

Consenso parziale e conformità del regolamento negoziale alle volontà delle parti nel diritto romano classico

Natale RAMPAZZO

(Consiglio Nazionale delle Ricerche — Naples)

1. In maiore et minus nella locatio conductio

Nei Digesta si trovano numerosi casi relativi ad una discordanza esterna tra le volontà delle parti risolta attraverso il ricorso ad un procedimento interpretativo di temperamento degli interessi in gioco e di conseguente conservazione dell'efficacia negoziale.

Gli esempi di divergenza di cui ci occuperemo sono di tipo quantitativo e inerenti alla materia contrattuale, in cui sembra potersi delineare l'immagine di un consenso parziale che salva l'atto dalla sanzione di nullità, applicabile invece ad un negozio sfornito di un proprio elemento costitutivo, recuperando dalle intenzioni manifestate dalle parti (o altrimenti indagabili) le condizioni non contraddittorie con l'equilibrio ed il regolamento di interessi che esse volevano perseguire.

Il primo frammento, piuttosto noto, proviene dal titolo dedicato alla *locatio conductio* ed è:

D.19.2.52 (Pomp. 31 *ad Q.M.*):

Si decem tibi locem fundum, tu autem existimes quinque te conducere, nihil agitur. Sed et si ego minoris me locare sensero tu pluris te conducere, utique non pluris erit conductio quam quanti ego putavi¹.

* Questo scritto rappresenta il testo della comunicazione tenuta alla Sihda 2008, arricchita di note essenziali. Essa riprende gli spunti espressi nella recensione al volume di Staffhorst apparsa in *Index* 36 (2008) 299-320, e costituisce la traccia di un'indagine più ampia e approfondita sul tema della patologia negoziale.

¹ Nella Palingenesi leneliana è collocato nel titolo *de emptioibus et venditionibus* al nr. 300, in base alla provenienza dal XXXI libro *ad Quintum Mucium* di Pomponio, riguardante la vendita, in cui si tratterebbe comparativamente di consenso e corrispettivo nella locazione. Ciò ha determinato l'opinione che Quinto Mucio non abbia mai parlato di *locatio conductio*: A.WATSON, *Law Making in the Later Roman Republic*, Oxford 1974, 146; P.STEIN, *The development of the institutional system*, in P.G.STEIN, A.D.E.LEWIS (eds.), *Studies in Justinian's Institutes in Memory of J.A.C.Thomas*, London 1983, 152s.; K.-H.MISERA, *D. 19.2.52, Pomp. 31 ad Q. Mucium. Vertragsschluß consensu: Wille und error im klassischen römischen Recht*, in *Lebendiges Recht – Von den Sumerern bis zur Gegenwart. Fs. R.Trinkner zum 65. Geburtstag*, Heidelberg 1995, 46s., e E.METZGER, *The buyer who wants to pay more*, in *RLT* 3 (2006) *passim*. V. sul frammento *e multis* FR.EISELE, *Civilistische Kleinigkeiten III*, in *Jher. Jahrb.* 23 (1885) 11; G.GROSSO, *In tema di divergenza fra volontà e dichiarazione nel testamento*, in *Studi in onore di S.Riccobono nel XL anno del suo insegnamento III*, Palermo 1936, 167 nt. 7; J.G.WOLF, *Error im römischen Vertragsrecht*, Köln-Graz 1961, 79 («eine reine Auslegungsentscheidung»), seguendo l'opinione di H.SCHWARZ, *Die Bedeutung des Geschäftswillens im römischen Kontraktrecht der klassischen Zeit*, in *SDHI* 25 (1959) 44s., che i Romani avevano assorbito la problematica dell'errore all'interno di un problema interpretativo e rilevandone tuttavia le aporie, a p. 80 nt. 30; L.LABRUNA, *Errantis voluntas*, in *Labeo* 8 (1962) 134s.; F.WIEACKER, *Societas. Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft*, Weimar 1936, 94ss.; ID., *Irrtum, Dissens oder Gegenstandlose Leistungsbestimmung?*, in *Mélanges Ph.Meylan I*, Lausanne 1963, 398s.; U.ZILLETI, *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, Milano 1961, 69s.; H.H.SEILER, *Utile per inutile non vitatur. Zur Teilunwirksamkeit von Rechtsgeschäften im römischen Recht*, in *Fs. M.Kaser zum 70. Geburtstag*, München 1976, 127-147, spec. 129s. [= *Geschichte und Gegenwart im Zivilrecht. Ausgewählte Schriften*, Köln-Berlin-München 2004, 45-62]; R.BACKHAUS, *In maiore minus inest. Eine justinianische «regula iuris» in den klassischen Rechtsquellen. Herkunft, Anwendungsbereich und Funktion*, in *ZSS* 100 (1983) 136-184, spec. 162ss., secondo cui il motivo della decisione non può rintracciarsi nel parametro della ragionevolezza o del pratico accomodamento degli interessi delle parti, ma appunto al «hypotetischer Wille»; S.E.WUNNER, *Contractus. Sein Wortgebrauch und Willensgehalt im klassischen römischen Recht*, Köln-Graz 1964, 162, 199, 202, 206; O.BEHREND, *Institutionelles und prinzipielles Denken im römischen Privatrecht*, in *ZSS* 95 (1978) 209s. e nt. 53 [= *Institut und Prinzip I*, Göttingen 2004, 32s. e nt. 53]; E.KLINGENBERG, *rec. di B.S.JACKSON, Essays in Jewish and comparative legal history*, Leiden 1975, in *ZSS* 95 (1978) 341s.; G.MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere. Contributi allo studio del negozio bilaterale romano*, II ed., Napoli 1994, 101s.; K.-H.MISERA, *D. 19.2.52, Pomp. 31 ad Q. Mucium* cit. 45ss.; M.J.SCHERMAIER, *Auslegung und Konsensbestimmung. Sachmängelhaftung, Irrtum und anfängliche Unmöglichkeit nach römischem Kaufrecht*, in *ZSS* 115 (1998) 253s.; E.METZGER, *The buyer who wants to pay more* cit. 115-122; A.STAFFHORST, *Die Teilnichtigkeit von Rechtsgeschäften im klassischen römischen Recht* (Berlin 2006) 87ss. V. per un inquadramento generale del contratto di locazione: TH.MAYER-MALY, *Locatio conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Wien-München 1956; H.KAUFMANN, *Die altrömische Miete. Ihre Zusammenhänge mit Gesellschaft, Wirtschaft und staatlicher*

1. Se ti concedo in locazione un fondo per dieci, ma tu credi di prenderlo per cinque, non si è concluso alcunché. 2. Ma anche se io avrò pensato di locare per meno e tu invece di condurre per più, ad ogni modo non sarà locata a più di quanto il locatore abbia pensato.

Possono dunque distinguersi due casi.

Il primo in cui dopo una dichiarazione di un certo prezzo da parte del locatore, il conduttore, per effetto di errata comprensione o valutazione, crede di prendere il bene ad un canone inferiore e non si conclude il contratto, per effetto di discordanza tra le dichiarazioni delle parti e le reciproche aspettative. Misera ha proposto la seguente lettura del caso: Tizio dice 10 Caio dice 5 oppure Tizio dice 10 e Caio dice di essere d'accordo, pensando di aver concluso a 5 (questo è considerato da una parte della dottrina un errore che incide sulla formazione del consenso, elemento essenziale del contratto, impedito nel suo venire ad esistenza proprio dal dissenso²). Nella prima variante le dichiarazioni divergono oggettivamente, nella seconda invece esse non divergono, eppure non sussiste l'accordo delle volontà sottostante alla loro manifestazione: così si sottolinea la rilevanza della «Übereinstimmung im Willen», cioè della concreta e reale - e non meramente formale - intenzione espressa dalle parti.

Il secondo caso sembra connettersi con il precedente di cui rappresenterebbe una sorta di immagine speculare; gli studiosi che se ne sono occupati hanno spesso pensato che si riferisse alle (stesse)

Vermögensverwaltung, Köln-Graz 1964; P.PINNA PARPAGLIA, *Vitia ex ipsa re. Aspetti della locazione in diritto romano*, Milano 1983; G.PUGLIESE, *Locatio-conductio*, *Hom. L.Murga Gener*, Madrid 1994, 597-610, ove bibliografia; R.FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*. *Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli 1999, che non citano però il passo. In *Cic. de off.* 3.62 è narrato l'aneddoto del figlio di Publio Mucio Scevola, Quinto, che all'atto di acquistare un fondo dimostra di essere un *vir bonus* più che *sapiens*, offrendo un rialzo del prezzo richiesto dal venditore sulla base di una stima migliore del bene venduto. È un esempio di *quidquid dare oportet ex fide bona*, che può integrare in determinate circostanze il contratto, costruendo il consenso secondo ciò che corrisponde al valore effettivo del bene. L'esegesi in chiave giuridica del testo potrebbe alterarne i contorni e forzarne il reale significato, che pare attestarsi sull'apprezzamento di qualità morali e della distinzione tra furbizia e rettitudine. V. D.R.GÖTTLICHER, *Auf der Suche nach dem gerechten Preis. Vertragsgerechtigkeit und humanitas als Daueraufgabe des römischen Rechts*, Göttingen 2004, 65ss.

² Cfr. MISERA, *D.* 19.2.52 cit. 47, e, in riferimento alla storia del diritto canonico, G.MOSCARIELLO, «*Error qui versetur circa id quod substantiam actus constituit*» (*Can. 126*). *Studio storico-giuridico*, Roma 2001, 9 ss.

somme menzionate nel primo caso. Ebbene, nonostante che vi sia un analogo (ed invertito) disaccordo sulla misura del corrispettivo, il giurista afferma che il contratto si concluderà al valore più basso immaginato dal locatore, e non a quello più alto prospettato dal conduttore. È dubbio³ se Pomponio intendesse davvero concluso il contratto o formulasse una mera ipotesi di scuola. Compare dunque anche in questa parte del frammento un dissenso, ma la soluzione è opposta rispetto a quella del primo caso: il contratto può venire ad esistenza sulla base della quantità di denaro che entrambi sarebbero disposti a dare e ad accettare.

Flume⁴ e Kaden⁵, configuravano, rispettivamente nel primo e nel secondo caso, un'ipotesi di «Dissenstatbestand»⁶, strutturalmente inidonea a produrre effetti giuridici, contrariamente all'opinione di Wieacker⁷, il quale, assumendo entrambe le decisioni di Pomponio come «untadlig überliefert», sostenne che l'accordo era raggiunto su dieci («vereinbart sind zehn») e che tuttavia il contratto non era valido («fehlgeschlagen»), in quanto non vi era convergenza sull'importo del canone. Il consenso richiederebbe infatti, oltre all'atto fondante obiettivamente concorde («objektiv stimmiges Begründungsakt»), anche un reale accordo sugli elementi oggettivi del negozio («wirkliche Einigung über die objektiven Geschäftsmerkmale»). La differenza tra 'concordanza di manifestazioni di volontà' e 'concreto

³ Così MISERA, *D. 19.2.52* cit. 48, spiega l'ambigua formula *sed et si* introduttiva della seconda ipotesi.

⁴ W.FLUME, *Irrtum und Rechtsgeschäft im römischen Recht*, in *Fs. F.Schulz* I, Weimar 1951, 209-252, spec. 243 e nt. 6 [= *Gesammelte Schriften* I, Köln 1988, 125-162, spec. 154 e nt. 102].

⁵ *Rez.* a P.Voci, *L'errore nel diritto romano*, Milano 1937, in *ZSS* 59 (1939) 632-638, spec. 635 e 636 nt. 2.

⁶ Analogamente a D.12.1.32, 18.1.9, 41.2.34pr., 45.1.83.1, 45.1.137.1 e I.3.19.23 (passi, gli ultimi tre, fortemente sospettati di interpolazione), su cui v. H.SIBER, *Römisches Privatrecht*, Berlin 1928, 185, 411, 435; E.BETTI, *Diritto romano* I, Padova 1935, 274s., *Esercitazioni romanistiche su casi pratici I. Anormalità del negozio giuridico*, Milano 1930, 74ss. e 84ss.; M.LAURIA, *L'errore nei negozi giuridici*, in *Riv. dir. civ.* 19 (1927) 27 nt. 4, 37, 46ss. [= *Studii e ricordi*, Napoli 1983, I ss.]; TH.MAYER-MALY, *Die Konsensstörung in der klassischen Irrtumslehre*, in *Mélanges P.Meylan* I, Lausanne 1963, 241ss.; F.WIEACKER, *Irrtum* cit. 383ss.; M.TALAMANCA, «*Conventio*» e «*stipulatio*» nel sistema dei contratti romani, in *Le droit romain et sa réception en Europe*, Varsovie 1978, 219ss.; R.KNÜTEL, *Sobre la interpretación de la estipulación*, in *Derecho civil y romano. Culturas y sistemas jurídicos comparados*, Ciudad del México 2006, 195-235, spec. 211ss.

⁷ *Societas* cit. 94.

accordo di volontà' era tuttavia pressoché sconosciuta ai Romani e la frammentazione dell'operazione negoziale in diversi livelli (uno formale l'altro sostanziale) di comprensione reciproca delle dichiarazioni delle parti rende difficilmente accoglibile questa prospettiva. È la 'sensibilità' dei soggetti coinvolti (l'*existimare*⁸ ed il *sentire* di ciascuno⁹), al di là delle parole utilizzate, ad imprimere un significato alla vicenda negoziale. La divergente convinzione del conduttore potrebbe essere giustificata allora solo dalla confusione sul contenuto della dichiarazione del locatore, perché la fissazione verbale del prezzo era stata poco chiara ovvero era rimasta indefinita.

Nei negozi non formali, non dipendenti cioè per la propria validità dal rispetto di requisiti esteriori, come nei contratti consensuali, è concessa una più ampia interpretazione della volontà delle parti: così sentenziava Papiniano (D.50.16.219 [2 *resp.*]: *in conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba considerari placuit*, estendendo la disciplina anche alla materia testamentaria: D.35.1.101pr. [8 *resp.*]: *in condicionibus testamentorum ...*); nei contratti, infatti, chiosava Voci¹⁰, «si può ammettere come il più comprenda il meno e come il consenso dato dal conduttore per una somma superiore a quella chiestagli non porti alla nullità»: eppure la regola della continenza restava di carattere empirico e non poteva essere estesa indiscriminatamente, ma solo dopo aver tenuto conto dell'interesse della parte ad accettare una controprestazione di valore inferiore rispetto a quella concretamente ottenibile.

⁸ Nel modo comune con cui esso è interpretato nel linguaggio giuridico, v. ad es. E.BETTI, *Il dogma bizantino della φύσις τῆς παραδοσέως e la irrilevanza del dissenso nella causa della tradizione*, in *Studi in onore di P.Bonfante* I, Milano 1930, 314, che ritiene l'espressione utilizzata in D.41.1.36 (Iul. 13 *dig.*) corrispondente ad un errore circa le rispettive intenzioni quindi ad un malinteso. S.RICCOBONO, *Stipulatio* 1922 cit., 274ss., ancorava la prevalenza dell'aspetto volontaristico, deducibile anche da indizi diversi dai *verba*, ad un'evoluzione successiva alla costituzione di Leone nel 472 (C.8.37[38].10) che, abolendo i *verba sollemnia*, riconosceva l'efficacia delle stipulazioni *pro consensu contrahentium* (cfr. I.3.15.1, 3.19.13, C.4.11 e D.2.14.7.12).

⁹ V., sui significati in contesto giuridico, M.LAURIA, *L'errore nei negozi giuridici* cit. 1 ss. [= *Studii* cit. 1 ss.], spec. 17ss., sulle connessioni tra errore, dissenso e consenso, e C.CASCIONE, *Consensus. Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche*, Napoli 2003, 2ss., 16ss. e 47ss.

¹⁰ *La dottrina romana del contratto*, Milano 1946, 169s.

Ed era questo il punto che Betti¹¹ metteva in luce: partendo dall'accordo esistente sulla tipologia negoziale da porre in essere, cioè sulla 'causa', l'efficacia del negozio era direttamente conseguente ad un *idem sentire* circa la misura dell'attribuzione patrimoniale conferita in cambio della disponibilità della cosa.

Allora, la comprensione del frammento migliora se si ammette che, secondo l'interpretazione giurisprudenziale, chi subisca l'onere dell'erogazione pecuniaria (chi sia in altre parole il contraente 'debole', che per mentalità moderna coinciderebbe con chi ha un bisogno provvisorio del bene da soddisfare attraverso un corrispettivo economico, rispetto al contraente 'forte' che lo possiede senza averne bisogno al punto da concederlo in locazione) debba trovarsi in una situazione di privilegio nei confronti di chi detta le condizioni, almeno nel caso in cui la sovrapposizione delle richieste riveli la possibilità di 'chiudere l'affare' al ribasso, senza con ciò pregiudicare le aspettative dell'altra parte. Queste, infatti, restano intatte in caso di divergenza palese sulla quantità (si chiede 10 - si offre 5), ma vengono soddisfatte al livello più basso dallo stesso locatore voluto, dunque non in conflitto con le sue intenzioni, anche quando il conduttore sarebbe disposto a dare di più. Non si tratta dunque per Betti di conversione del negozio giuridico¹², ma di semplice rettifica della differenza - che egli definisce «puramente quantitativa»¹³ - la quale si realizza grazie alla finzione che nella volontà di prestare la somma maggiore sia inclusa quella della somma minore.

Con il riferimento alle sensazioni delle parti la possibilità che la dichiarazione del locatore sia stata ambigua induce Zilletti¹⁴ a spostare

¹¹ *Esercitazioni romanistiche* cit. 76.

¹² Cfr. ampiamente in argomento V.GIUFFRÈ, *L'utilizzazione degli atti giuridici mediante «conversione» in diritto romano*, Napoli 1965, *passim*.

¹³ *Il dogma bizantino* cit. 318.

¹⁴ *La dottrina dell'errore* cit. 69ss.; decisamente contrario all'oscurità della dichiarazione del locatore nel primo caso G.MELILLO, *Contrahere* cit. 102 nt. 239: è probabile tuttavia che Zilletti si riferisse alla seconda delle ipotesi illustrate nel frammento precisamente a quella introdotta dal *sed et si*, discussa in comparazione con D.44.7.57 (Pomp. 36 *ad Q.M.*): *in omnibus negotiis contrahendis, sive bona fide sint sive non sint, si error aliquis intervenit, ut aliud sentiat puta qui emit aut qui conducit, aliud qui cum his contrahit, nihil valet quod acti sit. Et idem in societate quoque coeunda respondendum est, ut, si dissentiant aliud alio existimante, nihil valet ea societas, quae in consensu consistit*, comunemente inteso di chiara matrice giustiniana. Su questo frammento v. di recente J.D.HARKE, *Si error aliquis intervenit. Irrtum im klassischen römischen Vertragsrecht*, Berlin 2005, spec. 90ss.,

il ragionamento sugli elementi costitutivi del negozio: la *merces certa* concorre a definire il procedimento di formazione del negozio¹⁵, la sua incertezza assoluta (o la sua non determinatezza) ne inibisce l'efficacia, anche in presenza di un accordo generale sulla causa. Infatti, il primo caso indicato dal frammento riguarda una divergenza irriducibile, nel secondo è plausibile la composizione degli interessi sulla base di elementi obiettivi, ricorrendo all'*id quod actum est*, come insegna proprio a proposito dell'*ambiguitas verborum* Paolo (14 *ad Plaut.*) in D.34.5.21(22)pr.¹⁶. La conclusione di Zilletti è che in tal caso l'errore, assorbito all'interno di un procedimento interpretativo della volontà delle parti, «non ha rilevanza autonoma ed è improduttivo di conseguenze»¹⁷.

Wolf considera il frammento di fattura giustiniana nella prima parte e interpolato limitatamente alle parti *sed et si* e *utique* nella seconda, sia dal punto di vista teorico per la costruzione del dissenso come conseguenza di un errore unilaterale¹⁸ (p. 81), sia per motivi sintattici come la *consecutio temporum*¹⁹, e lo inserisce tra le fattispecie di *error in pretio*. In un caso sussisterebbe allora una situazione di errore impeditivo del consenso dipendente dalla falsa

che reputa invece ingiustificate le critiche al testo e inesistenti le pretese controversie tra giuristi. Egli considera inoltre sinonimi i termini *error* e *dissensus* ivi presenti ed identifica nel dissenso solo il risultato dell'errore senza il quale quello sarebbe impensabile: l'errore dunque non agisce sulla formazione di un accordo, ma sancisce che l'accordo raggiunto è «ungültig».

¹⁵ Gai 3.139-140 (per la vendita, visto il rinvio operato da Gai 3.142, che stabilisce il requisito della *merces certa* e la *familiaritas* che i due contratti consensuali condividono): *emptio et venditio contrahitur, cum de pretio convenerit quamvis nondum pretium numeratum sit ...; pretium autem certum esse debet ...*, ove si sancisce la nullità della rimessione della determinazione alla *aestimatio* di un terzo, possibile invece per qualche tipologia di *locatio* (specie quella *operis*): cfr. I.3.24pr. V. A.DE SENARCLENS, *La maxime pretium debet esse verum, certum, iustum*, in *Mélanges P.Fournier*, Paris 1929, 685-704; l'interessante prospettiva comparativa di F.GALLO, *Giusto corrispettivo e corrispettivo presunto nella vendita e nella locazione*, in *SDHI* 32 (1966) 234ss.; L.FASCIONE, *La determinazione dell'oggetto del contratto (vendita e locazione)*, in *Societas-ius. Munuscula di allievi a F.Serrao*, Napoli 1999, 67ss.

¹⁶ *Ubi est verborum ambiguitas, valet quod acti est...*, v. M.TALAMANCA, *Conventio* 1978 cit. 220.

¹⁷ Sul trattamento dell'errore in tema di *stipulatio* v. B.BIONDI, *Contratto e stipulatio. Corso di lezioni*, Milano 1953, 319ss., in riferimento a D. 24.3.66.4; 44.4.17pr.; 44.7.57; 45.1.83.1.

¹⁸ *Error* cit. 81.

¹⁹ Contrario da ultimo J.D.HARKE, *Si error* cit. 96s.

prospettazione del conduttore che determina la mancata conclusione del contratto (contrariamente a Flume e Betti che vi intravedono un dissenso nascosto), nell'altro, stavolta contro Voci, ricorrerebbe invece una fattispecie di un «versteckter Dissens», come in D.18.1.9pr.²⁰. Egli critica inoltre i tentativi interpretativi che esigono, nel primo caso, un effettivo accordo sulla misura della *merces*, mentre nel secondo si accontentano della finzione di un accordo (Flume, Betti, Voci, come si è visto), o anche con la sua stessa assenza (Wieacker: «ist die Wirksamkeit des Geschäfts erwünscht, gelingt der Begründungsakt auch ohne Einigung»), attraverso il richiamo agli interessi delle parti o alla adeguatezza della decisione (in particolare Betti e Voci).

Contrario alle conclusioni di Wolf è Wunner²¹: egli intende anzitutto il termine *locare* non già come «vermieten» ma come «zur Vermietung stellen», cioè, se bene intendo, «offrire in locazione»; quindi, i due casi potrebbero essere risolti facendo ricorso non ad un'interpretazione adeguatrice, ma al principio consensuale, che individua nel primo caso non un *minus* ma un *aliud sentire*²², ovvero una controproposta, e la conseguenza è *nihil agitur*: nulla si compie e nulla può essere fatto valere in giudizio; nel secondo, invece, un consenso parziale, derivante dalla «Willensübereinstimmung», attraverso la menzionata «Wertung der hier anders gelagerten Interessen».

Backhaus²³, con Staffhorst²⁴, ritiene invece che il principio di continenza «*in maiore et minus*» serva non alla soluzione della questione, ma alla delimitazione dell'ambito in cui può cercarsi un «hypotetischer Parteiwille»²⁵, che può costituire, in sede interpretativa, un valido surrogato del consenso spontaneo e immediato. Lo studioso di Heidelberg ha configurato il frammento come un'ipotesi di «Teilkonsens», congetturando che la caratterizzazione più o meno

²⁰ *Error* cit. 43 ss.

²¹ *Contractus* cit. 200ss. Anche W.FLUME, in *T* 30 (1962) 367, sottolinea la superficialità di Wolf nel liberarsi della prima fattispecie come compilatoria.

²² *Contractus* cit. 201.

²³ *In maiore* cit. 162ss.

²⁴ *Die Teilnichtigkeit* cit. 87ss., che considera il caso un «gordischer Knoten».

²⁵ A.STAFFHORST, *Die Teilnichtigkeit* cit. 89. Cfr. in questo senso pure A.SIMONIUS, *Bemerkungen zur römischen Irrtumslehre*, in *Fs. P.Koschaker* I, Weimar 1939, 363: «hier wird festgestellt, daß der Pächter dem vom Verpächter geforderten Pachtzins zugestimmt hat».

egoistica degli atteggiamenti psichici dei soggetti possa fondare le diverse soluzioni possibili. Egli esclude l'applicabilità della «Unklarheitenregel» nell'ambito di una *interpretatio contra locatorem*²⁶, perché qui si tratta dell'accordo principale e non di clausole particolari (di *pacta* o *leges*: D.2.14.39). Pertinente e provocatoria l'osservazione di Harke²⁷ su questo punto, che occorrerebbe, nell'adozione del principio di continenza, indagare alla stessa stregua, nel primo caso, la volontà del locatore di ricevere 5, che sarebbe appunto implicata in una volontà di ricevere 10.

È Costa²⁸ che applica alla locazione, pur senza un'interpretazione storica della *sententia* di Pomponio, qualora sussista errore sulla misura della somma convenuta, il regolamento vigente tra promittente e promissario (cioè di *nullità* se il conduttore pensava di corrispondere meno di quanto voluto dal locatore, *efficacia*, per il valore minimo, se credeva di dovere una controprestazione economicamente maggiore) e ci consente di gettare le basi di un ponte tra le due dimensioni apparentemente lontane della *stipulatio* e del contratto consensuale.

Ma prima occorre riassumere le tendenze fin qui esposte. Esistono infatti due approcci principali al trattamento della divergenza

²⁶ Espressione di un favore per chi deve dare, di cui si riscontrano chiari segni ad es. in D.50.17.56 (Gai. 3 *de leg. ad ed. urb.*): *semper in dubiis benigniora praeferenda sunt* o 50.17.9 (Ulp. 15 *ad Sab.*): *semper in obscuris quod minimum est sequimur* o ancora 28.4.3 (Marc. 29 *dig.*): *in re dubia benigniorem interpretationem sequi non minus iustus est quam tutius*; soprattutto per i debiti di denaro sono rilevanti D.50.17.34 (Ulp. 45 *ad Sab.*): *ad id quod minimum est, redigendo summa est*, come pure in D.45.1.83.3 (Paul. 72 *ad ed.*): *semper in summis id, quod minus est, sponderi videtur*; D.45.1.109 (Pomp. 3 *ad Q.M.*): *in stipulationibus id servatur ut quod minus esset quodque longius, esse videretur in obligationem deductum*; D.34.5.26(27) (Cels. 26 *dig.*): *cum quaeritur in stipulatione, quid acti sit, ambiguitas contra stipulatorem est*; D.45.1.38.18 (Ulp. 49 *ad Sab.*): *in stipulationibus cum quaeritur, quid actum sit, verba contra stipulatorem interpretando sunt*; D.2.14.39 (Pap. 5 *quaest.*): *veteribus placet pactionem obscuram vel ambiguam venditori et qui locavit nocere, in quorum fuit potestate legem apertius conscribere e*, in senso analogicamente estensibile alla locazione, D.18.1.21 (Paul. 5 *ad Sab.*): *Labeo scripsit obscuritatem pacti nocere potius debere venditori qui id dixerit quam empori, quia potuit re integra apertius dicere* e D.50.17.172 (Paul. 5 *ad Plaut.*): *in contrahenda venditione ambiguum pactum contra venditorem interpretandum est*. V. per tutti S.TAFARO, *Il giurista e l'«ambiguità»*. *Ambigere, ambiguitas, Ambiguus*, II ed., Bari 1996, *passim*, e V.GIUFFRÈ, *Studi sul debito*, II ed., Napoli 1999, 172ss. spec. 180s., perplesso sulla riconoscibilità nel diritto romano, almeno classico, di un trattamento privilegiato per il debitore in quanto tale.

²⁷ *Si error cit.* 101.

²⁸ *La locazione di cose nel diritto romano*, Torino 1915, rist. an. Roma 1966, 19.

quantitativa. Essa può riportarsi all'interno della problematica consensuale, da una parte (Wunner, de Zulueta²⁹, Kaser) conservando la coerenza della disciplina contrattuale romana, e dunque considerando il secondo caso come un accordo parziale, attraverso l'applicazione del principio *in maiore et minus* come criterio 'contabile' risolutivo della decisione, dall'altra (Kretschmar, Biondi, Backhaus, Misera, Staffhorst, Knütel) ricorrendo invece alla finzione con effetti giuridici della volontà ipotetica. D'altro canto vi è chi, come Wieacker e Behrends, rinuncia a vedervi una fattispecie consensuale, pure ammettendo l'esistenza del contratto in tutti i casi in cui l'accordo può essere superato dal migliore accomodamento possibile degli interessi, che rappresenta il «Beleg freier Auslegungskunst der römischen Juristen»³⁰.

Quindi da una parte il consenso parziale, ricorrendo a criteri meccanici di sovrapposizione o a modalità sofisticate di finzione, dall'altra la mera interpretazione dei giuristi compensativa delle lacune dell'accordo.

Metzger, che è l'ultimo in ordine di tempo ad essere intervenuto sul frammento, sostiene, suggestionato della «vernünftige Auslegung» di Wieacker, che - a prescindere da eventuali interpolazioni - Pomponio non vuol dire altro che l'assenza di consenso, tanto nel primo quanto nel secondo caso, produce l'inesistenza del negozio: in quest'ottica si affida al giudice il compito dell'analisi del fatto e si sposta il baricentro della riflessione da una dimensione teorica ad una eminentemente pratica, in cui la soluzione riportata dal giurista costituisce l'esito di una controversia, anziché il punto di partenza di un'interpretazione sistematica degli elementi di struttura del contratto.

Le perplessità sono infatti generate dall'asimmetria giuridica dei due casi: ad una richiesta di 10 la risposta di 5 genera la nullità del negozio (*rectius* la sua mancata conclusione: *nihil agitur*), al contrario (a richiesta di 5 ed a risposta di 10) la *conductio* si conclude al canone più basso; la conclusione logica, in presenza di un dissenso sulle quantità, sarebbe stata la non obbligatorietà delle dichiarazioni. L'applicazione del ragionamento *in maiore et minus*, unitamente al ricorso alla volontà ipotetica, preserva invece dall'inutilità l'operazione economica. Prevarrebbe dunque la volontà del locatore,

²⁹ *The Roman Law of Sale*, Oxford 1945, 25.

³⁰ O.BEHREND, *Institutionelles und prinzipielles Denken* cit. 209.

connessa con l'interesse del conduttore, il quale non può essere costretto a prestare quanto promesso se ciò è più di quello che la controparte desidera ottenere. Pomponio non manifesta un'opinione sull'efficacia o meno del contratto senza il necessario consenso, ma solo sul modo in cui potrebbe produrre effetti, optando per l'alternativa di privilegiare economicamente il futuro conduttore.

Appare ad ogni modo strano che, mentre nel primo caso, in cui il canone chiesto ed offerto è manifestato *expressis verbis*, si propende per l'inefficacia della locazione per mancato raggiungimento dell'accordo su un elemento costitutivo, il secondo - che pure registra un'analogia divergenza, ma a parti invertite - si risolve con il ribasso 'automatico' della *merces*, sembrando irrilevante l'eventualità che anche nella prima ipotesi il locatore avrebbe potuto accettare il canone più basso.

Nel secondo caso la *merces* non è determinata e, per diritto classico, ne sarebbe dovuta discendere la nullità del negozio: Gai 3.142: *nisi merces statuta sit, non videtur locatio et conductio contrahi*³¹. I.3.19.23³² conferma, con riguardo alla stipulazione, relativamente al periodo giustiniano³³, che la divergenza percettiva tra *stipulator* e *promissor* determinava l'inesistenza dell'obbligazione, proprio come nei casi del silenzio dell'interrogato, in cui non si perfeziona l'operazione stipulatoria, e dell'equivoco sul nome del servo (che è Stico, ma il promittente credeva che si trattasse di Panfilo³⁴). Ma qui sembra piuttosto un *aliud pro alio*, ovvero un errore nell'identificazione dell'oggetto, tipicamente ostativo nei contratti consensuali (v. D.18.1.9pr. [Ulp. 28 *ad Sab.*]³⁵; 30.4pr. [Ulp. 5 *ad Sab.*]³⁶; 41.2.34pr. [Ulp. 7 *disp.*]³⁷).

³¹ Cfr. pure I.3.23.1 e 3.24pr.; e D.19.1.9pr. (Ulp. 28 *ad Sab.*) e 19.2.2pr. (Gai. 2 *rer. cott.*).

³² *Si de alia re stipulator senserit, de alia promissor, perinde nulla contrahitur obligatio, ac si ad interrogatum responsum non esset, veluti si hominem Stichum a te stipulatus quis fuerit, tu de Pamphilo senseris, quem Stichus vocari credideris.*

³³ Ma con forti agganciamenti classici: v. M.TALAMANCA, *Conventio* 1978 cit. 222.

³⁴ D.45.1.137.1 (Ven. 1 *stip.*): *si hominem stipulatus sim et ego de alio sensero, tu de alio, nihil acti erit: nam stipulatio ex utriusque consensu perficitur*, cfr. M.TALAMANCA, *Conventio* 1978 cit. 220ss.

³⁵ *In venditionibus et emptionibus consensum debere intercedere palam est: ceterum sive in ipsa emptione dissentient sive in pretio sive in quo alio, emptio imperfecta est. Si igitur me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti, quia in corpore dissensimus, emptio nulla est. Idem est, si ego me Stichum, tu*

Pomponio escogita invece una soluzione conservativa, motivata dalla riflessione fondata su una massima di esperienza per cui un conduttore che è disposto a pagare 10, sarà senz'altro disposto anche a pagare 8, almeno in un contesto 'normale' di transazioni economiche. È da chiedersi come si sia generata la situazione di incertezza che conduce non ad un fraintendimento, ma ad una percezione distorta circa la quantità dell'oggetto della controprestazione: è immaginabile una trattativa in corso³⁸ oppure un accordo di massima senza specificazione della entità del canone: il locatore pensava 8, il conduttore 10, in base, magari, alle particolari condizioni del bene o al corrispettivo solitamente accordato per questo genere di transazioni. Interessante è anche fissare il modo in cui l'ipotesi di scuola si traduce in realtà: se è il locatore a formalizzare la richiesta, il conduttore avrà interesse ad accettare, ed in tal caso si prospetta come priva di effetto l'idea di quest'ultimo di pagare di più. In effetti, anche Schwarz nota che la questione del canone potrebbe non essere giunta alla fase di comunicazione reciproca.

Si tratta dunque di dichiarazioni apparentemente corrispondenti ma che in realtà celano una discordanza, per errore nei mezzi di trasmissione della volontà o per un disturbo nel corso della stessa (situazione che si attaglia più correttamente al primo caso) oppure, infine, perché le parti hanno menzionato *per relationem* un valore di cui entrambi avevano rappresentazioni divergenti³⁹ (situazione relativa al secondo caso).

Pamphilum absentem vendere putasti: nam cum in corpore dissentiat, apparet nullam esse emptionem. V. ampiamente, con indicazioni bibliografiche, J.D.HARKE, *Si error* cit. 22ss.

³⁶ *Si quis in fundi vocabolo erravit et Cornelianum pro Semproniano nominavit, debebitur Sempronianus: sed si in corpore erravit, non debebitur.*

³⁷ *Si me in vacuam possessionem fundi Corneliani miseris, ego putarem me in fundum Sempronianum missum et in Cornelianum iero, non adquiram possessionem, nisi forte in nomine tantum erraverimus, in corpore consenserimus. Quoniam autem in corpore consenserimus, an a te tamen recedet possessio, quia animo deponere et mutare nos possessionem posse et celsus et Marcellus scribunt, dubitari potest: et si animo adquiri possessio potest, numquid etiam adquisita est? Sed non puto errantem adquirere: ergo nec amittet possessionem, qui quodammodo sub condicione recessit de possessione.*

³⁸ F.WIEACKER, *Irrtum* cit. 398.

³⁹ Secondo E.METZGER, *The buyer* cit. 120, nel caso di *locatio partiaria*, ad esempio: «a difference in expectation over the crop or the extent from which the crop is taken». Quindi il passo di Pomponio avrebbe un significato del tutto diverso, si riferirebbe

È abbastanza sicuro che nella mente del giurista non fosse presente, a fini solutori, esclusivamente il principio di continenza tra somme diverse che deve invece essere associato, nella sua concreta applicazione, alla considerazione dell'interesse delle parti. L'attuazione meramente contabile della continenza avrebbe altrimenti portato all'esistenza del contratto anche nel primo caso, in cui invece è apertamente negata.

In entrambi i casi il fondamento logico e l'obiettivo pratico della decisione appaiono gli stessi: la conservazione strutturale del contratto, per quanto possibile, attraverso il consenso e la considerazione della volontà ipotetica delle parti; le conclusioni invece differiscono.

Può proporsi tuttavia un'interpretazione alternativa del contesto in cui matura la soluzione di Pomponio. Quando questi si esprime con le locuzioni: *minoris locare e pluris conducere*, si riferirebbe non alla *merces*, ma al bene di cui il locatore dispone, nella specie un fondo; la discordanza riposerebbe sulla dimensione del fondo, che il locatore-stimava in una misura inferiore rispetto a quella che il conduttore-prenditore aveva valutato. In tal caso, coerentemente con il principio sopra esposto di protezione delle ragioni di chi si priva di qualcosa nei confronti di chi lo riceve, Pomponio rappresenterebbe la possibilità astratta della conclusione del contratto secondo la quantità minore indicata dal locatore. Così, in controluce, trova applicazione ancora una volta la regola secondo cui chi fissa i termini della trattativa è chi ha il bene richiesto (simmetricamente il denaro e il fondo) e si salva l'espressione *sed et si*, maggiormente conforme alla sintassi di un discorso che ha mutato oggetto⁴⁰.

Il frammento pomponiano, che come ogni fonte non può essere analizzato isolatamente, ma nel contesto sociale giuridico economico

alla *merces* in modo indiretto, cioè più precisamente all'estensione di terreno da cui è tratto il raccolto che costituisce corrispettivo della locazione.

⁴⁰ Qualche conferma della regola che qui si sostiene potrebbe trovarsi, già nel titolo dedicato alle *verborum obligationes*, anche in D.45.1.12 (Pomp. 5 *ad Sab.*): *si ita stipulatus fuero: 'decem aut quinque dari spondes?', quinque debentur: et si ita: 'kalendis Ianuariis vel Februariis dari spondes?', perinde est, quasi kalendis Februariis' stipulatus sim, D.45.1.109 (Pomp. 3 *ad Q.M.*): si ita stipulatus fuero: 'decem aut quindecim dabis?', decem debentur. Item si ita: 'post annum aut biennium dabis?, post biennium debentur, quia in stipulationibus id servatur, ut quod minus esset quodque longius, esse videretur in obligationem deductum: si deve prestare sempre ciò che è meno e ciò che è più a lungo termine.*

che l'ha generato, è stato studiato anche in connessione con il diritto ereditario⁴¹: cfr. ad es. D.28.5.9.3 (Ulp. 5 *ad Sab.*), 31.43.3 (Pomp. 3 *ad Q.M.*); D.32.29.1 (Lab. 2 *post. a Iav. epit.*), con la *emptio venditio* D.18.1.9pr.-2 (Ulp. 28 *ad Sab.*); 18.1.10 (Paul. 5 *ad Sab.*); 18.1.11pr.-1 (Ulp. 28 *ad Sab.*); 44.7.57 (Pomp. 36 *ad Q.M.*), oltre che con 17.1.33 (Iul. 4 *ex Min.*)⁴² e con i passi riguardanti la *stipulatio* che tra poco analizzeremo.

2. La *stipulatio*

Com'è noto, la *stipulatio* (derivante secondo alcuni da un'evoluzione della *sponsio*, secondo altri creata *ad hoc*)⁴³ consiste

⁴¹ Sul punto v. M.PÉREZ SIMEÓN, *Si quis pro centum ducenta per notam scripsisset*, in *RIDA* 45 (1998) 451ss.

⁴² V. ad esempio S.E.WUNNER, *Contractus* cit. 204; J.D.HARKE, *Si error* cit. 98-100.

⁴³ Cfr. Gai 3.92ss., D.45.1 (soprattutto i libri *ad Sabinum* di Pomponio, 24-28; Paolo, 11-12 e Ulpiano, 45-49), I.3.15-19, su cui FR.LIEBE, *Die Stipulation und das einfache Versprechen. Eine civilistische Abhandlung*, Braunschweig 1840, 1ss.; F.BRANDILEONE, *Nota preliminare sull'origine della «stantia» o «convenientia»*, in *Rend. Acc. Lincei* 32 (1923) 1-10 [= *Scritti di storia del diritto privato italiano* II, Bologna 1931, 409-418], e *La «stipulatio» nell'età imperiale romana e durante il Medio Evo*, in *Riv. st. dir. it.* 1 (1928) 7-114 [*ibidem* 421-528]; L.MITTEIS, *Über die Herkunft der Stipulation. Eine Hypothese*, in *Aus Römischem und Bürgerlichem Recht. E.I.Bekker zum 16. August 1907 überreicht*, Weimar 1907, 107-142; A.MAGDELAINE, *Essai sur les origines de la sponsio*, Paris 1943; B.BIONDI, *Contratto* cit. 267ss.; E.BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, II ed., Milano 1955, 138ss.; F.PASTORI, *Appunti in tema di sponsio e stipulatio*, Milano 1961, 51ss.; *Concetto e struttura dell'obbligazione nel diritto romano*, Milano 1971, 385ss., spec. 406ss.; *Il negozio verbale in diritto romano*, Milano 1994, 203ss.; M.KASER, *Das römische Privatrecht* I, II ed., München 1971, 538-542 e, per i problemi che si tratteranno in seguito, part. 234-242; B.BIONDI, *Sponsio e stipulatio. Divagazioni intorno alla storia del contratto, dell'obligatio, delle garanzie personali*, in *BIDR* 65 (1962) 105ss.; V.ARANGIO-RUIZ, *Sponsio e stipulatio nella terminologia romana*, *ibidem* 193ss.; M.TALAMANCA, *Conventio* 1978 cit. 196ss.; P.CORNIOLEY, *De la sponsio a la stipulation: procedure et contrat*, in *Sodalitas. Scritti A.Guarino* VI, Napoli 1984, 2891-2945; A.GUARINO, *Diritto Privato Romano*, XII ed., Napoli 2001, § 79; A.CASTRESANA, *La estipulación*, in *Homenaje al professor J.L.Murga Gener*, Madrid 1994, 439-462; per l'evoluzione successiva v. R. TRIFONE, *La «stipulatio» nelle dottrine dei glossatori*, in *Studi di storia e diritto in onore di E.Besta per il XL anno del suo insegnamento*, Milano 1939, 173ss. V. inoltre le suggestive osservazioni di L.LANTELLA, *Sulla «lateralità» degli atti*, in *Diritto e processo nella esperienza romana. Atti del seminario torinese (4-5 dicembre 1991) in memoria di G.Provera*, Napoli 1994, 89ss., a proposito della unilateralità funzionale della *stipulatio* e del superamento ineluttabile del limite tecnico a fini costitutivi di un'obbligazione attraverso la confluenza di due isolate *stipulationes* che

nella domanda formulata, con parole solenni (i.e. infungibili)⁴⁴ dall'aspirante creditore e nella risposta del futuro debitore; la domanda (retta dal verbo *spondere* coniugato alla seconda persona, per i soli cittadini romani, in un primo momento, e quindi anche per i non *cives* nelle forme *promittis, dabis, δώσεις*; cfr. in particolare Gai 3.93⁴⁵) aveva ad oggetto una prestazione che la controparte assumeva rispondendo in prima persona con lo stesso verbo utilizzato dall'interrogante; il contenuto poteva essere assai vario e l'assenza di una causa specifica, ovvero di un fatto sottostante al negozio, quello che oggi chiameremmo 'rapporto di provvista', non condizionava la concessione dell'*actio ex stipulatu* attraverso la quale si garantivano le ragioni del creditore a prescindere dunque dalla dimostrazione del fondamento della pretesa, di cui si poteva accertare l'esistenza attraverso lo strumento pretorio della *exceptio doli*⁴⁶. I motivi del successo di un negozio astratto come la *stipulatio* sono evidenti: oltre alla sua duttilità operativa ed alla rapidità di confezione, il suo regime probatorio rimase essenzialmente verbale fino al periodo postclassico, quando l'incorporazione della promessa in un documento scritto cominciò ad assumere effetti analoghi a quello della solennità orale.

Si afferma correntemente che questo strumento negoziale produttivo di obbligazioni costituì dall'inizio rapporti facenti capo al *mancipium* con una rilevanza magico-religiosa ed una funzione di garanzia di prestazioni già dovute sul piano della *fides*; fu riconosciuto

comportavano il rischio della diacronia genetica di ciascuna obbligazione nell'operazione contrattuale regolata dal consenso, la cui sola caratteristica differenziante è nella modalità sincrona della nascita del vincolo.

⁴⁴ Cfr. PS.5.7.1. S.RICCOBONO, *Stipulatio ed instrumentum nel Diritto giustiniano*, in ZSS 35 (1914) 243ss., e, per l'evoluzione giustiniana, 43 (1922) 262ss. E, per converso, la dispensa addirittura dall'*interrogatio* in alcune precise fattispecie secondo il diritto postclassico (Ep. Gai 2.9.3 e 4).

⁴⁵ *Sed haec quidem verborum obligatio DARI SPONDES? SPONDEO propria civium Romanorum est; ceterae vero iuris gentium sunt, itaque inter omnes homines, sive cives Romanos sive peregrinos, valent. et quamvis ad Graecam vocem expressae fuerint, velut hoc modo «Δώσεις; Δώσω Ὁμολογεῖς; Ὁμολογῶ Πίστει κελεύεις; Πίστει κελεύω Ποιήσεις; Ποιήσω», etiam haec tamen inter cives Romanos valent, si modo Graeci sermonis intellectum habeant; et e contrario quamvis Latine enuntientur, tamen etiam inter peregrinos valent, si modo Latini sermonis intellectum habeant. at illa verborum obligatio DARI SPONDES? SPONDEO adeo propria civium Romanorum est, ut ne quidem in Graecum sermonem per interpretationem proprie transferri possit, quamvis dicatur a Graeca voce figurata esse.*

⁴⁶ Cfr., per un primo approccio, J.G.WOLF, *Causa stipulationis*, Köln-Wien 1970, 3ss.; F.PASTORI, *Appunti cit.* 246ss.; *Il negozio verbale cit.* 269 ss.

quindi dalle *XII tabularum leges* e prese il nome di *stipulatio* in ragione della limitazione del suo ambito a prestazioni patrimoniali, di cui si teneva la contabilità su una *stips* o *stipula* (tessera di legno o di ferro)⁴⁷.

La *stipulatio* è considerata il negozio verbale più importante per il diritto romano: è, infatti, il più antico, il più adattabile - proprio per la sua astrattezza -, ma anche il più formale: erano richieste la presenza delle parti⁴⁸, la contestualità e la congruenza delle dichiarazioni⁴⁹; in sostanza, secondo la consueta ricostruzione delle fonti, il promittente, se intendeva completare l'operazione negoziale, doveva esprimere pedissequamente adesione alla domanda formulata dall'interrogante.

È fondamentale analizzare il passo dei *Digesta* più significativo in argomento, non a caso inserito all'inizio del titolo dedicato alle *obligationes verborum*⁵⁰. Si tratta di un complesso frammento ulpiano tratto dal libro 48 *ad Sabinum*, molto noto e studiato, per cui basterà in questa sede farvi un riferimento sintetico per poi acclarare quali punti controversi abbisognano di ulteriori riflessioni.

Sulla capacità dei soggetti rispetto all'atto⁵¹ è pertinente il *principium*, ove si specifica che la *stipulatio* non poteva essere confezionata se uno dei partecipanti non potesse (per cause fisiche o giuridiche) comunicare la propria volontà con effetti obbligatori; i muti i sordi e i minori di età non erano in grado di stipulare. Il § 1 riguarda il requisito della presenza⁵² delle parti, ma non della contestualità delle dichiarazioni: se chi pone la domanda, prima che gli sia risposto, si allontani, la *stipulatio* è inefficace; ma se chi rivolge l'interrogazione riceve la risposta di persona, pur essendosi provvisoriamente assentato, si produce un'obbligazione vincolante;

⁴⁷ V. sul punto F.HUVELIN, *Stipulatio, stips et sacramentum*, Napoli 1906; F.ZUCCOTTI, *Symbolon e stipulatio*, in *Testimonium amicitiae*, Milano 1992, 307ss.

⁴⁸ F.PASTORI, *Appunti* cit. 243ss.; *Il negozio verbale* cit. 267 ss

⁴⁹ Cfr. per la ricognizione del principio B.BIONDI, *Contratto* cit. 297ss.; F.PASTORI, *Appunti* cit. 231ss.; *Il negozio verbale* cit. 255ss.; G.SACCONI, *Ricerche sulla 'stipulatio'*, Napoli 1989, 14ss.; R.MARTINI, *Sulla presenza delle parti alla stipulatio nel diritto giustiniano*, in *Labeo* 47 (2001) 245-252; R.KNÜTEL, *Sobre la interpretación de la estipulación* cit. 222ss.

⁵⁰ R.KNÜTEL, *Sobre la interpretación de la estipulación* cit. 219ss.

⁵¹ V. in argomento: S.RICCOBONO, *Stipulatio* 1914 cit. 247ss.; G.SCHERILLO, *Sulla stipulazione del servus e del filius familias*, in *Studi in onore di P.Bonfante* IV, Milano 1930, 205ss. [= *Scritti giuridici* II/2, Bologna 1995, 391-430].

⁵² S.RICCOBONO, *Stipulatio* 1914 cit. 251.

infatti l'*unitas temporis* cede all'*unitas actus*, l'intervallo di tempo non nuoce all'obbligazione: è fondamentale che lo scambio verbale si sia verificato tra i soggetti da vicino, forse nello stesso spazio (a ciò potrebbe spingere l'indicazione *reverso*⁵³), sicuramente non nello stesso tempo⁵⁴.

La lingua con la quale era possibile stipulare era in un primo momento esclusivamente il latino, in periodo classico invalse anche l'uso del greco (D.45.1.1.6) quindi, in periodo postclassico e giustiniano, si ammisero anche lingue diverse, purché comprese da entrambi gli stipulanti (I.3.15.1)⁵⁵.

⁵³ S.RICCOBONO, *Stipulatio* 1914 cit. 252, giudicava tutto il periodo «astruso», contenendo elementi incoerenti in luogo della tipica locuzione *utilis est stipulatio* e considerava compilatoria l'inserzione relativa all'*intervallum medium*, «impossibile».

⁵⁴ V. S.RICCOBONO, *Stipulatio* 1914 cit. 252ss., che invece sottolinea la stretta contiguità dell'*interrogatio* e della *responsio*, che devono svolgersi senza interruzione alcuna, tranne che per una pausa, di riflessione forse, prima della risposta, che può essere «accompagnata da una facezia o da una frase epica» (Flor. 8 *inst.*, D.45.1.65), senza nocumento per il negozio. Cfr. D.45.1.137pr. (Ven. 1 *stip.*) *continuus actus stipulanti set promittentis esse debet (ut tamen aliquod momentum naturae intervenire possit) et comminus responderi stipulanti oportet. Ceterum si post interrogationem aliud acceperit, nihil proderit, quamvis eadem die spondisset.*

⁵⁵ *In hac re olim talia verba tradita fuerunt: spondes? spondeo, promittis? promitto, fidepromittis? fidepromitto, fideiubes? fideiubeo, dabis? dabo, facies? faciam. Utrum autem Latina an Graeca vel qua alia lingua stipulatio concipiatur, nihil interest, scilicet si uterque stipulantium intellectum huius linguae habeat: nec necesse est eadem lingua utrumque uti, sed sufficit congruenter ad interrogatum respondere: quin etiam duo Graeci Latina lingua obligationem contrahere possunt. Sed haec sollemnia verba olim quidem in usu fuerunt: postea autem Leoniana constitutio lata est, quae, sollemnitate verborum sublata, sensum et consonantem intellectum ab utraque parte solum desiderat, licet quibuscumque verbis expressus est.* O.WENSKUS, *Codewechsel bei der stipulatio. Eine Bemerkung zur Sprachwahl im Römischen Recht*, in *Glotta* 73 (1995-1996) 116s., nota un segno del mutamento sociale in periodo giustiniano anche nel fatto di dichiarare legittima un'obbligazione contratta in lingua latina da due greci, cioè in una lingua che rappresentava *ab initio* l'unico strumento per la confezione valida dell'atto. Cfr. S.RICCOBONO, *Stipulatio* 1914 cit. 256ss.

3. La congruenza nella *stipulatio* tra diritto classico e diritto giustiniano

I paragrafi 4 e 5 riguardano casi di incongruenza tra domanda e risposta, cioè casi in cui secondo le regole generali dovrebbe sancirsi la nullità del negozio per difetto di un elemento formale asseritamente essenziale⁵⁶.

La simmetria verbale fu considerata in periodo arcaico, nel momento di valenza magico-sacrale dei *verba*, in modo alquanto rigoroso. Successivamente, per l'intervento dei giuristi, si andò oltre la verifica della corrispondenza precisa tra le parole contenute nella *interrogatio* e nella *responsio* e si procedette all'accertamento della prossimità alla realizzazione del programma negoziale delle parti attraverso la ricognizione delle rispettive volontà presunte (interne) e l'adattamento di quelle dichiarate (esterne).

La ripetizione integrale della domanda in senso affermativo da parte dell'interrogato non è stata d'altronde mai necessaria; si sono sempre richieste chiarezza ed intelligibilità della dichiarazione dello *stipulans* come presupposto della risposta pedissequa del *promittens*. Al difetto di un chiaro regolamento delle prestazioni reciproche sarebbe conseguita un'obbligazione irrealizzabile; dunque può sostenersi che fin dalle origini il negozio nasceva sulla base della conformità verbale della risposta sintetica ed ellittica: *spondeo* o simili. In I.3.19.5: *nec enim nocesse est in respondendo eadem omnia repeti, quae stipulator expresserit*, ad es., viene esplicitamente ribadita la sufficienza della risposta rituale (*promitto*) ai fini dell'accettazione del promittente anche rispetto ad elementi accidentali del negozio che non siano stati espressamente ripetuti.

I casi sottostanti⁵⁷ denotano una situazione di cd. consenso parziale, che potrebbe essere definito 'virtuale'⁵⁸ o meglio 'nascosto', in quanto è rintracciabile nell'intima volontà dei soggetti coinvolti e

⁵⁶ V. B. BIONDI, *Contratto* cit. 299s.

⁵⁷ La cui trattazione organica e congiunta, eccezion fatta per il passo sulla *locatio*, risulta, tra le opere consultate e qui citate, oltre che in R. BACKHAUS, *o.c.*, e A. STAFFHORST, *o.c.* 35-40, solo in M. DOBBERTIN, *Zur Auslegung der Stipulation* cit. 51ss., e H. SCHWARZ, *Die Bedeutung* cit. 45.

⁵⁸ M. J. SCHERMAIER, *Auslegung* cit. 254, parla significativamente della tendenza dei giuristi romani verso un «natürliche[r]» anziché «normative[r]» Konsens, cfr. pure E. A. KRAMER, *Grundfragen der vertraglichen Einigung*, München-Salzburg 1972, 52ss. 175ss.; Harke invece definisce «Minimalkonsens» l'elemento strutturale negoziale derivante dall'adattamento delle dichiarazioni o aspettative delle parti.

non viene alla luce nei *verba*: esso costituisce quella *sententia contrahentium* (o *id quod actum est*)⁵⁹ che è la sostanza della *conventio* che sottostà alla stipulazione.

In D.45.1.1.4:

*Si stipulanti mihi 'decem' tu 'viginti' respondeas, non esse contractam obligationem nisi in decem constat. Ex contrario quoque si me 'viginti' interrogante tu 'decem' respondeas, obligatio nisi in decem non erit contracta: licet enim oportet congruere summam, attamen manifestissimum est viginti et decem inesse*⁶⁰,

⁵⁹ Su cui v. M.TALAMANCA, *Conventio* 1978 cit. 211, a proposito di *stipulatio poenae* (45.1.115.2, Pap. 2 *quaest.*).

⁶⁰ C.FERRINI, *Licet ... attamen ...*, in *BIDR* 13 (1901, pubbl. 1902) 213-223, spec. 220, afferma «evidente l'interpolazione del passo», che «balz[a] fuori dalla stessa struttura e si offr[e] spontanea» proprio in ragione della contraddizione con la regola tradita da Gai 3.102, «riprodotto per inavvertenza» in I.3.19.5, nel frammento ulpiano si dice infatti che la stipulazione vale per la somma minore. Le parti da eliminare sarebbero i due incisi *nisi in decem* e da *licet a inesse* cfr. pure *Pandette* § 528.2, p. 664; H.KRÜGER, *Beiträge zur Lehre von der exceptio doli* (Halle 1892) 104s. e nt. 20, confronta D.2.14.27.5 (Paul. 3 *ad ed.*): *si cum decem mihi deberes, pepigero, ne a te viginti petam; in decem prodesset tibi pacti conventi vel doli exceptionem placet. Item si cum viginti deberes, pepigerim, ne decem petam: efficeretur per exceptionem mihi opponendam, ut tantum reliqua decem exigere debeam*, in cui si manifesta il principio *in maiore et minus* di D.50.17.110pr. (Paul. 6 *ad ed.*) e D.2.14.27.8 (Paul. 3 *ad ed.*), che non regge invece il caso di D.45.1.1.4: su di esso ci sarebbe stato un deciso intervento della commissione giustiniana, almeno nelle parole *licet ... attamen e manifestissimum*. Condivideva questi appunti anche O. GRADENWITZ, *Licet enim legibus soluti sumus attamen legibus vivimus*, in *ZSS* 26 (1905) 347-366, spec. 350, che considerò il frammento un esempio di quei luoghi dei *Digesta* in cui «... kein Zweifel sein kann, dass sie von Tribonian herrühren: die Theorie der Stipulation fordert Übereinstimmung von Frage und Antwort und läßt sich auf algebraische Operationen nicht ein». Sulla stessa linea S.RICCOBONO, *Stipulatio* 1914 cit. 248 e 256, che non rilevava alcuna differenza tra i passi di Gai 3.102 e di Ulpiano, una volta epurato dalle interpolazioni. «Fast einhellig anerkannt», scrive H.E.TROJE, *Ambiguitas* cit. 132 nt. 181 (che ascrive la manipolazione ad un periodo pregiustiniano), nelle parti *nisi in decem* e *licet-inesse*: su cui *Index Itp. III ad l.*; adde G.CRISCUOLI, *La nullità parziale* cit. 27ss.; F.WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen 1975, 377 nt. 240; v. in particolare S.RICCOBONO, *Stipulatio* 1914 cit. 248; P.VOCI, *L'errore nel diritto romano*, Milano 1937, 105s.; U.ZILLETI, *La dottrina dell'errore* cit. 406 nt. 135; S.E.WUNNER, *Contractus* cit. 204 nt. 31; M.KASER, *RPR*. I cit. 239 nt. 28, il quale non esclude però recisamente la classicità del frammento, come pure P.KRETSCHMAR, *Kritik der Interpolationenkritik*, in *ZSS* 59 (1939) 186s., che riduce l'antitesi tra Gaio e Ulpiano ad un contrasto tra giurisprudenza proto- e altoclassica; B.BIONDI, *Contratto* cit. 229s.; F.PASTORI, *Appunti* cit. 104 nt. 25, 232ss., il quale riporta l'apparente discrasia ad un'evoluzione avutasi probabilmente con Sabino, e

Ulpiano afferma, a seguire il tenore letterale del frammento, che, se stipulo 10 e mi viene promesso 20, o chiedo 20 e mi si risponde 10, l'obbligazione si determinerà - in entrambi i casi - sulla base della somma minore, in quanto, nonostante il requisito della corrispondenza tra le somme chieste e promesse, appare chiaro che in 20 è compreso 10. E ciò in contraddizione con il regime prima preso in considerazione a proposito del contratto di locazione.

Il corollario sarebbe dunque la garanzia delle ragioni del promittente, nel primo caso ottenuta attraverso la riduzione automatica dell'importo promesso (20) alla quantità richiesta (10); nel secondo caso, attraverso la determinazione in via esclusiva del contenuto negoziale, da parte del conduttore, comprimendosi così parzialmente la volontà dello *stipulans*. Quanto questa conseguenza sia fondata è il tema che ci occupa. Certo, appare singolare che una stipulazione si concluda sempre alla somma minore indipendentemente dal soggetto proponente.

Non v'è traccia del consueto intervento correttivo del giurista che tempera le esigenze di ciascuno e la seconda parte del frammento in particolare si sottrae ad un parametro di ragionevolezza e di bilanciamento di interessi, in quanto la soluzione risulta quella di imporre *tout court* allo stipulante, in maniera eccessivamente penalizzante, le condizioni fissate dal promittente⁶¹. In ipotesi, se questi avesse risposto 1, si sarebbe ugualmente conclusa la *stipulatio*?⁶². Secondo un approccio esegetico di tipo processuale il quesito non avrebbe pertinenza, in quanto il giudice avrebbe riconosciuto il diritto per la misura dell'importo su cui si era raggiunto

H.H.SEILER, *Utile cit.* 131s.; cfr. ulteriori rinvii bibliografici in R.BACKHAUS, *In maiore cit.* 152 nt. 83.

⁶¹ Anche a dispetto di quella che H.LÉVY-BRUHL, *La congruentia dans la stipulation*, in *Archeion Idiotikou Dikaiou* 16 [*Studi in onore di Pringsheim*] (1953) 53, definisce «la force obligatoire, le *vinculum juris*» che risiede appunto nella «répétition des termes», ascrivendo dunque al 'dettatore' una capacità di determinazione del contenuto minimo del rapporto obbligatorio, la quale non può essere lesa dall'intervento del promittente.

⁶² A questa conseguenza giunge, in modo non condivisibile, R.BACKHAUS, *In maiore cit.* 155, nt. 99: «Aber wer *viginti* sagt und will, will allenfalls hypotetisch auch *decem*». Opportuna l'osservazione di R.ZIMMERMANN, *Moderationsrecht oder Totalnichtigkeit? Die rechtliche Behandlung anstössig – übermässiger Verträge*, Berlin 1979, 131, secondo cui uno *stipulator* che vuole 20, non può accondiscendere senza dubbio ad un'offerta di 10.

sicuramente l'accordo; ma dal punto di vista della logica e della struttura giuridica il frammento potrebbe contenere un passaggio implicito non esposto da Pomponio, perché intuibile per un giurista romano, ovvero caduto durante il lavoro di compilazione: conservando l'intangibilità del principio di congruenza nelle stipulazioni, si potrebbe, infatti, intendere la risposta difforme del promittente come una controproposta, cui lo stipulante accede costituendosi un credito di 10.

La struttura della frase - cui ci si deve attenere - impone altre considerazioni: si può pensare ad un errore di trascrizione del frammento, dalla complessa sintassi, ad una confusione nelle protasi; l'introduzione del secondo periodo con la locuzione *ex contrario* avrebbe alluso ad una regola opposta a quella appena enunciata. Invece ci si trova dinanzi alla stessa conclusione: valida la *stipulatio* nell'uno e nell'altro caso, con la riduzione automatica alla somma minore; una sovrabbondanza intenzionale del giurista o una distrazione del compilatore?

Il passo potrebbe essere meglio compreso grazie al cambio di posizione di *viginti* e *decem* ed alla rimozione dalla prima frase della parte *nisi-constat*.

Il risultato sarebbe:

Si stipulanti mihi 'viginti' tu 'decem' respondeas, non esse contractam obligationem. Ex contrario quoque si me 'decem' interrogante⁶³ tu 'viginti' respondeas, obligatio nisi in decem non erit contracta: licet enim oportet congruere summam, attamen manifestissimum est viginti et decem inesse.

Questa interpretazione, che coincide con il risultato esegetico di D.19.2.52, è confermata dal passo seguente

D.45.1.1.5:

Sed si mihi Pamphilum stipulanti tu Pamphilum et Stichum sponderis, Stichi adiectionem pro supervacua habendam puto⁶⁴.

⁶³ È una variante, questa con l'accusativo, non necessariamente indizio di un'interpolazione: è ripetuta in altri luoghi, tra cui D.45.1.83.2.

⁶⁴ V. sulla centralità del frammento, non solo per la compendiosità della sua chiusa: *tot sunt stipulationes quot corpora ... una inutilis, alia inutilis, neque vitiatur utilis per hanc inutilem*, H.H.SEILER, *Utile* cit. 132s., e R.KNÜTEL, *Sobre la interpretación de la estipulación* cit. 228ss. Ma v. esempi in cui l'incongruenza non produce inutilità della stipulazione in H.E.TROJE, *Ambiguitas contra stipulatorem*, in *SDHI* 27 (1961)

in cui ad una richiesta del solo Panfilo, si promettono Panfilo e Stico. Ebbene, la conclusione è in linea con quella finora prefigurata: sarà dovuto, a dispetto dell'incongruenza delle dichiarazioni, il solo Panfilo richiesto dallo stipulante⁶⁵, che costituisce l'area di sovrapposizione comune alle dichiarazioni rese dalle parti.

E non solo. Con quest'opzione ricostruttiva, D.45.1.1.4 risulterebbe coerente anche con il passo di Gaio (non però con l'omologo delle *Istituzioni* giustinianee) solitamente considerato in contrasto con il frammento commentato⁶⁶. Analizziamo ora

Gai 3.102:

*Adhuc inutilis est stipulatio, si quis ad id, quod interrogatus erit, non responderit, velut si sestertia X a te dari stipuler, et tu nummum sestertium V milia promittas, aut si ego pure stipuler, tu sub condicione promittas*⁶⁷,

con la mediazione postclassica di

93-185, spec. 121ss.; sulla vitalità storica del metodo interpretativo contro il «predisponente» secondo una cd. «direttiva ermeneutica sussidiaria», v. G.GANDOLFI, *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, Milano 1966, 390ss. L'ambiguità non è solo una parola reperibile nei testi dei giuristi, ma uno stato di incompletezza o imprecisione comunicativa, che involge molti più casi di quelli ordinariamente passati in rassegna, costituendo strumento di confronto e di misura dell'armamentario interpretativo dei giuristi: v., in generale sul problema: C.KRAMPE, *Die ambiguitas-Regel. Interpretatio contra stipulatorem, venditorem, locatorem*, in *ZSS* 100 (1983) 185-228; H.HONSELL, *Ambiguitas contra stipulatorem*, in *Iuris professio*, Wien-Köln-Graz 1986, 73-88; S.TAFARO, *Il giurista cit. passim*. Nel frammento compare l'espressione *utile per inutile non vitiatur*, di cui v. una variante in Gai 3.103: *pro altera ... parte inutilem esse stipulationem*, relativa sì alla significazione di un atto apparentemente unitario e dunque invalido parzialmente, ma proprio dal punto di vista di un giurista che non sembra disposto alla divisione dell'atto negoziale, almeno secondo la corrente interpretazione che si dà del passo precedente (3.102): in questo caso, piuttosto che invalidare la seconda stipulazione intercorrente tra il promittente ed il terzo, si attribuisce l'intero al solo stipulante, considerando superflua la menzione dell'altro soggetto, non già «la *stipulatio* a favore del terzo», come afferma invece F.PASTORI, *Appunti in tema di sponsio e stipulatio*, Milano 1961, 235; cfr. B.SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln: Versuch einer Typologie*, Köln-Wien 1970, 72s., a proposito della necessaria simmetria negoziale nella stipulazione, e A.STAFFHORST, *o.c.* 49ss.

⁶⁵ Su cui v. G.CRISCUOLI, *La nullità parziale* cit. 17ss.; B.BIONDI, *Contratto* cit. 300; F.PASTORI, *Appunti* cit. 234; V.GIUFFRÈ, *L'utilizzazione* cit. 61 e nt. 152.

⁶⁶ A.STAFFHORST, *o.c.* 39.

⁶⁷ Cfr. altresì il *Kommentar* di H.L.W.NELSON, U.MANTHE, *Gai Institutiones III* 88-181. *Die Kontraktobligationen. Text und Kommentar*, Berlin 1999, 132ss.

Ep. Gai 2.9.10:

[Item inutilis est obligatio] Vel si creditor decem solidos debitorem interroget, et debitor quinque promittat, hoc ordine integrum debitum vacillare cognoscitur

e, infine,

I.3.19.5:

*Praeterea inutilis est stipulatio, si quis ad ea, quae interrogatus erit, non responderit, veluti si decem aureos a te dari stipuletur, tu quinque promittas, vel contra: aut si ille pure stipuletur, tu sub condicione promittas, vel contra*⁶⁸.

Il giurista antoniniano elenca una serie di stipulazioni inutili in quanto inidonee a far conseguire gli effetti desiderati alle parti coinvolte: il silenzio alla domanda dello *stipulans*, il promettere difformemente dalla richiesta *sub condicione*; il promettere 5000 sesterzi alla richiesta di *sestertia X*⁶⁹.

In quest'ultima ipotesi, sebbene la storiografia abbia elevato dogmaticamente il passo alla funzione cruciale di definire i casi di incongruenza nelle dichiarazioni come indiscutibili esempi di inutilità integrale dell'operazione negoziale per diritto classico⁷⁰, il pensiero

⁶⁸ Cfr. C.FERRINI, *Institutionum graeca paraphrasis Theophilo vulgo tributa* II, Berolini 1897, 337. La persistenza della tradizione viene risolta da Voci op. cit. 106, seguendo le suggestioni di KRÜGER, op. cit. 104 nt. 20, e S.RICCOBONO, *Stipulatio* 1914 cit. 256 e *Stipulatio* 1922 cit. 277, nel senso che le *Istituzioni* darebbero una notizia storica e che non si sarebbe invece verificato alcuno sviluppo tra Gaio e Ulpiano.

⁶⁹ In base all'edizione di P.KRUEGER, G.STUEDEMUND, *Gai Institutiones*⁷, Berlin 1923, ad h.l., è tradotta con 5 sesterzi vs. 10; cfr. PH.E.HUSCHKE, *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*, V ed., Leipzig 1886, seguito da E.SECKEL, B.KÜBLER, *Gai Institutiones*, Leipzig 1939, ad l.; approfondito l'*Exkurs* dedicato al problema da H.L.W. NELSON, U. MANTHE, *Gai Institutiones III 88-181* cit. 485ss.

⁷⁰ V. M.KASER, *RPR*. I cit. 239 nt. 28; A.GUARINO, *Diritto privato romano* cit. § 71.2, 831ss.; ID., *La congruenza delle somme*, in *ANA* 97 (1986) 156ss. [=Pagine di diritto romano VI, Napoli 1995, 220ss., e *Giusromanistica elementare*, II ed., Napoli 2002, 177ss.], molto critico sui tentativi di conservazione del frammento secondo canoni di diritto classico, attribuendo funzione di «*stipulatio* di copertura» al negozio riguardante l'accettazione della somma ridotta da parte degli stessi soggetti, e *Intervento conclusivo*, in *Atti seminario sulla problematica contrattuale* I, Milano 1988, 310s., ove definisce la *stipulatio* alla stregua dei moderni «contratti per adesione» ed ascrive il contrasto tra Ulpiano e Gaio (e Giustiniano) all'intervento di un «glossatore postclassico pregiustiniano»: così pure H.E.TROJE, *Ambiguitas* cit. 132 nt. 181; F.PASTORI, *Appunti* cit. 231ss., anche sui rapporti tra congruenza e dissenso. Non si pronunciano sulla collocazione cronologica della soluzione espressa

gaiano (v. Gai 3.103⁷¹, *contra* Pomp. 4 *ad Q.M.*, D.45.1.110pr.⁷²) si armonizzerebbe con l'idea che l'offerta di minore importo da parte del promittente non determina alcun effetto obbligatorio, non conciliandosi con la richiesta maggiore dello stipulante, cui sottostà un interesse economico specifico che opportunamente viene considerato.

Nel passo delle istituzioni giustinianee l'aggiunta *vel contra*, che rende reversibile l'ammontare di *interrogatio* e *responsio* (rispettivamente 5 e 10), individua senza dubbio un regime diverso di cui in Gaio non è parola. Si predica, infatti, l'inutilità della stipulazione connotata da una divergenza nelle dichiarazioni, riproducendo un regolamento giuridico addirittura arcaico, superato dalla giurisprudenza classica, anche per i contratti consensuali di scambio contro mercede o prezzo, come si è visto in D.19.2.52. E il contributo degli 'interpolazionisti', con la rimozione del «*nisi in decem*» non fa altro che rendere D.45.1.1.4 omogeneo proprio alle istanze del diritto giustiniano, anziché restituirlo alla sua genuina dimensione classica.

Di questo avviso Backhaus che fa parte della sparuta minoranza di studiosi i quali difendono la classicità di D.45.1.1.4⁷³. Tra i suoi

nel frammento B.BIONDI, *Contratto* cit. 299s., che lo reputa, nella sua scrittura integrale, l'applicazione di un «principio di ragione intuitiva», facendo leva, in maniera a mio avviso erronea, proprio su D.45.1.83.3, che si riferisce però ad altra fattispecie (*sic* pure H.L.W. NELSON, U.MANTHE, *Gai Institutiones III 88-181* cit. 134); G.SACCONI, *Ricerche* cit. 14ss., M.TALAMANCA, *Conventio e stipulatio*, in *Le teorie contrattualistiche nella storiografia contemporanea. Atti del convegno di diritto romano, Siena 14-15 aprile 1989*, cur. N.BELLOCCI, Napoli 1991, 163-218, su alcune ipotesi di *stipulatio* inefficace dipendente dall'inesatta o incompleta *conceptio verborum*, spec. 202ss.

⁷¹ *Praeterea inutilis est stipulatio, si ei dari stipulemur, cuius iuri subiecti non sumus. Unde illud quaesitum est, si quis sibi et ei cuius subiectus non est dari stipuletur, in quantum valeat stipulatio. Nostrae praeceptores putant in universum valere et proinde ei soli qui stipulatus sit solidum deberi, atque si extranei nomen non adiecisset. Sed diversae scholae auctores dimidium ei deberi existimant, pro altera vero parte inutilem esse stipulationem.*

⁷² *Si mihi et Titio, in cuius potestate non sim, stipuler decem, non tota decem, sed sola quinque mihi debentur: pars enim aliena deducitur, ut quod extraneo inutiliter stipulatus sum, non augeat meam partem.* Su cui v. ad es. G.BAVIERA, *Le due scuole dei giureconsulti romani*, Roma 1898, rist. 1971, 74ss., e G.L.FALCHI, *Le controversie tra Sabiniani e Proculiani*, Milano 1981, 173ss.

⁷³ *In maiore* cit. 151ss. Prima di lui già P.KRETSCHMAR, *Kritik der Interpolationenkritik* cit. 186s., e B.BIONDI, *Contratto* cit. 299s., e quindi

argomenti, puntualmente contestati da Guarino⁷⁴, c'era proprio il riferimento alla diversa soluzione presente nelle istituzioni giustinianee. Egli tuttavia accetta integralmente il contenuto del frammento, accoglie cioè la doppia affermativa, dove i critici della genuinità vedono, dopo l'eliminazione delle locuzioni incriminate (*nisi in decem*), una doppia negativa, non ponendosi né l'uno né gli altri la possibilità della riduzione parziale del frammento che lo armonizzi con le altre pronunce.

Secondo alcuni⁷⁵ Gaio si riferirebbe alle regole di un antico *ius civile*, divenute inattuali (il termine *adhuc* sarebbe il segnale del cambiamento di tendenza in corso) e superate da un'interpretazione adeguatrice ed evolutiva che non richiede più la congruenza integrale delle proposizioni, ma si orienta verso un'elastica combinazione delle intenzioni dei soggetti⁷⁶. Essa tenderebbe quindi a coincidere con il consenso⁷⁷.

M.J.SCHERMAIER, *Auslegung* cit. 254 nt. 87; H.L.W.NELSON, U. MANTHE, *Gai Institutiones III* cit. 134.

⁷⁴ *La congruenza* cit. 222s.

⁷⁵ V. esplicitamente F.PASTORI, *Il negozio verbale* cit. 256ss.

⁷⁶ V. R.KNÜTEL, *Sobre la interpretación de la estipulación* cit. 225ss.

⁷⁷ Cfr. D.2.14.1.3 (Ulp. 4 *ad ed.*), che riporta l'«elegante» definizione di Sesto Pedio: *nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est*; e D.45.1.83.1 (Paul. 72 *ad ed.*): *nam stipulatio ex utriusque consensu valet*; D.45.1.137.1 (Ven. 1 *stip.*): *nam stipulatio ex utriusque consensu perficitur*: ma cfr. U.ZILLETI, *La dottrina dell'errore* cit. 31ss., sulle loro interpolazioni; di contro Paolo (12 *ad Sab.*) in D.45.1.35.2: *si in locando conducendo, vendendo emendo ad interrogationem quis non responderit, si tamen consentitur in id, quod responsum est, valet quod actum est, quia hi contractus non tam verbis quam consensu confirmantur*, che stabilisce il confine netto tra *stipulatio* e contratti, alquanto sfumata nei precedenti frammenti, forse proprio per la sovrapposizione dei risultati obbligatori di entrambi i modi di negoziare. Nelle Istituzioni (Gai 3.135-137; I.3.22) il consenso intercorre tra i soggetti, a prescindere dalla presenza, dalla scrittura o dalla dazione di alcunché, (I.3.22.1 e 2), e fonda un'obbligazione secondo cui ciascuno dà all'altro quanto è necessario *ex bono et aequo* (par. 3). V. S.RICCOBONO, *La formazione della teoria generale del contractus nel periodo della giurisprudenza classica*, in *Studi in onore di P.Bonfante I* cit. 123ss., spec. 136ss.; M.TALAMANCA, *Conventio* 1978 cit. 207, 219ss., spec. 252ss.; C.CASCIONE, *Consensus* cit. *passim*; L.GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, in *Studi per G.Nicosia IV*, Milano 2007, 15 ss.

L'ipotesi ricostruttiva qui presentata sembra supportata anche dalla testimonianza di Paolo (D.45.1.83.3, 72 *ad ed.*)⁷⁸, concernente una stipulazione alternativa, in cui per lo stipulante è indifferente ricevere dieci o venti: *Diversa causa est summarum, veluti «decem aut viginti dari spondes?»*. *Hic enim etsi decem sponderis, recte responsum est, quia semper in summis id, quod minus est, sponderi videtur* (v. pure *supra* nt. 26). Si intende sempre la somma minore, ma all'interno della 'forchetta' imposta dallo stipulante⁷⁹, il quale in questo caso esprime la volontà specifica di avere un *plus* o un *minus* - e non la si deve pertanto sottoporre a vaglio interpretativo. Interessante sarebbe stato invece conoscere la soluzione del giurista nell'ipotesi che il promittente avesse risposto *quindecim*; molto probabilmente la stipulazione sarebbe stata considerata efficace per quell'importo. La *sententia* sancisce la regola della fissazione del debito di somme al livello più basso e la sua inapplicabilità (*diversa est causa*) alle obbligazioni che hanno ad oggetto *res*.

Difatti in D.45.1.83.2: *Si stipulante me Stichum a u t Pamphilum tu unum daturum te sponderis, constat non teneri te nec ad interrogatum esse responsum*⁸⁰, alla risposta generica «*unum*» tra Stico e Panfilo non corrisponde una seria ed efficace volontà negoziale a causa della non identificabilità dell'oggetto promesso e dell'imponderabilità del suo valore intrinseco in un eventuale bilanciamento secondo le utilità delle parti. Ciò, differentemente dalla risposta «*decem*» rispetto a due somme, anche se, così formulato, il paragrafo non raggiunge la prova che vorrebbe offrire; la risposta del promittente sarebbe dovuta essere semplicemente «*spondeo*». Così acquista senso la chiusa della proposizione, che altrimenti sembrerebbe una precisazione non necessaria ed incoerente.

La giurisprudenza opera nel tempo un'interpretazione sempre più estensiva dell'originaria corrispondenza stretta tra *verba* e tra *verba* e

⁷⁸ Anch'esso considerato interpolato: v. P.VOCI, *op. cit.* 106; H.E.TROJE, *Ambiguitas* cit. 131; R.BACKHAUS, *In maiore* cit. 159s.

⁷⁹ Per J.D.HARKE, *Si error* cit. 98 nt. 75, non si tratterebbe di una parziale sovrapposizione di aspettative o dichiarazioni delle parti.

⁸⁰ Apparentemente in contraddizione con il successivo D.45.1.83.4: *item si ego plures res stipuler, Stichum puta et Pamphilum, licet unum sponderis, teneris: videris enim ad unam ex duabus stipulationibus respondisse*, in cui però si tratta di un oggetto potenzialmente plurimo, che si riduce per effetto di scelta del promittente ad una sola *res*.

voluntas, non avendo riguardo più, in alcuni casi, alla formale coerenza di *interrogatio* e *responsio*, ma finalizzando la propria interpretazione al raggiungimento del consenso⁸¹, di un accordo, sia pure parziale, ed alla realizzazione del miglior risultato in termini economici per le parti coinvolte⁸². Se dunque il rispondente altera i termini della proposta, rendendoli più gravosi o meno remunerativi per lo stipulante, si modifica la piattaforma negoziale di partenza, sterilizzando l'operazione effettuata. Solo quando il promittente accetta per un importo superiore o a condizioni più gravose, il buon senso e la logica indicano la strada della riduzione automatica alla misura richiesta dallo *stipulans*, che in tal modo non ottiene più di quello che avrebbe voluto, temperando altresì la misura del sacrificio economico della controparte: appare abbastanza intuitivo d'altronde che chi è tenuto alla dazione che comporta un depauperamento patrimoniale tenda a dare 'di meno' (*minus*) o 'più tardi' (*longius*) e l'orientamento giurisprudenziale classico, elaborando un trattamento privilegiato, negli esempi menzionati, per chi deve separarsi da qualcosa piuttosto per chi deve riceverla, si spiega con le ragioni economiche sottese alle operazioni negoziali⁸³.

⁸¹ Come sembra intendere G.SACCONI, *Ricerche* cit. 18: «la discordanza tra la richiesta dello *stipulans* e la risposta del *promissor*, da cui dipende l'invalidità del negozio, rivela piuttosto un disaccordo sul contenuto dell'*obligatio*, anziché apparire semplicemente come un vizio di forma», sulla base di D.45.1.137.1 (Ven. 1 *stip.*): *stipulatio ex utriusque consensu perficitur*.

⁸² In questo senso v. F.PASTORI, *Appunti* cit. 232; *Il negozio verbale* cit. 260. È tuttavia da eccepire alla sua ricostruzione che l'evoluzione non è partita da Gaio, in quanto nelle sue *Istituzioni* è riprodotto un regime classico, coerente, come si spera di aver dimostrato, con altre simili attestazioni nei *Digesta*.

⁸³ Cfr. pure D.31.43.3 (Pomp. 3 *ad Q.M.*): *si ita scriptum sit: 'decem aut quindecim heres dato', pro eo est ac si decem sola legata sint: aut si ita sit: 'post annum aut post biennium, quam ego decessero, heres dato', post biennium videtur legatum, quia heredis esset potestas in eligendo*.