

PARTE PRIMA

CAPITOLO I

CENNI SULLA FORMAZIONE DELLA TRADIZIONE GIURIDICA EUROPEA IN MATERIA CONTRATTUALE

SOMMARIO: 1. Il sistema contrattuale romano. – 1.1. Formazione e consolidamento tra III secolo a.C. e III d.C. – 1.2. L'età del diritto romano volgare e la codificazione di Giustiniano (IV-VI secolo). – 2. Breve quadro del diritto dei contratti nel periodo altomedievale (V-X secolo). – 3. Il diritto contrattuale nella scienza giuridica bassomedievale (secoli XI-XV).

1. *Il sistema contrattuale romano*

1.1. *Formazione e consolidamento tra III secolo a.C. e III d.C.*

Il settore dei contratti, così come tutte le parti più dinamiche del diritto privato patrimoniale, si sviluppa nell'esperienza giuridica romana, a partire dalla seconda metà del III secolo a.C., principalmente grazie all'attività giurisdizionale dei magistrati (*iurisdictio*) ed all'interpretazione dei giuristi.

Con la prima si fa riferimento a quella esercitata dal pretore urbano (istituito nel 367 a.C.), dal pretore peregrino (istituito nel 242 a.C. per le controversie fra cittadini romani e stranieri o fra stranieri che svolgessero i propri affari a Roma) e, sia pure in misura minore, dagli edili curuli (introdotti anch'essi nel 367 a.C.), cui spettava la giurisdizione per gli affari condotti nei mercati cittadini (*cura annonae*), e dai governatori delle province, create a poco a poco con l'espansione del dominio romano. Va tuttavia rammentato che il *ius dicere* dei magistrati aventi sede a Roma si traduceva nella corretta instaurazione della controversia davanti al loro tribunale (*in iure*), fornendo gli adeguati strumenti processuali sia all'attore che al convenuto per la determinazione delle rispettive pretese e difese, mentre l'ammissione e valutazione delle prove e la successiva emanazione della sentenza era rimessa ad un giudice privato (*iudex* o *arbitr*), scelto dal magistrato stesso con l'accordo delle parti.

Originariamente il contenuto dell'editto del pretore urbano differiva in

modo piuttosto profondo da quello del pretore peregrino, data la diversità delle giurisdizioni; tuttavia, nell'arco di circa cento anni, tra la fine del II e quella del I secolo a.C., a seguito di alcuni interventi legislativi (legge Ebuza e leggi Giulie sui processi privati), si assiste alla loro progressiva uniformazione, che si estende poi anche a quello dei governatori delle province.

Il complesso di norme giuridiche, di carattere processuale, da loro introdotte costituisce il diritto onorario (*ius honorarium*), che fiorisce fino a tutto il I secolo d.C., formando una branca specifica dell'ordinamento giuridico contrapposta al diritto civile (*ius civile*), derivante invece dagli antichi costumi (*mores*) e da altre e diverse fonti (leggi, plebisciti, senatoconsulti ed attività interpretative della giurisprudenza). L'editto dei pretori (e degli altri magistrati appena visti) svolge un ruolo fondamentale nella formazione e nello sviluppo del diritto contrattuale romano, rivelandosi uno strumento estremamente duttile, quasi un 'codice aperto', destinato ad essere adeguato in modo costante alle esigenze concrete della società. Infatti, emanato all'inizio dell'anno di carica del magistrato, vigeva formalmente fino al termine della stessa; tuttavia una parte crescente di esso si era poco a poco stabilizzata, formando il c.d. editto 'tralatizio', sulla cui base il giurista Salvio Giuliano realizza intorno al 130 d.C. la 'codificazione' dell'editto perpetuo (*edictum perpetuum*).

Dalla seconda metà dello stesso III secolo a.C. emerge prepotentemente nella creazione del diritto contrattuale anche l'attività interpretativa dei giuristi (*interpretatio prudentium*), da intendere non come una mera applicazione del diritto vigente, con il molto o poco di creativo che essa sempre comporta, bensì come produzione di nuovo diritto, traendolo da principi e disposizioni già esistenti nel diritto civile o in quello onorario. Tale attività era prestata nell'esercizio di una magistratura giurisdizionale (alimentando così il diritto onorario) e mediante responsi e specifici suggerimenti dati a privati, magistrati e giudici.

Già nell'ultimo secolo della repubblica la giurisprudenza romana aveva creato una vera e propria scienza del diritto (*scientia iuris*), che vive il periodo di maggior splendore tra il principato di Augusto e la metà del secolo III d.C., tant'è vero che si è soliti qualificarla come giurisprudenza 'classica'. Anche dopo l'instaurazione del regime imperiale, i giuristi mantengono a lungo nelle proprie mani le leve del diritto grazie alla loro competenza ed autorevolezza. Si perde invece l'originario 'carattere aristocratico' di questa *scientia*, dal momento che il giurista membro della nobiltà senatoria cede progressivamente il posto al giurista funzionario e componente del Consiglio imperiale (*consilium principis*), valendo di più le capacità professionali rispetto alla nascita. Cambia anche lo scenario cui si rivolge l'opera della giurisprudenza, passando dal più ristretto ambito cittadino ed italico all'intero mondo romano, con la conseguenza che, dopo il I secolo, i giuristi non pro-

vengono più dalle fila dell'aristocrazia senatoria urbana ed italica, ma sono soprattutto membri del ceto equestre spesso di origine africana ed orientale.

Sempre più stretto diviene il collegamento tra potere imperiale e giuristi, che inizia con l'istituzione augustea del "diritto di dare responsi pubblicamente in base all'autorità del principe" (*ius publice respondendi ex auctoritate principis*), mediante cui si riconosceva di fatto un ruolo solo a quelli che lo avessero ricevuto, e si consolida poi attraverso la partecipazione al Consiglio imperiale e l'accesso alle principali cariche della burocrazia (*in primis*, quelle di prefetto). Infatti, attraverso tale collegamento, la giurisprudenza riesce ad orientare il peso crescente della legislazione imperiale come fonte di diritto e ad armonizzarla – almeno nel settore del diritto privato – con l'ordinamento esistente.

Il **diritto giurisprudenziale** – compreso quello in materia di contratti – ci è stato tramandato fundamentalmente attraverso i frammenti delle loro opere raccolte nel Digesto. Tra di esse rivestono un ruolo di primo piano soprattutto:

a) le **opere di carattere casistico-problematico** (*epistulae, responsa, digesta, quaestiones, disputationes*), dove l'attenzione si concentra sulla soluzione di singole fattispecie, raccolte in rassegne di casi veri o fittizi; tra i *digesta*, il lavoro più noto fu quello in novanta libri di Salvio Giuliano, che rappresentò il modello per i compilatori di Giustiniano, in quanto in esso alla trattazione dei casi si accompagnavano analisi di approfondimento scientifico;

b) i **commentari** al diritto civile (*ius civile*), raccolto nei diciotto libri di Quinto Mucio e nei tre libri di Massurio Sabino, ed al diritto onorario (*ius honorarium*), secondo l'ordine della redazione dell'editto perpetuo compiuta da Salvio Giuliano; nel novero di questi ultimi, il più esteso e citato dai giuristi successivi è il commentario di Pomponio in 150 libri; da ricordare sono, inoltre, i commentari a singoli provvedimenti (come leggi o senatoconsulti);

c) **opere didascaliche ed isagogiche** (*institutiones, manualia o enchiridia, regulae, definitiones, differentiae, sententiae, opinioniones*), rivolta all'insegnamento ed alla formazione dei giuristi, dove si forniscono nozioni elementari e basilari, statuizioni astratte di diritto e principi giuridici (in antitesi alla letteratura casistica).

Fra queste ultime la più nota, per esserci giunta direttamente (al di fuori cioè della Compilazione di Giustiniano) e quasi in modo integrale, è costituita dalle ***Institutiones di Gaio***, 'riscoperte' nel 1816 dal Niebuhr in un palinsesto della biblioteca capitolare di Verona e modello per le *Institutiones* di Giustiniano.

Passando ora ai contenuti, il tentativo più risalente (a nostra disposizione) di definire un contratto risale a Labeone, secondo il quale andava identificato nella creazione di obbligazioni corrispettive e collegate funzionalmente,

lasciando invece sullo sfondo l'elemento soggettivo dell'accordo tra le parti. A questa definizione se ne contrappone un'altra, che sarà destinata a prevalere, dovuta al giurista Sesto Pedio, per il quale "non ci può essere nessun contratto e nessuna obbligazione che non abbia in sé una convenzione" (*nulum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem*)¹.

Muovendo da tale nozione, la giurisprudenza, già sul finire del I secolo d.C., era giunta a fissare i cardini del sistema contrattuale romano, mettendo al centro l'elemento della convenzione, da cui sarebbero potuti discendere:

a) un contratto tipico, rientrante in una delle quattro categorie dei contratti reali (perché conclusi *re*, ossia con la consegna di una cosa), verbali e letterali (perché perfezionati con l'uso di forme verbali o scritte) e consensuali (in quanto formati attraverso il semplice scambio del consenso);

b) un contratto innominato, vale a dire non corrispondente ad uno dei tipi denominati nell'ordinamento, ma pur sempre riconducibile ad una specie contrattuale, caratterizzata da prestazioni corrispettive fondate su una *causa* e consistente in un: 'do affinché tu dia' (*do ut des*) o 'do affinché tu faccia' (*do ut facias*) o 'faccio affinché tu dia' (*facio ut des*) oppure ancora 'faccio affinché tu faccia' (*facio ut facias*);

c) un semplice accordo, che non rivestendo la forma né di un contratto tipico né di uno innominato, veniva qualificato come un nudo patto (*nudum pactum*).

Mentre i contratti tipici ed innominati davano vita ad obbligazioni e correlativi diritti di credito azionabili in giudizio, lo stesso non avveniva per i nudi patti, dai quali sorgeva un mero impegno a tenere una certa condotta, la cui violazione si poteva far valere in giudizio non in via di azione, ma mediante un'eccezione processuale (*exceptio pacti conventi*).

In tale contesto va collocato il discorso sull'esistenza di una libertà contrattuale². Generalizzando al massimo, si può osservare che l'originario sistema di rigida tipicità, attenuata soltanto dall'ampio spettro di applicazione del contratto tipico di *sponsio/stipulatio*, adattabile ai più svariati assetti di interessi dei contraenti, viene gradualmente sgretolato dal riconoscimento, dovuto all'opera congiunta del pretore e dei giuristi, della rilevanza prima dei nudi patti e poi dei contratti innominati. Inoltre, si ammette che i contraenti, attraverso dei patti aggiunti ad un contratto tutelato da un'azione di buona fede, al momento della sua formazione (*pacta in continentis*), possano conformare il tipo alle proprie esigenze³ e si amplia anche il numero di figu-

¹ Cfr. *infra*, Parte Seconda, Cap. II, § 1.1.

² *Infra*, Parte Seconda, Cap. I, § 3.1.

³ V., ad es., Ulpiano 4 *ad ed.* in D. 2,14,7,5.

re contrattuali, introducendone progressivamente delle nuove o sulla base di alcune specie di contratti innominati (come nel caso di permuta, transazione e contratto estimatorio) o attribuendo una veste contrattuale ad alcuni nudi patti (come quando il pretore tutela mediante azione la promessa di pagamento di debito proprio o altrui entro un termine perentorio – *constitutum debiti proprii o debiti alieni* – e le varie figure di *recepta*).

1.2. *L'età del diritto romano volgare e la codificazione di Giustiniano (IV-VI secolo)*

Con la nuova posizione dell'imperatore all'interno dell'ordinamento costituzionale del Dominato (IV-VI secolo), consolidata dalle riforme di Diocleziano (284-305) e di Costantino (306-337), il diritto viene creato dalle sole costituzioni imperiali (chiamate ora *leges*). Tuttavia il monopolio della creazione di nuove norme non porta all'abolizione dell'enorme massa di quelle ancora vigenti, derivanti dalle fonti repubblicane e del Principato (leggi, plebisciti, senatoconsulti, editti dei magistrati) e racchiuse nelle opere dei giuristi (denominate adesso con il termine complessivo di *iura*). L'eclissi di un ruolo autonomo, quali fonti del diritto, di questi ultimi e la riduzione ormai al rango di anonimi funzionari dell'apparato burocratico imperiale si riverberano negativamente su un coerente sviluppo dell'ordinamento giuridico e sulla certezza della sua conoscenza ed applicazione.

Inoltre, l'estensione della cittadinanza romana a tutti gli abitanti dell'Impero (salvo alcune categorie marginali) disposta dalla *constitutio Antoniniana* del 212 d.C. dà vita al nuovo fenomeno del 'volgarismo giuridico', inteso come contaminazione fra diritto romano ufficiale e diritti locali e fra diritto e prassi. Con tale provvedimento, infatti, secondo l'opinione ancor oggi prevalente, il diritto romano era reso obbligatorio per tutti i neocittadini, occasionando tensioni e, talora, veri e propri conflitti con i vari diritti 'nazionali' e 'locali', che negli ordinamenti interni delle città e regioni principalmente delle province orientali avevano continuato a trovare applicazione anche dopo la conquista romana.

Al di là del maggiore o minore spirito di apertura dei vari imperatori, il risultato di questo incontro/scontro è comunque la formazione di istituti nuovi, soprattutto per influenza del diritto delle regioni grecofone, e l'abbassamento del livello teorico di molte branche dell'ordinamento giuridico – inclusa quella dei contratti – per adeguarle alle istanze pratiche, sempre meno capaci di comprendere un diritto troppo evoluto e tecnico.

Questi due ordini di fattori contribuiscono in modo decisivo a quel cambiamento, che sfocia: a) nelle prime codificazioni di costituzioni imperiali, i Codici Gregoriano ed Ermogeniano, redatte da due giuristi da cui prendono

il nome sul finire del III secolo; *b*) nei compendi semplificati di norme tratte da una o più opere di giuristi, come le Sentenze di Paolo (*Pauli Sententiae*), l'Epitome di Ulpiano (*Epitome Ulpiani*, conosciuta anche come *Tituli ex corpore Ulpiani*) e le varie epitomi delle Istituzioni di Gaio (*Epitome Gai* e Gaio di Autun), alla cui realizzazione ed aggiornamento attendono anonimi operatori del diritto tra la fine del III e gli inizi del V secolo; *c*) nelle raccolte miste di costituzioni imperiali e di testi della giurisprudenza, quali i Frammenti Vaticani (*Vaticana Fragmenta*) o la Raccolta di leggi mosaiche e romane (*Collatio legum Mosaicarum et Romanarum*), compilate da pratici e rivolte essenzialmente a fini pratici. Sono comunque tutte opere di carattere privato, che hanno goduto di una vasta circolazione sia in Occidente che in Oriente.

Nel corso del V secolo assistiamo anche a due iniziative ufficiali di fondamentale rilievo: la c.d. **Legge delle citazioni** del 426 ed il **Codice Teodosiano** (*Codex Theodosianus*) del 438. Con la prima si regola l'uso degli *iura*, indicando in cinque giuristi (Papiniano, Paolo, Ulpiano, Gaio e Modestino) i soli che si sarebbero potuti citare davanti ai tribunali e stabilendo dei criteri di priorità, per cui il parere della maggioranza era vincolante per i giudici, mentre, in caso di parità, prevaleva quello di Papiniano.

Il Teodosiano comprendeva unicamente tutte le *leges* generali ancora in vigore, da Costantino in poi, completando così i due precedenti Codici Gregoriano ed Ermogeniano, cui era perciò riconosciuto un carattere ufficiale. Al pari di questi, la sua redazione segue lo schema di suddivisione in libri e titoli, con una rubrica all'inizio di ciascun titolo, che ne segnala l'argomento. Al loro interno le costituzioni sono collocate secondo l'ordine cronologico ed alcune sono ripartite fra più titoli, in base alla pluralità di argomenti trattati. I loro testi spesso non vengono riprodotti integralmente, ma appaiono riassunti o adattati, al fine di eliminare contraddizioni ed ambiguità e facilitarne così la conoscenza ed applicazione pratica. Questo Codice è pubblicato nel 438 a Costantinopoli ed entra in vigore nelle due Parti dell'Impero (orientale ed occidentale) nel 439, dopo che era stato letto nel senato di Roma ed approvato per acclamazione. Si compone di 16 libri, che toccano vari settori dell'ordinamento giuridico: il diritto contrattuale viene disposto in modo non organico nei libri II (patti, transazioni e contratti reali), III (compravendita e donazioni *ante nuptias*) e VIII (donazione).

Il grado più elevato di codificazione del diritto nell'esperienza romana si raggiunge però con Giustiniano (527-565), imperatore di Oriente, il cui disegno si realizza grazie all'opera dei giuristi a lui contemporanei (ricordati come gli *antecessores*), formati a seguito del rifiorire della cultura giuridica nelle Scuole di Costantinopoli e Berito agli inizi del VI secolo. In particolare, tale codificazione, nota dal XVI secolo in poi con il nome complessivo di *Corpus iuris civilis*, risulta così composta:

A) **Codice di Giustiniano** (*Codex Iustinianus*), destinato a sostituire i tre precedenti (Gregoriano, Ermogeniano e Teodosiano) e suddiviso in 12 libri, dove sono raccolte costituzioni imperiali da Adriano (117-138) a Giustiniano stesso. Ne sono state realizzate una prima edizione nel 529 ed una seconda nel 534, chiamata *Codex repetitae praelectionis*, che sostituisce integralmente la prima ed è la sola che forma parte della codificazione. Ciascun libro si divide in titoli, contrassegnati da una rubrica e al cui interno sono poste in ordine numerico progressivo, secondo la cronologia, le varie costituzioni; alcune di esse sono state ripartite in paragrafi dai Glossatori della Scuola di Bologna (XI-XIII secolo). Quasi tutte hanno un' *inscriptio*, che indica l'imperatore da cui provengono ed il destinatario, ed una *subscriptio*, dove si registrano la data ed il luogo di emanazione. La materia contrattuale è trattata principalmente nel libro quarto.

B) **Digesto o Pandette** (*Digesta seu Pandectae*) in 50 libri, che seguono in linea di massima il 'sistema' dell'Editto pretorio. Il loro ordine espositivo è lo stesso del Codice: ogni libro (ad eccezione del 30, 31 e 32) si articola in titoli, con una rubrica, dove sono raccolti in progressione numerica i frammenti delle opere dei giuristi, talvolta ripartiti in paragrafi – anche in questo caso – dai Glossatori. Il nome del giurista e l'opera da cui il frammento è tratto sono indicati nell' *inscriptio*. La sua redazione è disposta dalla costituzione *Deo auctore* del 530 e la promulgazione avviene con la costituzione bilingue *Tanta/Dédoken* del 533. Il nucleo del diritto contrattuale è formato dalla parte *de rebus* (libri 12-19) e dai libri 45 e 46.

C) **Istituzioni** (*Institutiones Iustiniani*), dirette a fornire le basi dell'educazione giuridica prima di affrontare lo studio del *Codex* e dei *Digesta*. Lo schema espositivo, ricalcato sulle Istituzioni di Gaio (persone, cose ed azioni), in quattro libri, riserva ai contratti una metà circa del terzo libro.

D) **Novelle** (*Novellae o Novellae Constitutiones*), emanate da Giustiniano dal 535 alla sua morte nel 565, rimaste al di fuori della codificazione ufficiale e raccolte in seguito in varie compilazioni private, di cui ci sono pervenute la Raccolta delle 168 Novelle, detta anche 'greca' (perché sono redatte in greco) o 'marciana' (perché conservata nelle Biblioteca marciana di Venezia) o 'laurenziana' (perché un manoscritto è nella Biblioteca Laurenziana di Firenze); l'*Authenticum* con 134 costituzioni, con traduzione latina di quelle originariamente in greco, e l'*Epitome Iuliani*, con 124 costituzioni, non nel testo originale, ma riassunte in latino. Solo un numero abbastanza esiguo tratta di contratti: ad es., la Nov. 106 sul prestito marittimo (*foenus nauticum*) e la Nov. 136 sui contratti bancari.

L'ossatura del sistema contrattuale romano, delineatasi fra tarda Repubblica e Principato, si mantiene anche durante il IV e V secolo, in quella fase dell'esperienza giuridica tradizionalmente denominata come 'diritto postclassi-

co'. Permane, infatti, la suddivisione formale delle quattro categorie di contratti tipici (reali, verbali, letterali e consensuali)⁴, ma la precisione dei loro confini si sfuma con la nascita di una categoria "mista" di contratti reali e verbali⁵ e con l'accentuata convergenza tra quelli verbali e letterali, come diremo fra poco; continuano inoltre a configurarsi i contratti innominati, nonostante tendano ad essere avvicinati ai contratti reali, e sussiste sempre la separazione tra contratti e patti sotto il profilo degli effetti. Si notano, tuttavia, anche rilevanti trasformazioni.

All'interno dei contratti tipici, quella più evidente riguarda la stipulazione (*stipulatio*), che, recependo le istanze della prassi, da orale diviene un contratto scritto, incorporato in un documento, dove è sufficiente la promessa del debitore anche in assenza della domanda del creditore⁶; spesso, inoltre, nei documenti è contenuta una clausola dove si fa riferimento ad una stipulazione, che non è nemmeno intervenuta e che serve solo per dare ad un accordo una veste contrattuale. Parallelamente, tramonta e poi scompare anche il rigore della corrispondenza tra le parole usate, al punto che una costituzione del 472 dell'imperatore di Oriente Leone elimina la necessità di una domanda e risposta tra creditore e debitore, dichiarando essenziale il solo loro consenso espresso con qualunque vocabolo⁷.

Consequenziale alle nuove caratteristiche della stipulazione ora tratteggiate è la scomparsa dei contratti letterali, al termine di un periodo di decadenza, le cui tappe risultano però difficili da ricostruire. Benché menzionati ancora brevemente nell'Epitome gaiana, di essi non c'è traccia nelle altre fonti e nei documenti.

Tra i patti aumentano quelli rivestiti della veste contrattuale, cosa che in quest'epoca avviene per effetto di costituzioni imperiali, come il patto di costituzione della dote (*pactum dotis*) ed il patto di donazione (*pactum donationis*), originando o incrementando – a seconda di quando se ne collochi la genesi – la categoria dei *pacta legitima*⁸.

Nella codificazione giustiniana, da un lato, seguitano a trovare spazio queste nuove tendenze, in quanto ormai consolidate nella prassi, dall'altro, si riaffermano i pilastri del sistema contrattuale formatosi tra tarda Repubblica e Principato, tramandando così alla scienza giuridica successiva un quadro molto variegato e composito.

⁴ Come si può rilevare dall'Epitome di Gaio (2,9 pr.).

⁵ Si tratta della categoria contrattuale *re et verbis*, già prospettata da Modestino in D. 44,7,53,3.

⁶ *Pauli Sententiae* 5,7,2.

⁷ La costituzione è riportata in C. 8,37(38),10, su cui si rinvia a quanto si dirà *infra*, Parte II, Cap. I, § 3.1.

⁸ Secondo la denominazione contenuta in D. 2,14,6.

Le Istituzioni, pur ricalcando in larghissima parte la disciplina dei contratti contenuta in quelle di Gaio, con la classificazione delle quattro categorie di contratti tipici (reali, verbali, letterali e consensuali), la completa con le aggiunte del manuale gaiano più recente (denominato Cose quotidiane o Regole d'oro, *Res cottidianae sive Aurea*) e con i più rilevanti elementi di novità affermatasi successivamente in tema sia di eliminazione delle formalità verbali della *stipulatio* che di scomparsa dei contratti letterali, sostituiti dal documento comprendente la promessa del debitore⁹.

Il Digesto riproduce il sistema contrattuale elaborato dalla giurisprudenza del Principato, basato sulla distinzione tra contratti tipici, innominati e nudi patti, tutti accomunati dall'elemento della convenzione (*conventio*) e rafforza le basi della libertà dei contraenti di incidere, mediante patti aggiunti al momento della conclusione del contratto, sulla natura dello stesso (*natura contractus*), ma, contemporaneamente, espunge la categoria dei contratti letterali e conserva i riferimenti alle categorie contrattuali miste¹⁰.

Anche il Codice si mantiene nel solco del regime sviluppatosi durante il Principato, per quanto riguarda i contratti tipici (ad eccezione dei letterali, di cui non vi è traccia), quelli innominati ed i nudi patti, ma è nel contempo quella parte della codificazione, dove si riflettono maggiormente le nuove tendenze. Oltre all'inclusione della costituzione di Leone sulla stipulazione, di quella di Giustiniano sulla sua incorporazione documentale e di quelle relative ai *pacta legitima*, di cui abbiamo fatto già cenno, ampio spazio è dedicato ai requisiti dei documenti contenenti gli atti giuridici, spesso imposti per la loro stessa validità (*ad substantiam*) in aggiunta ai fini probatori¹¹.

2. Breve quadro del diritto dei contratti nel periodo altomedievale (V-X secolo)

Come ben sanno gli studiosi della storia giuridica di quest'epoca, risulta pressoché impossibile parlare in modo unitario di regimi normativi o sistemi all'interno della pluralità di ordinamenti, che hanno trovato allora concreta applicazione. Ciò vale naturalmente anche per il settore dei contratti, che, dopo essersi sviluppato, come abbiamo visto, attraverso varie tappe storiche ancora visibili nella stessa Compilazione giustiniana, viene ad immergersi in questo nuovo contesto.

⁹ Cfr. I. 3,15,1 sulla trasformazione della *stipulatio* e I. 3,21, sulla scomparsa dei contratti letterali.

¹⁰ Si veda D. 44,7,53.

¹¹ Cfr. C. 8,37(38),14 sull'incorporazione della *stipulatio* in un documento, il titolo di C. 5,14 sui patti legittimi ed il titolo C. 4,21 sulla documentazione.

In una prima fase, corrispondente ai secoli V-VII, all'interno dei Regni romano-barbarici (formatisi subito prima o dopo la fine dell'Impero d'Occidente nel 476), sono emanate raccolte di norme, denominate Codici o Leggi o Editti, destinate ad applicarsi o a tutti gli abitanti del regno su base territoriale o, più spesso, su base personale secondo l'origine etnica (romana o germanica) di chi ne faceva uso.

Particolarmente rilevante è la legislazione realizzata nel regno dei Visigoti, esteso in un primo momento alla parte sud-occidentale della Francia (con capitale Tolosa) e, successivamente, dopo la conquista da parte dei Franchi, alla Spagna (con capitale Toledo): essa comprende il Codice Euriciano (*Codex Euricianus*) dovuto al re Eurico intorno al 470¹², la legge Romana dei Visigoti (*Lex Romana Visigothorum*), promulgata dal re Alarico II, figlio di Eurico, nel 504 (quindi chiamata in seguito anche Breviario Alariciano)¹³, e la Legge dei Visigoti o Libro dei Giudizi (*Lex Visigothorum* o *Liber Iudiciorum*) del re Recesvindo (653-672), che ne recepisce gran parte del contenuto rendendolo obbligatorio per tutti gli abitanti indipendentemente dall'etnia¹⁴. Altre normative importanti sono le due Leggi del Regno di Burgundia (la Legge Romana dei Burgundi/*Lex Romana Burgundionum* e la Legge dei Burgundi/*Lex Burgundionum*)¹⁵ e l'Editto di Teodorico (*Edictum Theodorici*)¹⁶.

¹² Con cui si dettavano disposizioni anche in materia contrattuale su deposito, comodato e mutuo (capp. 277-285), vendita (capp. 286-304) e donazione (capp. 305-319), molto spesso di matrice romana, indirizzate agli abitanti di origine germanica, ma anche ai Romani in caso di controversie con i primi.

¹³ Che, riportando ampi stralci dei Codici Gregoriano ed Ermogeniano, gran parte del Teodosiano (con in più alcune costituzioni ad esso successive) e gli *iura* più diffusi nella pratica (*Pauli Sententiae*, Epitome di Gaio, oltre ad un frammento dei libri dei responsi di Papiniano), conserva l'ossatura del diritto contrattuale romano nella versione volgarizzata. Per la sua applicazione concreta si rivela però fondamentale l'aggiunta di un'interpretazione dei redattori (*interpretatio* c.d. visigotica) ai vari testi raccolti – mancante solo per l'Epitome di Gaio – perché da essa possiamo cogliere ulteriori semplificazioni e perfino divergenze con la norma romana. Di questa legge si discute a tutt'oggi il carattere personale (secondo l'opinione ancora prevalente) o territoriale.

¹⁴ Questa raccolta, ordinata in 12 libri, riserva gran parte del quinto ai contratti, disciplinando la donazione nei titoli II e III, la vendita e la permuta nel titolo IV, il mutuo, deposito e comodato nel titolo V ed il pegno nel titolo VI.

¹⁵ Tale regno, insediato nella Francia centro-orientale e poi assorbito dai Franchi nel 534, vede nel re Gundobado (morto nel 516) l'autore delle due Leggi, basate sul principio della personalità del diritto: la Legge Romana dei Burgundi, destinata ai sudditi gallo-romani, trae le proprie disposizioni dai tre Codici Gregoriano, Ermogeniano e Teodosiano e dalle Sentenze di Paolo (*Pauli Sententiae*), senza però riprodurre il testo letterale, come quella visigota, ma sintetizzandolo ed adattandolo: ai contratti sono dedicati i titoli XXII (donazioni), XXXV (vendite) e XXXVIII (sulla forma dei patti e delle transazioni). La Legge per i Burgundi, indirizzata ai soli abitanti di origine germanica, si limitava invece a raccogliere le loro consuetudini, esponendole tuttavia in latino.

¹⁶ All'Italia ostrogota se ne sono fatte per lungo tempo risalire le origini, attribuendolo all'omonimo sovrano e collocandolo tra la fine del V secolo ed il 526 (anno della sua morte); oggi la

Questo tipo di raccolte ha esercitato un ruolo chiave nel mantenere in vita, a livello consuetudinario, il diritto contrattuale romano in ampie zone della penisola iberica e del sud della Francia, con effetti prolungati anche nei secoli successivi, ed allo stesso tempo ha rappresentato un modello per la redazione in latino (sotto l'influenza soprattutto della Chiesa) degli usi e costumi di provenienza germanica.

In Italia la situazione si presenta ancor più complessa perché all'intrecciarsi fra diritto romano volgare e consuetudini germaniche si aggiunge anche l'estensione della codificazione giustiniana a seguito della riconquista portata a termine dallo stesso Giustiniano dopo una guerra ventennale con gli Ostrogoti¹⁷. La nuova legislazione intacca però solo in minima parte il precedente diritto, che, come dimostrano numerosi documenti della prassi, continua ad applicarsi sia in quelle regioni che dopo il 568 vengono a formare il nuovo regno dei Longobardi, sia nei territori rimasti sotto il dominio bizantino (Ravenna, Venezia, parti della Puglia e della Calabria, Napoli e la Sicilia): infatti, le sue parti più complesse (come il Digesto) o quelle meno attuali (come gli ultimi tre libri del Codice) scompaiono, mentre tra quelle che ancora circolano (le Istituzioni, un'Epitome del Codice e l'Epitome di Giuliano delle Novelle) il testo originale è sostituito da semplici annotazioni (*adnotationes*) dirette a permetterne l'applicazione concreta (come quelle della *Summa Perusina*).

Nei secoli successivi fino all'XI, il quadro generale appare ulteriormente intricato. Le due esperienze giuridiche di maggior spicco, la longobarda nell'Italia centro-settentrionale e la franca nel centro-nord della Francia, pur producendo corpi normativi di un certo spessore, come l'Editto dei re longobardi (*Edictum regum Langobardorum*)¹⁸ ed i Capitolari franchi, continuano

sua paternità è contestata dalla maggioranza degli studiosi, che preferisce identificare il suo autore con Teodorico II, re dei Visigoti, fratello e predecessore di Eurico, datandolo così alla metà del V secolo. Le sue disposizioni, vincolanti per tutti gli abitanti, trattano vari contratti (donazione, capp. 51-53; mutuo, capp. 121 e 134; pegno, capp. 123-124; delegazione, cap. 127; fideiussione, cap. 135; compravendita, capp. 138-142 e 147) e riflettono in larga misura il diritto romano volgarizzato contenuto nelle tre codificazioni anteriori alla giustiniana e nelle *Sententiae* paoline. Se anche il provvedimento sia da attribuire all'ambiente visigotico del V secolo, è comunque indubbio che le popolazioni romane viventi nel regno ostrogoto continuassero anch'esse ad applicare ancora quel medesimo diritto romano.

¹⁷ Ciò avviene, come è noto, mediante la Prammatica Sanzione promulgata dallo stesso Giustiniano nel 554, formalmente in base ad una richiesta del Papa Vigilio (*Pragmatica Sanctio pro petitione Vigilii*).

¹⁸ Questo corpo normativo trae origine da una prima raccolta scritta di consuetudini longobarde, l'Editto di Rotari (*Edictum Rothari*), disposto dall'omonimo monarca durante il suo regno (636-656) e redatto in latino pur con frequenti termini germanici. Il suo contenuto viene poi di volta in volta integrato dalla legislazione dei suoi successori fino a costituire un unico corpo normativo, appunto l'Editto dei re longobardi, applicato anche dopo la conquista del regno ad opera

ad essere dominate dalla personalità del diritto e conseguentemente dalla pluralità di ordinamenti, mal coordinati tra loro. Anche quando con Carlo Magno (742-814) viene fondato l'Impero carolingio (nell'anno 800), esteso in buona parte dell'Europa continentale, ciascun popolo che ne fa parte non cessa di basarsi sulle proprie regole consuetudinarie raccolte in corpi legislativi¹⁹.

Con la disgregazione di tale Impero, poi, suddiviso fra le stirpi degli eredi di Carlo Magno, e la sua successiva ulteriore parcellizzazione dovuta all'affermarsi del sistema feudale (secoli IX-X), assistiamo in tutta la sua pienezza al fenomeno di un diritto operante sul piano concreto, senza che un'entità "statale" ne garantisca l'applicazione e l'osservanza. Non solo i molteplici ordinamenti vigono contemporaneamente, ma, accanto alle leggi etniche tradizionali, si vengono a formare nuove norme consuetudinarie locali connesse all'economia curtense, vevoli per tutti gli abitanti di una certa regione o territorio.

Altro elemento di varietà, la cui importanza si va accrescendo, è il diritto della Chiesa. Al suo ruolo di conservazione del diritto romano, propagato attraverso le istituzioni ecclesiastiche alle popolazioni via via cristianizzate, va aggiunta la capacità di piegarlo e adattarlo alle nuove esigenze, alterandone o snaturandone a volte il significato originario.

L'Alto Medioevo segna, infine, l'inizio di una marcata divisione della tradizione giuridica europea tra i territori corrispondenti a quelli del vecchio Impero romano d'Occidente e delle regioni confinanti del più vasto mondo germanico, ed i territori orientali soggetti alla sovranità di Costantinopoli. Questi ultimi vivono l'esperienza del diritto bizantino (o greco-romano), che

dei Franchi di Carlo Magno nel 774. La normazione longobarda, unitamente a quella dettata dai Carolingi successivamente alla conquista franca, confluiscono dopo la metà del X secolo in un unico testo denominato Libro papiense (*Liber papiensis*), redatto in modo sistematico ed oggetto di studio nella scuola di diritto di Pavia.

¹⁹I Franchi, dopo aver gradualmente conquistato i regni limitrofi (quello burgundo e in parte il visigoto), con Carlo Magno (742-814) avevano formato una nuova compagine statale, comprensiva di gran parte dell'Europa centro-occidentale, ribattezzata, grazie al decisivo appoggio della Chiesa, come Sacro Romano Impero, a seguito dell'incoronazione dello stesso Carlo Magno, avvenuta a Roma nell'800 da parte del Papa Leone III. Da un punto di vista giuridico, l'ordinamento dei Franchi si caratterizza anch'esso fin dalle origini per la redazione scritta in latino delle loro consuetudini, di cui il testo più risalente è la Legge Salica di Clodoveo I intorno al 503. A questa prima ne seguono altre per le diverse popolazioni germaniche che finiscono di volta in volta nell'orbita franca (la Legge Ribuaria per i Franchi orientali, la Legge dei Sassoni, la Legge dei Turingi, la Legge dei Bavari ed altre), conservandosi, anche dopo la fondazione dell'Impero, così per ogni etnia le norme delle proprie consuetudini ed i meccanismi di tutela delle stesse. D'altro lato, però, il monarca, avvalendosi della sua autorità di guida suprema unitaria, procede all'emanazione di testi normativi (detti Capitolari), diretti a precisare ed aggiornare le norme consuetudinarie dei singoli popoli (*Capitularia legibus addenda*) o ad introdurre norme vincolanti per tutti gli abitanti (e quindi su base territoriale) principalmente in tema di strumenti di giustizia e difesa della pace sociale (*Capitularia per se scribenda*).

ruota fondamentalmente intorno ad un aggiornamento della legislazione giustiniana ed all'uso per essa della lingua greca²⁰.

Nel panorama appena descritto la materia contrattuale viene relegata in una posizione del tutto secondaria rispetto ai rapporti fondiari, con la sola eccezione di quelle nuove figure che nascono per regolare questi ultimi.

Tratteggiarne, ancorché per sommi capi, le caratteristiche di fondo risulta oltremodo difficile ed il rischio di banalizzazioni ed inesattezze è molto elevato. Malgrado ciò, vanno comunque evidenziati alcuni aspetti.

Innanzitutto, per conoscere il diritto contrattuale effettivamente applicato, accanto alle norme delle raccolte legislative menzionate in precedenza, è indispensabile far riferimento anche ai documenti negoziali della prassi redatti da ecclesiastici e notai (*notarii*). Infatti, in un'epoca in cui i poteri pubblici vivono lunghi periodi di incertezza, frammentazione o addirittura assenza, la vita concreta delle regole giuridiche si riflette negli atti relativi alle vicende quotidiane più che nelle regole teoriche.

I contratti sono quindi racchiusi in documenti, la cui redazione si pone nel solco del tardo diritto romano, che conosceva un ampio impiego della forma scritta, ignorata invece dai diritti consuetudinari germanici. La documentazione contrattuale, che si sovrappone all'oralità ed alle altre formalità tradizionali proprie dei barbari, aveva, secondo l'opinione ancor oggi prevalente, finalità sostanziali e non solo probatorie, servendo a precisare per iscritto diritti ed obblighi delle parti del contratto (o del negozio).

Inoltre, alcuni dei tipi contrattuali di matrice romana, quali la compravendita, la donazione, la permuta e la locazione, benché ancora utilizzati, presentano nell'applicazione concreta contorni diluiti, come emerge dalla scarsa precisione del linguaggio e dalla necessità che il consenso sia sempre accompagnato da certe forme o dalla dazione di qualcosa a conferma della loro validità.

Infatti, la corrispondenza ad un tipo contrattuale non si ritiene sufficiente a garantire la validità e stabilità dell'accordo (*firmitas*), ma occorre far uso di ulteriori elementi: la conclusione – vera o fittizia – di una stipulazione (*interposita stipulatione*), secondo una prassi risalente – come abbiamo visto (§ I.2) – al diritto romano volgare dei secoli IV e V; la consegna di una cosa come *wadia*, sulla quale torneremo fra poco; la presenza di testimoni o dell'intera assemblea degli uomini liberi (*thingatio* o *gairethinx*); la trasmissione della pergamena contenente l'atto (*traditio chartae*); il giuramento; il *launegild* (corrispettivo simbolico del donatario al donante nella donazione). Tutti questi elementi, impiegati a volte singolarmente a volte combinati, assolvevano alla

²⁰ Come possiamo vedere dall'Ecloga delle leggi di Leone III Isaurico del 740, dalle tre raccolte di usi e consuetudini della seconda metà dell'VIII secolo (Legge rustica, Legge militare e Legge nautica dei Rodii) e dai 60 libri dei Basilici e dall'apparato dei loro scoli (secoli IX-XI).

funzione di corroborare il negozio, provandone la sostanza e verità, e di dargli pubblicità.

D'altra parte, i medesimi elementi formali o materiali erano utilizzati anche per dare una veste contrattuale ad accordi, che non riuscivano ad inquadrarsi in figure già esistenti e definite, ma fondate comunque sul consenso dei contraenti, indicato con i termini *convenientia* e più di rado *placitum* e *stantia*.

Alcune di queste nuove figure negoziali derivano dalle consuetudini barbariche, come la *wadiatio* del diritto longobardo, un contratto solenne di uso generale per la costituzione di vincoli obbligatori, dove l'impegno del debitore di adempiere ad una certa prestazione era simboleggiato sia dalla consegna, fatta al creditore in presenza di testimoni, di un oggetto detto *wadia*, consistente in un ramoscello o un bastone (*festuca* o *stipula*), sia dall'intervento di un terzo con funzioni di obbligato-garante verso il creditore (la necessità di quest'ultimo viene però gradualmente a cessare). Altre figure invece sorgono dai diversi rapporti fondiari che si formano in quest'epoca, come lo stesso contratto feudale²¹ o il contratto agrario di livello²², e dalla timida rinascita dei traffici marittimi e delle attività commerciali e artigianali, che si registra sul finire del X secolo.

In più, l'emersione del consenso in campo contrattuale determina un graduale e relativamente rapido superamento della personalità del diritto, in quanto, sotto la spinta della prassi, la legislazione giunge ad ammettere che uno dei contraenti potesse rinunciare al proprio diritto in favore di quello della controparte di diversa etnia.

Infine, nei territori assoggettati ai Bizantini la disciplina dei contratti, sotto il profilo formale, è contenuta nella legislazione greco-romana, che si sostituisce alla codificazione giustiniana, restando così in massima parte immune dalle contaminazioni barbariche, diversamente da quanto accade in Occidente, ma sul piano concreto subisce non pochi mutamenti a causa degli interventi normativi dei vari imperatori e degli usi imperanti nel Mediterraneo orientale.

²¹ Si tratta, come è noto, di un contratto bilaterale tra signore e feudatario, di struttura complessa, formale e reale, con effetti obbligatori e reali, diretto a regolare tutti i rapporti pubblici e privati inerenti alle varie specie di concessione feudale.

²² Così chiamato dal documento scritto (il *libellus*, appunto) in cui era riportato. Con esso un proprietario, un enfiteuta, un beneficiario, un precarista o anche un altro concessionario concedeva una terra in godimento temporaneo a determinate condizioni e dietro il corrispettivo di un canone ad un concessionario (chiamato livellario), il quale era tenuto a migliorare la terra, a pagare il canone in derrate o in denaro ed a svolgere ogni altra prestazione od opera conforme a consuetudine o convenzione. La forma di livello più nota è quella nella quale il richiedente (il livellario) curava la stesura del libello in due copie, che venivano firmate e scambiate tra le parti.

3. *Il diritto contrattuale nella scienza giuridica bassomedievale (secoli XI-XV)*

Come è noto, negli ultimi decenni dell'XI secolo ha inizio un ampio processo di rinnovamento e trasformazione della società europea e delle sue strutture economiche, che determina anche una rinascita della scienza del diritto, che ruota intorno alle due grandi figure di Irnerio (per il diritto civile) e di Graziano (per il diritto canonico) ed ha come fulcro l'Università di Bologna, fondata nel 1088. La loro opera pone le basi per la genesi ed il successivo sviluppo del diritto comune (*ius commune*) romano-canonico, il cui studio, insegnamento ed applicazione pratica si protrarranno, sia pure in forme e misura diverse, fino alle codificazioni del XIX secolo. Il diritto comune è espressione dei due grandi poteri universali (l'Impero e la Chiesa) ed ha come base i loro rispettivi Corpi normativi: civilistico (il *Corpus iuris civilis*) e canonistico (il *Corpus iuris canonici*).

Il primo non segue la ripartizione giustiniana vista in precedenza (§ 1.2), ma ne adotta una nuova, in base alla quale si opera una suddivisione in cinque parti: 1. **Digesto Vecchio** (*Digestum Vetus*, libri 1-24, titolo II); 2. **Digesto Inforziato** (*Digestum Infortiatum*, libri 24, titolo III-38); 3. **Digesto Nuovo** (*Digestum Novum*, libri 39-50); 4. **Codice** (*Codex*, libri 1-9); 5. **Volume parvo** (*Volumen parvum*), che, a sua volta, si compone: a) dei tre libri rimanenti del Codice (libri 10-12); b) delle **Istituzioni**; c) dell'**Autentico** (*Authenticum*); d) delle **Costituzioni di imperatori medievali**; e) dei **due libri di diritto feudale** (*Duo libri feudorum*); f) del **libro della pace di Costanza** del 1183.

Il *Corpus iuris canonici* risulta invece articolato in sei parti: 1) **Decreto di Graziano** o *Concordia discordantium canonum* (1140-1142), diviso in 3 parti, dove è raccolto materiale eterogeneo di provenienza sia ecclesiastica (come canoni dei Concili ecumenici e provinciali, epistole papali, canoni degli Apostoli, brani della Patristica) che laica (come costituzioni del Codice Teodosiano, testi delle Leggi romano-barbariche). La conciliazione delle antinomie avviene mediante 4 criteri logico-formali (*rationes*): di tempo, di luogo, di significato e di dispensa; 2) **Libro Extra** o *Decretales extravagantes* di Gregorio IX (1234), redatto dal monaco domenicano Raimondo di Peñafort e diviso in 5 libri, i cui contenuti sono sistemati secondo il versetto mnemonico: giudice, giudizio, clero, matrimoni, crimine (*iudex, iudicium, clerus, connubia, crimen*); 3) **Libro Sextus** di Bonifacio VIII (1298), chiamato così rispetto ai 5 libri del Libro *Extra* e suddiviso, a propria volta, in 5 libri, con un'Appendice sulle *Regulae iuris*, redatte da Dino del Mugello sul modello del titolo 50,17 del Digesto di Giustiniano; 4) **Clementine**, contenenti canoni del Concilio di Vienne in Provenza del 1311-1312 e decretali di Clemente V fino alla sua morte nel 1314; 5) *Extravagantes* di Giovanni XXII, successive al 1317; 6) **Extravagantes comuni**.

I due ordinamenti, pur formando insieme un unico diritto universale (*utrumque ius*), restano sempre distinti, imponendo quindi ai giuristi, sia civili che canonisti, di realizzare un loro coordinamento sulla base della diversa sfera operativa. La linea interpretativa che si afferma (anche se non soppeso in modo definitivo contrasti e divergenze) destina la regolazione dei casi temporali alle norme civili (romane), ad eccezione dei territori soggetti direttamente al Papato, e di quelli spirituali alle norme canoniche, definendo così la reciproca supremazia.

Accanto al diritto comune, la nascita di istituzioni cittadine (i Comuni) ed entità territoriali autonome dall'Impero comporta la creazione di ordinamenti speciali e distinti, facendo sì che anche il periodo basso-medievale si caratterizzi per una pluralità di fonti del diritto. Si produce così una contrapposizione tra un diritto di carattere universalistico, lo *ius commune*, applicabile a tutti, e tanti diritti particolari, gli *iura propria*, vincolanti invece solo per i membri di quelle comunità. Nel pensiero della scienza giuridica si passa da una concezione più antica (risalente ai secoli XII e XIII), in cui il diritto comune era considerato superiore a quelli particolari al punto da ricondurre tutti ai suoi principi generali, ad una più matura e pragmatica (diffusasi nel XIV e XV secolo), secondo la quale la precedenza va riconosciuta agli *iura propria*, che costituiscono ordinamenti pienamente autonomi, dove il diritto comune può svolgere solo un ruolo sussidiario. Quest'ultima concezione è quella accolta *ab origine* nei Regni europei, che si costituiscono e consolidano in modo indipendente dall'Impero (come Francia, Castiglia, Aragona, Portogallo), in cui l'applicazione suppletiva del diritto romano-canonico si basava sul consenso dato dai sovrani.

Al centro della rinascita giuridica della fine dell'XI secolo si pongono i Glossatori della Scuola di Bologna, attivi fino alla seconda metà del XIII secolo. Fulcro di essa, come si accennava, è l'Università, dove studiano intere generazioni di giuristi europei (gli studenti si dividevano infatti per 'nazioni': quattro italiane – Lombardi, Toscani, Romani e Campani – e tredici di Paesi d'Oltralpe), costituendo così un modello per quelle fondate successivamente anche nel resto d'Europa.

I Glossatori, attraverso il loro metodo scientifico, incentrato su annotazioni poste al margine dei testi (le glosse, appunto) analizzati in chiave esegetica, attribuiscono una propria autonomia al diritto separandolo dalla retorica, dove era stato confinato dal sistema altomedievale delle sette arti liberali comprensivo di tutti gli insegnamenti scientifici. Il diritto elaborato dai Glossatori è di carattere giurisprudenziale, nel senso che è creato da giuristi, i quali si propongono di trarre dai testi giustiniani le linee fondamentali di un sistema giuridico attraverso una cernita e classificazione degli stessi, realizzata a seguito di un'attività di esegesi e spiegazione. A volte quest'attività consiste nel chiarimento di singole parole o espressioni, a volte nel richiamo

di passi paralleli concordanti o discordanti, a volte in veri e propri apparati esplicativi più ampi e generali, dove si sviluppano più complessi ragionamenti giuridici.

Il loro lavoro persegue, nello stesso tempo, finalità scientifiche, didattiche e pratiche: il giurista funge da mediatore fra il testo romano e chi lo deve comprendere per studiarlo ed applicarlo poi in concreto. Sotto questo profilo si rivela infatti fondamentale l'attività formativa compiuta dai Glossatori nei confronti di chi, al termine degli studi, sarebbe stato chiamato a rivestire importanti funzioni negli organi giudicanti, negli apparati amministrativi e nelle professioni private. I risultati complessivi della Scuola si racchiudono nella Magna Glossa redatta da Accursio (m. intorno al 1263).

La successiva Scuola dei Commentatori, fiorita tra XIV e prima metà del XV secolo, si pone in linea di continuità con quella dei Glossatori, in quanto trae da essa gli strumenti esegetici per la piena comprensione dei testi romani e canonici, ma contestualmente realizza una trattazione sistematica di norme ed istituti in essi contenuti, facendo uso del metodo dialettico di matrice aristotelica. Suo iniziatore viene comunemente ritenuto Cino da Pistoia (1270-1336), che avrebbe cominciato ad adottare questo nuovo metodo dopo gli studi effettuati all'Università di Orléans, dove era venuto in contatto con una diversa sensibilità critica verso i testi. Il grande sviluppo della Scuola e la sua diffusione in tutta Europa sono invece dovuti a grandi figure di giuristi successivi, tra cui spiccano Bartolo da Sassoferrato (1314-1357) ed il suo discepolo Baldo degli Ubaldi (1327-1400).

I risultati dell'opera dei Commentatori sono esposti nei loro Trattati (*Tractatus*), un genere letterario nuovo, rivolto, al pari della Glossa, a fini scientifici, didattici e pratici: il diritto viene ricostruito secondo categorie logico-dogmatiche per facilitarne la comprensione, l'apprendimento e l'applicazione concreta, per risolvere i più diversi casi sottoposti all'attenzione dei giuristi, sia privati che con funzioni pubbliche. In una prospettiva ribaltata rispetto a quella dei Glossatori, la Scuola del Commento assegna un ruolo prioritario ai diritti particolari (*iura propria*), riconoscendo al diritto comune una posizione sussidiaria, che però in materia civile, soprattutto nel settore dei contratti, dove il regime contenuto nei primi risulta alquanto lacunoso, continua ad esercitare un'influenza dominante.

La tecnica interpretativa, con cui si redigono i Trattati e si esprimono i pareri giuridici, è designata dai contemporanei come *mos italicus* ('uso italico'), che consiste sì nel rispetto formale del testo, ma anche nella sua sottoposizione ad una rigorosa analisi: premesso un inquadramento sistematico del contenuto, lo si divide in parti strutturali autonome da esaminare prima separatamente e poi nel loro insieme; se ne spiega la *ratio* complessiva ed infine, mediante il confronto con testi paralleli e con tesi antitetiche, si traggono i principi generali e le regole particolari applicabili alle fattispecie oggetto di esame.

Anche tale diritto, creato dai Commentatori attraverso la tecnica appena descritta, aveva una natura eminentemente giurisprudenziale e, nonostante l'autorevolezza di alcuni grandi giuristi, si vengono nel tempo a diffondere opinioni contrastanti, che determinano forme gravi di incertezza del diritto. Per superarle si afferma e consolida, durante il XV ed il XVI secolo, l'idea che, nell'applicazione pratica delle norme, ci si sarebbe dovuti attenere alla *communis opinio* ('opinione comune'), determinata dall'autorevolezza e dal numero dei giuristi che l'avevano propugnata. In tal modo essa assurge a strumento di certezza, che tende a sostituire molte volte il testo stesso delle norme da utilizzare.

Fino al XVI secolo le Scuole giuridiche ora viste incidono in modo piuttosto uniforme sulla formazione dei giuristi europei, influenzando così la scienza del diritto dell'Europa continentale e, in parte, anche quella inglese; dopo di allora idee, metodi e correnti di pensiero giuridico continuano a circolare fra i diversi Paesi, ma vengono maggiormente a caratterizzare alcune esperienze 'nazionali' rispetto ad altre e per questo ne tratteremo brevemente nel prossimo capitolo.

Se passiamo ora a tratteggiare alcune linee generali del sistema contrattuale elaborato da Glossatori e Commentatori, va preliminarmente osservato che la loro base è data, come è ovvio, da quello romano-giustiniano. Tuttavia, il rispetto verso l'autorità dei testi del *Corpus iuris*, considerato come diritto vigente, non impedisce di adattarli alle nuove esigenze concrete legate alla loro attuazione pratica, con conseguenti e rilevanti innovazioni.

Un primo aspetto è rappresentato dal recupero nella nozione di contratto della centralità del requisito dell'accordo tra le parti (*conventio*) rispetto al formalismo alto-medievale, che declina rapidamente, riconoscendosi di conseguenza il normale carattere probatorio della documentazione ed approfondendo le questioni relative alla capacità dei contraenti e ai vizi della volontà (errore, dolo e violenza morale), classificati per la prima volta in una categoria unitaria.

Un altro aspetto è che questa recuperata centralità della *conventio* non porta al superamento dell'antitesi tra contratti (*contractus*) e patti (*pacta*), che viene espressa mediante la distinzione tra nudi patti (*nuda pacta*) e patti vestiti (*pacta vestita*)²³. Questi ultimi si fanno coincidere con le figure tipiche delle quattro categorie romane dei contratti reali, verbali, letterali e consensuali, a cui si aggiungono quelli innominati e le 'convenzioni legittime' e 'pretorie'. Resta ferma anche la diversità degli effetti, per cui le obbligazioni (e le corrispondenti azioni) nascono solo dai patti 'vestiti', mentre i nudi patti generano obbligazioni naturali, tutelate dall'ordinamento unicamente in via di eccezione.

²³ Su cui vedasi *infra*, Parte Seconda, Cap. I, § 3.2 e Cap. II, § 1.2.

I casi di rivestimento contrattuale del consenso vengono comunque progressivamente ampliati, come appare in Azzone²⁴ e ancor più nei Commentatori, che nella prospettiva di una graduale affermazione del principio consensualistico giungono ad ammettere la conversione di un'obbligazione naturale nata da nudo patto in un'obbligazione civile in forza di un successivo patto nella forma di *constitutum* avente lo stesso contenuto (il c.d. patto geminato)²⁵.

Un altro aspetto ancora consiste nella costante riflessione sull'elemento della causa, la cui presenza serve ad elevare a contratto qualunque accordo delle parti. Nei contratti tipici (reali, verbali, letterali e consensuali) la sua sussistenza si presume, mentre in quelli innominati la causa si identifica con l'avvenuta prestazione di una delle parti, consistente in un *dare* o *facere*, che obbliga anche l'altra ad adempiere. L'accertamento della presenza di una causa si rivela invece fondamentale in riferimento ai nudi patti. Già presso i Glossatori si distingueva la causa finale (*causa finalis*) del contratto, che doveva in ogni caso sussistere, dalla sua *causa impulsiva*, equivalente ai motivi che hanno spinto i contraenti a porre in essere il contratto, e come tali irrilevanti. Un ulteriore approfondimento della nozione di causa si riscontra nei Commentatori in ossequio allo schema dialettico aristotelico delle quattro cause (efficiente, materiale, formale e finale), mediante il quale si cercava di cogliere la *ratio* dei principi e delle norme giuridiche²⁶.

Fondamentali anche gli apporti della scienza giuridica canonistica in materia contrattuale, tra cui possiamo annoverare: il riconoscimento ai nudi patti, fin dagli inizi del XIII secolo, di far nascere obbligazioni, con una precoce affermazione del consensualismo²⁷; lo sviluppo dell'ideale della giustizia commutativa alla base degli scambi, con l'elaborazione delle teorie della *clausula rebus sic stantibus*, per attenuare il rigore del principio *pacta sunt servanda* in presenza di un mutamento delle circostanze²⁸, e dell'equivalenza materiale tra prestazione e controprestazione contrattuale, con le connesse nozioni di giusto prezzo e di 'lesione enorme' (*laesio enormis*); il perfezionamento del concetto di causa sotto il profilo della sua liceità e della nozione di rappresentanza diretta²⁹.

Un altro considerevole contributo all'evoluzione del diritto contrattuale proviene dalla *lex mercatoria*, creata ed applicata dal ceto mercantile dei

²⁴ Cfr. *infra*, *ibidem*.

²⁵ V. ancora *infra*, *ibidem*.

²⁶ V. *infra*, Parte Seconda, Cap. II, § 3.2.

²⁷ *Infra*, Parte Seconda, Cap. I, § 3.2.

²⁸ Cfr. *infra*, Parte Seconda, Cap. IV, § 2.2.

²⁹ Cfr. *infra*, Parte Seconda, Cap. III, § 1.2.

Comuni italiani nei secoli XII-XIV, per regolare gli scambi commerciali fra i suoi appartenenti, e poi anche con terzi, e risolvere le eventuali controversie che ne fossero nate. Nel suo ambito la prassi dei traffici e delle attività bancarie e finanziarie fa nascere molte nuove figure tipiche di contratti, in cui un ruolo essenziale è riconosciuto all'affidamento reciproco (*fides*) basato sulla parola data, con l'ovvia conseguenza che qualunque pattuizione, a prescindere dalla sua veste contrattuale, era fonte di obbligazioni ed azionabile in giudizio³⁰. Ciò era infatti funzionale alla certezza dei rapporti contrattuali ed alla loro sicurezza e speditezza di esecuzione.

³⁰ Vedasi ancora *infra*, Parte Seconda, Cap. I, § 3.2.