

GIUSEPPE FALCONE

La trattazione di Gai 3.140-141
sul *pretium* nella compravendita,
tra '*regulae*' e *ius controversum*

Estratto
dagli ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO
DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

(AUPA)

Volume LVIII
(2015)



G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO
(AUPA)

DIRETTORI
Gianfranco Purpura
Giuseppe Falcone

COMITATO SCIENTIFICO

Giuseppina Aricò Anselmo	Palermo
Christian Baldus	Heidelberg
Jean-Pierre Coriat	Paris
Lucio De Giovanni	Napoli
Oliviero Diliberto	Roma
Matteo Marrone	Palermo
Ferdinando Mazzeola	Palermo
Enrico Mazzeola Fardella	Palermo
Javier Paricio	Madrid
Beatrice Pasciuta	Palermo
Salvatore Puliatti	Parma
Raimondo Santoro	Palermo
Mario Varvaro	Palermo
Laurens Winkel	Rotterdam

COMITATO DI REDAZIONE

Monica De Simone (*coordinamento*), Giacomo D'Angelo,
Salvatore Sciortino, Francesca Terranova

Via Maqueda, 172 - 90134 Palermo - e-mail: redazioneaupa@unipa.it

INDICE DEL VOLUME

ARTICOLI

P. CERAMI, <i>Tabernae librariae</i> . Profili terminologici, economici e giuridici del commercio librario e dell'attività editoriale nel mondo romano	9
G. FALCONE, La trattazione di Gai 3.140-141 sul <i>pretium</i> nella compravendita, tra ' <i>regulae</i> ' e <i>ius controversum</i>	37
O. LICANDRO, ' <i>Restitutio rei publicae</i> ' tra teoria e prassi politica. Augusto e l'eredità di Cicerone	57
S. LONGO, Il credito del <i>servus</i> nei confronti di un <i>extraneus</i> : ' <i>naturale</i> ' <i>creditum</i> ?	131
C. RUSSO RUGGERI, <i>Lex Cornelia iudiciaria</i> e pentitismo	177
S. SCIORTINO, <i>Denegare iudicium</i> e <i>denegare actionem</i>	197

NOTE

G. ARICÒ ANSELMO, Dal Foro al Comizio. Un amichevole confronto di idee	241
G. D'ANGELO, <i>Vadimonium</i> e <i>cautio se exhibiturum</i> in D. 2.9.2.1 (Paul. 6 <i>ad ed.</i>)	253
M. MIGLIETTA, Per uno studio palingenetico di B. 60.3: il contributo dei commentari bizantini ad C. 3.35	261
A. SCHMINCK †, Die Titelrubriken der <i>Ecloga</i> , der <i>Eisagoge</i> und des <i>Prochiron</i> ...	275

VARIE

O. DILIBERTO, Una sconosciuta monografia palermitana sulla palingenesi delle XII Tavole (e un curioso caso di omonimia)	291
G. FALCONE, ' <i>Fabulis</i> ', non ' <i>tabulis</i> ', in cost. <i>Imperatoriam</i> 3	301
J.H.A. LOKIN - B.H. STOLTE, <i>In memoriam</i> Nicolaas van der Wal	313

GIUSEPPE FALCONE
(Università di Palermo)

La trattazione di Gai 3.140-141
sul *pretium* nella compravendita,
tra ‘*regulae*’ e *ius controversum*

ABSTRACT

The text of Gaius' Institutes concerning the price of a sale contains a curious peculiarity. Gaius first of all reports the requisites of the price in the form of peremptory rules, but soon afterwards he indicates as consequence (*nam...*) a contrast of views: some jurists admit the relevance of a sale which doesn't observe these requisites. The Author suggest that the (merely) apparent contradiction is an example of the particular approach 'operativo-cautelare' of the whole work: Gaius wants to point out, in a 'warning perspective', the conditions to be complied so that the effect of the legal transaction is sure and beyond dispute, by distinguishing from the case in which the effect is uncertain.

PAROLE CHIAVE

Pretium; emptio-venditio; locatio-conductio; Istituzioni di Gaio; regulae; ius controversum.

LA TRATTAZIONE DI GAI 3.140-141 SUL *PRETIUM* NELLA COMPRAVENDITA, TRA ‘*REGULAE*’ E *IUS CONTROVERSUM**

1. La trattazione delle Istituzioni di Gaio in materia di *emptio-venditio* consiste, com'è risaputo, in alcune notazioni concernenti la configurabilità o meno (e cioè, l'efficace costituzione o meno) di una *emptio-venditio* in relazione all'elemento del *pretium*. Ancorché si tratti di uno squarcio notissimo, è opportuno averlo direttamente e fin d'ora sotto gli occhi:

Gai 3.139. *Emptio et uenditio contrahitur, cum de pretio conuenerit, quamuis nondum pretium numeratum sit ac ne arrha quidem data fuerit. nam quod arrhae nomine datur, argumentum est emptionis et uenditionis contractae.* 140. *Pretium autem certum esse debet. nam alioquin si ita inter nos conuenerit, ut quanti Titius rem aestimauerit, tanti sit empti, Labeo negauit ullam uim hoc negotium habere; cuius opinionem Cassius probat. Ofilius et eam emptionem et uenditionem;*¹ *cuius opinionem Proculus secutus est.* 141. *Item pretium in numerata*

* Il contributo riproduce una relazione tenuta al *Colloque Internationale* sul tema “*Valeur juridique et force performative du langage dans la tradition romanistique*”, che si è svolto presso l'Université Paris II Panthéon Assas nei giorni 24-27 settembre 2014. La presente ricerca si inserisce nell'ambito del P.R.I.N. 2010-2011 “L'autorità delle parole. Le forme del discorso precettivo romano tra conservazione e mutamento”.

¹ La maggior parte degli editori, con ragione, integra il tratto ‘*Ofilius et eam emptionem et uenditionem*’ con l’inserimento di un *verbum existimandi*: ‘*et uenditionem <esse putavit>*’ (Huschke, Seckel-Kübler, Aranjó Ruiz-Guarino), ‘*et uenditionem <esse existimavit>*’ (Polenaar, De Zulueta), ‘*et uenditionem <existimavit>*’ (Krüger), ‘*et eam emptionem <putat> et uenditionem*’ (Goeschen, Heffter, Pellat). I riscontri invocati, in tempi recenti, da H.L.W. NELSON-U. MANTHE, *Gai Institutiones III 88-181. Die Kontraksobligationen. Text und Kommentar*, Berlin 1999, 258, per mantenere, al contrario, la lezione trådita non appaiono conducenti. Invero, nella correlazione di Gai 2.231 ‘*nostri praeceptores nec tutores eo loco dari posse existimant; sed Labeo et Proculus tutorem dari posse*’ l’indicazione retta sia dall’esplicito ‘*existimant*’ sia, subito dopo, da un verbo sottinteso è la stessa (‘*tutorem dari posse*’), laddove nel caso di Gai 3.140 le due indicazioni sono del tutto diverse: ‘*ullam uim hoc negotium habere*’, da un lato, ‘*et eam emptionem et uenditionem*’, dall’altro; e per di più, in Gai 3.140 le due valutazioni, quella espressa e quella che, secondo Nelson-Manthe rimarrebbe sottintesa, sono di segno opposto: un ‘*negare*’ da parte di Labeone e un ammettere da parte di Proculo. Né sono utilizzabili i testi di Gai 3.118 (‘*Sponsoris uero et fideipromissoris similis condicio, fideiussoris uale dissimilis*’), 3.181 (‘*...Quae autem legitima iudicia et quae imperio continentia, sequenti commentario referemus*’) e 3.217 (‘*...Si quid enim ustum aut ruptum aut fractum, actio hoc capite constituitur*’), parimenti citati dai due studiosi (insieme con 1.78, ma credo per una svista), in quanto essi, ove davvero non richiedano una integrazione, attesterebbero comunque un fenomeno diverso e cioè l’uso di sottintendere il verbo ‘*esse*’ (nelle forme, rispettivamente, ‘*est*’, ‘*sint*’ e ‘*fuerit*’).

pecunia consistere debet. nam in ceteris rebus an pretium esse possit, ueluti homo aut toga aut fundus alterius rei <pretium esse possit>, ualde quaeritur. nostri praeceptores putant etiam in alia re posse consistere pretium; unde illud est, quod uulgo putant per permutationem rerum emptionem et uenditionem contrahi, eamque speciem emptionis uenditionisque uetustissimam esse; argumentoque utuntur Graeco poeta Homero, qui aliqua parte sic ait: [...] et reliqua. diuersae scholae auctores dissentiunt aliudque esse existimant permutationem rerum, aliud emptionem et uenditionem; alioquin non posse rem expediri permutatis rebus, quae uideatur res uenisse et quae pretii nomine data esse, sed rursus utramque rem uideri et uenisse et utramque pretii nomine datam esse absurdum uideri. sed ait Caelius Sabinus, si rem tibi uenalem habenti, ueluti fundum, acceperim et pretii nomine hominem forte dederim, fundum quidem uideri uenisse, hominem autem pretii nomine datum esse, ut fundus acciperetur.

Dopo aver precisato (§ 139) che la compravendita “si contrae” una volta che ci si è accordati sul prezzo, sebbene il prezzo non sia stato ancora versato né sia stata consegnata un’arra, Gaio avverte che il prezzo “deve” essere *certum*. Infatti – prosegue il giurista –, diversamente, se tra due soggetti ci si accorda nel senso che la cosa sarà venduta al prezzo che Tizio avrà stimato, Labeone, seguito da Cassio, ha negato che l’operazione abbia efficacia; invece, Ofilio, seguito da Proculo, ha ritenuto che anche questa è una compravendita (cioè, che anche in questo caso la compravendita si conclude, si contrae).² Quindi, Gaio considera un altro profilo legato al *pretium*: «Parimenti (*item*), il *pretium* “deve” consistere in *pecunia numerata*. Infatti, se il prezzo possa risiedere in altre cose, per esempio se uno schiavo o una toga o un terreno possa essere prezzo di un’altra cosa, è oggetto di acceso dibattito (*ualde quaeritur*)». Segnatamente, i Sabiniani ritengono che il prezzo possa consistere anche in un’altra cosa: dal che deriva, continua Gaio, che essi ritengono comunemente che la compravendita si contrae tramite permuta delle cose, e che questa forma di compravendita è antichissima, e adducono al riguardo come argomento alcuni versi di Omero.³ I Proculiani dissentono e ritengono che una cosa è la *permutatio rerum*, altra cosa l’*emptio et venditio*: diversamente, non si potrebbe riconoscere, permutate le cose, quale *res* risulta esser venduta e quale esser data a titolo di prezzo ed evidentemente (il testo è corrotto, ma il senso è chiarissimo, anche grazie al confronto con Iust. Inst. 3.23.2) risulta assurdo che entrambe le cose siano al contempo vendute e date a titolo di prezzo. Tuttavia – prosegue Gaio –, Celio Sabino afferma che se a colui che possiede una cosa destinata alla vendita (*res uenalis*), ad es. un terreno, qualcuno dà, ad es., uno schiavo a titolo di prezzo, il terreno risulta esser venduto, lo schiavo invece risulta esser stato dato a titolo di prezzo, affinché il terreno venisse acquistato.⁴

² Con ogni verosimiglianza, la diversità di posizione riflette una differente configurazione dell’operazione: per Labeone e Cassio, si trattava di un contratto di compravendita con un patto aggiunto, per Ofilio e Proculo, di un contratto di compravendita sottoposto a condizione: cfr. *infra*, nt. 26.

³ Su questi versi - il cui specifico contenuto non rileva ai nostri fini - rinvio, per tutti, a P. BLAHO, *Abgrenzung zwischen Kauf und Tausch in der Dichtung des Homer*, in E. JAKAB - W. ERNST (hrsgs.), *Kaufen nach römischem Recht. Antikes Erbe in der europäischen Kaufrechtsordnungen*, Köln-Heidelberg 2008, 53 ss.

⁴ È questa la sostanza della fattispecie prospettata da Celio Sabino, a prescindere dall’eventualità che il testo pervenutoci debba (come ritenuto dai più) emendarsi – o espungendo ‘*acceperim et*’ (a questa opzione, risalente al Mommsen, corrisponde la versione italiana che ho fornito) o sostituendo a queste parole il verbo ‘*accesserim*’ (che alluderebbe all’accostarsi da parte di un interessato all’acquisto: «se io abbia avvicinato

2. Com'è palese, i due paragrafi concernenti i requisiti del *pretium* (§§ 140 e 141) presentano una identità di complessiva struttura.

In entrambi i casi viene, dapprima, enunciata una prescrizione netta e recisa: '*Pretium autem certum esse debet*', '*Pretium in numerata pecunia consistere debet*'. Tali prescrizioni erano implicitamente assunte da Gaio come '*regulae*'. Lo si desume dall'esordio della trattazione sulla *locatio-conductio*, congegnata sulla falsariga e in simmetria rispetto a quella riguardante l'*emptio-venditio*. Ivi Gaio enuncia che la *locatio-conductio* "si costituisce" con le stesse *regulae* della compravendita e cioè con le stesse direttive da seguire in fase di compimento del negozio:⁵ che l'impiego del termine '*regulae*' corrisponda alla prospettiva espressa dal verbo '*debere*' usato in materia di compravendita è mostrato dal fatto che nella trattazione sulla locazione vengono richiamate direttive simmetriche rispetto a quelle espresse, appunto, con il '*debet*' in materia di *emptio-venditio*.⁶

Quindi, in entrambi i paragrafi, subito dopo l'enunciazione delle predette prescrizioni, viene data notizia di un contrasto tra giuristi circa la rilevanza o meno di operazioni compiute difformemente dalle prescrizioni stesse:⁷ nel § 140, tra Labeone e Cassio, da un lato, Ofilio e Proculo dall'altro;⁸ nel § 141, tra Sabiniani e Proculiani.

te, che hai una *res* messa in vendita, e ti abbia dato uno schiavo a titolo di *pretium*) – ovvero debba essere mantenuto così come trasmesso dal ms. veronese. Sulla questione sono intervenuti in modo specifico, recentissimamente, G. NICOSTA, *Celio Sabino e le dispute su permutatio ed emptio venditio*, in IURA 62, 2014, 24 ss. e F. LA ROSA, *Celio Sabino e le due Scuole*, in IURA 63, 2015, 104 ss.: il primo in favore del mantenimento del testo tràdito, la seconda a sostegno della proposta mommseniana di mera eliminazione, come glossa, delle parole '*acceperim et*'. Ritengo preferibile quest'ultima soluzione: invero, mi pare abbia ragione Franca La Rosa, da un lato, nel ribadire la difficoltà posta dal collegamento tra '*accipere*' e il dativo '*tibi ... habenti*', dall'altro lato, nel segnalare il contrasto fra un cenno ad un già avvenuto *accipere* ('*si rem ..., veluti fundum, acceperim*') e la successiva indicazione finale '*ut fundum acciperetur*' (non divisibile, invece, mi pare lo spunto che si è voluto trarre dall'uso di '*videri*', che qui, a mio avviso, non va inteso come "sembra che abbia venduto", bensì come "risulta che ha venduto": cfr. *infra*, § 5 su nt. 38).

⁵ Riporto la prima parte della trattazione: Gai 3.142. *Locatio autem et conductio s i m i l i b u s r e - g u l i s c o n s t i t u i t u r ; n i s i e n i m m e r c e s c e r t a s t a t u t a s i t , n o n u i d e t u r l o c a t i o e t c o n d u c t i o c o n t r a h i . 1 4 3 . U n d e s i a l i e n o a r b i t r i o m m e r c e s p e r m i s s a s i t , u e l u t q u a n t i T i t i u s a e s t i m a u e r i t , q u a e r i t u r , a n l o c a t i o e t c o n d u c t i o c o n t r a h a t u r . q u a d e c a u s a s i f u l l o n i p o l i e n d a c u r a n d a u e , s a r c i n a t o r i s a r c i e n d a u e s t i m e n t a d e d e r i m n u l l a s t a t i m m e r c e d e c o n s t i t u t a , p o s t e a t a n t u m d a t u r u s , q u a n t i i n t e r n o s c o n u e n e r i t , q u a e r i t u r , a n l o c a t i o e t c o n d u c t i o c o n t r a h a t u r . 1 4 4 . I t e m s i r e m t i b i u t e n d a m d e d e r i m e t i n u i c e m a l i a m r e m u t e n d a m a c c e p e r i m , q u a e r i t u r , a n l o c a t i o e t c o n d u c t i o c o n t r a h a t u r .*

⁶ Precisamente, nei §§ 142-143 viene in questione il requisito della *merces certa*, così come nel § 140 si era prescritto '*pretium certum esse debet*'; e nel § 144 il discorso introdotto da '*item*' sottintende la '*regula*' che la *merces* deve consistere in *pecunia numerata*, così come per la compravendita si era asserito '*item pretium in pecunia numerata consistere debet*'.

⁷ Anche da questo punto di vista la trattazione sulla *locatio-conductio* è simmetrica rispetto a quella sull'*emptio-venditio*. I §§ 142-144, infatti, si articolano attraverso la prospettazione di dispute e incertezze interpretative relativamente alla possibilità o meno di considerare come riconducibili alla figura in esame operazioni nelle quali le due *regulae* corrispondenti a quelle in tema di *pretium* nella compravendita non vengano osservate. A differenza, peraltro, di quanto esposto in ordine al carattere *certum* del *pretium*, con riferimento alla *merces certa* Gaio prospetta due dispute: una riguardante l'ipotesi di fissazione della mercede rimessa all'*arbitrium* di un terzo (come per la compravendita), l'altra riguardante il caso in cui l'ammontare della *merces* sarà concordata in un secondo momento tra le stesse parti.

⁸ Sul punto cfr. *infra*, § 4, a proposito della particolare interpretazione del contrasto tra le due coppie di giuristi proposta da Lorenzo Fascione.

Ebbene, il dato che costituisce oggetto specifico della presente indagine è il seguente. I rilievi che seguono i due ‘*debet*’ sono introdotti da un ‘*nam*’ e cioè sono congegnati in chiave di esplicitazione delle prescrizioni iniziali; tuttavia, dal momento che tali rilievi consistono, come si è appena detto, nel richiamo apposito a contrasti giurisprudenziali sull’effettiva incidenza delle due *regulae*, essi parrebbero, anziché confermare, mettere in discussione l’assolutezza delle *regulae* stesse subito prima formulate.

Questa tensione tra i due elementi dell’esposizione – *regula* formulata con ‘*debet* + infinito’, da un lato, e immediata menzione, in funzione esplicativa, di un *ius controversum*, dall’altro – è rimasta stranamente in ombra pur nel quadro di una sempre più assidua frequentazione storiografica del complessivo squarcio gaiano: i due soli casi di segnalazione che ho potuto incontrare riguardano esclusivamente il § 141 e consistono in semplici accenni, non accompagnati da considerazione apposita né da tentativi di spiegazione.⁹ A me sembra, invece, che il fenomeno meriti una specifica attenzione; e che esso, lungi dall’esser casuale o di trascurabile significato, si inquadri e si giustifichi entro una precisa “logica” dell’approccio didattico gaiano.

3. È il caso, anzitutto, di considerare più da vicino la consistenza dei due riscontri.

Con riferimento al § 141, la polarità tra i due elementi dell’esposizione, che costituisce un dato di evidenza oggettiva, risulterebbe ancora più intrigante ove si seguisse la *communis opinio*, secondo cui Gaio aderiva alla posizione dei Sabiniani, che consideravano come *emptio-venditio* un’operazione di scambio di una *res* contro un’*alia res* non consistente in *pecunia numerata*:¹⁰ in questo caso, infatti, Gaio avrebbe fissato, in apertura, una prescrizione con un tenore formale assai reciso, pur coltivando egli stesso, personalmente, un orientamento di contestazione e disattendimento della stessa!

⁹ In particolare, si registrano, in tempi recentissimi, le rapide notazioni di E. SCIANDRELLO, *Studi sul contratto estimatorio e sulla permuta nel diritto romano*, Trento 2011, 210 nt. 9, il quale – sul presupposto che Gaio seguisse l’opinione sabiniana (p. 211) – afferma che l’asserzione secondo cui il prezzo deve consistere in *pecunia numerata* «sembra in contrasto con quanto lo stesso Gaio riferisce poco dopo: egli infatti, in quanto allievo della scuola sabiniana, conferma l’indirizzo suggerito dai suoi *praeceptores* i quali ritenevano che il prezzo potesse consistere anche in *alia res*»; e di G. NICOSIA, *Celso Sabino*, cit., 30 (cfr. già p. 18), il quale si limita a scrivere: «L’andamento complessivo del discorso svolto da Gaio [...] appare [...] assai strano. Infatti, dopo aver recisamente affermato che *pretium in numerata pecunia consistere debet*, quindi aver presentato questo come principio indiscusso, subito dopo contraddittoriamente afferma che era fortemente discusso (*valde quaeritur*) se in *ceteris rebus pretium esse possit*, come sostenuto dai suoi *praeceptores*, o dovesse in *numerata pecunia consistere*, come sostenuto dai *diversae scholae auctores*». Dal canto suo, A. SANGUINETTI, *D. 19.5.22: Gaio e il ‘iudicium quasi de novo negotio’*, in TSDP 5, 2012, 6 s. semplicemente commenta: «Evidentemente, la certezza del *pretium* e della *merces* erano requisiti la cui essenzialità era oggetto di *ius controversum*». Aggiungasi l’implicita rilevazione che, a suo tempo, dovette certo determinare l’arbitraria e radicale riscrittura dell’incipit del § 141 da parte G. BESELER, *Romanistische Studien*, in TR 8, 1928, 282: <An> [-] *pretium in numerata pecunia consistere* <debeat> [-] *quaeritur*.

¹⁰ Tra la lett. più recente cfr. A. BURDESE, *I contratti innominati*, in *Derecho de obligaciones. Homenaje J. L. Murga Gener*, Madrid 1994, 79 (= ID., *Miscellanea romanistica*, Madrid 1994, 246); E. STOLFI, *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, in SDHI 63, 1997, 59 nt. 267; G. MELILLO, *Categorie economiche nei giuristi romani*, Napoli 2000, 63; 216 nt. 27; C. CASCIONE, *Consensus. Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche*, Napoli 2003, 382; C. PELLOSO, *Do ut des e do ut facias. Archetipi labeoniani e tutele contrattuali nella giurisprudenza romana tra primo e secondo secolo d.C.*, in L. GAROFALO (cur.), *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell’area contrattuale*, Padova 2011, 109 (implicitamente); E. SCIANDRELLO, *Studi sul contratto estimatorio*, cit., 211.

In realtà, però, a me pare che Gaio seguisse l'opinione dei Proculiani.

In questo senso può orientare, anzitutto, la disparità di trattamento che Gaio mostra nel dar conto delle due contrapposte opinioni. Invero, con riguardo alla tesi sabiniana non vi è alcun cenno ad una vera e propria dimostrazione:¹¹ la tesi è presentata come una mera constatazione del fatto che comunemente (*vulgo*) i Sabiniani ritengono che con la *permutatio rerum* si contrae un'*emptio-venditio*¹² e che la *permutatio rerum* era un tipo antichissimo di compravendita,¹³ come sarebbe provato da alcuni versi omerici. Per contro, in relazione alla tesi proculiana è riferita, sia pure assai brevemente, un'autentica dimostrazione: nella permuta non si potrebbe distinguere quale cosa sia stata venduta e quale sia stata data *pretii nomine*, bensì ciascuna di esse risulterebbe al contempo venduta e data a titolo di prezzo, il che sarebbe assurdo.

Inoltre, e soprattutto, mi pare significativo il riferimento finale ad un'osservazione di Celio Sabino (riferimento che, all'opposto, non di rado è addotto proprio a sostegno di una presunta adesione di Gaio ai propri *praeceptores*).¹⁴ Stando, almeno, ai contenuti di Gai 3.141, credo, in effetti, che si possano trarre due conclusioni.

La prima. Celio Sabino non accettava la tesi sabiniana della normale configurabilità di ogni *permutatio rerum* come *emptio-venditio*: diversamente, infatti, non si spiegherebbe perché egli abbia sentito il bisogno di segnalare una speciale fattispecie di *permutatio*, le cui

¹¹ Mi pare, francamente, eccessiva l'individuazione (anche con riguardo alla tesi sabiniana) di appositi *loci* argomentativi sostenuta recentemente da T. G. LEESEN, *Gaius meets Cicero. Law and Rhetoric in the School Controversies*, Leiden 2009, 215 ss.; cfr. anche EAD., *The controversy about the nature of the price in a contract of sale*, in RIDA 57, 2009, 283 ss. Emblematica di questo tipo di lettura è la riconduzione (Gaius cit., 231 s. = *The controversy cit.*, 299 s.) dell'affermazione '*diuersae scholae auctores dissentiunt a l i u d q u e e s s e existimant permutationem rerum, a l i u d emptionem et uenditionem*' al '*locus a differentia*' (esemplificato tramite Quint., *inst. or.* 5.10.60: '*Quod autem proprium non erit, differens erit, ut aliud est seruum esse, aliud seruire*'): perché dobbiamo pensare ad un consapevole impiego di schemi argomentativi propri della retorica, quando un'affermazione come quella trascritta può ottimamente leggersi come un modo spontaneo (e forse, il più naturale) di esprimere una distinzione tra due figure? Tanto più, poi, se la fissazione della distinzione era concepita per contrastare l'assunto sabiniano secondo cui "la permuta è un tipo [...] di compravendita" (*'eamque speciem emptionis uenditionisque [...] e s s e'*)?

¹² Diversamente, NELSON-MANTHE, *Gai Institutiones III* 88-181, cit., 268 traducono '*vulgo*' con "ihre (scil. dei Sabiniani) ganz allgemeine Meinung"; e C. NICOLET, *Pline, Paul et la théorie de la monnaie*, in *Athenaeum* 62, 1984, 116 intende nel senso che i Sabiniani "étaient d'accord avec l'opinion commune".

¹³ Nelle parole '*eamque speciem emptionis uenditionisque uetustissimam esse*' si è tentati di leggere un riferimento allo strumento della distinzione in *genera* e *species* (cfr., ad es. G. MELILLO, *Categorie economiche*, cit., 64 e nt. 50; C. CASCIONE, *Consensus*, cit., 382; T. G. LEESEN, *Gaius meets Cicero*, cit., 236; E. SCIANDRELLO, *Studi sul contratto estimatorio*, cit., 223 ss.; da ultimo, C. PELLOSO, *Do ut des* cit., 107 s., con ulteriore lett. in nt. 39), intendendo, in sostanza, la frase nel seguente modo: "e che questa (scil. la *permutatio rerum*) è una *species* di *emptio-venditio* antichissima". A me pare, piuttosto, che il senso più naturale della frase sia "e (ritengono) che questa *species* di *emptio-venditio* è antichissima" e che in questo caso '*species*' significhi 'tipo', 'forma', senza coinvolgimento dello schema *genus-species*: analogamente, ad es., in Gai 3. 173 (con eloquente uso scambievolmente dei termini '*species*' e '*genus*': '*Est et alia species imaginariae solutionis per aes et libram. Quod et ipsum genus certis ex causis receptum est...*') e in Gai 3.90 ('*Sed haec species obligationis non videtur ex contractu consistere...*'). Del resto, un richiamo ai versi omerici meglio si presta a giustificare l'affermazione che si tratta di una forma antichissima di compravendita, anziché a dimostrarne la configurazione come *species* di un *genus*-compravendita.

¹⁴ Cfr., ad es., in tempi recenti, STOLFI, *Il modello delle scuole*, cit., 59 nt. 267; C. CASCIONE, *Consensus*, cit., 388; E. SCIANDRELLO, *Studi sul contratto estimatorio*, cit., 211 s.

caratteristiche consentono, questa volta sì, un inquadramento dell'operazione nello schema contrattuale della compravendita. A mio modo di vedere, cioè, Celio Sabino adottava, quale punto di vista di fondo, la posizione proculiana, argomentata in termini di impossibilità di distinguere, in assenza di *pecunia numerata*, quale sia la cosa venduta e quale sia il prezzo; e però, egli precisava che questa stessa posizione perdeva la sua ragion d'essere in relazione ad una fattispecie particolare, nella quale, pur in mancanza di *pecunia numerata*, era agevole stabilire che uno degli oggetti permutati era la cosa venduta e l'altro era, invece, una cosa data *pretii nomine*. La fattispecie a tal fine prospettata è quella in cui una delle due cose sia una *res 'venalis'*, cioè una cosa appositamente e dichiaratamente destinata ad esser venduta o addirittura messa in vendita: l'eventuale proposta proveniente da un soggetto che presentasse un' *'alia res'* sarebbe stata subito riconoscibile come proposta di acquisto, e dunque sarebbe stato evidente che questa *alia res* fungeva da *pretium* rispetto alla *res* messa in vendita (o destinata alla vendita), *venalis*. In sostanza, ritengo che Celio Sabino, lungi dall'aver voluto 'superare' o 'aggirare' la posizione di fondo dei Proculiani¹⁵ o assumere una posizione intermedia tra quelle delle due *sectae*,¹⁶ si schierasse, conformemente alla visione proculiana, per la generale diversità di struttura e regime tra compravendita e permuta, ma ammettesse un caso particolare in cui le modalità costitutive del negozio consentivano di individuare una *emptio-venditio* pur in assenza di *pecunia numerata pretii nomine*.

La seconda. La complessiva sequenza dell'intero resoconto gaiano induce a ritenere che il richiamo di Gaio alla notazione di Celio Sabino fosse adesivo. Il che, a sua volta – era questo il punto al quale si accennava poc'anzi –, deporrebbe nel senso che anche Gaio muoveva dalla medesima premessa del ragionamento di Celio Sabino, e cioè, come si è detto, da un pregiudiziale accoglimento dell'impostazione proculiana.¹⁷

Ad ogni modo, quale che fosse il personale convincimento di Gaio, quel che conta è che, come segnalato più su, il § 141 costituisce un'attestazione di evidenza oggettiva: la costruzione di una sequenza tra una recisa *regula* (*'pretium in pecunia numerata consistere debet'*) e una esplicitazione apposita di essa (*'nam...'*) che, però, incrina la solidità della prescrizione attraverso il fatto in sé del richiamo ad un *ius controversum*, è un dato palese ed inequivoco.

¹⁵ Così, ad es., C. CASCIONE, *loc. ult. cit.* (seguito da E. SCIANDRELLO, *Studi sul contratto estimatorio*, cit., 216 nt. 27) e, ultimamente, C. PELLOSO, *Do ut des* cit., 108 («Celio Sabino – opponendosi recisamente alla prospettiva proculiana e precisando il pensiero dei suoi maestri – ...»).

¹⁶ Ampi richiami bibliografici in G. NICOSIA, *Celio Sabino*, cit., 28 nt. 39, alla cui rassegna adde M. SARGENTI, *Actio civilis in factum e actio praescriptis verbis*, in SDHI 72, 2006, 233 (ora in *Scritti di Manlio Sargenti (1947-2006)*, a cura di F. Pergami, Napoli - Roma 2011, 1483).

¹⁷ Appena pochi giorni dopo lo svolgimento del Convegno (*supra*, nt. *) nel quale ho presentato questa lettura sia della posizione di Celio Sabino sia della posizione assunta da Gaio, è apparso il volume di IURA 62, 2014, contenente un'interpretazione analoga di questi due specifici punti nel contempo maturata da parte di Giovanni Nicosia (*Celio Sabino*, cit., p. 28 ss.). Il che, naturalmente, costituisce per me conforto autorevole.

In precedenza, ad una propensione di Gaio verso la posizione dei Proculiani aveva accennato R. QUADRATO, *Gaius dixit. La voce di un giurista di frontiera*, Bari 2010, XIII, ma unicamente in ragione della circostanza che Gaio non prende esplicita posizione in merito alla disputa: «il suo silenzio, la sua (apparente) neutralità nel non aderire all'indirizzo dei maestri, può essere interpretata come una presa di distanza, quasi una tacita sconfessione, la prospettiva, da lui intravista, del *novum negotium*» (un più rapido cenno già in ID., *Le Institutiones nell'insegnamento di Gaio. Omissioni e rinvi*, Napoli 1979, 66, con adesione da parte di P. CAPONE, *Valore ed uso giurisprudenziale di absurdus*, in SDHI 1997, 223).

E questo dato è reso ancora più limpido dalla circostanza che la disputa giurisprudenziale riferita dal giurista è esplicitamente presentata come attuale: *'valde quaeritur'*.¹⁸

4.1. Quanto al riscontro presente nel § 140, la sussistenza di un attrito tra enunciazione della *regula*, da un lato, e menzione di contrapposte posizioni giurisprudenziali, dall'altro, va appositamente ribadita a fronte della prospettazione, in tempi recenti, di due interpretazioni che, per vie diverse, postulano invece piena coerenza tra i due predetti elementi dell'esposizione gaiana.

La prima di queste due interpretazioni¹⁹ – che considera il testo del ms. Veronese come coincidente con l'originaria scrittura gaiana e, dunque, come non bisognevole di questa o quella proposta di integrazione di una ipotizzata lacuna²⁰ – assume che tutti e quattro i giuristi richiamati da Gaio configurassero la fattispecie *'nam alioquin si inter nos convenerit...'* come un *emptio-venditio* con un *pactum* aggiunto e, soprattutto, che tutti fossero d'accordo nel ritenere che l'inosservanza del requisito del *pretium* *'certum'* creava problemi all'operazione negoziale. La difformità di vedute tra i giuristi citati riguarderebbe, unicamente, la gittata della conseguenza negativa (*'ullam vim habere'*): mentre per Labeone e Cassio il *pactum* aggiunto (*'negotium'*) in base al quale si rimetteva la determinazione del *pretium* ad un terzo non aveva alcuna efficacia (*'Labeo negavit ullam vim hoc negotium habere; cuius opinionem Cassius probat'*) ma lasciava in piedi la compravendita, invece Ofilio e Proculo ritenevano nulla l'intera compravendita (*'Ofilius et eam emptionem et venditionem; cuius opinionem Proculus secutus est'*).

Più di un elemento del complessivo tenore formale del testo, tuttavia, ostacola l'accoglimento di questa lettura.

Anzitutto, apparirebbe eccessivo il ricorso, da parte di Gaio, ad una struttura estremamente ellittica quale *'et eam emptionem et venditionem'* per dar conto, in sostanza, di una negazione: tanto più, poi, che questa struttura non è immediatamente legata al verbo sottinteso che la reggerebbe (*negavit*), dal momento che, in mezzo, si frappone l'inciso *'cuius opinionem Cassius probat'*.

D'altra parte, per far dire a Ofilio che, oltre al semplice *pactum* aggiunto (come avrebbe ritenuto Labeone), "anche la stessa compravendita" non ha efficacia alcuna, sarebbe stato – credo – più adatto scrivere *'et i p s a m emptionem et venditionem'* anziché *'et eam emptionem et venditionem'*.

Infine, e soprattutto, risulta significativo l'uso del termine *'negotium'*, che, secondo l'interpretazione in esame, alluderebbe al *pactum adiectum*. Intanto, se Gaio avesse inteso dar notizia di una diagnosi di inefficacia riguardante un patto (aggiunto), sarebbe sorprendente

¹⁸ Successivamente a Gaio, Paolo presenta la discussione come ancora aperta: D. 18.1.1pr. (Paul. 33 ad ed.) *Origo emendi vendendique a permutationibus coepit ... Olim enim non ita erat nummus neque aliud merx, aliud pretium vocabatur ...* [1] *Sed an sine nummis venditio dici hodieque possit, dubitatur ... Sabinus et Cassius esse emptionem et venditionem putant: Nerva et Proculus permutationem ... Sed verior est Nervae et Proculi sententia: nam ut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor, sic aliud est pretium, aliud merx: quod in permutatione discerni non potest, uter emptor, uter venditor sit.*

¹⁹ L. FASCIONE, *La determinazione dell'oggetto del contratto (vendita e locazione)*, in *Societas-ius. Munuscula di allievi a Feliciano Serrao*, Napoli 1999, 80 ss.

²⁰ Cfr. *supra*, nt. 1.

la rinuncia alla soluzione terminologico-concettuale più naturale e, cioè, all'impiego del segno 'pactio' o del segno 'pactum', ricorrenti nel manuale.²¹ Ancor più, poi, rileva il fatto che lo specifico termine 'negotium', non solo nell'intero manuale non è mai usato per indicare un *pactum*, ma appena poche battute prima (Gai 3.136) era stato impiegato, due volte, per alludere all'operazione contrattuale²² (per di più, riferendosi proprio ai contratti consensuali): *'...sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse. Unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistulam aut per internuntium, cum alioquin verborum obligatio inter absentes fieri non possit'*. È inverosimile, a mio modo di vedere, che, di lì a poco, Gaio avesse utilizzato il medesimo termine per riferirsi (in modo già in sé curioso, come detto) al *pactum* aggiunto²³ e proprio in contrapposizione al contratto (sarebbe questo, secondo l'ipotesi in esame, il senso di *'et eam emptionem et venditionem'* della tesi ofliana). Del resto, è notevole che per un'altra ipotesi di separata determinazione del *pretium* lo stesso Gaio usa 'negotium' chiaramente per indicare l'intera operazione contrattuale: D. 18.1.35.1 (Gai. 10 *ad ed. prov.*) *'Illud constat imperfectum esse negotium, cum emere volenti sic venditor dicit: "quanti velis, quanti aequum putaveris, quanti aestimaveris, habebis emptum"'*,²⁴ ed è parimenti notevole che 'negotium' è impiegato sempre da Gaio in relazione all'individuazione dell'esatta configurazione contrattuale di una fattispecie al confine tra *emptio-venditio* e *locatio-conductio*.²⁵ In realtà, la scelta, nel nostro Gai 3.140, di ricorrere a

²¹ Per 'pactio' cfr. Gai 1.84; 2.31; 2.64; 3.149; 4.119; per 'pactum' (per lo più abbinato a 'conventum') cfr. Gai 3.179; 4.116; 119; 121; 122; 126.

²² Che in Gai 3.136 il termine 'negotium' indichi il contratto (anziché il 'rapporto giuridico' o l' 'affare') si desume dalla correlazione *'talìa negotia contrahuntur - verborum obligatio ... fieri non possit'*, posto che la *verborum obligatio*, anziché essere il rapporto obbligatorio nascente *verbis*, è l'atto obbligante che costituisce *verbis*: cfr. R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, in AUPA 37, 1983, 15 nt. 18; G. FALCONE, *Obligatio est iuris vinculum*, Torino 2003, 38 nt. 97.

²³ E ciò, quand'anche si volesse immaginare che il termine fosse stato utilizzato (già) da Labeone.

²⁴ Su questo brano cfr. *infra*, in questo stesso paragrafo. Un altro impiego di 'negotium' con riferimento al contratto (di compravendita) ricorre nel brano trascritto dai compilatori subito dopo quello ora indicato e anch'esso derivante dal libro 10 *ad ed. prov.* di Gaio: D.18.1.35.3 *'Si quis amico peregre eunti mandauerit, ut fugitium suum quaerat et si inuenerit uendat, nec ipse contra senatus consultum committit, quia non uendit, neque amicus eius, quia praesentem uendit: emptor quoque, qui praesentem emit, recte negotium gerere intellegitur'*.

²⁵ D. 19.2.2.1 (Gai. 2 *rer. cott.*) *'Locatio et conductio proxima est emptioni et uenditioni isdemque iuris regulis constitit: nam ut emptio et uenditio ita contrahitur, si de pretio conuenerit, sic et locatio et conductio contrahi intellegitur, si de mercede conuenerit. Adeo autem familiaritatem aliquam habere uidentur emptio et uenditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam quaeri soleat, utrum emptio et uenditio sit an locatio et conductio. ut ecce si cum aurifice mihi conuenerit, ut is ex auro suo anulos mihi faceret certi ponderis certaeque formae et acceperit uerbi gratia trecenta, utrum emptio et uenditio sit, an locatio et conductio? sed placet unum esse negotium et magis emptionem et uenditionem esse. quod si ego aurum dedero mercede pro opera constituta, dubium non est, quin locatio et conductio sit'*. Non mi pare vi siano ragioni per dubitare della genuinità delle parole *'unum esse negotium et'*, come, invece, adombra ultimamente S. LONGO, *La «conventio cum aurifice» di Gai 3.147*, in *Index* 38, 2010, 293 nt. 7 e 332 s. Le tracce di un intervento giustiniano indicate dalla studiosa catanese (la riduzione delle articolate fattispecie contemplate in Gai 3.145-147 ad un solo caso: *'ut ecce...'*; e il *'placet'* al posto del passato (*plerisque*) *placuit* di Gai 3.147) sono, certamente, presenti; e, appunto, ritengo che l'avversativa *'sed placet ...'* presupponga un'originaria presenza, nel testo delle *Res cottidianae*, della menzione della diversa opinione di Cassio che si

‘*negotium*’ ottimamente si spiega con la circostanza che, mentre Ofilio e Proculo dovettero configurare la fattispecie in esame come compravendita sottoposta a condizione, da Labeone e Proculo l’operazione colpita dal giudizio ‘*ullam vim habere*’ era costruita come articolata in due distinti atti, il contratto e un patto:²⁶ il termine ‘*negotium*’, appunto, si prestava ad indicare l’operazione nel suo complesso, non il (solo) contratto né il (solo) patto aggiunto. A tal proposito, peraltro, è interessante il confronto con un testo di Pomponio (D. 24.1.31.4 - l. 14 *ad Sab.*) nel quale viene scolpita una pregnante contrapposizione, proprio in ordine al profilo della validità, tra ‘*totum negotium*’, inteso come complessiva operazione negoziale, e ‘*sola pactio*’, assunta come un singolo elemento di quell’operazione (‘...*uidendum est, quid de ea uenditione agatur, utrum res uenierit et totum negotium ualeat, an uero ut ea sola pactio irrita sit, ...*’).

Alla luce dei dati che precedono, credo, dunque, che debba senz’altro mantenersi ferma la tradizionale individuazione di una contrapposizione radicale tra le due coppie di giuristi in relazione alla efficacia/sussistenza della compravendita: Labeone e Cassio ritenevano che l’intera operazione fosse priva di efficacia (non si configurasse, cioè, alcuna *emptio venditio*), laddove Ofilio e Proculo ritenevano anche quella in esame essere (cioè, configurarsi come) una *emptio-venditio*.

4.2. La seconda interpretazione recente alla quale accennavo consiste nella proposta di intendere le parole ‘*nam alioquin*’ come introducenti, non già la complessiva contrapposizione tra le posizioni di Labeone-Cassio e di Ofilio-Proculo, bensì la sola citazione del pensiero di Labeone e Cassio, orientato nel senso di una irrilevanza di un *negotium* che non preveda un *pretium certum*.²⁷ Secondo questa restrittiva lettura, Gaio avrebbe aderito alla posizione di Labeone e Cassio; e la menzione della contrapposta opinione di Ofilio e Proculo avrebbe costituito una semplice notazione storica. Se così fosse, evidentemente non si profilerebbe alcuna incongruenza rispetto all’affermazione precedente: piuttosto, il tratto ‘*nam alioquin...*’ costituirebbe una lineare e chiara conferma delle parole d’esordio ‘*pretium certum esse debet*’.

legge nel corrispondente Gai 3.147, secondo cui nella fattispecie in esame dovevano riconoscersi due distinti contratti (‘*Cassius ait materiae quidem emptionem venditionemque contrahi, operarum autem locationem et conductionem*’): menzione che dovette esser stata eliminata dai compilatori giustiniani. Proprio per questo, però, è inverosimile che questi stessi avessero autonomamente introdotto le parole ‘*unum esse negotium*’: queste ultime, piuttosto, dovevano fungere, nell’originale classico, da contraltare rispetto alla composita strutturazione negoziale assunta da Cassio.

²⁶ Sulle due contrapposte opinioni in relazione a differenti costruzioni dogmatiche della fattispecie cfr., in tempi recenti, NELSON-MANTHE, *Gai Institutiones III* 88-181, cit., 259 ss.: secondo questi studiosi, per Labeone e Cassio la separata determinazione del *pretium* formava oggetto di un *pactum adiectum*, privo di valore in quanto la validità di un patto aggiunto presuppone la validità del negozio principale, il quale però non poteva essere considerato valido proprio perché mancante del requisito del *pretium* (cfr. già, ad es., G.G. ARCHI, *Il negozio sotto condizione sospensiva nella Compilazione di Giustiniano*, in *Sr. Betti*, II, Milano 1961, 38 = *Scritti di diritto romano*, III, Milano 1981, 2053); che Ofilio e Proculo, invece, dovettero configurare una compravendita sottoposta a condizione è argomentabile da una pronunzia di Proculo, D.17.2.76, in cui il giurista ammette la possibilità di *societatem coire* con la *condicio* che un terzo stabilisca le quote societarie.

²⁷ S. CRISTALDI, *Sulla clausola “quanti Titius rem aestimaverit” nella riflessione dei giuristi romani*, in RIDA 58, 2011, 99 ss.

Sennonché, a me pare che l'idea secondo cui la citazione di Ofilio e Proculo sarebbe stata compiuta – a fronte di una pretesa adesione gaiana a Labeone e Cassio – a mo' di mero ricordo storico urti contro la circostanza che non si capirebbe per quale ragione Gaio avrebbe introdotto la segnalazione di un'antica opinione divergente se avesse voluto rafforzare il *'debet'* iniziale, e per di più mettendola oggettivamente in risalto citandola dopo l'opinione di Labeone e Cassio.²⁸ D'altra parte, la correlata idea di una presunta adesione di Gaio alla posizione di Labeone e Cassio non può trovare sostegno nei due seguenti testi, a tal fine adottati, provenienti dal commento all'editto provinciale dello stesso Gaio:

D. 18.1.35.1 (Gai. 10 *ad ed. prov.*) *Illud constat imperfectum esse negotium, cum emere volenti sic venditor dicit: "quanti velis, quanti aequum putaveris, quanti aestimaveris, habebis emptum";*

D. 19.5.22 (Gai. 10 *ad ed. prov.*) *Si tibi polienda sarcienadaue uestimenta dederim, si quidem gratis hanc operam te suscipiente, mandati est obligatio, si uero mercede data aut constituta, locationis conductionisque negotium geritur. quod si neque gratis hanc operam susceperis neque protinus aut data aut constituta sit merces, sed eo animo negotium gestum fuerit, ut postea tantum mercedis nomine daretur, quantum inter non statutum sit, placet quasi de novo negotio in factum dandum esse iudicium, id est praescriptis uerbis.*

Invero, il primo dei due testi riguarda una fattispecie differente rispetto a quella menzionata in Gai 3.140: mentre in quest'ultimo viene in considerazione la determinazione del *pretium* da parte di un terzo estraneo all'operazione-compravendita, in D. 18.1.35.1 il discorso verte sulla determinazione del prezzo da parte di una delle stesse parti del *negotium* (il compratore).²⁹

Quanto al secondo testo (D. 19.5.22), che viene invocato in ragione dell'analogia di *regulae* costitutive fra locazione e compravendita (*supra*, § 2), solo ad una condizione esso

²⁸ Non saprei dire se questa circostanza possa anche essere, più decisamente, utilizzata per ipotizzare che Gaio aderisse a Ofilio e Proculo. In questo senso si orientano, con opportuna cautela, D. DALLA – R. LAMBERTINI, *Istituzioni di diritto romano*, Torino 1996, 364. Certo è che in un paio di casi Gaio menziona prima una soluzione superata e poi la soluzione che è prevalsa: cfr. Gai 3.147 *'Cassius ait materiae quidem emptioem uenditionemque contrahi, operarum autem locationem et conductionem; sed plerisque placuit emptioem et uenditionem contrahi'*; Gai 3.149, con richiamo alla *magna quaestio* tra Mucio e Servio in materia di *societas*; cfr., altresì, Gai 3.156, con confronto tra Servio e Sabino, al quale accede esplicitamente Gaio, in tema di mandato di credito.

²⁹ Con riferimento a questa fattispecie, l'indicazione "*constat imperfectum esse negotium*" può intendersi in modi diversi. O *'imperfectum'*, come si ritiene per lo più, significa "nullo", e allora occorre pensare che dovette unanimemente apparire inammissibile ai giuristi rimettere solo al compratore, e proprio al compratore, la determinazione del *pretium*: dovette, cioè, apparire, troppo squilibrato in suo favore; oppure la qualifica va intesa nel senso di operazione "non completa", in quanto non si è chiuso, per così dire, un cerchio convenzionale tra le due parti; o ancora, nel senso di operazione "non ancora conclusa", con specifico riferimento al profilo dell'esistenza di una *condicio* (come hanno proposto NELSON-MANTHE, *Gai Institutiones III* 88-181, cit., 261 s., sulla base dello stesso seguito del discorso gaiano in D. 18.1.35.5 nonché delle notazioni di Paolo in D. 18.6.8 e di Ulpiano in D. 18.1.7pr.): i giuristi, cioè, avrebbero considerato unanimemente (*constat*) il *negotium* ancora *'imperfectum'* in quanto sottoposto a condizione.

potrebbe indurre a concludere che in Gai 3.140 il giurista si allineava all'opinione di Labeone e Cassio escludendo la configurabilità di una *emptio-venditio*: e cioè, solo ove realmente questo testo mostrasse che Gaio configurava come *novum negotium*, anziché come locazione, un accordo con rinvio a successiva determinazione della *merces*.³⁰ Tuttavia, in D. 19.5.22 Gaio, nello scrivere '*placet quasi de novo negotio ...*' utilizza un verbo che non esprime un proprio punto di vista personale, bensì segnala una posizione che risulta essere diffusa, prevalente e generalizzata:³¹ nessuna incompatibilità, dunque, si profila tra il contenuto di D. 19.5.22 e una eventuale preferenza personale di Gaio per la posizione di Ofilio e Proculo citata in Gai 3.140.

È pur vero, d'altra parte, che mancano indizi specifici per sostenere, all'opposto, una siffatta predilezione di Gaio per la diagnosi di Ofilio e Proculo (la quale, ove realmente sostenibile, renderebbe ancor più evidente il problema del raccordo con l'iniziale fissazione della *regula*). Diversamente, infatti, da quanto ritenuto in tempi recenti da Nelson-Manthe,³² non è possibile considerare probante in questa direzione il seguente ulteriore squarcio del commento all'*edictum provinciale* di Gaio:

D. 19.2.25pr. (Gai. 10 *ad ed. prov.*) *Si merces promissa sit generaliter alieno arbitrio, locatio et conductio contrahi non uidetur: sin autem quanti Titius aestimauerit, sub hac condicione stare locationem, ut, si quidem ipse qui nominatus est mercedem definierit, omnimodo secundum eius aestimationem et mercedem persolui oporteat et conductionem ad effectum peruenire: sin autem ille uel noluerit uel non potuerit mercedem definire, tunc pro nihilo esse conductionem quasi nulla mercede statuta.*

Secondo l'attuale tenore del testo, Gaio ammetteva la validità del negozio ('*stare locationem*') nel caso di *merces* rimessa a *quanti Titius aestimauerit*. Nelson e Manthe hanno ritenuto – sempre alla luce delle parole di Gai 3.142 '*Locatio autem et conductio similibus regulis constituitur*' – che questa affermazione di Gaio dimostrerebbe che lo stesso giurista, in Gai 3.140, ammetteva, per analogia, la sussistenza e la validità anche di una compravendita con *pretium* rimesso a *quanti Titius aestimauerit*. Gaio, in sostanza, avrebbe seguito Ofilio e Proculo, e non già Labeone e Cassio.

Tuttavia, il testo conservato in D. 19.2.25pr. è in massima parte identico al dettato di una costituzione giustiniana del 530:

C. 4.38.15pr. (a. 530) *Super rebus venundandis, si quis ita rem comparavit, ut res vendita esset, quanti Titius aestimauerit, magna dubitatio exorta est multis antiquae prudentiae cultoribus. 1. Quam decidentes censemus, cum huiusmodi conventio super venditione procedat "quanti ille aestimauerit", sub hac condicione stare venditionem, ut, si quidem ipse qui nominatus est pretium definierit, omnimodo secundum eius aestimationem et pretia persolvi et venditionem ad*

³⁰ In questo senso, di recente, R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli 1999, 247 nt. 213; S. CRISTALDI, *La clausola*, cit., 117; E. SANGUINETTI, *D. 19.5.22*, cit., 53.

³¹ Come, del resto, aveva riconosciuto subito prima lo stesso S. CRISTALDI, *loc. ult. cit.*

³² NELSON-MANTHE, *Gai Institutiones III* 88-181, cit., 282 ss.

effectum pervenire, 2. Sin autem ille vel noluerit vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo esse venditionem quasi nullo pretio statuto: ... 3. Quod et in huiusmodi locatione locum habere censemus.

A me sembra innegabile che, come ritenuto da non pochi studiosi, sulla scia di Gradenwitz, l'originale gaiano dovette essere differente e che il brano conservato nel Digesto sia il risultato di una consistente interpolazione-sostituzione che i compilatori giustiniani hanno compiuto ricalcando la costituzione giustiniana formulata in tema di compravendita.³³ In questo senso – e a scapito dell'altra vicenda astrattamente prospettabile, e cioè che, al contrario, sia stato l'estensore della costituzione a seguire un originale gaiano concernente la compravendita – depone un dato testuale e precisamente la presenza nel brano di Gaio di due verbi all'infinito ('*stare*' e '*esse*') che non si giustificano in relazione al dettato complessivo: essi vanno considerati (lo rilevava già l'Appleton) come dipendenti dal '*censemus*' della costituzione che i compilatori del Digesto avevano sott'occhio e che hanno maldestramente sovrapposto alla diversa scrittura gaiana in materia di locazione (conformemente, del resto, alla disposizione giustiniana di estendere quanto stabilito per la compravendita anche all'ipotesi di *conventio* analogamente concepita in ordine ad una locazione: '*...Quod et in huiusmodi locatione locum habere censemus*').³⁴ Se ciò è vero, il contenuto di D. 19.2.25pr. non può, allora, fornire alcun elemento utile per immaginare quale fosse la personale posizione di Gaio in ordine alla disputa sul *pretium* riferita in Gai 3.140.³⁵

³³ Cfr. O. GRADENWITZ, *Interpolationen in den Pandekten*, Berlin 1887, 5 ss.; H. APPLETON, *Des interpolations dans les Pandectes et des methodes propres à les decouvrir*, Paris 1895, 14 ss.; P. DE FRANCISCI, *SYNALLAGMA. Storia e teoria dei contratti innominati*, I, Pavia 1911, 217 nt. 1; E. ALBERTARIO, *Iustum pretium e iusta aestimatio*, in BIDR 31, 1921, 10 nt. 1; T. MAYER-MALY, *Locatio-conductio*, 1956, 84; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*,² Napoli 1954, 141 nt. 1; A. D'ORS, *C. 4.38.15 (530), interpolado por el mismo Justiniano*, in SDHI 26, 1960, 325 ss.; K.-H. SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, 1966, 148 nt. 14; P. SOLINAS, *A proposito dell' «arbitrium boni viri»*, in *St. Scherillo*, II, Milano 1972, 567 s.; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, München 1971, 490 nt. 23; R. QUADRATO, *Le Institutiones*, cit., 123 s.; da ultimo, S. CRISTALDI, *La clausola*, cit., 114. Per vero, questa diffusa opinione appare frutto – eccezion fatta per la posizione di Appleton – di una tralatizia riproposizione di una diagnosi del Gradenwitz. Gli indizi adottati da quest'ultimo, tuttavia, sono facilmente superabili, come mostrato da NELSON-MANTHE, *Gai Institutiones III* 88-181, cit., 286: l'assunto secondo cui Gaio nell'opera *ad edictum* non avrebbe potuto contraddire quanto scritto in Gai 3.143 è smentito dal fatto che, in realtà, in Gai 3.143 il giurista non aveva preso posizione; né siamo costretti a pensare che, ogniqualvolta Giustiniano legiferava escerpando da un testo giurisprudenziale classico, avrebbe dovuto menzionare il giurista.

³⁴ L'argomento testuale in favore dell'intervento giustiniano, or ora segnalato sulla scia di Appleton, non può ritenersi controbilanciato dall'osservazione di NELSON-MANTHE, *loc. ult. cit.*, secondo cui, se i compilatori avessero importato nel Digesto il dettato imperiale, primariamente formulato in riferimento al *pretium* della compravendita, avrebbero con maggior naturalezza inserito la costituzione nel titolo D. 18.1 (e specificamente, nel frammento 35, contenente materiale del commento editale gaiano in tema di *pretium*), anziché nel titolo 19.2 concernente la locazione: può, infatti, obiettarsi che, anche nel caso in cui il dettato di Gaio fosse genuino, la sua omissione, da parte dei compilatori, dalla serie di *excerpta* provenienti dalla medesima opera gaiana e concernenti il medesimo elemento del *pretium* e la sua collocazione nella diversa sede D. 19.1 apparirebbero curiose.

³⁵ In conclusione, a differenza di quanto mi sembra possa avanzarsi in ordine alla disputa richiamata in Gai 3.141 (*supra*, § 3.1), nel testo di Gai 3.140 non v'è nulla che si presti, anche solo indirettamente,

5. Alla luce dell'apposita disamina or ora compiuta, possiamo dunque, con riguardo a Gai 3.140 e 141, ribadire quanto segue: a) la fissazione di una prescrizione operativa è seguita dalla segnalazione di una disputa giurisprudenziale in merito all'incidenza della prescrizione stessa; b) la disputa è lasciata aperta da Gaio, non escludendo, in tal modo, il giurista una maggiore adeguatezza o una più frequente applicazione, nella pratica, dell'una o dell'altra soluzione e, dunque, se del caso, anche della soluzione orientata nel senso dell'inosservanza della prescrizione; c) infine, siffatta segnalazione del *ius controversum* è presentata come diretto svolgimento esplicativo della prescrizione ('*nam*').

Stando così le cose, l'interrogativo che si pone e che non può eludersi è il seguente: qual è il senso dei forti enunciati iniziali '*pretium ... esse debet*' e '*pretium ... consistere debet*' e della loro sostanziale considerazione quali '*regulae*'?

Ritengo che la chiave interpretativa sia offerta dalla parallela trattazione in tema di *locatio-conductio*.

Mi riferisco al fatto che Gaio nel § 3.142, subito dopo aver esordito affermando, come già ricordato, che '*locatio autem et conductio similibus regulis constituitur*', precisa la prima di tali *regulae* con la notazione '*nisi enim merces certa statuta sit, non videtur locatio et conductio contrahi*'; e, ulteriormente – ecco il punto –, esplica il '*non videtur (contrahi)*' con la prospettazione di una controversia interpretativa, lasciata aperta, in ordine ad una particolare fattispecie: '*Unde si alieno arbitrio merces permessa sit, uelut quanti Titius aestimauerit, quaeritur, an locatio et conductio contrahatur*'.

Ora, questo riferimento ad un '*quaerere*' non accompagnato da una soluzione fa sì che, evidentemente, la precedente frase '*non videtur locatio et conductio contrahi*' non può significare "non sembra che si contragga una locazione": se Gaio avesse asserito che, in mancanza di *merces* '*certa*', l'operazione "non appare, non sembra" una *locatio*, non avrebbe avuto senso indicare appositamente come conseguenza (*unde*) l'esistenza di una oscillazione interpretativa al riguardo, la quale, lasciata irrisolta, avrebbe ammesso anche la possibilità che, invece, l'operazione in questione fosse una *locatio*.

Il vero è che in Gai 3.142 '*non videtur*' significa "non è evidente", "non si appalesa con evidenza" e quindi "non è raffigurabile senz'altro, senza incertezze come...". Per questo vi sono margini di dubbi e divergenze interpretative ('*unde ... quaeritur, an locatio et conductio contrahatur*'). Tra i riscontri del verbo '*videri*' con questa sfumatura nel lessico gaiano³⁶ basterà qui richiamarne tre particolarmente significativi in ragione della materia trattata.

Il primo proviene dal commento all'editto provinciale:

D. 18.1.35.5 (Gai. 10 *ad ed. prov.*). *In his quae pondere numero mensurave constant, ... modo ea servantur quae in ceteris, ut simul atque de pretio convenerit, v i d e a t u r perfecta venditio, modo ut, etiamsi de pretio convenerit, non tamen aliter videatur perfecta venditio, quam si ad mensa ad pensata ad numerata sint....*

a suggerire il personale orientamento di Gaio. In questo senso, da ultimo, L. GAROFALO, *L'arbitraggio sul prezzo*, in A. Lovato (cur.), *Vir bonus. Un modello ermeneutico della riflessione giuridica*, Bari 2013, 224 e nt. 34 con bibl.

³⁶ Cfr. anche ad es., Gai 3.90 '*magis distrahendae obligationis animo quam contrahendae dare videtur*'; 44.2.15 (Gai. 30 *ad ed. prov.*) '*eo ipso, quod meam esse pronuntiatum est, ex diverso pronuntiatum videtur tuam non esse*'; e, forse, D. 47.22.4 (Gai. 4 *ad l. XII tab.*) '*haec lex videtur ex lege Solonis tralata esse*'.

La consistenza del riscontro deriva dal fatto che l'affermazione *'simul atque de pretio convenerit, videatur perfecta venditio'* attiene proprio ad un requisito che Gai 3.139 assume in termini oggettivi e come assolutamente indiscusso: *'Emptio et venditio contrahitur, cum de pretio convenerit...'*

Un secondo riscontro è offerto dal seguito della stessa trattazione istituzionale sulla *locatio-conductio*, e segnatamente dal § 146, nel quale Gaio conclude il resoconto concernente l'incertezza circa la configurabilità come *locatio-conductio* o invece come *emptio-venditio* di un particolare accordo (concluso tra il *lanista* e l'organizzatore dei giochi circensi e avente ad oggetto il compenso per la consegna dei *gladiatores* da parte del primo) con le seguenti parole: *'Et magis placuit eorum qui integri exierint locationem et conductionem contractam videri, at eorum qui occisi aut debilitati sunt emptionem et venditionem esse'*.³⁷ Qui *'videri'* è usato come equipollente ad *'esse'*, e ciò mostra che il verbo indica una oggettiva evidenza dell'operazione quale locazione, e cioè una configurazione come locazione.

Infine, un terzo riscontro si rinviene proprio all'interno della trattazione sulla compravendita della quale ci stiamo occupando e precisamente nelle battute conclusive di Gai 3.141, ove è riferita, come si è visto, la posizione di Celio Sabino. Dal momento, infatti, che l'intervento di quest'ultimo giurista aveva per scopo addurre (partendo dalla posizione dei Proculiani: *supra*, § 3) un caso nel quale era possibile riconoscere senz'altro quale cosa fosse venduta e quale fosse data a titolo di *pretium*, è giocoforza attribuire al verbo *'videri'* (nella notazione *'fundum quidem uideri uenisse, hominem autem pretii nomine datum esse'*) il senso di un oggettivo risultato, di un configurarsi, delle due *res*, l'una come cosa venduta e l'altra come *pretium*.³⁸

In definitiva, tornando al testo di Gai 3.142, la sua logica interna è la seguente. Se la *merces* è *'certa'*, allora *'videtur'* che si contrae una *locatio-conductio* nel senso che "è di assoluta evidenza", "risulta" che si costituisce una locazione: la sussistenza, l'efficace concludersi della *locatio-conductio*, cioè, si pone al di qua di ogni possibile dubbio. Qualora, invece, la *merces* non sia *'certa'*, *'non-videtur'* che si contrae una *locatio-conductio*, nel senso che la sussistenza di una *locatio-conductio* "non risulta con evidenza", come dato sicuro, e perciò vi sono i margini per oscillazioni e divergenze di opinioni.

Ebbene, questa acquisizione, giusta la più volte segnalata simmetria di impostazione e svolgimento fra le trattazioni dell'*emptio-venditio* e della *locatio-conductio*, si riflette sulla costruzione *'certum esse debet'* del § 140 in tema di *pretium* della compravendita. In particolare: accordarsi su un prezzo *'certum'* significa mettere al riparo l'operazione da possibili dubbi e

³⁷ Ecco l'intero squarcio che interessa: Gai 3.145. *Adeo autem emptio et uenditio et locatio et conductio familiaritatem aliquam inter se habere uidentur, ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum emptio et uenditio contrahatur an locatio et conductio, ueluti si 146. Item si gladiatores ea lege tibi tradiderim, ut in singulos, qui integri exierint, pro sudore denarii XX mihi darentur, in eos uero singulos, qui occisi aut debilitati fuerint, denarii mille, quaeritur, utrum emptio et uenditio an locatio et conductio contrahatur. et magis placuit eorum, qui integri exierint, locationem et conductionem contractam uideri, at eorum, qui occisi aut debilitati sunt, emptionem et uenditionem esse; idque ex accidentibus apparet, tamquam sub condicione facta cuiusque uenditione aut locatione. iam enim non dubitatur, quin sub condicione res uenire aut locari possint.* Per un'acuta esegesi di Gai 3.146 rinvio al recente contributo di S. LONGO, *'Quaeritur utrum emptio et uenditio an locatio et conductio contrahatur'*: *l'ingaggio dei gladiatores in Gai 3.146*, in *Studi in onore di A. Metro*, III, Milano 2010, 467 ss.

³⁸ Da ultimo, G. NICOSIA, *Celio Sabino* cit., 27 traduce: «appariva evidente che era il fondo ad essere stato venduto e lo schiavo ad essere stato dato *pretii nomine*».

incertezze circa la sua configurabilità quale compravendita, e cioè circa la costituzione o meno di una compravendita. E ciò, ulteriormente, porta a leggere nella medesima prospettiva anche il § 3.141, nel quale la prescrizione ‘*pretium in numerata pecunia consistere debet*’ è immediatamente seguita dalla notazione ‘*nam in ceteris rebus an pretium esse possit ... valde quaeritur*’.

In sostanza, il senso dei due impieghi del verbo ‘*debet*’ in relazione alla natura e alla consistenza del *pretium* è quello di indicare non già «requisiti indefettibili»,³⁹ sibbene le condizioni per un risultato negoziale sicuro in quanto unanimemente riconosciuto e ammesso dai giuristi.

6. La conclusione or ora enunciata si coordina compiutamente – traendo da ciò stesso solidità e valore ulteriori – con la complessiva e peculiare prospettiva dell’esposizione gaiana che concerne non solo l’*emptio-venditio*, bensì tutte le *obligationes ex contractu*.

Mi riferisco alla circostanza che Gaio, anziché considerare il rapporto obbligatorio nascente dalla figura contrattuale di volta in volta in questione (e cioè: le obbligazioni che gravano sulle parti, i criteri di responsabilità, la tutela processuale), concentra la sua attenzione esclusivamente sul profilo del corretto e congruo compimento dell’atto obbligante, sulla efficacia o meno di un *negotium* concluso in un certo modo, sulla possibilità o meno di configurare una determinata operazione alla stregua della figura negoziale che forma oggetto specifico della trattazione.⁴⁰

Nello sfondo di siffatto approccio didattico, che può indicarsi come “operativo-cautelare”, Gaio, attraverso la singolare articolazione del discorso sulle caratteristiche del *pretium* – che, si badi, esaurisce l’intera trattazione sull’*emptio-venditio* –, indica (*rectius*: avverte su) quale comportamento adottare affinché la conclusione dell’operazione-compravendita possa ritenersi sicura, al riparo da ogni possibile incertezza. In altri termini e più specificamente: l’osservanza delle prescrizioni o *regulae* negoziali espresse con il ‘*debet*’ determina senz’altro piena efficacia all’atto-compravendita, all’atto quale compravendita; disattendere quelle prescrizioni può comportare, invece, ove si accolga una delle vedute giurisprudenziali contrapposte, ora inefficacia dell’atto (§ 140) ora configurazione dell’atto come operazione diversa dalla compravendita (§ 141).

Del resto, a ulteriore conforto di quanto fin qui sostenuto, può addursi un altro passaggio del manuale, in cui un’indicazione perentoria sui confini di una operazione negoziale è, poi, immediatamente seguita dal richiamo ad un’opinione giurisprudenziale che, invece, ammette un superamento di quei confini. Mi riferisco alla seconda parte di Gai 3.175, in tema di *solutio per aes et libram*. Gaio, dopo aver menzionato l’impiego di questo atto anche per la liberazione dell’erede dal vincolo nascente da *legatum per damnationem*,⁴¹ compie una

³⁹ Così R. SCEVOLA, ‘*Negotium mixtum cum donatione*’. *Origini terminologiche e concettuali*, Padova 2008, 175 nt. 13.

⁴⁰ Su questa impostazione della trattazione gaiana cfr., specificamente, G. FALCONE, *Approccio operativo-cautelare e obligationes ex contractu nelle Istituzioni di Gaio*, in *Festschrift Knütel*, Köln 2009, 313 ss., con indicazione dei riscontri riguardanti ciascuna *obligatio contracta* (spec. 321 s. in relazione all’*emptio-venditio*). Cfr., altresì, ID., *Sistematiche gaiane e nozione di obligatio*, in L. CAPOGROSSI COLOGNESI - F. CURSI (a cura di), *Obligatio-obbligazione. Un confronto interdisciplinare* (Atti Convegno Roma 2010), Napoli 2011, 28 ss.

⁴¹ ‘*Similiter legatarius heredem eodem modo liberat de legato quod per damnationem relictum est, ut tamen scilicet, sicut iudicatus condemnatum se esse significat, ita heres <testamento> se dare damnatum esse dicat*’.

precisazione sull'ambito di applicazione dell'atto in relazione al concreto oggetto del *legatum*. Ebbene, a tal fine Gaio, dapprima, fornisce una indicazione che, come le due affermazioni dei §§ 3.140 e 141 rette dal *'debet'*, si presenta categorica e parrebbe non offrire alternative: *'De eo tamen tantum potest heres eo modo liberari, quod pondere numero constet et ita si certum sit'*. Ma subito dopo riferisce: *'Quidam et de eo quod mensura constat idem existimant'*. Il senso della sequenza di queste due informazioni si apprezza nel quadro dell'evidente prospettiva operativo-cautelare del paragrafo, resa manifesta sia dall'apposita avvertenza circa la formulazione che l'erede deve utilizzare⁴² sia, nel tratto che specificamente interessa, dalla stessa costruzione *'potest + infinito'*, esprime la concludente ed efficace utilizzabilità di uno strumento.⁴³ In siffatta prospettiva, Gaio segnala, in sostanza, che l'effetto liberatorio dell'operazione in esame è sicuro e indiscusso solo con riguardo ai legati aventi per oggetto le *res quae pondere numero constant*, mentre al di fuori di quest'ambito il risultato è incerto, in quanto sostenuto solo da alcuni giuristi (non meglio identificati: *quidam*).

7. L'indagine di cui si è qui dato conto ha avuto come obiettivo specifico quello di chiarire il senso della singolare circostanza che, in Gai 3.140 e 141, due recise prescrizioni (*'... esse debet'*; *'...consistere debet'*) vengono esplicate tramite il richiamo ad un *ius controversum* sul rilievo o meno dell'inosservanza delle stesse. Ebbene, il risultato raggiunto, che riconduce siffatta singolarità ad un peculiare approccio didattico gaiano di fondo, si presta ad offrire spunti di riflessione per ulteriori direttive di ricerca, che si estendono concentricamente. Mi limito ad accennare a quella, fra esse, più immediatamente sollecitata dalla conclusione appena proposta, rinviandone l'approfondimento ad altre occasioni apposite di analisi.

È noto che nel manuale gaiano vi è una frequente presenza sia di passaggi nei quali, come nei §§ 3.140 e 141, Gaio riferisce contrapposte posizioni giurisprudenziali senza accennare all'avvenuto prevalere di una sull'altra o ad una personale preferenza per una di esse, sia di passaggi nei quali, addirittura, egli si limita a segnalare laconicamente l'esistenza di dubbi e incertezze fra i giuristi, senza richiamare alcuna soluzione né presa di posizione specifica (casi, questi ultimi, per i quali Gaio semplicemente indica: *'quaeritur'* o *'dubitatur'*). Riscontri del primo tipo si trovano in Gai 2.37; 79; 123; 200; 212; 215; 244; 262; 3.28; 103; 3.133; 167a; 168; 4.78; 79. Esempi del secondo tipo sono offerti in Gai 1.106; 129 (*'dubitari potest'*); 2.63; 90; 94; 95; 3.119; 122; 143; 144; 172; 4.125.

In dottrina questi riferimenti a controversie, incertezze e dispute lasciati, per dir così, in sospenso hanno dato vita a vari tipi di interpretazione. Scartando l'antica spiegazione (Krüger, Kübler), secondo cui il fenomeno deriverebbe da mancanza di autonomia di giudizio e da una modestia intellettuale di Gaio,⁴⁴ e ritenendo, d'altra parte, fuori misura l'idea (Schulz) che esso costituisca indizio della mancata revisione, da parte di Gaio, di un brogliaccio di

⁴² *'...eodem modo liberat ..., ut tamen scilicet, sicut iudicatus ... significat, ita heres ... dicat'*.

⁴³ Cfr., specificamente, G. FALCONE, *Appunti sul IV commentario delle Istituzioni di Gaio*, Torino 2003, 70 ss., con riscontri, tratti dall'intero manuale, dell'equipollenza concettuale tra le costruzioni *'potest + infinito'*, agire *'utiliter'*, agire *'recte'*, *'valere'*, *'habere vires'*.

⁴⁴ B. KÜBLER, *Gaius*, in *PWRE* VII.1, 1910, 501; P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des römischen Rechts*,² München 1912, 204 e nt. 23. In contrario, opportunamente, R. QUADRATO, *Le Institutiones* cit., 90 ss. adduce non pochi casi nei quali, invece, Gaio assume una posizione autonoma.

appunti scritti in vista della lezione e pubblicati postumi da un allievo,⁴⁵ mi sembrano, piuttosto, cogliere nel segno gli studiosi che interpretano questo dato in chiave di consapevole scelta didattica. Sennonché, in quest'ordine di idee, l'opinione secondo cui, in tali casi, la preoccupazione di Gaio era non appesantire il discorso in un manuale elementare e riservare una trattazione apposita della disputa giurisprudenziale e la prospettazione di una soluzione ad opere ulteriori e più approfondite,⁴⁶ se anche può accogliersi, si mostra però diretta a giustificare la mancanza di una indicazione di chiusura o di superamento della controversia, più che la ragione per la quale la controversia stessa veniva menzionata. E invece, a mio modo di vedere, il dato più significativo e curioso consiste proprio nell'aver Gaio scelto di segnalare l'esistenza di una disputa pur se della disputa stessa egli non riteneva opportuno (o possibile, secondo i casi) riferire le posizioni e/o un esito.

Ebbene, a questo riguardo a me sembra legittimo prospettare l'ipotesi di ricerca che il peculiare tipo di informazione riscontrato in Gai 3.140 e 141 sia da riconoscere anche nei suddetti richiami ad una disputa privi di contestuale indicazione di un esito della disputa stessa. Gaio, cioè, in tutti questi casi avrebbe inteso sottolineare che, in relazione a determinate questioni, a fronte di atti, di loro singoli elementi e di *modi operandi* direttamente predisposti o senz'altro riconosciuti come funzionali e idonei ad un determinato risultato, vi sono atti o loro singoli elementi o *modi operandi* la cui funzionalità o efficacia è, invece, incerta in quanto oggetto di difformità di vedute giurisprudenziali.⁴⁷

La prospettazione di siffatta chiave di lettura per tutti i suddetti passaggi è resa possibile dalla circostanza che l'angolazione operativo-cautelare, calibrata su effetti ed efficacia degli atti, non caratterizza solamente la trattazione sulle *obligationes ex contractu*, al cui interno si collocano le attestazioni di Gai 3.140 e 141, bensì è riconoscibile lungo l'intero manuale, con una latitudine di riscontri tale da far pensare ad un tratto distintivo (o, piuttosto, al tratto distintivo) del complessivo *instituere* gaiano. In effetti, nella sezione sulle *'res'* siffatto angolo visuale caratterizza anche l'articolato coordinamento delle distinzioni *'res mancipi-nec mancipi'* e *'res corporales-incorporales'* nonché le intere e assai ampie trattazioni sugli acquisti

⁴⁵ F. SCHULZ, *Roman Legal Science*, Oxford 1946, 163 (= *Storia della giurisprudenza romana*, tr. it. Firenze 1968, 290).

⁴⁶ Cfr., in particolare, A. SCHWARZ, *Das strittige Recht der römischen Juristen*, in *Fest. Schulz*, II, Weimar 1951, 214 ss. = *Atti del Congresso internaz. di diritto romano e di storia del diritto* (Verona 1948), II, Milano 1953, 136 ss. (una traduzione italiana del saggio di Schwarz è apparsa di recente in A. LOVATO, *Itinerari di lettura per un corso di diritto romano*, Bari 2011, 173 ss.) e R. QUADRATO, *Le Institutiones*, cit., 97 ss. (con richiami critici a prese di posizione ulteriori); ID., *Il messaggio di Gaio: diligentius requiremus*, in ID., *Gaius dixit: la voce di un giurista di frontiera*, Bari 2010, IX ss. In termini analoghi si sono ultimamente espressi (a proposito di Gai 3.143) anche FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*, cit., 247 nt. 213 e E. SANGUINETTI, *D. 19.5.22*, cit., 70 s.

⁴⁷ Un diverso suggerimento proviene da E. STOLFI, *Il modello delle scuole* cit., 75 nt. 329, il quale, dividendo il rilievo di J.W. Tellegen (*Gaius Cassius and the Schola Cassiana in Pliny's Letter VII 24,8*, in *ZSS* 118, 1988, 293), secondo cui «the controversies could have an important didactic function: they could show that the jurists are accustomed to argue about legal matters and that sometimes two sides of a question can be defended equally well», così chiosa: «il che spiegherebbe la frequenza con cui Gaio non prende posizione in proposito». Questa chiave di lettura in funzione, per dir così, di addestramento alla controversialità del diritto, tuttavia, potrebbe valere per i casi nei quali Gaio riferisce i termini delle posizioni contrapposte (i riscontri del primo tipo che ho indicati nel testo), ma non mi pare possa applicarsi anche ai casi nei quali Gaio si limita a segnalare in modo lapidario *'quaeritur'* o *'dubatur'*.

di *res singulae*, sulle *hereditates ex testamento*, sui *legata* e sui *fideicommissa*;⁴⁸ quanto al IV commentario, esso è interamente impostato sulla spiegazione di come occorra utilizzare gli schemi verbali (*actiones* quali '*conceptiones verborum*') per ottenere il risultato cui essi sono funzionali o per evitare un rischio di esperimento inefficace o, addirittura, di esperimento dannoso (*periculum*);⁴⁹ quanto, infine, al I commentario, è agevole riconoscere anche al suo interno il largo spazio dedicato all'indicazione di modalità negoziali da utilizzare affinché un determinato *status* personale si produca o venga meno (*manumissiones*; modi di realizzazione dell'*adoptio*; modalità di acquisto della *manus*; *mancipatio*; *emancipatio*; *datio tutoris*).⁵⁰

La concreta produttività di siffatta chiave interpretativa richiede, naturalmente, una specifica verifica per ogni singolo richiamo a controversie lasciate, poi, in sospenso. È questo, come accennato, un compito da rimandare - insieme con l'esame di ulteriori ricadute della diagnosi, raggiunta nel presente contributo, sul coordinamento fra prescrizione operativa (*debere*) e menzione di un *ius controversum* sulla stessa - ad una futura, più ampia riflessione apposita.

⁴⁸ G. FALCONE, *Approccio operativo-cautelare*, cit., 315 ss.

⁴⁹ Cfr. G. FALCONE, *Appunti sul IV commentario*, cit., *passim*.

⁵⁰ Per qualche esempio rinvio a P. ZANNINI, *Rappresentazione dinamica del fenomeno giuridico nelle Istituzioni di Gaio*, in AA.VV., *Il modello di Gaio nella formazione del giurista*, Torino 1981, 369 ss.

La pubblicazione degli articoli proposti a questa Rivista è subordinata - secondo il procedimento di *peer review* - alla valutazione positiva di due *referees*, uno dei quali può far parte del Comitato Scientifico della Rivista, che esaminano gli articoli con il sistema del *double-blind*.

Gli articoli, muniti di *abstract* e parole chiave, vanno inviati, entro il 31 maggio, al Comitato di Redazione via e-mail all'indirizzo: redazioneaupa@unipa.it.

Finito di stampare nel mese di dicembre 2015
presso le Officine Tipografiche Aiello & Provenzano s.r.l.
Bagheria (Palermo)

