

II. LA PROTEIFORME «LOCATIO-CONDUCTIO»

1. Gli anni quaranta del secolo scorso (chi sa quante volte l'ho detto e ripetuto) sono stati tra i piú movimentati e «vivi» della mia vita. Prima la guerra sul fronte sovietico. Poi un breve ritorno alla magistratura (della quale facevo parte fin dal 1938) come giudice nel Tribunale di Roma. A fine 1942 la vittoria nel concorso di Storia del diritto romano e la chiamata in prima nomina a Catania. Nel 1943, 10 luglio, lo sbarco anglo-americano in Sicilia e la mia fuga a gambe levate da Catania a Napoli. Di qui, dopo l'ulteriore sbarco degli americani nel Salernitano, a Maiori, il fortunoso passaggio delle linee tedesche per raggiungere da Napoli la località di sfollamento della mia famigliola ad Atrani, comunello a due passi da Maiori e da Amalfi. Quindi il ritorno con mezzi di fortuna a Catania militarmente occupata. Infine quel periodo di progressivo riassetto della normalità sociale e di lavoro attivissimo, quasi frenetico, che Cesare Sanfilippo ed io, con l'aiuto di altri generosi colleghi ed allievi (primi fra tutti gli indimenticabili Giuseppe Auletta e Cristoforo Cosentini), svolgemmo dal 1944 al 1950 per ripristinare e rinsanguare la semidistrutta biblioteca del Seminario giuridico, per far risorgere da un silenzio piú che ventennale una seconda serie degli *AUCT.* (cioè degli *Annali della Facoltà*) e sopra tutto per impiantare arditamente, tra mille difficoltà organizzative non solo di carattere materiale ed economico, ma anche di selezione dei redattori e di diplomatico dosaggio del «Comitato scientifico internazionale», sopra tutto (dicevo) per dare alle stampe *Iura*, la «rivista di diritto romano» che il paterno consiglio di Salvatore Riccobono, pervenutoci attraverso Lauro Chiazese, ci indusse ad estendere nel riferimento a tutto il «diritto antico».

Nel 1950, in coincidenza con l'edizione del quarto numero di *AUCT.* (pubblicazione, questa, che si è poi purtroppo di nuovo fermata sino ad una ripresa, che mi auguro duratura, datata 2001) vide (finalmente) la luce il primo volume di *Iura*. Sanfilippo aveva 39 anni, io 36. Eravamo, ricordo, molto felici, ma molto dippiú trepidanti per l'accoglienza che la rivista avrebbe avuto nell'ambiente giusromanistico internazionale. E l'accoglienza, possiamo ben dirlo, fu ottima.

2. Fu appunto nel 1950 che io pubblicai l'articolo intitolato *Spirito del diritto del lavoro e materia del contratto individuale*, oggi riprodotto nelle mie *PDR.* 1 (1993) 153 ss. L'articolo non apparve né in *Iura* né in *AUCT.*, che ospitavano entrambi altre mie cose, ma figurò in *Diritto e giurisprudenza* (1950, pp. 1 ss.), cioè in un'altra rivista che, dopo una trentina d'anni di sonno, era stata riportata alla luce a Napoli da un gruppo di volenterosi professori e avvocati e della quale avevamo particolarmente cura Francesco Santoro Passarelli, allora cattedratico napoletano, ed io.

L'occasione per scrivere questo articolo mi era stata offerta da una conferenza sullo *Spirito del diritto del lavoro* tenuta a Catania dal Santoro Passarelli (vedine il testo in *AUCT.* 2 [1948] 1 ss.) in segno di energica reazione ad una tesi proclamata dal grande Francesco Carnelutti in *Foro it.* 63 (1938) 4.75 ss. (*Legittimazione al contratto di lavoro* = *On. Pacchioni* [1939] 109, spec. 111 ss.) e dal Carnelutti ribadita anche in anni successivi. Ragionando in termini di «teoria generale del diritto», Carnelutti sosteneva che nel contratto di lavoro subordinato il lavoratore è una «persona», cioè un soggetto giuridico, che rende però se stessa, in quanto «uomo», in quanto animale pensante e parlante, oggetto di un (ben delimitato) diritto del datore di lavoro. No,

assolutamente no, replicava Santoro Passarelli: l'uomo è sempre e in ogni caso persona e tutto il complesso della legislazione del lavoro (lo «spirito» del diritto del lavoro) è nel senso di non sminuirne la dignità di fronte al suo datore di lavoro, sicché è giusto concludere con una secolare «*communis opinio*» che oggetto del contratto tra i due sono soltanto le specifiche attività (le «*operae*») che il lavoratore mette a disposizione della controparte.

Siccome il Carnelutti chiudeva il suo ragionamento esortando gravemente i giusromanisti a rendersi più esattamente conto della natura della «*locatio operarum*» romana, io mi permisi da giusromanista piccolo piccolo di avvertirlo che, per verità, i Romani antichi già avevano tacitamente concepito la «*locatio operarum*» come subordinazione materiale di se stesso, contro adeguata mercede, del lavoratore al «*conductor*». E ciò anche se essi, poco disposti alle teorie generali, non avevano sottolineato sulla differenza tra persona e uomo, anzi tendevano a denominare «*personae*» (così il Gaio delle *Istituzioni*) tanto gli esseri umani che fossero soggetti giuridici quanto quegli uomini che per varie cause, a cominciare dalla schiavitù, non fossero tali o integralmente tali, ma potessero poi eventualmente diventarli.

«Il principio della collaborazione del lavoratore con l'imprenditore (così io conclusi), se non vuol rimanere una vuota formulazione (cfr. a. 2094 c. c. ital.), esige di essere valorizzato e integrato con quello della collaborazione dell'imprenditore col lavoratore: esso esige che il contratto di lavoro, svincolandosi appieno dal vietato schema della *locatio-conductio*, sia riversato nello schema anch'esso romano della *societas*». Parole che, malauguratamente (almeno per chi guarda la realtà sociale da certi punti di vista), malgrado indiscutibili progressi frattanto realizzatisi sul piano legislativo e su quello della contrattazione sindacale, hanno oggi più o meno lo stesso scarso risalto di cinquanta anni fa.

3. Le mie idee circa la categoria generale degli «oggetti giuridici» in diritto romano, nonché circa la possibilità che anche i soggetti di «*ius privatum*» potessero rendersi oggetti, entro ben determinati limiti (e mai essendo del tutto assimilati alle «*res*»), di rapporti giuridici, sono tutte sintetizzate da tempo nel mio *DPR*. (di cui possono consultarsi il n. 18 e particolarmente il n. 18.6, nonché *passim* il n. 79 della dodicesima edizione, 2001). Non tornerei sull'argomento, se in materia di «*locatio-conductio*» non fosse stata pubblicata di recente una monografia molto interessante di uno studioso di grande diligenza e serietà, Roberto Fiori (*La definizione della «locatio-conductio». Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, 1999).

Attraverso analisi testuali molto accurate delle fonti di cui disponiamo il Fiori, nella mancanza di vere e compiute definizioni del contratto «*locatio-conductio*», cerca di dedurre da ogni possibile indizio, e particolarmente dalle differenze poste in luce in varie contingenze sostanziali e processuali tra il nostro ed altri negozi, quale fosse la concezione «tipica» che i giuristi romani dell'età classica (apparentemente mai smentiti dalle poche formulazioni postclassiche giunte sino a noi) ebbero dell'istituto. La sua conclusione è che, a prescindere da connotazioni secondarie connesse alla grande varietà d'impieghi pratici di esso, quei giuristi si trovarono sempre prodigiosamente d'accordo nel ravvisare in ogni e qualsiasi vicenda il sinallagma «*merces - uti frui*»; lo «scambio di mercede contro godimento» (cfr. p. 266). Schema unitario, dunque. Schema rimasto inalterato sino alla Compilazione giustiniana e rielaborato solo dalla successiva tradizione romanistica, quella che va dal dopo Giustiniano ai nostri codici

ed alla nostra moderna giurisprudenza, specie in considerazione della molteplicità degli oggetti di riferimento (cose inanimate, prodotti da apprestare, lavori subordinati da eseguire ecc.).

Per il che il Fiori (p. 281 nt. 71), pur ammettendo che i «*prudentes*» romani furono consapevoli della molteplicità di «modelli negoziali» presenti all'interno dell'unico tipo (cfr. pp. 297 ss.), nega, ad esempio, che le fonti giustifichino l'«affermazione» che io avrei fatto in *DPR*. (di cui v., nell'ultima edizione, il n. 79.1.3), per cui «la locazione, gradualmente articolata in *species* durante il periodo classico, giunse, nel diritto giustiniano, ad essere distinta addirittura in tre contratti (tre *genera*) diversi».

4. Qui occorre eliminare anzi tutto un equivoco. Non è vero che io abbia formulato, in ordine alla *locatio-conductio* giustiniana, l'«affermazione» recisa che il Fiori mi ascrive. È vero solo che nel luogo citato io ho scritto, e tuttora confermo, che nelle tre «*species*» principali profilatesi in diritto classico il diritto giustiniano «intravvide ... addirittura tre contratti (tre *genera*) diversi»: parole che il Fiori aveva del resto già puntualmente trascritte in altro luogo (p. 8 nt. 29) e che esprimevano alquanto più laconicamente e più cautamente, secondo il mio stile personale, quanto si può leggere, che so, nel giustamente celebratissimo *RPR*. 2.400 ss. (§ 266) di Max Kaser (il quale, tanto per intenderci, già per l'età classica dedica il § 132 del vol. 1, 562 ss., a «Miete und Pacht, Dienstvertrag, Werkvertrag»).

Chiarito questo punto, peraltro di secondaria importanza, l'essenziale, almeno secondo me, è questo. Nell'analisi dei casi loro sottoposti i giuristi romani dell'età classica, tanto pazientemente e spesso finemente analizzati dal Fiori, indubbiamente tendevano a ricorrere, quando gli fosse possibile, all'utilizzazione (consocia o inconscia che fosse) dello schema sinallagmatico per il contratto di «*locatio-conductio*». Tuttavia è assai poco verosimile, anche se non è addirittura da escludere, che essi ravvisassero nel «*locator*» il prestatore di un «*uti frui*», cioè, se ho ben capito, un soggetto che si obbligava al «*pati*» di un godimento da parte del «*conductor*» (tenuto, a sua volta, alla «*datio*» di una «certa *merces*»), oppure si obbligava ad un corrispondente «*non facere*». Infatti, se l'oggetto del godimento non veniva portato in primo piano, era molto difficile, per non dire irrealistico, identificare con esattezza l'«*uti frui*» e la sua misura. Il fatto che i giuristi romani queste cose solitamente non le sottolineassero non significa che essi le ritenessero irrilevanti. È solo che essi, come il Fiori ben sa, erano alieni da ogni teorizzazione astratta e da ogni «*definitio periculosa*», sí che tralasciavano di spendere parole (e di arrischiarsi in artificiose concettualizzazioni) su ciò che fosse addirittura ovvio.

Che la teorizzazione esplicita dell'«oggetto» dei rapporti di locazione sia di epoca postromana è insomma verissimo, ma che la sagace intuizione ed utilizzazione cosciente di quell'importante elemento sia stata operata dalla giurisprudenza classica e dalla prassi postclassica è cosa ben difficile da negare. In particolare, come è pensabile che un «*locator rei*» si impegnasse a far godere una cosa al conduttore, se non si caricava al tempo stesso dell'«*obligatio in dando*» della cosa locata? E come è pensabile che un «*locator operarum*», un lavoratore, si impegnasse a faticare in certi modi e per certi giorni ed ore a vantaggio del «padrone» e sotto la direzione di costui, se non si caricava al tempo stesso dell'«*obligatio in dando*» di se stesso, della propria muscolatura e della propria capacità di intendere gli ordini di volta in volta ricevuti?

L'oggetto della locazione, chi lo nega?, era spesso e volentieri sottinteso, ma non perché esso fosse meno presente e importante nella sistemazione dell'assetto d'interessi tra le parti, bensì solo perché era evidente.

5. La verità è che la «*locatio-conductio*» era, come il Proteo della leggenda greca, tanto frequente quanto sfuggente: «*Sunt, quibus in plures ius est transire figuras, / ut tibi, complexi terram maris incola, Proteu*» (Ovid. *metam.* 7.30-31). Le forme che il contratto assumeva tendevano ad essere le più disparate a causa della diversità degli oggetti messi in posta nella contrattazione. E man mano tanto distinte tra loro effettivamente divennero da essere in qualche modo considerate («intravviste»), sopra tutto in età postclassica, come espressive ciascuna di istituti autonomi.