

ANTONIO GUARINO

LA SOCIETÀ
IN DIRITTO ROMANO

con una nota
DELL'AUTORE

JOVENE EDITORE

Stampato in Italia - Printed in Italy

© Copyright Jovene 1988

CASA EDITRICE DOTT. EUGENIO JOVENE S.P.A. - VIA MEZZOGANNONE, 109 NAPOLI

Diffusion en France

DIFFUSION DE BOCCARD - 11, RUE DE MÉDICIS - F 75006 PARIS

Indice generale

<i>Nota</i>	xi
I. 'SOCIETAS CONSENSU CONTRACTA'	1
II. 'SOLUTIO SOCIETATIS'	123
III. 'DISSENSUS SOCIORUM'	157
IV. LA SOCIETÀ COL LEONE	175
V. LA CONDANNA LIMITATA DEL 'SOCIUS'	195

Nota

La cortesia dell'amico Labruna e l'ospitalità della casa editrice Jovene mi permettono di riprodurre in volume unico gli studi da me dedicati, tra la fine degli anni sessanta e gli inizi del decennio successivo, all'istituto della *societas* romana.

Gli studi riprodotti nel presente volume sono, più precisamente, i seguenti:

1) il saggio complessivo sulla *societas* (un saggio, quindi, che si riferisce anche agli altri più specifici miei contributi) avente il titolo di *Societas consensu contracta* e pubblicato come quaderno n. 10 (Napoli, 1972, p. iii-120) dell'Accademia di scienze morali e politiche della Soc. nazionale di scienze, lettere ed arti di Napoli (= *Atti Accad. sc. mor. e pol. Napoli* 83 [1972] 261 ss.);

2) l'articolo *Solutio societatis*, pubblicato in *St. Grosso* III (1969) 1 ss. (= *Labeo* 14 [1968] 130 ss.);

3) l'articolo *Dissensus sociorum*, pubblicato in *St. Volterra* V (1971) 135 ss. (= *Arch. giur.* 175 [1968] 212 ss.);

4) l'articolo *La società col leone*, già pubblicato in *Labeo* 18 (1972) 72 ss., ma qui presentato nella lezione rielaborata della mia raccolta *Inchie di giureconsulti* (1978) 85 ss.;

5) le pagine relative a *Il 'socius'* (p. 26 ss.) del mio libro *La condanna nei limiti del possibile* (2^a ed. 1978, ma v. già la prima edizione del 1975).

I miei scritti hanno avuto la fortuna e l'onore di essere molto attentamente recensiti da F. Wieacker (in *Iura* 24 [1973] 243 ss.) e da M. Kaser (*Neue Literatur zur 'societas'*, in *SDHI.* 41 [1975] 278 ss.). Non starò a farmi bello delle parole benevoli che i due autorevoli recensori hanno avuto per me, e tanto meno starò a farmi forte delle manifestazioni di consenso che essi (accanto a non poche, né piccole manifestazioni di dissenso) hanno espresso nei riguardi di alcune mie tesi.

Mi piace solo sottolineare che l'uno e l'altro autore hanno attribuito alle mie pagine la dote che per me più conta: quella di porre nuovi problemi e di suscitare nuovi dubbi. Problemi e dubbi che lascio volentieri al libero giudizio dei futuri studiosi della materia. I quali, mi auguro, non mancheranno.

a. g.

I

« SOCIÉTAS CONSENSU CONTRACTA »

SOCIETA NAZIONALE DI SCIENZE LETTERE ED ARTI IN NAPOLI

ACCADEMIA DI SCIENZE MORALI E POLITICHE

QUADERNO N. 10

ANTONIO GUARINO

SOCIETAS CONSENSU CONTRACTA



NAPOLI
LIBRERIA SCIENTIFICA EDITRICE
1972

PREMESSA

SOMMARIO: 1. Lo studio storico della *societas consensu contracta* e gli « idoli » che lo fuorviano (*).

1. Il ritrovamento del Gaio antinoense nel 1933, la pubblicazione di un luminoso « corso » di Vincenzo Arangio-Ruiz quindici anni dopo sono stati per la storiografia romanistica due impulsi di eccezionale efficacia per una vigorosa ripresa degli studi in ordine alla società consensuale romana. Nell'ultimo quarantennio sono perciò venuti alla luce contributi dottrinali numerosi, alcuni dei quali eccellenti, che certamente hanno di molto allargato e schiarito gli orizzonti di un tempo (1). Non so, tuttavia, se siano stati raggiunti, intorno a punti

(*) Appunti da un seminario svolto nel Centro di Studi romanistici « Vincenzo Arangio-Ruiz » di Napoli l'anno accademico 1971-72.

(1) BIBLIOGRAFIA. Per la più antica: WINDSCHEID-KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts* 2^o (1906) 776 ss. (§ 405); JÜRS-KUNKEL, *Römisches Recht*³ (1949) 240 nt. 1 (§ 151), 413 (Nachtr.). Per la più recente: KASER, *Das römische Privatrecht (RPR.)* 1² (1971) 572 ss. (§ 133.3), 2 (1959) 271 ss. (§ 267); GUARINO, *Diritto privato romano*⁴ (DPR.) (1970) 969 ss. (§ 100). In particolare considerazione, ai fini della presente ricerca: DEL CHIARO, *Le contrat de société en droit privé romain sous la République et au temps des jurisconsultes classiques* (1928); POGGI, *Il contratto di società in diritto romano classico* 1 (1930), 2 (1934); WIEACKER, *Societas, Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft* (1936) 9 ss. (= WIEACKER I); ARNÒ, *Il contratto di società* (Lezioni 1938); SZLECHTER, *Le contrat de société en Babylonie, en Grèce et à Rome* (1947); ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano* (1950); WIEACKER, *Das Gesellschaftsverhältnis des klassischen Rechts*, in ZSS. 69 (1952) 302 ss. (= WIEACKER II); ID., *Rc. ad Arangio-Ruiz*, in ZSS. 69 (1952) 488 ss. (= WIEACKER III); GUARINO, « *Solutio societatis* », in *St. Grosso* 3 (1969) 1 ss. (= GUARINO I, già pubbl. in *Labeo* 14 [1968] 139 ss.); ID., « *Dissensus socio-*

essenziali, traguardi non dico di certezza, ma almeno di sufficiente attendibilità. Temo, più precisamente, che la dottrina (cosa non rara, del resto) sia tuttora inconsciamente dominata da alcuni « idoli » di vecchia tradizione, l'influenza dei quali non le permette di valutare in piena indipendenza di giudizio i dati molteplici e apparentemente contraddittori che abbiamo sott'occhio, onde riportarli ai diversi ambienti sociali, economici, giuridici da cui sono emersi ed in cui debbono essere inquadrati (2).

Rendersi conto di questi idoli è la prima cosa da fare per poter compiere un reale passo in avanti.

A mio parere, i tre più insidiosi sono i seguenti: la concezione che del fenomeno societario si è andata formando negli ordinamenti giuridici vigenti e nel pensiero giuridico moderno in genere; l'accostamento, propiziato dalla terminologia romana e dalla sistematica di certe trattazioni giurisprudenziali, della *societas* consensuale alla *communio*; la presunta derivazione della *societas consensu contracta* dal *consortium erecto non cito* dell'antico *ius civile* (3). In forza di queste tre preven-

rum », in *St. Volterra* 5 (1971) 135 ss. (= GUARINO II, già pubbl. in *AG.* 175 [1968] 212 ss.); BIANCHINI, *Studi sulla « societas »* (1967); BONA, *Contributi alla storia della « societas universorum quae ex quaestu veniunt » in diritto romano*, in *St. Grosso* 1 (1968) 383 ss. (= BONA I); *id.*, *Società universale e società questuaria generale in diritto romano*, in *SDHI.* 33 (1967) 366 ss. (= BONA II); *id.*, *Studi sulla società consensuale in diritto romano* (1972) (= BONA III); CANCELLI, *sv. Società (Diritto romano)*, in *NNDI.* (1970). Per grande cortesia dell'autore, ho potuto consultare e utilizzare BONA III sulle bozze definitive di stampa.

(2) FONTI. *Gai.* 3.148-154 b; *GE.* 2.9.16; *Paul.* 2.16; *I.* 3.25, *De societate*; *D.* 17.2, *Pro socio*; *CI.* 4.37, *Pro socio*. Per i documenti: ARANCIO-RUIZ, *Negotia*², *FIRA.* 3 (1969) n. 157-158; TAURENSCHLAG, *The law of greco-roman Egypt in the light of the Papyri* (1955) 300 ss.; STEINWENTER, *Aus Gesellschaftsrecht der Papyri*, in *St. Riccobono* 1 (1936) 487 ss. Cfr. anche POCCHI, 1 ss. (cap. I). Tralascio l'indicazione della letteratura, notissima, suscitata dalla scoperta del Gaio antinoense (*Gai.* 3.154 a-154 b, *PSI.* 11.1182). Per completezza va citato anche il *fr. Bodleienne de societate* (*P. Grenf.* 2.156; *FIRA.* 2^o. 423 s.; GIRARD, *Textes*⁷ 1 [1967] 413), corrispondente a *D.* 17.2.65.16 e 67.1 (*Paul.* 32 ed.), su cui, da ultimo, WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen* (1960) 271 s.

(3) Altro idolo pericoloso, che però non domina solo sugli studi in materia di *societas*, è costituito dal « dogmatismo », o almeno dal sistematicismo di tipo tutt'infatto moderno, che si è portati, spesso quasi inconsapevolmente, ad attribuire ai giuristi romani sopra tutto dell'età classica. Anche se i giuristi classici, particolarmente dopo aver superato la fase polemica dei Sabiniani e dei Proculiani, manifestarono una innegabile tendenza al genere letterario delle opere sistematiche, di trattazione completa e ben ordinata degli argomenti del *ius privatum*, questa tendenza non si tradusse mai, salvo spunti qua e là di carattere particolare, in sistemi articolati

zioni, si tende ancora, anche se in certi casi lo si nega a parole, a concepire la *societas* consensuale classica come un *quid* indipendente, per lo meno quanto alla sua gestione, dai soci e dai loro patrimoni personali (4), si precisa che il prototipo della *societas* fu la *cd. societas omnium bonorum*, società di mero godimento di un patrimonio unificato dei soci (5), si aggiunge che la *societas omnium bonorum* fu la versione pretoria, riveduta e corretta, del *consortium erecto non cito*, scomparso dal *ius civile* (o per lo meno dalla pratica del *ius civile*) per imprecisate (o almeno incerte) ragioni (6).

Il mio proposito è di sollevare quanto meno dei dubbi, e con i dubbi una serena discussione, circa questa impostazione tradizionale della storia della *societas* consensuale. Non più che dubbi perchè, si ricordi, a parte il largo margine di opinabilità che comporta la lettura critica dei testi, le fonti romane, a cominciare da Gaio, presuppongono come noti, addirittura come ovvi, e probabilmente ciascuna secondo una propria visione del fenomeno nella realtà sociale, sia la struttura del contratto societario, sia gli effetti del medesimo, vale a dire i rapporti che da esso scaturiscono.

È dalle loro « variazioni » intorno a questi « temi » impliciti, ma che per noi costituiscono a rigore un'incognita, che la dottrina romanistica è costretta a ricavare induttivamente la nozione del contratto e dei suoi effetti tipici nei vari « tempi » (se vari tempi vi furono) della sua storia, dall'editto peregrino alla compilazione giustiniana.

secondo una rigorosa logica unitaria, così cioè come li si intende, dopo la grandiosa esperienza della Pandettistica, dai giuristi contemporanei (cfr., per tutti, GUARINO, *Storia del diritto romano*⁴ [1969] 493 ss.). Ciò dipese da un fatto preciso e ormai molto lucidamente chiarito: che i giuristi romani non nutrirono, salvo che in minima e sporadica misura, un vitale interesse al superamento della casistica che si offriva alla loro concreta osservazione o, tutt'al più, alla loro possibilità di integrazione per immediata analogia, sicchè non si spinsero, nella costruzione di concetti giuridici da cui dedurre le possibili soluzioni, oltre i gradi iniziali di alcune concezioni (e terminologie) di comodo. Sul tema cfr., da ultimo, HORAK, « *Rationes decidendi* » 1 (1969) *passim* e *specialm.* 1 ss. (con la bibliografia ivi citata), 65 ss., 116 ss., 129 ss., 147 ss.; KASER, *RPR.* 1.2 s., 212. La conseguenza, in tema di *societas*, è chiara. Presumere che i giuristi romani abbiano necessariamente avuto una visione completa e logicamente conclusa dell'istituto val quanto presumere che essi abbiano letto e assimilato avanti tempore le Pandette del Windscheid e il trattato di diritto romano del Kaser.

(4) *Infra* n. 12.

(5) *Infra* n. 2-4.

(6) *Infra* n. 4-5.

I

LE ORIGINI DELLA SOCIETA' CONSENSUALE

SOMMARIO: 2. Ipotesi superate in tema di *societas*. Errore della persistente e diffusa convinzione secondo cui la figura originaria e fondamentale di *societas* fu la *societas omnium bonorum*. — 3. L'editto pretorio non limitò la formula dell'*factio pro socio* al modello della *s.o.b.* — 4. La *s.o.b.* nacque con finalità ben diverse da quelle della *communio* e del *consortium*. — 5. Inattendibilità sul piano storico della parentela *communio*, *consortium*, *societas*. — 6. Segue. Carattere postclassico dei principi affermati nei fr. 1-3 di D. 17.2. Analisi della catena costituita dai fr. 1-7. — 7. Gai' 3.148-149 non ha parlato della *s.o.b.* come di una società di mero godimento. — 8. Classicità della *societas quaestus* generale. Analisi di D. 17.2.7-13. — 9. Segue. Critica della tesi circa il carattere postclassico della *societas quaestus* generale come società per antonomasia. — 10. La *pretiosa opera* del socio fu considerata in maniera approssimativamente identica da tutti i giureconsulti romani.

2. È risaputo che *socius* e *societas*, nel linguaggio corrente e in quello stesso dei giuristi e delle cancellerie, non indicano e non hanno mai indicato esclusivamente la fattispecie della società consensuale, cioè il fenomeno di una giustapposizione e coordinazione di impegni fra due o più socii nata, ai fini della realizzazione di uno scopo di comune interesse, da un contratto in qualunque modo espresso e alimentata dalla perseveranza del consenso dei soci (7).

(7) *Socius* da *sequor*?. Variamente, sul punto, WALDE-HOFMANN, 2.551, e ERNOUT-MEILLET, *shv*. Comunque il senso è indiscusso: *socius* significa compagno e il derivato *societas* significa compagnia. Cfr. anche BENVENISTE, *Le vocabulaire des institutions indo-européennes*, I (1969) 335 s., 337, che indica la comune derivazione di *socius* e di *civis* dal sanscrito 'seva- ('siva-), propizio, amico, caro. Sul tema, M. WEGNER, *Untersuchungen zu den lateinischen Begriffen « socius » un « societas »* (1969) 12 ss.

I due termini indicano anche, tra l'altro, ben diverse fattispecie associative non derivanti da contratto ma da un negozio unilaterale (collettivo) di costituzione (8), forse fattispecie societarie create da un nudo consenso iniziale ma di vita indipendente dalla *perseverantia consensus* (9), infine, e largamente, la fattispecie della *communio* (10). Si aggiunga che, mentre l'editto pretorio (e più specificamente quello del *praetor urbanus*, nonchè probabilmente l'*edictum provinciale*) (11)

(8) È il caso delle *societates publicanorum*, che costituivano uno dei pilastri della finanza pubblica romana quanto meno dalla seconda metà del sec. III a.C. (cfr. il ben noto Liv. 23.49, relativo al 215-214 a.C., ma v. anche Polyb. 6.17). Per le fonti giuridiche, v. sopra tutto Gai. D. 3.4.1 pr. (*socii publicorum vectigalium*, ai quali *permissum est corpus habere*). Sul tema, da ultimo, UERÖCNI, sv. *Publicani*, in *PW*. Suppl. 11 (1968) 1184 ss., 1203 ss., ivi bibliografia precedente. Il fenomeno, molto complesso anche sotto il profilo giuridico, merita, a mio avviso, nuovi studi, i quali cerchino di individuare i modi di creazione del vincolo tra i soci antecedentemente alla introduzione e diffusione in Roma della *societas consensu contracta*. Certo è che, dopo l'avvento della società consensuale, non raramente i rapporti interni tra i *socii publicorum vectigalium* furono disciplinati con ricorso allo strumento del contratto consensuale (*infra* nt. 9), ma sarebbe interessante vedere in base a quale diverso tipo di negozio (atto collettivo di costituzione del *corpus*?), o in base a quale specifico fatto giuridicamente rilevante (costituzione di un patrimonio comune vincolato anche nei riguardi dell'ente pubblico a garanzia degli impegni assunti dal *manceps*?), la *societas publicanorum* otteneva il riconoscimento come *corpus* distinto dalle persone dei soci. Altro punto da chiarire è se la *societas* venisse meno con la scomparsa del *manceps* (così la *communis opinio*) o se, piuttosto, la scomparsa del *manceps* (ad esempio, per morte) implicasse solo la fine del rapporto pubblicistico tra lui e il magistrato, senza implicare la liquidazione della *societas*.

(9) È il caso delle *societates vectigalium*, di cui talvolta parlano i giuristi (cfr. Pomp. D. 17.2.65.15, Ulp. D. 17.2.63.8, Pomp. D. 17.2.59 pr.). L'interferenza di queste società con le *societates publicanorum* (*retro* nt. 8) è chiara, ma è altrettanto chiaro che i giuristi ne parlano esclusivamente sotto il profilo della società consensuale (cioè dei rapporti interni tra i soci), segnalando però che esse non si sciogliono per morte del socio (e che pertanto, almeno sotto questo profilo, la *perseverantia consensus* non è richiesta).

(10) Le citazioni non sono necessarie: cfr., per tutti, HEUMANN-SECKEL, sv. *Socius*, lett. d. Ivi anche, sv. *Societas* e *Socius*, una scelta delle altre numerose accezioni di *socius* e *societas*. Alla *communio* fu estranea la denominazione esplicita di *societas*, ma la sua inclusione implicita nel *genus* della *societas* risulta da non pochi testi, dei quali sarebbe molto azzardato sostenere che siano tutti, a questo riguardo, alterati. Per precise indicazioni in proposito, v. BRETONE, « *Consortium* » e « *communio* », in *Labeo* 6 (1960) 170 s. e nt. 13.

(11) Sull'*edictum provinciale* e i problemi connessi, da ultimo: MARTINI, *Ricerche in tema di editto provinciale* (1969); GUARINO, *Gaio e l'« edictum provinciale »*, in *Iura* 20 (1969) 154 ss. Sull'*edictum peregrinum*: GUARINO, *Storia* 285 s., 464.

sistemava la *societas*, o per dir meglio l'*actio pro socio*, nel titolo dei *iudicia bonae fidei* (12), quasi certamente i *libri iuris civilis* di Sabino e di Cassio hanno parlato della società consensuale in una con la *communio* (13), presumibilmente a seguito e in occasione della trattazione dedicata a quest'ultima (14), nè è da escludere che sistemazione analoga il nostro istituto abbia ricevuto anche dagli altri trattati civilistici dei giuristi classici (15).

Talune ipotesi essenzialmente basate su questi elementi indubbiamente tentatori possono dirsi ormai, malgrado l'ingegno di coloro che le hanno difese, giustamente e pressochè irrevocabilmente condannate dalla *communis opinio*. Così l'ipotesi della cd. *societas re contracta*, di quel parallelo della *societas* consensuale che i giuristi classici avrebbero ravvisato nel *communiter gestum* dei condomini (16). Così pure l'altra ipotesi della cd. *societas iuris civilis* costituita *certa legis actione*, e secondo alcuni forma esclusiva di *societas omnium bonorum*, che sarebbe coesistita in età classica con la *societas iuris gentium* (17). Tuttavia la *communis opinio* è pur sempre convinta che la fattispecie logicamente prioritaria di *societas* consensuale fosse, rispetto ad ogni altra, quella della *societas omnium bonorum*, che la *societas omnium bonorum* fosse

(12) LENEL, *EP.*³ 288 ss., in partic. 297 ss. (§ 109, *Pro socio*). Cfr. ARANGIO-RUIZ 29 ss. L'ordine dei contratti consensuali (da lui definiti *iuris gentium*) è in Gai 3.135-162: *emptio-venditio, locatio-conductio, societas* (148-154 b), *mandatum*. Nell'editto, invece, l'ordine (§ 108-111) è il seguente: *mandatum, societas, emptio-venditio, locatio-conductio*. Sorvolo sulle discussioni, a mio credere poco importanti che si sono intavolate circa questa diversità di ordine.

(13) Sull'argomento, da ultimo, con trattazione molto persuasiva, BONA III, 7 ss., 13 ss. Ivi la bibliografia precedente.

(14) L'opinione più plausibile, in ordine ai *libri iuris civilis* di Sabino, è che questi abbia trattato della *societas* dopo la *communio* e quasi in appendice alla trattazione dedicata alla stessa: FREZZA, *Osservazioni sul sistema di Sabino*, in *RISG.* 8 (1933) 442 ss. (contro LENEL, *Sabinussystem* 62 s.). Per Cassio, v. BONA III, 15 ss.

(15) L'affermazione vale, naturalmente, per i *libri ad Sabinum* o *ex Cassio*, che poi sono quelli che essenzialmente contribuiscono, con quanto è di essi rimasto, alla formulazione dell'ipotesi accettata *retro* nt. 14.

(16) Dimostrazione, a mio avviso, decisiva in ARANGIO-RUIZ 32 ss. Ivi bibl.

(17) L'ipotesi (che prende spunto dal tempo presente di Gai 3.154 a: *Est autem aliud genus societatis proprium civium Romanorum*) è stata ripresentata, con interessanti specificazioni, ultimamente dalla BIANCHINI (ivi la bibliografia precedente). Ma v. *contra* GUARINO, in *Labeo* 13 (1967) 293 s.; CORNIOLEY, in *Index* 1 (1970) 306 ss.; sopra tutto, BONA II. Cfr. però BIANCHINI, « *Soc. iuris gentium* » e « *soc. iuris civilis tantum* », in *AUGE.* 11 (1972) 92 ss.

una società universale di « mero godimento » dei patrimoni dei soci e che l'editto pretorio, persino in età adrianea (18), formulasse lo schema dell'*actio pro socio* proprio con riferimento al *socius omnium bonorum* (19).

Questa diffusa convinzione è arbitraria e deve essere, a mio avviso, respinta.

3. Cominciamo dall'editto.

Secondo il Lenel (20), i documenti di appoggio per la formulazione della *demonstratio* nei termini « *quod As As cum No No societatem omnium bonorum coit* » sono costituiti da Paul. 32 *ed.* D. 17.2.1.1 (21) e 3 *pr.* (22), da Ulp. 31 *ed.* D. 17.2.5 *pr.* (23), in certo senso da Gai 3.148 (24), ma sopra tutto, irrefragabilmente, da Ulp. 31 *ed.* D. 17.2.63 *pr.*:

Verum est quod Sabino videtur, etiamsi non universorum socii sunt, sed unius rei, attamen in id quod facere possunt quodve dolo malo fecerint quo minus possint condemnari oportere. hoc enim summam rationem habet, cum societas ius quodammodo fraternitatis in se habeat.

Il valore indiziario dei primi quattro testi è assolutamente nullo perchè, posto che siano tutti genuini, essi si limitano ad indicare la *societas omnium bonorum* come uno dei possibili tipi di *societas*, e

(18) Allude a quello che, per chi non accetti il mio punto di vista in proposito (da ultimo, v. GUARINO, *Storia* 460 ss.), è l'editto « giuliano », che sarebbe stato « codificato » sotto Adriano da Salvio Giuliano.

(19) LENEL, *EP.*³ § 109: *Quod As As cum No No societatem omnium bonorum coit, q.d.r.a., quidquid ob eam rem Nm Nm Ao Ao (alterum alteri) dare facere (praestare?) oportet ex fide bona, dumtaxat quod Ns Ns facere potest, eius iudex Nm Nm Ao Ao condemnato; s.n.p.a.* Seguivano la formula dell'*actio in heredem socii* (cfr. Ulp. D. 17.2.35) e la promessa di concedere *causa cognita* il *beneficium* della *taxatio in id quod facere potest* (cfr. Pomp. D. 42.1.22.1). In senso adesivo, da ultimo, BONA III, 64 ss. ARANCIO-RUTZ, 30 s.; opportunamente stralcia dalla formula l'inciso sulla *condemnatio limitata* (v. *infra* n. 3); così pure, ma con rinvio al Lenel, KASER, *RPR.* 1.576 nt. 40. V., invece, CORNIOLEY (nt. 17) 320 nt. 36.

(20) LENEL (nt. 19), 297 nt. 8.

(21) *In societate omnium bonorum omnes res quae coeuntium sunt communicantur.*

(22) *Ea vero quae in nominibus erunt, manent in suo statu* (con riferimento evidente, almeno nella compilazione giustiniana, alla *societas omnium bonorum*).

(23) *Societates contrahuntur sive universorum bonorum sive rell.*

(24) *Societatem coire solemus aut totorum bonorum aut unius alicuius negotii rell.*

nessuno ovviamente dubita che l'editto sull'*actio pro socio* fosse da riferire anche alla *societas omnium bonorum*. Quanto a Ulp. D. 17.2.63 pr., frammento estremamente discusso sul piano critico (25), io convengo con il Lenel che esso sia sostanzialmente genuino, e rinvio ad altra occasione la dimostrazione relativa (26), ma direi che esso dimostri, o comunque indichi, proprio il contrario di quanto il Lenel assume. Ed infatti, se, come lo stesso Lenel solitamente insegna e come è necessario pensare, la *taxatio in id quod facere potest* era promessa dall'editto con una apposita clausola (27), non si vede perchè la specificazione *omnium bonorum* e il *dumtaxat rell.* della *taxatio* siano stati inseriti nella formula dell'*actio pro socio*. Sino a prova contraria, è ragionevole ritenere che l'*actio pro socio* edittale concernesse, essa almeno, tutti i possibili tipi di società (28).

A ben riflettere, peraltro, nemmeno l'apposito editto sulla *condemnatio* limitata era presumibilmente riferito al solo *socius omnium bonorum*. Il Lenel sostiene che, se Sabino e Ulpiano avessero già trovato nel testo edittale il riferimento del cd. *beneficium competentiae* a tutti i soci in genere, non si sarebbe loro prospettato il problema di una

(25) A parte le citazioni dell'*Index it. ahl.*, v. LEVET, *Le bénéfice de compétence* (1927) 47 ss., 51 ss.; ARANCIO-RUIZ 183 ss.; BONA I, 447 nt. 102, 449 nt. 106; BONA III, 109 nt. 51; LITIEWSKI, *Das « beneficium competentiae » im röm. Recht*, in *St. Volterra* 4 (1971) 546 ss.

(26) GUARINO, *La condanna nei limiti del possibile*, di prossima pubblicazione. Si noti che I. 4.6.38 non limita la concessione al *socius omnium bonorum*; il che spinge ulteriormente a ritenere D. 42.1.16 glossato in epoca pregiustiniana (*infra* nt. 30).

(27) Sul punto, giustamente, ARANCIO-RUIZ, 30 s., con riferimento a FERRINI, *Le origini del contratto di società in Roma* (1887), in *Opere* 3 (1929) 31 ss., il cui ragionamento era però in parte diverso (la promessa del cd. *beneficium competentiae* era limitata al *socius omnium bonorum* e precedeva la formula dell'*actio pro socio*, che era relativa a qualunque tipo di società: tesi che non tiene conto dell'*accipiendum est* di D. 42.1.16, su cui v. anche nel testo). Il Lenel, dal suo canto, non può rinunciare ad una clausola specifica sulla concessione della *condemnatio* limitata perchè solo in questa clausola il pretore può aver avvertito che la concessione sarebbe stata da lui fatta *causa cognita* (cfr. Pomp. D. 42.1.22.): *Quod autem de sociis dictum est, ut et hi in quantum facere possint condemnentur, causa cognita se facturum praetor edicit*; su cui v. anche MARTINI, *Il problema della « causae cognitio » praetoria* [1960] 35 s., 66).

(28) Di qui la correzione della formula dell'*actio pro socio* operata dall'ARANCIO-RUIZ (*retro* nt. 19), secondo il quale D. 42.1.16 è sostanzialmente genuino e dimostra che la giurisprudenza classica limitava il cd. *beneficium competentiae* al *socius omnium bonorum*. Alterato dai compilatori sarebbe pertanto D. 17.2.63 pr.

estensione dal socio universale agli altri soci (29). L'argomento sarebbe convincente, se non vi fosse da tener conto di Ulp. 63 ed. D. 42.1.16, in cui si legge: *socium autem omnium bonorum accipiendum est*.

Se D. 17.2.63 pr. è sostanzialmente genuino, D. 42.1.16, che afferma clamorosamente il contrario, deve ritenersi alterato da mano postclassica (30), ma, per alterato che esso sia, l'*accipiendum est* che vi figura rimane sempre l'indice di un'interpretazione, non di una citazione del testo editale. Anche il più svagato annotatore postclassico di Ulpiano non avrebbe scritto che per socio si deve intendere ai fini della *taxatio* il *socius omnium bonorum*, se Ulpiano nel suo commento avesse già affermato espressamente (egli che aveva sott'occhio l'editto) che l'editto riguardava il socio universale. È evidente perciò che, dando la prevalenza al fr. 63 pr. nei confronti del fr. 16 (31), non si è affatto autorizzati ad ipotizzare che l'editto sulla condanna limitata del socio, e tanto meno la formula-tipo dell'*actio pro socio*, riguardassero il *socius omnium bonorum*, ma si è invitati a pensare esattamente il contrario.

La congettura più probabile è che, avendo il pretore stabilito genericamente che il socio avrebbe potuto ottenere *causa cognita* il beneficio della condanna *in id quod facere potest*, si sia aperta tra i giureconsulti romani una divergenza circa l'opportunità di interpretare restrittivamente la concessione e di limitarla alle sole ipotesi di *societas omnium bonorum*. Sabino, occupandosi della *societas* e quindi anche della *taxatio* nei suoi *libri iuris civilis*, si espresse contro la interpretazione restrittiva e sostenne che la *condemnatio* limitata potesse giovare, al limite, anche al *socius unius rei* (32). Ulpiano approvò, sia *in sede materiae* che nel libro 63 del suo commentario editale, l'opinione di Sabino (33).

(29) LENEL (nt. 19), 298 s.

(30) *Retro* nt. 26. Sui tentativi di conciliazione operati dalla pandettistica, cfr. LEVER e LITEWSKI (nt. 25).

(31) Se si considerasse genuino il fr. 16 e alterato il fr. 63 pr. (*retro* nt. 28), il problema non si porrebbe nemmeno.

(32) Un buon argomento testuale a favore (Ulp. D. 17.2.63.2, sopra tutto se si ammetta, con il LENEL *Pal. Iul.* n. 236, che l'insegnamento ivi contenuto risale a Giuliano) è portato dal BONA I, 447 nt. 102.

(33) Non vedo come possa sostenersi, in sede critica, che la estensione dal *socius omnium bonorum* a tutti i socii sia stata addirittura classica: tanto il D. 17.2.63 pr. quanto il D. 42.1.16 sono di Ulpiano, sia pure in due libri diversi *ad edictum*. V. invece, anche se con qualche perplessità, KASER, *RPR.* I-432 nt. 44 e 576 nt. 51.

Concludendo sull'editto, esso può essere così ricostruito:

Quod As As cum No No societatem coit (34), q.d.r.a., quidquid ob eam rem Nm Nm Ao Ao dare facere (praestare) oportet ex fide bona, eius iudex Nm Nm Ao Ao c.; s.n.p.a.

Seguivano la formula dell'*actio in heredem socii* e la promessa della *taxatio in id quod reus facere potest* (35).

4. A chi, malgrado queste conclusioni in ordine all'editto e ai commentari *ad edictum*, ancora ritenesse decisivo o importante, a conforto della *communis opinio*, il fatto che i giuristi romani, e tra questi Sabino, si occuparono distesamente, nei loro trattati *iuris civilis*, proprio della *societas omnium bonorum* (36) replicare non sarebbe affatto difficile.

Non solo la *societas omnium bonorum* costituiva, per le trattazioni civilistiche non meno che per quelle edituali, un termine non rinunciabile per il disegno di un quadro completo di tutte le forme societarie; ma vi è di più, nè vi è ragione per contestarlo. È presumibile che in pratica la *societas omnium bonorum* trovasse non infrequenti realizzazioni, in età preclassica e classica, nelle occasioni appunto in cui, costituitasi (per eredità o altro) la comunione di un patrimonio, fosse obiettivamente necessario o opportuno protrarre per qualche tempo lo stato di indivisione ed apparisse pertanto conveniente sfruttare la concentrazione patrimoniale mediante la sovrapposizione ad essa di rapporti societari tra i comunisti (37). È ben possibile che talvolta

(34) RUDORFF, EP. § 113, ricostruiva: *Quod inter Am Am et Nm Nm societas contracta est illius rei* (cfr. anche JOUSSERANDOT, EP. 1.349). Giustamente osserva LENEL (nt. 19), 297 nt. 19, che l'uso più frequente è *societatem coire*. Il FERRINI (nt. 27), 34, lo segue, eliminando la limitazione alla *societas omnium bonorum*. Nella prima edizione il Lenel, aderendo in ciò ai suoi predecessori, specificava più oltre: *pro socio dare facere praestare oportere*. Il *pro socio* è scomparso dalle edizioni successive (cfr. p. 297 nt. 10), e forse si potrebbe ritenere che, analogamente alle azioni di mandato, compravendita e locazione, la *demonstratio* della formula fosse impiantata sul comportamento dell'attore. Ne conseguirebbe la correzione *As As No No socius est (fuit)*, che oltre tutto chiarirebbe perchè l'azione fosse denominata *pro socio*.

(35) Per le discussioni in proposito rinvio al mio scritto indicato *retro* nt. 26.

(36) In questo senso, ad esempio, ARANGIO-RUIZ, 21.

(37) ARANGIO-RUIZ, 21, dice, per verità, che la *societas omnium bonorum* era « divenuta rarissima in tempi di civiltà avanzata quali l'ultimo secolo della Repubblica e i primi dell'Impero », ma la casistica non è affatto carente (su di essa

tutto si sia ridotto in realtà allo sfruttamento puro e semplice dei beni comuni: tuttavia, se guardiamo al fatto che la *societas omnium bonorum* comportava l'utilizzazione anche degli acquisti dei soci successivi alla costituzione (eredità, legati, donazioni), non possiamo assolutamente qualificarla come una istituzione statica, cioè come una mera traduzione in forma di *societas* del tipo istituzionale della *communio*, ma siamo tenuti, a mio avviso, a qualificarla, alla stregua di ogni altra società, come un istituto tipicamente dinamico, indirizzato cioè sin dalle origini (anzi sopra tutto alle origini) a trarre il massimo possibile guadagno dall'impiego di tutto il potenziale economico (in beni, in crediti, in attività personali) dei suoi partecipanti (38). La *societas omnium bonorum* si avviò, in altri termini, a diventare una sorta di approssimativo doppiopione della *communio* solo in età classica avanzata, se non addirittura in età postclassica, ma nacque con finalità economico-sociali ben diverse sia da quelle della *communio* che da quelle del *consortium*.

Per convincersene basta guardare agli altri indizi, oltre quello della collocazione prioritaria dell'istituto nelle trattazioni civilistiche, su cui si basa la *communis opinio*. Si dissolvono letteralmente tra le mani.

A prescindere dal discusso istituto del cd. *transitus legalis*, che merita un discorso a parte (39), si invoca solitamente, e in primissimo luogo, il *ius quodammodo fraternitatis*, che « collega la società con la primitiva comunità tra fratelli » (40). Ma abbiamo pur visto che in

v. BONA III, 106 s. nt. 47 e 48 bis). D'altronde, se la *societas omnium bonorum* fosse stata nell'età classica un istituto del tutto o quasi del tutto desueto, non si vede perchè i giuristi classici, non che parlarne a titolo di completezza espositiva, ne abbiano discusso con tanta frequenza e ponendo tanta attenzione al suo regime.

(38) La concezione della *societas omnium bonorum* come essenzialmente volta al godimento, allo sfruttamento in sè (senza ricorso allo scambio), quindi alla mera amministrazione di una massa di cespiti a carattere eminentemente reale, traluce, ad esempio, da quanto L'ARANCIO-RUIZ, 18 ss., scrive per illustrare il trapasso dal consorzio civilistico alla *societas omnium bonorum*, nonchè da quanto lo stesso autore, 32 ss., argomenta per difendere l'autonomia della struttura della *societas* dalla *communio*. Ancora più evidente è la « stabilità » della *societas omnium bonorum* per il BONA III, 104 ss., il quale (capovolgendo, a mio avviso, il probabile iter storico del fenomeno) esplicitamente precisa che in essa dovette entrare « piuttosto tardi » (non prima dell'età degli Antonini) « uno spirito di 'questuarietà' attraverso l'autonomia valorizzazione dell'opera dei soci ». V. anche KASER, RPR. 1.573.

(39) *Infra* n. 6.

(40) ARANCIO-RUIZ, 20. Dato che accetta la tesi della genuinità di D. 42.1.16 e respinge quindi (dubitativamente) la classicità di D. 17.2.63 pr., L'ARANCIO-RUIZ, 122 s., è costretto a congetturare che la frase finale del fr. 63 pr. si riferisse, nel

D. 17.2.63 pr. Sabino, o piuttosto Ulpiano, indica il *ius quodammodo fraternitatis* come caratteristico di ogni e qualsiasi specie di *societas* (anche non *omnium bonorum*), ed appunto perciò come argomento per l'ammissione di ogni e qualsiasi specie di *socius* al beneficio della *condemnatio* limitata (41). Il richiamo evidentemente non è al *consortium*, ma a quelle relazioni di amicizia e di reciproca fiducia che devono esistere tra i *socii*, ancor più che tra gli altri soggetti dei contratti consensuali, nel quadro di rapporti giuridici *ex fide bona*. E infatti chi crede, erroneamente, che il cd. *beneficium competentiae* fosse limitato ai *socii omnium bonorum* si guarda bene dall'appigliarsi allo equivoco *ius quodammodo fraternitatis* e indica solo il *beneficium*, in quanto limitato ai *socii omnium bonorum*, come residuo dell'originaria esclusione dei *consortes* dall'esecuzione personale (42).

Tolto di mezzo il *ius quodammodo fraternitatis*, gli altri argomenti sono di consistenza anche minore, se addirittura non sono chiaramente illusori. Sorvolando su questi ultimi (43), mi fermo sull'unico che possa

testo originale di Ulpiano, alla sola *societas omnium bonorum* (per esempio: *hoc enim summam rationem habet, cum <haec> societas ius quodammodo fraternitatis in se habet*). Ma, se il *ius fraternitatis* era caratteristico solo della *societas omnium bonorum*, come poteva venir tirato in ballo come argomento a favore dell'estensione del *beneficium* a tutti i socii? E, se invece era portato da Ulpiano a titolo di argomento contro l'estensione, come mai colui che avrebbe alterato il dettato originario di Ulpiano non lo ha cancellato e lo ha invece disinvoltamente travestito da argomento a favore?

(41) Retro n. 3.

(42) Così KASER, *RPR*. 1.573. In verità il pensiero di questo a. circa la *condemnatio in id quod facere potest* è alquanto perplesso: cfr. p. 576 nt. 51 in relazione a p. 482 nt. 44 (ove sembra ammettersi non solo la genuinità di D. 42.1.16, ma anche quella di D. 17.2.63 pr.).

(43) Cfr. KASER, *RPR*. 1.573, con richiamo a WIEACKER I, 131 ss., 153 ss. Che la *s. omnium bonorum* includesse anche i diritti extrapatrimoniali, è da dimostrare: Gai 3.154 b (erratum Kaser 573 nt. 7 e 99 nt. 34) dice solo del consorte (e non certo del socio universale) che, manomettendo il servo comune, *omnibus libertum acquirebat*. Posto che la *societas* si sciogliesse immancabilmente per morte, *capitis deminutio*, fallimento di uno dei *socii*, resta da dimostrare che lo stesso accadeva per il *consortium*: dopo di che resta però da chiedersi perchè mai la *renuntiatio* di un partecipante facesse sciogliere la *societas*, ma non il *consortium*. — Se non illusorio, per lo meno azzardato, molto azzardato sarebbe ogni argomento che si volesse desumere da D. 26.7.47.6 (Scaev. 2 resp.): *Altero ex duobus fratribus sociis bonorum et negotiationis defuncto, herede filio, patruus tutor venditis omnibus communis negotiationis mercibus et sibi redemptis negotium suo nomine exercuit: quaesitum est utrum compendium negotii an usuras pecuniae praestare debeat. respondi secundum ea quae proponuntur pupillo usuram, non compendium praestan-*

in qualche modo presentare, a dir così, un *fumus boni iuris*. In una delle sue costituzioni *ad commodum propositi operis pertinentes* (maggio 31) Giustiniano afferma che *apud veteres dubitatum est* circa l'apponibilità della *condicio* al contratto di società e risolve ogni questione sancendo che la *condicio* possa essere apposta, non meno del termine iniziale o finale (44).

Non è il caso qui di discutere le molte opinioni che sono state avanzate circa lo strano dubbio insorto nei *veteres* e circa la stessa iden-

dum. A tutta prima il passo inviterebbe a pensare che alla *societas (omnium) bonorum* fosse tanto radicalmente estraneo il fine questuario che i due fratelli, volendo compiere nel comune interesse una certa *negotiatio*, innestarono sulla loro *societas omnium bonorum* una *societas alicuius negotiationis*: ma, siccome la *societas omnium bonorum* coinvolgeva tutto quanto era a disposizione dei socii, è chiaro che il passo non può essere interpretato così. Il BONA (I, 454 nt. 117; III, 105), se ne rende conto, ma ritiene che, se si precisa che la *societas* era (*omnium*) *bonorum et negotiationis*, questo deve significare che la *societas* del caso in oggetto era, sì, universale, ma in essa si inseriva con un ruolo per nulla secondario una certa *negotiatio* (comportante non solo la prestazione del capitale occorrente, ma anche quella dell'opera necessaria), la quale doveva avere nel rendiconto generale poste attive e passive ben individuate. Son tutte cose che, francamente, io nel testo non riesco a vedere. Premesso che non si dice che la *societas* tra i due fratelli era *omnium* o *totorum bonorum*, a me sembra che essa fosse solo una *societas* (sia pure a vastissimo impianto) *unius negotiationis*: il fratello sopravvissuto (tutore del figlio del fratello morto) non liquida infatti, *soluta societate*, tutti i *bona* suoi e del fratello, ma liquida, mediante vendita a terzi, tutte (e solo) le merci attinenti alla comune *negotiatio* (*venditis omnibus communis negotiationis mercibus*), dopo di che, appropriandosi del ricavato (*sibi redemptis*), compie con esso un certo affare *suo nomine*, cioè compie una *conversio in usus suos* della *pecunia pupillaris*, e si espone alla impeccabile decisione di Scevola, secondo cui deve prestare le *usuræ legitimæ* (e non la giusta parte del ricavo dell'affare) al pupillo. *Socii bonorum et negotiationis* è un modo di esprimersi dell'interrogante di Scevola, che sta ad indicare il fatto che i due fratelli erano soci di affari con merci in magazzino: Scevola (o chi per lui), come di consueto nella sua produzione casistica, non si è preoccupato di ripulire l'espressione. Cfr., per tutti, GUARINO, *Storia* 520 s., e per la comprensione delle regole attinenti al caso v., da ultimo, CERVENCA, *Contributo allo studio delle « usuræ » c.d. legali nel diritto romano* (1969) 146 ss.

(44) CI. 4.37.6 (Iust. Iohanni pp., a. 531): *De societate apud veteres dubitatum est, si sub condicione contrahi potest: puta « si ille consul fuerit » societatem esse contractam. sed ne simili modo apud posteritatem sicut apud antiquitatem huiusmodi causa ventiletur, sancimus societatem contrahi posse non solum pure, sed etiam sub condicione: voluntates enim legitime contrahentium omnimodo conservandæ sunt*. Il testo è la prova certa dell'interpolazione di Paul. D. 17.2.1 pr. (*infra* n. 6), in cui si afferma con sicurezza che la *societas* può essere contratta anche *sub condicione*: v. *Index itp. ahl.* e KASER, *RPR*. 1.573 nt. 6.

tificazione dei *veteres* (45). Qui basta dire che non merita accoglimento l'opinione di chi ha visto la ragione dei dubbi profilarsi tra i *veteres* (intesi come giuristi preclassici e classici) nel fatto che la *societas omnium bonorum* era imparentata col *consortium* volontario, che questo si costituiva *certa legis actione*, che la *certa legis actio* era un *actus legitimus* e che perciò ad essa la *condicio* non era apponibile (46). Gli *actus legitimi* non rifiutavano solo la clausola condizionale, ma anche quella terminale, e non si vede perchè i giuristi romani dovessero, nel ricordo della *certa legis actio*, aver dubbi circa l'apponibilità della *condicio* (quanto meno di quella sospensiva), mentre non ne avevano circa l'apponibilità del *dies* (quanto meno di quello iniziale).

Gli « indizi » della *communis opinio* non sono dunque indizi. Diciamolo francamente: sono fantasie. L'ipotesi della parentela tra *consortium*, *communio* e *societas omnium bonorum* può anche essere sostenuta, ma non in base ad essi, bensì in base ad argomenti di generica verosimiglianza sul piano storico, e più precisamente sul piano della storia socio-economica. Si tratta quindi di vedere se questi argomenti sono attendibili.

5. A mio parere, non lo sono affatto. Nè dimostrarlo è difficile.

(45) Per una diligente rassegna della dottrina, v. POGGI, I. 105 ss. *Adde*: ARANCIO-RUIZ, 120 ss.; SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik* (1966) 233 ss. Quest'ultimo autore sospetta, poco credibilmente, che Giustiniano, equivocando sui *veteres*, abbia attribuito (o fatto mostra di attribuire) ai giuristi classici un dubbio nato alla giurisprudenza postclassica dal fatto che l'*animus contrahendae societatis*, posto dalla stessa (non dai classici) a base della *societas*, non ammetteva senza difficoltà la possibilità di essere condizionato: cfr. Thal. sch. τινές; a B. 12.1.38 (Hb. 1.790 = Schelt. B 2.534). Che Taleo interpretasse così la difficoltà mi sembra indubbio, ma è assai discutibile che egli con l'espressione *νομικοί* non abbia alluso a quegli stessi giuristi *veteres* (lett. *παλαιοί*) cui alludeva Giustiniano: la questione è quindi da ritenersi agitata proprio in seno alla giurisprudenza classica. V. *infra* nt. 55. Sull'*affectio societatis* v. *infra* n. 18.

(46) Per il riferimento indiretto alla *certa legis actio*, oltre i citati *retro* nt. 43 e 44, cfr. da ultimo ARANCIO-RUIZ (nt. 45), secondo il quale Paolo, pur discutendo la questione, avrebbe già per suo conto concluso (in un testo da ritenersi dunque alterato solo formalmente) a favore dell'apponibilità della condizione. Da parte mia, mi limito a richiamare il notissimo Pap. D. 50.17.77, il quale parla di *actus legitimi, qui non recipiunt diem vel condicionem*. A chi opponesse al mio argomento che i classici discutevano in effetti anche in ordine alla *societas in tempus coita* (*infra* n. 37) risponderai che non risulta però che abbiano dubitato dell'apponibilità del termine iniziale, nè si vede perchè, posto che ne abbiano dubitato, Iust. CI. 4.37.6 non si sia preoccupato di eliminare anche questo dubbio.

Già ho detto che, al di là delle prime apparenze, il divario tra comunione ereditaria, anche nella sua espansione massima (che è quella *communio* tra *sui heredes*), e *societas omnium bonorum* è radicale, implicando quest'ultima anche la utilizzazione a fini comuni degli acquisti futuri dei soci, nonchè del ricavo della loro stessa attività di lavoro esplicata al di fuori della società (47). Il Bretone, che almeno in parte lo ha già rilevato nel quadro di una dimostrazione acutamente volta a lumeggiare la differenza tra *consortium* e *communio*, ha pertanto giustamente evitato di far derivare la *societas omnium bonorum* dalla *communio*, ricollegandola direttamente, sulle tracce di Gaio, al *consortium* (48). Ma ecco il punto: perchè decadde il *consortium* e perchè si affermò contemporaneamente la *societas omnium bonorum*?

Rispondere, come si è fatto, che il *consortium* fraterno perse quota perchè, intorno ai secoli III-II a.C., fu sempre meno avvertito «il bisogno di mantenere indivisa la *res familiaris* e strettamente collegati i membri della famiglia», in una società che «da agricola e pastorale si apre all'industria e al traffico» (49), è esatto ma fortemente generico:

(47) *Retro* n. 4. Sul punto, da ultimo, BONA III, 106 s. nt. 46 e 47, con indicazioni ivi. Per il conferimento del compenso ottenuto in relazione a lavoro svolto fuori della società, cfr. Pap.-Ulp. D. 17.2.52.8 (in cui *voluntarium consortium* significa evidentemente *societas omnium bonorum*: BRETONE [nt. 10], 175, 209).

(48) BRETONE (nt. 10), 163 ss. (il *consortium erecto non cito* non può intendersi come un caso particolare di condominio o come la somma della comunione ereditaria dei *fratres* e della *societas consensuale*), 177 ss. (il *consortium erecto non cito* era «un rapporto associativo di natura familiare nascente tra i *fratres sui* alla morte del *pater familias* e implicante la contitolarità di una *potestas* indifferenziata»), 199 ss. (per opera di Q. Mucio Scevola «la dottrina repubblicana attrasse il *consortium* entro la sfera del condominio parziario»), 207 ss. (nella prospettiva classica, «quando lo *status* familiare non fu più idoneo a far nascere il vincolo associativo, giacchè nei *sui heredes* si videro essenzialmente i compartecipi di un patrimonio, quel vincolo poté scaturire soltanto dal *consensus* »).

(49) BRETONE (nt. 10) 200 s. Si noti che il Bretone non nega che si potesse anche profilare, in questo nuovo clima, «l'esigenza di unire i singoli patrimoni e le capacità individuali in vista di un fine comune», ma dà per scontato che il solo strumento giuridico utilizzabile a questo scopo fosse il contratto di *societas* ed aggiunge che tra la *fraternitas* dei consorti e il *consensus* societario «il divario è enorme». Ora, a parte il fatto che la *fraternitas* dei consorti viene da lui e da altri affermata proprio (o anche) sulla base di un testo relativo alla *societas* (Ulp. D. 17.2.63 pr.: cfr. p. 177 ss.), il che non autorizza a parlare dell'enorme divario tra *consortium* e *societas* almeno sotto questo punto di vista, io rilevo che il consorzio tra estranei, costituito *certa legis actione*, era sin dalle origini creato proprio ai fini dell'unificazione di patrimoni e capacità personali originariamente distinti: non vedo

non spiega comunque perchè perse quota anche il consorzio imitativo, che non derivava da uno *status* familiare di fratellanza, ma da una *certa legis actio* intercorrente tra estranei. Rispondere, come si potrebbe fare, che la decadenza del consorzio sia da riconnettere anche e sopra tutto all'introduzione del *tributum ex censu* ed al venir meno della convenienza di costituire gruppi familiari o assimilati onde iscriverne i membri, in base alla valutazione del loro patrimonio comune e indiviso, in una classe superiore, piuttosto che in classi eventualmente inferiori dei *comitia centuriata*, avvierebbe la visione del fenomeno verso una concretezza di gran lunga maggiore (50): egualmente non spiegherebbe però perchè due o più *cives*, volendo mettere insieme le sorti dei loro patrimoni e degli incrementi futuri degli stessi, non ricorressero più al semplicissimo metodo della *certa legis actio*, la quale in una sola volta avrebbe creato il patrimonio comune (51). La verità deve essere dunque che la *societas omnium bonorum* non si affermò per effetto della decadenza del *consortium erecto non cito* e a titolo di surrogato in nuove forme dello stesso, ma si affermò per ragioni del tutto indipendenti: non per il fatto di essere un istituto analogo al *consortium*, di cui forse qualche traccia residua si ravvisa in piena età classica (52), ma proprio

dunque perchè non si potesse più ricorrere al consorzio imitativo, e fosse quindi indispensabile far capo alla società consensuale.

(50) Il punto è assolutamente trascurato dalla dottrina e meriterebbe uno studio approfondito, che qui non è ovviamente possibile fare. A chiarimento basti ricordare che in origine il *census* era rapportato alla valutazione del patrimonio di tutto il gruppo (familiare o anche consortile) ai fini dell'iscrizione dei membri maschi di esso nella classe corrispondente dell'*exercitus* e dei *comitia*, mentre nel corso dell'età repubblicana, introdottosi il *tributum ex censu* a carico dei *patres familiarum*, la valutazione censoria fu necessariamente rapportata al patrimonio delle singole *familiae*. Se dunque in origine una delle ragioni di convenienza del *consortium* consisteva nel far guadagnare ai suoi membri l'iscrizione in una classe dei *pedites* alla quale le singole famiglie consorziate non sarebbero potute arrivare ciascuna per suo conto, dopo l'introduzione del *tributum ex censu* questo vantaggio venne meno. Su questi temi, per tutti, v., da ultimo, PIERI, *Histoire du cens jusqu'à la fin de la République romaine* (1968), *passim* e 71 s.

(51) I sostenitori della classicità della cd. *societas iuris civilis* (*retro* nt. 17) in questo solo hanno ragione: che all'età di Gaio essa non era stata abolita, ma era solo desueta. La *societas iuris gentium* non l'aveva affatto surrogata perchè era un diverso tipo di istituzione societaria. Ecco perchè Gai 3.154 dice che *est* (non *fuit*) *aliud genus societatis*, pur precisando subito dopo che a questo *aliud genus* si ricorreva *olim*.

(52) Alludo alla ipotesi di *consortium fratrum* (un *consortium* indubbiamente, a dir così, affievolito) di cui in Plin. *ep.* 8.18.1, molto finemente posta in rilievo dal KUNKEL, *Ein unbeachtetes Zeugnis über das römische Consortium*, in *Ann.*

per il fatto di essere un istituto diverso, inteso cioè a realizzare scopi tipicamente del tutto estranei al *consortium erecto non cito*.

Se si prescinde, anche per un momento soltanto, dall'ostinata ricerca dell'antenato civilistico della *societas*, tutto diventa estremamente chiaro. Sorta nei rapporti di traffico tra Romani e stranieri, la *societas*, alla pari degli altri contratti *iuris gentium*, fu sin dall'inizio un istituto tipicamente industriale e commerciale. La sua adeguatezza a questi fini non derivò tanto dalla semplicità della forma costitutiva, il *nudus consensus* dei contraenti (53), quanto da altri tre elementi praticamente ben più importanti: il carattere *bonae fidei* dell'*iudicium pro socio*; la possibilità di coinvolgere nell'operazione sociale (e nelle relative valutazioni di ordine patrimoniale) anche beni che non fossero in *dominium ex iure Quiritium*, anche crediti non civilistici, anche l'opera dei soci; la possibilità infine di procedere alla liquidazione nel modo più semplice e rapido possibile. È più che naturale che questi vantaggi dell'istituto, nel quadro di una Roma sempre più inserita nel commercio mediterraneo e dedita alle attività di impresa in genere, siano stati utilizzati anche dai cittadini romani nei rapporti tra loro e che l'istituto sia stato perciò accolto nell'editto del *praetor urbanus*. Se dunque, in taluni casi, i cittadini romani, anzichè limitarsi a stringere tra loro società limitate, costituirono *societates omnium bonorum*, non lo fecero perchè non disponessero più del *consortium*, di cui invece tuttora erano in grado di disporre, ma lo fecero perchè la *societas* era indipendente dai limiti imposti dal *ius civile vetus*, perchè non implicava (salvo a costituirla esplicitamente) una *communio* civilistica, perchè la sua finalità tipica non era quella del mero godimento dei patrimoni unificati, ma era quella di tutte le altre *societates*: l'impiego a fini di lucro dei conferimenti sociali. Come ho già detto (54), non vi sono nè elementi nè motivi per escludere che di *societates omnium bonorum* se ne siano fatte sin dal secolo III-II a.C., ma quel che importa è che non è verosimile che esse non siano state, come tutte le altre, società commerciali o industriali.

Società di mero godimento le *societates omnium bonorum* si avviarono a divenire solo nei secoli II-III d.C., nel quadro cioè della generale

Fac. dr. Istanbul 4 (1954) 56 ss. V. però *contra*, con dimostrazione non troppo convincente, BAETONE (nt. 10), 211 ss.

(53) I Romani non erano tanto ingenui da omettere di munirsi di documentazioni del contratto *ad probationem*. V. *infra* n. 17.

(54) *Retro* n. 4.

decadenza economica di Roma. La catena di frammenti con cui si apre il tit. D. 17.2 *pro socio* non può riflettere dunque, nei suoi primi tre frammenti, la situazione del diritto classico. Basta un minimo riesame per convincersi del buon fondamento degli appunti critici ad essa da più parti dedicati.

6. Si tratta di una serie concatenata di passi ben noti (55).

D. 17.2.1 (Paul. 32 ed.) pr.: *Societas coiri potest vel in perpetuum, id est dum vivunt, vel ad tempus vel ex tempore vel sub condicione. 1: In societate omnium bonorum omnes res quae coeuntium sunt continuo communicantur.*

(55) Tralascio deliberatamente un riesame critico completo, rimettendomi alle indicazioni dell'*Index itp.*, di ARANCIO-RUIZ e della letteratura successiva di cui retro nt. 1. A parte quanto dirò, nel testo e nelle note, a proposito del cd. *transitus legalis*, mi preme qui di porre in luce solo alcuni punti. — Il fr. 1 pr. (per il quale v. già retro nt. 44 e 45) sicuramente è itp. da Giustiniano nelle parole *vel sub condicione*. A mio avviso, esso è la parafrasi, forse di stesura già pregiustiniana, di un più lungo discorso che Paolo aveva dedicato alla problematica del termine e della condizione: le soluzioni adottate oppure solo indicate come possibili dal giurista classico sono passate, insomma, ad essere affermate nella parafrasi in modo apodittico. Che in età preclassica e classica i problemi vi fossero, più o meno dibattuti, su tutti gli argomenti, è facilmente intuibile. Delle discussioni in ordine alla condizione (sospensiva?) ci dà testimonianza fededegna Giustiniano: può darsi (né sarebbe serio dire di più) che esse si ricollegassero alle controversie, peraltro superate dai classici con maggiore facilità, che si facevano in ordine anche ad altri contratti consensuali (cfr. Gai 3.146: *... iam enim non dubitatur, quin sub condicione res veniri aut locari possint*). I problemi della *societas in tempus coita* saranno delibati infra n. 37. I dubbi circa la *societas coita ex tempore* si inquadrano nella problematica delle obbligazioni a termine iniziale, per la quale rinvio alla magistrale rassegna del Solazzi, *Sull'obbligazione a termine iniziale* (1950), ora in *Scritti di dir. rom.* 5 (1972) 223 ss. Per quanto infine riguarda la *societas in perpetuum coita*, escluderei che *perpetuus* abbia qui il senso di vitalizio e che pertanto *id est dum vivunt* sia una semplice spiegazione (di Paolo o di un glossatore: v. POCCHI, 1. 113 ss.), nè è possibile che *perpetuus* qui significhi *aeternus* (cfr. infatti Paul. [33] <32> ed. D. 17.2.70: *Nulla societatis in aeternum coitio est*): la *coitio in perpetuum* indica, con tutta probabilità, la conclusione del contratto senza prefissione di un termine finale espresso o tacito (il che poteva avvenire tanto in una *societas omnium bonorum* quanto in qualsiasi altro tipo di società che non fosse *unius negotii*) e il problema che essa determinava era sin quando la *societas*, non potendo durare in eterno, avesse, salvo *dissensus sociorum*, possibilità di sussistere. È senz'altro credibile che Paolo limitasse la durata della società alla vita dei *socii* (e che questa sua opinione, accolta dal glossatore o da Giustiniano, sia stata trasfusa nell'*id est dum vivunt*), ma si intravede, se non erro, l'esistenza anche di diverse opinioni in età classica (per esempio, l'opinione della *coitio in aeternum*, cioè della continuazione della *societas* negli eredi).

D. 17.2.2 (Gai 10 ed. prov.): *Quia, licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire.*

D. 17.2.3 (Paul. 32 ed.) pr.: *Ea vero quae in nominibus erunt, manent in suo statu: sed actiones invicem praestare debent. 1: Cum specialiter omnium bonorum societas coita sit, tunc et hereditas et legatum et quod donatum est aut quaqua ratione acquisitum communioni acquiratur. 2: De illo quaeritur, si ita sit coita societas, ut, si qua iusta hereditas alterutri obvenerit, communis sit, quae sit iusta hereditas, utrum quae iure legitimo obvenerit an etiam ea quae testamento? et probabilius est ad legitimam hereditatem tantum hoc pertinere. 3: Societas, si dolo malo aut fraudandi causa coita sit, ipso iure nullius momenti est, quia fides bona contraria est fraudi et dolo.*

D. 17.2.4 (Mod. 3 reg.) pr.: *Societatem coire et re et verbis et per nuntium posse non dubium est. 1: Dissociamur renuntiatione morte capitis minutione et egestate.*

D. 17.2.5 (Ulp. 31 ed.) pr.: *Societates contrahuntur sive universorum bonorum sive negotiationis alicuius sive vectigalis sive etiam rei unius. 1: Societas autem coiri potest et valet etiam inter eos, qui non sunt aequis facultatibus, cum plerumque pauperior opera suppleat, quantum ei per comparationem patrimonii deest. donationis causa societas recte non contrahitur.*

D. 17.2.6 (Pomp. 9 Sab.): *Si societatem mecum coieris ea condicione, ut partes societatis constitueres, ad boni viri arbitrium ea res redigenda est: et conveniens est viri boni arbitrio, ut non utique ex aequis partibus socii simus, veluti si alter plus operae industriae pecuniae in societatem collaturus sit.*

D. 17.2.7 (Ulp. 30 Sab.): *Coiri societatem et simpliciter licet: et si non fuerit distinctum, videtur coita esse universorum quae ex quaestu veniunt, hoc est si quod lucrum ex emptione venditione, locatione conductione descendit...*

La catena, che continua con frammenti che esamineremo più oltre (56), è tutta di massa sabiniana, salvo il fr. 4 di Modestino (57). È presumibile dunque che sia pervenuta già strutturalmente completa ai compilatori di Giustiniano, i quali peraltro non si sono astenuti dal ritoccarla (58). Si noti che essa cerca di dare un quadro generale del regime della *societas*, quasi a titolo di orientamento per l'interpretazione dei numerosi e non sempre concordi frammenti dello stesso D. 17.2, che riprenderanno e svilupperanno i singoli temi (59).

(56) *Infra* n. 8.

(57) Il fr. è di massa editale.

(58) V. retro nt. 55 (a proposito del fr. 1).

(59) Delicato il problema del fr. 3.2, in ordine al quale v. specialm. ARANCIO-RUIZ, 135 s., e letteratura *ivi*. Posto a ridosso del discorso relativo al cd. *transitus legalis*, il paragrafo sembrerebbe riferirsi anch'esso alla *societas omnium bonorum*: ma, se è vero che la *societas* universale implicava il conferimento di ogni acquisto successorio dei soci, non è pensabile che in ordine ad essa si sia potuto discutere il punto se *iusta hereditas* stia ad indicare la sola *hereditas ab intestato* o anche quella testamentaria (tanto meno è pensabile, ovviamente, che la soluzione di Paolo

È incontestabile che la *societas omnium bonorum* ha qui una posizione di priorità rispetto alle altre forme sociali, ma non vi è ingegno sottile di interprete che possa spiegare convincentemente, alla luce del diritto classico, la possibilità di realizzazione del cd. *transitus legalis*, e in particolare quella della creazione di una *communio iuris civilis* dei beni dei socii a mezzo del *nudus consensus* manifestato dagli stessi. Anche il tentativo ultimamente compiuto dall'Arangio-Ruiz per dare ai fr. 1.1, 2 e 3 pr. e 1 un senso coerente con i principî del diritto classico non è tale da poter convincere (60).

Il *transitus legalis*, per la cui costruzione è stato chiamato in aiuto anche un frammento di Gaio relativo all'editto provinciale, è dunque

sia stata nel primo senso). Tuttavia, anche se sono abbastanza evidenti i segni del rimaneggiamento formale, non convince per nulla l'ipotesi dell'interpolazione sostanziale formulata dal VASSALLI (*Miscellanea* I [1913] 23 ss., ora in *Studi giuridici* 3. I [1960] 350 ss.) e condivisa dal POCCHI, I. 138 ss.: Triboniano (o anche il precedente compilatore postclassico della catena) non aveva interesse alcuno a creare una ipotesi contrastante con la regola di D. 17.2.3.1. Io riterrei invece che il fr. 3.2 sia il residuo di un più vasto discorso, in cui Paolo spiegava che si può parlare di *societas omnium bonorum* (da contrarsi, si ricordi, *specialiter*) solo se ed in quanto le parti non abbiano posto limitazioni esplicite o implicite (quale quella implicata dal riferimento alla sola *iusta hereditas*) alla universalità dei conferimenti presenti e futuri. Il che, se vero, corrobora la tesi da me sostenuta, in contraddittorio col Bona, *infra* n. 9. V. anche *infra* nt. 61.

(60) Sul cd. *transitus legalis*, ragguagli bibliografici in POCCHI, 2. 76 ss., e in CANCELLI, n. 8 sub a. La congettura dell'ARANGIO-RUIZ, 123 ss., ha il merito di superare altre e di gran lunga più audaci congetture interpolazionistiche (in particolare, quella del Riccobono, che restituisce così il fr. 1.1: *In societate omnium bonorum omnes res quae coeuntium sunt <traditione mancipationis aut in iure cessione singulae> communicantur*), ma è poco attendibile sia nell'ipotesi che la *res nec mancipi* divenissero comuni in blocco per effetto di costituito possessorio, sia nell'ipotesi che le *res mancipi* passassero invece in cd. proprietà pretoria dei socii (che sarebbe diventata condominio trascorso il termine dell'*usucapio*). Il regime classico è stato giustamente intuito dal CUQ, *Manuel de dr. rom.*² (1928) 497 s. e 498 nt. 1, in parte seguito dai Cancelli: la *communicatio* non significava nel senso classico la messa in comune dei beni dei soci, ma la messa in comune dei vantaggi che da essi si potevano trarre, cioè, in altri termini, il vincolamento continuo dei beni (e dei crediti) dei soci all'impiego di comune interesse convenuto in contratto. Anche per la *societas omnium bonorum* valeva insomma il principio chiaramente formulato da Paul. 62 ed. D. 17.2.74: *Si quis societatem contraxerit, quod emit ipsius fit. non commune: sed societatis iudicio cogitur rem communicare*. Così anche CORNOLLET, *De la « communicatio rerum » dans la « societas omnium bonorum »*, in *Fs. v. Lübtow* (1970) 493 ss.

sicuramente di conio postclassico (61). Sarà stato almeno genuino, cioè classico, lo spunto del discorso relativo? Avrà, in altri termini, Paolo veramente parlato della *societas omnium bonorum* all'inizio del suo commentario editale?

Si è risposto di sì, sopra tutto per due motivi: in primo luogo perchè il fr. 1 pr. si spiegherebbe come originariamente riferentesi addirittura al *consortium* (62); in secondo luogo perchè l'esordio del fr. 7, che è di Ulpiano a Sabino, farebbe a sua volta intendere che Sabino e Ulpiano parlarono appunto della *societas omnium bonorum* prima di passare ad occuparsi delle società questuarie (63). Ma il primo motivo è basato su un'impressione fallace e il secondo presuppone un'alterazione testuale assolutamente insostenibile del fr. 7 (64). Di gran lunga più verosimile è che Paolo, non diversamente da Ulpiano (fr. 5), abbia commentato la *demonstratio* dell'*actio pro socio* con un'elencazione generale delle varie ipotesi di *societas*.

La logica del discorso giustiniano, nei frammenti sino al 7 compreso, è questa. La *societas* può essere contratta o *simpliciter*, cioè senza specifica indicazione del suo oggetto (fr. 7: *sine distinctione*), o *specialiter*, cioè con indicazione specifica dell'oggetto (65); se contratta

(61) Il frammento di Gaio (D. 17.2.2) può ben essere genuino, ma il suo riferimento originario era alla cd. proprietà provinciale. Il *continuo communicantur* del fr. 1.1 va assoggettato alla *duplex interpretatio* di cui retro nt. 60. Nel fr. 3.1 *aut quaquaratione* è forse interpolato e *communioni acquiretur* può essere stato sostituito a *in commune redigetur* (Riccobono) o a *communicari debet* (Beseler, Arancio-Ruiz), sempre che non sia genuino e che *communio* non debba essere anch'essa assoggettata a *duplex interpretatio* (v. *infra* n. 22). Dato però che per il rielaboratore postclassico e per Triboniano *communicari* (o *in commune redigi*) ha in questa catena, come si deduce dal fr. 1.1, proprio il senso di *communioni acquire*, sorge il quesito del perchè dell'interpolazione. A mio avviso, essa può essere spiegata in funzione dell'ipotesi di una forte contrazione e riduzione cui i rielaboratori post-classici o Triboniano sottoposero il ben più ampio discorso originario di Paolo. Basti pensare che, come in materia di *hereditas* Paolo ha esposto la questione della *iusta hereditas* (fr. 3.2; retro nt. 59), così in materia di *donatio* egli può aver trattato questioni sulla *donatio mortis causa* (cfr. Ulp. D. 17.2.9) o sulle donazioni remuneratorie (sulle quali, da ultimo, BONA I, 413 ss.). Se l'ipotesi è attendibile, non deve sorprendere che, nel quadro di un più vasto rimaneggiamento, sia uscito dalla penna postclassica il *communioni acquiretur*.

(62) ARANCIO-RUIZ, 120 s.

(63) BONA III, 19 e nt. 34.

(64) V. retro n. 4 e nt. 44 e 45, nonché *infra* n. 9.

(65) Puramente esemplificativo Ulp. D. 17.2.5 pr. Data la peculiare attenzione che il tit. D. 17.2 porta alla *societas vectigalis* (retro nt. 9), può darsi che *sive vectigalis* sia un tribonianismo.

simpliciter, deve ritenersi intesa la *societas universorum quae ex quaestu veniunt* (fr. 7); tra le *societates* contratte *specialiter* quella *omnium* (o *universorum*) *bonorum* implica necessariamente il *transitus legalis*. Si badi bene però. Nella stessa catena postclassico-giustiniana la *societas omnium bonorum*, costruita oltre tutto in maniera incompatibile con il diritto classico, ha tutta l'aria di essere fuori posto, cioè di essere stata spostata all'inizio, mentre la logica avrebbe preferito che se ne parlasse dopo l'enumerazione esemplificativa dei tipi di *societas* di cui al fr. 5 pr.

Se la *societas omnium bonorum* si trova in D. 17.2 all'inizio del titolo, ciò è verosimilmente dipeso dalla manipolazione della stessa catena sabiniana che i compilatori giustiniani hanno operato anche con l'intrusione del fr. 4 di Modestino, ricavato dalla massa editale (66). Il posto d'onore alla *societas omnium bonorum* è stato piuttosto assegnato da Giustiniano nella compilazione di D. 17.2, che non da Paolo nella redazione del suo commentario editale. Postclassico-giustiniana, e non paolina e classica, è, in ogni caso, la configurazione della *societas omnium bonorum* come società intesa alla costituzione di un condominio dei beni presenti e futuri dei *socii*.

7. Altro grande equivoco è quello di ritenere che almeno Gaio abbia parlato della *societas omnium bonorum* come società di mero godimento. Dato che il Bona ha impeccabilmente dimostrato la più che probabile derivazione di Gai 3.148-154 da Sabino e Cassio (67), leggiamo Gai 3.148-149 per vedere che cosa Gaio e presumibilmente i suoi autori abbiano veramente inteso per *societas omnium bonorum*.

Gai 3.148: *Societatem coire solemus aut totorum bonorum aut unius alicuius negotii, veluti mancipiorum emendorum aut vendendorum*. 149: *Magna autem quaestio fuit, an ita coiri possit societas, ut quis maiorem partem lucretur, minorem damni praestet. quod Quintus Mucius <contra naturam societatis esse existimavit, sed Servius Sulpicius, cuius> etiam praevaluit sententia, adeo ita coiri posse existimavit, ut dixerit illo quoque modo coiri posse, ut quis nihil omnino damni praestet, sed lucri partem capiat, si modo opera eius tam pretiosa videatur, ut aequum sit*

(66) Si accetti o non si accetti la teoria dei predigesti (per la quale rinvio a GUARINO, *La compilazione dei « Digesta Iustiniani »* in *St. Scherillo* 2 [1972] 717 ss., ivi letteratura; cfr. anche *id.*, *Storia*, 630 ss.), l'ipotesi della specifica catena pregiustiniana, almeno per i primi frammenti di D. 17.2, è difficilmente contrastabile. Se i compilatori avessero direttamente operato nell'ordinare i loro ritagli delle opere classiche, è difficile che avrebbero seguito un criterio così poco felice.

(67) BONA III, 7 ss, 24 ss.

eum cum hac pactione in societatem admitti, nam et ita posse coiri societatem constat, ut unus pecuniam conferat, alter non conferat et tamen lucrum inter eos commune sit; saepe enim opera alicuius pro pecunia valet.

Eccettuata la Bianchini, che non può essere peraltro seguita (68), nessuno contesta che la *societas totorum bonorum* di Gaio sia la stessa *societas omnium bonorum, universorum bonorum, universarum fortunarum* di cui parlarono gli altri giuristi classici. Ma è per Gaio la *societas totorum bonorum* una società universale di mero godimento?

Absolutamente no. Se pure la contrapposizione alla *societas unius negotii* non facesse intendere che la *societas totorum bonorum* era anch'essa una società (universale) di industria, il paragrafo 149, che si riferisce ad ogni specie di *societas* (sia *totorum bonorum* che *unius negotii*), è decisivo. Secondo l'opinione prevalente, dice Gaio, può essere dedotta in società, anzichè *pecunia*, anche *pretiosa opera* di un socio. Anzi, per maggior precisione: secondo la tesi prevalente, l'opera di un socio, che l'opinione opposta non risulta abbia escluso che fosse e potesse essere prestata, poteva essere *tam pretiosa* da dover essere calcolata sul piano economico come apporto autonomo alla società. Dunque, la *societas omnium bonorum* non era affatto una società di mero godimento, visto che in essa si veniva a conferire anche l'attività del socio. Il che vale anche per le Istituzioni di Giustiniano (69).

(68) BIANCHINI, 50 ss. Ma v. BONA II, 379 ss.

(69) I. 3.25.2: *De illa sane conventione quaesitum est, si Titius et Seius inter se pacti sunt, ut ad Titium lucri duae partes pertineant, damni tertia, ad Seium duae partes damni, lucri tertia, an rata debet haberi conventio? Quintus Mucius contra naturam societatis talem pactionem esse existimavit et ob id non esse ratam habendam. Servius Sulpicius, cuius sententia praevaluit, contra sentit, quia saepe quorundam ita praetiosa est opera in societate, ut eos iustum sit meliore conditione in societatem admitti: nam et ita coiri posse societatem non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat et tamen lucrum inter eos commune sit, quia saepe opera alicuius pro pecunia valet, et adeo contra Quinti Mucii sententiam optinuit, ut illud quoque constiterit posse convenire, ut quis lucri partem ferat, damno non teneatur, quod et ipsum Servius convenienter sibi existimavit: quod tamen ita intellegi oportet, ut, si in aliqua re lucrum, in aliqua damnum allatum sit, compensatione facia solum quod superest intellegatur lucri esse.* — Questo testo viene solitamente utilizzato per colmare in Gai 3.149 la lacuna (relativa al pensiero di Q. Mucio ed all'attribuzione a Servio dell'opposta opinione che *praevaluit*) determinata da una confusione del copista del Veronese, indiziata anche dalla ridondanza di *adeo* — *existimavit* e *ut dixerit* — *posse* (quest'ultimo forse non genuino). Altro problema, che qui non interessa approfondire, è se Q. Mucio si sia espresso in termini di *contra naturam societatis*: sul punto, da ultimo, HORÁK (nt. 3) 158 ss. — Per quanto riguarda il punto sostanziale (che sarà ulteriormente approfondito *infra* n. 10),

Il Bona, che si è avvisto di quella che per lui e per la *communis opinio* è una notevole difficoltà, ha cercato di superare lo scoglio sostenendo che la *magna quaestio* « sia sorta non con riguardo ad ogni tipo di società, compresa la *societas omnium bonorum*, ancora lontana forse ai tempi di Q. Mucio e di Servio dall'aver assunto quel carattere mercantile che è dato scorgere con sicurezza solo in tarda epoca classica, ma con riguardo esclusivo a quelle società questuarie limitate, nelle quali un socio abbia versato il capitale occorrente, l'altro l'opera necessaria per l'intrapresa, per comune utilità, di un'attività questuaria in ampio senso » (70). Ma « *ubi Gaius non distinguit nec nos distinguere debemus* ». Gaio attribuisce a Q. Mucio e a Servio una *magna quaestio* in tema di *societas*, e basta. Per cui, si ripete, nè Servio, nè lo stesso Q. Mucio escludevano la *societas omnium bonorum* dalla discussione, vertendo quest'ultima esclusivamente sul se, in qualsivoglia tipo di *societas*, potesse avere rilevanza a se stante di « posta », di contributo sociale, l'opera del socio.

In ogni caso, per Gaio, giurista del secondo sec. d.C., l'esclusione della *societas omnium bonorum* dalla controversia è impensabile (71). È quindi certamente erroneo sostenere, andando molto più in là della *communis opinio*, che la *pretiosa opera* del socio abbia finito con l'aver rilevanza autonoma anche nella società universale solo con Ulp. 31 *ed. D. 17.2.5.1* (72), cioè che la *societas omnium bonorum* abbia varcato i confini della società di mero godimento solo nell'età dei Severi (73).

mi sia concesso di dubitare fortemente dell'opinione corrente, secondo cui Mucio non ammetteva che l'opera del socio fosse da valutarsi anch'essa (se fornita in maniera determinante) come conferimento sociale: questa tesi sottovaluta di Mucio non solo l'ingegno, ma anche l'esperienza pratica, alla quale non potevano sfuggire i numerosi casi di *societates* miste di capitale e di industria che anche ai suoi tempi si verificavano. La verità è che Mucio il problema dei *socii* a vantaggi (o svantaggi) diseguali se lo era posto in astratto, con riguardo cioè al valore totale dei conferimenti (fossero essi in *pecunia* o in *operae*), mentre Servio gioca sulla precisazione che il valore dei conferimenti in *operae* va misurato non meno di quello dei conferimenti in *pecunia*. V. *infra* nt. 85 e 149.

(70) BONA III, 25. V. anche (meno reciso) BONA I, 448 e nt. 104.

(71) Così invece, piuttosto sorprendentemente, BONA III, cit., secondo il quale «l'angolo visuale... nel § 149 si era, per un momento, ristretto a problemi concernenti le società questuarie».

(72) BONA I, 454 ss. Il testo di D. 17.2.5.1 è riportato *retro* n. 6.

(73) Oltre tutto, la catena di D. 17.2.1-7 (*retro* n. 6) comprende, nel fr. 2, proprio un testo di Gaio.

8. Accertato, contro la *communis opinio*, che la *societas omnium bonorum* non fu mai intesa dai Romani, sul piano della sua tipicità, come una società di mero godimento surrogativa del *consortium erecto non cito*, bisogna subito aggiungere, seguendo invece la *communis opinio* (74), che sin dall'inizio il tipo di società più largamente applicato fu quello delle società meramente questuarie e che tra le società questuarie quella reputata dai giuristi preclassici e classici la società per eccellenza fu la *societas universorum quae ex quaestu veniunt*.

Ciò risulta dal seguito della catena iniziale di D. 17.2 di cui abbiamo parlato in precedenza (75).

D. 17.2.7 (Ulp. 30 Sab.): *Coiri societatem et simpliciter licet: et si non fuerit distinctum, videtur coita esse universorum quae ex quaestu veniunt, hoc est si quod lucrum ex emptione venditione, locatione conductione descendit.*

D. 17.2.8 (Paul. 6 Sab.): *Quaestus enim intellegitur, qui ex opera cuius descendit.*

D. 17.2.9 (Ulp. 30 Sab.): *Nec adiecit Sabinus hereditatem vel legatum vel donationes mortis causa sive non mortis causa, fortassis haec ideo, quia non sine causa obveniunt, sed ob meritum aliquod accedunt,*

D. 17.2.10 (Paul. 6 Sab.): *et quia plerumque vel a parente vel a liberto quasi debitum nobis hereditas obvenit.*

D. 17.2.11 (Ulp. 30 Sab.): *Et ita de hereditate legato donatione Quintus Mucius scribit.*

D. 17.2.12 (Paul. 6 Sab.): *Sed nec aes alienum, nisi quod ex quaestu pendebit, veniet in rationem societatis.*

D. 17.2.13 (Paul. 32 ed.): *Sed et si adiciatur, ut et quaestus et lucri socii sint, verum est non ad aliud lucrum, quam quod ex quaestu venit, hanc quoque adiectionem pertinere.*

Sono, come si vede, sei frammenti di Ulpiano e di Paolo *ad Sabinum* ed un frammento di Paolo *ad edictum* che si alternano l'uno con l'altro, integrandosi a vicenda. Il fatto che non si tratti prevalentemente di frammenti *ad edictum* conferma l'impressione che sia Ulpiano che Paolo non abbiano dedicato alla *demonstratio* dell'*actio pro socio* altro che una generica indicazione dei vari possibili tipi di *societas*, rimettendosi per i particolari alle loro trattazioni civilistiche o a *casus* specifici riferiti nel corso del commentario editale (76).

Nessuno vuol qui difendere la genuinità della forma (77), ma la

(74) Per tutti, v. ARANCIO-RUIZ, 138 ss.

(75) *Retro* n. 5.

(76) V., ad esempio, *retro* nt. 55 e 59.

(77) Per le questioni di critica formale rinvio all'*Index itp.* e ad ARANCIO-RUIZ (nt. 74).

classicità della sostanza è inattaccabile. La *societas universorum quae ex quaestu veniunt* fu ritenuta la fattispecie sociale presuntiva, nell'ipotesi di *societas simpliciter coita*, non soltanto da Paolo e Ulpiano, ma anche da Sabino (fr. 9-10) e, prima ancora, da Q. Mucio (fr. 11) (78).

Viceversa il Bona, che alla *societas quaestus* generale ha dedicato uno studio accurato e per più versi pregevole, si è sforzato arditamente di dimostrare che la presunzione così chiaramente espressa nel fr. 7 non sarebbe stata formulata in diritto classico, ma sarebbe « il punto di arrivo di una plurisecolare evoluzione », la quale si inquadrirebbe nel sempre più accentuato « processo di mercantilizzazione » della società in età postclassica e sarebbe stata di molto buon grado « eodificata » da Giustiniano per fare della *societas universorum quae ex quaestu veniunt* la « società per antonomasia », e perciò « un contraltare della *societas omnium bonorum*, con la quale i giuristi classici iniziavano le loro trattazioni relative alla *societas*, sia nei commentari ad *Sabinum* che in quelli ad *edictum* » (79).

9. La tesi del Bona è, a mio avviso, da rifiutare.

Anche se non avesse alcun fondamento la dimostrazione che ho qui cercato di portare circa il favore riscosso dalla *societas omnium*

(78) Così, giustamente, PERNICE, *Zum römischen. Gesellschaftsvertrage*, in ZSS. 3 (1882) 94.

(79) BONA I, 386. Questo autore, 392 s., prende spunto per la sua ipotesi da un'osservazione di cui non riesco ad individuare l'importanza: non essendo dimostrato che la *societas universorum quae ex quaestu veniunt* fosse, rispetto alla *societas omnium bonorum* e alle altre società questuarie, « statisticamente così frequente nella comunità romana dell'ultima Repubblica e del primo Principato », deve sorprendere che essa sia stata considerata « tipica » e cioè da presumersi conclusa in mancanza di pattuizioni specifiche in altro senso. A parte l'arbitraria equazione tra « figura tipica » e figura « normale, più frequente », mi sembra evidente che i giuristi romani, nello stabilire quale fosse da intendersi la *societas simpliciter coita*, non potevano né dovevano basarsi su considerazioni statistiche, ma su considerazioni logiche. Posto, per assurdo, che la *societas* di più frequente applicazione in età preclassica e classica fosse stata la *societas danistaria*, si sarebbe perciò dovuto presumere *danistaria* ogni *societas simpliciter coita*? E posto che, sempre sul piano della frequenza statistica, prima avesse avuto il primato la *societas danistaria* e poi quella *argentariae artis*, si sarebbe perciò dovuto trasferire la presunzione, ad un bel momento, dall'una all'altra società? Il problema da risolvere era se fosse da considerare valida una *societas* priva dell'esplicitazione dell'oggetto; i giuristi romani lo risolsero in senso affermativo e, passando a stabilire quale ne dovesse essere inteso logicamente l'oggetto, scelsero molto ragionevolmente la soluzione della *societas omnium quae ex quaestu veniunt*. Tutto qui.

bonorum, nel senso ristretto di società di mero godimento, proprio in età postclassica, vien fatto subito di obiettare che Giustiniano, elevando deliberatamente la *societas quaestus* generale a società per antonomasia, le avrebbe probabilmente dato il posto d'onore nel titolo D. 17.2 (80). Ma a parte ciò, gli argomenti decisivi contro l'ipotesi del Bona sono due: primo, che la dimostrazione non regge; secondo, che l'ipotesi urta contro tutto quel che sappiamo circa la storia economica del periodo dell'impero assolutistico.

Secondo il Bona, il testo originario del fr. 7 di Ulpiano (testo ricalcato da Sabino) non sarebbe stato *coire societatem et simpliciter licet*, ma sarebbe stato *coire societatem et quaestus licet*. Per conseguenza, la frase successiva (*et si non fuerit distinctum, videtur coita esse universorum quae ex quaestu veniunt*) non stabilirebbe la presunzione di *societas quaestus* generale in rapporto a qualsiasi ipotesi di *societas coita* senza indicazione dell'oggetto, ma stabilirebbe quella presunzione solo in ordine all'ipotesi di due o più soggetti che abbiano espressamente convenuto di fare una *societas quaestus*, ma non abbiano specificato il contenuto della medesima.

Lasciamo da parte il rilievo che in questo modo si apre una lacuna nella casistica delle società, non essendo risolto se una *societas* conclusa con omissione completa dell'oggetto sia nulla o valida e, se valida, sia da intendere per un certo tipo di *societas* piuttosto che per un altro. Il sospetto di interpolazione del fr. 7 è esclusivamente basato dal Bona sul confronto di quel frammento col fr. 13 di Paolo, in cui si formula l'ipotesi che *adiciatur ut et quaestus et lucri socii sint*, ma poi si fa questione solo del *lucrum*. Siccome Paolo *ad edictum* dimostrerebbe con ciò di contrapporre la *societas quaestus et lucri* (in cui l'*adiectio* riguarda però solo il *lucrum*) alla pura e semplice *societas quaestus* (in cui manca l'*adiectio*), se ne dovrebbe dedurre che anche Ulpiano *ad Sabinum* avrebbe inteso per *simpliciter coita*, cioè per contratta senza alcuna *adiectio*, la *societas quaestus* (81).

(80) Giustiniano avrebbe inoltre rispettato, non violato, la logica del discorso dei fr. 1-7, di cui abbiamo parlato *retro* n. 5.

(81) BONA I, 393 ss., che si fa forte di due scolii a B. 12.1.7 e 9 (Hb. 1.732 e 733; Sch. B. 2.455 e 536). Senza addentrarmi nella discussione, mi limiterò ad osservare che il tallone di Achille di tutta la congettura del Bona è costituito dal *quoque* di *hanc quoque adiectionem pertinere* nel fr. 13. La lettura corrente di questo passo è che le parti del contratto sociale abbiano esplicitamente aggiunto che l'oggetto sia *quaestus et lucri*: siccome l'aggiunta di *lucrum* nulla procura più del *quaestus* ai socii (ἡ προσθήκη τοῦ κέρδους οὐδὲν ἀνέσι πλέον, spiegano gli scolia-

Vero è che il Bona presume che tanto Paolo quanto Ulpiano dipendessero dal comune insegnamento di Sabino, ma portare un brano di Paolo *ad edictum* per correggere un brano di Ulpiano *ad Sabinum* mi sembra davvero eccessivo, ed espone la critica interpolazionistica ad accuse una volta tanto pienamente meritate. Tanto più che il frammento di Paolo, anche se risolve il *lucrum* in ciò che *ex quaestu venit*, anzi proprio perchè giunge a questa soluzione, inequivocabilmente si riferisce ad una *adiectio* di *quaestus* e di *lucrum*, cioè ad un contratto sociale in cui, senza altra specificazione, si sia convenuto di essere soci di *quaestus* e di *lucrum* (82).

D'altra parte, il « processo di mercantilizzazione » chiamato in causa dal Bona mi sembra, in termini di storia economica del mondo romano, del tutto inverosimile.

La storia economica di Roma ci segnala, quanto meno a partire dall'età dei Severi, ben altro che vigore e vivacità di traffici. Ci indica infatti una sempre più accentuata decadenza degli scambi commerciali, dell'iniziativa privata, della tenuta monetaria. Ci parla del sopravvento della programmazione di stato, dell'imposizione dall'alto dei mestieri di interesse sociale, del sorgere del colonato, della moltiplicazione delle

sti), Paolo dice che anche questa seconda aggiunta si risolve nel *quaestus*, cioè in ciò in cui si risolve o consiste l'*adiectio* di *quaestus*. Viceversa il Bona sostiene che la prima *adiectio* non può essere quella del *quaestus* perchè, « a parte l'evidente tautologia in cui si cadrebbe (*non ad alium quaestum quam qui ex quaestu venit!*), lo stesso meccanismo della presunzione, ammesso e non concesso che Paolo la professasse, esclude che potesse fungere da *adiectio* ciò che era normalmente il contenuto della convenzione tra le parti »: pertanto egli suppone (con riferimento a Paul. D. 17.2.71.1 e a Iul. D. 29.2.45.2) che il testo genuino di Paolo suonasse: *Sed et si adiciatur, ut et quaestus <et compendii> et lucri socii sint rell.* Ecco in breve la replica: *si adiciatur ut et quaestus rell.* significa che anche il *quaestus* costituisce oggetto di *adiectio*; non è tautologico dire che l'*adiectio* di *quaestus et lucrum* produce gli effetti della semplice *adiectio* di *quaestus* perchè la seconda *adiectio* si riferisce, in sostanza, non *ad aliud lucrum, quam quod ex quaestu venit*: il *quaestus* si presume quando non è espressamente *adiectus*, ma può anche essere espressamente indicato; l'integrazione di *et compendii* implica che più oltre si debba integrare *non ad aliud <compendium vel> lucrum rell.*; non si capisce perchè un glossatore postclassico o Giustiniano avrebbero cancellato *et compendii* e *compendium vel*.

(82) La presunzione della *societas universorum quae ex quaestu veniunt* fu posta sin dai più antichi tempi, ma azzardata è la tesi del Pocer, I.164, che questo tipo di società non fosse più in uso (pur restando ferma la presunzione) nell'età dei Severi. Ulpiano e Paolo, come abbiamo visto, ne parlano. Quanto al silenzio di Gai 3.148 (e di I. 3.25 pr.), esso è più che ampiamente giustificato dal carattere istituzionale della trattazione.

corporazioni di arti e mestieri, della riduzione degli interessi capitalistici allo sfruttamento dei beni della terra a fini essenzialmente di sopravvivenza (83). In questo ambiente economico-sociale può forse aver ripreso piede, entro certi limiti, la *societas omnium bonorum* (ridotta a società di mero godimento) ma non si vede come abbiano potuto avere sviluppo le società a carattere commerciale o industriale. Ed è altresì probabile che, in luogo della tradizionale *societas* condizionata dalla permanenza del consenso tra i soci, si sia diffusa (non dico generalizzata, si badi) la società come ente giuridico creato *ex consensu* ma vivente poi di vita autonoma (84).

10. Confermato, a scampo di tutti gli equivoci sin qui sorti, che ogni e qualsiasi specie di *societas consensu contracta* fu, sempre e sin dalle origini, concepita dai giuristi preclassici e classici come destinata per sua natura alla creazione di un lucro, bisogna passare ad eliminare un ultimo equivoco connesso: che la valutazione dell'opera del socio, se ed in quanto rilevante, abbia obbedito a criteri diversi dall'uno all'altro giureconsulto.

Per quanto riguarda questo punto, torna in considerazione Gai 3.149, già esaminato poco fa (85), e vanno inoltre letti Gai 3.150 e Ulp. 30 *Sab. D.* 17.2.29.1.

(83) Basta rinviare all'acutissima sintesi di L. CRACCO RUGGINI, *Esperienze economiche e sociali nel mondo romano, in Nuove questioni di storia antica* (1968) 771 ss., ivi altra letteratura. Cfr. anche HEICHELHEIM, *Storia economica del mondo antico* (tr. it. 1972), specialm. 1153 ss.

(84) Sulla tendenza postclassica alle entificazioni e personalizzazioni, v. KASER, *RPR.* 2.103 ss. V. anche *infra* n. 11-14.

(85) *Retro* n. 7. Nel confronto tra Gai 3.149 e I. 3.25.2 molto, forse troppo, si disente circa la vera opinione di Servio: infatti, secondo Gaio Servio sembrerebbe subordinare la rilevanza dell'opera del *socius* alla condizione (da verificarsi in giudizio) che sia particolarmente *pretiosa* (*si modo tam pretiosa videtur, ut...*), invece secondo Giustiniano Servio sembrerebbe ammettere in ogni caso la rilevanza dell'opera del *socius* (*quia saepe rell.*) salvo a stabilire di volta in volta (in sede di contratto) se e quanto valga. Sul punto, v. particolarmente ARANCIO-RUIZ, 93 ss., e da ultimo, HORAK (nt. 3), 158 ss., ivi letteratura. A mio avviso, tanto sottile quanto fragile è la tesi dell'ARANCIO-RUIZ, 99 ss., secondo cui il pensiero di Servio sarebbe, una volta tanto, meglio interpretato da Giustiniano che non da Gaio, e ciò perchè l'esposizione giustiniana si adatta meglio al principio classico della libertà contrattuale. Non va tralasciato di tener presente che di *magna quaestio* parla solo Gaio, e non Giustiniano: mentre nelle Istituzioni giustiniane la tesi di Servio viene presentata come un'opinione contraria all'insegnamento di Mucio, nelle Istituzioni gaiane essa ha tutte le coloriture e le forzature della replica. V. *retro* nt. 69.

Gai 3.150: *Et illud certum est, si de partibus lucri et damni nihil inter eos convenerit, tamen aequis ex partibus commodum et incommodum inter eos commune esse. sed si in altero partes expressae fuerint, velut in lucro, in altero vero omissae, in eo quoque, quod omissum est, similes partes erunt.*

D. 17.2.29.1 (Ulp. 30 Sab.): *Ita coiri societatem posse, ut nullam partem damni alter sentiat, lucrum vero commune sit, Cassius putat: quod ita demum valebit, ut et Sabinus scribit, si tanti sit opera, quanti damnum est: plerumque enim tanta est industria socii, ut plus societati conferat quam pecunia, item si solus naviget, si solus peregrinetur, pericula subeat solus.*

Il Bona (86) ha sottoposto questi due testi ad una minuziosa analisi e, oltre ad affermare che essi non avrebbero tratto con la *societas omnium bonorum* (tesi da me già dianzi combattuta) (87), ha ritenuto che, mentre Servio, a critica di Q. Mucio (88), sostenne, probabilmente nei *Notata Mucii* (89), che il socio d'opera può anche essere ammesso da una clausola iniziale a partecipare ai guadagni ed a venire escluso dalle perdite, Cassio e quasi certamente anche Sabino, cui si rifà il frammento di Ulpiano *ad Sabinum* (90), esposero un'opinione più prudente e avveduta di quella di Servio: solo in sede di rendiconto finale della gestione sociale, e non con una valutazione soggettiva fatta *in coeunda societate*, si può e si deve stabilire obiettivamente se *tanti sit opera quantum damnum est*, se il lavoro del socio d'opera equivalga, pecuniariamente valutato, al passivo sofferto dal socio capitalista. Dopo di che, sempre secondo il Bona, l'« ulteriore sviluppo del pensiero giurisprudenziale » portò Gaio ad abbandonare le limitazioni poste da Cassio e Sabino, riavvicinandosi con ciò a Servio, mentre Ulpiano, che nei *Digesta* riporta solo il pensiero di Cassio e Sabino, « potrebbe aver fatto altrettanto » in un brano che i *Digesta* però non trascrivono (91).

(86) BONA III, 24 ss.

(87) *Retro* n. 7.

(88) Cfr. D. 17.2.30 (Paul. 6 Sab.): *Mucius libro quarto decimo scribit non posse societatem coiri, ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat: Servius in notatis Mucii ait nec posse societatem ita contrahi neque enim lucrum intellegitur nisi omni damno deducto, neque damnum nisi omni lucro deducto: sed potest coiri societas ita, ut eius lucri, quod reliquum in societate sit omni damno deducto, pars alia feratur, et eius damni, quod similiter relinquatur, pars alia capiatur.* Questo testo, per il quale rinvio ad HORAK (nt. 3) 162 s., conferma la puntigliosità di Servio nelle sue note a Mucio. Non mi risulta chiara l'interpretazione di BONA 26 s.

(89) Lo si desume, se non altro, dal testo riportato *retro* nt. 88.

(90) *Ut et Sabinus scribit.*

(91) BONA 33 s. L'ipotesi, secondo il Bona, è la sola possibile, « a meno di ammettere che Gaio abbia ritenuto equivalenti le posizioni di Servio, da una parte, e quelle di Sabino e Cassio, dall'altra ». A mio avviso vi sono ben pochi

A salvare la giurisprudenza romana dall'insinuazione di questo stranissimo ondeggiamento di pensiero, anch'io ritengo, come il Bona ed altri (92), che non sia lecito ricorrere ad una radicale soluzione interpolazionistica. Ritengo tuttavia che i testi vadano sottoposti ad una lettura meno esasperata.

Per quanto il fr. 29 si esprima in modo piuttosto infelice (93), la divergenza con l'opinione espressa da Servio, nel resoconto di Gai 3.149, non mi pare che esista. Come Servio si è riferito al momento della *coitio societatis*, così vi si sono chiaramente riferiti anche Cassio e Sabino (94). Come Servio ha limitato la sua presa di posizione a favore del socio d'opera all'ipotesi che l'attività di quest'ultimo sia obiettivamente (*videatur*) tanto importante da giustificare sinanche che egli *nihil omnino damni praestet* (o *minorem partem damni praestet*) (95), così Cassio e Sabino hanno giustapposto al *quanti damnum est* il *tanti opera est* (96). Come, infine, per Servio era certamente chiaro che il definitivo *quidquid dare facere oportet ex fide bona* si valuta solo in sede di giudizio, così ciò era certamente altrettanto chiaro per Cassio e Sabino (97).

Servio si è certamente espresso in modo diverso da quello di Cassio e Sabino, il che si spiega anche per il fatto che egli svolgeva una polemica con Q. Mucio. Ma è da escludere che abbia detto cosa sostanzialmente diversa dai due sabiniani, così come assolutamente non si vede il tentativo che costoro avrebbero fatto di opporsi allo sganciamento della disciplina delle società questuarie da quella della *societas omnium bonorum*, pretesa società non questuaria (98).

D'altro canto, in termini di buon senso, che significa attendere la « fine gestione »? Si poteva trattare, sopra tutto nelle *societates unius*

dubbi: Gaio ha proprio ritenuto equivalenti, anche se non erano formulate in termini eguali, le due posizioni.

(92) Per un ragguglio, v. BONA III, 30 nt. 53.

(93) Ciò può essere dipeso da un accorciamento mal fatto da un glossatore o dai compilatori giustiniani.

(94) Gai: *adeo ita coiri posse societatem* (Servius) *existimavit*. Ulp.: *ita coiri societatem posse... Cassius putat*.

(95) *Ut aequum sit eum cum hac peccione in societatem admitti*.

(96) *Si tanti sit opera, quanti damnum est*.

(97) Nessuno dei tre giuristi ignorava la formula del *iudicium pro socio* e alla *sententia iudicis* si rapportano, in definitiva, tanto il *si videatur* di Gaio quanto il *quod ita demum valebit* di Ulpiano.

(98) Cfr. BONA III, 32, sia pure in tono dubitativo (« vedrei »).

rei, di una gestione di pochi mesi (99), ma si poteva anche trattare di una gestione di anni e i Romani, anche se in questi casi provvedevano probabilmente a rendiconti periodici (diciamo, per ipotesi, annuali), non conoscevano, per quanto risulta, la regola della chiusura di bilancio e della relativa accettazione da parte dei soci (100). Se le prestazioni dedotte in società non si limitavano a *pecunia*, ma riguardavano anche altri beni reali, è chiaro che sin dall'inizio si procedeva ad una valutazione pecuniaria (o, se del caso, in potere di acquisto) di questi beni: l'opera promessa da un socio poteva dunque anch'essa venir valutata pecuniariamente all'inizio. Il socio di capitale, in altri termini, non aveva motivo alcuno per contestare in corso di società la valutazione preventivamente fatta dell'attività del socio d'opera, così come il socio d'opera non aveva motivo alcuno per contestare in corso di società la valutazione preventivamente fatta dei beni messi (o meglio, promessi) a disposizione dal socio di capitale.

L'uno e l'altro potevano dolersi, dopo aver iniziato l'attività sociale, di una cosa soltanto: che il socio d'opera non avesse posto a disposizione la quantità o qualità dell'attività promessa, oppure che il socio di capitale non avesse posto a disposizione la quantità o qualità dei beni promessi. E qui interveniva, salvo accordi raggiunti tra le parti, l'*actio pro socio* (101).

(99) Di pochi giorni o settimane, no; l'opera del socio di industria difficilmente avrebbe avuto il modo di rendersi rilevante.

(100) Per il diritto italiano sulla società semplice, cfr. a. 2261 co. 2 c.c.: « Se il compimento degli affari sociali dura oltre un anno, i soci hanno diritto di avere il rendiconto dell'amministrazione al termine di ogni anno, salvo che il contratto stabilisca un termine diverso ».

(101) Per le regole sui riparti degli utili e delle perdite, v. *infra* n. 29 e 30.

II

LINEE DI UNA RICOSTRUZIONE

SOMMARIO: 11. L'idolo della concezione moderna del fenomeno societario. — 12. Infondatezza, per diritto preclassico e classico, di una visione « entistica » della *societas*. — 13. Gai 3.148-154 e la sua importanza per la ricostruzione della *societas* « tipica » o regolare dell'età classica. — 14. Le caratteristiche della *societas* tipica in diritto preclassico e classico. — 15. Precisazioni in ordine alla « tipicità ».

11. Passiamo allora alla discussione relativa « tout court » alla struttura della *societas consensu contracta* nel pensiero dei giuristi preclassici e classici, da un lato, e nel pensiero, dall'altro lato, di eventuali rielaboratori o riformatori post-classici e giustinianei. Discussione assai complessa, che coinvolge tra l'altro la teoria dei modi di scioglimento della *societas* consensuale e la funzione dell'*actio pro socio*, e che già è stata da me parzialmente affrontata in precedenti studi (102), che non hanno incontrato il favore di alcuni studiosi, anche perchè in parte, ritengo, dagli stessi fraintesi (103).

E qui è indispensabile, affinché la conversazione non avvenga

(102) GUARINO I e II della Bibliografia (retro nt. I).

(103) I critici sono, in particolare, BONA III o LITIEWSKI, *Remarques sur la dissolution de la société en droit romain*, in *RHD*. 50 (1972) 70 ss. Mi consente quest'ultimo autore di osservare, molto francamente, che non è buon metodo trasecurare il carattere problematico (non sciocamente asseverativo) di uno scritto, sia esso mio o di altri, e procedere, dopo averlo banalizzato in proposizioni staccate, col dire che quelle singole proposizioni mancano di prova specifica, cioè col dire ciò che l'autore criticato aveva dichiarato sin dall'inizio. A questo modo si scrivono fiumi di parole, ma non so se e quanto si contribuisca ad un reale progresso degli studi.

tra sordi, battere fermamente il chiodo sul danno che può derivare alla obiettività dell'indagine dall'influenza di quell'altro idolo, che è costituito dalla concezione moderna del fenomeno societario.

12. Come già ho avvertito all'inizio di questo studio (104), il contratto societario moderno, anche nella sua configurazione più elementare (quella della cd. società semplice), implica sempre la formazione di un patrimonio societario, cioè di un complesso a se stante di diritti e di obblighi, distinto dai patrimoni personali dei soci o comunque autonomo rispetto agli stessi, il cui impiego determina attività o passività, utili o perdite, da ripartirsi secondo certi criteri tra i soci. Dal contratto di società modernamente inteso, anche se non scaturisce in ogni caso una vera e propria « persona giuridica », scaturisce quanto meno un ente giuridico, un *quid* patrimonialmente autonomo, in funzione di un fine suo proprio, il cd. « oggetto sociale », da perseguire e possibilmente da realizzare così come hanno stabilito, con una dichiarazione iniziale (e puramente iniziale) di volontà, concordemente i soci (105).

Dato che a questa configurazione impeccabilmente razionale la dottrina del diritto comune e la pandettistica sono pervenute non in

(104) *Retro* n. 1.

(105) Sul fenomeno societario moderno, con particolare riguardo a quello italiano, v., da ultimo, FERRI, *Le società*, in *Trattato di dir. civ. ital. Vassalli* 10.3 (1972), ivi riferimenti di letteratura. Sempre con riferimento al diritto italiano vigente, è noto che il legislatore riconosce per esplicito la personalità giuridica solo alle cd. società di capitali, non alla società semplice e alle altre cd. società di persone. Tuttavia, a prescindere da quella parte della dottrina che anche alle società di persone attribuisce personalità giuridica, tutti sono d'accordo, e non potrebbero esprimersi diversamente di fronte alla normazione positiva, nel senso che le società di persone sono un *quid* diverso dai soci (dunque, un ente): un *quid* « società » che intrattiene in quanto tale rapporti con i terzi ed eventualmente con gli stessi soci. Per quanto riguarda il tipo più elementare di società, la società semplice (a. 2247 ss. c.c.), anche i più decisi avversari della tesi della personalità giuridica dichiarano che « la società come organizzazione di persone e di beni per uno scopo produttivo non può esistere senza la costituzione di un fondo sociale »: cfr. FERRI, in *Commentario del Cod. civ. Scialoja e Branca*², sub a. 2247, p. 24 ss. In altri termini, la concezione moderna del fenomeno sociale è che il contratto sia inteso anzi tutto alla costituzione del *quid commune* (anche se non in comunione *stricto sensu*) e che solo subordinatamente alla costituzione del *quid commune* si possa procedere allo esercizio dell'attività di comune interesse ed alla connessa ripartizione degli utili. Sul tema v. anche la limpida trattazione del CALGANO, *Il contratto di società, La società di persone* (1971), specialm. 60 ss.

base a ragionamenti astratti, o solo in base a ragionamenti astratti, ma cogliendo accortamente alcuni spunti romani (106) e sopra tutto adattando le fonti relative alla *societas consensu contracta*, nonché talune anticipatrici alterazioni postclassiche delle stesse (107), alle esigenze di una vita economica più evoluta e di una « dogmatica » giuridica più raffinata di quelle della romanità, si spiega come la configurazione moderna del fenomeno societario abbia ancora tanta presa, e non solo quanto a terminologie, sulle ricostruzioni che i romanisti tentano della società consensuale romana.

Si, certamente, oggi non v'è più alcuno che veda nella *societas consensuale* una persona giuridica (108) e la dottrina è unanime nel sottolineare, sulla scorta di fonti inequivocabili, che « la società romana crea un rapporto esclusivamente interno, avente cioè effetto solo tra i soci, senza riflessi all'esterno » (109). Ma è sufficiente questo risultato? Resta sempre, e non so se sia esatta, la concezione dell'effetto tipico e giuridicamente rilevante del contratto come un *quid commune*, distinto dalle persone dei soci e dai relativi loro patrimoni.

Secondo la *communis opinio*, i soci « s'impegnano a mettere in comune beni e attività allo scopo di dividerne secondo una proporzione prestabilita i profitti e le perdite » (110): dunque la funzione essenziale del contratto, la sua « causa », sta nella creazione del patrimonio comune (per la gestione nell'interesse comune dello stesso), senza di che il risultato societario non avrebbe possibilità di attuazione (111).

(106) Per esempio, quelli offerti dalle *societates vectigalium*, di cui retro nt. 9. Illuminanti pagine, a questo proposito, in WIEACKER II, 302 ss.

(107) Per esempio, quelle relative al cd. *transitus legalis*, di cui retro n. 6. Si ricordi che l'a. 1697 c.c. 1865 (abrogato) parlava di messa in comunione di beni. Più cauto il vigente a. 2247 c.c. 1942.

(108) Per la critica di questa vecchia concezione, influenzata anche da uno dei significati del termine *societas* nelle fonti, v. ARANCIO-RUIZ, 78 ss. Citazioni in DEL CHIARO, 222 nt. 1.

(109) ARANCIO-RUIZ, 108. V. peraltro anche SERRAO, *Sulla rilevanza esterna del rapporto di società in diritto romano*, in *St. Volterra* 5 (1971) 743 ss. Sul punto, *infra* n. 43.

(110) ARANCIO-RUIZ, 63. Cfr. anche KASER, *RPR*. 1.572: i *socii* « sich, ohne eine Körperschaft zu bilden, wechselseitig verpflichtet, einen gemeinsamen Zweck mit gemeinsamen Mitteln zu fördern ». Buoni rilievi in POCCHI I. 127 ss.

(111) Si intende che per « patrimonio comune » non si vuol significare come inevitabile la creazione di una comunione o di un patrimonio autonomo: cfr. CANCELLI, n. 9. Si vuol significare però, se non vado errato, la priorità logica e pratica della creazione di un *quid commune*, a disposizione della società e non dei singoli soci conferenti, rispetto all'attuazione del fine sociale.

Secondo altri autori, e più esplicitamente e lucidamente secondo il Wieacker (112), la creazione del patrimonio comune non è richiesta, ma il contratto sociale, o comunque la fattispecie in cui si risolve o addirittura si identifica il *consensus perseverans* dei soci (113), fa sì che si enuclei nella vita giuridica una gestione comune di comune interesse dei soci, una «gemeinsame und gemeinnützige Geschäftsführung» di cespiti (beni e attività) tenuti uniti solo sul piano contabile, che viene necessariamente meno, dando luogo alla fase liquidativa, quando anche un sol socio (cioè anche un solo elemento di questa costruzione giuridica) receda, muoia, subisca una *capitis deminutio*, fallisca o eserciti l'*actio pro socio*, la cui funzione è esclusivamente intesa alla liquidazione della gestione comune (114): dunque, a parte l'insostenibile tendenza ad identificare il contratto col «*Rechtsverhältnis*» che ne è solo l'effetto, al *quid* costituito dal patrimonio comune non si sa fare a meno di sostituire un altro *quid* distinto dalle persone dei soci che è la gestione comune di comune interesse, chiamiamola la co-gestione.

E non basta. Dato che è fuori discussione che già in età pre-classica e classica potessero essere costituite società a più di due soci (che chiameremo, per intenderci, società pluralistiche, di contro alle società dualistiche) (115), tanto la *communis opinio*, quando non mostra di ignorare il problema (116), quando lo stesso Wieacker, che il problema viceversa lo ha ben presente, si trovano a malpartito. La *communis opinio*, che pone a base delle società pluralistiche un assai discutibile «contratto plurilaterale» (117), non sa spiegarsi, o comunque non spiega, come mai non esista un mezzo processuale liquidativo della società (118), o come mai l'*actio pro socio*, quando viene esercitata

(112) WIEACKER II, 308 ss., 332 ss.

(113) Contro la dottrina «*anticontrattuale*», già formulata da WIEACKER I, sebbene in toni più drastici, v. per tutti ARANCIO-RUIZ, 60 ss. Cfr., in particolare, WIEACKER II, 310: «*Societas war dadach ein auf fides beruhendes, jederzeit frei lösliches Rechtsverhältnis zwischen je zwei Personen, die sich zu gemeinsamer und gemeinnütziger Geschäftsführung und zur Teilung der Gewinne oder Verluste aus dieser Geschäftsführung formlos verabredet haben*».

(114) WIEACKER II, 310 s.

(115) Rinuncio all'altra denominazione di comodo, da cui potrebbero derivare equivoci, utilizzata in GUARINO I: società «*bilaterali*» e «*plurilaterali*».

(116) Il merito di aver sensibilizzato il problema spetta all'Arancio-Ruiz. Cfr. ARANCIO-RUIZ, 70 ss. e particolarm. 74 ss.

(117) ARANCIO-RUIZ, 70 ss.

(118) In analogia, voglio dire, alle azioni divisorie della *communio*.

da un socio a fini di liquidazione della quota, non comporti e non sia in grado di comportare il litisconsorzio di tutti gli altri soci (119). Dal canto suo, il Wieacker, prendendo atto di questo fatto irrefutabile, costruisce il suo « Rechtsverhältnis » come intercorrente fra ciascun socio e ciascun altro socio (« zwischen je zwei Personen »), in una specie di « girone all'italiana » dei consoci, con l'effetto di rendere assai poco comprensibile il funzionamento ragionevole della gestione (120).

(119) Sul punto, per tutti, KASER, *RZPR.* (1956) 151 s., ivi letteratura. In particolare, v. WIEACKER II, 330 s.

(120) Il WIEACKER, II, 332, è il primo a rendersi conto delle perplessità che la sua ricostruzione può provocare, ma risolve tutto, forse un po' troppo facilmente, osservando, se ho ben capito: primo, che l'azione di A contro B per la liquidazione della sua parte determinava, sì, la fine anche della società con C, ma in pratica B e C passavano spesso a costituire tra loro una *nova societas* tenendo conto dell'esborso fatto da B per la liquidazione di A; secondo, che una sorte di litisconsorzio necessario nell'*iudicium pro socio* avrebbe avuto, se fosse stato ammissibile, l'inconveniente di determinare l'*infamia* di tutti i socii, ivi compresi quelli non responsabili (o non ritenuti responsabili dall'attore) dell'inadempienza contrattuale; terzo, che una liquidazione giudiziaria collettiva sarebbe stata poco pratica anche dal punto di vista dell'economia processuale. In verità, non saprei dare un peso apprezzabile al primo e al terzo argomento. Alla seconda osservazione opporrei il ben noto principio secondo cui *adducere inconueniens non est solvere argumentum*. A tutta la costruzione del Wieacker opporrei, infine, sulla base del buon senso, o almeno di quello che io ritengo tale, che, posta una società pluralistica (mettiamo, per semplificare al massimo, una società fra tre soci), è veramente singolare che i Romani, avendo la libertà di regolarla nel modo più appropriato e funzionale, l'abbiano strutturata in modo che il fine comune non fosse da perseguirsi in forza di decisioni (e impegni) comuni dei socii, ma in forza di decisioni (e impegni) da prendersi tra i socii a due a due, con la possibilità che, durante il tempo richiesto per questi accordi, il fine (per esempio, la compra di uno schiavo) si rendesse irrealizzabile. È ovvio che in pratica non doveva essere così e che i socii dovevano far largo ricorso *ex pacto* al sistema dell'amministratore unico o ad altri sistemi di maggiore funzionalità pratica, ma mi si conceda che, se i Romani non concepirono in linea di principio la società pluralistica secondo uno di questi sistemi pratici e ragionevoli, ciò dovette dipendere dal fatto che vi era qualche cosa, in linea di principio, che assolutamente lo impediva. Che altro era questo impedimento dirimente, se non il carattere bilaterale dell'*actio pro socio*? Il problema, dunque, si sposta sul perchè l'*actio pro socio* non fosse analoga, diciamo, all'*actio communi dividundo*. È vero che, se A avesse potuto agire in una sola volta contro B e contro C, ambedue questi socii avrebbero subito, con la condanna, l'*infamia*, ma le contropartite (ben più consistenti) di questo svantaggio (che non era comunque evitabile se B, agendo dopo la condanna in rivalsa contro C, ne avesse ottenuto a sua volta la condanna) erano le seguenti: possibilità di fare i conti (del dare e dell'avere) in una volta sola, vedendoci chiaro in una volta sola sui diritti e sugli obblighi di tutti i socii; possibilità per i con-

13. È ben vero che D. 17.2 *pro socio* è un grosso calderone di frammenti e di paragrafi in parte contraddittori, in parte oscuri, in parte visibilmente alterati quanto meno nella forma. È ben vero che, rimestando in esso, si colgono argomenti per tutte le ricostruzioni della *societas* classica. Ma, sebbene si tratti di un'esposizione in succinto, Gai 3.148-154 costituisce, per nostra fortuna, una fonte di cognizione molto importante, anche perchè di purezza assai meno sospettabile delle altre di cui disponiamo.

Intendiamoci, non che Gaio ci dica e ci voglia e ci possa dire, nelle brevi pagine del suo manuale, tutto su tutto. Notoriamente egli ci dice solo l'essenziale, anzi, dato il carattere di « profilo » che all'opera viene riconosciuto (121), tutto e solo ciò che a lui sembra essenziale per una visione lineare della struttura normale degli istituti (122). Ciò posto, se l'essenza della *societas* fosse consistita nella costituzione di un *quid commune* (un patrimonio, una gestione unificata od altro), è da pensare che egli non l'avrebbe taciuto; se l'*actio pro socio* fosse stato lo strumento liquidativo della società, nel suo patrimonio o nella sua gestione unificata, è da ritenere che egli non avrebbe ommesso di dirlo al termine dell'elenco delle altre cause di *solutio societatis*; e se la *societas*, nella sua configurazione tipica, cioè normale e non eccezionale o « irregolare », avesse avuto carattere di società pluralistica, e non dualistica, è da supporre che egli non avrebbe trascurato di avvertirne il lettore quanto meno nell'esemplificazione (123).

venuti A e B di essere condannati insieme nell'*id quod facere possunt*; possibilità. in omaggio alle vere istanze dell'economia processuale, di risolvere con un unico giudizio le questioni che altrimenti sarebbero potute sfociare in vari giudizi (A *versus* B, A *versus* C, B *versus* A, o viceversa). A questo punto mi si dirà che è un dato di fatto incontestabile, anche per le età preclassica e classica, che i Romani costituivano società pluralistiche e che, tuttavia, ignoravano l'azione liquidativa generale. Certo che è così, ma questo dato di fatto incontestabile invita a ritenere che i Romani del cd. diritto classico all'idea della cogestione (e tanto meno a quella del *quid commune*) non ci siano mai arrivati e che il perchè del carattere bilaterale dell'*actio pro socio* dipenda da motivi di ordine, come suol dirsi, dogmatico oppure (o anche) di ordine, come può dirsi, storico, dei quali è doveroso andare (congetturabilmente, si intende) alla ricerca.

(121) Tralascio la vastissima e ben nota letteratura in proposito, rimettendomi ai ragguagli che si leggono in GUARINO, *Storia*, 518 ss.

(122) È appena il caso di ricordare, tanto per fare un esempio (e quasi mi mortifica doverlo fare), che Gai 3.90-91 parla delle *obligationes re contractae*, omettendo quelle da deposito, da comodato e da pegno.

(123) Sorvolando sui dogmi galani del LITWESKI (nt. 103), l'osservazione valga per un'obiezione, forse incauta, che si legge in BONA III, 36 nt. 58 i.f.: « Mi sia

E invece. Gaio, pur non tacendo che il funzionamento della « combinazione » sociale è subordinato ad un *conferre* (*pecuniam* o *operam*) da parte dei soci, non dice menomamente che da quel *conferre* derivi un *quid commune* (patrimonio o gestione), ma segnala come caratteristico del fenomeno solo che il *commodum* e l'*incommodum* sono da dividersi tra i soci (124). Gaio, pur elencando le cause specifiche di *solutio societatis*, non parla dell'*actio pro socio* come mezzo liquidativo della *societas* (125). Gaio, pur avendo esplicitamente detto in 3.137 che i contratti consensuali (*societas* non esclusa) implicano tipicamente un *alterum alteri obligari* (126), non segnala in alcun modo come tipica del contratto sociale, in eccezione al principio *alterum alteri*, la struttura plurilaterale dello stesso.

14. Questi gli elementi principali (ma non i soli, tutt'altro) che mi inducono a formulare, e in parte a ribadire contro i miei critici, l'opinione che il contratto di *societas* fosse « tipicamente », per la giurisprudenza preclassica e classica, un contratto consensuale tra due soci, determinante l'obbligo *ex fide bona* degli stessi di *dare* o *facere* ciascuno qualcosa in beni o in attività, per un impiego di comune interesse, e il correlativo obbligo degli stessi di ripartire tra loro il

permesso fin d'ora di dubitare che Gaio, ammesso e non concesso che abbia operato col paradigma della società bilaterale, abbia potuto omettere di segnalare ai propri allievi che tutto quello che andava dicendo, in tema di *solutio*, era in funzione esclusiva di una società a due persone». Il dubbio del Bona è certamente lecito, tanto più che la mia tesi è soltanto una più o meno argomentata congettura. Solo vorrei far rilevare al Bona che io non ho mai sostenuto che Gaio, dopo aver impostato un discorso su tutte le possibili strutture sociali (sia dualistiche che pluralistiche), sia passato tacitamente a parlare della *solutio societatis* solo con riguardo alle società dualistiche. Io ho sostenuto, o meglio ho congetturato che tutto quanto il discorso di Gai 3.148 ss. sia relativo esclusivamente al paradigma della società a due parti.

(124) Cfr. Gai 3.149-150.

(125) Ne parla solo la catena costituita da D. 17.2.63.10, 64, 65 pr.

(126) Gai 3.137: *Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet rell.* Secondo il LITIEWSKI (nt. 103). 76, « le texte traitant de tous les contrats consensuels, le jurisconsulte était alors tenu de ne faire mention quae de deux parties contractantes », perchè altrimenti « c'eût été fausser les données en ce qui concerne l'*emptio-venditio*, la *locatio-conductio* ainsi quae le *mandatum* ». Strano comportamento per un giurista che trattava « de tous les contrats consensuels » e che dominava il latino e la logica abbastanza da poter ben dire, solo che avesse voluto, che dai contratti consensuali non nascono solo obbligazioni di una sola parte, ma nascono invece obbligazioni di ciascuna parte verso l'altra o le altre.

guadagno e le perdite conseguiti (127). Le prestazioni promesse potevano essere le più diverse, e potevano giungere finanche alla costituzione di un patrimonio amministrativamente comune o di una *communio*, ma non qualificavano la causa del contratto: erano modalità stabilite con *pacta accessori* (128).

Caratteristica essenziale del contratto era la *perseverantia consensus*. I rapporti societari, cioè i diritti e gli obblighi tra le due parti, si estinguevano, oltre che per *dissensus sociorum*, anche a seguito di recesso, morte, *capitis deminutio*, fallimento di una di esse (129). L'*actio pro socio* era a disposizione di ciascuna delle due parti per ottenere che l'altra eseguisse secondo buona fede le prestazioni promesse, sia quanto a « conferimenti » per l'impiego sociale, che quanto al riparto degli utili, che quanto alla partecipazione alle perdite (130).

Sempre secondo la mia opinione, la società pluralistica era, in età preclassica e classica, una forma atipica o irregolare di società, giustificata e disciplinata da apposite pattuizioni tra i *socii*. Essa si estingueva, secondo la regola generale, per *dissensus sociorum*, ma non per recesso, morte, *capitis deminutio*, fallimento di un singolo socio, salvo (ed entro certi limiti) che intervenisse patto specifico tra i soci in proposito. L'*actio pro socio* non era comunque strutturata al servizio di essa (131).

Fu il diritto postclassico e giustiniano, anche elevando a regola dispositiva taluni patti aggiunti divenuti sempre più frequenti nel corso dell'età classica, a modificare, sebbene in modi tutt'altro che univoci, questo regime preclassico e classico. Esso non solo creò la regola del *cd. transitus legalis* in ordine alla *societas omnium bonorum* (132), ma si orientò verso la identificazione del patrimonio o quanto meno della co-gestione come causa tipica della convenzione sociale, e quindi come effetto tipico della società. Esso si indirizzò pertanto verso la identificazione nella società di un ente distinto dalle persone dei soci, e incluse nello schema tipico della *societas* la società pluralistica, con la conseguenza che *renuntiatio*, morte, *capitis deminutio*, fallimento ed

(127) *Infra* n. 16-21.

(128) *Infra* n. 22-30.

(129) *Infra* n. 18-21 e 33-38.

(130) *Infra* n. 31-32.

(131) *Infra* n. 34-41.

(132) *Retro* n. 6.

esercizio dell'*actio pro socio* da parte anche di un sol socio determinavano lo scioglimento della società (133).

15. Prima di passare all'argomentazione della mia ipotesi, mi sia peraltro consentito di insistere, sempre allo scopo di eliminare equivoci e di evitare conseguentemente discussioni del tutto inconcludenti, sul punto della « tipicità » dell'istituto (134).

(133) Si avverta che l'*actio pro socio* del diritto postclassico-giustiniano non era più quella formulare, ma era ormai quella *extra ordinem*, o meglio quella esercitata secondo la procedura *extra ordinem*. Essa era, dunque, ampiamente adattabile ai fini della liquidazione di una *societas pluralistica*.

(134) Mi astengo deliberatamente dal tentativo di corroborare il mio discorso con considerazioni di ordine sociale ed economico, che rischierebbero di essere arbitrarie e fuorvianti. Se mai, saranno i risultati di questo studio, nella misura in cui riusciranno persuasivi, a suggerire qualche non inutile precisazione agli storici della società e dell'economia romana. Ed infatti la storia sociale ed economica di Roma ci autorizza, allo stadio attuale delle nostre conoscenze, a dire, con qualche sicurezza, questo soltanto: che nei sec. III-II a.C. si diffuse, in concorrenza con l'economia agricola, una vivace economia commerciale a vasto raggio, caratteristicamente inquadrata nella valutazione dei costi comparati (*retro* n. 5); e che i sec. II-III d.C. portarono in tutta la sfera del mondo romano una sempre più forte depressione dell'economia mercantile (*retro* n. 9); del che abbiamo già visto i riflessi e le conferme nella storia della *societas omnium bonorum*. Il punto oscuro resta, tuttavia, se, nel periodo di fioritura dell'economia commerciale romana, l'istituto della *societas consensu contracta* fu utilizzato tipicamente a fini di superamento del capitalismo puramente individuale (o, più precisamente, familiare) oppure a soli fini di integrazione limitata e sporadica delle imprese economiche individuali. In altri termini: nei sec. III-II a.C. (e successivi) i Romani elevarono o non elevarono a sistema, fuori di alcune ipotesi determinate ed eccezionali (v. *infra* n. 28), l'impresa di tipo associativo tutte le volte in cui si prospettasse ai loro occhi l'opportunità di concentrazioni capitalistiche (di *pecunia* e di *operae*) superiori alle disponibilità di singoli, pur se ricchissimi, imprenditori? Alla risposta affermativa potrebbe facilmente indurre il rilievo dell'inevitabile, vastissima diffusione della *societas*, che appunto perciò potrebbe essere ritenuta, con la *communis opinio*, sin da allora (e sopra tutto allora) praticata, di regola (cioè tipicamente), su impianti pluralistici (di molteplici soci) e con ricorso alla costituzione di ben organizzati patrimoni comuni. Alla risposta negativa potrebbe altrettanto facilmente indurre il rilievo della fortissima tendenza individualistica dei Romani, cioè di quella tendenza che li indusse ad abbandonare la pratica del *consortium*, a rifuggire dalla costituzione di *collegia* e *sodalitates* (salvo che per limitatissime finalità di tinta pubblicistica o religiosa: KASER, *RPR.* 1.307 e nt. 42), ad avversare lo stato di *communio*, ad evitare anche politicamente i troppo stretti (e condizionanti) accordi di potere (sino ai triumvirati del sec. I a.C.) e a preferire i più elastici (e labili) legami dell'*amicitia*. L'analisi dell'istituto della *societas* deve, quindi, procedere proprio da sola, fondandosi sullo studio delle strutture e delle applicazioni dell'istituto, e basta. Se essa ci condurrà, come spero, a concludere che

Non diversamente dagli altri contratti consensuali, anche la *societas* ha avuto, o per dir meglio ha raggiunto, in età preclassica o classica una sua configurazione tipica, vale a dire una struttura essenziale tale da distinguerla, nella sua obiettiva funzione sociale ed economica (cioè, come si usa dire in termini di dogmatica moderna, nella sua « causa ») da altre figure giuridiche. Non è dato però di escludere aprioristicamente che questa configurazione tipica, esattamente come per altri contratti consensuali, e in particolare per la *emptio-venditio*, sia più o meno profondamente cambiata in età postclassica per effetto riflesso dell'evoluzione di altri istituti giuridici più o meno collegati, per effetto immediato di riforme ad essa apportate dalle costituzioni imperiali, per effetto implicito, infine, della promozione ad *essentialia* o almeno a *naturalia negotii* di clausole che in età classica erano solo *accidentalialia negotii*, sia pure di larga o larghissima applicazione (135).

Le variazioni nella storia di un qualsivoglia istituto (sia in senso, a dir così, evolutivo che, a dir così, in senso involutivo) sono proprio determinate, a quanto risulta, da ragioni (tutte o alcune) di questo tipo. Quindi chi non si accontenti di raccogliere nell'edizione giustiniana i dati relativi alla configurazione della *societas* consensuale, ma, sollecitatovi dal confronto di quei dati con notizie pregiustiniane (in particolare, con le notizie fornite dal manuale di Gaio) e dalle contraddizioni stesse che quei dati mostrano nella compilazione di Giustiniano, senta il dovere di ricercare criticamente il prima e il dopo della *societas* (detta all'ingrosso, il classico e il postclassico della stessa), non ha il diritto di prefissare una certa configurazione tipica dell'istituto alla sua ricerca, subordinando l'indagine circa le eventuali variazioni al rispetto di quel tabù, chi sa perchè, indiscutibile, o più esattamente intoccabile. Egli ha il dovere di basare la ricostruzione dell'istituto nella sua stessa figura tipica sugli elementi che sicuramente gli risultino attribuibili, previa esegesi critica dei testi, ad un tempo piuttosto che ad un altro.

la *societas* era, di regola, concepita come un vincolamento sporadico, pur se frequentissimo, di forze economiche individuali, cioè come un'alleanza tra imprenditori, piuttosto che come una stretta loro coordinazione (e sopra tutto come un'organizzazione), risulterà illuminata la concezione preclassica (e classica) dell'istituto e verrà indirettamente chiarito un capitolo ancora piuttosto oscuro della storia sociale ed economica romana.

(135) Per rimanere nell'esempio dell'*emptio-venditio*, si guardi all'evoluzione postclassica (effetti traslativi reali, garanzia per evizione, rescissione per *laesio enormis* ecc.) riassuntivamente descritta in KASER, *RPR*, 2. 281 ss.

In ordine alla *societas*, come abbiamo visto e vedremo, non risultano determinanti ritocchi *ex auctoritate* postclassico-giustinianeî, ma possono avere, e a mio avviso hanno grande importanza, sia il fenomeno costituito dall'evoluzione di istituti giuridici ad essa collegati (136) e sia sopra tutto il fenomeno della elevazione a rango di *essentialia* o di *naturalia negotii* di clausole che originariamente erano solo *accidentalialia negotii*. Non si dimentichi, a quest'ultimo proposito, che la formula-tivo dell'*actio pro socio* era estremamente generica (137), che dunque le parti non mancavano evidentemente mai di precisare in concreto il contenuto e le modalità del contratto e che tutte queste specificazioni potevano, sì, essere fatte con negozi a parte (sopra tutto la *stipulatio*), ma erano in genere operate con *pacta adiecta in continentis*, i quali passavano *ipso iure* alla considerazione del giudice dell'*actio pro socio* in virtù del noto principio *pacta conventa bonae fidei iudiciis inesse* (138). La fortuna di cui notoriamente godette questo principio in età postclassica facilitò non poco la valorizzazione dei *pacta adiecta* più diffusi in età classica, portandoli ad essere considerati elementi « tipici », cioè naturali o addirittura essenziali, della *societas*.

(136) Lo abbiamo già visto in ordine alla formazione postclassica del *cd. transitus legalis* in connessione con la scomparsa della *mancipatio* e dell'*in iure cessio* e con l'idealizzazione della *traditio*: retro nt. 60.

(137) Retro nt. 19 e n. 3.

(138) Da ultimo, sul punto; KNÜTEL, « *Contrarius consensus* », *Studien zur Vertragsaufhebung im römischen Recht* (1968) 61 ss. Cfr. anche KASER, *RPR*. 1.487.

III

IL CONTRATTO SOCIALE

SOMMARIO: 16. Punti fermi in ordine al contratto sociale nella concezione preclassica e classica. — 17. Il *consensus sociorum*. — 18. La *perseverantia consensus*. — 19. Il *dissensus sociorum* come indice della fine della *perseverantia consensus*. — 20. Segue. Confusione postclassica tra *dissensus* e *renuntiatio*. — 21. Segue. L'autonomia del negozio di *dissensus sociorum* nella visione classica.

16. Nella concezione della giurisprudenza preclassica e classica, il *contractus* determinativo della *societas* era un contratto consensuale, e perciò esente da forme vincolate. Il *consensus* delle parti non doveva esistere solo inizialmente, ma doveva perseverare sin quando si fossero verificati gli effetti giuridici prestabiliti. Pertanto le parti, non solo potevano precisare gli effetti societari (cioè la cd. *societas*) mediante *pacta in continentis*, ma potevano altresì, sinchè gli effetti non si fossero prodotti o nei limiti in cui essi potessero essere interrotti nel loro prodursi (*re adhuc integra*), porre fine immediata, ed eventualmente anticipata, alla *societas* mediante *contrarius consensus*.

Su questi punti esiste in dottrina un accordo quasi completo, ma non completo del tutto (139). A prescindere dalla questione circa altri modi concorrenti di costituzione della *societas* (principalmente, la *societas re contracta* e la *societas civilis*) (140), nessuno dubita e può dubitare che, sia per diritto classico che per diritto postclassico, vigesse praticamente il solo tipo della *societas* cd. *iuris gentium, quae nudo consensu contrahitur* (141), in cui *sufficit eos, qui negotium gerunt*,

(139) Cfr., per tutti, ARANGIO-RUIZ, 63 ss.

(140) *Retro* n. 2 e nt. 16 e 17.

(141) Cfr. Gai 3.154 a, ma v. anche *retro* nt. 51.

consensisse (142), e in cui *ne dari quicquam necesse est, ut substantiam capiat obligatio* (143), in una con l'*emptio venditio*, la *locatio conductio* e il *mandatum*. Allo stato attuale della ricerca romanistica, nessuno nemmeno dubita che la *societas* potesse, come gli altri contratti consensuali, essere conclusa anche fra assenti e con ricorso a lettere, *nuntii*, cenni e fatti concludenti (144), beninteso in base alle regole generali sulla capacità di agire (145).

(142) Cfr. Gai 3.136.

(143) Cfr. I. 3.22.1.

(144) Cfr. Gai 3.136, nonché Paul. D. 17.1.1 (relativo al *mandatum*), Paul. D. 18.1.1.2 (relativo alla *emptio-venditio*), Mod. D. 44.7.52.10 (*sed et nutu solo pleraque consistunt*). Si cfr. inoltre Mod. 3 reg. D. 17.2.4 pr., riportato retro n. 6. in ordine al quale rinvio ad ARANCIO-RUIZ, 58 s., e a GUARINO I, 21 s. (v. anche BONA III, 45 nt. 71).

(145) Per la capacità a contrarre società, v. per tutti POCCHI, 1.116, che in particolare richiama Ulp. D. 17.2.33 (... *societate sine tutoris auctoritate coita pupillus non tenetur...*), Ulp. D. 4.4.7.1 (*restitutio in integrum* concessa al *minor XXV annorum* che *societatem coit, et captus est*), Ulp. D. 4.4.16.1 (*si minor circumscriptus societatem coierit... donationis causa*, il contratto è invalido; v. anche p. 65 ss.). — Merita qui un cenno il tema della *societas* contratta con un incapace di diritti, cioè con un *filius familias* o con un *servus*: sul tema, per tutti, POCCHI, 1. 116 ss. (ivi citazioni della letteratura precedente), e, da ultimo, SOLAZZI, *La società col servo*, in *SDHI*. 21 (1955) 306 ss. (= *Scritti* 6. 687 ss.). Va premesso che non sembra aver fondamento la tesi del SOLAZZI (*La compensazione in dir. rom.*² [1950] 7 ss.), secondo cui i Romani dell'età classica, pur ammettendo in astratto la possibilità della *societas* con un *servus*, in concreto « dovettero avere qualche ritegno a far società con gli schiavi »: il chiasmo *filius familias aut servo, dominus vel pater* in D. 16.2.9 pr. non giustifica il sospetto di interpolazione di *aut servo* e di *dominus vel*, oltre tutto perchè al preteso interpolatore di *aut servo* sarebbe venuto più naturale inserire un *vel dominus* dopo *pater*; quanto al successivo paragrafo 1, che parla solo di *filius* (convenuto in giudizio) e di *pater*, bisogna tener presente che in età classica solo il *filius* (e non anche il *servus*) era abilitato a stare in giudizio *pro se* (cfr. GUARINO, *DPR.*, 356). Eliminato l'equivoco, si leggano i seguenti testi: Paul. 32 ed. D. 16.2.9 pr.: *Si cum filio familias aut servo contracta sit societas et agat* (contro l'altro socio) *dominus vel pater*, il convenuto può opporre, trattandosi di *iudicium bonae fidei*, la *compensatio* per tutto il suo avere (*solidum per compensationem servamus*), mentre, se sia l'altro socio a promuovere l'azione, il *pater* o il *dominus* sono tenuti solo nei limiti del peculio (*quamvis, si ageremus, dumtaxat de peculio praestaretur*); Paul. 32 ed. D. 16.2.9.1: *Sed si cum filio familias agatur, an quae patri debeantur filius compensare possit, quaeritur: et magis est admittendum, quia unus contractus est, sed cum condicione, ut caveat patrem suum ratum habiturum [reil.]* (cfr. SOLAZZI, *Compensazione* cit. 10 ss., ivi letteratura, che giustamente esclude il riferimento a crediti del *pater* in quanto *socius*, limitando la compensazione ai crediti del *filius* socio che vengano acquistati dal *pater*); Lab. 6 post. D. 17.2.84: *Quotiens iussu alicuius vel cum filio eius vel cum extraneo societas*

Le divergenze, o più che altro le incomprensioni, sorgono tra i romanisti in ordine a tre importanti argomenti. La riconoscibilità iniziale del consenso indirizzato alla costituzione di una *societas*. Le caratteristiche della *perseverantia consensus dei socii*. L'individuabilità del *contrarius consensus*, o *dissensus sociorum*.

17. È chiaro che il *consensus sociorum*, anche e sopra tutto nel momento iniziale, cioè di sua formazione, dovesse essere sufficientemente riconoscibile, tanto più che esso si innestava spesso su rapporti di altro tipo già intercorrenti tra le parti ed esigeva, d'altro canto, di essere ben distinto, ai fini dell'ammissione dell'*actio pro socio*, da altre figure contrattuali e paracontrattuali. Ma se ciò implicava in pratica una *quaestio voluntatis* non diversa da tutte le altre di cui parlano le fonti romane (146), non è sostenibile, credo, nè che la giurisprudenza classica fondasse la riconoscibilità del *consensus* su particolari indizi esteriori, nè che essa si dedicasse ad una particolare ricerca introspettiva dell'*animus contrahentium*.

Sono problemi, questi, che la romanistica degli inizi del secolo ha, sul piano generale, molto aspramente dibattuti, ma che fortunatamente la romanistica del giorno d'oggi ha fortemente ridimensionati, se non addirittura eliminati (147).

In termini di probabilità, deve credersi che solitamente le parti, particolarmente se concludevano una *societas* di un certo impegno e di

coitur, directo cum illius persona agi posse, cuius persona in contrahenda societate spectata sit (testo estremamente discusso, sia per diritto classico che per diritto giustiniano, e sicuramente rimaneggiato nella forma, in ordine al quale non sembri ingenuo chiedersi se veglia solo significare questo: che l'*actio pro socio* può essere esercitata anche contro il *iubens*, se il *filius* o l'*extraneus* si sono limitati ad essere portatori della sua volontà, e quindi il vero *socius* è lui); Pomp. 13 Sab. D. 17.2.18: *Si servus societatem coierit, non sufficiet, si iubeatur a domino servus abire a societate, sed socio renuntiandum est* (testo che il Solazzi ritiene « oscuro », ma che a me sembra significare chiaramente che il *iussus renuntiandi* del *dominus* al *servus* non basta, occorrendo che il *servus* comunichi la *renuntiatio* al *socius*); Ulp. 31 ed. D. 17.2.63.2, formalm. itp. (il ed. *beneficium competentiae* è opponibile dal *filius* o dal *servus* in quanto *socii*, non dal *pater* o dal *dominus* che abbiano a suo tempo autorizzato il sottoposto al contratto: è ovvio, dunque, che, se vi era stato *iussus* al sottoposto di contrarre la società, l'altro socio poteva agire contro il *pater* o il *dominus* con l'*actio quod iussu*, senza i limiti della *taxatio in id quod facere potest*). Per l'esame di Ulp. D. 29.2.42.1 (morte del *pater familias*), Ulp. D. 17.2.58.2 (*emancipatio* del *filius*), Ulp. D. 17.2.58.3 (*alienatio* del *servus*), v. *infra* nt. 305.

(146) Per tutti, v. GUARINO, DPR. 362 ss.

(147) Per il mio punto di vista, v. GUARINO, DPR. 364 s. e nt. 334.1.

una certa complessità, si premunissero, ad ogni buon conto, della prova scritta, eventualmente di una *testatio*, e non mancassero, sopra tutto a partire dall'avanzata età classica, di rafforzare la sistemazione contrattuale mediante clausole stipulatorie. A parte il materiale papirologico (148), la prassi è confermata, addirittura per l'età di Alfeno Varo, da un passo ben noto e sostanzialmente intatto, in cui si riferisce di due individui che si misero in società per insegnare grammatica e dividere i profitti: *de ea re quae voluerunt fieri in pacto convento proscriserunt, deinde inter se his verbis stipulati sunt « haec, quae supra scripta sunt, ea ita dari fieri neque adversus ea fieri? si ea ita data facta non erunt, tum viginti milia dari? »* (149).

(148) *Retro* nt. 2. Molto interessante il documento transilvanico di *CIL*. 3. 950 s. (n. XIII) e 2215 (= *FIRA*. 3. 481 s., n. 157) illustrato da ultimo in ARANCIO-RUIZ, 145 s. Si tratta di una *societas danistariae (artis)* tra Cassio Frontino e Giulio Alessandro documentata con trittico del 28 marzo 167 e di durata fino al 12 aprile 167: il documento precisa che l'inizio della società (cioè la formazione del *nudus consensus*) era avvenuto tre mesi prima, il 23 dicembre 166, e rafforza il contratto (per il passato e per il futuro) con la seguente formula: « *Id dari fieri praestari stipulatus est Cassius Frontinus, spondit Iulius Alexander* ». Erratamente ARANCIO-RUIZ, 145, parla di contratto societario « stretto il 28 marzo 167 »: di quella data, anteriore di appena quindici giorni alla scadenza, è solo il documento probatorio con annessa *clausula stipulationis*. L'esemplare di cui disponiamo è probabilmente quello rilasciato a Cassio Frontino, *stipulans*. Siccome risulta che vi era un secondo esemplare, evidentemente rilasciato a Giulio Alessandro (« *De qua re duo peria tabularum signatae sunt* »), la congettura più cauta è che nel secondo esemplare *stipulans* fosse Giulio Alessandro e *sponsor* fosse Cassio Frontino. Ma il documento non è stato ancora analizzato a sufficienza.

(149) D. 17.2.71 pr. (Paul. 3 *epit. Alfeni dig.*): *Duo societatem coierunt, ut grammaticam docerent et quod ex eo artificio quaesius fecissent commune eorum esset: de ea re quae voluerunt fieri in pacto convento societatis proscriserunt, deinde inter se his verbis stipulati sunt: « haec, quae supra scripta sunt, ea ita dari fieri neque adversus ea fieri? si ea ita data facta non erunt, tum viginti milia dari? »*. *quaesitum est, an, si quid contra factum esset, societatis actione agi posset, respondit, si quidem pacto convento inter eos de societate facto ita stipulati essent « haec ita dari fieri spondes? », futurum fuisse, ut [, si novationis causa id fecissent,] pro socio agi non [possit] <posset>, sed tota res in stipulationem translata videretur, sed quoniam non ita essent stipulati « ea ita dari fieri spondes », sed « si ea ita <data> facta non essent, [decem] <viginti milia> dari », non videri sibi rem in stipulationem pervenisse, sed dumtaxat poenam, ... et ideo societatis iudicio agi posse. Sul passo, v. *Index itp.*; ARANCIO-RUIZ, *La compravendita in dir. romano*² (1954) 64 ss.; DAUBE, *Slightly Different*, in *Iura* 12 (1961) 88 ss.; HORAK (nt. 3) 205 ss., con altra letteratura. La *societas* di cui si era occupato Alfeno Varo, quindi probabilmente Servio Sulpicio Rufo, era una *societas* dualistica con conferimenti stabiliti esclusivamente in *operae*: non risulta se Q. Mucio si sia occupato anch'egli*

Tuttavia non era affatto indispensabile che le parti si garantissero in tal modo. L'interpretazione della loro volontà contrattuale poteva essere basata anche sul loro comportamento reciproco, sopra tutto in

del caso, o di casi del genere, ma sia almeno consentita l'impressione che la fattispecie della *societas* tra i due grammatici fosse accolta ai suoi tempi, e probabilmente anche da lui, come un'ipotesi del tutto normale (il che, se esatto, conferma la tesi esposta *retro* nt. 69). Il caso, se ben si guarda, differisce alquanto da quello testimoniato dal trittico transilvanico di cui *retro* nt. 148 (e che doveva essere l'ipotesi più consueta) e destò dubbi tra i giuristi appunto per questa sua particolarità, che, se non erro, solitamente sfugge agli interpreti. I due professori di grammatica si accordano per mettere in comune, quindi per dividere, il *quaestus* ricavato dalla loro professione, ma l'accordo non è chiaramente distinto dalla scrittura *ad probationem*, bensì è tanto intimamente connesso con la scrittura che questa viene non a caso chiamata *pactum conventum*; dopo aver concordemente scritto o dettato i termini dell'accordo nella prima parte del documento (*proscripserunt*, arbitrariamente mutato dalla *Vulgata* in *perscripserunt*: da mutare, se mai, in *praescripserunt*), essi, con riferimento allo scritto, si promettono a vicenda (*verbis*) di dare o fare quanto risulta da esso (e inoltre: *neque adversus ea fieri*), aggiungendo la promessa « *si ea ita data facta non erunt, tum viginti milia dari* »; infine chiudono la scrittura con la documentazione dell'avvenuta *stipulatio* reciproca. Il dubbio circa l'esperibilità, in caso di inosservanza dei patti sociali, dell'*actio pro socio* sorge dal fatto che in questo caso i patti sociali possono non sembrare scaturiti da un autonomo *nudus consensus*, ma possono sembrare piuttosto il contenuto della *stipulatio* sul « *haec, quae supra scripta sunt, ea ita dari fieri neque adversus ea fieri* ». In altri termini: il *pactum conventum* (scritto) documenta una *societas* già conclusa *nudo consensu*, e quindi già impegnativa *ex fide bona* tra le parti, o documenta invece quel che le parti hanno concordato, in sede di trattativa, di porre a oggetto delle due *stipulationes* reciproche (si che i reciproci obblighi sono nati, in questo caso, unitamente all'obbligo di pagare la penale, solo al momento e a causa delle stipulazioni stesse)? Alfeno (Servio) risponde che, avendo ciascuna parte pronunciato il suo unico e solo « *spondeo* » in relazione non solo agli obblighi societari, ma anche in relazione all'obbligo di prestare la penale per l'inadempimento degli obblighi societari, evidentemente gli obblighi societari (insegnamento della grammatica e divisione del *quaestus*) costituiscono un *prius* rispetto alla *stipulatio*: dunque per l'inadempimento degli obblighi societari si può agire con l'*actio pro socio*, oltre che (alternativamente) con l'*actio ex stipulatu*. Questa mia interpretazione, se esatta: conferma quanto sostenuto dalla *communis opinio*, che *si novationis causa id fecissent* è interpolato; giustifica l'intuizione dell'ARANCIO-RUIZ (avversata dal HORAK, 206 nt. 46) che il dubbio circa la *translatio* della *tota res in stipulationem* non era per Alfeno (Servio) il dubbio circa una novazione di obblighi sociali già nati in obbligazioni *ex stipulatu* (ma era solo, dico io, il dubbio se il *pactum conventum societatis* da intendersi come « testo scritto » delle reciproche obbligazioni tra i soci, documentasse una *societas* già costituita *nudo consensu*, o invece il contenuto delle reciproche *stipulationes* delle parti); rettifica l'opinione del HORAK, secondo cui la risposta di Alfeno (Servio) era fondata esclusivamente sulla circostanza del tutto esteriore e banale che ciascuna parte aveva pronunciato un unico « *spondeo* » (l'accento non

fase di trattative, anche se è sicuramente stato intrufolato dai compilatori nel titolo D. 17.2 quel famoso testo di Ulpiano, tratto da un libro *ad edictum* lontanissimo dalla materia della *societas* (150), in cui si afferma che la distinzione tra *societas* e *communio* non è poi difficile perchè *tractatu habito societas coita est* (151).

Assolutamente da escludere, invece, è che i giuristi classici pretendessero di reperire nel *consensus sociorum* una particolare concentrazione di volontà, una sorta di requisito volitivo ulteriore, che va sotto il nome di *animus contrahendae societatis* o *affectio societatis* (152). Alcuni frammenti dei *Digesta* che si citano in proposito, pur se non è da ritenere, a mio avviso, che le espressioni ora menzionate siano necessariamente non genuine, sono stati visibilmente ritoccati da mani post-classiche per motivi vari, che comunque non sembra siano stati diretti alla valorizzazione del preteso requisito dell'*affectio* (153). E ingiustamente attaccato (154) mi sembra, in ogni caso:

D. 17.2.31 (Ulp. 30 Sab.): *Ut sit pro socio actio, societatem intercedere oportet: nec enim sufficit rem esse communem [nisi societas intercedit]. communiter autem res agi potest etiam citra societatem, ut puta cum non affectione societatis incidimus in communionem, ut evenit in re duobus legata [item si a duobus simul empti*

è messo dal giurista su quest'unico « *spondeo* », ma sul fatto che l'unica *stipulatio* è, in buona sostanza, una stipulazione penale relativa ad obbligazioni sorte da causa diversa dalla *stipulatio* stessa).

(150) Ulp. 2 ed. D. 17.2.32 (ed. per la corruzione dell'*inscriptio*, WIEACKER I, 59 s.), da leggersi in una al frammento precedente e a quello seguente (sab.) con i quali forma catena. Il passo era relativo alla rubrica « *de vadimonio Roman faciendo* »: cfr. LENEL, Ulp. n. 201. Eccone il testo: *Nam cum tractatu habito societas coita est, pro socio actio est, cum sine tractatu in re ipsa et negotio, communiter gestum videtur.*

(151) Per la critica del testo, rinvio a POGGI, l. 77 ss., e ad ARANCIO-RUIZ, 52 s., ivi letteratura. L'alterazione formale è possibile, o addirittura probabile, ma la sostanza del testo è ragionevole, ed è facilmente intuibile da ogni persona ragionevole: ai fini dell'identificazione dell'*actio pro socio*, ove manchino (o comunque non siano provate) esplicite dichiarazioni delle parti, utile coefficiente individuativo è la esistenza (e dimostrabilità) di una precedente trattativa intesa appunto alla costituzione di una *societas*.

(152) Raguagli sul tema in SALVADORE, « *Affectio societatis* », in *R. dir. civ.* 3. (1911) 680 ss.; POGGI, l. 67 ss.; ARANCIO-RUIZ, 51 e 68 ss.; CANCELLI, n. 4. Ivi altra letteratura.

(153) Ulp. 31 ed. D. 17.2.44 (ma v. Ulp. 30 Sab. D. 19.5.13 pr.), Ulp. 31 ed. D. 17.2.52.3.

(154) Per tutti, POGGI, l. 72 ss.; ARANCIO-RUIZ, 50 ss., 68 s. Ivi la vastissima letteratura critica.

res sit], aut si hereditas vel donatio communiter nobis obvenit, aut si a duobus separatim emimus partes eorum non socii futuri (155).

18. Che caratteristica della *societas* fosse la *perseverantia consensus* risulta esplicitamente dai testi in cui si afferma che *manet societas eo usque, donec in eodem consensu (socii) perseverant* (156). Ma qui si pongono due problemi tra loro intimamente connessi: in che consisteva di preciso la *perseverantia consensus*? ed era essa caratteristica esclusiva della *societas*? Dire infatti che al perdurare del consenso dei *socii* era subordinata l'esistenza dei rapporti sociali è troppo vago. Bisogna necessariamente precisare quali fossero gli indici esterni che, non potendone rivelare la sussistenza (157), almeno ne rivelassero la cessazione, e bisogna quindi inevitabilmente chiedersi se altrettali indici esterni non caratterizzassero anche gli altri o alcuni altri contratti consensuali.

La dottrina romanistica, nei termini piuttosto approssimativi in cui si è finora posti questi problemi, ravvisa l'indice esterno della fine del *consensus perseverans* nel potere di recesso delle parti, e siccome il recesso non era proprio della sola *societas* ma era possibile (come *revocatio* o come *renuntiatio*) anche nel *mandatum*, essa assume che la *perseverantia consensus* caratterizzasse tanto la *societas* quanto il *mandatum*, mentre « nettamente opposta » sarebbe stata la situazione degli altri due contratti consensuali (*emptio-venditio* e *locatio-conductio*), riguardo ai quali il *consensus* sarebbe da considerarsi « soltanto come l'istantaneo incontro di un polo positivo e di un polo negativo, onde si accende la scintilla dell'obbligazione » (158). D'altra parte, è stato ulteriormente osservato, bisogna far distinzione, a meglio vedere, anche tra *societas* e *mandatum*, nel senso che in quest'ultimo « la comune volontà formulata nel momento in cui si stringe l'accordo rimane efficace nel futuro anche se non più presente allo spirito », mentre nella *societas* la volontà dei soci dovrebbe essere « davvero sempre presente » (159).

(155) La ricostruzione coincide con quella dell'ARANCIO-RUIZ (nt. 154), alle cui convincenti considerazioni rimando per brevità. Aggiungo solo che l'uncinamento di *item si — res sit* è suggerito dal confronto col ben diverso Gai 7 ed. prov. D. 10.3.2 pr.

(156) Cfr. principalmente Gai 3.151 e v. *infra* n. 35.

(157) Sarebbe stato contraddittorio esigere che il *nudus consensus* fosse rivelato da precisi indici esterni. V. *retro* n. 17.

(158) ARANCIO-RUIZ, 64 s. Citerò altresì, « pour cause », GUARINO, *DPR.*, 928.

(159) ARANCIO-RUIZ, 65. Ciò dipenderebbe dal fatto « che il contratto impegna a tutto un seguito di operazioni giuridiche ed economiche »: implicita, e forse inavvertita, adesione alla teoria del Wieacker (*retro* nt. 113 e *infra* nt. 160).

A mio avviso, queste argomentazioni sono estremamente fragili e porterebbero, se non fossero già tali, alla conseguenza incredibile che la *societas* non era un contratto, ma una co-gestione volontaria tra i *socii* (160).

Se il recesso unilaterale era ammesso, entro limiti ben precisi, in ordine alla *societas* e al *mandatum* e non agli altri due contratti consensuali, ciò non era affatto in dipendenza del carattere continuativo del *consensus in idem placitum*, ma era soltanto in connessione con la circostanza che esso, se ed in quanto esercitato entro i limiti di cui si è detto, non ledeva la sfera di interessi della parte non recedente (161). Nei due contratti cd. di corresponsione (*emptio-venditio* e *locatio-conductio*), essendo questi intesi a realizzare un'operazione economica di scambio, il recesso unilaterale, pur se operato un momento dopo quello iniziale del consenso, avrebbe ormai inevitabilmente, e inammissibilmente, pregiudicato l'assetto di interessi della controparte, cioè il diritto di questa ad ottenere la prestabilita controprestazione (162). Quanto al preteso divario tra la *perseverantia consensus* del *mandatum* e quella della *societas*, sarebbe certamente grottesco contestare che la volontà consensuale potesse anche non essere presente, dopo il momento iniziale, al mandante o al mandatario (o anche a tutti e due), ma è grottesco in pari misura, direi, credere che nella *societas* le parti dovessero tutte, giorno per giorno, era per ora, minuto per minuto, essere presenti con lo spirito alle operazioni giuridiche convenute. Certo un modo per superare questo grottesco è di accettare la tesi della *societas* come co-gestione, che responsabilizzasse ad ogni momento i soci nella loro partecipazione reale al « *Rechtsverhältniss* ». Ma questa tesi, oltre e più che con la qualifica di *contractus* data da Gaio anche alla *societas*, è in contrasto col fatto assolutamente certo che la gestione sociale era spesso affidata ad uno soltanto dei soci ed era talvolta rimessa addirittura a terzi (163).

(160) La tesi arditamente sostenuta, contro l'evidenza delle fonti, in WIEACKER I, 101 ss., contro cui v. ARANGIO-RUIZ, 60 ss., 65 s.

(161) Sul recesso nel *mandatum*, v. KASER, RPR., 578 e citazioni ivi. Sul recesso nella *societas*, v. *infra* n. 36-38.

(162) D'altra parte, se il recesso non era un *naturale* dei negozi di corresponsione, nulla ostava a che esso fosse pattuito tra le parti, nè per ciò si ritiene che il consenso diventasse continuativo.

(163) Sul punto, v. *infra* n. 43

19. Escluso che la *perseverantia consensus* della *societas* sia stata asseverata dalle fonti in funzione della possibilità di recesso unilaterale (o viceversa) e posta da parte l'assurda tentazione di ritenere alterate dai postclassici le fonti classiche (164), io penso che l'unico e vero indice esterno di cessazione del *consensus perseverans* fosse costituito dal *contrarius consensus* delle parti, cioè dalla loro decisione concorde di porre fine ai loro rapporti.

In altra sede (165), alla quale per brevità rimando, ho cercato di dimostrare che sin dall'età preclassica i giuristi romani riconobbero nel *contrarius consensus* un negozio civilistico di estinzione *ipso iure* delle obbligazioni nascenti da contratto consensuale (166). Sebbene nulla ostasse, per quanto ci risulta, a che il *contrarius consensus* intervenisse anche ad esecuzione iniziata, sta però in fatto che i testi classici ad esso relativi segnalano che ad esso si faceva generalmente ricorso *re adhuc integra*, per togliere cioè praticamente di mezzo lo stesso contratto in tutti i suoi effetti (167). Solo nella *societas* il *contrarius consensus* tornava utile anche e sopra tutto nell'ipotesi che l'esecuzione contrattuale fosse già cominciata, ed eventualmente portata anche molto avanti, al fine di porre in liquidazione nel momento più conveniente i rapporti sociali (168). Ecco forse il motivo per cui le fonti sottolineano espressamente che *manet societas eo usque, donec in eodem consensu perseverant*.

La mia tesi, mentre chiarisce perchè di *perseverantia consensus* non si sia parlato dalle fonti in ordine agli altri contratti consensuali, ivi compreso il *mandatum*, comporta un'implicazione che non sarà sfuggita. La distinzione che si suol fare tra il *consensus* iniziale della compravendita e della locazione (nonchè, aggiungerei, dello stesso mandato) (169) e il consenso continuativo della *societas* è una distinzione che non ha senso sul piano concettuale e che i Romani non

(164) Sul punto, v. *infra* n. 21 o nt. 178.

(165) GUARINO, *Per la storia del «contrarius consensus»*, in *Labeo* 14 (1968) 271 ss. Ivi letteratura.

(166) Non mi sembra che le mie considerazioni siano state superate dal KNÜTEL, *Zum Prinzip der formalen Korrespondenz im römischen Recht*, in *ZSS.* 88 (1971) 101.

(167) Cfr. sopra tutto Paul. 33 *ed. D.* 18.5.3: *Emptio et venditio sicut consensu contrahitur, ita contrario consensu resolvitur, antequam fuerit res secuta rell.* Sul testo, v. GUARINO (nt. 165) 275, 279 s.

(168) In ordine al recesso, si noti che nel *mandatum*, a differenza della *societas*, esso avveniva e poteva avvenire solo *re integra*: KASER, *RPR.* 1.578 nt. 18 (cfr. Gai 3.160).

(169) V. invece GUARINO, *DPR.*, 984 s.

hanno in realtà mai fatto. Questo tuttavia non è il luogo per approfondire se il *consensus* dei contratti *iuris gentium* meriti di essere ricostruito *a posteriori* come *perseverans* piuttosto che come istantaneo. Quel che ha importanza è aver tentato di eliminare un altro vecchio equivoco.

20. Ma era riconosciuto in età classica il *contrarius consensus* anche come modo di estinzione, in linea specifica, della *societas consensuale*?

La *communis opinio* non ne dubita e, prendendo atto di due testi che parlano più propriamente di *dissensus sociorum* (170), vede nel *dissensus* (o *contrarius consensus*) *sociorum* un negozio dissolutivo dei rapporti sociali. Di diverso avviso è il Knütel (171), secondo cui la *perseverantia consensus* propria della *societas* avrebbe implicato l'impossibilità della *solutio* in base a un negozio di *contrarius consensus* e il *dissensus sociorum* sarebbe stato solo l'evento, provocato dalle *renuntiationes* dei *socii*, che impediva il permanere dei rapporti sociali. Ma a mio parere l'esame dei due testi che parlano appunto di *dissensus sociorum* permette di dare la seguente risposta: per i classici, in particolare per Paolo, il *dissensus sociorum* era causa autonoma di scioglimento della *societas*, nettamente distinta dalla *renuntiatio unius socii*; per i postclassici, o almeno per l'*epitome* Gai, il *dissensus* si confondeva con la *contraria voluntas* del singolo socio, cioè con il recesso di costui, e pertanto non aveva rilievo specifico; per i giustinianeî vigeva ancora la regola classica, ma siccome la *renuntiatio socii* era da loro riconosciuta come causa di estinzione di qualsiasi tipo di *societas*, dualistica o pluralistica che essa fosse, praticamente il *dissensus sociorum* aveva perso molto di importanza (172).

La posizione perplessa, o forse meglio poco meditata, dell'*epitomatore* di Gaio si riscontra in:

GE. 2.9.17: *Permanet autem inita societas, donec in ipso consensu socii perseverant: quia, sicut consensu contrahitur, etiam dissensu dissolvitur. dissolvitur ergo societas aut morte unius socii, aut contraria voluntate, aut capitis diminutione, id est, si unus ex sociis, sicut frequenter supra diximus, capite fuerit diminutus*

(170) Vedili *infra*, in questo numero e nel prossimo. Di *contrarius dissensus* parla Pomp. D. 46.3.80, ma è probabile che l'originale parlasse di *consensus*: GUARINO (nt. 165) 270 nt. 1 e 276 nt. 39.

(171) KNÜTEL (nt. 138), 125 ss.

(172) Diffusamente, sul punto, GUARINO II.

Nel primo periodo l'epitome parafrasa impeccabilmente Gai 3.151 (*manet autem societas eo usque, donec in eodem consensu perseverant*), anzi sembra chiarirlo nel più felice dei modi con il *quia, sicut consensu contrahitur, etiam dissensu dissolvitur*: un periodo esplicativo che potrebbe sostenersi essere stato scritto dallo stesso Gaio, se non fosse del tutto improbabile la sua scomparsa nel manoscritto di Verona (173). Ma il periodo successivo, in cui, a titolo di conseguenza (*ergo*), si afferma che la *societas* si scioglie per morte, *contraria voluntas* e *capitis deminutio*, obbliga a conclusioni diverse (174).

È evidente che per *dissensus sociorum* l'epitomatore di Gaio non ha inteso il negozio giuridico di scioglimento della *societas*, cioè il *contrarius consensus* dei socii, ma ha inteso solo il fatto che la volontà concorrente dei soci venga ad un certo punto a mancare. Il che può ben dipendere, oltre che dalla *contraria voluntas* di un socio, cioè presumibilmente dalla sua *renuntiatio* (175), anche dalla sua morte o dalla sua *capitis deminutio* (176).

21. Il pensiero classico circa l'autonomia del negozio di *dissensus sociorum* risulta, comunque, in modo assolutamente incontrovertibile, da:

D. 17.2.65.3 (Paul. 32 ed.): *Diximus dissensu solvi societatem: hoc ita est si omnes dissentiant. quid ergo si unus renuntiet? rell.*

Sul testo e sui paragrafi che gli fanno seguito dovremo tornare più in là, a proposito della *renuntiatio* (177). Qui è sufficiente ribadire che esso è sostanzialmente inattaccabile (178), che il *diximus rell.* iniziale fa intendere che Paolo doveva già aver parlato precedentemente e *ad hoc* del *dissensus sociorum*, di cui qui torna ad occuparsi per metterlo a confronto con i problemi del recesso (179), e che almeno

(173) Non è da escludere, peraltro, che l'esplicazione sia il frutto di una glossa a Gaio utilizzata da GE.

(174) Non ha fondamento la tesi del KNÜTEL (nt. 138), 132 nt. 53, secondo cui qui *ergo* non avrebbe il suo significato consueto.

(175) Cfr. GE. 2.9.19, in materia di mandato.

(176) D'altra parte, *contraria voluntas*, se include la *renuntiatio unius socii*, non esclude il *contrarius consensus*: GUARINO II, 149 e nt. 92.

(177) *Infra* n. 37-38.

(178) Cfr. GUARINO I, 148 nt. 49. Ma v. anche *infra* n. 37.

(179) Cfr. GUARINO II, 140 e nt. 30, con riferimento a KNÜTEL (nt. 138) 124 nt. 3. La genuinità del *diximus* iniziale è decisamente contrastata da BONA III, 42 nt. 67 e 83 nt. 11 (con qualche confusione tra la mia tesi sul *contrarius consensus* e quella del Knütel): il *diximus* sarebbe invece l'indice del volersi richiamare i

la tesi che *dissensus* abbia il senso di venir meno della volontà dei soci, cioè il senso di GE. 2.9.17, non è verosimile (180).

Piuttosto, che senso dettero i giustinianeî a questo passo di Paolo, da loro inserito in D. 17.2? Se da un lato essi non avevano nessuna prevenzione nei confronti del *contrarius consensus*, dall'altro essi ammettevano tra le cause di scioglimento delle società, anche se pluralistiche, la semplice *renuntiatio* di un sol socio (181). Dunque il *dissensus sociorum*, se non proprio privo di valore, era per essi di valore praticamente minimo.

Alla domanda io penso di poter rispondere che i giustinianeî, mentre eliminarono studiatamente quel primo passo in cui Paolo aveva già (presumibilmente) trattato del *dissensus sociorum*, lasciarono entrare nella compilazione questo, essenzialmente a causa dell'esplicativo *hoc ita est si omnes dissentiunt*. Questa frase esplicativa, che difficilmente può essere attribuita agli stessi compilatori (182), offriva la possibilità, sopra tutto se posta in correlazione col successivo quesito (*quid ergo si unus renuntiet?*), di equiparare il *dissensus sociorum* alla *renuntiatio omnium sociorum*, cioè ad una fattispecie cerebrina di *renuntiatio* cui sembra alludere, nel contesto giustiniano, Call. D. 17.2.64 (183).

Di certo, il contemporaneo recesso unilaterale di tutti i soci, dato e non concesso che sia un'ipotesi praticamente seria, non avrebbe prodotto effetti diversi dall'accordo di tutti i soci per sciogliere la società.

compilatori giustinianeî allo schema delle cause di scioglimento della *societas* di cui in Ulp. D. 17.2.63.10 (... *voluntate distrahitur societas — renuntiatione*). Ma se i compilatori (come pensa il Bona) ritenevano che la *renuntiatio* di un solo socio estinguesse il rapporto sociale sarebbe stato contraddittorio specificare *hoc ita est si omnes dissentiunt* e chiedersi poi, per sopra mercato: *quid ergo si unus renuntiet?* V. anche *infra* n. 37.

(180) *Amplius* GUARINO II, 144 ss.

(181) V. *infra* n. 37-39, con riferimento a Ulp. D. 17.2.63.10.

(182) V. *retro* nt. 179. Se non è genuina, la esplicazione può essere tutt'al più una glossa pregiustiniana; ARANGIO-RUIZ, 151 nt. 2.

(183) Sul testo v. *infra* n. 39. Non condivido l'interpretazione di ARANGIO-RUIZ, 151 nt. 2, secondo cui il passo si riferirebbe al *contrarius consensus* inteso come « manifestazione tacita di volontà comune ». A me sembra che l'ipotesi di Callistrato (*cum separatim socii agere coeperint et unusquisque eorum sibi negotietur*) sia quella di una *renuntiatio* tacita di tutti i soci, implicata dall'essersi ciascuno messo a operare per conto proprio.

IV

LA FUNZIONE DEL CONTRATTO

SOMMARIO: 22. Punti fermi in ordine alla funzione del contratto sociale nella concezione preclassica e classica. — 23. I contributi e le obbligazioni dei soci. Precisazioni in ordine alle terminologie. — 24. La causa sociale. — 25. Il fine di lucro. — 26. La comunanza di interessi. — 27. La ripartizione degli utili e delle perdite. — 28. Le variazioni pattizie allo schema tipico della *societas*. — 29. I patti in ordine alle quote. — 30. La determinazione delle quote per arbitraggio. — 31. Spettanza dell'*actio pro socio*, in età classica, anche *manente societate*. I diversi orientamenti postclassici. — 32. Segue. Gli spunti classici degli orientamenti postclassici.

22. Nella concezione della giurisprudenza preclassica e classica, il contratto consensuale di *societas* aveva la funzione tipica di impegnare le parti ad impiegare direttamente e lecitamente, nell'interesse comune, beni o attività che le parti stesse dovevano apprestare secondo l'occorrenza, ripartendo tra loro i vantaggi ed eventualmente gli svantaggi conseguiti agli impieghi. Pertanto le parti erano obbligate: a compiere (si ripete: direttamente, non reciprocamente) tutte le promesse prestazioni in beni o in attività; a dividere tra loro i vantaggi degli impieghi sociali; ad accollarsi ciascuna parte degli eventuali svantaggi. Mediante *pacta adiecta* le parti potevano precisare, così come da loro concretamente preferito: le modalità di attuazione delle prestazioni promesse, le modalità dell'impiego sociale di quelle prestazioni, le modalità dei riparti dei vantaggi e degli svantaggi conseguiti all'impiego sociale. L'*actio pro socio* tutelava le parti sia in ordine alle quote che in ordine all'esecuzione dei conferimenti.

La dottrina manca, a mio avviso, di rendersi ben conto del fatto che l'impiego dei conferimenti dei socii (in beni o in attività) al servizio di interessi comuni non implicava affatto, di regola, la messa in comune

sul piano giuridico di quei conferimenti. Manca cioè di rendersi pienamente conto che alla *societas* era necessaria e sufficiente la comunione contabile dei vantaggi e degli svantaggi, derivati dai singoli impieghi, al fine della loro ripartizione tra i *socii*, mentre la formazione di un patrimonio sociale autonomo o di una co-gestione sociale era solo accidentalmente predisposta, in età preclassica e classica, da specifiche clausole aggiunte. Come vedremo tra poco (184), la frequenza di queste modalità di realizzazione pattizia degli scopi sociali portò il diritto postclassico-giustiniano, sopra tutto in ordine alla *societas omnium bonorum* e alla *societas quaestus* generale, ad elevare, tendenzialmente (non categoricamente), al rango di causa tipica della *societas* la creazione del patrimonio sociale autonomo, distinto da quello dei soci, o la creazione di un ente di gestione comune degli apporti dei soci (185).

23. Ad indicare i contributi dei *socii* e le obbligazioni relative le terminologie più frequentemente e caratteristicamente usate nel linguaggio giuridico furono basate sui verbi e sulle locuzioni verbali *communicare*, *in commune redigere*, *conferre*, *conferre in societatem* (o *societati*, o *in societatis rationem*), *conferre* (o *referre*) *in medium* (186).

Non sempre le fonti che ricorrono a queste terminologie sono sicuramente classiche, ma non bisogna cadere nell'errore di condannarle per il solo fatto che implicino o sembrano implicare un apporto ad un patrimonio comune, ad una gestione unitaria, ad una *communio*. Le terminologie sono pienamente compatibili con la costruzione dianzi proposta della *societas* preclassica e classica, e basterà la lettura di qualche testo a dimostrarlo.

(184) *Infra* n. 28.

(185) Priva di fondamento, in ordine al diritto preclassico e classico, è la nota questione, dibattutissima nel diritto intermedio e nella pandettistica, sul se la *societas* dovesse presumersi conclusa, nel silenzio delle parti al riguardo, *quoad sortem*, cioè come implicante la comunione di proprietà dei beni reali conferiti dai soci, o *quoad usum*, cioè come implicante la semplice comunione di impiego dei beni: su questo argomento, per tutti, v. POCCHI, 2. 79 ss. In mancanza di espressa pattuizione, non si verificava né una *communio quoad sortem* (dalla quale sarebbe derivata la necessità di dividere i beni conferiti, *soluta societate*, tra tutti i *socii*, ivi compresi i soci d'opera), né una *communio quoad usum*. In età postclassico-giustiniana ad una *communio quoad sortem* dette certamente luogo la *societas omnium bonorum* (v. *retro* n. 6), mentre è pensabile che ogni altro tipo di *societas* desse luogo, di regola, ad una *communio quoad usum*.

(186) Cfr. *VIR.* sv. *communicare*, *communis*, *conferre*. V. anche POCCHI, 2. 50 ss.

D. 17.2.52.4 (Ulp. 31 ed.): *Quidam sagariam negotiationem coierunt: alter ex his ad merces comparandas projectus in latrones incidit suamque pecuniam perdidit, servi eius vulnerati sunt resque proprias perdidit. dicit Iulianus damnum esse commune ideoque actione pro socio (socium) damni partem dimidiam agnoscere debere tam pecuniae quam rerum ceterarum, quas secum non tulisset socius nisi ad merces communi nomine comparandas proficisceretur. sed et si quid in medicos impensum est, pro parte socium agnoscere debere rectissime Iulianus probat. proinde et si naufragio quid periit, cum non alias merces quam navi solerent advehi, damnum ambo sentient: nam sicuti lucrum, ita damnum quoque commune esse oportet, quod non culpa socii contingit.*

Le critiche che si sono mosse al testo in sede esegetica sono inconsistenti (187). La questione iniziale (che ha tutti i connotati di un caso pratico discusso a suo tempo da Giuliano) è relativa alla sopportazione del danno da parte dei due soci nel commercio dei tessuti, in relazione all'ipotesi che uno dei due abbia intrapreso un viaggio per acquistare merce e, caduto nelle mani dei predoni, ci abbia rimesso non solo la pecunia da lui conferita in società, ma anche l'incolumità dei suoi schiavi e le cose sue personali (188). Giuliano, seguito implicitamente da Ulpiano, afferma che tra i due soci va ripartito sia il danno relativo alla perdita della pecunia, che il danno relativo al resto, cioè ai beni non destinati all'impiego sociale (189). Ora si badi che la pecunia non viene qui nè esplicitamente nè implicitamente indicata o intesa come pecunia resa comune dalla destinazione sociale, ma viene designata *expressis verbis* come sua pecunia, cioè come pecunia cui il

(187) V., da ultimo, referenze in ARANGIO-RUIZ, 194 nt. 2. Ingiustamente l'ARANGIO-RUIZ, 194, uncina *resque proprias perdidit*, giudicandola sostanziale ripetizione di *suamque pecuniam perdidit*. A prescindere da quanto si osserva sopra, nel testo, anche più in là Ulpiano distingue tra pecunia e res ceterae.

(188) Contraddittoria l'interpretazione del casus in POCCHI, 2. 82 ss., che da un lato sembra riconoscere che la pecunia è propria del socio preso dai latrones, dall'altro porta il testo a sostegno dell'affermazione che « se vi è condominio il periculum è in ogni caso comune ».

(189) Le res ceterae per le quali si riconosce la contribuzione dell'altro socio al danno sono quelle, quas secum non tulisset socius nisi ad merces communi nomine comparandas proficisceretur. L'opinione largheggiante di Giuliano relativamente alle spese per cure mediche è confermata da Ulp. 31 ed. D. 17.2.61: essa si oppone all'opinione restrittiva di Pomp. 13 Sab. D. 17.2.60.1, secondo cui non possono essere richieste con l'actio pro socio le spese (come quelle per cure mediche) incontrate da un socio non per l'attuazione degli scopi sociali (in societatem), ma a causa della sua partecipazione alla società (propter societatem).

conferimento alla società non ha fatto perdere l'appartenenza al socio conferente (190).

Altrettanto rivelatore della realtà classica è un altro caso pratico, di cui dà notizia, in un testo sostanzialmente inattaccabile (191):

D. 17.2.58 pr. (Ulp. 31 ed.): *Si id quod quis in societatem contulit extinctum sit, videndum, an pro socio agere possit, tractatum ita est apud Celsum libro septimo digestorum ad epistulam Cornelii Felicis: cum tres equos haberes et ego unum, societatem coimus, ut accepto equo meo quadrigam venderes et ex pretio quartam mihi redderes, si igitur ante venditionem equus meus mortuus sit, non putare se Celsus ait societatem manere nec ex pretio equorum tuorum partem deberi: non enim habendae quadrigae, sed vendendae coitam societatem. ceterum si id actum dicatur, ut quadriga fieret eaque communicaretur tuque in ea tres partes haberes, ego quartam, non dubie adhuc socii sumus.*

Ego è proprietario di un cavallo e si accorda con *Tu*, proprietario di tre cavalli, affinché questi venda a terzi la quadriga *accepto equo meo*, attribuendogli il quarto del ricavato. Essendo il cavallo di *Ego* morto prima della vendita, Celso ritiene che la società si estingua e che il danno del perimento del cavallo non debba essere sopportato anche da *Tu*: ciò perchè la *societas* non fu contratta fra i due per formare una quadriga, ma solo per venderla (192). Di fronte ad una motivazione così esplicita, non è pensabile che *accepto equo meo* significhi che la vendita dovesse (e potesse) essere preceduta, nell'intenzione delle parti, dal trasferimento del cavallo di *Ego* a *Tu* (193): se la frase non sta a indicare il semplice affidamento in detenzione del cavallo a *Tu* affinché lo mostri insieme con i suoi, essa significa che la vendita della quadriga dovrà implicare da parte del compratore la consapevolezza e la volontà di comprare un cavallo (sui quattro) di cui il proprietario non è *Tu*, ma *Ego*.

Malgrado le prime apparenze, conferma la linea classica anche:

D. 17.2.58.1 (Ulp. 31 ed.): *Item Celsus tractat, si pecuniam contulissetus ad mercem emendam ut mea pecunia perisset, cui perierit ea. et ait, si post collationem*

(190) I critici che hanno espunto *suamque* come glossema (cfr. *Index itp.* e Poggi, 2.83 nt. 3) denunciano il disagio di ammettere che la *pecunia* sociale possa rimanere propria del socio conferente.

(191) V. invece Poggi, 2. 85 ss., e citazioni *ivi*.

(192) Qui finisce il caso pratico discusso da Celso. Il resto (*ceterum si rell.*) è uno sviluppo generalizzante di Ulpiano.

(193) Completamente fuori strada, a mio avviso, Poggi (*retro* nt. 191), secondo cui i due socii avrebbero compiuto « le *in iure* cessiones parziali idonee a costituire un condominio ».

evenit, ut pecunia perierit, quod non fieret, nisi societas coita esset, utrique perire, ut puta si pecunia, cum peregre portaretur ad mercem emendam, periit: si vero ante collationem, posteaquam eam destinasses, tunc perierit, nihil eo nomine consequeris, inquit, quia non societati periit.

Il *casus* è che, essendovi stato il conferimento (*si pecuniam contulisset ad mercem emendam*), sia andata perduta la *pecunia* di uno dei due soci (*mea pecunia periisset*): il dubbio è se il perimento debba essere sopportato dal socio che ha conferito la *pecunia* e che ne è tuttora il proprietario, oppure debba essere sopportato da ambedue. Chiaro che la *collatio* non comporta la comproprietà o contitolarità sociale della *pecunia* (194). Quanto alla soluzione di Celso, non si incorra in equivoci e non si avanzino frettolosi sospetti di interpolazione (195): il perimento della *mea pecunia* è sopportato dai *socii* dopo la *collatio societati*, vale a dire dopo la formazione del consenso in ordine alla destinazione sociale di quella *pecunia*, non prima della *collatio*, vale a dire quando il consenso non è ancora intervenuto e il (futuro) socio ha solo stabilito unilateralmente (*destinasses*) di conferire la *pecunia* al fine sociale (196).

Se le cose stanno così come da me supposto, è bene ribadire che non vi è da attendersi, in ordine al passaggio dal classico al postclassico, un mutamento netto e improvviso di impostazioni sostanziali e di usi terminologici. Anche se per essi la *societas* non si riversava, tipicamente, in una *communio* o in una co-gestione, i giuristi preclassici e classici erano peraltro, e ovviamente, ben consci del fatto che il consenso societario dava luogo alla delineazione di un preciso interesse comune dei soci a che l'impiego dei conferimenti operati da ciascuno di essi andasse a vantaggio (e a carico) di tutti. Come abbiamo visto che essi parlavano per le prestazioni dei soci anche di *communicatio*, e come abbiamo visto che l'estensione del beneficio della *condemnatio in id quod facere potest* è stata da loro giustificata da un *ius quodammodo fraternitatis* che ha

(194) Bene, su questo punto, Poggi, 2.89.

(195) Per l'interpolazione dell'ultimo periodo (*si vero rell.*) è invece il Riccobono, seguito da Poggi 2.89 s. Indubbiamente vi è una inversione di soggetti (dopo essersi parlato di conferimento da parte mia di *mea pecunia*, si dice che tu *destinasses* e tu *consequeris*), ma bisogna tener conto della probabilità che a questo punto si trascriva letteralmente la risposta di Celso.

(196) *Societati* è ambiguo e nel senso giustiniano può anche significare la *societas* personificata, ma il motivo non è sufficiente per sostenerne l'interpolazione: *conferre societati* è classico, quindi può ben essere classico *perire societati*.

chiari i connotati del traslato (197), così non è il caso, a mio avviso, di negare aprioristicamente la classicità dell'espressione *communio* quando essa sia un evidente e approssimativo sinonimo di *societas*.

Ciò vale, ad esempio, per la *delictorum communio* di D. 17.2.53, sulla quale ci fermeremo tra poco (198), e vale altresì per un rescritto di Alessandro Severo riportato testualmente da:

D. 17.2.52.5 (Ulp. 31 ed.): *Cum duo erant argentarii socii, alter eorum aliquid separatim quaesierat et lucri senserat, quaerebatur, an commune esse lucrum oporteret. et imperator Severus Flavio Felici in haec verba rescripsit: « etiamsi maxime argentariae societas inita est, quod quisque tamen socius non ex argentaria causa quaesit, id ad communionem non pertinere explorati iuris est ».*

Il linguaggio della cancelleria imperiale tardo-classica è orientato, almeno per quanto riguarda il *casus* cui si riferisce il rescritto, verso l'uso del termine *communio*. È vero che dalla esposizione di Ulpiano si deduce che la gestione non riguardava la comunione dei conferimenti, ma quella dei lucri (199), tuttavia è innegabile che l'affermazione, secondo cui *ad communionem non pertinet* ciò che si sia guadagnato dal socio nell'esercizio di un'attività non rientrante nel fine sociale, invita a intendere la *communio* come equivalente di *societas* (200). Non ne trarrei però la frettolosa conclusione che ormai già all'epoca dei Severi la *societas* implicasse, sul piano della tipicità, la formazione del patrimonio sociale unitario. Anche a prescindere dagli aspetti specifici del *casus*, che sono da noi irrecuperabili (201), va tenuto presente

(197) Retro n. 4.

(198) *Infra* n. 23. Sulla *communio* di D. 17.2.3.1, v. retro nt. 61.

(199) Cfr. anche Ulp. 31 ed. D. 17.2.52.6: *Papinianus quoque libro tertio responsorum ait: si fratres parentium hereditates ideo retinuerunt, ut emolumentum ac damnum in his commune sentirent, quod aliunde quaesierint in commune non redigetur*. Su questo passo v., per tutti, ARANCIO-RUIZ, 136 ss., e, da ultimo, BREONE (nt. 10) 209 s. Se il passo è strettamente connesso al precedente paragrafo 5 e non si trova al suo posto in conseguenza di una giunzione postclassica dei paragrafi 6-10 (sul che BREONE, 209 nt. 11, non prende posizione decisa: ivi letteratura), il *quoque* iniziale non solo indica che tra i *fratres* del paragrafo 6 è intervenuto uno specifico consenso societario, ma fa intendere ancor meglio il riferimento del paragrafo precedente ad una comunione di lucri e di perdite (indipendentemente dalla circostanza che i conferimenti sociali fossero o non fossero versati in *communio*).

(200) In questo senso pare anche POGGI, 2.67.

(201) Non convince l'ipotesi di ARANCIO-RUIZ, 144 s., il quale pensa che il contratto fra i socii fosse inteso alla costituzione di una *societas maxime argentariae* e che pertanto il dubbio di Flavio Felice (probabilmente il giudice dell'*actio pro socio*) fosse se il *maxime* avesse carattere pleonastico (si che la *societas* fosse da

che le attività sociali relative all'*argentaria ars*, concentrate come erano intorno ad una *mensa* unitaria, costituita per di più essenzialmente da danaro e da altre cose fungibili, dovevano spesso implicare nella prassi la comunione dei conferimenti (202).

24. La causa sociale doveva essere, ovviamente, lecita. Testi sostanzialmente ineccepibili confermano per la *societas* questo principio generale, segnalando specificamente la nullità del contratto concluso al servizio di scopi disonesti o comunque illeciti (203).

Era del pari nullo il contratto che impegnasse i *socii*, sia pure al servizio di una causa lecita, a conferire il compendio ricavato da attività illecite?

Non risulta che i giuristi classici si siano esplicitamente posti questo problema squisitamente astratto (204). Da un'interessante catena contenuta in D. 17.2 (205) risulta che essi, ragionando in chiave realistica: in

intendere come esclusivamente volta all'esercizio dell'attività bancaria) o se il *maxime*, invece, implicasse l'obbligo di mettere in comune anche gli esiti di attività non bancarie. La risposta dell'imperatore non si adatta a questo tipo di quesito, ma si adatta piuttosto ad un altro quesito (non così « facile » come pensa l'Arangio-Ruiz): gli affari compiuti da un *socius argentariae* debbono presumersi di carattere bancario per il solo fatto che il soggetto esercita la professione di banchiere, o debbono essere riversati alla *societas* esclusivamente nel caso che siano stati operati in specifica e puntuale attuazione dei fini della società?

(202) V. in proposito i cenni e le citazioni di ARANGIO-RUIZ, 144.

(203) Cfr. Paul. 32 ed. D. 17.2.3.3, riportato retro n. 6; Ulp. 36 ed. D. 27.3.1.14 (*nec enim ulla societas maleficiorum vel communicatio iusta damni ex maleficio est*); Gai. 1 verb. obl. D. 46.1.70.5 (*cum flagitiosae rei societas coita nullam vim habet*); Gai. 10 ed. prov. D. 18.1.35.2 (*nec societas aut mandatum flagitiosae rei ulla vires habet*). Su D. 17.2.57 v. *infra* nt. 205.

(204) Anche se è abbastanza intuibile quale sarebbe stata la loro risposta (nullità del contratto) di fronte all'accordo esplicito e consapevole di devolvere a fini leciti il ricavo di operazioni illecite.

(205) La catena, di massa sabiniana, si riattacca all'ipotesi discussa in D. 17.2.52.17 (*infra* nt. 206), ma è propriamente costituita, con evidente sforzo di scelta e di raccostamento dei passi, dai fr. 53 (Ulp. 30 Sab.), 54 (Pomp. 13 Sab.), 55 (Ulp. 30 Sab.), 56 (Paul. 6 Sab.), 57 (Ulp. 30 Sab.). L'ultimo frammento chiarisce la differenza tra *societas* illecita e *societas* lecita a conferimenti illeciti: D. 17.2.57 (Ulp. 30 Sab.): *Nec praetermittendum esse Pomponius ait ita demum hoc esse verum, si honestae et licitae rei societas coita sit: ceterum si maleficii societas coita sit, constat nullam esse societatem. generaliter enim traditur rerum inhonestarum nullam esse societatem*. Non è il caso di indugiare su problemi di critica formale, per i quali rinvio a POCCHI, 2.65 ss., e ad ARANGIO-RUIZ, 116 ss. La manipolazione post-classica di tutti i passi è comunque evidentissima.

primo luogo, si posero il quesito se il *socius omnium bonorum*, essendo tenuto a conferire tutti i suoi acquisti futuri, fosse obbligato a conferire anche il compendio di sue attività illecite (quesito che risolsero negativamente) (206); in secondo luogo, si chiesero se ed in quale misura, essendo stato di fatto conferito in società il compendio di un illecito, la *damnatio* del socio (conferente) alla restituzione ed eventualmente alla pena reagisse sui rapporti sociali. In ordine a questo secondo quesito, relativo a tutti i possibili tipi di *societas* (207), l'orientamento dei giuristi, che possiamo far risalire quanto meno a Sabino (208), fu questo: il compendio dell'illecito doveva essere in ogni caso restituito e il carico relativo doveva ricaderne anche sul consocio (209); la *poena* doveva essere sopportata dal consocio solo se fosse stato a conoscenza dell'origine illecita del conferimento (210).

Evidentemente, alla radice di questa soluzione della giurisprudenza classica era l'idea che il socio non fosse tenuto a conferire il compendio da illecito, ma che, se lo avesse spontaneamente conferito, non potesse ripeterlo a suo piacimento. Ma l'esplicitazione del principio, che si legge in quello che è l'anello principale della catena giustiniana, non sembra genuina.

D. 17.2.53 (Ulp. 30 Sab.): *Quod autem ex furto vel ex alio maleficio quaesitum est, in societatem non oportere conferri palam est, quia delictorum turpis atque foeda communio est. plane si in medium collata sit, commune erit lucrum.*

(206) Cfr. Ulp. 30 Sab. D. 17.2.52.17: *Ibidem ait (Neratius) socium omnium bonorum non cogi conferre, quae ex prohibitis causis adquisierit.*

(207) Per la limitazione alla *societas omnium bonorum* sono invece gli autori cit. retro nt. 205. L'ARANCIO-RUIZ, 116 s., parla, a proposito del fr. 53, di « una società universale o almeno generale » (cioè, quest'ultima, *omnium quae ex quaestu veniunt*).

(208) Cfr. SCHULZ, *Sabinus-Fragmente in Ulpianus Sabinus-Commentar* (1912) 70.

(209) Cfr. Pomp. 13 Sab. D. 17.2.54: *Quod enim ex maleficio contulerit socius non aliter recipere debet, quam si damnatus sit.*

(210) Cfr. Ulp. 30 Sab. D. 17.2.55: *Si igitur ex hoc conventus fuerit qui maleficio admisit, id quod contulit aut solum aut cum poena auferet; solum auferet, si mihi proponas insciente socio eum in societatis rationem hoc contulisse: quod si sciente, etiam poenam socium agnoscere oportet [; aequum est enim, ut cuius participavit lucrum participet et damnum].* A prescindere da ogni altro sospetto di manipolazione, segnalo come particolarmente probabile il carattere insitico dell'ultimo periodo, il quale richiama il modo di pensare che sta alla base del *plane tell.* con cui si chiude il fr. 53: la partecipazione al lucro di quanto conferito da un socio giustifica la partecipazione del consocio sia al *damnum* rappresentato dalla *damnatio* alla restituzione che a quello costituito dalla pena (dunque si tratta di giustificazione in contrasto con la distinzione tra *consocio sciens* e *consocio insciens*).

Non è possibile stabilire se l'insegnamento originario sabiniano fosse relativo al caso pratico della *societas omnium bonorum* o (come invece sembra dal contesto ulpiano) a qualunque tipo di *societas* in generale, nè vale la pena di chiedersi se *maleficium* sia termine classico oppure no (211). Sino a *palam est* il primo periodo è sostanzialmente impeccabile e l'*oportere* fa intendere che il riferimento è all'accertamento del *quidquid dare facere oportet ex fide bona* che incombe al giudice dell'*actio pro socio*. La giustificazione *quia — est*, a parte ogni rilievo formale (212), giustifica forse troppo perchè sembra implicare che in nessun caso possa lecitamente conferirsi il ricavo di un *maleficium*, e cioè che quel conferimento (o addirittura la *societas*) sia in ogni caso invalido (213). Ad ogni modo la frase più probabilmente insiticia è l'ultima (*plane si rell.*). Quando agli indizi di forma (214) si aggiunge, come in questo caso, la banalità delle cose che si dicono (215), è pur doveroso separare l'insegnamento classico dal probabile glossema post-classico.

25. È insegnamento tratlaticio e ormai generalizzato che non fosse strettamente indispensabile che l'impiego dei conferimenti dei *socii* si indirizzasse al conseguimento di un lucro lecito in senso di speculazione. La *societas*, si dice, poteva anche essere costituita a fini di culto, assistenza (mutua o nei confronti di terzi), svago (216).

Tutto ciò dalle fonti non risulta affermato per esplicito, anche se,

(211) V. *retro* nt. 207. Che Ulp. 30 Sab. si occupasse specialmente del caso del furto, è suggerito dalla lettura di Ulp. 30 Sab. D. 17.2.56: *Nec quicquam interest, utrum manente societate praestiterit ob furtum an dissoluta ea* [: *idemque est in omnibus turpibus actionibus, veluti iniuriarum, vi bonorum raptorum, servi corrupti et similibus, et in omnibus poenis pecuniariis, quae ex publicis iudiciis accidunt*]. Cfr. POCCHI, 2.71 s., e citazioni *ivi*. Sia chiaro che non dubito affatto che la discussione ulpiana relativa al furto fosse estensibile per diritto classico anche agli altri illeciti, per lo meno a quelli privatistici: cfr. infatti i fr. 54, 55, 57.

(212) V. i citati da ARANCIO-RUIZ 117, ma v. anche, per *delictorum communio*, *retro* n. 22.

(213) V. invece Ulp. 30 Sab. D. 17.2.57 (*retro* nt. 205).

(214) *Collata sit* per *collatum sit* o per *collata sint*. Ma è probabile che qui non siamo di fronte a un errore di trascrizione: il riferimento di *collata sit* sembra essere alla *delictorum communio*, ma appunto perciò non può essere di Ulpiano, che si occupa della possibilità di *conferre* ciò che proviene da delitto.

(215) V. già, in questo senso, GUARINO, *Ueber den Begriff der Kollation*, in ZSS. 59 (1939) 512, le cui considerazioni non mi paiono superate da ARANCIO-RUIZ. 218. V. anche *retro* nt. 210.

(216) Ampiamente, sul tema, POCCHI I.145 ss., cui rinvio.

in verità, non risulta nemmeno escluso (217). Certo, l'essenziale era che le prestazioni delle parti fossero, secondo la regola generale delle obbligazioni (218), economicamente valutabili e che fossero del pari valutabili economicamente i risultati dell'impiego sociale per potersi procedere alla ripartizione, su basi anch'esse di valutabilità economica, dei *commoda* e degli *incommoda* tra i *socii*. Tuttavia, prescindendo dalla questione già discussa a suo tempo del fine lucrativo delle *societates omnium bonorum* (219), gli esempi che le fonti ci pongono sott'occhio sono tutti di *societates quaestus*, sia generali che speciali. Discettare su ciò che dai testi non emerge mi sembra piuttosto ozioso.

Quel che più importa sottolineare è che la *societas* non era pensabile (ed era quindi, in terminologia moderna, invalida) se le parti non contribuissero con distinte promesse di prestazioni a costituirla, se il fine sociale non fosse di comune interesse delle parti e se i *commoda* e gli *incommoda* dell'impiego sociale non fossero da ripartirsi tra le stesse. La volontà delle parti poteva, come vedremo (220), limitare in qualche modo questi principi, ma non poteva eluderli, perchè in tal caso il contratto sociale non sarebbe stato più tipicamente individuato.

La necessità che le parti contribuissero tutte, in beni o in attività, a quanto occorrente per il previsto impiego sociale risulta anzi tutto dal fatto che siamo in presenza di un contratto consensuale, che importava un *alterum alteri obligari*, cioè obbligazioni reciproche tra le parti (221). Le prestazioni contrapposte potevano essere di diversa entità e potevano anche essere per qualche socio, al limite, solo eventuali, ma un contratto societario costituito esclusivamente *donationis causa*, oltre che contrario alla *lex Cincia*, era un non senso ed era pertanto *nullius momenti* (222). La casistica in materia, relativamente

(217) Come esempi di *societates* prive di scopi di lucro si adducono sopra tutto le ipotesi riportate da Ulp. 31 *ed. D.* 17.2.52.12 e 13. Ma, se anche in questi e in altri casi il fine di speculazione non risalta, il fine di utilità comune consiste in una evidente valorizzazione delle proprietà fondiarie dei due soci.

(218) Cfr. KASER, *RPR.* 1.491.

(219) *Retro* n. 5-7.

(220) *Infra* n. 28-32.

(221) Cfr. Gai 3.136, più volte citato.

(222) Cfr. Ulp. 31 *ed. D.* 17.2.5.1, riportato *retro* n. 6, giustamente difeso in sede critica da POGGI, 2.1 s.; Ulp. 11 *ed. D.* 4.4.16.1 (*retro* nt. 145); Ulp. 33 *Sab. D.* 24.1.32.24 (*infra* nt. 223); Paul. 6. l. *Iul. Pap. D.* 39.6.35.5 (*Si quis societatem per donationem mortis causa inierit, dicendum est nullam societatem esse*). Acute considerazioni in ordine all'ipotesi delle donazioni remuneratorie si leggono in BONA I, 415 ss.

ampia, ci mostra che, trattandosi nella specie di un vizio della causa contrattuale, la giurisprudenza preclassica e classica condannava questo tipo di pseudo-società essenzialmente in base al rilievo della concreta e obiettiva esistenza di una fattispecie di liberalità (223).

26. Strettamente collegata con l'esigenza delle obbligazioni correlative dei soci era quella del fine di comune, anche se non pari, interesse dell'impic_o sociale. Una società che non fosse a beneficio di tutti i soci non era una società.

Il principio risulta in maniera particolarmente evidente dalla trattazione di un caso di specie risolto da Salvio Giuliano:

D. 17.2.52 pr. (Ulp. 31 ed.): *Cum duobus fundus coniunctus venalis esset, alter ex his petit ab altero, ut eum fundum emeret, ita ut ea pars, quae suo fundo iuncta esset, sibi cederetur: mox ipse eum fundum ignorante vicino emit: quaeritur, an aliquam actionem cum eo vicinus habeat. Iulianus scripsit implicitam esse pacti quaestionem: nam si hoc solum actum est, ut fundum Lucii Titii vicinus emeret et mecum communicaret, adversus me qui emi nullam actionem vicino competere: si vero id actum est, ut quasi commune negotium gereretur, societatis iudicio tenebor ut tibi deducta parte quam mandaveram reliquis partes praestem.*

L'interpretazione più limpida di questo testo è stata data dallo Arangio-Ruiz (224). A Caio e Sempronio si offre la possibilità di comprare da Tizio un fondo vicino, e più precisamente contiguo, ai loro due fondi; Caio chiede a Sempronio di comprar lui il fondo e di cedergliene la parte contigua al proprio fondo (225), ma poi, all'insaputa di Sempronio, il fondo se lo compra lui e se lo tiene tutto per sè. Alla domanda, se Sempronio possa agire contro Caio per avere la sua parte di fondo o per essere in qualche modo indennizzato, Giuliano risponde che bisogna badare all'*id quod actum est* tra i due vicini (226). Se si era convenuto che Sempronio comprasse il fondo per sè, salvo

(223) Caratteristico, al di là dell'evidente manipolazione formale, quanto si legge in D. 24.1.32.24 (Ulp. 33 Sab.): *Si inter virum et uxorem societas donationis causa contracta sit, iure vulgato nulla est ... idcirco igitur pro socio actio non erit, quia nulla societas est, quae donationis causa interponitur, nec inter ceteros et propter hoc nec inter virum et uxorem.* Più ampiamente sul testo, POGGI, 2.3 s.

(224) ARANGIO-RUIZ, 51 nt. 3.

(225) Non vedo come possa dubitarsi che a questo proposito Caio ha dato quanto meno un mandato a Tizio: lo conferma lo *ut tibi rell.* con cui si chiude il frammento. V. invece POGGI, 1.148 e 152 s.

(226) Sul punto, v. PRINGSHEIM, « *Id quod actum est* », in ZSS. 78 (1961) 31 s., 69 s.

a rendere poi Caio partecipe dell'affare (si ... *mecum communicaret*), nulla da fare ormai per Sempronio. Se si era invece convenuto che Sempronio compisse l'acquisto quasi a titolo di affare comune a lui e a Caio (227), Caio, avendo operato egli il *quasi commune negotium*, sarà tenuto con l'*actio pro socio* a trasferire a Sempronio tutto quanto non aveva richiesto per sè.

27. In stretta correlazione col principio delle prestazioni a carico di tutti i *socii* è, infine, anche l'esigenza della ripartizione tra tutti i soci, non solo dei profitti, ma anche delle eventuali perdite.

Con locuzione forse ispirata alla lettura di una ben nota favola di Fedro (228), Cassio usava denominare *societas leonina*, inammissibile giuridicamente, quella contratta *ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret*. Denominazione che ha avuto, probabilmente, più fortuna tra i romanisti che tra i giuristi romani (229).

Quel che conta è che i giuristi classici, e non meno di loro Giustiniano (230), furono in ciò perfettamente d'accordo con Cassio (231).

28. Veniamo alle variazioni che le parti potevano apportare e spesso eventualmente apportavano, in sede di *pacta adiecta in continentis*, ai principi essenziali sinora indicati.

L'unico limite di queste pattuizioni era che i principi non rimanessero alterati. È ben possibile, dunque, che in sede pattizia i conferimenti delle parti siano stati anche spesso convenuti come contribuzioni ad un patrimonio sociale autonomo, che la *societas* sia stata strutturata più o meno complessamente come cogestione, e così via dicendo, purchè sia chiaro che questi effetti si verificarono solo se ed in quanto esplicitamente stabiliti dalle parti (232). Ed anzi non escluderei affatto che in età classica costoro, oltre a costituire eventualmente una gestione

(227) Il *quasi commune negotium* è ambiguo, ma di una ambiguità connessa con l'implicita *facti quaestio* che Giuliano ravvisa nel caso.

(228) Phaedr. 1.5.

(229) Cfr. Guarino, *La società col leone*, in *Labeo* 18 (1972) 72 ss.

(230) Per i sospetti di interpolazione (a mio parere, poco attendibili), v. *Index itp. ahl.*

(231) Ulp. 30 Sab. D. 17.2.29.2: *Aristo refert Cassium respondisse societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret, et hanc societatem leoninam solitum appellare; et nos consentimus talem societatem nullam esse rell.*

(232) V. retro n. 22.

comune fortemente organizzata e ad affidarla ad uno di loro o ad un terzo, si siano in qualche caso manifestati esteriormente come un ente a se stante (233).

Di per sè il contratto societario creava rapporti esclusivamente interni tra le parti (234) e il socio di un socio non era considerato socio degli altri (235), ma se i soci davano luogo ad una *communio* o ad un'*arca communis* (236), oppure si facevano unitariamente presenti ad uno o più clienti per il compimento di uno o più affari (237), in tali ipotesi, e beninteso nei limiti dell'esteriorizzazione da loro posta in opera, nulla impediva che si configurasse un loro vincolo solidale.

La frequenza, in ordine a certe *negotiationes* sociali, di questa impostazione dei rapporti dei *socii* con i terzi può aver determinato, talvolta, addirittura la opinione dei terzi di avere a che fare con una comunità distinta dalle persone dei *socii*. Ciò avveniva sicuramente: per le *societates argentariorum*, i cui membri erano ritenuti solidalmente obbligati (sia attivamente che passivamente) nei confronti del cliente, pur quando l'affare fosse stato posto in opera da uno solo di essi (238); per le *societates venaliciarum* (239), che l'editto degli edili curuli prendeva in una considerazione in qualche modo autonoma per lo meno in una sua clausola (240); per le *societates vectigalium*, che forse già in età classica godevano, per motivi di pubblico interesse, di un regime speciale (241). Le *societates publicanorum* costituivano qualcosa di molto più avanzato, avvicinandosi ai *collegia licita* (242).

Di fronte a spunti di questo tipo non stupisce che in qualche

(233) Sul punto, ARANGIO-RUIZ, 80 ss.

(234) Per tutti, ARANGIO-RUIZ, 84 ss.; SERRAO (nt. 109).

(235) Cfr. Ulp. 31 ed. D. 17.2.20 (*socii mei socius meus socius non est*) e i successivi fr. 21-23.

(236) Cfr. Pap. 3 resp. D. 17.2.82: *Iure societatis per socium aere alieno socius non obligatur, nisi in communem arcam pecuniae versae sunt*. Sul testo, da ultimo, con acute considerazioni, SERRAO (nt. 109), 744 nt. 5.

(237) Sopra tutto attraverso un *magister* o un *institor* comune: SERRAO (nt. 109), 744 e nt. 5. Sulle società di armatori, SERRAO, 752 ss., con approfondita discussione.

(238) Per tutti, ARANGIO-RUIZ, 82 s. Cfr. D. 2.14.25 pr. e 27 pr., D. 4.8.34 pr.

(239) SERRAO (nt. 109), 748 ss.

(240) Cfr. Paul. 2 aed. cur. D. 21.1.44.1, su cui SERRAO (nt. 239) e *infra* n. 43.

(241) *Retro* nt. 9.

(242) *Retro* nt. 8.

generalizzazione postclassica si sia giunti al punto di dire che *hereditas personae vice fungitur, sicuti municipium et decuria et societas* (243).

29. Non è arrischiato supporre che le pattuizioni dei soci non mancassero praticamente mai, nè in età classica nè in età postclassica, quanto alla determinazione dei criteri da adottare, compatibilmente con l'inammissibilità della cd. *societas leonina*, in ordine alla ripartizione dei vantaggi e degli svantaggi. Dopo il superamento della *magna quaestio* tra Q. Mucio e Servio circa la rilevanza da accordare non solo ai conferimenti in beni, ma anche a quelli in attività dei soci (244), dubbi non sorsero neanche sul punto che fosse perfettamente lecito, in una società comportante l'apporto di opera di un socio, ripartire i guadagni in beni tra i soci, pur facendo gravare le perdite in beni sul solo socio di capitale (245).

Se i soci non provvedevano a stabilire le quote o si accordavano esplicitamente solo sugli utili e non sulle perdite (o viceversa), la conseguenza da trarne era ovvia. Nella prima ipotesi utili e perdite andavano divisi in parti eguali. Nella seconda ipotesi la ripartizione taciuta (in perdite o in utili) doveva ritenersi corrispondente a quella espressa (in utili o in perdite) (246).

La dottrina del diritto comune e la pandettistica hanno molto discusso in ordine alla prima ipotesi, cioè sul se le parti, in caso di silenzio dei soci al riguardo, dovessero ritenersi eguali tra loro o proporzionali ciascuna al conferimento di ciascun socio (247), e la critica romanistica contemporanea si è sforzata, dal canto suo, di rilevare una qualche variazione di criteri nel trascorrere dei tempi (248). Mi sembra però che i testi di cui disponiamo parlino molto chiaramente, nel senso

(243) Flor. 8 inst. D. 44.1.22, su cui ARANGIO-RUIZ 78 ss. Ivi altre indicazioni di testi. Ma *societas* indica, in questi testi, la *societas consensu contracta*? Minimo aiuto offre, al riguardo, WEGNER (nt 7).

(244) *Retro* n. 7.

(245) *Retro* nt. 69.

(246) Gai 3.150 i.f.: *sed si in altero partes expressae fuerint, velut in lucro, in altero vero omissae, in eo quoque, quod omissum est, similes partes erunt*; I. 3.25.3: *Illud expeditum est, si in una causa pars fuerit expressa, veluti in solo lucro vel in solo damno, in altera vero omissa; in eo quoque, quod praetermissum est, eandem partem servari.*

(247) Raggugli di etteratura in POGGI, 2.158 ss.

(248) Fondamentale, e finissimo, lo scritto di GUARNERI CITATI, *Conferimenti e quote sociali in diritto romano*, in *BIDR.* 42 (1936) 166 ss. V. anche ARANGIO-RUIZ 103 ss.

dianzi fissato, sia per diritto classico che per diritto giustiniano: *certum est, si de partibus lucri et damni nihil inter eos convenerit, tamen aequis ex partibus commodum et incommodum inter eos commune esse* (249). Il che conferma l'ovvio principio che, *si expressae fuerint partes, haec servari debent*, pur se ad un socio si attribuisca una quota maggiore (in utili ed in perdite) di quella attribuita all'altro socio (250).

Non si può sorvolare, peraltro, su una vecchia e notissima *crux interpretum*, che sembra alterare, quanto meno per diritto postclassico, l'ordine di questi principi:

D. 17.2.29 pr. (Ulp. 30 Sab.): *Si non fuerint partes societati adiectae, aequas eas esse constat. si vero placuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam. an valeat? Placet valere, si modo aliquis plus contulit societati vel pecuniae vel operae vel cuiuscumque alterius rei causa.*

Nel suo primo periodo, che ha tutta l'aria di una lemma sabiniano, viene autorevolmente confermata la regola dell'uguaglianza delle quote nell'ipotesi di silenzio delle parti: si comprende ancor meglio perchè Gaio definisca certa quella regola e perchè Giustiniano affermi che mai se ne dubitò (251). Ma la conseguenza della piena libertà dei *socii* di convenire *expressis verbis* anche quote disuguali sembra smentita dalle parole che seguono: e non solamente dall'affermazione che quote disuguali possono essere stabilite solo in rapporto (e proporzione) a conferimenti disuguali, ma anche dalla stessa domanda (*si vero placuerit rell.*) sempre che questa domanda venga riferita alle pattuizioni tra i *socii* (*si vero pacto placuerit*). Se i *socii* non sono pienamente liberi di pattuire espressamente un riparto disuguale degli utili e delle perdite, se essi debbono adeguare il riparto al valore dei conferimenti, come si spiega che, nel loro silenzio, le quote siano uguali pur quanto sono disuguali i conferimenti? Ecco il sensato motivo per cui i pratici del diritto comune giunsero secoli fa alla conclusione che, nell'ipotesi

(249) Così Gai 3.150. Cfr. I. 3.25.1: *Et quidem si nihil de partibus lucri et damni nominatim convenerit, aequales scilicet partes in lucro et in damno spectantur rell.*

(250) L'affermazione è esplicita nel seguito di I. 3.25.1: *quod si expressae fuerint partes, haec servari debent: nec enim unquam dubium fuit, quin valeat conventio, si duo inter se pacti sunt, ut ad unum quidem duae partes et damni et lucri pertineant, ad alium tertia.*

(251) Cfr. retro nt. 249.

di silenzio delle parti, per *aequae partes* si debbano intendere non parti uguali tra loro, ma parti proporzionali ai conferimenti dei *socii* (252).

Ponendo da parte i molti, ma poco convincenti tentativi compiuti dalla dottrina pandettistica per dare una spiegazione plausibile al *placet valere rell.* (253), io aderisco pienamente all'ipotesi dell'interpolazione del testo, la quale è corroborata da più che evidenti mende di forma. Tuttavia non convince, a mio avviso, nè la tesi secondo cui *si modo rell.* sarebbe un'emblema giustiniano, nè la tesi secondo cui *si modo — operae* sarebbe da attribuire ad un glossatore postclassico, mentre *vel cuiuscumque rell.* sarebbe frutto di un annacquamento operato dai giustiniani (254). Per coerenza con quanto affermato nelle Istituzioni (*nec enim unquam dubium fuit*), i giustiniani avrebbero posto mano su *si modo — operae* solo per cancellare questa frase. Il mio avviso è che uno o più glossemi postclassici si siano inseriti nel dettato ulpiano a cominciare da *si vero placuerit rell.* (a cominciare quindi dalla stessa impostazione del dubbio), e che i compilatori giustiniani, proprio perchè il testo si concludeva con un generalizzante *vel cuiuscumque alterius rei causa*, che rendeva inoffensiva la limitazione del *si modo — operae*, non abbiano perso tempo a togliere di mezzo sia la domanda che la risposta (255).

(252) Come è noto, da questa vecchia interpretazione di buon senso è derivata la regola moderna (accolta nell'a. 2263 co. 1 c.c. ital.), secondo cui « le parti spettanti ai soci nei guadagni e nelle perdite si presumono proporzionali ai conferimenti » e solo « se il valore dei conferimenti non è determinato in contratto, esse si presumono eguali ». Si aggiunga (a. 2263 co. 2) che « la parte spettante al socio che ha conferito la propria opera, se non è determinata dal contratto, è fissata dal giudice secondo equità ».

(253) Ampia esposizione in GUARNERI CITATI (nt. 248).

(254) In quest'ultimo senso, contro il Guarneri Citati (che sostiene l'emblema), è l'ARANCIO-RUIZ, 106 ss., secondo il quale il fr. 29 pr. sarebbe il risultato della sovrapposizione di tre mani: quella del giurista antico, che ha posto la questione e l'ha risolta affermativamente (*placet valere*); quella del glossatore postclassico, che ha fortemente limitato la risposta affermativa, subordinando l'autonomia delle parti alla proporzionalità dei conferimenti (*si modo — operae*); quella dei compilatori giustiniani (*vel cuiuscumque rell.*), che hanno « talmente edulcorato la riserva insinuata nel testo ulpiano, da toglierla praticamente di mezzo ». In verità, il dubbio più forte è se il giurista classico abbia addirittura formulato il problema. E si noti, a tal proposito, l'uso di *placere*, che non corrisponde al linguaggio ulpiano dei successivi paragrafi 1 e 2 del frammento.

(255) Secondo questa mia ipotesi, un parafraste, trovandosi di fronte ad un testo ulpiano che affrontava i problemi della pattuizione relativa all'assegnazione ad un socio dei soli lucri (paragr. 1) e della pattuizione della *cd. societas leonina* (paragr. 2), può aver generalizzato la problematica sottostante con il quesito *si vero placuerit —*

30. Tuttavia il discorso relativo al fr. 29 pr. non può essere chiuso, a mio avviso, se non si fa cenno di una possibilità che non mi pare sia stata fino ad oggi intravista. Il dubbio circa la libertà per le parti di ripartire vantaggi e svantaggi secondo criteri fissati d'accordo resta alquanto sorprendente anche se attribuito ad un estroso lettore post-classico (256). Non sorprenderebbe invece, sia in ordine al lettore postclassico che in ordine allo stesso Ulpiano, quest'altro e ben diverso dubbio: se le parti rimettono di buon accordo ad un terzo, o addirittura ad una sola tra loro, la determinazione delle quote, possono in tal caso le quote prescindere da criteri di proporzionalità con il valore dei conferimenti?

L'ipotesi che qui prospetto postula che il *si vero placuerit*, con quel che segue, si riferisca al *placitum*, all'*arbitrium* del terzo o del socio designato a determinare le quote, non alla *coitio societatis* tra le parti (257). Essa non è campata in aria, ma si collega ad una precisa testimonianza di Pomponio circa l'affidamento della determinazione delle quote ad uno dei soci (258) e ad una famosa catena (di Celso, Proculo e Paolo) circa l'affidamento di questo compito ad un terzo (259). Di più: si collega al fatto che argomenti del genere furono effettivamente oggetto di dubbi tra i giuristi classici (260) e che il criterio di massima adottato da costoro fu, in definitiva, che il socio o il terzo non potessero negliere del tutto il valore dei conferimenti.

L'economia di questo scritto non permette di fermarsi a lungo sui

valet e può avere altresì segnalato la risposta, di massima affermativa, con *placet valere*. Il *si modo — operae* e il *vel cuiuscumque rell.* sarebbero da attribuire, in questo caso, ad un secondo e ad un terzo glossatore. Ma sono possibili, ovviamente, altre ipotesi (v. *infra* n. 30). Quello che, a mio avviso, è difficilmente credibile è che sia genuina la domanda iniziale.

(256) È chiaro, infatti, che, essendo i conferimenti da valutare in rapporto all'impiego e potendo essi consistere anche in *operae*, le parti potevano, purchè d'accordo tra loro, prescindere ampiamente da considerazioni di proporzionalità tra le quote e i conferimenti stessi.

(257) V. *retro* nt. 254, per quanto riguarda il divario di linguaggio rispetto ai successivi paragr. 1 e 2.

(258) Cfr. Pomp. 9 *Sab.* D. 17.2.6, riportato *retro* n. 6.

(259) Cfr. D. 17.2.75 (Cels. 15 *dig.*), 76 (Proc. 5 *epist.*), 77 (Paul. 4 *quaest.*), 78 (Proc. *eod.*), 79 (Paul. *eod.*), 80 (Proc. *eod.*).

(260) Si noti, infatti, che almeno i testi relativi all'arbitraggio del terzo derivano tutti da opere di casistica: *retro* nt. 259.

problemi dell'arbitraggio in relazione alle quote sociali (261). Basti la lettura dei due testi principali, che sono di Proculo:

D. 17.2.76 (Proc. 5 epist.): *Societatem necum coisti ea condicione, ut Nerva amicus communis partes societatis constitueret: Nerva constituit, ut tu ex triente socius esses, ego ex besse: quceris, utrum ratum id iure societatis sit, an nihilo minus ex aequis partibus socii simus. existimo autem melius te quaesiturum fuisse, utrum ex his partibus socii essemus quas is constituisset, an ex his quas virum bonum constituere oportuisset. arbitratorum enim genera sunt duo, unum eiusmodi, ut sive aequum sit sive iniquum, parere debeamus (quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrum itum est), alterum eiusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa, cuius arbitratu fiat.*

D. 17.2.80 (Proc. 5 epist.): *Quid enim si Nerva constituisset, ut alter ex millesima parte, alter ex [duo] <undemille> millesimis partibus socius esset? illud potest conveniens esse viri boni arbitrio, ut non utique ex aequis partibus socii simus, veluti si alter plus operae industriae gratiae pecuniae in societatem collaturus erat (262).*

La domanda dell'interrogante (*tu*) corrisponde in modo singolare, nella sostanza, al dubbio di cui si legge in D. 17.2.29 pr.: se le quote sono state fissate (dall'arbitratore) non in misure uguali, ma in un terzo per un socio e in due terzi per l'altro socio, vale questa ripartizione *iure societatis*? Proculo ritiene di sì ed il fr. 80 fa anche capire la ragione pratica di questa sua decisione: non potersi tralasciare di tener conto del fatto che uno dei due socii conferisca in società *plus operae industriae gratiae pecuniae*, non potersi quindi evitare di proporzionare le quote sinanche a quel millesimo o a quei novecentonovantanove millesimi che ciascun socio conferisca. L'importanza dell'apporto personale di Proculo sta però in ciò: che egli individua la ragione per cui le quote debbono essere fissate in modo approssimativamente (non matematicamente) proporzionale ai conferimenti. Il terzo deve decidere da *bonus vir, boni viri arbitratu: eo magis quod iudicium pro socio bonae fidei est* (263). Non sappiamo se tutti i giuristi classici abbiano puntualmente condiviso questa *ratio decidendi*, ma è probabile che, quanto meno come orientamento, essi abbiano ragionato in parallelo con Proculo.

Considerazioni analoghe valgono per la determinazione della quota rimessa ad un socio: purchè obbedisse alle esigenze obbiettive del *boni*

(261) Discussione e ragguagli in POGGI, 2.166 ss.; ARANCIO-RUIZ, 111 ss.: ma sopra tutto nell'attentissimo studio del GALLO, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, in *St. Grosso* 3 (1970) 477 ss.

(262) Per la correzione, v. KR. e ARANCIO-RUIZ, 113 nt. 3.

(263) Cfr. D. 17.2.78.

viri arbitratus, egli era ammesso ad assolvere questo compito. D. 17.2.6 (Pomp. 9 *Sab.*) è probabilmente alterato nella forma (264), ma non si vede perchè debba negarsi la sua sostanziale classicità (265), tanto più che da D. 17.2.77 (Paul. 4 *quaest.*) si ricava che alla valutazione dell'*opus* poteva convenirsi di far attendere unilateralmente, *arbitrio boni viri*, anche il solo *locator* (266).

31. Se tutto quanto è stato riscontrato fin qui è esatto, mi sembra di evidenza addirittura palmare che, come giustamente insegna la *communis opinio* (267), l'*actio pro socio* non fosse a disposizione dei socii, per diritto preclassico e classico, solo in sede di ripartizione finale dei *commoda* e degli *incommoda* (268), ma fosse a loro disposizione sin dal momento della costituzione del vincolo sociale per tutelare il diritto di ciascun socio a che l'altro socio, inadempiente alle sue promesse, eseguisse i conferimenti pattuiti nella misura, nel tempo e con le modalità dovute. L'*actio pro socio* divenne (o meglio, si ridusse ad) azione eminentemente (mai, comunque, esclusivamente) liquidativa della *societas* solo in diritto postclassico-giustiniano ed in relazione al progressivo delinarsi del concetto della *societas* come ente di co-gestione di un capitale « versato », o comunque normalmente realizzabile, quando non soccorresse il *transitus legalis*, mediante altri mezzi giudiziari, e in particolare mediante l'*actio ex stipulatu*.

Che l'*actio pro socio* non figuri espressamente, nella compilazione giustiniana, come azione intesa anche all'ottenimento dei conferimenti promessi; che in un solo caso si parli esplicitamente, in D. 17.2, di *manente societate agi pro socio*, a titolo di evidente eccezione all'uso (269); che in una serie di frammenti di D. 17.2 l'*actio pro socio* venga presentata come causa di estinzione della *societas* (270): questi sono dati di fatto incontestabili, che la dottrina, con escogitazione degna di miglior causa,

(264) Lo si ricava dall'evidente ricalco delle espressioni usate nel testo di Proculo.

(265) V. invece, da ultimo, ARANCIO-RUIZ, 114 s., e citazioni ivi.

(266) *Veluti cum lege locationis comprehensum est, ut opus arbitrio locatoris fiat.*

(267) Per tutti, ARANCIO-RUIZ, 172 ss.

(268) Così invece WIEACKER (*retro* nt. 1 e 112). Altre citazioni in ARANCIO-RUIZ, 175 e nt. 2.

(269) Cfr. D. 17.2.65.15 (Paul. 32 *cd.*): *Nonnunquam necessarium est [et] manente societate agi pro socio, veluti cum societas vectigalium causa coita est [propterque varios contractus neutri expediat recedere a societate] nec refertur in medium quod ad alterum pervenit.* Sul testo, GUARINO I, 27 nt. 110, cui rinvio V. ora anche (in senso diverso) KASER, *RPR.* 1.576 e nt. 39 (*infra* nt. 291).

(270) Cfr. D. 17.2.63.10, 64, 65 *pr.*, su cui GUARINO I, 22 ss.

ha perfino cercato di spiegare richiamandosi, al solito, al *ius quodammodo fraternitatis* che presiedeva ai rapporti tra i soci (271). Ma, a parte il fatto già precedentemente segnalato che l'*actio pro socio* non è portata da Gaio come causa di *solutio societatis* (272), ai sostenitori della funzione meramente liquidativa è facile obiettare che, se l'editto proponeva l'*actio pro socio* come mezzo giudiziario inteso a stabilire il *dare facere oportere ex fide bona* dei socii (273) e se i commentari *ad edictum* presentano tante questioni intorno all'obbligo dei conferimenti sociali, ciò è perchè la materia dei conferimenti sociali era materia altrettanto viva dal punto di vista giudiziario della materia dei riparti finali (274).

Indubbiamente il principio della *condemnatio pecuniaria*, alla quale andavano a finire nel sistema della procedura ordinaria anche le azioni *rei persecutoriae*, implicava che anche l'*actio pro socio*, se portata alle estreme conseguenze giudiziarie, si risolvesse in una liquidazione pecuniaria dei rapporti sociali (275), ma tutti sanno che, anche per il costo e la difficoltà di pervenire in breve tempo alla sentenza (276), nove volte su dieci le parti a quelle estreme conseguenze non giungevano. Come succede anche oggi, sia pure con modalità e opportunità procedurali diverse, l'esercizio dell'azione da parte di un socio doveva costituire lo stimolo salutare per una sollecita e autonoma soluzione, in un senso o nell'altro, della questione insorta tra le parti: accordo circa il conferimento contestato, oppure *dissensus sociorum*. Ciò a parte la possibilità di arbitraggi (277) o di più rapidi arbitrati (278).

(271) V. ancora gli autori indicati *retro* nt. 268.

(272) *Retro* n. 13.

(273) *Retro* n. 3.

(274) Per esempio, è pensabile che le controversie nascenti da determinazioni di quota fatte da un terzo o da uno dei socii (*retro* n. 30) costituissero oggetto di giudizio solo al termine della *societas* o implicassero, se tradotte in giudizio, la fine della *societas*?

(275) Nè, d'altra parte, è pensabile che i socii, una volta emanata la sentenza (di condanna o di assoluzione che fosse), potessero avere gran voglia di proseguire nella società.

(276) In proposito, da ultimo, BERHENDS, *Die römische Geschworenengerichtsverfassung* (1970).

(277) *Retro* n. 30.

(278) Da ultimo, ZIEGLER, *Das private Schiedsgericht im antiken römischen Recht* (1971), specialm. 83 s.

32. A rendere in concreto più raro l'esercizio dell'*actio pro socio* doveva poi largamente contribuire, sin dall'età preclassica, la clausola stipulatoria, di cui abbiamo già parlato a suo tempo (279).

Sopra tutto in materia di conferimenti è pensabile che l'impegno fosse sostenuto da una promessa stipulatoria e che non si sentisse, nell'ipotesi di suo inadempimento, la convenienza di far ricorso all'*actio pro socio*, di cui l'opportunità, trattandosi di giudizio di buona fede, era invece particolarmente sentita nell'ipotesi di liquidazione della *societas* (280).

La prassi della clausola stipulatoria, larghissimamente diffusasi in età postclassica, concorse evidentemente con la tendenziale concezione entistica della società nel far ritenere che la liquidazione fosse materia propria dell'*actio pro socio*, e che invece i conferimenti promessi e non eseguiti dai soci fossero debiti *ex stipulatu* verso la massa, il patrimonio sociale, la gestione societaria, insomma verso la *societas* entificata ed il suo « capitale ».

(279) *Retro* n. 17.

(280) Sull'*actio pro socio* come *actio generalis*, cfr. D. 17.2.38 pr. (Paul. 6 Sab.): *Pro socio arbiter prospiscere debet cautionibus in futuro damno vel lucro pendente ex ea societate, quod Sabinus in omnibus bonae fidei iudiciis existimavit, sive generalia sunt (veluti pro socio, negotiorum gestorum, tutelae) sive specialia (veluti mandati, commodati, depositi)*. Sul punto, ARANCIO-RUIZ, 176 ss

V

LA STRUTTURA DELLA SOCIETA' CONSENSUALE

SOMMARIO: 33. Punti fermi in ordine alla struttura tipica della *societas* nella concezione preclassica e classica. — 34. Segue. Il tipo « dualistico » della *societas* classica. — 35. Analisi di Gai 3.151-154 in relazione a I. 3.25.4-9. — 36. La *renuntiatio socii* come causa di *solutio* della sola *societas* dualistica. — 37. Segue. Conferma derivante dalla lettura critica di D. 17.2.65.3-6. — 38. Segue. Il pensiero di Labeone, Proculo e Cassio sulla *renuntiatio* illecita. — 39. La *solutio societatis* nella visione postclassica. Il tentativo di adattamento alle società pluralistiche. — 40. Conferma della struttura (tipica) dualistica della *societas* derivante da D. 17.2.65.14. — 41. Segue. Altra conferma derivante da D. 17.2.63.5. — 42. Le ipotesi di società pluralistiche e la funzione dei *pacta adiecta*. — 43. Espedienti della giurisprudenza e della prassi classiche per conciliare la struttura bilaterale dell'*actio pro socio* con le ipotesi « irregolari » di società pluralistiche.

33. Nella concezione della giurisprudenza preclassica e classica, il contratto consensuale di *societas* aveva la struttura tipica di un contratto bilaterale e dava quindi luogo alla costituzione di una *societas* dualistica, di cui la *solutio* conseguiva, oltre che alle cause generali di scioglimento del vincolo, anche alle cause ad essa specifiche costituite dalla *renuntiatio*, dalla morte, dalla *capitis deminutio*, dal fallimento di uno dei due soci. L'*actio pro socio* era esclusivamente strutturata sulla società dualistica e ne determinava a sua volta lo scioglimento solo se esercitata a fini liquidativi. Le parti potevano anche convenire la costituzione di società pluralistiche, ma la rinuncia, la morte, la *capitis deminutio* e il fallimento di socio potevano determinare lo scioglimento di quelle società solo se ciò fosse stato espressamente convenuto con *pacta adiecta*: diversamente determinavano solo la liquidazione della quota del socio. Nell'ipotesi di società pluralistiche la volontà delle

parti non poteva tuttavia modificare la struttura bilaterale dell'*actio pro socio*, ma poteva solo utilizzare al meglio quella struttura mediante *pacta adiecta* che affidassero la gestione sociale ad un socio soltanto o che creassero una serie di società dualistiche tra loro collegate.

Nel ribadire la tesi di fondo, che è quella formulata nel mio articolo sulla *solutio societatis* più volte citato (281), mi sia permesso di insistere su ciò, che, se il *dissensus sociorum* era in età classica un negozio giuridico di scioglimento della *societas* (282), evidentemente la *solutio societatis* non poteva conseguire alla *renuntiatio* o al venir meno, per cause naturali o giuridiche, di un singolo socio. Essa conseguiva a questi fatti nelle sole società dualistiche come effetto riflesso della scomparsa di una condizione essenziale affinché una società dualistica vi sia, l'esistenza di due *socii*.

Furono i postclassici e i giustinianeî ad elevare la *renuntiatio* e via dicendo a cause tipiche di estinzione anche delle società pluralistiche. E tutto fa credere che ciò sia dipeso da una normativizzazione dell'uso contrattuale classico di collegare, mediante *pacta adiecta*, anche alla *renuntiatio*, alla morte, alla *capitis deminutio*, al fallimento di un socio la cessazione della società.

34. Comunque (mi si consenta l'*acerbitas*) non si estraggano più dal cilindro, a sostegno della tesi corrente e del principio giustiniano, i frusti argomenti del *ius quodammodo fraternitatis* e dell'*intuitus personae* (283).

La approssimativa (*quodammodo*) « fraternità » esistente fra i soci non esigeva nè giustificava la conseguenza per cui, venendo meno uno solo di essi, gli altri dovessero andare ciascuno per la sua strada, ma avrebbe giustificato, se mai, effetti di accrescimento agli altri *socii* della quota del socio venuto meno. Nel *consortium erecto non cito*, che tanto spesso e avventatamente si indica come genitore o progenitore della *societas omnium bonorum* (284), non risulta che, venuto meno uno dei *fratres* o dei consorti *ad exemplum fratrum*, il consorzio perciò si sciogliesse, e lo stesso va detto per la *communio*, sin quando beninteso vi fosse il modo di liquidare il recedente alla buona e non si esercitasse l'azione divisoria.

(281) GUARINO I.

(282) *Retro* n. 20-21.

(283) V. già, contro queste ricorrenti giustificazioni, GUARINO I, 4 s. Sul *ius quodammodo fraternitatis*, *retro* n. 4.

(284) *Retro* n. 5.

Non parliamo poi dell'*intuitus personae*. Esso indubbiamente presiedeva alla *societas* e fa perciò capire perchè al socio morto non potessero subentrare gli eredi e perchè il socio *capite minutus* o fallito non fosse da considerare più quello di una volta (285). Ma l'*intuitus personae* non fa capire affatto perchè i *socii* rimasti non potessero continuare nella società iniziata ed induce, se mai, maggiormente a sostenere che i *socii* superstiti potessero tranquillamente rimanere, volendo, in società.

La verità, a ben guardare, è che la spinta a stabilire che la società pluralistica si scioglie, di regola, anche per il venir meno di un solo socio è venuta ai postclassici e ai giustinianeî non dall'*intuitus personae*, ma, se così si può dire, dall'*intuitus patrimonii*.

Concepita la *societas* scaturente dal contratto consensuale come un *quid commune*, come un patrimonio diverso da quello dei *socii* o come una co-gestione dei soci, in una parola come un ente (286), è comprensibile che si sia pensato alla necessità di una liquidazione generale (e, nel caso di *societas* sovrapposta a *communio*, di una divisione del patrimonio tra i soci) allorchè anche uno soltanto dei *socii* venisse a mancare, è comprensibile quindi che in ordine a tale ipotesi si sia ritenuta necessaria la *solutio societatis* (287). E alla possibile replica che la concezione entistica della società avrebbe dovuto indurre i postclassici e i giustinianeî proprio alla soluzione opposta, cioè al mantenimento della *societas* malgrado il venir meno di un socio, con liquidazione ovviamente della quota a questo spettante, è facile ribattere che la replica vale solo per un ente che fosse stato inteso come soggetto giuridico. Ora i postclassici tendevano, sì, piuttosto confusamente, a vedere nella società, vuoi sotto il profilo del patrimonio comune vuoi sotto il profilo della gestione comune, un ente a se stante, ma, pur se talvolta hanno accostato questo ente al *municipium*, alla *decuria*, all'*hereditas*, dichiarando che *vice personae fungitur* (288), non potevano

(285) Cfr. Gai 3. 152-154 e *infra* n. 35.

(286) Sul punto, v. *retro* n. 12.

(287) Può essere indicativo il richiamo al c. c. italiano vigente, che, innovando rispetto al c. c. del 1865 (a. 1731-1794), ha disciplinato alcune ipotesi di scioglimento del rapporto sociale limitatamente ad un socio (a. 2284-2288: morte, recesso, esclusione), ma denuncia chiaramente, anche con le norme sulla liquidazione della quota del socio uscente e con quella sulle responsabilità sue e dei suoi eredi (a. 2289-2290), la difficoltà pratica del regolamento relativo. Cfr., in proposito, GALGANO (nt. 105) 116 ss.

(288) *Retro* n. 28 e nt. 243.

dimenticare nè il fatto che la *societas* poteva essere ed era solitamente dualistica (289), nè tanto meno potevano sottovalutare il fatto che l'ente-*societas*, essendo tuttora tradizionalmente collegato alla *perseverantia voluntatis* dei soci (290), aveva pur sempre un carattere, a dir così, effimero (291).

Ad ogni modo, sia ben chiaramente ribadito che la base di impianto della mia tesi non è soltanto nella logica astratta, nè è soltanto nella logica concreta della *societas* classica, che entrambe peraltro riluttano all'idea di una società pluralistica, la quale si scioglia per il venir meno di un solo socio. La base di impianto della mia tesi è in Gaio, che in ordine alla *societas consensu contracta*, effettivamente « entendait traiter le problème en entier » (292), e infatti non ha per nulla limitato la sua trattazione alle *societates* che non fossero *omnium bonorum* in 3.149-150 (293), ma che tuttavia ha dichiarato in termini perentori, a proposito dei contratti consensuali, che *in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet* (294).

Il « tipo » di società cui Gaio si riferiva era quello della società dualistica, imperniato sulla struttura dell'*actio pro socio*, nè egli aveva alcun particolare motivo di ingombrare la testa ai suoi allievi di primo pelo per avvertirli che si potevano anche costituire, a titolo irregolare, società pluralistiche (295). Vero è solo che il tenore di Gai 3.137 « a été, presque mot a mot, répété dans I. 3.22.3 » (296). Ma non ho che da riprodurre, a titolo di risposta a questa « remarque » assolutamente ovvia, quanto ho già scritto, ovviamente, a suo tempo: « che la dichiarazione delle Istituzioni giustiniane sia incompleta e

(289) Cfr. Marcell. D. 50, 16, 85: *Neratius Priscus tres facere existimat collegium, et hoc magis sequendum est.*

(290) *Retro* n. 18-19.

(291) Se non erro, considerazioni di questo tipo hanno indotto il Kaser a modificare, molto giudiziosamente, la sua tesi del carattere postclassico dell'*actio pro socio* manente *societate*. Cfr. infatti la seconda edizione del RPR., I. 576 nt. 39, in relazione a RPR. 2. 298 s. V. anche KASER, *Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung*, in *SAW.* 277.5 (1972) 88 e nt. 284.

(292) LITewSKI (nt. 103) 71.

(293) *Retro* n. 7 e 10.

(294) Cfr. Gai 3.137.

(295) *Retro* nt. 123.

(296) LITewSKI (nt. 103) 86.

imprecisa, questo, sì, si spiega, visto che esse sono state redatte, di norma, sulla falsariga di Gaio » (297).

35. E vediamoli più da vicino, i passi di Gaio, ponendoli anzi tutto a confronto con quelli delle Istituzioni di Giustiniano:

Gai 3.151: *Manet autem societas eo usque, donec in eodem <con>sensu perseverant, at cum aliquis renuntiaverit societati, societas solvitur, sed plane si quis in hoc renuntiaverit societati, ut obveniens aliquod lucrum solus habeat, veluti si mihi totorum bonorum socius, cum ab aliquo heres esset relictus, in hoc renuntiaverit societati, ut hereditatem solus lucri faciat, cogitur hoc lucrum communicare; si quid vero aliud lucri fecerit, quod non captaverit, ad ipsum solum pertinet, mihi vero, quidquid omnino post renuntiatam societatem adquisitur, soli conceditur.*

I. 3.25.4: *Manet autem societas eo usque, donec in eodem consensu perseveraverint: at cum aliquis renuntiaverit societati, solvitur societas, sed plane si quis callide in hoc renuntiaverit societati, ut obveniens aliquod lucrum solus habeat, veluti si totorum bonorum socius, cum ab aliquo heres esset relictus, in hoc renuntiaverit societati, ut hereditatem solus lucri faceret, cogitur hoc lucrum communicare: si quid vero aliud lucri faceret, quod non captaverit, ad ipsum solum pertinet: ei vero, cui renuntiatum est, quidquid omnino post renuntiatam societatem adquisitur, soli conceditur.*

152: *Solvitur adhuc societas etiam morte socii, quia qui societatem contrahit certam personam sibi eligit.*

5: *Solvitur adhuc societas etiam morte socii, quia qui societatem contrahit certam personam sibi eligit, sed et si consensu plurium societas coita sit, morte unius socii solvitur, etsi plures supersint, nisi si in coeunda societate aliter convenerit.*

(297) GUARINO J, 20 s. e nt. 83. Secondo il LITEWSKI, 76 s., Gai 3.137, considera sì l'ipotesi di una società dualistica (tra A e B), ma non perciò esclude che, come ha sostenuto il WIEACKER (retro nt. 120), altri rapporti a due potessero intercorrere, sempre in base all'unico contratto consensuale, anche con altri e tra altri socii (per esempio: A con B, B con C, A con C): dunque il testo non può essere invocato a favore della tesi che Gaio si sarebbe occupato del solo contratto bilaterale, e i compilatori delle Istituzioni giustiniane, riproducendo in I. 3.22.3 il dettato di Gai 3.137, non sono stati vittime di negligenza, ma hanno ritenuto, a ragion veduta, conciliabile quel dettato anche con la società pluralistica. Ora, è ben possibile (né io l'ho mai negato) che i compilatori giustinianeî abbiano ritenuto Gai 3.137 tutto sommato compatibile con l'ipotesi della società pluralistica. Ma è verosimile che Gaio, se davvero intendeva occuparsi anche delle società pluralistiche (e non le considerava cioè come società irregolari o atipiche), si sia espresso in 3.137 (con riferimento esplicito) ai soli contratti bilaterali? Quanto alla concezione del Wieacker, di cui il Litewski si fa forte, rinvio alle critiche già espresse a suo tempo, retro n. 12.

6: *Item si alicuius rei contracta societas sit et finis negotio impositus est, finitur societas.*

153: *Dicitur etiam capitis deminutione solvi societatem, quia civili ratione capitis deminutio morti coaequatur: sed utique si adhuc consentiant in societatem, nova videtur incipere societas.*

154: *Item si cuius ex sociis bona publice aut privatim venierint, solvitur societas. rell.*

7: *Publicatione quoque distrahi societatem manifestum est, scilicet si universa bona socii publicentur: nam cum in eius locum alius succedit, pro mortuo habetur.*

8: *Item si quis ex sociis mole debiti praegravatus bonis suis cesserit et ideo propter publica aut propter privata debita substantia eius veneat, solvitur societas. sed hoc casu si adhuc consentiant in societatem, nova videtur incipere societas.*

9: *Socius socio utrum eo nomine tantum teneatur pro socio actione, si quid dolo commiserit, sicut is qui deponi apud se passus est, an etiam culpa, id est desidiaae atque neglegentiae nomine, quaesitum est: praevaluit tamen etiam culpa nomine teneri eum. rell.*

Secondo una buona ipotesi del Ferrini (298), I. 3.25.4 e 5 (sino a *eligit*) derivano direttamente da Gai 3.151-152, mentre, per il resto e per i successivi paragrafi 6-8, i compilatori delle Istituzioni si sono attenuti a Paul. D. 17.2.65.9, 10, 12 (299). Possibile la congettura del Bona, sulle penetranti osservazioni del quale la economia di questo lavoro non concede di fermarsi, che Paolo e Gaio si siano a loro volta

(298) FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in *Op. 2* (1929) 393 s. Il Ferrini attribuisce i precedenti paragrafi 1-3 alle *res cottidianae*.

(299) Il paragrafo 9 è fatto derivare dalle *res cottidianae*, anche mediante il diretto confronto, per la seconda parte, con D. 17.2.72. Non mi fermo, in questa sede, sui problemi della misura della responsabilità dei socii, per i quali rinvio ad ARANCIO-RUIZ, 188 ss.

rifatti, sia pure in misura diversa, ad un insegnamento proveniente da Sabino e Cassio (300).

Quello che, almeno a prima vista, non si capisce è come mai i compilatori delle Istituzioni, dato che a questo punto hanno sicuramente sfogliato il brogliaccio dei *Digesta*, non abbiano tenuto presente lo schema a cui nei *Digesta* si assegna, pare, la funzione pilota dell'estinzione delle cause estintive della *societas*, Ulp. 31 *ed. D.* 17.2.63.10: *societas solvitur ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione* (301). Ancora più singolare è che essi non abbiano qui indicato tra le cause di estinzione della *societas* l'*actio pro socio*, che nei *Digesta* è descritta, come vedremo, proprio da un altro passo di Paolo, D. 17.2.65 pr. (302). La spiegazione più prudente è che i compilatori delle Istituzioni abbiano voluto rinviare ogni discorso relativo all'*actio pro socio* al quarto libro (303) e conferma, almeno entro certi limiti, la mia tesi circa il rispetto portato da essi alla falsariga di Gaio (304).

Sia come sia, le varianti delle Istituzioni giustinianee rispetto al

(300) BONA III, c. I n. 5-10. Per quanto concerne Mod. 3 *reg. D.* 17.2.4 pr. e I (riportato *retro* n. 6), rinvio a GUARINO I, 21 s. La mia congettura (estremamente sfumata) che il passo derivi almeno indirettamente da Gaio non ha convinto nè il LITIEWSKI, 77 e nt. 33, nè il BONA III, cit. nt. 71: sia perchè Gaio non sarebbe mai stato utilizzato dai giuristi classici e sia perchè (aggiunge il Bona) la citazione da parte di Modestino, 9 *reg. D.* 29.5.18, di un responso (o di un brano dei *libri responsorum*) di Paolo rende « più probabile una derivazione da Paolo ». Fermo restando che « uno studio approfondito dei *libri regularum* di Modestino è ancora da farsi » (GUARINO I, 22 nt. 88), replicherei: che la tesi della trascuranza verso Gaio dei giuristi dell'ultima età classica è in singolare collisione col fatto che Gaio fu largamente epitomato e sfruttato nella primissima età postclassica; e che la derivazione da Paolo è anch'essa soltanto una congettura, che rispetto alla mia ha in meno l'indizio, sia pur fragilissimo, della corrispondenza tra D. 17.2.4.1 e Gai 3.151-154. Comunque, se Mod. *reg.* si ricollega a Paolo e se Paolo si ricollega a Sabino e Cassio, cui si ricollega anche Gaio (*retro* nt. 67), la parentela tra Modestino e Gaio, anche se lontana, esiste.

(301) V. *infra* n. 39.

(302) Più precisamente, le Istituzioni di Giustiniano concludono il discorso sulla *societas* con l'*actio pro socio*, ma non per segnalare la funzione estintiva della *societas* (*retro* nt. 299).

(303) Oppure che, così come hanno fatto omettendo la trattazione della *capitis deminutio*, abbiamo voluto evitare il troppo complesso discorso che si legge in D. 17.2.65 pr.

(304) Alludo anche al Gaio (o pseudo-Gaio) delle *res cottidianae*, dal quale, si ricordi, sembra essere derivato il paragrafo 9 (*retro* nt. 299). Se ne deduce che le *res cottidianae* non parlavano, probabilmente, dell'*actio pro socio* come di una causa di estinzione della *societas*.

testo di Gaio sono le seguenti: nel paragrafo 5, relativo alla morte del socio, si è aggiunto per esplicito che la *solutio* si verifica anche nelle società pluralistiche; è stata eliminata la *solutio per capitis deminutio* di cui a Gai 3.153 (305); nel paragrafo 6 è stata inserita la *solutio*

(305) A proposito della *capitis deminutio* come causa estintiva della *societas*, sono ampiamente discussi tra i romanisti due punti: il perchè dell'incertezza di Gaio (*dicitur, videtur*) e il perchè del silenzio delle Istituzioni di Giustiniano (per ampi ragguagli, cfr. ARANCIO-RUIZ, 163 ss., e BONA III, 52 ss.). Il BESELER (in *Ser. Ferrini* [1948] 3.279 s.), affermando che Gai 3.153 è un glossema (e incorporando l'accenno alla *capitis deminutio* nel paragrafo 154), non solo non ha tenuto presente che i paragrafi 153 (a partire dalla sillaba *tio* di *deminutio*) e 154 ci sono documentati da due diversi manoscritti (il veronese e l'antinoense), ma non ha considerato sopra tutto il fatto che la *societas* poteva intercorrere anche con stranieri, schiavi e figli di famiglia (v. *retro* nt. 145). Il dubbio di Gaio, dunque, è pienamente spiegabile, molto più di quanto sia apparso allo stesso ARANCIO-RUIZ, 163, che pure si oppone all'ipotesi del Beseler, anzi è tanto più spiegabile se si consideri il grande rilievo che Gai 1.158-163 conferisce, ai fini della sua esposizione, all'istituto (cfr., per tutti, KASER, *RPR.* 1.271 s.); nè Gaio si trova perplesso, come suppone il Bona, tra l'opinione tradizionale del suo modello (che sarebbe stata per lo scioglimento della società) e una diversa « opinione più recente », ma si trova piuttosto imbarazzato (come tutti i giuristi classici) tra la rigidità del principio *capitis deminutio mortis coequatur* e la indiscussa ammissione alla *societas* (dalla quale indiscussa ammissione derivava che il mutamento di *status* non comportasse lo scioglimento della *societas*, purchè vi fosse la *perseverantia voluntatis*). Quanto alla soluzione prospettata da Gaio (*si adhuc consentiant in societatem, nova videtur incipere societas*), essa, se ben si guarda, è quella che meglio concilia la rigidità del principio *capitis deminutio mortis coequatur* con i casi in cui la *capitis deminutio* del *socius* (o l'*alienatio* del sottoposto) pone problemi pratici di *nova societas*. Ed infatti: Ulp. 31 *ed.* D. 17.2.58.3 fa il caso che lo schiavo di Ego abbia contratto società con Tizio et *alienatus in eadem permanerit* (il che significa che la società non si è sciolta), pone subito dopo il problema pratico della ripartizione tra alienante e acquirente della legittimazione (attiva e passiva) all'*actio pro socio*, afferma giustamente che l'alienante è legittimato solo *ex his causis quae ante alienationem inciderunt* (mentre l'acquirente sarà legittimato *ex reliquis causis*) e proprio perciò afferma che *potest dici alienatione servi et priorem societatem finitam et ex integro alteram inchoatam*; lo stesso Ulp. 31 *ed.* D. 17.2.58.2, in ordine al caso del *filius familias emancipatus* dal padre e rimasto anche dopo l'emancipazione in società con Tizio, pone il problema pratico della responsabilità del figlio e di quella del padre e, richiamandosi all'autorità (forse alle stesse parole) di Salvio Giuliano, afferma che la società *durat* per il figlio, mentre *cum patre de eo (agendum est), cuius dies ante emancipationem cessit*, il che è quanto dire che limitatamente al padre la società si è sciolta (su questo passo, v. ARANCIO-RUIZ, 166 ss., e citazioni *ivi*, nonchè BONA I, 449 ss., con interpretazione che non mi sembra giustificata, e BONA III, 57 ss.); Ulp. 4 *disp.* D. 29.2.42.1, in relazione al caso del figlio che *post mortem patris perseveraverit in societate quam vivo patre inchoaverat*, pone il problema dell'*immissio*

della società (particolare) per compimento dell'affare; nel paragrafo 7 la *venditio bonorum publice aut privatim* di Gai 3.154 è stata ridotta alla *publicatio uniuersorum bonorum* del socio; nel paragrafo 8 si è aggiunta alle altre l'ipotesi di *cessio bonorum*.

Tenuto conto che gli esempi portati da Gaio, precisamente in 3.151, non sono certamente relativi ad una società pluralistica, ma riguardano una società dualistica (306), la integrazione effettuata da I. 3.25.5 è di una importanza indiziaria che non può essere sottovalutata (307). Essa dimostra che i compilatori delle Istituzioni leggevano in Gai 3.151-154 proprio quello che vi ho letto io: un discorso relativo alla sola società dualistica (308). L'autorità dello schema gaiano, di un

fili nei *bona paterna* e ancora una volta richiama Salvio Giuliano, il quale *recte distinguit interesse, utrum rem coeptam sub patre perficit an novam incohavit* (nel qual caso l'*immixtio hereditatis patris* non si verifica). Se ben vedo, insomma, la giurisprudenza classica, sia pure con impostazioni diverse, era concorde nel ritenere che, in caso di *capitis deminutio* o *alienatio* del *socius*, la *solutio societatis* non si verificasse ineluttabilmente, ma si verificasse se e nei limiti in cui fosse comportata dall'*id quod actum est* e dall'interesse delle persone implicate (particolarmente il *pater* e il *dominus* del *socius*): l'impostazione prescelta da Gaio, coerentemente ai principi, fu quella della *solutio societatis*, ma introdotta da un prudente *videtur*. Quanto ai postclassici ed ai giustinianeî, la ormai largamente affermata autonomia patrimoniale dei *fili familiarum* e degli altri sottoposti liberi li portò a ritenere che la *capitis deminutio minima* non determinasse lo scioglimento della *societas* (cfr. Paul. D. 17.2.65.11 itp., ma v. BONA III, 53 ss.), che la *solutio* fosse cioè limitata alla *capitis deminutio maxima aut media* (cfr. Ulp. D. 17.2.63.10 itp.). Data la poca rilevanza pratica, in età giustiniana, di queste due ipotesi di *capitis deminutio*, può capirsi perchè le Istituzioni di Giustiniano abbiano ommesso di parlarne.

(306) *Veluti si mihi totorum bonorum socius... renuntiaverit societati; mihi vero quidquid omnino post renuntiatam societatem acquiritur soli conceditur*. Amplius GUARINO I, 9 s. Pare al BONA III, 47 nt. 74, che a me sia sfuggito che il principio espresso da Gaio circa la responsabilità del socio recedente in caso di dolo (*sed plane — habeat... cogetur — communicare*), « trascende il paradigma della società bilaterale ». Non mi è sfuggito affatto (v. GUARINO I, 9), ma ho segnalato che il principio è generico. Per quanto riguarda l'uso di *si quis*, v. *infra* n. 36.

(307) Si noti anche la cura che ha avuto I. 3.25.4 di tentare di generalizzare l'esempio fatto da Gai 3.151: il che è sicuramente avvenuto per influenza della lettura di Paul. D. 17.2.65.3 (*infra* n. 37).

(308) Al LITWESKI, 75, il quale oppone al mio argomento che i giustinianeî vollero solo « souligner d'une manière expresse » la *solutio societatis* per morte di un socio (e appunto perciò applicarono al discorso di Gaio il successivo periodo tratto da D. 17.2.65.9), risponde per me BONA III, 51 nt. 85, che ciò varrebbe a confermare, piuttosto che a negare la mia tesi. V. anche *infra* n. 37.

manuale tanto vastamente e autorevolmente diffuso nelle scuole del tempo, non li ha incoraggiati a modificare questo discorso con la precisazione, in termini generali, che le cause indicate da Gaio dovevano intendersi valevoli anche per le società pluralistiche, ma sta in fatto che nell'ipotesi la più delicata, quella della morte del socio, in cui si poneva il problema dell'*heres* subentrante, essi non hanno voluto che sorgessero equivoci di sorta. Sulla falsariga di un frammento paolino peraltro sicuramente alterato (309), essi hanno studiatamente precisato: *sed et si consensu plurium societas coita sit, morte unius socii solvitur, etsi plures supersint, nisi in coeunda societate aliter convenerit* (310).

A meno che, passando sopra al disordine profondo del testo paolino, si voglia sostenere poco credibilmente che l'assunzione della *societas* pluralistica come tipica sia stata fatta da Paolo e non dai corruttori postclassici del suo commento *ad edictum* (311), la conclusione che il diritto romano classico, se ed in quanto rappresentato dal manuale di Gaio, identificasse il tipo normale della *societas* nella società dualistica mi sembra, allo stato degli atti, sicura.

Tutto il resto può essere, ai fini di questa ricerca, anche tralasciato (312), salvo un punto molto importante: quello che attiene al tema della *renuntiatio socii*.

36. In Gai 3.151 il discorso relativo alla *renuntiatio socii* e al suo effetto estintivo è introdotto con un *at* che ha fatto disperare gli esegeti.

La società rimane in vita sin che dura il consenso dei soci: sta bene (313). Ma perchè Gaio fa dipendere dall'avversativo *at* l'affermazione che la *renuntiatio* di un socio determina lo scioglimento della *societas*? Se per lui il recesso di un socio, anche in una società plurali-

(309) Paul. 32 *ed.* D. 17.2.65.9: *Morte unius <ex sociis> societas dissolvitur [etsi consensu omnium coita sit, plures vero supersint, nisi in coeunda societate aliter convenerit]. vell.*

(310) Tuttavia, secondo il BONA III, 51 nt. 85, i compilatori delle Istituzioni non agganciarono al passo gaiano quanto leggevano in D. 17.2.65.9 allo scopo di estendere alla società pluralistica il principio *morte solvitur*, ma operarono la giunta «per introdurre anche nel testo istituzionale il nuovo principio espresso dall'inciso *nisi in coeunda societate aliter convenerit*». Sia lecito osservare in contrario che la limitazione poteva anche essere taciuta e che trascrivere un intero periodo di Paolo al fine di farla figurare nelle Istituzioni avrebbe davvero avuto carattere voluttuario.

(311) Rinvio, per la discussione relativa, a GUARINO I, 16 ss.

(312) V. comunque quanto si osserva in GUARINO I, *passim*.

(313) V. *retro* n. 18-20.

stica, fosse equivalso a causa di cessazione della *perseverantia consensus omnium* (cosa peraltro veramente singolare, sopra tutto dopo che si è dimostrato che la cessazione del *consensus omnium* si realizzava col *dissensus omnium sociorum*) (314), egli avrebbe detto *et ideo* o qualcosa di simile. Se per lui, come è più credibile, il recesso del singolo socio fosse stato cosa diversa dal *dissensus omnium*, eppure, per una singolarità del regime delle società, avesse avuto l'effetto di determinare la *solutio* anche delle società pluralistiche, egli probabilmente non avrebbe poi fatto l'esempio di una *societas* dualistica e in ogni caso, più probabilmente ancora, avrebbe segnalato la singolarità scrivendo, ad esempio: *at cum vel unus ex sociis renuntiaverit societati societas solvitur* (315).

Mi si replica, da chi ha preso in più seria considerazione esegetica il delicatissimo passo (316): in primo luogo che l'*at* si spiegherebbe in riferimento (e solo in riferimento) alla contrapposizione tra *manere* e *solvi societatem*, sì che Gaio andrebbe interpretato come se dicesse che la vita della *societas* dipende dal *consensus perseverans* dei socii tutti, ma la sua morte deriva dalla *renuntiatio* anche di un solo socio (317); in secondo luogo, che il riferimento alla società dualistica è escluso dalla considerazione che per la società dualistica Gaio non avrebbe indicato un socio (uno dei due soci) con *(ali)quis*, ma con *alteruter* (318).

(314) *Retro* n. 18. Per la difesa della genuinità del passo rinvio alle mie considerazioni in GUARINO I, 10 ss., che hanno raccolto l'adesione del BONA III, 46 nt. 73, e del LITewSKI, 73.

(315) Si ricordi, a tal proposito, Gai 3.154, in relazione al *consortium* imitativo (il quale ammetteva la partecipazione anche di più persone): ... *illud proprium erat, quod vel unus ex sociis rell.*

(316) Quanto al LITewSKI, 73, ai miei argomenti egli oppone il solito fine di non ricevere, coronato da una singolare interpretazione dell'*at*, che per me e per gli altri esegeti di Gaio è invece avversativo: la *societas* dura sinchè dura il consenso di tutti i soci; « il en résulte logiquement que si le consensus de l'un d'eux vient à manquer (en particulier, en cas de *renuntiatio*), la société est dissoute »; e ancora « c'est précisément ce qui est affirmé dans la proposition commençant par *at* ».

(317) BONA III, 46 nt. 73: « *manere* e *solvi* operano ciascuno con propri presupposti: perchè rimanga la società è condizione necessaria che tutti intendano rimanere soci; perchè si sciogla è condizione sufficiente che anche uno solo receda ». Se non si ragiona così, seguita il Bona, anche riferendo il discorso di Gaio ad una società dualistica, « il legame tra le due proposizioni dovrebbe essere espresso piuttosto con un *et ideo* o simili che con l'avversativa *at* ».

(318) La stessa osservazione il BONA III, 51 nt. 85, fa in relazione a Gai 3.152, chiamando a proprio sostegno Gai 3. 160: *Item si adhuc integro mandato mors alterutrius alicuius interveniat, id est vel eius, qui mandavit, vel eius, qui mandatam susceperit, solvitur mandatam.*

Alla prima obiezione rispondo che la traduzione « a senso » operata dal Bona può anche essere condivisa, ma sembra pur sempre da giudicare insensato chi, con riferimento ad una *societas* pluralistica, avendo detto che la permanenza in vita della società dipende dalla permanenza del consenso di tutti i *socii*, proseguisse affermando che peraltro (*at*) la fine della permanenza in vita della società discende dal venir meno della volontà anche di un solo socio: varrebbe quanto dire che, verificatosi il consenso iniziale di tutti i *socii*, la permanenza in vita della società non dipende più da esso, ma è subordinata alla *renuntiatio* anche di un sol socio. A parte il fatto che credo di avere indipendentemente dimostrato che anche in una società dualistica il *dissensus sociorum* è sempre cosa diversa dalla *renuntiatio unius socii* (319), penso che, se pur così non fosse e la *renuntiatio socii* fosse un'ipotesi di *dissensus sociorum*, in Gaio, come lo stesso Bona ammette (320), dovremmo leggere che la durata della società dipende dalla persistenza del *consensus omnium*, di modo che (*et ideo*), verificandosi la *renuntiatio* di un socio, la società si scioglie. L'*at* sta, dunque, a significare che la *solutio societatis* ha luogo, per *renuntiatio* unilaterale di un socio, « malgrado che » non si verifichi il *contrarius consensus* o *dissensus sociorum*: e questo postula che la struttura societaria cui Gaio implicitamente si riferisce sia quella della società dualistica.

Rimane la seconda obiezione del Bona. Ma ad essa mi permetto di ribattere che, avendo da qualche anno dismesso la pretesa di insegnare il latino ai giuristi romani, i vocabolari cui faccio capo mi dicono che *aliquis* (o *si quis*) si può usare anche per indicare uno tra due soggetti (321) e che, nella specie, Gaio non aveva nessun particolare motivo per segnalare che la rinuncia poteva essere fatta o dall'uno o dall'altro socio (322).

Insomma, Gaio non ci dice affatto, in termini espliciti, che la *societas* cui egli si riferisce, come a figura tipica o regolare di *societas*, sia la *societas* dualistica. Mai ho pensato di sostenere una sciocchezza del genere e mai ho pensato a un glossema privativo nel dettato gaiano. Quello che ho sostenuto e sostengo, sollecitatovi anche dall'indizio rile-

(319) *Retro* n. 19.

(320) V. *retro* nt. 317.

(321) GEORGES, *LWB*, shv.; *VIR*, shv.

(322) In Gai 3.160 (*retro* nt. 318) la necessità di parlare della *mors alterutrius alicuius* è data sia dal fatto che le due parti di un contratto di mandato non sono denominate (diversamente dalla *societas*) nello stesso modo, sia dal fatto che le loro prestazioni non sono dello stesso tipo.

vantissimo fornito da I. 3.25.5 (323), è che l'unico modo o, se si vuole, il modo migliore per uscire dalle difficoltà implicate dalla lettura di Gai 3.151-154 è di concludere che Gaio avesse presente la sola società dualistica e ad essa facesse implicito riferimento.

37. La lettura critica dei passi di D. 17.2 dedicati alla *renuntiatio* corrobora, non indebolisce la mia tesi. Se da un lato essi sono incardinati sul principio che il venir meno di un socio e persino l'esercizio dell'*actio pro socio* implicano la fine della società anche pluralistica (324), dall'altro essi tradiscono (è la parola), nelle loro parti più sicuramente genuine, la concezione classica, secondo cui la *renuntiatio socii* causava solo lo scioglimento dei rapporti obbligatori di quest'ultimo verso l'altro o gli altri *socii* (325). La fonte, si noti, è Paul. 32 *ed.*

D. 17.2.65.3-6: 3. *Diximus dissensu solvi societatem: hoc ita est, si omnes dissentiant. quid ergo, si unus renuntiet? Cassius scripsit eum qui renuntiaverit societati a se quidem liberare socios suos, se autem ab illis non liberare. quod utique observandum est, si dolo malo renuntiatio facta sit, veluti si, cum omnium bonorum societatem inissemus, deinde cum obvenisset uni hereditas, propter hoc renuntiavit: ideoque si quidem damnum attulerit hereditas, hoc ad eum qui renuntiavit pertinebit, commodum autem communicare coegetur actione pro socio. [quod si quid post renuntiationem adquisierit, non erit communicandum, quia nec dolus admissus est in eo.]* 4. *Item si societatem ineamus ad aliquam rem emendam, deinde solus volueris eam emere ideoque renuntiaveris societati, [ut solus emeris,] teneberis quanti interest mea: sed si idolo renuntiaveris, quia emptio tibi displicebat, non teneberis, [quamvis ego emerem,] quia hic nulla fraus est: eaque et Iuliano placent.* 5. *Labeo autem posteriorum libris scripsit, si renuntiaverit societati unus ex sociis eo tempore, quo interfuit socii non dirimi societatem, committere eum in pro socio actione <m>: nam si emimus mancipia inita societate, deinde renunties mihi eo tempore, quo vendere mancipia non expedit, hoc casu, quia deteriorem causam meam facis, teneri te pro socio iudicio. Proculus hoc ita verum esse ait, si [societatis] <sociorum omnium> non intersit dirimi societatem [: semper enim non id, quod privatim interest unius ex sociis servari solet, sed quod societati expedit]. haec ita accipienda sunt, si nihil de hoc in coeunda societate convenit.* 6. *Item qui societatem in tempus coit, eam ante tempus renuntiando socium a se, non se a socio liberat: itaque si quid compendii postea factum erit, eius partem non fert, at si dispendium, aequae praestabit portionem [: nisi renuntiatio ex necessitate quadam facta sit]. [quod si tempus initum est, liberum est recedere, quia sine dolo malo id fiat.]*

(323) *Retro* n. 35.

(324) *Infra* n. 39.

(325) Di D. 17.2.65.3-6 interessa qui la genuinità sostanziale, non quella formale; le parentesi quadre sono, dunque, apposte solo ad alcune frasi più evidentemente o sicuramente adiettizie. Per l'argomentazione, rinvio a GUARINO I, 13 nt. 49, e a GUARINO II, 138 ss.

Va dato atto al Bona di aver dedicato a questo *excursus* un'analisi veramente apprezzabile per diligenza e perspicacia, volta sopra tutto alla ricerca del pensiero di Cassio, di Labeone, di Proculo, ai quali Paolo attinge (326). A me sembra però che, preso dal difficile e affascinante impegno di ricostruire un contrasto di opinioni profilatosi tra sabiniani e proculiani, egli finisca talvolta per chiudere gli occhi alla evidenza che il testo è di Paolo, che non è ovviamente qui il caso di parlare di commentario lemmatico e che, pertanto, quali che possano essere state le influenze cui ha soggiaciuto nello scriverlo il giurista severiano, il discorso di quest'ultimo, sino a prova contraria, non è un « collage » di brani di Cassio, di Labeone, di Proculo, ma è anzi tutto un discorso suo. Quindi, se anche fosse vero (e non è in alcun modo provato) che Cassio abbia scritto (paragrafo 3) *eum qui renuntiaverit — non liberare* in relazione al recesso fraudolento e non in relazione al recesso in genere (327), l'esegeta deve prendere atto di ciò: che Paolo, con riferimento generale al recesso e con riferimento particolare al quesito circa gli effetti della *renuntiatio* di un socio in una società pluralistica (328), afferma che Cassio, da lui implicitamente approvato, ha insegnato in tutte lettere che il recedente libera i soci da se stesso, ma non libera se stesso dai soci, il che significa che la società non si scioglie.

D'accordo, tutto ciò Cassio lo avrà detto tenendo principalmente sotto gli occhi l'ipotesi di *renuntiatio dolosa*, allo scopo di mettere ben in chiaro quegli stessi e giusti principi che si leggono a tal proposito in Gai 3.151 (329). Ma se alla *renuntiatio* del socio fosse seguita anche nelle società pluralistiche la *solutio societatis*, perchè Cassio non ha detto chiaramente che la *solutio societatis* non vale a liberare il recedente

(326) BONA III, 79 ss. (sez. I e II del cap. II).

(327) Paolo dice *Cassius scripsit*, e quindi quel che segue in costruzione indiretta deve intendersi come riferimento sostanzialmente fedele dello scritto di Cassio. Non così per l'esempio (*quod utique rell.*), che, almeno formalmente, è di Paolo.

(328) Non si dimentichi che io non nego affatto la classicità delle società pluralistiche: ne sostengo solo l'atipicità per diritto romano classico. Non sorprende, dunque, che del quesito relativo alle società pluralistiche si sia potuto occupare Paolo nel suo diffuso commento editale e che di esso abbia già trattato ai suoi tempi Cassio, nei suoi non pochi (almeno dieci, ma probabilmente più di quindici: GUARINO, *Storia* 508) *libri iuris civilis*. Senza voler far troppo leva su un argomento così fragile, è da supporre che Sabino, i cui *libri iuris civilis* furono solo tre, abbia ristretto il suo discorso sulla *societas*, cui si richiama essenzialmente Gaio, alla società tipica, cioè alla società dualistica.

(329) *Retro* n. 36.

con dolo dalle sue responsabilità verso i consoci? E perchè al posto suo non si è preoccupato Paolo di sottolineare che la *renuntiatio socii* dà luogo in ogni caso alla *solutio societatis*? La risposta che « non era questo il problema che lo preoccupava » non è « semplice », come afferma il Bona (330). Direi che sia semplicistica (331).

38. Altro punto in cui non mi sembra poter condividere il pensiero del Bona è la ricostruzione del dissenso tra Labeone e Proculo da un lato, Cassio dall'altro lato.

Secondo il Bona, Labeone avrebbe affermato l'illiceità della *renuntiatio* obiettivamente intempestiva (paragrafo 5) con riguardo, come è confermato dall'esempio di *societas venaliciaria* che egli porta, alle società questuarie (332); Cassio, tenendo presente anche la *societas omnium bonorum*, pretesa società non questuaria cui il criterio labeoniano non sarebbe stato riferibile, avrebbe opposto che l'unico criterio applicabile alle società è quello del *dolus malus* (333); Proculo, fedele a Labeone, ne avrebbe in qualche modo precisato l'insegnamento (334), con l'aggiunta che l'intempestività può essere anche « pattizia », cioè in infrazione ad un *pactum ne ante tempus abeat* intervenuto tra i soci (335); comunque Paolo, come tutti i giuristi del II e III secolo, avrebbe accolto entrambi i criteri, l'uno come criterio generale (appli-

(330) Il BONA III, 99 nt. 37, precisa che Paolo si occupava a questo punto dell'*oportere ex fide bona* dell'*intentio* dell'*actio pro socio*, sì che la tematica del recesso era trattata tutta sotto il profilo del recesso illecito (doloso o intempestivo).

(331) In D. 17.2.65.9 si parla della *solutio societatis* per morte del socio, nel successivo paragrafo 12 si parla della *solutio* derivante da *publicatio bonorum*. Questo dimostra che il problema che occupava e preoccupava Paolo era proprio quello dello scioglimento della *societas*, cioè, per quanto attiene ai paragrafi 3-6, della differenza di effetti tra *dissensus sociorum* e *renuntiatio unius socii*. E che, nell'ipotesi di *renuntiatio* di un socio, la *solutio societatis* fosse solo un effetto riflesso che poteva verificarsi solo in ordine a società dualistiche, è confermato dal paragrafo 6: pur riferendosi ad una società dualistica, Paolo dice che il rinunziante *socium a se, non se a socio liberat*.

(332) BONA III, 79 ss., 112 ss.

(333) BONA III, 96 ss.

(334) BONA III, 90 ss. Proculo avrebbe detto, all'incirca, che l'insegnamento di Labeone era da accogliere in questo senso: che « si dovesse considerare non l'interesse egoistico, meramente privato del socio, *uti singulus*, ma quello del socio, come tale ».

(335) Sarebbe dunque di Proculo la frase finale, *haec ita accipienda rell.*, che io ho invece attribuito, per ragioni essenzialmente sintattiche, a Paolo: BONA III, 93 ss. e nt. 24.

cabile anche alle *societates omnium bonorum*), l'altro come criterio particolare (applicabile alle sole società questuarie) (336).

Questa tesi è molto suggestiva, ma, se non vedo male, non regge.

A prescindere dal fatto che il carattere non questuario delle *societates omnium bonorum* è un idolo che ho già cercato di abbattere in pagine precedenti (337); a prescindere che non si intende perchè una *societas omnium bonorum*, pur se concepita come di mero godimento, non potesse essere *in tempus coita*; io posso capire che Cassio abbia visto esclusivamente il criterio del *dolus malus* come misura della *renuntiatio* illecita (338), ma non riesco a capire, stando alla lettura del testo, come mai Labeone, seguito da Proculo, non abbia intuito anch'egli questo ovvio criterio, che certamente non è stato inventato da Cassio (339), e che probabilmente era già comunemente accettato ai suoi tempi. L'interpretazione più ragionevole dei passi in esame porta a ritenere che Labeone abbia solo cercato di allargare gli orizzonti della *renuntiatio* illecita, obiettando (*autem*) ai sostenitori del criterio del *dolus malus* che illecita deve essere reputata anche la *renuntiatio* non dolosa, ma intempestiva.

Io penso dunque ancora, ed anzi più che mai, che, di fronte a D. 17.2.65.3-6, siamo autorizzati a concludere solo questo. Paolo, dopo aver riferito l'insegnamento di Cassio (*Cassius scripsit — non liberare*), è lui a mettere in evidenza che quel principio vale in ogni caso *si dolo malo renuntiatio facta sit*, è lui a formulare (li abbia o non li abbia presi a prestito da Cassio) i due esempi del paragrafo 3 e del paragrafo 4, è lui a segnalare la possibilità di estendere i casi di *renuntiatio* illecita all'ipotesi labeoniana del recesso intempestivo (340) ed è lui a

(336) BONA III, 112 ss.

(337) *Retro* n. 7.

(338) In relazioni, beninteso, a tutte le possibili forme societarie.

(339) Cassio, come riconosce anche il Bona, è solo la fonte, anzi una delle fonti cui attinge Paolo. Il principio dell'inammissibilità del recesso doloso dovette evidentemente affermarsi ben prima di lui.

(340) Si noti: nel paragrafo 5, di Labeone non è soltanto l'affermazione di principio dell'illiceità del recesso intempestivo (*Labeo autem — actionem*), ma è anche l'esempio relativo ad una società dualistica (*nam — teneri te pro socio iudicio*). Assolutamente inaccettabile riterrei la congettura del BONA (nt. 332), secondo cui, 87 nt. 16, « sebbene la tecnica impiegata dal giurista nell'esporre la fattispecie — l'uso della prima e seconda persona singolare — sia confacente a una *quaestio* », e sebbene i *libri posteriores* di Labeone siano ritenuti essenzialmente una raccolta di *quaestiones*, Labeone avrebbe discusso un caso pratico. Che il caso sia invece puramente teorico, ed appunto perciò portato su linee alquanto generiche, risulta dalla difficoltà di precisare se la *societas venaliciaria*

concludere, dopo aver riferito anche la misteriosa opinione adesiva di Proculo (341), che il criterio di Labeone e di Proculo circa il recesso intempestivo, criterio probabilmente non seguito da tutti (342), vale solo se i soci non abbiano convenuto al riguardo diversamente (343). Non escludo che molte delle cose dette apparentemente da Paolo siano state dette, prima di lui, anche da altri (e in particolare da Cassio, Labeone, Proculo, Giuliano), ma non mi sembra che il testo, nella sua formulazione attuale, autorizzi ipotesi che potrebbero sapere eccessivamente di fantasioso (344).

sia o non sia *unius negotiationis* e se l'acquisto dei *mancipia* sia stato fatto (*emimus mancipia*) a titolo di *communio* oppure no: difficoltà che il Cuiacio, qui seguito da vicino dal Bona, non supera affatto in maniera persuasiva.

(341) In GUARINO II, 139, ho ricostruito l'opinione di Proculo sostituendo *si socii non intersit* a *si societati non intersit* e dichiarando interpolato *semper enim — expedit* (cfr. *Index itp.* e le ulteriori citazioni in questo senso fatte dal BONA III, 91 nt. 21). Ma il Bona, ivi nt. 22, mi oppone che, conservando il *non* prima di *intersit*, verrei ad implicare che «Proculo avrebbe riconosciuto la verità della decisione di Labeone, ma enunciando un presupposto di fatto contrario a quello indicato da Labeone e che comporterebbe, già di per sé, l'inammissibilità dell'*actio*». Confesso di non aver capito questo discorso: all'*interfuit socii non dirimi societatem* di Labeone non vedo in che cosa sia contrario il *socii non intersit dirimi societatem* (o *socii intersit non dirimi societatem*). Piuttosto, una più matura riflessione mi ha portato a ritenere che Proculo non può aver introdotto con *hoc ita verum (est)*, *si* una piatta ripetizione di una limitazione già espressa da Labeone. Di qui la nuova congettura: *Proculus hoc ita verum esse ait, si [societatis] < sociorum > (o sociorum omnium) non intersit dirimi societatem*. Proculo ha cioè messo in evidenza che il recesso deve ritenersi intempestivo quando sia contrario all'interesse di tutti i *socii* (recedente compreso), cioè quando sia obiettivamente intempestivo. L'alterazione postclassica è dunque consistita, secondo me, nel tradurre la precisazione di Proculo in termini di *societas* entificata (il recesso è intempestivo quando sia contrario agli interessi dell'ente società) e nell'escludere la rilevanza dell'interesse particolare (*privatim*) di un qualunque socio.

(342) Ma accettato comunque, a complemento del criterio del dolo, da Paolo.

(343) Al BONA (nt. 335), il quale dichiara che «il mancato collegamento sintattico dell'inciso (*haec ita occipienda sunt — convenit*) col discorso precedente di Proculo può essere dipeso dal fatto che i compilatori hanno messo mano, appunto, sulla frase precedente e volto, quindi, in discorso diretto quello che era un discorso indiretto», obietterò che la frase precedente, anche nel tratto sicuramente alterato (*semper enim — expedit*), è in discorso indiretto. La dipendenza della frase da Paolo, e non da Proculo, allo stato degli atti, è sicura.

(344) Tralascio, in questa sede, di trattare i problemi sollevati dal paragrafo o (anche in relazione con Paul. 9 *Sab. D.* 17.2.17.2), nonchè, più in generale, dalla *societas in tempus coita*.

39. Non ho motivi speciali per riprodurre l'argomentazione, che ritengo tuttora validissima, dedicata a suo tempo alla catena, di fattura postclassico-giustiniana (345), costituita da:

D. 17.2.63.10 (Ulp. 31 ed.): *Societas solvitur ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione. ideoque sive homines sive res sive voluntas sive actio interierit, distrahi videtur societas. intereunt autem homines quidem [maxima aut media] capitis deminutione aut morte: res vero, cum aut nullae relinquuntur aut condicionem mutaverint, neque enim eius rei quae iam nulla sit quisquam socius est neque eius quae consecrata publicitate sit voluntate, distrahitur societas renuntiatione (346).*

D. 17.2.64 (Call. 1 quaest.): *Itaque cum separatim socii agere coeperint et unusquisque eorum sibi negotietur, sine dubio ius societatis dissolvitur.*

D. 17.2.65 pr. (Paul. 32 ed.): *Actione distrahitur, cum aut stipulatione aut iudicio mutata sit causa societatis. Proculus enim ait hoc ipso quod iudicium ideo dictatum est, ut societas distrahatur, renuntiatam societatem, sive totorum bonorum sive unius rei societas coita sit.*

Alle considerazioni del precedente scritto sulla *solutio societatis* ho solo da aggiungere, in questa sede, qualche altra parola sulla pretesa funzione estintiva dell'*actio pro socio*.

In D. 17.2.65 pr. il primo periodo è evidentemente alterato (347), ma il secondo, in cui si riferisce l'opinione di Proculo, è sostanzialmente inattaccabile e illumina il discorso originariamente dedicato da Paolo, nei suoi *libri ad edictum*, alla società: più esattamente alla società dualistica, con questioni in tema di *renuntiatio socii* in una società pluralistica. Proculo parla di *iudicium (pro socio) dictatum* con evidente riferimento alla *litis contestatio*, e non deve stupire che egli dica che, se il socio attore *iudicium dictat ideo, ut societas distrahatur*, cioè a fini liquidativi, e quindi senza una *praescriptio* che limiti la richiesta ad

(345) GUARINO I, 22 ss. Il fr. 64, proveniente dalla massa papiniana, è stato sicuramente inserito dai compilatori dei *Digesta*.

(346) Per l'interpolazione sostanziale di *maxima aut media*, v. *retro* nt. 305.

(347) Nello scritto citato *retro* nt. 345, io ho accettato come dettata da Ulpiano e condivisa da Callistrato e da Paolo la quadripartizione del fr. 63.10, «pur se qualche dubbio può essalirci in proposito». Continuo a ritenere questo «l'atteggiamento più corretto e prudente dell'esegeta». Secondo il BONA III, 38 ss., dai paragrafi 3-12 del fr. 65 si trae l'impressione che Paolo in realtà non dividesse lo schema ulpiano, ma utilizzasse nel testo genuino lo «schema tradizionale delle cause di scioglimento», cioè quello che si trova in Gai 3.151-154 e in Mod. D. 17.2.4.1 (il quale, v. *retro* nt. 300, lo avrebbe appunto ricavato da Paolo). Può darsi. Più probabile ancora è che la quadripartizione sia stata escogitata dal compilatore postclassico della catena: il che agevolerebbe la spiegazione del perchè I. 3.25.4-8 non vi si adegua, e in particolare non raccoglie la *solutio societatis ex actione*. V. invece, senza dimostrazione, LITEWSKI, 78 nt. 34.

un conferimento da farsi dall'altro socio *manente societate* (anzi proprio acchè la *societas* resti in vita e funzioni), si intende che egli rinuncia alla *societas*, cioè che ne vuole la *solutio*. Questa lettura non solo ci permette di convincerci ancor più che in età classica l'*actio pro socio* poteva anche essere promossa *manente societate* (348), ma ci consente anche di consolidarci nella convinzione che la *solutio* o *distractio societatis* seguiva immediatamente alla *renuntiatio socii* solo se la *societas* aveva struttura dualistica. Struttura dualistica aveva infatti, nel sistema formulare, l'*actio pro socio*.

40. Che i postclassici e i giustiniani, nel loro sforzo di adattare i testi classici alla dottrina della *solutio* conseguente al venir meno di un socio anche nelle società pluralistiche, non abbiano fatto un gran caso alla struttura dualistica dell'*actio pro socio* formulare, si spiega. La loro *actio pro socio* era esercitata *extra ordinem* ed era perciò pienamente adattabile anche alla liquidazione di una società pluralistica.

Proprio perciò ai compilatori è sfuggita l'importanza di alcuni testi sull'*actio pro socio*, che si leggono in D. 17.2 e che denunciano in modo piuttosto evidente le difficoltà cui andavano incontro i Romani dell'età preclassica e classica quando si trattasse di versare in giudizio i rapporti relativi ad una società pluralistica, cioè irregolare (349).

D. 17.2.65.14 (Paul 32 ed.): *Si communis pecunia penes aliquem sociorum sit et alicuius sociorum [quid] <voluntas> absit, cum eo solo agendum, penes quem ea pecunia sit: qua deducta de reliquo, quod cuique debeatur, omnes agere possunt.*

Il testo è stato ingiustamente attaccato dalla critica (350). L'unica cosa che non si capisce è il (*si*) *alicuius sociorum quid absit* del *casus*, ma siccome il senso fa facilmente intendere che siamo di fronte al

(348) Se la *societas* si ha per *renuntiata* dal socio attore *hoc ipso quod iudicium ideo dictatum est, ut societas distrahatur*, ciò significa che per Proculo (e per Paolo) la *solutio* non deriva *ex actione* (dall'azione è implicata la *renuntiatio*), ma significa anche che, in caso di *praescriptio pro actore*, la *renuntiatio* non deve intendersi riferita a quel tanto dei rapporti sociali cui la *praescriptio* non si riferisce.

(349) V. già, in proposito, GUARINO I, 33 nt. 133.

(350) NABER, in *Mnemosyne* 23 (1895) 152, tratto in inganno dal *quid*, ricostruisce: *Si communis pecunia penes aliquem sociorum sit et alicuius sociorum... absit... ea... deducta de reliquo, quod cuique debeatur, omnes agere possunt.* A parte l'audacia della congettura, si domanda come può essere che la *communis pecunia* si trovi (tutta) presso un socio, ma manchi alla *communis pecunia* quella di uno degli altri soci.

caso di un socio che vuol recedere, la congettura è facile. Nel dettato originario al posto di *quid* era scritto *voluntas* e un amanuense, non avendo capito la grafia o l'abbreviazione di *voluntas*, ha segnato al suo posto un *quid* interrogativo o un *aliquid* (*si ... quid*) indefinito, che è rimasto poi nel frammento come scritto da Paolo.

Dunque, in una *societas pluralistica* la *communis pecunia* si trova presso un solo socio, al quale evidentemente un patto sociale ha commesso la cura dell'impiego comune, e ad uno dei consoci viene meno la *voluntas*, viene cioè l'idea di recedere. Può il recedente, per ottenere la liquidazione che gli spetta, agire contro uno qualunque degli altri soci? In linea teorica sì, ma nell'ipotesi data (ecco quanto dice Paolo) no. Il recedente dovrà agire contro il socio che amministra la *pecunia communis* e quindi anche la *pecunia* che gli spetta. Dedotta la *pecunia* del recedente, conclude Paolo, gli altri soci possono agire *pro socio*, sempre nei confronti dell'amministratore, per ottenere *de reliquo*, da ciò che rimane, quello che spetta a ciascuno di loro.

A parte quanto diremo tra poco sul *pactum conventum* relativo alla *pecunia communis* (351), il passo paolino dimostra limpidamente che nelle società pluralistiche l'*actio pro socio*, anche se esercitata a fini liquidativi, non implicava la *solutio societatis*: primo, perchè il *possunt* finale fa intendere che, liquidato il socio recedente, gli altri soci avevano la scelta tra l'*agere* o il non *agere de reliquo*, cioè tra il chiedere o il non chiedere a loro volta la liquidazione; secondo, perchè, anche a volerlo interpretare come hanno probabilmente fatto i giustiniani (352), nel senso che ormai la *solutio societatis* è decretata e gli altri soci non possono *agere de reliquo* che contro il socio amministratore, la verità del regime classico, così come da me sostenuto, egualmente e inequivocabilmente traluce.

Infatti, accettando l'interpretazione giustiniana, rimane pur sempre che la *renuntiatio* di un socio, o comunque l'esercizio dell'*actio pro socio* da parte sua, non ha determinato come suo effetto proprio e diretto la *solutio* della società pluralistica. I consoci potranno *agere de reliquo* solo dopo e subordinatamente alla liquidazione del socio che ha preso l'iniziativa di recedere e di *agere* per l'ottenimento della propria quota (353).

(351) *Infra* n. 43.

(352) I quali appunto perciò hanno conservato intatto il testo nella compilazione.

(353) Non mi sembra che il WIEACKER II, 316 s., abbia badato a questo importante elemento. Quanto al LITWISKI (nt. 103), questo autore, 79 nt. 40, non

41. Altro testo molto significativo è:

D. 17.2.63.5 (Ulp. 31 ed.): *Si, cum tres socii essent, egerit cum uno ex sociis socius et partem suam integram sit consecutus, deinde alius socius cum eodem agat et partem consequi integram non poterit, quia facere solidum non potest, an hic qui minus consecutus est cum eo agere possit qui solidum accepit ad communicandas partes inter eos [id est exaequandas], quasi iniquum sit ex eadem societate alium plus, alium minus consequi? [sed magis est, ut pro socio actione consequi possit ut utriusque portio exaequetur: quae sententia habet aequitatem] (354).*

In una società a tre soci, in cui non risulta che sia stata affidata l'amministrazione ad un socio in particolare, il socio A, volendo ottenere la liquidazione della propria parte, agisce contro il socio B (forse perchè ha in mano la *pecunia societatis* o forse perchè gli risulta maggiormente solvibile) e, fatti i conti dell'impresa comune, ottiene quanto gli spetta. Dopo di lui (*deinde*) il socio C agisce a sua volta, e allo stesso fine, contro B, ma B *solidum facere non potest* e viene perciò condannato a pagargli l'*id quod facere potest*. Può C, *quasi iniquum sit ex eadem societate alium plus alium minus consequi*, agire *pro socio* contro A, che è stato soddisfatto per intero, onde ottenere una *communicatio*, un conguaglio delle quote che ciascuno dei due ha riscosso?

Nella versione giustiniana Ulpiano risponde di sì, ma mi sembra evidente che nel testo genuino la sua risposta doveva essere, almeno in radice, l'opposta. A parte gli indizi larghissimamente riconosciuti di interpolazione, questa è dimostrata dal *sed magis est*, che introduce la soluzione nel testo giustiniano. È chiaro che, di fronte ad una risposta fondamentalmente negativa motivata dalla consumazione dell'*actio pro socio* di C (355), il glossatore postclassico, tanto più che faceva riferimento a un sistema processuale non implicante le insormontabili difficoltà di quello formulare, ha fatto trionfare sulle esigenze formalistiche quelle equitative (356). Che questo testo possa in qualche modo far pensare ad una società pluralistica strutturata come un insieme di società dualistiche (A con B, B con C, A con C), e quindi alla

ha dubbio alcuno sull'inammissibilità dell'*actio pro socio manente societate* in età classica e si regola di conseguenza.

(354) Sul testo, v. *Index itp.*

(355) Non accettabile sul piano della forma è la ricostruzione del Pampaloni, citato dall'*Index*: *sed magis est, ut non possit*. Per il pensiero di Ulpiano, v. anche *infra* n. 42.

(356) Probabilmente i glossatori sono stati due e al secondo appartiene la frase *quae sententia habet aequitatem*.

possibilità di un'azione anche di B contro A (e magari, dopo l'*exaequatio* delle parti, contro C), rimane per me un mistero (357).

Anche qui, dunque, registriamo che all'esercizio dell'*actio pro socio* non consegue affatto, come effetto proprio e diretto, la *solutio* della società pluralistica, ma vi è quanto meno un *antea* (A *versus* B) e un *deinde* (C *versus* B), una prima liquidazione (quella della quota di A) e una seconda e subordinata liquidazione (quella della quota di C). Se, con applicazione grottesca del principio *prior tempore potior iure*, non si vuol ritenere che andava liquidato meglio il socio che fosse riuscito a piazzare prima la sua brava *actio pro socio*, dobbiamo anche stavolta concludere che, nella nostra società a tre soci, l'azione liquidativa di A contro B non ha determinato lo scioglimento della società.

Dobbiamo cioè anche stavolta concludere che la *societas* classica era tipicamente una società dualistica e che le società pluralistiche erano per diritto classico società irregolari, alle quali le regole sulla *societas* tipica, quella dualistica, si applicavano, sopra tutto in mancanza di *pacta adiecta* tra i soci, con tutte le difficoltà pratiche che sono il destino, in ogni ordinamento giuridico, degli istituti atipici, « irregolari ».

42. A rendere la vita più facile alle società pluralistiche, vi erano fortunatamente, in età preclassica e classica, i *pacta adiecta* dei soci. Patti di cui le tracce sono oggi scarse sopra tutto perchè le elaborazioni postclassiche hanno presumibilmente elevato i più diffusi tra essi al rango di principi normativi.

Dato che Gaio si riferisce alle sole *societates* tipiche, cioè a quelle dualistiche, il suo silenzio in proposito non deve sorprenderci. Ma dalle altre fonti sin qui passate in rassegna qualcosa si ricava. Il *nisi si in coeunda societate aliter convenerit*, che si legge in I. 3.25.5 a proposito della morte del socio, ci fa intuire, ad esempio, che già in età classica dovevano praticarsi accordi circa la successione dell'erede al socio defunto, e forse non solo nelle società pluralistiche, subordinandoli beninteso alla volontà dell'erede di partecipare alla *societas* in luogo del suo dante causa (358). La possibilità, sia pure limitata dal rispetto dovuto

(357) V. invece WIEACKER II, 316 s. Di fronte ai miei argomenti, sia pure più brevemente accennati, il LITEWSKI (nt. 103), 80, dichiara che « personnellement » egli non vede alcuna ragione plausibile per adottare il mio punto di vista. Me ne rendo conto. Infatti, secondo i personali punti di vista del Litewski, « la dissolution de la société ne signifie nullement quae s'éteignent en même temps toutes les obligations nées de ce contrat ».

(358) *Retra* n. 35.

alla *perseverantia voluntatis* dei soci, di pattuire *societates in tempus coitae* (359), ci autorizza a pensare che anche la *renuntiatio* del socio potesse essere espressamente assunta come causa di estinzione della società pluralistica qualora questa fosse realizzata, sempre in via pattizia, con la costituzione di un patrimonio o di una gestione comune che avrebbero potuto soffrire anche della mancanza di un sol socio. Anche se la *societas* classica era tipicamente dualistica e non si traduceva, sempre in sede di tipicità, in un ente distinto dalle persone dei soci (un ente « effimero », si ricordi bene), nulla impediva alle parti di strutturarla, nei limiti delle sue connotazioni essenziali e perciò inderogabili, con *pacta adiecta* in maniera diversa, ed è ben probabile che sin dall'età classica si siano addirittura formati usi contrattuali (non però normativi) in sensi divergenti da quelli (normativi e dispositivi) della *societas* regolare.

La difficoltà veramente insormontabile per le società pluralistiche nel sistema giuridico classico, o meglio nei confronti della procedura ordinaria dell'età classica, era costituita dalla struttura bilaterale dell'*actio pro socio* edittale. L'*actio pro socio* poteva essere esercitata solo da un socio contro un altro socio, non importava litisconsorzio necessario per tutti i soci della società e non risulta che potesse coinvolgere tutti gli altri soci nemmeno a titolo di litisconsorzio facoltativo. Pertanto ciascun socio, battendo in velocità gli altri, aveva, in linea di principio, la possibilità di farsi liquidare per intero la quota a lui spettante dal più solvibile dei consoci, lasciando eventualmente ai meno avveduti e ai più lenti a muoversi le briciole dell'*id quod facere potest* (360).

Questa però è teoria. I Romani, o per lo meno i giuristi romani, non mancavano di senso pratico e fecero di certo tutto il possibile per ridurre, se non proprio per eliminare, l'inconveniente. Dalla lettura di Ulp. D. 17.2.63.5 traspare, ad esempio, e in modo abbastanza limpido, che Ulpiano non si limitò a rispondere con un secco no alla domanda se C, avendo ricevuto da B meno di A, potesse *agere pro socio* contro A per il conguaglio delle quote: egli dovette aggiungere al suo no, almeno a mio avviso, un « se non si è provveduto tra i soci a predisporre negoziabilmente (con patti o stipulazioni) il raggiungimento di un risultato finale di conguaglio » (361). Fedele al principio che bisogna andare in-

(359) Cfr. Paul. D. 17.2.65.6 e *retro* nt. 343.

(360) *Retro* n. 41.

(361) In altri termini, se da un lato il rigore dei principi impediva a C di pretendere da A il conguaglio della quota a lui spettante, dall'altro a questo fine tendeva una istanza di equità (*quasi iniquum sit ex eadem societate alium*

contro a chi non ha avuto l'accortezza di garantirsi adeguatamente, il glossatore postclassico tagliò corto mediante il suo *sed magis est, ut pro socio actione consequi possit*, con quel che segue.

43. Come si premunivano dunque i soci di una società pluralistica, in età classica, dagli inconvenienti determinati dalla struttura bilaterale dell'*actio pro socio*?

Non è il caso, ovviamente, di sbrigliare l'immaginazione e di dire cose che siano ragionevoli quanto si vuole, ma non siano menomamente suffragate dalle fonti di cui disponiamo. Tuttavia nemmeno mi sembra il caso di affermare pessimisticamente che dalle fonti di cui disponiamo non risulti o traluca proprio nulla. A parte il fatto che non di rado la *societas* si accompagnava a rapporti di *communio* tra i soci (con la creazione, ad esempio, dell'*arca communis*), nel qual caso in concorso con l'*actio pro socio* entravano le azioni divisorie (362), non va dimenticato che spesso i soci (o taluni fra essi) corroboravano i reciproci rapporti con stipulazioni di reciproca garanzia (363).

D'altra parte, se è vero che la *societas*-tipo era una ed una soltanto (e naturalmente, almeno secondo me, era quella che ho cercato di disegnare in queste pagine), è altrettanto vero, o comunque fortemente probabile, che certi più caratteristici e rilevanti « oggetti sociali » determinarono sin dall'età classica usi contrattuali, a loro volta caratteristici e speciali, che tennero adeguatamente conto anche della struttura solitamente pluralistica della *societas* relativa. Ad esempio, dei *venaliciarii* Paolo (364) ci attesta che per lo più *ita societatem coeunt, ut quidquid agunt in commune videantur agere* (365): il che viene solitamente e

plus, alium minus consequi). E' ben presumibile che Ulpiano abbia segnalato la possibilità di ovviare all'inconveniente in sede negoziale e che in pratica così si sia largamente operato dai Romani.

(362) Sui problemi del concorso tra *actio pro socio* e *actio communi dividundo*, v. ARANCIO-RUIZ, 196 ss.

(363) *Retro* n. 17 e nt. 148-149.

(364) Paul. 2 *aed. cur.* D. 21.1.44.1.

(365) Non è necessario intendere che tutti i *venaliciarii* associati intervenissero nella compravendita, essendo compatibile col testo l'interpretazione secondo cui il *venaliciarius* venditore dichiarasse, indicando le quote relative, di vendere anche per i consoci. Questa prassi implicava che il compratore potesse agire *ex empto* solo *pro quota* con ogni singolo venditore. Ma gli edili curuli, ci dice Paolo, statuirono che l'azione redibitoria potesse essere esperita per l'intero contro il venditore della quota maggiore, o almeno di una quota non inferiore a quella di qualunque altro *venaliciarius*.

giustamente interpretato nel senso che costoro eseguivano le vendite di schiavi partecipando tutti (personalmente o per rappresentanza) all'atto e qualificandosi in esso *pro portione* (366). E ancora, dei *plures exercitores* (come anche dei soci in un'impresa non navale) par di capire che spesso si comportassero in guisa analoga a quella dei *venaliciarii* (367) e che, quando ricorressero al *magister* (o all'*institor*), affrontando per suo tramite una responsabilità solidale verso i clienti e i creditori in genere (368), fossero coperti nei confronti reciproci non solo dall'*actio pro socio* ma anche dalle (eventuali) azioni di regresso (369).

Ad ogni modo, per quanto concerne la *societas* in genere, indipendentemente da configurazioni speciali, io penso che molte difficoltà fossero ridotte dal sistema dell'amministratore unico della società pluralistica e da quello del collegamento in un *trust* pluralistico di più società dualistiche. Il primo sistema implicava che, quando un socio si rivolgesse all'amministratore con l'*actio pro socio*, l'amministratore potesse facilmente ottenere dal giudice la commisurazione delle sue pretese alla risultanza di un rendiconto completo degli utili e delle perdite sociali (370). Il secondo sistema comportava che due *socii* primari di una certa *negotiatio* si associassero ciascuno uno o più altri sub-soci « in partecipazione », per lucrare i *commoda* e per sostenere gli *incommoda* di quella *negotiatio*, e così eventualmente anche in grado ulteriore: il sub-socio non era socio del socio del suo associante (371), ma ovviamente egli, adoperandosi per il buon fine della *negotiatio*, veniva a contribuire indirettamente al buon andamento della società dualistica di base, oppure veniva ad accollarsi indirettamente, nei limiti dell'*id quod facere potest* verso l'associante, le perdite della gestione societaria (372).

(366) Sul problema, da ultimo, SERRAO (nt. 109) 748 ss. con letteratura.

(367) Cfr. Ulp. 29 ed. D. 14.1.4 pr.: *Si tamen plures per se navem exercent, pro portione exercitionis conveniuntur: neque enim invicem sui magistri videntur.*

(368) Cfr. Ulp. 29 ed. D. 14.1.25: *Si plures navem exercent <et eundem magistrum fecerint>, cum quolibet eorum in solidum agi potest.* Cfr. anche Ulp. D. 14.1.4.1.

(369) *Amplius* sul tema, SERRAO (nt. 109), 752 ss.

(370) V. ancora le considerazioni svolte retro n. 41-42 a proposito di D. 17. 2.63.5.

(371) Retro n. 28 e nt. 234-237. L'ipotesi è trattata in una catena di testi, appartenente alla massa sabiniana, che va dal fr. 19 al fr. 24 di D. 17.2.

(372) Cfr. Ulp. D. 17.2.23 pr.

Anche in materia di *societas* si intuisce insomma, come sempre, la esistenza nella vita romana di una prassi ricca, variata, viva, che la raggelante trattazione delle fonti giuridiche, almeno di quelle a noi pervenute, purtroppo maschera e quasi sembra che voglia nascondere.

INDICI

INDICE ANALITICO

- Actio communi dividundo 104 nt. 362
 — ex stipulatu 77, 79
 — in heredem socii 11
 — pro socio 7 ss., 18, 26, 33, 35, 38, 39 nt. 120, 40 s., 43 nt. 133, 45, 52 nt. 151, 77, 79, 84, 87, 93, 98 s., 103 s.
 — quod iussu 49 nt. 145
 actus legitimus 15 e v. condicio, societas in tempus coita
 affectio societatis 52 ss.
 agere de reliquo 100
 alterum alteri obligari 68, 84 e cfr. contractus, obligatio
 Alfeno Varo 50
 amicitia 43 nt. 134
 amministratore 39 nt. 120, 100 e v. exercitor, institor
 animus contrahentium 49 ss. e cfr. consensus, voluntas
 arbitrium (del terzo) 75 ss.
 arca communis 71, 104
 ars argentaria 27 nt. 79, 65, 71.
 assistenza (mutua) 67 s.

 Bona fides v. iudicium bonae fidei
 bonorum cessio v. cessio bonorum
 — venditio v. fallimento, venditio bonorum

 Capacità (di agire) 48
 capitis deminutio 42, 57, 88 nt. 305 e cfr. filius familias, servi
 Cassio 7, 70, 94 nt. 328
 causa (negoziale) 37, 59 ss.
 — donationis 68 s.
 census 17

 cessio bonorum 89
 civis 5 nt. 7
 clausola stipulatoria 50 nt. 148
 cogestione 38 s., 54, 63
 collatio societati 63
 collegia 43 nt. 134, 71
 comitia centuriata 17 nt. 50
 commoda cfr. utili
 comunicare 60 e cfr. communicatio
 communicatio 2, 6, 7, 11 s., 15 s., 18, 42, 63, 71, 82 s., 104
 — delictorum v. delictorum communicatio
 condemnatio pecuniaria 78
 condicio 14 s., 19 nt. 55
 concezioni moderne del fenomeno societario 2, 36 e nt. 105
 conferre societati 60, 63 nt. 196
 conferimenti cfr. operae
 consensus 16 nt. 49, 35, 47 ss. e v. contrarius consensus, perseverantia consensus
 consortium erecto non cito 2 s., 13, 16 s., 82 e cfr. communicatio
 — ad exemplum fratrum suorum 91 nt. 315
 — fratrum suorum 17 nt. 52 e cfr. heres
 contractus 38, 41, 47 ss., 53 s.
 contraria voluntas 56 e v. dissensus sociorum
 contrarius consensus 55 ss. e v. dissensus sociorum
 culto (fini di) 67 s.

 Damnum 70 e cfr. perditio
 delictorum communicatio 64, 67 nt. 214
 demonstratio v. actio pro socio

INDICE ANALITICO

- dies 14, 19 nt. 55 e v. *societas in tempus coita*
- diritti extrapatrimoniali 13 nt. 43
- disensus sociorum 42, 56 ss., 78, 82, 91 s. e cfr. *solutio societatis*
- abstractio societatis 99
- documento ad probationem 18 nt. 53
- dogmatismo 2 nt. 3 e v. *concezioni moderne del fenomeno societario*
- dolus malus 95
- dominium ex iure Quiritium 18
- donatio 68 s.
- (remuneratoria) 68 nt. 222
- Edictum praetorium 6, 8 e nt. 18
- provinciale 6
- ente v. *persona giuridica*
- emancipatio 49 nt. 145, 88 nt. 305
- exercitor 105
- exercitus 17 nt. 50
- Fallimento 42
- Fedro 70
- fides v. *indicium bonae fidei*
- filius familias 48 nt. 145, 88 nt. 305
- fratres 64 nt. 199, 82 e cfr. *consortium fratrum suorum*
- Gaio 31, 85 ss.
- (antioense) I, 2 nt. 2
- genus societatis 17 nt. 51
- gestione cfr. *amministratore, cogestione, societas quaestus*
- Hereditas 20 nt. 59, 22 nt. 61, 72, 83
- heres 90 e cfr. *actio in heredem socii, hereditas*
- suus 16
- Id quod actum est 69
- quod facere potest v. *taxatio in id quod facere potest*
- incommoda v. *perdite*
- in commune redigere 60 e v. *communio*
- infamia 39 nt. 120
- in iure cessio 45 nt. 136
- institor 71 nt. 237
- intuitus patrimonii 83
- personae 82
- invalidità 28, 65 ss.
- indicium 98
- bonae fidei 7, 18, 32, 38 nt. 113, 78
- ius quodammodo fraternitatis 12 s., 63 s. 78, 82
- Labrone 96
- latrones 61
- legis actio (certa) 15, 17
- lex Cincia 68
- litis contestatio 98
- lucrum v. *utili*
- Magister 71 nt. 237
- « magna quaestio » 25, 72
- maleficium 67 e cfr. *delictorum communio*
- manceps 6 nt. 8
- mancipatio 45 nt. 136
- morte 42 e cfr. *solutio societatis*
- mortis causa 68 nt. 222
- Q. Mucio 25, 27
- mutua assistenza 67 s.
- Negoziò unilaterale 6
- novatio 51 nt. 149
- nodus consensus 18 e v. *consensus*
- Obligatio 68, 84
- re contracta 40
- operae (sociorum) 24 s., 30 ss., 50 nt. 149, 74, 75 nt. 256
- opere sistematiche (giurisprudenziali) 2 s. nt. 3
- Pacta (adiecta) 42, 45, 47, 51 nt. 149, 59 ss., 70, 82, 95, 100, 102 s.
- patrimonio comune 37 nt. 111, 40 e cfr. *communio*
- personale dei socii 3
- pecunia 61 s., 100 s.
- perdite 72 ss., 105 e cfr. *societas leonina*
- peregrini 88 nt. 305

INDICE ANALITICO

- periculum 61 s.
perseverantia consensus 5 s., 38, 53 ss.,
84, 91 s.
persona giuridica 37
poena 66
praescriptio 98
procedure extra ordinem 99
programmazione di stato cfr. storia e-
conomica
publicani v. societas publicanorum
publicatio bonorum 95 nt. 331 e v.
cessio bonorum, venditio bonorum
- Recesso v. renuntiatio socii
— intempestivo 96 s.
rendiconto 33 e cfr. actio pro socio
renuntiatio socii 42, 54, 56 ss., 82, 90
ss. e cfr. solutio societatis
— dolosa 94
res familiaris 16
- Sabino 7, 9 s., 27
scambi commerciali v. storia economica
servi 48 nt. 145, 88 nt. 305
Servio 25, 30 nt. 85, 31
servus communis 13 nt. 43
società di godimento cfr. societas om-
nium bonorum, societas quaestus
societas argentariae artis 27 nt. 79, 65,
71
— danistoria 27 nt. 79
— in tempus coita 15 nt. 46, 19 nt. 55,
96 s., 103.
— iuris civilis 17 nt. 51
— iuris gentium 17 nt. 51, 18, 47
— leonina 70
— omnium bonorum 3, 7 ss., 18, 23, 42,
60 e cfr. communio
— publicanorum 6 nt. 8
— quaestus 23, 27 ss., 60, 68
— re contracta 7, 47
— vectigalium 6 nt. 65, 71
— venaliciaria 71, 95, 104
socius (terminologia) 5
sodalitates 43 nt. 134
solutio societatis 35 ss., 40 s., 78, 55 ss.,
98 nt. 347
stipulatio 50 nt. 148 e v. documenti ad
probationem
storia economica 29 s., 43 nt. 134
svago (fine di) 67 s.
- Taxatio in id quod facere potest 8 nt.
19, 9, 13, 40 nt. 120, 49 nt. 145, 103,
105
testatio 50 e v. documento ad probatio-
nem
traditio 45 nt. 136
transitus legalis 12 s., 20 nt. 59, 21 ss.,
42, 45 nt. 136, 77
tributum ex censu 17
trust 105
- Ulpiano 9
utili 28 s., 70, 72 ss., 105 e v. societas
leonina
- Venaliciarii v. societas venaliciaria
venditio bonorum 89
voluntas 100 e v. contractus, contraria
voluntas, consensus

INDICE DEGLI AUTORI CITATI

Il primo numero indica la pagina; il secondo numero, dopo la virgola, indica la nota; il punto e virgola chiude la citazione.

- ARANCIO-RUIZ 1, 1; 6; 7, 12; 7, 17;
 8, 19; 9, 25; 9, 27; 9, 28; 11, 34;
 11, 35; 12, 28; 12, 40; 15, 45;
 15, 46; 19, 55; 20, 59; 21; 21, 60;
 22, 61; 22, 62; 26, 74; 26, 77; 30,
 85; 37, 108; 37, 109; 37, 110; 38,
 113; 38, 116; 38, 117; 47, 139; 48,
 144, 50, 148; 50, 149; 52, 151; 52,
 152; 52, 154; 53, 155; 53, 158; 53,
 159; 54, 160; 58, 182; 58, 183;
 61, 187; 64, 199; 64, 201; 65, 202;
 65, 203; 66, 207; 67, 212; 67, 215;
 69; 69, 224; 71, 233; 71, 234; 71,
 238; 72, 243; 72, 248; 74, 254; 76,
 261; 76, 262; 77, 265; 77, 267; 77,
 268; 79, 280; 86, 299; 88, 305; 104,
 362.
- ARNÒ 1, 1.
- BENVENISTE 4, 7.
- BERHENDS 78, 276.
- BESELER 22, 61; 88, 305.
- BIANCHINI 2, 1; 7, 17; 24, 69.
- BONA 2, 1; 7, 13; 7, 14; 7, 17; 8,
 19; 9, 25; 10, 32; 12, 37; 12, 38;
 14, 43; 16, 47; 21, 59; 22, 61; 22,
 63; 23; 23, 67; 24, 68; 25; 25, 70;
 25, 71; 25, 72; 27; 27, 79; 28; 28,
 81; 29; 29, 81; 31; 31, 86; 31,
 87; 31, 88; 31, 91; 32, 92; 32, 98;
 35, 103; 40, 123; 41, 123; 48, 144;
 57, 179; 68, 222; 88, 300; 88, 305;
 89, 305; 89, 306; 89, 308; 90, 310;
- 91, 314; 91, 317; 91, 318; 92; 94;
 94, 362; 95; 95, 330; 95, 332; 95,
 333, 95, 334; 95, 335; 96, 336; 96,
 339; 96, 340; 97, 341; 97, 343;
 98, 347.
- BRETONE 6, 16; 16; 16, 47; 16, 48;
 16, 49; 18, 52; 64, 199.
- CANCELLI 2, 1; 21, 60; 37, 111; 52,
 152.
- CERVENCA 14, 43.
- CORNIOLEY 7, 17; 8, 19; 21, 60.
- CRACCO-RUGGINI 30, 83.
- CUQ 21, 60.
- DAUBE 50, 149.
- DEL CHIARO 1, 1; 37, 108.
- ERNOUT 4, 7.
- FERRI 36, 105.
- FERRINI 9, 27; 11, 34; 86, 298.
- FREZZA 7, 14
- GALGANO 36, 105; 83, 287.
- GALLO 76, 261.
- GEORGES 92, 321.
- GIRARD 2, 2.
- GLARNERI-CITATI 72, 248; 74, 253;
 74, 254.
- HEICHELHEIM 30, 83.

INDICE DEGLI AUTORI CITATI

- HEUMANN 6, 10.
 HOFMANN 4, 7.
 HORÁHK 3, 3; 24, 68; 30, 85; 31, 88; 50, 149; 51, 149.
 JĚRS 1, 1.
 JOUSSERANDOT 11, 34.
 KASER 1, 1; 3, 3; 8, 19; 10, 33; 12, 38; 13, 41; 13, 42; 14, 44; 30, 84; 37, 100; 39, 119; 43, 134; 44, 135; 46, 138; 54, 161; 55, 168; 68, 218; 77, 269; 84, 291; 88, 305.
 KIPP 1, 1.
 KNÜTEL 46, 138; 55, 166; 56; 56, 171; 57, 174; 57, 179.
 KUNKEL 1, 1; 17, 52.
 LENEL: 7, 14; 8, 20; 9; 9, 27; 10, 29; 11, 34; 52, 150.
 LEVET 9, 25; 10, 30.
 LITEWSKI 9, 25; 10, 30; 35, 103; 40, 123; 41, 126; 84, 292; 84, 296; 85, 297; 87, 300; 89, 308; 91, 314; 91, 316; 98, 347; 100, 353; 102, 357;.
 MARTINI 6, 11; 9, 27.
 MEILLET 4, 7.
 NABER 99, 350.
 PERNICE 27, 78.
 PIERI 17, 50.
 POGGI 1, 1; 2, 2; 15, 45; 19, 55; 21, 59; 21, 60; 29, 82; 37, 110; 48, 145; 52, 151; 52, 154; 60, 185; 60, 186; 61, 188; 62, 190; 62, 191; 62, 193; 63, 194; 63, 195; 64, 200; 65, 205; 67, 211; 67, 216; 68, 222; 69, 223; 69, 225; 72, 247; 76, 261.
 PRINGSHEIM 29, 226.
 RICCIBONO 21, 60; 22, 61; 63, 195.
 RUDORFF 11, 34.
 SALVADORE 52, 152.
 SCHINDLER 15, 45.
 SCHULZ 66, 208.
 SECKEL 6, 10.
 SERRAO 37, 109; 71, 234; 71, 236;; 71, 237; 71, 239; 71, 240; 105, 366; 105, 369.
 SOLAZZI 19, 55; 48, 145.
 STEINWENTER 3, 2.
 SZLECHTER 1, 1.
 TAUBENSCHLAG 2, 2.
 VASSALLI 21, 59.
 VERŐCZI 6, 8.
 ZIEGLER 78, 278.
 WALDE 4, 7.
 WEGNER 4, 7; 72, 243.
 WIEACKER 1, 1; 2, 2; 13, 43; 37, 106; 38; 38, 112; 38, 113; 38, 114; 39; 39, 119; 39, 120; 52, 150; 53, 159; 54, 160; 77, 268; 85, 297; 100, 353; 102, 357.
 WINDSCHEID 1, 1; 3, 3.

INDICE DELLE FONTI CITATE

Il primo numero indica la pagina; il secondo numero, dopo la virgola, indica la nota; il punto e virgola chiude la citazione.

BASILICA		25.5			81; 85; 86; 89;
	12-1.7	28, 81			93; 98, 347; 102
sch. a	12.1.7	28, 81		25-6	81; 86; 98, 347
sch. a	12.1.9	28, 81		25.7	81; 86; 98, 347
sch. a	12-1.88	15, 45		25.8	81; 86; 98, 347
				25.9	81; 86
CODICE CIVILE ITALIANO (DEL 1865)			4.6.38		9, 26
a. 1697	37, 107				
1731-94	83, 287				
			<i>Digesta</i>		
CODICE CIVILE ITALIANO (DEL 1942)			2.14.25 pr.		71, 238
a. 2247	37, 107		14.27 pr.		71, 238
2261	33, 100		3.4.1 pr.		6, 8
2284-88	83, 287		4.4.7.1		48, 145
2289-2290	83, 287		4.16.1		48, 145; 68, 222
			8.34 pr.		71, 238
CORPUS INSCRIPTIONUM LATINARUM			10.3.2. pr.		53, 155
3.950	50, 148		14.1.4 pr.		105, 367
951	50, 148		1.4.1		105, 368
2215	50, 149		1.25		105, 368
			16.2.9 pr.		48, 145
			2.9.1		48, 145
CORPUS IURIS CIVILIS			17.1.1.		48, 144
<i>Institutiones</i>			2.1. pr.		14, 44; 19; 19,
3.22.1	48, 143				55; 22
22.3	48; 85, 297		2.1.1		8; 19; 21
25	2, 2		2.1.7		5
25 pr.	29, 82		2.2		20; 21; 22, 61;
25.1	73, 249; 83, 250				26; 73
25.2	24, 69; 30, 85;		2.3		5
25.3	72, 246		2.3 pr.		20; 21
25.4	81; 85; 86; 89,		2.3.1		20; 21; 21, 59;
	307; 98, 347		2.3.2		22, 61; 64, 198
					20; 20, 59

INDICE DELLE FONTI CITATE

2.3.3	20; 65, 203	2.52 pr.	69
2.4	23	2.52.3	52, 153
2.4 pr.	20; 48, 144; 87, 300	2.52.4	61
		2.52.5	64
2.4.1	20; 87, 300; 98, 347	2.52.6	64, 199
		2.52.8	16, 47
2.5 pr.	8; 20; 22, 65 23;	2.52.12	68, 217
		2.52.13	68, 217
2.5.1	20; 25; 25, 72 68, 222	2.52.17	65, 205; 66, 206
		2.53	64; 65, 205; 66; 66, 210
2.6	20; 75, 258; 77		
2.7	5; 20; 22; 23; 26; 27; 28	2.54	65, 205; 66, 209; 67, 211
2.8	5; 26	2.55	65, 205; 66, 210; 67, 211
2.9	5; 22, 61; 26; 27	2.56	65, 205; 67, 211
		2.57	65, 203; 65, 205; 67, 211; 67, 213
2.10	5; 26; 27		
2.11	5; 21, 60; 22, 61; 26; 27	2.58 pr.	62
		2.58.1	62
2.12	5; 26	2.58.2	49, 145; 88, 305
2.13	5; 26; 28; 28, 81	2.58.3	49, 145; 88, 305
		2.59 pr.	6, 9
2.13 pr.	8	2.60.1	61, 189
2.17.2	97, 344	2.61	61, 189
2.18	49, 145	2.63 pr.	8, 9; 9, 28; 10; 10; 31; 10, 32; 10, 33
2.19	105, 371		
2.20	71, 235; 105, 271	2.63.2	10, 33; 49, 145
2.21	71, 235; 105, 371	2.63.5	81; 101; 103; 105, 370
2.22	71, 235; 105, 371		
2.23	71, 235; 105, 371	2.63.8	6, 9
2.23 pr.	105, 372;	2.63.10	41, 125; 58, 179; 58, 181; 77, 270; 87; 89, 305; 98
2.24	105, 371		
2.29	32	2.64	41, 125; 58; 77, 270; 98
2.29 pr.	73; 74, 254; 75; 76	2.65 pr.	77, 270; 87; 87, 303; 98
2.29.1	30; 31; 74, 254; 74, 255; 75, 257	2.65.3	57; 81; 89, 307; 93; 93, 325; 96
2.29.2	70, 231; 74, 254; 74, 255; 75, 257	2.65.4	81; 93; 93, 325; 96
		2.65.5	81; 93; 93, 325; 96
2.30	31, 88	2.65.6	81; 93; 93, 352; 96; 103, 359
2.31	52		
2.32	52, 150		
2.33	48, 145		
2.35	8, 19		
2.38 pr.	79, 280		
2.44	52, 153		
2.52	65, 205		

INDICE DELLE FONTI CITATE

2.65.9	86; 89, 308; 90, 309; 90, 310; 95, 331	50.16.85 17.77	84, 289 15, 46
2.65.10	86	<i>Codex</i>	
2.65.11	89, 305	4.37	2, 2
2.65.12	86	37.6	14, 44; 15, 46
2.65.14	81; 99		
2.65.15	6, 9; 77, 269	FIRA 3 (ARANGIO-RUIZ, Negolia)	
2.65.16	2, 2	p. 157	2, 2; 50, 149
2.67.1	2, 2	158	2, 2
2.70	19, 55		
2.71pr.	50, 149	GAI EPITOME	
2.71.1	29, 81	2.9.16	2, 2
2.72	86, 299	9.17	56; 58
2.74	21, 60	9.19	57; 175
2.75	75, 259		
2.76	75, 259; 76	GAI INSTITUTIONES	
2.77	75, 259; 77	1.158	88, 305
2.78	75, 259; 76, 263	159	88, 305
2.79	75, 259	160	88, 305
2.80	75, 259; 76	161	88, 305
2.82	71, 236	162	88, 305
2.84	48, 145	163	8, 305
2.88	76	3.90	40
18.1.1.2	48, 144	91	40
1.35.2	65, 203	135	7, 12
5.3	55, 167	136	7, 12; 48, 142;
5.13 pr.	52, 153		48, 144; 68, 221
21.1.44.1	71, 240; 104	137	7, 12; 41; 41,
14.27 pr.	71, 238		126; 84; 84, 294;
24.1.32.24	68, 222; 69, 223		85, 297
26.7.47.6	13, 43	138	7, 12
27.3.1.14	65, 203	139	7, 12
29.2.42.1	49, 145; 88, 305	140	7, 12
2.45.2	29, 81	141	7, 12
5.18	87, 300	142	7, 12
39.6.35.5	68, 222	142	7, 12
42.1.16	9, 26; 9, 27;	143	7, 12
	9, 28; 10; 10,	144	7, 12
	31; 10, 33; 12,	145	7, 12
	40; 13, 42	146	7, 12; 19, 55
1.22.1	8, 19; 9, 27	147	7, 12
44.1.22	72, 243	148	2, 2; 5; 7,
7.52.10	48, 144		12; 7; 17; 8;
46.1.70.5	65, 203		23; 29, 82; 40;
3.80	56, 170		41, 123

INDICE DELLE FONTI CITATE

149	2, 2; 5; 7, 12; 7, 17; 23; 24, 69; 30; 30, 85; 32; 40; 41, 124; 84	157 158 159 160	7, 12 7, 12 7, 12 7, 12; 55, 168 91, 318; 92, 322
150	2, 2; 7, 12; 7, 17; 23; 30; 31; 40; 41, 124; 72, 246; 73, 249; 84;	161 162	7, 12 7, 12
151	2, 2; 2, 12; 7, 17; 23; 40; 53, 156; 57; 81; 85; 86; 87, 300; 89; 89, 307; 90; 93; 94; 98, 347	LIVIVS <i>ab urbe condita</i> 2.3.49 P. GRENF. 2.156	6, 8 2, 2
152	2, 2; 7; 12; 7, 17; 23; 40; 81; 83, 285; 85; 86; 87, 300; 89; 91, 318; 93; 98, 347	PSI. 11.1182 PAULI SENTENTIAE 2.16	2, 2 2, 2 2, 2
153	2, 2; 7, 12; 7, 17; 23; 40; 81; 83, 285; 86; 87, 300; 88, 305; 89; 93; 98, 347	PHAEDRVS <i>fabulae Aesopiae</i> 1.5	70
154	2, 2; 7, 12; 7, 17; 17, 51; 23; 40; 81; 83, 285; 86; 87, 300; 88, 305; 89; 91, 315; 93; 98, 347;	PLINIUS (C.) CAECILIUS SECUNDVS <i>epistulae</i> 3.18.1	127, 52
154 a	2, 2; 7, 12; 7, 17; 48, 141	POLYBIVS <i>historiae</i> 6.17	6, 8
154 b	2, 2; 7, 12; 7, 17; 13, 43		
155	7, 12		

INDICE SOMMARIO

PREMESSA

1. Lo studio storico della *societas consensu contracta* e gli « idoli » che fo fuorviano pag. 1

I. — LE ORIGINI DELLA SOCIETÀ CONSENSUALE

2. Ipotesi superate in tema di *societas*. Errore della persistente e diffusa convinzione secondo cui la figura originaria e fondamentale di *societas* fu la *societas omnium bonorum* » 5
3. L'editto pretorio non limitò la formula dell'*actio pro socio* al modello della *s. o. b.* » 8
4. La *s. o. b.* nacque con finalità ben diverse da quelle della *communio* e del *consortium* » 11
5. Inattendibilità sul piano storico della parentela *communio, consortium, societas* » 15
6. Segue. Carattere postclassico dei principi affermati nei fr. 1-3 di D. 17.2. Analisi della catena costituita di fr. 1-7. » 19
7. Gai 3.148-149 non ha parlato della *s. o. b.* come di una società di mero godimento » 23
8. Classicità della *societas quaestus* generale. Analisi di D. 17.2.7-13 » 25
9. Segue. Critica della tesi circa il carattere postclassico della *societas quaestus* generale come società per antonomasia » 27
10. La *pretiosa opera* del socio fu considerata in maniera approssimativamente identica da tutti i giureconsulti romani. » 30

II. — LINEE DI UNA RICOSTRUZIONE

11. L'idolo della concezione moderna del fenomeno societario » 35
12. Infondatezza, per diritto preclassico e classico, di una visione « entistica » della *societas* » 36
13. Gai 3.148-154 e la sua importanza per la ricostruzione della *societas* « tipica » o regolare dell'età classica » 39
14. Le caratteristiche della *societas* tipica in diritto preclassico e classico » 41
15. Precisazioni in ordine alla « tipicità » » 43

INDICE SOMMARIO

III. — IL CONTRATTO SOCIALE

16. Punti fermi in ordine al contratto sociale nella concezione preclassica e classica	pag. 49
17. Il <i>consensus sociorum</i>	» 49
18. La <i>perseverantia consensus</i>	» 53
19. Il <i>dissensus sociorum</i> come indice della fine della <i>perseverantia consensus</i>	» 54
20. Segue. Confusione postclassica tra <i>dissensus</i> e <i>renuntiatio</i>	» 56
21. Segue. L'autonomia del negozio di <i>dissensus sociorum</i> nella visione classica	» 57

IV. — LA FUNZIONE DEL CONTRATTO

22. Punti fermi in ordine alla funzione del contratto sociale nella concezione preclassica e classica	» 59
23. I contributi e le obbligazioni dei soci. Precisazioni in ordine alle terminologie	» 60
24. La causa sociale	» 64
25. Il fine di lucro	» 67
26. La comunanza di interessi	» 69
27. La ripartizione degli utili e delle perdite	» 70
28. Le variazioni pattizie allo schema tipico della <i>societas</i>	» 70
29. I patti in ordine alle quote	» 72
30. La determinazione delle quote per arbitraggio	» 74
31. Spettanza dell' <i>actio pro socio</i> , in età classica, anche <i>manente societate</i> . I diversi orientamenti postclassici	» 77
32. Segue. Gli spunti classici degli orientamenti postclassici	» 78

V. — LA STRUTTURA DELLA SOCIETÀ CONSENSUALE

33. Punti fermi in ordine alla struttura tipica della <i>societas</i> nella concezione preclassica e classica	» 81
34. Segue. Il tipo « dualistico » della <i>societas</i> classica	» 82
35. Analisi di Gai 3.151-154 in relazione a I. 3.25.4-9	» 85
36. La <i>renuntiatio socii</i> come causa di <i>solutio</i> della sola <i>societas</i> dualistica	» 90
37. Segue. Conferma derivante dalla lettura critica di D. 17.2.65.3-6	» 92
38. Segue. Il pensiero di Labeone, Proculo e Cassio sulla <i>renuntiatio</i> illecita	» 95
39. La <i>solutio societatis</i> nella visione postclassica. Il tentativo di adattamento alle società pluralistiche	» 97
40. Conferma della struttura (tipica) dualistica della <i>societas</i> derivante da D. 17.2.65.14	» 99
41. Segue. Altra conferma derivante da D. 17.2.63.5	» 100
42. Le ipotesi di società pluralistiche e la funzione dei <i>pacta adiecta</i>	» 102
43. Espedienti della giurisprudenza e della prassi classiche per conciliare la struttura bilaterale dell' <i>actio pro socio</i> con le ipotesi « irregolari » di società pluralistiche	» 104

II

« SOLUTIO SOCIETATIS »

1. - Come cause di scioglimento di una *societas* consensuale, o comunque come cause di estinzione dei rapporti obbligatori (di tutti i rapporti obbligatori) da essa scaturenti, si indicano universalmente la compiuta realizzazione degli scopi sociali, la sopravvenuta impossibilità di metterli in atto, il venir meno del *consensus* dei *socii* o, come si legge in certi testi, l'intervenuto *dissensus* degli stessi¹. Fin qui si capisce, è ragionevole. Ma, prima ancora di riproporre la nota questione circa gli effetti (estintivi o meno) dell'*actio pro socio*², io chiedo: erano parimenti, sempre e in ogni caso, cause di scioglimento della *societas* classica la *renuntiatio* di un singolo socio, la sua morte, la sua *capitis deminutio*, il suo fallimento? La dottrina romanistica, per quel che ne so, ne è sicura³ ed indica un'unica e sola eccezione, comunemente ritenuta peraltro postclassica, nella possibilità di patuire *ab initio* che la *societas* non abbia a risolversi per morte⁴. Io penso invece che il problema per lo meno si ponga, e che sia male ch'esso non sia stato mai prospettato. Ed infatti non vi è dubbio che, sin dall'età preclassica, si verificasse con frequenza l'ipotesi, accanto alla *societas* a due *socii* (che per intenderci chiameremo, d'ora in poi, bilaterale), della *societas* plurilaterale, nel senso di *societas* a tre o

¹ KASER, *RPR*, 1, 1955, 479 ss.; GUARINO, *DPR*³, 1966, 840 s. In sede monografica, da ultimo, ARANGIO-RUIZ, *La società in d. rom.*, 1950, 150 ss. Sono da aggiungere ovviamente, la scadenza del termine (ma v., in proposito, VAN OVEN, « *Societas in tempus coita* », in *St. Arangio-Ruiz* 2, 1953, 453 ss.) e tutte le altre cause di estinzione specificamente convenute tra le parti.

² *Infra* § 7-8.

³ Oltre gli autori cit. *retro* n. 1, cfr., per la *renuntiatio societati*, WIEACKER, *Das Gesellschaftsverhältnis des klassischen Rechts*, in *ZSS*, 69, 1952, 313 ss.

⁴ KASER, *RPR*, 2, 1960, 299. V. *infra* § 4.

più *socii*⁵. In ordine a quest'ultima perché mai il recesso, la morte, la *capitis deminutio*, il fallimento di un solo socio avrebbero dovuto ineluttabilmente determinare il crollo di tutto l'edificio? Perché mai non si sarebbe verificata *ipso iure* una riduzione del negozio ai soci superstiti? Perché mai si sarebbe richiesto, per la continuazione dei rapporti sociali, un nuovo *consensus* dei *socii* superstiti, e cioè una liquidazione totale degli effetti del contratto seguita da una nuova costituzione di *societas*?

Di solito non si adducono ragioni, dagli studiosi della *societas* consensuale, per spiegare la singolarità ora denunciata. Essa viene accettata, sulle tracce della pandettistica⁶, come un postulato indiscutibile ed ha lasciato orme profonde nelle legislazioni moderne di ispirazione romana⁷. Chi tenta in qualche modo di giustificarla si richiama, al più, al carattere strettamente personalistico della *societas* romana, oppure al *ius quodammodo fraternitatis* che intercorre e deve intercorrere tra i *socii*, sopra tutto nella *societas totorum bonorum*⁸. Ora, si può essere anche d'accordo su questi connotati della società romana. Ma a che valgono ai nostri fini? Essi spiegano soltanto perché gli eredi (o altri aventi causa) di un *socius* non possano subentrare, venuto lui meno, al suo posto. Non rivelano perché la *societas* tutta debba essere sacrificata, pur quando non si tratti di *societas* a due membri, per il venir meno anche di una sola partecipazione sociale⁹. In che cosa vengono scalfiti il carattere personalistico della società, il *ius quodammodo fraternitatis*, se di tre o più *socii* originari uno si eclissa e rimangono in società gli altri?

Se mai, i motivi che potrebbero chiarire l'asserita estinzione della

⁵ ARANCIO-RUIZ, *op. cit.* in n. 1, 73 ss.; GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*², 1963, 144, 195 ss.

⁶ Per tutti: WINDSCHEID, *Pand.* (tr. it. rist. 1930), 2 § 408.

⁷ Cfr., ad esempio, i §§ 724-728 BGB e gli art. 1729 § 4 e 5, 1731-1734 c. c. 1865 (sui quali ultimi, per tutti, DE RUGGIERO, *Ist. d. civ.*⁹ 3, 1934, 403 s.). Alla antica tradizione ha reagito il c. c. 1942, agli art. 2284 (morte del socio), 2285-2287 (recesso ed esclusione del socio), 2288 (esclusione di diritto del socio fallito): cfr., per tutti, FERRI, *Delle società*, in *Commentario Scialoja-Branca*, 1957, 224 ss.

⁸ Cfr. Ulp. D. 17, 2, 63 pr.: ... *cum societas ius quodammodo fraternitatis in se habeat*. Sul punto: ARANCIO-RUIZ, *op. cit.*, retro, n. 1.

⁹ Sull'eccezione importata dalla *societas vectigalium*, v. *infra* § 8 e n. 110.

societas plurilaterale dovrebbero scaturire: o dal carattere di sinalagma, nel senso moderno e pieno della parola, del negozio societario romano¹⁰; oppure dal fatto che il *consensus* dei *socii* dava luogo, secondo la visuale romana, ad una correlazione unitaria, indifferenziabile, irriducibile tra i *socii*, ad una sorta di co-gestione degli stessi¹¹. Ma il carattere sinallagmatico della *societas* classica viene generalmente, ed opportunamente, negato¹². E quanto alla concezione della *societas* come co-gestione, a prescindere da ogni altra critica che a questa ricostruzione della *societas* romana (o per lo meno di quella classica) possa muoversi¹³, gli argomenti fondamentali che sono stati addotti a suo sostegno fanno leva proprio sul preteso carattere onninamente estintivo della *renuntiatio* e dell'*actio pro socio*¹⁴. Prima di tutto, quindi, lo studioso dell'istituto ha il dovere, a mio avviso, di procedere ad una verifica delle fonti. Una verifica spassionata, che non si lasci influenzare, come forse è successo finora, né dal peso della tradizione pandettistica, cui si è accennato poco fa, né da idee preconcette circa la struttura classica dell'istituto.

2. - La risultanza, a mio parere, più sicura che si trae dall'esame delle fonti classiche sul tema della *renuntiatio*, della morte, della *capitis deminutio*, del fallimento, anzi di tutta la *societas* come struttura generale, è che il paradigma tenuto presente dai giuristi classici è quello della *societas* bilaterale, a due soci soltanto. Si badi: non si nega che all'esperienza giuridica romana sia stata nota sin dai tempi più risalenti la *societas* plurilaterale¹⁵, ma si vuol sostenere che i

¹⁰ Sui termini del problema, v. *infra* § 5.

¹¹ È la nota teoria del WIEACKER, *op. cit.* n. 3, specialm. 310 s., il quale concepisce la *societas* classica come « ein auf *fides* beruhendes, jederzeit frei lösliches Rechtsverhältnis zwischen je zwei Personen, die sich zu gemeinsamer und gemeinnütziger Geschäftsführung und zur Teilung der Gewinne oder Verluste aus dieser Geschäftsführung, formlos verabredet haben ».

¹² Per tutti, da ultimo, BENTJÖR, *Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen röm. R.* 1965, 5 s., citazioni *ivi*.

¹³ V. *infra* n. 136.

¹⁴ WIEACKER, *op. cit.* in n. 3, 313 ss.

¹⁵ *Retro*, n. 5. Cfr., per la casistica: Ulp. D. 17, 2, 63, 5 (*infra* n. 133), Paul. D. 17, 2, 65, 3 (*infra* § 3), 65, 9 (*infra* § 4), 65, 14 (*infra* n. 133), Paul. D. 17, 2, 65 pr.-2 (*infra* § 7), Ulp. D. 17, 2, 69 (*Cum societas ad emendum coiretur et conveniret ut unus reliquis nudius... praestaret rell.*). Discutibile Paul. D. 17, 2, 28.

giuristi preclassici e classici, quando parlavano in termini generali di *societas*, senza specificazioni di sorta, si riferivano esclusivamente alla *societas* bilaterale. Costatazione non del tutto nuova, ma che, guardando in particolare alla trattazione di Gaio ed alle modifiche ad essa apportate dalle Istituzioni giustiniane, assume un valore ben più significativo di quella, secondo cui « la casistica romana ci appare sempre ispirata all'ipotesi di due soli soci »¹⁶.

Esaminiamo dunque Gai. 3, 148-154, in parallelo con J. 3, 25. Dopo la definizione generale (ai nostri fini anodina) contenuta in Gai. 3, 148 e rispettivamente in J. 3, 25 pr. (*societatem coire solemus*, con quel che segue), eccoci alla *magna quaestio* della diversa ripartizione tra i *socii* dei guadagni e delle perdite, eccoci cioè a Gai. 3, 149-150 in rispondenza ad J. 3, 25, 1-3. Senza fermarci, in questa sede, sui complessi problemi di interpretazione e di critica dei testi¹⁷, ci è sufficiente prendere atto di ciò: che in Gaio il riferimento esclusivo della trattazione (trattazione di tono generale, e non di carattere casistico) ad una *societas* bilaterale è alquanto probabile, ma in Giustiniiano, che sicuramente deriva in questi paragrafi da Gaio, è addirittura sicuro, sì che illumina sotto questo profilo l'esposizione gaiana. In Gai. 3, 149 non è detto per esplicito se Quinto Mucio e Servio abbiano parlato solo di *societas* bilaterale o anche di *societas* plurilaterale¹⁸, ma inequivoca è almeno la dichiarazione finale dello stesso Gaio, una dichiarazione esplicativa riferibile, con tutta probabilità, alla intera trattazione che precede: *nam et ita posse coiri societatem constat, ut unus pecuniam conferat, alter non conferat, et tamen lucrum inter eos*

¹⁶ ARANCIO-RUIZ, *op. cit.* in n. 1, 75.

¹⁷ Sul tema, cfr. ARANCIO-RUIZ, *op. cit.* in n. 1, 93 ss.

¹⁸ Gai. 3, 149: *Magna autem quaestio fuit, an ita coiri possit societas, ut quis maiorem partem lucretur minorem damni praestet. quod Quintus Mucius < contra naturam societatis esse existimavit. sed Servius Sulpicius, cuius > etiam praevaluit sententia, adeo ita coiri posse societatem existimavit, ... ut quis nihil omnino damni praestet, sed lucri partem capiat, si modo opera eius tam praetiosa videatur, ut aequum sit eum cum hac pactione in societatem admitti. nam et ita posse coiri societatem constat, ut unus pecuniam conferat, alter non conferat, et tamen lucrum inter eos commune sit: saepe enim opera alicuius pro pecunia valet.* L'integrazione riportata è del Göschen.

*commune sit*¹⁹. Comunque, lo squarcio giustiniano, che forse riferisce l'antica controversia con più fedeltà dello stesso Gaio veronese²⁰, è sicuro: premesso (§ 1) che *nec enim unquam dubium fuit, quin valeat conventio, si duo inter se pacti sunt* eccetera, la disputa tra Quinto Mucio e Servio Sulpicio è collegata (§ 2) ad una *conventio* tra due socii, Tizio e Seio²¹.

Seguono, nell'uno e nell'altro manuale, i paragrafi specificamente attinenti al nostro tema: paragrafi nei quali Giustiniano ancora ricalca lo schema di Gaio, ma se ne distacca in taluni punti, come vedremo, sulle tracce di passi accolti nei *Digesta*²². Riferimenti specifici alla *societas* bilaterale mancano in: Gai. 3, 153 (scioglimento per *capitis deminutio*), che non ha corrispondenza in Giustiniano²³; in Gai. 3, 154 (scioglimento per *venditio bonorum*), cui corrispondono approssivamente J. 3, 25, 7-8²⁴; in J. 3, 25, 6 (scioglimento per esaurimento dello scopo sociale), che non ha corrispondenza in Gaio²⁵. Si noti, tuttavia, che in taluni di questi paragrafi (e precisamente, a proposito

¹⁹ Questa dichiarazione illumina il senso del successivo § 150, anch'esso sicuramente riferito alla *societas* bilaterale: *Et illud certum est, si de partibus lucri et damni nihil inter eos convenerit, tamen aequis ex partibus commodum et incommodum inter eos commune esse. rell.*

²⁰ ARANGIO-RUIZ, *op. cit.* in n. 1, 101 s.

²¹ J. 3, 25, 1: *Et quidem si nihil de partibus lucri et damni nominatim convenerit, aequales scilicet partes in lucro et in danno spectantur. quod si expressae fuerint partes, hae servari debent: nec enim unquam dubium fuit, quin valeat conventio, si duo inter se pacti sunt, ut ad unum quidem duae partes et damni et lucri pertineant, ad dium tertia. 2. De illa sane conventionem quaesitum est, si Titius et Seius inter se pacti sunt, ut ad Titium lucri duae partes pertineant, damni tertia, ad Seium duae partes damni, lucri tertia, an rata debet haberi conventio? Quintus Mucius contra naturam societatis talem pactionem esse existimavit et ob id non esse ratam habendam. Servius Sulpicius, cuius sententia praevaluit, contra sentit, quia saepe quorundam ita praetiosa est opera in societate, ut eos iustum sit meliore conditione in societatem admitti: nam et ita coiri posse societatem non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat, et tamen rell.*

²² L'unico elemento nuovo è costituito da J. 3, 25, 6: *Item si alicuius rei contracta societas sit et finis negotio impositus est, finitur societas.*

²³ Gai. 3, 153: *Dicitur etiam capitis deminutione solvi societatem, quia civili ratione capitis deminutio morti coaequatur; sed utique si adhuc consentiant in societatem, nova videtur incipere societas.* Cfr. ARANGIO-RUIZ, *op. cit.* in n. 1, 163 ss.

²⁴ Gai. 3, 154: *Item si cuius ex sociis bona publice aut privatim venierint, solvitur societas.* J. 3, 25, 7-8 parla della *publicatio* di tutti i beni del socio e della *bonorum cessio* da parte sua. Cfr. ARANGIO-RUIZ, *op. cit.* in n. 1, 169.

²⁵ *Retro*, n. 22. Cfr. ARANGIO-RUIZ, *op. cit.* in n. 1, 168 n. 6.

del *capite minutus*²⁶, della *publicatio bonorum*²⁷, della *bonorum cessio*²⁸) la preoccupazione evidente del trattatista non è di segnalare che la società si scioglie per il venir meno del socio, ma di far presente che il socio *capite minutus* o fallito è come morto, sì che occorre necessariamente ricostituire la *societas*, mediante nuovo *consensus*, se si vuol prendere come socio il *capite minutus* o il successore del fallito²⁹. In questi paragrafi, insomma, nulla certo invita a ritenere che la *societas* plurilaterale non si estingua per *capitis deminutio* o fallimento anche di un sol socio, ma nulla del pari esclude che, sempre nella *societas* plurilaterale, questa si riduca, venendo meno un sol socio, ai superstiti. Il fatto che i nostri paragrafi facciano seguito a quelli sulla *renuntiatio* e sulla morte, in cui il riferimento (per lo meno originario) alla *societas* bilaterale, come vedremo, è evidente, potrebbe allettare, se mai, a supporre che il paradigma utilizzato sia quello della *societas* a due *socii*.

Passiamo perciò all'esame di Gai. 3, 151-152 in corrispondenza a J. 3, 25, 4-5.

3. - Gai. 3, 151: *Manet autem societas eo usque, donec in eodem <con>sensu*³⁰ *perseverant; at cum aliquis renuntiaverit societati societas solvitur. sed plane, si quis in hoc renuntiaverit societati, ut obveniens aliquod lucrum solus habeat. veluti si mihi totorum bonorum socius, cum ab aliquo heres esset relictus, in hoc renuntiaverit societati, ut hereditatem solus lucri faciat, cogetur hoc lucrum communicare; si quid vero aliud lucri fecerit, quod non captaverit, ad ipsum solum pertinet. mihi vero quidquid omnino post renuntiatam societatem acquiritur, soli conceditur.*

Il passo corrisponde in buona sostanza ad J. 3, 25, 4³¹. Lo si è

²⁶ Gai. 3, 153: *retro*, n. 23.

²⁷ J. 3, 25, 7: *retro*, n. 24.

²⁸ J. 3, 25, 8: *retro*, n. 24.

²⁹ Per il *capite minutus*, cfr. l'ultimo periodo di Gai. 3, 153: *retro*, n. 24. Per il *bonis cedens*, cfr. J. 3, 25, 8 i.f.: *sed hoc casu si adhuc consentiant in societatem, nova videtur incipere societas.*

³⁰ L'emendamento, comunemente accettato, si basa sul riscontro di J. 3, 25, 4. Cfr. SOLAZZI, *op. cit.* in n. 33, 154 n. 7.

³¹ J. 3, 25, 4: *Manet autem societas eo usque, donec in eodem consensu perseveraverint: at cum aliquis renuntiaverit societati, solvitur societas. sed plane si quis*

attaccato per motivi diversi dal Beseler³² e dal Solazzi³³, lo si è vigorosamente e giustamente difeso dall'Arangio-Ruiz³⁴. Non rientra nell'economia della presente indagine analizzarne il significato in relazione agli altri testi che parlano di *renuntiatio societati*: ci basti prendere atto dell'affermazione a carattere generale, secondo cui alla *renuntiatio* del socio consegue lo scioglimento della *societas*³⁵. Non si discute che, a prima vista, questo principio sembri proclamato in relazione ad ogni genere di *societas*, e non solo in relazione alla *societas* bilaterale. Tuttavia anche a prima vista è di innegabile evidenza che almeno l'esemplificazione con cui Gaio illustra il principio si riferisce appunto e solo ad una *societas* a due socii: *veluti si mihi totorum bonorum socius ... renuntiaverit societati*; e ancora: *mibi vero quidquid omnino post re-*

callide in hoc renuntiaverit societati, ut obveniens aliquod lucrum solus habeat, veluti si totorum bonorum socius, cum ab aliquo heres esset relictus in hoc renuntiaverit societati, ut hereditatem solus lucrifaceret, cogitur hoc lucrum communicare: si quid vero aliud lucrifaceret, quod non captaverit, ad ipsum solum pertinet: ei vero, cui renuntiatum est, quidquid omnino post renuntiatam societatem acquiritur, soli conceditur.

³² BESELER, « *Fruges et paleae* », in *Scr. Ferrini Milano*, 3, 1948, 278 ss.

³³ SOLAZZI, *Sul recesso del socio*, in *Iura*, 2, 1951, 154 ss.

³⁴ ARANGIO-RUIZ, *op. cit.* in n. 1, 152 ss. e 152 n. 1. Questo scritto è, peraltro, precedente a quello del Solazzi (n. 33).

³⁵ A prescindere dal punto trattato *infra* n. 36, va ricordato che il Solazzi, *op. cit.* in n. 33, 153 s., sospetta il periodo *si quid vero-pertinet* perché « oscuro e forse indecifrabile ». La critica non convince. Come si desume anche da Par. J. 3, 25, 4, il senso è questo: la *renuntiatio* determina la *solutio societatis*; tuttavia il recedente è tenuto a far partecipe l'ex-socio dei lucri in vista dei quali, per poterne fruire da solo, egli abbia callidamente esercitato il diritto di recesso; ogni altra cosa che egli non abbia acquistato subdolamente (cioè per poterne fruire da solo) va a tutto suo vantaggio, perché la società ormai è finita. Non vedo perché questa distinzione tra i lucri del recedente sia contraria a giustizia e ad equità: ingiusto e iniquo sarebbe proprio far riversare nelle mani del consocio anche i guadagni che il recedente abbia fatto in buona fede. Probabilmente il Solazzi è stato fuorviato da un'interpretazione erronea dell'insegnamento di Gaio. Egli ritiene che i lucri di cui si discute siano connessi ad acquisti anteriori alla *renuntiatio*, mentre sembra chiaro che Gaio si riferisce a guadagni successivi alla *renuntiatio* stessa: la *renuntiatio* cioè è stata fatta per prevenire che quei previsti guadagni vadano a finire in parte, *iure societatis*, nelle mani del consocio. Il mio socio *totorum bonorum* che, *cum ab aliquo heres esset relictus*, abbia receduto dalla società, *ut hereditatem solus lucri faciat*, è chiaro che al momento del recesso non ha ancora operato l'acquisizione successiva: egli è evidentemente un *heres voluntarius*, che opera la *renuntiatio* per poter poi fare l'*aditio* a proprio esclusivo vantaggio. V. *infra*, n. 37 e 49.

*nuntiatam societatem adquiretur soli conceditur*³⁶. Meno evidente, ma non del tutto priva di significato, è l'esemplificazione esposta nelle Istituzioni giustiniane: *ei vero, cui renuntiatum est, ... soli conceditur*³⁷: la limitazione ad un solo consocio del rinunciante, implicata dal *soli*, sembra comunque confermare il riferimento ad una *societas* bilaterale. Di più. La *renuntiatio* è sicuramente un atto unilaterale recettizio, da indirizzarsi al consocio, e che produce effetto, di regola, non prima del ricevimento da parte di quest'ultimo³⁸. Ciò posto, se Gaio (seguito, più o meno coscientemente, da Giustiniano) non avesse avuto in mente che il principio generale da lui affermato si riferiva alla sola *societas* bilaterale, egli non avrebbe esemplificato con una *renuntiatio mihi* (a me consocio), ma con una *renuntiatio sociis*, oppure avrebbe parlato anche nell'esempio, genericamente, di *renuntiatio (societati)*, evitando di specificare il destinatario o i destinatari della dichiarazione di recesso.

Ma quel che è veramente denso di significato, nell'uno e nell'altro caso, è l'*at* avversativo, che ha attratto l'attenzione tanto del Beseler³⁹ quanto del Solazzi⁴⁰. Non è il caso di indugiare sulla critica del Be-

³⁶ In questo periodo il BESELER, *op. cit.* in n. 32, elimina la virgola dopo *vero*; ma v. *contra* ARANGIO-RUIZ, *op. cit.* in n. 34, 152 n. 1. Il SOLAZZI, *op. cit.* in n. 33, 156, sospetta tutto il periodo, ma solo perché cade nell'equivoco di ritenere che esso si riferisca al *renuntians*, il quale non può essere indicato con lo stesso *mihi* con cui poco prima si è indicato il destinatario della rinuncia: v. *retro* n. 35. Ma è evidente che *mihi* si riferisce proprio al destinatario della rinuncia. Gaio giustamente conclude il paragrafo, affermando che il destinatario della rinuncia, diversamente dal rinunciante, ha diritto a far suoi tutti gli acquisti posteriori alla *renuntiatio*: affermazione forse un tantino superflua, ma che non costituisce affatto « una lepida ingenuità ». V. *infra* n. 49.

³⁷ Il periodo finale di J. 3, 25, 4 conferma la mia interpretazione del periodo finale di Gai. 3, 151, anzi di tutto quanto il testo gaiano: v. *retro* n. 35-36. Per la genesi della diversa interpretazione del Solazzi, v. *infra* n. 49.

³⁸ O, più genericamente: in una con la presa di conoscenza da parte del consocio: v. *infra* n. 41.

³⁹ BESELER, *op. cit.* in n. 32, 278 s.: « Das *at* tut so als wären die Begriffe der *perseveratio consensus* und Nichtgeschehensein einer Kündigung vertauschbar, das sind aber nicht: *socius Primus* in Ephesus schreibt einen Kündigungsbrief an *socius Secundus* in Rom: dann hört mit der Absendung des Briefes der *consensus* auf, vollzieht sich aber die *renuntiatio* erst mit der Ankunft des Briefes ».

⁴⁰ SOLAZZI, *op. cit.* in n. 33, 154 ss.

seler, troppo sottile e già sufficientemente contrastata da altri ⁴¹. Degni di nota, invece, i rilievi del Solazzi. Di fronte all'affermazione che la *societas* rimane in vita finché dura (*perseverat*) il consenso dei *socii* (di tutti i *socii*), ma può sciogliersi per *renuntiatio* di uno di essi (*at cum aliquis renuntiaverit societati, societas solvitur*), questi ha tenuto presente che la *societas* può essere anche plurilaterale ed ha pertanto acutamente osservato che Gaio sembra contraddirsi: da un lato afferma che la vita della *societas* è condizionata alla volontà perdurante di tutti i soci, dall'altro, sia pure a titolo avversativo, si accontenta del venir meno della volontà anche di un solo socio (magari su tre, quattro, dieci) per dichiarare estinta la società ⁴². Di qui il sospetto che sia caduta, prima di *at*, una frase intermedia, la quale dicesse che la *societas* si scioglie, in linea di principio, per volontà concorde di tutti i soci. Ma ragioniamo. Vero è che Gai. 3, 151 si trova nella « zona dei tagli », ma i tagli accertati in quella zona hanno una loro spiegazione di carattere storico, mentre la caduta della frase supposta dal Solazzi, escludendo che possa essere dipesa dal caso, sarebbe ingiustificabile ⁴³. Comunque, dato e non concesso che Gaio abbia potuto scrivere, prima di *at*, quanto ritenuto dal Solazzi, la contraddizione vi sarebbe stata sempre. Che senso ha affermare che la *societas* vive in funzione della concorde volontà di tutti i soci, si estingue pertanto in dipendenza del *contrarius consensus* di tutti i soci stessi, ma poi tutto ciò non è vero affatto perché basta la *renuntiatio* di un socio a farla

⁴¹ Cfr. ARANGIO-RUIZ, *op. cit.* in n. 1, 152 n. 1: chi parla di cessazione del consenso tra i soci per effetto della *renuntiatio* di uno di essi sottintende che la *renuntiatio* sia stata non soltanto spedita, ma anche ricevuta o comunque presa in conoscenza dal destinatario.

⁴² La premessa di una eccezione simile dovrebbe invece essere, secondo il Solazzi, l'affermazione che « naturalmente tutti i soci, cambiando volere, possono deliberare lo scioglimento della società ».

⁴³ Giova ricordare che il SOLAZZI, *op. cit.* in n. 33, 155, dichiara che si sarebbe astenuto dalla sua critica « alquanto sottile », se il § 151 non fosse vicinissimo al § 154, che la pergamena egiziana ha dimostrato essere stato fortemente accorciato: « se dal § 154 fu espunto ciò che era antiquato, potrebbe essere stata tolta al § 151 una dichiarazione che parve elementare e prolissa ». Ma il manoscritto veronese dimostra (sopra tutto se si aderisca alle critiche gajane del Solazzi) che le dichiarazioni elementari e prolisse non spiacevano ai lettori postclassici di Gaio, i quali anzi amavano inserirle nel testo anche là dove non c'erano.

crollare integralmente?⁴⁴ Se mai, le ragioni di critica ora esposte avrebbero dovuto portare il Solazzi a confermare, sia pure per motivi diversi da quelli indicati a suo tempo dal Beseler, la espunzione di *manet-at* sostenuta da questo autore: limitando il discorso gaiano all'affermazione che *cum aliquis renuntiaverit societati, societas solvitur*, la contraddizione di fondo denunciata dal Solazzi evidentemente scompare, sia pure a prezzo di un sospetto di glossema assolutamente inverosimile e quasi assurdo. Ora, non sarò io a negare che le regole del giuoco possono e debbono portare, in sede di esegesi critica, anche ai tagli più radicali; ma è chiaro che operazioni di questo tipo sono strettamente condizionate ad una sorta di stato di necessità logica o storiografica. Nella specie lo stato di necessità non esiste. A parte il fatto che *manet-perseverant* afferma una regola sicuramente classica, confermata anche da altre fonti⁴⁵, tutto si spiega, senza ipotesi di glossemi positivi o privativi di sorta, quando si rinunci al presupposto da cui è partito il Solazzi, e da cui parte con lui la comune dottrina, quando cioè si ammetta che la *societas* cui Gaio si riferiva a titolo di paradigma era la *societas* bilaterale⁴⁶. Ecco infatti, nella sua linearità, il ragionamento fatto dal giurista classico: la *societas* (bilaterale) dura finché dura il consenso dei *socii*, ma la *renuntiatio* di un socio, essendo manifestazione del venir meno del suo consenso, implica per forza di cose (non soltanto l'esclusione di quel socio dalla società, ma) l'estinzione della *societas*. Sullo stesso binario corre, anche se meno avvedutamente, il dettato delle Istituzioni giustiniane.

E che la *renuntiatio* di un socio determinasse, come suo effetto

⁴⁴ Anche il WIEACKER, *op. cit.* in n. 3, 314, trova poco chiaro l'*at* introduttivo del periodo in questione.

⁴⁵ Cfr. Diocl. C. 4, 37, 5: *Tandem societas durat, quamdiu consensus partium integer perseverat...* Gratuita l'affermazione del BESELER, *op. cit.* in n. 32, 279, per cui questa frase sarebbe stata rapita dalla cancelleria di Diocleziano ad una edizione ampliata del manuale gaiano, edizione composta nel corso del sec. IV d.C.

⁴⁶ Cade così la critica forse più calzante mossa a *manet-perseverant* dal BESELER, *op. cit.* in n. 32, 279 e n. 1: la frase (egli osserva) sarebbe priva di valore dogmatico (« dogmatisch wertlos ») accanto all'affermazione che la *societas* si scioglie anche per la *renuntiatio* di un solo socio. Se si ammette che Gaio si riferiva alla *societas* bilaterale, la corrispondenza logica tra *manet-perseverant* e *at-solvitur* diventa perfetta.

proprio e immediato, solo l'esclusione del recedente dalla *societas*⁴⁷; che l'effetto della *solutio societatis* fosse un effetto subordinato e riflesso, verificantesi nella sola ipotesi della *societas* bilaterale: tutto questo risulta abbastanza chiaramente da altri passi, sostanzialmente insospettabili, in cui non si parla di estinzione della *societas*, ma solo di liberazione del consocio (o dei consoci) da ogni obbligazione sociale nei riguardi del recedente. In primo luogo, da Paul. D. 17, 2, 65, 6, relativo ad una *societas* bilaterale, per quanti sospetti possano fondatamente o infondatamente puntarsi sulla soluzione del caso: *qui societatem in tempus coit, ... socium a se, non se a socio liberat*⁴⁸. In secondo luogo, e significativamente, da un testo che è proprio relativo ad un'ipotesi di *societas* (anche) plurilaterale:

D. 17, 2, 65, 3 (Paul. 32 ed.): *Diximus dissensu solvi societatem: hoc ita est, si omnes dissentiunt. quid ergo si unus renuntiet? Cassius scripsit eum qui renuntiaverit societati a se quidem liberare socios suos, se autem ab illis non liberare, quod utique observandum est, si dolo malo renuntiatio facta sit, veluti si, cum omnium bonorum societatem inissemus, deinde cum obvenisset uni hereditas, propter hoc renuntiavit: ideoque si quid damnum attulerit hereditas, hoc ad eum qui renuntiavit pertinebit, commodum autem communicare cogetur actione pro socio. [quod si quid post renuntiationem adquisierit, non erit communicandum, quia nec dolus admissus est in eo]*⁴⁹.

⁴⁷ In altri termini, la *renuntiatio* era solo causa di estinzione dei rapporti giuridici facenti capo *ex societate*, attivamente o passivamente, al socio recedente: che è la configurazione logico-giuridica più propria ed esatta dell'istituto.

⁴⁸ D. 17, 2, 65, 6 (Paul. 32 ed.): *Item qui societatem in tempus coit, eam ante tempus renuntiando socium a se, non se a socio liberat: itaque si quid compendii postea factum erit, eius partem non fert, ut si dispendium, acque praestabit portionem: nisi renuntiatio ex necessitate quadam facta sit. quod si tempus finitum est, liberum est recedere, quia sine dolo malo id fiat.* Sul testo, da ultimo, VAN OVEN, *op. cit.* in n. 1, 453 ss. Tralascio, in questa sede, i problemi relativi alla *societas in tempus coita*: mi basta rilevare che alla *renuntiatio* anticipata del *socius* non è collegata (per ammetterla o per escluderla) la *solutio societatis*. Il motivo per cui il socio recedente *ante tempus*, almeno di regola, *socium a se liberat*, ma non *liberat se a socio*, mi pare evidente. Il socio può in qualunque momento rimettere al consocio la sua situazione di credito, ma l'estinzione della sua situazione di debito è ostacolata dal fatto che il tempo convenuto per la durata della società non è trascorso.

⁴⁹ Sul testo, da ultimo, SOLAZZI, *op. cit.* in n. 33, 152 ss., con letteratura precedente. Non è il caso, in questa sede, di procedere ad un esame critico completo. Basti porre in luce tre punti: la genuinità di *diximus-renuntiet*, l'alterazione di *quod si quid*

4. - Gai. 3, 152: *Solvitur adhuc societas etiam morte socii, quia qui societatem contrahit certam personam sibi eligit*⁶⁰.

Oltre che per il venir meno di un socio *renuntians*, la *societas* si scioglie per morte di un socio. Ma perché? Forse perché viene a mancare uno dei pilastri su cui si regge? Non per questo, ma perché, dice Gaio, la persona di un socio deve essere quella e non altra; perché dunque, in particolare, non è ammissibile il subingresso dell'erede nella posizione del socio defunto⁶¹. La motivazione gaiana non vale assolutamente a spiegare perché mai dovrebbe la morte di un socio implicare anche lo scioglimento della *societas* plurilaterale. È chiaro invece che, nella sua limitazione alla certa persona del socio defunto, essa parte dal presupposto che la *societas* di cui si sta parlando a titolo

rell., il senso di *Cassius-liberare* (periodo che non risulta sospettato da nessuno: v. invece, per *ideoque-fn.*, BESELER, in ZSS, 45, 466). *Diximus-renuntiet* è attaccato dal Solazzi (e dagli autori che questi cita a p. 152 n. 1) perché da Ulp. D. 17, 2, 63, 10 (*solvitur societas... ex voluntate*) si ricaverrebbe che « per lo scioglimento della società occorre l'accordo di tutti i soci »: senonché proprio il passo di Ulpiano (su cui *infra* § 7) pone in luce che la *solutio ex voluntate* consiste nel venir meno della volontà concorde dei socii (... *sive voluntas... interierit...*), cioè nel *dissensus*. *Quod si quid rell.*, malgrado la difesa del Solazzi e degli autori da lui seguiti (cfr. 153 e n. 6) sembra sicuramente adiettizio, non solo nell'indifendibile *quia nec dolus admissus est in eo* (criticato dallo stesso Solazzi), ma anche nell'affermazione che gli acquisti operati dal recedente dopo la *renuntiatio* non sono da parteciparsi ai consoci: affermazione, nella sua genericità, erronea, perché la incomunicabilità non vale evidentemente per gli acquisti operati per causa di eredità (i quali sono certamente da ripartire con i consoci), ma solo per gli acquisti operati per causali diverse da quella ereditaria (*ex alia quadam causa*, come si precisa sulle tracce dei Basilici). È evidente, a mio avviso, che la infelice frase *quod si quid rell.* è derivata dall'equivoco di un glossatore o di un parafraсте, il quale ha travisato l'avvertenza (che si trova, ad esempio, in Gai. 3, 151) che i socii cui sia stata comunicata la *renuntiatio* acquistano, dopo la *renuntiatio* stessa, a solo proprio vantaggio, e non anche a vantaggio del socio recedente. Quanto al periodo *Cassius-liberare*, è importante che esso ponga in evidenza la liberazione dei consoci da ogni diritto del recedente, e non (o non anche) l'effetto della *solutio societatis*: nella specie di D. 17, 2, 65, 3 la *solutio societatis* non si verifica, non può verificarsi, perché la *societas* presa in considerazione è plurilaterale, e quindi rimangono dopo il recesso almeno altri due consoci in società (almeno altri due consoci il cui *consensus*, per dirla con Gaio, *perseverat*).

⁶⁰ Contro la soppressione di *adhuc*, proposta dal BESELER, *op. cit.* in n. 32, 278, v. le giuste riflessioni dell'ARANGIO-RUIZ, *op. cit.* in n. 1, 157 n. 1.

⁶¹ Spiegazione analoga a quella relativa alla estinzione del mandato *morte alterutrius*: cfr. Gai. 3, 160.

di paradigma è la sola società a due *socii*⁵². La persona del socio è insostituibile, perché la *societas* ha carattere strettamente individualistico⁵³: ne consegue che, in una *societas* bilaterale, venuto meno un socio, la *societas* si estingue. Se l'insegnamento gaiano non fosse ancorato al presupposto della *societas* bilaterale, la motivazione sarebbe diversa.

L'impressione è rafforzata, e non scalfita, dalla lettura di:

J. 3, 25, 5: *Solvitur adhuc societas etiam morte socii, quia qui societatem contrahit certam personam sibi eligit. [sed et si consensu plurimum societas coita sit, morte unius socii solvitur, etsi plures supersint, nisi si in cocunda societate aliter convenerit].*

Il primo periodo corrisponde alla lettera a Gai. 3, 152 e la nostra interpretazione di questo passo (riferimento alla sola *societas* bilaterale) è confermata dall'avversativo *sed et si*, con cui il secondo periodo introduce il discorso sulla *societas* plurilaterale. Né il secondo periodo può essere ritenuto di provenienza gaiana. A parte il fatto che esso non figura nel manoscritto veronese, difficilmente Gaio avrebbe rinunciato ad un discorso unitario, relativo sia alla *societas* plurilaterale che alla *societas* a due membri. Del resto, è ormai comunemente accettato che il secondo periodo delle Istituzioni giustiniane sia stato introdotto dai compilatori⁵⁴, che lo hanno desunto da:

D. 17, 2, 65, 9 (Paul. 32 *ed.*): *Morte unius societas dissolvitur, etsi consensu omnium coita sit, plures vero supersint, nisi in cocunda societate aliter convenerit: nec heres socii succedit: sed quod ex re communi postea quaesitum est, item dolus et culpa in eo quod ex ante gesto pendet tam ab herede quam heredi praestandum est.*

Frammento, questo di Paolo, notissimo alla critica⁵⁵, la quale

⁵² Si noti, a questo proposito, che Gaio dice *certam personam* (non *certas personas*) *sibi eligit*.

⁵³ Ecco perché in Pomp. D. 17, 2, 59 pr. si legge che *adco morte socii solvitur societas, ut nec ab initio pacisci possimus, ut heres etiam succedat societati*. Cfr. anche Ulp. D. 17, 2, 35.

⁵⁴ Cfr. FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in *Opere*, 2, 1929, 393.

⁵⁵ Da ultimo, ARANGIO-RUIZ, *op. cit.* in n. 1, 159, con letteratura precedente.

peraltro si limita prevalentemente all'espunzione della limitativa *nisi in coeunda societate aliter convenerit*⁵⁶. Solo lo Stoll ha proposto, ma dubitativamente, una revisione radicale di questo e del successivo paragrafo⁵⁷. Ed in effetti, quali che possano essere i risultati della critica, il § 10 deve essere preso in considerazione unitaria col nostro per evidente affinità di materia.

D. 17, 2, 65, 10: *Item si alicuius rei societas sit et finis negotio impositus, finitur societas: quod si integris omnibus manentibus alter decesserit, deinde tunc sequatur res, de qua societatem coierunt, tunc eadem distinctione utemur, qua in mandato, ut, si quidem ignota fuerit mors alterius, valeat societas, si nota, non valeat.*

Sembra fuor di dubbio che il periodo *item - finitur societas* del § 10, sostanzialmente riprodotto in J. 3, 25, 6⁵⁸, sia insitico, o almeno fuor di posto, nel contesto paolino, di cui interrompe inspiegabilmente il discorso; né può sostenersi che *quod si integris rell.* sia stato aggiunto in età postclassica⁵⁹, anche perché, come ha ben visto lo Stoll⁶⁰, *integris omnibus manentibus* è locuzione usata in un altro dettato di Paolo⁶¹.

Tanto premesso, comincerò con l'osservare che, mentre il § 9 (nella redazione attuale) è palesemente relativo ad una *societas* plurilaterale, il § 10, che pur ne continua sostanzialmente il discorso, è relativo ad una *societas* a due: *quod si... alter decesserit rell.*⁶². Il passaggio dall'una all'altra ipotesi non può essere ragionevolmente attribuito alla stessa mano: dunque, o nel § 9 o nel § 10 è intervenuta un'alterazione di carattere sostanziale. Ma, supponendo che il dettato genuino di

⁵⁶ Nonché all'espunzione di *et culpa*.

⁵⁷ STOLL, *Anfhebung eines Vertragsverhältnisses im röm. R.*, in ZSS, 44, 1924, 69 n. 3: *Morte unius societas dissolvitur...: nec heres socii succedit: sed quod ex re communi postea quaesitum est... tam ab herede quam heredi praestandum est: ... quod si integris omnibus manentibus alter decesserit...*, < *societas non valet* >.

⁵⁸ Cfr. FERRINI, *op. cit.* in n. 54, 393.

⁵⁹ In questo senso, invece, PRINGSHEIM, *Fs. Lenel*, 1921, 227.

⁶⁰ *Cit.* n. 57.

⁶¹ Cfr. Pap.-Paul. D. 18, 1, 72 pr.

⁶² Inoltre: *si ignota fuerit mors alterius, valeat societas rell.*

Paolo fosse relativo alla *societas* plurilaterale, non è credibile che il glossatore postclassico sia passato ad interessarsi della *societas* bilaterale senza ricorrere ad un ben che minimo avvertimento, o a carattere avversativo o a carattere esemplificativo. Tutto fa supporre che sia stato il § 9, per effetto di una rielaborazione postclassica, a passare dall'impostazione originaria della *societas* bilaterale all'impostazione della *societas* plurilaterale. Ed infatti il primo periodo del § 9 (*morte-succedit*) mostra segni palesi di alterazione. In esso gli editori hanno inserito *socii* dopo *unius*⁶³ e l'Arangio-Ruiz⁶⁴ corregge l'*omnium* in *plurium*, per eliminare il ridicolo di una *societas* consensuale (tra due o più persone, che sia), di cui si dica lapalissianamente che sia stata costituita col consenso di tutti coloro che concorsero a costituirla: ma la lacuna dopo *unius* va colmata, secondo l'uso rilevabile nelle fonti⁶⁵, piuttosto con *ex sociis*, anziché con *socii*, sì che non è detto che Paolo si sia originariamente riferito alla *societas* plurilaterale, anziché alla *societas* bilaterale; e la correzione *plurimum* è inaccettabile, visto il *plures vero supersint* che segue⁶⁶. Rispetto alla dichiarazione iniziale (*morte-dissolvitur*), il cui riferimento alla *societas* bilaterale è garantito, oltre che dal § 10 (*alter decesserit*), dallo stesso *etsi consensu omnium coita sit* (frase con cui si introduce per la prima volta il discorso relativo ad una *societas* plurilaterale), l'*etsi consensu-supersint* è evidentemente una glossa⁶⁷, rispetto alla quale il *nisi-convenerint* è ancora più evidentemente una glossa successiva o un successivo emblema tribonianco. Ond'è che la ricostruzione approssimativa del

⁶³ MOMMSEN, *D. ed. maior* ah1.

⁶⁴ ARANGIO-RUIZ, *op. cit.* in n. 1, 159.

⁶⁵ Cfr. *VIR*, sv. *socius* (col. 594: *ex sociis*).

⁶⁶ L'ARANGIO-RUIZ, *op. cit.* in n. 1, 159 n. 1 giustifica la correzione di *omnium* in *plurium* col richiamo al passo delle Istituzioni giustiniane. Ma in questo passo, dato l'ordine e il tipo diversi delle proposizioni, la coesistenza dei due *plurium* è tollerabile. È evidente, dunque, che il tratto *morte-supersint* è giunto alla commissione dei *Digesta* proprio come ora si legge: mentre i compilatori dei *Digesta* l'hanno trascritto alla lettera, i compilatori delle Istituzioni lo hanno convenientemente rimaneggiato. L'ipotesi che *morte-supersint* sia derivato da un glossema pregiustiniano si impone.

⁶⁷ L'annotatore postclassico ha appunto voluto significare che lo scioglimento della *societas* si verifica anche nell'ipotesi di società plurilaterale.

dettato genuino di D. 17, 2, 65, 9-10 deve essere, a mio avviso, la seguente:

Morte unius < ex sociis > societas dissolvitur [, etsi consensu omnium coita sit, plures vero supersint,] [nisi in coeunda societate aliter convenerit]. nec heres socii succedit: sed quod ex re communi postea quaesitum est [, item dolus et culpa in eo quod ex ante gesto pendet]⁶⁸ tam ab herede quam heredi praestandum est. [item si alicuius rei societas sit et finis negotio impositus, finitur societas:]⁶⁹ quod si integris omnibus manentibus alter decesserit, deinde [tunc] sequatur res, de qua societate coierunt, tunc eadem distinctione utemur, qua in mandato, ut, si quidem ignota fuerit mors alterius, valeat societas, si nota, non valeat.

Perché dunque J. 3, 25, 5 contiene, in aggiunta a quanto riferisce Gai. 3, 152, anche l'ipotesi della *societas* plurilaterale? La risposta ormai è facile. L'ipotesi della *societas* plurilaterale è stata desunta da un'incauta glossa inseritasi nel dettato di Paolo. Una glossa di cui i compilatori dei *Digesta* e delle *Istituzioni* (se non già un glossatore anteriore) hanno voluto smussare l'assurdità con la limitazione implicita dal *nisi (si) in coeunda societate aliter convenerit*. Resta confermato che la trattazione istituzionale di Gaio era rigorosamente limitata all'ipotesi della *societas* bilaterale⁷⁰.

5. - Ma il discorso relativo a Gaio può essere forse portato anche più avanti, con l'esame di:

Gai. 3, 137: *Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet: cum alioquin in*

⁶⁸ Il glossema è segnalato come probabile dallo STOLL, *op. cit.* in n. 57. V. anche *Index itp. ahl.*

⁶⁹ Cfr. STOLL; *op. cit.* in n. 57, 69 n. 3.

⁷⁰ Si noti. Ora forse si può capire perché Gai. 3, 153 dubiti dello scioglimento della *societas* per *capitis deminutio* di un socio. Per effetto della *capitis deminutio* viene meno il soggetto giuridico, ma rimane la *persona*. Dunque è escluso (come nel caso di morte) che subentri il successore, ma non è escluso che la *societas* possa continuare nella stessa persona, sia pure ad altro titolo, del *capite minutus*. Giuliano (cfr. Ulp. D. 17, 2, 58, 2) riteneva che, nell'ipotesi di *filius familias* emancipato, la *societas* « durasse »: Gaio, che ha presente il pensiero di quelli che sostengono lo scioglimento, dice che quanto meno essa può essere ripristinata. Sul punto, v. ARANGIO-RUIZ, *op. cit.* in n. 1, 163 ss.

verborum obligationibus alius stipuletur, alius promittat, et in nominibus alius expensum ferendo obliget, alius obligetur.

Nelle contrattazioni determinative delle obbligazioni consensuali ⁷¹ *alter alteri obligatur*: quindi anche la *societas* è vista solo nell'ipotesi della partecipazione di due *socii*, e non in quella della partecipazione plurilaterale. Si è svalutato da alcuni ⁷² l'argomento, col dire che siamo di fronte ad una « dichiarazione incompleta e, per naturale conseguenza, imprecisa », derivante da un « preconcetto della bilateralità rigorosamente intesa » ⁷³: dichiarazione che non deve impedire la costruzione della categoria della plurilateralità ⁷⁴. Ma dal punto di vista di Gaio la dichiarazione non è affatto incompleta o imprecisa. Non è frutto di imprecisione, per esempio, dichiarare per implicito che anche dal mandato sorge un *alterum alteri obligari*: sia perché Gaio espressamente lo ripete in 3, 155 ⁷⁵, e sia perché, anche a voler ritenere la bilateralità del mandato imperfetta ⁷⁶, sta in fatto che Gai. 3, 137 « parla di obbligazione reciproca, non che affermi propriamente, in tutta la sua portata, quella che noi chiamiamo bilateralità » ⁷⁷. Né vi è incompletezza nel fatto che Gai. 3, 137 « non ha tenuto conto come avrebbe dovuto dei contratti reali » ⁷⁸ perché, a prescindere dal fatto che *depositum*, *commodatum* e *pignus* sono

⁷¹ Che *contractus* abbia qui il significato dinamico di « contrattazione », cioè di formazione mediante il *consensus* di un'*obligatio*, sembra chiaro. In 3, 135 Gaio ha premesso in quali modi *consensu fiunt obligationes* e in 3, 136 egli ha precisato perché *istis modis consensu dicimus obligationes contrahi*: il § 137 continua il discorso del paragrafo precedente.

⁷² ARANGIO-RUIZ, *op. cit.* in n. 1, 71.

⁷³ ARANGIO-RUIZ, *op. cit.* in n. 1, 74 s., che fa dipendere da questo preconcetto il fatto che « la casistica romana ci appare quasi sempre ispirata all'ipotesi di due soli soci ».

⁷⁴ GROSSO, *op. cit.* in n. 5, 196 e 201 n. 1 parla, in generale, di uno « schema semplice » della bilateralità, al quale si sarebbe attenuto non soltanto Gaio: il fenomeno della pluralità altro non è, per i Romani, che « un intreccio che opera sul nucleo elementare espresso dalla bilateralità ».

⁷⁵ Gai. 3, 155: *... et ideo alter alteri tenemur in id, quod vel me tibi vel te mihi bona fide praestare oportet.*

⁷⁶ V. tuttavia GROSSO, *op. cit.* in n. 3, 201 ss.

⁷⁷ ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in dir. romano*, 1949, 87.

⁷⁸ ARANGIO-RUIZ, *op. cit.* in n. 77, 87.

estranei al suo sistema contrattuale ⁷⁹, quel che qui egli vuol porre in rilievo è che le vicendevoli obbligazioni non sorgono dalla rigidità di una forma determinata, ma dal *bonum et aequum*, cioè, nel concetto gaiano, dalla *fides bona* ⁸⁰. Se si volesse sottilizzare ad ogni costo, si potrebbe persino imputare all'incompletezza di Gaio in questo punto il fatto di aver ridotto tutte le fonti di *obligatio verbis* alla sola *stipulatio*, ma ragionare così è eccessivo, sopra tutto nei confronti di un manuale istituzionale ⁸¹. Quel che Gaio, presumibilmente con ogni avvedutezza, qui afferma e vuole affermare è che dai contratti consensuali, da tutti i contratti consensuali, discende di regola un *alterum alteri obligari*, che a sua volta è misurato dalla *fides bona*. Quindi, si pensi ciò che si vuole della classicità della *societas* plurilaterale: quel che è certo è che, nel sistema di Gaio, essa non trova posto. La fine della *societas* per *renuntiatio*, morte, *capitis deminutio*, fallimento di un socio discende dunque proprio dal fatto che la *societas* della quale Gaio discorre è una *societas* bilaterale.

Forse si vorrà opporre che il ragionamento di cui sopra non è sufficientemente robusto, e ciò per la circostanza che le Istituzioni di Giustiniano (e precisamente J. 3, 22, 3), che pure contemplano almeno in un punto l'ipotesi della *societas* plurilaterale, non trovano difficoltà nel ricalcare anche a questo riguardo Gaio, dal cui dettato eliminano solo il ricordo dei contratti letterali ⁸². Ma che la dichiarazione delle Istituzioni giustinianee sia incompleta e imprecisa, questo sì, si spiega, visto che esse sono state redatte, di norma, sulla falsariga di Gaio. Niente di strano che qui, come in molti altri luoghi, i compilatori

⁷⁹ Questo è uno dei motivi per cui le *obligationes* da *datio pignoris*, *commodatum*, *depositum* e fattispecie affini vanno qualificate *obligationes re contractae* « in senso improprio »: cfr. GUARINO, *op. cit.* in n. 1, 785 ss. Il che sembra sia totalmente sfuggito al LEMOSSE, in *RIID*, 65, 1967, 499.

⁸⁰ Sui rapporti tra *bonum et aequum* e *fides bona*, da ultimo, LOMBARDI (L.), *Dalla « fides » alla « bona fides »*, 1961, 194 ss., 198 ss. e letteratura ivi. A prescindere da ogni questione sul punto, è innegabile che per Gaio (si confronti 3, 137 con 3, 155) i due concetti sono equivalenti.

⁸¹ Particolarmente nei confronti del manuale gaiano, di cui sono ben note le numerose lacune.

⁸² La ragione dell'eliminazione si legge, in termini generali, in J. 3, 21.

abbiano omesso di ridimensionare un discorso gaiano non più pienamente valido per il loro diritto⁸³.

6. - Oltre che da Gaio (e conseguentemente dalle Istituzioni giustiniane) lo scioglimento della *societas* per *renuntiatio*, morte, *capitis deminutio*, fallimento del socio è affermato anche da altri due testi accolti nei *Digesta*: Mod. D. 17, 2, 4, 1 e Ulp. D. 17, 2, 63, 10. Non sorge dubbio che i due passi, nel contesto giustiniano, si riferiscano ad ogni ipotesi di *societas*, quindi anche alla *societas* plurilaterale. Ma per diritto classico?

Consideriamo anzi tutto:

D. 17, 2, 4 pr. e 1 (Mod. 3 reg.): *Societatem coire et re et verbis et per nuntium posse non dubium non est. Dissociamur renuntiatione, morte, capitis deminutione, egestate.*

Può darsi che il frammento sia frutto di una parafrasi o che sia stato interpolato, come già taluni hanno sostenuto⁸⁴. Tutto sommato, peraltro, propenderei per la genuinità sia formale che sostanziale. Anche a non voler dar peso al fatto che Modestino è un autore relativamente tardo, con uno stile che lascia molto a desiderare, si tenga presente che è proprio della *brevis narratio* delle *regulae iuris* condensare le dottrine in poche parole allusive e incisive fatte essenzialmente per aiutare la memoria⁸⁵. Il linguaggio approssimativo, dunque, si spiega. La *societas*, dice Modestino, essendo contratta *nudo consensu*, si costituisce con qualsivoglia manifestazione di volontà, cioè

⁸³ Anche in J. 4, 16, 2, ove si rileva che l'*actio pro socio* è *ab utraque parte directa*, lo schema tenuto presente dai compilatori giustiniani è quello della *societas* bilaterale. Si noti tuttavia che in J. 1, 21 pr., relativo al cd. *negotium claudicans*, la *societas*, a differenza degli altri contratti consensuali (*mandatum* compreso), non è citato tra le *causae, ex quibus mutuae obligationes nascuntur*: il che può anche essere dipeso dalla considerazione, in quel punto, che la *societas* è un contratto eventualmente plurilaterale.

⁸⁴ Per il pr., cfr. *Index itp. ahl.*; per il § 1, cfr. ALBERTARIO, *St. di d. rom.*, 5, 1937, 435 ss. Il dubbio cade su *et re et verbis* e sul generico e vago *egestate*.

⁸⁵ Cfr. Paul. D. 50, 17, 1, su cui, da ultimo, GUARINO, D. 50, 17, 202: « *interpretatio simplex* », in *Labeo*, 14, 1968, 65 ss.

sia per fatti concludenti (*re*)⁸⁶, sia con manifestazioni orali (*verbis*), sia a mezzo di *nuntius*; quanto al suo scioglimento, esso deriva (si ricordi l'elencazione di Gaio) da *renuntiatio*, morte, *capitis deminutio*, indigenza fallimentare (*egestas*)⁸⁷. Se, come è probabile, la *regula* è stata dedotta da Gaio⁸⁸, è altresì probabile che Modestino abbia fatto riferimento anch'egli al paradigma della *societas* bilaterale. Comunque, prudenza vuole che si dica questo soltanto: nulla induce a ritenere che Modestino si sia riferito anche alla *societas* plurilaterale, oltre che a quella bilaterale. La *regula* modestiniana, nella sua eccessiva stringatezza, è disponibile, per ciò che attiene al diritto classico, per qualunque soluzione del nostro problema.

Assai più complesso deve essere il discorso relativamente al testo di Ulpiano: il quale, nella compilazione giustinianea, non può essere esaminato da solo, ma deve essere preso in considerazione nell'ambito di una catena costituita dai fr. 63, 10, 64, 65 pr.

7. - D. 17, 2, 63, 10 (Ulp. 31 ed.): *Societas solvitur ex personis, ex rebus, ex voluntate, ex actione: ideoque sive homines, sive res, sive voluntas, sive actio interierit, distrabi videtur societas. intereunt autem homines quidem maxima aut media capitis deminutione aut morte: res vero, cum aut nullae relinquuntur aut condicionem mutaverint: neque enim eius rei, quae iam nulla sit, quisquam socius est, neque eius quae consecrata publicatae sit. voluntate distrabitur societas renuntiatione.*

D. 17, 2, 64 (Callistr. 1 quaest): *Itaque cum separatim socii agere coeperint et unusquisque eorum sibi negotietur, sine dubio ius societatis dissolvitur.*

D. 17, 2, 65 pr. (Paul. 32 ed.): *Actione distrabitur, cum aut stipulatione aut iudicio mutata sit causa societatis. Proculus enim ait hoc*

⁸⁶ In questo senso, che salva il pr. dal sospetto di alterazione, v. da ultimo, giustamente, ARANGIO-RUIZ, *op. cit.* in n. 1, 58.

⁸⁷ Un argomento contro l'emblema triboniano di *vel egestate*, sostenuto dall'ALBERTARIO, *op. cit.* in n. 84, si trae dalla dimostrazione che lo stesso Albertario basa sulla menzione della *capitis deminutio* per sostenere che il passo « non è stato alterato dai compilatori giustinianeî », e precisamente dai revisori della *massa edictalis*.

⁸⁸ Uno studio approfondito dei *libri regularum* di Modestino è ancora da farsi: cfr. SCHULZ, *Gesch. d. röm. Riviss.*, 1961, 224. Comunque, la derivazione, almeno indiretta, di D. 17, 2, 4, 1 da Gai 3, 151-154 è evidente.

ipso quod iudicium ideo dictatum est, ut societas distrabatur, renuntiatam societatem, sive totorum bonorum sive unius rei societas coita est.

Il concatenamento tardivo, con profondi interventi parafrastici e glossematici, dei tre passi è altamente probabile: basti pensare che la *solutio ex voluntate* trova il suo sviluppo (*itaque*) nel fr. 64 e che della *solutio ex actione*, soltanto annunciata nel fr. 63, 10, parla esclusivamente il fr. 65 pr.⁸⁰. A parte ciò, la ricostruzione non dico formale, ma sostanziale dei dettati genuini è, francamente, impossibile: unico glossema postclassico (o emblema giustiniano) che sembri sicuro è, nel fr. 63, 10, *maxima aut media (capitis deminutione)*, già appuntato da lungo tempo⁸¹. In queste condizioni dei testi, l'atteggiamento più corretto e prudente dell'esegeta deve essere, a mio avviso, quello di considerarli almeno in parte frutto di una parafrasi, questo sì⁸², ma come insegnamenti sostanzialmente classici. Pur se qualche dubbio può assalirci in proposito, accogliamo dunque come dettata da Ulpiano, e condivisa da Callistrato e da Paolo, la quadripartizione delle cause di estinzione della *societas* o dei rapporti ad essa conseguenti⁸³. Ma teniamo anche presente, sia ben chiaro, l'oscuramento del discorso genuino determinato dallo sforzo di sintesi del parafraste del fr. 63, 10 e del fr. 65 pr.⁸⁴.

⁸⁰ Difficile è stabilire se il concatenamento sia stato fatto dai compilatori giustiniani o da precedenti compilatori postclassici. Si noti, a questo proposito, che i fr. 63 e 65 sono di massa sabiniana, mentre il fr. 64 è tratto (e sistemato fuori ordine) dalla massa papiniana. La conclusione più attendibile è che a Triboniano il fr. 63, 10 sia pervenuto in immediato collegamento col fr. 65 pr.: di fronte al secco *distrabitur societas renuntiatione* del fr. 63, 10, i compilatori giustiniani hanno ritenuto necessario fornire il chiarimento che hanno tratto da Callistrato e inserito nel contesto come fr. 64. Non è da escludere anzi che il fr. 63, 10 esplicasse il concetto di *renuntiatio* in un modo che ai compilatori non è piaciuto e che questi hanno quindi omesso di riprodurre.

⁸¹ ARANGIO-RUIZ, *op. cit.* in n. 1, 170 e n. 1.

⁸² In questo senso, dubitativamente, si è manifestato in ordine al fr. 63, 10 il BESELER, *Miszellen*, in *ZSS*, 45, 1925, 466. Non convincono le osservazioni in contrario dell'ARANGIO-RUIZ, *op. cit.* in n. 1, 170 n. 1, che pensa a limitati interventi compilatori sul dettato genuino di Ulpiano e appunta pertanto *ideoque-societas*, nonché *maxima aut media*.

⁸³ In questo senso, sostanzialmente, ARANGIO-RUIZ, *op. cit.* in n. 1, 170 s.

⁸⁴ V. *retro*, n. 89. Al parafraste deve essere attribuita a mio avviso la spiegazione della quadripartizione sulla base dell'*interitus* degli *homines* (!), delle *res*, della *vo-*

Le prime due cause di *solutio societatis* (cioè la *solutio ex personis* e la *solutio ex rebus*) hanno tratto allo scioglimento per morte, per *capitis deminutio*, per fallimento in senso ampio (*res consecratae* o *publicatae*), per esaurimento delle *res* dedotte in società (*res vero, cum ... nullae relinquuntur*), ma vi alludono in termini estremamente vaghi e addirittura equivoci: ad esempio, sembrerebbe di dover ritenere, alla lettera, che la *societas* in tanto si estingua *ex personis*, in quanto tutti gli *homines*, cioè i *socii* che la compongono, vengano meno per morte o *capitis deminutio*⁹¹. Ma i punti più interessanti sono costituiti dalla *solutio ex voluntate* e dalla *solutio ex actione*, le quali si verificano, stando al criterio classificatorio esposto da *ideoque-societas*, quando vengano meno la volontà dei *socii* oppure la *actio pro socio* di cui essi dispongono⁹². L'ultimo periodo del fr. 63, 10 identifica laconicamente la *solutio ex voluntate* nella *renuntiatio* (evidentemente di un socio soltanto) e il successivo fr. 64 spiega a titolo di conseguenza (*itaque*) che, verificandosi la *renuntiatio*, i *socii* cominciano ad *agere separatim*, sì che *unusquisque eorum sibi negotietur*: se Ulpiano (o meglio, il suo parafraste) avesse tenuto presente l'ipotesi della *societas* plurilaterale, è ovvio che avrebbe parlato, prima e più che della *renuntiatio*, del *dissensus sociorum* (o del loro *consensus non perseverans*) come di cosa diversa dalla *renuntiatio*; viceversa Ulpiano ha parlato della sola *renuntiatio*, dunque si è riferito (forse con una esplicazione cancellata dai compilatori)⁹³ alla sola *societas* bilaterale. La identificazione delle conseguenze del recesso di un singolo socio con quelle del *contrarius consensus* è stata ottenuta mediante l'inserzione del frammento di Callistrato⁹⁴: un frammento formulato in maniera tale da potersi riferire anche alla *societas* pluri-

luntas e dell'*actio pro socio*. Il BESELER, *op. cit.* in n. 91, non dubita della sostanziale classicità della spiegazione e, in alternativa con l'ipotesi della parafrasi, si limita a sostituire *ideoque* con *nam*.

⁹¹ Il che non risulta solo da *ideoque-societas* (su cui v. *retro*, n. 91), ma anche e sopra tutto da *interemi-morte*.

⁹² V. *retro*, n. 93.

⁹³ V. *retro*, n. 89.

⁹⁴ Sull'indubbio riferimento originario del fr. 64 al *contrarius consensus*, non alla *renuntiatio* unilaterale, v. ARANGIO-RUIZ, *op. cit.* in n. 1, 151 n. 2. L'Arangio-Ruiz ammette dunque che i compilatori abbiano adattato il testo di Callistrato a spiegazione del *distribuitur-renuntiatione* di Ulpiano.

laterale¹⁰⁸. Il sospetto diviene certezza, quando si passi ad esaminare da vicino la *solutio ex actione*, illustrata dal fr. 65 pr. L'*actio pro socio* viene meno o per *stipulatio* o per *iudicium*, cioè o per novazione delle obbligazioni sociali effettuata mediante una *stipulatio*¹⁰⁹ o per deduzione di quei rapporti nella *litis contestatio*, che li traduce nel *condemnari oportere*¹⁰⁰. D'accordo: ma la *stipulatio* (o una mutua *stipulatio*) non può dar luogo ad un surrogato del rapporto sociale, se non nel caso che la *societas* sia bilaterale, cioè intercorra tra due parti, se non proprio tra due persone¹⁰¹; e quanto all'*iudicium*, essendo sicuramente da escludere che in una *societas* plurilaterale l'esercizio dell'*actio* da parte di un socio comportasse il litisconsorzio necessario di tutti gli altri¹⁰², essendo cioè sicuro che l'*actio* poteva essere esercitata da un socio anche contro un singolo altro socio, è evidente che in tanto si può affermare che l'*iudicium* comporti l'estinzione di tutti i rapporti derivanti dalla *societas*, in quanto ci si riferisca ad una *societas* bilaterale¹⁰³. Anche e sopra tutto l'ipotesi della *solutio ex actione* porta perciò a ritenere che il parafraste di Ulpiano e Paolo

¹⁰⁸ Non può escludersi peraltro che anche Callistrato, sebbene in maniera meno esplicita di Ulpiano, si riferisse alla *renuntiatio* della *societas* bilaterale come manifestazione di *dissensus*.

¹⁰⁹ Sul punto, con dimostrazione impeccabile, ARANGIO-RUIZ, *op. cit.* in n. 1, 176 ss.
¹⁰⁰ V. *infra*, § 8.

¹⁰¹ L'unico modo per tentare di sfuggire a questo argomento consiste nel concepire la *societas* plurilaterale come un negozio generatore di rapporti tra tutti i soci presi a due a due (dunque, una *societas* tra A, B e C genererebbe obblighi di A verso B, di A verso C, di B verso A, di B verso C, di C verso A, di C verso B): proprio quanto ha sostenuto il WIEACKER, *op. cit.* in n. 3, 329 s., in considerazione del fatto che « die Obligation der Natur nach nur Einheit oder selbständige Vielheit zulässt ». Ma che dalla *societas* a più contraenti non derivasse e non potesse derivare un unico rapporto a più soggetti, è qualcosa che va dimostrato e non può essere asserito. La verità è che in argomento nulla sappiamo e nulla possiamo dire o presumere, salvo questo: che se la *stipulatio* (generatrice di un rapporto tra sole due parti) viene indicata come possibile surrogato della *societas*, ciò dipende dal fatto che la *societas*, almeno nel caso specifico di D. 17, 2, 65 pr., è concepita come generatrice di un rapporto tra due parti. Comunque, se si vuol concepire la *societas* plurilaterale romana nel modo ipotizzato dal Wieacker, la tesi da me sostenuta non può che trarne vantaggio: nella *societas* tra A, B e C la *renuntiatio* di A implicherà l'estinzione delle obbligazioni reciproche tra A e B, tra A e C, ma non si vede perché debba implicare l'estinzione dei rapporti tra B e C.

¹⁰² Per tutti: KASER, *RZPR*, 1966, 151 s., e letteratura *ivi*. Cfr. anche WIEACKER, *op. cit.* in n. 3, 330 s.

¹⁰³ Valgano al proposito le stesse considerazioni fatte *retro*, n. 101.

tenesse presente, sulla traccia dei suoi modelli classici, il paradigma della *societas* a due membri.

8. - Naturalmente, le conclusioni di cui sopra in tanto reggono, in quanto si accetti la mia interpretazione di Paul. D. 17, 2, 65 pr. Ma la battaglia intorno alla genuinità di questo passo ed alla sua significazione classica è notoriamente accessissima. Per il che occorre aprire una parentesi relativamente a tutto il problema della *solutio societatis ex actione* ¹⁰⁴.

La maggioranza della dottrina non dubita che l'esercizio dell'*actio pro socio*, da parte anche di un sol membro della *societas*, determinasse l'estinzione della *societas* stessa: pura eccezione postclassica, costruita intorno ad un singolo caso eccezionale classico, sarebbe l'*actio manente societate*, di cui parla Paul. D. 17, 2, 65, 15 ¹⁰⁵. A questo orientamento ha tuttavia reagito con particolare vigore, da ultimo, l'Arangio-Ruiz, il quale, si noti, da un lato nega che il fr. 65 pr. affermi che la *societas* si sciogla in ogni caso *ex actione*, dall'altro ne sostiene per altri motivi l'alterazione ¹⁰⁶. A mio avviso, come ho già dianzi accennato ¹⁰⁷, non vi è dubbio che in diritto giustiniano la *solutio societatis* consegua, oltre che alla novazione dei rapporti relativi mediante stipulazione ¹⁰⁸, all'*editio* dell'*actio pro socio* ¹⁰⁹, ed è probabile che, sempre in diritto giustiniano, l'ipotesi di D. 17, 2, 65, 15 (*societas vectigalium causa coita*) costituisca una eccezione

¹⁰⁴ Sulla questione limpissime le pagine di ARANGIO-RUIZ, *op. cit.* in n. 1, 172 ss.

¹⁰⁵ Sul punto, citazioni in ARANGIO-RUIZ, *op. cit.* in n. 1, 173 n. 2. Da ultimo, in reazione all'ARANGIO-RUIZ, *op. cit.* in n. 106, WIEACKER, *Re. in ZSS*, 69, 1952, 503 ss.

¹⁰⁶ ARANGIO-RUIZ, *op. cit.* in n. 1, 176 ss. e 180 n. 2: «... *Proculus enim ait hoc ipso, quod iudicium dictatum est, renuntiatam videri societatem, nisi ita praescriptum sit 'ea res agatur de eo quod iam conferri oportuit'* (o 'ea res agatur cuius rei dies cessit')».

¹⁰⁷ *Retro* § 7.

¹⁰⁸ Effetto che, peraltro, deve intendersi limitato all'ipotesi di *societas* bilaterale: *retro*, n. 101.

¹⁰⁹ Non convince l'interpretazione di *Proculus-coita sit* sostenuta dall'ARANGIO-RUIZ, *op. cit.* in n. 1, 178: «l'esercizio dell'azione vale *renuntiatio* solo quando esso abbia luogo al fine di sciogliere la società; e con ciò si dice esplicitamente che tale risultato non si produce quando il socio attore non sia animato dalla detta volontà». V. *infra* n. 120.

(un *ius singulare*, direbbe taluno) inestensibile per analogia¹¹⁰. Ma il fr. 65 pr., analizzato alla luce del diritto romano classico, ha tutt'altro valore. Da esso non risulta in alcun modo che la *societas* si sciogliesse per l'*editio* dell'*actio pro socio*, ma risulta solo che le obbligazioni *ex societate* si estinguevano per effetto della *litis contestatio*¹¹¹.

La mia tesi già è abbastanza limpidamente avvalorata dal primo periodo, peraltro sicuramente parafrastico¹¹², del fr. 65 pr. (*actione-societatis*). Se è vero che la *societas solvitur ex actione* in quanto l'*actio pro socio interierit* (e ciò si legge nel fr. 63, 10)¹¹³; se è vero che l'*actio pro socio* viene meno (e quindi si scioglie la *societas*) quando le obbligazioni societarie siano novate mediante una *stipulatio*; ne

¹¹⁰ Paul. D. 17, 2, 65, 15: *Nonnumquam necessarium est [et] manente societate agi pro socio, veluti cum societas vectigalium causa coita est [propterque varios contractus neutri expediat recedere a societate] nec refertur in medium quod ad alterum pervenit*. Sul testo, da ultimo, in sensi opposti, ARANGIO-RUIZ, *op. cit.* in n. 1, 181 n. 1 e WIEACKER, *op. cit.* in n. 105, 504. Senza escludere la possibilità di una parafrasi pregiustiniana, ritengo che la sostanza classica del passo sia quella risultante dalle parole fuori parentesi quadre: *agere manente societate* è sempre possibile, ma talvolta (come nel caso della *societas vectigalium causa coita*) è addirittura necessario. La glossa *propterque-societate* spiega esattamente il perché di questa necessità nell'ipotesi di *societas vectigalium causa coita*, ma è sicuramente una glossa: sia perché il modo del verbo è al congiuntivo (anziché all'indicativo), sia perché il *propter varios contractus* è vago (cfr. ARANGIO-RUIZ, *cit.*), sia perché il carattere esemplificativo del *veluti* viene ad essere (per questo concentrarsi dell'esplicazione sulla *societas vectigalium*) snaturato. Da escludere è l'interpolazione (sostenuta in ultimo dal Wieacker) di *nonnumquam-pro socio*: i giustiniani avrebbero scritto una affermazione ben più recisa ed avrebbero evitato di riprodurre il *veluti*, che introduce l'indicazione di quella che per essi non è una tra le eccezioni, ma è l'unica eccezione alla regola che l'*actio pro socio* estingue la *societas*. Quanto al presumibile insegnamento classico, osservo: o anche in diritto classico all'esercizio dell'*actio pro socio* conseguiva (salvo l'eccezione della *societas vectigalium*) l'estinzione della *societas*, e allora nemmeno Paolo avrebbe scritto il *nonnumquam-veluti*; oppure in diritto classico l'*actio pro socio* era esercitabile anche *manente societate*, e allora Paolo non avrebbe detto che talvolta l'*azione manente societate* è « necessaria », ma avrebbe detto che essa è « possibile » anche *manente societate* (giuste in proposito le osservazioni del Wieacker); o infine in diritto classico l'*actio pro socio* era esercitabile sia *manente societate* che non, ma doveva in qualche caso trovar necessariamente luogo in costanza di società, e allora tutto si spiega, salvo l'*et* (il quale è stato inserito dai giustiniani per giustificare l'*agere manente societate* nell'ambito di un sistema in cui l'esercizio dell'*actio pro socio* importava di regola l'estinzione della *societas*).

¹¹¹ Sempre che, ovviamente, una *praescriptio pro actore* non intervenisse a limitare l'ambito dell'azione.

¹¹² V. *retro*, § 7.

¹¹³ V. *retro*, n. 93.

consegue che la *mutatio causae societatis* per effetto del *iudicium* altro non può essere che la consumazione o novazione delle obbligazioni *ex societate* implicata dalla *litis contestatio*¹¹⁴. Passiamo dunque al secondo periodo, che ha carattere confermativo ed esplicativo del primo (*enim*) e che, con tutta probabilità, come si desume dalla puntuale citazione dell'insegnamento di Proculo, è anche formalmente, oltre che sostanzialmente, ulpiano¹¹⁵. In esso si suole interpretare il *dictatum iudicium* come se si dicesse che l'*actio pro socio* è stata edita da uno dei *socii*, cioè da lui soltanto promossa¹¹⁶; in esso si discute altresì se Proculo abbia voluto dire che l'esercizio dell'*actio pro socio* implichi in ogni caso *renuntiatio societati* da parte dell'attore¹¹⁷; in esso infine si sostiene, dall'Arangio-Ruiz, che il dettato originario, dopo aver affermato che di regola la *societas* si ha per rinunciata, eccettuasse espressamente l'ipotesi di limitazione dell'azione (mediante una *praescriptio pro actore*) ai soli inadempimenti già incorsi, senza pregiudizio per la sussistenza futura della *societas*¹¹⁸. La terza congettura è, se non vado errato, priva di fondamento esegetico¹¹⁹ e, in un certo senso, anche inutile, perché è ovvio che l'attore *pro socio* potesse limitare nei debiti casi la sua richiesta (sempre, beninteso, che la *societas* fosse concepita come determinatrice di reciproche e ben determinate obbligazioni) mediante una *praescriptio pro actore*. D'altra parte, non convince per nulla l'interpretazione del pensiero di Proculo nel senso che la *societas* si abbia per rinunciata solo quando l'azione sia stata promossa a fini di radicale *renunciatio*: Proculo asserisce invece, ben chiaro, che il *iudicium* è *dictatum* (sempre e in ogni

¹¹⁴ Cfr. Gai. 3, 180 e, sul punto, KASER, *op. cit.* in n. 106, 228 s., con letteratura.

¹¹⁵ A prescindere dal BESELER, *op. cit.* in n. 91 e dall'ARANGIO-RUIZ, *op. cit.* in n. 106, non risulta che, alcuno abbia sospettato alterazioni del passo. Il sospetto di JÖRS, *R. Recht*, 1927, 168 n. 2, risulta abbandonato da JÖRS-KUNKEL², 1949, § 151. Del tutto prive di giustificazione (e comunque ininfluenti) le atese di *ilco* e di *ut-distrahatur* proposte da LEVY, *Konkurrenz der Aktionen und Personen* 2, 1, 1922, 143 n. 5.

¹¹⁶ Dottrina stranamente unanime. Dico «stranamente» perché, ad esempio, l'ARANGIO-RUIZ, *op. cit.* in n. 1, 176 s., non dubita che nel primo periodo (*actione-societatis*) si alluda al cd. effetto novativo della *litis contestatio*.

¹¹⁷ Sul punto, *retro* n. 109.

¹¹⁸ *Retro* n. 106: cfr. ARANGIO-RUIZ, *op. cit.* in n. 1, 178 ss.

¹¹⁹ Giustamente WIEACKER, *op. cit.* in n. 105, 503 ss.

caso) *ideo, ut societas distrabatur*¹²⁰. Dunque, tutto sta a vedere che cosa si debba intendere, dal punto di vista di Paolo, per *iudicium dictatum*. Se si deve intendere la pura e semplice proposizione dell'*actio pro socio*, è indispensabile dedurre dal passo che all'*editio actionis*, trattandosi di un modo sostanziale di *renuntiatio*, segue necessariamente la *solutio societatis*, senza possibilità di eccettuare le prestazioni future. Se viceversa, si deve intendere per *iudicium dictatum* l'avvenuta *litis contestatio*¹²¹, si trova nel secondo periodo del fr. 65 pr. una conferma di quanto, meno chiaramente, espresso nel primo periodo: la conferma del fatto che *litis contestatione* (così come *stipulatione*) le obbligazioni societarie si estinguono, per dar luogo al *condemnari oportere* del convenuto.

La soluzione esatta, a mio avviso, è quest'ultima. Sono note le discussioni che corrono, sia intorno alla classicità di *dictare (iudicium)* e sia intorno all'esistenza ed alla funzione, nel processo formulare, di un *edere* (o *dictare*) *iudicium* effettuato *in iure*, e precisamente in sede di *litis contestatio*, dall'attore¹²². Ma, senza voler escludere che, per motivi cui tra poco accenneremo, *dictare actionem (iudicium)* possa essere stato talvolta introdotto nei testi da lettori postclassici, la classicità della locuzione non può essere ragionevolmente discussa: raramente i motivi della critica interpolazionistica sono stati, come in questo caso, tanto evanescenti o arbitrari¹²³. Circa il senso di *dictare*

¹²⁰ V. *retro* n. 109. L'*ut* non ha valore finale, ma valore consecutivo. Secondo Proculo, per il solo fatto che il *iudicium* viene *dictatum* la *societas* si estingue, e appunto perciò egli dice che il *dictare iudicium* da parte del socio attore ha il valore di una *renuntiatio societatis*.

¹²¹ Non va taciuto che a questa conclusione, confermativa di quanto si legge nel primo periodo, invita l'*enim*, che sarebbe altrimenti inesplicabile.

¹²² Per tutti: PUGLIESE, *Il processo civile romano*, 2, 1, 1963, 353 ss.; KASER, *op. cit.* in n. 102, 162 ss., 218 ss.

¹²³ I sospetti su *dictare iudicium* sono stati avanzati da BESELER, *Beitr. z. Kritik d. röm. Rechtsquellen*, 4, 1920, 191 ss., il quale peraltro, si badi, soltanto dall'asserita alterazione di tutti i testi del *VIR* (meno *duc*) trae motivo per gettare l'ombra del dubbio su Paul. D. 17, 2, 65 pr. e su Marcian. D. 42, 6, 7. La letteratura più recente è quanto meno perplessa di fronte a tanto rigore critico: KASER, *op. cit.* in n. 102, 222 e n. 49, ammette che, in sede di *litiscontestatio*, l'attore *dictat iudicium* e il convenuto *accipit iudicium*, ma aggiunge « *sofern der Ausdruck überhaupt klassisch ist* » e rinvia alle considerazioni di JAHR, *Litis contestatio*, 1960, 205 n. 32; il *Jahr*, a sua volta, nega che *edere (dictare) iudicium* designi un atto integrativo della *litis contestatio*, ma si libera dei testi con *dictare iudicium* attraverso questo singolare ragiona-

iudicium, non credo sia il caso di impegnarsi, in questa sede, nella questione relativa alla struttura della *litis contestatio* nel processo

mento: a) non ha importanza saggiare la genuinità dei passi con *dictare iudicium*, stante la dimostrazione (165 ss.) che sia l'attore che il convenuto *accipiant iudicium* dal giudicante (il che implica che *dictare iudicium* altro non sia se non l'indicazione della formula che si vuole utilizzare); b) molti testi con *dictare iudicium* sono stati sospettati, Beseler a parte, di alterazione; c) i testi non sospettati (D. 21, 1, 30 pr., D. 42, 6, 7, D. 2, 13, 1, 1) mostrano che *dictare iudicium* indica l'*editio actionis* in generale, anche se nelle ipotesi di D. 17, 2, 65 pr. e di D. 42, 6, 7 « hervorgehoben werden soll dass das Verfahren zu einem *iudicium* geführt hat ». A tutto ciò, prescindendo da D. 17, 2, 65 pr. (che costituisce il *thema demonstrandum*) e da D. 2, 13, 1, 1 (che analizzo nel testo), credo si possano opporre le brevi considerazioni esegetiche che seguono. Paul. 18 ed. D. 9, 4, 22, 4 (*Si negavit dominus in sua potestate esse servum, permittit praetor actori arbitrium, utrum iureiurando decidere an iudicium dictare sine noxae deditioe velit...*) può anche essere una parafrasi, come sostiene il Beseler, ma dice chiaramente, con chiaro riferimento alla *litis contestatio*, che l'attore può *dictare iudicium* (evidentemente al convenuto) nell'ipotesi che (evidentemente *in iure*) non lasci la decisione della controversia al *insurandum* (cfr. LENEL, EP², § 58, 159); Pap. 9 quaest. D. 15, 1, 50, 2 (*Etiā postquam dominus de peculio conventus est, fideiussor pro servo accipi potest, et ideo, qua ratione, si post actionem dictatum servus pecuniam exsolverit, non magis repetere potest quam si iudicium dictatum non fuisset, eadem ratione fideiussor quoque utiliter acceptus videbitur...*) può essere anche formalmente alterato (cfr. *Index itp. ahl.*), ma, sul presupposto che il *dominus* sia stato già *conventus*, pone a raffronto l'ipotesi che il pagamento del debito sia avvenuto dopo la *dictatio actionis* oppure (sempre ovviamente a processo iniziato) prima della stessa, sicché anche qui il riferimento alla *litis contestatio* è chiaro; Paul. 1 ed. cur. D. 21, 1, 30 pr. (*Item si servi reddibendi nomine emptor iudicium accepit vel ipse eius nomine dictavit...*) non si capisce perché dovrebbe essere stato interpolato proprio da un post-classico nelle parole *vel ipse dictavit* (così Beseler, che oltre tutto non tiene presente il seguito del passo), ma si riferisce alla duplice ipotesi che il venditore agisca (previa restituzione del prezzo) contro il compratore per la restituzione del *mancipium*, o che il compratore agisca contro il venditore per la restituzione del prezzo previa riconsegna del *mancipium*, rendendo chiaro con ciò che il *dictare et accipere iudicium* interviene tra le parti; Scaev. 25 dig. D. 41, 9, 3 è ancor più chiaro in questo stesso senso (*Duae filiae intestato patri heredes extiterunt... et post aliquot annos morte patris familiae heriscundae iudicium inter eas dictatum est...*), e non è affatto vero che si tratti dell'« Anfrage » scritta da un inesperto interrogante, perché il successivo *quaesitum est rell.* dimostra che il *casus* è stato sintetizzato con sue parole proprio dal giurista; Ulp. 67 ed. D. 43, 3, 1, 4 (... *quemadmodum solemus facere, quotiens incertum est, quae potius actio teneat: nam duas dictamus protestati ex altera nos velle consequi quod nos contingit*) non può essere tolto di mezzo con un « selbstverständlich » e con rilievi su *protestati* e *contingit* (Beseler); Pomp. 15 Q. M. D. 45, 1, 112 pr. (attaccato dal Beseler con argomenti evanescenti) dimostra luminosamente che, se taluno si è fatto promettere mediante *stipulatio* Stico o Panfilo con la clausola « *quem volam* », egli ha possibilità di scelta, anzi di mutamento della scelta già operata, *donec iudicium dictet*, cioè sino a quando si verificherà la *litis contestatio* (troppo facile obiettare che *donec dictet* è « unnötig »); Ulp. 7 disp. D. 46, 7, 13, 1 (*Si fuero a [fideiussore] < sponsore > procuratoris stipulatus indicatum solvi quasi in rem acturus et postea in personam egero, vel alia actione acturus, aliam autem dictavero actionem,*

formulare¹²⁴. È sufficiente sottolineare che, nei testi sicuramente classici, *dictare iudicium* indica una attività dell'attore, e più precisamente un'attività connessa al momento della *litis contestatio*¹²⁵. Solo in età postclassica, scomparso il processo formulare, *dictare iudicium* è passato ad indicare genericamente l'attività dell'attore, a cominciare dall'*editio actionis* iniziale, con la quale si dà vita al processo. Estremamente significativo è, a tal riguardo:

D. 2, 13, 1 pr. (Ulp. 4 ed.): *Qua quisque actione agere volet, eam edere debet ... 1. <?> Edere est etiam copiam describendi facere [: vel in libello complecti et dare: vel dictare]. Eum quoque edere Labeo ait, qui producat adversarium suum ad album et demonstret <iudicium>, quod dictaturus est [, vel id dicendo, quo uti velit].*

Il testo si riferisce all'*editio actionis* stragiudiziale che, come ormai comunemente si ritiene, doveva precedere la *in ius vocatio*¹²⁶: esso descrive per l'appunto i modi di effettuazione di questa attività necessaria, ma informale. L'*etiam* di *edere vell.* fa intendere che in un primo periodo, cancellato dai giustinianei o da rielaboratori postclassici, Ulpiano doveva indicare un primo modo, probabilmente il più diffuso e il più ovvio, di *editio*¹²⁷, ed il pensiero corre subito alla consegna del testo scritto dell'azione prescelta: ove non si volesse o potesse far uso di questa modalità, l'*editio* poteva anche (*etiam*) essere compiuta col dare modo all'avversario di trascrivere su proprio materiale scritto gli appunti del futuro attore (*copiam describendi facere*). Certa-

stipulatio non committitur...) non può essere decurtato di *vel-actionem* con l'accusa di completomania (Beseler); infine Marcian. 2 reg. D. 42, 6, 7 (*Qui iudicium dictaverunt heredi, separationem quasi hereditarii possunt impetrare, quia ex necessitate hoc fecerunt*) dimostra che la *litis contestatio* è avvenuta e che essa si è concretata in un *dictare iudicium* da parte degli attori.

¹²⁴ Quadro della questione in KASER, *op. cit.* in n. 102, 218 ss. La mia opinione in GUARINO, *op. cit.* in n. 1, 263.

¹²⁵ Ai fini della presente dimostrazione, ciò è più che sufficiente. In relazione alla dottrina cui aderisco (n. 124), mi sembra opportuno aggiungere che, se è vero che la *litiscontestatio* era data sia dal *dictare* che dal correlativo *accipere iudicium*, è tuttavia spiegabile che i testi (cfr. n. 123) si limitino spesso ad indicare per breviloquenza il solo *dictare* o il solo *accipere iudicium*.

¹²⁶ Per tutti: KASER, *op. cit.* in n. 102, 162 ss., PUGLIESE, *op. cit.* in n. 122, 353 ss.

¹²⁷ Per tutti: PUGLIESE, *op. cit.* in n. 122, 356 ss. e letteratura *ivi*.

mente adiettizio, a mio modo di vedere, il *vel in libello complecti et dare*, in cui è sin troppo evidente l'allusione alla procedura cognitoria dell'età postclassica¹²⁸; proprio l'inserzione di questa frase deve aver determinato la cancellatura del primo periodo da noi supposto. Ora, se *vel-dare* è interpolato, interpolato deve essere anche *vel dictare*. Mentre infatti è ridicolo che nel processo formulare si proceda ad un dettare sillabando (*dictare*) quando si può dall'autore, senza propria fatica, *facere copiam describendi*, è invece verosimile che nel processo cognitorio il libello non sia consegnato, per mancanza di un *exsecutor*, sì che all'avversario se ne detti (e in certo modo se ne proclami) il testo. Comunque, l'interpolazione di *vel dictare* è confermata sopra tutto dalla descrizione dell'altra modalità di *editio actionis*, la modalità consistente nel mettere l'avversario di fronte all'albo e nell'indicare la formula che *in iure* si detterà: non è pensabile che Ulpiano abbia potuto ricorrere allo stesso verbo *dictare* per alludere a due operazioni così diverse. Il Beseler, che si è reso conto dell'impossibile coesistenza nel testo classico di *vel dictare* e di *quod dictaturus est*, espunge come interpolato *quod-quo*¹²⁹; ma la verosimiglianza, tenuto conto della diversa struttura del processo formulare e di quello cognitorio, sta invece tutta nell'interpolazione di *vel dictare*. La tesi che *iudicium dictatum* stia a significare l'avvenuta *litis contestatio* trova quindi un'ulteriore conferma¹³⁰.

9. - Ricapitolo in breve.

Per diritto romano preclassico e classico, la *solutio societatis* conseguiva alla *renuntiatio*, alla morte, alla *capitis deminutio*, al fallimento di un *socius* solo quando la *societas* fosse bilaterale¹³¹. Era inoltre addirittura ovvio (e ciò spiega perché Gaio non ne parli nemmeno) che la *solutio societatis* derivasse altresì dalla *litis contestatio*, sempre che la *societas* fosse bilaterale e che, inoltre, l'attore non avesse

¹²⁸ Dubitativo PUGLIESE, *op. cit.* in n. 122, 357.

¹²⁹ BESELER, *op. cit.* in n. 123, 191: ... *et demonstret < formulam, qua > uti velit*. Il tutto senza ombra di dimostrazione.

¹³⁰ Per Paul. D. 17, 2, 65 pr., è importante l'ammissione del JAIR (*retro* n. 123).

¹³¹ *Retro* § 2-7.

limitato l'azione mediante una *praescriptio pro actore*¹³². In verità, non si trattava di un effetto diretto, ma solo di un effetto riflesso dei fatti giuridici ora accennati. La conseguenza immediata e propria degli stessi era di estinguere i diritti e gli obblighi facenti capo al rinunciante, al morto, al *capite minutus*, al fallito, all'attore: siccome nell'ipotesi di *societas* bilaterale quei diritti ed obblighi erano tutto e solo ciò che scaturiva dal contratto, ecco che la loro estinzione implicava l'estinzione della stessa *societas*. Nell'ipotesi di *societas* plurilaterale, che i giuristi classici indubbiamente conoscevano ma non assumevano a paradigma delle loro trattazioni, la *solutio societatis* non si verificava: si verificava soltanto l'estinzione delle situazioni attive e passive facenti capo *ex societate* al recedente, al morto, al *capite minutus*, al fallito, all'attore¹³³. La *societas*, in altri termini, si riduceva ai *socii* superstiti e si estingueva soltanto se questi ultimi, in considerazione del mutato aspetto economico della fattispecie, smettevano di essere d'accordo nel volere che la *societas* sussistesse¹³⁴.

¹³² Retro § 7-8.

¹³³ Di tutto ciò si ha conferma, credo, leggendo senza prevenzioni due ben noti testi sulla *societas* plurilaterale. Paul. D. 17, 2, 65, 14, fa l'ipotesi (che doveva essere quella più usuale) che *communis pecunia peneus aliquem sociorum sit* e afferma che chi voglia realizzare la quota di un socio uscente deve esercitare l'*actio pro socio* esclusivamente nei confronti del detentore della *communis pecunia*, aggiungendo: *quae deducta, de reliquo, quod cuique debeatur, omnes agere possunt*. Il passo (ingiustamente rimaneggiato dal NABER, in *Mnemosyne* 23, 1895, 152) dimostra che il venir meno di un socio e il conseguente esercizio dell'*actio pro socio* non implica necessariamente la fine della *societas*: i soci superstiti *possunt agere de reliquo, quod cuique debeatur*, ma possono anche non *agere*, restando in società. Se il testo è rimasto intatto nella Compilazione giustinianea, ciò è dipeso, presumibilmente, dal fatto che esso non afferma esplicitamente che la *societas* si sciolga, e quindi si presta, anche se a prezzo di qualche difficoltà, ad una interpretazione coerente con il principio affermato in D. 17, 2, 63, 10 e 61 pr. Quanto ad Ulp. D. 17, 2, 63, 5, l'interpolazione innovativa del finale *sed magis est rell.* è notissima e sicura (v. *Index itp. ahl.*), comunque quel che rileva, in questa sede, è il *casus*: in una *societas* plurilaterale, A agisce contro B per avere la sua parte e la ottiene integra, dopo di che (*deinde*) agisce contro B il socio C, che peraltro non viene soddisfatto per l'intero. Il dubbio è se C possa agire, in un terzo momento, contro A per una equiparazione tra i due del ricavato: dubbio probabilmente risolto da Ulpiano in senso negativo. Se, per effetto del venir meno di A (e della sua conseguente azione per il conseguimento della quota sociale), la *societas* si fosse estinta, B sarebbe stato logicamente condannato a pagargli la stessa parte dovuta a C.

¹³⁴ In pratica, di fronte al venir meno di un socio di una *societas* plurilaterale, è probabile che, specie trattandosi di società a pochi soci, i *socii* superstiti non perseverassero nel *consensus* e la *societas* per ciò si estinguesse. Difficilmente infatti essi

In età postclassico-giustiniana, l'impostazione progressivamente (e non sempre in modo chiaro e pienamente cosciente) mutò. Si ritenne cioè che la *solutio societatis*, anche nell'ipotesi di *societas* plurilaterale, conseguisse direttamente e inevitabilmente alla *renuntiatio*, alla morte, alla *capitis deminutio*, al fallimento, e persino (di regola) alla semplice *editio actionis* da parte di un socio¹³⁵. Perché questo mutamento? In parte, giova ribadirlo, per equivoco circa l'insegnamento classico. In parte, giova supporlo, per la concezione diversa che si venne ad avere della *societas*: non come contratto determinativo di precise obbligazioni dei singoli soci, ma come contratto determinativo di una co-gestione sociale, cioè di una sorta di embrionale corporazione, giusta la nota tendenza dei tempi alla configurazione di enti associativi come soggetti distinti dalle persone dei soci¹³⁶.

avrebbero potuto perseverare nella *societas*, essendo rimasti privi dell'apporto del consocio.

¹³⁵ *Retro* § 8.

¹³⁶ V. *retro* n. 11. L'opinione del Wieacker, come cercherò di dimostrare in altra sede, non regge per diritto classico. Essa è sostenibile, entro certi limiti, proprio in ordine al diritto postclassico-giustiniano: sia perché in esso la *societas* (anche plurilaterale) andava sciolta per *renuntiatio* (e per morte ecc.) del socio, sia perché l'esercizio dell'*actio pro socio* da parte di un socio aveva normalmente effetto estintivo della *societas* tutta, sia perché all'esercizio dell'*actio pro socio* conseguiva, sia pure eventualmente e indirettamente, una liquidazione generale che comportava l'equiparazione di tutte le quote sociali (v. *retro* n. 133). V. anche l'itp. di D. 17, 2, 65, 5 i.f., su cui in GUARINO, « *Dissensus sociorum* », in *St. Volterra* (1969).

III

« DISSENSUS SOCIORUM »

1. La romanistica contemporanea è notoriamente divisa circa la risalenza al diritto (preclassico e) classico del *contrarius consensus* come modo di scioglimento *iure civili* dei contratti consensuali ⁽¹⁾. Sulle tracce del Siber ⁽²⁾, validamente appoggiato dal Grosso ⁽³⁾, la maggioranza degli studiosi la ammette ⁽⁴⁾, ma relegando all'età post-classico-giustiniana la concezione per cui esso si sarebbe riversato in reciproci *pacta de non petendo* (o in un unico *pactum ut discedatur*) tra le parti ed avrebbe operato *ipso iure* sopra tutto in forza del principio *pacta conventa bonae fidei iudiciis inesse*. Viceversa lo Stoll ⁽⁵⁾, ultimamente difeso dal Knütel ⁽⁶⁾, è dell'avviso che la giurisprudenza classica ignorasse il principio dello scioglimento *ipso iure (civili)* dei contratti per *contrarius consensus* ⁽⁷⁾ e collegasse l'estin-

(1) Da ultimo: KNÜTEL, 'Contrarius consensus', *Studien zur Vertragsaufhebung im römischen Recht*, Köln-Graz, 1968; GUARINO, *Per la storia del 'contrarius consensus'*, in *Labco*, 14, 1968, 271 ss.

(2) SIBER, 'Contrarius consensus', in *ZSS*, 42, 1921, 68 ss.

(3) GROSSO, *L'efficacia dei 'pacta' nei 'bonae fidei iudicia'*, in *Studi urbinati*, I, 1927, 29 ss.; da ultimo in *Il sistema romano dei contratti*³, Torino, 1963, 106 ss.

(4) Per tutti: BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*³, Milano, 1965, 428 s. Altre citazioni in KNÜTEL, *op. cit.*, 105 nt. 19.

(5) STOLL, *Die formlose Vereinbarung der Aufhebung eines Vertragsverhältnisses im römischen Recht*, in *ZSS*, 44, 1924, 1 ss.

(6) KNÜTEL, *op. cit.*, *passim*. Altra bibliografia, *ivi*, 105 nt. 19.

(7) Il KNÜTEL, *op. cit.*, 116 ss. e *passim*, raccogliendo e sviluppando uno spunto del KASER, *Das römische Privatrecht*, I, München, 1955, 537, sostiene tuttavia che già Paolo, forse per influenza di qualche dottrina scolastica, tendeva ad individuare nel *contrarius consensus* delle parti un negozio civilistico autonomo che operava *ipso*

zione *ipso iure* della sola *emptio venditio*, o tutt'al più anche della *locatio conductio* ⁽⁸⁾, ad un *pactum ut abeat* operante *re integra* e inerente a titolo di *exceptio* all'*iudicium bonae fidei* relativo ⁽⁹⁾. A mia volta, ho cercato in altro scritto ⁽¹⁰⁾ di sostenere che i giuristi dell'età classica ebbero consapevolezza tanto del *contrarius consensus* civilistico, valevole per tutti i contratti consensuali e risalente con tutta probabilità già al periodo preclassico quanto della prassi specifica, limitata all'*emptio venditio*, del *pactum ut abeat*. L'evoluzione postclassica altro non fece che generalizzare il secondo istituto e inquadralo entro le grandi linee del primo.

Un punto che resta da discutere in ordine all'accennata questione è quello relativo al *dissensus sociorum*. Di esso parlano per esplicito Paolo, D. 17. 2. 65. 3 e *Gai Ep.* 2. 9. 17, affermando che la sua efficacia è di *solvere* o *dissolvere societatem*. Gaio invece non sembra farvi riferimento ⁽¹¹⁾. Altri testi della compilazione giustiniana parlano in generale, con riguardo quindi anche alla *societas*, di *solutio* dei contratti consensuali per *contrarius consensus*, e non per *dissensus* ⁽¹²⁾: unica eccezione è quella di Pomponio, D. 46. 3. 80, ove si menziona il *contrarius dissensus* ⁽¹³⁾. Infine, tra i modi di *solutio societatis* Gaio e certi frammenti della compilazione indicano la *renuntiatio* del singolo socio, facendo sorgere il dubbio, e in taluni contesti la quasi certezza, che il *dissensus sociorum*, il *contrarius consensus* degli stessi, la loro *contraria voluntas* si identifichi appunto con essa ⁽¹⁴⁾.

Di qui i quesiti che passo ad enunciare. E cioè: *a)* se in materia di *societas* il *contrarius consensus* (o *dissensus sociorum*) sia stato mai

iure anche al di fuori dell'*iudicium bonae fidei*. V. sul punto: GUARINO, *Per la storia* cit., 273 s.

⁽⁸⁾ KNÜTEL, *op. cit.*, 120 ss. Ma v. GUARINO, *Per la storia* cit., 274 ss.

⁽⁹⁾ Cfr. KNÜTEL, *Die Inhärenz der 'exceptio pacti' im 'bonae fidei iudicium'*, in ZSS, 84, 1967, 133 ss.

⁽¹⁰⁾ GUARINO, *Per la storia* cit., 274 ss.

⁽¹¹⁾ *Gai.* 3. 151: *manet autem societas eo usque, donec in eodem (con)sensu perseverant; at cum aliquis renuntiaverit societati societas solvitur. rell.*

⁽¹²⁾ Papiniano, D. 41. 2. 46; Paolo, D. 50. 17. 153; Ulpiano, D. 50. 17. 35; Nerazio, D. 2. 14. 58, I. 3. 29. 4.

⁽¹³⁾ Quinto Mucio-Pomponio, D. 46. 3. 80. Sul testo: GUARINO, *Per la storia* cit., 270 nt. 1, e 276 nt. 39, ove si aderisce alla tesi secondo cui *dissensus* è stato sostituito, per distrazione di scrittura, all'originario *consensus*.

⁽¹⁴⁾ Sul punto, per un completo ragguaglio: GUARINO, *'Solutio societatis'*, in *Labeo*, 14, 1968, 139 ss.

identificato nella *renuntiatio unius socii*; b) se comunque la possibilità della *renuntiatio unius socii* escludesse, in materia di *societas*, la pratica utilità o addirittura la configurabilità del *dissensus* (o *contrarius consensus*) *sociorum*; c) se il *dissensus sociorum* fosse equivalente al *contrarius consensus* o avesse un regime totalmente o parzialmente diverso. Il tutto da vedersi, ovviamente, in prospettiva storica, per l'eventualità che vi sia stata una evoluzione (possibilmente da individuare) tra i tempi del riconoscimento del contratto di *societas* in Roma e quelli della compilazione giustinianea.

2. In ordine al primo quesito (se in materia di *societas* il *contrarius consensus*, o *dissensus sociorum* sia stato mai identificato nella *renuntiatio unius socii*), mi sia consentito richiamare, per brevità di discorso, i risultati di un altro mio studio⁽¹⁵⁾. In esso mi è parso di riuscire a dimostrare che, contrariamente alle prime apparenze, alle quali si affida la *communis opinio* romanistica⁽¹⁶⁾, la *renuntiatio unius socii* (e così pure la morte del socio, la sua *capitis deminutio*, il suo fallimento, l'esercizio dell'*actio pro socio* da parte sua) non dette affatto luogo, in diritto romano classico, alla *solutio societatis*, ma dette luogo soltanto allo scioglimento dei rapporti obbligatori tra il socio *de quo* e gli altri *socii*: la *solutio societatis* si verificava, come effetto riflesso, esclusivamente nell'ipotesi (la quale è proprio quella che costituisce il paradigma della trattazione gaiana dell'istituto) di una *societas* a due soci⁽¹⁷⁾. Fu il diritto postclassico-giustiniano ad equivocare ed a ritenere (talvolta) sciolta la *societas*, e cioè estinti tutti i rapporti obbligatori da essa originati, anche per il venir meno di uno dei partecipanti di una *societas* a più soci⁽¹⁸⁾. Il che dipese, anche, a mio avviso⁽¹⁹⁾, dal fatto che in età postclassica si andò profilando una concezione « entistica » della *societas* assolutamente estranea alla giurisprudenza preclassica e classica⁽²⁰⁾.

Posto che la *renuntiatio unius socii* non scioglieva di per sé, almeno in diritto classico, la *societas*, ne consegue che tra i modi di

(15) GUARINO, 'Solutio societatis' cit., *passim*.

(16) Per tutti: KASER, *Röm. Privatrecht*, I, cit., 479 ss.

(17) Per la dimostrazione: GUARINO, 'Solutio societatis' cit., 141 ss.

(18) Cfr. I. 3. 25. 5 in relazione a Paolo, D. 17. 2. 65. 10; GUARINO, 'Solutio societatis' cit., 149 ss. V. anche GUARINO, *op. cit.*, 154 ss.

(19) GUARINO, 'Solutio societatis' cit., 166 e nt. 136.

(20) V. invece WIEACKER, *Das Gesellschaftsverhältnis des klassischen Rechts*, in ZSS, 69, 1952, 310 ss.; KNÜTEL, 'Contrarius consensus' cit., 128 e nt. 26.

solutio societatis non poteva non esservi il *dissensus sociorum*. In caso diverso dovremo ritenere che i *socii*, una volta posta in essere la *societas*, non potessero operare un ripensamento collettivo, ma fossero inevitabilmente tenuti (salvo a sottrarsi singolarmente alla *societas* mediante *renuntiatio*) a portare a compimento il fine sociale ⁽²¹⁾, oppure ad attendere che esso si rendesse impossibile ⁽²²⁾, o infine ad aspettare fatalmente la morte di tutti (meno uno). Assurdo ⁽²³⁾.

Ma prescindiamo pure, per maggior sicurezza di dimostrazione, dalla tesi che la *renuntiatio unius socii* non avesse effetto risolutivo della *societas*. Facciamo conto che tra i modi di *solutio societatis* si annoverasse la *renuntiatio* ⁽²⁴⁾. Questo non implica che fosse esclusa la possibilità della *solutio* da *dissensus sociorum*. Anzi vi sono elementi testuali per ritenere con sicurezza che, comunque, il *dissensus sociorum* fu considerato, sia in età classica che in età postclassica, un modo autonomo di *solutio societatis*. L'esame di questi elementi ci permetterà di dare risposta al secondo dei quesiti propostici.

3. Va esaminato anzi tutto un lungo e ben noto frammento del commentario di Paolo *ad edictum*:

D. 17. 2. 65. 3 (Paolo, l. 32 *ad ed.*): *Diximus dissensu solvi societatem: hoc ita est si omnes dissentiunt. quid ergo si unus renuntiet? Cassius scripsit eum qui renuntiaverit societati a se quidem liberare socios suos, se autem ab illis non*

⁽²¹⁾ Si noti che il fine sociale poteva essere fissato *in perpetuum*, senza limitazioni nel tempo o negli scopi da realizzare. Cf. Paolo, D. 17. 2. 1 pr.: *societas coiri potest vel in perpetuum, [id est dum vivant,] vel ad tempus, vel ex tempore, vel sub conditione*. È pensabile che, in tale ipotesi (si supponga una *societas omnium bonorum* istituita per lo sfruttamento congiuntivo dei patrimoni dei *socii*), non vi fosse la possibilità per i *socii* di deliberare di comune accordo lo scioglimento?

⁽²²⁾ Si noti che la irrealizzabilità del fine sociale poteva diventare, ad un certo punto, a tutti probabile, anche quando non fosse ancora sicura. È pensabile che, in questa ipotesi, non vi fosse la possibilità per i *socii* di porre fine al rapporto societario prima che si verificassero tutti i pregiudizi implicati dalla irrealizzabilità?

⁽²³⁾ Le difficoltà sopra accennate sarebbero state ridotte nell'ipotesi di una *societas in tempus coita* (per la quale v. *infra*, nt. 50). La scadenza del termine, se anteriore alla morte dei *socii*, avrebbe posto fine al loro disagio. Comunque, l'opportunità di sciogliere la *societas* si sarebbe potuta delineare ai *socii* anche prima della scadenza del termine.

⁽²⁴⁾ Tale era certamente la situazione del diritto giustiniano. Si noti peraltro che, in diritto giustiniano, accanto alla *renuntiatio* esisteva, come causa di scioglimento della *societas*, anche il *dissensus sociorum*: *supra*, nt. 12.

liberare. quod utique observandum est, si dolo malo renuntiatio facta sit, veluti si, cum omnium bonorum societatem inissemus, deinde cum obvenisset uni hereditas, propter hoc renuntiavit: ideoque si quidem damnum attulerit hereditas, hoc ad eum qui renuntiavit pertinebit, commodum autem communicare cogetur actione pro socio. [quod si quid post renuntiationem adquisierit, non erit communicandum, quia nec dolus admissus est in eo] (25). 4. Item si societatem ineamus ad aliquam rem emendam, deinde solus volueris eam emere ideoque renuntiaveris societati, [ut solus emeris,] (26) teneberis quanti interest mea: sed si ideo renuntiaveris, quia emptio tibi displicebat, non teneberis, [quamvis ego emero] (27) quia hic nulla fraus est: eaque et Iuliano placent. 5. Labeo autem posteriorum libris scripsit, si renuntiaverit societati unus ex sociis eo tempore, quo interfuit socii non dirimi societatem, committere cum in pro socio actione(m): nam si enimus mancipia inita societate, deinde renunties mihi eo tempore, quo vendere mancipia non expedit, hoc casu, quia deteriores causam meam facis, teneri te pro socio iudicio. Proculus hoc ita verum ait, si [societatis] (socii) non intersit dirimi societatem [: semper enim non id, quod privatim interest unius ex sociis, servari solet, sed quod societati expedit]. haec ita accipienda sunt, si nihil de hoc in coeunda societate convenit. 6. Item qui societatem in tempus coit, eam ante tempus renuntiando socium a se, non se a socio liberat: itaque si quid compendii postea factum erit, eius partem non fert, at si dispendium, acque praestabit portionem [: nisi renuntiatio ex necessitate quadam facta sit] (28). [quod si tem-

(25) Per la dimostrazione: GUARINO, 'Solutio societatis' cit., 148 nt. 49. Ivi la precedente letteratura e la difesa del resto del § 3.

(26) Inutile ripetizione. Diversamente BESELER, in ZSS, 45, 1925, 466, che salva questa proposizione ed espunge (a causa dell'*ideoque*) la frase *solus - ideoque*. Cfr. anche: MEDICUS, 'Id quod interest', Köln-Graz, 1962, 200 e nt. 12.

(27) Cfr. BESELER, *loco cit.*, senza motivazione (forse a causa del *quamvis* con l'indicativo). A mio avviso, l'inciso rompe la fluidità della frase *sed si ideo - fraus est* ed è ultronco. È ovvio che la questione della *fraus*, relativamente al socio che abbia effettuato la *renuntiatio* perché contrario alla compra, si ponga anche nel caso che l'altro socio abbia già comprato. Comunque, qui il problema è se la *renuntiatio* sia dolosa, non se l'altro socio abbia comprato o meno.

(28) WIEACKER, *Gesellschaftsverhältnis* cit., 315. Esagrato BESELER, *Beiträge zur*

pus finitum est, liberum est recedere, quia sine dolo malo id fiat] (²⁹).

L'esordio del § 3 (*diximus-renuntiet*) non potrebbe essere più esplicito. Con riferimento ad una affermazione già fatta in precedenza (*diximus*) e che nella compilazione di D. 17.2 non è stata trascritta (³⁰), Paolo afferma che la *societas* si scioglie per *dissensus sociorum*: vedremo in seguito il valore da conferire a *dissensus* (³¹). Anche ad ammettere che *hoc ita est — dissentiunt* sia una glossa (³²), il valore della affermazione non cambia. Ed è importante che la proposizione interrogativa che segue (*quid ergo si unus renuntiet?*) pone il problema se ed in quale misura anche la *renuntiatio unius socii* abbia, sia in ordine alla società a due che in ordine alla società a più soci, la efficacia di sciogliere la *societas*. Dal che si deduce *ab initio* che, anche ad ammettere tale efficacia, la *renuntiatio* è tuttavia cosa diversa dal *dissensus*, non va confusa con esso e non lo supplisce. Intendere il *dissensus sociorum* come *renuntiatio omnium* (³³) è, in altri termini, un equivoco che non si può attribuire a Paolo, anche se è probabile che non sia stato estraneo a Giustiniano (³⁴).

A conferma di quanto sopra, si prenda atto altresì dell'affermazione che Paolo fa nell'ultimo periodo del paragrafo 5: *haec ita accipienda sunt, si nihil de hoc* (sc. *de renuntiatione*) *in cocunda socie-*

Kritik der römischen Rechtsquellen, III, Tübingen, 1913, 70, 144, che espunge *at si - fin.* (cfr. KRÜGER, *Digesta, ad h. l.*) per motivi essenzialmente formali.

(²⁹) WIEACKER, *Gesellschaftsverhältnis* cit., 315, e BESELER, *Beiträge*, III, cit., 75, 144. Sembra evidente la stessa mano che nel § 3 ha inserito *quod si - fin.: supra*, nt. 25.

(³⁰) *Diximus* è sicuramente di Paolo: KNÜTEL, '*Contrarius consensus*' cit., 124 nt. 3.

(³¹) *Infra*, § 5.

(³²) In questo senso KNÜTEL, '*Contrarius consensus*' cit., 126, che salva *diximus - societatem*. Ma il sospetto del Knütel si basa sul presupposto errato che sia sufficiente a sciogliere la *societas* il *dissensus* (nel senso di *renuntiatio*) anche di un solo *socius*.

(³³) Così Cirillo, sch. 9 a Bas. 12.1.63 (SCHELTEMA, B. II, 511): *ἐὰν πάντες ἀπαγορεύσωσιν οἱ κοινωνοί, λυεται ἡ κοινωνία*.

(³⁴) Nello stesso senso è inteso dai compilatori Callistrato, D. 17.2.64 (*itaque cum separatim socii agere coeperint et unusquisque eorum sibi negotietur, sine dubio ius societatis dissolvitur*), che è da essi concatenato ad Ulp. D. 17.3.63.10 (... *voluntate distrahitur societas renuntiatione*): v. tuttavia, sia pure in senso vario, ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, Napoli, 1950, 151 nt. 2; GUARINO, '*Solutio societatis*' cit., 64; KNÜTEL, '*Contrarius consensus*' cit., 126 nt. 20.

tate convenit ⁽³⁵⁾. Tutta la dottrina sulla *renuntiatio* (dolosa o intempestiva) ⁽³⁶⁾ vale se ed in quanto non si sia pattuito (*in continenti*) diversamente. Da D. 17. 2. 14 apprendiamo che si può anche convenire tra i soci *ne intra certum tempus abeat* ⁽³⁷⁾: Ulpiano (l. 30 *ad Sab.*) cita l'opinione di Pomponio circa l'inutilità del patto e vi aggiunge di suo che, anche se il patto sussiste, possono tuttavia esservi ragioni eccezionali di *renuntiatio ante tempus* ⁽³⁸⁾. Sia come sia, certo è che la valvola della *renuntiatio* non ha un funzionamento equiparabile a quella del *dissensus sociorum* perchè il *dissensus*, come vedremo meglio a suo tempo ⁽³⁹⁾, non subisce limitazioni di sorta (è inconcepibile pattuire che non sia ammesso dissentire) mentre la *renuntiatio* di limitazioni pattizie può invece subirne.

4. Vediamo ora più da vicino la dottrina sulla *renuntiatio*, quale risulta dal frammento D. 17. 2. 65. 3-6. Per nostra fortuna, il discorso è notevolmente più articolato e vario della sintesi semplificatrice che si trova in Gai. 3. 151 ⁽⁴⁰⁾, di cui ho (ripeto) cercato di dimostrare

⁽³⁵⁾ La dichiarazione, si badi, è di Paolo, non di Proculo, al cui discorso non è sintatticamente ricollegabile. Paolo con essa conclude tutta l'esposizione precedente, in ordine sia al recesso doloso che al recesso intempestivo.

⁽³⁶⁾ Sulla quale *infra*, § 4.

⁽³⁷⁾ D. 17. 2. 14 (Ulpiano, l. 30, *ad Sab.*): *Si convenerit inter socios, ne intra certum tempus communis res dividatur, non videtur convenisse, ne societate abeat. Quid tamen si hoc convenit, ne abeat [, an valeat]? eleganter Pomponius scripsit frustra hoc convenire: nam et si non convenit, si tamen intempestive renuntietur societati, esse pro socio actionem, sed et si convenit, ne intra certum tempus societate abeat, et ante tempus renuntietur, potest rationem habere renuntiatio. vell.*

⁽³⁸⁾ Per i problemi critici sollevati dal passo (e dai successivi fr. 15 e 16) cfr., da ultimo: VAN OVEN, 'Societas in tempus coita', in *Studi Arancio-Ruiz*, II, Napoli, 1953, 456 ss., 462 s.; BRETONE, 'Consortium' e 'communio', in *Labeo*, 6, 1960, 196 e nt. 84; ivi bibliografia precedente. A mio avviso, non vi è motivo per contestare la genuinità del testo sino al punto in cui esso è stato riprodotto *supra*, nt. 37. Forse interpolato è solo *an valeat*. Il problema non è se il *pactum ne abeat* valga o non valga, sia valido o nullo (la sua validità è implicitamente affermata dal periodo iniziale, che si suole attribuire giustamente a Sabino), ma se sia praticamente utilizzabile o meno: lo contesta, con un'argomentazione paradossale, Pomponio (*eleganter - actionem*); non lo contesta Ulpiano (*sed et - renuntiatio*), anche se ha cura di segnalare la possibilità di sottrarsi eccezionalmente ad esso.

⁽³⁹⁾ *Infra*, § 5.

⁽⁴⁰⁾ *Supra*, nt. 11. Il passo così continua: *sed plane, si quis in hoc renuntiaverit societati, ut obveniens aliquod lucrum solus abeat, veluti si mihi totorum bonorum socius, cum ab aliquo heres esset relictus, in hoc renuntiaverit societati, ut heredita-*

altrove il riferimento esclusivo al paradigma della *societas* a due *socii* soltanto⁽⁴¹⁾. Paolo espone il problema della *renuntiatio* in ordine alla ipotesi di una *societas* a due o più soci⁽⁴²⁾. Appunto perciò egli, a differenza di Gaio, non parla di *solutio societatis* (che è effetto riflesso della *renuntiatio* in una *societas* a due) ed usa la terminologia *dirimi societatem* solo quando riferisce il pensiero (e presumibilmente anche le parole) di una tesi che Labeone e Proculo hanno esposto con riferimento a fattispecie di società bilaterali⁽⁴³⁾.

L'insegnamento del testo paolino, se non erro, è questo. Di regola, giusta quanto affermato da Cassio nel § 3, la *renuntiatio* di un socio libera gli altri soci da ogni ulteriore obbligo verso di lui, ma non libera lui dalle sue obbligazioni verso i consoci: dunque, non solo la *societas* a più *socii* continuerà negli altri soci⁽⁴⁴⁾, ma la stessa società con il socio recedente continuerà limitatamente agli impegni che egli è tenuto ad assolvere *ex fide bona*⁽⁴⁵⁾. Naturalmente la giurisprudenza romana ha discusso circa i limiti da assegnarsi alla *bona fides* contrattuale e sarebbe interessante approfondire l'argomento, se non fosse un fuor d'opera ai fini del nostro studio⁽⁴⁶⁾. Basta qui rilevare per sommi capi che, stando sempre al testo di Paolo: *a*) i consoci non devono subire le conseguenze di un recesso fraudolento, cioè volutamente in loro pregiudizio⁽⁴⁷⁾; *b*) il recedente è pertanto tenuto a mettere in comune con i consoci i guadagni in vista dei quali, per lucrarli lui solo, egli ha proceduto ad una preventiva *renuntiatio*⁽⁴⁸⁾;

tem solus lucri faciat, coetur hoc lucrum communicare; si quid vero aliud lucri fecerit, quod non captaverit, ad ipsum solum pertinet. mihi vero quidquid omnino post renuntiatam societatem acquiritur, soli conceditur.

(41) GUARINO, 'Solutio societatis' cit., 143 ss.

(42) *Si omnes dissentiant ... socios suos ... ab illis...*

(43) Cfr. D. 17.2.65.5.

(44) GUARINO, 'Solutio societatis' cit., 147 s. e nt. 48 e 49.

(45) Lo si deduce, nel testo in esame, dal fatto che la *liberatio* è limitata, per effetto della *renuntiatio* di un socio, alle sole situazioni attive del recedente. In ordine alle situazioni passive di lui (e cioè ai rapporti *ex societate* di cui quelle situazioni sono espressione), la *liberatio* del recedente (e cioè l'estinzione dei rapporti *ex societate* di cui sopra) non si verifica se la *renuntiatio* è dolosa o intempestiva.

(46) Sul punto, per tutti: ARANCIO-RUIZ, *Società* cit., 188 ss.

(47) Cfr. i §§ 3 e 4, e v. *supra*, nt. 25-27.

(48) Cfr. § 3 i.f. (*ideoque si quidem damnum attulerit hereditas, hoc ad eum qui renuntiavit pertinebit, commodum autem communicare coetur actione pro socio*): i lucri devono essere conferiti ai consoci non a titolo di responsabilità per l'avvenuta *solutio societatis*, ma a titolo di esecuzione (che potrà essere pretesa, in ipotesi di inadempimento, con l'*actio pro socio*) dei rapporti *ex societate* ancora in

c) se la società è stata convenuta a termine⁽⁴⁹⁾, si applica lo stesso regime per il solo fatto che la *renuntiatio* è stata fatta prima della scadenza⁽⁵⁰⁾; d) se la società non è stata convenuta a termine, ma è implicito in essa che non la si possa alterare (e tanto meno sciogliere) prima di un certo tempo o di una certa operazione⁽⁵¹⁾, del pari il socio recedente non è liberato dal lato passivo, sicchè, se la sua intempestiva rinuncia pregiudica l'altro socio (o gli altri *socii*)⁽⁵²⁾, egli sarà tenuto con l'*actio pro socio*⁽⁵³⁾.

vita. Questo passo, se non vado errato, illumina il senso di Gai. 3.151 (nt. 40), la cui formulazione è indubbiamente ambigua. Sulla piena possibilità di esercitare l'*actio pro socio* in costanza di società, allo scopo di ottenere l'adempimento delle prestazioni dovute: GUARINO, 'Solutio societatis' cit., 158 ss.

(49) Cfr. § 6, su cui *retro*, nt. 28-29 e *infra*, nt. 50. L'ipotesi della *societas in tempus coita* è equiparata dall'ARANGIO-RUIZ, *Società* cit., 151 s., a quella della *societas con pactum ne intra certum tempus abeat*, di cui parla Paolo, D. 17.2.14 (nt. 37 e 38). Osservazione praticamente esatta, purchè si tenga presente che, in una società a più *socii*, l'apposizione di un termine riguardava necessariamente tutti i soci (i quali erano cioè tutti impegnati a non *renuntiare* prima della scadenza), mentre un *pactum ne intra certum tempus abeat* poteva anche riguardare singoli soci. V. anche GUARINO, 'Solutio societatis' cit., 147 nt. 48.

(50) Il VAN OVEN, 'Societas in tempus' cit., 453 s. ritiene il testo totalmente alterato perchè in contraddizione con D. 17.2.17.2 (Paolo, l. 6 *ad Sab.*): *in societate autem cocunda nihil attinet de renuntiatione cavere [eundem], quia ipso iure societatis intempestiva renuntiatio in aestimationem venit*. Posto che il passo sia genuino (per i sospetti su di esso, da ultimo: BESELER, *Unklassische Wörter*, in *ZSS*, 56, 1948, 323) e posto che Paolo non potesse contraddirsi dai *libri ad edictum* a quelli *ad Sabinum* (ove la frase in *societate cocunda rell.* potrebbe anche essere un lemma di Sabino), io mi domando se *cavere de renuntiatione* significhi *pacisci de renuntiatione* (come suggerisce Bas. 12.1.17.2, che, oltre tutto, traduce per il resto assai male il passo: οὐδὲν δεῖ συμφωνεῖν per *nihil attinet cavere*, κατὰ φύσιν τῆς κοινωνίας per *ipso iure societatis*). A mio avviso, il senso del testo paolino era questo: è inutile aggiungere al contratto di *societas* una *cautio* per l'ipotesi di *renuntiatio* intempestiva, perchè la *renuntiatio* intempestiva viene presa in considerazione *ipso iure* nell'*aestimatio litis*. Comunque, anche a non tener per buona questa interpretazione, va opposto al van Oven che l'inutilità pratica del *pactum ne intra certum tempus abeat* non implica l'impossibilità di apporlo al contratto sociale, e in ogni caso (per le ragioni addotte *retro*, nt. 49) non esclude l'apponibilità al contratto di un termine.

(51) Cfr. *infra*, § 5.

(52) Si ricordi che Labone e Proculo basano il loro discorso sull'ipotesi concreta di una *societas* a due soci: *supra*, nt. 43.

(53) Nel § 5 la critica ha giustamente attaccato l'attuale formulazione del pensiero di Proculo, là ove si parla di un interesse della *societas* (e non dell'altro socio) a non dirimere la *societas*; v. *Index interpolationum, ad h.l.* (con particolare riguardo alla dimostrazione del Riccobono), nonché Poggi, *Il contratto di società in diritto*

È quanto basta per concludere, in risposta al secondo dei quesiti propostici, che la possibilità della *renuntiatio unius socii* non escludeva nè la configurabilità del *dissensus* (o *contrarius consensus*) *sociorum*, nè la sua pratica utilità.

5. Resta pertanto da affrontare il terzo quesito: se il *dissensus sociorum* fosse equivalente al *contrarius consensus*, o avesse un regime totalmente o parzialmente diverso. La *communis opinio* non dubita della equivalenza di *dissensus (sociorum)* a *contrarius consensus*⁽⁵⁴⁾, e conforta forse taluno in questo convincimento il *contrarius dissensus* che si legge in Pomponio, D. 46. 3. 80⁽⁵⁵⁾. Ma in quest'ultimo testo è evidente che ci troviamo di fronte ad un errore di trascrizione (per *contrarius consensus*)⁽⁵⁶⁾, sicchè nel Knütel⁽⁵⁷⁾ è sorto il convincimento che *dissensus* in materia di *societas* abbia soltanto il senso di « venir meno del *consensus perseverans* tra i *socii* »⁽⁵⁸⁾. Se ciò è vero, sempre secondo il Knütel, il *dissensus sociorum* non può essere stato concepito come un negozio estintivo della *societas*, ma solo come un dato di fatto, cioè come l'evento (provocato dalle *renuntiationes* dei *socii*) che rende impossibile il permanere dei rapporti sociali⁽⁵⁹⁾.

Si potrebbe, in linea astratta, contestare questo ragionamento col rilievo che il *contrarius consensus*, anche se non operava *ex tunc*⁽⁶⁰⁾,

romano, II, Torino, 1934, 124. Condivido la tesi, ma non vedo perchè debba giungersi, sulle tracce del Riccobono, al punto di espungere *si societati - accipienda sunt*, con l'effetto di attribuire arbitrariamente a Proculo quella che è l'opinione (*si nihil de hoc rell.*) di Paolo.

(54) Per tutti: BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, Philadelphia, 1953, 408, s.v. *contrarius consensus*, e 439, s.v. *dissensus*. Con riferimento a D. 17. 2. 65. 3, v. inoltre i citati da KNÜTEL, 'Contrarius consensus' cit., 125 nt. 13. Sulla problematica complessa del *dissensus* e del *dissentire*, da ultimo: CANCELLI, s.v. *Dissenso (profilo storico)*, in *Enc. dir.*, XIII, Milano, 1964, 235 ss.

(55) Pomponio D. 46. 3. 80: *...aeque cum emptio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest.*

(56) *Supra*, nt. 13. Sul testo: KNÜTEL, 'Contrarius consensus' cit., 10 ss.

(57) KNÜTEL, 'Contrarius consensus' cit., 125 ss.

(58) Con riferimento a Gai. 3. 151 (nt. 11) e ad altri testi (Gai. 3. 153, *Gai Ep.* 2. 9. 17, Pomponio D. 17. 2. 37, Diocleziano, C. 4. 37. 5, I. 3. 25. 4), il KNÜTEL, *loco ult. cit.*, precisa: « Das hatte seinen guten Sinn, denn im Unterschied zum Kauf hat die *societas* über den Abschlusskonsens hinaus den sog. Dauerkonsens zur Voraussetzung ».

(59) KNÜTEL, 'Contrarius consensus' cit., 127.

(60) GUARINO, *Per la storia* cit., 273.

tuttavia aveva, a differenza della *renuntiatio*, la funzione di eliminare la *societas* in tutte le obbligazioni da essa nascenti e non soltanto nelle obbligazioni ancora da assolvere ⁽⁶¹⁾. Ma, a parte il fatto che questa obiezione si baserebbe sul discutibile presupposto che il *contrarius consensus* fosse possibile solo *re integra* ⁽⁶²⁾, sarebbe lecito opporre che la equivalenza di *dissensus* a *contrarius consensus*, almeno entro certi limiti ⁽⁶³⁾, è un *quid demonstrandum*, non una verità incontrovertibile. Si potrebbe allora, in linea concreta, contestare il ragionamento del Knütel col rilievo che, se è vero (come è vero) che la *renuntiatio* del socio non scioglieva nemmeno *re adhuc integra* la *societas* ⁽⁶⁴⁾, il *dissensus* non può essere qualificato come l'effetto delle *renuntiatioes sociorum*. Ma è chiaro che la più valida risposta circa il contestato carattere negoziale del *dissensus sociorum* non può che venire dall'analisi dei testi: Paolo, D. 17. 2. 65. 3, e *Gai. Ep.* 2. 9. 17.

In D. 17. 2. 65. 3 (Paolo, l. 32 *ad ed.*) ⁽⁶⁵⁾ la parte che qui ci interessa è quella iniziale: *diximus dissensu solvi societatem: hoc ita est, si omnes dissentiunt*. Il passo è stato attaccato da molti autori ⁽⁶⁶⁾, sopra tutto nell'uso del termine *dissensus* ⁽⁶⁷⁾ e nella esplicazione *hoc dissentiunt* ⁽⁶⁸⁾. Il Knütel salva la prima parte con buoni argomenti ⁽⁶⁹⁾, ma condanna la seconda (*hoc rell.*) ⁽⁷⁰⁾ ed appunto per ciò fa leva su Paolo, D. 17. 2. 65. 3, a sostegno della sua tesi. Tuttavia io credo di dover qui confermare la mia difesa dell'intero contesto ⁽⁷¹⁾.

⁽⁶¹⁾ SIBER, 'Contrarius consensus' cit., 711.

⁽⁶²⁾ I testi relativi al *contrarius consensus* parlano di *res adhuc integra* solo in quanto vogliono sottolineare che l'eliminazione radicale della *societas* deve obbedire a quest'ovvio presupposto. Essi non escludono affatto che le parti possano anche ad esecuzione iniziata eliminare *contrario consensu* quanto resta da eseguire del negozio.

⁽⁶³⁾ Per verità, l'onere della prova dovrebbe incombere su chi sostiene che *dissensus* non equivalga a *contrarius consensus*.

⁽⁶⁴⁾ Lo abbiamo visto *supra*, § 4.

⁽⁶⁵⁾ Riportato *supra*, § 3.

⁽⁶⁶⁾ STOLL, *Formlose Vereinbarung* cit., 14 nt. 1, 22; BESELER, in *ZSS*, 45, 1925, 466; WIEACKER, 'Societas'. *Hausgemeinschaft und Erwerbsgemeinschaft*, Weimar, 1936, 288 nt. 1; SOLAZZI, *Sul recesso del socio*, in *IVRA*, 2, 1951, 152.

⁽⁶⁷⁾ WIEACKER, *loco ult. cit.*, restituisce *consensu*; SOLAZZI, *loco cit.*, restituisce *voluntate*.

⁽⁶⁸⁾ *Supra*, nt. 66.

⁽⁶⁹⁾ KNÜTEL, 'Contrarius consensus' cit., 124.

⁽⁷⁰⁾ KNÜTEL, 'Contrarius consensus' cit., 124 ss.

⁽⁷¹⁾ GUARINO, 'Solutio societatis' cit., 148 nt. 49.

Ed infatti: *diximus-societatem* non può essere attribuito ai compilatori dei *Digesta*, o anche ad un possibile (e presumibile) compilatore pregiustiniano della « catena » tra Ulpiano, D. 17.2.63, e Paolo, D. 17.2.65⁽⁷²⁾, non solo e non tanto perchè *diximus* risponde allo stile di Paolo, quanto e sopra tutto perchè in D. 17.2.63.10⁽⁷³⁾, si legge che la società *solvitur... ex voluntate* e che la *solutio ex voluntate* si verifica per effetto della *renuntiatio*: proprio sulla base di un rilievo di questo tipo taluni ritengono, peraltro del tutto arbitrariamente, che *dissensu* sia stato sostituito da Giustiniano a *consensu*, oppure a *voluntate*⁽⁷⁴⁾. Ma andiamo avanti. Anche l'esplicazione *hoc-dissentiunt* non può essere adietizia, ma deve essere, sino a prova contraria, ritenuta genuinamente paolina: infatti, se per i compilatori giustiniani la *renuntiatio* era, come pare⁽⁷⁵⁾, di per se sola, anche se fatta da un solo socio, causa di *solutio societatis*, è evidente che essi avrebbero chiosato il *diximus-societatem* dicendo che anche un sol socio può dissentire e passando poi, sulle tracce di Paolo, a spiegare gli effetti di questa rinuncia solitaria⁽⁷⁶⁾; se i compilatori giustiniani avessero voluto in questo punto distinguere tra gli effetti della *renuntiatio omnium sociorum* e quelli della *renuntiatio unius socii*⁽⁷⁷⁾, essi avrebbero scritto *hoc ita est, si omnes renuntiant*, salvo a chiarire in prosieguito i limiti posti alla *renuntiatio unius socii*. Dunque, essendo escluso che i compilatori giustiniani abbiano potuto parlare di *dissensus (omnium)* in luogo di *renuntiatio omnium sociorum*, la chiosa *hoc-dissentiunt* o è scaturita da un'annotazione postclassica⁽⁷⁸⁾ oppure è proprio di Paolo. Ma perchè mai non sarebbe genuina? Secondo il Knütel⁽⁷⁹⁾, perchè *dissensus* si dice anche per l'ipotesi che una sola parte dissentesca dalle altre. Ora ciò è vero⁽⁸⁰⁾, tuttavia proprio per

(72) GUARINO, 'Solutio societatis' cit., 156 nt. 89.

(73) D. 17.2.63.10: ...voluntate distrahitur societas renuntiatione.

(74) *Supra*, nt. 67.

(75) *Supra*, nt. 72.

(76) Es.: *Si unus renuntiet, Cassius scripsit eum a se quidem liberare socios suos, se autem ab illis non liberare.*

(77) Cfr. in questo senso Cirillo, sch. 9 a Bas. 12.1.63 (SCHIETEMA, B II, 511).

(78) Così andrebbe, se mai, modificata la teoria del Knütel.

(79) KNÜTEL, 'Contrarius consensus' cit., 125 s.

(80) Cfr. Modestino, D. 40.5.14: *Modestinus respondit Seiae dissensum nullius esse momenti*. Ma non è sempre così: cfr. CTh. 3.16.2 (*Impp. Honorius, Theodosius, Constantius*, a. 421): *quod si matrimonium solo maluerit separare dissensu (sc. vir) rell.*

questo *hoc-dissentiant* è espressione giudiziosa e acuta di un insegnamento in tutto degno di Paolo. Questi, conscio dell'ambiguità del termine *dissensus*, ha lucidamente precisato che, in materia di *societas*, per *dissensus* va inteso il *dissensus omnium sociorum*.

Stabilita l'autenticità di tutto il periodo *diximus-dissentiant*, se ne può finalmente apprezzare il valore. La *societas* era caratterizzata da un *consensus perseverans*, nel senso che essa rimaneva in vita sin quando durasse il *consensus omnium: manet autem societas eo usque, donec in eodem consensu perseverant* ⁽⁸¹⁾. Questa caratteristica della *perseverantia consensus* può aver spinto i giuristi classici, o il solo Paolo, a parlare di *dissensus*, cioè di fine del *consensus sociorum* ⁽⁸²⁾, allorquando la *societas* si sciogliesse *ex voluntate sociorum*. Ma si trattò evidentemente solo di una questione di parole, solo di un sinonimo usato in luogo di *contrarius consensus*; e Paolo lo mette in luce quando dice che occorre il *dissensus* di tutti i *socii*, affinché la *societas* si estingua. La *solutio societatis*, dunque, non è per il giurista classico l'effetto immediato della *renuntiatio* o delle *renuntiationes sociorum*, perchè in questo caso sarebbe bastata la *renuntiatio* di tutti i *socii* meno uno oppure, secondo la *communis opinio*, la *renuntiatio* anche di un solo socio ⁽⁸³⁾: essa è invece l'effetto immediato di un atto giuridico cui devono partecipare tutti i *socii*, nessuno eccettuato, cioè l'effetto del *dissensus sociorum*. Se questo atto, e più precisamente questo negozio, non si concretizza in un *consensus in idem placitum*, vale a dire nel *contrarius consensus*, la *solutio societatis* non ha luogo.

6. Indubbiamente la distinzione tra l'ipotesi del *dissensus sociorum* e quella della *renuntiatio unius socii*, sopra tutto in una *societas* a due parti, è sottile. Tanto più sottile, e quasi evanescente quando si ritenga che anche la *renuntiatio* di un sol socio può determinare (sia pure indirettamente) la *solutio societatis*. Si spiega quindi che qualche autore moderno possa non averla colta e che, prima di lui, non l'abbia colta l'epitomatore di Gaio.

Gai Ep. 2. 9. 17: Permanet autem inita societas, donec in ipso consensu socii perseverant; quia, sicut consensu contrahi-

⁽⁸¹⁾ Gai. 3. 151 (nt. 11).

⁽⁸²⁾ *Dissensus* si incontra solo in D. 17. 2. 65. 3, D. 40. 5. 14 (nt. 80), CTh. 3. 16. 2 (nt. 80), D. 46. 3. 80 (nt. 13 e 55), *Gai Ep.*, 2. 9. 17 (nt. 6).

⁽⁸³⁾ *Supra*, § 2 e nt. 16.

tur, etiam dissensu dissolvitur. dissolvitur ergo societas aut morte unius socii, aut contraria voluntate, aut capitis diminutione, id est, si unus ex sociis, sicut frequenter supra diximus, capite fuerit diminutus.

L'epitomatore gaiano, dopo aver fedelmente parafrasato il primo periodo di Gai. 3. 151 (da *solvitur a permanent*), ha ritenuto opportuno commentarlo col periodo *quia-dissolvitur*, onde poi passare a riassumere in pochissime battute tutte le cause di *solutio societatis* di cui in Gai. 3. 151-153. Che cosa si intende nel suo linguaggio per *dissensus*? La prima risposta che viene alla mente è che si tratti, come per Paolo, del *contrarius consensus sociorum* ⁽⁸⁴⁾; ma, a meglio riflettere, ciò non è possibile perchè l'*ergo* del successivo periodo (*dissolvitur ergo societas rell.*) verrebbe a dire, a titolo di conseguenza, che ipotesi di *contrarius consensus* sono, oltre la *contraria voluntas* ⁽⁸⁵⁾, anche la morte e la *capitis deminutio* del socio ⁽⁸⁶⁾. Nè *dissensus* può significare *renuntiatio socii* (o *sociorum*) perchè la *renuntiatio* è implicata dal successivo *contraria voluntate* ⁽⁸⁷⁾ e perchè l'*ergo* continua a far difficoltà alla logica del periodo. La spiegazione più attendibile, pertanto, è che con *dissensus* l'epitomatore di Gaio non abbia inteso un negozio giuridico di scioglimento della *societas* (fosse esso il *contrarius consensus* o fosse invece la *renuntiatio*), ma la fattispecie della sopravvenuta mancanza di consenso tra i *socii*: mancanza del necessario alimento del *consensus perseverans* che effettivamente può aversi sia per *contraria voluntas* che (a maggior ragione) per morte o *capitis deminutio* di un socio ⁽⁸⁸⁾. *Gai Ep.* 2. 9. 17, insomma, non prova affatto che *dissensus* fosse uguale a *contrarius consensus* per i postclassici ⁽⁸⁹⁾,

⁽⁸⁴⁾ Così KNÜTEL, '*Contrarius consensus*' cit., 131 s., che però svalorza la portata del testo in considerazione della sua origine postclassica.

⁽⁸⁵⁾ Da intendersi (ancora) come *contrarius consensus*, o come *renuntiatio*? Nel secondo senso: KNÜTEL, '*Contrarius consensus*' cit., 132.

⁽⁸⁶⁾ Del tutto incredibile è, a mio avviso, la tesi che *ergo* non abbia nel testo postclassico il suo consueto significato: KNÜTEL, '*Contrarius consensus*' cit., 132 nt. 53.

⁽⁸⁷⁾ Cfr. *Gai Ep.* 2. 9. 19, in materia di mandato.

⁽⁸⁸⁾ Lo schema del pensiero dell'epitomatore postclassico è, in altri termini, questo: a) *societas* significa *consensus perseverans sociorum*; b) *solutio societatis* significa fine di quel *consensus*, cioè *dissensus sociorum*; c) cause della *solutio societatis*, e cioè del *dissensus sociorum*, sono la morte, la *capitis deminutio*, la *renuntiatio* di un socio.

⁽⁸⁹⁾ Comunque, non è detto che i postclassici abbiano pensato diversamente di Paolo.

ma prova, se mai, che l'epitomatore di Gaio non intendeva il termine *dissensus* come negozio risolutivo della *societas* ⁽⁹⁰⁾. D'altro canto la *contraria voluntas* di *Gai Ep.* 2. 9. 17 include certamente la *renuntiatio unius socii* ⁽⁹¹⁾, ma non esclude il *contrarius consensus* ⁽⁹²⁾.

7. E allora, ciò posto, che cosa rimane a sostegno della tesi che la *societas* non andasse sciolta in età classica per *contrarius consensus*, vale a dire per *dissensus sociorum*? Rimangono solo il silenzio di *Gai* 3. 151 in ordine al *contrarius consensus* e il parallelo che molti sogliono fare tra *societas* e *matrimonium*. Due argomenti davvero assai deboli, se non addirittura inconsistenti: perchè il silenzio di Gaio in ordine al *contrarius consensus* (e non solo in tema di *societas*, ma nella trattazione di tutti e quattro i contratti consensuali) è più che ampiamente giustificato dal fatto che Gaio parla qui solo di modi specifici di *solutio societatis* e degli altri contratti consensuali ⁽⁹³⁾; e perchè il parallelo col *matrimonium* classico, che oltre tutto vale solo per la *societas* a due soci, non implica necessariamente che la *societas* dovesse essere regolata come il *matrimonium*, ma potrebbe anche implicare l'inverso ⁽⁹⁴⁾.

Tolte facilmente di mezzo anche queste ultime argomentazioni, resta confermato che il *dissensus* (o *contrarius consensus*) *sociorum* fu un negozio estintivo dei rapporti sociali sin dalla età preclassica e classica.

⁽⁹⁰⁾ Quindi, se si volesse argomentare *e contrario* dal testo postclassico, dovremmo dire che *dissensus* come *contrarius consensus* è classico.

⁽⁹¹⁾ *Supra*, nt. 87.

⁽⁹²⁾ BOYER, *Le 'pactum de non petendo' en droit civil romain*, in *RH*, IV^e S., 10, 1931, 132 s.

⁽⁹³⁾ Se mai, può sorprendere che Gaio non parli del *contrarius consensus* in 3. 168 ss., là dove parla dei modi di estensione dell'*obligatio*.

⁽⁹⁴⁾ Sulla mia concezione del matrimonio classico: GUARINO, *Diritto privato romano*³, Napoli, 1966, 526 ss.

IV

LA SOCIETÀ COL LEONE

1. '*Societas leonina*' viene denominata usualmente, da secoli, quella società in cui ad un socio si riserva tutto il guadagno, si fa cioè la 'parte del leone'¹. Una società di questo tipo è società solo per modo di dire: appunto perciò i giuristi romani la proclamavano inammissibile e quindi invalida². Più accomodante il diritto italiano moderno. Il codice civile vigente, partendo dal presupposto che le parti non possano ignorare o disconoscere il principio legale di una indispensabile ripartizione tra i soci degli utili e delle perdite³, parla di un 'patto leonino' inserito *contra ius* nel contratto sociale e stabilisce che il patto è senz'altro nullo, ma la società normalmente è valida⁴.

Il problema che qui propongo è il seguente. Di dove è venuta fuori la formula '*societas leonina*'?

Di solito si afferma che la qualifica emerge dalle fonti giuridiche romane. È vero, ma sino a un certo punto. Tra

⁰ Rielaborazione di uno scritto, dallo stesso titolo, dedicato a François Dumont e pubblicato in *Labeo* 18 (1972) 72 ss.

¹ In materia: V. ABANGIO-RUTZ, *La società in diritto romano* (1950) 93 ss., 110 ss.; A. GUARINO, '*Societas consensu contracta*' (1972) 70 ss.

² *Amplius* sul punto: GUARINO (nt. 1) 72 ss.

³ Cod. civ., a. 2263-2264, su cui, per tutti: F. GALGANO, *Il contratto di società, Le società di persone* (1971) 93 ss.

⁴ Cod. civ., a. 2265: '(Patto leonino). È nullo il patto con il quale uno o più soci sono esclusi da ogni partecipazione agli utili o alle perdite'. Da ciò consegue che all'eventuale patto leonino si sostituiscono le norme di cui agli a. 2263-2264, giusta il principio fissato dall'a. 1414 co. 2: GALGANO (nt. 3) 95 s. e nt. 2. Non manca peraltro chi ritiene nullo il contratto sociale almeno in ordine al socio 'leonino', basandosi sulla poco convincente tesi che la causa del contratto di società sia costituita proprio dalla divisione degli utili e delle perdite in quel certo modo che sia stato stabilito dai soci: R. BOLAFFI, *La società semplice* (1947) 371.

i giuristi di Roma la locuzione non era affatto corrente. La si incontra una sola volta in un passo di Ulpiano⁵, nel quale si precisa che si trattava di un modo di dire proprio e caratteristico di C. Cassio Longino: 'Riferisce Aristone che Cassio ebbe ad affermare, in sede di responso, che non si potesse stringere una società allo scopo di far percepire ad una parte il guadagno, e di far sopportare all'altra il passivo, e che egli era solito chiamare leonina una siffatta società'⁶.

Ulpiano, si noti, non fa propria la terminologia cassiana. Si limita a registrarla come notizia appresa per il tramite di Tizio Aristone, allievo di Cassio⁷, e nel séguito del passo, pur approvando pienamente il responso del maestro sabiniano, quella terminologia non la riproduce: 'e noi siamo d'accordo che è nulla una società fatta in modo che uno dei due soci si prenda il lucro e l'altro non percepisca alcun vantaggio, ma sopporti il danno'⁸. Non

⁵ Ulp. 30 *Sab.* D. 17.2.29.2. Da notare che il tit. D. 17.2 ('*Pro socio*') è quello appunto dedicato dai *Digesta* al contratto di *societas* (e in particolare all'*actio pro socio*, promessa dal pretore nel suo editto: cfr. LENEL, *EP.* § 109). Allo stesso argomento Ulpiano dedicò la seconda parte del libro 31 del suo commentario *ad edictum* (cfr. LENEL, *Pal.* Ulp. 917-929), nonché una parte del libro 30 *ad Sabinum* (cfr. LENEL, *Pal.* Ulp. 2738-2750). Per D. 17.2.29 cfr. LENEL, *Pal.* Ulp. 2742.

⁶ *Aristo refert Cassium respondisse societatem talem coiri non posse ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret, et hanc societatem leoninam solitum appellare.* Per il séguito v. *infra* nt. 8. ARANGIO-RUIZ (nt. 1) 111, richiamandosi anche al riassunto dei Basilici (cfr. B. 12.1.29.2), sostiene che '*tantum*' abbia surrogato, per errore di amanuense, un originario '*totum*'; ma è congettura, a mio avviso, non necessaria e improbabile.

⁷ Che Tizio Aristone sia stato allievo di Cassio è confermato da Pomp. 11 *var. lect.* D. 4.8.40 ('*Cassium audisse se dicentem Aristo ait*'). Egli fiorì a cavallo tra il sec. I e il sec. II d. C.: W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*² (1967) 141 ss.

⁸ *Et nos consentimus talem societatem nullam esse, ut alter lucrum sentiret, alter vero nullum lucrum, sed damnum sentiret: iniquissimum enim genus societatis est, ex quo quis damnum, non etiam lucrum spectet.* Questa parte del testo è variamente sospettata di interpolazione (SEGNIÉ e PAMPALONI, cit. in *Index itp. ahl.*; ARANGIO-RUIZ [nt. 1] 111), ma la sostanza è genuina. Si notino, piuttosto, due

diversamente da Ulpiano sembrano atteggiarsi i compilatori giustinianeî, che hanno ritagliato il passo del commentario ulpiano e lo hanno inserito nei *Digesta*⁹.

Sì che si può dire che siamo stati noi posteri, come spesso succede, a sopravvalutare l'importanza di una locuzione; che in realtà era limitata alla persona, sia pure autorevole, di Cassio¹⁰.

2. Cerchiamo allora di intuire come venne alle labbra di Cassio la locuzione '*societas leonina*'.

Non vi è dubbio che ai tempi del nostro, nel primo secolo dell'era volgare, i leoni, e in particolare i leoni delle terre africane, fossero largamente noti ai Romani, e non solo per sentito dire¹¹. È anche probabile che i Romani

cose. In primo luogo, il *casus* configurato dal testo è quello, 'tipico' nella giurisprudenza romana, di una società tra non più di due persone, mentre la favola di Fedro sulla società col leone (*infra* n. 4) è relativa ad una società fra quattro parti. In secondo luogo, l'ipotesi che Cassio definiva come '*societas leonina*' e che Ulpiano (o chi altri per lui) confina nell'*iniquissimum*' assegna ad un socio tutto l'utile, senza nessuna partecipazione alle perdite, e all'altro socio tutte le perdite, senza nessuna partecipazione agli utili: è dunque più ristretta di quella prevista dall'a. 2265 cod. civ.

⁹ Il rilievo acquisterebbe un particolare valore, se il '*nos*', con quel che segue, fosse ritenuto maiestatico e fosse attribuito ai compilatori di Giustiniano. Ma l'intervento dei compilatori giustinianeî (anziché, tutt'al più, di commentatori postclassici) è estremamente improbabile.

¹⁰ Su Cassio, da ultimo: F. D'IPPOLITO, *Ideologia e diritto in Gaio Cassio Longino* (1969), con bibliografia. V. anche: KÜNDEL (nt. 7) 130 s. Cfr. Pomp. *sing. enchir.* D. 1.2.2.51: *Huic (Sabino) successit Gaius Cassius Longinus natus ex filia Tiberonis, quae fuit neptis Servi Sulpicii [; et ideo proavum suum Servium Sulpicium appellat]. hic consul fuit cum [Quartino] <Surdino> temporibus Tiberii, sed plurimum in civitate auctoritatis habuit eo usque, donec eum Caesar civitate pelleret, expulsus ab eo in Sardiniam, revocatus à Vespasiano diem suum obiit.* Il piccolo 'resumé' della carriera di Cassio pone in luce anche le ascendenze 'giuridiche', tutte in linea femminile, di lui: Q. Elio Tubero, nonno materno, o S. Sulpicio Rufo, bisnonno materno. Sulla linea maschile: *infra* nt. 27.

¹¹ Le citazioni non sono necessarie. Basti ricordare che l'*edictum 'de feris'*, emanato dagli edili curuli verso gli inizi del sec. I a. C.

di quei tempi già fossero copiosamente inclini a ravvisare nel leone il 're degli animali'. Ma, parlando di 'società leonina', è chiaro che Cassio si riferiva ad una società di cui facesse parte il leone, che egli alludeva cioè ad un'ipotesi assolutamente irreali, essendo assolutamente fuori della realtà che un leone possa consociarsi con altri animali, anziché avventarsi senza indugio sui più deboli o ritrarsi con dignitosa prudenza (anche i leoni hanno famiglia) di fronte ai più forti. Di più: è chiaro che Cassio aveva in mente la scena, ancor più irreali, del leone che, abusando dei suoi timorosi consoci, prende tutto il ricavo per sé. Se non si trattava di una leggenda, doveva trattarsi di qualche favola. E siccome di leggende relative a società col leone non ne conosciamo, resta che Cassio alludesse a una favola.

Di solito le favole si apprendono da bambini e si ricordano con compiacimento da grandi. Sarà andata così anche per Cassio? Certo può ben darsi che lo spunto della società leonina gli sia venuto dal ricordo di qualche favoletta udita nella sua infanzia dal pedagogo greco o dal *praeceptor* di greco e di latino, che, data l'elevata posizione sociale della sua famiglia¹², sicuramente non gli mancava¹³. Nella tarda raccolta greca di Babrio¹⁴ si in-

(cfr. LENEL, *EP.* § 295), includeva i leoni tra gli animali che era vietato portare, senza adeguate precauzioni, in giro per Roma.

¹² *Infra* n. 3. Cfr. Tac. *ann.* 12.12.1.

¹³ Relativamente agli anni della prima fanciullezza, cfr. Quintil. *inst. or.* 1.1.11: *Si tamen non continget, quales maxime velim nutrices, pueros, paedagogos habere, at unus certe sit adsiduus loquendi non imperitus, qui, si qua erunt ab his praesente alunno dicta vitiose, corrigat protinus nec insidere illi sinat.* Dunque, possibilmente (ad avere i soldi per procurarseli) nutrici, schiavi e pedagoghi di primissima scelta; altrimenti un *praeceptor* che sorvegli e corregga a tempo e luogo gli eventuali strafalcioni di un personale di seconda scelta. Ma, aggiunge Quintiliano (ivi 1.2.1), appena sia possibile staccare il piccino dalle gonne della madre lo si mandi a scuola fuori casa. Quanto ai primi elementi dell'educazione, Quintiliano non ha dubbi: si dia prevalenza al greco (ivi 1.1.12) e si adottino le favolette di Esopo, facendole succedere immediatamente a quelle narrate dalle nutrici (ivi 1.9.2).

¹⁴ Babrios fiori tra il secondo ed il terzo secolo dell'era volgare

contra appunto la storiella, non si sa bene se di derivazione esopica, del leone che entrò in società con l'ónagro e alla resa dei conti fece il prepotente¹⁵. Tuttavia riterrei piú probabile che l'ipotesi della società col leone sia rimasta fitta nella mente di Cassio per aver questi, da adulto, consultato con una certa particolare attenzione il primo libro delle favole di Fedro, là dove figura, tra gli altri, il notissimo racconto ' *Vacca et capella, ovis et leo* ' ¹⁶.

Si dirà: non è assurdo che Cassio, uomo di quella importanza, perdesse il suo tempo con le favole di Fedro? Potrei rispondere che l' 'hobby' di certe letture (si pensi agli odierni fumetti, oppure ai libri gialli) è molto piú diffuso tra i personaggi ad alto livello di quanto non si creda, non fosse altro perché procura un benefico lavaggio del cervello. Ma ho una risposta ancora piú persuasiva, ed è ad essa che intendo affidarmi.

3. Intorno a Fedro siamo informati poco e male, né sarò certo io a voler dire sulla sua biobibliografia cose decisive¹⁷. Comunque è abbastanza sicuro che Fedro fu

e le sue favole, in buona parte derivate da Esopo, furono largamente utilizzate per imitazioni e spunti, per esempio da Tiziano il giovane (cfr. Auson. *ep.* 16.1 e 16.54) e da Aviano (cfr. Avian. *praef.*: *quas fabulas Graecis iambis Babrius in duo volumina coartavit, Phaedrum etiam partem aliam quinque in libellis resolvit*). Proprio perché le favole di Babrio non son tutte esopiche è da ritenere che egli abbia fatto capo a raccolte precedenti, di diversa origine e tradizione, e che piú o meno alle stesse raccolte abbia fatto capo, oltre un secolo prima di lui, Fedro. Su Babrios e sulle sue raccolte di favole: O. CRUSIUS, sv. in *RE.* 2.2 (1896) 2655 ss.; L. HERRMANN, *Babrius et ses poèmes* (1973).

¹⁵ Cfr. Babr. 67 (PERRY 339).

¹⁶ Phaedr. 1.5 (PERRY). Nelle edizioni BRENOT e HAVET la favola porta il numero 1.6.

¹⁷ Su Fedro, da ultimo: A. DE LORENZI, *Fedro* (1955), con bibliografia. Questo autore fissa congetturalmente, ma con convincente motivazione (v. p. 43 ss.), la nascita di Fedro intorno al 18 a. C. Un vero e proprio rivoluzionamento della biobibliografia di Fedro è stato tentato da L. HERRMANN, *Phèdre et ses fables* (1950), che assegna la nascita del poeta all'8 d. C., gli attribuisce (riordinandoli a suo cri-

liberto di Augusto, che scrisse il primo e il secondo libro delle sue favolette sotto Tiberio e che per quelle favole, o per talune di esse, egli passò seri guai ad opera del potentissimo Seiano¹⁸: del che esplicitamente si dolse nel prologo del terzo libro, pubblicato dopo la caduta di lui¹⁹.

La ragione esatta dei dispiaceri che Fedro incontrò con Seiano non è nota. È facile intuire peraltro ch'essa dipese da chi sa quali allusioni diffamatorie che furono viste qua e là nei suoi versi²⁰. Nel citato prologo del terzo libro il poeta parla di una iniziativa di *accusator* assunta

terio) 4 libri di 40 favole ciascuno, lo ritene anche autore del *Culex* (pubblicato nel 47 d. C.), dell'*Apokolocynthosis* (pubblicato nel 54) e dei *Disticha Catonis* (pubblicati sotto Domiziano): i supposti quattro libri delle favole sarebbero stati pubblicati dopo il 54 e prima dei *Disticha Catonis*. Per una critica penetrante di questa teoria, v. DE LORENZI 3 ss. e *passim*.

¹⁸ Su Seiano e sullo strapotere che egli acquistò durante il principato di Tiberio: D. HENNIG, *L. Aelius Seianus, Untersuchungen zur Regierung des Tiberius* (1975), con bibliografia. La caduta di Seiano sotto l'accusa di alto tradimento nel 31 d. C. fu celebrata addirittura con epigrafi: cfr. *CIL*. 11.4170, 9 s. = *ILS*. 157 ('*Providentiae Ti. Caesaris Augusti nati ad aeternitatem / Romani nominis sublato hoste perniciosissimo p. R.*').

¹⁹ *Infra* nt. 21.

²⁰ La caccia alle allusioni diffamatorie nei primi due libri di Fedro è tra gli 'sports' favoriti di una certa filologia. Per una cretonozia: DE LORENZI (nt. 17) 109 ss., con considerazioni critiche piene di misura e buon senso. A puro titolo di ipotesi, mi chiedo se le favole principalmente poste sotto accusa non siano proprio quelle che oggi non figurano nel primo e nel secondo libro, per essere state ad ogni buon conto eliminate nelle edizioni successive dal prudente Fedro. Si consideri, a questo proposito, che i cinque libri delle favole hanno rispettivamente 361, 173, 403, 423, 174 versi: posto che un normale 'liber', cioè un rotolo di papiro di media lunghezza, poteva contenere 400-425 versi, se ne deduce che il primo, il secondo e il quinto libro ci sono pervenuti più o meno incompleti oppure con tagli; e siccome l'ipotesi di incompletezza (eventualmente, per sopravvenuta morte dell'autore) si adatta come verosimile solo all'ultimo libro, resta per gli altri due libri che essi siano giunti ai posteri in edizione 'purgata'. Quanto al problema delle favole espunte, non si tralasci di osservare che nel prologo del primo libro (1 prol. 5 ss.) Fedro aveva esplicitamente annunciato che avrebbe fatto parlare

contro di lui da Seiano e aggiunge concitatamente che questi espletò anche, a suo danno, le parti del testimonio a carico e del giudice²¹; ma l'esagerazione è tanto evidente quanto unanimemente spiegabile. È vero che sino al 31 d.C. L. Elio Seiano fece in Roma il bello e il cattivo tempo, ma è anche vero che lo fece con legalismo addirittura ostentato, ben sapendo che, se avesse scoperto troppo il suo giuoco, gli sarebbe potuta andare, come proprio finì per andargli, assai male²². Anche se è sostanzialmente credibile quanto Fedro afferma del suo persecutore, dobbiamo ritenere che, sul piano formale, le cose abbiano seguito un corso diverso. Tanto più che non pare che l'accusa contro Fedro, se pure fu mai formalmente intentata, sia stata coltivata sino alla sentenza²³.

Che avvenne, dunque? Probabilmente questo. Insospettito da alcuni versi ambigui dei primi due libri delle favole, Seiano pensa a promuovere, o a far promuovere da persona amica, un processo per diffamazione nei confronti di Fedro²⁴. Ma vi sono gli estremi per ottenere la

non solo gli animali, ma anche gli alberi: *Calumniari si quis autem voluerit / quod arbores loquantur, non tantum ferae, / fictis iocari nos meminerit fabulis*. Orbene è singolare che di alberi parlanti, nelle favole pervenute sino a noi, non se ne trovino affatto (un solo caso si registra nella raccolta medioevale di favole, desunte anche da Fedro, che va sotto il nome di *Romulus*).

²¹ Phaedr. 3 prolog. vv. 23 ss., 41 ss. (*Quod, si accusator alius Seiano foret, / si testis alius, iudex alius denique, / dignum faterer esse me tantis malis, / nec his dolorem delenirem remediis*). È logico che Fedro si sia pubblicamente scagliato contro Seiano dopo la sua caduta: sarebbe stato da pazzi farlo prima. Tuttavia questi versi del prologo del terzo libro hanno tutta l'aria, come si deduce dal 'foret', di essere stati composti contemporaneamente ai guai sofferti ad opera di Seiano ('composti', ed eventualmente diffusi tra amici sicuri, non vuol dire, ovviamente, 'pubblicati').

²² Sulla caduta di Seiano: HENNIG (nt. 18) 130 ss.

²³ Sul punto: DE LORENZI (nt. 17) 97 ss.

²⁴ L'ipotesi più verosimile è appunto quella di un'actio iniuriarum (dunque, di un'azione privata) meditata da Seiano, nei confronti di Fedro, con richiamo all'editto 'ne quid infamandi causa fiat' (su cui, da ultimo: F. RABER, *Grundlagen klassischer Injurienansprüche*

condanna? Ecco il problema. Sciano deve averne discusso con i suoi amici, ed è a questo punto che può essersi interessato dell'affare Cassio: o a causa della carica di pretore da questi rivestita o anche solo, e più probabilmente, per la sua già rilevante autorità di giurista molto introdotto negli ambienti di corte e ben sistemato nel circolo di Sciano.

C. Cassio Longino, ci risulta, fu console suffetto, unitamente a L. Nevio Sordino, nel secondo semestre del 30 d.C.²⁵, essendo console ordinario di quell'anno, insieme con M. Vinicio, il fratello maggiore Lucio²⁶. La famiglia, di illustre discendenza²⁷, era tuttora potente e non poteva pertanto non essere amica di Sciano²⁸. Il consolato del 30 ha fatto supporre con buon fondamento che il nostro

[1969] 56 ss.; R. WITTMANN, *Die Entwicklungslinien der klassischen Injurienklage*, in ZSS. 91 [1974] 321 ss.). Come risulta da Ulp. 57 ed. D. 47.10.15.27, questo editto concedeva l'*actio iniuriarum* alla vittima di azioni diffamatorie, tra le quali poteva essere il '*carmen conscribere vel proponere*', cioè lo scrivere e portare a conoscenza del pubblico (eventualmente mediante affissione: *propositio*) un carme, una canzoncina, un libello (ovviamente denigratori) e via dicendo. Cfr. anche Gai 3.220 (*ad infamiam alicuius libellum aut carmen scribere*), Ulp. 56 ed. D. 47.10.5.9, 10 (*librum ad infamiam alicuius pertinentem scribere, componere, edere, dolove malo facere quod quid eorum feret; epigrammata aliudve quid sine scriptura in notam aliquorum producere*).

²⁵ Cfr. CIL. 10.1233 = ILS. 6124: *L. Cassius Longinus M. Vinicius cos., suf. C. Cassius Longinus L. Naevius Surdinus*. L'epigrafe è sicuramente relativa al 30 d.C. Sulla base di essa viene corretto il '*Quartino*' di Pomp. D. 1.2.2.51 (*retro* nt. 10).

²⁶ *Amplius*: D'IPPOLITO (nt. 10) 19 ss.

²⁷ Cassio era figlio di L. Cassio Longino, figlio a sua volta del Cesaricida.

²⁸ Cass. Dio 58.3.8 segnala un Cassio Longino come accusatore (nell'interesse di Sciano) di Druso, figlio di Agrippina maggiore e del defunto C. Cesare Germanico, nel 30 d.C. Anche se questo Cassio fu il fratello del giurista, cioè il console ordinario del 30 (v. per tutti: HENNIG [nt. 18] 96 s., con bibliografia), i buoni rapporti di C. Cassio con Sciano risultano più che verosimili. Mi domanda, peraltro, se il Cassio di Dione non sia stato proprio C. Cassio Longino, cui è presumibile che Sciano abbia affidato incarichi di suo consigliere giuridico.

Cassio abbia rivestito la pretura non più di tre anni prima, col minimo di intervallo consentito, quindi nel 27²⁹. Ai fini di questa indagine non interessa precisare quali siano stati gli alti e bassi della carriera di Cassio negli anni successivi alla caduta di Seiano³⁰. Bastano gli elementi ora posti in evidenza a rendere, credo, plausibile, in un modo o nell'altro, la mia ipotesi³¹.

Posto quindi che Cassio abbia scorso, dirò così per ragioni di ufficio, le favole del primo e secondo libro di Fedro, la stima che ho per lui mi porta a pensare, a titolo del tutto personale, che egli abbia autorevolmente influito nel ridimensionare il piccolo scandalo. Le così dette allu-

²⁹ Cfr. D'IPPOLITO (nt. 10) 20.

³⁰ Sul punto: D'IPPOLITO (nt. 10) 21 ss.

³¹ Ipotesi fondamentalmente analoga è formulata da L. HERMANN, *Autour des fables de Phèdre* (IV. *Le partage du lion*), in *Latomus* 7 (1948) 201. Tuttavia questo autore, conforme alla sua tesi generale (retro nt. 17), sostiene che la favola del leone (da lui attribuita al libro II) non sia stata pubblicata prima del 69 d. C. e che Cassio l'abbia appunto letta dopo il suo richiamo a Roma ad opera di Vespasiano. Per la critica della tesi generale rinvio alle argomentazioni di DE LORENZI (nt. 17): qui mi corre l'obbligo di dimostrare la infondatezza di due osservazioni specifiche del Hermann. Questi, in primo luogo, cerca di rendere credibile l'attribuzione al 69 d. C., osservando che Aristone non ha potuto essere allievo di Cassio se non sotto Vespasiano: rilievo esatto, ma che non tien conto della possibilità che Cassio abbia letto la favola di Fedro anche prima del 69 (Aristone, infatti, non dice di aver assistito alla prima formulazione della terminologia '*societas leonina*', ma attesta che Cassio 'era solito' parlare di *societas leonina*). In secondo luogo, è davvero sorprendente che il Hermann scorga una differenza di opinioni tra Fedro, che parla di una società effettuata col leone, e Cassio, che afferma '*talem societatem non posse fieri*': né Fedro probabilmente dubitava che la *societas leonina* fosse giuridicamente inammissibile (se è vero che parla di *societas iniuriarum*), né comunque Cassio stolidamente poneva in discussione che in pratica si facessero delle società leonine (tanto vero che si preoccupò di sostenerne l'inammissibilità giuridica). Perciò nessuna '*querelle de juristes*' e nessun '*dissentiment plus profond*' tra i due (un dissenso più profondo che sarebbe dipeso, nientemeno, dalla cristianofilia di Cassio e dalla cristianofobia di Fedro).

sioni malevoli a Tiberio o a Seiano potevano parer tali solo ai cortigiani dalla mente contorta che si assieparono attorno al primo e sopra tutto attorno al secondo³², così come paiono tali, al giorno d'oggi, mi si perdoni, solo a certi letterati dalla mente più contorta ancora di quella di quei cortigiani³³. In realtà, l'unico giudizio che meritava e che (parlo sempre a titolo personale) il buon Fedro tuttora merita era ed è, più che altro, quello di un pazzereellone inoffensivo, autore, diciamolo pure, di versi che forse non son proprio *'viles neniae'* indegne di un vero poeta, come le qualificavano con suo grande disappunto certi contemporanei³⁴, ma che poesia di rilievo non son

³² Rinvio ancora una volta alle giudiziose osservazioni del DE LORENZI (nt. 17) 109 ss., ricordando peraltro la possibilità che le favole messe sotto accusa siano state quelle, o sopra tutto quelle, che oggi non figurano nei libri primo e secondo (v. *retro* nt. 20). Che sia meno probabile Tiberio, anziché Seiano, come soggetto passivo delle presunte diffamazioni, deve dedursi, a mio avviso, dalla favola Phaedr. 2.5, in cui figura nella luce più favorevole (da un certo punto di vista, s'intende) per l'appunto Tiberio. Nauseato dalla smaccata adulazione di un servo della villa di Miseno, che si precipita in giardino ad annaffiargli i sentieri davanti ai piedi affinché non abbia a soffrire della polvere, Tiberio lo chiama e gli dice, all'incirca: 'Guarda, che tutti questi meriti non bastano per avere uno schiaffo da me' (*Tunc sic iocata est tanta maiestas ducis: / 'Non multum egisti et opera nequiquam perit; / multo maioris alapae mecum veneunt'*). Lo schiaffo, *alapa*, di cui parla Tiberio, può essere inteso in due sensi: in quello proprio e in quello dell'*alapa* che si soleva dare allo schiavo, a completamento della sua *manumissio*, per avviarlo simbolicamente tra gli uomini liberi).

³³ Nella favola 1.5, che egli ritiene peraltro pubblicata dopo il 54, il HERMANN (nt. 17), 51 ss., vede un'allusione malevola al provvedimento con cui Nerone aveva ridotto ad un quarto il premio per coloro che denunciassero i trasgressori della *lex Papia* (cfr. Suet. *Nero* 10.1, in relazione a Suet. *Aug.* 34.2). A parte l'inaccettabilità della tesi generale, direi che la tesi specifica è sconcertante.

³⁴ Phaedr. 3 prol. 10 s.: *Legesne, quaeso, potius viles nenias, / impendas curas quam rei domesticae?* Fedro si rivolge ad Eutico, al quale dice anche, poco oltre, con trasparente amarezza, che egli, pur essendo nato nella patria della poesia ed avendo dedicato a questa tutto se stesso, viene accolto dai circoli letterari con fastidio: *fastidiose tamen in coetum (poetarum) recipio* (3 prol. 23).

certamente. Il suo posto, come è stato ben detto, è tra i piccoli poeti, anche se si tratta di un 'posto cospicuo'³⁵ e le sue favole non hanno la freschezza e la spontaneità di quelle di Esòpo, ma tirano, spesso molto artificiosamente, alla moralità ed all'allegoria³⁶.

4. La favola della società col leone, che non sembra avere ascendenze esopiane e che mancherà nella successiva raccolta di Babrio³⁷, è una delle prime tra quelle del primo libro³⁸ e può essere annoverata, a mio avviso, e mi spiace di doverlo dire, tra le prove più evidenti della limitatezza mentale, oltre che poetica, di Fedro. Ad una persona 'concreta', quale doveva essere Cassio magistrato o giurista, essa non poté non produrre un'impressione alquanto scadente. Fu quindi, forse, anche per questo che Cassio, mentalmente depurando l'episodio delle storture giuridiche che lo affliggevano, ritenne nella memoria l'immagine del leone che si prende tutto per sé come caratteristica di un tipo di *societas* da respingere³⁹.

Esaminiamo più da vicino la favola. La sua morale, espressa nei versi di apertura e nel verso finale, non è quella elementare, e purtroppo indiscutibile, del più forte che travolge sempre il più debole⁴⁰, ma è quella, arzigogolata anzi che no, che al più debole non conviene met-

³⁵ C. MARCHESI, *Storia della letteratura latina*⁸ (1967) 2.80 ss.

³⁶ M. SCHANZ - C. HOSIUS, *Geschichte der römischen Literatur* 2^d (1935, rist. 1967) 454 ss.

³⁷ V. *retro* nt. 14.

³⁸ Nel riordinamento del HERMANN (nt. 17) la favola passa da 1.5 a 2.11.

³⁹ Giova segnalare, peraltro, che Fedro non configura un 'patto leonino', ma una società in cui il leone, contravvenendo ai patti di divisione del bottino tra i soci, si prende tutto per sé. V. *infra* nt. 41. A chi si chiedesse come mai, ciò posto, Cassio sia stato indotto dalla favola 1.5 a parlare di 'società leonina' risponderò che quel che ha colpito la sua immaginazione non è stata l'infedeltà del leone ai patti, ma la sua *improbitas* (v. *infra* nt. 41).

⁴⁰ Caso tipico, e famoso, è quello del lupo e dell'agnello: Phaedr. 1.1.

tersi in società col piú forte perché il piú forte non terrà fede ai patti⁴¹. Sia pure; ma guardiamo alle *dramatis persone*. Col leone, nella nostra favola, non si mette in società l'*ἄναγρος*, come nella favola riferita da Babrio⁴², e nemmeno ci si mette il piú mite *ὄνος*, che col leone si accompagna, in una favola di derivazione esopica, per una partita di caccia⁴³. L'asino, sia selvatico o meno, è un vegetariano che solitamente le piglia, ma è anche un duro a morire; è un animale generalmente sfortunato e bistrattato, ma pieno di dignità e di coraggio⁴⁴. Insomma, entrando

⁴¹ Phaedr. 1.5 v. 1 s.: *Numquam est fidelis cum potente societas: / testatur haec fabella propositum meum*. E in fine, v. 11: *Sic totam praedam sola improbitas abstulit*.

⁴² Retro nt. 15. Sull'*ónager* cfr. Cels. 2.18, Mart. 13.97 e 100, Varro r. r. 2.6.3 (che lo chiama *onagrus*).

⁴³ Cfr. Phaedr. 1.11. Dalla lettura della favola apprendiamo che l'asino è, piú precisamente, un orecchiuto *asellus*, dunque un animale minore ('*vilis hic vulgarisque asellus*': Colum. r. r. 7.1.1), il quale al leone fa solo da battitore, '*ut insueta voce terreret feras*' (v. 5). Eccone resa verosimile la funzione, non di protagonista ma di comprimario, ed ecco altresì apparire giustificato l'atteggiamento che verso di lui assume il leone a caccia finita. All'asino che, tutto tronfio, gli chiede che gliene sia parso del suo raglio, il leone ironicamente (v. 14 s.): '*Insignis*' inquit '*sic ut, nisi nossem tuum / animum genusque, simili fugissem metu*'.

⁴⁴ Ammetto che in Phaedr. 1.21 l'asino non fa una buona figura quando, avendo visto prima il cinghiale e poi il toro dare addosso al leone morente, si avvicina anche lui a quest'ultimo per comportarsi da uomo, e pigliarlo a calci. Tuttavia, checché ne dica Fedro per screditarlo, in 1.29 l'asino ha, nei riguardi del cinghiale e del suo grugno (*rostrum*), una battuta francamente spiritosa (e singolarmente analoga ad un modo di dire vernacolo della Napoli d'oggi): avendo l'asino salutato il cinghiale con un cordiale 'ciao fratello' ed avendo avuto in risposta un 'come ti permetti di chiamarmi fratello?', leggiamo il latino: *asinus demisso pene: 'Similem si negas / tibi me esse, simile est hoc rostro tuo'*. Infine, in Phaedr. 1.15 l'asino assurge alle vette della denuncia sociale: al vecchio padrone che, sentendo il frastuono dei nemici che si avvicinano, lo esorta a scappare, risponde amaramente 'Che m'importa chi sia il padrone, finché porto un basto?'. E bisogna dar atto al poeta che qui commenta bene: *In principatu commutando, saepius / nil praeter domini nomen mutant pauperes*.

in società col leone, l'asino di 'chances' ne ha pochine, ma ne ha. Qui invece Fedro, con singolare mancanza di criterio, fa associare al leone, per andare a caccia del cervo, tre mammiferi deboli e molli per definizione, ed erbivori per giunta, quali sono la vacca, la capretta e finanche la paziente pecora⁴⁵.

Suvvia, anche nelle favole vi sono delle regole del giuoco, che vanno rispettate. Passi per tre erbivori che hanno tutta l'aria di volersi comportare a cose fatte da carnivori⁴⁶, ma non li si travesta da cacciatori di un grosso cervo e tanto meno, se Fedro ha voluto dire che i tre si unirono al leone come '*iniuriae socii*', come soci cioè al fine di compiere una mala azione⁴⁷, tanto meno, dicevo, li si travesta da briganti. Non sta bene. Sopra tutto non sta bene, se si conclude che il cervo fu effettivamente

⁴⁵ *Vacca et capella et patients ovis iniuriae / socii fuere cum leone in saltibus* (v. 3 s.).

⁴⁶ Un errore del genere è commesso da Horat. *ep.* 1.7.29-33 nel ricordare la favola della volpe (*vulpecula*) che era riuscita ad infilarsi attraverso una stretta fessura in un canestro pieno di grano: poi che, dopo essersi ben pasciuta, stentava a venirme fuori, le disse, da lontano, la donnola: 'Se vuoi scappare, dovrai dimagrire da capo'. Favola graziosissima a causa del '*procul*' da cui parla alla volpe, molto prudentemente, la *mustela*. Comunque l'errore di Orazio (che qualcuno ha preteso di eliminare mutando la *vulpecula* in *nitédula*, cioè in topolino, ma col risultato di far perdere tutto il succo al racconto) è un errore meno grave di quello di Fedro. Orazio ha ipotizzato che un carnivoro molto vorace, qual'è la volpe, messo alle strette dalla fame (ridotto, quindi, da *vulpis* a *vulpecula*), si sia gettato, in mancanza d'altro, sul frumento. Gli affamati sono capaci di peggio.

⁴⁷ In Phaedr. 1.5.3-4 (*retro* nt. 45) si dice che la *ovis* è '*patiens iniuriae*' o si dice invece che la vacca, la capretta e la *patiens ovis* divennero col leone '*iniuriae socii*'? Il dubbio è lecito, ma, a mio avviso, la seconda interpretazione deve prevalere: sia perché sarebbe troppo figurarsi che col leone entri in società un animale sin da principio qualificato come *patiens iniuriae*, e perciò sin dall'inizio votato a subirne la sopraffazione; sia perché mancherebbe, altrimenti, la precisazione della 'causa' sociale, dello scopo cui mira la società a quattro (e infatti, in questi due versi, dello scopo di caccia non si parla).

preso con il concorso dell'opera dei quattro: '*Hi cum cepissent cervum vasti corporis*'. Che hanno potuto fare di efficiente i tre erbivori per dare una mano al leone? Chi non vede che il leone, almeno nella configurazione di Fedro, ha dovuto fare tutto da solo?⁴⁸ Né è finita. Ucciso il cervo, si fanno le parti della sua spoglia, che presumibilmente sono quattro parti eguali. Ed ecco Fedro mettere in cattiva luce il leone, attribuendogli questo prepotente discorso: 'Prendo la prima parte per il fatto che sono conclamato re; non dubito che mi assegnerete la seconda perché vi sono consocio; la terza mi spetta perché sono il piú forte di tutti; e se qualcuno allunga un dito sulla quarta passerà un guaio grosso cosí'⁴⁹. Ora il modo di parlare del leone è fortemente antipatico, né può contestarsi che egli sia venuto meno ai suoi impegni. Tuttavia, prima di condannare il leone e le sue cattive maniere, vogliamo badare un po' al fondo delle cose? Io penso che, ove il leone si fosse posto nelle mani di un avvocato, il cervo sarebbe indubbiamente stato attribuito a lui, e nella sua interezza.

Ciò che importa è che lo avrebbe pensato anche Cassio. Primo: perché egli non può non aver considerata illecita, indipendentemente da quel che è potuta essere la

⁴⁸ La grave pecca non è sfuggita al La Fontaine, quando ha rielaborato in francese la favola di Fedro: cfr. J. DE LA FONTAINE, *Fables* 1.6 ('La génisse, la chèvre et la brebis en société avec le lion'), in *Fables, Contes et Nouvelles* (Bibl. de la Pléiade, 1954) 35. Egli ha immaginato sottilmente che i quattro compari non si siano appostati insieme e che il cervo sia stato preso proprio dalla capretta col sistema del laccio: 'Dans les lacs de la chèvre un cerf se trouva pris'. Dunque, tutti soci d'opera, ma con ripartizione di compiti. Nell'ipotesi fedriana, invece, non possiamo nemmeno immaginare un concorso dei tre erbivori col leone in funzione, come l'asino (*retro* nt. 43), di battitori: le loro voci non erano certo fatte per spaventare il cervo.

⁴⁹ '*Ego primam tollo nomine hoc quia rex cluo; / secundam, quia sum consors, tribuetis mihi; / tum, quia plus valeo, me sequetur tertia; / malo adjicietur si quis quartam tetigerit*'. (vv. 7-10).

trascurabile opinione di Fedro in proposito⁵⁰, una società tra animali intesa ad ammazzare un loro simile⁵¹. Secondo: perché egli non può non aver condiviso l'opinione dell'amico Sabino, seguita dal resto da tutta la giurisprudenza posteriore, in forza della quale una *societas* con causa illecita è nulla⁵². Terzo: perché è naturale che il leone, essendo di gran lunga il più forte tra i quattro, che erano *socii* solo apparenti, si sia tenuta la spoglia del cervo, facendo appello, oltre che al fatto di essere il solo carnivoro, al noto principio giuridico 'in pari causa turpitudinis melior est condicio possidentis'⁵³.

Del resto, anche a voler escludere che la *societas*, di cui parla Fedro fosse una '*societas maleficii*', egualmente si dovrebbe concludere che il leone, avendo esplicitamente o implicitamente convenuto con i sedicenti *socii* che avrebbe fatto tutto lui, potesse far valere contro le pretese dei tre erbivori l'invalidità del contratto. Le fonti ci ammoniscono infatti che una società in cui un socio non si assume nessun obbligo, né in conferimenti né in producente attività, riservandosi peraltro una parte del *lucrum*, è una società che non vale un buco⁵⁴. Nella so-

⁵⁰ V. *retro* nt. 47.

⁵¹ Certamente illecita ed inescusabile la partecipazione alla società dei tre erbivori. Se, come si dice, lupo non mangia lupo, a maggior ragione erbivoro non mangia erbivoro.

⁵² Cfr. Ulp. 30 *Sab.* D. 17.2.57: ... *ceterum si maleficii societas coita sit, constat nullam esse hanc societatem*. V. anche: Paul. D. 17.2.3.3; Ulp. D. 27.3.1.14; Gai. D. 46.1.70.5; Gai. D. 18.1.35.2. Sul punto: GUARINO (nt. 1) 65 ss.

⁵³ È noto che la *condictio ob turpem causam* non era esercitabile dal dante, per la restituzione delle cose trattenute dall'accipiente *ob turpem causam*, quando il dante si trovasse anche egli in condizione di *turpitudinis*: cfr. Anton. Cl. 4.7.2; Ulp. D. 3.6.5.1; Paul. D. 12.5.8; Pap. D. 12.7.5 pr. Sul punto, con bibliografia: KASER, *Röm. Privatrecht* 1² (1971) 598 nt. 48.

⁵⁴ Gai 3.149: ... *praevaluit sententia, adeo ita coiri posse societatem ... ut quis nihil omnino damni praestet, sed lucri partem capiat, si modo opera eius tam pretiosa videatur, ut aequum sit eum cum huiusmodi societate admitti*. Sul punto: GUARINO (nt. 1) 72 ss.

cietas immaginata da Fedro la 'parte del leone' se la volevano fare proprio la vacca, la capra e la pecora. E se Cassio ha parlato di '*societas leonina*' è stato perché, di fronte ai tre erbivori dall'aria mansueta e dall'avidio comportamento, il leone, al solito, è esploso incautamente in invettive e arroganze, reclamando la scena tutta per sé.

5. Col che il discorso sulla '*societas leonina*' è concluso, ed è confermato che deve essere stato proprio Cassio a far prosciogliere il poeta dall'accusa di diffamazione, facendo leva però sul motivo che Fedro era troppo sciocco per arrivare a tanto. Tuttavia un breve codicillo non sarà inopportuno.

Quella lingua malefica di Marziale (uomo d'ingegno, però) si domanda, in un suo epigramma⁵⁵, che stia facendo l'amico Canio Rufo. Qui non ci interessa tutta la composizione, ma solo come incomincia: '*Dic, Musa, quid agat Cantus meus Rufus*', dice il poeta rivolto alla Musa, e fra tante ipotesi che gli vengono in mente (quello che Canio stia scrivendo le memorie delle gesta compiute ai tempi di Claudio, o stia mettendo su carta le imprese gloriose attribuite a Nerone da uno storico bugiardo, e via dicendo)⁵⁶, egli si chiede anche se l'amico Canio inganni il tempo cercando di emulare i 'passi'⁵⁷ dell'*improbus* Fedro: '*an aemulatur improbi locos Phaedri?*'.

Perché e in che senso Marziale chiama '*improbus*' Fedro? Vi è tutta una letteratura, ovviamente, in proposito⁵⁸. Si va da un Marziale che, avendo Fedro sullo stomaco, lo qualifica di mascalzone, di ardito, di astuto, di osceno, a un Marziale che fa il verso a Fedro per le fre-

⁵⁵ Martial. 3.20.

⁵⁶ *Utrumne chartis tradit ille victuris / legenda temporum acta Claudianorum? / an quae Neroni falsus astruit scriptor? / an aemulatur improbi locos Phaedri?* (vv. 2-5). Il componimento prosegue con domande oziose dello stesso tipo sino alla risposta della Musa: '*Vis scire quid agat Canius tuus? ridet*'.

⁵⁷ Altri leggono '*iocos*' e traducono quindi 'gli scherzi'.

⁵⁸ Cfr. DE LORENZI (nt. 17) 193 ss.

quenti volte in cui usa *'improbus'* e *'improbitas'*⁵⁹, a un Marziale infine che, simpatizzando con certi *loci* pungenti e piccanti di Fedro, lo segnala perciò come anti-conformista, usando ironicamente il linguaggio che i conformisti adoperano per bollare i loro antagonisti.

Ma direi che non ci siamo⁶⁰, e proporrei di conseguenza, con tutte le cautele del caso, una ennesima diversa spiegazione.

Chi ricordi che Marziale studiò retorica, quindi elementarmente diritto, anche se preferì non utilizzare questa odiatissima preparazione impostagli dai suoi⁶¹, non può fare a meno di pensare che nella testa continuassero a ronzargli fastidiosamente quei versetti delle XII tavole che i Romani mandavano da giovanissimi a memoria e che Cicerone chiamava *'carmen necessarium'* dello studio elementare⁶². Tra questi versetti ben noto, e citato anche oggi a pronti contanti da ogni romanista che si rispetti, è quello riportato da Gellio⁶³: *'Qui se sierit testarier libri-*

⁵⁹ Una delle volte in cui Fedro usa *'improbitas'* è proprio il verso finale della nostra favola: *Sic totam praedam sola improbitas abstulit.*

⁶⁰ Poco convincente anche l'interpretazione del DE LORENZI (nt. 17) 196 s., che parte dal presupposto della simpatia di Marziale per Fedro e che vede pertanto nell'*'improbus'*, se ho ben capito, una benevola allusione, sia pure in termini di scherzosa condanna, agli scritti di Fedro.

⁶¹ Su Marziale, per tutti: MARCHESI (nt. 35) 2.126 ss. A proposito degli studi di retorica, cfr. Martial. 9.73, in cui, dopo aver elencato le fortune di cui è immeritabilmente ricco un ciabattino, esclama: *'At me litterulas stulti docuere parentes'* (v. 7).

⁶² Cic. *de leg.* 2.23.59, dopo aver citato testualmente un versetto delle XII tavole, continua dicendo (ad Attico): *'Nostis, quae sequuntur; discibamus enim pueri XII ut carmen necessarium; quas iam nemo discit'*. È da dubitare, peraltro, che le 'Dodici' non siano più state mandate a memoria dai giovani, sopra tutto negli studi di retorica, dopo gli anni della fanciullezza di Cicerone e di Attico.

⁶³ Cell. *n. a.* 15.13.11; cfr. FIRA. 1.62: *'Chiunque sia stato chiamato a fare da testimoniaio o da portatore di bilancia (negli atti per aes et libram), se poi non renda testimonianza (cioè: non confermi in giudizio l'atto cui ha partecipato), sia improbus e instabilis'*.

pensoe fuerit, ni testimonium fatiatur, improbus intestabilisque esto'. Che cosa significhi in questo contesto 'improbus' e che cosa significhi 'intestabilis', di preciso non sa dirlo nessuno; ma all'ingrosso il senso è che improbi e intestabili sono dei *minus habentes*, che non danno sufficiente affidamento per essere ammessi a fare i testimoni negli atti solenni, e in particolare in quelli *per aes et libram*⁶⁴. Nelle Istituzioni di Giustiniano⁶⁵ l'elenco delle persone escluse dalla funzione di *testis* nel testamento dell'epoca è costituito dalla donna, dall'impubere, dal muto, dal sordo, dal pazzo, dall'interdetto per prodigalità e, a chiusura, da *'is, quem leges iubent improbum intestabilemque esse'*⁶⁶. Non è da escludere, direi, che Marziale abbia definito 'improbus' Fedro per alludere, non dico alla sua balordaggine (che sarebbe eccessivo), ma alla sua scarsa consistenza mentale⁶⁷.

Marziale era un maldicente: è scontato. Ma i maldicenti non dicono sempre bugie. Spesso hanno il dono di saper mettere in luce i difetti degli uomini.

⁶⁴ Si tende a credere, solitamente, che 'improbus' significhi incapace di far più il *libripens* o 'intestabilis' significhi incapace di fare più il *testis*. Sul punto: GUARINO, *Dir. privato romano*⁵ (1976) 296 s.; ma v. KASER, *Röm. Zivilprozessrecht* (1966) 87 nt. 37.

⁶⁵ I. 2.10.6.

⁶⁶ Qui chiaramente le Istituzioni si rifanno, come assai spesso, ad un testo pregiustiniano che si riferiva ad un'epoca in cui gli atti *per aes et libram* avevano ancora una larga circolazione.

⁶⁷ Del resto, la lingua latina denuncia un uso di 'improbus' (e di 'improbo') nel senso di non approvato, non apprezzabile a livello di sufficienza, scadente: FORCELLINI, *Lexicon t. Latinitatis shv.*

V

LA CONDANNA LIMITATA DEL « SOCIUS »

L'editto del pretore prometteva la limitazione della *condemnatio* al socio di una *societas consensu contracta* nell'ipotesi che fosse convenuto in giudizio dall'altro socio, ovviamente con l'azione *ad hoc*, cioè con l'*actio pro socio*, per l'adempimento delle sue obbligazioni sociali.

La cosa è sicura perché ce la dice espressamente Pomponio nel l. 21 *ad Q. Mucium* (D. 42.1.22.1), specificando (è importante) che il magistrato si riservava di fare la concessione solo *causa cōgnita*, cioè dopo aver esaminato *in concreto*, in ordine ad ogni singola controversia, se vi fossero buone ragioni per favorire il convenuto con la *taxatio*. Non sappiamo tuttavia quale fosse il tenore letterale della clausola edittole, ignoriamo quando essa sia stata introdotta nell'editto ed abbiamo buoni motivi per mettere in discussione se la *taxatio* sia stata prevista per tutti i tipi di *societas* o solo per la società universale (la cd. *societas omnium* o *universorum bonorum*), vale a dire per la sola ipotesi in cui i soci impegnassero ad un impiego di interesse comune la totalità dei loro patrimoni (*bona*).

Il punto chiave è costituito dalla terza questione, la quale scaturisce dalla contraddizione tra due frammenti dei *Digesta*, entrambi provenienti dal commentario di Ulpiano all'editto. Il primo frammento è stato scritto da Ulpiano *in sede materiae*, proprio nel libro (l. 31) in cui illustrava l'editto sulla *societas*, ed è riportato dai Digesti del pari *in sede materiae*, cioè nel titolo (D. 17.2: '*pro socio*') dedicato alla società. Il secondo testo, sia in Ulpiano (l. 63) che nei Digesti (D. 42.1), appartiene invece all'illustrazione dell'*actio iudicati*, l'azione (a dir così di conferma) che il vincitore di un primo giudizio aveva l'onere di promuovere contro il soccombente che si rifiutasse di pagare l'importo a cui era stato pur condannato. Solo dopo la sentenza confermativa (che portava, di regola, una condanna del soccombente al doppio della prima *summa condemnationis*) il vincitore aveva infatti diritto, ove il soc-

combente persistesse nel non adempiere, ad aprire contro quest'ultimo la procedura di esecuzione.

I due frammenti ulpiani hanno dato àdito a tali e tante diatribe (alcuni studiosi ritenendo interpolato il primo, altri sostenendo l'alterazione postclassica del secondo), che bisogna leggerli con molta attenzione.

D. 17.2.63 pr. (Ulp. 31 ed.): *Verum est quod Sabino videtur, etiamsi non universorum bonorum socii sunt, sed unius rei, àttamen in id quod facere possunt quodve dolo malo fécerint quo minus possint condemnari oportere. hoc enim summam rationem habet, cum societas ius quoddàmodo fraternitatis in se habeat.* [Vero è ciò che ritiene Sabino: anche se (i litiganti) non sono soci universali, ma lo sono per un singolo cespite soltanto, tuttavia il 'condemnari oportere' dei convenuti deve poter essere limitato all'*id quod facere possunt*, nonché a ciò che essi abbiano dolosamente fatto per figurare meno solvibili. Infatti questa soluzione è la meglio giustificata, se è vero che la *societas* comporta tra i soci una sorta di rapporto giuridico di fratellanza].

D. 42.1.16 (Ulp. 63 ed.): *Sunt qui in id quod facere possunt conveniuntur, id est non deducto aere alieno. et quidem sunt hi fere, qui pro socio conveniuntur (socium autem omnium bonorum accipiendum est) . . .* [Vi sono (soccumbenti nel primo giudizio) che vengono convenuti (con l'*actio iudicati*) nei limiti dell'*id quod facere possunt*, cioè senza deduzione di quanto altro debbono ad altri creditori, e certamente si trovano spesso in questa situazione coloro che vengono convenuti *pro socio*: ma si deve intendere il socio universale].

Ambedue i testi non sono esenti da mende formali: per esempio, il periodo finale del primo è piuttosto enfaticizzante e il *ferè* del secondo (da me tradotto *ad sensum* con l'avverbio: 'spesso' perché ho pensato che non sempre, ma solo *causa cognita*, si concedeva la *condemnatio* limitata) è tutt'altro che chiaro, anche se non inconsueto in Ulpiano. Ma cerchiamo di andare piú a fondo. Nel primo frammento, *in sede materiae*, intuiamo che i giuristi anteriori a Sabino dovevano avere ampiamente dibattuto se il pretore (che si era riservata, si ricordi, la *causae co-*

gnitio) dovesse limitare la concessione della *taxatio*, almeno in linea di principio, alle sole ipotesi di società universale, ma troviamo poi affermato in chiarissime lettere che Massurio Sabino (primo cinquantennio d. C.), pienamente approvato da Ulpiano, aveva sostenuto che non solo di fronte alla fattispecie della *societas universorum bonorum*, ma persino di fronte all'estremo opposto, rappresentato dalla *societas unius rei*, il magistrato potesse, ritenendolo concretamente opportuno, inserire la nostra *taxatio* nell'*iudicium*. Sembra un discorso sensato e accettabile, e invece sulla base del secondo frammento (*socium autem omnium bonorum accipiendum est*) è stato sostenuto da alcuni che la vera opinione di Ulpiano (e di Sabino) fosse quella della limitazione della *taxatio* alla società universale e che Giustiniano, volendo operare una riforma estensiva, abbia interpolato il primo frammento rovesciandone il senso (senso originariamente rappresentato dalle parole: '*Verum est quod Sabino videtur... si... universorum bonorum socii sunt, ... in id quod facere possunt ecc.*'). Ora, io osserverei che la dizione del secondo testo non implica che sia stato interpolato il primo: sia perché l'interpolazione del frammento *in sede materiae* sarebbe consistita in un cincischiamento o, se si preferisce, in un'opera d'intarsio poco compatibile col carattere deciso, 'legislativo' degli interventi dei compilatori giustiniani (ai quali sarebbe bastato, ad esempio, inserire un *non* tra *verum* ed *est* per rovesciare il senso della frase di Ulpiano); sia perché proprio D. 42.1.16 è palesemente glossato da un lettore postclassico. Le glosse di questo frammento sono, più precisamente, due: '*id est non deducto aere alieno*', con la quale si è voluto dire (come vedremo a suo tempo) una cosa esatta, ma la si è detta in punto inopportuno, facendo equivocamente quasi intendere che la limitazione all'*id quod debitor facere potest* equivalga ('*id est*') al non tenersi conto dell'*aes alienum*; e '*socium autem omnium bonorum accipiendum est*', che è frase anch'essa qui poco opportuna e scritta inoltre in cattivo e frettoloso latino (in luogo, ad esempio, di '*socii autem omnium bonorum accipiendi sunt*'), con la quale è evidente che il lettore di Ulpiano

ha preso posizione, a modo suo, sulla stessa controversia giurisprudenziale di cui Ulpiano faceva cenno (risolvendosi però per la tesi di Sabino) nel libro 31 del suo commento edittale. È significativo, oltre tutto, il passaggio ingiustificato da un discorso relativo ai *socii* (al plurale) ad un discorso relativo al *socius* (al singolare).

Ad ogni modo, quel che a noi importa non è di sapere come la pensassero Sabino e Ulpiano, ma è di poter desumere tanto da D. 17.2.63 pr. (anche se interpolato) quanto dall' *'accipiendum est'* di D. 42.1.16 (anche se genuino) che in periodo classico si discuteva, quanto meno sino all'età di Sabino (ma presumibilmente vi sarà stato qualche proculiano o non proculiano poco convinto della tesi di Sabino anche dopo), in periodo classico si discuteva, ripeto, sul se la *taxatio* fosse da applicarsi a tutti i tipi di società (*omnium bonorum*, *omnium quae ex quaestu veniunt*, *unius negotiationis*, *unius rei* ecc.) o solo alla *societas universorum bonorum*. Questo postula che la clausola edittale sulla *taxatio* dovesse parlare di *socii* in generale (senza specificazione alcuna) e che, a maggior ragione, la formula edittale dell'*actio pro socio* non fosse limitata all'ipotesi della *societas omnium bonorum*. Il Lenel invece (sulla base anche di altri indizi da me confutati altrove) ha ricostruito induttivamente l'*actio pro socio* e la correlativa *taxatio* proprio con questa limitazione, e per far ciò ha dovuto supporre che Sabino, prima e più che con altri giuristi di parere diverso, abbia polemizzato con la stessa formulazione edittale, sostenendo cioè che l'*actio pro socio* andasse elargita anche fuori dell'ipotesi ristretta della società universale, che sarebbe quella prevista dall'editto. Ma è tesi, questa, contraddetta non solo dal buon senso, ma anche dal già citato passo di Pomponio ad Q. Mucium (D. 42.1.22.1) sulla *causae cognitio*, visto che esso parla esplicitamente di *socii* in generale (*Quod autem de sociis dictum est, ut et hi in quantum facere possint condemnentur, causa cognita se facturum praetor edicit*).

La conclusione cui siamo giunti non ci consente certo di conoscere la formulazione della clausola edittale sulla *taxatio in id quod socius facere potest*, ma ci per-

mette di essere ragionevolmente certi del suo contenuto e di supporre, sempre nei limiti del ragionevole, che la *taxatio*, conformemente a quanto ha ipotizzato il Lenel, non fosse inserita nella formula edittale dell'*actio pro socio*, ma fosse promessa in una dichiarazione separata e successiva alla formula dell'azione: infatti la *taxatio* sarebbe stata inserita nell'*iudicium* solo se e quando la specifica *causae cognitio* lo avesse consigliato. Dal che si deduce che la nostra clausola tanto può essere stata introdotta nell'editto insieme all'*actio pro socio*, quanto può essere stata introdotta in esso in un momento posteriore, comunque in un momento sicuramente antecedente a Sabino, citato da Ulpiano, ed eventualmente (ma non possiamo dirlo con sicurezza) antecedente anche ai *libri iuris civilis* di Q. Mucio, commentati da Pomponio.

A mio avviso, l'*actio pro socio* fece il suo ingresso nell'editto del pretore urbano (quello che *inter cives ius dicit*) verso gli inizi del sec. II a. C. Infatti è ben noto che la *societas* consensuale fu riconosciuta e regolata dal pretore peregrino (*qui inter cives et peregrinos vel inter peregrinos in urbe Roma ius dicit*) nell'età della grande espansione commerciale mediterranea, nella seconda metà del sec. III a. C., e si può supporre che il nuovo istituto non abbia dovuto attendere molto a diffondersi anche tra i cittadini romani, nei loro reciproci rapporti, per essere quindi giurisdizionalmente tutelato anche dal pretore competente per le liti tra Romani, il pretore urbano. Quel che vale per l'*actio pro socio* non vale però per la *taxatio*. In un periodo di grande fioritura commerciale (sia pure, come tutti sanno, a grave detrimento dei piccoli proprietari terrieri) quale fu quello del sec. II a. C., almeno sino ai Gracchi (133 a. C.), è difficile pensare che le 'alleanze' commerciali tra operatori economici (tali erano, in buona sostanza, le *societates* basate sul *nudus consensus* e sulla fiducia reciproca, oggi si direbbe sulla stretta di mano) potessero prosperare sotto la spada di Damocle di un'eventuale limitazione della condanna all'*id quod debitor facere potest*. Di più: l'*actio pro socio* era un'*actio famosa* (infamante), nel senso che

chi fosse condannato in base ad essa subiva per buona misura le gravissime conseguenze della cd. *infamia*, e ciò porta a ritenere che la partecipazione ad una *societas* comportasse per il socio un impegno speciale a non esporre l'altro socio a perdite, quindi una responsabilità piena e inescusabile quando egli (beninteso, non a causa della comune gestione societaria) non fosse in grado di assolvere i suoi personali impegni verso l'altro socio.

La *taxatio in id quod facere potest* si ambienta invece persuasivamente in un'epoca di depressione economica, e piú in generale di insicurezza dei traffici, nella quale sarebbe stato difficile non collegare all'iniziativa societaria il rischio del venir meno ai soci, in dipendenza della situazione generale, della possibilità di far fronte ai propri obblighi. Il pensiero corre quindi, quanto all'introduzione della *taxatio* nell'editto, piuttosto agli ultimi decenni del sec. II e a quell'agitatissimo sec. I a. C., il secolo delle lotte civili, in cui dal disordine e dallo sperpero generali derivava ad ogni momento il pericolo del capovolgimento delle posizioni degli operatori economici, ed in cui pertanto fare una *societas* significava per i soci, almeno in un certo senso, imbarcarsi in un'avventura comune, 'affratellarsi' (ecco il '*ius quodammodo fraternitatis*') in un rischio comune.

Il richiamo al *ius quodammodo fraternitatis* è veramente significativo, ma bisogna vedere perché. Qualcuno, non dubitando della sua genuinità ulpiana, lo esalta perché confermerebbe la tesi che la *societas* romana derivò dall'antico *consortium fratrum suorum* e che pertanto la sola ipotesi regolata dall'editto pretorio fu quella della *societas omnium bonorum*: tesi esegetica che si potrebbe definire ardita, se non fosse addirittura temeraria per i motivi di fondo indicati poco fa. Altri ritengono invece interpolato tutto il periodo finale di D. 17.2.63 pr. perché il linguaggio non è dei piú rigorosi e perché il *quodammodo* sarebbe un chiaro sintomo dell'approssimativismo postclassico, indegno della linearità del linguaggio di Ulpiano. Per quanto mi riguarda, non vedo perché la frase debba presumersi interpolata. A

parte il fatto che qui il *quodammodo* è tutt'altro che indice di approssimazione concettuale, ma è piuttosto il mezzo espressivo piú adatto. cui Ulpiano potesse far ricorso per mettere in evidenza l'analogia intercorrente tra i *socii* (tutti i *socii* di ogni tipo) e le persone legate da un vincolo di fraternità, mi sembra che l'analogia ulpiana sia la piú efficace per illustrare la logica, la *ratio* (anzi la *summa ratio*) che stava a base della *condemnatio* limitata di un socio rispetto all'azione promossa dell'altro socio. E si ricordi, a conforto di questa interpretazione, che, per ormai comune riconoscimento, una grande somiglianza di situazione economica 'recessiva' esistette tra il sec. I a. C. e il sec. III d. C., il secolo di Ulpiano.

Finito di stampare dalla C.S.L. snc
Via Vicinale Cupa Terracina, 179 - Napoli
nel maggio 1988

