di riflessione ora sviscerati, ora necessariamente solo accennati, impongono, pur nella consapevolezza di trovarsi di fronte ad uno studio ancora *in itinere*, di formulare alcune osservazioni di sintesi.

Se da un lato, infatti, l’indagine sulla dottrina moderna rappresenta un irrinunciabile punto di avvio per ulteriori approfondimenti, certamente ancora possibili, dall’altro consente di trarre già alcune considerazioni.

A prescindere dai toni delle trattazioni, talvolta più decisi, in altri casi più cauti, queste dottrine riproducono nella sistematica negoziale quello stesso spostamento del centro di interesse dalla *res* all’*homo* che aveva segnato il passaggio dall’*evo* all’*età* moderna, ancorché non possano dirsi affatto uniformi gli impianti entro cui la categoria generale del contratto viene di volta in volta inserita.

In risposta alla sensibilità tutta umanistica di valorizzazione di un individuo ormai sottrattosi alla totalizzante dimensione collettiva dell’epoca medievale, la riflessione cinquecentesca trasferisce infatti il piano del dibattito da quello processuale a quello sostanziale dove centrale è sicuramente l’elemento della contrattazione, rispetto a quello della prestazione.

Ma il vero momento innovativo, risiede nel passaggio per il *contractus* da *species* a *genus*, ovvero a struttura archetipa per la qualificazione, come tali, di fattispecie negoziali fra loro differenti.

Nel Seicento la prospettiva è diversa. La discussione si concentra sugli elementi dello schema causale, oltre che sulla sua corrispettività e, proprio in relazione ad essi, evoca un’esigenza di unificazione dei tipi contrattuali, richiamando il problema, certamente connesso, dell’efficacia obbligatoria dei negozi. Fra l’incalzare del fenomeno economico e il silenzio della legislazione si impone così la *scientia juris* per offrire soluzioni pratiche ad esigenze concrete⁵⁶.

Con il Settecento e Jean Domat, la definizione di contratto privilegia lo schema operativo dei contratti innominati. In questo quadro egli stabilisce che l’obbligazione di una parte trova la propria ragione d’essere nella corrispettiva obbligazione dell’altra:

‘Les conventions s’accomplissent par le consentement mutuel, donné at arrêté reciproquement’⁵⁷.

Roomsche Hollandsche Recht (stampata nel 1664, tradotta come *Commentaries on the Roman-Dutch law*, by C. ISAAKSZON, London 1820).

⁵⁴ S. GROENEWEGEN, *Tractatus de legibus abrogatis*, pars I, *Imp. Iustiniani Institutiones*, Lib. IV, Tit. 6, *De actionibus*, Rubr., 57, 1649. Sul ruolo del *Tractatus* si veda BIROCCHI (*La Questione dei patti nella dottrina tedesca dell’Usus modernus*, in *Towards a general law of contract* cit., 150-151). Riflessioni analoghe anche in J. C. DE WET, *Die ou Skrywers in Perspektief*, Cape Town 1988, 135 e ss. Qualche richiamo in L. WINKEL, *Some remarks on Groenewegen’s De legibus abrogatis and the reception of the roman law of sale*, in *Fundamina. A Journal of Legal History* (South Africa) 8 (2002) 270-274 e, da ultimo, S. PARINI VINCENTI, *La transazione nello ius hollandicum*, in *Historia et ius* 2 (2012) paper 5.

⁵⁵ *ex omni promissione facta, cum clara significatione voluntatis de jure proprio in alterum conferendo, ex ratione juris, nasci vim obligandi* (H. HUBER, *Praelectionum Juris Civilis tomi tres*, Neapoli 1784, Lib. III, Tit. XVI, *De verborum obligationibus*, n. 2, 294).

⁵⁶ *Institutes of Holland* (traslated by Juta, 187) di Johannes VAN DER LIDEN ‘The essence of a perfect obligation is: 1. That it has a lawful cause of origin; 2. That the contracting parties are capable of binding themselves; 3. That the thing is contracted for being made the subject of an obligation’.

⁵⁷ J. DOMAT, *Le Loix civiles dans leur ordre naturel*, to. I, Paris, 1797, *Titre I*, 1, 8, 66.

Nelle convenzioni a titolo gratuito richiede invece espressamente che la causa sia libera, purché ragionevole e giusta⁵⁸ in un quadro la cui cornice è retta dalla reciprocità degli impegni assunti, sufficiente per la sussistenza di tutti gli accordi. Per le regole richiama ancora il diritto romano, sulla base, però, dei principi *de l'équité naturelle*⁵⁹. In altre parole, delinea gli obblighi del singolo individuo sulla falsariga di una funzione sociale delle obbligazioni⁶⁰.

Un disegno in equilibrio tra ordinamento e parti contraenti rimesso nuovamente in discussione da Pothier che, nella disciplina generale delle obbligazioni, nel proprio Trattato, torna invece alla *causa* come *datio*⁶¹, anche se poi lascia affiorare una visione soggettiva della contrattualità che sarà quella fatta propria dal *Code*.

Ma questa è altra storia, in cui nei toni più limpidi tipici della dizione codicistica, i contrasti tra gli interpreti e le antitesi tra le teorie in parola lasceranno aperta la questione ‘contrattuale’, ovvero la questione di un termine altamente evocativo dietro il quale si scorge tutta la sua storia millenaria.

sara.parini@unimi.it

Professore Associato confermato
Università degli Studi di Milano

⁵⁸ *Ibidem*, Titre I, I, 5, 65.

⁵⁹ *Ivi*, *Traité de Loix*, Chap. XI, §31, 18a.

⁶⁰ Sul contratto come strumento «per la soddisfazione di bisogni più che di interessi», vd. spec. J. BART, *Pacte et contrat dans la pratique française (XVIe - XVIIIe siècles)*, in *Towards a general law of contract*, Berlin 1990 e E. STOLFI, *Bonae fidei interpretatio*. *Ricerche sull'interpretazione di buona fede fra esperienza romana e tradizione romanistica*, Napoli 2004, 229 e ss.

⁶¹ R.J. POTHIER, *Traite des obligations*, To. I, in *Œuvres de Pothier*, Paris 1805, part. I, Chap. I. Art. I, 4. Sul punto, vd. E. NAVARRETTA, *Le ragioni della causa ed il problema dei rimedi. L'evoluzione storica e le prospettive del diritto europeo dei contratti*, in *Tradizione civilistica e complessità del sistema* cit., 205-232.