

SCRITTI PER ALESSANDRO CORBINO

5

a cura di Isabella Piro



Libellula

2016

SCRITTI PER ALESSANDRO CORBINO 5
a cura di Isabella Piro

Opera Completa | 978-88-67353-32-3
5° Volume | 978-88-67353-85-9

© Tutti i diritti riservati all'Autore.
Nessuna parte di questo libro può essere riprodotta senza il
preventivo assenso dell'Autore.

Libellula Edizioni
Via Roma, 73 - 73039 Tricase (LE) - Italy
Tel. /Fax +39/0833.772652
www.libellulaedizioni.com
info@libellulaedizioni.com

Aldo Petrucci
Università di Pisa

**Sopravvenienze e regolamento contrattuale:
riflessioni sul pensiero giurisprudenziale romano
fra tarda repubblica e principato**

1. *Premessa.* – Desidero dedicare al Maestro catanese, Sandro Corbino, che qui onoriamo, alcune considerazioni suscitate dalla lettura di noti testi della giurisprudenza romana in tema di effetti prodotti sul regolamento contrattuale da accadimenti successivi non previsti dai contraenti. Si tratta di riflessioni esposte durante un incontro internazionale¹, dove romanisti, storici del diritto e giuristi positivi provenienti da Paesi europei e latinoamericani si sono confrontati su questo tema, di grande rilevanza ed attualità nella disciplina generale del contratto, sia in ambito di *civil law* che di *common law*. Conseguentemente, il filo del mio discorso risente della necessità di dialogare con cultori di discipline diverse dalla nostra e l'esegesi dei testi è più mirata a fornire un'immagine complessiva della variegata esperienza romana e dei molteplici spunti presenti in essa, che ad affrontare questioni di interpolazione e ricostruzione filologica dei passi o ad evidenziare le singole personalità dei giuristi coinvolti. In un colloquio interdisciplinare su tematiche strettamente giuridiche, infatti, bisogna che anche un romanista sia in grado di farsi comprendere dai suoi interlocutori di altre branche del diritto e che, allo stesso tempo, ne sappia seguire i ragionamenti, se si vuole evitare un'ulteriore emarginazione della nostra disciplina ed il rischio (molto concreto, purtroppo) di un suo drastico ridimensionamento nella prossima riforma del corso di laurea in Giurisprudenza. Di ciò Sandro Corbino si è rivelato sempre ben conscio e sono quindi certo che non me ne vorrà, se le mie

¹ A. PETRUCCI, *Il principio pacta sunt servanda ed il mutamento successivo delle circostanze contrattuali: breve quadro dell'esperienza del diritto romano. Pacta sunt servanda y rebus sic stantibus. Desarrollos actuales y perspectivas históricas*. Atti Città del Messico 29-30 gennaio 2014 (a cura di C. Soriano Cienfuegos), México-Editorial Novum 2014, 19 ss.

considerazioni di ora in molti punti meriterebbero un approfondimento ben diverso.

2. *'Pacta sunt servanda' e 'clausola rebus sic stantibus': un approccio preliminare.* – Benché non formulato in questi termini, il principio racchiuso nelle parole *pacta sunt servanda* è immanente all'esperienza giuridica romana fin da quando si elabora la teoria della centralità dell'accordo di volontà delle parti (*conventio*) sia nei contratti tipici, che in quelli innominati, che nei nudi patti². Dei molti testi che lo presuppongono basta richiamarne qui tre, conosciuti soprattutto per il carattere generale attribuito dalla scienza giuridica intermedia ad alcune loro espressioni³: due appartengono ad Ulpiano ed uno è dovuto alla Cancelleria imperiale di Diocleziano⁴.

Il primo è tratto dal commentario (Ulp. 30 *ad ed.*) a quella parte dell'editto pretorio relativa all'azione di deposito (*actio depositi*), dove si afferma: *Si convenit, ut in deposito et culpa praestetur, rata est conventio: contractus enim legem ex conventionem accipiunt* (D. 16.3.1.6). Qui Ulpiano, dopo aver

² Per un'ampia trattazione di questi aspetti cfr., per tutti, i due volumi di F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne* I, Torino-Giappichelli 1992 e II, Torino-Giappichelli 1995, *passim*, ed i contributi raccolti nel libro *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana* (a cura di A. Burdese), Padova-Cedam 2006; in chiave comparativa con alcuni ordinamenti europei moderni v. R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford-Oxford University Press 1996, 508 ss., 559 ss.

³ V., per tutti, A. LANDI, *Inderogabilità dell'autonomia privata e rilevanza delle sopravvenienze. Un'indagine sulla cosiddetta clausula rebus sic stantibus nel maturo diritto comune*, in *Pacta sunt servanda y rebus sic stantibus* cit. (nt. 1).

⁴ Su di essi, nell'ambito del più ampio discorso della responsabilità contrattuale, si rinvia a R. ROBAYE, *L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain*, Bruxelles-Publications des Facultés Universitaires de Saint Louis 1987, 40 ss., 300 ss.; R. CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II secolo a.C. – II secolo d.C.)*, Milano-Giuffrè Editore 1995, 415 ss.; C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità contrattuale nel diritto privato romano*, Catania-Libreria Torre 1996, 47 ss.

detto che il depositario è responsabile della mancata restituzione solo in caso di dolo, aggiunge che lo stesso avrebbe potuto comunque estendere convenzionalmente la propria responsabilità anche alla colpa (*Si convenit, ut in deposito et culpa praestetur*); la clausola di estensione della responsabilità era pienamente valida (*rata est conventio*), in quanto in tutti i contratti le parti, sulla base del loro accordo, avrebbero potuto inserire delle clausole con effetti vincolanti (*contractus enim legem ex conventionem accipiunt*). Il giurista dunque assegna un ruolo fondamentale all'accordo dei contraenti, al fine di inserire nei contratti (almeno in quelli di buona fede) clausole aggiuntive rispetto a quelle previste nel tipo contrattuale per adattarlo alle proprie specifiche esigenze. E naturalmente, una volta introdotte, tali clausole andavano osservate dai contraenti.

Il secondo testo di Ulpiano (29 *ad Sab.*) è uno dei più famosi del Digesto, in quanto il giurista si sforza di raggruppare i criteri di responsabilità soggettiva per i singoli tipi contrattuali e, proprio per la sua importanza, è collocato dai Compilatori di Giustiniano fra le *diversae regulae iuris antiqui* in D. 50.17.23. Di esso interessa qui solo la parte centrale, che dice: ... *sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit (vel plus vel minus) in singulis contractibus: nam hoc servabitur, quod initio convenit (legem enim contractus dedit)*. Come si vede, il giurista, una volta indicati i tipi contrattuali in cui operava come criterio di responsabilità il dolo del debitore inadempiente e quelli in cui si aggiungeva anche la colpa, precisa che era nella piena libertà dei contraenti di ridurre o aumentarne la portata nei singoli contratti (*sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit [vel plus vel minus] in singulis contractibus*); in questa ipotesi dovevano attenersi a quanto convenuto sul punto al momento della conclusione del contratto (*nam hoc servabitur, quod initio convenit*), dal momento che ad esso avevano aggiunto una clausola. Anche in questo testo si sottolinea con chiarezza, da un lato, l'autonomia dei contraenti nel disporre circa i criteri di responsabilità per inadempimento, ad eccezione della possibilità di escludere quella per dolo, come si premura di affermare il

proseguo del passo⁵; e, dall'altro, il carattere vincolante di tutte le pattuizioni aggiunte al contratto, che vanno comunque osservate dai contraenti, in quanto ad esso incorporate, come si puntualizza con l'espressione *dare legem contractus*.

Più netto ancora appare il rescritto della Cancelleria di Diocleziano, conservato nel Codice di Giustiniano (C. 4.10.5, Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Camerino et Marciano) e risalente al 293 d.C., quando afferma: *Sicut initio libera potestas unicuique est habendi vel non habendi contractus, ita renuntiare semel constitutae obligationi adversario non consentiente minime potest. Quapropter intellegere debetis voluntariae obligationi semel vos nexos ab hac non consentiente altera parte, cuius precibus fecistis mentionem, minime posse discedere*. In questo testo risalta la piena efficacia del principio *pacta sunt servanda* e la sua apparente inderogabilità, senza l'accordo della controparte. La Cancelleria risponde qui al quesito di due privati (chiamati Camerino e Marciano), i quali volevano recedere in via unilaterale da un contratto concluso liberamente, anche se non conosciamo la fattispecie concreta da cui muove la loro richiesta. Il testo, così come ci è stato tramandato, si apre con l'affermazione della libertà contrattuale, per cui chiunque è libero di concludere o no un contratto (*Sicut initio libera potestas unicuique est habendi vel non habendi contractus*), ma, dopo che questo è stato volontariamente posto in essere, si deve eseguire e non se ne può recedere senza il consenso dell'altro contraente (*ita renuntiare semel constitutae obligationi adversario non consentiente minime potest*). Alla luce di questa massima, si risolve la questione sollevata dai richiedenti, negando loro la possibilità di recesso da un'obbligazione contratta volontariamente in assenza dell'accordo della controparte (*Quapropter intellegere debetis voluntariae obligationi semel vos nexos ab hac non consentiente altera parte, cuius precibus fecistis mentionem, minime posse discedere*). Il modo in cui il testo viene inserito dai giustiniani in C. 4.10.5, senza indicazione del caso concreto alla base del

⁵ ... *excepto eo, quod Celsus putat non valere, si convenerit, ne dolus praestetur*.

rescritto, riflette il carattere generale del principio affermato in esso: i contraenti sono vincolati agli impegni presi e la modifica degli stessi può avvenire solo di comune accordo fra loro.

I giuristi basso – medievali generalizzano maggiormente le locuzioni *contractus ex conventione legem accipiunt* di D. 16.3.1.6 e *dare legem contractus* di D. 50.17.23, insistendo proprio sulla centralità dell'accordo delle parti, espresso al momento della conclusione del contratto, al fine di adempiere in modo corretto le obbligazioni che ne discendono, e, ancor più, i moderni codificatori si richiamano alle parole *contractus accipit legem* per formulare il principio enunciato in alcuni Codici civili, secondo il quale il contratto ha “forza di legge” tra le parti⁶.

Quanto detto non significa che la giurisprudenza romana o la Cancelleria imperiale abbiano tralasciato di tenere nella dovuta considerazione le circostanze sopravvenute, che avessero inciso sull'assetto contrattuale originario, pur non inquadrando in una categoria unitaria: si deve, infatti, alla scienza giuridica successiva la sua creazione e qualificazione come clausola *rebus sic stantibus* o, in termini più moderni, presupposizione/*Voraussetzung* o *Geschäftsgrundlage* o *imprévision/imprevisión*⁷.

Come ora vedremo, nell'esperienza romana il fenomeno è molto complesso e le soluzioni offerte sono costantemente condizionate dalla tensione fra i due principi *pacta sunt servanda* e *rebus sic stantibus* e dalla continua ricerca di un loro equilibrio. Per comprenderle è pertanto necessario avere una visione d'insieme dei diversi casi trattati nelle fonti, stando ben

⁶ Così, ad es., sia pure in termini non identici, l'art. 1134, 1° comma, del Codice civile francese (*Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites*), l'art. 1123, 1° comma, del Codice civile italiano del 1865 (*I contratti legalmente formati hanno forza di legge per coloro che li hanno fatti*) e l'art. 1372, 1° comma, del vigente Codice civile italiano (*Il contratto ha forza di legge tra le parti*). ZIMMERMANN, *The Law of Obligations* cit. (nt. 2), 360, a proposito di D. 16.3.1.6, parla di uno specifico programma contrattuale stabilito dalle parti, che “*therefore had something like the force of law between these two parties*”.

⁷ Sulla formazione storica di tale categoria rinvio ancora a LANDI, *Inderogabilità dell'autonomia privata* cit. (nt. 3), 89 ss. Sulla loro configurazione moderna v. R. CARDILLI, «*Bona fides*» tra storia e sistema², Torino-Giappichelli 2010, 184 ss.

attenti, però, a non confondere quanto sia effettivamente ascrivibile all'elaborazione giuridica romana e quanto invece sia frutto della sovrapposizione ad essa di costruzioni teoriche proprie della scienza giuridica successiva. Inoltre, va aggiunta qualche altra avvertenza preliminare.

La prima appare del tutto ovvia: le soluzioni dei giuristi romani sono sempre rapportate ai casi concreti esaminati e si caratterizzano per la costante attenzione agli interessi reali dei contraenti al fine di trovare il loro migliore temperamento, sempre però nel rispetto dell'effettiva volontà manifestata. Alcune volte la soluzione vale solo per una certa fattispecie, altre volte risulta proiettata verso una generalizzazione, che porta alla successiva costruzione di una *regula*. In secondo luogo, il dialogo in chiave diacronica con i cultori del diritto positivo impone talvolta l'uso di terminologie moderne, cui ricorriamo solo per comodità e con la piena consapevolezza che non sono state elaborate dai Romani. Infine, siccome su tutti gli argomenti sui quali mi soffermerò si è scritto molto, anche negli ultimi anni, mi limiterò a richiamare la dottrina più recente, soprattutto quella, le cui conclusioni sono da me condivise. Così facendo, tralascio volutamente una gran quantità di discussioni per concentrarmi solo sugli aspetti che più mi interessano in questa sede.

3. *Impossibilità originaria ed impossibilità sopravvenuta della prestazione.* – Cominciamo da quelle situazioni dove la circostanza che si verifica dopo la conclusione del contratto determina l'impossibilità della prestazione. In tali casi si parla, come si sa, di impossibilità sopravvenuta, perché, da un lato, si sottolinea che interviene quando il contratto è stato formato e, dall'altro, si tiene distinta dall'impossibilità originaria della prestazione, che impedisce la nascita stessa dell'obbligazione, secondo la massima *impossibilium nulla obligatio est* espressa da Celso (8 *dig.* D. 50.17.185) in materia di *stipulatio* e generalizzata dai compilatori di Giustiniano⁸.

⁸ Cfr., per tutti, M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano-Giuffrè 1990, 518 s.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*³, Palermo-

La circostanza sopravvenuta, che occasiona l'impossibilità dell'adempimento della prestazione dipende normalmente da un evento di forza maggiore (*vis maior*) o per caso fortuito (*casus o casus fortuitus*) ed il suo verificarsi può essere previsto oppure no dai contraenti o dagli usi locali. Quando ciò non avviene, si trova applicazione la regola, formulata dai giuristi Sabino ed Ulpiano (29 *ad Sab.*) ed elevata a principio dai compilatori di Giustiniano, nel medesimo frammento di D. 50.17.23 citato al § 2, per cui tali eventi liberano il debitore dall'adempimento dell'obbligazione: *Animalium vero casus mortisque, quae sine culpa accidunt, fugae servorum qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur*⁹. Ma questa regola non vale tutte le volte che, per il regime proprio del tipo contrattuale o per volontà delle parti o in base agli usi, il rischio (*periculum*) di un accadimento sopravvenuto riconducibile alla forza maggiore o al caso fortuito non comporta la liberazione del debitore, ma produce effetti a suo carico. Tale fenomeno è affrontato dalla giurisprudenza romana soprattutto in rapporto a due contratti fondati sulla buona fede: la locazione e la compravendita.

Analizziamo qui di seguito una serie di casi, cercando di classificarli per categorie.

4. *Circostanza sopravvenuta e distribuzione dei rischi fra contraenti in base al tipo di contratto.* – In alcuni testi, relativi ai contratti di locazione di fondi (*locatio rei*) e di vendita, il rischio di un evento di forza maggiore sopraggiunto è accollato dai giuristi all'uno o all'altro dei contraenti in conformità al regime giuridico previsto per quel tipo contrattuale¹⁰.

Palumbo 2006, 415 s.; A. CORBINO, *Diritto privato romano. Contesti fondamentali discipline*², Padova-Cedam 2012, 619 e 630.

⁹ Sulla distinzione fra questi due generi di eventi con riferimento ad alcuni tipi contrattuali e sulla formazione della regola di D. 50.17.23 v. CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare»* cit. (nt. 4), 415 ss., 474 ss.

¹⁰ V. in particolare CANNATA, *Sul problema della responsabilità contrattuale* cit. (nt. 4), 82 ss. Nella specifica prospettiva che qui interessa v. le considerazioni di P. PICHONNAZ, "From *clausula rebus sic stantibus* to *hardship*: aspects of the evolution of the judge's role", in *Fundamina: A Journal of Legal History* 17, 2011, 127 s.

Cominciamo da un famoso parere di Servio Sulpicio Rufo (morto nel 43 a.C.), riportato da Ulpiano (32 *ad ed.*) in D. 19.2.15.2 e relativo alla locazione di un fondo agricolo, la cui durata era normalmente di un quinquennio e comportava per il locatore la prestazione di garanzia del pieno godimento del fondo stesso e per il conduttore il pagamento di un canone in denaro ogni anno. In esso si dice:

Si vis tempestatis calamitosae contigerit, an locator conductori aliquid praestare debeat, videamus. Servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere ait, ut puta fluminum graculorum sturnorum ... aut si incursus hostium fiat: si qua tamen vitia ex ipsa re oriantur, haec damno coloni esse, veluti si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptae sint ... sed et si ager terrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse: oportere enim agrum praestari conductori, ut frui possit.

Come si vede, il giurista divide le circostanze non previste che sopraggiungono in due gruppi: il primo racchiude gli accadimenti consistenti in una forza alla quale non si può resistere (*vis cui resisti non potest*), che sono a carico del locatore, il quale deve sopportarne il rischio per non aver garantito al conduttore il pieno godimento del fondo agricolo, e quindi anche della sua capacità di produrre frutti; il secondo gruppo invece comprende gli accadimenti interni all'attività che il colono svolge sul fondo agricolo locato – e per questo qualificati come vizi che sorgono dalla cosa stessa data in locazione (*vitia <quae> ex ipsa re oriuntur*) – il cui rischio è, questa volta, a carico del conduttore¹¹.

Quali siano le conseguenze sul piano patrimoniale dell'assunzione di tali rischi da parte, a seconda dei casi, del

¹¹ Per un commento dettagliato su questo testo e dei problemi che tratta si rinvia a R. FIORI, *La definizione della locatio conductio*, Napoli-Jovene Editore 1999, 80 ss. e *Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato IV*, Napoli-Jovene 2011, 148 ss.; osservazioni di rilievo si trovano anche in R. CARDILLI, «*Bona fides*» *tra storia e sistema*² cit. (nt. 7), 197 ss. e CANNATA, *Sul problema della responsabilità contrattuale* cit. (nt. 4), 87 s.

locatore o del conduttore il testo non lo dice, ma sul punto ci può soccorrere un'altra testimonianza, dovuta al giurista Africano (metà del II secolo d.C.) 8 *quaest.* in D. 19.2.33, nella quale si afferma, nella parte che qui interessa:

Si fundus quem mihi locaveris publicatus sit, teneri te actione ex conducto <Iulianus ait>, 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 ... Similiter igitur et circa conductionem servandum puto, ut mercedem quam praestiterim restituas, eius scilicet temporis, quo fructus non fuerim...

Qui vengono esaminate due distinte fattispecie, per ciascuna delle quali il giurista riporta, come di consueto, dapprima la soluzione data dal suo maestro Giuliano, completandola poi con il proprio pensiero.

La prima riguarda la locazione di un fondo agricolo, che viene confiscato in un momento successivo alla conclusione del contratto. La circostanza sopravvenuta è dunque un atto della pubblica autorità, che decreta la confisca dei beni del locatore (in quanto, probabilmente, condannato per un crimine dove è prevista tale pena). In linea con il parere di Servio visto in precedenza, Giuliano accolla il rischio di tale accadimento al locatore, la cui responsabilità può essere fatta valere dal conduttore con l'azione nascente dal contratto (*actio ex conducto*).

La seconda fattispecie ha ad oggetto la locazione di un edificio a più piani ancora da costruire, ma sopravviene una frana del suolo dove va realizzata la costruzione. Anche in questo caso il rischio di tale accadimento è posto a carico del locatore¹².

¹² Per approfondimenti su questo passo cfr. ancora FIORI, *La definizione cit.* (nt. 11), 230 ss.; CANNATA, *Sul problema cit.* (nt. 4), 89 ss. e CARDILLI, «*Bona fides*» *tra storia e sistema*² cit. (nt. 7), 199 ss. Adde anche L. VACCA, *Buona fede e sinallagma contrattuale. Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*. Atti Convegno in onore di A. Burdese 2001 (a cura di L. Garofalo) IV, Padova-Cedam 2003, 347 ss.

Nel suo commento Africano ci mostra pertanto in che cosa si traducesse l'accollo del rischio nella locazione di un fondo: il locatore doveva restituire al conduttore la mercede ricevuta, solo però con riferimento a quell'arco di tempo in cui il conduttore non aveva potuto sfruttare il fondo agricolo o l'edificio (*ut mercedem quam praestiterim restituas, eius scilicet temporis, quo fructus non fuerim*).

Con riguardo alla compravendita, il regime del tipo contrattuale prevedeva che fosse il compratore a sopportare il rischio del verificarsi di una circostanza futura, non imputabile ai contraenti, che provocasse la perdita della cosa acquistata e lo esprimeva nella massima *periculum est emptoris*¹³. Una chiara enunciazione di esso è contenuta nelle Istituzioni di Giustiniano (3.23.3), che sul punto si limitano a confermare la linea di pensiero già affermata presso i giuristi classici¹⁴:

Cum autem emptio et venditio contracta sit ... periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tamenetsi adhuc ea res emptori tradita non sit. Itaque si homo mortuus sit ... aut aedes totae aut aliqua ex parte incendio consumptae fuerint, aut fundus vi fluminis totus vel aliqua ex parte ablatus sit ... emptori damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere. Quidquid enim sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est...

Come si vede, una volta perfezionata la compravendita, il rischio della perdita della cosa comprata per fatto non imputabile ai contraenti passava immediatamente all'acquirente, prima ancora della consegna della cosa stessa (*cum autem emptio et venditio contracta sit ... periculum rei venditae statim ad emptorem pertinet, tamenetsi adhuc ea res emptori tradita non sit*). Per cui la morte naturale dello schiavo comprato, la distruzione totale o parziale per incendio o per alluvione

¹³ Sul principio *periculum est emptoris* v., per tutti, a M. TALAMANCA, *Vendita (Diritto romano)*, in *ED. XLVI*, Milano-Giuffrè 1993, 449 ss.; CANNATA, *Sul problema* cit. (nt. 4), 84 ss.; CORBINO, *Diritto privato romano*² cit. (nt.8), 672.

¹⁴ Basta al riguardo confrontare i passi contenuti in D. 18.6, tra cui in particolare il pr. di D. 18.6.8 (Paul. 33 *ad ed.*).

dell'edificio acquistato erano eventi che ricadevano sul compratore, il quale restava comunque obbligato a pagare il prezzo (*itaque si homo mortuus sit ... aut aedes totae aut aliqua ex parte incendio consumptae fuerint, aut fundus vi fluminis totus vel aliqua ex parte ablatus sit ... emptori damnum est, cui necesse est, licet rem non fuerit nactus, pretium solvere*). E dunque il venditore, esente da dolo o da colpa in rapporto all'accadimento casuale o di forza maggiore, non subiva alcun pregiudizio (*quidquid enim sine dolo et culpa venditoris accidit, in eo venditor securus est*).

La formulazione così generale e limpida di questo regime del rischio nella compravendita, sulle cui ragioni molto si è discusso, non impedisce però ai giuristi, in certe situazioni concrete, di allontanarsene e ritenere ugualmente inerente al tipo contrattuale il criterio esattamente opposto, con accollo del rischio al venditore anziché al compratore. In un caso, che affronteremo *infra*, § 7, una tale soluzione è connessa alla prevalenza riconosciuta all'applicazione del principio della buona fede; in un altro, sul quale ci soffermiamo invece ora, essa dipende probabilmente dal fatto che il giurista non considera la confisca della cosa comprata equiparabile al suo perimento. Lo troviamo affrontato nella parte centrale del testo di Africano in D. 19.2.33, appena analizzato in materia di locazione di fondi agricoli, laddove dice:

Nam et si vendideris mihi fundum isque priusquam vacuus traderetur publicatus fuerit, tenearis ex empto: quod hactenus verum erit, ut pretium restituas, non etiam id praestes, si quid pluris mea intersit eum vacuum mihi tradi.

Qui si prende in esame la vendita di un fondo, che, prima di essere trasmesso al compratore, viene confiscato e si fa gravare questo rischio sul venditore (*nam et si vendideris mihi fundum isque priusquam vacuus traderetur publicatus fuerit, tenearis ex empto*), il quale però non è tenuto a risarcire al compratore i danni nella misura del suo interesse, bensì semplicemente a restituirgli il prezzo ricevuto (*ut pretium restituas, non etiam id praestes, si quid pluris mea intersit eum vacuum mihi tradi*).

Anche in questo caso, come si è visto per la locazione, le conseguenze della sopravvenienza, che determinava l'impossibilità per il venditore di adempiere all'obbligazione di consegna, si concretizzavano nella restituzione del prezzo, senza estendersi alla completa ristorazione patrimoniale di ulteriori danni eventualmente subiti dall'acquirente.

5. *Circostanza sopravvenuta e rinegoziazione delle clausole contrattuali.* – Altre volte la circostanza che sopraggiunge e porta all'impossibilità della prestazione è affrontata dai contraenti, i quali si accordano in tal caso per rivedere le condizioni contrattuali originarie. Vediamone un esempio tratto da un altro testo famoso del Digesto, dove, in un contratto pluriennale di locazione di un fondo agricolo, la circostanza sopravvenuta incide sull'obbligazione di pagamento del canone gravante sul conduttore, determinandone la remissione da parte del locatore (*remissio mercedis*). Si tratta del § 4 di D. 19.2.15, in cui Ulpiano (32 *ad ed.*) riferisce il punto di vista di Papiniano:

532

Papinianus libro quarto responsorum ait, si uno anno remissionem quis colono dederit ob sterilitatem, deinde sequentibus annis contigit uberitas, nihil obesse domino remissionem, sed integram pensionem etiam eius anni quo remisit exigendam ... sed et si verbo donationis dominus ob sterilitatem anni remiserit, idem erit dicendum, quasi non sit donatio, sed transactio. Quid tamen, si novissimus erat annus sterilis, in quo ei remiserit? Verius dicetur et si superiores uberes fuerunt et scit locator, non debere eum ad computationem vocari.

Qui la circostanza che sopravviene alla conclusione del contratto consiste in una cattiva annata agraria, ossia in un accadimento di forza maggiore, che, sulla base della ripartizione dei rischi vista nel precedente testo di D. 19.2.15.2 (§ 4), ricadeva sul colono/ conduttore in quanto interno all'attività che lo stesso svolge sul fondo locato. Di fronte ad un tale accadimento, Papiniano prevede che il locatore possa rimettere il canone di locazione al conduttore per quell'anno (*si uno anno*

remissionem quis colono dederit ob sterilitatem), salvo poi eventualmente a recuperarlo in seguito, qualora gli anni successivi siano particolarmente fertili (*deinde sequentibus annis contigit uberitas, nihil obesse domino remissionem, sed integram pensionem etiam eius anni quo remisit exigendam*). Lasciando da parte le difficoltà che questa soluzione suscita circa le modalità di valutazione della fertilità degli anni successivi, in questa sede è importante sottolineare che la rimessione del canone operata dal locatore si inquadra in un più ampio accordo transattivo con il conduttore, tanto che il giurista nega che ciò possa configurarsi come una donazione (*sed et si verbo donationis dominus ob sterilitatem anni remisit, idem erit dicendum, quasi non sit donatio, sed transactio*)¹⁵.

Quindi il verificarsi di una circostanza imprevista successiva alla conclusione del contratto porta ad una rinegoziazione delle condizioni contrattuali tra locatore e conduttore in ordine al pagamento del canone (l'obbligazione fondamentale del conduttore stesso), che sfocia in una transazione, in cui si opera una remissione per la cattiva annata. Solo ove questa non abbia luogo oppure non regoli certi aspetti, Papiniano suggerisce il criterio alternativo della ponderazione fra annate produttive, destinato a valere anche quando l'anno sterile sia l'ultimo del quinquennio, come si dice nella parte finale di D. 19.2.15.4 (*Quid tamen, si novissimus erat annus sterilis, in quo ei remisit? Verius dicetur et si superiores uberes fuerunt et scit locator, non debere eum ad computationem vocari*).

Malgrado si ipotizzi (ed in un certo senso si auspichi) la conclusione di un accordo transattivo tra locatore e conduttore sulla remissione del canone di locazione in caso di sopravvenienze rientranti nella sfera di rischio a carico di quest'ultimo (oltre alla sterilità, anche, ad esempio, l'incendio del fondo locato causato da terzi, esaminato nel successivo § 3

¹⁵ Per un inquadramento del passo nella prospettiva che qui interessa si veda ancora PICHONNAZ, *From clausula rebus sic stantibus to hardship* cit. (nt. 10), 130 ss.; CARDILLI, «*Bona fides*»² cit. (nt. 7), 202 s. Sotto il profilo della rimessione del canone, invece, cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Remissio mercedis*, Napoli-Jovene 2005, 77 ss., con citazione di altra bibliografia.

dello stesso frammento ulpiano¹⁶), Ulpiano, nel § 7, precisa con cura il contenuto ed i limiti della remissione del canone:

Ubicumque tamen remissionis ratio habetur ex causis supra relatis, non id quod sua interest conductor consequitur, sed mercedis exonerationem pro rata: supra denique damnum seminis ad colonum pertinere declaratur.

Il giurista rileva dunque che la rimessione doveva avere necessariamente un carattere parziale, in quanto commisurata a singole annualità (*conductor consequitur ... mercedis exonerationem pro rata*), escludendo che essa desse la possibilità al conduttore di ottenere il risarcimento dei danni in misura corrispondente al suo interesse, vale a dire comprendendo anche le sementi perse (*non id quod sua interest ... supra denique damnum seminis ad colonum pertinere declaratur*)¹⁷.

Dai due testi appena esaminati si desume con chiarezza il contrasto tra il rispetto del principio *pacta sunt servanda*, che imponeva comunque il pagamento del canone per tutto il tempo della locazione, e gli effetti prodotti dall'accadimento successivo a carico del conduttore, che incideva sulla sua possibilità di pagarlo. Il rimedio più ovvio appare quello di rinegoziare alcune clausole contrattuali in dipendenza al verificarsi di tale accadimento, che porta alla conclusione di una transazione con remissione parziale del canone. Questo rimedio, tuttavia, appare circondato da precise cautele da parte dei giuristi, che dimostrano come questa esigenza debba essere temperata dalla necessità di non svuotare dal suo contenuto economico il contratto di locazione concluso.

6. *Circostanze sopravvenute e loro previsione nel contratto o negli usi locali.* – In altri testi non trovano applicazione né il criterio della ripartizione del rischio di inadempimento per una

¹⁶ D. 19.2.15.3: *Cum quidam incendium fundi allegaret et remissionem desideraret, ita ei rescriptum est: 'Si praedium coluisti, propter casum incendii repentini non immerito subveniendum tibi est'.*

¹⁷ V. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Remissio mercedis* cit. (nt. 15), 68 s.

circostanza sopravvenuta secondo il regime giuridico del tipo contrattuale, né quello della revisione concordata delle clausole contrattuali a seguito del verificarsi successivo dell'accadimento previsto; vediamo, invece, operare una regolamentazione degli effetti di una eventuale sopravvenienza o realizzata dai contraenti stessi in deroga a quella "legale" oppure discendente dagli usi della regione o della provincia dove il contratto si è concluso.

Queste due ultime possibilità emergono in alcune prese di posizione della Cancelleria imperiale del III secolo d.C., che affrontano ancora una volta il problema della rimessione del canone nella locazione di fondi rustici¹⁸. Basta qui far riferimento alla parte iniziale di un rescritto di Alessandro Severo del 231 d.C. in C. 4.65.8 (Imp. Alexander A. Sabiniano Hygino), dove si osserva:

Licet certis annuis quantitibus fundum conduxeris, si tamen expressum non est in locatione aut mos regionis postulat, ut, si qua labe tempestatis vel alio caeli vitio damna accidissent, ad onus tuum pertineret, et quae evenerunt sterilitates ubertate aliorum annorum repensatae non probabuntur ...

Come si può constatare, siamo ancora una volta di fronte ad un contratto di locazione di un fondo agricolo di durata pluriennale, per il quale il conduttore paga un certo ammontare annuo come canone (*Licet certis annuis quantitibus fundum conduxeris*) ed ancora una volta le questioni esaminate sono quelle della sopportazione del rischio per eventi di forza maggiore (*si qua labe tempestatis vel alio caeli vitio damna accidissent*) e della compensazione tra annate ricche ed annate sterili ai fini del pagamento del canone (*et quae evenerunt sterilitates ubertate aliorum annorum repensatae non probabuntur*). Quel che importa mettere in luce per il momento non è tanto la soluzione che avanza la Cancelleria (sulla quale torneremo fra breve nel § 7), ma che la stessa è subordinata alla

¹⁸ Sui testi che vi fanno riferimento cfr. ancora CAPOGROSSI COLOGNESI, *Remissio mercedis* cit. (nt. 15), 87 ss. Nell'ottica qui rilevante puntuali anche le osservazioni di PICHONNAZ, *From clausula rebus sic stantibus to hardship* cit. (nt. 10), 132.

mancanza di un accordo esplicito tra i contraenti su tali questioni (*si tamen expressum non est in locatione*) o di usi regionali che le regolino (*aut mos regionis postulat*). L'intervento imperiale pertanto ha un carattere meramente suppletivo di quanto deciso dai contraenti o previsto dagli usi locali.

Il ruolo della consuetudine della regione – accanto alle pattuizioni esplicite dei contraenti – nel disciplinare le circostanze impreviste, che sopraggiungono alla conclusione del contratto e ne impediscono l'esecuzione, trova una più limpida conferma in un altro rescritto della Cancelleria imperiale, questa volta di Diocleziano e Massimiano, del 293 collocato nel Codice di Giustiniano (C. 4.65.19, Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Iulio Valentino), dove si afferma:

Circa locationes atque conductiones maxime fides contractus servanda est, si nihil specialiter exprimatur contra consuetudinem regionis. Quod si alii remiserunt contra legem contractus atque regionis consuetudinem pensiones, hoc aliis praeiudicium non possit adferre.

Anche in questo caso si tratta di un evento di forza maggiore sopravvenuto ad un contratto di locazione pluriennale di un fondo agricolo, che incide sull'obbligazione del conduttore. Dopo aver ribadito che si deve in massimo grado rispettare il contenuto del contratto su cui hanno fatto affidamento i contraenti (*circa locationes atque conductiones maxime fides contractus servanda*), i due imperatori fanno riferimento agli usi regionali non già come un limite insuperabile per la volontà dei contraenti stessi, secondo quanto potrebbe sembrare da un'analisi superficiale delle parole “se non sia espresso nulla specialmente contro la consuetudine della regione” (*si nihil specialiter exprimatur contra consuetudinem regionis*), ma come criterio per interpretare tale volontà e per disciplinare quelle circostanze intervenute dopo la conclusione del contratto e non previste dai contraenti. Infatti, dal prosieguo del passo si vede come l'atteggiamento benevolo di alcuni locatori, i quali avevano rimesso il canone ai conduttori in presenza di circostanze diverse da quelle contemplate dal contratto e dai

costumi regionali (*si alii remiserunt contra legem contractus atque regionis consuetudinem pensiones*), non potesse valere come precedente ed estendersi a rapporti contrattuali analoghi in pregiudizio di altri locatori (*hoc aliis praeiudicium non possit adferre*).

È chiaro pertanto che, secondo la Cancelleria imperiale, le consuetudini locali sono chiamate a svolgere un ruolo importante, operando in alternativa alle previsioni dei contraenti o al regime del tipo contrattuale, al fine di regolare eventuali sopravvenienze; non disponiamo però di notizie circa i loro contenuti, tuttavia la loro menzione nei due rescritti appena presi in esame ne dimostra la diffusione ed il radicamento.

Un ultimo esempio di accordi stipulati dalle parti nel contratto per disciplinare eventi successivi imprevisi riguarda la compravendita, dove i contraenti avrebbero potuto modificare convenzionalmente il principio della sopportazione del rischio a carico del compratore (*periculum est emptoris*) inerente al tipo contrattuale (*supra*, § 4). Di ciò siamo informati da vari testi giurisprudenziali¹⁹, tra cui spicca, ancora una volta, per la sua chiarezza la sintesi esposta nel passo delle Istituzioni giustiniane, in parte già riportato in precedenza, quando afferma:

quod si fugerit homo qui veniit aut subreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat, animadvertendum erit, an custodiam eius usque ad traditionem venditor susceperit. Sane enim, si susceperit, ad ipsius periculum is casus pertinet: si non susceperit, securus erit (I. 3.23.3a).

Nell'ipotesi in cui, con riferimento ad uno schiavo venduto, da consegnarsi in seguito, venditore e compratore si fossero accordati nel senso di accollare il rischio della sua sottrazione (non dovuta a dolo o colpa) al primo invece che al secondo fino alla consegna (*animadvertendum erit, an custodiam eius usque ad traditionem venditor susceperit*), costui avrebbe sopportato le

¹⁹ Sui quali si rinvia a TALAMANCA, *Vendita (Diritto romano)* cit. (nt. 8), 451 ss.

conseguenze della fuga dello schiavo o del suo furto, che facevano diventare impossibile l'adempimento (*si fugerit homo qui veniit aut subreptus fuerit, ita ut neque dolus neque culpa venditoris interveniat ... si susceperit, ad ipsius periculum is casus pertinet*).

7. *Circostanze sopravvenute e buona fede nell'esecuzione del contratto.* – Grande importanza rivestono le affermazioni fatte da alcuni giuristi e dalla Cancelleria imperiale circa il ruolo della buona fede, al fine di garantire il mantenimento del sinallagma tra le obbligazioni dei contraenti di fronte al verificarsi di eventi impreveduti sopraggiunti alla conclusione del contratto, che ne rendano impossibile l'esecuzione. Gli esempi più significativi riguardano ancora una volta i contratti di locazione e di compravendita, in quanto entrambi sono contratti consensuali sinallagmatici fondati sulla buona fede oggettiva. Tale elemento, infatti, ha la funzione di integrare e/o riequilibrare la volontà dei contraenti ed il regime proprio del tipo contrattuale, facendo assumere agli stessi implicitamente alcuni rischi di impossibilità sopravvenuta dell'adempimento delle obbligazioni corrispettive assunte²⁰.

Il primo esempio che analizziamo è dato da un frammento dei libri postumi (*Posteriorum libri*) di Labeone, epitomati da Giavoleno (*Lab. 4 poster. a Iav. epit.*) ed inserito in D. 19.1.50, dove si afferma:

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 careret. Possessione autem tradita futurum est, ut rem venditor aequè amitteret, utpote cum petenti eam rem <emptor exceptionem rei venditae et traditae opponere possit...>.

²⁰ Cfr. sul punto le recenti trattazioni di CARDILLI, «*Bona fides*»² cit. (nt. 7), 3 ss., 197 ss. e di FIORI, *Bona fides* cit. (nt. 11), 145 ss. Per la locazione dei fondi agricoli v. anche L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ai margini della proprietà fondiaria*, Roma-Casa editrice La Sapienza 1998, 217 s.

Qui è affrontata dal giurista la seguente fattispecie: celebrata la compravendita di un fondo, ma prima che le parti abbiano eseguito le proprie obbligazioni, interviene un provvedimento legislativo avente ad oggetto, secondo la ricostruzione più attendibile, la trasmissione forzata di terre a favore dei veterani di guerra e la rimessione per l'acquirente del pagamento del prezzo (*cum emptor alicuius legis beneficio pecuniam rei venditae debere desisset antequam res ei tradatur*). In presenza di tale circostanza sopravvenuta, la buona fede alla base del contratto di compravendita non ammette, secondo il giurista, che si alteri il sinallagma tra le prestazioni e che il venditore debba essere perciò obbligato a consegnare il fondo e a privarsi di esso (*bona fides non patitur, ut... venditor tradere compelletur et re sua careret*); se invece il possesso del fondo fosse stato già trasmesso all'acquirente, il venditore avrebbe dovuto sopportare il rischio della sua perdita (*possessione autem tradita futurum est, ut rem venditor aequae amitteret*) e, se l'avesse rivendicato, l'acquirente avrebbe potuto eccepirgli l'avvenuta consegna della cosa venduta (*utpote cum petenti eam rem <emptor exceptionem rei venditae et traditae opponere possit*)²¹.

Ora colpisce senz'altro nel pensiero di Labeone la diversa soluzione data, a seconda che si sia realizzata o no la consegna del fondo da parte del venditore.

Infatti, se questi non l'abbia ancora effettuata al momento del verificarsi della circostanza imprevista (l'entrata in vigore della legge sulla vendita forzata dei fondi), il giurista si discosta dall'applicazione del principio *periculum est emptoris*, secondo cui in una compravendita il rischio del perimento non imputabile della cosa acquistata gravava sul compratore (*supra*, § 4). Labeone preferisce invece richiamare la buona fede ed elevarla a criterio di valutazione della tollerabilità degli accadimenti intervenuti dopo il contratto, che alterano l'equilibrio tra le prestazioni dei contraenti. Ove il limite della tollerabilità sia

²¹ Un'approfondita analisi di questo passo si trova in M. TALAMANCA, *Lex ed interpretatio in Lab. 4 post. a lav. epit. in D. 19.1.50*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto. Ricerche dedicate a F. Gallo II*, Napoli-Jovene 1997, 353 ss.; VACCA, *Buona fede e sinallagma contrattuale cit.* (nt. 12), 331 ss.; CARDILLI, «*Bona fides*»² cit. (nt. 7), 55 ss.; FIORI, *Bona fides cit.* (nt. 11), 161 ss., con altra bibliografia.

superato, tale equilibrio fra le prestazioni va ripristinato, con la conseguenza, nella fattispecie esaminata, che il venditore è esonerato dall'adempimento ed il contratto si risolve.

Al contrario, quando il passaggio del possesso fosse già avvenuto, vale la soluzione opposta: il contratto produce i suoi effetti ed è il venditore a sopportare la perdita del bene senza un corrispettivo patrimoniale.

Questo testo suscita, nell'ambito del discorso che qui interessa, due riflessioni strettamente connesse: la prima attiene al differente trattamento del venditore in presenza di un accadimento sopravvenuto, nel caso in cui non abbia ancora adempiuto alla sua prestazione oppure vi abbia già adempiuto. È evidente che il giurista valuta diversamente gli effetti sul venditore della circostanza successiva alla conclusione del contratto, a seconda del momento in cui avviene: una volta trasmesso il possesso del fondo venduto in adempimento dell'obbligazione, è il venditore a subire il rischio della sopravvenienza che esoneri l'acquirente dal pagamento del prezzo. Ciò è dovuto, secondo l'interpretazione per me più plausibile²², al fatto che, fino al compimento della consegna (*traditio*), le obbligazioni reciproche coesistono e con esse permane il nesso di interdipendenza che le lega sulla base del criterio della buona fede, mentre, con l'estinzione dell'obbligazione di consegnare, viene meno tale nesso e l'obbligazione ancora esistente (quella di pagare il prezzo) segue la propria sorte.

La seconda riflessione riguarda la conciliazione tra il ruolo di riequilibrio delle prestazioni riconosciuto alla buona fede prima dell'adempimento ed il principio *periculum est emptoris* insito nel regime della ripartizione dei rischi proprio del contratto di compravendita. È certo che Labeone conosce ed applica tale principio²³; se qui non lo fa, probabilmente è perché non ritiene

²² Cfr. in particolare GALLO, *Synallagma e conventio* cit. (nt. 2) I, 71 ss. e II, 219 s.; sulla stessa linea di pensiero si pongono nella sostanza TALAMANCA, *Lex ed interpretatio* cit. (nt. 21), 398 ss., VACCA, *Buona fede e synallagma contrattuale* cit. (nt. 12), 344 e FIORI, *Bona fides* cit. (nt. 11), 162 s.

²³ Cfr., ad es., D. 19.1.54 pr. e D. 19.1.13.22. Sull'argomento v. ancora

assimilabile la vendita forzata (così come avviene anche per l'espropriazione²⁴) alle altre circostanze di forza maggiore o caso fortuito, che determinano il 'perimento' della cosa acquistata. Si realizza quindi un apprezzamento delle circostanze sopravvenute: alcune implicano la sopportazione del rischio a carico del compratore, mentre altre rendono operante il criterio della buona fede per riequilibrare il sinallagma contrattuale. Con riferimento a queste ultime, è rilevante lo sforzo del giurista – o di chi ne ha raccolto il parere – di generalizzare la soluzione adottata, cercando di trascendere dal caso concreto esaminato e proponendo la buona fede come criterio generale di valutazione della tollerabilità dell'accadimento sopravvenuto ("la buona fede non tollera che ...", *bona fides non patitur*).

Passiamo ora a due ulteriori esempi in cui il sopraggiungere di un evento successivo alla conclusione del contratto provoca un aggravamento imprevisto nell'adempimento delle obbligazioni di uno dei contraenti ed il criterio della buona fede è richiamato in funzione di riequilibrio delle loro posizioni e di esclusione di arricchimenti ingiustificati²⁵. Si tratta di un passo del giurista Africano (8 *quaest.*), spezzato dai compilatori in D. 19.2.33 e 35 pr., e di un rescritto della Cancelleria di Alessandro Severo in C. 4.65.8 (Imp. Alexander A. Sabiniano Hygino). Su entrambi abbiamo già avuto modo di soffermarci in connessione ad aspetti analizzati in precedenza (§§ 4 e 6).

Il giurista, dopo aver riportato ed ampliato il pensiero del suo maestro Giuliano, alla fine del frammento 33 opera una distinzione fra due diverse situazioni, che si possono verificare dopo il contratto di locazione di un fondo agricolo e sono tali da impedire al conduttore – colono lo sfruttamento di esso: la proibizione a coltivarlo fatta dal locatore o da un suo rappresentante autorizzato (*si colonus tuus fundo frui a te aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere ne id faciat possit*) e la proibizione fatta da un soggetto al di fuori della sfera di

CARDILLI, «*Bona fides*»² cit. (nt. 7), 57 s., con citazione della principale bibliografia sul tema.

²⁴ Cfr. D. 19.2.33, riportato *supra*, § 4.

²⁵ Sul punto v. CARDILLI, «*Bona fides*»² cit. (nt. 7), 61 ss., VACCA, *Buona fede e sinallagma contrattuale* cit. (nt. 12), 347 ss.

controllo del locatore e al quale il locatore stesso non si sarebbe potuto opporre (*sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim maiorem aut potentiam eius non poteris*). Nel primo caso, la conseguenza è il risarcimento completo dei danni al conduttore per non avergli permesso la coltivazione del fondo preso in locazione (*tantum ei praestabis, quanti eius interfuerit frui, in quo etiam lucrum eius continebitur*, “gli risarcirai soltanto i danni corrispondenti al suo interesse di coltivare, nei quali è compreso anche il suo mancato lucro”), nel secondo caso, al conduttore deve essergli rimesso o restituito il canone per il solo periodo di tempo in cui non gli è stata permessa la coltivazione (*nihil amplius ei quam mercedem remittere aut reddere debebis*, “non gli dovrai null’altro che rimettere il canone o restituirlo”).

Africano, nel prosieguo del suo discorso nel frammento 35, applica questa distinzione anche all’ipotesi di locazione di un edificio a più piani (*insula*), sulle orme di Servio Sulpicio Rufo e di quasi tutti i giuristi successivi (*quae a Servio introducta et ab omnibus fere probata est*), quando la circostanza sopravvenuta, che impedisce al conduttore il godimento, consiste nella demolizione per la realizzazione di lavori di rifacimento. Egli dichiara al riguardo:

Et haec distinctio convenit illi, quae a Servio introducta et ab omnibus fere probata est, ut, si aversione insulam locatam dominus reficiendo, ne ea conductor frui possit, effecerit, animadvertatur, necessario necne id opus demolitus est ... intellegendum est autem nos hac distinctione uti de eo, qui et suum praedium fruendum locaverit et bona fide negotium contraxerit ...

Quindi, ove il proprietario locatore avesse proceduto alla demolizione dell’edificio, dato in locazione per intero, per poi rifarlo, impedendo così al conduttore il suo utilizzo durante e a causa dello svolgimento dei lavori (*si aversione insulam locatam dominus reficiendo, ne ea conductor frui possit, effecerit*), occorreva sindacare la necessità della demolizione (*ut ... animadvertatur, necessario necne id opus demolitus est*), per riparare il pregiudizio subito dal conduttore stesso secondo i

diversi criteri esposti alla fine del fr. 33 nel caso di impedimento della coltivazione di un fondo agricolo locato (et *haec distinctio convenit* ...). Tuttavia – si premura di osservare sempre il giurista – la loro applicazione vale (*intellegendum est autem nos hac distinctione uti*) solo se il locatore abbia locato un edificio proprio, concludendo un contratto di buona fede (*de eo, qui et suum praedium fruendum locaverit et bona fide negotium contraxerit*)²⁶.

Pertanto, qualora la demolizione dell'edificio per rifarlo fosse risultata necessaria, il locatore avrebbe dovuto rimettere o restituire il canone al conduttore per il periodo in cui questi non aveva potuto utilizzarlo, altrimenti la sua obbligazione si sarebbe troppo aggravata; se, per contro, non si fosse rivelato necessario demolirlo, il locatore sarebbe stato obbligato al risarcimento dei danni dovuti al mancato godimento dell'edificio. E le due diverse soluzioni sono collegate esplicitamente al carattere di buona fede che connota il contratto di locazione.

È dunque la *bona fides* il filtro attraverso il quale si deve valutare l'impatto della circostanza che sopraggiunge (la demolizione ed il rifacimento dell'edificio locato) sulle obbligazioni reciproche dei contraenti per garantirne l'equilibrio. Sarebbe stato, infatti, troppo oneroso costringere in ogni caso il conduttore a pagare ugualmente il canone, allorché fosse stato privato del diritto di godimento dell'edificio. Occorreva invece procedere ad una valutazione delle ragioni della demolizione: se indispensabile, di fronte alla sospensione temporanea dell'obbligazione del locatore di mettere a disposizione l'edificio, l'applicazione della buona fede comportava un'analogha sospensione di quella del conduttore di pagare il canone (che andava perciò rimesso o restituito), senza risolvere il contratto, ma adeguandolo alla sopravvenienza. Una demolizione non necessaria, che privava il conduttore del diritto di godimento, avrebbe invece configurato l'inadempimento dell'obbligazione del locatore, con conseguente risoluzione del contratto e risarcimento dei danni al conduttore.

²⁶ Sul passo in rapporto però ai problemi del rischio e della responsabilità v. CANNATA, *Sul problema della responsabilità* cit. (nt. 4), 90 s.

La Cancelleria di Alessandro Severo in C. 4.65.8, al termine di una puntuale premessa concernente un contratto di locazione di un fondo, dove i contraenti non avevano previsto né la ripartizione del rischio di danni causati dalle avversità atmosferiche né la compensazione tra annate cattive e buone – e ciò non era regolato neppure dagli usi regionali (§ 6) – risolve così la questione sollevata dal conduttore:

rationem tui iuxta bonam fidem haberi recte postulabis, eamque formam qui ex appellatione cognoscet sequetur.

Come si vede, la soluzione dell'imperatore è incentrata sul ruolo attribuito alla buona fede oggettiva che è alla base del contratto (*rationem tui iuxta bonam fidem haberi recte postulabis*), alla quale si dovrà attenere il giudice di appello nella sua sentenza (*eamque formam qui ex appellatione cognoscet sequetur*). Ciò significa che l'allocatione dei rischi del raccolto dovuti a tempeste o altre calamità naturali, qualora non regolata dai contraenti o non disciplinata dagli usi, andava risolta mediante il criterio della buona fede, per non rendere troppo pesante l'obbligazione del conduttore di pagare il canone.

544

Non c'è dubbio che tale pronuncia possa apparire in contraddizione con quanto si è affermato al § 4 circa il regime della ripartizione dei rischi, che i giuristi, a partire da Servio Sulpicio Rufo, consideravano implicito nella disciplina della figura contrattuale della locazione di fondi agricoli. Secondo tale pensiero, infatti, come si ricorderà, gli accadimenti di forza maggiore (*vis cui resisti non potest*) erano posti a carico del locatore, il quale doveva sopportarne il rischio per non aver garantito al conduttore il pieno godimento del fondo agricolo, mentre gli accadimenti, ugualmente non imputabili ai contraenti, ma interni alle attività di coltivazione (i c.d. *vitia <quae> ex ipsa re oriuntur*) gravavano sul conduttore.

In realtà, come si è acutamente rilevato in dottrina²⁷, questo regime non viene applicato in modo automatico, ma può essere soppesato ed eventualmente corretto proprio attraverso il criterio della buona fede in relazione a specifici avvenimenti verificatisi

²⁷ V. CARDILLI, «*Bona fides*»² cit. (nt. 7), 201 ss.

in singole fattispecie concrete. Un tale modo di ragionare, già emergente nel pensiero dei giuristi stessi, trova piena affermazione nel rescritto di Alessandro Severo, che lo eleva a massima (*forma*), cui devono ispirarsi anche gli organi giudicanti.

L'altro aspetto da sottolineare nella soluzione delineata in C. 4.65.8 è dato dal richiamo all'intervento del giudice, investito dei poteri di valutare la circostanza sopravvenuta in termini di buona fede, alla luce del vincolo sinallagmatico tra le obbligazioni reciproche dei contraenti.

8. *Circostanze sopravvenute e ruolo della causa di un'attribuzione patrimoniale.* – Un altro elemento di riflessione che possono suscitare le fonti romane deriva da quei casi in cui la sopravvenienza, invece di rendere impossibile la prestazione, fa venire meno la causa di un'attribuzione patrimoniale precedente, configurando così una *datio sine causa*. Non intendo entrare in questa sede né sui vari significati che nelle fonti romane si dà alla parola *causa*²⁸, né sulle teorie che vi hanno costruito i moderni²⁹; mi basta svolgere alcune considerazioni su due testi, che si richiamano a questo elemento per la gestione dell'evento sopraggiunto.

Uno muove da un caso pratico trattato da Ulpiano 32 *ad ed.* in D. 12.7.2, che dice:

Si fullo vestimenta lavanda conduxerit, deinde amissis eis domino pretium ex locato conventus praestiterit posteaque dominus invenerit vestimenta, qua actione debeat consequi pretium quod dedit? Et ait Cassius eum non solum ex conducto agere, verum condicere domino posse: ego puto ex conducto omnimodo eum habere actionem: an autem et condicere possit,

²⁸ Sulle quali si veda, per tutti, T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova-Cedam 2004, 41 ss.

²⁹ Cfr., per tutti, l'esauriente saggio di A. GUZMÁN BRITO, *Causa del contrato y causa de la obligación en la dogmática de los juristas romanos, medievales y modernos y en la codificación europea y americana*, in *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 23, 2001, 209 ss.

quaesitum est, quia non indebitum dedit: nisi forte quia sine causa datum sit putamus condici posse: etenim vestimentis inventis quasi sine causa datum videtur.

Il caso è il seguente: un lavandaio perde i vestiti, che gli sono stati dati da lavare, e perciò, chiamato in giudizio dal proprietario degli stessi, gli corrisponde il loro valore pecuniario (*Si fullo vestimenta lavanda conduxerit, deinde amissis eis domino pretium ex locato conventus praestiterit*). In seguito il proprietario li ritrova ed allora si pone la questione di quale azione possa disporre il lavandaio per il recupero della somma pagata (*si ... posteaque dominus invenerit vestimenta, qua actione debeat consequi pretium quod dedit?*). Nel I secolo d.C. il giurista Cassio Longino gli offre l'alternativa fra due azioni: l'azione nascente dalla *locatio operis* o quella di ripetizione di quanto dato senza causa (*Et ait Cassius eum non solum ex conducto agere, verum condicere domino posse*), mentre Ulpiano, agli inizi del III secolo d.C., accorda al lavandaio senz'altro la prima (*ego puto ex conducto omnimodo eum habere actionem*), dubitando invece se possa utilizzare anche la seconda, poiché, nel momento in cui questi ha pagato, il denaro dato non costituiva un indebito, bensì era dovuto (*an autem et condicere possit, quaesitum est, quia non indebitum dedit*), in quanto i vestiti erano andati perduti; tuttavia il dubbio viene sciolto in senso affermativo: al lavandaio è attribuita anche la seconda azione, dal momento che il ritrovamento successivo dei vestiti rende il pagamento effettuato senza causa (*nisi forte quia sine causa datum sit putamus condici posse: etenim vestimentis inventis quasi sine causa datum videtur*).

Il passo è molto conosciuto ed ha formato oggetto di approfonditi studi da parte della dottrina moderna³⁰, rappresentando uno dei pilastri su cui Bernhard Windscheid, alla metà del XIX secolo, ha fondato la teoria della presupposizione (*Voraussetzung*)³¹.

³⁰ Cfr. per tutti, A. SACCOCCIO, *Si certum petetur. Dalla conditio dei veteres alle condictiones giustinianee*, Milano-Giuffrè 2002, 215 ss. e 529 ss., con indicazione della precedente bibliografia, e CARDILLI, «*Bona fides*»² cit. (nt. 7), 188 s.

³¹ B. WINDSCHEID, *Die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung*,

A noi però interessa per il suo contenuto nel diritto romano, e quindi soprattutto per come i due giuristi, Cassio Longino ed Ulpiano, abbiano maneggiato e regolato le conseguenze derivanti da un accadimento imprevisto realizzatosi nel quadro di un vincolo contrattuale, ma dopo che una parte aveva già provveduto a risarcire l'altra a seguito del suo inadempimento. Il lavandaio ed il proprietario delle vesti stipulano un contratto di opera (*locatio conductio operis*) per la pulizia delle stesse, che però vengono rubate o vanno smarrite; così il lavandaio è inadempiente all'obbligazione di restituirle e ne paga il valore pecuniario al proprietario. A questo punto si verifica la circostanza imprevista del ritrovamento delle vesti, di fronte alla quale, come è logico, si impone la restituzione da parte del loro proprietario della somma ricevuta dal lavandaio. La discussione fra i giuristi verte proprio sullo strumento tecnico con cui costringere il proprietario alla restituzione, che, alla loro epoca, si traduce nella scelta della formula dell'azione da usare tra quelle previste nell'editto del pretore.

La soluzione proposta da Cassio – alternativa tra le formule dell'azione di ripetizione (*condictio*) e dell'azione nascente dalla *locatio (actio conducti)* – è importante perché riflette il pensiero della giurisprudenza del II e I secolo a.C. e della scuola Sabiniana, di cui egli era uno degli iniziatori, secondo la quale tutte le attribuzioni patrimoniali prive di una giusta causa avrebbero sempre legittimato chi le avesse compiute all'esercizio di un'azione di ripetizione (*condictio sine causa*) per recuperarle; a quest'azione si sarebbe potuta anche accompagnare quella nascente dallo specifico contratto concluso. Secondo detta impostazione, dunque, l'assenza di una causa che giustificasse l'altrui arricchimento permetteva l'esercizio di un'azione per ottenerne la restituzione³².

ripubblicato in *Antiqua* 29 (collana diretta da L. Labruna), Napoli-Jovene 1982, 12 s.

³² Sabino così come Celso condividevano tale teoria, secondo quanto attesta Ulpiano 18 *ad Sab.* D. 12.5.6: *Perpetuo Sabinus probavit veterum opinionem existimantium id, quod ex iniusta causa apud aliquem sit, posse condici: in qua sententia etiam Celsus est.* Sull'argomento v. ampiamente SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit. (nt. 30), 98 ss., 204 ss.

La soluzione avanzata da Ulpiano muove da un ragionamento più complesso, anche se poi, in pratica, le sue conclusioni nella fattispecie qui esaminata non si distanziano da quelle di Cassio. Al lavandaio va concessa solo l'azione contrattuale per recuperare la somma pagata, ma non l'azione di ripetizione perché il pagamento, quando era stato fatto, era da lui dovuto rappresentando il corrispettivo delle vesti andate perdute. Quest'ultima azione si sarebbe potuta utilizzare in alternativa solo configurando il pagamento effettuato senza causa (*sine causa datum*), cosa che nel caso concreto analizzato era possibile fare, in quanto le vesti erano state ritrovate.

Quindi la principale differenza tra le posizioni teoriche dei due giuristi consiste nel fatto che per Cassio l'azione di ripetizione si poteva esercitare sempre e comunque in assenza di una giusta causa dell'attribuzione patrimoniale, in qualunque momento tale assenza si fosse verificata; per Ulpiano invece diventava rilevante il momento in cui era compiuta tale attribuzione patrimoniale, per valutare se essa costituisse o no un pagamento di indebito: se in quel momento la causa c'era, non si poteva impiegare l'azione di ripetizione perché non era avvenuta *sine causa*. Nel caso di D. 12.7.2 i due pareri finivano per convergere proprio perché il ritrovamento delle vesti permetteva ad Ulpiano, *a posteriori* e non senza sforzo, l'assimilazione di questo evento all'assenza originaria di causa.

Anche in età giustiniana, con la creazione di varie tipologie di azioni di ripetizione (*condictiones*), a seconda delle finalità a cui erano destinate, si conserva la rilevanza del requisito della causa di un'attribuzione patrimoniale, come si può vedere da quella esperibile quando era stata già compiuta una dazione sulla base di un presupposto, che si sarebbe dovuto realizzare in seguito e che invece non si era realizzato (*condictio causa data causa non secuta* o *ob causam datorum*, D. 12.6 e C.4.6) e quella fondata sull'assenza di causa dell'attribuzione patrimoniale (*condictio sine causa*, D. 12.7 e C. 4.9), da esercitare in via residuale tutte le volte in cui non si poteva richiedere la ripetizione di quanto dato sulla base di altri motivi

(ad es., indebito, presenza di una causa turpe o ingiusta)³³.

Il secondo passo contiene invece delle formulazioni di carattere generale, che prescindono dall'analisi di singoli casi concreti. La sua importanza consiste nel dimostrare che non era solo l'avvenuta attribuzione patrimoniale (la *datio*) ad aver bisogno di causa, ma anche che questa era necessaria per giustificare la promessa di compiere una tale attribuzione. Si tratta di un testo di Ulpiano (43 *ad Sab.*), immediatamente precedente a quello appena esaminato, di cui rilevano qui in particolare i §§ 1 e 2, che affermano:

D. 12.7.1.1-2: *Sed et si ob causam promisit, causa tamen secuta non est, dicendum est condictionem locum habere. Sive ab initio sine causa promissum est, sive fuit causa promittendi quae finita est vel secuta non est, dicendum est condictioni locum fore.*

Il testo rappresenta una combinazione tra il pensiero di Ulpiano, indicato come l'autore, e le teorie giustinianee, che lo hanno adattato alle loro esigenze, in tema di causa della promessa di una dazione di qualcosa effettuata da uno dei contraenti. Non vi è dubbio che tale promessa sia legata da un vincolo sinallagmatico ad una controprestazione, che ne costituisce il presupposto, e che l'azione di ripetizione, alla quale si fa riferimento, serva ad ottenere la liberazione del promittente dalla promessa fatta *sine causa* (la *condictio liberationis*). Se tale promessa era stata compiuta in vista di una causa che non aveva avuto luogo (*Sed et si ob causam promisit, causa tamen secuta non est*), il promittente poteva esercitare l'azione per essere liberato (*dicendum est condictionem locum habere*) e questa stessa azione era disponibile per lui (*dicendum est condictioni locum fore*) anche quando la promessa era senza causa fin dall'inizio (*sive ab initio sine causa promissum est*)

³³ Per una trattazione approfondita di tale materia si rinvia ancora a SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit. (nt. 30), 549 ss.

oppure la stessa fosse venuta meno in seguito (*sive fuit causa promittendi quae finita est vel secuta non est*)³⁴.

Pertanto, è agevole dedurre che ogni attribuzione patrimoniale fatta o promessa per una causa (*ob causam*) assumeva carattere definitivo solo se permaneva il presupposto in considerazione al quale era stata effettuata: se questo presupposto, presente al momento dell'attribuzione, fosse poi cessato (*causa finita*) o non si fosse realizzato (*causa non secuta*), quanto dato alla controparte diveniva ripetibile.

Ora, applicando tali criteri al fenomeno delle circostanze sopraggiunte alla conclusione di un contratto, è evidente come l'elemento della causa di una dazione fatta o promessa avrebbe potuto configurarsi come un meccanismo idoneo a ristabilire un equilibrio nelle posizioni patrimoniali dei contraenti, ammettendo per quello svantaggiato la possibilità di chiedere la risoluzione del contratto stesso. Sarebbe stato possibile in tal modo, di fronte al verificarsi di un accadimento imprevisto, colpire l'arricchimento ingiustificato che ne fosse derivato per un contraente, togliendo ogni giustificazione all'attribuzione patrimoniale fatta nei suoi confronti ed ottenendo, grazie all'intervenuta assenza di una causa, la ripetizione di quanto dato attraverso una *condictio*.

9. *Circostanze sopravvenute e rilevanza delle situazioni personali dei contraenti.* – Su questo punto mi limiterò qui a pochi cenni, in quanto i testi della giurisprudenza che se ne occupano sono stati ampiamente analizzati in dottrina³⁵.

Un primo passo, racchiuso in D. 46.3.38 pr. (African. 7 *quaest.*), parla di un contratto di *stipulatio*, in cui la prestazione di dare del promittente poteva eseguirsi nei confronti dello

³⁴ Anche su questo testo v. SACCOCCIO, *Si certum petetur* cit. (nt. 30), 526 ss., cui si può aggiungere DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto* cit. (nt. 28), 250 ss.

³⁵ Cfr., per tutti, CARDILLI, «*Bona fides*»² cit. (nt. 7), 177 ss., con citazioni della principale letteratura; da ultimi v. A. CASSARINO, *Due testi della giurisprudenza romana agli albori della clausola rebus sic stantibus. Desarrollos actuales* cit. (nt. 1), 55 ss. e LANDI, *Inderogabilità dell'autonomia privata* cit. (nt. 3), 91 ss.

stipulante (il creditore principale) o di un concreditore (l'*adiectus solutionis causa*). Il cambiamento di *status* di quest'ultimo (con la perdita della qualità di persona *sui iuris*, o di cittadino o di uomo libero), che interviene in un momento successivo alla celebrazione del contratto, comporta l'invalidità dell'adempimento effettuato verso di lui. Ciò, in quanto nell'accordo fra i contraenti, sottostante alla *stipulatio*, secondo il parere del giurista Giuliano (accolto dal suo discepolo Africano), si doveva ritenere implicita la condizione che il concreditore avesse conservato il medesimo *status* di quando il contratto si era concluso³⁶.

Il secondo passo, riportato in D. 12.4.8 (Nerat. 2 *membr.*), attiene alla costituzione di dote, quando il matrimonio, in previsione del quale è stata fatta, risulta invalido per difetto di età di uno degli sposi. Mentre per Servio Sulpicio Rufo, nel I secolo a.C., la scoperta dell'invalidità permetteva in ogni caso a chi avesse costituito la dote di chiederne la restituzione, Nerazio, circa un secolo più tardi, lo consentiva solo in caso di cessazione dell'unione invalida: infatti, se la stessa fosse proseguita, la restituzione non era ammessa fino al raggiungimento dell'età legale da parte di chi ne difettava; solo allora si sarebbe potuto constatare se l'unione viziata si tramutasse in un matrimonio valido (impedendo la richiesta di restituzione) o se invece i due 'sposi' procedessero al divorzio (dando facoltà di presentarla)³⁷.

Come si può osservare, nel primo caso, siamo in presenza di un contratto (la *stipulatio*) non basato sulla buona fede, ma tutelato da un'azione di stretto diritto (*stricti iuris*) e la

³⁶ Cfr. D. 46.3.38 pr. (African. 7 *quaest.*): *Cum quis sibi aut Titio dari stipulatus sit, magis esse ait <Iulianus> ut ita demum recte Titio solvi dicendum sit, si in eodem statu maneat, quo fuit, cum stipulatio interponeretur: ceterum ... non recte ei solvi dicendum: tacite enim inesse haec conventio stipulationi videtur 'si in eadem causa maneat'*.

³⁷ V. D. 12.4.8 (Nerat. 2 *membr.*): *Quod Servius in libro de dotibus scribit, si inter eas personas, quarum altera nondum iustam aetatem habeat, nuptiae factae sint, quod dotis nomine interim datum sit, repeti posse; sic intellegendum est, ut, si divortium intercesserit, priusquam utraque persona iustam aetatem habeat, sit eius pecuniae repetitio, donec in eodem habitu matrimonii permanent ... quod enim ex ea causa nondum coito matrimonio datur, cum sic detur tamquam in dotem perventurum, quamdiu pervenire potest, repetitio non est.*

circostanza che sopraggiunge ed incide sullo *status* di uno dei soggetti attivi del rapporto obbligatorio si regola facendo ricorso allo strumento delle convenzioni tacite (*tacitae conventiones*), secondo cui deve reputarsi implicito nel consenso dei contraenti che l'esecuzione dell'obbligazione, nel modo stabilito al momento della conclusione del contratto, possa realizzarsi solo se rimanga immutata la condizione personale del concreditore. La conseguenza è che, qualora questa si modifichi, cade anche la possibilità di adempiere nei suoi confronti.

Nel secondo caso, l'invalidità del matrimonio per difetto d'età di uno degli sposi si verifica dopo la costituzione di dote, realizzata anch'essa probabilmente con stipulazione (*stipulatio*), benché il passo non lo dica. L'accadimento successivo, che fa venir meno il presupposto per cui si era concluso il contratto, non determina – per usare termini moderni – l'immediata risoluzione del contratto con conseguente ripetizione della somma data a titolo di dote, bensì una situazione di pendenza, destinata a trovare una soluzione quando, sanato il vizio, il matrimonio sarà convalidato oppure si scioglierà.

10. *Circostanza sopravvenuta e recesso unilaterale del contraente.* – Si ricollega per certi versi al discorso che stiamo facendo in questa sede pure la facoltà, riconosciuta dal diritto romano alle parti di alcuni tipi di contratto, di recedere unilateralmente, anche quando la controparte non fosse stata inadempiente (in tal caso avrebbe operato il principio *inadimplenti non est adimplendum*, “non bisogna adempiere verso chi è inadempiente”). I due contratti dove le fonti attestano sicuramente questa facoltà sono il contratto di società (*societas*) e quello di mandato (*mandatum*), entrambi fondati sulla buona fede, sinallagmatici o tendenzialmente sinallagmatici e caratterizzati dalla rilevanza delle persone del rapporto contrattuale: nella società, infatti, era necessaria la costante volontà dei soci (*affectio societatis*) per tutta la sua durata, creandosi fra di essi un vincolo quasi di fratellanza (*ius*

fraternitatis), mentre nel mandato fondamentale era la fiducia (*intuitus personae*) nella scelta del mandatario³⁸.

Senza entrare nei dettagli, con riguardo al primo contratto, possiamo constatare dai pareri dei giuristi che il recesso (*renuntiatio*) di un socio portava alla cessazione per lui del vincolo sociale e – almeno secondo l’opinione prevalente – anche allo scioglimento della società³⁹. Il suo diritto al recesso non viene messo in discussione, ma se ne trattano gli aspetti relativi alla sorte delle obbligazioni di ripartizione dei profitti e delle perdite anteriori al recesso e alle conseguenze di un recesso fraudolento⁴⁰.

Anche per il mandato si precisano i limiti in cui il mandante o il mandatario possono recedere: il mandante può revocare l’incarico al mandatario per qualsiasi ragione, a condizione che il mandatario non l’abbia ancora iniziato (*dum adhuc integra res sit*)⁴¹; il mandatario, una volta assunto l’incarico, può rinunciarvi solo se la rinuncia non incida sul diritto del mandante di concludere ugualmente l’affare in proprio o per mezzo di altri oppure se l’esecuzione dell’incarico non comporti dei danni per il mandatario stesso⁴².

Per l’uno e l’altro contratto nella giurisprudenza sono esemplificate una serie di circostanze che rendono sicuramente legittimo il recesso: per la società, si menzionano il venire meno di certe condizioni, il comportamento pregiudizievole di un

³⁸ Su queste caratteristiche v., in generale, per la società M. TALAMANCA, *Società in generale (diritto romano)*, in ED. XLII, Milano-Giuffrè 1990, 844 ss., e per il mandato CORBINO, *Diritto privato romano*² cit. (nt. 8), 683.

³⁹ Le fonti sul punto non sono univoche e la dottrina appare divisa: v. al riguardo TALAMANCA, *Società in generale (diritto romano)* cit. (nt. 38), 845 s., F.-S. MEISSEL, *Societas. Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrages*, Frankfurt am Main-Peter Lang 2004, 67 ss., da ultimo, A.M. FLECKNER, *Die antike Kapitalvereinigungen*, Köln Weimar Wien- Böhlau Verlag 2010, 343 s.

⁴⁰ V. l’ampia casistica contenuta nella catena di testi raccolta in D. 17.2.14-18 e in D. 17.2.65 pr.-8.

⁴¹ Gai. 3.159.

⁴² D. 17.1.22.11 (Paul. 32 *ad ed.*). Sul recesso nel mandato cfr., per tutti, la trattazione di V. ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, Napoli-Jovene 1965, 134 ss.

socio, la sua assenza per motivi di pubblico interesse⁴³; per il mandato, una malattia improvvisa, un viaggio necessario, l'insorgenza di gravi inimicizie con il mandante⁴⁴.

Da questi esempi si può ragionevolmente desumere che la facoltà di esercitare il recesso si potesse esercitare anche per il verificarsi di accadimenti successivi alla conclusione del contratto, che ne avrebbero alterato i presupposti iniziali, impedendo o rendendo più difficoltosa la prestazione di un contraente, naturalmente sempre senza ledere la buona fede alla base del rapporto.

11. *Sopravvenienza e difficoltà di adempimento.* – Infine, alcune riflessioni vanno anche riservate al solo testo che il diritto romano ci tramanda in materia contrattuale, dove si tocca il problema della difficoltà di adempiere (*difficultas dandi*) in cui può versare il debitore a seguito di un accadimento successivo alla conclusione del contratto. Si tratta di un passo del giurista Venuleio (II secolo d.C.) in D. 45.1.137.4, relativo alla *stipulatio* – quindi ad un contratto tutelato da un'azione di stretto diritto (*stricti iuris*) – in cui si afferma, per la parte che qui interessa:

Illud inspiciendum est, an qui centum dari promisit confestim teneatur, an vero cesset obligatio, donec pecuniam conferre possit. Quid ergo, si neque domi habet neque inveniat creditorem? Sed haec recedunt ab impedimento naturali et respiciunt ad facultatem dandi. Est autem facultas personae commodum incommodumque, non rerum quae promittuntur ... Et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet, ne incipiat dici eum quoque dare non posse, qui alienum servum, quem dominus non vendat, dare promiserit.

⁴³ V. D. 17.2.14 e D. 17.2.16, entrambi di Ulpiano (30 *ad Sab.*). Sull'argomento si rinvia a ARANGIO RUIZ, *Il mandato in diritto romano* cit. (nt.42), 134 ss.

⁴⁴ Cfr. PS. 2.15.1; D. 17.1.23 (Hermog. 2 *iuris epit.*).

Una persona promette con stipulazione di dare al creditore una certa somma di denaro, di cui però in quel momento non dispone. Il giurista solleva, un po' retoricamente, la questione se in tal caso il promittente sia subito obbligato o se si possa considerare tale solo dopo essersi procurato il denaro per pagare (*illud inspiciendum est, an qui centum dari promisit confestim teneatur, an vero cesset obligatio, donec pecuniam conferre possit*). Il suo parere, favorevole alla prima ipotesi, segue un andamento alquanto articolato. Si comincia con l'esemplificazione di alcune situazioni di mancanza di liquidità (non avere denaro in casa, non trovare qualcuno che glielo presti: *quid ergo, si neque domi habet neque inveniatur creditorem?*), che sono però ritenute del tutto ininfluenti: non si tratta – osserva Venuleio – di impedimenti naturali al pagamento, ma di eventi che influiscono sulla capacità di pagare (*sed haec recedunt ab impedimento naturali et respiciunt ad facultatem dandi*) e tale capacità è un vantaggio ed uno svantaggio inerente alla persona del debitore e non alle cose che sono da lui promesse (*est autem facultas personae commodum incommodumque, non rerum quae promittuntur*). Si enuncia quindi il criterio generale, secondo cui la causa della difficoltà di adempiere è a svantaggio del promittente e non può costituire un impedimento alle pretese dello stipulante (*et generaliter causa difficultatis ad incommodum promissoris, non ad impedimentum stipulatoris pertinet*), per evitare che un debitore si possa ritenere liberato, nel caso in cui il proprietario non voglia vendere lo schiavo, che lo stesso debitore ha promesso di dare in proprietà ad altri (*ne incipiat dici eum quoque dare non posse, qui alienum servum, quem dominus non vendat, dare promiserit*)⁴⁵.

Anche da questo passo è difficile trarre conclusioni che abbiano valenza generale per tutto il diritto contrattuale romano. Da un lato, infatti, si vede come il discorso del giurista tenda ad astrarsi dai singoli casi nello sforzo di costruire una regola destinata ad una serie infinita di applicazioni; dall'altro lato, però, si resta pur sempre nei confini del tipo di contratto,

⁴⁵ Su tale testo v. PICHONNAZ, *From clausula rebus sic stantibus to hardship* cit. (nt. 10), 129 s.

mancando elementi testuali che possano farci pensare ad un'estensione del medesimo regime anche al di fuori della *stipulatio*.

Consapevoli di ciò, possiamo comunque rilevare che l'impiego del criterio messo in luce da Venuleio nel valutare le circostanze sopravvenute ad un rapporto contrattuale di stretto diritto avrebbe portato a considerare del tutto irrilevanti quegli effetti che rendevano più difficile l'adempimento del debitore.

12. *Conclusioni*. – Come ho avvertito in precedenza, le soluzioni avanzate dalla giurisprudenza romana circa gli effetti prodotti dalle sopravvenienze sull'assetto contrattuale già fissato dalle parti non hanno portato né alla costruzione di teorie generali né ad elaborazioni dogmatiche rigide, risultando invece condizionate dagli interessi in gioco nel caso concreto e dal regime del tipo contrattuale in cui il problema si manifesta⁴⁶. La natura casistica delle soluzioni ed i condizionamenti derivanti dal carattere di buona fede o di stretto diritto del contratto (*rectius* delle azioni a tutela del contratto) spiegano anche il perché, a volte, si giunga a decisioni che rappresentano delle deroghe ad altri principi vigenti nell'ordinamento, quali il *periculum est emptoris* o l'estinzione dell'obbligazione per impossibilità dell'adempimento dovuta a forza maggiore.

Pur nell'assenza di una disciplina unitaria ed organica, l'analisi svolta nei paragrafi precedenti evidenzia alcuni punti fermi, in cui si possono sintetizzare le nostre conclusioni.

Il primo è che il fenomeno delle sopravvenienze era conosciuto e disciplinato nel diritto romano: nelle singole fattispecie non solo veniva attentamente ponderato dalla giurisprudenza, ma la stessa Cancelleria imperiale gli riconosceva la debita rilevanza. Non è perciò vero ritenerlo sacrificato al carattere vincolante e necessario dell'impegno contrattuale, mentre è vero che la soluzione giuridica di volta in volta elaborata conviveva nell'ordinamento con il rispetto del principio *pacta sunt servanda* in un gioco di delicati equilibri diretti sempre e comunque a realizzare quanto i contraenti

⁴⁶ Cfr. in dottrina CARDILLI, «*Bona fides*»² cit. (nt. 7), 196 ss.

avevano concretamente voluto concludendo il contratto (*id quod actum est*).

Il secondo punto fermo è la rivelazione di una pluralità di meccanismi a disposizione dei contraenti e degli stessi organi giudicanti per far fronte alle circostanze sopravvenute: il regime inerente al tipo contrattuale, la rinegoziazione tra i contraenti, l'esplicita previsione fatta nel contratto, la disciplina contenuta negli usi locali, l'applicazione del criterio della buona fede oggettiva, il riferimento alla causa dell'attribuzione patrimoniale dipendente dal contratto, la rilevanza delle situazioni personali dei contraenti, il recesso. Essi a volte si alternano, a volte si intrecciano, a volte convivono, senza che emerga una decisa opzione in favore dell'uno o dell'altro, e ciò proprio per garantire la necessaria flessibilità del sistema in aderenza alla volontà dei contraenti. Migliore risulta tuttavia il funzionamento di questi meccanismi nei contratti di buona fede, più limitato in quelli di stretto diritto.

Il terzo ed ultimo punto fermo è che non rileva una distinzione fra circostanze che rendono impossibile una prestazione e circostanze che la rendono più difficile o più onerosa. Nel contratto di locazione di fondi agricoli o di edifici si profila invece, sul piano delle conseguenze giuridiche, una differenza tra eventi successivi che portano ad un'impossibilità temporanea dell'adempimento, ad es., per una cattiva annata agraria o per il necessario rifacimento dell'edificio, ed eventi da cui deriva invece un'impossibilità definitiva. I primi occasionano una corrispondente sospensione temporanea anche della controprestazione, determinando un riassetto della situazione dei contraenti, mentre i secondi hanno come conseguenza per la parte inadempiente il risarcimento dei danni. In ciò un ruolo centrale viene giocato, ancora una volta, dal regime del tipo contrattuale e dal suo carattere di buona fede.

Estendendo queste regole a tutti gli altri contratti basati sulla buona fede, si potrebbe dunque pensare ad una funzione di riequilibrio del sinallagma svolta da questo criterio operante per qualunque tipo di accadimento posteriore alla conclusione del contratto, che incidesse sulla sua esecuzione, con differenti conseguenze patrimoniali a seconda della natura

dell'impedimento (impossibilità definitiva, impossibilità temporanea, eccessiva difficoltà dell'adempimento).

Per contro, nella *stipulatio* una certa rilevanza assumono solo le circostanze che provocavano l'impossibilità sopravvenuta dell'adempimento, mentre a quelle che ne causavano una maggiore difficoltà non era riconosciuta alcuna efficacia pregiudizievole al creditore e lo stesso regime, in via generale, si può ipotizzare che valesse per tutti i contratti di stretto diritto.

Abstract

Starting from a modern point of view, this paper discusses how the problem of frustration of contract was analyzed and resolved by Roman jurisprudence. Its aims are to examine some cases and the criteria that were used to find the best solution which could keep in a due consideration all the interests involved. It emerges a general picture where it lacks a systematic theory of frustration of contract in Roman legal thinking, but by means of different criteria such as passing of risk, good faith and fair dealing, unjustified enrichment, the best solution is normally reached.

Keywords

Diritto romano – giurisprudenza romana – clausola *rebus sic stantibus* – mutamento delle circostanze – *pacta sunt servanda*.

INDICE DEL VOLUME

Rosa Mentxaka Divagaciones sobre legislación municipal romana a la luz de la <i>lex Troesmensium</i>	5
Felice Mercogliano Note in tema di diritti degli stranieri immigrati nell'antica Roma ...	33
Giovanna Daniela Merola Su Augusto e il potere normativo del <i>princeps</i>	69
Antonino Metro La motivazione delle sentenze nelle <i>cognitiones extra ordinem</i>	85
Massimo Miglietta Rapporti tra autorità nella Palestina d'epoca tiberiana: particolarità e conferme relative al processo a Gesù in fonti apocrife	99
Francesco Milazzo Diritto romano artico	133
M. A. Sonia Mollá Nebot La <i>aequitas</i> como adecuación judicial	139
Donatella Monteverdi Vico, le XII tavole e lo spirito del tempo	159
Laura Moscati Creatività e diritti morali nella tutela delle opere dell'ingegno. Modelli europei e innovazione del sistema italiano	207
Francesco Musumeci Condizione della donna romana e divieto di <i>intercedere</i> <i>pro aliis</i>	237
Eleonora Nicosia <i>Manilius adulescens</i> (e la <i>lex Voconia</i>)	261

Giovanni Nicosia <i>Comitiorum (habendorum) causa</i>	269
Bahar Öcal Apaydin Marco Franchi L'importanza e la metodologia del corso di diritto romano nella formazione del giurista dall'impero ottomano ad oggi	277
Nicola Palazzolo Le applicazioni informatico-romanistiche tra informatica giuridica e informatica umanistica: il ruolo del CIR	301
Antonio Palma Note in tema di costruzione dell'identità nell'esperienza giuridica romana	321
Luigi Pellecchi Tra processo e diritto materiale: la natura e la funzione dell' <i>actio protutela</i>	333
Martin Pennitz D. 47.2.72 pr. (Iav. 15 <i>ex Cass.</i>): eine alternative Deutung	425
Leo Peppe What citizenship for the Roman woman?	447
Teresa Peralta Escuer El naufragio y el <i>periculum</i> en las diversas relaciones contractuales	479
Roberto Pesaresi Gratuità del mandato e responsabilità del mandatario	503
Aldo Petrucci Sopravvenienze e regolamento contrattuale: riflessioni sul pensiero giurisprudenziale romano fra tarda repubblica e principato	521
Daniela Piattelli Alleanza e 'libero arbitrio'	559

Pascal Pichonnaz

Approcher le droit romain
comme fondements des droits modernes:
une nécessité et un défi 577

Stefania Pietrini

Remo Martini

Sul c.d. Editto di Nazareth e le ‘dicerie’ di Matteo 28.12-15 601

José Miguel Piquer Marí

Una reflexión sobre la *interpretatio*, el pontífice
y los primeros modos de formalización jurídica 627