

Sul problema del rischio contrattuale nel diritto romano

1. In un recente studio¹ Emilio Betti ha limpidamente impostato, con il rigore dogmatico che gli è consueto, il problema del rischio contrattuale nel diritto romano. Egli ha posto preliminarmente la distinzione fra rapporti sinallagmatici di scambio, rapporti di tipo associativo e rapporti di tipo gestorio. Con riguardo ai primi, ai quali limitiamo la nostra ricerca, si trattava² di stabilire se, divenuta impossibile per fatto non imputabile al debitore una delle prestazioni, il creditore fosse o meno liberato dall'obbligo di eseguire la controprestazione³. Questo problema sarebbe stato risolto, almeno di norma, sulla base del concetto della bilateralità funzionale e pertanto i romani avrebbero ritenuto che, divenuta impossibile una delle prestazioni per fatto non imputabile al debitore⁴, il creditore della prestazione medesima avrebbe cessato di essere tenuto ad eseguire la controprestazione. In questa materia, salvo particolari eccezioni, sarebbe stata quindi adottata, nel diritto classico, una soluzione unitaria e logicamente impeccabile.

A nostro avviso, se questa soluzione rispecchia fedelmente il regime della *locatio rei*, in cui effettivamente il *conductor* cessava di essere tenuto al pagamento del fitto qualora il godimento della cosa fosse divenuto impossibile per fatto non imputabile al *locator*⁵, non altrettanto può dirsi invece per la *emptio venditio* e per la *locatio operarum*. Con riferimento a questi due tipi di contratto, riteniamo che il rischio fosse interamente sopportato dal creditore della prestazione divenuta impossibile e cioè, rispettivamente, dal compratore e dal conduttore delle opere. Per quanto riguarda la compravendita, la nostra tesi trova conforto nell'opinione dominante⁶ secondo cui la massima, più volte

[«Studi in onore di Emilio Betti», III, Milano, 1962, p. 691-724]

¹) «Periculum». *Problemi del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano*, in «Studi P. De Francisci», I, Milano, 1956, p. 131 ss. (= «Jus», V, 1954, p. 333 ss.). Nel corso della trattazione citeremo sempre la prima delle due pubblicazioni.

²) Il problema si pone ancor oggi negli stessi termini ed è risolto dal legislatore (art. 1463 *cod. civ.*) nel senso che, nei contratti con prestazioni corrispettive, il rischio deve essere sopportato dal debitore della prestazione divenuta impossibile per un fatto a lui non imputabile: egli invero risulta liberato dall'obbligo di eseguire la prestazione, ma perde il diritto alla controprestazione.

³) Nei rapporti di tipo associativo ed in quelli di tipo gestorio il problema si sarebbe posto, sempre secondo il BETTI, *Periculum*, cit., p. 194 ss., in termini alquanto diversi, consistendo esso nel decidere se una determinata perdita patrimoniale, incontrata in relazione al compimento di un affare riguardante la società oppure nel corso dell'attività gestoria, dovesse essere sopportata, rispettivamente, dal singolo socio ovvero dalla società (e quindi da ciascun socio in proporzione della sua quota), dal gestore ovvero dal *dominus negotii*.

⁴) Il problema del rischio presuppone risolto in senso negativo quello della responsabilità per inadempimento: la sfera del rischio ha inizio là dove termina quella della responsabilità. Il BETTI, *Periculum*, cit., p. 135 ss., ha giustamente rilevato che nei testi giustiniani le due questioni si trovano spesso confuse così da rendere estremamente ardua, anche per questo motivo, la ricostruzione del regime classico del rischio contrattuale.

⁵) Si vedano, in proposito, D. 19.2.9.1 (Ulp. 32 *ad ed.*); D. 19.2.9.4 (Ulp. 32 *ad ed.*); D. 19.2.9.6 (Ulp. 32 *ad ed.*); D. 19.2.15.2-5 (Ulp. 32 *ad ed.*); D. 19.2.19.6 (Ulp. 32 *ad ed.*); D. 19.2.25.6 (Gai. 10 *ad ed. prov.*); D. 19.2.27.pr. (Alf. 2 *dig.*); D. 19.2.33 (Afr. 8 *quaest.*); D. 19.2.61[60].pr. (Lab. 5 *post. a lav. epít.*).

⁶) Per tutti, V. ARANGIO RUIZ, *La compravendita in diritto romano*², Napoli, 1954, rist. 1990, II, p. 250 ss.

enunciata nelle fonti, *periculum est emptoris*, non può assolutamente essere attribuita ai giustiniani, come invece ha cercato di dimostrare lo Haymann⁷. Su questo punto ci limiteremo perciò ad alcune brevi osservazioni dirette a ribadire quell'opinione e, soprattutto, a rimuovere le perplessità manifestate contro quella massima da quanti, pur considerandola rigorosamente classica, affermano che essa è così singolare da apparire appena comprensibile, oltre che in stridente contrasto sia coll'equità sia colla logica giuridica, le quali esigerebbero che il rischio, sino al momento della *traditio*, fosse sopportato dal venditore⁸.

Per quanto concerne la *locatio operarum*, ci proponiamo invece di esaminare il problema, sia pur brevemente, nei suoi termini essenziali⁹. Dal modo in cui i romani risolvevano il problema del rischio in questi due tipi di contratto, si potranno forse trarre alcune illazioni di carattere più generale, valide nell'ambito dei contratti sinallagmatici.

2. Sottoponendo ad approfondita analisi la situazione obbligatoria derivante dai contratti con prestazioni corrispettive¹⁰, i giureconsulti romani hanno sicuramente colto l'esistenza di uno stretto legame fra le obbligazioni di una parte e quelle reciproche dell'altra, legame che hanno valutato non soltanto nel momento della loro nascita, ma anche in quello successivo del loro svolgimento¹¹. E se dal primo punto di vista si spiegano agevolmente le decisioni in cui si afferma la nullità dell'intero contratto quando il difetto di un requisito della prestazione impedisse il sorgere di una delle obbligazioni¹², la valutazione del nesso sostanziale fra prestazione e controprestazione ha suggerito, almeno per la *locatio conductio rei*, la soluzione che addossa il rischio inerente all'impossibilità sopravvenuta per fatto non imputabile al debitore al debitore stesso, in quanto, cessando di essere dovuta una delle prestazioni, cessava di essere dovuta pure la controprestazione. E' tutt'altro che certo però se tale valutazione abbia consentito di giungere alla formulazione di un principio generale, egualmente valido per tutti i contratti di scambio, e ad istituire così, per questi contratti, un rapporto così stretto e necessario fra prestazione e controprestazione da condizionare inesorabilmente, durante l'intero svolgimento del rapporto, le sorti dell'una a quelle dell'altra. Le fonti hanno conservato in proposito le tracce di una elaborazione estremamente tormentata. Basterebbero, per rendersene conto, i dubbi cui dà luogo l'ammissibilità di un'*exceptio* cd. *inadimpleti contractus*, che pure costituirebbe una delle esplicazioni più salienti della bilateralità funzionale¹³; le incertezze nell'ammettere od escludere, per l'ipotesi di *acceptilatio* di una delle obbligazioni, l'estinzione anche di quella della

⁷) F. HAYMANN, *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht*, in «ZSS.», XL, 1919, p. 254 ss., e «ZSS.», XLI, 1920, p. 44 ss., il quale ha ripreso, approfondendola, una tesi già presentata dall'Arnò in numerosi scritti, dettagliatamente citati dallo stesso HAYMANN, *Textkritische Studien*, cit., p. 45 nt. 3. Per un ampio esame critico della tesi dello Haymann, E. SECKEL, E. LEVY, *Die Gefahrtragung im klassischen römischen Recht*, in «ZSS.», LXVII, 1927, p. 117 ss. Lo stesso C. ARNÒ, *Introduzione allo studio delle Pandette*, Torino, 1937, p. 75 ss., ha, in ultimo, creduto di poter ricongiungere alla distinzione fra le due scuole, serviana e muciana, una diversità di soluzioni in quanto, mentre per Servio (ed i suoi seguaci) il *periculum* sarebbe stato del compratore solo dopo la *traditio*, per Q. Mucio (ed i suoi seguaci), il *periculum* sarebbe stato del compratore subito dopo la conclusione del contratto.

⁸) G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, Torino, 1949, p. 233.

⁹) Da ultimo, sulla questione del rischio nella *locatio operarum*, M. KASER, *Periculum locatoris*, in «ZSS.», LXXIV, 1957, p. 194 ss.

¹⁰) Usiamo questa moderna terminologia (sulla quale cfr. GROSSO, *Il sistema*, cit., p. 216 s.) per indicare quei contratti la cui funzione tipica consiste nello scambio tra due prestazioni: compravendita, locazione conduzione, contratti innominati.

¹¹) La dottrina parla di bilateralità genetica per sottolineare che dal contratto nascono direttamente obbligazioni a carico di ciascuna delle parti, e di bilateralità funzionale per esprimere il concetto che, fra queste obbligazioni, sussiste pure un nesso sostanziale di interdipendenza, il quale investe le prestazioni reciprocamente dovute: GROSSO, *Il sistema*, cit., p. 224 ss.

¹²) Era nulla la compravendita di cosa inesistente (D. 18.1.8.pr. [Pomp. 9 *ad Sab.*]; D. 18.1.15.pr. [Paul. 5 *ad Sab.*]; D.18.1.57 [Paul. 5 *ad Plaut.*]; D.18.1.58 [Pap. 10 *quaest.*]) o di una *res extra commercium* (D. 18.1.34.1 [Paul. 33 *ad ed.*]). Gaio, in *inst.* 3.140, dopo aver affermato che il *pretium* doveva essere *certum*, esclude l'efficacia di una compravendita in cui la determinazione del corrispettivo fosse stata rimessa all'*arbitrium* di un terzo.

¹³) GROSSO, *Il sistema*, cit., p. 240 ss.

controparte¹⁴; il fatto che la risoluzione del contratto bilaterale per inadempimento di una delle obbligazioni fosse sconosciuta ai romani, come rimedio di carattere generale offerto al creditore in concorso elettivo con l'azione diretta ad ottenere l'esecuzione della controprestazione¹⁵. Ed un'esplicazione altrettanto saliente della bilateralità funzionale si sarebbe realizzata qualora si fosse ritenuto che nei contratti di scambio il rischio dovesse essere sopportato dal debitore della prestazione divenuta impossibile per fatto a lui non imputabile. La regola '*casum sentit debitor*' appare infatti come un corollario del principio secondo cui, se l'obbligazione di una delle parti si estingue senza il soddisfacimento del creditore, si estingue pure la obbligazione della controparte. Ora un esame, sia pur sommario, delle fonti non consente affatto di stabilire che il problema del rischio fosse risolto, in ogni caso, alla luce di quel corollario. Ciò è vero per la *locatio rei*; ma nella compravendita e, come vedremo, nella *locatio operarum*, il rischio era sopportato dal creditore della prestazione divenuta impossibile in quanto costui, nonostante avesse perduto il diritto alla prestazione, continuava ad essere tenuto ad adempiere la controprestazione. A nostro avviso, nella tesi secondo cui sarebbero stati i giustinianei ad applicare alla compravendita la regola '*casum sentit creditor*', si annida un duplice equivoco. Da un lato si dà per ammesso che i romani avessero elaborato compiutamente il concetto della bilateralità funzionale sino a trarne ogni possibile conseguenza. Dall'altro si dà pure per ammesso che il problema del rischio dovesse essere risolto alla luce di quel concetto e perciò, nell'ambito dei contratti di scambio, in modo perfettamente unitario. In altri termini, solo dopo aver dimostrato che il dogma della bilateralità funzionale fu così vivo ed operante nel diritto romano da trasfondersi in un principio di carattere generale, applicabile pure in tutti i casi in cui, in seguito all'impossibilità sopravvenuta di una delle prestazioni, la funzione del sinallagma risultasse completamente paralizzata, potrà dirsi che la massima '*periculum est emptoris*', essendo in contrasto con quel dogma, contrasta perciò con la logica giuridica, che indubbiamente esigerebbe, per ognuno di quei casi, un'identica soluzione. Se invece, come noi riteniamo, la bilateralità funzionale deve essere valutata alla stregua di un risultato faticosamente raggiunto in seguito ad una complessa evoluzione, che ha il suo punto di partenza nella concezione più immediata e spontanea della reciproca indipendenza delle due obbligazioni¹⁶, ciascuna delle quali seguiva la propria sorte, se ne deduce che nessun ostacolo di carattere dogmatico poteva impedire che il problema del rischio fosse risolto in modo difforme nelle varie ipotesi. Comunque non potrà certo ritenersi illogica la massima '*periculum est emptoris*' solo perché essa, facendo sopportare al compratore il rischio inerente alla sopravvenuta impossibilità di effettuare la *traditio*, prescinde dal concetto della bilateralità funzionale, il quale esige che l'equilibrio fra prestazione e controprestazione sia costantemente mantenuto sino al compiuto svolgimento del rapporto contrattuale. Si potrà allora cercare di scoprire le ragioni per cui nella *locatio rei* il rischio era sopportato dal debitore, mentre nella *emptio venditio* era sopportato invece dal creditore: ma potrebbe già essere sufficiente, sempre al solo fine di rimuovere ogni dubbio sulla illogicità della massima in esame, il rilievo che nei due contratti il problema del rischio, in mancanza di un principio generale applicabile ad entrambi, era suscettibile di diverse soluzioni. E poiché, come vedremo, il *periculum* doveva essere necessariamente sopportato o dal debitore o dal creditore della

¹⁴ Incertezze e dubbi che traspasano da D. 46.4.23 (Lab. 5 *piib. Paul. epit.*), in cui sono riportate le opposte opinioni manifestate in proposito da Labeone e da Paolo (il quale ultimo conferma la soluzione prospettata, per la stessa ipotesi, da Giuliano [15 *dig.*] in D. 18.5.5.pr.), anche se da tale frammento, come giustamente ha osservato il GROSSO, *Il sistema*, cit., p. 238 ss., non si possono trarre illazioni di carattere generale nel senso che a Labeone, a differenza di Paolo e di Giuliano, fossero del tutto sconosciuti gli effetti sostanziali della bilateralità.

¹⁵ Un concorso di questo tipo è stato forse ammesso dai giustinianei nell'ambito dei contratti innominati, se è vero che il creditore, eseguita la prestazione, poteva agire o con una *condictio causa data causa non secuta* ovvero con un'*actio praescriptis verbis* nei confronti del debitore inadempiente. Sul punto, cfr. GROSSO, *Il sistema*, cit., p. 160.

¹⁶ Indipendenza che è alla base della nota enunciazione di Varrone, *r. rust.* 11.2.6: '*nec non emptor potest ex empto vendito illum damnare, si non tradet, quamvis non solveret nummos, ut ille emptorem simili iudicio, si non reddit pretium*'. HAYMANN, *Textkritische Studien*, cit., p. 52, il quale pone il concetto della bilateralità funzionale al centro della indagine diretta a dimostrare l'origine giustiniana della massima *periculum est emptoris*, tenta naturalmente di svalutare il chiaro significato del passo.

prestazione divenuta impossibile, questa diversità si risolveva fatalmente in un'antitesi radicale.

3. Si è pure detto, come già abbiamo accennato, che l'addossare al compratore, ancor prima della *traditio*, il rischio del perimento della cosa, significherebbe trascurare un'elementare regola di equità, la quale esige parità di trattamento fra i soggetti di un rapporto contrattuale. Se il venditore è liberato dall'obbligo di effettuare la consegna della cosa perché questa è perita per caso fortuito, sarebbe manifestamente iniquo il costringere il compratore a corrispondere egualmente il prezzo. A ben vedere però, l'iniquità è, nel caso in esame, solo apparente. Essa procede da una valutazione del rapporto con prestazioni corrispettive fatta alla luce del principio della bilateralità funzionale, il quale, condizionando le sorti della prestazione a quelle della controprestazione, tende ad assicurare ed a conservare, per questa via, l'equilibrio fra le rispettive posizioni patrimoniali. Ma se si prescinde da quel principio e se il problema del rischio consiste nello stabilire, con riguardo ai contratti bilaterali, se il debitore liberato, in seguito al sopraggiungere del caso fortuito, dalla propria obbligazione, conservi o meno il diritto alla controprestazione, è chiaro che due soltanto sono le soluzioni possibili, nessuna delle quali è, di per sé, iniqua. Non si può infatti sfuggire a questa alternativa: o si ritiene che il debitore della prestazione divenuta impossibile perda il diritto alla controprestazione, ed allora si addossa a lui il danno cagionato dal caso fortuito; o si ritiene invece che il debitore conservi questo diritto, ed allora il danno sarà fatalmente sopportato dal creditore, privato del diritto alla prestazione mentre continua ad essere tenuto per la controprestazione. In entrambe le ipotesi si verifica una perdita patrimoniale¹⁷ della quale nessuno deve rispondere, ma che da qualcuno deve essere inevitabilmente sopportata. Si potrà dire che nella seconda ipotesi si produce uno squilibrio nelle rispettive posizioni patrimoniali in quanto una delle parti, e precisamente il debitore della prestazione divenuta impossibile, si arricchisce senza corrispettivo. Si potrà aggiungere che la applicazione al problema del rischio della regola '*casum sentit debitor*' consentirebbe di evitare un siffatto arricchimento ingiustificato¹⁸. Ma tutto ciò presuppone pur sempre una compiuta elaborazione del concetto del sinallagma e la conseguente valutazione, dal punto di vista dell'arricchimento, del problema del rischio, valutazione che, sola, induce a ravvisare un contrasto fra l'equità e la regola '*casum sentit creditor*'.

E si ritorna così al punto dal quale siamo partiti: non risultando che i romani abbiano approfondito la valutazione del nesso di interdipendenza fra prestazione e controprestazione al punto da porlo come base di un principio generale conforme, al tempo stesso, alla struttura del rapporto con prestazioni corrispettive ed all'esigenza di assicurare e conservare, sul piano economico patrimoniale, il loro equilibrio originario, non si può ritenere illogica - e non si pone per essa un problema di equità o iniquità - la massima '*periculum est emptoris*' solo perché addossa il rischio inerente all'impossibilità sopravvenuta di una delle prestazioni al creditore della prestazione medesima.

¹⁷) Come acutamente ha precisato G. GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934, p. 24 ss., l'impossibilità sopravvenuta della prestazione, per fatto non imputabile al debitore, determina, nei rapporti con obbligazioni commutative, varie specie di danni: quello consistente nella perdita della prestazione in seguito alla estinzione del rapporto obbligatorio; quello che consegue alla perdita della prestazione, ivi compreso il lucro cessante; quello infine rappresentato dalla perdita di ciò che il creditore ha dato o deve dare in cambio della prestazione divenuta impossibile. Le prime due specie di danno sono fatalmente sopportate dal creditore medesimo. La terza è quella che dà origine al problema del rischio in senso tecnico, in cui si tratta appunto di stabilire quale debba essere la sorte della controprestazione.

¹⁸) Da questo punto di vista e con riferimento al codice civile del 1865, GORLA, *Del rischio e pericolo*, cit., p. 201 ss., imposta il problema del rischio contrattuale, dimostrando che nel nostro ordinamento positivo vige la regola '*casum sentit debitor*', regola che, come abbiamo accennato, è stata espressamente enunciata nel nuovo codice. Ci sembra estremamente significativo che il Gorla sia giunto a quella conclusione dopo un ampio e meditato esame del concetto di bilateralità funzionale, concetto che avrebbe suggerito la concessione di rimedi diretti a prevenire la rottura dell'equilibrio fra prestazione e controprestazione - e precisamente: l'*exceptio inadimpleti contractus* e la condizione risolutiva tacita - ovvero a ristabilire tale equilibrio, mediante l'azione concessa al creditore per ripetere la controprestazione già eseguita anticipatamente, nella ipotesi in cui la prestazione sia divenuta impossibile per fatto non imputabile al debitore.

4. Venditore e compratore si trovano così esposti, sin dal momento della conclusione del contratto, ad una situazione di rischio, in relazione al fatto che una delle due prestazioni può diventare impossibile per causa non imputabile al debitore. Ora, poiché, almeno di norma, la sola obbligazione che è suscettibile di estinguersi per impossibilità sopravvenuta della prestazione è quella del venditore, eseguita la *traditio* il problema del rischio contrattuale non si pone più, sebbene il compratore resti indefettibilmente tenuto al pagamento del prezzo anche nell'ipotesi di successivo perimento della cosa. Egli sopporterà, in questo caso, il danno, in quanto ha acquistato la proprietà civile o bonitaria della cosa stessa: *'casum sentit dominus'*, regola questa che non tocca la sfera del rischio contrattuale¹⁹. L'affermazione corrente²⁰ secondo cui la *traditio* segnerebbe, nella compravendita di cose specificamente determinate, il momento decisivo per il passaggio del rischio dal venditore al compratore, confonde fra loro problemi e soluzioni di ordine diverso: se la massima *'periculum est emptoris'* è classica, essa non può che riferirsi alla situazione esistente prima della *traditio*.

Eccezionalmente poteva estinguersi, per causa diversa dall'adempimento, pure l'obbligazione del compratore. Quest'ipotesi è testualmente prevista in un noto passo di Labeone, il quale si propone appunto di stabilire quale fosse, allora, la sorte della controprestazione dovuta dal venditore.

D. 19.1.50 (Lab. 4 *post. a Lav. epit.*): Bona fides non patitur, ut cum emptor alicuius legis beneficio pecuniam rei venditae debere desisset, antequam res ei tradatur, venditor tradere compelletur et re sua careat. possessione autem tradita futurum est, ut rem venditor aequae amitteret, utpote cum petenti eam rem ... petitor ei neque vendidisset neque tradidisset²¹.

Labeone suppone in questo passo che il compratore *legis beneficio* cessi di essere obbligato al pagamento del prezzo. Direbbe il giureconsulto che la *bona fides*, alla quale deve uniformarsi il comportamento delle parti, esclude che il venditore possa essere costretto, nell'ipotesi considerata, ad effettuare la *traditio* della cosa. La seconda parte è nel suo stato attuale incomprensibile. Parrebbe però che, dopo la *traditio*, il venditore non potesse più recuperare la cosa nonostante il mancato pagamento del prezzo. La letteratura sul frammento in esame è vastissima²². Esso viene, per lo più, addotto

¹⁹ Sull'inidoneità del principio *'casum sentit dominus'* a disciplinare la materia del rischio contrattuale, cfr. GORLA, *Del rischio e pericolo*, cit., p. 6 ss. Di ciò non ha tenuto conto, ci sembra, P. MEYLAN, *Periculum est emptoris*, in «Studi T. Guhl», Zurigo, 1950, p. 32 ss., il quale, rifacendosi ad una sua ipotesi sull'origine della compravendita consensuale (si veda in proposito, *La genèse de la vente consensuelle*, in «T.», XXI, 1953, p. 124 ss., e p. 129 nt. 4, per la citazione dei precedenti contributi dello stesso autore su questo tema), ricollega la sopportazione del rischio al trasferimento della proprietà. Pertanto, a suo avviso, mentre per quanto concerne le *res mancipi* il rischio sarebbe stato del creditore-compratore sin dal momento della conclusione del contratto, poiché ad esso seguiva immediatamente la *mancipatio* con pieno effetto traslativo, per quanto concerne le *res nec mancipi* invece, il rischio sarebbe stato del compratore solo dopo la *traditio* e dopo il pagamento del prezzo, atti entrambi necessari per il passaggio della proprietà, ad eccezione dei casi in cui fosse intervenuta una *stipulatio nummorum*, con effetto estintivo dell'obbligazione di pagamento del prezzo, ed in cui le parti non avessero fissato un termine entro il quale il debitore dovesse soddisfare tale obbligazione. Senza neppure sfiorare il tema dibattutissimo del passaggio della proprietà nella compravendita, ci limitiamo ad osservare come la distinzione introdotta dal Meylan (contro la quale ci sembrano decisive le brevi, ma incisive osservazioni fatte da ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, II, cit., p. 55 nt. 1) non sia di alcuna utilità per la ricostruzione del regime del rischio contrattuale, rischio che concerne le sorti della controprestazione e non quelle del diritto di proprietà.

²⁰ BETTI, *Periculum*, cit., p. 170 ss., il quale però ammette, come vedremo, che, in casi del tutto particolari, i romani, già nel diritto classico, avrebbero ammesso un anticipato passaggio del rischio dal venditore al compratore.

²¹ Il testo appare, oltre che formalmente scorretto (*'compelletur'?* *'careret'?*), incompleto nell'ultima parte. Accettando la ricostruzione proposta da P. BONFANTE, *La «iusta causa» dell'usucapione e il suo rapporto colla «bona fides»* (1893), in *Scritti giuridici*, II, Torino, 1928, p. 482, la lacuna potrebbe così integrarsi: *'utpote cum petenti eam rem petitor ei neque vendidisset neque tradidisset'*. Anche l'*'aeque'* appare di significato incerto. Mommsen propone di aggiungere dopo *'rem'* le parole *'et pecuniam'*. P. COLLINET, *Une émendation à la loi 50 D. 19,1*, in «Studi P. Bonfante», III, Milano, 1930, p. 409 ss., propone di correggere l'*'aeque'* in *'aesque'*.

²² Cfr. «Index interpolationum» ad *b.l.* (I, c. 354). La tesi radicale del G. CORNIL, *L'évolution historique de la vente consensuelle et la loi 50 D. de act. empti et venditi*, in «NRH.», XXV, 1901, p. 147 ss. – il quale, cancellando come interpolate le parole *'bona fides non patitur ut'*, capovolge il significato del passo – è ormai definitivamente abbandonata dalla

per dimostrare che già Labeone operava con il concetto della bilateralità funzionale²³. Ma se ciò fosse vero, non già la *fides bona*, ma la logica stessa inerente alla struttura del rapporto con prestazioni corrispettive avrebbe imposto la soluzione che si legge nella prima parte del testo. Inoltre, alla luce di quel concetto, non si spiega perché il venditore, effettuata la *traditio*, non potesse ripetere la cosa per ristabilire l'equilibrio fra le reciproche prestazioni. A questo scopo sarebbe potuta servire la stessa *actio venditi* in funzione di ripetizione di una prestazione che cessava dall'essere dovuta in seguito all'impossibilità sopravvenuta della controprestazione. In tema di *locatio rei*, in cui il problema del rischio era risolto in base al concetto della bilateralità funzionale, l'*actio ex conducto* serviva appunto per la ripetizione dei fitti già corrisposti in relazione al periodo di tempo in cui il godimento della cosa era divenuto impossibile²⁴. Il fatto è, a nostro avviso, che la prima delle due soluzioni, lungi dal discendere dal concetto della bilateralità funzionale, appare suggerita da una valutazione strettamente aderente, da un lato, alla natura della formula dell'*actio ex empto*, la cui *intentio* conteneva un esplicito riferimento al criterio normativo della *fides bona* e, dall'altro, alla situazione di fatto in esame, situazione in cui era evidente l'iniquità di una decisione che costringesse il venditore a consegnare la cosa, dal momento che il compratore, *legis beneficio*, era stato liberato dall'obbligazione di pagare il prezzo²⁵, pur essendo tale decisione logicamente ineccepibile alla luce del principio '*casum sentit creditor*'. Nella seconda ipotesi invece, e cioè se il venditore già avesse effettuato la *traditio*, non v'era un mezzo per costringere il compratore a restituire la cosa. Se è vero che Labeone riteneva opponibile nei confronti del venditore l'*exceptio rei venditae et traditae*, ciò significa che egli pensava ad un esperimento, astrattamente possibile, della *rei vindicatio* e non a quello di un'*actio ex vendito*, in funzione di ripetizione di una prestazione già eseguita, funzione a lui sconosciuta; il che non avrebbe potuto essere se il concetto della bilateralità funzionale fosse stato compiutamente elaborato ed uti-

dottrina.

²³ Si vedano in questo senso, per tutti, HAYMANN, *Textkritische Studien*, cit., p. 58 ss. – il quale però sostiene, per salvare ad ogni costo il principio della bilateralità funzionale, da lui posto al centro della tesi sulla origine giustiniana della massima '*periculum est emptoris*', che al venditore fosse concessa una *replicatio doli* contro la *exceptio rei venditae et traditae* oppostagli dal compratore –, e COLLINET, *loc. cit.*, che spiega la soluzione accolta nella seconda parte del passo osservando che il compratore, dopo la *traditio*, era divenuto proprietario della cosa e non conoscendo il diritto romano un'azione di risoluzione, il venditore non avrebbe avuto alcun mezzo per ripetere la prestazione già eseguita. Ci limiteremo ad osservare, contro questa spiegazione, che, in tema di *locatio rei*, era comunemente ammesso, in ipotesi di perimento della cosa, per fatto non imputabile al *locator*, che il *conductor* potesse ripetere, con l'azione contrattuale, i fitti corrisposti anticipatamente. Secondo P. MEYLAN, *La loi 23 D. 46, 4 et la notion de la bilateralité*, in «Studi S. Riccobono», IV, Palermo, 1936, p. 306 ss., l'effettuazione della *traditio* avrebbe spezzato il nesso fra prestazione e controprestazione. Ad avviso di M. SARGENTI, *Problemi della responsabilità contrattuale*, in «SDHI.», XX, 1954, p. 246 ss., l'espresso richiamo alla *fides bona* escluderebbe che Labeone conoscesse gli effetti sostanziali della bilateralità.

²⁴ Basterà ricordare qui D. 19.2.19.6 (Ulp. 32 ad ed.: '*... pensionem residui tempore rectissime Mela scripsit ex conducto actione repetiturum, non quasi indebitum conducturum*'), e D. 19.2.30.1 (Alf. 3 dig. a Paulo epit.: '*... posse agi cum balneatore ex conducto, ut pro portione temporis, quo lavationem non praestitisset, pecuniae contributio fieret*').

²⁵ E' estremamente difficile stabilire quale fosse il *beneficium legis* supposto da Labeone: cfr. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, I, cit., p. 166. G. BRINI, *Il fr. 50 dig. 19. 1 e la cessio bonorum*, in «MAB.», VII, 1912, p. 23 ss. (estr.), pensa che la legge ricordata dal giureconsulto fosse la *lex Iulia* sulla *cessio bonorum*. Recentemente F. DE VISSCHER, *Labéon et la vente forcée de terres*, in «RIDA.», III.1, 1953, p. 299 ss., ha brillantemente svolto la congettura che il *beneficium legis* sia stato introdotto da Ottaviano allo scopo di normalizzare la situazione venutasi determinando in seguito alle numerose espropriazioni di terre imposte a vantaggio dei suoi veterani. Poiché costoro non erano sempre in grado di corrispondere il prezzo del fondo, e poiché i proprietari, ovviamente, resistevano alle pretese dei veterani, l'imperatore avrebbe deciso di porre fine ad ogni controversia sulla base del principio dell' '*uti possidetis*'. Pertanto, coloro che già avevano ottenuto il possesso delle terre loro assegnate, lo avrebbero conservato, pur essendo liberati dall'obbligo di pagare il prezzo. Quelli invece che ancora non avevano ottenuto il possesso non avrebbero potuto agire contro i proprietari per costringerli ad effettuare la consegna del fondo. La questione meriterebbe di essere riesaminata. Ci sembra però che Labeone, nella soluzione del quesito sottoposto al suo esame, lungi dal riferirsi ad una disciplina normativa introdotta con provvedimento eccezionale, si attenga scrupolosamente all'interpretazione del *ius commune*. Si tratta di un tipico problema di rischio contrattuale, che il giureconsulto risolve alla luce del criterio della *fides bona* ed operando con mezzi processuali ritenuti applicabili nella fattispecie: *rei vindicatio* da parte del venditore, fatalmente paralizzata dall'*exceptio rei venditae et traditae* opposta dal compratore.

lizzato per risolvere il problema posto in D. 19.1.50 (Lab. 4 *post. a Iav. epit.*), che è tipicamente un problema di rischio il cui presupposto è rappresentato, eccezionalmente, dalla estinzione dell'obbligazione del compratore.

5. I passi in cui il problema del rischio nella compravendita appare risolto alla luce del principio '*periculum est emptoris*' sono così numerosi ed insospettabili che lo stesso Betti deve ammettere che già i giureconsulti dell'epoca classica vi avrebbero fatto ricorso in alcune particolarissime ipotesi, da lui valutate alla stregua di altrettante eccezioni, le quali confermerebbero la regola generale secondo cui, sino al momento della *traditio*, il rischio doveva essere sopportato dal venditore²⁶. E così il rischio sarebbe stato del compratore nel caso prospettato in D. 18.6.17[16] (Iav 7 *ex Cass.*) in quanto, avendo egli ricevuto dal venditore, a titolo di *locatio operarum*, la detenzione dello schiavo, avrebbe potuto esercitare su di lui un potere di custodia e di controllo²⁷. Il rischio sarebbe stato analogamente del compratore nell'ipotesi fatta in D. 18.6.16[15] (Gai. 2 *cott. rer.*): l'avvenuta *degustatio* del vino infatti avrebbe operato nel senso di far gravare il *periculum vini mutati* sull'acquirente, come conseguenza di un suo difetto di attenzione nell'accertarsi dell'effettiva qualità della merce. Altrettanto può dirsi, sempre secondo il Betti²⁸, per la vendita di schiavi: anche in questa ipotesi il rischio sarebbe stato del compratore in quanto egli avrebbe potuto e dovuto rendersi conto delle condizioni dello schiavo vendutogli. La stessa soluzione sarebbe stata poi adottata nei casi di *emptio in aversione*, in quelli di *in diem addictio* e nella particolare ipotesi prospettata in D. 19.1.54.pr. (Lab. 2 *pitb.*), in cui lo schiavo, rimasto presso il venditore, risulta perito nell'espletamento di una attività rischiosa consueta oppure rispondente all'interesse del compratore.

A ben vedere però, si tratta, a nostro avviso, di eccezioni così numerose e di così vasta portata da capovolgere addirittura la regola; d'altro canto, le ragioni addotte per giustificarle non appaiono sempre persuasive. In particolare, per quanto concerne le vendite di schiavi, il parlare, come fa il Betti, di un'autoresponsabilità del compratore, spiegandola con un generico richiamo alle particolari modalità di questi contratti, per cui l'acquirente avrebbe potuto e dovuto accertarsi delle effettive condizioni del servo, significa trascurare la circostanza che spesso la morte è evento assolutamente impreveduto ed imprevedibile entro il breve lasso di tempo che normalmente passa fra la conclusione del contratto e la consegna della cosa, ed è perciò arbitrario, in tale situazione, ricollegare la sopportazione di questo rischio ad un difetto di previdenza.

Resterebbero da esaminare i pochi passi nei quali parrebbe enunciata implicitamente la regola, conforme al principio della bilateralità funzionale, secondo cui, prima della *traditio*, '*periculum est venditoris*'.

Una notevole importanza va senza dubbio attribuita a

D. 19.2.33 (Afr. 8 *quaest.*): Si fundus quem mihi locaveris publicatus sit, teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet, quo minus id praestes: quemadmodum, inquit, si insulam aedificandam locasses et solum corruisset, nihilo minus teneberis. nam et si vendideris mihi fundum isque, priusquam vacuus traderetur, publicatus fuerit, tenearis ex empto: quod hactenus verum erit ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris mea intersit eum vacuum mihi tradi. similiter igitur et

²⁶ Si tratta in sostanza di un tentativo di mediazione fra le due opposte tesi, tentativo già compiuto, in altro senso, dal E. RABEL, *Gefahrtragung beim Kauf*, in «ZSS.», XLII, 1921, p. 543 ss., *Grundzüge des römischen Privatrechts*, Basilea, 1965, p. 142, secondo cui il problema del rischio nella compravendita non sarebbe stato risolto, nel diritto classico, in modo unitario. Il rischio sarebbe stato del compratore «bei inneren Veränderungen wie Weinverschlechterung (Pap. Vat. 16; Alex. C. 4, 48, 2) und Tod des Sklaven (Paul. D. 18, 1, 34, 6; Diocl. C. 4, 48, 6)». Il rischio sarebbe stato invece del venditore «bei den ausserkommenden zufälligen Ereignissen» (D. 19, 2, 33 [Afr. 8 *quaest.*]; D. 18.6.13 [Paul. 3 *Alf. epit.*]; D. 18.6.15 [Paul. 3 *epit. Alf.*], sui quali si veda *infra*, in questo paragrafo). I compilatori avrebbero generalizzato la prima delle due soluzioni. Alla tesi del Rabel aderisce, pur con qualche esitazione, il SARGENTI, *Problemi*, cit., p. 249.

²⁷ Nello stesso modo il BETTI, *Periculum*, cit., p. 175 s., interpreta D. 19.5.20.1 (Ulp. 32 *ad ed.*), in cui si afferma che il rischio è del compratore in quanto a costui sarebbe stata affidata la custodia degli animali vendutigli con un patto risolutivo (*pactum displicentiae*).

²⁸ *Periculum*, cit., p. 179 ss.

circa conductionem servandum puto, ut mercedem quam praestiterim restituas, eius scilicet temporis, quo fructus non fuerim, nec ultra actione ex conducto praestare cogaris ...

Secondo il Betti dovrebbe dedursi necessariamente da questo passo che, in ipotesi di espropriazione verificatasi prima della *traditio* del fondo, l'acquirente avrebbe potuto agire *ex empto* nei confronti del venditore per farsi restituire il prezzo eventualmente corrispostogli in anticipo: il *periculum* sarebbe stato dunque del venditore. Tale illazione va incontro, a nostro avviso, a gravissime difficoltà e, soprattutto, essa non consente di sostenere la conformità della soluzione prospettata nel testo ad un principio generale antitetico a quello espresso dalla massima '*periculum est emptoris*'. Si tratta di un frammento largamente studiato dalla dottrina²⁹: ci limiteremo perciò ad alcune brevissime osservazioni per ribadire l'interpretazione di quanti pensano³⁰ che Africano (8 *quaest.*) in D. 19.2.33, lungi dal porre una questione di rischio per risolverla, tanto per la locazione quanto per la compravendita, nel senso suggerito dal concetto della bilateralità funzionale, affronti invece una tipica questione di responsabilità contrattuale. Secondo questa interpretazione il giureconsulto, ritenendo che l'obbligazione del *locator* sopravvivesse al provvedimento di espropriazione, affermerebbe la piena responsabilità di esso *locator* nei confronti del *conductor*. E poiché si sottolinea espressamente nel testo che l'impossibilità dell'adempimento non era imputabile al debitore, costui risulterebbe gravato da un obbligo di garanzia in relazione al verificarsi della espropriazione del fondo concesso in locazione: l'*actio ex conducto* avrebbe potuto essere esperita appunto per far valere tale garanzia. Questa ci sembra l'interpretazione più esatta, poiché Africano non si limita a sottolineare che, nell'ipotesi considerata, il *locator* soggiaceva all'*actio ex conducto*, ma precisa che tale azione era diretta a costringerlo ad adempiere alla propria obbligazione: '*teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat*'³¹. Il che significa che essa sopravviveva alla espropriazione e, se ciò è vero, non poteva farsi questione di rischio, ma solo di responsabilità in relazione alla circostanza che l'espropriazione era un evento non imputabile affatto al debitore.

L'analogia con la compravendita³², espressamente invocata nel passo in esame, lascia intendere che la *publicatio* del fondo, lungi dal liberare il venditore dall'obbligo di effettuare la *traditio*, si poneva come causa di una sua responsabilità, sanzionata appunto dall'*actio ex empto*. Nulla ancora è detto, sino a questo momento, sui limiti di questa responsabilità. Per quanto concerne la compravendita, Africano precisa che il venditore era tenuto solo alla restituzione del prezzo corrispostogli dal compratore. Da questa precisazione si è voluto trarre argomento per sostenere che Africano e Giuliano fossero i rappresentanti di due diverse opinioni³³. Secondo Giuliano la responsabilità del *locator* e del venditore sarebbe stata illimitata e perciò il *conductor* e l'*emptor* avrebbero avuto diritto, in ipotesi di espropriazione, al pieno risarcimento del danno. Secondo Africano, invece, tale responsa-

²⁹) Cfr. da ultimo l'accurata esegesi compiuta da KASER, *Periculum locatoris*, cit., p.177 ss., con ampi richiami alla dottrina precedente.

³⁰) T. MAYER-MALY, *Locatio conductio*, Monaco, 1956, p. 163 ss.; *contra* KASER, *Periculum locatoris*, cit., p. 180 ss., il quale aderisce invece alla tesi di quanti sono propensi a riferire il passo alla questione del rischio, sul presupposto che l'espropriazione avesse determinato l'estinzione dell'obbligazione gravante, rispettivamente, sul *locator* e sul *venditor*.

³¹) BETTI, *Periculum*, cit., p. 173, ritiene invece che il '*teneri te actione ex conducto*' significhi che il *locator*, nell'ipotesi considerata, era tenuto alla restituzione del fitto. Il KASER, *Periculum locatoris*, cit., p. 182 ss., insiste su questa interpretazione: l'espresso richiamo all'azione contrattuale e, pertanto, all'obbligazione principale del *locator*, significherebbe solo questo: che se egli non l'adempiva, era tenuto nei confronti del conduttore: «über die Frage, in welchem Geldwert der Verpächter aus dieser Klage verurteilt wird, ist damit noch nichts entschieden». Sennonché ben diversa è la questione della responsabilità da quella del rischio: certo la diversità non tocca solo la misura della *condemnatio*.

³²) Sospetto ci sembra invece il richiamo alla *locatio operis*. Direbbe il testo che, se un frammento del suolo avesse reso impossibile la costruzione dell'edificio, il *locator operis* sarebbe stato tenuto, nei confronti del *conductor*, a corrispondergli la mercede pattuita. In tal caso, l'analogia sarebbe del tutto infondata se è vero che nelle altre due ipotesi il *locator* era tenuto alla restituzione dei fitti ed il *venditor* alla restituzione del prezzo. Secondo il BETTI, *Periculum*, cit., p. 172 ss., invece, i compilatori avrebbero corretto la parola '*locasses*' in '*locassem*' ed allora la soluzione prospettata nel testo risulterebbe conforme al principio della bilateralità funzionale, in quanto Africano avrebbe affermato che, nell'ipotesi considerata, il *conductor* sarebbe stato tenuto alla restituzione del compenso.

³³) Così MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., p. 154 ss. *Contra*, KASER, *Periculum locatoris*, cit., p. 181.

bilità sarebbe stata limitata all'obbligo, di restituire rispettivamente, il fitto ed il prezzo. Non crediamo che tale disparità di opinioni, espressa nei termini sopra indicati, risulti sufficientemente dimostrata. Si potrebbe anche pensare ad una soluzione adottata concordemente per la compravendita ed estesa da Africano alla locazione, stante l'evidente identità di *ratio*.

Le numerose e gravi difficoltà cui dà luogo l'interpretazione del testo dipendono, in gran parte, dalla scarsità delle nostre conoscenze in tema di espropriazione per pubblica utilità. Se fosse vero che la *publicatio* dava diritto ad un indennizzo a favore dell'espropriato³⁴, l'affermazione, per questa ipotesi, di un obbligo di garanzia a carico del *locator* e del *vendor*, limitato alla sola restituzione del fitto e del prezzo, apparirebbe tutt'altro che arbitraria. Ma, anche a voler ammettere che in D. 19.2.33 (Afr. 8 *quaest.*) sia affrontata e risolta una questione di rischio contrattuale, la deroga al principio '*periculum est emptoris*', implicita nella enunciazione secondo cui il venditore era tenuto *ex empto* alla restituzione del prezzo, sarebbe pur sempre giustificata dall'esigenza di evitare che egli conseguisse, al tempo stesso, indennità e prezzo³⁵. Si tratterebbe dunque di una soluzione di specie, che non può perciò essere addotta a prova dell'esistenza di una regola generale '*periculum est venditoris*'.

Estranei al problema del rischio contrattuale sono pure i seguenti due frammenti di Paolo (3 *Alf. epit.*):

D. 18.6.13[12]: *Lectos emptos aedilis, cum in via publica positi essent, concidit: si traditi essent emptori aut per eum stetisset quo minus traderentur, emptoris periculum esse placet.*

D. 18.6.15[14].pr.: *Quod si neque traditi essent neque emptor in mora fuisset quo minus traderentur, venditoris periculum erit.*

Gli edili hanno ordinato la distruzione di alcuni letti collocati, dopo la vendita, sulla pubblica via, evidentemente perché essi ostacolavano il passaggio. Il danno inerente a questo provvedimento, secondo Paolo, sarà sopportato dal venditore se la distruzione è avvenuta prima della *traditio*, dal compratore se è avvenuta dopo. La duplice soluzione ci sembra impeccabile e perfettamente aderente all'ipotesi considerata. Il danno deve essere subito da chi è responsabile dell'illecito che ha determinato l'intervento del magistrato: ora, tale responsabilità fa capo al venditore se i letti non sono ancora stati consegnati al compratore; fa capo a quest'ultimo se egli, dopo averne conseguito il possesso, non s'è curato, come sarebbe stato suo stretto dovere, di collocarli in qualunque altro luogo che non fosse la pubblica via³⁶.

³⁴ Cfr. F. DE ROBERTIS, *L'espropriazione per pubblica utilità nel diritto romano*, Bari, 1936, p. 291 ss., che configura l'indennità di esproprio «come prezzo dello scambio che compete di diritto a chi ha venduto la sua cosa. Dello stesso autore cfr. pure «*Emptio ab invito*». *Sul problema della espropriazione nel diritto romano*, in «AUBA.», VII-VIII, 1942, p. 153 ss. Persuasiva ci sembra la dimostrazione (*L'espropriazione*, cit., p. 156 s.) che l'ipotesi esaminata da Africano fosse quella di una espropriazione per pubblica utilità e non già quella di una confisca dei beni avente carattere penale. Aderisce a questa tesi il KASER, *Periculum locatoris*, cit., p. 178. Incerto F. WIEACKER, *rec. a DE ROBERTIS, La espropriazione per pubblica utilità*, cit., in «ZSS.», LVII, 1937, p. 475. Di estremo interesse è, in questa materia, D. 21.2.11.pr. (Paul. 6 *resp.*): '*Lucius Titius praedia in Germania trans Renum emit et partem pretii intulit: cum in residuam quantitatem heres emptoris conveniretur, quaestionem rettulit dicens has possessiones ex praecepto principali partim distractas, partim veteranis in praemia adsignata: quaero, an huius rei periculum ad venditorem pertinere possit. Paulus respondit futuros casus evictionis post contractam emptionem ad venditorem non pertinere et ideo secundum ea quae proponuntur pretium praediorum peti posse*'. Su questo passo cfr. P. MEYLAN, *Paul. D. 21, 2, 11 pr. et la question des risques dans le contrat de vente*, in «RIDA.», III, 1949, p. 193 ss., il quale, al solito, spiega il passaggio del rischio al compratore in funzione del passaggio della proprietà. A nostro avviso, il rischio era del compratore in quanto costui era già stato immesso nel possesso dei fondi: in questo senso BETTI, *Periculum*, cit., p. 163 s., che inserisce, dopo le parole '*trans Renum emit*', '*in possessionem nactus*'. Probabilmente in luogo di *futuros casus* stava scritto, nel testo originario, '*futuras causas*': si veda, in proposito, H. APPLETON, *Les risques dans la vente et le fausses interpolations*, in «NRH.», XV, 1926, p. 407 ss.

³⁵ Ad una soluzione di specie pensano pure SECKEL, LEVY, *Die Gefabrtragung*, cit., p. 219 ss., secondo i quali il '*priusquam vacuus traderetur*' andrebbe riferito non già alla effettuazione della *traditio*, ma alla sola possibilità di operarla. Contro questa spiegazione, BETTI, *Periculum*, cit., p. 174.

³⁶ Così ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, II, cit., p. 279 ss. Secondo un'altra spiegazione, il passo di Africano farebbe riferimento ad una vendita di *genus*: è la tesi sostenuta, sulle orme dei glossatori, da R. VON JHERING, *Beiträge zur Lehre der Gefabr beim Kaufkontrakt*, in «Gesammelte Aufsätze», Jena, 1881, p.469 ss.; SECKEL, LEVY, *Die Gefabr*

In conclusione: mentre nessun testo prova in modo irrefutabile che il rischio fosse del venditore sino al momento della *traditio*, numerosi ed insospettabili sono invece i passi dai quali si può agevolmente dedurre che il rischio era del compratore sin dal momento della conclusione del contratto. Dovendo scegliere tra le due possibili soluzioni del problema, i giureconsulti romani hanno preferito, per la ragione che vedremo, quella più favorevole al venditore.

6. Il principio secondo cui il rischio contrattuale doveva essere sopportato dal creditore della prestazione divenuta impossibile per fatto non imputabile al debitore, trovava applicazione, come cercheremo di dimostrare nelle pagine che seguono, anche in tema di *locatio operarum*. Purtroppo i testi che concernono il problema del rischio, in questo tipo di contratto sono estremamente scarsi ed il tentativo di giungere ad una soluzione soddisfacente sarebbe destinato a fallire se nel Digesto non fosse conservato un frammento di Paolo contenente, a nostro avviso, la precisa enunciazione della massima secondo cui se il *locator operarum*, per una causa a lui non imputabile, non avesse potuto adempiere la prestazione dovuta, il *conductor* sarebbe stato egualmente obbligato a corrispondergli la mercede per il periodo di tempo contrattualmente stabilito.

D. 19.2.38.pr. (Paul. *l.s. reg.*): Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quo minus operas praestet ³⁷.

Solo il preconetto che ha indotto la dottrina romanistica a dubitare della classicità della massima '*periculum est emptoris*' od a considerarla come un *quid unicum*, assolutamente eccezionale, può insinuare nell'interprete il sospetto che il significato del passo non sia quello reso palese dal suo tenore letterale ³⁸. Dice il giureconsulto: colui che ha locato le sue opere ha diritto di ricevere la mercede pattuita, se non è dipeso da lui il mancato adempimento dell'obbligazione. Paolo suppone perciò che il lavoratore non abbia potuto eseguire la prestazione in seguito al verificarsi di un fatto a lui non imputabile; si domanda quale sia la sorte della controprestazione; risponde che essa continua ad essere dovuta. Nel frammento in esame è dunque chiaramente impostata e risolta la questione del rischio contrattuale nella *locatio operarum*, rischio che doveva essere sopportato dal *conductor* in base al principio '*casum sentit creditor*', lo stesso principio che trovava applicazione in tema di compravendita. Anche qui si prescinde completamente dalla valutazione di un legame sostanziale fra prestazione e controprestazione: l'estinzione dell'obbligo di eseguire la prestazione non incide sulla sorte della controprestazione. E' pertanto spiegabile che gran parte della dottrina pandettistica ³⁹, alla quale si

brtragung, cit., p. 244 ss., ritengono che il venditore incorresse in una responsabilità per custodia, sino al momento della *traditio*. Secondo il SARGENTI, *Problemi*, cit., p. 247 ss., non si potrebbe ritenere in colpa il venditore per il fatto di tenere i letti sulla pubblica via, dal momento che una limitata facoltà di ingombro del suolo pubblico è riconosciuta agli artigiani in D. 43.10.4, a condizione però che non impediscano il transito dei veicoli. A noi sembra che l'intervento dell'edile, così com'è sottolineato nel testo, presupponga che questa condizione non fosse stata osservata.

³⁷ Il frammento è insospettabile, anche se ricavato da un'opera di origine postclassica: cfr. MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., p. 182. Sul *liber singularis regularum*, cfr. F. SCHULZ, *History of roman legal science*, Oxford, 1946, p. 176.

³⁸ Da ultimo, in questo senso, KASER, *Periculum locatoris*, cit., p. 194 ss., il quale ritiene che l'espressione '*per eum non stetit, quo minus operas praestet*' sia di significato ambiguo: «Die Wendung (*stare per aliquem*) drückt vor vornherein nicht mehr aus, als dass ein umstand jemandem zugerechnet werden soll; unter welchen Voraussetzungen, richtet sich nach dem individuellen Verhältniss». Il che è esatto: ma quando si dice che il mancato adempimento di una prestazione non dipende dal debitore, si vuol escludere che egli ne debba rispondere a qualsiasi titolo; significa, in altri termini, che la sua obbligazione è estinta. Il frammento di Paolo nulla ha a che vedere con la *mora creditoris*, come ritengono O. GRADENWITZ, *Quotiens culpa intervenit, perpetuari obligationem*, in «ZSS.», XXXIV, 1913, p. 268 ss., HAYMANN, *Textkritische Studien*, cit., p. 146 e p. 157 nt. 2, e, sia pure in altro senso, KASER, *Periculum*, cit., p. 195 nt. 152, secondo cui il testo di Paolo farebbe riferimento anche alla mora del creditore, ma non solo ad essa.

³⁹ Per un ampio quadro di questa dottrina, cfr. V. PUNTSCHART, *Die fundamentalen Rechtsverhältnisse des römischen Privatrechts*, Innsbruck, 1885, p. 406 ss., il quale distingue fra quattro correnti di pensiero: la prima di esse, rappresentata da C.F. MÜHLENBRUCK, *Lehrbuch der Pandekten*, Halle, 1884, II, p. 340, C.O. MADAI, *Die Lehre von der Mora*, Halle, 1837, p. 281, F.A. SCHILLING, *Lehrbuch für Institutionen und Geschichte des römischen Privatrechts*, Leipzig, 1846, III, p. 43, sostiene che nella *locatio operarum* il rischio era in ogni caso sopportato dal conduttore. La seconda, rappre-

deve l'elaborazione del concetto di bilateralità funzionale, ritenuto di fondamentale importanza per l'interpretazione delle fonti romane, abbia cercato, in tutti i modi, di spiegare il passo di Paolo in modo da eliminare ogni antitesi fra quel concetto e la soluzione enunciata nel passo medesimo. Questi tentativi hanno profondamente influito sull'ulteriore sviluppo della dottrina⁴⁰, culminando nella distinzione tra fatti che riguardano la persona del *locator*, fatti che riguardano la persona del *conductor*, fatti estranei ad entrambi⁴¹. Il rischio inerente alla prima ed alla seconda categoria di fatti sarebbe stato sopportato dal *locator*, quello inerente alla seconda dal *conductor*⁴². A nostro avviso, questa distinzione, oltre a non trovare nelle fonti una base sufficiente, come vedremo, introduce nella questione del rischio un criterio di decisione ad essa assolutamente estraneo. Si tratta di un criterio grossolanamente empirico e meccanicistico che, lungi dal semplificare, complica, senza necessità alcuna, i termini di un problema che consiste invece nello stabilire, per l'ipotesi in cui la prestazione sia divenuta impossibile per fatto, non imputabile al debitore, quale debba essere la sorte della controprestazione, come chiaramente risulta dal frammento di Paolo più sopra citato. Pensiamo all'ipotesi di malattia del lavoratore: essa è un evento che tocca indubbiamente la sua persona: in ba-

sentata, fra gli altri dal C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld*, Erlangen, 1790-1892, trad. it. – *Commentario alle Pandette* –, Milano, 1888-1909, XIX, (cur. U. Greco), Milano, 1891, p. 197 ss., e da F.G. PUCHTA, *Pandekten*, Leipzig, 1877, p. 463, ritiene invece che il rischio fosse sopportato dal *conductor* ogni qual volta la causa dell'impossibilità di prestare le opere riguardava la sua persona. F.L. GÖSCHEN, *Vorlesungen über das gemeine Civilrecht*, Göttingen, 1839, II, p. 393, F. SINTENIS, *Civilrecht*, Leipzig, 1848, II, p. 476, nt. 39, e C.G. WACHTER, *Pandekten*, Leipzig, 1889, II, p. 427 s., affermano che il rischio era dei *conductor* anche quando costui non era in grado di ricevere la prestazione del *locator*. Infine K.A. VON VANGEROW, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Leipzig, 1876, III, p. 214 ss., e B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt, 1900, II, p. 695 ss., pongono l'accento sul concetto della «Leistungsbereitschaft»: il rischio sarebbe stato del *conductor* ogni qual volta il *locator* fosse stato pronto ad eseguire la prestazione dovuta. Questo stesso concetto, con qualche precisazione, è stato assunto dal Puntschart come criterio decisivo per la soluzione del problema del rischio non solo nella *locatio operarum*, ma anche nella compravendita. Senza seguito è rimasta la tesi sostenuta da F. MOMMSEN, *Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorischen Verhältnisse*, I, Braunschweig, 1883, p. 352 ss., secondo cui, ove il *conductor* avesse frapposto, pur senza sua colpa, un qualche ostacolo all'esecuzione della prestazione dovuta dal *conductor*, quest'ultimo avrebbe avuto diritto, a titolo di risarcimento del danno, alla controprestazione.

⁴⁰) BETTI, *Periculum*, cit., p. 193 ss., aderisce pienamente alla tesi del Puntschart assumendo che la «Leistungsbereitschaft» fornisce il criterio decisivo per la ripartizione del rischio contrattuale, «nel senso che, finché dura la messa a disposizione (delle opere) da parte del locatore, è affare e onere del *conductor* di utilizzarle (peggio per lui se non le utilizza: egli deve egualmente la mercede pattuita), e, per converso, dal momento che la messa a disposizione venga meno, il rischio è a carico di esso *locator*, in quanto il nesso sinallagmatico fa venir meno altresì il credito alla mercede». Tutto ciò però non risulta affatto dai testi: l'offerta della prestazione potrà eventualmente porre in mora il creditore, ma in nessun caso verrebbe in discussione il suo obbligo di corrispondere la mercede pattuita. La tesi del Betti contrasta inoltre con la sua stessa impostazione, peraltro esattissima, del problema del rischio contrattuale, il cui presupposto è rappresentato dalla estinzione di una delle obbligazioni determinata da impossibilità sopravvenuta della prestazione per fatto non imputabile al debitore.

⁴¹) Si veda ad esempio, su questo punto, la trattazione del M. VITA-LEVI, *Della locazione di opere e più specialmente degli appalti*, Torino, 1876, p. 101 ss.; giustamente osserva il GORLA, *Del rischio e pericolo*, cit., p. 407, che tale distinzione riguarda non già la teoria del rischio, ma la precisazione del concetto di impossibilità fortuita della prestazione.

⁴²) Legato a questa distinzione è ancora il KASER, *Periculum locatoris*, cit., p. 197 ss., nel senso che il rischio grava sul *conductor* quando il fatto che rende impossibile la prestazione delle opere «auf des Seite der Dienstgebers lieg». In altri casi, specie in quello di malattia o di morte, il *locator* avrebbe perso il diritto alla prestazione della mercede e suo sarebbe stato quindi il rischio inerente al verificarsi di questi eventi. A dimostrazione di tale assunto egli non può addurre che due argomenti di ordine generale: il primo desunto dal fatto che in tema di *locatio rei* vigeva un analogo principio, *periculum est locatoris*. Il secondo basato sulla considerazione che il lavoratore, nel mondo romano, si trovava in una posizione di grave inferiorità economica, posizione questa che avrebbe impedito l'accoglimento di una soluzione del problema del rischio particolarmente a lui favorevole, qual è quella implicita nella massima '*periculum est conductoris*'. Nessuno dei due argomenti vale, ci sembra, a far ritenere inattendibili le poche, ma sicure testimonianze delle fonti. Che nella *locatio rei* il rischio fosse del *locator* non postula affatto un'identica soluzione per la *locatio operarum*: troppo diversa è la funzione economico-sociale dei due contratti, anche se essi costituiscono diverse esplicazioni di un concetto unitario, quello della *res locata conducta*, nel senso posto, in rilievo recentemente da L. AMIRANTE, *Ricerche in tema di locazione*, Milano, 1958, p. 103 ss. Inoltre il fatto che il lavoratore si trovasse, nel mondo romano, in una posizione di netta inferiorità, lungi dall'escludere, può anzi spiegare perché la giurisprudenza, dovendo scegliere fra le due possibili soluzioni del problema del rischio, abbia preferito quella più favorevole al lavoratore (si veda *infra*, § 8).

se al criterio che qui si discute, egli avrebbe perso il diritto alla mercede. Ma ciò che conta, in quell'ipotesi, è di stabilire se la malattia determini o meno l'estinzione dell'obbligazione di prestare le opere. Da questo punto di vista infatti la si considera in

D. 38.1.15.pr. (Ulp. 38 *ad ed.*): Libertus, qui post indictionem operarum valetudine impeditur, quo minus praestet operas, non tenetur: nec enim potest videri per eum stari, quo minus operas praestet.

Il passo riguarda la *promissio iurata liberti* e non la *locatio operarum*: su ciò non vi può essere dubbio alcuno. Ma non vi può nemmeno essere dubbio sul fatto che la malattia si pone come causa di estinzione dell'obbligazione di prestare le opere⁴³. E se ciò è vero, per la *promissio*, non può non essere vero anche per la *locatio operarum*. E se l'obbligazione di prestare le opere è estinta in seguito al sopraggiungere di un evento non imputabile al *locator* perdura, secondo Paolo, l'obbligo del *conductor* di corrispondergli la mercede pattuita.

7. In realtà la dottrina pandettistica, lungi dal porre al centro della propria ricostruzione del regime del rischio nella *locatio operarum* D. 19.2.38.pr. (Paul. *l.s. reg.*), ha cercato di spiegarne il significato, ritenuto senza ragione alcuna incerto, alla luce di altre decisioni, valutate isolatamente, mentre esse costituiscono altrettante esplicazioni della massima enunciata da Paolo.

Fondamentale importanza è stata attribuita a

D. 19.2.19.9 (Ulp. 32 *ad ed.*): Cum quidam exceptor operas suas locasset, deinde is qui eas conduxerat. decessisset, imperator Antoninus cum divo Severo rescripsit ad libellum exceptoris in haec verba: 'Cum per te non stetisse proponas, quo minus locatas operas Antonio Aquilae solveres, si eodem anno mercedes ab alio non accepisti, fidem contractus impleri aequum est'.

La questione sottoposta alla decisione dell'imperatore è di una chiarezza cristallina. Uno scrivano aveva concesso in locazione le sue opere ad un certo Antonio Aquila, il quale era morto durante lo svolgimento del rapporto: di qui il problema se lo scrivano continuasse ad avere diritto alla corresponsione della mercede. Apparentemente sembrerebbe trattarsi di una tipica questione di rischio contrattuale, in realtà, però, la questione era ben altra: essa riguardava gli effetti prodotti dalla morte di una delle parti sul rapporto negoziale ed era, come tale, suscettibile di due opposte soluzioni. Infatti, o si riteneva che la morte del *conductor* non avesse alcuna influenza sulla durata del rapporto, nel qual caso il *locator* avrebbe continuato ad essere tenuto alla prestazione delle opere e gli eredi del *conductor* avrebbero continuato ad essere tenuti alla corresponsione della mercede. O si riteneva invece che la morte determinasse l'estinzione della *locatio operarum*, ed allora entrambe le parti sarebbero state liberate dalla propria obbligazione. In tema di *locatio rei* si è molto probabilmente verificata, su questo punto, una radicale trasformazione di regime⁴⁴, quale risulta da

C.I. 4.65.10: Viam veritatis ignoras, in conductionibus non succedere heredes conductoris existimans, quam sive perpetua conductio est, etiam ad heredes transmittatur, sive temporalis intra tempora locationis heredis quoque onus contractus incumbat.

L'imperatore Gordiano, evidentemente riferendosi alla *locatio rei*, statuisce nella sua costituzione che,

⁴³ Secondo il KASER, *Periculum*, cit., p. 196 ss., da questo passo si potrebbe ricavare solo che il liberto, in ipotesi di malattia, andava esente da ogni responsabilità. A suo avviso, anche il *locator operarum*, nella stessa ipotesi, sarebbe stato liberata dalla propria obbligazione, ma non avrebbe avuto diritto a mercede alcuna. *Contra*, A. BERGER, *A labor contract of a.d. 164: C.I.L. III, p. 498 n. X*, in «Classical Philologie», XLIII, 1918, p. 239 ss., il quale ritiene invece che il rischio di malattia fosse del *conductor*. Nello stesso senso, MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., p. 182.

⁴⁴ A questa trasformazione pensa il MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., p. 222 s., d'accordo con F. DE ROBERTIS, *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, Milano 1946, p. 100 ss., secondo cui il carattere strettamente personale della prestazione dovuta dal lavoratore avrebbe escluso, nel diritto classico, la trasmissibilità *iure hereditario* del rapporto di lavoro.

in caso di morte del *conductor*, la obbligazione di questo si trasmetteva agli eredi. In epoca anteriore però non doveva valere lo stesso principio, se Labeone afferma in

D. 19.2.61[60].1 (Lab. 5 *post. a Lav. epit.*): Heredem coloni, quamvis colonus non est, nihilo minus domino possidere existimo.

Secondo Labeone, la morte del colono si poneva come causa di estinzione del rapporto: *locator* e *conductor* risultavano perciò liberati dalle loro rispettive obbligazioni. Rispetto a questo principio la costituzione di Gordiano segna davvero una svolta decisiva: ormai più nessuno doveva credere che la morte dell'inquilino determinasse la estinzione della locazione, che continuava perciò in capo agli eredi di lui.

Certo la questione dava luogo, per quanto concerne la *locatio operarum*, a difficoltà ben più gravi. E se ancora all'epoca di Gordiano vi poteva essere qualche dubbio sulla trasmissibilità, *iure hereditario*, del rapporto derivante dalla *locatio rei*, si deve escludere che, prima di lui, potesse essere ammessa quella del rapporto di lavoro. La posizione dell'inquilino era ben diversa da quella di un *conductor operarum*. E se nel primo caso il rapporto era idoneo a continuare, senza difficoltà alcuna, in capo agli eredi, così, come ha stabilito, troncando ogni ragione di dubbio, l'imperatore Gordiano, nel secondo caso invece, morto il *conductor*, gli eredi di lui potevano non avere, almeno nell'ipotesi considerata in D. 19.2.19.9 (Ulp. 32 *ad ed.*), alcun interesse alla continuazione del rapporto con lo scrivano, rapporto indubbiamente legato alle particolari necessità di chi sfruttava la sua opera. Dal punto di vista dello stretto diritto pertanto, la risposta al quesito sottoposto all'imperatore avrebbe dovuto essere dettata dalla considerazione che la morte del *conductor operarum* determinava l'estinzione della locazione. Dal punto di vista dell'equità invece, non poteva sfuggire il rilievo che tale soluzione privava il *locator* della mercede dovutagli, quantunque la mancata prestazione delle opere non fosse dipesa da lui. Alla luce di questa considerazione, si finì per trasformare quello che era un problema di estinzione del rapporto in un problema di rischio, che già aveva trovato la sua soluzione nella massima enunciata da Paolo. Si ritenne perciò che la morte del *conductor* si ponesse come causa di impossibilità sopravvenuta della prestazione dovuta dal *locator*, impossibilità a lui non imputabile, nella quale ipotesi il *conductor*, e per lui i suoi eredi, continuavano ad essere tenuti a corrispondergli la mercede pattuita. Ci si trova perciò di fronte alla soluzione esatta di un problema diverso da quello posto al rescrittore. In ultima analisi, però, il caso pratico appare felicemente risolto con piena soddisfazione delle esigenze del lavoratore, interpretate alla luce di quell'equità che, in qualche caso, ben può richiedere il sacrificio dell'interesse di una delle parti, purché non risulti irrimediabilmente compromesso quello dell'altra. La stessa equità suggerisce l'attenuazione del principio appena enunciato, per l'ipotesi in cui il *locator operarum*, liberato dalla obbligazione di prestare le opere, le avesse messe a disposizione di altra persona, onde ricevere un corrispettivo che sarebbe venuto ad aggiungersi a quello percepito dagli eredi del *conductor* defunto. Il *locator* non può, in buona fede, pretendere più di una retribuzione e pertanto, se egli ha prestato i suoi servizi ad altra persona per riceverne un compenso, dovrà rinunciare a quello spettantegli in base al primo contratto ⁴⁵.

Se questa è l'interpretazione esatta di D. 19.2.19.9 (Ulp. 32 *ad ed.*) si può escludere che la soluzione in esso contenuta risponda al principio secondo cui, se l'impossibilità sopravvenuta della prestazione era stata determinata da un fatto riguardante la persona del *conductor operarum*, il *locator* continuava ad aver diritto alla mercede. La morte del *conductor* non rendeva impossibile la prestazione delle opere: se il rapporto fosse stato suscettibile di successione ereditaria, gli eredi sarebbero rimasti obbligati alla corresponsione della mercede, conservando naturalmente il loro diritto ai servizi resi dal *conductor*. E se essi li avessero rifiutati, sia pure perché privi di ogni interesse, non per questo

⁴⁵ Sul diverso modo di interpretare l'eccezione, cfr. MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., p. 183, secondo cui il diritto ad una seconda retribuzione avrebbe escluso il diritto precedente, e KASER, *Periculum locatoris*, cit., p. 196 nt. 154, il quale invece pensa alla possibilità di un conguaglio fra le successive pretese. Il modo in cui si esprime Ulpiano fa propendere per la prima delle due interpretazioni.

sarebbero andati esenti da responsabilità, come in tutti, i casi in cui il creditore rifiuta la prestazione offertagli dal debitore. La soluzione adottata dall'imperatore è identica a quella che si sarebbe avuta considerando la *locatio operarum* trasmissibile agli eredi del *conductor*; anche per questa via sarebbe stato possibile riconoscere al *locator* il diritto alla mercede nei confronti degli eredi del *conductor*. Ma questa soluzione era incompatibile con il carattere personale della *locatio operarum* in cui non era indifferente al *conductor* che le opere fossero prestate da un lavoratore piuttosto che da un altro, mentre, per altro verso, morto il *conductor*, i suoi eredi erano, almeno in molti casi, privi di un qualsiasi interesse alla prestazione del *locator*. Ogni difficoltà fu superata considerando l'ipotesi della morte del *conductor* alla stregua di un fatto determinante l'impossibilità sopravvenuta della prestazione delle opere, impossibilità che, in base al principio '*casum sentit creditor*', non liberava quest'ultimo dall'obbligo di eseguire la controprestazione⁴⁶. Il salto logico è abbastanza evidente, ma esso ha consentito una piena tutela degli interessi del lavoratore, cioè della parte economicamente più debole, e di salvare, al tempo stesso, l'indiscutibile carattere personale della *locatio operarum*.

8. La stessa soluzione è stata adottata da Papiniano per l'ipotesi di morte del *legatus Caesaris*, in quanto viene riconosciuto al *comes*, addetto al suo servizio, il diritto alla mercede pattuita per la residua durata del rapporto di lavoro. Il frammento ci è riportato, nel Digesto, in due versioni leggermente diverse l'una dall'altra: la prima risulta, in base all'*inscriptio* del frammento, ricavata direttamente dal quarto libro *responsorum* di Papiniano; la seconda è tratta invece dal trentaduesimo libro *ad edictum* di Ulpiano, il quale cita la decisione di quel giureconsulto.

D. 1.22.4 (Pap. 4 resp.): Diem functo legato Caesaris salarium comitibus residui temporis, quod a legatis praestitutum est, debetur, modo si non postea comites cum aliis eodem tempore fuerunt. diversum in eo servatur, qui successorem ante tempus accepit.

D. 19.2.19.10 (Ulp. 32 ad ed.): Papinianus quoque libro quarto responsorum scripsit diem functo legato Caesaris salarium comitibus residui temporis praestandum, modo si non postea comites cum aliis eodem tempore fuerunt.

I limiti di questo lavoro non ci consentono una compiuta esegesi dei due frammenti⁴⁷, esegesi che presupporrebbe una diffusa analisi del rapporto intercorrente fra il *legatus* ed il *comes*. Esso era però sicuramente riconducibile sotto lo schema privatistico della *locatio operarum* e pertanto poteva essergli, almeno parzialmente, estesa⁴⁸ la disciplina normativa vigente per questo tipo di rapporto. Papiniano non motiva la sua decisione: la *ratio* non può tuttavia essere diversa da quella adottata nel rescritto più sopra esaminato, tanto più che, nella particolare fattispecie considerata dal giureconsulto, una trasmissibilità *iure hereditario* del rapporto intercorrente fra il *legatus* ed il *comes* era assolutamente da escludere. Anche in questo caso l'equità esigeva però che il lavoratore non perdesse il suo diritto alla mercede dal momento che la mancata prestazione delle opere non era a lui imputabile. Un'ardita applicazione della massima '*casum sentit creditor*' consentì di giustificare sul piano logico-giuridico

⁴⁶ Non diremmo perciò col DE ROBERTIS, *Il rapporto di lavoro*, cit., p. 148, che l'attribuzione del rischio al *conductor* costituisca il risultato di una riforma introdotta dai rescritti imperiali. A nostro avviso, Severo e Caracalla hanno applicato ad un'ipotesi del tutto particolare una norma già elaborata dalla giurisprudenza ed espressa nella massima enunciata da Paolo in D. 19.2.38.pr. (Paul. 38 l.s. reg.).

⁴⁷ MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., p. 183 ss., ritiene genuino il frammento di Ulpiano e, dal confronto, trae argomento per sostenere che il frammento di Papiniano è stato in più punti alterato dai compilatori: egli cancella, come interpolato in luogo di un semplice '*praestatur*', il periodo '*quod a legatis praestitutum est, debetur*' ed espunge la proposizione finale. *Contra*, KASER, *Periculum locatoris*, cit., p. 195 nt. 153, il quale avanza invece l'ipotesi che tale proposizione sia il frutto di un semplice glossema.

⁴⁸ In questo senso, M. A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Civilprozess*, Bonn, 1864, II, p. 138 nt. 15, secondo cui il *comes* avrebbe avuto diritto ad un doppio salario, uno a carico del *legatus* ed uno a carico dello Stato. *Contra*, T. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, Basel, 1952, I, p. 303 nt. 3, il quale ritiene invece che Spart., *Pesc. Nig.* 7, e Lampr., *Alex.* 45, si riferiscano ad una riforma in seguito alla quale l'onere del pagamento dei *comites*, che in precedenza gravava sul *legatus*, sarebbe stato assunto direttamente dallo Stato.

la soluzione più favorevole per il *locator operarum*.

La stessa cosa sarebbe dovuta accadere nell'ipotesi di morte del lavoratore i cui eredi avrebbero continuato ad aver diritto alla mercede per tutto il tempo stabilito nel contratto stipulato con il *conductor operarum*. Un tenue indizio a favore di questa nostra opinione può desumersi da

D. 50.13.1.13 (Ulp. 8 *omn. trib.*): Divus Severus ab heredibus advocati mortuo eo prohibuit mercedem repeti, quia per ipsum non steterat, quo minus causam ageret.

Agli avvocati era stata estesa ⁴⁹ la norma generale secondo cui il rischio, nella *locatio operarum*, doveva essere sopportato dal creditore della prestazione divenuta impossibile, come risulta da

D. 19.2.38.1 (Paul. *l.s. reg.*): Advocati quoque, si per eos non steterit, quo minus causam agant, honoraria reddere non debent.

Dal frammento di Ulpiano si deduce che l'imperatore Severo avrebbe negato al cliente il diritto di ripetere, nei confronti degli eredi dell'avvocato defunto, gli onorari da costui eventualmente riscossi in anticipo, prima del verificarsi dell'evento che aveva impedito il compimento dell'opera. La *ratio* di questa decisione è identica a quella enunciata in D. 19.2.38.1 (Paul. *l.s. reg.*); l'imperatore Severo perciò, non avrebbe fatto altro che estendere la soluzione che si legge in quel passo al caso di morte dell'avvocato. Ed anche per questo caso siamo propensi a ritenere che il cliente, non solo non potesse ripetere gli onorari già pagati anticipatamente, ma che fosse anche tenuto a corrisponderli, dal momento che la mancata prestazione dell'opera non era imputabile all'avvocato.

Ma se anche si volesse pensare che, nell'ipotesi considerata, determinando la morte del *locator* l'estinzione del rapporto di lavoro (e si sarebbe perciò al di là della sfera del rischio) fosse soltanto esclusa la ripetizione degli onorari già corrisposti in anticipo ⁵⁰, si tratterebbe pur sempre di un'applicazione analogica, sia pure limitata, della massima '*casum sentit creditor*': se effettivamente il rischio contrattuale avesse dovuto essere sopportato dal *locator*, la soluzione che si legge in D. 50.13.1.13 (Ulp. 8 *omn. trib.*) resterebbe assolutamente inespugnabile.

Ci pare perciò si possa concludere, su questo punto, che in D. 19.2.38.pr. (Paul. *l.s. reg.*), è contenuta l'enunciazione della massima '*casum sentit creditor*', alla luce della quale i romani risolvevano il problema del rischio nella *locatio operarum*. Se il *locator* era impossibilitato a prestare le opere per un fatto a lui non imputabile la sua obbligazione risultava estinta, mentre perdurava, sino alla scadenza del termine contrattualmente stabilito, l'obbligazione del *conductor*. Questa massima trovò applicazione anche in ipotesi di morte dell'una o dell'altra delle parti, eventi questi che furono valutati, sia pure con un artificio logico, alla stregua di un fatto, non imputabile al debitore, determinante l'assoluta impossibilità di prestare le opere, per cui, pur estinguendosi l'obbligazione del *locator*, restava in vita quella del *conductor* di corrispondere la mercede pattuita.

9. La massima, particolarmente favorevole al lavoratore, secondo cui nella *locatio operarum* il rischio doveva essere sopportato dal *conductor*, era certo derogabile per volontà delle parti. Trattandosi di un contratto tutelato da azioni di buona fede, le parti stesse ben potevano, per mezzo di accordi conclusi *ex continentibus*, addivenire ad una regolamentazione dei loro rapporti diversa da quella normativa ⁵¹. Ora, il trittico di Transilvania dell'anno 164 d.C. ci fornisce appunto un chiaro esempio di patteggiamenti riguardanti la sopportazione del rischio nella *locatio operarum*, rischio che risulta espressamente ad-

⁴⁹) Giustamente il MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., p. 182, osserva che D. 19.2.38.1 (Paul. *l.s. reg.*), non è sufficiente a far ritenere che gli *advocati* fossero qualificati come *locatores operarum*: il '*quoque*' fa pensare ad un'estensione basata sull'analogia.

⁵⁰) Il KASER, *Periculum*, cit., p. 137, ritiene trattarsi di una soluzione del tutto particolare, giustificata soltanto in base all'equità.

⁵¹) GROSSO, *Il sistema*, cit., p. 194 ss.

dossato al *locator*, anziché al *conductor*.

Riportiamo qui di seguito, nella ricostruzione accettata dall'Arangio-Ruiz⁵², il testo di una delle tavolette, riproducente le clausole di un contratto di lavoro stipulato con un operaio assunto al servizio delle miniere di quella regione.

Macrino et Celso cos. XIII kalendas iunias Flavius Secundinus scripsi rogatus a Memmio Asclepi, quia se lit[te]ras scire negavit, it quod dixit se locas[se] et locavit operas s[ua]s opere aurario Aurelio Audiutori ex ha[c] die [in] idus novembris proximas [se]ptaginta liberisque. [Merce]dem per [te]mpora accipere debebit. S[ua]s operas sanas va[al]en[te]s [ede]re debebit conductori [supra scripto]. Quod si invito conductore recedere aut cessare volue[rit], [da]re debebit in dies singulos XS V numeratos [... Quod si] fluor impederit, pro rata computare debebit. Conductor si tem[po]re peracto mercedem sol[v]endi moram fecerit, ead[em]. p[oen]a tenebitur exceptis cessatis tribus. Actum Immenoso maiori. Titus Bensantis, qui et Bradua. Socratio Socratonis. [M]emmius Asclepi.

La lettura e l'interpretazione del documento non dà luogo ad eccessive difficoltà⁵³. In esso si dà atto dell'accordo intervenuto fra un certo Memmio figlio di Asclepio, che è il prestatore d'opera, con un certo *Aurelius Audiutor*, accordo steso in forma scritta da Flavio Secondino, per incarico di Memmio, dichiaratosi illetterato. Il documento risulta sottoscritto dal lavoratore e da altre due persone⁵⁴. Si tratta di un contratto stipulato in provincia, ma secondo lo schema tipico della *locatio operarum*, com'è dimostrato dall'uso sempre corretto e tecnico dei termini caratteristici e propri di quel tipo di negozio. In sintesi, le parti hanno convenuto che il rapporto di lavoro durerà dal 20 maggio al 13 novembre; che il *locator* dovrà prestare '*suas operas sanas valentes*'; che in ipotesi di interruzione del lavoro determinata da una frana si addiverrà ad una riduzione proporzionale della mercede; che, in ipotesi di recesso dal contratto, *invito conductore*, il *locator* dovrà corrispondere una penale giornaliera pari a quella da pagarsi dal *conductor* per ogni giorno di mora nel pagamento del salario. Di sommo interesse, ai fini della nostra indagine, appaiono le due clausole in virtù delle quali risulta addossato al lavoratore il rischio dipendente da frana e, praticamente, quello di malattia. In questa seconda ipotesi, poiché il lavoratore si è espressamente obbligato a prestare '*suas operas sanas valentes*', egli incorrerà in una responsabilità risolvendosi, probabilmente, nella perdita del diritto alla retribuzione; in ipotesi di frana si dovrà addivenire ad una riduzione della mercede in proporzione alla durata dell'interruzione del lavoro⁵⁵. Per le due ipotesi appare perciò predisposta una particolare disciplina convenzionale del rischio, il che induce a ritenere che quella legale fosse diversa e precisamente che, in base ad essa, tanto nel caso di frana come in quello di malattia, il lavoratore conservasse il suo diritto alla mercede per tutto il tempo contrattualmente stabilito⁵⁶.

10. Nella compravendita e nella *locatio operarum*, a differenza di quanto accadeva nella *locatio rei*, il rischio contrattuale era dunque sopportato dal creditore della prestazione divenuta impossibile, rispettivamente dal compratore e dal conduttore delle opere. Si deve perciò escludere che i Romani

⁵² «FIRA», III², Firenze, 1968, n. 150, p. 466 ss.

⁵³ Per un'ampia esegesi del documento, BERGER, *A labor contract*, cit., p. 231 ss.

⁵⁴ Si discute, fra l'altro, sulla veste dei firmatari del documento, se si trattava cioè di semplici testimoni (Berger) o di soci dell'imprenditore minerario (Arangio-Ruiz).

⁵⁵ Secondo il Berger il lavoratore, in caso di frana, avrebbe conservato il diritto al mantenimento. Pur ammettendo come estremamente probabile la correzione di '*liberisque*' in '*cibarisque*', proposta dal Carcopino ed accettata da V. ARANGIO-RUIZ, *Epigrafia giuridica greca e romana*, in «SDHL», V, 1939, p. 821 ss., non ci sembra con questo ancora dimostrato che il diritto del *conductor* di ridurre la mercede dovuta al lavoratore in proporzione della durata dell'interruzione causata dalla frana, non riguardasse anche il mantenimento. Se la tesi sostenuta dal Berger fosse vera, il contratto in esame avrebbe realizzato una vera e propria distribuzione del rischio fra datore di lavoro e lavoratore: in ogni caso quindi, una disciplina convenzionale del rischio diversa da quella legale.

⁵⁶ KASER, *Periculum*, cit., p. 196, accettando la tesi del Berger secondo cui il lavoratore, in ipotesi di frana, conservava il diritto al mantenimento, adduce il testo per dimostrare che, essendo la frana un evento che riguardava la persona del *conductor*, il rischio doveva essere da lui sopportato. Resta però il fatto che il lavoratore perdeva la retribuzione in denaro ed il rischio era pertanto anche suo.

abbiano seguito, in questa materia, un criterio unitario di decisione. Non essendo legati ad una valutazione generale del rapporto con prestazioni corrispettive né dal punto di vista della bilateralità funzionale né da quello della reciproca indipendenza delle due obbligazioni, essi furono liberi di scegliere fra le due possibili soluzioni del problema del rischio, scelta che non fu mai casuale e tanto meno arbitraria. A nostro avviso, la diversità delle soluzioni prospettate per la compravendita da una parte, per la *locatio rei* dall'altra, fu suggerita dalla considerazione della particolare funzione economico-sociale dei suddetti tipi di contratto. Per la *locatio operarum* tale considerazione fu corretta ed integrata in base ad imprescindibili esigenze di carattere equitativo.

Il richiamo alle origini della compravendita consensuale non è certo sufficiente a spiegare il perpetuarsi della massima '*periculum est emptoris*' sino al diritto giustiniano⁵⁷. Occorre piuttosto far capo, sulle orme del Windscheid⁵⁸, alla funzione traslativa di quel contratto: poiché il danno inerente all'impossibilità sopravvenuta di effettuare la consegna della cosa, impossibilità determinata da fatto non imputabile al debitore, doveva essere fatalmente sopportato dall'una o dall'altra delle parti, rispondeva ad un criterio di pratica convenienza l'addossarlo⁵⁹, piuttosto che al venditore, al compratore, nel cui patrimonio la cosa era destinata ad entrare sin dal momento della conclusione del contratto⁶⁰.

Per quanto concerne la *locatio rei*, invece, trattandosi di contratto di durata, risultava particolarmente evidente il nesso fra prestazione e controprestazione, di cui l'una costituiva, per ogni singolo momento di tempo, il corrispettivo dell'altra⁶¹. Apparve perciò opportuno addossare il rischio al debitore della prestazione divenuta impossibile: la bilateralità funzionale esplicava, in questo caso, uno dei suoi tipici effetti⁶².

⁵⁷) D'altro canto può ritenersi ormai superata la tesi secondo cui l'*emptio venditio* sarebbe sorta dall'incontro di due distinte *stipulationes* (R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts*, Leipzig, 1888, 3¹, p. 201 ss.; *contra* C. FERRINI, *Sull'origine del contratto di vendita in Roma* (1893), in *Opere*, III, Milano, 1919, p. 72 ss.). Da ultimo, per un ampio esame del problema riguardante l'origine della compravendita consensuale, ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, II, cit., p. 57 ss. In funzione di una originaria indipendenza delle due obbligazioni spiega il formarsi della massima '*periculum est emptoris*', il SARGENTI, *Problemi*, cit., p. 246 ss. A suo avviso, tale indipendenza risulterebbe affermata ancora da Labeone in D. 19.1.50 (Lab. 4 *post. a lav. epit.*) (sul quale si veda *supra*, § 4).

⁵⁸) *Lehrbuch*, cit., p. 616 ss. A questa tesi ha aderito R. SALEILLES, *Études sur la théorie générale de l'obligation*, Paris, 1914, p. 201 ss., il quale la integra sul piano storico, pensando ad una derivazione della vendita consensuale da una originaria vendita per contanti, in cui il rischio era fatalmente sopportato dal compratore.

⁵⁹) Giustamente F. DE ZULUETA, *The roman law of sale*, Oxford, 1945, p. 35, osserva che non la logica giuridica, ma solo ragioni di pratica convenienza possono suggerire l'accoglimento dell'una o dell'altra delle due possibili soluzioni del problema del rischio contrattuale nella compravendita.

⁶⁰) Significativo è, in proposito, il notissimo passo di Labeone D. 18.1.80.3 (Lab. 5 *post. lav. epit.*): '*Nemo potest videri eam rem vendidisse, de cuius dominio id agitur, ne ad emptorem transeat, sed hoc aut locatio est aut aliud genus contractus*'. Per tutti, su questo frammento, ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, I, cit., p. 163.

⁶¹) Si potrebbe anche pensare che il principio secondo cui il fitto non era dovuto per il tempo in cui era impossibile il godimento della cosa locata, si sia affermato in relazione ad un originario carattere reale della *locatio conductio*. Il che non esclude che la conservazione di quel principio, anche quando la *locatio* si configurò come tipico contratto consensuale, costituisca una diretta esplicazione della bilateralità funzionale. Com'è noto, secondo S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1928, II, p. 289, invece, anche nell'epoca classica la *locatio* si sarebbe perfezionata soltanto con la consegna della cosa. Per un'ampia critica di questa tesi, GROSSO, *Il sistema*, cit., p. 168 ss.

⁶²) La stessa cosa può dirsi per i contratti innominati in cui pure trovava applicazione la regola '*casum sentit debitor*'. In questi contratti il nesso fra prestazione e controprestazione era così stretto ed immediato da giustificare la loro efficacia obbligatoria, che presupponeva, oltre al consenso, l'esecuzione di una delle prestazioni. Si spiega così perché i proculciani, i quali negavano che la permuta potesse essere assimilata ad una compravendita, ritenessero che il '*periculum*' fosse non già del creditore, ma del debitore della prestazione divenuta impossibile e che pertanto quest'ultimo perdesse il diritto alla controprestazione. Si veda in proposito, D. 12.4.16 (Cels. 8 *dig.*): '*Dedi tibi pecuniam ut mihi Stichum dares: utrum id contractus genus pro portione emptiois et venditionis est, an nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta? in quod proclivior sum; et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares...*'. La particolare intensità del nesso sinallagmatico nei contratti innominati è sottolineata pure dal BETTI, *Periculum*, cit., p. 190 ss.: essa spiega perché nell'ipotesi fatta nel testo sopra riportato il rischio fosse del debitore della prestazione divenuta impossibile, mentre, nell'ipotesi analoga di compravendita di schiavi, fosse invece del creditore. A nostro avviso, l'antitesi è ben più ampia e radicale. Nella compravendita di *species* il rischio era del creditore in base alla regola '*casum sentit creditor*'. Nella permuta e nei contratti innominati, il rischio era invece del debitore della

Anche nella *locatio operarum* era, per le stesse ragioni, ben chiaro il nesso fra prestazione e controprestazione. Non poteva però sfuggire ad una giurisprudenza particolarmente sensibile, come quella romana, alle esigenze di carattere equitativo, che il *locator* prestava la sua opera per ricavarne il necessario per vivere. Il fatto che fosse estranea al diritto romano la valutazione dell'importanza sociale del lavoro e la necessità di una sua rigorosa tutela normativa accompagnata da misure di carattere previdenziale ⁶³, non contrasta affatto con la formulazione, in tema di rischio, di una norma particolarmente favorevole al lavoratore. Proprio perché fra i due soggetti del contratto il prestatore d'opera si trovava nella posizione economicamente più debole, l'equità esigeva che il rischio fosse sopportato dal datore di lavoro. Occorre però tener presente che era sin troppo facile eludere la portata di quella norma sia mediante deroghe concordate di volta in volta dalle parti ⁶⁴, sia mediante la determinazione, in ordine alla durata del rapporto, di brevi o brevissimi limiti di tempo, come chiaramente risulta dal documento più sopra esaminato.

prestazione divenuta impossibile, in quanto la bilateralità funzionale esigeva che l'estinzione di una delle obbligazioni, senza il soddisfacimento del creditore, determinasse pure quella della obbligazione reciproca. Nel diritto giustiniano affiora la tendenza ad addossare il rischio alla parte che ha eseguito la prestazione anticipata e cioè al creditore della prestazione, divenuta impossibile, in analogia con quanto accadeva, nella compravendita. Su questo punto Betti, *loc. ult. cit.*

⁶³) MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., p. 224 ss.

⁶⁴) Una tutela pienamente efficace degli interessi del lavoratore si raggiunge infatti soltanto se le norme che debbono realizzarla vengono dichiarate inderogabili dall'autonomia privata.