

LA TIPICITÀ DEL SISTEMA CONTRATTUALE ROMANO

Mario Talamanca

Diretor da Faculdade de Direito da Universidade de Roma "La Sapienza"

Resumo:

No sistema contratual do Direito Romano constata-se, como se sabe, uma tipicidade forte, por meio da qual se permite às partes, ao regular as suas relações, empregar somente os tipos de contrato colocados à disposição pelo ordenamento; diverso, portanto, da tipicidade fraca dos sistemas contratuais do direito moderno.

Tal constatação, no entanto, não deve ser entendida de forma rigorosamente dogmática, eis que, no arco de evolução da jurisprudência romana, pode-se verificar a presença de vários fenômenos aparentemente contrários a uma interpretação rígida da tipicidade forte. É o caso, principalmente, dos contratos inominados, da intervenção pretoriana por meio das *actiones in factum*, da disciplina civilística das *datationes ob rem*, da *actio incerti* de Aristão e Mauriciano e, por fim, e em especial, da *stipulatio*, ato jurídico abstrato e formal que conjugava a relativa rigidez da forma - a *congruentia verborum* - com a liberdade de conteúdo.

A partire dalla pandettistica, è usuale la constatazione della *tipicità* del sistema dei contratti romani, in cui il termine contratto va inteso nel senso romano di negozio obbligatorio, tendenzialmente bilaterale. Si tratta, com'è noto, di una tipicità *forte*, la quale implica che i soggetti possono impiegare, per regolare i loro rapporti, soltanto i tipi di contratto posti a disposizione, dall'ordinamento: si tratta di cosa ben diversa da quel pensare per tipi che è caratteristico di qualsiasi costruzione ed argomentazione giuridica, e che, in definitiva, sottende anche la tipicità *debole* dei nostri sistemi contrattuali. E, a ben vedere, codesta tipicità forte si estende, d'altronde, a tutte le altre forme del sistema negoziale che possono vedersi inverte nell'esperienza giuridica romana, ché, anzi, in queste ultime - si pensi, ad es., al sistema della trasmissione della proprietà (nonché della costituzione dei diritti reali parziari) od ai *negozi* di diritto familiare - essa è, senz'altro più rigorosa che nel sistema contrattuale.

Ora nella formulazione corrente, e che risale, come dicevo, alla pandettistica, la tipicità del sistema contrattuale romano è pensata in modo rigorosamente dogmatico: qualsiasi soluzione venga data al problema delle origini di tale sistema e della tipicità che lo connota, l'ordinamento romano viene assunto in una dimensione statica, fuori del tempo, in cui, ovviamente, la tipicità diventa un dato di connotazione costante. Da questo angolo di visuale, non v'è certo spazio per cogliere i mutamenti nel modo d'essere della tipicità stessa, e per porsi il problema dei suoi limiti: e si tenga conto che quest'ultima prospettiva è di notevole rilievo sul piano della concreta operatività di un sistema, poiché una forte mutazione nell'un senso o nell'altro di tali limiti viene ad incidere sulla qualità del fenomeno. Le modificazioni quantitative, ai livelli elevati, reagiscono sempre sul piano qualitativo.

Nella impostazione corrente, v'è poi la tendenza a rimuovere la presenza di fenomeni che rilevano anche sul piano di una prospettiva sincronica: si pensi soltanto a due aspetti di certo non insignificanti, come la protezione riconosciuta in modi diversi ai c.d. contratti innominati e l'intervento pretorio con *actiones in factum* (più che con l'individuazione di nuovi tipi negoziali mediante *actiones edictales*, le quali danno luogo ad un sistema tipico pretorio concorrente con quello civile, anche se di solito non preso in considerazione). Quanto di regola vien detto sulla tipicità del sistema contrattuale romano assume come presupposti impliciti del discorso anzitutto la restrizione al sistema civilistico (e, eventualmente, quello creato dalla protezione edittale da parte del pretore), e poi, rispetto alla disciplina civilistica delle *dationes ob rem*, la necessità di una protezione delle fattispecie considerate in via di azione di adempimento.

Ma v'è di più: generalmente, nell'indagare sulla tipicità del sistema contrattuale romano, non si prende in considerazione l'*actio incerti* di Aristone e Mauriciano, che fonisce una tutela nei limiti dell'interesse positivo, e quindi dell'interesse all'adempimento, la quale astrattamente potrebbe valere per tutti i quattro tipi di contratti innominati (a prescindere dall'ulteriore osservazione che per la permuta, che copre praticamente tutti i casi di *do ut des*, v'era, a partire dal II sec. d.C., un'azione civile ed edittale di adempimento nel caso che una delle prestazioni fosse già stata adempiuta). A seconda dei casi, forse rilevano qui fattori diversi: la persuasione, ampiamente diffusa (ma mai dominante), che l'azione di adempimento, come *actio praescriptis verbis*, sia giustiniana

(persuasione che può influire soprattutto su chi si ponga sul piano di un diritto classico, come lo si intendeva all'epoca dell'interpolazionismo); la circostanza - molto più determinante, a mio avviso - che, anche al livello della giurisprudenza bizantina, tutela in via di adempimento dei contratti innominati e classificazione-enumerazione dei contratti (che è il punto di partenza per qualsiasi discorso sulla tipicità) era contesti di discorso incomunicanti. Dal punto di vista costruttivo, bisogna, poi, rilevare che, almeno nella nostra prospettiva, l'atipicità si connette con la consensualità (sulla quale non influisce l'eventuale forma sancita dall'ordinamento per la manifestazione del consenso), mentre la rilevanza giuridica dei contratti innominati nel sistema d'Aristone-Mauriciano, accettato dai compilatori giustiniane, dipende da un elemento reale, l'anticipazione di una delle prestazioni, che non può essere riportato ad una semplice previsione di forma, rappresentando un vincolo sostanziale alla libertà ed all'autonomia delle parti. Se così non fosse, l'introduzione dei contratti innominati nel sistema contrattuale romano avrebbe dovuto portare a riconoscere che da una tipicità *forte* si era passati a quella *debole* delle nostre codificazioni.

In questa breve rassegna cercherò, invece, di mettere in risalto quanto si possa cogliere, nello svolgersi della giurisprudenza romana, sullo sviluppo delle concezioni e delle soluzioni al riguardo, sia nel senso dell'affermarsi della tipicità nell'ambito ristretto del sistema contrattuale del *ius civile* e del modo in cui essa vi si struttura, sia della portata che alla tipicità di questo ristretto sistema va riconosciuta, tenendo conto dei fenomeni concorrenti, sia cercando di vedere le linee di sviluppo che si possono cogliere nel periodo postclassico.

E bisogna, altresì, tener presente - al livello di un'esegesi qui impossibile - un altro aspetto di cui gli interpreti moderni non si sono sempre dati sufficiente conto: a partire dagli inizi del II sec. a.C., l'esperienza giuridica romana si struttura come un diritto giurisprudenziale, che ha essenzialmente le caratteristiche di un *ius controversum*, e nel quale, in genere e soprattutto in contesti come quello qui discusso, difficilmente rileva un elemento eteronormativo (sia esso la *lex*, il *senatusconsultum* e, se si vuole, la *constitutio principis*). Quando l'interprete moderno, giurista che vive in un sistema codicistico, si pone dinanzi agli atteggiamenti avuti dei *prudentes* al riguardo deve abbandonare il modo di pensare che gli è proprio nel presente (e per cui, in definitiva, il momento ultimo da accertare è quello della volontà normativa

espressa in fonti di diritto eteronome, anche se raggiunta con la mediazione di un'interpretazione sistematica).

* * *

Per quanto attiene ai diversi periodi storici, v'è un primo punto da precisare. La concezione puntuale di una tipicità e delle sue diverse varianti, da cui è partito il discorso sin qui fatto, mancava anche alla più matura giurisprudenza classica, nella quale si possono cogliere impostazioni e soluzioni, che, sulla base della nostra consapevolezza, vengono riferite a questa problematica. Nonostante la presenza dei *pontifices*, anche queste impostazioni e soluzioni nei termini propri della prima giurisprudenza imperiale - mancavano, però, in un periodo arcaico, connotato dall'empiria, per il quale siamo dinanzi ad una fenomenologia che non si distacca, sostanzialmente, da quella di un'esperienza in cui, come accade in Grecia, il diritto è vissuto, per l'appunto, senza una consapevole riflessione sul dato normativo o pragmatico. In esperienze del genere, ci si imbatte in fenomeni che possono, da lontano, sembrare analoghi a quelli che si hanno in un sistema contrattuale - o negoziale - tipico, soprattutto nel senso dell'impossibilità o, meglio, della difficoltà di espandere gli strumenti posti a disposizione dei soggetti. Chiunque indaghi sui problemi del contratto, e soprattutto della compravendita, nell'esperienza giuridica greca, dall'Attica ai papiri del periodo romano, vede bene come si articoli in una tale esperienza la problematica della ricerca del giuridicamente rilevante negli atti volti ad attuare una pacifica convivenza.

In Roma arcaica, i referenti oggettivi sono diversi dal mondo greco: si pensi soltanto al differente atteggiarsi dell'oralità e della scrittura in queste due esperienze. La ricerca di nuove forme contrattuali appare comunque difficile, al di là, come si è detto, del consapevole operare di una tipicità. Difficoltà non è, però, impossibilità, e questa considerazione trova immediata rispondenza negli sviluppi che - senza la necessità di una riflessione teorica sul dato pragmatico - il sistema contrattuale romano ha ancora sino alla fine della repubblica, sviluppi per cui, almeno per il I sec. a.C., si può certamente impostare il problema dei rapporti con la giurisprudenza. Per l'espansione del sistema contrattuale, basti pensare alla creazione dell'*obligatio litteris contracta* (la quale non può risalire a

prima della fine del III sec. a.C.), ed alla vicenda dei contratti consensuali che appare, senz'altro, molto più complessa.

* * *

Per cercare di delineare, rapidamente, gli sviluppi del sistema contrattuale romano dall'angolo di visuale prescelto siamo posti, bisogna partire dal periodo immediatamente precedente alla grande espansione commerciale ed economica di Roma: non abbiamo motivo per ritenere che in questo periodo il sistema contrattuale differisse molto da quello esistente all'epoca della legislazione decemvirale, fatta salva la sparizione del *nexum*, sancita o promossa dalla *lex Poetelia Papiria*. A parte il mutuo, che ha una sua origine particolare (connessa, secondo l'opinione più probabile, con il delitto di furto), il sistema romano conosce, in sostanza, negozi di assunzione di garanzia, fra i quali si ricomprendono ancora la dazione di *vades* e di *praedes* (atti originariamente a struttura reale), ma di cui resterà vitale soltanto la *sponsio-stipulatio*, che consisteva, alle origini, in un giuramento promissorio. Proprio perché la formalità della struttura era essenzialmente riferita non al fatto garantito, ma al modo di assumere la responsabilità, questi atti potevano garantire una serie indeterminata di casi, che trovavano il solo limite dell'immaginario sociale: né risultano indizi, nelle nostre fonti, che l'eventuale specializzazione di queste forme - verbali e reali - di assunzione della responsabilità abbia mai giocato un ruolo - negativo - sui limiti di applicazione della *stipulatio*, i quali dipendevano esclusivamente dalla sua struttura (soprattutto come contratto unilaterale), mentre proprio la funzionalità della garanzia (assunzione della responsabilità in virtù di un evento futuro) sin dalle origini rendeva di casa, nella *stipulatio*, il meccanismo condizionale.

Era un sistema idoneo ad evolvere più o meno lentamente - verso un sistema basato sulla consensualità (accompagnata o meno da forme documentatrici) e sull'atipicità, il che sarebbe potuto avvenire mediante la progressiva deformalizzazione della *congruentia verborum* nella *sponsio/stipulatio* (al modo che, qualche secolo più tardi, vediamo almeno prospettato da Ulpiano, nella *lex* introduttiva di D. 45, 1). Postisi su questa strada, sarebbe potuta venir meno anche l'*interrogatio-responsio* (ma si tenga conto della persistenza del

requisito della *praesentia* nella *stipulatio* ormai degradata ad *instrumentum*). Se mi è permessa questa formulazione un po' paradossale, ciò non avvenne proprio a causa dell'apparire dei contratti consensuali, sul piano della tutela pretoria prima e soprattutto della loro recezione nel *ius civile*, più tardi.

È proprio l'emersione delle *obligationes consensu contractae* che connota, profondamente, lo sviluppo del sistema contrattuale romano negli ultimi due secoli della repubblica. Si sa quanto numerose e quanto articolate siano le ipotesi sulle origini di questo *genus contractus*. E, d'altro lato, non si deve far confusione fra il problema dell'origine del carattere vincolante del consenso (quali ne fossero i limiti) e quello dell'origine dei singoli contratti consensuali, né fra codesta problematica e quella, nettamente diversa, sul modo in cui, prima dell'introduzione delle singole *obligationes consensu contractae* si sopperisse ai bisogni della pratica cui avrebbero poi adempiuto queste *obligationes* (ammesso che tali bisogni esistessero nell'epoca presa in considerazione).

Non potendo discutere delle varie opzioni interpretative, accennerò soltanto i punti, a mio avviso, più probabili nella storia di questa figura. Non può negarsi in assoluto che anche al di fuori dell'efficacia del *pactum* (estintivo della *vindicta*) e del matrimonio *sine manu* - il consenso trovasse momenti di rilievo, nell'ordinamento cittadino già all'epoca delle XII Tavole: si pensi alla *manus iniectio* concessa in certe fattispecie di *venditio* e *locatio* collegate con la sfera sacrale. Si tratta, però, di fenomeni senza - apparenti - possibilità di sviluppo: l'*obligatio consensu contracta*, come noi la conosciamo, nasce nel commercio internazionale, per la compravendita e la società, forse per qualche figura di *locatio operis*. Le cause per cui le più che evidenti - necessità pratiche presero la via di questa formalizzazione giuridica sono oggetto soltanto di congetture. Nel III sec. a.C. non si potevano estendere ai *peregrini* le forme della *sponsio* (e sarebbe stato, del resto, impossibile imporle a costoro come presupposto per il carattere vincolante delle transazioni), né era pensabile di recepire nell'ordinamento romano le forme scritte delle *sygraphai*, usate nella prassi greca del commercio internazionale: al di là della forma restava la possibilità di far ricorso alla *fides bona* come momento regolatore del traffico, alla tutela della parola data indipendentemente da qualsiasi forma adibita, e ciò configurava già le *obligationes consensu contractae*.

Molto rapidamente questo schema venne recepito anche nei rapporti tra *cives*: e non possiamo qui seguire gli scarsi indizi né sulle tappe di questa recezione né sull'estensione dello schema del contratto consensuale ad altre fattispecie (penso al mandato, che difficilmente, per la sua gratuità, può esser sorto in ambiente mercantile), né tantomeno sui rapporti tra la *bona fides* come momento determinante nella protezione delle *obligationes consensu contractae* e i casi endogeni in cui la *bona fides* stessa si affermava come presupposto per una fattispecie giuridicamente rilevante (si pensi alla *fiducia* od all'*actio tutelae*).

Già accennavo che il sorgere dei contratti consensuali ha, con molta probabilità, portato, come contraccolpo, all'irrigidimento della struttura formale della *verborum obligatio*, nel che ha senza dubbio influito anche l'iniziare nel II sec. a.C. della giurisprudenza e della sua opera sistematizzante. La *stipulatio*, infatti, coniugava la relativa rigidità della forma (la *congruentia verborum*) con la libertà del contenuto, che ormai le parti tendevano a sfruttare appieno: la forma costituiva il momento di emersione del giuridicamente vincolante. Essa mancava, per definizione, nei contratti consensuali, dove, come dice Gaio, non v'era *sollemnitatis verborum* (né *scripturae proprietatis*), e ad essa si venne mano sostituendo la tipicità causale.

Non è stato, senz'altro, un processo immediato: possiamo ancora vedere le tracce di uno sviluppo che ha portato al progressivo irrigidimento dei *finis contractus* (che sono, poi, *finis actionis*, dato che il sistema romano delle azioni è, anch'esso, tipico). Punto di partenza al riguardo sono le *leges contractus*, formulari di contratti, per così dire, agrari, che troviamo soprattutto nel *De agricultura* di Catone (quelle, invece, del *De re rustica* di Varrone sono interessanti perché mostrano l'adattamento di formulari pensati per una vendita a contanti alla nuova realtà della vendita consensuale ed obbligatoria). Nelle *leges* di Catone, i confini tra le varie figure sono incerti, soprattutto sul piano terminologico, ma anche su quello sostanziale: e, d'altro lato, si trova - anche se al livello di tracce - il segno del passaggio tra modelli di formalizzazione giuridica precedenti, principalmente la *stipulatio*, e le *obligationes consensu contractae*. È, proprio, sotto questo profilo che si può cogliere una delle cause del fenomeno per cui l'irrigidimento della tipicità causale avvenga soltanto parzialmente e gradualmente in una prima fase storica. Per le *leges contractus* che assumevano efficacia giuridica in forma stipulatoria, non si poneva evidentemente un

problema di contenuto tipico, ché era la *conceptio verborum* a dar loro rilevanza. Con tali *leges* si venivano a perseguire scopi che, più o meno facilmente, s'inserivano negli schemi, in formazione, dell'*emptio venditio* o della *locatio operis*, ma si tendeva naturalmente ad attribuire al *consensus* la stessa efficacia vincolante dei verba *stipulationis*, mentre in senso opposto, sia nella prassi giurisdizionale del pretore che nell'incipiente giurisprudenza, si stava come dicevo sostituendo alla formalità la tipicità causale quale momento per distinguere, nell'ambito negoziale, ciò che vincolava e ciò che non vincolava giuridicamente.

Questo è l'orizzonte, dai limiti più o meno precisabili, in cui ha operato la giurisprudenza repubblicana fino a quella proto-imperiale, nella quale si può cogliere di contro allo sviluppo di fondo verso l'irrigidimento dei tipi di contratto qualche traccia, fino a Labeone incluso, di un atteggiamento molto meno rigoroso (anche se bisogna, subito, precisare che il senso dell'evoluzione non è unidirezionale, ché vi sono fenomeni di segno opposto: si pensi, ad. es., al *mandatum pecuniae credendae*, il *mandatum qualificatum* della dottrina medievale). Ricorderò un paio d'esempi soltanto: Q. Mucio ed ancora Servio conoscono, nell'ambito della *locatio operis* e del deposito, le figure irregolari di contratto, quelle cioè in cui le cose date per venir elaborate o conservate passano nella proprietà dell'accipiente. La *locatio operis* irregolare cessa con Servio (od Alfeno): nella giurisprudenza posteriore è ancora vivo il problema della qualificazione della fattispecie del contratto con cui l'artigiano si impegna a trasferire cose prodotte con materiale proprio, fattispecie indubbiamente più ampia, ma in cui rientra, a ben vedere, anche quella della *locatio operis* irregolare. Nella tarda giurisprudenza classica, poi, si discute del deposito irregolare, in termini che non possono venir qui esaminati e che sono ampiamente controversi nella dottrina moderna, ma non risulta dalle fonti che i giuristi severiani si ricordino della circostanza che, senza discutere, Servio - ma non era evidentemente il solo - ammettesse, con una disciplina non precisabile nei dettagli, questa figura contrattuale.

V'è, in secondo luogo, Labeone: non è possibile riprendere, qui, il problema della definizione data da questo giurista al *contractus* come *ultra citroque obligatio* (e cioè, secondo un'opinione difficilmente confutabile, come contratto bilaterale), e della portata di tale definizione (se meramente

descrittiva, come sostanzialmente continuo a credere, o dogmatico-normativa, come si sostiene da parte di certi studiosi non certo caratterizzati, in genere, per la ponderatezza delle loro opinioni). Si apre, a questo punto, un problema che non sono in grado di affrontare in questa sede, quello degli influssi reciproci fra le diverse definizioni romane del *contractus*, oggetto da sempre di ricerche approfondite, e il sistema contrattuale romano considerato dal nostro punto di vista. Il problema trova referenti abbastanza interessanti proprio per Labeone, per cui è abbastanza agevole cogliere in vari passi una tendenza particolare nei confronti dei *finēs contractus*: in relazione a fattispecie che si trovano a cavaliere fra due (od eventualmente più) tipi contrattuali, in genere protetti mediante *iudicia bonae fidei*, od in cui manca qualche elemento necessario per l'integrazione del tipo stesso, il giurista augusteo concede un'*actio civilis in factum*, secondo una terminologia riportata da Papiniano (negli altri testi severiani si parla, in realtà, di *agere* od *actio praescriptis verbis*), in cui rispetto ad un possibile intervento pretorio sul piano del diritto onorario (con il quale ci si pone al di fuori della prospettiva seguita in questo momento) - è proprio la qualificazione di *civilis* ad esser importante. Il giurista non si muove, infatti, appellandosi alla discrezionalità normativa del pretore (il che avverrebbe, se avesse fatto ricorso ad un'*actio decretalis*), il che lo metterebbe, in un certo senso, al di fuori del sistema, bensì sfruttando le risorse estreme del sistema, in quanto opta per un'azione fondata sul piano del *ius civile*, anche se la sua esperibilità dipende dalle caratteristiche del caso concreto, e quindi sulla base di una valutazione complessiva del sistema contrattuale. Ed a ciò si collega il costante ancoramento a fattispecie già conosciute: si manifesta, qui, in sostanza l'operare della tipicità causale, che viene, però, intesa da Labeone in modo molto elastico, nel senso che la fattispecie deve andarsi ad inserire anche se in modo non rigoroso in un contesto, per cui si è già riconosciuta la tutelabilità sul piano del diritto.

Le decisioni di Labeone cui si è accennato si toccano, nel periodo severiano soprattutto, con la tutela dei contratti innominati: e su ciò torneremo fra un momento. Per riprendere il discorso sullo sviluppo del sistema contrattuale in generale, si ricordi che, immediatamente prima di Labeone, pervengono alla tutela mediante *iudicium bonae fidei*, e quindi alla rilevanza civilistica, anche il deposito ed il comodato (per non impegnarci nella discussione sul contratto

obbligatorio di pegno): si viene così a chiudere il sistema dei contratti del *ius civile*, che troverà la sua espressione non tanto nel manoscritto veronese di Gaio quanto nelle *Res cottidianae* (nei passi riportati nel Digesto le *obligationes litteris contractae* sono soppresse da parte dei compilatori). Si tratta di un sistema, indubbiamente, tipico, ma nella valutazione di tale tipicità dobbiamo tener conto di una circostanza già accennata: a parte i contratti letterali (la cui funzionalità è ristretta, nonostante la formalità e l'astrattezza, dalla limitazione alla *pecunia numerata* e dal formalismo interno), ci troviamo di fronte ad un sistema in cui la rilevanza delle fattispecie tipiche si articola in funzione di elementi causali (le *obligationes re e consensu contractae*) e formali (le *verborum obligationes*, più precisamente la sola *stipulatio*). Questa constatazione è di estrema importanza per soppesare il *Typenzwang* del sistema civilistico romano, sotto il profilo dell'impatto pratico sulla libertà contrattuale delle parti: si tratta di una costrizione ben diversa da quella propria di un sistema contrassegnato esclusivamente da una tipicità causale, per quanto numerose siano le fattispecie previste (si pensi al nostro codice civile, in cui, al posto della norma sulla libertà contrattuale, trovassimo una disposizione che sancisse la tipicità in senso *forte* del sistema). In effetti, in Roma, il sistema era molto flessibile: bisogna, anzitutto, tener conto dell'amplessissima gamma di applicazioni che, già alla fine della repubblica, era propria della *locatio operis*, per cui, praticamente questa figura copriva tutti i casi di *facio ud des*, e *do ut facias*, purché la prestazione *in dando* consistesse di *pecunia numerata* (il che era, ed è, poi il caso più frequente); ed anche la *societas* offriva una forma giuridica capace di coprire qualsiasi accordo diretto a far considerare comune il risultato di una gestione, (sia pure di un singolo socio).

Ancora più importante era, però, il ruolo della *stipulatio*, che conservava, per tutto il periodo classico ed oltre, la funzione di negozio mediante il quale ci si poteva assumere la responsabilità per la frustrazione di qualsiasi aspettativa *creditoria* dello stipulante (e che, nella forma della *stipulatio poenae* o ancor più al *quanti ea res erit*, poteva assumere la funzione di creare responsabilità per il fatto di un terzo): in definitiva, le parti incontravano, dunque, un limite esclusivamente di forma, ché il sistema delle clausole stipulatorie accessorie ad una *conventio*, come risulta già praticato al tempo di Alfeno (cfr. D. 17, 2, 71 pr.), permetteva di superare anche i problemi derivanti dalla struttura rigidamente

unilaterale del contratto e, con qualche accortezza, a concatenare sinallagmaticamente l'adempimento delle singole prestazioni, se le parti lo avessero sentito necessario e voluto.

Il sistema civilistico era già, al suo interno, sufficientemente elastico nell'ambito dei *quattuor genera contractuum*, nell'enumerazione che risulta dalle *Res cottidianae* (le quali aggiungono le *obligationes re contractae* del *ius gentium* a quelle già conosciute dal manoscritto veronese, ed eliminano la discussione sulla *condictio indebiti*, che ha trovato il suo posto nelle *variae causarum figurae*). Ma esso non andava a porsi nel vuoto, ché, a questo proposito, bisogna tener presente la possibilità dell'intervento pretorio, sia in via sia editale che decretale (sull'ampiezza del quale, nella concreta realtà storica, ha senza dubbio influito l'accennata elasticità del sistema civilistico in sé considerato), e va altresì considerata, sul piano concettuale e pratico, l'importanza della tutela dei c.d. contratti innominati.

Scarsa importanza ha l'intervento del pretore mediante la concessione di *actiones edictales*, che configuravano, dunque, delle nuove fattispecie, di una tipicità soltanto pretoria (la quale, del resto, non deve intendersi in senso rigorosissimo, data la possibilità di dare azioni decretali, che il pretore ha mantenuto sino alla fine della giurisprudenza classica, e forse anche oltre). Una volta sussunti mediante la concessione di *iudicia bonae fidei* nelle *obligationes re contractae*, c.d. del *ius gentium*, il deposito ed il comodato (e forse, ma più tardi, il pegno), le fattispecie per cui si danno azioni editali pretorie hanno una rilevanza molto marginale in un sistema contrattuale, avvicinandosi di più, con il *constitutum debiti* ed il *receptum argentarii*, alla promessa di pagamento, e configurando un aggravamento od un'estensione della responsabilità in fattispecie altrimenti tutelate dall'ordinamento, come il *receptum caponum*, *nautarum* e *stabulariorum*. E, per quanto concerne le azioni decretali, si ricade concretamente, in linea di massima nella tematica dei contratti innominati.

* * *

Le considerazioni già fatte sull'elasticità del sistema civilistico (e soprattutto sull'impiego della *stipulatio*) sono una sufficiente spiegazione del carattere sostanzialmente marginale, sul piano pratico, della problematica dei *nova negotia*

e dei contratti innominati, il che si esplica su un duplice piano. A vedere più da vicino la casistica offerta dalle fonti al di là della schematizzazione astratta dei quattro tipi (*do ut des, do ut facias, facio ut des, facio ut facias*), si tratta di fattispecie residuali dal punto di vista socio-economico: e si potrebbe, ulteriormente, pensare a casi in cui si debba ricorrere al regime delle convenzioni sinallagmatiche, perché non ha funzionato la forma stipulatoria, od in cui le parti abbiano erroneamente fatto affidamento sull'integrazione di un contratto causalmente tipico. Ciò trova giustificazione nel fatto che, se negli affari del traffico o comunque economicamente di grossa rilevanza non fosse sufficiente lo strumentario posto a disposizione dai contratti causalmente tipici, si ricorreva alla *stipulatio*. Nessuno, penso, avrebbe condotto i propri affari a Roma, facendo deliberatamente ricorso all'efficacia - diretta o indiretta - dei contratti innominati: poteva accadere che, per ragioni contingenti, vi si dovesse far ricorso, ma si trattava, l'ho detto, di un rilevanza residuale.

D'altro lato, non v'erano grosse esigenze nella prassi nel senso dell'individuazione di nuovi tipi, il che è dimostrato dalla circostanza che nuovi tipi non emergono, al di fuori della permuta e del contratto estimatorio (che sembrano proprio essere l'eccezione che conferma la regola), neppure sul piano di quel *ius honorarium* che era più disponibile a recepire nuove istanze socio-economiche. Si tratta, tutto sommato, di una disputa che sembra coinvolgere i giuristi più che rispecchiare la dialettica fra un ordinamento statico e il dinamismo della vita sociale, dinamismo che, tutti lo sappiamo, non connotava del resto la società dell'impero.

Al livello della giurisprudenza classica, da Labeone in poi, la tematica dei contratti innominati viene affrontata in modo tendenzialmente separato da quella della classificazione dei contratti: ciò si riscontra, in modo piuttosto evidente, nel lungo squarcio di Ulpiano, contenuto in D. 2, 14, 1, *h.t.* 5 ed *h.t.* 7, che rappresenta una teorica generale della *conventio*, in cui - oltre che nella famosa impostazione di Sesto Pedio (che nel discorso di Ulpiano ha un'importanza parentetica) - i contratti sono solo marginalmente presi in considerazione come *conventiones quae transeunt in proprium nomen contractus* (e sono quelle che danno luogo alle *obligationes consensu contractae* ed alle *obligationes re contractae* del *ius gentium*, mentre i contratti innominati, trattati più a fondo di

quelli che hanno un *proprium nomen*, vengono ad emergere fra le *conventiones quae in suo nomine stant*, e non hanno quindi un *proprium nomen contractus*.

Con Ulpiano stiamo, però, alla fine del periodo classico, in cui questa tematica ha una lunga storia alle spalle. Le *dationes ob rem* sono rilevanti sul piano giuridico, dal II sec. a.C., anche se in un primo momento non sortono gli effetti tipici delle forme ricomprese nei *quattuor genera contractuum* gaiani, e cioè l'azione di adempimento che garantisce al soggetto l'interesse positivo (intesa questa espressione in senso generico, senza dar rilievo al diverso modo di calcolarlo a seconda del tipo di *condemnatio*).

Queste *dationes* hanno una linea di sviluppo che tende, per un certo periodo, ad allontanarle da un punto che avevano, alle origini, in comune col contratto. Tale punto era la protezione giudiziale mediante l'*actio certi*, con la quale il *dans* poteva ottenere la restituzione della cosa se non si fosse attuato lo scopo per cui la dazione era avvenuta. Quest'*actio certi*, che alla fine del periodo delle *legis actiones* si faceva valere con la *condictio* (e nel processo formulare dava luogo alle due forme dell'*actio certae creditae pecuniae* e della *condictio certae rei*) era l'azione che tutelava anche il mutuo, l'*expensilatio*, la *stipulatio certi* (ma anche il *iusiurandum liberti*). Tutti i contratti dell'antico *ius civile*, dunque, che davano luogo ad un'*obligatio certi* erano protetti da quest'azione, la cui tipicità si collegava - a differenze dalle *actiones ex delicto* (e degli stessi *iudicia bonae fidei*) - non alla fattispecie costitutiva, bensì al tipo di diritto fatto valere ed all'oggetto di quest'ultimo, il che permetteva, almeno in astratto, di impiegarla ogni qual volta si desse un'*obligatio certi* del *ius civile* correlata ad un atto lecito. Proprio il carattere astratto della *condictio* rispetto alla fattispecie generatrice dell'*obligatio* ne permetteva l'uso anche al di fuori del campo contrattuale (inteso nei limiti gaiani), in una serie di fattispecie in cui, secondo un principio la cui portata è discussa in dottrina (soprattutto per quanto riguarda le origini), si trattava di rimuovere un trasferimento di ricchezza che non risultava giustificato dall'inizio o che aveva perso la sua giustificazione: ed è proprio questo principio che ha portato alla tutela delle *dationes ob rem*.

L'uso della *condictio* nelle *dationes ob rem* le avvicinava senz'altro - sotto il profilo della tutela giudiziaria - alle fattispecie dove si andava individuando, da parte della giurisprudenza, un'*obligatio contracta*. Bisogna tener qui presente il fatto che alla classificazione dei contratti era preceduta nel tempo una

classificazione delle *causae condictiois*, la quale traluce ancora nella *Pro Roscio comoedo* di Cicerone, laddove si afferma che, per esercitarsi l'*actio certae creditae pecuniae*, era necessario che la *pecunia* fosse o *data* o *promissa* o *expenso lata*. Siamo, a tutta evidenza, dinanzi ad una classificazione che, nella sostanza, coincide con quella delle *obligationes in re, litteris, verbis contractae*: e, com'è noto, in dottrina non a torto si è sostenuto che la quadripartizione dei *genera contractuum* che si trova in Gaio risulta dalla concrezione delle *obligationes consensu contractae* sulla tripartizione delle *causae condictioes*.

Sotto il profilo della classificazione delle *causae condictiois*, dunque, le *dationes ob rem* erano senz'altro avvicinate alle *obligationes contractae*, ma se ne allontanarono nel momento in cui la tripartizione di queste *causae* diede luogo alla quadripartizione dei *genera contractuum*. In quest'ultima non ebbero mai ingresso, a nostra conoscenza, tali *dationes*, mentre da Gai 3, 91 sappiamo che era discussa la questione se la *condictio indebiti* rappresenti o no un caso di *obligatio re contracta*, alla quale una minoranza di giuristi, i *quidam*, dava una risposta affermativa. Gli elementi a nostra disposizione sono, invero, pochi, e bisogna essere molto prudenti nella formulazione delle ipotesi. A parte qualsiasi discussione sul profilo della consapevolezza da parte dei protagonisti di questa storia (che sono poi i giuristi), è, a quanto sembra, l'incontro con i contratti consensuali (strutturalmente delle *conventiones*), ad emarginare i residui casi di applicazione della *condictio*. Il profilo in base al quale ciò accadeva è evidenziato, per la *condictio indebiti*, da Gai 3, 91: manca, in questa fattispecie, l'intento pratico delle parti volto a costituire un vincolo (*magis distrahere vult negotium, quam contrahere*). Tale profilo non regge, però, per le *dationes ob rem*, dove il trasferimento della proprietà avviene allo scopo, per l'appunto, di assicurarsi una prestazione o comunque un comportamento dell'accipiente: se il parere dell'interprete moderno non è troppo condizionato dal suo modo di vedere, l'*obligatio contracta* è qui esclusa dalla circostanza che la *res* richiesta con la *condictio* non è l'oggetto della controprestazione, detto in altri termini che non si ha qui un'azione per l'adempimento, bensì per la *risoluzione* del contratto.

Quale sia stato il senso preciso degli eventi che allora si svolsero è difficile da determinare: il risultato è, però, abbastanza evidente nei suoi esiti ultimi, che debbono essersi verificati già nel I sec. d.C. La tripartizione delle *causae condictiois*, nella sua valenza contrattuale (che non è l'unica) concorre

alla creazione dei *quattuor genera* delle *obligationes ex contractu*, che si ritrovano rispechiati complessivamente in Gaio (ed ai quali si fa singolarmente allusione in vari passi del Digesto), ma sembra, con ciò, esaurire la sua funzione, ch  ad essa non si fa pi  allusione. Contemporaneamente, la *condictio* che non   azione di adempimento (com' , invece, l'*actio certae creditae pecuniae* nel mutuo o la *condictio certae rei*, nella *stipulatio a rem dari*) viene separata dalla figura dell'*obligatio re contracta*, e cos  la tematica delle *dationes ob rem*, dove la *condictio* tende sempre a rimuovere un trasferimento ingiustificato, si allontana dalla materia contrattuale.

Ma, in materia di contratti innominati, si va, per , oltre all'azione, per chiamarla cos , di risoluzione. Per i tipi *do ut des* (e per l'*aestimatum*, che vi si avvicina), la concessione di un'azione in adempimento aveva trovato una sanzione sul piano normativo dell'editto con la concessione forse dopo Aristone - di due *formulae edictales*, che debbono ritenersi di *ius civile* con *intentio 'ex fide bona'*, ma in cui come requisito dell'azione era mantenuta l'anticipazione di una delle prestazioni (la quale, nel contratto estimatorio, era necessariamente quella di colui che promuoveva la vendita). Cos , per , si perveniva a creare due nuove specie di contratti tipici, ci si poneva, se si vuole, al di fuori della tematica dei contratti innominati. Ma vi sono state soluzioni anche all'interno di quest'ultima tematica, in cui ci si muoveva, allargandola, nell'ambito della prospettiva labeoniana dell'*actio civilis in factum*, ed utilizzando a tale scopo un altro strumento del giurista augusteo, il *contractus* inteso come '*synallagma*', e cio  come *ultra citroque obligatio*.

È la soluzione avanzata da Aristone e ribadita da Mauriciano, che si contrappone all'opinione dei pi  grandi giuristi dell'epoca, Celso e Giuliano, ed ha quindi l'aria d'essere un po' eterodossa, anche se ripresa da Ulpiano. Per Aristone, dunque, nel caso di una convenzione sinallagmatica in seguito all'esecuzione di una prestazione sorgeva un'*obligatio civilis* a favore della parte adempiente, fondata contemporaneamente sul '*synallagma*' e sul *causam subesse*, sulla previsione di uno scambio e sull'esistenza di una giustificazione oggettiva offerta dallo spostamento patrimoniale: questa soluzione era possibile, pur nell'inesistenza di un *proprium nomen contractus* (la quale implicava la disponibilit  di un'azione tipica), proprio perch  il sistema romano delle azione conosceva un'*actio incerti*, probabilmente risalente alla *legis actio per iudicis*

arbitrive postulationem, la quale come la correlativa *actio certi* - era esperibile ogni qual volta, sul piano sostanziale, venisse integrata un'*obligatio incerti*. Questa azione, cui pensava Aristone, era, molto probabilmente, un'azione con *intentio, civilis incerta*, al *quidquid dare facere oportet* (ma non *ex fide bona*), ed aveva sempre ad oggetto un *incertum*, qualquiasi fosse la natura della prestazione di cui si chiedeva l'adempimento.

Non è possibile intrattenersi, qui, sulla sorte che l'ipotesi di Aristone (e di Mauriciano) ebbe nella giurisprudenza posteriore (anche in relazione alla complessa tematica del rapporto fra l'*actio incerti*, azione d'adempimento, e la *condictio*, azione di *risoluzione*, nonché con il residuo impiego della protezione per via d'azione decretale in siffatte fattispecie). Il problema riaffiora, soprattutto, nella giurisprudenza severiana: Ulpiano recepisce, contemporaneamente, le soluzioni labeoniane, più ristrette, e l'ipotesi più ampia di Aristone: è difficile allo stato delle nostre conoscenze stabilire se il tutto si risolvesse nella considerazione casistica, o se in qualche luogo il giurista tentasse un raccordo. Paolo sembra più cauto e nell'una e nell'altra direzione, mentre Papiniano raccoglie sicuramente l'insegnamento di Labeone, ma la sua posizione rispetto ad Aristone è più difficile da determinare.

Il problema del rapporto di questi sviluppi con la classificazione delle *actiones ex contractu* è un problema evidentemente sovrastrutturale: nelle fonti non v'è traccia che né il riconoscimento della permuta e dell'*aestimatum* come contratti tipici né la concessione dell'*actio incerti* in adempimento negli altri casi di convenzione sinallagmatica (sempre nell'eventualità che fosse adempiuta una delle obbligazioni) reagisse sulla quadripartizione dei *genera contractus*, quale si sviluppa dal manoscritto veronese di Gaio alle *Res cottidianae* ed infine alle *Institutiones* imperiali. Al riguardo si deve porre attenzione alla circostanza che siamo noi moderni a dare a tale quadripartizione un'importanza totalizzante quale essa non aveva nella giurisprudenza romana. A prescindere dall'impiego delle singole strutture che compongono la classificazione in parola (impiego che si riscontra in altro tipo di opere ed in autori diversi da Gaio), la quadripartizione in sé considerata si riscontra soltanto nel Gaio delle opere istituzionali (anche se, probabilmente, non è stata ideata da questo giurista) e da queste ultime si tramanda a Giustiniano che, inquadrato nella tradizione, ne fa uso soltanto nelle *Institutiones* od in quell'inizio del tit. 7, D. 44, il quale dipende

dalle *Res cottidianae* gaiane, assumendo quindi il *Gedankengang* tipico delle opere istituzionali.

Il mancato collegamento della permuta (e dell'*aestimatum*) nonché delle dei contratti atipici in quanto forniti di azione di adempimento alla quadripartizione dei contratti ha, dunque, una portata minore di quella cui potremmo pensare noi moderni che, sulla base dell'impostazione pandettistica, abbiamo per lungo tempo fatto della quadripartizione gaiana il punto di partenza per qualsiasi discussione sui contratti. Quanto al più ristretto problema della ragione per cui, neppure nelle *Res cottidianae*, Gaio è riuscito a tener conto di questa fenomenologia, si può forse avanzare solo una congettura. I *quattuor genera contractus* sono, nella prospettiva gaiana, la necessaria mediazione fra le singole figure di contratto e la categoria generale dell'*obligatio ex contractu* (il che può trovare, forse, la sua origine nel modo in cui si è venuta storicamente a formare l'articolata classificazione di Gai 3, 88 e 89). Ora la permuta, l'*aestimatum*, le convenzioni sinallagmatiche protette dall'*actio civilis incerti* nei limiti dell'interesse all'adempimento non riescono a trovare una soddisfacente collocazione in quei *genera*. Sì, i postgiustinianeî avrebbero accostato i contratti innominati alle *obligationes re contractae*; e per le *dationes ob rem*, la permuta ed anche l'*aestimatum*, e si tratta di una soluzione accettabile ad una stregua astratta, poiché indubbiamente in esse il vincolo sorge dal trasferimento della (proprietà di una) cosa (la *realità* verrebbe indubbiamente forzata per introdurvi anche il *facio ut des* e *facio ut facias*). Ma v'era una diversa logica nel *re contrahi obligationem*: i contratti reali comportavano, in linea principale, un'obbligazione di restituzione (e, qui, si potrebbe aprire il discorso su *creditum* e *contractus*, che porterebbe, però, troppo lontani, su basi che, come quelle avanzate in una certa dottrina, non sembrano esser particolarmente vantaggiose), mentre tutte le figure di cui discutiamo presuppongono, come obbligazione principale, quella alla controprestazione. E, per quanto concerne i redattori delle Istituzioni giustinianeî, ha indubbiamente giocato un ruolo anche la forza della tradizione, ché essi non si allontanano dagli schemi gaiani.

Questo è, però, soltanto un filone fortemente influenzato dagli schemi classici dello sviluppo del sistema contrattuale nella proiezione verso il tardo-antico, filone che in sostanza guarda più all'indietro che in avanti, fondandosi sulle forme che il sistema contrattuale aveva assunto alla fine dell'epoca classica. Già

in questo periodo, però, erano in corso svolgimenti che avrebbero aperto una serie di sviluppi che danno luogo ad una fenomenologia parallela a quella sin qui vista, con la quale non si sarebbero mai fusi sostanzialmente neppure ad opera dei compilatori giustiniani. Questi svolgimenti s'incentrano sulla *stipulatio*, e si riferiscono proprio a quell'aspetto che contribuiva a rendere la *verborum obligatio* uno strumento prezioso all'interno di un sistema tipico com'era quello romano. È stato da tempo rilevato in dottrina che la *congruentia verborum* della *stipulatio* (*dari spondes? - spondeo*) può legittimamente paragonarsi allo schema moderno della proposta e dell'accettazione contrattuale: ed è questo atteggiarsi della formalità dell'*obligatio verbis contracta* che la rende estremamente duttile, capace in realtà di recepire qualsiasi contenuto negoziale. Sull'oralità della formalità stipulatoria s'esercita la pressione della prassi, soprattutto - ma, forse, non esclusivamente - della prassi greca, che conosce, in luogo di quelle verbali, forme scritte di contratti. V'era un punto specifico su cui si poteva esercitare questa pressione: fin dall'epoca repubblicana (ed è del resto fenomeno del tutto ovvio), soprattutto nei casi in cui la transazione fosse piuttosto complicata, le parti procedevano a redigere un documento probatorio, una *testatio* (ma poi anche un *chirographum*), in cui veniva descritto, più o meno analiticamente, il comportamento delle parti ed il contenuto dei *verba*. La documentazione predisposta per la prova del negozio poteva, poi, servire - in casi particolari - all'adempimento delle formalità verbali dello stesso, come accade nel famoso passo di Alfeno, D. 17, 2, 71 pr., in cui, con due stipulazioni separate (bisogna tener conto dell'operatività unilaterale del negozio), le parti si promettono tutte le prestazioni *in dando* e *in faciendo* coinvolte dall'assetto negoziale concordato e versato in un documento (oggetto dell'*interrogatio*, e conseguentemente della *responsio*, era *haec quae supra scripta sunt, ea ita dari fieri neque adversus ea fieri spondes?*). Questo apriva, già nella prassi romana, la via alla c.d. clausola stipulatoria, con la quale in un documento ancora, almeno formalmente, probatorio le parti, od il solo debitore (nei contratti anche sostanzialmente unilaterali), attestavano di aver versato in una stipulazione il contenuto negoziale racchiuso nel documento stesso.

Già la giurisprudenza tardo-classica, e soprattutto la cancelleria ed i giuristi severiani (primo fra tutti Paolo) giungevano a soluzioni piuttosto ardite in tema di valore probatorio di questi documenti, per chiamarli così, stipulatori:

anche se l'*iter* negoziale era stato soltanto parzialmente documentato (ad. es., la *responsio* e non l'*interrogatio*), purché non constasse positivamente del contrario s'intendeva provata, con una sorta di presunzione, anche la parte mancante; e, sotto il profilo sostanziale, le clausole concordate durante le trattative s'intendevano ricomprese anche nella *verborum obligatio*, anche se non sappiamo in quali limiti. Nulla emerge di positivo in relazione alla misura in cui ancora, al di là della redazione del documento stipulatorio, si procedesse scrupolosamente allo scambio effettivo d'*interrogatio* e *responsio*: e bisognerebbe distinguere, al proposito, tra la prassi metropolitana, quella dei territori dell'Occidente latino (più o meno sottoposti ad deviazioni sotto l'influsso della cultura preromana e delle differenti situazioni culturali e socio-economiche), ed i territori dell'Oriente greco, dove positivamente consta di un diverso modo di porsi della prassi negoziale nei confronti del documento.

Il documento fornito della clausola stipulatoria fu il mezzo che, a stare alla documentazione egiziana (non smentita da dati positivamente emergenti per le altre province) venne adottato dai *novi cives* per cercare di trovare nell'ambito del diritto romano (come quello ultimamente vincolante) una protezione per le loro transazioni negoziali, per le quali tendenzialmente continuavano ad adoperare lo stesso tipo di documento. Qui si può tranquillamente ritenere che non solo i contadini della *chóra* egiziana, ma anche i possidenti dei villaggi e delle città, non avranno che in casi rari od eccezionali proceduto all'effettivo scambio dell'*interrogatio* e della *responsio*; ma a questo punto potevano soccorrere, ove la lite fosse giunta ad un'istanza giurisdizionale capace di afferrare queste sottigliezze, il gioco di presunzioni che abbiamo visto proprio della cancelleria imperiale dei Severi ed in cui, fra i giuristi, si distingue Emilio Paolo.

L'evoluzione successiva s'incamminò su questa strada, favorita altresì dalla decadenza della giurisprudenza che, nel chiuso delle scuole, si atteneva al modello della *stipulatio* come *obligatio verbis contracta*, ma non riusciva ad esercitare alcuna influenza sulla prassi. Quali siano state le tappe attraverso le quali si perviene alla *stipulatio/instrumentum* di C. .8, 37, 10 (e, cioè, alla consacrazione della definitiva prevalenza, nel documento stipulatorio, della documentazione sui *verba*) non si può dire, ma arrivati a quel punto, e salvo le modificazioni introdotte al proposito da Giustiniano (ed ulteriormente permissive), dell'antica *verborum obligatio* si conserva soltanto la necessità della

praesentia delle parti. La formalità dell'*instrumentum* stipulatorio è una forma documentatrice, non v'è più neppure quel residuo di formalismo interno che si poteva cogliere nella *verborum obligatio* classica (rigorosamente unilaterale, ad. es.): per la sua valenza può considerarsi come una forma documentale del nostro attuale diritto, l'atto pubblico o la scrittura privata.

I problemi che, con la fantasia acuita da novecento anni di esercizio concettuale sul piano del diritto, l'interprete moderno potrebbe cogliere a livello della compilazione giustiniana e dell'interpretazione degli scolasti postgiustiniani sono molti e tutti di grave momento, limitiamoci qui a vedere la cosa, dal punto di vista della tipicità del sistema contrattuale. Le *Institutiones* imperiali e la Parafraresi di Teofilo continuano a parlare di *obligatio verbis contracta*, anzi si sforzano di trovare nella *cautio* non più impugnabile - qualcosa che possa sostituire i *nomina transcripticia* come *obligatio litteris contracta*. La *stipulatio* classica, come contratto verbale ed eventualmente astratto, ormai non esiste più se non sulla carta: e, a ben vedere, non esiste più neppure la tipicità del sistema: noi abbiamo una serie di contratti tipici, che sono i contratti reali e quelli consensuali, davanti ai quali le convenzioni atipiche hanno un unico limite, ormai essenzialmente di forma, quello di essere versate in una *stipulatio/instrumentum*, che rimane un contratto consensuale e causale, dacché gli effetti dipendono dalla volontà delle parti e dalla funzione economico sociale perseguita. L'atipicità del sistema non è impedita dall'onere della forma, che non incide sulla libertà del contenuto sostanziale, come può, astrattamente, pensarsi incidere, invece, la necessità dell'esecuzione di una delle prestazioni nelle convenzioni sinallagmatiche.

Queste ultime appaiono, in effetti, senza una precisa collocazione nell'insieme della normativa che può desumersi dalla compilazione: sono contratti atipici, ma che prevedono un requisito attinente alla funzione causale per divenire vincolanti. In astratto, l'esecuzione di una delle prestazioni rende vincolante il contratto, in sostituzione della forma scritta (la quale, a sua volta, tende a restringere la libera manifestazione del consenso nelle *obligationes consensu contractae*, e soprattutto nella vendita che è ritornata, tendenzialmente, ad identificarsi col negozio traslativo). Ma bisogna dire che, al livello della compilazione, non vi sono tracce che i compilatori si ponessero tematiche del genere, ché, anzi, l'impressione è nel senso che gli argomenti accennati

stipulatio/instrumentum, contratti innominati, previsione di una forma scritta (convenzionale od obbligatoria che fosse) per certi tipi di contratto (ivi compresi negozi ad effetti reali) - rimangono tutti isolati e non si compongono a sistema. E per quanto sappiamo dagli scarsi documenti, della prassi, possiamo constatare una sorta di incomunicabilità, anche altrimenti visibile di questi tempi, fra il *diritto vivente* e l'elaborazione dottrinale coeva.

La storia della tipicità contrattuale nell'arco del diritto romano si conclude così, senza che i vari fattori che vi avevano concorso riescano, neppure al livello di una riflessione dottrinale astratta, a comporsi ad unità. Lavorare su questo quadro normativo, era un compito lasciato agli interpreti dell'età di mezzo, in Occidente, e la tematica del sistema contrattuale resta, senza dubbio, una delle più interessanti (ed ancora non completamente indagata dalla dottrina moderna in una visione complessiva per vedere sin dove quegli elementi si riconducano a sistema). Per quella naturale prosecuzione dell'oggetto degli studi del cultore del diritto romano, che è la giusbizantinistica, non sembra che molto lavoro si sia fatto, neppure per accertare quello che, pessimisticamente, potrebbe sospettarsi come uno dei probabili sbocchi di tale ricerca, l'assenza di una sufficiente base testuale, che dall'apparato degli scolii ai Basilici è assicurato, in effetti, soltanto per le convenzioni sinallagmatiche, in quanto trattate in D. 2, 14. Ma è argomento di cui si potrà trattare, dopo aver accertato questo dato di fatto.

* *Conferência proferida na Faculdade de Direito da USP em 28 de agosto de 1991.*