UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO
ISTITUTO DI DIRITTO ROMANO

ATTI DEL SEMINARIO SULLA PROBLEMATICA CONTRATTUALE IN DIRITTO ROMANO

MILANO, 7-9 APRILE 1987

VOL. I

CISALPINO-GOLIARDICA

ANTONIO GUARINO

INTERVENTO CONCLUSIVO SUL TEMA DEL SEMINARIO*

1. Non commetterò la leggerezza di pronunciare davvero una relazione conclusiva, al termine di un convegno così ricco e importante come quello che si è svolto e che si sta concludendo. Non vorrei che dopo la mia relazione si dicesse del Seminario quello che i romani dicevano della sirena, che «*desinit in piscem*», che finisce a coda di pesce. La sirena infatti nella parte superiore del corpo era una bella donna prosperosa, con tutte le curve al punto giusto, ma poi purtroppo, dicevano i romani, finisce miseramente a coda di pesce. Questo «*desinit in piscem*» toccherebbe a me e tenterò di sottrarmivi.

Tenterò di sottrarmi anche perché è difficile riassumere tutto ciò che è stato detto. Praticamente in questi giorni è stato toccato tutto lo scibile del diritto contrattuale romano e probabilmente qualche volta, nell'entusiasmo della relazione o della discussione, a noi relatori è capitato di dimenticare che essenzialmente il seminario era dedicato agli studenti: ragione per la quale ci siamo addentrati in terminologie tecniche e in considerazioni altrettanto tecniche, che forse gli studenti, giustamente, non erano in grado di comprendere.

Io chiedo scusa agli studenti, per conto di tutti noi professori, dell'ermetismo in cui talvolta siamo caduti. Ma gli studenti avranno

---

* Per precisazioni e riferimenti, cfr.: A. Guarino, *Frustula iuris Romani* IV,3: *La congruenza delle somme*, in «ANA» 97 (1986), p. 156 ss.; Id., *Labeone giurista meridionale*, in «Labeo» 1 (1955), p. 49 ss.; Id., *Inquilini che scappano, ivi*, p. 201 ss.; Id., *Mandatum credendi* (1982), p. 71 ss.; Id., *La società col leone*, in «Labeo» 18 (1972), p. 72 ss.

in cambio osservato e apprezzato che i professori che parlavano dalla cattedra, da questo podio, parlavano con un entusiasmo straordinario, un entusiasmo che deriva dal fatto che noi questi problemi del diritto romano non li esponiamo soltanto nel momento in cui siamo chiamati a parlare, ma li viviamo. Noi, da tanto tempo, da tanti anni (alcuni di noi, come me, da tantissimi anni), noi conviviamo con i giuristi romani, con la problematica romana, ed è questo il motivo per cui ci capita di addentrarci magari un po' troppo sottilmente nelle discussioni relative a Capitone, a Labeone, ad Aristone, a Sesto Pedio: a come concepiva Sesto Pedio il contratto, come viceversa lo concepiva Labeone, come diversamente lo concepiva Aristone e via dicendo.

La concezione del contratto secondo i giuristi romani è uno di quei temi intorno ai quali le discussioni sono infinite e sono ancor più complicate dal sospetto che alcune tra le fonti in esame siano state alterate dai compilatori dei Digesti giustinianei o da precedenti annotatori postclassici dei libri scritti dai giuristi romani. Un ginepraio, un vero ginepraio, al quale mi propongo fermamente, con queste mie parole, di non portare altri intrichi.

Ma poi è così difficile esaminare da vicino, senza estremismi tecnicistici, la casistica contrattuale romana? Io, francamente, penso di no. Io ritengo, ad esempio, che qualche esegesi delle fonti la possiamo anche praticare qui, oggi, in amicizia, con linguaggio corrente, tra me e voi. E per darvene la prova, ecco che mi accingo ad estrarre dal mio carniere, per sottoporlo al vostro giudizio, qualche caso più o meno discusso di fattispecie contrattuale riportato dalle fonti antiche, di cui disponiamo.

2. Una prima questione scaturisce dalla lettura di D. 45,1,1,4, un testo attribuito dalla sua *inscriptio* ad Ulpiano, giurista e scrittore oltremodo fecondo fiorito fra il II e il III secolo dopo Cristo.

Argomento: la *stipulatio*, il contratto formale consistente in una domanda dello *stipulans* ed in una risposta adesiva della controparte, il *promissor*. Lo schema era questo: lo *stipulans* chiedeva al *promissor* se intendeva obbligarsi nei suoi confronti così e così (per esempio: prometti che mi siano dati cento sesterzi?) e il *promissor*, se decideva di obbligarsi, rispondeva con una sola parola: prometto. Il contratto di *stipulatio* era, dunque, quello che oggi si chiama un «contratto per adesione» (pensate ai contratti di fornitura di energia elettrica, di acqua, di gas, di servizi telefonici): una delle parti, l'aspirante creditore, dettava tutte le «condizioni» necessarie alla creazione dell'obbligazione, mentre l'altra parte aveva solo la scelta tra il prendere o il lasciare.

Bene. La logica giuridica esige che, se il *promissor* non «prende» tutto quanto richiesto dallo *stipulans*, se cioè accetta solo per la metà dell'importo o così via, egli «lascia», cioè il contratto è nullo. E lo confermano, per diritto romano, il manuale istituzionale di Gaio (3,102), giurista fiorito nel II secolo dopo Cristo, l'epitome anonima che di quel manuale fu pubblicata nel IV secolo (Ep. Gai 2,9,10) e le stesse istituzioni dettate nel VI secolo, contemporaneamente ai *Digesta*, dall'imperatore Giustiniano (*Iust. Inst.* 3,19,5). Viceversa, sapete cosa dice Ulpiano nel testo (D. 45,1,1,4) poc'anzi citato? Egli dice, pari pari, che, se lo stipulante ha chiesto venti e il *promissor* si è impegnato per dieci, oppure se lo stipulante ha chiesto dieci e il *promissor* ha risposto venti, la *stipulatio* non è nulla, ma è valida: vale per dieci. E aggiunge, a mo' di giustificazione, che vivaddio, tutti vedono che il dieci è contenuto nel venti: «*manifestissimum est viginti et decem inesse*».

Che diremo di fronte a questo testo?

Una prima risposta, la più semplice, è che Ulpiano, ribellandosi alla *communis opinio*, abbia voluto manifestare un'opinione sua singolare. Questo è certamente possibile, ma bisogna aggiungere che non è probabile. Per poco che si conosca la personalità del buon Ulpiano, essa è la personalità di un giurista non molto originale, che si accoda sempre agli insegnamenti dominanti. È improbabile che almeno stavolta egli abbia avuto una reazione tanto forte.

Si profila allora la possibilità di una interpolazione tardiva del testo ulpianeo: Ulpiano recitava la *communis opinio* e un tardo interpolatore ha alterato il testo suo genuino. Questa tesi è stata sostenuta da molti, ma badiamo bene: l'interpolazione del testo ulpianeo non può essere stata fatta dai compilatori dei Digesti giustinianei, perché, come abbiamo visto, anche Giustiniano, nelle Istituzioni, condivideva gli insegnamenti dominanti in diritto classico. Si prospetta, pertanto, l'ipotesi di una alterazione apportata al dettato di Ulpiano da un glossatore postclassico pregiustinianeo. Ed è questa l'ipotesi che io, subordinatamente alla vostra approvazione, riterrei più accettabile.

3. Andiamo avanti. Passiamo ad occuparci di un altro contratto: il contratto di compravendita, di *emptio venditio*.

Come sapete, tra le spiacevoli possibilità di un contratto di vendita vi era e vi è questa: che la merce venduta abbia dei difetti non facilmente visibili, dei «vizi occulti», di cui il venditore non sapeva e il compratore si accorga, con suo grande disappunto, solo a contratto espletato. Per evitare al compratore un ingiusto pregiudizio, gli edili curuli, che sovrintendevano ai mercati di Roma, introdussero delle azioni (le così dette, anche oggi, «azioni edilizie») intese a permettere al compratore di ottenere dal venditore la restituzione del prezzo (oppure, nei casi meno gravi, una congrua riduzione del prezzo) nell'eventualità che venissero alla luce i vizi occulti.

Ora stiamo attenti al caso prospettato da Aulo Gellio, un grammatico del II secolo dopo Cristo, nelle sue *Noctes Atticae* (4,2,12), a proposito di una *emptio venditio* di schiavi. Tizio al mercato compra uno schiavo da Caio: gli guarda anche in bocca per accertare che la dentatura è sana, ma sul momento non si accorge che allo schiavo manca un dente (probabilmente, un molare, cioè uno di quei denti essenziali, che se ne stanno nascosti in fondo alla bocca): se ne accorge solo dopo, quando si porta lo schiavo a casa. Domanda: la mancanza di un dente è un vizio occulto rilevante, che autorizza l'entrata in scena delle azioni edilizie? Servio Sulpicio Rufo, importante giurista del I secolo avanti Cristo, risponde di sì, ma Marco Antistio Labeone, giurista non meno importante fiorito qualche decennio dopo Servio, risponde di no. Per lui la mancanza di un dente non è un «morbo», un vizio occulto rilevante.

Interessante, secondo Gellio, è la motivazione addotta da Labeone a sostegno del suo parere negativo. In primo luogo, egli dice, molti sono gli uomini che mancano di qualche dente e non perciò sono ritenuti «morbosi». Ma poi, egli aggiunge, è addirittura assurdo affermare che gli uomini nascano non sani, dal momento che con gli infanti non vengono fuori simultaneamente i denti: «*absurdum admodum est dicere non sanos nasci homines, quoniam cum infantibus non simul dentes gignuntur*».

Cosa ne pensate delle due motivazioni di Labeone? La prima è un po' deboluccia, ma, tutto sommato, può andare. La seconda no, è inammissibile: dire che la mancanza di denti non è un morbo perché i neonati mancano di denti, eppure nessuno affermerebbe che

essi siano ammalati, è soltanto una battuta di spirito. Male hanno fatto Paolo ed altri giuristi romani dell'antichità a prenderla sul serio ed a riprodurla tal quale nei loro trattati.

Quanto a noi moderni, ci conviene, credo, accogliere la seconda motivazione di Labeone esclusivamente a titolo di «boutade». E ci conviene riflettere che Labeone era un grandissimo giurista, ma era pur sempre un meridionale (era nativo di Ligures Baebiani, in quel di Benevento, figuratevi) e che, da buon meridionale, ogni tanto gli piaceva sorridere o, se volete, sghignazzare.

Del resto, che Antistio Labeone non disdegnasse lo scherzo, ci è confermato ancora da Aulo Gellio (*Noct. Att.* 20,1,13), quando ci dice che egli si compiaceva, a proposito del delitto di *iniuria*, di raccontare come vero il comico episodio di Lucio Verazio: un personaggio, probabilmente mai esistito, il quale, approfittando del fatto che le antichissime XII tavole stabilivano per la percossa la pena di 25 assi (somma divenuta minima ai suoi tempi, causa la svalutazione monetaria), si aggirava per Roma, prendendo a schiaffoni i passanti e immediatamente dopo facendo versare nelle loro mani, da uno schiavo addetto alla borsa, il valsente dei miseri 25 assi.

4. Restiamo in tema di compravendita. Voglio parlarvi di una epigrafe pubblicata nel *Corpus inscriptionum latinarum* (*CIL* 6,1770): una epigrafe che riproduce un editto emesso dal *praefectus urbi* Turcio Aproniano, nel 363 dopo Cristo, per regolare le vendite di bestiame nei mercati cittadini.

Il succo dell'epigrafe (troppo lunga e complessa per essere letta qui nella sua interezza) è questo. Da oggi in poi, proclama Turcio Aproniano, basta con i vecchi e approssimativi sistemi di vendita del bestiame: il bestiame sia venduto «*sub exagio*», cioè a peso. Finiamola, dunque, con la vecchia «*consuetudo micandi*» e con le vendite fatte «*digitis conludentibus*».

La prima deduzione che si trae dalla lettura dell'editto è che prima di Turcio Aproniano il bestiame non veniva venduto dietro previa pesata, ma veniva venduto «a vista» o a «colpo d'occhio», come pur ancora si pratica in molti mercati moderni. Ma che significa che il bestiame, sempre prima di Turcio Aproniano, era venduto in base a «*consuetudo micandi*», nonché «*digitis conludentibus*», con le dita che giocano insieme?

Non vi dico come si è sbizzarita nelle sue interpretazioni, a questo proposito, la dottrina romanistica. Pensate che vi è stato qualcuno il quale, argomentando dal fatto che il verbo *micare* si usava anche per indicare il gioco della morra, ha avuto il cuore di sostenere che, prima dell'intervento di Turcio Aproniano, i mercanti romani avessero l'uso (la *consuetudo*) di giocarsi alla morra il bestiame nei pubblici mercati. Quanto al «*digitis conludentibus*», alle dita che giocano insieme, si è pensato da alcuni che Turcio Aproniano abbia voluto vietare i conteggi con le dita, in uso prima di lui.

Eppure, se non erro, l'interpretazione dell'epigrafe è semplice. Basta guardare a come si svolgono ancora oggi le contrattazioni nei mercati. Considerato che «*micare*» ha anche il senso di ammiccare, di strizzare gli occhi, viene naturale riferire la «*consuetudo micandi*» alle contrattazioni a vista: quelle contrattazioni che Turcio Aproniano voleva sostituire con le contrattazioni «*sub exagio*», a pesata. E per spiegarci il «*digitis conludentibus*», le dita che giocano insieme, basta avere un minimo di pratica delle contrattazioni di borsa per accorgersi che l'allusione è al cosiddetto «mercato alle grida». Chi non sa che in borsa, in quel bailamme di offerte e controfferte gridate nel trambusto generale, i contraenti si intendono tra di loro a segni, col gioco delle dita della mano?

Ecco i sistemi, indubbiamente fomiti di incertezze e controversie, che Turcio Aproniano voleva bandire col suo editto.

5. Lasciamo da parte il contratto di compravendita e passiamo a quello di locazione. In proposito voglio sottoporre al vostro giudizio un passo di Alfeno Varo (D. 19,2,27,1), giurista del I secolo avanti Cristo, noto per essere allievo fedele di Servio Sulpicio Rufo e per riferirne spesso gli insegnamenti.

È per l'appunto un responso di Servio Sulpicio che Alfeno riporta nel testo in esame. Il caso sottoposto al maestro concerneva una locazione di immobile. Un inquilino era scappato dalla casa locatagli «*timoris causa*», perché spaventato da quel che vi succedeva: il quesito che sorgeva era se l'inquilino dovesse egualmente la pigione al locatore o se il contratto dovesse ritenersi risolto. Attenzione alla risposta di Servio: se il pericolo è reale, egli dice, il contratto è risolto; se il pericolo non è reale, non è un vero pericolo, l'inquilino deve pagare la pigione. Tuttavia, conclude il testo, il locatario non dovrà la pigione (cioè il contratto dovrà intendersi risolto) anche se il pericolo non è reale, ma vi è stato un giusto motivo perché l'inquilino avesse paura: «*si causa fuisset, cur periculum timeret*».

Il frammento, per la verità, è più pasticciato di quanto io abbia fatto intendere con la mia parafrasi ed è stato perciò sospettato di interpolazione. Ma sorvoliamo su questo punto. Perché ha destato molto interesse il testo di Alfeno Varo? Per questo: perché esso permette di dare una ragionevole risposta ad un quesito che si è presentato spesse volte nei secoli: il quesito delle case infestate dagli spiriti.

Posto che l'inquilino sia fuggito di casa perché essa, a suo credere, era infestata da rumorosi o non rumorosi fantasmi, si dovrà ritenere reale il *periculum* (con la conseguenza che il contratto sarà risolto), o si dovrà ritenere il *periculum* puramente immaginario? Ebbene Servio, nella sua sottile saggezza, ha permesso di rispondere, in innumerevoli controversie insorte a proposito di case infestate da spiriti, che agli spiriti e ai fantasmi si può anche non credere: l'essenziale è che nell'immobile si verifichino fenomeni (rumori, gemiti e via dicendo) tali da mettere in allarme una persona di normale coraggio. In questa ipotesi l'inquilino in fuga è giustificato se resta fuori casa e se si astiene dal pagare la pigione.

6. Sul tema delle locazioni di case abitate da spiriti potrei fermarmi ancora a lungo, anche perché vi ha dedicato un interessante libro uno studioso bolognese, il Nardi. Ma preferisco passare al contratto di mandato, per occuparmi di un caso che sicuramente vi interesserà: quello, esposto da Ulpiano (D. 17,1,12,11), dall'*adulescens luxuriosus*.

C'era una volta un «*adulescens luxuriosus*», un giovanotto libidinoso, il quale si era invaghito di una meretrice e voleva fare l'amore con lei. In teoria l'impresa era facile: bastava che il giovanotto pagasse adeguatamente la meretrice. Ma in pratica si opponeva una grossa difficoltà, non infrequente trattandosi di giovani: che il nostro giovanotto non aveva soldi per compensare la prostituta. Che fare? Fortuna per il nostro eroe che a Roma si aggiravano su piazza degli spericolati usurai, disposti, per un pingue compenso, ad anticipare somme anche cospicue «a babbo morto», cioè contro la promessa di restituzione il giorno in cui il *pater familias* dell'*adulescens* fosse passato a miglior vita e lo avesse lasciato suo erede. Nelle ma-

ni di questi usurai, appunto, si mette presumibilmente il giovanotto in fregola per conseguire il suo scopo.

Qui Ulpiano prospetta due ipotesi di negozio giuridico. Prima ipotesi è quella che il giovanotto dia mandato all'usuraio di dare una certa somma alla meretrice (ipotesi, come suol dirsi, di mandato di credito): ma Ulpiano la scarta, osservando che il mandato di credito, essendo stato fatto a favore di una donna di notorii cattivi costumi, è chiaramente un negozio contrario ai «*boni mores*», un «*mandatum rei turpis*» privo di validità. Eccoci allora alla seconda ipotesi: il prestito alla meretrice è fatto da un usuraio, ma non (apparentemente) per incarico del giovanotto, mentre un altro individuo riceve mandato esplicito da costui di garantire con una fideiussione il credito dell'usuraio verso la meretrice. Una ipotesi, questa, più tortuosa che fa svanire, non del tutto però, le tracce del negozio «*contra bonos mores*».

Avverto, per debito di lealtà, che le due ipotesi prospettate da Ulpiano non sono così semplici (eppure già piuttosto complesse) come io le ho qui rappresentate. Ma a me, sul momento, interessa mettere in evidenza, non senza tristezza, solo una cosa: che gli *adulescentes luxuriosi* dell'antichità studiavano e applicavano il diritto romano, sia pure «pour cause», più approfonditamente di quanto presumibilmente non facciano i loro colleghi del giorno d'oggi.

7. Ultimo contratto del mio piccolo florilegio: la *societas*, il contratto di società. Più precisamente, desidero parlarvi di quella particolare specie di società, che i libri di testo sogliono chiamare «società leonina».

Che cos'è la società leonina? È il contratto societario in cui viene convenuto che una delle parti si prenderà tutti gli utili, oppure sarà esentata da tutte le perdite. Questo «patto leonino» per cui uno dei contraenti si fa la «parte del leone» è espressamente vietato dall'art. 2265 del nostro codice civile, che lo dichiara nullo, come non apposto al contratto. In diritto romano invece il contratto con clausola leonina era addirittura nullo, come non fatto, esso stesso, nella sua interezza.

Si usa dire, nei libri di diritto romano, che la «*societas leonina*» era così chiamata, comunemente, da tutta la giurisprudenza romana. Ma non è vero. Risulta chiaramente da un testo di Ulpiano (D. 17,2,29,2) che il solo giurista Caio Cassio Longino era solito parlare di società leonina. Ulpiano lo riferisce come una singolarità di Cassio. Ebbene di questa singolarità di Cassio io penso che noi possiamo farci ragione. Ritengo, in altri termini, che vi siano elementi per poter congetturare verosimilmente per quali motivi Cassio Longino abbia avuto l'idea di parlare di società leonina.

Bisogna anzi tutto rifarsi a Fedro, l'autore di quelle favolette, molte delle quali riprese da Esopo, che abbiamo tutti studiato sui banchi di scuola. Fedro non ebbe una vita facile. A quanto egli afferma, fu perseguitato e sottoposto a inchiesta per iniziativa di Seiano, il potente favorito dell'imperatore Tiberio, perché le sue favole, o taluna tra esse, avevano tutta l'aria di prendere in giro sia il principe che Seiano. L'inchiesta, se non addirittura il processo *extra ordinem*, dovette svolgersi prima del 31 dopo Cristo, che è l'anno in cui fu segnata la caduta di Seiano: mettiamo, intorno al 30 dopo Cristo. E in certo senso andò bene, ma solo in un certo senso. Da un lato, Fedro fu assolto; ma, dall'altro lato, la motivazione del suo proscioglimento fu, con suo grande disappunto, che le sue favole erano soltanto «*viles neniae*», raccontini da quattro soldi privi di sale e di pepe.

Bene. Volete sapere chi era in auge a Roma negli anni intorno al 30 dopo Cristo? Era in auge, in grande auge il giurista Caio Cassio Longino, di cui sappiamo che fu pretore nel 27 e console nel 30. Se una inchiesta sulle favole di Fedro vi fu, è molto probabile che essa sia passata per le sue mani, o anche per le sue mani. Cassio, dunque (io suppongo) lesse per dovere di ufficio le favole di Fedro (in particolare, quelle contenute nel primo libro, l'unico fino ad allora pubblicato) e le giudicò «*viles neniae*».

Ora scorriamo insieme il primo libro delle favole fedriane. Vi troveremo, tra le altre, una favola, non ispirata da Esopo, che parla della vacca, della capretta e della pecorella, che si misero in società con il leone per andare a caccia del cervo. Come tutti sapete, il cervo fu abbattuto e, al momento di dividerne le spoglie, il leone si attribuì prepotentemente tutte e quattro le parti. Viene spontaneo pensare che la favoletta abbia fatto colpo su Cassio, il quale, proprio per il ricordo che ne aveva, prese l'uso di parlare di «*societas leonina*».

Con la quale chiudo il mio breve repertorio di contratti, chiedendovi scusa se vi ho tediato.

2226 (1)
UNIVERSITÀ NAPOLI

L. 40.000