

UGO PETRONIO

**STIPULAZIONE E DOCUMENTAZIONE
DEI CONTRATTI IN ETÀ COMUNALE**

Il tema di questa relazione ha bisogno di alcune precisazioni, perché non può essere ridotto, semplicemente, al valore della forma scritta nei contratti medievali; e lo scopo che mi prefiggo è di mettere in evidenza i nessi profondi che intercorrono, nell'esperienza giuridica medievale, tra i problemi che riguardano le forme dei contratti e i problemi che riguardano le fonti delle obbligazioni.

Infatti, e questa è la prima precisazione necessaria, ai giuristi medievali rimase a lungo estranea la nozione generale di contratto – quello che un giurista contemporaneo, il Messineo, ha chiamato « il contratto come paradigma »¹ – ed essi continuarono a ragionare, sulle tracce del diritto romano, in termini di singoli contratti, eventualmente raggruppandoli nelle quattro categorie nelle quali i giuristi romani avevano distinto le fonti delle obbligazioni contrattuali: *re, verbis, litteris, consensu*².

* Ho mantenuto al testo il tono discorsivo della relazione congressuale, corredato da un apparato di note ridotto all'essenziale; in esse ho fornito alcune indicazioni bibliografiche di rapido orientamento e ho riportato alcuni testi, anche molto noti, che possono consentire al lettore non giurista alcuni utili riscontri. Questo contributo non vuole certo ricostruire gli orientamenti dei giuristi medievali su un tema così complesso, ma si limita ad enunciare alcune linee problematiche che mi sono sembrate significative.

¹ F. Messineo, *Contratto (diritto privato - teoria generale)*, in *Enciclopedia del diritto* (d'ora innanzi: *EdD*), IX, Milano 1961, p. 785 e sgg.; e già prima v. Id., *Dottrina generale del contratto*, Milano 1948, 3^a ed., p. 1 e sgg.

² *Nunc transeamus ad obligationes. Quarum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto. Et prius videamus de his quae ex contractu nascuntur. Harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur obligatio aut verbis aut litteris aut consensu: Gai inst. III, 88-89, in *Fontes iuris romani anteiustiniani*, Florentiae 1940, II, 119. E cfr. *Inst. III, 13: Prius est, ut de his quae ex contractu sunt dispiciamus. Harum aequae quattuor species sunt: aut enim re contrahuntur aut verbis aut litteris aut consensu.* Sulla di-*

A chi non ha esperienza delle logiche dei giuristi – e di quelli medievali in particolare – questo può sembrare strano, e non può essere chiarito in modo adeguato in questa sede; è però necessario tenere presente che « contratto » può essere assunto in alcuni significati diversi: il singolo contratto concretamente stipulato (questa nostra compravendita), il tipo contrattuale al quale esso appartiene (la compravendita, che secondo i giuristi romani aveva il suo *nomen*³, cioè la sua tipicità), la specie contrattuale della quale fa parte il tipo (i contratti consensuali)⁴, infine il genere, distinto rispetto ad altre fonti di obbligazioni o ad altri atti giuridici, nel quale rientra la specie: appunto, il « contratto come paradigma ».

Questa prima precisazione giova, per un verso, a far capire che, mancando una nozione generale di contratto, non si può, a rigore, parlare di « forma del contratto », ma è necessario scendere nello specifico delle « forme previste per i contratti » – almeno per le singole specie contrattuali; per un altro verso serve a far comprendere come i problemi delle forme si intreccino con i problemi delle fonti delle obbligazioni, e spesso si sovrappongano ad essi, specialmente in presenza di contratti già fortemente tipizzati, cioè forniti di un *nomen*. Ad es. i giuristi medievali si chiesero, sin dall'epoca dei primi glossatori, se un contratto

visione delle fonti delle obbligazioni v. G. Grosso, *Il sistema romano dei contratti*, Torino 1963, 3^a ed.; M. Talamanca, *Obbligazioni (storia-diritto romano)*, in *EdD*, XXIX, Milano 1979, p. 38 e sgg.; e ora G. Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*, Padova 1985-86, II, p. 573 e sgg. e la bibliografia citata negli ultimi due.

³ D.2.14.7: *Iuris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones. Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus: ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus*. Sul punto v. G. Grosso cit., p. 163 e sgg. e poi Id., *Contratto (storia-diritto romano)*, in *EdD*, IX, Milano 1961, p. 756 e sgg.

⁴ Gai inst., III, 136: *Consensu fiunt obligationes in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis. Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quia neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos qui negotium gerunt consensisse*; e cfr. *Inst.* III, 22: *Consensu fiunt obligationes in emptionibus venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis*. Per le *quattuor species* v. sopra nt. 2.

consensuale come la compravendita⁵ per il quale fosse stata concordata la forma scritta diventasse per questo un contratto *litteris*⁶ e la risposta che diedero – almeno in un primo tempo, dato che poi la prospettiva cambiò – fu negativa:

Sed cum fiat in scriptis huiusmodi venditio, et sine scriptura non valeret: quare non dicitur obligatio literarum? responde: quia aliud habet nomen, scilicet emptio: et verum est hoc nomen⁷.

In secondo luogo, occorre fare qualche precisazione intorno alla nozione di forma, e soprattutto intorno alla distinzione consueta tra forma, prescritta o voluta, *ad substantiam* e forma, prescritta o voluta, *ad probationem*⁸.

Entrambe le prescrizioni di forma fanno sì che la forma sia « vincolata », cioè necessaria, seppure a fini diversi; però, va tenuto presente che la differenza tra i due tipi di forme consiste nel fatto che se la forma è sostanziale, il contratto è nullo se manca la forma, mentre se la forma è unicamente probatoria, il contratto nasce nei modi che gli sono propri ma deve essere provato per iscritto.

Bisogna fare attenzione, sul piano logico, a non confondere i due livelli sui quali opera la distinzione, quello sostanziale e quello probatorio. Infatti, il difetto di forma sostanziale fa sì, innanzi tutto, che il contratto non produca effetti, e poi che il vizio formale non possa essere sanato successivamente, magari con una convalida del contratto o con una dichiarazione ricognitiva posteriore che sia formalmente regolare. Ad esempio, se una compravendita immobiliare richiede necessariamente la scrittura privata autenticata o l'atto pubblico, il difetto di forma (scrittura privata non autenticata) fa sì che la proprietà non si trasferisca al compratore, e se la scrittura privata fosse autenticata successivamente o

⁵ V. Gai inst. III, 139 e sgg.; *Inst.* III, 22, 1 e *Inst.* III, 24.

⁶ Sui contratti *litteris* v. Gai inst. III, 128 e sgg. e *Inst.* III, 21.

⁷ gl. *scriptura conficiuntur*, a *Inst. de emptione et venditione* [*Inst.* 3, 23]. Il ragionamento del glossatore è che, se il contratto ha un *nomen*, è necessariamente tipico – v. sopra, nt. 3 – e che, se si tratta di una compravendita, è un contratto che nasce *consensu* e non *litteris* – v. sopra, nt. 4.

⁸ Sulla forma v. M. Giorgianni, *Forma degli atti (diritto privato)*, in *EdD*, XVII, Milano, 1968, p. 988 e sgg.

rifatta in forma autenticata si avrebbe, al più, un nuovo contratto, che produrrebbe i suoi effetti dal momento in cui è stato stipulato, con tutte le conseguenze del caso. Tuttavia, se il contratto non aveva difetti di forma, esso può essere provato in ogni modo, anche per testimoni⁹, purché non sussistano, eventualmente, limiti sul piano probatorio.

Viceversa, se la forma vincolata è in funzione di prova, il contratto nasce nei modi che gli sono propri (in diritto romano, *re, verbis, litteris, consensu*), ma può essere provato solo per iscritto; ciò significa che, in quest'ultimo caso, non è ammessa altra prova, ma che si può fare un atto ricognitivo che sia formalmente corretto, in modo da costituire o ricostituire la prova scritta mancante.

Per concludere su questo punto, poi, va ancora tenuto presente che un altro ordine di questioni si ha quando la forma scritta non è una forma vincolata, cioè dovuta; in tal caso l'*instrumentum*, se c'è, è un normale mezzo di prova, che può coesistere, o scontrarsi, con altri mezzi di prova previsti dall'ordinamento.

Tuttavia, si deve anche tenere presente che queste concettualizzazioni, che risentono della scienza giuridica moderna, non trovano sempre riscontro sul piano storico e sul piano della prassi; per altro, nel processo si ha per esistente, cioè per vero, solo ciò che è stato provato, e quindi si potrebbe dire, schematizzando all'estremo, che il piano sostanziale e il piano probatorio si riflettono l'uno sull'altro.

Un'ultima precisazione riguarda il sistema romano dei contratti, che è quello dal quale presero le mosse i giuristi medievali, almeno dall'epoca di Irnerio in poi, con l'inizio della scuola di Bologna.

Il diritto romano era, come è noto, soprattutto un diritto casistico¹⁰, cioè un diritto nel quale mancavano, di regola, grandi enunciazioni e generalizzazioni di principio, e nel quale si trovavano, invece, le soluzioni di una miriade di casi concreti. Tuttavia, dietro gruppi di questi casi c'erano delle comuni *rationes decidendi*, che non sempre erano esplicitate dai giuristi, ma che costituivano il tramite attraverso il quale si articolava il loro ragionamento e che consentivano di procedere, in modo armonicamente logico, da *casus a casus*.

⁹ V. ancora M. Giorgianni cit., p. 992 e sgg.

¹⁰ Sul punto v. L. Vacca, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, Milano 1976.

Nello stesso tempo, il *Corpus iuris* di Giustiniano è un complesso di testi normativi che risalgono ad epoche diverse, e che rispecchiano, pur con i ritocchi sistematizzanti dei compilatori, stadi diversi di sviluppo del diritto romano. Ciò significa che in esso coesistono concezioni ed istituti che, nel tempo, si sono atteggiati in modo molto diverso, o addirittura sono quasi scomparsi; ad es., in antico le obbligazioni che nascevano *litteris* avevano avuto una certa importanza e una certa diffusione, ma all'epoca giustiniana si trattava soprattutto di un'anticaglia¹¹. Ancora: in antico la documentazione scritta era del tutto marginale, ma poi, in età imperiale, si era diffusa largamente¹².

Non è certo possibile, in questa sede, trattare delle forme dei contratti in diritto romano, né del regime delle prove, e quindi ci si dovrà limitare solo a un cenno alle fonti principali contenute nel *Corpus iuris* di Giustiniano: con la precisazione che, per lo storico del diritto intermedio, di queste fonti non interessa tanto il significato che attribuisce loro, oggi, la dottrina romanistica, quanto il concreto tenore testuale, perché è su di esso che hanno lavorato glossatori e commentatori.

Sul punto si può dire, in modo molto generale, che il diritto romano – classico e giustiniano, perché per quello arcaico il discorso sarebbe tutto diverso – sembra privilegiare la libertà di forme e, sul piano delle prove, preferire, in linea di principio, la prova per testi rispetto alla prova scritta¹³. Si pensi, ad es., alla Nov. 73, nella quale Giustiniano affermò che *ea quae a viva dicuntur voce et cum iureiurando, haec digniora fide quam scripturam ipsam secundum se subsistere*. Dietro questa Novella si può cogliere, per stessa ammissione di Giustiniano, il

¹¹ Gaio ne parla come di realtà ancora attuale – v. Gai inst. III, 128 e sgg. – ma v. invece Inst. III, 21: *Olim scriptura fiebat obligatio, quae nominibus fieri dicebatur, quae nomina hodie non sunt in usu*.

¹² M. Talamanca, *Documento e documentazione (diritto romano)*, in EdD, XIII, Milano 1964, p. 548 e sgg.

¹³ G. Pugliese, *La preuve dans le procès romain de l'époque classique*, in *Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions*, XVI Bruxelles 1964, p. 277 e sgg.; A. Giuliani, *Il concetto classico di prova: la prova come « argumentum »*, *ibid.*, p. 357 e sgg.; G.G. Archi, *Les preuves dans le droit du Bas-Empire*, *ibid.*, p. 389 e sgg.; J. Ph. Levy, *L'évolution de la preuve, des origines à nos jours. Synthèse générale*, *ibid.*, XVII, Bruxelles 1965, p. 9 e sgg.

grave problema dei falsi, che aveva assunto dimensioni notevolissime: *Quoniam igitur in his temporibus innumeras invenimus falsitates in iudiciis multis . . .*¹⁴.

Allo stesso modo, nelle fonti romanistiche il problema delle forme dei contratti e del loro valore probatorio si risolve spesso in una questione di *veritas*, cioè di conformità dello scritto alla realtà; e infatti, come diceva la stessa Nov. 73, *nihil aliud est falsitas, nisi imitatio veritatis*¹⁵.

Per altro, nel mondo del diritto la *veritas* era anche qualcosa di diverso, cioè quello che era vero, e quindi « verificato » o accertato sul piano giuridico, secondo le regole proprie dell'ordinamento; per conseguenza, il problema della *veritas* e quello della *fides* si intrecciavano o addirittura si sovrapponevano – magari nella locuzione *fides veritatis* o in quella *fide veri*¹⁶ – e si affermava credibile, cioè vero, quello che aveva la *fides*, e quindi erano veri i *fidelia documenta*¹⁷.

Le fonti che prospettano questo ordine di questioni sono molte: così, Costantino, nel 317, aveva parificato la *fides instrumentorum* e le *depositiones testium*¹⁸ e altri imperatori, anche in epoca anteriore alla grande diffusione dei falsi, avevano affermato che doveva prevalere la *veritas* sulla mancanza di atto scritto, o smarrito¹⁹, o venuto meno per

¹⁴ Nov. 73, cap. 3; Nov. 73, *praefatio*; sulla Nov. 73 v. M. Amelotti-G. Costamagna, *Alle origini del notariato italiano*, Roma 1975, p. 41 e sgg.

¹⁵ Nov. 73, *praefatio*; sulle *imitationes* ritorna ancora la Nov. 73, cap. 4; e v. anche la gl. *imitatio: alias imitatio, et alias mutatio: et sic habes quid sit falsum ut hic . . .* Per il falso come *imitatio* cfr. anche D. 48, 10, 23: *Quid sit falsum, quaeritur: et videtur id esse, si quis alienum chirographum imitetur aut libellum vel rationes intercidat vel describat, non qui alias in computatione vel in ratione mentitur.*

¹⁶ V. rispettivamente C. 2.38.1; C. 8.32.2; C. 9.22.5; C. 9.41.1 e C. 8.23.2.

¹⁷ Cfr. Nov. 73, cap. 3.

¹⁸ C. 4.21.15: *In exercendis litibus eandem vim obtinent tam fides instrumentorum quam depositiones testium.*

¹⁹ C. 4.21.1 in fattispecie di smarrimento dell'atto che prova il credito, e C. 4.21.4 in fattispecie di smarrimento dell'atto che prova l'avvenuta soluzione del debito al fisco.

incendio²⁰ o per altri motivi²¹. Particolarmente significativo è il caso della l. *cum instrumentis* di Diocleziano, del 298, ove si afferma che, se valgono le vendite fatte senza atto scritto, così debbono valere quelle nelle quali, pur fatto lo scritto, esso sia venuto meno: perché *non tolli substantiam veritatis placuit*²².

In particolare, poi, si deve ricordare la l. *contractus* C. *de fide instrumentorum* (C. 4.21.17), che fu la *sedes materiae* privilegiata di molte discussioni dei giuristi medievali. In essa l'imperatore Giustiniano (a. 528) aveva disposto che le vendite, le permutate, certe donazioni e le transazioni, che non richiedevano necessariamente la forma scritta e che però le parti avevano convenuto di redigere *in scriptis*, non avrebbero avuto « vires » *nisi instrumenta in mundum recepta subscriptionibusque partium confirmata et, si per tabellionem conscribantur, etiam ab ipso completa, et postremo partibus absoluta sint*. Per conseguenza, aveva anche sancito che nessuno potesse *aliquod ius sibi ex eodem contractu vel transactione vindicare* in base alla sola *scheda conscripta . . . vel ab ipso mundo, quod necdum est impletum et absolutum*.

Questa l. *contractus* pone soprattutto due ordini di problemi: uno, che riguarda la cd. forma scritta convenzionale, della quale, in anni abbastanza lontani, si è occupato molto acutamente l'Astuti²³, e che è un problema tecnico-giuridico di rapporti tra forme e contratti; l'altro, che riguarda il rapporto tra scheda e contratto *in mundum* e che ha rilievo soprattutto per i diplomatisti, anche se, ovviamente, si riflette sul primo, perché, come si è visto, solo il *mundum . . . impletum et absolutum* dà *vires* al contratto.

²⁰ C. 4. 21. 5.

²¹ C. 4. 21. 6 in fattispecie di manomissione; C. 4. 21. 7 in fattispecie di dimissione dalla *militia*, ove si menziona la *veritas* dimostrata *evidentibus probationibus*; C. 4. 21. 9 in caso di divisione fatta senza atto scritto.

²² C. 4. 21. 10: *Cum instrumentis etiam non intervenientibus venditio facta rata maneat, consequenter amissis etiam quae intercesserant non tolli substantiam veritatis placuit*.

²³ G. Astuti, *La documentazione dei negozi giuridici come forma convenzionale o volontaria nella dottrina del diritto comune*, in « Temi emiliana », XX (1943) e in « Archivio giuridico », CXXXII (1945), ora in G. Astuti, *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, Napoli 1984, II, p. 969 e sgg.

Prima di trattare questi due profili della *l. contractus* occorre dire qualcosa intorno al punto di vista dal quale i giuristi medievali guardarono agli *instrumenta*.

Alle origini, è fermo che gli *instrumenta* sono mezzi di prova, e che la loro trattazione si inserisce in quella delle prove: lo affermano, quasi con le medesime parole, l'ignoto autore della *Summa codicis trecensis* e Rogerio nella sua *Summa - Item instrumenta quoque species probationum sunt*²⁴ - mentre Piacentino e Azzone e altri con loro²⁵ affermano lo stesso concetto, anch'essi con parole quasi identiche: *Explicito tractatu probationis, quae inducitur per vocem vivam, subiiciamus de ea probationis specie, quae fit per vocem mortuam, id est per scripturam*²⁶.

Questa posizione di sostanziale eguaglianza tra testimonianza orale e prova scritta deriva, in sostanza, dalla stessa nozione di *instrumentum*, che i summisti riprendono da un noto passo del Digesto (D.22.4.1) che afferma che gli *instrumenta* sono tutto ciò che serve ad istruire la causa,

²⁴ *Summa codicis des Irnerius* [d'ora innanzi: *Summa codicis trecensis*], herausgegeben von H. Fitting, Berlin 1894 (ed. an. Frankfurt 1971), *de fide instrumentorum*, 93; Rogerio, *Summa codicis, de fide instrumentorum*, ed. G.B. Palmieri, *Scripta anecdota glossatorum*, editio altera emendata, in *Bibliotheca iuridica medii aevi*, Bononiae 1913, I, 111.

²⁵ Piacentino, *Summa Codicis*, Moguntiae 1536 (ora ed. an. Torino 1962), *de fide instrumentorum*, 153 e sgg.; Azone, *Aurea Summa*, tit. *de fide instrumentorum* (ed. Augustae Taurinorum 1578, f. 79). E v. anche il passo dell'Ostiense (Enrico da Segusio), *Summa [decretalium]*, *de fide instrumentorum*, rubrica (ed. Lugduni 1537, 103): *tractatum est plene in superioribus de illa specie probationis quae fit per vivam vocem tamquam de digniori: nunc dicamus de illa quae per mortuam id est scripturam. et sic dicamus de fide instrumentorum*; cfr. anche Guillaume Durand (Guglielmo Durante), *Speculum iudiciale*, l. II, partic. II, *de instrumentorum editione*, I (ed. Basileae 1574, ora ed. an. Aalen 1975, 632) e Goffredo da Trani, *Summa . . . super titulis decretalium*, tit. *de fide instrumentorum*, rubrica (ed. Lugduni 1519, ora ed. an. Aalen 1968, 109 v.).

²⁶ Questa contrapposizione tra *vox viva* e *vox mortua*, che è ricorrente nelle fonti, è costruita in base a un passo della Nov. 73, cap. 3, nel quale si privilegiavano *ea, quae a viva dicuntur voce*. Ma nella contrapposizione non si coglie, in origine, alcun giudizio di valore, salvo che nell'Ostiense: v. sopra, nt. 25. Più tardi si affermò, come è noto, la prevalenza dei testi: e cfr. ad es. gl. *cum iureiurando*, in *authenticorum collatio sexta*, tit. III *de instrumentorum cautela et fide* [Nov. 73, cap. 3].

includere quindi le persone: *Instrumentorum quidem nomine generaliter ea omnia accipiuntur quae causam instruunt atque ostendunt, et ideo etiam personae hoc nomine continentur*²⁷.

Anche tra i canonisti si trovano le medesime considerazioni, che erano rafforzate da un inciso di una decretale di Alessandro III che, in una fattispecie che riguardava la sottrazione di *instrumenta*, tra essi ricomprendeva anche i *testes*²⁸; e quindi la glossa *post publicationem* affermò, in una fattispecie che riguardava invece il divieto di produrre nuovi testi:

vel illa erat dubitatio: quia post publicationem testium non licet producere alios testes, unde videbatur quod non liceret producere instrumentum: quia nomine instrumentorum continentur et testes supra, de testibus cogendis, c. pervenit [c. 4, X, 2, 21] ff. de fide instrum. l. 1 [D. 22, 4, 1]²⁹.

Tuttavia, presso i civilisti si fece ben presto strada, e si consolidò, l'affermazione di Azone che *hic ponitur instrumentum pro cartis vel scripturis tantum*³⁰.

²⁷ *Summa codicis trecensis* cit., de fide instrumentorum, 93; e cfr. D.22.4.1: *Instrumentorum nomine ea omnia accipienda sunt, quibus causa instrui potest: et ideo tam testimonia quam personae instrumentorum loco habentur*. E v. anche Rogerio, *Summa* cit., de fide instrumentorum, 111: *Instrumentum dicitur omne illud quod causam instruit, sed hic specialiter tractat de instrumentis scriptura comprehensis . . .*; e Azone, *Aurea Summa* cit., de fide instrumentorum, 79: *Est autem appellatio instrumenti generalis: nam et testimonia, et personae quibus instruitur causa, instrumentorum loco habentur: ut ff. eodem l.i [D.22.4.1]. Sed hic ponitur instrumentum pro chartis, vel scripturis tantum*. Invece Piacentino, *Summa* cit., de fide instrumentorum, 153 scrive: *Instrumentum hic appellatur quod scriptis continetur. alias quidquid instruit, ut ff. eodem l.i [D.22.4.1]. Dictum est autem instrumentum ideo, quia per id instruimur*.

²⁸ C. *pervenit*, X, de testibus cogendis [c.4,X,2,21]: *Nos igitur attendentes, quod nemo debet adversario instrumenta, quorum appellatione testes continentur, subtrahere . . .*

²⁹ Gl. *post publicationem*, a c. *Cum dilectus*, X, de fide instrumentorum [c. 9, X, 2, 22]; il *casus* afferma: *quia instrumentorum appellatione continentur et testes*.

³⁰ Azone, *Aurea Summa* cit., de fide instrumentorum, 79, riportato sopra, nt. 27. Tuttavia si continuava a segnalare che tra gli *instrumenta* potevano rientrare anche i testimoni, anche se si precisava che l'accezione non era propria; v. la gl. *separare*, in l. *notionem*, ff. de verborum significatione [D.50.16.99]: *quaedam pro-*

Pertanto, l'atto scritto serviva a facilitare la prova, ma non poteva mai pregiudicare la *veritas*, che è un termine – e un tema – al quale i glossatori sono stati molto sensibili e intorno al quale hanno costruito parte delle loro teorie sul valore delle forme contrattuali.

Infatti, sempre nella *Summa trecensis* si afferma che gli *instrumenta* hanno valore di prova ma

non autem usque adeo, ut veritati praeiudicent: si enim rei veritas aliter evidentissime ostendi potest, ea magis tenenda est. nam fiunt scripturae ideo, ut ea quae gesta sunt per eas facilius probentur, quia et sine his valet quod actum est, si probari potest: ideoque vero non praeiudicant³¹.

Ma accanto a questo problema comincia a porsi un altro: se ci siano casi nei quali *vox viva* e *vox mortua* – cioè *testes* e *instrumenta* – abbiano rilevanza giuridica diversa. Secondo Piacentino, se la regola è che *vox viva* e *vox mortua* valgono allo stesso modo, la seconda *potentior est . . . in multis*, che egli elenca – tra questi la donazione oltre i 500 solidi e l'enfiteusi³²; invece, più generalmente, per Rogerio, si dovevano fare in scritto l'enfiteusi, la donazione oltre i 500 solidi e *omnes illi [contractus] in quibus specialiter hoc agitur ut scriptura conficia-*

prie et vere sunt instrumenta: ut chartae in quibus redigitur aliquid in scriptis et sic accipitur in auth. de fide instrumentorum in rubr. Quaedam non vere, sed ex interpretatione appellatione instrumentorum continentur: ut puta testes. Isti ergo qui ex interpretatione instrumenta appellantur difficile, id est, nullo modo separari possunt ab instrumentis . . . Anche l'Ostiense (Enrico da Segusio), *Summa [decretalium], de fide instrumentorum*, rubrica (ed. cit., 103, n. 1) ricordava che si era di fronte ad un *nomen generale*: *Et quidem generale nomen est: unde supponit pro quolibet vase domus et pro qualibet machina vel cithara . . . restringitur autem instrumentum et supponit pro his tantum quae probationem et fidem faciunt iudici et ipsius mente instruunt: unde et testes appellatione instrumentorum continentur . . . sed et specialius restringitur hic et appellatur instrumentum scriptura facta ad alicuius probationem in posterum faciendam . . .*

³¹ *Summa codicis trecensis* cit., *de fide instrumentorum* (ed. an. Frankfurt 1971, p. 93).

³² Piacentino, *Summa, de fide instrumentorum*, 153: *Ecce enim in emphyteusi* [C. 4. 66. 1; C. 4. 66. 2], *in donationibus ultra quingentos solidos* [C. 8. 53. 36. 3], *et C. si minor se maiorem dixerit vel probatus fuerit* l. II [rectius, III C. 2. 42. 3] *et C. de testibus l. testium* [C. 4. 20. 18], *et C. de non numerata pecunia l. generaliter* [C. 4. 30. 13], *et C. de suffragio* [C. 4. 3. 1], *et in testamento caeci* [C. 6. 22. 8].

tur, tunc enim secundum tenorem legis Iustiniani debent confici³³. Il che significava, in sostanza, affermare che le prescrizioni di forma dipendevano dalle scelte del legislatore o delle parti, e che esse erano poste *specialiter*, cioè come deroga a una regola di libertà di forme.

Ma da questa elencazione di fattispecie a forma vincolata, che sarà arricchita da Azone³⁴, ampliata e completata dalla glossa civilistica³⁵, ripresa dagli scrittori di notariato — si pensi, soprattutto, a Rolandino³⁶ —, Piacentino passava subito al problema centrale della *veritas* e della *fides*: salvi i casi nei quali gli *instrumenta* sono necessari perché da essi scaturisca una verità legale, non ha rilievo se essi non sono stati redatti o se, pur redatti, sono andati perduti, *dummodo fides alias esse possit comperta, fiunt enim scripturae non ut per eas veritas subsistat, sed ut per eas veritas probetur*³⁷.

³³ Rogerio, *Summa cit., de fide instrumentorum*, ed. cit., I, 111.

³⁴ Azone, *Aurea Summa cit., de fide instrumentorum* (ed. cit., 79 v., n. 189). Porro, *ut generaliter de fide instrumentorum sciamus, regula illa est dicenda quae est infra eodem, l. in exercendis litibus* [C. 4.21.15] *eandem vim obtinent tam fides instrumentorum, quam testium depositiones* [questa è la regola posta nella legge citata]. *Nec admitto in aliquo casu, ut vox viva duorum testium tantum validior sit publico instrumento. imo publicum instrumentum in pluribus casibus validius est testibus duobus. vel pluribus, ut notari possunt plures casus, supra si minor se maiorem dixerit, l. si alterius* [C. 2.42.3] *et infra de non numerata pecunia, l. generaliter* [C. 4.30.13] *et supra de testibus l. testium* [C. 4.20.18] *et de suffragio l. I* [C. 4.3.1] *et infra qui testamenta facere possunt l. hac consultissima* [C. 6.22.8] *et ff. de probationibus l. census* [D. 22.3.10].

³⁵ Gl. *valet quod actum est in l. contrahitur ff. de pignoribus et hypothecis* [D.20.1.4] prima afferma che la regola è che la forma è libera o *ad probationem* — *regulariter, ut hic, et C. l. de pactis l. pactum* [C.2.3.17] — e poi elenca i casi in cui occorre lo scritto: *fallit tamen in casibus: ut C. de iure emphyteutico l. I* [C.4.66.1], *et de fide instrumentorum l. contractus* [C.4.21.17] *et de mandatis principis l. I* [C. 1.15.1] *et C. de litis contestatione. auth. offeratur* [post C. 3.9.1 = Nov. 53, c. 3] *et C. de non numerata pecunia l. generaliter* [C. 4.30.13] *et C. si minor se maiorem l. alterius* [C. 2.42.3] *et in auth. de triente et semisse par. et quod saepe coll. III* [Nov. 18, c. 7] *et C. arbitrium tutelae l. ji.* [C. 5.51.13] *et infra de probationibus l. census* [D. 22.3.10] *et in auth. ut liceat matri et aviae par. I et par. quia vero dudum coll. VIII* [Nov. 117, c. 2 e c. 4] *et etiam donatio quae est ultra quingentos solidos ut C. de donationibus l. sancimus* [C. 8.53.34].

³⁶ Rolandino, *Summa totius artis notariae*, III, cap. IX, 351 v. e sgg.

³⁷ Piacentino, *Summa cit., de fide instrumentorum*, 154; egli cita a sostegno

Quindi, *fides* e *veritas* erano entità distinte, ma strettamente correlate l'una all'altra, in quanto la *fides*, secondo una tradizione lessicale risalente, era quella *qua veraciter credimus id quod nequaquam videre valemus. Nam credere iam non possumus quod videmus*³⁸.

Pertanto, civilisti e canonisti ponevano la *fides* sul piano della *credulitas*: in modo molto stringato Azzone³⁹, in modo più argomentato Enrico da Susa: *Quot modis accipiatur fides. . . . Quinto pro credulitate secundum quam credimus id quod non videmus*; sicché, discussa la definizione di S. Paolo, che poneva anch'egli la *fides* come « speranza di cose che non appaiono », *magistraliter* definiva:

*fides est voluntaria certitudo absentium infra scientiam, et supra opinionem constituta. scientia enim habet cognitionem, fides vero non. unde Augustinus fides est credere quod non vides, de paeni. dist. 4 in domo*⁴⁰.

Pertanto, e a rigore, la *fides* era sempre rivolta a ciò che non si

dell'affermazione la 1. *in re ff. de fide instrumentorum* [D.22.4.4] nella quale in fattispecie di ipoteca, Gaio afferma che *fiunt enim de his scripturae, ut quod actum est per eas facilius probari possit: et sine his autem valet quod actum est, si habeat probationem . . .*, e D. 20. 1. 4, C. 4. 21. 1, C. 4. 21. 6, C. 4. 21. 9, C. 4. 21. 10, C. 4. 21. 11, C. 4. 21. 12, per concludere: *Ex his quae dicta sunt colligetur, quod licet quis produxerit instrumentum quod probaverit verum, adversarius eius auditur, si velit probare falsum. Et est hoc notabile*. Più tardi, la gl. *oportet*, in 1. *cum precibus C. de probationibus* [C. 4. 19. 8] affermerà anch'essa che è ammessa la prova contraria *ut plus valeat veritas quam scriptura* e dopo aver ricordato alcuni testi contrari, dirà: *solutio: illa specialia sunt*. E *γ*. anche la gl. *indignum* in 1. *generaliter C. de non numerata pecunia* [C. 4. 30. 13], la gl. *veritas* in 1. *in emancipationibus C. de emancipationibus liberorum* [C. 8. 48. 2] e il *casus*, e l'altro *casus* alla 1. *nec ignorans C. de donationibus* [C. 8. 53. 10].

³⁸ Isidoro, *Etymologiarum sive originum libri viginti*, Oxonii 1911, VIII, 2, 4; Papias, sub verbo *fides* (ed. Venetiis 1496, 19 aprile, ora ed. an. Torino 1966, 120); e su questi problemi v. M. Montorzi, *Fides in rem publicam. Ambiguità e tecniche del diritto comune*, Napoli 1984, p. 16 e sgg.

³⁹ Azzone, *Aurea Summa*, tit. *de summa trinitate et fide catholica* (ed. cit. 2 v., n. 3): *Item dicitur fides credulitas . . .* e cita san Paolo, per il quale v. oltre, nt. 40.

⁴⁰ Ostiense (Enrico da Susa), *Summa*, tit. *de summa trinitate et fide catholica* (ed. cit., 4, nn. 1-2); l'affermazione fu ripresa dalla glossa alla rubrica *de summa trinitate et fide catholica* delle *Decretales Gregorii IX* [X, 1.1]. Per il passo di Paolo, v. *Hebr.* 11, 1: *est autem fides sperandarum substantia rerum, argumentum non apparentium*.

era visto, e che tuttavia poteva essere creduto *veraciter*: anche se era necessario stabilire i modi in cui ciò poteva – o doveva – avvenire.

La glossa ordinaria ritornò più volte su questa interconnessione profonda tra *fides* e *veritas*, che sono viste come momenti di un processo circolare che dalla *veritas* come *notitia certe rei*⁴¹ (lo dirà Alberico) porta alla *fides veritatis*: sia affermando, stringatamente, *fidem*] *id est veritatem*⁴² sia giustificando il principio contenuto nella l. *si res* (D.22.4.5), per cui l'obbligazione sussiste *si res gesta ... veritate factum suum praebeat*, con la considerazione *quia fides veritatis verborum adminicula non desiderat*⁴³, sia risolvendo la locuzione *fides veritatis* nella formula *fides, quae habetur veritati, scilicet hoc casu. Alias autem quandoque exiguntur verba, ut in stipulatione*⁴⁴.

L'esigenza dei glossatori, quindi, era quella di assicurare che la *veritas* della *res gesta* non fosse sopraffatta, a meno che questo non fosse prescritto dall'ordinamento, dagli *adminicula verborum*, cioè da un certo tipo di forme costitutive, ma emergesse in tutta la sua pienezza, e questo era il compito della *fides*, nella sua ambiguità di significato di ciò che fa credere e di ciò che, per questo, è creduto: perché, come scrisse Piacentino, *Instrumentis fides imponitur, ut faciant fidem ...*⁴⁵.

Ma c'è, dietro questa esigenza che è segnata da forti connotazioni

⁴¹ Alberico da Rosciate, *Dictionarium iuris tam civilis quam canonici*, alla voce *veritas* (ed. Venetiis 1581): *Veritas est ipse Deus: veritas vero humana est notitia certae rei, maxime per visum. not. in auth. de instrumentorum cautela* [Nov. 73] *circa principium*. La gl. *cum veritate* alla Nov. 73 affermava: *sed quomodo scitur, quod haec est veritas? responde quia fides testium est cauta et subicit*.

⁴² Gl. *fidem*, in l. *sicut iniquum*, C. *de fide instrumentorum* [C. 4. 21. 5].

⁴³ Gl. *valebit* alla l. *si res ff. de fide instrumentorum* [D. 22. 4. 5]. Gli *adminicula* sono intesi, di regola, come elementi accessori non essenziali: cfr. ad es. la gl. *adminicula*, in l. *pacta ff. de contrabenda emptione* [D. 18. 1. 72]: *id est accidentalialia, sive naturalia contractus: non autem substantia, ut subicit*. Sulla *substantia contractus* v. ora P. Grossi, *Sulla "natura" del contratto*, in «Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno», XV (1986), p. 607 e sgg.

⁴⁴ Gl. *fides veritatis* in l. *si vos* C. *si minor ab haereditate se abstineat* [C. 2. 38. 1].

⁴⁵ Piacentino, *Summa cit., de fide instrumentorum* (ed. cit., 153).

teoriche – filosofiche e teologiche insieme⁴⁶ – anche il bisogno del giurista di garantire la *firmitas* dell'atto, e questa si ha solo quando la struttura tipica di esso si è realizzata: se la l. *cum res C. de probationibus* (C.4.19.12) si era limitata ad affermare che gli *instrumenta* servivano *in rei gestae testimonium* e non erano essi stessi fonti di obbligazione, il *casus* siglato da Viviano aveva precisato:

contractus eam firmitatem habet ex solemnitate verborum et scriptura interveniente, et aliis adminiculis. Aliquando enim intervenit scriptura: non ut contractus per eam firmitatem et substantiam obtineant, sed solum ad aeternam rei memoriam⁴⁷.

Il che significava, in sostanza, riproporre il problema dei rapporti tra gli *adminicula*, anche volontari⁴⁸, delle forme e la tipicità delle fonti delle obbligazioni, nella loro quadripartizione classica *re, verbis, litteris, consensu*.

Ma anche questa *substantia* si riconnetteva, in certe fonti giustiniane, alla *veritas*, in una locuzione ambigua che ricorre nella l. *cum instrumentis* (C.4.21.10) ove si affermava che, se valevano le vendite fatte senza atto scritto, così dovevano valere quelle nelle quali, pur fatto lo scritto, esso fosse venuto meno: *non tolli substantiam veritatis placuit*⁴⁹. E una glossa siglata da Azone, in una fattispecie di usucapio-

⁴⁶ Infatti, la definizione di *fides* utilizzata dai giuristi risale per un verso alla tradizione ciceroniana (*De officiis*, 1, 23) per altro a quella paolina (*Hebr.* 11, 1) entrambe riprese da Agostino d'Ipbona: per queste eredità v. M. Montorzi, *Fides* cit., p. 16 e sgg. Ma anche nei Vangeli è ricorrente il tema del « credere senza vedere »: v. *Marco*, 16, 14; *Luca*, 24, 11; *Luca*, 24, 25; *Giovanni*, 20, 29.

⁴⁷ *Casus* alla l. *cum res C. de probationibus* [C.4.19.12].

⁴⁸ La gl. *cum res* alla l. omonima *C. de probationibus* [C.4.19.12] afferma: *id est obligationes ... et dietio cum, ponitur pro quando. nam quandoque fiunt in scriptis, si hoc scilicet agitur inter partes, et tunc probandum est, ut totum mundum sit completum ... vel dic quod (cum) dicit rationem eius, quod sequitur, et dic secundum hoc geruntur, scilicet ut inde trahant substantiam ...* Per gli *adminicula* v. sopra, nt. 43.

⁴⁹ La medesima espressione è ripresa nella gl. *cum instrumentis* alla l. omonima *C. de fide instrumentorum* [C.4.21.10]: *sed quid si convenerit, ut in scriptis fieret, sed amissa sunt? responde: satis est satisfactum iuri: unde non tollitur substantiam veritatis.*

ne, aveva reso *substantiam* con *veritatem* ⁵⁰.

La *substantia contractus* costituiva anche un momento centrale della riflessione teorica sulle fonti delle obbligazioni, e lo si può cogliere, in uno dei suoi tanti aspetti, nelle costruzioni dei glossatori intorno al ruolo e al valore della forma scritta: e questo ci riporta a quella forma convenzionale del contratto alla quale si è già accennato.

La trattazione più compiuta la si trova, fino alla glossa accursiana, nella *Summa* di Azone ⁵¹. Egli prese le mosse, ancora una volta, dall'affermazione generale: *Et sciendum est omnem contractum sine scriptura fieri posse nisi in casu, in quo exigitur scriptura*, fece i soliti esempi di atti a forma scritta vincolata, e ribadì: *Semper autem videtur fieri sine scriptis*. Tuttavia, poteva anche accadere che i contraenti avessero concordato che *ne aliter sit ratus contractus, quam scriptura interveniente, sicut placet sapientibus* – qui Azone notava che questo non era contenuto espressamente nel testo giustiniano, ma era solo suggerito da esso: *quod quidem non dicitur lege expressim, sed satis innuitur infra eodem l. contractus* [C.4.21.17] ⁵².

⁵⁰ Gl. *substantiam* in l. *pro emptore ff. pro emptore*, par. *si sub conditione* [D.41.4.2.2].

⁵¹ Sul punto, v. G. Astuti, *La documentazione* cit., p. 982 e sgg.

⁵² Azone, *Aurea Summa* cit., *de fide instrumentorum* (ed. cit., 80, n. 26). Ritengo opportuno riprodurre il passo per intero: *Et sciendum est omnem contractum sine scriptura fieri posse nisi in casu, in quo exigitur scriptura, ut supra dictum est: et id exigunt quidam in emphyteutico contractu . . . Semper autem videtur fieri sine scriptis, etiam si scriptura inde fiat ad probationem, nisi inter contrahentes id actum sit, ne aliter sit ratus contractus, quam scriptura interveniente, sicut placet sapientibus, quod quidem non dicitur lege expressim, sed satis innuitur infra eodem l. contractus* [C.4.21.17]. *Cum enim dicit, si convenitur ut fieret in scriptis, notat aperte quod aliter, id est sine scriptura fieri non voluerunt: tunc enim in scriptis, dicitur fieri. Ubi autem contrahunt, et ad probationem eius volunt instrumentum fieri, non convenit fieri in scriptis, quia et ante scripturam tenet. Notanda est ergo vis in eo verbo, ut fieret in scriptis, id est ut substantiam caperet per scripturam. Vel (quod verius puto) tunc dicitur fieri in scriptis, quando in contractu, vel ante contractum conveniunt ut scriptura inde fiat. Ubi autem in scriptis celebratur contractus, non aliter habet vires, nisi instrumenta, quae vulgo dicuntur rogationes, in mundum recepta sint, et dicitur mundum charta quae plene continet omnia quae conventa sunt inter partes, et dicitur mundicia, eo quod sine vituperatione debet esse.*

Orbene, se la forma scritta era stata concordata dalle parti, si doveva ritenere che le parti stesse *aliter, id est sine scriptura fieri non voverunt: tunc enim in scriptis, dicitur fieri*. Invece, quando il contratto era stato stipulato e l'*instrumentum* era stato voluto *ad probationem*, allora *non convenit fieri in scriptis, quia et ante scripturam tenet*⁵³.

Il ragionamento del giurista sembra questo: la forma può essere concordata subordinando ad essa la validità del contratto, oppure a scopo di prova; solo nel primo caso si ha il contratto *in scriptis*.

Però, da queste considerazioni Azzone è anche indotto ad affermare: *Notanda est ergo vis in eo verbo, ut fieret in scriptis, id est ut substantiam caperet per scripturam*⁵⁴.

Qui bisogna fare attenzione a non cadere in equivoco, perché tutta la tornitura del discorso non fa cadere l'accento sulla parola *substantia*, che al giurista moderno può prospettare suggestioni seducenti ma fallaci.

E c'è da chiedersi, allora, se quello posto da Azzone sia un problema di forma *ad substantiam*, oppure un problema parzialmente diverso, di interpretazione della volontà delle parti, per un verso, e di individuazione di una struttura tipica del contratto, delineata, in questo caso, non dalla positività dell'ordinamento ma dall'accordo delle parti.

Sono interrogativi complessi, che occorre chiarire meglio nella loro portata.

Innanzitutto, sembra innegabile che l'intento di Azzone sia quello di individuare cosa si siano realmente prefissi i contraenti accordandosi di stipulare *in scriptis*, dato che, sul punto, la norma è ambigua. Lo dimostrano sia la sua precisazione che quello che affermano i giuristi sulla portata dell'accordo di forma – *ne aliter sit ratus contractus, quam scriptura interveniente* – non è contenuto espressamente nella costituzione giustiniana, sia le distanze che egli prese dalle posizioni dei suoi predecessori⁵⁵. Lo conferma quanto egli affermò con convinzione (*quod*

⁵³ Azzone, *Aurea Summa* cit., *de fide instrumentorum* (ed. cit., 80, n. 26).

⁵⁴ Azzone, *Aurea Summa* cit., *de fide instrumentorum* (ed. cit., 80, n. 27).

⁵⁵ Per la tradizione precedente ad Azzone, documentata dalla gl. *in scriptis* al-

verius puto) poco oltre, e cioè che il contratto è *in scriptis* quando all'atto della sua stipulazione o prima di essa si concorda l'uso della forma scritta: *tunc dicitur fieri in scriptis, quando in contractu, vel ante contractum conveniunt ut scriptura inde fiat*⁵⁶.

Per altro verso, la frase *ut substantiam caperet per scripturam* trova riscontro nell'altra, che segue nel testo, *ubi autem in scriptis celebratur contractus, non aliter habet vires, nisi instrumenta, quae vulgo dicuntur rogationes, in mundum recepta sint*⁵⁷ che pone un problema di effetti obbligatori (*vires*) del contratto, in conseguenza della sua struttura convenzionale.

In questo modo, quindi, sembra che per Azone il contratto *in scriptis* diventi, convenzionalmente, un nuovo tipo contrattuale, che ha nella sua fattispecie convenzionale – cioè nella struttura concordata dalle parti – anche il requisito di forma che le parti hanno voluto, mentre prima dell'accordo quel requisito di forma non era previsto in quella che potremmo dire la fattispecie legale – quella voluta dal legislatore.

La riprova di questo la si può trovare sia in tutta la tradizione successiva sia in un passo di Odofredo sia in un testo molto tormentato di Bartolomeo da Saliceto.

Il primo, infatti, conferma, secondo la tradizione, che per la costituzione del pegno non è necessario l'atto scritto

quia scriptura non est de substantia contractus quia scripturae fiunt ut per eas facilius quae aguntur probari possint . . . nam si res est gesta sine scriptura

la I. *contractus* C. *de fide instrumentorum* [C. 4. 21. 17], v. G. Astuti, *La documentazione* cit., p. 982 e sgg.

⁵⁶ Azone, *Aurea Summa* cit., *de fide instrumentorum* (ed. cit., 80, n. 27). Questo ragionamento ci riporta all'obbligatorietà del c.d. *pactum in continenti*, l'accordo informale che interveniva contestualmente alla stipulazione di un contratto tutelato mediante *iudicium bonae fidei* o immediatamente dopo, e che quindi diventava parte integrante del contratto medesimo: cfr. D. 2. 14. 7. 5. e G. Melillo, *Patti (storia)*, in *EdD*, XXXII, Milano 1982, p. 490 e sgg. Più tardi, Saliceto mostrerà di considerare l'accordo di stipulare *in scriptis* come un patto: B. Saliceto, *In III et IV codicis libros commentaria*, in auth. *Sed novo* C. *si certum petatur* [post C. 4. 2. 17] (ed. Venetiis 1586, 98, n. 5).

⁵⁷ Azone, *Aurea Summa* cit., *de fide instrumentorum* (ed. cit., 80, n. 27).

statur veritati: quia non est necesse scripturam fieri⁵⁸.

Bartolomeo da Saliceto, invece, ragiona come se il contratto *in scriptis* non fosse questo o quel contratto con forma scritta convenzionalmente vincolata, ma, appunto, una fonte di obbligazione contrattuale di tipo generale, che si caratterizza per il fatto di inserire nella sua struttura tipica anche il requisito di forma.

Infatti, se già in Azone *fieri in scriptis* ha una valenza generale, così si può dire altrettanto per Saliceto, per il quale i *contractus celebrati in scriptis* non si confondono mai con quelli *litteris* della tradizione romanistica – egli, infatti, al pari di tutti gli altri giuristi, non ne tratta mai in quella sede ma solo in commento alla l. *contractus C. de fide instrumentorum* (C.4.21.17). Tali contratti, quindi, hanno una loro tipicità che consiste nel fatto di essere vincolati convenzionalmente nella forma:

et quaero primo quando contractus dicatur celebrari in scriptis, et glosa hic ponit duas opiniones. una fuit Iohannis, videlicet, quando actum est, ut aliter contractus non valeat nisi scriptura facta . . . alia fuit Azonis in summa, ut quando ante contractum, vel in ipso contractu actum fuit inter contrahentes, ut scriptura inde fiat gerentes animo non prius contrahere, quam scribatur . . . quaero secundo iuxta id, quod dicit glosa si a principio simpliciter contrahunt, et postea faciunt fieri scriptura contractus non est in scriptis celebratus, sed scriptura ad probationem, et memoriam dicitur redacta . . .⁵⁹.

⁵⁸ Odofredo, *In secundam digesti veteris partem*, in l. *in re ff. de fide instrumentorum* [D.22.4.4] (ed. Lugduni 1552, 165 v.) che conferma la tesi già consolidata. E v. anche Odofredo, *In primam codicis partem*, in l. *contractus C. de fide instrumentorum* [C.4.21.17] (ed. Lugduni 1552, 217 v., n. 9): *et in primis quaero, quando dicatur celebrari contractus in scriptis: nam nescio quid do. Azo sentiat in hoc: quia ipse non stetit firmus in dicto suo . . . Et ideo vos dicetis secundum Iohannem quod contractus dicitur celebrari in scriptis, quando agitur inter contrahentes, quod inde fiat scriptura: et si non, aliter non valeat . . . Et hanc opinionem approbat Azo in summa, si certum petatur. Alii dicunt quod tunc dicitur celebrari contractus in scriptis, quando agitur inter contrahentes quod fiat inde scriptura in ipso contractu: vel incontinenti post contractum: licet non adiiciantur illa verba, quod non valeat nisi fiat scriptura . . . et hanc opinionem approbavit Azo in summa huius tituli. Vel dicatis ut dicere consuevi, dicitur celebrari contractus in scriptis duobus modis.*

⁵⁹ B. Saliceto, *In III et IV codicis libros commentaria*, in l. *contractus C. de fide instrumentorum* [C.4.21.17] (ed. cit., 148 v., nn. 5-6); e v. anche in auth. *Sed novo C. si certum petatur* [post C.4.2.17] (ed. cit., 98, n. 5).

Di conseguenza, il problema tocca solo marginalmente la forma del contratto, ma investe tutta la teoria delle fonti delle obbligazioni contrattuali, sia nella loro articolazione *re, verbis, litteris, consensu*, sia nella loro tipicità per *nomina*.

Del resto, si è già esaminato un passo della glossa che si chiedeva, molto acutamente, se un contratto consensuale come la compravendita, per il quale fosse stata concordata la forma scritta, diventasse per questo un contratto *litteris*, e si è ricordata la risposta negativa che fu data *quia aliud habet nomen, scilicet emptio: et verum est hoc nomen*⁶⁰. Perché, in sostanza, si trattava di un diverso tipo di contratti, e bisognava stare ad esso.

Però più tardi le cose cambiarono, e le categorie romanistiche tradizionali, ancora ben distinte tra loro per i glossatori, furono sottoposte a un rimescolio generalizzato, sicché Baldo al medesimo quesito della glossa rispose in modo tutto diverso. Certo, ci sono i contratti nominati, ed essi sono *re, verbis, litteris, consensu*, e si può contrarre *in scriptis*:

sed omnes isti possunt esse complexi, id est coniuncti, seu mixti cum litteris, id est scriptura, quando contrahitur in scriptis, et iste est casus notabilis legis nostrae, et dicamus quod quidam contractus contrahuntur mixtim verbis, et litteris, quidam mixtim re, et litteris, quidam mixtim consensu, et litteris, quidam mixtim liberalitate, et litteris, ut donatio in scriptis, quod etiam ad distractum eodem modo pertinet per legem nostram⁶¹.

In questo modo, i problemi giuridici delle forme dei contratti venivano ricondotti di continuo alle fonti delle obbligazioni contrattuali, sia che si recuperassero istituti ormai desueti per adattarli ad esigenze nuove, sia che si dovessero affrontare i nuovi temi offerti dalla legislazione statutaria.

Ci si dovrà limitare, per forza di cose, a due soli esempi, dell'uno e dell'altro tipo. Si erano diffuse, nella pratica, le scritture dei mercanti, e al giurista spettava il compito di trovare loro un ancoraggio sicuro, che ne giustificasse e ne assicurasse l'obbligatorietà; ed è ancora Baldo

⁶⁰ V. sopra, nt. 7.

⁶¹ Baldo degli Ubaldi, *In quartum et quintum codicis libros commentaria*, in l. *contractus* C. *de fide instrumentorum* [C.4.21.17] (ed. Venetiis 1585, 61 v., n. 23 e sgg.).

che scrive che la *scriptura* dei mercanti non è *authentica* perché essi non sono *personae publicae* e non rientrano nella previsione dell'editto del pretore, dato che la loro funzione è di commerciare, non di scrivere. Tuttavia, le scritture mercantili fanno prova *propter magnam similitudinem, quam habent cum argentariis antiquis* purché siano scritte *in forma rationum* e non *per se, sed inter alios creditores*⁶².

Da ciò Baldo era indotto a una considerazione più generale dei rapporti, ancora una volta, tra atti scritti e obbligazioni contrattuali, affrontando alcuni nodi fondamentali dell'obbligatorietà del contratto. La scrittura non è una fonte di obbligazione (*modus constituendi obligationem*), ma fa presumere che sia nata una obbligazione, in forza della *causa* che si è realizzata prima della scrittura; e non è richiesta una prova piena del contratto per confermare la scrittura, come sarebbe necessario se essa non ci fosse⁶³.

Del resto, ancora sul punto del contratto *in scriptis*, chiedendosi, al solito, come interpretare la volontà delle parti che si erano accordate di rivolgersi al notaio, magari dicendo soltanto *habeamus notarium*, Bal-

⁶² Baldo degli Ubaldi, *In quartum et quintum codicis libros commentaria, de fide instrumentorum*, rubrica [C.4.21] (ed. cit., 57 v., n. 60). Egli ricorda (n. 56 e sgg.) che ci sono scritture che non sono fatte *publica manu* ma *duabus de causis*, cioè *quandoque propter officium, cui quis astringitur, quandoque propter mandatum, quod de hoc suscipitur*. Nel primo gruppo ci sono le scritture degli *argentarii*, dei mercanti, dei tutori e curatori, dei soci e degli institori. Nelle scritture dei mercanti *est considerandum, quod scriptura istorum non est authentica, quia non sunt personae publicae. item non est per edictum praetoris approbata: quia eorum officium non consistit principaliter in scribendo, sed in negociando. sed tamen propter magnam similitudinem, quam habent cum argentariis antiquis, si scribunt libros suos, in forma rationum non per se, sed inter alios creditur, dummodo scripserint propter mandatum, quod a partibus susceperint, et dummodo ipsorum scriptura habeat die et consule, sicut debent habere rationes. hoc verum est saltem quantum ad semiplenam probationem ...*

⁶³ Baldo degli Ubaldi, *In quartum et quintum codicis libros commentaria, de fide instrumentorum*, rubrica [C.4.21] (ed. cit., 57 v., n. 61). Il passo, molto denso concettualmente, dice: *Scriptura non est modus constituendi obligationem, sed inducitur praesumptionem obligationis ex causa, quae allegatur praecessisse ... si ergo non continetur causa, non probat: tamen sufficit probare causam coniecturalem ad confirmationem scripturae, nisi alias requireretur aperta probatio, si scriptura non esset ...* Per la nozione di *causa* v. nota 64.

do riteneva che, in quel caso, la scelta riguardasse la *substantia* e utilizzava una formula – *quod non erat alias contracturus* – che altrove egli usava per indicare la *cd. causa finalis*, che nel contratto è come l'essenza intima voluta dalle parti – altrove egli ne parla come di *obiectum intellectus* –: *et idem dico si a iure, vel consuetudine hoc sit inductum*⁶⁴.

E veniamo al secondo esempio. La realtà nuova della legislazione comunale poteva introdurre prescrizioni di forma che non erano contenute nel diritto romano, e che nascevano dall'esigenza di garantire meglio certe situazioni di particolare rilievo, o di porre rimedio a certi abusi, ed è costante, nei commentatori, il richiamo a questo o a quello statuto, oppure la considerazione di carattere generale che l'obbligo di forma non nasce soltanto dalle fonti romanistiche, ma anche da quelle statutarie.

Un caso interessante lo proponeva Odofredo leggendo la solita *l. contractus* e chiedendosi come si dovesse interpretare la volontà delle parti di stipulare con atto scritto; prima egli ricordava le diverse posizioni della dottrina, poi proponeva la sua soluzione, che nasceva, appunto, dalla considerazione dell'esperienza del diritto statutario bolognese⁶⁵.

Esso prescriveva che, perché i debitori non fossero trattati in ingan-

⁶⁴ Baldo degli Ubaldi, *In quartum et quintum codicis libros commentaria*, in *l. contractus C. de fide instrumentorum* [C. 4.21.17] (ed. cit., 61, n. 7): *quaero, quid est hoc dictum: dicunt quidam, quando hoc expresse actum est, quod non valeat nisi scriptum. alii dicunt quod ubi est hoc praedictum, ut scribatur, sed ubi est post dictum, et primo factum, tunc scriptura est ad commemorationem, et in vi solius probationis . . . et sic ordo facti significat ordinem intellectus*. La prima opinione, per quanto vera in sé, non è approvata dalla glossa, mentre lo è la seconda, sicché *quandocumque ante factum aliqua partium dicit, habeamus notarium, ibi est signum quod debeat contrahi in scriptis, idest quod non erat alias contracturus. et idem dico si a iure, vel consuetudine hoc sit inductum . . . et ideo contractus, qui confirmantur, et adiuvantur in schedulis, sicut sunt contractus, qui fiunt per substationes, et quae fiunt a regibus, et comitibus et in quibus forma scripturae praecedit consensum, omnes isti contractus dicuntur in scriptis*. Per questa accezione di "causa finale" in Baldo – in *l. si creditor C. de fideiussoribus* [C. 8.40.7] – v. F. Calasso, *Il negozio giuridico*, Milano 1959, p. 300 e sgg.

⁶⁵ Odofredo, *In primam codicis partem*, in *l. contractus C. de fide instrumentorum* [C.4.21.17] (ed. Lugduni 1552, 217 v., n. 9). Dopo il passo riprodotto sopra, nt. 58, Odofredo aggiungeva: *Vel dicatis ut dicere consuevi, dicitur celebrari contractus in scriptis duobus modis*.

no dai creditori, se il contratto eccedeva la somma di venticinque lire
primo debet scribi totus contractus voluntate partium: et postea debet eis
legi: et postea ab eis approbari antequam vocentur testes: et postea debet legi
praesentibus testibus.

Un tempo, infatti, erano frequenti gli abusi dei notai, che scrivevano
gli *instrumenta* a loro piacimento:

nam olim notarii consueverunt ita facere: nam vocabant testes, et non scribe-
bant aliquid sed postmodum cum scribebatur, detrahebant et adiungebant ad
sensus suum, et creditoris⁶⁶.

Ricollegandoci a questo spunto di Odofredo, si può dire qualcosa,
molto in breve, sul modo in cui i giuristi bolognesi hanno interpretato
ed applicato quella parte della l. *contractus* che prescriveva che nessuno
potesse *aliquod ius sibi ex eodem contractu vel transactione vindicare*,
in base alla sola *scheda conscripta . . . vel ab ipso mundo, quod necdum
est impletum et absolutum*⁶⁷.

Su questo punto i glossatori non spesero troppe parole. La posi-
zione che si consolidò fu, anche in questo caso, quella di Azone, ripresa
sostanzialmente dalla glossa ordinaria di Accursio e costantemente riba-
dita dai commentatori: quando il contratto è *in scriptis*, cioè quando si
utilizza la forma scritta convenzionale, esso non ha *vires*, cioè non pro-
duce effetti – ma bisogna guardarsi dall’usare queste categorie moderne,
che non sempre trovano riscontro nei giuristi medievali –

nisi instrumenta, quae vulgo dicuntur rogationes, in mundum recepta sint; et
dicitur mundum charta quae plene continet omnia quae conuenta sunt inter
partes et dicuntur mundicia, eo quod sine vituperatione debent esse. Et de-
bent partes subscribere huic mundo. Item et testes . . . Item oportet mundum
ex toto compleri a tabellione, nec aliter habet vires contractus adeo, ut ante-
quam ista sint completa quaelibet pars recedere possit a contractu, nec timet
praestationem interesse . . .⁶⁸.

⁶⁶ Odofredo, *In primam codicis partem*, in l. *contractus* C. *de fide instrumen-
torum* [C.4.21.17] (ed. cit., 217 v., n. 9). Egli faceva anche un altro esempio,
tratto dal diritto feudale: *Exemplum in curiis potentum et baronum est, ut potetis
videre quando tractatur de discordiis baronum et potentum reducendorum ad pacem.
Nam dicunt ipsi, ponantur singuli articuli in nota: videatur quod petatur: postea ex
quo concordant, iste contractus de illa concordia plena reducitur in scriptis.*

⁶⁷ L. *contractus* C. *de fide instrumentorum* [C. 4. 21. 17].

⁶⁸ Azone, *Aurea Summa* cit., *de fide instrumentorum* (ed. cit., 80, n. 27).

Qualche ulteriore contributo, ma di carattere molto specifico, viene da un contrasto tra Bartolo e Baldo. Il primo riteneva che, quando si stipulava *in scriptis*, dovesse precedere lo scritto e poi seguire il consenso, mentre per Baldo *iste ordo non curat... dummodo utrumque interveniat eodem contextu*: e ciò aveva rilievo sul piano degli effetti obbligatori, che è il vero nodo di tutte queste costruzioni teoriche⁶⁹.

Infatti, osservavano i giuristi, cosa voleva dire che il contratto non aveva *vires*? e ponevano un caso che dimostra, ancora una volta, l'intrecciarsi di problemi di forma e problemi di sostanza obbligatoria dei contratti.

La glossa ordinaria si chiedeva cosa avvenisse quando il venditore, *ante mundum completum*, effettuasse la *traditio* della cosa e ricevesse il prezzo: si trasferiva la proprietà del bene?

La questione era grossa, in teoria e in pratica, perché per un verso la l. *contractus* affermava che il contratto in quel caso non aveva *vires*, ma per un altro verso altre fonti ammettevano l'acquisto della proprietà *ex inutili contractu*: in un primo tempo, ricordava Azzone, Bulgaro aveva sostenuto la tesi negativa, *sed postea bene mutavit sententiam, quia sapientis est mutare suum consilium in melius*⁷⁰. Da Azzone il principio passò sostanzialmente nella glossa ordinaria⁷¹, e trovò diffusione in

⁶⁹ V. rispettivamente Bartolo da Sassoferrato, *In primam codicis partem*, in l. *contractus* C. *de fide instrumentorum* [C. 4. 21. 17] (ed. Venetiis 1602, 137) e Baldo degli Ubaldi, *In quartum et quintum codicis libros commentaria*, in l. *contractus* C. *de fide instrumentorum* [C.4.21.17] (ed. cit., 61 v., n. 25). Per altro, lo stesso Baldo chiedendosi se il contratto concordato *in scriptis* faccia nascere diritti o azioni quando la scrittura è ancora *imperfecta*, risponde di no, *quia donec licet poenitere, ius non oritur, nec necessitas obligationis imprimitur* mentre se *ex istis imperfectis secutum est aliquid perfectum, puta sententia, vel transactio* la soluzione deve essere diversa e *standum est perfectis* (ed. cit., n. 1).

⁷⁰ Azzone, *Aurea Summa* cit., l. *contractus* C. *de fide instrumentorum* [C. 4. 21. 17] (ed. cit., 80).

⁷¹ gl. *vel id quod emptoris* in l. *contractus* C. *de fide instrumentorum* [C. 4. 21. 17]: *contra M(artinus) facit, qui dixit venditorem praecise teneri ad rem tradendam... Item quid si tradat venditor ante mundum completum an dominium transferatur? Bulgarus aliquando dixit quod non, sed postea mutavit consilium dicendo quod sic... et pro hoc quod transeat dominium ex inutili contractu, est ff. de dolo l. et eleganter in prin. [D.4.3.7].*

postaccursiani come Odofredo⁷² e in pratici come Rolandino⁷³.

In conclusione, mi sembra che si possa dire che, nell'esperienza dei giuristi medievali, il problema delle forme dei contratti è sempre stato ricollegato ai problemi giuridici che riguardano tutto il sistema delle fonti delle obbligazioni, e che le prescrizioni di forma, legali o convenzionali, hanno integrato, ma non esaurito, la fattispecie tipica – cioè la struttura – dei contratti per i quali sono state previste.

E se mi è consentita un'ultima citazione, vorrei concludere con uno dei maggiori e più colti maestri di notariato, Salatiele, che proprio *in limine* alla sua *Ars notariae*, ribadiva, in un passo molto denso concettualmente, la connessione profonda tra gli *instrumenta*, la loro redazione conforme a diritto, gli effetti obbligatori e la *fides intemerata* che ne scaturivano, la tutela processuale che così risultava garantita: perché, secondo Salatiele, erano proprio le *vires contractuum et pactorum* quelle *quibus mundus regitur, quibus ius suum redditur unicuique*⁷⁴.

⁷² Odofredo, *In primam codicis partem*, in I. *contractus* C. *de fide instrumentorum* [C.4.21.17] (ed. cit., 217 v., n. 10).

⁷³ Rolandino, *Summa cit.*, III. *de iudiciis*. IX *de probationibus quae fiunt per instrumenta* (ed. cit. 352): *sed quid si contractus fiat in scriptis utputa, vendit quidam rem quandam, agitur quod inde fiat scriptura et ante completam scripturam venditor sponte tradat rem venditam an transfertur dominium in emptorem? videtur dicere dominus Accursus quod sic: licet dominus Bulgarus aliquando dixerit quod non, sed ipse postea bene mutavit consilium: quia sapientis est mutare consilium in melius* e v. anche oltre, alla fine del cap. IX (ed. cit. 355).

⁷⁴ Salatiele, *Ars notariae*, a cura di G. Orlandelli, Milano 1961, I, p. 4 e sg.: *Nam per instrumenta, quae per ipsorum [i notai] prodigalitatibus incuria fudit, iuris vinculum homines non astringit sed per pravam structuram, quae a turpi crimine artis ignoratae procedit, instrumentorum nervi deficiunt quibus homines vintiuntur omnibusque fides intemerata servatur et vires contractuum et pactorum quibus mundus regitur, quibus ius suum redditur unicuique legitimo tramite destitutae nullam pariunt agentibus actionem.*