

Introduzione ed inquadramento generale della locatio-conductio nel contesto delle Institutiones di Gaio: 3.142-147

Come è noto, nell'impostazione gaiana delle *Institutiones* del tutto singolare appare la trattazione della *locatio-conductio* (Gai. 3.142-147), inserita tra le *obligationes consensu contractae*¹, alla quale il giurista an-

¹Gai. 3.135: *Consensu fiunt obligationes in emptionibus et venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis*; passo nel quale non è da escludere – secondo il pensiero di G. FALCONE, “*Obligatio est iuris vinculum*”, Torino 2003, p. 38 nt. 97 – il significato di *obligatio* quale «atto obbligante».

Sulla generale, ‘peculiare’, impostazione delle *Institutiones* gaiane, poco propensa ad illustrare gli istituti giuridici con una visione dinamica e astratta, bensì tendente a dare spazio alle modalità con cui gli stessi venivano praticamente posti in essere, e al loro concreto funzionamento, cfr. le belle e chiarificatrici pagine di G. FALCONE, *La definizione di obligatio, tra diritto e morale*, Torino 2017, *passim*, spec. p. 90, il quale con espresso riferimento alle *obligationes ex contractu* – tra cui rientrano appunto quelle che si perfezionano *consensu* – così si esprime: «...il discorso è impostato in modo apposito sulle operazioni negoziali, delle quali si indicano i requisiti necessari per la loro corretta conclusione, l'elemento discriminante tra la sussistenza e la non-sussistenza, cioè tra l'efficacia e la non-efficacia, le differenze tra un tipo e l'altro di schema negoziale. Ed è in siffatte informazioni che, sostanzialmente, si esaurisce l'illustrazione sui singoli contratti: mancano, invece, informazioni sulle prestazioni dovute dalle parti, sul profilo della responsabilità contrattuale, sulla tutela processuale. In altre parole, il grande assente è il complessivo regime contrattuale» (le due sole eccezioni sono individuabili in 3.137 – passo incentrato sulla differenza tra le obbligazioni consensuali, dove entrambe le parti si obbligano “*de eo, quo alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet*”, e le obbligazioni verbali, in cui una parte si fa promettere e l'altra promette, con un richiamo pure conclusivo ai *nomina transcripticia*, per i quali un contraente si vincola e l'altro resta vincolato – nonché in 3.155-156, che mira a distinguere il caso in cui il *mandatum consistit* da quello del c.d. *mandatum tua gratia tantum*, privo in quanto tale di tutela processuale). In tal senso cfr. già G. FALCONE, *Sistematiche gaiane e definizione di obligatio*, in *Obligatio–Obbligazione. Un confronto interdisciplinare. Atti del Convegno di Roma, 23-24 settembre 2010*, a cura di L. Capogrossi Colongnesi e M.F. Cursi, Napoli 2011, p. 29; mentre, *amplius*, per indicare il suddetto sche-

tonino non dedica – come ci si aspetterebbe – uno spazio autonomo incentrato sulla relativa regolamentazione giuridica e, dunque, su una enunciazione dogmatica degli elementi costitutivi, bensì impernia tutto l'impianto espositivo istituzionale di siffatta figura contrattuale su una costante comparazione tra *emptio-venditio* e *locatio-conductio*², sul presupposto della “*familiaritas aliqua*”³ che intercorreva tra queste due tipologie di obbligazioni consensuali.

Già in apertura dell'esposizione, infatti, Gaio tiene ad evidenziare, come principio generale, che per la locazione valgono regole simili a quelle su cui si basa la compravendita⁴: (§ 142) *Locatio autem et con-*

ma descrittivo gaiano l'autore parla tecnicamente di approccio «operativo-cautelare» in ID., *Approccio operativo-cautelare e obligationes ex contractu nelle Istituzioni di Gaio*, in *Festschrift für R. Knütel zum 70. Geburtstag*, Heidelberg 2009, pp. 313 ss.

² Al di fuori di tale trattazione, un richiamo alla *locatio-conductio* lo ritroviamo in materia di *mandatum*, e precisamente nel luogo che chiude l'esposizione gaiana di questo contratto, incentrato sulla gratuità, quale elemento caratterizzante del mandato romano, in virtù del quale esso si distingue dal contratto di *locatio-conductio*; Gai. 3.162: *In summa sciendum est, quotiens faciendum aliquid gratis dederim, quo nomine, si mercedem statuisssem, locatio et conductio contraberetur, mandati esse actionem; veluti si fulconi polienda curandave vestimenta dederim aut sarcinatori sarcienda.*

³ L'espressione *familiaritas* nel confronto tra *emptio-venditio* e *locatio-conductio* è di esclusiva matrice gaiana (in tal senso anche D. 19.2.2.1, Gai. 2 *rer. cott.*, su cui v. *infra*, nt. 17), se si escludono le *Institutiones* giustinianee (nello specifico I. 3.24.3, per il quale vd. pure *infra*, nt. 17), notoriamente ricalcate sull'opera istituzionale di Gaio. Per l'uso delle fonti di “*familiaritas*” in contesti del tutto diversi vd., tra gli altri, D. 1.16.4.3 (Ulp. 1 *de off. proc.*); D. 1.18.19 pr. (Call. 1 *de cognit.*); D. 41.2.41 (Paul. 1 *instit.*); D. 50.16.223.1 (Paul. 2 *sentent.*), ma forse sul punto interpolato; *Ed. Theod.* 49; Paul. *Sent.* 2.28.3; Paul. *Sent.* 5.25.13; CTh. 1.16.13 [a. 377]; CTh. 9.6.3 (=9.6.2) [a. 397]; CTh. 16.2.44.1 [a. 420]; CI. 9.1.20 [a. 397]; CI. 12.29.1.2 [a. 441].

⁴ In termini più espliciti si esprime il giureconsulto antonino in D. 19.2.2 pr. (Gai. 2 *rer. cott.*), precisando – dopo aver ribadito l'identità di regole (“*idemque iuris regulis*”) alle quali obbediscono le due figure di *obligationes consensu contractae* – che, come l'*emptio-venditio* si considera conclusa quando si è raggiunto l'accordo sul “*pretium*”, allo stesso modo anche la *locatio-conductio* s'intende perfezionata nel momento in cui i contraenti si accordano sulla “*merces*”: *...nam ut emptio et venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit, sic et locatio et conductio contrahi intellegitur, si de mercede de convenerit* (perfettamente analogo, sul punto, il modo di esprimersi di Giustiniano nel corrispondente passo delle *Istituzioni imperiali*, I. 3.24 pr.). Come giustamente osserva in proposito C.A. CANNATA, *La nozione romana di locatio conductio*, in ID., *Scritti scelti di diritto romano*, III, a cura di L. Vacca, Torino 2014, p. 378, è evidente che nella suddetta testimonianza gaiana delle *Res cottidianae* «...la contrapposizione prezzo-mer-

ductio similibus regulis constituitur..., concentrandosi, subito dopo, unicamente sul requisito secondo cui “*merces certa statuta est*”: *...nisi enim merces certa statuta sit, non videtur locatio et conductio contrahi*, allo stesso modo di come egli si era espresso poco prima, nella trattazione in tema di *emptio-venditio*⁵. Quindi, in linea con tale impianto e

cede ... costituisce una differenza causale tra i due contratti: nell'affare gestito con la vendita la prestazione pecuniaria rappresenta un prezzo, nell'affare gestito con la locazione la prestazione pecuniaria rappresenta una remunerazione.»; ed ancora: «Si può, così, partire da una premessa sicura: vendita e locazione sono contratti sinallagmatici perfetti, per cui l'affare che corrisponde alla loro causa non può appartenere se non al genere degli scambi. In entrambi questi scambi un termine è rappresentato dalla prestazione pecuniaria, cioè una somma di denaro che l'una parte deve dare all'altra. Questo primo membro dello scambio è lo stesso nei due contratti, ma riceve una denominazione diversa: e questa diversa denominazione non dipende affatto dalla sua natura (si tratta sempre di una somma di denaro), ma dal suo scopo; forse meglio: dalla sua funzione nell'economia del contratto».

⁵Occupandosi prima dell'*emptio-venditio* (§ 140), Gaio aveva infatti precisato che “*pretium autem certum esse debet*”, inserendo subito dopo la descrizione di un articolato quadro della *iuris prudentia* nell'ipotesi in cui quel principio non fosse stato rispettato: *...alioquin si ita inter nos convenerit, ut quanti Titius rem aestimaverit, tanti si empti, Labeo negavit ullam vim hoc negotium habere; cuius opinionem Cassius probat. Ofilius et eam emptionem et venditionem; cuius opinionem Proculus secutus est*. Mettendo a confronto la suddetta testimonianza gaiana con il corrispondente brano delle Istituzioni imperiali, I. 3.23.1: *...et certum pretium esse debet. Alioquin si ita inter aliquos convenerit, ut, quanti Titius rem aestimaverit, tanti sit empti: inter veteres satis abundeque hoc dubitabatur, sive constat venditio sive non, sed nostra decisio (scil. CI. 4.38.15) ita hoc constituit, ut, quotiens sit composita sit venditio 'quanti ille aestimaverit' sub hac conditione staret contractus, ut, i quidem ipse qui nominatus est pretium definierit, omnimodo secundum eius aestimationem et pretium persolvatur et res tradatur, ut venditio ad effectum perducatur, emptore quidem ex empto actione, venditore autem ex vendito agente. Sin autem ille qui nominatus est vel noluerit vel non potuerit pretium definire, tunc pro nibilo esse venditionem quasi nullo pretio statuto...*, il dubbio giurisprudenziale classico se il *pretium* possa considerarsi validamente pattuito anche se rimesso alla determinazione di un estraneo, appare autoritativamente risolto da Giustiniano nel senso di riconoscere validità – ma subordinatamente alla effettiva fissazione del corrispettivo da parte del terzo – all'*emptio-venditio* affiancata da una pattuizione di siffatto tipo. In argomento rinvio, *amplius*, a S.A. CRISTALDI, *Sulla clausola "quanti Titius re, aestimaverit" nella riflessione dei giuristi romani*, in *RIDA*. 58, 2011, pp. 99 ss.

Diversa è l'ipotesi in cui la determinazione del prezzo sia stata affidata all'arbitrio dell'*emptor*, ritenendosi in tal caso privo di valore e di effetti il contratto così concluso, come tiene a precisare sempre Gaio, ancorché in altra sede: D. 18.1.35.1 (Gai. 10 *ad ed. prov.*): *Illud constat imperfectum esse negotium, cum emere volenti sic venditor dicit: 'quanti velis, quanti aequum putaveris, quanti aestimaveris, habebis emptum;* in tal senso

nella medesima prospettiva, il giurista pone il quesito se l'affidare ad un terzo l'ammontare della mercede locativa faccia ugualmente sorgere il relativo contratto: (§ 143) *Unde si alieno arbitrio merces permissa sit, velut quanti Titius aestimaverit, quaeritur, an locatio et conductio contrahatur*⁶; così come ci si chiede pure se possa riconoscersi validità

cfr., tra gli altri, V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, I², Napoli 1954, p. 141; M. TALAMANCA, voce «Vendita» (*diritto romano*), in *Enc. del Dir.*, XLI, Milano 1993, p. 33 nt. 217, che così si esprime: «ciò è avvalorato dal fatto che in Gai. 3.143, al problema dell'*arbitrium* del terzo relativamente alla determinazione della *merces* nella *locatio* è avvicinato non quello dell'*arbitrium* della parte, ma il caso, differente, in cui le parti stesse si siano riservate di fissare, successivamente, il prezzo»; E.R. ZIMMERMANN, *The law of obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, Cape Town 1992, p. 254; A. TORRENT, 'Pretium certum': *determinación del precio per 'relationem'*, in *BIDR.* 98-99, 1995-1996, p. 85. *Contra*, sulla testimonianza gaiana di cui in D. 18.1.35.1 rimando a S.A. CRISTALDI, *op. ult. cit.*, pp. 108 ss., e ivi letteratura specifica sull'interpretazione di altri aspetti del brano gaiano tratto dai *libri ad edictum provinciale*.

⁶L'impostazione del brano rende bene l'idea del tipo di atteggiamento assunto da Gaio, il quale si limita a riportare i termini generici di una controversia, qual è appunto la questione sulla validità o meno della *locatio-conductio* qualora la determinazione della *merces* sia stata lasciata all'arbitrio di una persona estranea, non solo senza fornire sul punto qualche dettaglio in più (come invece aveva dimostrato di fare subito prima, al § 140, a proposito della compravendita: vd. *supra*, alla nota precedente, in principio), ma anche astenendosi dal prendere una qualche, seppur velata, posizione in merito. E ciò rivelando un modo di procedere sicuramente diverso da quello tenuto al § 141, dove nel riferire di un'altra *quaestio* giurisprudenziale, quella sull'ammontare del *pretium* nella vendita, il giurista antonino non si era mostrato 'del tutto' imparziale, direi asettico, ma aveva lasciato, ancorché indirettamente, una propria impronta: vd. più diffusamente *infra*, nt. 7 in fine. Nonostante, comunque, l'evidente silenzio gaiano in 3.143, non è azzardata l'interpretazione che, da ultimo, suggerisce del suddetto passo S.A. CRISTALDI, *Sulla clausola "quanti Titius re, aestimaverit"*, cit., p. 113: «...data l'analogia, da lui (*scil.* Gaio) evidenziata, fra *locatio* e vendita, è da ritenere che, a suo avviso – per coerenza – anche la *locatio*, come la compravendita, fosse da considerare nulla». Diversa, sul punto, la visione di A. SANGUINETTI, *D. 19.5.22. Gaio e il 'iudicium quasi de novo negotio'*, in *Teoria e Storia del Diritto Privato* 5, 2012, p. 4, che così si esprime: «Come si vede, analogamente al caso menzionato in precedenza – ovvero quello relativo al prezzo nella compravendita – il giureconsulto si limita a registrare l'esistenza di una controversia, ma non prende posizione in alcun senso». Traendo spunto dal dibattito giurisprudenziale tra Labeone (seguito da Cassio) e Ofilio (seguito da Proculo) che Gaio riferisce, appunto in 3.140, a proposito della compravendita, R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*. *Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli 1999, pp. 246 s. e ntt. 210-211, individua i possibili protagonisti dell'analogo dibattito per la locazione nei Proculiani, che avrebbero ammesso pure la possibilità di una *locatio-conductio* nella quale i contraenti si impegnassero a determinare

a quella locazione la cui *merces* consiste in cosa diversa dalla *pecunia numerata*: (§ 144) *Vel si rem tibi utendam dederim et invicem aliam rem utendam acceperim, quaeritur, an locatio et conductio contrahatur*. Problematica, anche quest'ultima, notoriamente analoga a quella che Gaio aveva in precedenza illustrato con riguardo appunto alla compravendita⁷.

di comune accordo la *merces* solamente in un secondo momento, e nei Sabiniani, che sarebbero stati invece di avviso contrario; attendibile si presenta questa ipotesi di Fiori a parere di A. SANGUINETTI, *op. ult. cit.*, p. 6 nt. 2. Guardando poi al successivo regime giustiniano, anche per la *locatio-conductio* si provvederà a dirimere il problema con la medesima soluzione dettata per l'*emptio-venditio*, come emerge da I. 3.24.1: *Et quae supra diximus, si alieno arbitrio pretium permissum fuerit, eadem et de locatione et conductione dicta esse intellegamus, si alieno arbitrio merces permissa fuerit...*

Richiamata per brevi cenni la disputa giurisprudenziale, Gaio prosegue – avvalendosi di una espressione, “*qua de causa*”, che gli permette di ricollegarsi alla prima parte dello stesso § 143 – introducendo una ulteriore e specifica ipotesi, anch'essa discussa tra i *iuris periti* (“*quaeritur, an locatio et conductio contrahatur*”), ovvero quella in cui la determinazione della mercede, non effettuata “*statim*”, sia stata rinviata ad un successivo accordo delle stesse parti: *...si fulloni polienda curandave, sarcinatori sarcienda vestimenta dederim, nulla statim mercede constituta, postea tantum daturus, quanti inter nos convenerit, quaeritur, an locatio et conductio contrahatur*; e pure in questa seconda parte del testo, peraltro anch'essa contraddistinta da laconiche informazioni, si registra il medesimo *modus procedendi* gaiano: descrizione del problema, espressa allusione all'esistenza di controversie giurisprudenziali in merito, mancata presa di posizione da parte del giurista.

Confrontando poi il suddetto passo delle *Institutiones* con il corrispondente testo delle Istituzioni imperiali, I. 3.24.1: *...Qua de causa si fulloni polienda curandave aut sarcinatori sarcienda vestimenta quis dederit nulla statim mercede constituta, sed postea tantum daturus, quantum inter nos convenerit, non proprie locatio et conductio contrahi intellegitur, sed eo nomine praescriptis verbis actio datur*, evidente appare l'utilizzazione giustiniana della testimonianza gaiana per giustificare una soluzione innovativa: ci troviamo di fronte non ad una locazione, bensì ad un contratto innominato (come denuncia la menzione dell'*actio praescriptis verbis*); tipico esempio, questo, della tendenza propria dei Compilatori di piegare volentieri i testi classici al nuovo diritto vigente.

⁷ Così Gai. 3.141, in cui si dà conto della nota querelle giurisprudenziale tra Sabiniani e Proculiani; un dibattito che ritroviamo riferito pure, e ampiamente illustrato, da Paolo, tanto in D. 18.1.1.1 (Paul. 33 *ad ed.*), che si conclude con l'affermazione “*sed verior est Nervae et Proculi sententia*”, quanto in D. 19.4.1.2 (Paul. [32] <33> *ad ed.*), dove il giurista severiano spiega altresì con ulteriori argomenti la differenza tra vendita e permuta, facendo leva sulla evidente circostanza che, mentre la prima figura contrattuale si perfeziona *nudo consensu* determinando la nascita tra le parti di obbligazioni reciproche, la seconda invece può essere produttiva di – una sola – obbligazione unicamente *re*, vale a dire soltanto se uno dei contraenti abbia già fatto all'altro la *traditio*

A questo punto, in evidente coerenza e sintonia con siffatto schema espositivo e procedendo nella medesima direzione, il giureconsulto antonino si sofferma ad illustrare nel dettaglio – quali esempi (“*veluti*”) di dispute giurisprudenziali sorte al riguardo – tutta una serie di rapporti diffusi nelle negoziazioni private rispetto ai quali, convivendo in essi elementi distintivi dell’*emptio-venditio* con aspetti tipici della *locatio-conductio* tali da collocarli ‘al confine’ tra l’una e l’altra figura di *obligationes consensu contractae*, appariva non poco problematico stabilire se la specifica *conventio* di volta in volta conclusa tra le parti integrasse gli estremi di una compravendita o fosse, per contro, da ricondurre alla locazione⁸; in concreto, avendo a che fare con fattispecie che oggi po-

della cosa data in permuta: “*emptio ac venditio nuda consentientium voluntate contrahitur, permutatio autem ex re tradita initium obligationi praebet*”. Nel diritto giustiniano la tesi di Sabino (e Cassio) di ritenere qualsiasi cosa come prezzo di un’altra, e quindi di ricomprendere nella compravendita anche lo scambio di due cose – con la giustificazione che, in fondo, la *permuta* non è altro che la forma più antica di *emptio-venditio* – non ebbe séguito, principalmente perché favorevole a dilatare eccessivamente l’ambito del contratto di vendita, con la conseguente difficoltà di distinguere in quel caso quale cosa considerare vendita e quale considerare data a titolo di prezzo; per converso, incontrò maggior favore e accoglimento l’opinione dei Proculiani: vd. I. 3.23.2.

Sennonché, tornando all’impostazione gaiana circa la trattazione della *locatio-conductio*, vale la pena notare come a proposito della compravendita Gaio al § 141 (lo si anticipava *supra*, in questa nota) nel riferire, e soprattutto per come riferisce, il vivace scontro giurisprudenziale tra Sabiniani e Proculiani, fa trapelare in qualche modo la sua posizione, ancorché articolata, nel punto in cui egli, se per un verso sembra considerare in linea generale più fondata l’opinione della scuola proculiana, per altro verso è altrettanto percepibile che il giurista antonino non se la senta di abbandonare la tesi dei suoi ‘Maestri’, come risulta infatti dal richiamo, in chiusura del passo, alla posizione di Celio Sabino, attraverso il quale Gaio vorrebbe difendere la scuola sabiniana per quella ipotesi in cui taluno avesse una cosa da vendere e accettasse a titolo di prezzo un bene diverso dalla *pecunia*: “*...et ait Caelius Sabinus, si rem tibi venalem habenti, veluti fundum, [acciperim et] pretii nomine hominem forte dederim, fundum quidem videri venisse, hominem autem pretii nomine datum esse, ut fundus acciperetur*”. Per contro, decisamente e palesemente più imparziale appare l’atteggiamento di Gaio a proposito della locazione, e precisamente in 3.144 (vd. *supra*, nel testo), dove il giureconsulto si limita ad esporre i termini della questione, prospettando appunto il caso di reciproca *datio rei utendae* di *merces* costituita da cosa diversa dalla *pecunia numerata*, rendendo genericamente nota ai suoi discenti l’esistenza al riguardo di controversie tra i *iuris periti*, ma senza prendere posizione alcuna, neppure implicitamente, in ordine alla soluzione giurisprudenziale prevalsa. Su questo specifico aspetto vd. anche le osservazioni esposte *supra*, nt. 6.

⁸ Anche se non deve darsi per scontato bensì, al contrario, risulta necessario pun-

tremmo definire ‘border-line’, diventava indispensabile stabilire se andasse applicata la disciplina normativa dell’uno o dell’altro schema contrattuale⁹: «tema crucial para determinar la tutela judicial que podían ejercitar las partes dada la tipicidad de las acciones en correspondencia con la tipicidad de las *conventiones consensu contractae*»¹⁰. Come giustamente è stato fatto notare¹¹, la ‘forte’ somiglianza tra i due contratti romani, consensuali, di compravendita e locazione, che diede non poco filo da torcere ai giureconsulti, «...derivava soprattutto dal fatto che ad entrambi era riconosciuta efficacia meramente obbligatoria»¹².

Ed è proprio con quell’interrogativo di fondo “*quaeri soleat utrum emptio et venditio contrahatur an locatio et conductio*” – quale, appunto, diretta conseguenza della *familiaritas aliqua*¹³ esistente tra le due figure di obbligazioni consensuali – che Gaio introduce una serie di fattispecie di dubbia tipologia contrattuale, riportandone pure la soluzione di volta in volta prevalsa tra i *iuris periti*¹⁴.

tualizzare – come opportunamente fa M. TALAMANCA, voce «*Vendita*», cit., p. 314 nt. 107 – che «...non risulta mai che i giuristi siano pervenuti a ritenere non integrata né l’una né l’altra fattispecie, con la conseguenza della cessazione della tutela giuridica e giurisdizionale come contratto nominato dell’accordo di specie».

⁹ Vd., al riguardo, quanto osservato *supra*, alla nota precedente.

¹⁰ Così, da ultimo, A. TORRENT, *El binomio capital-trabajo en el pensamiento jurisprudencial clásico: la conventio cum aurifice* (Gayo 3.147) y el fundamento económico para su calificación contractual, in *Iuris Antiqui Historia* 6, 2014, p. 37. Ma *contra* cfr. G. GROSSO, *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano. Dall’epoca arcaica alla giurisprudenza classica: diritti reali e obbligazioni*, Torino 1970, pp. 49 ss.

¹¹ Da L. SOLIDORO, in A. LOVATO-S. PULIATTI-L. SOLIDORO, *Diritto privato romano*², Torino 2017, p. 518.

¹² Anche se, tiene ancora a precisare L. SOLIDORO, *Dir. priv. rom.*, cit., p. 518, «...i tratti distintivi non mancavano: l’*habere licere* che il venditore doveva assicurare al compratore si sostanziava in un potere assoluto e perpetuo (salva evizione), mentre il godimento della cosa previsto dal contratto di locazione a favore del conduttore non implicava, per il locatore, la privazione definitiva del diritto di proprietà sul bene. Infatti, il conduttore non vantava il titolo *ad usucapionem* né poteva esercitare l’*actio in rem*, a differenza del compratore, cui era riservata la rivendica o almeno la tutela pretoria dell’*actio Publiciana*».

¹³ Di “*proximitas*” parla Gaio, rilevandola tra locazione e compravendita, in D. 19.2.2 pr. (Gai. 2 *rer. cott.*): *Locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni isdemque iuris regulis constitit...*

¹⁴ Osserva, in proposito, V. MAROTTA, in E. CANTARELLA-V. MAROTTA-B. SAN-

Il primo caso ad essere preso in considerazione dal giurista è quello dei fondi municipali abitualmente concessi in godimento a privati, dietro pagamento di un corrispettivo, il *vectigal*, con la clausola, stabilmente apposta di volta in volta al singolo atto di concessione amministrativa, che non permetteva di ritogliere il fondo né al concessionario né al suo erede finché il *vectigal* venisse regolarmente corrisposto: da qui il dubbio se gli effetti di quest'atto fossero più vicini a quelli di una compravendita piuttosto che a quelli di una locazione; dubbio che – evidenziano le *Institutiones* – fu risolto dai più nel senso di inquadrare il rapporto all'interno dello schema contrattuale della *locatio-conductio*¹⁵.

Indubbiamente più articolata si presenta la seconda fattispecie trattata da Gaio proprio per il suo carattere per così dire, 'meticcio', ovvero il caso dell'ingaggio dei *gladiatores* che vedeva l'organizzatore dell'incontro agonistico impegnato a versare nei confronti del *lanista* un determinato corrispettivo significativamente modesto per ogni gladiatore che fosse uscito illeso dal combattimento, ed un corrispettivo invece molto più elevato per ogni gladiatore ucciso nell'agone o che avesse riportato menomazioni tali da non poter essere più riutilizzato per lotte di siffatto tipo: stando alla soluzione che "*magis placuit*", si giunse a ritenere come contratte per ciascun gladiatore una locazione *sub condicione* e una vendita *sub condicione*, attendendosi che poi in concreto – e, dunque, a conclusione dell'incontro agonistico – si avverasse, rispettivamente, o l'una o l'altra evenienza¹⁶.

Infine, il terzo caso ricordato dal giurista antonino, che aveva an-

TALUCIA-A. SCHIAVONE-E. STOLFI-U. VINCENTI, *Diritto privato romano. Un profilo storico*², a cura di A. Schiavone, Torino 2003, p. 417: «L'emersione e le prime fasi della vicenda storica del tipo contrattuale della *locatio-conductio* sono strettamente connesse con la compravendita. La sua originaria, estrema povertà di contenuto tipico sollecitava ancora gli interessi della giurisprudenza di avanzata età imperiale. Gaio ... ricorda numerose dispute, nate, come è ovvio, dall'esame di taluni casi concreti, sull'esatto confine tra *emptio-venditio* e *locatio-conductio*. Del resto, quanto più indietro si va nel tempo, tanto più le poche tracce trasmesse dalla documentazione letteraria lasciano emergere una terminologia insicura e ondeggiante, che denuncia, verosimilmente, una perdurante incertezza sul confine esatto tra le due figure contrattuali».

¹⁵ Così in Gai. 3.145, su cui vd., *amplius, infra*, cap. I, spec. sez. II.

¹⁶ Così in Gai. 3.146, su cui vd., *amplius, infra*, cap. II.

ch'esso fatto sorgere discussioni in sede giurisprudenziale circa la sua configurabilità come *emptio-venditio* o come *locatio-conductio*, è quello della *conventio cum aurifice* avente ad oggetto l'impegno a realizzare, dietro corrispettivo prestabilito, alcuni monili, di forma e peso determinati, con oro di proprietà dell'orefice¹⁷: un tipo di rapporto, questo, che l'opinione giurisprudenziale dei "plerique" si mostrò orientata a configurare come *emptio-venditio*¹⁸.

Nel corso della mia attività di ricerca ho avuto modo di dedicarmi all'analisi dei suddetti accordi diffusi nella pratica negoziale, secondo appunto la descrizione fornitaci dalle *Institutiones* gaiane, sollecitata in ciò dalla sorprendente varietà di interpretazioni, anche estremamente diverse tra loro, che in sede dottrinale sono state suggerite, e continuano ad essere suggerite, delle opinioni prospettate dai *iusuris prudentes* circa lo schema contrattuale entro cui inquadrare il singolo rapporto di volta in volta preso in considerazione. E i risultati ai quali sono pervenuta – peraltro in tempi diversi, talvolta pure nell'ambito e in connessione alla trattazione di tematiche più ampie e complesse – si sono concretizzati in diversi contributi, incentrati ciascuno sull'esame delle relative testimonianze gaiane (3.145, 146 e 147)¹⁹, i quali appaiono adesso

¹⁷ Circa la sorte delle tre suddette fattispecie, caratterizzate da una "familiaritas aliqua" tra compravendita e locazione tale da generare dubbi di inquadramento contrattuale, vanno richiamate le relative testimonianze, corrispondenti ai brani delle *Institutiones* gaiane: ovvero, il passo, sempre di Gaio, tratto dalle *Res cottidianae*, D. 19.2.2.1 (Gai. 2 *rer. cott.*) – su cui, *amplius*, vd. *infra*, cap. III, §§ 1 e 9 –, che riporta soltanto il caso della *conventio cum aurifice*, posto che nel diritto giustiniano costituivano oramai un ricordo storico tanto l'utilizzo dello schema della *locatio in perpetuum* quanto gli spettacoli gladiatori e, quindi, anche il ricorso al relativo accordo sul loro ingaggio (vd. *infra*, cap. II, § 1 nt. 11); come pure il frammento delle Istituzioni imperiali, I. 3.24.3-4 – su cui pure, *amplius*, vd. *infra*, cap. III, §§ 1 e 9 –, dove in effetti troviamo uno spazio dedicato al richiamo alla fattispecie della *locatio in perpetuum*, ma esso è dettato unicamente dall'esigenza di spiegare la *ratio* sottostante la nuova *constitutio* di Zenone, CI. 4.66.1 (su cui rinvio alle considerazioni svolte *infra*, cap. I, sez. III, § 10 e nt. 281). La suddetta riflessione è fatta propria da A. TORRENT, *El binomio capital-trabajo en el pensamiento jurisprudencial clásico*, cit., p. 46.

¹⁸ Così in Gai. 3.147, su cui vd., *amplius*, *infra*, cap. III.

¹⁹ Cfr. S. LONGO, 'Quaeritur utrum emptio et venditio an locatio et conductio contrahatur': l'ingaggio dei gladiatores in Gai. 3.146, in *Studi in onore di A. Metro*, a cura di C.

travasati in un volume che li riunisce insieme, come emerge dal titolo dello stesso “*Emptio venditio et locatio conductio familiaritatem aliquam inter se habere videntur*”. *Le fattispecie gaiane oggetto di dibattito giurisprudenziale.*

L’obiettivo mi è sembrato, anzitutto, rispondere ad una esigenza di coerenza logica, essendo i temi dei precedenti lavori accomunati da un denominatore unico qual è appunto la *familiaritas aliqua* tra *emptio-venditio* e *locatio-conductio*; una *familiaritas* che, se perfettamente calata nella realtà giurisprudenziale romana, andrebbe correttamente intesa quale ‘pericolosa’ somiglianza che associa tra loro le due figure di *obligationes consensu contractae*: i relativi casi trattati, infatti, presentano tutti – come prima anticipavo – sia elementi che richiamano lo schema contrattuale della compravendita sia elementi riconducibili allo schema contrattuale della locazione. Ed è proprio questa commistione che induceva, per non dire ‘costringeva’, ogni volta i giuristi romani a confrontarsi e riflettere appieno nel momento in cui si doveva individuare l’esatta qualificazione negoziale (che non fuoriuscisse pure dal quadro ‘tipico’ delle figure contrattuali riconosciute giuridicamente²⁰) da attribuire al rapporto peculiare concluso tra le parti, perché lo stesso potesse essere correttamente e normativamente disciplinato²¹.

Russo Ruggeri, III, Milano 2010, pp. 467 ss.; ID., *La conventio cum aurifice di Gai. 3.147: il problema dell’inquadramento contrattuale negli orientamenti della giurisprudenzia*, in *Studi in onore di L. Arcidiacono*, IV, Torino 2010, pp. 1955 ss. [= ID., in *Index* 38, 2010, pp. 291 ss.]; ID., *Gai. 3.145 e la locatio in perpetuum degli agri vectigales municipum*, in *SDHI*. 78, 2012, pp. 255 ss., e ID., *Locare ‘in perpetuum’. Le concessioni in godimento di ager municipalis*, Torino 2012, *passim*.

²⁰Vd. quanto osservato al riguardo *supra*, nt. 8. Sulla tipicità del sistema contrattuale romano rinvio, per tutti, a M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani fra ‘conventio’ e ‘stipulatio’ fino a Labeone*, in *Contractus e pactum. Tipicità e libertà negoziale nell’esperienza tardo-repubblicana. Atti del Convegno internazionale di diritto romano e della presentazione della nuova riproduzione della littera Florentina*, Copanello 1-4 giugno 1988, a cura di F. Milazzo, Napoli 1990, pp. 35 ss.

²¹Peraltro, l’urgenza di individuare un preciso inquadramento contrattuale era altresì ‘imposta’, come acutamente evidenziato da A. TORRENT, *El binomio capital-trabajo en el pensamiento jurisprudencial clásico*, cit., p. 38, anche da esigenze economiche, essendo le tre fattispecie controverse altresì accomunate da una «evidente implicación entre economía y derecho», da un «contenido económico inmediato». Del resto, conosciamo bene l’attenzione da parte della *iuris prudentia* alle esigenze di economia e di giustizia, e dunque al diritto naturalmente impermeato da tematiche economiche. Lo

Sicché lo studio, anzitutto, di ciascuna fattispecie 'atipica', e per questo discussa in ambiente giurisprudenziale, la conseguente esegesi del passo nel quale Gaio si sofferma analiticamente a descriverla, nonché l'interpretazione delle posizioni giurisprudenziali ad essa connesse, spesso di disparata provenienza e dunque di portata diversa, sono tutti nodi cruciali che non possono essere compiutamente trattati, prima, e valutati, dopo, se viene accantonata la visione del contesto complessivo all'interno del quale quella fattispecie era inserita. In altre parole, non può ritenersi metodologicamente corretto quell'approccio che intenda affrontare lo studio di un determinato rapporto contrattuale controverso rispetto alla sua qualifica giuridica, prescindendo dal corrispondente studio delle altre fattispecie che sono anch'esse atipiche e discusse dal punto di vista del loro inquadramento, come pure dall'esegesi delle testimonianze, sempre tratte dalle *Institutiones* gaiane, che le illustrano nel dettaglio, e dalla interpretazione delle soluzioni elaborate dai *iuris periti* anche per esse.

E poi, riunendo insieme i contributi suddetti (che nella nuova veste appaiono elaborati sotto forma di tre capitoli), mi è sembrato quanto mai utile, se non indispensabile, mettere quanti riterranno in futuro di impegnarsi in un percorso di ricerca sull'*emptio-venditio* o sulla *locatio-conductio*, approfondendo i punti di contatto tra queste due figure contrattuali con l'intento di fornire ulteriori risultati al riguardo, nella condizione migliore per poter 'usufruire' di due strumenti di lavoro imprescindibili: dal punto di vista dottrinale, avere una visione unitaria della romanistica che ad oggi ha affrontato il tema; sotto il profilo più squisitamente testuale, avvalersi di tutte quelle fonti più o meno connesse con Gai. 3.145, 146, 147, le quali costituiscono il supporto necessario ad interpretare il pensiero giurisprudenziale di volta in volta rilevante, e a comprenderne altresì la *ratio* giustificativa.

conferma, infatti, il dibattito tra i giureconsulti per le tre fattispecie negoziali controverse di cui in Gai. 3.145-147, rispetto alle quali «tanto los clásicos como los justinianeos estaban jugando con bienes económicos distintos (capital y trabajo) de gra tráfico entre los hombres, cuyo encaje en alguna de las tilologías negociales se debía venir discutiendo *inter prudentes*...» (*ibidem*, pp. 42 s.).

Più in generale, sulle indubbie relazioni ed influenze reciproche tra economia e diritto cfr., per tutti, S. CAPIELLO, *L'interazione tra economia e diritto*, in *Economia per il diritto*, a cura di P. Ciocca e I. Misu, Torino 2006, pp. 72 ss.

Naturalmente il libro così realizzato, anzitutto è il frutto di un certo-sino coordinamento dei vari contributi; attività, questa, di sicuro non facile trattandosi peraltro di lavori distanti, gli uni dagli altri, nel tempo; in più ritengo che l'*iter* svolto a tal fine abbia costituito per me una occasione quanto mai stimolante sia per elaborare meditazioni eventualmente correttive di precedenti prese di posizione, sia, e soprattutto, per sviluppare ulteriori argomentazioni rafforzative dei risultati già acquisiti, offrire nuovi spunti interpretativi, dare spazio ad analisi critiche dei nuovi orientamenti che nel frattempo si sono formati tra gli studiosi; il tutto con conseguenti e utili aggiornamenti testuali, sostanziali e dottrinali.