

RIVISTA DEL DIRITTO DELLA NAVIGAZIONE

fondata da Antonio Scialoja
ripresa da Antonio Lefebvre d'Ovidio
continuata da Elda Turco Bulgherini



ARACNE

RIVISTA DEL DIRITTO DELLA NAVIGAZIONE

fondata da Antonio Scialoja
ripresa da Antonio Lefebvre d'Ovidio
continuata da Elda Turco Bulgherini

RIVISTA SEMESTRALE

Direzione e Redazione

Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"
Dipartimento di Diritto Pubblico
via Bernardino Alimena, 5
00173 Roma
06 72592459-60
www.rivdirnav.org
redazione@rivdirnav.org
direzione@rivdirnav.org

Condizioni di acquisto

Italia

Abbonamento annuale euro 80,00
Fascicolo euro 40,00

Estero

Abbonamento annuale euro 100,00
Fascicolo euro 60,00

Per ordini

Telefax: 06 93781065
e-mail: info@aracneeditrice.it
Skype: aracneeditrice

Modalità di pagamento

1. Bonifico intestato ad Aracne Editrice S.r.l.
IBAN: IT23N0530838860000000020121
Causale: *Abbonamento Rivista del Diritto della Navigazione*

2. Contrassegno postale
3. Carta di credito (acquisto *on line*)

Autorizzazione n. 444 del 30 dicembre 2009
Tribunale di Roma

Editore

Aracne editrice S.r.l.
via Raffaele Garofalo, 133/A-B
00173 Roma
06 93781065
www.aracneeditrice.it
info@aracneeditrice.it

© Elda Turco Bulgherini – 2010
© Gli Autori – 2010

I diritti di traduzione, di memorizzazione elettronica, di riproduzione e di adattamento anche parziale, con qualsiasi mezzo, sono riservati per tutti i Paesi.

ISSN 0035-5895
ISBN 978-88-548-3355-5

La pubblicazione della Rivista è stata resa possibile anche grazie al sostegno dell'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata" e dell'Università degli Studi di Sassari.

La «Rivista del Diritto della navigazione» è documentata nell'Archivio DoGi dell'Istituto di Teoria e Tecniche dell'Informazione Giuridica (ITTIG) del Consiglio Nazionale delle Ricerche.

SOMMARIO

ANTONIO LEFEBVRE D'OVIDIO, *Nuova ripresa* pag. VII

ELDA TURCO BULGHERINI, *Presentazione* » IX
Presentation » XIII

Articoli:

MASSIMO BASILAVECCHIA, *La territorialità delle prestazioni di servizi nell'Iva: immediata efficacia delle direttive europee e ritardi del legislatore domestico* » 3
Territoriality of the Performance of Services and Value-Added Tax: Immediate Effects of European Directives and Delay of National Legislator (Abstract) » 12

FRANCESCO BERLINGIERI, *La disciplina delle obbligazioni e della responsabilità del vettore nelle Regole di Rotterdam* » 13
Obligations and Liability of the Carrier under the Rotterdam Rules (Abstract) » 44

GIORGIA M. BOI, *Profili documentali del trasporto marittimo e brevi riflessioni sulla specialità ed autonomia della materia* » 45
Some Legal Aspects on Shipping Documents and Short Reflections on the Specialty of the Subject Matter (Abstract) » 60

GUIDO CAMARDA, *Attualità del «Draft Brice»: un tentativo di armonizzazione della Convenzione Salvage 1989 con la Convenzione sul patrimonio culturale sommerso* » 61
Present Relevance of the «Brice Draft»: an Attempt to Harmonize the Salvage Convention 1989 and the Convention on the Protection of the Underwater Cultural Heritage (Abstract) » 86

MARIA CLELIA CICIRIELLO, FEDERICA MUCCI, *La moderna pirateria al largo delle coste della Somalia: un banco di prova per vecchi e nuovi strumenti internazionali di prevenzione e repressione* » 87
Modern Piracy off the Coast of Somalia: a Test for Old and New International Instruments for Piracy Prevention and Repression (Abstract) » 105

MICHELE M. COMENALE PINTO, <i>Misure cautelari sugli aeromobili impiegati in servizi di trasporto</i>	pag.	107
<i>Precautionary Remedies on Aircraft Used in Transportation Services (Abstract)</i>	»	123
ANGELA DEL VECCHIO, <i>Tutela della safety e misure comunitarie per i trasporti marittimi</i>	»	125
<i>Safety Protection and European Measures for Maritime Transport (Abstract)</i>	»	148
ROBERTO FIORI, <i>Forme e regole dei contratti di trasporto marittimo in diritto romano</i>	»	149
<i>Types and Rules of Carriage-by-Sea Contracts in Roman Law (Abstract)</i>	»	176
UMBERTO LEANZA, <i>Lo stato dell'arte nella territorializzazione degli spazi marini nel Mediterraneo</i>	»	177
<i>The Status of Territorialization of Marine Areas in the Mediterranean (Abstract)</i>	»	199
GERARDO MASTRANDREA, <i>Il disegno di legge governativo in materia di riforma della legislazione in materia portuale: una breve panoramica delle principali novità de iure condendo</i>	»	201
<i>The Government Bill on Port Legislation Reform (Abstract)</i>	»	214
MARCO FÁBIO MORSELLO, <i>Some Aspects of Air Carrier Liability. A Brazilian Perspective</i>	»	215
<i>Abstract</i>	»	224
CESARE MARIA MOSCHETTI, <i>Precedenti storici dell'ordine di consegna nella prassi mercantile di Gallipoli alla fine del Seicento</i>	»	225
<i>Historical Precedents of the Delivery Order in the Gallipoli Trading Practices at the End of the 17th Century (Abstract)</i>	»	238
FRANCESCA PELLEGRINO, <i>La repressione dell'inquinamento provocato dalle navi nel diritto comunitario: profili evolutivi</i>	»	239
<i>Introduction of Penalties for Ship-Source Pollution in European Law: Recent Developments (Abstract)</i>	»	254
ARISTIDE POLICE, <i>Liberalizzazione e concorrenza per i servizi di handling aeroportuale</i>	»	255
<i>Liberalization and Competition in Airport Handling Services (Abstract)</i>	»	270

SOMMARIO

GIUSEPPE VERMIGLIO, <i>La sicurezza marittima nella società del rischio</i> pag.	271
<i>Maritime Safety in Risk Society (Abstract)</i> »	286

ALESSANDRA XERRI, <i>Diritto della navigazione: attualità e prospettive nel secolo della globalizzazione</i> »	287
<i>Navigation Law: Present and Future Prospects in the Globalisation Century (Abstract)</i> »	310

Varietà:

SILVIO MAGNOSI, <i>Il nuovo assetto organizzativo dell'Ente Nazionale per l'Aviazione Civile</i> »	313
--	-----

Note a sentenze:

STEFANO POLLASTRELLI, <i>Il risarcimento del danno da sindrome da classe economica</i> »	392
LUCA SALAMONE, <i>La ripartizione della competenza legislativa dello Stato e delle Regioni in materia di sicurezza della navigazione alla luce della riforma del Titolo V della Costituzione</i> »	366
PIERLUIGI SIMONE, <i>L'imposta regionale sarda sullo scalo turistico degli aeromobili e delle unità da diporto al vaglio della Corte di giustizia</i> »	338

Sentenze:

<i>Imposte e tasse</i> - Imposta sullo scalo turistico di aeromobili e unità da diporto - Illegittimità - Restrizione alla libera prestazione dei servizi - Aiuti di Stato (C. giust. Ce 17 novembre 2009, causa 169/08) »	321
<i>Sicurezza marittima</i> - Disposizioni per l'utilizzo di tecnologie innovative per le unità di soccorso in acqua - Legge della Regione Lazio - Illegittimità costituzionale - Esclusione (C. cost. 30 novembre 2009, n. 319) »	360
<i>Sicurezza marittima</i> - Legge della Regione Lazio - Obiettivi - Promozione incentivi finanziari per l'utilizzo di tecnologie innovative - Contrasto con competenze normativamente e costituzionalmente previste - Non sussiste (C. cost. 30 novembre 2009, n. 319) »	360

<i>Trasporto aereo di persone</i> - Convenzione di Montreal del 1999 - Morte o lesioni del passeggero - Responsabilità del vettore <i>ex art. 17</i> della Convenzione (Trib. Varese, sez. Busto Arsizio, 3 febbraio 2009, n. 399)	pag.	384
<i>Trasporto aereo di persone</i> - Nozione di « <i>accident</i> » - Interpretazione uniforme - Convenzioni internazionali (Trib. Varese, sez. Busto Arsizio, 3 febbraio 2009, n. 399)	»	384
<i>Trasporto aereo di persone</i> - Danno da «sindrome da classe economica» - Nesso di causalità - Onere della prova (Trib. Varese, sez. Busto Arsizio, 3 febbraio 2009, n. 399)	»	384

Atti normativi e materiali vari:

Circolare del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti 5 agosto 2009 «Nuove norme tecniche per le costruzioni approvate con decreto del Ministro delle infrastrutture 14 gennaio 2008. Cessazione del regime transitorio di cui all'articolo 20, comma 1, del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248»	»	407
Circolare del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti 11 dicembre 2009 «Entrata in vigore delle norme tecniche per le costruzioni di cui al decreto ministeriale 14 gennaio 2008. Circolare 5 agosto 2009 - Ulteriori considerazioni esplicative»	»	411

FORME E REGOLE DEI CONTRATTI DI TRASPORTO MARITTIMO IN DIRITTO ROMANO

FORMS AND RULES OF CARRIAGE-BY-SEA CONTRACTS IN ROMAN LAW

The commercial trade of republican and imperial Rome was centered mostly on carriage by sea. The merchants and the shipowners could agreed on different contractual conditions, but these all fell into the general scheme of locatio conductio, which in Roman law was the only onerous long-term contract among the typical contracts. Since the different contractual clauses had consequences on the rules of risk and liability, the Roman jurists discussed about the boundaries of each type, and about the usefulness of actions on the case that could protect the parties in doubtful situations.

SOMMARIO: 1. Vie commerciali, strutture imprenditoriali e strumenti contrattuali. — 2. Le prestazioni delle parti nel contratto di trasporto. — 3. Le prestazioni delle parti nel contratto di locazione della nave. — 4. Una locazione marittima ‘mista’? — 5. Assetti negoziali complessi e tutela atipica. — 6. Un’apparente rigidità.

1. Vie commerciali, strutture imprenditoriali e strumenti contrattuali.

Il sistema romano delle comunicazioni ⁽¹⁾ era per lo più un insieme integrato di vie di terra e d’acqua. Le strade romane rimasero famose per secoli, sia per estensione che per qualità, ma per i trasporti commerciali le vie d’acqua erano certamente più rapide ed economiche ⁽²⁾, benché fosse possibile impiegarle solo con periodicità irregolare, e nonostante i notevoli rischi connessi alla navigazione.

Le rotte giungevano sino all’India, passando per il Golfo Persico e il Mar Rosso, per importare spezie, profumi, stoffe, ed esportare vino e ceramiche. Dall’Egitto giungevano enormi quantità di grano,

⁽¹⁾ Per quanto segue cfr. per tutti P. A. GIANFROTTA, *Le vie di comunicazione*, in *Storia di Roma. IV. Caratteri e morfologie*, a cura di E. Gabba – A. Schiavone, Torino, 1989, 310 ss., con bibliografia.

⁽²⁾ Esempi di tempi e costi in F. DE MARTINO, *Storia economica di Roma antica*, I, Firenze, 1980, 129 ss.

che fino alla prima età imperiale veniva scaricato a Pozzuoli per la maggiore ricettività del porto, mentre dalla Grecia proveniva il marmo.

La tipologia dei carichi determinava le caratteristiche delle navi: quelle adibite al trasporto di bestiame avevano grandi portelli laterali; quelle per il trasporto del marmo erano spesso eccezionalmente grandi — sono rimaste famose le navi impiegate per portare a Roma i grandi obelischi egiziani —; le *naves vinariae* erano spesso dotate, in alternativa alle anfore, di grandi contenitori per liquidi; le *naves granariae* potevano portare sia cereali contenuti in sacchi, sia grano sfuso. A loro volta, le caratteristiche della nave avevano conseguenze sugli assetti negoziali posti in essere dalle parti: se le merci come il vino o il grano viaggiavano sfuse, la proprietà delle stesse e il *periculum* per il loro perimento passava al trasportatore, mentre, se le merci erano tra loro distinte in anfore o sacchi, la proprietà restava del mercante e il trasportatore era obbligato a restituire l'*idem* ⁽³⁾.

Data l'importanza del fenomeno in quella che è stata efficacemente definita l'«età commerciale» ⁽⁴⁾ di Roma (terzo secolo a.C. - terzo secolo d.C.), per simili trasporti erano nate vere e proprie imprese di navigazione. Queste erano talora condotte direttamente da un armatore (*exercitor*) — anche attraverso la preposizione di un gestore (*magister navis*), libero o schiavo, che poteva essere o meno assistito da un comandante (*gubernator*) della nave — cosicché l'armatore era responsabile senza limiti delle attività imprenditoriali. In altri casi, il ruolo di *exercitor* era assunto da un *filius* o da un *servus* dotati di peculio, e la responsabilità del *pater* era perciò limitata alle sostanze impiegate nell'impresa ⁽⁵⁾.

Lo strumento contrattuale utilizzato dalle imprese di navigazione per il trasporto marittimo era la *locatio conductio*.

⁽³⁾ Sulla conseguente distinzione tra *duo genera rerum locatarum* in Alf. 5 dig. a Paulo epit. D. 19, 2, 31, cfr. R. FIORI, *La definizione della locatio conductio*. *Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 1999, 65 ss.

⁽⁴⁾ F. SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, Pisa, 1989.

⁽⁵⁾ P. CERAMI – A. DI PORTO – A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*², Torino, 2004, 231 ss.

Questa affermazione, apparentemente semplice, nasconde in realtà un quadro di soluzioni e di problemi assai complesso. Occorre infatti tener presente la circostanza che la *locatio conductio* romana era una figura amplissima, che costituiva l'unico contratto tipico di durata a prestazioni corrispettive. Al suo interno confluivano pertanto assetti di interessi estremamente diversificati, dall'affitto di fondi rustici alla locazione abitativa, dal contratto di lavoro subordinato al contratto d'opera, dall'appalto alla regia, dal noleggio di veicoli al contratto di trasporto; nonché una serie di rapporti che, se gratuiti, integravano differenti figure contrattuali — deposito, mandato, comodato — ma che quando erano onerosi venivano ricondotti alla locazione conduzione.

Per comprendere questa singolarità, occorre tener presente la genesi della tipicità contrattuale romana, che muove dalle peculiarità del processo formulare. Questo, nato in relazione a una tutela attribuita dal pretore caso per caso, si costruisce da subito in senso tipico, sostituendo azioni specifiche alle azioni generali del processo più arcaico. In tal modo, condizionati dalle forme di tutela, anche i rapporti del diritto sostanziale si disegnano nel senso della tipicità, e per i giuristi diviene più importante individuare i tratti distintivi tra gli istituti piuttosto che quelli unificanti: ad esempio, mancando un'azione generale per la responsabilità contrattuale, è del tutto insufficiente che l'attore dimostri che il convenuto ha stretto con lui un contratto, essendo invece necessario provare quale contratto è stato realizzato. Così, benché sia pacifica la necessità del consenso in ogni contratto ⁽⁶⁾, i giuristi romani non si soffermano più di tanto sul ruolo dell'accordo — soprattutto al confronto con la dottrina moderna, dal giusnaturalismo in poi — ma piuttosto sulla struttura del vincolo obbligatorio, che costituisce il vero cuore del contratto ⁽⁷⁾.

Anche in considerazione di questo contesto, infatti, il contratto romano è essenzialmente un'*obligatio contracta*: il vincolo non è un effetto dell'accordo-contratto, ma al contrario l'accordo è la pre-

⁽⁶⁾ Cfr. Ped. *ad ed.* fr. 1 LENEL = Ulp. 4 *ad ed.* D. 2, 14, 1, 3.

⁽⁷⁾ Su ciò mi sia permesso di rinviare a R. FIORI, *Tipicità contrattuale e teoria generale del contratto. Alcuni problemi di storia e dogmatica*, in *Roma e America*, 22, 2006, 105 ss.

messa del vincolo-contratto, al punto che nelle fonti i termini *emptio venditio*, *locatio conductio*, *societas*, *stipulatio*, ecc. vengono usati senz'altro per indicare l'*obligatio* ⁽⁸⁾, e un «contratto a prestazioni corrispettive» può essere chiamato *ultra citroque obligatio* ⁽⁹⁾.

In un simile quadro, la distinzione per noi tradizionale tra le forme di locazione — *locatio rei*, *operarum* e *operis* — non intacca l'unità del contratto sul piano della tipicità. Mancando una dottrina degli «elementi essenziali» del contratto ⁽¹⁰⁾, la differenza tra i diversi «oggetti» della locazione (*res*, *opera*, *opus*) non rileva di fronte all'unità dello schema obbligatorio fondamentale, e cioè lo scambio di godimento (*uti frui*) contro prezzo (*merces*). Sia che il negozio consista nell'attribuzione del godimento su una *res* dietro compenso, sia che si identifichi con lo scambio del godimento sull'attività di una *persona* — computata a giornata, e dunque in sé considerata (*opera*), oppure nel suo complesso indirizzato a uno scopo (*opus*) — contro mercede, lo schema obbligatorio è invariato ⁽¹¹⁾.

Ciò non significa, naturalmente, che i romani non distinguessero, su altri piani, tra le diverse forme di locazione, che anzi potevano essere modificate e adattate all'infinito dalle parti.

Infatti, una volta stabilito che tutti i casi in cui il concreto assetto di interessi tra le parti rientra nello schema *merces-uti frui*, e che dunque il contratto è da identificare con la *locatio conductio*, si poneva il problema di individuare maggiormente le caratteristiche delle prestazioni di ciascuna parte, e soprattutto la posizione di locatore o conduttore propria dell'attore. Come vedremo tra breve, infatti, a seconda del tipo di rapporto il medesimo soggetto poteva assumere l'una o l'altra veste: nella realizzazione di un oggetto, l'artefice era *locator operarum* se si obbligava a lavorare a giornata e *conductor operis* se si

⁽⁸⁾ Per la *stipulatio* come *verborum obligatio* cfr. per tutti Gai. 3, 93; per gli altri contratti richiamati in testo cfr. Lab. 1 *ad ed.* fr. 5 LENEL = Ulp. 11 *ad ed.* D. 50, 16, 19.

⁽⁹⁾ Cfr. ancora Lab. 1 *ad ed.* fr. 5 LENEL = Ulp. 11 *ad ed.* D. 50, 16, 19.

⁽¹⁰⁾ R. FIORI, *Il problema dell'oggetto del contratto nella tradizione civilistica*, in AA.VV., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali*, Napoli, 2003, 169 ss.

⁽¹¹⁾ Per questa affermazione, e per quelle che seguono sulla struttura della locazione, cfr. R. FIORI, *La definizione della locatio conductio, passim*.

impegnava a realizzare il prodotto; allo stesso modo, in un negozio relativo al trasporto il proprietario del veicolo era alternativamente *locator rei* o *conductor operis* a seconda che si limitasse a mettere il veicolo a disposizione del proprietario delle merci oppure che si impegnasse a portare le merci a destinazione. La distinzione terminologica non era irrilevante, perché aveva l'effetto di determinare la scelta tra l'*actio locati* e l'*actio conducti* — per altri versi strutturalmente identiche — e dunque di indirizzare il giudice verso la ricostruzione del negozio realizzato tra le parti, con tutte le relative conseguenze sul piano del diverso regime delle obbligazioni, dei rischi e della responsabilità.

In sostanza: la locazione conduzione era un contratto unitario dal punto di vista della «tipicità» del contratto e dell'azione, in virtù dell'unicità dello schema obbligatorio; ma poi al suo interno si identificavano diversi «modelli negoziali» che costituivano forme di tipicità minore, e che permettevano al giudice di determinare con maggiore precisione la regolamentazione del rapporto voluta dalle parti ⁽¹²⁾.

È entro queste premesse che bisogna collocare le discussioni dei giuristi romani sulle forme contrattuali della locazione marittima. La nostra analisi può essere circoscritta ad alcuni frammenti di Marco Antistio Labeone — giurista vissuto in età augustea, noto per l'estesa cultura, non solo giuridica, e per la grande originalità di pensiero.

2. Le prestazioni delle parti nel contratto di trasporto.

Il primo passo è tratto dai *Pithana* di Labeone così come epitomati e commentati da Paolo (terzo secolo d.C.): un'opera dalle ca-

⁽¹²⁾ Questa soluzione, che riconosce sia l'unità del contratto sia le diversificazioni al suo interno, distinguendo tra diversi piani di tipicità, è naturalmente cosa diversa dalla tendenza di molti manuali ad ammettere l'unità del contratto e poi distinguere immotivatamente le tre figure canoniche (soluzione che io criticavo in R. FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 7 ss.), quantomeno per il fatto che nella soluzione da me proposta i modelli negoziali sono potenzialmente infiniti. Ma è una differenza che non sembra essere colta da P. LAMBRINI, in *Arch. giur.*, 221, 2001, 119 ss. e spec. 130 s.

ratteristiche peculiari, perché mira a indicare massime ⁽¹³⁾ caratterizzate da una certa tendenza all'astrazione ⁽¹⁴⁾ rispetto al caso concreto ⁽¹⁵⁾, ma che rispondono a una razionalità «probabile» (*pithanon*), cosicché la regola espressa rispetto alla singola fattispecie non vincola il giurista in assoluto, potendo variare qualora esistano in concreto i presupposti per una soluzione diversa ⁽¹⁶⁾.

Lab. 1 *pith. a Paulo epit.* D. 14, 2, 10 pr.: «se hai preso in conduzione degli schiavi da trasportare, non ti è dovuto il nolo (*vectura*) per quello schiavo che è morto sulla nave. *Paolo*: piuttosto, occorre chiedersi cosa sia stato stabilito tra le parti (*quid actum est*), e cioè se il corrispettivo fosse calcolato in relazione agli schiavi caricati o a quelli condotti a destinazione: e se ciò non potrà determinarsi, sarà sufficiente per l'armatore (*nauta*) di provare che lo schiavo è stato caricato» ⁽¹⁷⁾.

⁽¹³⁾ Così M. TALAMANCA, *I 'pithana' di Labeone e la logica stoica*, in *Iura*, 26, 1975, 35 s.

⁽¹⁴⁾ Così B. SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln. Versuch einer Typologie*, Köln-Wien, 1970, 146; ID., *Horoi, pithana und regulae. Zum Einfluss der Rhetorik auf die juristische Regelbildung*, in *ANRW*, II. 15, Berlin - New York, 1976, 120; M. TALAMANCA, *I 'pithana' di Labeone e la logica stoica*, cit., 35.

⁽¹⁵⁾ Che pure aveva verisimilmente originato il responso: si ricorderà che per FR. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*², Weimar, 1961, 286 (*Storia della giurisprudenza romana*, Firenze, 1968, 408), i *Pithana* costituirebbero senz'altro «*ein kasuistisches Werk*».

⁽¹⁶⁾ Seguo il M. TALAMANCA, *I 'pithana' di Labeone e la logica stoica*, cit., 37 s., nel ravvisare nel *pithanon* labeoniano «la soluzione che appare più probabile per il caso concreto in quanto rientri, come caso di specie, nella formulazione generalizzante adottata per descrivere la fattispecie cui quella soluzione si coordina», ma senza divenire mai «regola che debba esser comunque applicata». E ciò sulla base del «significato generico» del termine, «senza che sull'opera in esame, neppure per quanto concerne il titolo, si possa individuare uno specifico influsso della dialettica o della logica di qualsivoglia scuola filosofica». D'altra parte, l'idea di una matrice filosofica, fortemente affermata dallo B. SCHMIDLIN, *Horoi, pithana und regulae*, cit., 101 ss., spec. 112 (e ribadita di recente da W. FORMIGONI, *Pithanōn a Paulo epitomatorum libri VIII*, Milano, 1996, 19 ss., 161 s., che pensa a influenze scettiche), è sfumata già in M. BRETONI, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*², Napoli, 1984, 167.

⁽¹⁷⁾ Lab. 1 *pith. a Paulo epit.* D. 14, 2, 10 pr.: «*si vehenda mancipia conduxisti, pro eo mancipio, quod in nave mortuum est, vectura tibi non debetur. Pau-*

La terminologia usata nel frammento (*conducere mancipia vehenda*) mostra chiaramente che Labeone sta parlando di un contratto di trasporto. E il fatto che l'unica conseguenza dannosa per il *conductor* sia il mancato pagamento della mercede, induce a ritenere che l'ipotesi sia da ricomprendere tra quelle che la dottrina moderna qualifica come «rischio», cosicché la morte dello schiavo possa essere qualificata come *vis maior* ⁽¹⁸⁾. È vero, infatti, che nel testo non sono minimamente accennate le cause della morte dello schiavo e che pertanto non è raggiungibile al riguardo alcuna certezza ⁽¹⁹⁾, ma è difficile credere che, qualora la morte dello schiavo fosse stata in qualche modo addebitabile a *culpa* del conduttore, questi avrebbe solo perso la *merces*.

lus: immo quaeritur, quid actum est, utrum ut pro his qui impositi an pro his qui deportati essent, merces daretur: quod si hoc apparere non poterit, satis erit pro nauta, si probaverit impositum esse mancipium». Nell'esegesi del frammento, i problemi relativi all'effettiva rispondenza del testo al pensiero labeoniano si pongono non tanto rispetto al sospetto di interpolazioni giustinianee — che sono generalmente escluse (cfr. per tutti F. HAYMANN, *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht*. II. *Periculum est emptoris*, in *ZSS*, 41, 1920, 155 s., che pure ritiene interpolata la nota di Paolo: cfr. anche ID., *Zur Klassizität des periculum emptoris*, in *ZSS*, 48, 1928, 407 nt. 3) — quanto rispetto alla fedeltà dell'epitome paolina al testo originario. In generale, la dottrina è ormai per lo più convinta non solo del fatto che Paolo avesse a disposizione un originale dell'opera di Labeone (i dubbi di F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen, 1960, 144, sono ormai superati: cfr. M. TALAMANCA, *I 'pithana' di Labeone e la logica stoica*, cit., 3 nt. 9), ma anche di una sua rigorosa fedeltà al testo, determinata dalla natura stessa della sua critica e dalla necessità di evitare l'accusa di aver manipolato il pensiero di Labeone al fine di meglio criticarlo (è l'ipotesi di J. A. C. THOMAS, *Pithanon Labeonis a Paulo epitomatorum libri VIII*, in *Daube Noster. Essays in Legal History for D. Daube*, Edinburgh-London, 1974, 319 e 323, su cui M. TALAMANCA, *I 'pithana' di Labeone e la logica stoica*, cit., 4 s.; cfr. anche M. BREONE, *Tecniche e ideologie*², cit., 149).

⁽¹⁸⁾ Cfr., per una lettura della morte come «*Ereignis höherer Gewalt*», M. KASER, *Periculum locatoris*, in *ZSS*, 74, 1957, 189.

⁽¹⁹⁾ Potendosi anche pensare che Labeone ponga il «pericolo» a carico del conduttore in considerazione della natura dell'attività svolta: cfr., in questo senso, F. WUBBE, *Labeo zur Gefahrtragung im Bauvertrag*, in *AA.VV., L'homme dans son environnement — Mensch und Umwelt*, Fribourg, 1980, 143 ss., spec. 146; R. CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, Milano, 1995, 347 ss.

Nella soluzione labeoniana, dunque, il *conductor* sopporta il *damnum* causato dalla morte dello schiavo perché non ha portato a compimento (anche se non per sua colpa) la propria prestazione di condurre lo schiavo a destinazione, ma, non avendo responsabilità nella morte dello schiavo, la sola conseguenza negativa è per lui il non ricevere la *vectura* ⁽²⁰⁾.

Il commento di Paolo individua due possibili assetti negoziali, che sono stati variamente interpretati:

a) per una prima teoria, la morte dello schiavo non dovrebbe essere intesa come *vis maior*, ma come *vitium rei*: Paolo avrebbe pertanto distinto tra la normalità dei casi, in cui la *merces* è dovuta comunque al *nauta*, in quanto la cosa era «viziata», e il caso specifico in cui il *dominus* dello schiavo si sia riservato di pagare solo per gli schiavi che fossero giunti a destinazione ⁽²¹⁾;

b) per una seconda lettura, la morte dello schiavo costituirebbe sì un caso di *vis maior*, ma Paolo avrebbe distinto tra due differenti criteri di determinazione della *merces*: in proporzione agli schiavi caricati o in proporzione agli schiavi riconsegnati al porto d'arrivo ⁽²²⁾. Questa diversa modalità di determinazione della *vectura* avrebbe avuto l'effetto di spostare temporalmente il momento del passaggio del rischio: prima del carico, esso sarebbe stato sopportato dal conduttore;

⁽²⁰⁾ Sul rapporto con Lab. 1 *pith.* D. 19, 2, 62 cfr. R. FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 134 s., nt. 27.

⁽²¹⁾ P. HUVELIN, *Études d'histoire du droit commercial romain*, Paris, 1929, 93.

⁽²²⁾ Così R. RÖHLE, *Das Problem der Gefahrtragung im Bereich des römischen Dienst-und Werkvertrages*, in *SDHI*, 34, 1968, 216; R. CARDILLI, *Praestare*, cit., 349. Nessuno dei due autori è esplicito nel qualificare come *locatio Mancipiorum vehendorum* entrambi i rapporti, ma la loro posizione risulta evidente tanto per la terminologia usata (il *nauta* è sempre *conductor* e il proprietario dello schiavo è sempre *locator*), sia per la sostanza della ricostruzione. Vicina a questa posizione potrebbe essere la lettura di C. ALZON, *Problèmes relatifs à la location des entrepôts en droit romain*, Paris, 1965, 76 nt. 380, per il quale Paolo avrebbe sostenuto che «est due tout de même» la *vectura* per lo schiavo «donné à transporter»; ma l'a. giunge a questa conclusione non tenendo in alcun conto la prima parte della nota di Paolo.

dopo, dal locatore ⁽²³⁾. Paolo, in altre parole, avrebbe privilegiato «un contenuto dell'*oportere ex fide bona* del trasportatore essenzialmente di «comportamento» e non più di «risultato» ⁽²⁴⁾;

c) per una terza teoria, il giurista severiano avrebbe distinto tra una *locatio Mancipiorum Vehendorum* (rispetto agli schiavi *deportati*) e una *conductio* (rispetto agli schiavi *impositi*) dell'intera nave ⁽²⁵⁾ o di singoli *loca* della stessa ⁽²⁶⁾ — ossia secondo schemi locativi che tra breve esamineremo ⁽²⁷⁾.

La soluzione *sub a)* non appare convincente. Nulla, nel passo, induce a ritenere che la valutazione labeoniana della morte dello schiavo quale *vis* — che è indubbia: altrimenti si arriverebbe al paradosso che il *nauta* debba sopportare il danno per un *vitium* dello

⁽²³⁾ R. RÖHLE, *Gefahrtragung*, cit., 216: «vor dem Beladen des Schiffes trägt der conductor, danach der locator die Gefahr der Gegenleistung»; cfr. R. CARDILLI, *Praestare*, cit., 349 nt. 81.

⁽²⁴⁾ R. CARDILLI, *Praestare*, cit., 349.

⁽²⁵⁾ Così già VIVIANI, *casus ad D. 14. 2. 10. pr.*; cfr. anche FR. PRINGSHEIM, *Id quod actum est*, in ZSS, 78, 1961, 29; E. BETTI, 'Periculum'. *Problemi del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano*, in Studi P. de Francisci, I, Milano, 1956, 189; ID., *Zum Problem der Gefahrtragung bei zweiseitig verpflichtenden Verträgen*, in ZSS, 82, 1965, 4; ID., *Istituzioni di diritto romano*, II.1, Padova 1962, 222 nt. 13; 498; 425 s.; W. FORMIGONI, *Pithanōn*, cit., 58 ss.

⁽²⁶⁾ Così J. A. C. THOMAS, *Carriage by Sea*, cit., 496 e nt. 26.

⁽²⁷⁾ Le proposte interpretative sono in realtà almeno quattro, perché secondo L. R. MÉNAGER, 'Naulum' et 'receptum rem salvam fore'. *Contribution à l'étude de la responsabilité contractuelle dans les transports maritimes, en droit romain*, in RHDFE, s. IV, 37, 1960, 404, nt. 160, il rapporto sarebbe in entrambi i casi un contratto di trasporto, ma non privatistico, bensì imposto dall'*«état»*: «la question posée par Paul opère une distinction entre les esclaves que l'état impose aux nautae de transporter [...] et ceux qui sont frappés d'une deportatio in insulam. La teneur du responsum invite fort à penser que les conditions faites au nauta pour le transport des déportés étaient loin de lui procurer le profit de la vectura des imposita Mancipia». La soluzione non mi sembra in alcun modo da accogliere perché non è suffragata da alcun elemento presente nel passo. Allo stesso modo, mi sembra frutto di una incomprensione del testo la lettura di A. J. M. MEYER-TERMEER, *Die Haftung der Schiffer im griechischen und römischen Recht*, Zutphen, 1978, 183 nt. 19, per il quale Paolo avrebbe affermato «dass Frachtgeld für die an Bord gebrachten Sklaven bezahlt werden musste, wobei es nicht erheblich war, dass ein oder mehrere Sklaven ihren Bestimmungsort nicht erreicht hatten, da sie unterwegs gestorben waren».

schiavo trasportato — sia stata sostituita da Paolo con un diverso criterio.

Non mi sembra possa essere accolta neanche la proposta *sub b)*. Infatti, qualora Paolo avesse davvero trasformato la prestazione del *conductor* in una obbligazione di comportamento anziché di risultato, ne risulterebbe non solo un contrasto vivissimo con la proposizione di Labeone — che invece nel commento di Paolo assume in genere i toni della precisazione e del «distinguo», senza porre radicalmente in crisi la soluzione labeoniana ⁽²⁸⁾ — ma anche una strutturazione del rapporto di locazione marittima più vicina allo schema della *locatio* cd. *operarum* che a quello della *locatio* cd. *operis* — il che costituirebbe, nelle fonti a nostra disposizione, un *unicum*, ed è pertanto assai improbabile ⁽²⁹⁾.

Non resta che la proposta *sub c)*. Paolo, riferendosi all'*id quod actum est*, intende opporre alla univoca soluzione di Labeone la necessità di una distinzione tra l'ipotesi in cui il *nauta* si sia obbligato semplicemente a mettere la nave (o singoli *loca* della stessa) a disposizione del *dominus* — l'ipotesi, cioè, di una *conductio navis* (o *locorum navis*) — e il caso in cui il *nauta* si sia obbligato a trasportare gli schiavi sino a destinazione — ossia una *locatio mancipiorum vehendorum*. Al primo caso corrisponde la fattispecie della *merces* computata sul numero di schiavi caricati, che non è suscettibile di modificazioni per eventi che impediscano l'arrivo dei *mancipia* a destinazione; al secondo la fattispecie della *merces* calcolata sul numero di schiavi

⁽²⁸⁾ Cfr. ancora M. TALAMANCA, *I 'pithana' di Labeone e la logica stoica*, cit., 36 nt. 103. Secondo I. MOLNÁR, *Verantwortung und Gefahrtragung bei der 'locatio conductio' zur Zeit des Principats*, in *ANRW*, II. 14, Berlin - New York, 1982, 653, in D. 14, 2, 10 pr., l'opposizione tra i due giuristi sarebbe completa: per Labeone, la «*Lohngefahr*» sarebbe sopportata integralmente dal conduttore, mentre Paolo affermerebbe «*genau das Gegenteil*». La distanza tra i due giuristi sarebbe dovuta allo sviluppo dei principi della «*Gefahrtragung*» nel «*Werkvertrag*», che con Labeone era ancora agli inizi, mentre con Paolo sarebbe giunta a completa maturazione. Tuttavia, come vedremo nel corso dell'analisi, la posizione di Paolo finisce sostanzialmente per coincidere con quella labeoniana.

⁽²⁹⁾ Sui possibili assetti di interessi in un contratto di locazione marittima (*locatio rerum vehendarum*, *conductio navis*, *conductio locorum navis*) cfr. per tutti J. A. C. THOMAS, *Carriage by Sea*, cit., 496 s.

che pervengano al porto di arrivo, che invece è chiaramente condizionata dall'evento della morte di uno degli schiavi.

Senonché un simile maggiore ventaglio di possibilità è, rispetto alla soluzione labeoniana, un ampliamento un po' pedante, che non tiene conto della logica «relativa» e «probabile» delle soluzioni offerte nei *Pithana* ⁽³⁰⁾: la soluzione labeoniana non ha valore assoluto e, come vedremo tra breve, Labeone aveva ben presente la complessità delle possibili articolazioni di una locazione marittima.

3. Le prestazioni delle parti nel contratto di locazione della nave.

Ne abbiamo una prova immediata in un'altra soluzione contenuta nel § 2 del medesimo frammento:

Lab. 1 *pith. a Paulo epit.* D. 14, 2, 10, 2: «se hai preso in conduzione una nave [con la capacità] di duemila anfore e vi hai portato delle anfore, devi un prezzo per duemila anfore. *Paolo*: piuttosto, se hai preso in conduzione la nave per intero, la mercede è dovuta per duemila; se la mercede è stata stabilita in relazione al numero di anfore caricate, la soluzione è quella contraria: infatti sei tenuto a corrispondere il prezzo per tante anfore quante ne hai trasportate» ⁽³¹⁾.

La fattispecie descritta da Labeone è questa volta una *conductio navis*, e la «massima» che il giurista augusteo stabilisce al riguardo è del tutto diversa da quella di D. 14, 2, 10 pr.

⁽³⁰⁾ Tanto che per questo motivo taluno ha addirittura sospettato il ricorrere di una interpolazione: cfr. F. HAYMANN, *Textkritische Studien*, cit., 155 s.; ID., *Zur Klassizität des periculum emptoris*, cit., 407 nt. 3; cfr. anche M. KASER, *Periculum locatoris*, cit., 188. Per E. BETTI, *Periculum*, cit., 189, sarebbe interpolata solo la porzione di testo *quod si fine*.

⁽³¹⁾ Lab. 1 *pith. a Paulo epit.* D. 14, 2, 10, 2: «*si conduxisti navem amphorarum duo milium et ibi amphoras portasti, pro duobus milibus amphorarum pretium debes. Paulus: immo si aversione navis conducta est, pro duobus milibus debetur merces: si pro numero impositarum amphorarum merces constituta est, contra se habet: nam pro tot amphoris pretium debes, quot portasti*».

Non che le fattispecie siano perfettamente comparabili: nel *principium* si discuteva della necessità o meno del pagamento nell'ipotesi di intervento di una *vis*; nel § 2 si dice semplicemente che, nel caso di conduzione di una nave capace di trasportare duemila anfore, non importa quante anfore siano state effettivamente trasportate, perché la *merces* sarà sempre calcolata su duemila anfore ⁽³²⁾. Ma è evidente che, nella seconda ipotesi, qualora alcune anfore non giungessero a destinazione, il locatore della nave non sopporterebbe comunque alcun danno: in una *conductio navis* la *merces* è dovuta *pro duobus milibus amphorarum* perché il proprietario della nave ha comunque garantito il godimento — di una nave di quella portata un godimento che coincide con la possibilità del trasporto (Labeone precisa: *et ibi amphoras portasti*), non rilevando a tal fine né il numero delle anfore effettivamente caricate, né il numero di quelle giunte a destinazione.

Paolo compie un altro «distinguo», differenziando le soluzioni a seconda che la nave sia stata *conducta aversione*, oppure che la *merces* sia stata stabilita *pro numero impositarum amphorarum*.

Rispetto all'interpretazione della prima ipotesi non sorgono questioni particolari: si tratta di una conduzione della nave nel suo complesso.

La seconda potrebbe apparire problematica. Paolo scrive che la *merces* è dovuta *pro tot amphoris [...], quot portasti*. Si tratta forse di una *locatio amphorarum vehendarum*? ⁽³³⁾ Io credo di no: in D. 14, 2, 10 pr., Paolo aveva chiaramente (anche se implicitamente) assoggettato la *locatio mancipiorum vehendorum* alle stesse regole elaborate da Labeone, ossia aveva attribuito al *nauta* la responsabilità per il carico non giunto a destinazione; è impossibile pensare che ora egli si contraddica così gravemente. Né può ritenersi che il *portare* del § 2 abbia lo stesso valore del *deportare* del *principium*. Anzi, è proprio il preverbo perfettivizzante *de-*, che trasforma l'aspetto verbale dal dura-

⁽³²⁾ Tanto che G. VON BESELER, *Einzelne Stellen*, in ZSS, 43, 1922, 541, proponeva di sostituire *ibi* con *mille* (ipotizzando un passaggio da M a IVI a *ibi*).

⁽³³⁾ Così C. ALZON, *Location des entrepôts*, cit., 242, seguito da R. ROBAYE, *L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain*, Bruxelles, 1987, 64 e nt. 14.

tivo al momentaneo (non solo «trasportare», ma «trasportare da un luogo ad un altro»), ad attestare chiaramente la differenza semantica tra i due termini ⁽³⁴⁾: nel *principium* la *merces* è calcolata su quanti schiavi giungano a destinazione, nel § 2 su quante anfore siano state caricate e trasportate, giungano o meno al porto d'arrivo.

In realtà, anche la seconda fattispecie di D. 14, 2, 10, 2 consiste in una *conductio navis*, ma verisimilmente in una *conductio* dei *loca navis*, ossia di un'area della nave riservata al conduttore: Paolo distingue l'ipotesi in cui il padrone delle anfore abbia preso in locazione l'intera nave — e pertanto deve pagare la *merces* per la sua capienza, a prescindere da quante ne abbia effettivamente caricate — dall'ipotesi in cui ne abbia preso in locazione solo una parte, calcolata sulle *amphorae impositae* — e pertanto deve pagare in proporzione alle anfore effettivamente caricate e trasportate. Va ricordato, peraltro, che entrambi gli assetti di interessi sono accostati e contrapposti in un altro passo di Paolo: «[...] e se non abbia preso in conduzione l'intera nave, agirà in giudizio in qualità di conduttore, così come i passeggeri che abbiano preso in conduzione degli spazi sulla nave [...]» ⁽³⁵⁾.

Ancora una volta, come si vede, il commento di Paolo non è una critica radicale delle proposizioni labeoniane, ma una mera individuazione di scenari alternativi: la sua soluzione non è diversa da quella di Labeone, ma semplicemente più circostanziata. Il giurista severiano, così come quello augusteo, sostiene che, in una *conductio navis*, il *dominus amphorarum* deve pagare la *merces* per le *amphorae* caricate, e non per quelle che giungano a destinazione; l'unica differenza tra le due prospettive è la precisazione che, nel caso di *conductio* dei *loca navis*, sarà dovuta una *merces* proporzionata alle anfore effettivamente caricate, e non a quelle che la nave potrebbe in astratto caricare.

⁽³⁴⁾ Per questo valore del *de-* mi limito a rinviare a M. LEUMANN - J. B. HOFMANN - A. SZANTYR, *Lateinische Grammatik*. II. *Lateinische Syntax und Stylistik*, München, 1965, 263 s. e, soprattutto, ad A. TRAINA - B. BERNARDI PERINI, *Propedeutica al latino universitario*⁵, Bologna, 1995, 214 ss. È da notare che G. VON BESELER, *Einzelne Stellen* (1922), cit., 541, riteneva possibile tradurre il *portare* di *ibi portasti* non solo come «transportieren», ma anche come «aufladen».

⁽³⁵⁾ Paul. 34 *ad ed.* D. 14, 2, 2 pr.: «[...] at si non totam navem conduxerit, ex conducto aget, sicut vectores, qui loca in navem conduxerunt [...]».

Non solo, ma questa sostanziale uniformità di vedute si accorda anche — nonostante la relativa coincidenza tra le fattispecie — con il commento di Paolo a D. 14, 2, 10 pr.: nella *locatio mercium vehendarum* il rischio è sopportato dal *nauta*-conduttore; nella *conductio navis* (o *locorum navis*) dal *dominus*-conduttore.

4. Una locazione marittima ‘mista’?

Concluso l’esame dei casi più semplici, possiamo passare all’analisi di una fattispecie alquanto complessa, conservata nella parte centrale del frammento:

Lab. 1 *pith. a Paulo epit.* D. 14, 2, 10, 1: «se hai preso in conduzione una nave con la condizione che proprio con quella fossero trasportate le tue merci, e l’armatore, senza essere costretto da alcuna necessità e sapendo che tu eri contrario, le abbia trasferite su una nave peggiore, e le tue merci siano perite con la nave con cui da ultimo sono state trasportate, puoi agire con l’azione di locazione conduzione nei confronti del primo armatore. *Paolo*: piuttosto è vero il contrario, qualora durante la navigazione siano perite entrambe le navi senza dolo e colpa degli armatori. E la medesima soluzione giuridica si avrà se il primo armatore, trattenuto da un potere pubblico, sia stato impedito di navigare con le tue merci. E la medesima soluzione giuridica si avrà se l’armatore abbia preso in conduzione da te [delle merci] con la condizione che ti fosse pagata una determinata penale a meno che le tue merci non siano messe a disposizione, prima del giorno stabilito, nel luogo nel quale hai disposto fossero trasportate, e che la penale gli fosse rimessa se non fosse dipeso da lui il dover attendere. E la medesima soluzione giuridica osserveremo nel medesimo tipo di ragionamento, se sia provato che l’armatore non aveva potuto navigare perché impedito da una malattia. E lo stesso diremo se la nave riveli un vizio senza suo dolo né colpa» ⁽³⁶⁾.

⁽³⁶⁾ Lab. 1 *pith. a Paulo epit.* D. 14, 2, 10, 1: «*si ea condicione navem conduxisti, ut ea merces tuae portarentur easque merces nulla nauta necessitate co-*

Ai nostri fini, il problema principale posto dal passo è relativo alla qualificazione giuridica del rapporto.

La fattispecie discussa da Labeone sembra essere quella della *conductio navis* (si [...] *navem conduxisti*), ma l'assetto di interessi realizzato dalle parti appare contenere una *condicio*, e cioè che il *nauta* trasporti le *merces* — «*ad aliquem locum*», come spiega la Glossa accursiana⁽³⁷⁾. Viene il dubbio che alla *conductio navis* si accompagni una *locatio mercium vehendarum*, e il dubbio aumenta proseguendo nella lettura: se il *nauta* — ben sapendo che il *dominus* è contrario e senza alcuna *necessitas* — in virtù di un rapporto di sublocazione⁽³⁸⁾ trasferisce le merci in una nave diversa e peggiore, e questa nave perisce, il *dominus* delle merci può agire *ex conducto locato* con il primo *nauta* — l'unico con cui egli ha realizzato il contratto.

Ex conducto locato: questa «strana»⁽³⁹⁾ espressione ricorre, in altri passi⁽⁴⁰⁾, ad indicare in astratto, e senza riferimenti all'una o

*actus in navem deteriolem, cum id sciret te fieri nolle, transtulit et merces tuae cum ea nave perierunt, in qua novissime vectae sunt, habes ex conducto locato cum prior nauta actionem. Paulus: immo contra, si modo ea navigatione utraque navis periit, cum id sine dolo et culpa nautarum factum esset. idem iuris erit, si prior nauta publice retentus navigare cum tuis mercibus prohibitus fuerit. idem iuris erit, cum ea condicione a te conduxisset, ut certam poenam tibi praestaret, nisi ante constitutum diem merces tuas eo loci exposuisset, in quem devehendas eas merces locasse<s>[t], nec per eum stare, quo minus remissa sibi ea poena spectaret. idem iuris in eodem genere cogitationis observabimus, si probatum fuerit nautam morbo impeditum navigare non potuisse. idem dicemus, si navis eius vitium fecerit sine dolo malo et culpa eius». Il periodo più problematico sul piano dell'interpretazione letterale è «idem iuris erit, cum ea condicione [...] quo minus remissa sibi ea poena spectaret»: su di esso cfr. quanto ho scritto in R. FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 150 ss.*

⁽³⁷⁾ Gl. *si ea condicione*, ad D. 14, 2, 10, 1.

⁽³⁸⁾ Che bisogna ipotizzare per la presenza di due diversi *nautae*.

⁽³⁹⁾ Così, non comprendendo la logica del frammento, A. METRO, *La sublocazione dell'opus faciendum*, in *Collatio iuris Romani (Études H. Ankum)*, I, Amsterdam, 1995, 345 nt. 35.

⁽⁴⁰⁾ Ulp. 28 *ad ed.* D. 13, 6, 5, 12; Ulp. 31 *ad ed.* D. 50, 14, 2 pr. Unico caso analogo a quello in esame, in cui però non è da escludere un rinvio generico a tutte le azioni derivanti da locazione, è Ulp. 28 *ad ed.* D. 19, 2, 5: «*si tibi habitationem locavero, mox pensionem remittam, ex locato et conducto agendum erit*».

all'altra parte del contratto, le azioni che possono nascere da un rapporto di locazione. Ma qui il soggetto dell'*agere* è ben definito, ed è sempre lo stesso, il *dominus*. E allora dovremo ritenere:

— o che l'espressione sottintenda un rinvio ad una sola *actio*, *ex conducto* o *ex locato*, e che la peculiare locuzione sia stata originata da un'interpolazione ⁽⁴¹⁾ o da una sineddoche dello stesso Labeone ⁽⁴²⁾;

— oppure che i rapporti siano due, e che pertanto alle parti spettino l'una e l'altra azione, a diverso titolo ⁽⁴³⁾.

Quest'ultima soluzione ⁽⁴⁴⁾ mi pare la più persuasiva. Mi sembra, in altre parole, che vi siano motivi per pensare non ad un unico rapporto, *conductio navis* ⁽⁴⁵⁾ o *locatio mercium vehendarum* ⁽⁴⁶⁾,

⁽⁴¹⁾ Per alcuni, l'*actio* sarebbe *ex conducto*: F. DE MARTINO, *Lex Rhodia*, in questa *Rivista*, 1937, I. *Scritti di diritto romano*. II. *Diritto privato e società romana*, Roma 1982, 133; R. RÖHLE, *Zur Frage der sogenannten Verdrängenden Verursachung im römischen Recht*, in *SDHI*, 31, 1965, 310. Per altri, *ex locato*: A. METRO, *La sublocazione dell'opus faciendum*, cit., 345 nt. 35. Per G. VON BESELER, *Einzelne Stellen*, in *ZSS*, 47, 1927, 365, sarebbe interpolata l'intera espressione.

⁽⁴²⁾ In questo senso le letture della dottrina intermedia, su cui cfr. R. FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 144 nt. 50. In ogni caso, non mi sembra possibile accettare l'affermazione di FR. SCHULZ, *Classical Roman Law*, cit., 543 s., di una completa irrilevanza della terminologia per le parti del contratto.

⁽⁴³⁾ Come affermava, rispetto alla locazione dei fondi, Serv. fr. 29 LENEL = Afr. 8 *quaest.* D. 19, 2, 35, 1: «*agam tecum duabus actionibus, una ex conducto, altera ex locato: locati enim iudicio mea pars propria, conducti autem actione tua dumtaxat propria in iudicium venient*». Sul passo cfr. R. FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 230 ss.

⁽⁴⁴⁾ Ipotizzata secoli fa da J. CUIACII, *Observationes et emendationes* (III. 2), in *Opera*, III, Napoli, 1758, 57. B. Il Cujas propone entrambe le soluzioni, ed anzi — a proposito della prima — richiama come esempi di sineddoche (*ex empto vendito* per *ex empto*) Iul. 25 *dig.* D. 18, 4, 19; Ulp. 23 *ad ed.* D. 19, 1, 33 (dove però mi sembra che il rinvio sia generico, alle azioni di compravendita) e Varr. *re rust.* 2, 2, 6. Ma poi aggiunge: «*verum aliter in ea lege inita est locatio: nam vector onus vehendum dedit, hic autem navem utendam accepit: atque adeo conductor hoc casu est, illo locator*».

⁽⁴⁵⁾ Come ipotizzano R. VON JHERING, *Kritisches und exegetisches Allerlei*, in *Jher. Jb.*, 15, 1877, 396; F. DE MARTINO, *Lex Rhodia*, cit., 108, 134; J.-F. GERKENS, *'Aequae perituris ...' Une approche de la causalité dépassante en droit romain classique*, Liège, 1997, 241 s. (cfr. anche C. A. CANNATA, *Su alcuni problemi relativi alla 'locatio horrei' nel diritto romano classico*, in *SDHI*, 30, 1964, 242 s.; R. RÖHLE, *Zur Frage der sogenannten Verdrängenden Verursachung*, cit., 310).

ma a (un rapporto economico unitario, che però giuridicamente si scinde in) due contratti per i quali si agisce con due distinte azioni. Una simile combinazione di assetti di interessi potrebbe infatti essere finalizzata a una migliore tutela del proprietario delle merci che fosse interessato a scegliere la nave ⁽⁴⁷⁾ — e, anzi, il passo lascia chiaramente comprendere che nel caso in questione il *dominus mercium* voleva proprio quella nave (è da notare la precisazione *cum id sciret te fieri nolle* ⁽⁴⁸⁾).

D'altra parte, una simile combinazione di assetti d'interessi è attestata anche in un altro passo di Labeone, tratto dall'epitome di Giavoleno ai suoi *Posteriores*:

Lab. 5 *post. a Iav. epit.* D. 19, 2, 60, 8: «hai preso in conduzione un veicolo per portare un tuo carico fino ad una certa destinazione: quando si doveva traversare un ponte, il concessionario del ponte ⁽⁴⁹⁾ esigea dal guidatore del veicolo un pedaggio: ci si chiedeva se si dovesse pagare il pedaggio anche per il solo veicolo. Ritengo che il guidatore del veicolo dovrà pagare se, nel

⁽⁴⁶⁾ Così A. METRO, *La sublocazione dell'opus faciendum*, cit., 345 e nt. 35.

⁽⁴⁷⁾ L. R. MENAGER, 'Naulum' et 'receptum rem salvam fore', cit., 388, ha esattamente rilevato che «l'hypothèse mise en avant par Labéon est celle d'un contrat de transport à propos duquel le marchand a exigé que le fret soit chargé sur un bateau déterminé», ma ritiene che comunque il rapporto consista in una *locatio conductio navis*.

⁽⁴⁸⁾ E non c'è alcun bisogno di pensare, al riguardo, ad una interpolazione, come invece propongono G. VON BESELER, *Einzelne Stellen* (1927), cit., 365; F. DE MARTINO, *Lex Rhodia*, cit., 133; H. NIEDERMEYER, *Studie zu den wissenschaftlichen Grundlagen der Lehre von der Mora seit Sabinus*, in *Festschrift Fr. Schulz*, I, Weimar, 1951, 450.

⁽⁴⁹⁾ Su questa figura come concessionario dell'uso di un bene pubblico cfr., in relazione al passo qui discusso, S. J. DE LAET, *Portorium*, Brugge, 1949, 365 nt. 3; J. L. MURGA, *Las acciones populares en el municipio de Irni*, in *BIDR*, 88, 1985, 238 nt. 77; ID., *La ganancias ilícitas del magistrado municipal a tenor del c. 48 de la lex Irnitana*, in *BIDR*, 92-93, 1989-1990, 3 nt. 6; ID., *La 'popularidad' de las acciones en las leyes municipales de la Betica*, in *RIDA*, s. III, 38, 1991, 240 nt. 40.

momento in cui ha concluso la locazione del veicolo, non ignorava di dover passare» ⁽⁵⁰⁾).

Labeone afferma che il pedaggio deve essere diviso tra il *dominus vehiculi* e il *dominus mercium*, i quali devono pagare ciascuno per il proprio bene ⁽⁵¹⁾; il tutto, come parrebbe mostrare il rilievo dato alla *scientia* del *mulio*, in considerazione del principio della *bona fides* ⁽⁵²⁾.

⁽⁵⁰⁾ Lab. 5 *post. a lav. epit.* D. 19, 2, 60, 8: «*vehiculum conduxisti, ut onus tuum portaret et secum iter faceret: id cum pontem transiret, redemptor eius pontis portorium ab eo exigebat: quaerebatur, an etiam pro ipsa sola reda portorium daturus fuerit. puto, si mulio non ignoravit ea se transiturum, cum vehiculum locaret, mulionem praestare debere*».

⁽⁵¹⁾ È questa l'interpretazione dei giuristi bizantini e medievali: cfr. riferimenti in R. FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 145 nt. 60. La *quaestio* posta a Labeone, in altre parole, sarebbe stata la seguente: il *portorium* era previsto anche (*etiam*) per il solo carro, oppure esclusivamente per le merci? E, pertanto, il *dominus vehiculi* deve contribuire o meno al pagamento del *portorium*? Naturalmente, questa lettura fa sorgere il sospetto di un rimaneggiamento del testo; e forse non era del tutto fuori strada G. VON BESELER, *Unklassische Wörter*, in ZSS, 56, 1938, 58, quando proponeva una congetturale restituzione del passo nella quale il salto di una porzione di testo potrebbe spiegarsi come un omeoteleuto: *quaerebatur, an <portorium praestare deberes. Labeo ait interesse an> etiam pro ipsa sola reda portorium daturus fuerit*. Mi sembra, però, che una simile soluzione interpretativa sia comunque preferibile a quella della romanistica più recente, la quale ha affermato che secondo Labeone il proprietario del veicolo avrebbe dovuto pagare «lui même» (C. ALZON, *Location des entrepôts*, cit., 231 nt. 1074 e 243; R. ROBAYE, *L'obligation de garde*, cit., 171, del quale è la citazione). Questa lettura, infatti, da un lato non dà conto dell'*etiam* del penultimo periodo, che depone per una spesa sostenuta «anche», e non «soltanto» per la sola *reda* (e infatti l'*etiam* è tralasciato nella traduzione che del testo dà R. ROBAYE, *op. ult. cit.*, 171 nt. 54: «*la question était de savoir si le conducteur devait payer ce péage pour son seul véhicule*»). Dall'altro, essa non considera che il passo di Labeone costituisce, tutto sommato, una relativa eccezione a un regime in cui, normalmente, sono le *merces* ad essere oggetto di dazio, e non gli *instrumenta itineris*: cfr., al riguardo, [Quint.] *declam. min.* 359: «*praeter instrumenta itineris omnes res quadragensimam publicano debeant*», su cui cfr. per tutti S.J. DE LAET, *Portorium*, cit., 425 ss.; come nota quest'ultimo a. (*ibid.*, 428 nt. 3), il passo di Labeone ridimensiona la regola, in accordo con alcune iscrizioni africane (CIL, VIII, 10327-10328) e galliche (CIL, XII, 1082).

⁽⁵²⁾ Questa lettura mi sembra preferibile a quella, proposta da R. VIGNERON, *La conception originaire de la 'locatio conductio' romaine*, in *Mélanges F. B.*

Il profilo del passo per noi interessante è legato al fatto che l'accordo delle parti è presentato come una *locatio vehiculi* (*vehiculum conduxisti; cum vehiculum locaret*; e in questo senso è interpretata anche dagli *antecessores* bizantini ⁽⁵³⁾). E tuttavia, così come in D. 14, 2, 10, 1, al contratto è aggiunta una clausola (*ut onus tuum portaret et secum iter faceret*) che trasforma la prestazione del *dominus vehiculi* in una fattispecie più complessa, in cui alla *locatio redae* si aggiunge una *conductio mercium vehendarum* ⁽⁵⁴⁾. È, anzi, solo in virtù di quest'ultima — non certo in considerazione della mera *locatio redae* — che può essere addebitato al *dominus vehiculi* il pagamento di una parte del *portorium*.

In questa prospettiva interpretativa ⁽⁵⁵⁾, tentiamo di ricostruire il ragionamento di Labeone in D. 14, 2, 10, 1.

J. Wubbe, Fribourg, 1993, 516, secondo la quale Labeone si sarebbe limitato semplicemente a interpretare «*la volonté présumée des parties*».

⁽⁵³⁾ Cfr. Bas. 20. 1. 60. 8 (SCHELTEMA, A. III, 997); sch. Kyrillou. o *mist-hōsas* (15) ad loc. (SCHELTEMA, B. III, 1208).

⁽⁵⁴⁾ Cfr. anche, ma con i limiti legati alla loro interpretazione dei profili processuali, C. ALZON, *Location des entrepôts*, cit., 231 nt. 1074 e 243; R. ROBAYE, *L'obligation de garde*, cit., 171.

⁽⁵⁵⁾ Per inciso, è bene ricordare che l'ipotesi del negozio misto è stata già avanzata da C. ALZON, *Location des entrepôts*, cit., 242 s., seguito da R. ROBAYE, *L'obligation de garde*, cit., 63 s., ma in una formulazione che non può essere accettata. I due studiosi, infatti, non si sono limitati a rilevare, in D. 14, 2, 10, 1, il ricorrere di due forme di locazione, ma hanno anche affermato che, in simili ipotesi, il pretore non avrebbe concesso due azioni, bensì una sola (indifferentemente *ex locato* o *ex conducto*), in quanto il giudice avrebbe potuto comunque tener conto di tutti gli aspetti del contratto in virtù del principio della *bona fides*: «*il va de soi que le préteur n'aura nullement besoin de délivrer les deux actions puisque le juge, en vertu de la bonne foi, pourra tenir compte de tous les aspects du contrat*» (C. ALZON, *op. ult. cit.*, 240 s.; cfr. anche *ibid.*, 244 e R. ROBAYE, *op. ult. cit.*, 170). Una simile lettura, a mio avviso, non riesce a dar conto di passi come D. 19, 5, 1, 1 (su cui *infra*, § 5), che non sono comprensibili se non nella necessità di individuare, tra l'*actio locati* e l'*actio conducti*, quella adeguata al caso (e ciò sia rispetto alla posizione del problema, sia rispetto al ricorso ad una *actio civilis in factum* in caso di dubbi insuperabili): l'Alzon ha ritenuto tanto banale la distinzione tra *conductio navis* e *locatio mercium vehendarum* da concludere che D. 19, 5, 1, 1 non si riferisca a questa distinzione (*op. ult. cit.*, 241 nt. 1118), bensì a quella tra «*contrat mixte de transport [...] considéré comme une locatio rei*» e «*contrat de transport ordinaire [...] qui est une locatio operis*» (*op. ult. cit.*, 244 nt. 1130). Ma è agevole notare come — nella

Il primo rapporto è una *conductio navis*: il proprietario della nave — secondo quanto rilevato rispetto a D. 14, 2, 10, 2 — deve prestare al conduttore (proprietario delle merci) il godimento della nave locata. Nel caso specifico, il godimento della nave doveva essere rappresentato dal fatto che in essa erano caricate le merci del conduttore. Rispetto a questo assetto di interessi, il trasbordo da una nave all'altra, qualitativamente peggiore ⁽⁵⁶⁾, costituisce di per sé un inadempimento, e il *nauta* sarà tenuto *ex conducto*.

Il secondo rapporto è una *locatio mercium vehendarum*: il *nauta* è conduttore, e deve garantire al locatore (proprietario delle merci) il trasporto delle mercanzie fino al porto di destinazione. Poiché il carico affonda, il conduttore è responsabile per il suo comportamento, sia nel senso che non ha compiuto la sua prestazione, sia nel senso che, perdendo le merci, ha causato un danno al locatore. In questo caso, il conduttore risponderà *ex locato* ⁽⁵⁷⁾.

In una simile combinazione di rapporti, la piena tutela del *dominus mercium* è ottenibile solo agendo *ex conducto* ed *ex locato* — e forse non è un caso che Labeone, assecondando l'ordine in cui presenta le due fattispecie, inverta la consueta formula *ex locato conduco* ⁽⁵⁸⁾. Con l'una e l'altra azione, il proprietario delle merci agirà per l'inadempimento (mancato godimento della nave; mancato trasporto

stessa logica della teoria di questo autore — se davvero il giudice potesse, sulla base della *bona fides*, giudicare del rapporto in tutti i suoi aspetti a prescindere dal tipo di *actio* utilizzata (*locati* o *conducti*), allora egli non dovrebbe avere difficoltà nemmeno in caso di dubbio tra contratto «misto» e contratto «ordinario», e non si spiegherebbe comunque la scelta dell'*actio in factum*.

⁽⁵⁶⁾ Per F. DE MARTINO, *Lex Rhodia*, cit., 134, *deteriorem* sarebbe interpolato (al posto di *aliam*): Labeone avrebbe inteso escludere «dai poteri del *nauta* quello di trasferire il carico su una nave diversa, a prescindere da ogni valutazione di colpa». Ma mi sembra che invece la precisazione delle caratteristiche della nave si inserisca bene nella logica del giurista — oltre a legarsi al *si minus idoneae navis* di D. 19, 2, 13, 1, su cui *infra*. Sembrerebbe, insomma, potersi dedurre dal tenore del passo che, per Labeone (come più tardi per Ulpiano: cfr. Ulp. 32 *ad ed.* D. 19, 2, 9 pr.), l'eventuale messa a disposizione di una nave qualitativamente analoga potesse non comportare una responsabilità del *prior nauta*.

⁽⁵⁷⁾ Sempre che non sia possibile estendere a Labeone la responsabilità per *custodia* posta da Ulpiano a carico del *locator navis* (cfr. D. 4, 9, 3, 1, su cui *infra*, nt. 70); ma non abbiamo elementi al riguardo.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. i passi citati *supra*, nt. 40.

delle merci); con l'*actio locati* agirà per il danno della perdita del carico.

Peraltro, è opportuno ricordare che in un passo parallelo, se non addirittura originato dalla stessa *quaestio* ⁽⁵⁹⁾, la medesima fattispecie viene descritta da Labeone unicamente in termini di contratto di trasporto:

Lab. fr. 294 Lenel = Ulp. 32 *ad ed.* D. 19, 2, 13, 1: «se un armatore abbia preso in conduzione un carico per portarlo a Minturno e, poiché quella nave non era in grado di risalire il fiume di Minturno, trasferisca le merci su un'altra nave, e quest'ultima nave perisca all'imboccatura del fiume, sarà tenuto il primo armatore a risarcire il danno? Labeo afferma che, se non vi è colpa, non è tenuto: altrimenti, se abbia agito contro la volontà del proprietario [delle merci] o in una circostanza in cui non doveva o su una nave meno idonea, allora si agirà con l'azione di locazione» ⁽⁶⁰⁾.

⁽⁵⁹⁾ Sul rapporto tra i due passi, cfr. per tutti O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Lipsiae, 1889, 544 nt. 1; F. DE MARTINO, *Lex Rhodia*, cit., 132 ss.; T. GIARRO, *Excusatio necessitatis nel diritto romano*, Warszawa, 1982, 112; R. KNÜTEL, *Die Haftung für Hilfspersonen im römischen Recht*, in ZSS, 100, 1983, 416; M. BRENONE, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari, 1987, 206-297 ss.; A. METRO, *La sublocazione dell'opus faciendum*, cit., 344 ss.; R. CARDILLI, *Praestare*, cit., 356 nt. 105; contrario sembra essere C. A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Catania, 1996, 203 nt. 242.

⁽⁶⁰⁾ Lab. fr. 294 LENEL = Ulp. 32 *ad ed.* D. 19, 2, 13, 1: «*si navicularius onus Minturnas vehendum conduxerit et, cum flumen Minturnense navis ea subire non posset, in aliam navem merces transtulerit eaque navis in ostio fluminis perierit, tenetur primus navicularius? Labeo, si culpa caret, non teneri ait: ceterum si vel invito domino fecit vel quo non debuit tempore aut si minus idoneae navi, tunc ex locato agendum*». Il frammento è stato spesso sospettato, soprattutto in passato, di interpolazioni, ma la sua genuinità è ormai generalmente ammessa: cfr. nel primo senso (oltre la generica critica di E. SECKEL - E. LEVY, *Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht*, in ZSS, 47, 1927, 247 nt. 2), G. VON BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, I, Tübingen, 1910, 50 (*si culpa caret; ceterum — agendum*); III, cit., 13 (aggiunge *Minturnense; ea; non teneri*); FR. SCHULZ, *Die Haftung für das Verschulden der Angestellten im klassischen römischen Recht*, in *Grünhuts Zschr.*, 38, 1911, 51 s. (*si culpa caret, non teneri; ceterum; vel ... vel quo — tunc*); TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Wien-München, 1956, 33 (*Minturnense;*

Nonostante la differente cifra «stilistica» — determinata dall'essere D. 14, 2, 10, 1 un testo appartenente alla letteratura problematica, e D. 19, 2, 13, 1 un testo di commento all'editto ⁽⁶¹⁾ — le somiglianze tra i due frammenti sono notevoli. In entrambi i casi ci si interroga sulla responsabilità del *prior nauta* / *primus navicularius* per aver trasbordato delle merci da una nave all'altra in virtù di un rapporto di sublocazione ⁽⁶²⁾; nel primo passo si afferma la responsabilità del *nauta* per aver trasferito le merci in una nave peggiore contro la volontà del *dominus mercium*; nel secondo passo si esclude la responsabilità, salvo il caso in cui le merci siano state trasferite su una nave meno adatta o contro la volontà del *dominus* ⁽⁶³⁾. Le uniche differenze tra i due testi sono date dal fatto che nel secondo si aggiunge il requisito del *tempus* sbagliato e, soprattutto, si precisa che il *nauta* ha trasferito il carico sulla scorta di una necessità ⁽⁶⁴⁾, mentre in nel primo frammento si afferma che questi era *nulla necessitate coactus*.

ea; tenetur primus navicularius; si culpa caret; ceterum; aut si minus idoneae navi); J. C. VAN OVEN, *Actio de recepto et actio locati*, in *TR*, 24, 1956, 46 (*si culpa caret*); J. A. C. THOMAS, *Carriage by Sea*, cit., 503 (*si culpa caret; aut minus idoneae navi*); A. GUARINO, *Magister e gubernator navis*, in *Labeo*, 11, 1965, 40 nt. 36 (*aut si minus idoneae navis*); I. DE FALCO, *Diligentiam praestare. Ricerche sull'emersione dell'inadempimento colposo delle 'obligationes'*, Napoli, 1991, 77 ss. (*si culpa caret; ceterum — agendum*). Per la genuinità si pronunciano invece, con buoni argomenti, R. ROBAYE, *L'obligation de garde*, cit., 90; R. KNÜTEL, *Die Haftung für Hilfspersonen*, cit., 417, 324 (in particolare su *si culpa caret*); R. CARDILLI, *Praestare*, cit., 354 ss.; nonché G. MACCORMACK, *Custodia and culpa*, in *ZSS*, 89, 1972, 200 s. e nt. 148; C. A. CANNATA, *Una casistica della colpa contrattuale*, in *SDHI*, 58, 1992, 423.

⁽⁶¹⁾ Cfr. M. BREONE, *Storia*, cit., 298.

⁽⁶²⁾ Ipotizzato da A. METRO, *La sublocazione dell'opus faciendum*, cit., 344 ss. Al riguardo, mi sembra di dover superare i dubbi che avevo manifestato in R. FIORI, *La definizione della locatio conductio*, cit., 149 nt. 71.

⁽⁶³⁾ Sembra peraltro doversi scartare l'ipotesi che ravvisa nel passo una responsabilità *ex recepto* (J. A. C. THOMAS, *Carriage by Sea*, cit., 502): cfr. per tutti C. ALZON, *Location des entrepôts*, cit., 90 nt. 443; G. C. J. J. VAN DEN BERGH, *Custodiam praestare*, in *TR*, 43, 1975, 69; R. KNÜTEL, *Die Haftung für Hilfspersonen*, cit., 416.

⁽⁶⁴⁾ Anche se è probabilmente errata l'identificazione di questa «necessità» (su cui cfr. in generale T. GIARO, *Excusatio necessitatis*, cit., 172) con una *vis maior* (così invece E. SECKEL - E. LEVY, *Gefahrtragung*, cit., 247; G. C. J. J. VAN

Su quest'ultimo punto i due passi sono in netto contrasto ⁽⁶⁵⁾, ma verisimilmente la differenza di soluzioni dipende dal diverso genere letterario delle opere, e cioè dalla maggiore aderenza del responso al caso concreto, nei *Libri ad edictum*, rispetto alla maggiore astrattezza della «massima» contenuta nei *Pithana*; e che lo stesso Labeone, in D. 14, 2, 10, 1, abbia inteso sottintendere che, quando vi fosse stata una necessità (come nell'ipotesi di D. 19, 2, 13, 1), non vi sarebbe stata responsabilità del *prior nauta*.

Il commento di Paolo a D. 14, 2, 10, 1 ⁽⁶⁶⁾, non è invece problematico. Salvo il primo caso — che sembra avere lo scopo di mettere in crisi il nesso di causalità tra il comportamento negligente del *nauta* e l'evento ⁽⁶⁷⁾ —, in esso vengono enumerati tutta una serie di impedimenti che rendono il comportamento del *nauta* «necessitato», e pertanto, in assenza di una *culpa* ulteriore, escludono una sua responsabilità. A ben vedere — nonostante l'*immo contra (si)* ⁽⁶⁸⁾ che intro-

DEN BERGH, *Custodiam praestare*, cit., 69), essendo più corretto pensare semplicemente ad un «inadeguato pescaggio dell'imbarcazione» (R. CARDILLI, *Praestare*, cit., 354), occorre precisare che questa seconda lettura non deve comunque far ricondurre l'impossibilità ad una negligenza del conduttore — come pure potrebbe accadere, posto che il rapporto è una *locatio mercium vehendarum*. In tal caso, infatti, non si spiegherebbe la *ratio* dell'esonerazione della responsabilità del *navicularius* nel caso in cui manchi una sua *culpa*. Piuttosto, sembra più corretto pensare ad una necessità tecnica (ad es. una inidoneità della prima imbarcazione alla navigazione fluviale) «esterna» al *navicularius* e non riconducibile alla sua sfera comportamentale.

⁽⁶⁵⁾ La soluzione più semplice per comporre il dissidio potrebbe essere quella di pensare ad una interpolazione di *nulla necessitate coactus*, come aveva già proposto F. DE MARTINO, *Lex Rhodia*, cit., 133, ma credo sia preferibile pensare a una diversità di generi letterari.

⁽⁶⁶⁾ Rispetto al quale non mi sembrano giustificati i sospetti di interpolazione della parte *cum id sine dolo et culpa* — fin., avanzati da H. NIEDERMEYER, *Studie zu den wissenschaftlichen Grundlagen*, cit., 450 ss., né della frase *idem iuris erit, si prior nauta — prohibitus fuerit*, itp. Per R. RÖHLE, *Gefahrtragung*, cit., 219 nt. 163.

⁽⁶⁷⁾ Sul problema, cfr. da ultimo J.-F. GERKENS, *Aequae perituris*, cit., 249 ss.; cfr. anche, variamente, H. NIEDERMEYER, *Studie zu den wissenschaftlichen Grundlagen*, cit., 451 s.; R. KNÜTEL, *Die Haftung für Hilfspersonen*, cit., 416 s. (per G. VON BESELER, *Einzelne Stellen* [1927], cit., 365 s., la frase sarebbe interpolata).

⁽⁶⁸⁾ PH. MEYLAN, *La loi 23 Dig. 46. 4 et la notion de bilatéralité du contrat de vente chez Labéon*, in *Studi S. Riccobono*, IV, Palermo, 1934, 288, notava

duce la nota paolina — non c'è alcuna reale contraddizione con le affermazioni di Labeone: in D. 14, 2, 10, 1 il giurista augusteo esaminava un caso in cui non solo non vi era stata alcuna *necessitas*, ma nel comportamento del *nauta* era ravvisabile anche una *culpa*; in D. 19, 2, 13, 1, coerentemente, escludeva il *teneri* del *nauta* quando vi fosse stata una necessità, ma lo affermava quando fosse intervenuta una *culpa*. Nell'uno e nell'altro orientamento, Labeone è seguito da Paolo⁽⁶⁹⁾.

5. Assetti negoziali complessi e tutela atipica.

I testi di Labeone testimoniano una notevole varietà di assetti negoziali, che vanno da schemi «semplici» — la *conductio navis*, la *conductio dei loca navis*, la *locatio mercium vehendarum* — a schemi «misti» — una combinazione della *conductio navis* e della *locatio mercium vehendarum*, ma verisimilmente anche della *conductio dei loca navis* e della *locatio mercium vehendarum*⁽⁷⁰⁾.

una differenza tra *immo contra* e *immo contra si*: nel primo caso, Paolo intende marcare una «*opposition*», nel secondo una «*rectification*».

⁽⁶⁹⁾ Nella mia prospettiva, l'enumerazione di Paolo si riduce ad un ampliamento casistico; al contrario, per W. FORMIGONI, *Pithanōn*, cit., 67, il giurista severiano vorrebbe «introdurre una serie di situazioni che provano come la soluzione appena riferita (per quanto valida per il caso ipotizzato) non può considerarsi sempre un utile punto di riferimento».

⁽⁷⁰⁾ Va sottolineato che la combinazione tra i due assetti d'interessi potrebbe essere una soluzione esclusivamente labeoniana, non accolta dai giuristi successivi. In Scaev. 7 *dig.* D. 19, 2, 61, 1, ad esempio, si fa il caso di una *conductio navis* nella quale vengono caricate delle merci *ut de provincia Cyrenensi Aquileiam navigaret* (sc. *navis*): qualora la nave carica sia trattenuta nella provincia di Cirene per nove mesi, e poi scaricata e confiscata, il conduttore è tenuto a pagare? Il giurista risponde che, per come è stata presentata la *quaestio*, è tenuto. La soluzione di Scevola è chiaramente orientata nel senso di una cd. *locatio rei*: sappiamo che ancora nell'età di Ulpiano, nell'ipotesi di contratto di trasporto, la *vis maior* è posta a carico del trasportatore (cfr. Ulp. 32 *ad ed.* D. 19, 2, 15, 6); l'opposta soluzione di richiedere comunque al proprietario delle merci il pagamento della *merces* è concepibile solo in una rappresentazione del rapporto come conduzione della nave: non è un caso che si parli di *navis conducere*, e che il proprietario delle merci sia denominato *conductor*. Ma con questa prospettiva diviene difficile conciliare la frase *ut de pro-*

Ciascuna opzione negoziale corrisponde a esigenze commerciali particolari, in uno sforzo costante di adattamento delle soluzioni giuridiche al quadro economico. Conseguentemente, le diverse soluzioni non sono fra loro fungibili, ma al contrario appaiono fortemente caratterizzate: la prestazione del *dominus mercium* è sempre la medesima, ossia il pagamento della *merces*; ma la prestazione del *nauta* varia, potendo andare da una semplice messa a disposizione dell'intera nave o di singoli *loca*, al compito di trasportare le *merces* fino ad una certa destinazione, o infine ad una combinazione dei vari assetti tra di loro.

Nell'ipotesi della *conductio* dell'intera nave, il *dominus mercium*-conduttore sarà obbligato a pagare la *merces* ogni volta che il *nauta*-locatore gli garantisca il godimento del bene, non rilevando in alcun modo l'effettivo uso che il conduttore faccia dell'imbarcazione ⁽⁷¹⁾. Nell'ipotesi della *conductio* dei *loca navis*, la *merces* è invece

vincia Cyrenensi Aquileiam navigaret, che parrebbe una vera e propria *lex locationis* relativa a un contratto di trasporto, analogamente a quelle individuate nei passi di Labeone; ed è strano l'utilizzo di una espressione come «*vectura*», che è normalmente usata per indicare la mercede di un contratto di trasporto. Io credo che al riguardo siano formulabili due ipotesi. (a) Innanzitutto, potrebbe darsi che Scevola intenda ricondurre le locazioni «miste» ad unità, ritenendo preminente lo schema della *locatio rei*. In tal caso, potremmo concludere che le soluzioni contenute nei passi di Labeone non abbiano avuto fortuna nella giurisprudenza successiva, e in tal senso potrebbe forse deporre anche la testimonianza di Ulp. 14 *ad ed.* D. 4, 9, 3, 1 (sempre quando lo si ritenesse genuino: cfr., per l'interpolazione, F. M. DE ROBERTIS, *Receptum nautarum*, Bari, 1952, 108 e 110), che ammette l'esperibilità dell'*actio ex conducto* in una *conductio navis* per il perimento delle *res* (cfr. anche C. A. CANNATA, *Locatio horrei*, cit., 242; non può dirsi lo stesso per Paul. 34 *ad ed.* D. 14, 2, 2 pr., richiamato dal medesimo a., perché qui l'*actio ex conducto* è indirizzata agli altri *vectores*), anche se credo che il profilo della *custodia* delle *res*, come obbligazione accessoria del *locator navis*, debba essere tenuta distinta dall'obbligazione del *conductor operis* di raggiungere un determinato «risultato». (b) Oppure potremmo ritenere che Scevola si trovasse in difficoltà nella ricostruzione del negozio, e non sapesse discernere esattamente i termini dell'accordo delle parti. In tal caso, potremmo concludere che già Scevola, come più tardi Paolo in D. 14, 2, 10, 2, ritenesse che in caso di dubbio tra gli assetti d'interessi il rapporto dovesse essere ricostruito come una cd. *locatio rei*. Accettando l'ipotesi *sub b*), naturalmente, non vi è motivo di confinare al pensiero di Labeone la figura delle locazioni «miste».

⁽⁷¹⁾ Labeone e Paolo in D. 14, 2, 10, 2.

commisurata allo spazio effettivamente occupato, ossia ancora una volta al godimento garantito dal locatore ⁽⁷²⁾. In entrambi i casi, il locatore è tenuto a prestare l'*uti frui*, cosicché, quando il mancato godimento non sia a lui imputabile, non otterrà la *merces* ⁽⁷³⁾, mentre quando sia ravvisabile una sua *culpa*, sarà tenuto per l'*id quod interest* ⁽⁷⁴⁾.

Nell'ipotesi della *locatio mercium vehendarum*, il *dominus mercium*-locatore è obbligato a pagare la *merces* solo se il carico giunga effettivamente a destinazione ⁽⁷⁵⁾. Qualora ciò non avvenga per un evento non imputabile al *nauta*-conduttore, questi dovrà solo sopportare la perdita della *vectura* ⁽⁷⁶⁾; se invece il mancato arrivo delle merci derivi da sua colpa, risponderà per l'*id quod interest* ⁽⁷⁷⁾.

Nel caso di un rapporto «misto», i due profili si intersecano, ma — ciò che per noi è più interessante — restano ben distinti sotto il profilo delle prestazioni delle parti, per cui ogni volta occorrerà agire con due azioni: *ex locato* ed *ex conduco* ⁽⁷⁸⁾.

⁽⁷²⁾ Paolo in D. 14, 2, 10, 2.

⁽⁷³⁾ Arg. ex Paolo in D. 14, 2, 10 pr.

⁽⁷⁴⁾ Arg. ex Labeone in D. 14, 2, 10, 1.

⁽⁷⁵⁾ Labeone e Paolo in D. 14, 2, 10 pr.

⁽⁷⁶⁾ Labeone e Paolo in D. 14, 2, 10 pr.

⁽⁷⁷⁾ Arg. ex Lab. D. 14, 2, 10, 1; cfr. D. 19, 2, 13, 1. In questo senso, non mi pare ci sia alcuna contraddizione, neanche apparente, tra il *vectura non deberi* di D. 14, 2, 10 pr. e il *teneri* di D. 19, 2, 13, 1 (e, aggiungo, di D. 14, 2, 10, 1), come invece affermato da R. CARDILLI, *Praestare*, cit., 355, per il quale la differenza tra le due ipotesi sarebbe determinata dalla diversità delle fattispecie, e in particolare dal fatto che «solo nel secondo caso si pone un problema di naufragio», e che dunque per questo motivo «come attesta a fortiori la stessa *exceptio* labeoniana in caso di *receptum* (D. 4, 9, 3, 1)», Labeone avrebbe escluso «un qualsiasi *teneri* del conduttore». In realtà, nel caso in questione non si pone alcun rapporto, neanche analogico, con la responsabilità *ex recepto* (cfr. anche *supra*, nt. 63), ma occorre distinguere tra assenza di pagamento della *merces* determinato dall'intervento di una *vis* (la morte dello schiavo), e risarcimento del danno causato da *culpa* del *nauta*.

⁽⁷⁸⁾ Labeone in D. 14, 2, 10, 1; cfr. D. 19, 2, 60, 8. Non credo che possa essere posto sullo stesso piano della commistione tra *conductio navis* e *locatio mercium vehendarum*, il problema della natura della *locatio horrei*, come tendono a fare C.A. CANNATA, *Locatio horrei*, cit., 242 ss. e C. ALZON, *Location des entrepôts*, cit., 240 ss.: nella *locatio horrei* e nella *conductio navis* può anche essere concepibile l'idea della locazione di una *res* «considerata [...] in relazione alla sua efficienza per uno scopo», come ad es. avviene in D. 4, 9, 3, 1 (cfr. C. A. CANNATA, *op. ult.*

Proprio questa eterogenità di schemi poteva però creare delle difficoltà nella scelta dell'azione e, conseguentemente, nell'efficacia della tutela. La combinazione delle prestazioni può essere a volte tanto complicata da rendere impossibile non solo la scelta tra l'una e l'altra azione (negli schemi «semplici»), ma addirittura il concorso di entrambe (negli schemi «misti»), determinandosi uno stato di assoluta incertezza circa il tipo di rapporto instaurato tra le parti.

È quanto è testimoniato in un frammento dei *Libri ad edictum* di Labeone ⁽⁷⁹⁾ pervenuto attraverso la testimonianza di Papiniano:

cit., 243 s.); ma nella *locatio mercium vehendarum* si realizza qualche cosa di più: non solo una responsabilità per *custodia*, ma anche l'obbligazione di condurre le *merces* a destinazione. Quanto si qui detto circa l'esistenza di contratti «misti» nella locazione marittima (o nell'esempio della *reda* di D. 19, 2, 60, 8), perciò, non è necessariamente riferibile alla *locatio horrei* (come invece propone C. ALZON, *op. ult. cit.*, 245 ss.).

⁽⁷⁹⁾ Sul problema dell'esistenza di uno o due commentari labeoniani all'editto (urbano o peregrino), cfr. da ultimo M. BRETONE, *Labeone e l'editto*, in *Seminarios Complutenses de derecho romano*, 5, 1993, 9 ss. I dubbi di A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani. 'Nova negotia' e 'transactio' da Labeone ad Ulpiano*, Napoli, 1971, 101 nt. 115, sulla possibilità di riferire il passo a Labeone non sembrano giustificati, e la dottrina è pressoché unanime nell'attribuirlo al giurista augusteo: mi limito a rinviare, per tutti, a P. STEIN, *Sabino contro Labeone: due tipi di pensiero giuridico romano*, in *BIDR*, 80, 1977, 60; M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani tra 'conventio' e 'stipulatio' fino a Labeone*, in A.A.VV., *'Contractus' e 'pactum'. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana* (Atti Copanello, 1988), Napoli 1990, 86 (cfr. anche ID., in *BIDR*, 92-93, 1989-1990, 733 e 736); R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, Palermo, 1983, 105 e nt. 105, 107 ss., 146, 148; W. SELB, *Formulare Analogien in 'actiones utiles' und 'actiones in factum' vor Julians*, in *Studi C. Sanfilippo*, V, Milano, 1984, 733 s.; A. BURDESE, *Sul riconoscimento civile dei cd. contratti innominati*, in *Iura*, 36, 1985, 20; ID., *Osservazioni in tema di cd. contratti innominati*, in *Estudios J. Iglesias*, I, Madrid, 1988, 33 ss.; ID., *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, in A.A.VV., *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano* (Atti Milano, 1987), I, Milano, 1988, 32 e 37; M. SARGENTI, *Labeone e la nascita dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, in *Iura*, 38, 1987, 61 s.; J. KRANJC, *Die actio praescriptis verbis als Formelaufbauproblem*, in *ZSS*, 106, 1989, 458; F. GALLO, *Eredità di giuristi romani in materia contrattuale*, in *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea*, a cura di N. Bellocci, Napoli 1991, 36 ss.; ID., *Synallagma e conventio nel contratto*, I, Torino, 1992, 230 ss.

Lab. *ad ed.* fr. 98 Lenel = Pap. 8 *quaest.* D. 19, 5, 1, 1: «Labeone scrive che al proprietario delle merci si deve dare una azione civile sul caso concreto contro il gestore della nave, qualora sia incerto se abbia preso in conduzione la nave oppure abbia affidato il compito di trasportare le merci» ⁽⁸⁰⁾.

Il problema centrale per il giurista augusteo non è, evidentemente, quello di distinguere sul piano dogmatico diverse figure di *locatio* ⁽⁸¹⁾: l'alternativa è posta in maniera chiara tra una *conductio navis* ⁽⁸²⁾ e una *locatio mercium vehendarum*. L'incertezza cui si fa riferimento riguarda l'uso, in concreto, dell'uno o dell'altro assetto di interessi e svolge i suoi effetti nella scelta dell'*actio*: se il proprietario delle merci agisce con l'*actio conducti*, significa che egli chiede al giudice di decidere le sue pretese in un rapporto presentato come una locazione della nave, con tutte le relative conseguenze sul piano delle regole di rischio e responsabilità; se invece agisce con l'*actio locati*, egli chiede al giudice di decidere le sue pretese in un rapporto presentato come un contratto di trasporto.

Cosa accade se l'assetto di interessi posto in essere dalle parti è assolutamente incerto e l'attore rischia di scegliere l'*actio* sbagliata, rappresentando erroneamente il negozio e perciò perdendo la lite? Labeone ritiene necessario accordare ⁽⁸³⁾, in questi casi, un'*actio civilis in factum*.

Quest'affermazione è stata a lungo giudicata come un'interpolazione giustiniana, perché si riteneva che un'*actio in*

⁽⁸⁰⁾ Lab. *ad ed.* fr. 98 LENEL = Pap. 8 *quaest.* D. 19, 5, 1, 1: «*domino mercium in magistrum navis, si sit incertum, utrum navem conduxerit an merces vehendas locaverit, civilem actionem in factum esse dandam Labeo scribit*».

⁽⁸¹⁾ Così invece P. HUVELIN, *Études d'histoire du droit commercial romain*, cit., 91 s.

⁽⁸²⁾ Per J. A. C. THOMAS, *Carriage by Sea*, cit., 497 e nt. 30, Labeone avrebbe pensato ad una locazione dei *loca*; ma nel passo si parla semplicemente di *conductio navis*.

⁽⁸³⁾ Sulla genuinità e sul valore dell'espressione «*dandam*», cfr. F. GALLO, *Eredità di giuristi romani in materia contrattuale*, cit., 40; ID., *Synallagma e conventio*, cit., I, 243 (cfr. anche 245).

factum non potesse essere *civilis* ⁽⁸⁴⁾; ma — per quanto non possano escludersi in assoluto accorciamenti compilatori ⁽⁸⁵⁾ — il nostro testo può essere considerato sostanzialmente genuino ⁽⁸⁶⁾.

Per *actio in factum* deve infatti intendersi un'azione concessa dal pretore sul caso concreto attraverso un *decretum* — ossia al di fuori dell'editto — non necessariamente con fondamento pretorio, ma anche eventualmente civilistico: posto che la concezione romana del diritto non è positivistica, è possibile che vi siano pretese fondate dal *ius civile* che non hanno trovato posto tra le formule accolte nell'editto per le ragioni più varie, ma che non per questo perdono la loro natura ⁽⁸⁷⁾.

Una simile *actio civilis in factum* è per lo più identificata con un modo particolare di agire, ossia descrivendo la fattispecie non all'interno della *formula*, bensì in una sorta di premessa scritta prima dell'inizio della formula vera e propria. Poiché i *praescripta verba* e-

⁽⁸⁴⁾ Per gli autori più risalenti, mi limito a rinviare a E. LEVY - E. RABEL (cur.), *Index interpolationum*, I, Weimar, 1929, 370. Fra i più recenti, cfr. P. COLLINET, *L'invention du contrat innommé*, in *Mnemosyna D. P. Pappoulas*, Athen, 1934, 94; F. DE MARTINO, *Lex Rhodia*, cit., 86 ss., con ampia bibliografia in nt. 46 (che critica il passo nel suo complesso); J. A. C. THOMAS, *Carriage by Sea*, cit., 504; C. A. CANNATA, *Locatio horrei*, cit., 242 e nt. 22 (cfr. anche ID., *Sulla «divisio obligationum» nel diritto romano repubblicano classico*, in *Iura*, 21, 1970, 66 nt. 38); A. BURDESE, *Sul riconoscimento civile dei cd. contratti innominati*, cit., 19 s.; ID., *Ancora sul contratto nel pensiero di Labeone*, in *SDHI*, 51, 1985, 464 s.; ID., *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, cit., 37; ID., *Osservazioni in tema di cd. contratti innominati*, cit., 133; ID., *Recenti prospettive in tema di contratti*, in *Labeo*, 38, 1992, 212; ID., *I contratti innominati*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenajes J. L. Murga*, Madrid, 1994, 74 s. = *Miscellanea romanistica*, cit., 240; M. SARGENTI, *Labeone e la nascita dell'idea di contratto*, cit., 59, 61 s. (che si pronunciano tutti per l'itp. di *civilis*).

⁽⁸⁵⁾ Ipotizzati da M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani*, cit., 86 nt. 198 sulla base della natura dell'opera di Papiniano (*quaestiones*), che nella redazione giustiniana appare troppo poco problematica — il che permetterebbe anche di superare i dubbi di F. DE MARTINO, *Lex Rhodia*, cit., 87 (che parla di «impronta enfatica e scolastica, inidonea ad una *quaestio*»).

⁽⁸⁶⁾ Cfr. anche F. GALLO, *Eredità di giuristi romani in materia contrattuale*, cit.; ID., *Synallagma e conventio*, cit., I, 235.

⁽⁸⁷⁾ Su tutto ciò mi sia permesso di rinviare a R. FIORI, *Ius civile, ius gentium, ius honorarium: il problema della 'recezione' dei iudicia bonae fidei*, in *BIDR*, 101-102, 1998-1999, 196 s.

rano, appunto, scritti al di fuori della formula, l'attore non era da essi vincolato e poteva descrivere la fattispecie con grande libertà, non qualificandosi — ad esempio — come locatore o come conduttore: in tal modo il giudice poteva decidere se accogliere o meno la pretesa attorea (contenuta, questa sì, nell'*intentio* della *formula*) decidendo egli stesso come qualificare il rapporto.

Per queste sue caratteristiche, l'*agere praescriptis verbis* era particolarmente indicato per i rapporti atipici o per i casi in cui era difficile determinare l'assetto negoziale, pur essendo certo che si trattasse di un contratto tipico. Così, nel nostro caso, benché sia certo che il negozio realizzato tra le parti fosse identificabile con una *locatio conductio*, essendo dubbio il modello negoziale assunto tra le parti — *conductio navis* o *locatio mercium vehendarum* — Labeone consiglia di *agere praescriptis verbis*, ossia con un'azione civile decretale e atipica, invece di utilizzare le azioni tipiche della locazione che avrebbero costretto l'attore a una scelta pericolosa tra *actio conducti* o *actio locati*.

6. Un'apparente rigidità.

L'esteriore semplicità dell'uso della *locatio conductio* nei commerci marittimi nasconde una complessità negoziale che le stesse fonti giuridiche pervenuteci non riescono, assai probabilmente, a delineare nella sua interezza.

Non solo la locazione è uno strumento contrattuale aperto a una potenzialità di assetti negoziali tendenzialmente infinita, comprendendo ogni forma di uso di *res* e *personae* a titolo oneroso; ma l'apparente rigidità del sistema contrattuale tipico è, appunto, puramente di superficie. È un'immagine errata che può riceversi solo se si guarda non al concreto operare del sistema nel suo complesso, ma in modo puntiforme alle singole figure contrattuali.

La tipicità contrattuale è nata, come abbiamo detto ⁽⁸⁸⁾, non in seguito a una scelta libera dei giuristi romani, ma come conseguenza necessaria della genesi del processo formulare: allorché il pretore

⁽⁸⁸⁾ *Supra*, § 1.

decide di dare tutela a rapporti estranei al *ius civile* tradizionale, deve abbandonare gli strumenti di tutela «generali» del processo arcaico e indicare specificamente quali rapporti intende proteggere, né questa struttura viene mutata dal più tardo impiego delle *formulae* a difesa dei rapporti civilistici. Ma la tipicità delle azioni e dei contratti non è un ostacolo reale alla proliferazione delle forme economiche, perché non appena il sistema si cristallizza vengono inventate forme di tutela — come l'*agere praescriptis verbis* — che permettono di proteggere anche rapporti che non rientrano nel sistema tipico, oppure rapporti che vi si inseriscono in modo così complesso da risultare confuso.

L'assenza di una teoria generale del contratto che miri a garantire protezione a ogni rapporto meritevole di tutela è dunque un limite solo apparente: anzi, potremmo forse dire che la necessità di una tale teoria è sorta proprio in conseguenza del venir meno dello strumento maggiormente flessibile del diritto romano di età classica, e cioè l'*imperium* del pretore.

ROBERTO FIORI

Ordinario di Istituzioni di Diritto romano
nell'Università di Roma Tor Vergata