

Diritto romano e economia.  
Due modi di pensare e organizzare il mondo  
(nei primi tre secoli dell'Impero)

a cura di  
Elio Lo Cascio  
Dario Mantovani

**Pavia University Press**  
**2018**

Diritto romano e economia: Due modi di pensare e organizzare il mondo (nei primi tre secoli dell'Impero) / a cura di Elio Lo Cascio, Dario Mantovani. - Pavia: Pavia University Press, 2018. - [IX], 834 p.; 25 cm. (Pubblicazioni del CEDANT; 15)

ISBN 9788869520945 (cartonato)

© 2018 Pavia University Press, Pavia  
ISBN: 978-88-6952-094-5

Nella sezione *Scientifica* Pavia University Press pubblica esclusivamente testi scientifici valutati e approvati dal Comitato scientifico-editoriale.

**UPI** Opera sottoposta a peer review  
secondo il protocollo UPI  
UNIVERSITY PRESS ITALIANE Peer reviewed work in  
compliance with UPI protocol

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

I curatori sono a disposizione degli aventi diritti con cui non abbiano potuto comunicare, per eventuali omissioni o inesattezze.

Prima edizione: luglio 2018

Pavia University Press - Edizioni dell'Università degli Studi di Pavia  
Via Luino, 12 - 27100 Pavia (PV) - Italia  
[www.paviauniversitypress.it](http://www.paviauniversitypress.it) - [unipress@unipv.it](mailto:unipress@unipv.it)

Stampa: *Lineagrafica*, Via Carlo Marx, 1 - 06012 Città di Castello (PG)  
*Printed in Italy*

# L'allocazione del rischio nei contratti relativi al trasporto

ROBERTO FIORI

Università di Roma «Tor Vergata»

## 1. Premessa

### 1.1. Contratti relativi al trasporto

Credo sia utile, innanzitutto, chiarire il titolo e lo scopo di questo contributo.

Per 'contratti relativi al trasporto' intendo riferirmi non solo al cd. 'contratto di trasporto', ma a tutti quegli schemi contrattuali che hanno come obiettivo diretto o indiretto il trasporto di beni o persone.

Si tratta di schemi che in diritto romano rientrano nella *locatio conductio*, ossia nell'unico contratto tipico di durata a prestazioni corrispettive, al cui interno confluiscono 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, ecc. Nella visione romana, tutti questi modelli sono caratterizzati da un medesimo sinallagma, consistente nello scambio di godimento (*uti frui*) contro prezzo (*merces*). Si riteneva infatti che lo schema obbligatorio restasse invariato sia quando il negozio consistesse nell'attribuzione del godimento su una *res* dietro compenso, sia quando si identificasse con lo scambio di una mercede con il godimento sull'attività di una *persona* – computata a giornata, e dunque in sé considerata (*opera*), oppure nel suo complesso indirizzata a uno scopo (*opus*). Ciò non significava, naturalmente, che i Romani non distinguessero, su altri piani, tra le diverse forme di locazione, ma implicava che gli schemi negoziali potessero essere modificati e adattati all'infinito dalle parti – molto al di là della tripartizione tradizionale della *locatio* cd. *rei*, *operarum* e *operis* – essendo però sempre denominati *locatio conductio*.<sup>1</sup>

Negli studi di diritto romano si impiega però in modo alquanto rigido la tripartizione tradizionale della *locatio conductio*, anche da parte di quegli studiosi che la rifiutano come schema classificatorio generale.<sup>2</sup> Ciò ha portato a distinguere nei contrat-

---

<sup>1</sup> È la ricostruzione che ho proposto in R. FIORI, *La definizione della locatio conductio. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli 1999. Cfr. ora P.J. DU PLESSIS, *Letting and hiring in Roman legal thought: 27 BCE-284 CE*, Leiden-Boston 2012.

<sup>2</sup> Cfr., tra gli autori citati alle note seguenti, J.A.C. THOMAS, *Carriage by sea*, in *RIDA* 7 (1960) 496 e ntt. 28-29,

ti relativi al trasporto solo due modelli – la locazione del veicolo, intesa come *locatio rei*, e il contratto di trasporto, inteso come *locatio operis*<sup>3</sup> – o al più una combinazione tra i due.<sup>4</sup> Al contrario, proprio perché qualunque schema negoziale che prevedesse uno scambio di *merces* e *uti frui* sarebbe rientrato per i Romani nella *locatio conductio*, questa poteva assumere, come vedremo, forme molto più varie e complesse delle tre vesti canoniche, al punto da rendere difficile se non impossibile individuare lo schema prevalente, che doveva essere ricostruito sul piano dell'interpretazione dell'*id quod actum est*.

Un primo obiettivo del nostro studio sarà dunque quello di identificare i differenti modelli negoziali operanti nella realtà dei traffici del Mediterraneo e analizzati dai giuristi, e le relative regole di allocazione del rischio.

## 1.2. Allocazione del rischio

È bene chiarire anche cosa debba intendersi, in questo contributo, per 'allocazione del rischio'.

Nell'ambito dei contratti relativi al trasporto, questa espressione può riferirsi a diversi contesti problematici. Essa può indicare il regime della sopportazione delle perdite del carico o dell'imbarcazione; oppure il rischio imprenditoriale dell'una o dell'altra parte del contratto; o ancora il 'rischio contrattuale' in senso stretto, cioè le regole di distribuzione della mancata o ridotta utilità proveniente dal contratto qualora un evento imprevisto non imputabile ai contraenti interferisca con le loro prestazioni, rendendole più onerose per una parte o meno vantaggiose per l'altra.

Poiché, in tutta evidenza, in questa sede non è possibile approfondire ognuna di queste accezioni – avvicinabili sul piano economico, ma profondamente diverse dal punto di vista giuridico – ritengo preferibile concentrare l'attenzione sulla terza, sia perché è quella che nel linguaggio dei giuristi tende a essere immediatamente identifi-

---

che seguiva la ricostruzione di Arangio-Ruiz, Brasiello, Olivier-Martin e Amirante; FIORI, *La definizione* cit. (nt. 1), 128 ss.; ID., *Forme e regole del contratto di trasporto marittimo in diritto romano*, in *Riv. dir. nav.* 39 (2010) 149 ss. A favore della tripartizione era invece C. ALZON, *Réflexions sur l'histoire de la locatio conductio*, in *RHD* s. IV 41 (1963) 553 ss.; ID., *Problèmes relatifs à la location des entrepôts en droit romain*, Paris 1965, 220 ss.; ID., *Les risques dans la locatio-conductio*, in *Labeo* 12 (1966) 311 ss.

<sup>3</sup> Cfr. per tutti THOMAS, *Carriage by sea* cit. (nt. 2), 496: «there are [...] two forms of carriage by sea, *conductio rerum vehendarum* with the *nauta* as *conductor*, and the letting of space on the ship to a cargo-owner, in which the *nauta* is *locator*»; 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 *RHD* s. IV 38 (1960) 182.

<sup>4</sup> Cfr., pur se con spiegazioni differenti rispetto alla tutela dei rapporti, ALZON, *Problèmes relatifs à la location des entrepôts* cit. (nt. 2), 242 ss. (seguito da R. ROBAYE, *L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain*, Bruxelles 1987, 63 s.); FIORI, *La definizione* cit. (nt. 1), 142 ss.; ID., *Forme e regole* cit. (nt. 2), 160 ss.

cata con il problema del ‘rischio’, sia perché è quella da cui a mio avviso può emergere in modo più chiaro l’approccio ideologico e metodologico dei *prudentes*.

Dobbiamo pertanto escludere dalla nostra ricognizione i passi in materia di cd. *lex Rhodia de iactu* – una regola forse tratta dal diritto greco e affermatasi nella prassi commerciale secondo cui, quando è necessario alleggerire la nave gettando una parte del carico in mare, tutti devono contribuire alle perdite.<sup>5</sup> Il meccanismo di ripartizione delle perdite, benché realizzato mediante gli strumenti della *locatio conductio* – le cui azioni venivano usate dai proprietari del carico che avevano subito il danno contro il *magister navis* che poi agiva in regresso contro gli altri locatori<sup>6</sup> – non mira infatti ad allocare il rischio tra le parti del contratto,<sup>7</sup> ma utilizza strumentalmente il rapporto esistente (non tra i proprietari delle merci tra loro, bensì) tra il *nauta*<sup>8</sup> e ciascun passeggero, al fine di realizzare tra i locatori una sorta di società involontaria basata sull’*aequitas*.<sup>9</sup>

<sup>5</sup> Tra gli ultimi contributi in materia, mi limito a ricordare E. CHEVREAU, *La lex Rhodia de iactu: un exemple de la réception d'une institution étrangère dans le droit romain*, in *TR 73* (2005) 67 ss.; D. SCHANBACHER, *Zur Rezeption und Entwicklung des rhodischen Seewurfrechts in Rom*, in *Humaniora: Medizin - Recht - Geschichte. Festschrift A. Lauf*, Heidelberg 2006, 257 ss.; J.-J. AUBERT, *Dealing with the Abyss: The Nature and Purpose of the Rhodian Sea-law on Jettison (Lex Rhodia De Iactu, D. 14.2) and the Making of Justinian's Digest*, in J.W. CAIRNS - P.J. DU PLESSIS (a c. di), *Beyond Dogmatics. Law and Society in the Roman World*, Edinburgh 2007, 157 ss. (focalizzato sulla collocazione sistematica del titolo nel Digesto); C. KRAMPE, *Lex Rhodia de iactu: contributio nave salva*, in *Festschrift R. Knütel*, Heidelberg 2009, 585 ss.

<sup>6</sup> Paul. 34 *ad ed.* D. 14.2.2 pr. Il *nauta* non risponde nel caso in cui uno dei passeggeri non sia solvibile, perché non è tenuto a verificare il patrimonio di ciascuno (D. 14.2.2.6). In particolare, nel calcolo del danno, si procedeva a una *collatio* di tutti i beni, salvati e perduti, e si divideva proporzionalmente; ma per le cose perdute si computava solo il danno emergente (*detrimentum*), per quelle salvate il lucro cessante (*lucrum*) (D. 14.2.2.4); lo stesso principio si applica però al caso in cui le merci salvate si siano deteriorate, con le seguenti distinzioni: (a) se le merci si sono deteriorate per il *iactus*, ad es. perché erano allo scoperto, allora si terrà conto nella *collatio* della diminuzione di valore, altrimenti no; (b) se le merci si sono deteriorate per il *iactus* e l'importo del danno è maggiore del pregiudizio risultante dalla collazione, il mercante non deve partecipare alla collazione, per non ricevere un doppio pregiudizio (Call. 2 *quaest.* D. 14.2.4.2). Se le merci gettate fossero riemerse, si sarebbe dovuto detrarre dalla collazione, e i proprietari avrebbero potuto agire contro il *magister navis* affinché questi agisse contro i proprietari delle merci e restituisse le somme così ottenute agli altri proprietari (D. 14.2.2.7).

<sup>7</sup> Se non nel senso che anche il *dominus navis* partecipa al danno (Paul. 34 *ad ed.* D. 14.2.2.2) e che il *magister navis* ha diritto a un risarcimento se la nave è stata danneggiata volontariamente o comunque per timore della tempesta (D. 14.2.2.1; Pap. 19 *resp.* D. 14.2.3; Hermog. 2 *iuris epit.* D. 14.2.5; se però le riparazioni sono state fatte più per salvare la nave che le merci, i proprietari di queste non contribuiscono, perché le spese sono state fatte più per salvare la nave che le merci: Iul. 86 *dig.* D. 14.2.6).

<sup>8</sup> Credo sia utile chiarire che nel presente contributo userò l'espressione *nauta* nel senso più generale possibile, ogni volta che non sia necessario distinguere tra le differenti funzioni di *dominus navis*, *exercitor*, *magister navis* e *gubernator* (su cui cfr. per tutti P. CERAMI - A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, Torino 2010<sup>3</sup>, 56 ss.), che potevano o meno coincidere nella stessa persona.

<sup>9</sup> Secondo il principio che, se una parte dei proprietari delle merci ha salvato il proprio carico grazie al sacrificio degli altri, è giusto che contribuiscano proporzionalmente; cfr. Paul. 34 *ad ed.* D. 14.2.2 pr.: [...] *aequissimum enim est*

Dobbiamo escludere anche il cd. *receptum nautarum*, ossia quel patto con il quale il *nauta* assumeva su di sé il rischio della salvezza dei beni trasportati: nel normale regime contrattuale, il proprietario del bene avrebbe potuto chiedere al *nauta* i danni per il perimento della cosa solo a fronte di un comportamento doloso o colposo; il *receptum* permetteva invece di addebitare il danno al *nauta* oggettivamente, a prescindere dalla prova dell'imputabilità dell'inadempimento.<sup>10</sup> Occorre peraltro rilevare che il tema del *receptum* diviene ancora meno rilevante ai nostri fini allorché, a partire da Labeone, si riconosce al *nauta* una *exceptio* con la quale egli viene esonerato dal risarcimento quando il danno sia stato determinato da un evento esterno – inizialmente *naufragium* e *vis piratarum*, poi genericamente *vis maior*.<sup>11</sup> Da questo momento in poi, infatti, resta fuori dal *receptum* non solo il problema dell'allocazione del 'rischio contrattuale', ma anche quello del rischio per il perimento dei beni trasportati allorché siano intervenuti eventi di forza maggiore.<sup>12</sup>

### 1.3. Scopo della ricerca

L'obiettivo dell'analisi è la ricostruzione, per quanto possibile, non solo delle regole che sovrintendono al regime di allocazione del rischio nei contratti in esame (§§ 2-5),

---

*commune detrimentum fieri eorum, qui propter amissas res aliorum consecuti sunt, ut merces suas salvas haberent*, cfr. anche Hermog. 2 *iuris epit.* D. 14.2.5 pr.-1: *aequitas contributionis*.

<sup>10</sup> E ciò sia rispetto alla possibile assenza del dovere di *custodia* in capo al *nauta*, sia rispetto al problema dei danni imputabili a suoi ausiliari: cfr. R. FERCIA, *Criteri di responsabilità dell'exercitor*, Torino 2002, 186 ss., con indicazioni bibliografiche e discussione. Non sarei invece d'accordo con questo autore (*ibid.*, 185 s.) allorché ipotizza che il *receptum* potesse svolgere un ruolo rispetto ai dubbi in materia di responsabilità contrattuale emergenti dalla difficoltà di qualificare il modello negoziale adoperato dalle parti (su ciò cfr. *infra*, § 2.6): come rilevo in testo, il *receptum* non attiene alla responsabilità o al rischio connessi alle prestazioni principali, ma solo al problema dei danni arrecati al carico; cosicché un'interferenza tra difficoltà di qualificazione e impiego del *receptum* potrebbe darsi solo ove si ammettesse una responsabilità per *custodia* del *nauta* in caso di *locatio mercium vehendarum*, escludendola invece in caso di *locatio navis* – ma, come si è detto, l'autore non l'ammette in nessun caso e, salvo approfondimenti, mi sembra abbia ragione.

<sup>11</sup> La prima valenza dell'*exceptio* è in Labeone, la seconda in Ulpiano (*damnum fatale, vis maior*), il quale sembrerebbe rileggere la concessione labeoniana in termini di esemplificazione anziché di casistica vincolante: cfr. Lab. *ad ed. fr.* 59 Lenel = Ulp. 14 *ad ed. D.* 4.9.3.1. Sul valore tassativo dei casi indicati da Labeone cfr. A. MAGDELAIN, *Le consensualisme dans l'édit du prêteur*, Paris 1958, 146, seguito da R. CARDILLI, *L'obbligazione di praestare e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C.-II sec. d.C.)*, Milano 1995, 343 e nt. 68.

<sup>12</sup> Sul problema del *receptum nautarum*, che si inserisce indubbiamente in un 'sistema' di soluzioni negoziali e processuali, insieme alla *locatio conductio* e all'*actio in factum adversus nautas*, cfr. tra gli ultimi FERCIA, *Criteri di responsabilità dell'exercitor* cit. (nt. 10), 174 ss. (che tenta anche un'analisi in termini di *law and economics*: *ibid.*, 208 ss.); M.F. CURSI, *Actio de recepto e a. furti (damni) adversus nautas, caupones, stabularios. Logiche differenziali di un sistema composito*, in *Studi G. Nicosia III*, Milano 2007, 117 ss.; M. SALAZAR REVUELTA, *La responsabilidad objetiva en el transporte marítimo y terrestre en Roma*, Madrid 2007.

ma anche della logica che le sorregge (§ 6). In particolare, in accordo con l'ispirazione complessiva del volume, cercheremo di comprendere se nei ragionamenti e nelle scelte dei *prudentes* siano rintracciabili motivazioni di ordine economico.

## 2. Lab. 1 pith. a Paulo epit. D. 14.2.10 pr.

### 2.1. Il testo

Il primo frammento rilevante è tratto dai *πιθανά* di Labeone epitomati e commentati da Paolo:<sup>13</sup>

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. Paulus: 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.*

Labeone afferma che in una locazione di *mancipia vehenda* non è dovuta alcuna *vectura* al *nauta* per quello schiavo che sia morto sulla nave. Paolo nota che occorre distinguere diverse ipotesi sulla base dell'*id quod actum est*. La *merces*, infatti, poteva essere stata calcolata in proporzione agli schiavi caricati (*impositi*) sulla nave, oppure in proporzione a quelli effettivamente portati a destinazione (*deportati*). E aggiunge che, qualora non sia stato possibile identificare le caratteristiche del negozio, sarà preferita la prima soluzione.

<sup>13</sup> Com'è noto, i *πιθανά* costituiscono un'opera dalle caratteristiche peculiari, perché mira a indicare massime (così M. TALAMANCA, *I 'pithana' di Labeone e la logica stoica*, in *Iura* 26 [1975] 35 s.) caratterizzate da una certa tendenza all'astrazione (B. SCHMIDLIN, *Die römischen Rechtsregeln. Versuch einer Typologie*, Köln-Wien 1970, 146; ID., *Horoi, pithana und regulae. Zum Einfluß der Rhetorik und Dialektik auf die juristische Regelbildung*, in *ANRW* II/15 (1976) 120; TALAMANCA, *op. cit.*, 35) rispetto al caso concreto (l'opera ha natura casistica: F. SCHULZ, *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar 1961<sup>2</sup>, 286 = *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze 1968, 408), ma che rispondono a una razionalità 'probabile', 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 (cfr. TALAMANCA, *op. cit.*, 37 s.). Un problema aggiuntivo è rappresentato dal fatto che i frammenti ci sono giunti attraverso il filtro dell'epitome di Paolo, cosicché ci si è interrogati sulla ricostruibilità del testo labeoniano. In generale, la dottrina è ormai per lo più convinta non solo del fatto che Paolo avesse a disposizione un originale dell'opera (TALAMANCA, *op. cit.*, 3 nt. 9 e 5 nt. 13), 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 (TALAMANCA, *op. cit.*, 4; cfr. anche M. BRETONE, *Ricerche labeoniane. Πιθανά*, in *PP* 28 [1973] = *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli 1984<sup>2</sup>, 149). Tuttavia, il fatto di poter contare su un testo verisimilmente originale – o, almeno, assai vicino all'originale – non deve far dimenticare che il frammento è pervenuto all'interno di un'epitome 'critica': in altre parole, la genuinità (per così dire 'interna') del passo non esime dalla necessità di valutare il pensiero labeoniano sempre nello spirito dell'opera originale di Labeone così come filtrata dalla riduzione e dal commento ('esterno') di Paolo.

Il giurista severiano sta evidentemente facendo riferimento a prassi documentali diffuse nel Mediterraneo almeno a partire dal I secolo d.C., delle quali conosciamo l'esistenza<sup>14</sup> ma di cui non abbiamo testimonianze letterali. Possiamo solo immaginare quale ne fosse la struttura, prendendo ad esempio – pur con tutte le cautele che derivano dalla diversità di contesto geografico, sociale e giuridico<sup>15</sup> – i contemporanei papiri greco-egizi.

## 2.2. I documenti della prassi nell'Egitto greco-romano

Nei papiri si trovano, tra i contratti relativi al trasporto, diversi modelli negoziali.

Il più semplice è la locazione della nave. Ne troviamo un esempio in un papiro dell'età augustea (*P. Köln* III 147) – del quale non siamo in grado, per una lacuna iniziale, di individuare il contesto – che enumera una serie di obblighi del conduttore. Questi si impegna a restituire la nave locata con l'equipaggiamento, senza alcun danno tranne quelli derivanti dall'uso e dal logorio nonché da eventi di forza maggiore (τι βίαιον ἐκ θεοῦ) – individuati in tempesta, incendio e saccheggio di nemici o pirati – rispetto ai quali l'onere della prova grava sul conduttore. Qualora il conduttore non rispetti l'obbligo di riconsegna, pagherà al locatore i danni e tutto ciò che sia dovuto di parti del canone di locazione (evidentemente per il ritardo)<sup>16</sup> più la metà della somma a titolo di penale da pagare al locatore e una somma da consacrare a Cesare, garantendo con il proprio patrimonio. Qualora si renda inadempiente in qualsiasi modo, il locatore è legittimato a risolvere il contratto e a locare la nave ad altri, imputando al primo conduttore le eventuali perdite.<sup>17</sup>

<sup>14</sup> Cfr. A.J.B. SIRKS, *Food for Rome. The legal structure of the transportation and processing of supplies for the imperial distributions in Rome and Constantinople*, Amsterdam 1991, 123 s., 156, 205.

<sup>15</sup> Prudenza sottolineata da A.J.M. MEYER-TERMEER, *Die Haftung der Schiffer im griechischen und römischen Recht*, Zutphen 1978, 171. Sulla storia delle interpretazioni di questo rapporto in relazione al *receptum nautarum* cfr. CH.H. BRECHT, *Zur Haftung der Schiffer im antiken Recht*, München 1962, 3 ss.

<sup>16</sup> Il canone è detto ναύλον (al plurale) ma si tratta chiaramente di una locazione di cose: cfr. sul punto É. JAKAB, *Risikomanagement bei den naukleroi*, in N. BENKE (a c. di), *Antike - Recht - Geschichte. Symposium P.E. Pieler*, Frankfurt am Main - New York 2009, 76.

<sup>17</sup> *P. Köln* III 147 (30 a.C. - 15 d.C.): [- ca. 10 -] .[.] [- ca. 40 -] | [.] . . . . νων πρ[.] [ς] . . [.] . . [- ca. 28 -] | τὴν συνάλλαξιν ἐντὸς τοῦ χρόνου .[.] . [.] . [.] [- ca. 23 -] | σὺν τοῖς σκεύεσι ἐπὶ τῶν κατ[ὰ] Ἀλε[ξ]ανδρε[ίαν] ὄρων | ἐμ̄ μηδενὶ καταβλαβλαμμένα πλὴν τριβῆς καὶ σ(κ)ήψεως, πλὴν ἐάν μή τι βίαιον ἐκ θεοῦ | γ[έ]νη[τ]αι κατὰ χιμῶνα ἢ πυρός ἀπὸ γῆς πάθῃ τὸ πλῆθον ἢ ὑπὸ πολέμων ἢ ἡ ληστών περισπασθῆ ὃ κα[ί] συμφανῆς καταστήσῃ. ἐάν δέ τι τούτων | παραβαίω, ἐπιείσω σοι τὰ τε βλάβη καὶ ὃ ἐάν ὀφλήσω πρὸς τὰ τῶν | ναύλων μέρη σὺν ἡμολίαι καὶ ἄλλας ὥς ἴδιον χρῆος ἀργυρίου δραχμᾶς πεντακοσία[ς] | καὶ ἱερὰς Κάϊσαρι δραχμᾶς διακοσίας χωρὶς τοῦ μένειν κύρια τὰ προγεγραμμένα, | τῆς πράξεως σοι οὐσης ἐκ τε ἐμοῦ καὶ ἐκ τῶν ὑπαρχόντων μοι πάντων | καθάπερ ἐγ̄ δίκτης ἀκύρου οὐσῶν ὧν ἐάν ἐπενέγκω πιστεῶν πασῶν | καὶ πάσης σκέπης. ἐάν δέ τι παρὰσυνγροαφῶ, ἐξέσω σοι ἐγ̄βάλλοντά με | ἐκ τῆς μισθώσεως ἐν χρόνῳ οὐσης ἐτέρῳ μεταμισθῶσαι καὶ εἰσπράσσειν τὸ ἐσόμενον ἀφύρομα παρὰ τὴν ἐξαναμισθῶσιν | ὑπερ̄ ὧν καὶ ἐν ἡμέραις χρηματιζούσας πέντε ἀφ' ἧς ἐάν μοι προ[ο]λείπης - ca. 18 - | τῆν ἀσφ[ά]λεια ἀνυπερθεῶς.

È significativo che il contratto sia costruito come una serie di obblighi del conduttore, perché questi riceve l'imbarcazione assumendone la gestione per intero, cosicché – a fronte della concessione della nave – gli impegni sono tutti a suo carico. Altri rapporti che implicano la locazione di una nave sono più complessi.<sup>18</sup> Un papiro del VI secolo d.C. attesta un contratto nel quale il ναύκληρος riceve la nave come conduttore ma si impegna anche a compiere delle attività di trasporto per il proprietario e a restaurare e restituire la nave, con l'eccezione della forza maggiore.<sup>19</sup> In altri casi la locazione ha durata di 50-60 anni, e tende a confondersi con una vendita: sono le ipotesi molto discusse della μισθοπρασία.<sup>20</sup>

Gli editori del testo<sup>21</sup> hanno parlato di locazione della nave anche rispetto a *SB XIV 11552* (221 d.C.), nel quale Aurelio Sereno e Aurelio Trifone certificano di aver 'locato' ([ἐμίσ]θωσαν, νεν<α>ύλωκα) la loro nave (σκα[π]οπάκτωνα) ad Aurelio Demetrio, per un viaggio di andata e ritorno (πρὸς ἀνάπλουν [...] καὶ [κα]τάπλουν) da Ossirinco a Tebennythis (forse Ermopoli), navigando lungo il Nilo. La nave viene comandata dagli stessi locatori,<sup>22</sup> detti νεναυλωκότες, e viene fornita completamente attrezzata e provvista di equipaggio. Il nolo (ναύλον) è stabilito nel contratto in cinquecento dracme d'argento e in alcuni beni alimentari; viene pagato un anticipo di cento dracme alla partenza e il resto al ritorno; i locatori garantiscono che il carico sarà consegnato indenne dai danni arrecati dall'equipaggio,<sup>23</sup> e anzi si impegnano a navigare in

<sup>18</sup> Cfr. anche il breve accenno alla spesa fatta ὑπ(ἐρ) μισθ(οῦ) πλοίου in *P. Amb.* II 127 (dopo il 128 d.C.).

<sup>19</sup> *P. Lond.* V 1714 (570 d.C.), su cui cfr. MEYER-TERMEER, *Die Haftung der Schiffer* cit. (nt. 15), 9, 31 nt. 92, 132 nt. 66; JAKAB, *Risikomanagement bei den naukleroi* cit. (nt. 16), 84.

<sup>20</sup> *BGU IV* 1157 (10 a.C.); *P. Lond.* III 1164 (212 d.C.); *P. Oxy.* XVII 2136 (291 d.C.). Cfr., tra gli ultimi autori che se ne sono occupati, J. VÉLISSAROPOULOS, *Les nauclères grecs. Recherches sur les institutions maritimes en Grèce et dans l'Orient hellénisé*, Genève-Paris 1980, 273 ss. (che la definisce, a mio avviso erroneamente, come «affrètement coque nue», che nel diritto francese corrisponde alla 'locazione della nave': cfr. *infra*, nt. 94); G. PURPURA, *Misthoprasiāi ed exercitores*, in *AUPA* 40 (1988) 5 ss.; D. RATHBONE, *Misthoprasiā: the lease-sale of ships*, in B. PALME (a c. di), *Akten des 23. Internationalen Papyrologenkongresses (Wien 2001)* I, Wien 2007, 587 ss.

<sup>21</sup> H.-A. RUPPRECHT - J. HENGSTL (a c. di), *Sammelbuch griechischer Urkunden aus Ägypten* XIV (Nr. 11264-12219), Wiesbaden 1981-1983; ma cfr. già P.J. SIJPESTEIJN - K.A. WORP, *Documents on transportation by ship*, in *ZPE* 20 (1976) 162: «lease of a ship».

<sup>22</sup> Il valore di αὐτόστο[λον], «to be moved (forward) by someone himself», nel passo è spiegato da K.A. WORP, Αὐτόστολος, in J.M. BREMER - S.L. RADT - C.J. RUIJGH (a c. di), *Miscellanea Tragica in Honorem J.C. Kamerbeek*, Amstelodami 1976, 501 s., nel senso che sarebbe il conduttore a dover provvedere alla preposizione di un comandante, perché l'imbarcazione sarebbe stata fornita priva di pilota. A me sembra al contrario che nel contesto, poiché i locatori garantiscono per le merci e provvedono al loro scarico, l'aggettivo debba essere riferito a questi ultimi; cfr. anche VÉLISSAROPOULOS, *Les nauclères grecs* cit. (nt. 20), 270 e nt. 12, che propone come alternativa – anche sulla base del parallelo ἰδιόστολος di Athen. 12.521a e Philostr. *VA* 5.20 – che si tratti di una nave messa a disposizione di una sola persona.

<sup>23</sup> Sulla σῶος-Klausel cfr. *infra*, in testo.

tutta sicurezza, non di notte né durante tempeste e a gettare l'ancora ogni giorno nei porti più sicuri; uno di loro firma in calce la ricevuta dell'anticipo.<sup>24</sup>

L'assetto di interessi descritto in *P. Lond.* III 948<sup>f</sup> (236 d.C.) è usualmente interpretato come 'contratto di trasporto'.<sup>25</sup> Il comandante della nave,<sup>26</sup> Aurelio Eracle, attesta di aver concluso una 'locazione' (ἐναύλωσεν, νενάυλωκα)<sup>27</sup> con Aurelio Areio Eraclide 'per il carico' (πρὸς ἐμβολήν) di sementi 'da caricare (da parte del comandante)<sup>28</sup> sulla nave' (ἐπὶ τῷ ἐμβάλεσθαι) da Arsinoe a Ossirinco al prezzo di 100 dracme d'argento: nel documento si fissano la capacità della nave, la quantità dell'effettivo carico, i porti di imbarco e di arrivo, le modalità di pagamento del nolo (quaranta dracme alla partenza, sessanta alla consegna), i tempi di carico e scarico, nonché l'obbligo del comandante di fornire la nave completamente attrezzata e un equipaggio sufficiente. Anche

<sup>24</sup> SB XIV 11552: [ἐμίσι]θωσαν Αὐρήλιοι Σερήνος | [...]μονος μητρὸς Ξένας καὶ | [Τρύφ]ων ἀμφότεροι ἀπ' Ὀξυρύγχων | [πόλει]ως Αὐρηλίω Δημητρίω Θέω[νος τοῦ] Ἡλιοδώρου ἀπ[τὸ] τῆς αὐτῆς πόλ[ι]ως ὄν ἔχουσι σα[π]πάκτωνα | [μή]ζης πηχῶν δεχ[α]πέν τε' αὐτόστρο[λον ἐξ]ηρητισμένον [πι]άσι καὶ ναύ[ι]ταις ἰκανοῖς πρὸς ἀνάπλου | [εἰς Τεβ]ενούτιν ἀπὸ [δρ]μου τῆς Ὀξυ[ρύ]γχων πόλεως καὶ [κα]τάπλου ἀ[πὸ] τῆς Τεβεννοῦθ[ε]ως ἐνθάδε | [εἰς τὸν] Ὀξυρυ[γ]χείτην γαύλο[υ] τοῦ | [ἀναπλ.]ίου καὶ κατὰπ[λο]υ ἀργυρίου | [δραχμ]ῶν πεντακο[σί]ων καὶ οἶνο' ὕ' | [μετρη]τοῦ ἐν[θ]ὸς καὶ κ[ρέ]ως [μ]οσχέ | [ου σ]παδίων δέκα [ἐλ]αίω με[τρη]τῶν δέκα ἐλαίου ῥαφανίου | [μετρη]τῶν τριῶν. ἀπὸ δὲ τοῦ ναύ[ι]λου αὐ[τ]ότοι ὁμολογοῦ[ν]σι οἱ νεναυ[ι]λωκότες ἐσχηκέναι δραχμὰς ἑκατόν, | [τὸ δὲ] λοιπὸν ἀπολήμψεσθαι ἅμα | [τῆ] ἐν Ὀξυρυ[γ]χείτῃ ἀπὸ τῆς Τεβεννοῦθ[ε]ως ἐκβ[ο]λή. παρεχέτωσαν ὄν' οἱ νει[ναυλωκ]ότες τὸν σαποπάκτωνα | [Δημητρίω] πρὸς ἐμβολήν τῆ δευ[τέρ]α τοῦ ἐξῆς μηνὸς Φαώφι . . . | . . . ]οντες τὸν νεναυλωμένον | . . . ]ς αὐτοῦ καὶ Μοσχίον ἀποπέ[μ]ουσι μετὰ πάσης ἀσφαλείας οὐ νυ[κ]τὸς οὐδὲ χειμῶ[ν]ος ὄντος πλεον[τ]ε[ς] | [ἀλλὰ ἐπ]ὶ τ[ὸν] ἀσφαλεστάτων | [δρ]μον καθ' ἐκάστην ἡμέ[ρ]αν ἀνορε[μ]ίζοντες - ca. 13 -] βλη . . . | [- ca. 23 -] | λω . . . ]ου ὑποδε [- ca. 11 -] | γ | παρα[δ]ότωσαν οἱ νεναυλωκότες | τὰ ἐμβληθησόμενα [ἀσιν]ῆ ὑγίη ἀκακούρητα ἀπὸ ναυ[τ]ικῆς κακουργίας. πα[ρ]αμένουσι οἱ ἀ[υ]τοὶ νεναυλωκότες ἐν Τεβεννοῦθ[ι] τῷ νεναυλω[μ]ένω μέχρι δεκάτης τοῦ αὐτοῦ[μην]ῶς Φαώφι μεθ' ἣν ἀποπέ[μ]ουσι οἱ ὡς ἐπάνω δεδήλ[ω]ται. ἡ ναύλωσις κυρία. περὶ δὲ τοῦ [ταυτ]οῦ ὀρθῶς | καλῶς γίνεσθαι [ἐπερ]ωτήσαντες | ἀλλήλους ὁμολόγη[σ]αν. (ἔτους) ε | Αὐτοκράτορος Καίσαρος Μάρκου | Αὐρηλίου Αντωνίου Εὐσεβοῦς Εὐτυχ(οῦς) | καὶ Μάρκου Αὐρηλίου Ἀλεξάνδρου | Καίσαρος Σεβαστῶν Θῶθ δ. | ἔξουσι δὲ οἱ νεναυλωκότες ναῦλον ἐπιβατῶν τεσσάρων. | χρόνος ὁ αὐτός (seconda mano) Αὐ[σ]θηλιος Τρύφων νενάλωκα καὶ ἔλεχον τὰς δραχμὰς ἑκατόν ὡς πρόκειται.

<sup>25</sup> Così P.M. MEYER, *Juristische Papyri. Erklärung von Urkunden zur Einführung in die juristische Papyruskunde*, Berlin 1920, 139 (n. 43); V. ARANGIO-RUIZ, in *Fontes iuris Romani Antejustiniani*, III. *Negotia*, Florentiae 1943, 155, lo definisce «locatio rerum per Nilum transportandarum».

<sup>26</sup> L'espressione κυβερνήτης ιδίου πλοίου viene da alcuni intesa nel senso che il comandante sia proprietario della nave (ARANGIO-RUIZ, in *FIRA* III, 477), da altri nel senso che la nave sia 'privata' (MEYER-TERMEER, *Die Haftung der Schiffer* cit. [nt. 15], 8 s.). Sul problema cfr. W. CLARYSSE, *Idion and idiotikon ploion*, in *ZPE* 89 (1991) 69 ss., secondo il quale non è possibile al momento dare una risposta conclusiva.

<sup>27</sup> I verbi ἐναύλωσεν, νενάλωκα non hanno oggetto perché ναύλω significa 'realizzare un contratto di noleggio'. Al contrario, secondo MEYER, *Juristische Papyri* cit. (nt. 25), 139 (n. 43), «Gegenstand des Frachtvertrages sind 250 Artaben Gemehesamen»; ARANGIO-RUIZ, in *FIRA* III, 478 traduce «vehendas conduxit [...] leguminum artabas ducentas quinquaginta»: in realtà le sementi sono oggetto del caricare, e l'atto di caricare è strumentale a un trasporto, ma nel contratto non si dice che l'oggetto dell'obbligazione del *nauta* sia il trasporto.

<sup>28</sup> Sul fatto che il medio ἐμβάλωμαι indichi il carico dal punto di vista del comandante della nave cfr. MEYER-TERMEER, *Die Haftung der Schiffer* cit. (nt. 15), 77.

in questo caso il comandante si impegna a consegnare il carico immune da danni provocati dall'equipaggio e firma, in calce allo stesso contratto, la ricevuta dell'anticipo. Il proprietario delle merci accetta anche di pagare 16 dracme per ogni giorno che la nave sia trattenuta a Ossirinco oltre i quattro giorni previsti per lo scarico delle merci: potrebbe con ciò alludersi a una penale legata alla cooperazione del proprietario delle merci nelle operazioni di scarico, ma la clausola è formulata in modo talmente generico da coprire anche i casi di forza maggiore.<sup>29</sup>

Come si vede, tra questi ultimi due contratti esistono molte analogie. In entrambi il proprietario della nave si impegna a fornire non solo la nave, ma anche l'equipaggio nonché il proprio lavoro come comandante; e in entrambi i casi il nolo viene pagato in parte alla partenza e in parte all'arrivo. Spesso si attribuisce rilievo ai verbi impiegati, riferendo ἐμίσθωσεν alla locazione di nave ed ἐναύλωσεν al contratto di trasporto: tuttavia, come abbiamo visto, nel primo documento i verbi vengono usati entrambi.<sup>30</sup> L'unica differenza rilevante sembrerebbe essere che, mentre nel secondo documento si dichiarano in modo espresso le merci che verranno trasportate, ciò non accade nel primo, dove si parla solo di 'cose che saranno caricate' (τὰ ἐμ[β]ληθησόμενα). Ma anche questo particolare non depone necessariamente per una maggiore libertà di utilizzazione della nave da parte del 'conduttore', perché a ben vedere non è specificata neanche la capacità della nave, ma solo la sua lunghezza (quindici cubiti): evidentemente le parti intendevano decidere all'imbarco la scelta circa la natura e la quantità del carico, che comunque sarebbero risultate nei documenti di carico<sup>31</sup> in cui si riportavano la qualità, la quantità e la destinazione delle merci.<sup>32</sup> Quel che al contrario mi

<sup>29</sup> *P. Lond.* III 948<sup>r</sup> = *FIRA* III, 155: ἐναύλωσεν Αὐρήλιος Ἡρακλῆς Διοσκόρου ἀπὸ Ἀνταίου πόλεως κυβερνήτης ἰδίου πλοίου ἀγωγῆς ἀρταβῶν διακοσίων πενήκοντα ἀσήμου Αὐρηλίῳ Ἀρεΐφῃ Ἡρακλείδου βουλευτῆ τῆς Ἀρσινοειτῶν πόλεως πρὸς ἐμβολὴν λαχανοσπέρμου ἀρταβῶν διακοσίων πενήκοντα ἐπὶ τῷ ἐμβολέσθαι ἀπὸ ὄρουμο Ἄλσους μητροπόλεως ἰ μέγρι ὄρουμο τοῦ Ὀξυρυγ'χείτου ναύλου τοῦ συμφωνηθέντος ἀργυρίου δραχ[μῶν] ἰ ἐκατὸν καθαρῶν ἀπὸ πάντων ἀφ' ὧν ἐντεῦθεν ἔσχεν ἀργ(υρίου) δραχμὰς τεσσαράκοντα, ἰ τὰς δὲ λοιπὰς δραχμὰς ἐξήκοντα ἀπολήμμεται ἅμα τῇ παραδόσει, ἅπερ φορτία παραδώσει σῶα καὶ ἀκακούρητα ἀπὸ ναυτικ[ῆς] κακο[ρ]γίας λαμβάν[οντος αὐτ]οῦ πρὸς ἐμβολὴν ἡμέρας δύο ἀπὸ τῆς κε καὶ ὁμοίω[ς] προσανα[μέν]ειν αὐτ[ὸν] ἐν τῷ Ὀξυρυγ'χείτῃ ἰ ἡμέρας τέσσαρας, μεθ' ἅς ἐὰν παρακατασχεθῆ λήμμεται ὁ κυβερνήτης ἡ[με]ρησίως ἰ [δ]ραχμὰς δεκαῆξ ἑαυτῷ παρεχόμενος ὁ κυβερνήτης τοὺς αὐτάρχεις ναύτας καὶ ἰ τὴν τοῦ πλοίου πάσιν ἐπιχρεῖαν, λήμμεται δὲ ὁμοίως ὑπὲρ σπονδῆς ἐν τῷ Ὀξυρυγ'χείτῃ οἴνου κεράμιον. ἡ ναυλωτικὴ κυρία. (seconda mano) Αὐρήλιος Ἡρακλῆς νεναύλωκα καὶ ἰ [ἐ]σχων ἐπὶ λόγου τὰς δραχμὰς τεσσαράκοντα ὡς πρόγκειται. ἰ (prima mano) (ἔτους) γ' Αὐτοκράτορος Καίσαρος Γαίου Ἰουλίου Οὐήρου Μαξιμεινίου Εὐσεβεῦς Εὐτυχοῦς Σεβαστοῦ ἰ καὶ Γαίου Ἰουλίου Οὐήρου Μαξιμίου τοῦ ἱερωτάτου Καίσαρος Σεβαστοῦ υἱοῦ τοῦ Σεβαστοῦ Φαῶφι κβ.

<sup>30</sup> Seguendo l'integrazione degli editori di *SB* XIV 11552; ma secondo R. HUBNER, in B. KRAMER - M. ERLER - D. HAGEDORN - R. HUBNER, *Kähler Papyri* III, Wiesbaden 1980, 102 nt. 2, al posto di [ἐμίσ]θωσαν dovrebbe integrarsi [ἐναύ]λωσαν (l'autore comunque qualifica il rapporto come *Schiffspachtvertrag*).

<sup>31</sup> Documenti che dovevano essere utilizzati anche in ambito romano: cfr. *supra*, nt. 14.

<sup>32</sup> Cfr. ad es. *P. Oxy.* II 276 (77 d.C.); *XXXIII* 2670 (127 d.C.); *P. Warr.* 5 (154 d.C.); *P. Tebt.* III.1 824 (171 d.C.),

sembra evidente è che i due ultimi documenti riflettono un modello negoziale distinto dal primo testo che abbiamo incontrato, perché in essi il ναύκληρος si occupa del trasporto delle merci.

Possiamo però definirli senz'altro 'contratti di trasporto'?

In SB XIV 11552 è presente una clausola nella quale si specifica che la navigazione deve avvenire di giorno, con il fiume calmo e calando l'ancora ogni giorno nei porti più sicuri (cd. *Navigationsklausel*).<sup>33</sup> È interessante notare che questa clausola si lega agli unici due casi in cui, tra I e II secolo d.C., il contratto esonera esplicitamente il *nauta* dalla sopportazione della Διὸς βία.<sup>34</sup>

Nel medesimo contratto, e nella quasi totalità di casi in cui ricorre,<sup>35</sup> alla *Navigationsklausel* si accompagna la cd. σῶος-*Klausel*,<sup>36</sup> con la quale il *nauta* si impegna a tenere il carico intatto sia dal punto di vista qualitativo che quantitativo,<sup>37</sup> spes-

825 (176 d.C.), 823 (185 d.C.); *P. Oxy.* IX 1197 (208 d.C.); X 1259 (212 d.C.); SB XIV 11549 (283-284 d.C.); *P. Oxy.* X 1260 (286 d.C.); SB XIV 11550 (334-335 d.C.); 11551 (324-337 d.C.).

<sup>33</sup> La clausola ricorre anche in *P. Oxy.* XLV 3250 (63 d.C.): [...] μὴ ἐξέστω αὐτῷ νυγτοπλοεῖν μηδὲ ἰ χειμῶνος ὄντος. ἀνορούμω καθ' ἐκάστην ἡμέραν ἰ ἐπὶ τῶν ἀσφαλεστάτων ὄρμων; *P. Laur.* I 6 (97-117? d.C.): μὴ νυκτὶ μηδ' ἐν χειμῶνι πλέων, ἀλλὰ καὶ ἠορμίζων ἐπὶ τῶν ἀποδεδειγμένων καὶ ἀσφαλεστῶν ὄρμων, καθ' ἡμέραν [δὲ πλέων]; *P. Ross. Georg.* II 18 (§§ vi, xxix, xlii) (139-140 d.C.): ὄρμει ἐπὶ τῶν ἀσφαλεστῶν καὶ ἀποδεδειγμένων τόπων ταῖς καθηκούσας ὥρας; *P. Oxy. Hels.* 37 (176 d.C.): καὶ πλεύσει τὸν πλοῦν εἰθισμῆτος οὐ νυκ[τοπλοῶν οὐδὲ χιμῶνος ὄντος, προσορμίζων δὲ καθ' ἐκάστην ἡμέραν ἐπὶ τῶν ἀποδεδειγμένων καὶ ἀσφαλεστῶν ὄρμων ταῖς καθηκούσας ὥρας; SB XIV 11552 (221 d.C.): ἀποπλέει[ουσι] μετὰ πάσης ἀσφαλείας οὐ νυκ[τοπλοῶν οὐδὲ χιμῶν]ος ὄντος πλέον[τες] ἰ [ἀλλὰ ἐπὶ] τ[ῶν ἀσφ]αλεστῶν ἰ [ὄρμων καθ' ἐκάστην ἡμέ]ραν ἀνορ[μίζοντες]; *P. Oxy.* XLIII 3111 (257 d.C.): [οὐ νυκτο-] ἰ πλοῦν οὐδὲ χιμῶν]ος ὄντος ἀλλὰ προσορμίζ[ων]. Su questa clausola cfr. MEYER-TERMEER, *Die Haftung der Schiffer* cit. (nt. 15), 55 e 60 ed. É. JAKAB, *Vertragsformulare im Imperium Romanum*, in *ZRG RA* 123 (2006) 92.

<sup>34</sup> Cfr. *P. Laur.* I 6 (97-117? d.C.): [...] ἄχρι οὐ παραγενόμενος εἰς Ἀλεξάνδρειαν παραδῶση τὰ ἰ ἐμβιβληθῶμενα σῶα ἀ[κακούρητα ἀπὸ ναυτι]κῆς κακούργιας, ἐὰν μὴ τις κ[ίνδυνος ἢ βλάβος] ἰ γένηται ἡτοι ἀπὸ Διὸς βίας; *P. Oxy. Hels.* 37 (176 d.C.): [...] πλὴν ἐάν, ὃ μὴ γει[νοίτο, ἀπὸ Διὸς βί]ας αἰτίον τι σύμβη ἢ πυρὸς ἀπὸ γῆς ἢ χιμῶνος ἢ κακούργων ἐπιβα[λλ]ότων, ὃ ἰ συνφανὲς ποιήσας ἀνεύθυνος ἔση σὺν καὶ τῇ ναυτίᾳ. Cfr. anche, senza *Navigationsklausel*, il tardo *P. Oxy.* I 144 (580 d.C.): [...] καὶ ταῦτα ἰ ἐτοίμως ἔχω καταγαγεῖν ἐν Ἀλεξάνδρειᾳ δίχα θεοῦ βίας ἰ καὶ τῶν κατὰ ποταμῶν κινδύνων καὶ ἐπιρρειῶν [...]. I primi due contratti sono privati, il terzo è pubblico. In altri papiri la previsione della *vis maior* ha valore diverso, poiché si riferisce alla restituzione della nave e non alla consegna del carico (come intende erroneamente, rispetto al secondo papiro, MEYER-TERMEER, *Die Haftung der Schiffer* cit. [nt. 15], 132 nt. 66): cfr. *P. Köln* III 147 (cfr. *supra*, nt. 17); *P. Oxy.* XXII 2347 (362 d.C.): [...] καὶ ὅποταν αἰρῆ παραδοῦναι αὐτὸν ἰ τὸ αὐτὸ πλοῖον μετὰ καὶ τῆς τούτου ἑξαρκίας ὡς ἐὰν ὑποδέξητε χωρὶς θεοῦ βίας; *P. Lond.* V 1714 (570 d.C.): [-ca. ? - ἀ]πορ[α]ταστήσαι [ἡ]μῖν δίχα Θεοῦ ἰ [βίας ἀνευ οἰασθήποτ(?)]ε ὄραδιουργίας καὶ ἀπενεργεῖν ἡμῖν.

<sup>35</sup> Con la sola eccezione di *P. Oxy.* XLV 3250 (63 d.C.).

<sup>36</sup> Cfr. le liste di BRECHT, *Zur Haftung der Schiffer* cit. (nt. 15), 34 s. e MEYER-TERMEER, *Die Haftung der Schiffer* cit. (nt. 15), 89 ss.

<sup>37</sup> Nel primo senso depongono i termini σῶος, ἀκακούρητος, ἀκακοποίητος, ἀπαράβροχος, καθαρὸς, ὑγιής; nel secondo πλήρης (BRECHT, *Zur Haftung der Schiffer* cit. [nt. 15], 39; su ἐκ πλήρους di *P. Amb.* II 138 [326 d.C.] cfr. *infra*, nt. 43).

so specificando che lo fa rispetto ai comportamenti dannosi dei marinai (ἀπὸ ναυτικῆς κακουργίας).<sup>38</sup>

Non si trova invece mai in combinazione con la *Navigationsklausel* la cd. κίνδυνος-*Klausel*,<sup>39</sup> con la quale il ναύκληρος si impegna a consegnare il carico a proprio rischio (τῷ ἑαυτοῦ κινδύνῳ). Per alcuni studiosi, questa terza clausola non sarebbe altro che una precisazione, in positivo, della σώος-*Klausel*<sup>40</sup> con cui spesso si lega,<sup>41</sup> ma è stato sostenuto che essa potrebbe indicare che il ναύκληρος assumeva su di sé in modo più ampio i rischi del trasporto<sup>42</sup> – ossia oltre i comportamenti dell'equipaggio. A supporto di questa interpretazione mi sembra depongano vari indizi. Innanzitutto, il fatto che in un caso la κίνδυνος-*Klausel* è autonoma rispetto alla σώος-*Klausel*, cosicché l'impegno assunto dal κυβερνήτης appare essere quello di consegnare per intero e a proprio

<sup>38</sup> L'interpretazione di questa espressione è discussa. Per alcuni andrebbe letta con riferimento generico ai pericoli della navigazione (P.M. MEYER, *Griechische Texte aus Ägypten*, Berlin 1916, 73; MEYER-TERMEER, *Die Haftung der Schiffer* cit. [nt. 15], 119 s.; JAKAB, *Vertragsformulare* cit. [nt. 33], 92), per altri come una limitazione ai comportamenti umani dannosi – questo è il significato proprio di κακουργία – compiuti durante la navigazione (L. MITTEIS, *Das Receptum nautarum in den Papyrusurkunden*, in *Berichte über die Verhandlungen der königlich sächsischen Gesellschaft der Wissenschaften zu Leipzig [phil.-hist. Kl.]* 62 [1910] 271; L. MITTEIS - U. WILCKEN, *Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde* II/1, Leipzig 1912, 260, ove però si aggiunge la «mangelhafte Beschaffenheit des Fahrzeugs»; V. ARANGIO-RUIZ, *Lineamenti del sistema contrattuale nel diritto dei papiri*, Milano 1928, 78 s.; BRECHT, *Zur Haftung der Schiffer* cit. [nt. 15], 41 ss.). La limitazione ai comportamenti dell'equipaggio è stata giustificata anche con la presenza degli ἐπίπλοοι, che avrebbero protetto il carico da attacchi di soggetti esterni, come ad esempio i pirati (BRECHT, *op. cit.*, 45). Tuttavia la clausola è presente anche in contratti privati: cfr. *P. Laur.* I 6 (97-117? d.C.); Brecht non conosceva il papiro perché pubblicato successivamente, in R. PINTAUDI, *Dai papiri della Biblioteca Medicea Laurenziana I*, Firenze 1976; *SB XIV* 11552 (212 d.C.; cfr. *supra*, nt. 24); *P. Lond.* III 948<sup>r</sup> (236 d.C.; cfr. *supra*, nt. 29).

<sup>39</sup> Lo ha notato JAKAB, *Vertragsformulare* cit. (nt. 33), 95.

<sup>40</sup> Cfr. MEYER, *Griechische Texte aus Ägypten* cit. (nt. 38), 73; MITTEIS, *Das Receptum nautarum* cit. (nt. 38), 271; MITTEIS-WILCKEN, *Grundzüge und Chrestomathie der Papyruskunde* cit. (nt. 38) II/1, 260; ARANGIO-RUIZ, *Lineamenti* cit. (nt. 38), 79; BRECHT, *Zur Haftung der Schiffer* cit. (nt. 15), 38 ss. In fondo la stessa posizione è condivisa anche da MEYER-TERMEER, *Die Haftung der Schiffer* cit. (nt. 15), 116 ss. e 120 ss., secondo la quale nessuna delle due clausole sarebbe di per sé significativa della assunzione dei rischi del trasporto, cosicché bisognerebbe pensare che il ναύκληρος sopportasse anche la forza maggiore tranne in casi in cui è espressamente esclusa.

<sup>41</sup> *P. Lond.* II 301 (138-161 d.C.); in questo contratto è presente la σώος-*Klausel* ma non il riferimento alla ναυτικῆ κακουργία; la natura di contratto è controversa: per P.J. Sijpesteijn potrebbe essere una garanzia per l'operato degli ἐπίπλοοι (cfr. MEYER-TERMEER, *Die Haftung der Schiffer* cit. [nt. 15], 86 nt. 3), e per N. LEWIS, *Εὐσχήμωνες in Roman Egypt*, in *BASP* 30 (1993) 109, il giuramento di un εὐσχήμων di compiere fedelmente una liturgia; per l'interpretazione del contratto come trasporto marittimo cfr. da ultimo J.L. ALONSO, *Fault, strict liability and risk in the law of the papyri*, in J. URBANIK (a c. di), *Culpa. Facets of liability in ancient legal theory and practice*, Warsaw 2012, 42 s.; *P. Meyer* 14 (159-160 d.C.; σώος-*Klausel* e ναυτικῆ κακουργία); in *P. Amb.* II 138 (326 d.C.) e in *P. Oxy.* X 1259 (212 d.C.; σώος-*Klausel* e ναυτικῆ κακουργία) il riferimento alla κίνδυνος-*Klausel* è ricostruito.

<sup>42</sup> Cfr. U. WOLLENTIN, *ὁ κίνδυνος in den Papyri* (Diss.), Köln 1961, 111 (cfr. *ibid.*, 22); D. NÖRR, *Die Fahrlässigkeit im byzantinischen Vertragsrecht*, München 1960, 184 ss.; E. SEIDL, *Rechtsgeschichte Ägyptens als römischer Provinz. Die Behauptung des ägyptischen Rechts neben dem römischen*, Sankt Augustin 1973, 117; JAKAB, *Vertragsformulare* cit. (nt. 33), 94 s.

rischio (παράδωσω [...] ἐκ πλήρους [τῷ ἑμαυτοῦ κινδύ]νῳ).<sup>43</sup> Se poi si considera che in generale, anche al di là dei contratti di trasporto, la κίνδυνος-Klausel fa riferimento al rischio della mancata realizzazione o del venir meno di una prestazione cui una parte si è impegnata nei confronti dell'altra – nella locazione di terreni il pagamento del canone, in un prestito la restituzione della somma, ecc. – e che nei contratti di cui stiamo parlando i beni trasportati sono quasi sempre fungibili,<sup>44</sup> è lecito concludere che con essa ci si obbligasse a consegnare il carico a ogni costo, assorbendo il contenuto della σῶος-Klausel.<sup>45</sup>

Potrebbe essere significativo, inoltre, che i contratti che contengono la *Navigationsklausel* sono quasi tutti privati – e nell'unico contratto pubblico il pagamento del nolo è effettuato interamente in anticipo, come a non volerlo legare al risultato raggiunto<sup>46</sup> – mentre i contratti che prevedono una κίνδυνος-Klausel sono tutti pubblici.

Sulla base di questi dati sembrerebbe potersi distinguere almeno tre modelli negoziali differenziati.

Il primo è la locazione della nave, nel quale il conduttore assume la completa gestione dell'imbarcazione e ha il dovere di restituirla.

Il secondo non vincola il ναύκληρος al risultato della consegna, ma a mettere a disposizione del proprietario delle merci la propria nave e la propria organizzazione imprenditoriale, seguendo le sue indicazioni e avendo perciò una responsabilità limitata all'idoneità della nave e al proprio *seamanship*. Caratteristica di questi contratti – ma non distintiva ai fini del riconoscimento del modello, ben potendo costituire un *implied term* del tipo – parrebbe essere la *Navigationsklausel*.<sup>47</sup>

Il terzo modello è caratterizzato dalla κίνδυνος-Klausel e implica l'assunzione, da parte del ναύκληρος, di una obbligazione assoluta che probabilmente trova un limite solo nell'impossibilità materiale di trasportare. È questo uno schema negoziale che

<sup>43</sup> *P. Amb.* II 138 (326 d.C.). L'autonomia dalla σῶος-Klausel è rilevata da ARANGIO-RUIZ, *Lineamenti* cit. (nt. 38), 79. Ritengono invece – sulla base della ricorrenza di πλήρης in alcune σῶος-Klauseln: ma l'espressione nei diversi contesti non può che assumere significati differenti – che nell'espressione ἐκ πλήρους debba riconoscersi una σῶος-Klausel BRECHT, *Zur Haftung der Schiffer* cit. (nt. 15), 34 e 59, e MEYER-TERMEER, *Die Haftung der Schiffer* cit. (nt. 15), 108 nt. 44 (cfr. 127 nt. 32); VÉLISSAROPOULOS, *Les nauclères grecs* cit. (nt. 20), 328 nt. 53.

<sup>44</sup> BRECHT, *Zur Haftung der Schiffer* cit. (nt. 15), 61 ss. Il dato resiste alla critica di ALONSO, *Fault, strict liability and risk* cit. (nt. 41), 43 nt. 69. Peraltro, mi sembra che l'individuazione di uno schema negoziale basato sulla *Navigationsklausel* riduca la verisimiglianza della pur interessante proposta di quest'ultimo a. (*ibid.*, 45 s. e 67) di vedere nella κίνδυνος-Klausel una assunzione della responsabilità per fatto altrui da parte del *nauta*.

<sup>45</sup> La medesima responsabilità sembrerebbe poter essere assunta dal terzo che garantisce – in un contratto pubblico in cui sono stati pagati in anticipo nolo e spese – che la consegna si svolgesse in modo corretto e senza ritardo: cfr. *SB XIV* 11548 (343 d.C.), su cui P.J. SJPSTEIJN - K.A. WORP, *Documents on transportation by ship*, in *ZPE* 20 (1976) 157 ss.

<sup>46</sup> *P. Oxy.* XLIII 3111 (257 d.C.). Sul valore del pagamento anticipato cfr. *infra*, § 2.3.

<sup>47</sup> Ma cfr. anche quanto diremo *infra*, § 2.3, sulle modalità di pagamento.

potremmo avvicinare al nostro ‘contratto di trasporto’, nel quale l’obbligazione del trasportatore è di risultato.

Se si considera che il secondo modello ricorre soprattutto in contratti privati, potremmo pensare che la normalità del trasporto privato non richiedesse ai naviganti di assumere una obbligazione di risultato, e che ciò fosse richiesto solo a chi avesse realizzato un contratto per il trasporto di rilevanza pubblica, ossia con un contraente assai più forte sul piano socio-economico e politico.

### 2.3. I due modelli di *locatio mercium vehendarum* in Labeone e Paolo

Il parere di Labeone fa evidentemente riferimento a un assetto di interessi analogo al terzo modello negoziale che abbiamo trovato nei papiri, perché disegna un sinallagma in cui la *vectura* non costituisce la retribuzione per la messa a disposizione dell’organizzazione imprenditoriale dell’*exercitor* – composta, come abbiamo detto, dalla nave, dall’equipaggio e dal *seamanship*. Al contrario, il pagamento è posto direttamente in relazione con il risultato della consegna nel porto di arrivo, analogamente a quanto accade nei contratti greco-egizi caratterizzati da una *κίνδυνος-Klausel*.

Proprio questa corrispondenza induce peraltro a chiedersi se nella fattispecie affrontata da Labeone sia di qualche rilievo il fatto che la merce perita è uno schiavo, ossia un bene infungibile. Come si ricorderà, infatti, la *κίνδυνος-Klausel* si riferisce a contratti di trasporto di beni fungibili, cosicché il *ναύκληρος* che avesse perduto una parte del carico sarebbe stato obbligato alla consegna di un quantitativo di merci pari a quello ricevuto. La distinzione non è estranea al diritto romano, se solo si considera la dicotomia di Alfeno dei *duo genera rerum locatarum*: quando si deve restituire l’*idem* la proprietà del carico resta del *dominus*; quando invece si deve restituire l’*idem genus* la proprietà del carico passa al *nauta* e il *dominus mercium* acquista un diritto di credito.<sup>48</sup> Ciò significa che nel secondo caso il *nauta* deve restituire una quantità di merci pari al carico anche se la nave è naufragata,<sup>49</sup> mentre nel primo – che è quello discusso da Labeone – non è tenuto a restituire la *res*, ma non riceve la *vectura*.<sup>50</sup>

<sup>48</sup> Alf. 5 *dig. a Paulo epit.* D. 19.2.31. La mia esegesi del passo è in FIORI, *La definizione* cit. (nt. 1), 65 ss. Poiché questa regola si lega alla concezione tardo-repubblicana della *locatio conductio*, nella quale era ammesso un passaggio di proprietà, che tuttavia viene combattuta dai Sabiniani e difesa dai Proculiani (cfr. *ibid.*, 190 ss.), potrebbe immaginarsi che vi fossero soluzioni differenti; ma non abbiamo al riguardo alcun tipo di dati.

<sup>49</sup> Il passo di Alfeno non affronta il problema delle azioni di locazione, ma solo quello dell’*actio oneris aversi*, che nell’ultima parte del passo viene esclusa per carenza di *culpa*. Poiché però è molto probabile che il periodo *nam in re [...]* *culpam debere* non sia alfeniano – per D. NÖRR, *Die Entwicklung des Utilitätsgedankens im römischen Haftungsrecht*, in *ZRG RA* 73 (1956) 102 (cfr. 116 nt. 182) è giustiniano, per CARDILLI, *L’obbligazione di praestare* cit. (nt. 11), 274 e nt. 110 è di Paolo – l’affermazione che il *nauta* non è tenuto per *culpa* non può essere riferita alla locazione.

<sup>50</sup> Una lettura simile era in P. PECKII *In titulos Codicis et Digesti ad rem nauticam pertinentes*, Lovanii 1556, 217 s. (*ad loc.*)

La soluzione di Paolo è solo parzialmente differente, e – lungi dall'essere pedante<sup>51</sup> – è di grande interesse perché evidenzia ancora di più il parallelismo con i contratti della prassi greco-egizia.<sup>52</sup> Il procedimento interpretativo seguito dal giurista severiano si articola in due tempi.

Innanzitutto egli si chiede se la *vectura* sia stata calcolata sulle merci caricate o su quelle scaricate. Ora, come è stato giustamente notato, un pagamento calcolato sugli schiavi *impositi* privilegia «un contenuto dell'*oportere ex fide bona* del trasportatore essenzialmente di 'comportamento' e non più di 'risultato'»,<sup>53</sup> ossia una prestazione che riecheggia il secondo modello negoziale che abbiamo incontrato nei papiri greco-egizi, nel quale il *nauta* è tenuto non a consegnare il carico ma a mettere a disposizione del *dominus mercium* la propria organizzazione imprenditoriale, composta dalla nave, dall'equipaggio e dal *seamanship* al fine del trasporto. Nel caso in cui si verifichi un evento sopravvenuto, la differenza tra i due modelli negoziali è rilevante: nel terzo modello la perdita accidentale del carico incide sulla prestazione del debitore, e dunque sul corrispettivo; nel secondo, invece, può aversi esatto adempimento anche se la merce non arriva a destinazione, purché sia riscontrabile un comportamento del *nauta* conforme al suo obbligo di corretta navigazione.<sup>54</sup> Il giurista severiano, in altre parole,

<sup>51</sup> Come scrivevo in FIORI, *La definizione* cit. (nt. 1), 134, seguendo F. HAYMANN, *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht*, II. *Periculum est emptoris*, in *ZRG RA* 41 (1920) 156 («pedantische Trivialität»); ID., *Zur Klassizität des periculum emptoris*, in *ZRG RA* 48 (1928) 407 nt. 3, che per questa ragione giudicava addirittura spurio e compilatorio l'intero commento di Paolo. Cfr. anche M. KASER, *Periculum locatoris*, in *ZRG RA* 87 (1957) 188.

<sup>52</sup> Come nota DU PLESSIS, *Letting and hiring* cit. (nt. 1), 89, «the fact that Paul mentions payment options in relation to perishing of cargo suggests that this was a common convention used in Roman maritime transport contract».

<sup>53</sup> CARDILLI, *L'obbligazione di praestare* cit. (nt. 11), 349.

<sup>54</sup> Il fatto che manchi, in questo assetto di interessi una obbligazione di risultato, ha spesso fatto ritenere che Paolo intenda distinguere tra una *locatio mancipiorum vehendorum* e una *conductio* dell'intera nave (così già VIVIANI *casus* ad D. 14.2.10 pr.; cfr. anche F. PRINGSHEIM, *Id quod actum est*, in *ZRG RA* 78 [1961] 29; E. BETTI, *Periculum. Problema del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano*, in *Studi P. de Francisci* I, Milano 1956, 189; ID., *Istituzioni di diritto romano* II/1, Padova 1962, 175 nt. 1, 222 nt. 13, 408, 425 s.; ID., *Zum Problem der Gefahrtragung bei zweiseitig verpflichtenden Verträgen*, in *ZRG RA* 82 [1965] 4; L. VACCA, *Considerazioni in tema di risoluzione del contratto per impossibilità della prestazione e di ripartizione del rischio nella locatio conductio*, in *Iuris vincula. Studi M. Talamanca* VIII, Napoli 2001 = *Appartenenza e circolazione dei beni. Modelli classici e giustiniani*, Padova 2006, 538 e nt. 76; U. BABUSIAUX, *Id quod actum est. Zur Ermittlung des Parteiwillens im klassischen römischen Zivilprozeß*, München 2006, 230 ss.) o di singoli *loca* della stessa (THOMAS, *Carriage by sea* cit. [nt. 2], 496 e nt. 26). In passato, avevo appoggiato anch'io questa interpretazione, in un contributo nel quale, peraltro, tentavo di relativizzare l'uso della tripartizione e rilevavo l'esistenza di forme intermedie come la regia (cfr. *infra*, § 6), ma non consideravo il contratto di noleggio (cfr. FIORI, *La definizione* cit. [nt. 1], 136 ss.; cfr. anche ID., *Forme e regole* cit. [nt. 2], 157): un esempio, mi pare, di quanto sia difficile liberarsi delle categorie tralattate anche quando si è consapevoli della loro relatività. Mi sembra tuttora debbano essere escluse alcune posizioni minoritarie: per P. HUVELIN, *Études d'histoire du droit commercial romain*, Paris 1929, 93, la differente soluzione di Paolo dovrebbe essere spiegata

legge l'accordo sulle modalità di pagamento della *vectura* come un indice della volontà delle parti di realizzare un contratto nel quale il pagamento si lega o meno al risultato dell'attività del *nauta*: da questo punto di vista, è importante notare che Paolo non usa il verbo *portare* – come ad esempio nel § 2, dove non è interessato a esprimere il risultato dell'azione<sup>55</sup> – ma *deportare*, il cui il preverbio *de-* trasforma l'aspetto verbale dal durativo al momentaneo, dall'attività espressa da *portare* al suo esito finale.

Il secondo passaggio della soluzione di Paolo si costruisce intorno a una presunzione. Se non risulta dal testo contrattuale quale sia il parametro di calcolo della *vectura*, sarà sufficiente che il *nauta* dimostri di aver caricato la merce: una prova che era ottenuta, con ogni probabilità, attraverso l'esibizione dei documenti di carico. Il ragionamento del giurista severiano può essere spiegato, a mio avviso, ancora una volta tenendo conto di quanto abbiamo rilevato nei papiri greco-egizi, dai quali sembrerebbe potersi dedurre che di regola, nei contratti privati, il *ναύκληρος* assumesse un'obbligazione di mezzi, e in quelli pubblici di risultato. Che anche a Roma, in questi ultimi, il *nauta* assumesse un'obbligazione di risultato potrebbe infatti desumersi da un passo di Livio in cui si narra che nel 215 a.C., durante la seconda guerra punica, non essendo l'*aerarium* al momento in grado di pagare il trasporto di merci necessarie per l'esercito in Spagna, si concesse che il trasporto avvenisse *publico periculo*:<sup>56</sup> il che dimostra che normalmente il *periculum* era del *nauta*.<sup>57</sup>

Nei contratti privati, quando il carico non avesse caratteristiche peculiari, il *dominus mercium* avrebbe potuto avere interesse non tanto a ricevere nel porto di arrivo le stesse merci caricate (*idem*), quanto ad avere la sicurezza di ricevere quantomeno il *tantundem*. Quando invece il trasporto avesse riguardato beni non fungibili o comunque 'qualificati' – marmi, vino di pregio, ecc. – il *dominus mercium* potrebbe avere più interesse alla consegna delle merci caricate piuttosto che a ottenere il *tantundem* oppure il risarcimento dell'*exercitor*, anche perché presumibilmente l'ammontare della *vectura*, a

---

nel senso che per lui la morte dello schiavo non sarebbe stato un caso di *vis maior*, ma un *vitium rei*, che pertanto sarebbe stato a carico del proprietario; ma nulla, nel passo, induce a ritenere che i due giuristi valutassero in modo differente tra loro l'evento della morte dello schiavo; per MÉNAGER, '*Naulum*' et '*receptum rem salvam fore*' cit. (nt. 3), 404 nt. 160, il commento di Paolo farebbe riferimento a un rapporto di natura pubblicistica, e distinguerebbe tra il caso in cui lo Stato ha imposto al *nauta* di trasportare degli schiavi (*impositi*) e quello in cui gli schiavi sono trasportati per essere *deportati in insulam*, che sarebbe stato meno vantaggioso per il *nauta* sul piano economico: nulla, di tutto ciò, emerge dal passo.

<sup>55</sup> Su cui cfr. *infra*, § 2.5.1.

<sup>56</sup> Liv. 23.49.1, su cui cfr. A. BÜRGE, *Der Witz im antiken Seefrachtvertrag. Beobachtungen zur Vertragspraxis im antiken Mittelmeerraum*, in *Index* 22 (1994) 389 ss. e spec. 392 s.

<sup>57</sup> Non mi sembra vi sia perciò alcun motivo di pensare, con BETTI, *Periculum* cit. (nt. 54), 189, all'interpolazione del segmento *quod si hoc apparere... mancipium*.

fronte di un minore rischio per il *nauta*, sarebbe stato minore. Perciò l'adozione di un modello negoziale in cui l'obbligazione è limitata al comportamento sarà interesse non solo dell'*exercitor*, ma dello stesso *dominus mercium*, che preferirà gestire con maggiore partecipazione il trasporto piuttosto che demandarlo interamente al *nauta*. E che proprio questo modello fosse il più diffuso mi sembra risulti anche dalla circostanza che Ulpiano, allorché deve descrivere le funzioni che l'*exercitor* può affidare al *magister navis*, fa riferimento a questo, e non all'ipotesi in cui il *nauta* abbia assunto un'obbligazione di risultato.<sup>58</sup>

Naturalmente, la presunzione di Paolo induce a interrogarsi sull'affermazione di Labeone. Se infatti quest'ultimo avesse condiviso l'idea che il modello-base dei contratti privati fosse quello che prevede un'obbligazione di mezzi del *nauta*, non avrebbe affermato che la *vectura* non è dovuta per lo schiavo che non sia stato portato sino a destinazione. La stessa natura di 'massima' dell'affermazione, ossia di regola 'probabile' (*πιθανόν*) che non vincola l'interprete qualora si ravvisino i presupposti per una soluzione diversa,<sup>59</sup> non attenua se non in parte la differenza di vedute con il giurista severiano: si potrebbe immaginare che Labeone operasse anch'egli sulla base di una presunzione, ma di segno opposto, e cioè che, in assenza di clausole che espressamente identificassero la prestazione del *nauta* in una obbligazione di mezzi, egli ritenesse si dovesse presumere che il *nauta* avesse assunto una obbligazione di risultato.

<sup>58</sup> Il *magister navis* – si legge in Ulp. 28 *ad ed.* D. 14.1.1.3 – è creato *locandis navibus vel ad merces vel vectoribus conducendis armamentisque emendis*. La frase – probabilmente da correggere *locandis navibus vel [ad merces] <mercibus> ...*, come suggerito da alcune edizioni cinquecentesche (cfr. ad es. *Pandectarum seu Digestum vetus iuris civilis* I, Venetiis 1581, 970) – non deve essere intesa come se si riferisse a tre attività: la *locatio* della nave, la *conductio* del trasporto di merci o passeggeri, e l'*emptio* di attrezzature (così, ad es., MÉNAGER, '*Naulum*' et '*receptum rem salvam fore*' cit. [nt. 3], 188 e CERAMI-PETRUCCI, *Diritto commerciale romano* cit. [nt. 8], 247 s.). Le attività sono solo due: la *locatio* di navi finalizzata a *conducere* il trasporto di merci o di passeggeri; e l'*emptio* di attrezzature. Che questa sia la lettura corretta del brano si deduce da quanto scrive Ulpiano poco più avanti nel medesimo frammento, allorché afferma che il *magister navis* può essere incaricato dall'*exercitor* di svolgere funzioni particolari, e che se le travalica non obbligherà l'armatore verso i terzi. Il *magister* può infatti essere preposto solo a riscuotere le *vecturae* ma non a *locare*; oppure a *locare*, ma non a riscuotere le *vecturae*; oppure può essere incaricato di *locare* la nave per portare passeggeri (*locare vectoribus*) ma non merci (*locare mercibus*), o viceversa; o ancora può essere incaricato di *locare* la nave *certis mercibus* ed egli *alia materia locavit* (Ulp. 28 *ad ed.* D. 14.1.1.12). Se si intendono questi passaggi come riferimenti alla locazione della nave oppure alla realizzazione di contratti di trasporto di merci o persone (così ancora MÉNAGER, *op. cit.*, 188 e CERAMI-PETRUCCI, *op. cit.*, 225 s.), non si comprende perché Ulpiano parli di *locare navem vectoribus* o *mercibus*: egli avrebbe piuttosto dovuto parlare di *conducere mercium* o *vectorum vehendarum*, senza riferimenti alla nave, che invece è richiamata con certezza nella frase *si ut certis mercibus eam locet*. Conseguentemente, anche la distinzione tra *exigere vecturam* e *locare navem* non deve essere intesa come un riferimento a due distinti modelli negoziali – contratto di trasporto, espresso per sineddoche, e locazione della nave – ma a diverse funzioni all'interno del medesimo rapporto: nel primo caso il *magister* può solo ricevere il pagamento della *vectura*, nel secondo può addirittura contrarre.

<sup>59</sup> Cfr. TALAMANCA, I '*pithana*' di Labeone cit. (nt. 13), 35 ss.

Non saprei dire, in assenza di dati ulteriori, se una tale possibilità possa essere giudicata convincente. In ogni caso, non si tratterebbe di una presunzione anomala: come vedremo tra breve, su una simile premessa si è costruita l'interpretazione dei contratti relativi al trasporto nella prassi mercantile moderna.

#### **2.4. La qualificazione dogmatica dei modelli negoziali nella storia del diritto della navigazione**

Il metodo interpretativo di Labeone e Paolo trova numerose corrispondenze nell'esperienza moderna. Credo perciò sia utile accennare brevemente all'interpretazione di D. 14.2.10 pr. nella storia del diritto della navigazione, anche perché le regole di quest'ultimo si sono formate a partire dai testi romani.

Come abbiamo detto,<sup>60</sup> la distinzione tra *locatio* cd. *operarum* e cd. *operis* in termini di obbligazioni di mezzi e di risultato – terminologicamente affermatasi a partire dal *Traité des obligations* di René Demogue<sup>61</sup> – nella sostanza si era già prodotta in Germania alla fine del XIX secolo.<sup>62</sup> Sino a quella data, nella locazione d'opere erano ricompresi sia i casi in cui le *operae* erano valutate come singole giornate lavorative, sia quelli in cui erano prese in considerazione come attività complessiva (*opus*). Tutti i contratti marittimi rientravano perciò entro la denominazione di 'contratto di noleggi', inteso genericamente come il contratto in cui si paga un nolo, e che pertanto può configurarsi o come una semplice locazione della nave, oppure come una locazione della nave e delle opere del capitano finalizzata al trasporto.<sup>63</sup> All'interno di quest'ultima figura, però, si distingueva in relazione alla natura, di mezzi o di risultato, dell'obbligazione del noleggiante. Per meglio dire, la maggiore o minore ampiezza dell'obbligazione non dava vita a contratti distinti sul piano ordinamentale, ma solo a differen-

<sup>60</sup> Cfr. *supra*, § 1.

<sup>61</sup> R. DEMOGUE, *Traité des obligations en général* V, Paris 1925, 538 ss.; VI, Paris 1932, 644.

<sup>62</sup> H. DERNBURG, *System des römischen Rechts (Pandekten)* II, Berlin 1912<sup>8</sup>, 788 s. nt. 3, che individua nell'*opus* l'effetto economico delle *operae* e critica la tradizionale visione della *locatio operis* come forma di locazione di *operae* (su ciò FIORI, *La definizione* cit. [nt. 1], 157 e 311 ss.).

<sup>63</sup> B. STRACCHAE *De nautis, navis et navigatione tractatus*, pars II n. 1, in *De mercatura, seu mercatore tractatus*, Venetiis 1553, 126: «nunc sciendum est, nautas, qui merces vehendas accipiunt, et ex hoc mercedem locatoris dicit, vel quia operas ad exportandas merces locant, vel quia navium usum praestant». L'interpretazione che del passaggio – riportato senza la frase iniziale – dà E. SPASIANO, s.v. *Noleggio di nave e di aeromobile*, in *ED XXVIII* (1978) 243, non è corretta: in esso non si descrivono le ipotesi che corrispondono «al trasporto, al noleggio ed alla locazione della nave», ma si afferma che i *nautae* che ricevono le merci da trasportare sono detti locatori o perché locano le proprie *operae* per trasportare le merci, oppure perché attribuiscono l'uso della nave. Conseguentemente non può condividersi neanche l'affermazione del medesimo autore che «la configurazione come *locatio navis et operarum magistris* è dovuta [...] alla più moderna dottrina» (*ibid.*, 243 s.).

ti modelli negoziali scelti dalle parti, che venivano distinti, seguendo Paolo, a seconda che il nolo fosse calcolato sulla merce caricata o sulla merce consegnata.<sup>64</sup> Nel primo caso, infatti, il trasportatore riceveva il nolo anche se il carico andava perduto; nel secondo, solo se lo portava a destinazione.

Per fondare questo sistema, i giuristi del XVI-XVII secolo richiamavano, in relazione al primo caso, passi del Digesto in tema di *locatio operarum* in cui si affermava che la *merces* è dovuta al *locator operarum* anche se il *conductor* non ne utilizza le *operae*,<sup>65</sup> dimostrando così di circoscrivere l'obbligazione del navigatore alla sola attività. In relazione al secondo caso, citavano un frammento di Ulpiano di cui ci occuperemo più avanti,<sup>66</sup> dal quale desumevano che la *vectura* è dovuta solo se si effettua il trasporto sino a destinazione. L'unica differenza, rispetto alla dottrina di Paolo, riguardava il rapporto tra le due regole. Mentre in assenza di un'espressa convenzione il giurista severiano era indotto a presumere il primo rapporto, la dottrina moderna – forse come Labeone? – presumeva il secondo, tranne il caso in cui si trattasse di viaggi oceanici,<sup>67</sup> evidentemente perché, rispetto all'antichità, nei viaggi di breve durata si era raggiunta una maggiore sicurezza.<sup>68</sup>

<sup>64</sup> Cfr. PECKII *Ad rem nauticam* cit. (nt. 50), 216 ss. (*ad loc.*); J. DE HEVIA BOLAÑOS, *Curia Philipica II*, Madrid 1790 (prima ed. Limae 1603), 479 (lib. III cap. 5 sect. 19-20); F. ROCCI *De navibus et nauulo*, Amstelodami 1708 (prima ed. Neapoli 1655), 75 ss. (note 76-78); J.L.M. DE CASAREGIS, *Discursus legales de commercio*, Florentiae 1719, 113 (nn. 15-21). Cfr. anche J. LOCCENII *De iure maritimo et navali libri tres*, Holmiae 1652, 235 e 238 s. (lib. III cap. 5 nn. 6 e 9), che sostanzialmente riproduce le fonti romane con minimi commenti. Non c'era nella dottrina intermedia alcuna «confusione» tra i diversi assetti di interesse, come afferma ripetutamente SPASIANO, s.v. *Noleggio* cit. (nt. 63), 243 ss.: si tratta di una differente ricostruzione della struttura della *locatio conductio*, che può apparire confusa solo se si sovrappongono ad essa le concezioni moderne. Sul rapporto tra queste opere e la dottrina inglese, cfr. *infra*, nt. 76; alcuni autori anglosassoni erano perfettamente consci della comunanza di visione: ad es. C. ABBOTT, *A treatise of the law relative to merchant ships and seamen*, London 1802, 225, scriveva che «these distinctions are found in the Civil Law, and adopted by all the writers on this subject».

<sup>65</sup> Paul. *l. s. reg.* D. 19.2.38 pr.-1; Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.2.19.9.

<sup>66</sup> Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.2.15.6, su cui cfr. *infra*, § 4.

<sup>67</sup> Cfr. R.-J. VALIN, *Nouveau commentaire sur l'ordonnance de la marine I*, La Rochelle 1760, 627 (lib. III tit. 3 art. 18), nota che «toutes les fois que le fret se paye d'avance, on ne manque jamais de stipuler qu'il demeurera acquis quelque événement qui survienne», e aggiunge che «elle est [...] devenue comme de style dans les voyages de Canada et dans les affrètemens faits au Roi. L'usage est en effet que le Roi s'engage de payer le fret quelque fois le fort du navire. Ci-devant le Roi prenoit même pour son compte la perte du navire et toutes les avaries qui pouvoient lui arriver par cas fortuit ou autre fortune de mer durant le voyage».

<sup>68</sup> È possibile che questa innovazione fosse già presente nella prassi mediterranea dell'Alto Medioevo, perché nella giurisprudenza islamica inizia a differenziarsi la navigazione in alto mare da quella di costa (H.S. KHALILIEH, *Admiralty and maritime laws in the Mediterranean sea [ca. 800-1050]*, Leiden-Boston 2006, 127) e si afferma che normalmente il nolo va pagato all'arrivo (*ibid.*, 125), non essendo dovuto per le merci perdute (*ibid.*, 137; cfr. 141) ed essendo invece dovuto in misura maggiore nel caso in cui il carico aumenti durante il viaggio (nascita di un animale a bordo: *ibid.*, 126 e nt. 170).

La medesima impostazione si ritrova nell'*Ordonnance de la marine* promulgata da Luigi XIV nel 1681, che è stata la base, in materia di diritto marittimo, dei codici di commercio francese e italiani del XIX secolo. In tutte queste fonti ci si occupava essenzialmente del contratto di noleggio inteso come locazione di nave e di opere<sup>69</sup> – essendo raro il caso che il proprietario delle merci disponesse di un'organizzazione imprenditoriale tale da poter solo prendere in conduzione la nave e provvedere autonomamente alla navigazione<sup>70</sup> – e si stabiliva che non era dovuto alcun nolo per le merci perdute per naufragio, collisione, saccheggio di pirati o cattura di nemici, e che si dovesse restituire il nolo anticipato se non vi fosse una convenzione contraria.<sup>71</sup> I codici italiani, in particolare, stabilivano che per la morte del passeggero il nolo fosse dovuto *pro rata temporis* o non fosse dovuto se la morte fosse stata causata da naufragio<sup>72</sup> ma, rispetto a quest'ultima ipotesi, il *Codice di commercio* italiano del 1882 aggiungeva che il nolo anticipato non doveva essere restituito.<sup>73</sup>

La tradizione mercantile era talmente radicata che persino in Germania – dove il *Bürgerliches Gesetzbuch* aveva accolto la frantumazione della *locatio conductio* propugnata dalla dottrina – lo *Handelsgesetzbuch* del 1900 manteneva l'unità tradizionale del noleggio (*Frachtvertrag*), nel quale erano ricompresi sia la locazione della nave e dell'attività di trasportare, sia il contratto relativo al trasporto e alla consegna di singole merci, stabilendo che non fosse dovuto il nolo per le merci perdute accidentalmente e che, se pagato in anticipo, esso dovesse essere restituito «sofern nicht das Gegenteil bedungen ist».<sup>74</sup>

Il contesto per noi più interessante è però quello inglese, perché è quello che ha sviluppato e conservato regole più vicine a quelle del diritto romano. Il diritto marittimo inglese è stato infatti a lungo modellato sul *civil law*,<sup>75</sup> e non ha perso le sue caratteri-

<sup>69</sup> La distinzione tra 'contratto di noleggio' e 'contratto di trasporto' si legava solo alla circostanza che il primo riguardava il trasporto su acqua e il secondo il trasporto su terra: cfr. ad es. G. VALERI, *L'art. 926 cod. comm. e la natura giuridica del contratto di noleggio*, in *Riv. dir. comm.* 14 (1916) I 841.

<sup>70</sup> C. LYON-CAEN - L. RENAULT, *Traité de droit maritime* I, Paris 1894, 416 ss.

<sup>71</sup> Ord. mar. liv. III, tit. 3 art. 18; art. 302 cod. comm. fr.; art. 409 cod. comm. it. (1865); art. 577 cod. comm. it. (1882).

<sup>72</sup> Art. 420 co. 2 cod. comm. it. (1865); art. 584 co. 2 cod. comm. it. (1882).

<sup>73</sup> Art. 584 co. 2 cod. comm. it. (1882). Rispetto al trasporto di merci, l'art. 577 fissa un regime identico a quello del codice del 1865.

<sup>74</sup> § 617 HGB. L'Abs. 2 stabilisce che, se la somma è per il noleggio dell'intera nave, essa è ridotta proporzionalmente.

<sup>75</sup> Le regole del diritto marittimo inglese si sono formate su quelle di base romanistica diffuse nell'Europa meridionale. L'importanza assunta dalle città italiane nel commercio medievale si era infatti accompagnata a un approfondimento delle regole giuridiche del commercio marittimo, che furono recepite in Inghilterra quando, nel XVI secolo, il cuore del traffico internazionale si spostò nell'Europa del Nord (cfr. per tutti W.S. HOLDSWORTH, *A history of*

stiche neanche quando, a partire dal XVII secolo, la materia è passata nella giurisdizione delle corti di *common law*.<sup>76</sup>

Il diritto inglese conosce, per il traffico non di linea,<sup>77</sup> essenzialmente due schemi di riferimento.<sup>78</sup>

Un primo schema coincide o con una locazione della sola nave (*bareboat charter*), oppure in una locazione della nave e dell'equipaggio calcolata a tempo (*time charter*). In entrambi i casi il nolo deve essere pagato anche se il *charterer* non utilizza il battello, e tutti i rischi non legati alla condizione della nave e (nel *time charter*) dell'equipaggio sono a carico del *charterer*.<sup>79</sup> Inoltre, in entrambi i casi, qualora si determini frus-

---

*English law V*, London 1937<sup>2</sup>, 63 ss.). Questo stato di cose aveva fatto sì che la *Admiralty Court*, che per lungo tempo ha avuto giurisdizione su ogni questione di diritto marittimo (cfr. per tutti ID., *A history of English law I*, Boston 1922<sup>3</sup>, 552 ss.), fosse nel XVI e nella prima parte del XVII secolo una roccaforte del *civil law* in Inghilterra: cfr. per tutti D.R. COQUILLETTE, *The Civilian Writers of Doctors' Commons, London. Three Centuries of Juristic Innovation in Comparative, Commercial, and International Law*, Berlin 1988, 29.

<sup>76</sup> Sulla «battle for the Law Merchant» nel XVII secolo cfr. HOLDSWORTH, *A history of English law* cit. (nt. 75) I, 552 ss.; V, 140 ss.; COQUILLETTE, *The Civilian Writers* cit. (nt. 75), 106 ss. Ancora nel XIX secolo, i più importanti trattati in materia e la giurisprudenza attingevano a opere civilistiche. Ad esempio, un'opera fondamentale come quella di ABBOTT, *A Treatise* cit. (nt. 64), cita i *commentarii* di Pieter Peck (1529-1589; cfr. *supra*, nt. 50), ripubblicati in varie edizioni con note di Arnold Vinnen (1588-1657), e il *De navibus et nauo* di Francesco Rocco (1629-1706: cfr. *supra*, nt. 64), del quale particolarmente diffusa fu l'edizione di Amsterdam 1708, su cui fu condotta la traduzione – non sempre accurata – di J.R. INGERSOLL, *A manual of maritime law. Consisting of a treatise on ships and freight and a treatise on insurance translated from the Latin of Roccus*, Philadelphia 1809. Un altro esempio, questa volta giurisprudenziale, è *Dakin v Oxley* (1864) 15 CB NS 646 = 143 ER 938, in cui si richiamano i *Discursus legales de commercio* di Giuseppe Lorenzo Maria Casaregi (1670-1737; cfr. *supra*, nt. 64), la cui prima parte fu pubblicata a Genova nel 1707.

<sup>77</sup> Si parla in questo caso di *bills of lading*: cfr. per tutti J.F. WILSON, *Carriage of goods by sea*, Harlow 2010<sup>7</sup>, 113 ss.

<sup>78</sup> Quelli indicati in testo sono gli schemi fondamentali, ma esiste anche la locazione di spazi della nave (*slot charter*), il noleggio a tempo per viaggi predeterminati (*trip charter*), il noleggio a viaggi consecutivi prefissati o realizzabili entro un tempo dato (*consecutive voyage charter*) e il contratto che ha a oggetto il trasporto di una certa quantità di merce entro un determinato periodo di tempo mediante un numero indefinito di viaggi (*long-term freighting contract*). Sui tipi di *charters* cfr. per tutti WILSON, *Carriage of goods by sea* cit. (nt. 77), 3 ss.

<sup>79</sup> Lo schema del *bareboat charter* non pone particolari problemi: basti il rinvio a M. DAVIS, *Bareboat Charters*, London 2005. Più delicato è il discorso circa la natura giuridica del *time charter*, ma è chiara la sua vicinanza alla locazione della nave: il nolo deve essere pagato anche se il *charterer* non utilizza il battello (in caso di temporanea indisponibilità i formulari prevedono la cd. clausola *off-hire*, ossia la sospensione del pagamento del nolo: cfr. WILSON, *Carriage of goods by sea* cit. [nt. 77], 86 ss. e 96 ss.). Per quanto riguarda gli eventi verificatisi durante la navigazione, lo *shipowner* risponde per quanto riguarda la navigazione e la gestione della nave (*ibid.*, 109), ma vi è una forte incidenza delle direttive del *charterer*, che controlla la funzione commerciale della nave (cd. clausola di *employment*), e pertanto è normalmente responsabile per le spese e i danni sopportati dallo *shipowner* in conseguenza delle sue direttive, nonché per i comportamenti del comandante e dell'equipaggio: cfr. L. TULLIO, *Contratto di noleggio* (Trattato Cicu-Messineo-Mengoni), Milano 2006, 150 ss.; WILSON, *op. cit.*, 85. Le cd. *indemnity clauses*, quando non espressamente convenute, sono considerate *implied terms* di questo tipo contrattuale: cfr. *Sig Bergesen DY & Co. v Mobil Shipping and Transportation Co. (The Berge Sund)* (1993) 2 *Lloyd's Rep* 453; *Triad Shipping Co. v Stellar Chartering &*

*tration of the contract*,<sup>80</sup> la risoluzione determina un pagamento proporzionale all'utilità ottenuta dalla messa a disposizione della nave (ed eventualmente dell'equipaggio).<sup>81</sup>

Un secondo schema è quello in cui lo *shipowner* mette a disposizione del *charterer* la nave e l'equipaggio per viaggi determinati (*voyage charter*), e comprende sia il caso in cui lo *shipowner* è obbligato al solo trasporto, sia quello in cui è obbligato alla consegna. La distinzione tra questi due modelli negoziali è anche qui fondata sull'esegesi del passo di Paolo: nel XVII secolo vi facevano riferimento anche i pratici<sup>82</sup> e persino gli

---

*Brokerage Inc. (The Island Archon)* (1994) 2 *Lloyd's Rep* 227 (altri casi in M. DOCKRAY, *Cases and materials on the carriage of goods by sea*, London-Sydney-Portland [OR] 2004<sup>3</sup>, 300). Naturalmente, ciò sempre che lo *shipowner* non abbia esplicitamente o implicitamente assunto su di sé questo rischio: cfr. *Action Navigation v Bottiglieri Navigation Inc. (The Kisa)* (2005) 1 *Lloyd's Rep* 432. Inoltre, per le stesse ragioni, il rischio non legato alla condizione della nave o dell'equipaggio è a carico del *charterer*: così, ad esempio l'ostruzione di un fiume o l'impossibilità di entrare in un canale: cfr. rispettivamente *Court Line v Dant & Russel Inc.* (1939) 3 *All ER* 314; *Mareva Navigation Co v Canaria Armadora SA (The Mareva AS)* (1977) 1 *Lloyd's Rep* 368; e *Actis Co. Ltd. v The Sanko Steamship Co. Ltd. (The Aquacharm)* (1982) 1 *Lloyd's Rep* 7; *Andre & Cie SA v Orient Shipping (Rotterdam) BV (The Laconian Confidence)* (1997) 1 *Lloyd's Rep* 139, su cui WILSON, *op. cit.*, 97; DOCKRAY, *op. cit.*, 324 ss.

<sup>80</sup> Cfr. WILSON, *Carriage of goods by sea cit.* (nt. 77), 39 ss.: quando il contratto preveda il trasporto di uno specifico carico e questo sia andato perduto, oppure di una specifica merce della quale venga proibita l'esportazione, o quando la prestazione sia divenuta illegale; o ancora quando il trasporto abbia subito un notevole ritardo a causa di riparazioni, blocco governativo, scioperi particolarmente lunghi, situazioni di guerra – e anche in questo caso, come nel diritto italiano, la gravità del ritardo viene valutata in relazione alla durata del viaggio. Occorre dire che, a differenza di quanto accade in genere nel diritto inglese e nordamericano (cfr. *infra*, ntt. 223 e 227), in caso di *charterparty* la *frustration of the purpose* è ammessa dalle corti con maggiore ampiezza – e anzi è stato in questo ambito che la dottrina si è maggiormente sviluppata agli inizi del XX secolo (G. TREITEL, *Frustration and force majeure*, London 2004<sup>2</sup>, 53) – al punto che la *frustration* viene esclusa solo quando gli eventi sono espressamente previsti nel contratto, e che anche quando vi sia una espressa previsione, si tende a una interpretazione del testo contrattuale molto rigorosa: così, ad es., in *Jackson v Union Marine Insurance Co. Ltd.* (1874) *LR* 10 CP 125, su cui cfr. per tutti TREITEL, *op. cit.*, 236 ss. (in generale sui casi di «delay making performance useless to the party to whom it is to be rendered»), 257, 465 ss., 640 s.; ID., *The law of contract*, London 2011<sup>13</sup>, 929 e 958; WILSON, *op. cit.*, 43.

<sup>81</sup> Per l'applicazione del *Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943*, a questi *charters* cfr. la sect. 2 (5)(a); è discussa l'applicabilità al *trip charter*, caratterizzato, come abbiamo detto, da una forma ibrida: cfr. TREITEL, *Frustration and force majeure cit.* (nt. 80), 628 ss., che è incline ad ammetterla. La sect. 1 (2) prevede per le prestazioni parziali la possibilità di ripetere l'intera somma pagata in anticipo, salva la possibilità di ottenere un indennizzo; la sect. 1 (3) permette – in caso di nolo da pagarsi all'arrivo – di ottenere un indennizzo per le spese; ciò tranne il caso in cui le parti abbiano disposto diversamente: sect. 2 (3). Sul regime legale in generale cfr. TREITEL, *op. cit.*, 594 ss., 601 ss.; sulla sua applicazione a *time* e *bareboat charters* cfr. *ibid.*, 628.

<sup>82</sup> Cfr. l'opera molto importante di Gerard Malynes (1586-1626), un mercante e «the first Englishman to treat of the Law Merchant as a whole» (HOLDSWORTH, *A history of English law cit.* [nt. 75] V, 110): G. MALYNES, *Consuetudo, vel Lex Mercatoria or The Ancient Law-Merchant*, London 1685<sup>2</sup> (prima ed. London 1622), 100. L'autore non cita espressamente le fonti romane, e risolve la questione in modo leggermente diverso: si distingue il caso in cui il nolo sia stato calcolato sul complesso delle persone o del bestiame, nel qual caso la somma è dovuta, da quello in cui è stato calcolato sui singoli *capita*, allorché non è dovuta; se non è possibile ricostruire l'accordo, «then that agreement

autori più impegnati a favore di un trasferimento del diritto marittimo nelle corti di *common law*;<sup>83</sup> nel XIX secolo, essa è stata ulteriormente approfondita.

Anche in Inghilterra, come nei paesi di *civil law*, il rapporto tra questi due ultimi modelli si è invertito. Quando non sia possibile inferire la scelta delle parti, si presume che l'obbligazione dello *shipowner* sia di consegna, e qualora le merci non giungano a destinazione il nolo non dovrà essere corrisposto<sup>84</sup> – con l'eccezione del trasporto di esseri viventi, qualora muoiano a bordo, e a questo riguardo viene spesso esplicitamente richiamata la regola di Paolo in D. 14.2.10 pr.<sup>85</sup> Se però c'è una clausola contrattuale espressa o implicita che calcola il nolo sulla merce caricata,<sup>86</sup> sia o meno corrisposto alla partenza – come è attestato fosse consuetudine anche in Inghilterra per i viaggi oceanici<sup>87</sup> – il nolo è dovuto anche se le merci non arrivano a destinazione:<sup>88</sup> il paga-

---

being an entire thing, is to be performed, although some died» (l'a. riporta anche, senza citare la fonte, la soluzione di Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.2.19.7, su cui cfr. *infra*, § 5).

<sup>83</sup> Cfr. C. MOLLOY, *De jure maritimo et navali*, London 1676, 256 (book II, ch. 4, n. 8), che cita anche la regola di Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.2.19.7, su cui cfr. *infra*, § 5 (cfr. anche *ibid.*, 255, la citazione di Lab. 1 *pith. a Paulo epit.* D. 14.2.10.1). Sull'impegno di Molloy (1640-1690) nella discussione cfr. COQUILLETTE, *The Civilian Writers* cit. (nt. 75), 99 ss.

<sup>84</sup> Cfr. *De Silvale v Kendall* (1815) 4 *M&S* 37 (a p. 40) = 105 *ER* 749 (a p. 750): «by the policy of the law of England freight and wages, strictly so called, do not become due until the voyage has been performed». Alcuni esempi sono *Cook v Jennings* (1797) 7 *TR* 381 = 101 *ER* 1032; *Osgood v Groning* (1810) 2 *Camp.* 466 = 170 *ER* 1220.

<sup>85</sup> La citazione del passo del Digesto è ad es. in ABBOTT, *A Treatise* cit. (nt. 64), 207 e nt. c; J.E.R. STEPHENS, *The law relating to the freight*, London 1907, 3 e nt. 2.

<sup>86</sup> Cfr. *Aries Tanker Corp. v Total Transport Ltd. (The Aries)* (1977) 1 *All ER* 398; *Shell International Petroleum Co. v Seabridge Shipping (The Metula)* (1978) 2 *Lloyd's Rep* 5, su cui TULLIO, *Contratto di noleggio* cit. (nt. 79), 84; TREITEL, *The law of contract* cit. (nt. 80), 820 nt. 150. Sulle clausole che, nei *voyage charters*, specificano se il nolo è commisurato al peso del carico in partenza o in arrivo, cfr. TULLIO, *op. cit.*, 81; WILSON, *Carriage of goods by sea* cit. (nt. 77), 50.

<sup>87</sup> *Blakey v Dixon* (1800) 2 *B&P* 321 (a p. 322): «in point of fact, it is always customary in the carriage of goods to India to contract for payment of the freight previous to the sailing of the ship». In *Allison v Bristol Marine Insurance* (1876) 1 *AC* 209 si ipotizza che addirittura la regola sia nata a causa dei viaggi verso l'India. Cfr. anche T.E. SCRUTTON, *The contract of affreightment as expressed in charterparties and bills of lading*, London 1917<sup>8</sup>, 322 nt. z.

<sup>88</sup> La regola è attestata in *Anon.* (1683) 2 *Show.* 283, in una decisione in cui si afferma che, qualora vi sia stato un pagamento anticipato a titolo di nolo, ai marinai si deve la paga in proporzione al nolo già pagato, «for the freighters cannot have their money» – dal che si deduce che la somma non può essere restituita anche se la nave è andata perduta prima di giungere al porto d'arrivo. La regola però non fu seguita in *Mashiter v Buller* (1807) 1 *Camp.* 84 = 170 *ER* 885: le parti avevano stabilito che il nolo dovesse essere pagato all'imbarco; la nave era andata perduta e la corte decise che il nolo dovesse essere restituito, ritenendo che la clausola contrattuale «by no means dispensed with the performance of the voyage»; e in *Leman v Gordon* (1838) 8 *C&P* 392 = 163 *ER* 546, Lord Abinger affermò che «as to the freight, the usual practice is to pay it before the vessel sails; but it is also the law that it must be paid back if the vessel does not arrive». La logica di *Blakey v Dixon* (1800) 2 *B&P* 321 è differente (cfr. *infra*, nt. 89). La prima affermazione del principio dell'irripetibilità del nolo basata unicamente sulla volontà delle parti mi sembra debba essere rintracciata in *De Silvale v Kendall* (1815) 4 *M&S* 37 (a p. 42) = 105 *ER* 749 (a p. 751): «if the charter-party

mento si giustifica con l'impegno del trasportatore di ricevere le merci a bordo<sup>89</sup> o con la scelta delle parti di porre il rischio del trasporto a carico del mercante.<sup>90</sup> Ne discende che in caso di *frustration*, tranne l'ipotesi in cui le parti abbiano disposto diversamente, la risoluzione del contratto determina l'irripetibilità del nolo pagato in anticipo.<sup>91</sup>

Poiché la prassi del commercio internazionale – che è la vera regolamentazione della navigazione marittima moderna, sostituendo in concreto le regole dei codici

---

be silent the law will demand a performance of the voyage, for no freight can be due until the voyage be completed. But if the parties have chosen to stipulate by express words, or by words not express but sufficiently intelligible to that end, that a part of the freight (using the word freight) should be paid by anticipation, which should not depend upon the performance of the voyage, may they not so stipulate?». Conformi *Saunders v Drew* (1832) 3 *B&Ad* 445 = 110 *ER* 160; *Hicks v Shield* (1857) 7 *El&Bl* 633 = 119 *ER* 1380; *Jackson v Isaacs* (1858) 3 *H&N* 405 = 157 *ER* 528; *Frayes v Worms* (1865) 19 *CB NS* 159 = 141 *ER* 747; *Allison v Bristol Marine Insurance* (1876) 1 *AC* 209; *French Marine v Compagnie Napolitaine etc.* (1921) 2 *AC* 494; *Colonial Bank v European Grain & Shipping Co. (The Dominique)* (1987) 1 *Lloyd's Rep* 239; *Vagres Cia Maritime SA v Nissho-Iwai American Corp. (The Karin Vatis)* (1988) 2 *Lloyd's Rep* 330. Il nolo deve però essere restituito nel caso in cui la nave non parta affatto: cfr. già *Le Buck v van Voisdonck* (1554), in *Select Pleas of the Admiralty (Selden Society)* II 93; più di recente *Roelandts v Harrison* (1854) 9 *Ex* 447 = 156 *ER* 189; *Thompson v Gillespy* (1855) 5 *E&B* 209 = 119 *ER* 459.

<sup>89</sup> *Blakey v Dixon* (1800) 2 *B&P* 321 (a p. 323): «the receiving goods on board to be carried to a foreign port is a good consideration to found a promise to pay the freight immediately» (ma nel caso specifico il navigatore aveva allegato una promessa del mercante «to pay the money due for freight on the delivery of the bill of lading», e dunque, avendo basato la richiesta su un'altra causa, aveva perso). Cfr. anche *De Silvale v Kendall* (1815) 4 *M&S* 37 (a p. 40) = 105 *ER* 749 (a p. 750, Littledale, difensore del convenuto): «if a man advance his money upon a good consideration he shall not recover it back». In *Winter v Haldimand* (1831) 2 *B&Ad* 649 = 109 *ER* 1284 si afferma (a p. 659 = 1288) che il pagamento anticipato «is not properly freight, but the price of the privilege of putting the goods on board the ship, in order to have the opportunity of their being conveyed to the place of her destination». Conseguentemente, quando l'evento abbia determinato una perdita assoluta di *consideration*, il nolo deve essere restituito: *Fibrosa Spolka Akcyjna v Fairbairn, Lawson, Combe, Barbour Ltd* (1943) *AC* 32, su cui cfr. TREITEL, *Frustration and force majeure* cit. (nt. 80), 591 ss.; WILSON, *Carriage of goods by sea* cit. (nt. 77), 293.

<sup>90</sup> È stata ritenuta indice di questa scelta la previsione di un pagamento anticipato di entità minore: *Andrew v Moorhouse* (1814) 5 *Taunt* 435 = 128 *ER* 758. L'assunzione del rischio da parte del mercante è esplicita anche in *Thompson v Gillespy* (1855) 5 *E&B* 209 = 119 *ER* 459, e in *Allison v Bristol Marine Insurance* (1876) 1 *AC* 209: «an advance of freight is nothing more than an arrangement for the convenience of the shipowner who wants an advance, and if the merchant will make it, is willing to pay the cost of insuring the advance when made, thus practically taking upon himself in another form the risk which properly belongs to him of the freight never being earned at all». Fra le decisioni più recenti cfr. *Colonial Bank v European Grain & Shipping Co. (The Dominique)* (1987) 1 *Lloyd's Rep* 239 (a p. 246): «once earned, advance freight is at the risk of the charterer and the subsequent incidents and misfortunes of the voyage do not entitle him to transfer any of that risk back to the shipowner».

<sup>91</sup> Cfr. *Meling v Minos Shipping Co. Ltd. (The Oliva)* (1972) 1 *Lloyd's Rep* 458 rispetto al nolo pagato o da pagarsi in anticipo (il caso si riferisce a un *time charter*, ma come nota TREITEL, *Frustration and force majeure* cit. (nt. 80), 627 nt. 28, «the principle could equally apply to a voyage charter») e *Colonial Bank v European Grain & Shipping Co. (The Dominique)* (1989) 1 *Lloyd's Rep* 239 per il caso del nolo da pagarsi all'arrivo. Il *Law Reform (Frustrated Contracts) Act 1943* sect. 2 (5)(a) fa espressa eccezione del *voyage charter* rispetto alle regole che consentono la riduzione proporzionale del *freight*.

nazionali<sup>92</sup> – si è modellata sul diritto inglese, quest'ultimo ha influenzato le codificazioni di *civil law* del XX e XXI secolo. Tuttavia la recezione degli schemi del commercio internazionale si è accompagnata all'affermazione, nel diritto continentale, di una netta separazione tra obbligazioni di mezzi e di risultato nonché – in Germania e Italia – alla frantumazione della *locatio conductio* in una serie di contratti tipici. Nel *Codice della navigazione* italiano del 1942, nel *Code des transports* francese del 2010 e nel nuovo *Handelsgesetzbuch* tedesco del 2013 il generale 'contratto di noleggio' della tradizione è così divenuto un tipo contrattuale specifico, suddiviso in 'noleggio a tempo' e 'noleggio a viaggio'<sup>93</sup> e distinto sia dalla 'locazione della nave'<sup>94</sup> che dal 'contratto di trasporto'.<sup>95</sup>

<sup>92</sup> In M. DEIANA (a c. di), *Diritto della navigazione*, Milano 2010, 271, si nota che «la disciplina del codice della navigazione non ha avuto alcuna influenza sulla disciplina contrattuale, che ha continuato ad adeguarsi, anche in Italia, agli schemi internazionali». Cfr. anche A. LEFEBVRE D'OVIDIO - G. PESCATORE - L. TULLIO, *Manuale di diritto della navigazione*, Milano 2011<sup>12</sup>, 282.

<sup>93</sup> Artt. 384-395 cod. nav. it.; art. L5423-10 (*affrètement à temps*) e art. L5423-13 (*affrètement au voyage*) cod. trasp. fr.; §§ 527 (*Reisefrachtvertrag*) e 557 (*Zeitchartervertrag*) HGB. La tradizionale applicazione della tripartizione della *locatio conductio* ha creato molti problemi interpretativi nella qualificazione dogmatica del 'nuovo' contratto di noleggio. Nella dottrina italiana la differenza tra noleggio e locazione della nave è stata giudicata alquanto semplice, mentre più discusso è il discrimine tra noleggio e trasporto. Alcuni studiosi sono favorevoli a una distinzione, e a tal fine tendono ad avvicinare il noleggio a una *locatio cd. operarum o rei*: si è sostenuto così che il noleggiante si impegna non a trasportare le cose in un certo luogo, ma a compiere un'attività di navigazione da valutare in sé, benché finalizzata a un risultato; oppure che il contratto di noleggio si compone di una prestazione di attività da parte del comandante e dell'equipaggio, della fornitura di navigazione e della messa a disposizione di spazi sulla nave. Altri autori hanno invece ritenuto il noleggio un semplice sottotipo del trasporto, enfatizzando il dato della riconducibilità di entrambi alla *locatio operis*: mi limito a rinviare, per maggiori particolari e per indicazioni bibliografiche, a TULLIO, *Contratto di noleggio* cit. (nt. 79), 289 ss.; LEFEBVRE D'OVIDIO - PESCATORE - TULLIO, *Manuale di diritto della navigazione* cit. (nt. 92), 395 s. Nella dottrina tedesca le discussioni maggiori hanno riguardato la natura dello *Zeitchartervertrag*, collocato nel codice accanto alla *Schiffsmiete* tra i contratti di affidamento della nave (*Schiffsüberlassungsverträge*): per una parte della dottrina si tratterebbe di una locazione della nave congiunta con una prestazione di opere, per altri di un contratto di trasporto, per altri ancora di un contratto misto che condivide elementi della locazione della nave e del contratto di trasporto o anche del contratto di lavoro; un quadro completo di dottrina e giurisprudenza sul punto in C. BREITZKE, *Die Rechtsnatur der Zeitcharter: Dargestellt am Standardformular der Boxtime-Charter*, Münster 2005, cui *adde* V. ATHANASSOPOULOU, *Schiffsunternehmen und Schiffsüberlassungsverträge*, Tübingen 2005, 194 ss., che propende per la teoria del contratto misto. La distinzione tra contratto di trasporto di beni determinati (*Stückgutfrachtvertrag*) e noleggio a viaggio (*Reisefrachtvertrag*) all'interno dei contratti di trasporto di beni (*Seefrachtverträge*) è invece ravvisata dallo stesso *Handelsgesetzbuch* nella circostanza che nel secondo l'armatore è tenuto a concedere una specifica nave.

<sup>94</sup> Nella locazione della nave il conduttore assume le vesti dell'armatore, e dunque gli eventi sopravvenuti che impediscano l'utilizzazione della stessa ricadono – secondo gli schemi generali della locazione di cose – sul locatore, esonerando il conduttore dal pagamento del canone, mentre gli eventi del viaggio ricadono su quest'ultimo. Cfr. artt. 376-383 cod. nav. it.; art. L5423-8 cod. trasp. fr. (*affrètement coque nue*); § 553 HGB (*Schiffsmietvertrag*).

<sup>95</sup> Nel contratto di trasporto la posizione di armatore è mantenuta dal trasportatore: cfr. artt. 396-456 cod. nav. it.; artt. L5421-1 e L5422-2 cod. trasp. fr.; § 481 HGB (*Stückgutfrachtvertrag*; per il trasporto di persone si parla di

La conclusione è che la distinzione romana tra *locatio mercium vehendarum* con obbligo di solo trasporto e con obbligo di consegna, che sino al XIX secolo era conservata in tutti i paesi europei all'interno del medesimo *genus*, nei paesi di *civil law* si è trasformata nell'opposizione tra 'contratto di noleggio (a viaggio)' e 'contratto di trasporto', mentre continua a sopravvivere sostanzialmente invariata nel diritto inglese e nella prassi del commercio internazionale.

## 2.5. I contratti di locazione marittima attestati nei frammenti dei giuristi romani

### 2.5.1. Premessa

La chiarificazione del rapporto storico tra le categorie romane e quelle moderne è utile in due sensi.

In primo luogo conferma, con l'esempio della prassi, l'interpretazione che abbiamo dato del commento di Paolo: il calcolo della *vectura* sulle merci caricate o su quelle trasportate distingue due diverse estensioni delle obbligazioni del trasportatore e le corrispondenti forme di attribuzione del rischio. Ancora oggi, nel diritto inglese, la circostanza che la *vectura* sia calcolata sulla merce caricata viene assunta come un argomento a favore dell'esistenza, nel rapporto, di una clausola di 'nolo acquisito a ogni evento'.<sup>96</sup> La differenza è che – tranne i dubbi che può far sorgere il parere di Labeone – nell'antichità sembrerebbe privilegiarsi, sul piano delle presunzioni, uno schema contrattuale più favorevole al *nauta*, che corrisponde a quel che oggi chiamiamo 'contratto di noleggio a viaggio', mentre nell'età moderna, evidentemente per il progresso tecnologico che ha reso la navigazione costiera più sicura, sul piano delle presunzioni si privilegia lo schema contrattuale che oggi chiamiamo 'contratto di trasporto' – tranne che sulle rotte oceaniche, dove la navigazione resta pericolosa.

In secondo luogo ci permette di percepire con maggiore nettezza la differenza tra i diversi modelli negoziali adottati dai Romani, evitando però confusioni concettuali allorché usiamo le categorie moderne della 'locazione della nave', del 'contratto di noleggio' a tempo e a viaggio, e del 'contratto di trasporto'. Si tratta infatti di modelli

---

*Personenbeförderungsverträge*), e in caso di mancata consegna delle cose per fatto non imputabile al caricatore il nolo non è dovuto: cfr. art. 436 cod. nav. it.; § 493 Abs. 2 HGB.

<sup>96</sup> Nel diritto italiano, si precisa invece che «salvo patto contrario, il nolo anticipato non si intende acquisito ad ogni evento» (art. 390 co. 2 cod. nav.): la regola riguarda il noleggio a tempo, che come abbiamo detto ha regole molto vicine a quelle della locazione della nave, cosicché è logico che una riduzione nel godimento determini una riduzione nel nolo. Giustamente TULLIO, *Contratto di noleggio* cit. (nt. 79), 87, ne rileva l'irrelevanza rispetto al 'noleggio a tempo', e l'utilità rispetto al 'noleggio a viaggio', dove serve a chiarire che il semplice pagamento anticipato del nolo non implica di per sé che il nolo sia stato guadagnato alla partenza (anche se l'autore legge questa regola come antitetica rispetto a quella di *common law*: cfr. *supra*, nt. 60).

negoziali che nell'età moderna si caratterizzano in modo diverso a seconda dell'epoca e della esperienza giuridica, e ciascun interprete è influenzato dalla costruzione che ne dà l'ordinamento del proprio paese.<sup>97</sup>

Se ora torniamo sulle fonti romane, ci accorgiamo che in esse è possibile distinguere non solo i due modelli negoziali della *locatio* cd. *rei* e *operis* – come, lo abbiamo ricordato, si è abituati a ripetere – ma una notevole variabilità di forme, di volta in volta prescelte dalle parti all'interno dello schema generale della *locatio conductio* e declinate sulla base di diverse clausole contrattuali.

### 2.5.2. Lab. 1 pith. a Paulo epit. D. 14.2.10.2

In alcuni casi le fonti parlano di *locare* e *conducere navem*. A prima vista, potrebbe trattarsi di un assetto di interessi in cui il *conductor* assume le vesti dell'armatore, ossia uno schema negoziale analogo al moderno *bareboat charter*. Ma in effetti non abbiamo elementi per affermarlo.

In realtà il *bareboat charter* doveva essere alquanto raro, perché presuppone che il *conductor* abbia egli stesso un'impresa di navigazione, limitandosi il *locator* a fornire l'imbarcazione. È dunque verisimile che lo strumento negoziale della locazione della nave sia stato utilizzato essenzialmente nei rapporti tra proprietario della nave e armatore (*exercitor*) – come peraltro è attestato da Ulpiano.<sup>98</sup> L'*exercitor* aveva infatti un'organizzazione imprenditoriale che gli permetteva di preporre alla gestione economico-

<sup>97</sup> Al di là dell'uso delle qualificazioni di 'locazione della nave' e di 'contratto di trasporto', la dottrina ha talora parlato di 'contratto di noleggio', ma in un senso differente da quello qui impiegato. BETTI, *Periculum* cit. (nt. 54), 189; ID., *Istituzioni* cit. (nt. 54) II/1, 222 s. nt. 13, intende l'opposizione «noleggio della nave» - «contratto di trasporto» come antitesi tra *locatio rei* (della nave) e *locatio operis*; J.G. WOLF, *Aus dem neuen Pompejanischen Urkundenfund: die ναυλωτική des Menelaos - Seedarleben oder Seefrachtvertrag?*, in *Iuris vincula. Studi M. Talamanca VIII*, Napoli 2001, 441 ss., tende a differenziare il 'contratto di noleggio' dal 'contratto di trasporto' – secondo l'impostazione tedesca, anche prima della riforma del 2013: cfr. ad es. R. HERBER, *Seehandelsrecht. Systematische Darstellung*, Berlin - New York 1999, 238 – essenzialmente per il fatto che il noleggiante è tenuto a fornire la nave o suoi spazi, ma ritiene che l'obbligazione di trasportare del *nauta* sia di risultato. Le espressioni *Frachtvertrag* e *Chartervertrag* sono impiegate da JAKAB, *Vertragsformulare* cit. (nt. 33), 92 ss.; EAD., *Risikomanagement bei den naukleroï* cit. (nt. 16), 73 ss., non per indicare il 'contratto di noleggio', ma casi di *locatio* cd. *operis* e *rei*; l'autrice distingue solo, all'interno di quest'ultima, tra contratti di locazione della nave affinché il conduttore effettui un trasporto, detti dalla studiosa appunto *Charterverträge*, e contratti in cui la nave è attribuita per scopi imprenditoriali, denominati dall'a. *Pachtverträge*; la medesima autrice descrive D. 19.2.15.6 (su cui cfr. *infra*, § 2.6) come *Zeitchartervertrag*: cfr. É. JAKAB, *Vectura pro mutua: Überlegungen zu TP 13 und Ulp. D. 19.2.15.6*, in *ZRG RA* 117 (2000) 269 nt. 99. Cfr. anche, in termini analoghi, VÉLISSAROPOULOS, *Les nauclères grecs* cit. (nt. 20), 268 ss. e ALONSO, *Fault, strict liability and risk* cit. (nt. 41), 42 ss. e 49 ss.

<sup>98</sup> Ulp. 28 *ad ed.* D. 14.1.1.15: *exercitorem autem eum dicimus, ad quem obventiones et reditus omnes perveniunt, sive is dominus navis sit sive a domino navem per aversionem conduxit vel ad tempus vel in perpetuum*. Rileva esattamente come i rapporti tra *dominus navis* ed *exercitor* dovessero essere impostati come una *locatio navis* DU PLESSIS, *Letting and hiring* cit. (nt. 1), 86.

commerciale della nave un *magister navis* ed eventualmente un capitano (*gubernator*) al comando dell'equipaggio dell'imbarcazione.<sup>99</sup>

Non è un caso che anche nei papiri greco-egizi le locazioni di nave di cui siamo in grado di ricostruire il contesto mostrino un conduttore che gestisce l'imbarcazione in autonomia e per diversi anni.<sup>100</sup>

È dunque possibile che, quando si parla di *locare conducere navem* nei rapporti tra *exercitor* e *dominus mercium*, si stia facendo riferimento non alla semplice concessione dell'imbarcazione,<sup>101</sup> ma al 'contratto di noleggio a tempo' (*time charter*), nel quale il locatore mette a disposizione non solo la nave, ma anche il comandante e l'equipaggio, per un tempo determinato.

Queste considerazioni ci inducono a rivedere l'interpretazione consueta di un altro passaggio di Labeone, conservato nel medesimo frammento di quello del quale ci stiamo occupando:

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.*

Labeone afferma che, se si prende in conduzione una nave capace di portare duemila anfore, si dovrà pagare un *pretium* per duemila anfore: ciò, evidentemente, a prescindere sia dal numero delle anfore effettivamente caricate, sia delle anfore portate a destinazione. Paolo sostiene che la *merces* sarà dovuta per la capacità di carico della nave se questa è stata *conducta* nella sua interezza (*aversione*), ma che se invece la *merces* è stata stabilita in relazione al numero di anfore caricate (*impositae*), il *pretium* sarà dovuto in proporzione a queste ultime.

Nell'individuazione del modello negoziale indicato da Labeone, la dottrina parla di *conductio navis* alludendo a una 'locazione della nave' intesa come *bareboat charter*,<sup>102</sup> ma interpretando così il passo si farebbe dire a Labeone un'ovvietà: è chiaro che, se si prende in conduzione un bene e si decide di non usarlo, la *merces* è dovuta per intero. Quel che Labeone dice è altro: egli afferma che, se si calcola la *merces* in relazione al tonnellaggio della nave, il parametro assunto non fa riferimento al carico di uno spe-

<sup>99</sup> Per queste definizioni mi limito a rinviare a CERAMI-PETRUCCI, *Diritto commerciale romano* cit. (nt. 8), 56 ss.

<sup>100</sup> Cfr. *P. Köln* III 147, su cui *supra*, § 2.2.

<sup>101</sup> È impossibile determinare il contesto cui fanno riferimento Ulp. 14 *ad ed.* D. 4.9.3.1 ([...] *si tota navis locata sit, qui conduxit ex conducto etiam de rebus quae desunt agere potest*); Paul. 34 *ad ed.* D. 14.2.2 pr. ([...] *si non totam navem conduxerit*).

<sup>102</sup> Lo facevo anch'io in FIORI, *La definizione* cit. (nt. 1), 139 s.; ID., *Forme e regole* cit. (nt. 2), 158 ss.

cifico viaggio, cosicché la *merces* è dovuta a prescindere dalla quantità delle merci effettivamente trasportate.

Ora, nel diritto moderno il computo della *merces* sul tonnellaggio della nave è tipico del *time charter*:<sup>103</sup> e se si considera che Labeone fa riferimento non a un contratto generale di utilizzazione della nave quale quello che interveniva tra *dominus navis* ed *exercitor*, ma a un contratto finalizzato a uno specifico trasporto, verisimilmente realizzato tra un *exercitor* e un *dominus mercium* (si dice: *et ibi amphoras portasti*), diviene maggiormente probabile che egli stia discutendo proprio di un 'contratto di noleggio a tempo'. Il dato che egli mira a chiarire è dunque che mentre nel 'noleggio a viaggio' la *vectura* è normalmente computata – lo abbiamo visto in D. 14.2.10 pr. – sulla merce effettivamente caricata, nel 'noleggio a tempo' essa è dovuta a prescindere dal carico effettivo.

L'opposizione è resa esplicita nel commento di Paolo.<sup>104</sup> La fattispecie discussa dal giurista severiano viene normalmente spiegata come 'contratto di trasporto'<sup>105</sup> o come *locatio cd. rei dei loca navis*<sup>106</sup> – modello che Paolo in un altro luogo contrappone alla *locatio navis aversione*.<sup>107</sup> Mi sembra però debbano escludersi entrambe le ipotesi.

La prima, perché Paolo descrive il rapporto facendo riferimento a un calcolo della *merces* sulle anfore *impositae*, ossia a un assetto di interessi che nel *principium* egli contrappone al 'contratto di trasporto', nel quale la *vectura* è computata sulle merci scariate, in quanto comporta un'obbligazione di mezzi del *nauta*.

La seconda, per almeno due ragioni.

Innanzitutto perché la locazione dei *loca navis* non può essere concepita come mera *locatio cd. rei*: è chiaro che in questo caso il *dominus mercium* non si occupa della navigazione, ma vi provvede il *nauta*, così come avviene oggi negli *slot charters* – riemersi nella prassi a partire dagli ultimi decenni del Novecento e dunque considerati una recente forma di *charter*<sup>108</sup> – costruiti come *time* o come *voyage charters*. La locazione dei *loca*

<sup>103</sup> Cfr. per tutti WILSON, *Carriage of goods by sea* cit. (nt. 77), 86.

<sup>104</sup> Ci troveremo dunque in uno dei casi in cui «le precisazioni di Paolo trovano rispondenza nella stessa opera labeoniana» (TALAMANCA, *I 'pithana' di Labeone* cit. [nt. 13], 37 nt. 104; cfr. anche J.A.C. THOMAS, *Pithanon Labeonis a Paulo epitomatorum libri VIII*, in *Daube Noster. Essays D. Daube*, Edinburgh-London 1974, 319 ss.).

<sup>105</sup> ALZON, *Problèmes relatifs à la location des entrepôts* cit. (nt. 2), 242 e nt. 1121, seguito da ROBAYE, *L'obligation de garde* cit. (nt. 4), 64 e nt. 14.

<sup>106</sup> FIORI, *La definizione* cit. (nt. 1), 141 (cfr. anche ID., *Forme e regole* cit. [nt. 2], 160), seguito da FERCIA, *Criteri di responsabilità dell'exercitor* cit. (nt. 10), 178; ID., *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, Padova 2008, 313 nt. 47. Non escludono nessuna delle due possibilità CERAMI-PETRUCCI, *Diritto commerciale romano* cit. (nt. 8), 253.

<sup>107</sup> Cfr. Paul. 34 *ad ed.* D. 14.2.2 pr.: [...] *si non totam navem conduxerit, ex conducto aget, sicut vectores, qui loca in navem conduxerunt*.

<sup>108</sup> Cfr. per tutti M.T. REILLY, *Identity of the carrier: issues under slot charters*, in *Tulane Maritime Law Journal* 25

*navis* consisteva probabilmente nella concessione di spazi su navi che portavano le merci di molti mercanti, e che potevano essere genericamente individuati sulla base del carico oppure scelti in relazione alla loro collocazione nella stiva della nave, poiché vi erano luoghi più interni e maggiormente protetti, e luoghi più vicini allo scafo e dunque più esposti a danni e umidità.<sup>109</sup> Dunque nulla di più lontano da una ‘locazione della nave’: i mercanti che avessero solo preso dei *loca* avrebbero avuto ancor meno potere di direzione di quello che poteva avere il mercante che avesse preso in locazione l’intera nave a titolo di *time* o di *voyage charter*, lasciando al *nauta* la gestione tecnica dell’imbarcazione.

In secondo luogo, perché se il *dominus mercium* avesse preso in conduzione i *loca navis* per un determinato periodo di tempo, egli si sarebbe trovato in una condizione identica al caso in cui avesse preso in conduzione l’intera nave: egli avrebbe cioè dovuto pagare non in relazione alle anfore caricate, ma in relazione agli spazi locati, così come oggi avviene per gli *slot charters* costruiti come *time charters*. Dunque, al più, Paolo avrebbe potuto pensare a uno *slot charter* costruito come un *voyage charter*: tuttavia nel passo non si parla in alcun luogo di spazi, ma solo del criterio di calcolo della *merces*.<sup>110</sup>

Mi sembra pertanto necessario concludere che Paolo sta contrapponendo – come dicevo, rendendo esplicita un’antitesi che è già implicitamente presente in Labeone – due assetti di interessi vicini a quelli che oggi chiamiamo *time* e *voyage charter* (inteso quest’ultimo come ‘noleggio a viaggio’). In entrambi gli assetti di interessi il *dominus mercium* affida le proprie merci al *nauta* affinché siano trasportate su una specifica nave, cosicché potrebbe sorgere confusione sul regime dei due modelli: Labeone e Paolo chiariscono perciò che in un caso la *merces* è computata sul tonnellaggio della nave e nell’altro sulle tonnellate del carico. Nel primo caso si paga per un uso astratto della nave e dell’equipaggio entro un determinato periodo di tempo, e dunque il *dominus mercium* è tenuto a pagare anche quando non utilizza effettivamente la nave; nel secondo si paga invece per un uso concreto della nave e dell’equipaggio, in relazione a uno specifico viaggio e a uno specifico carico, cosicché se il carico è minore si pagherà meno.

Ancora una volta, l’assenza di una distinzione terminologica tra le fattispecie induce i giuristi a determinare la prestazione di *uti frui* sulla base delle modalità con cui è computata la *merces*, al fine di identificare la prestazione effettivamente retribuita nel singolo assetto di interessi.

(2000-2001) 505 ss. e, nella dottrina italiana, TULLIO, *Contratto di noleggio* cit. (nt. 79), 176 ss.; A. ANTONINI, *Corso di diritto dei trasporti*, Milano 2008<sup>2</sup>, 166 s.; DEIANA (a c. di), *Diritto della navigazione* cit. (nt. 92), 82.

<sup>109</sup> La regola era comunque che le merci più pesanti fossero collocate nel fondo della stiva per dare stabilità alla nave: cfr. per tutti L. CASSON, *Ships and seamanship in the ancient world*, Princeton 1971 (rist. Baltimore 1995), 175 ss.

<sup>110</sup> È dunque corretta la critica che mi rivolge TULLIO, *Contratto di noleggio* cit. (nt. 79), 220.

Anche se nel passo non si fa alcun riferimento a una fattispecie di rischio, esso è comunque utile per la comprensione del nostro tema. Secondo le regole della *locatio cd. rei* e della *locatio cd. operarum*, quando il *locator* mette la *res* e/o le *operae* utilmente a disposizione del *conductor* – ossia quando non intervengano fattori che riducano o eliminino l'*uti frui* – la *merces* è dovuta per intero, a prescindere dall'effettivo uso che il *conductor* faccia della *res* o delle *operae*.<sup>111</sup> A seconda dell'aspetto del contratto che si ponga più in evidenza, il *time charter* è infatti ora più vicino alla 'locazione della nave' – se si enfatizza il profilo del criterio su cui si calcola il nolo, come accade nel diritto inglese e quello tedesco<sup>112</sup> – ora più al 'contratto di noleggio a viaggio' se – come nel diritto italiano – si pone l'accento sul fatto che l'armatore mette a disposizione del proprietario delle merci sia la nave sia il comandante e l'equipaggio, a prescindere dal risultato. Ne deriva che in diritto romano il regime di questo modello negoziale è, dal punto di vista dell'allocazione del rischio, verisimilmente simile a quello del *bareboat charter*: una volta affidata la nave e l'equipaggio al mercante, questi li 'conduce' in autonomia, non essendo neanche preordinati i viaggi e le rotte, con il solo limite del rispetto del *seamanship* del comandante e dei marinai, che però dal punto di vista dell'uso commerciale della nave sono posti alle sue dipendenze (quel che oggi si chiama 'clausola di *employment*').<sup>113</sup>

### 2.5.3. Lab. 1 pith. a Paulo epit. D. 14.2.10.1

L'espressione *locare conducere navem* ricorre però anche in altri casi, nei quali alla locazione dell'imbarcazione si aggiunge l'impegno di trasportare le merci: a volte si parla di *navem conducere* per *portare* delle *merces*,<sup>114</sup> altre volte di *navem conducere* per *navigare* da un luogo a un altro,<sup>115</sup> altre ancora di *locare navem* per trasportare passeggeri oppure merci.<sup>116</sup> Questa terminologia si riferisce evidentemente a casi in cui il *dominus mercium* non intendeva prendere in conduzione la nave e l'equipaggio per un dato periodo di tempo, ma solo trasportare le proprie merci in relazione a uno specifico tragitto, preferendo però scegliere l'imbarcazione.

<sup>111</sup> Cfr. FIORI, *La definizione* cit. (nt. 1), 117.

<sup>112</sup> Come abbiamo visto, nel primo si avvicinano *bareboat charter* e *time charter*, opposti al *voyage charter* con obbligazione di mezzi o di risultato; nel secondo si accostano da un lato *Schiffmietvertrag* e *Zeitchartervertrag* all'interno degli *Schiffüberlassungsverträge*, e dall'altro *Stückgutfrachtvertrag* e *Reisefrachtvertrag* all'interno dei *Seefrachtverträge*.

<sup>113</sup> Cfr. *supra*, nt. 79. Per questa ragione, il fatto che nel passo il soggetto grammaticale del *portare* sia il proprietario delle merci non è dirimente per escludere che si tratti di 'contratto di noleggio a tempo', perché anche in questo modello negoziale – come nella 'locazione della nave' – il *dominus mercium* è il soggetto economico del trasporto, in quanto 'conduce' la nave e le *operae* dell'equipaggio.

<sup>114</sup> D. 14.2.10.1.

<sup>115</sup> Scaev. 7 *dig.* D. 19.2.61.1, su cui *infra*, § 3.

<sup>116</sup> D. 14.1.1.12, su cui cfr. *supra*, § 2.3.3.

Questa scelta era infatti legata innanzitutto alle caratteristiche tecniche delle imbarcazioni, alcune delle quali erano più adatte al trasporto di passeggeri, altre di merci: tra queste ultime vi erano navi predisposte per il trasporto di bestiame, dotate di grandi portelli laterali; per il trasporto di marmo (*naves lapidariae*), navi più solide e forse prive di ponte; per quello di vino (*naves vinariae*), navi nelle quali il liquido era trasportato in grandi *containers* fissi, così da portare un carico maggiore di quello permesso dalle anfore; per quello di grano (*naves granariae*), imbarcazioni in cui il carico veniva a volte lasciato in sacchi che permettevano di restituire a ciascun mercante il suo grano, altre volte – come mostra il famoso episodio di Saufeio – versato senza distinguere tra i proprietari.<sup>117</sup> Ma naturalmente la scelta della nave rileva, per il mercante, anche e soprattutto rispetto alla sua affidabilità rispetto al trasporto delle merci.

È utile leggere, a questo riguardo, il § 1 del frammento che stiamo esaminando:

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 coactus 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 priore nauta actionem.* Paulus: *immo contra, si modo ea navigatione utraque navis perit, 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 locasset, nec per eum staret, 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.*

Labeone descrive la fattispecie come una *conductio navis* finalizzata a *portare* il carico del *dominus mercium*. Il *nauta* trasferisce le merci in una nave peggiore contro la volontà del *dominus mercium* – che dunque ha scelto la nave: di qui la *conductio navis*<sup>118</sup> – e le merci vanno perdute: Labeone suggerisce di agire *ex conducto locato*.

<sup>117</sup> In generale, sulle navi mercantili greche e romane, cfr. CASSON, *Ships and seamanship* cit. (nt. 109), 157 ss., 169 ss. Cfr. anche P.A. GIANFROTTA, *Le vie di comunicazione*, in A. SCHIAVONE (dir.), *Storia di Roma*, IV. *Caratteri e morfologie*, Torino 1989, 314 ss., il quale rileva che non sono stati trovati reperti archeologici di *naves granariae*, il che farebbe presumere che esse non avessero caratteristiche tecniche particolari, in quanto il grano, «contenuto in sacchi, veniva deposto liberamente nella stiva, su soppalchi e altre strutture lignee montate in modo da favorirne l'aerazione» (*ibid.*, 315). Tuttavia D. 19.2.31 mostra chiaramente che le derrate erano anche versate liberamente nella stiva, senza poter distinguere tra le merci dell'uno o dell'altro proprietario. *Adde*, rispetto alle *naves lapidariae*, B. RUSSEL, *The economics of the Roman stone trade*, Oxford 2013, 129 ss.

<sup>118</sup> Cf. MÉNAGER, '*Naulum*' et '*receptum rem salvam fore*' cit. (nt. 3), 388. Non c'è dunque alcun bisogno di pensare, al riguardo, ad una interpolazione, come invece propongono G. VON BESELER, *Einzelne Stellen*, in *ZRG RA* 47 (1927) 365; F. DE MARTINO, *Lex Rhodia*, in *Riv. dir. nav.* 1 (1937) = *Diritto privato e società romana*, Roma 1982, 133; H. NIEDERMEYER, *Studie zu den wissenschaftlichen Grundlagen der Lehre von der Mora seit Sabinus*, in *Festschrift Fr. Schulz* I, Weimar 1951, 450.

Paolo nota che vi sono dei casi in cui il *dominus mercium* non potrebbe agire: quando durante quella navigazione, senza dolo o colpa dei due *nautae*, l'una e l'altra nave siano perite; quando il *prior nauta* sia stato detenuto *publice* e gli sia stato impedito di navigare con le merci del *dominus*; quando le parti abbiano stabilito una penale per il caso in cui le merci non fossero state consegnate nel luogo di destinazione, con la precisazione che, se il ritardo non fosse stato imputabile al *nauta*, la *poena* gli sarebbe stata rimessa; quando per il *nauta* sia stata impossibile la navigazione a causa di una malattia; quando la nave abbia subito avarie non imputabili al *nauta* né a titolo di dolo, né di colpa.

Come si vede, nella rappresentazione che Labeone fornisce del contratto, il *nauta* non è alle dipendenze del mercante: dunque non si tratta di un *bareboat charter*, perché il proprietario delle merci non diviene armatore; ma neanche di *time charter*, perché l'attività del *nauta* è prestata in relazione a uno specifico viaggio. Si tratta piuttosto di un *voyage charter* nel quale il *dominus mercium* sceglie la nave: ed è interessante notare che l'assetto di interessi viene descritto anche come una *locatio mercium vehendarum*. È quanto fa lo stesso Labeone in un frammento parallelo a D. 14.2.10.1, che secondo alcuni studiosi sarebbe stato originato dalla medesima *quaestio*:<sup>119</sup>

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 mercem 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.*

Anche in questo passo, si noti, si lascia intendere che il *dominus mercium* ha scelto la nave, perché si esclude la responsabilità del *nauta* salvo il caso in cui le merci siano state trasferite su una nave meno adatta (*minus idonea*) o contro la volontà del *dominus* (*invito domino*). Poiché è verisimile che, quando il *nauta* avesse assunto un'obbligazione di risultato, egli sarebbe stato lasciato libero di tentare tutte le strade per portare il carico a destinazione – e che in fondo al *dominus mercium* non interessasse se e come ciò accadesse, perché è verisimile che nella maggioranza dei casi i beni trasportati fossero fungibili – la scelta della nave si concilia perfettamente con lo schema del 'contratto di noleggio a viaggio', nel quale l'aderenza delle scelte del *nauta* alle indicazioni del *dominus mercium* era molto più importante.

<sup>119</sup> Sul passo cfr. FIORI, *La definizione* cit. (nt. 1), 148 ss. (per la corrispondenza tra i due frammenti cfr. la letteratura citata *ibid.*, 149 nt. 70); cfr. anche ID., *Forme e regole* cit. (nt. 2), 166 ss. e nt. 59.

Ancora più interessante notare è che nel commento di Paolo a D. 14.2.10.1 si parla senz'altro di *locatio mercium vehendarum* in termini che invece caratterizzano il negozio come 'contratto di trasporto'. Il giurista severiano allude infatti, tra le varie esemplificazioni che fornisce nel suo discorso, anche a un possibile assetto di interessi in cui le parti hanno stabilito una clausola penale in cui si prevede un risarcimento del danno a carico del *nauta* nel caso in cui le merci non siano consegnate nel luogo di destinazione, tranne il caso di ritardo non imputabile. Poiché in questo caso Paolo esclude ogni responsabilità del *nauta*, è chiaro che qui ci si trova di fronte a una clausola che esplicita non solo un termine di consegna, ma lo stesso dovere di consegna del *nauta*: è in sostanza una κίνδυνος-*Klausel* che comprende anche una precisazione temporale. Non a caso – così come nel *principium* utilizzava il verbo *deportare* per esprimere l'obbligazione di risultato – allo stesso modo in questo testo, per indicare l'obbligazione di risultato del *nauta* prevista dalla κίνδυνος-*Klausel*, egli non parla di *merces vehendae*, ma di *merces devehendae*.<sup>120</sup> E tuttavia per Paolo questo non è un 'altro' contratto rispetto a quello descritto da Labeone, ma il medesimo contratto con una clausola aggiunta: l'assetto di interessi è dato, ancora una volta, non dall'impiego di differenti 'tipi', ma dall'*id quod actum est*.

Semberebbe dunque che in diritto romano, come nel diritto inglese, il 'contratto di noleggio a viaggio' e il 'contratto di trasporto' siano assetti di interessi differenziati solo dalle clausole che risultano espressamente o implicitamente dal contratto: la scelta della nave, ma soprattutto la presenza o assenza di *leges contractus* che indirizzino verso l'assunzione, da parte del *nauta*, di una obbligazione di risultato. La scelta dipendeva probabilmente dalla natura del carico e da un conseguente bilanciamento, caso per caso, di costi e benefici: l'assunzione da parte del *nauta* di una obbligazione di risultato sarà stata certamente più onerosa per il *dominus mercium* in termini di ammontare della *vectura*, ma rispetto al trasporto di beni fungibili poteva essere più vantaggiosa per il fatto di poter guadagnare dalla vendita del *tantundem* comunque restituito dal *nauta* – anche quando il carico fosse andato perduto – nel porto di arrivo.

<sup>120</sup> Nello stesso senso di obbligazione di risultato, in Ulp. 29 *ad Sab.* D. 47.2.14.17 si parla di una *locatio epistulae preferendae*; è possibile che lo stesso valore abbia l'uso del verbo in Ulp. 14 *ad ed.* D. 4.9.3.1: [...] *si vero res preferendas nauta conduxit, ex locato convenietur*. L'uso di *devehere* ricorre anche in Ulp. 4 *disp.* D. 28.5.35 pr. per indicare il risultato di un trasporto, non però al fine di distinguere la natura del negozio, ma solo di esprimere dal punto di vista spaziale l'esito del trasporto. Quest'uso della terminologia (*merces impositae* e *preferendae*, *pervenire*, *deportare*) è confermato da Scaev. 28 *dig.* D. 45.1.122.1, su cui *infra*, nt. 134. Altri passi non forniscono indizi neanche terminologici in un senso o nell'altro: in Ulp. 24 *ad ed.* D. 10.4.5 pr.: [...] *si quis merces, quas exvehendas conduxit, in horreo posuit* [...] *quomodo autem possidet qui vehendas conduxit?*, l'uso di *exvehere* e di *vehere* in senso sinonimico mostra che sul piano giuridico non vi è differenza tra i due verbi: il primo sottolinea lo spostamento da un luogo, il secondo il movimento; ancor meno significativo è Paul. 34 *ad ed.* D. 14.2.2 pr.: [...] *si merces vehendas locaverant, ex locato cum magistro navis agere debent*. Su Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.2.15.6 e D. 19.2.19.7 cfr. *infra*, §§ 4 e 5.

## 2.6. Le forme della tutela processuale

Per comprendere sino in fondo la concezione romana è necessario interrogarsi sulla tutela processuale di questi rapporti.

A prima vista, sembrerebbe esistere una regola per cui, nelle fattispecie qualificate come *locatio mercium vehendarum*, il *dominus mercium* ha contro il *nauta* l'*actio ex locato*<sup>121</sup> e, nei casi denominati *conductio navis*, l'*actio ex conducto*.<sup>122</sup> Ma in realtà la situazione è più complessa. Ad esempio, all'interno dello stesso frammento dei *libri ad edictum* di Paolo e con riferimento al medesimo rapporto, il negozio con cui il *magister navis* si impegna a trasportare merci e passeggeri è disegnato a volte come una *locatio mercium vehendarum* accompagnata da una locazione degli spazi sulla nave, cosicché in caso di *iactus mercium* i proprietari delle merci perdute agiranno *ex locato* nei confronti del *nauta* affinché egli agisca *ex conducto* verso gli altri proprietari ed *ex locato* verso i passeggeri, i quali avranno per converso nei suoi confronti l'*actio ex conducto*;<sup>123</sup> e altre volte come una *conductio* della nave o dei suoi *loca*, perché i proprietari delle merci agiscono *ex conducto* verso il *magister*.<sup>124</sup> Inoltre, come abbiamo visto, in D. 14.2.10.1, dove la fattispecie è descritta come una *conductio navis* finalizzata al trasporto, si dice che il *dominus mercium* potrà agire *ex conducto locato*.

Per comprendere questo stato di cose occorre ricordare ancora che nella concezione unitaria della *locatio conductio* non esiste una differenza di 'tipo' tra i modelli negoziali, che sono riconducibili tutti al medesimo contratto. La necessità di distinguere tra l'impiego dell'una o dell'altra azione si pone dunque solo in concreto, ma non in astratto: può accadere che una parte non sia sempre conduttore o locatore, ma che assuma queste qualifiche in relazione alla specifica prestazione dell'altra parte.

Il problema non si pone per il *bareboat charter*, nel quale il proprietario della nave è solo *locator* e l'altra parte è solo *conductor*. Né per il *time charter*, perché il *dominus mercium* è sempre *conductor* – tanto della nave quanto, trattandosi di un impiego a tempo, delle *operae* del comandante e dell'equipaggio – e l'*exercitor* è sempre *locator*. Né si pone per il 'contratto di trasporto', nel quale il *dominus mercium* è esclusivamente *locator mercium vehendarum* e l'*exercitor* è *conductor*.

Maggiormente complesso è il 'contratto di noleggio a viaggio' descritto da Labeone in D. 14.2.10.1: qui abbiamo una *conductio navis*, perché il *nauta* deve assicurare la nave in quanto locatore, ma abbiamo anche un obbligo di trasportare concepito come

<sup>121</sup> Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.2.13.1 (= Lab. fr. 294 Lenel) e 2; Ulp. 14 *ad ed.* D. 4.9.3.1.

<sup>122</sup> Ulp. 14 *ad ed.* D. 4.9.3.1.

<sup>123</sup> Paul. 34 *ad ed.* D. 14.2.2 pr.,7.

<sup>124</sup> Paul. 34 *ad ed.* D. 14.2.2.2.

*opus* – ossia non a tempo, ma unitariamente considerato – rispetto al quale il *nauta* è conduttore, abbia o meno assunto un’obbligazione di risultato. In questo caso, se il *dominus mercium* deve agire per tutelarsi rispetto all’obbligazione del *nauta* di mettere a disposizione la nave, agirà *ex conducto* per tutte le obbligazioni rispetto alle quali egli sia conduttore, non rilevando che abbia preso in conduzione l’intera nave o singoli *loca navis*. Se invece il *dominus mercium* deve agire per tutelarsi rispetto all’obbligazione del *nauta* di trasportare le merci, agirà *ex locato*. Se poi – come accade in D. 14.2.10.1 – il *dominus mercium* debba agire per tutelare la propria posizione rispetto a entrambe le prestazioni del *nauta*, agirà sia *ex conducto* che *ex locato*.<sup>125</sup> Qualora infine si debba agire per prestazioni accessorie che non caratterizzano l’una o l’altra prestazione principale, come nel caso della *contributio* derivata dal *iactus mercium*, che si lega all’obiettivo stare sulla nave dei beni, a prescindere dal titolo giuridico, è invece indifferente agire con l’una o l’altra azione, perché verisimilmente entrambe portavano al medesimo risultato – come infatti sembra accadere in Paolo.

Nella *demonstratio* della *formula* vi era certamente spazio per chiarire quali fossero gli impegni concretamente assunti dal *nauta*, e il giudice grazie all’ampio potere di cognizione garantitogli dal riferimento, nell’*intentio* formulare, all’*oportere ex fide bona*, poteva tenerne conto nella sua decisione. Ma le azioni *ex conducto* ed *ex locato* non erano tra loro fungibili,<sup>126</sup> cosicché, quando non fosse stato possibile individuare la

<sup>125</sup> L’espressione *ex conducto locato* ricorre anche, nella forma *ex locato conducto*, in Ulp. 24 *ad ed.* D. 11.6.1 pr.; Ulp. 28 *ad ed.* D. 13.6.5.12 e Ulp. 31 *ad ed.* D. 50.14.2 pr. (cfr. anche Ulp. 28 *ad ed.* D. 19.2.5: *ex locato et conducto*) per indicare in astratto, e senza riferimenti all’una o all’altra parte del contratto, le azioni che possono nascere da un rapporto di locazione; in Paul. 48 *ad ed.* D. 39.2.18.4 si parla di azioni *ex conducto et locato* per indicare le azioni che le parti hanno l’una verso l’altra. Si è ipotizzato al riguardo 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 o da una sineddoche dello stesso Labeone. Nel primo senso si pronunciano DE MARTINO, *Lex Rhodia* cit. (nt. 118), 133; R. RÖHLE, *Zur Frage der sogenannten Verdrängenden Verursachung im römischen Recht*, in *SDHI* 31 (1965) 310 (che propendono per l’*actio ex conducto*); A. METRO, *La sublocazione dell’opus faciendum*, in *Collatio iuris Romani. Études H. Ankum* I, Amsterdam 1995, 345 nt. 35 (che propende per l’*actio ex locato*); per VON BESELER, *Einzelne Stellen* cit. (nt. 118), 365, sarebbe interpolata l’intera espressione. Nel secondo senso pensano ad un’*actio ex conducto* J. CUIACII *Observationes et emendationes*, in *Opera* III, Neapoli 1758, 57.B (che richiama come esempi di sineddoche delle espressioni *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; Varr. *rust.* 2.2.6); D. GOTHOFREDI *Corpus iuris civilis*, Amstelodami - Lugduni Batavorum 1763, 226 nt. 61; e a un’*actio ex locato*: F. DUARENI *Commentaria*, in *tit. Ad leg. Rhodiam de iactu*, cap. IV, in *Opera omnia*, Francofurti 1607, 973; A. FABRI *Rationalia in Pandectas* IV, Aurelianae 1626, 39. Mi sembra però preferibile pensare che nella fattispecie accada quel che è attestato da Serv. fr. 29 Lenel = Afr. 8 *quaest.* D. 19.2.35.1, rispetto alla locazione dei fondi, ossia che le parti agiscano con due azioni (lo ipotizzava, in alternativa all’altra ipotesi, anche CUIACII *Observationes*, *loc. cit.*). A favore di questa ipotesi deve rilevarsi anche il fatto che l’ordine delle azioni (*ex conducto locato*) asseconda – dal punto di vista del *dominus mercium* – l’ordine dei rapporti appena descritti: *conductio navis* e *locatio mercium vehendarum*.

<sup>126</sup> Come ritiene ALZON, *Problèmes relatifs à la location des entrepôts* cit. (nt. 2), 240 ss. (seguito da ROBAYE, *L’obligation*

posizione della parte rispetto alla prestazione per la quale si agiva, Labeone suggeriva di agire con un' *actio civilis in factum*:

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.*

Trattandosi di rapporti tra *dominus mercium* e *magister navis*, quando parla di *conductio navis* Labeone non sta verisimilmente facendo riferimento al *bareboat charter*, ma al *time charter*, contrapposto al *voyage charter*: e poiché si parla di una possibile confusione tra i due assetti di interessi, è probabile che egli abbia in mente – all'interno della *locatio mercium vehendarum* – non il 'contratto di trasporto', nel quale non si sceglieva la nave, ma il 'contratto di noleggio a viaggio'. In questi casi, le ragioni della scelta dell' *actio civilis in factum*, generalmente interpretata come *agere praescriptis verbis*, discendevano dalla struttura della formula propria di questo modo di agire: la fattispecie non era descritta all'interno della *formula*, come avviene con la *demonstratio*, ma in *praescripta verba* che non vincolavano l'attore alla qualificazione della propria posizione nel rapporto e permettevano al giudice di accogliere o meno la pretesa contenuta nell' *intentio* senza essere condizionato dalla ricostruzione delle parti.<sup>127</sup>

### 3. Scaev. 7 dig. D. 19.2.61.1

Esaminiamo adesso un passo di Cervidio Scevola:

Scaev. 7 dig. D. 19.2.61.1. *navem conduxit, ut de provincia Cyrenensi Aquileiam navigaret olei metretis tribus milibus impositis et frumenti modiis octo milibus certa mercede: sed evenit, ut onerata navis in ipsa provincia novem mensibus retineretur et onus impositum commisso tolleretur. quaesitum est, an vecturas quas convenit a conductore secundum locationem exigere navis possit. respondit secundum ea quae proponerentur posse.*

Un mercante ha preso in conduzione una nave affinché le sue merci siano trasportate dalla provincia di Cirene ad Aquileia. L'accordo è che la *merces* sia calcolata sulle merci *impositae*, consistenti in tremila misure di olio e ottomila moggi di grano. Accade però che la nave, dopo aver caricato le merci, venga trattenuta nella provincia

*de garde* cit. [nt. 4], 63 s., 170), per il quale il giudice avrebbe potuto comunque tener conto di tutti gli aspetti del contratto in virtù del principio della *bona fides*. Cfr. anche E. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford 1951, 543 s.

<sup>127</sup> Sul passo, cfr., in relazione alla locazione, FIORI, *La definizione* cit. (nt. 1), 128 ss.; ID., *Forme e regole* cit. (nt. 2), 172 s. (dove però applicavo rigidamente la distinzione tra *locatio mercium vehendarum* e *conductio navis*); cfr. anche, in relazione alla natura dell'azione, M.F. CURSI - R. FIORI, *Le azioni generali di buona fede e di dolo nel pensiero di Labeone*, in *BIDR* 105 (2011) 145 ss.

per nove mesi e il carico sia scaricato e confiscato. Al giurista viene chiesto se il locatore può esigere dal conduttore il canone convenuto. Scevola risponde che, sulla base di come è stato presentato il caso, il nolo può essere richiesto.

Il rapporto è stato spesso interpretato come una *conductio navis*,<sup>128</sup> senza tener conto né della circostanza che nell'accordo tra le parti era stabilito che la nave dovesse viaggiare da Cirene ad Aquileia, il che in una normale *locatio navis* sarebbe stato inutile precisare; né del fatto che la *merces* fosse calcolata sulle merci caricate, esattamente secondo lo schema del 'noleggio a viaggio' indicato da Paolo in D. 14.2.10 pr.,2; né infine della denominazione della *merces*, nella seconda parte del passo, come *vectura*.<sup>129</sup>

Tuttavia, se il rapporto dovesse essere ricondotto a una semplice *locatio cd. rei*, la soluzione di Scevola apparirebbe molto dubbia. Sappiamo infatti che il locatore doveva, in questi casi, non semplicemente fornire una *res*, ma *praestare l'uti frui* della stessa: cosicché la *merces* non era dovuta, o comunque doveva essere ridotta proporzionalmente, non solo quando un fondo fosse stato *publicatus* o distrutto da un terremoto oppure una casa resa inabitabile per le riparazioni, ma anche quando – benché la *res* fosse stata fornita dal locatore – il raccolto fosse stato devastato da eventi naturali o da incursioni nemiche, o anche soltanto ridotto da anni sterili.<sup>130</sup> Nel caso di specie, il *nauta* aveva messo la nave a disposizione del *dominus mercium*, ma questa era stata trattata nel porto, e dunque il locatore non ne aveva assicurato l'*uti frui*: è chiaro, infat-

<sup>128</sup> L. AMIRANTE, *Ricerche in tema di locazione*, in *BIDR* 62 (1959) 107 s.; ALZON, *Problèmes relatifs à la location des entrepôts* cit. (nt. 2), 241 e nt. 1115; ID., *Les risques* cit. (nt. 2), 314; M. KASER, *Das Römische Privatrecht* I, München 1971<sup>2</sup>, 570 nt. 81; L. VACCA, *Profili della risoluzione nella emptio venditio e nella locatio conductio rei*, in *Pacte, convention, contrat. Mélanges B. Schmidlin*, Bâle - Francfort-sur-le-Main 1998 = *Appartenenza e circolazione dei beni* cit. (nt. 54), 432 nt. 24; EAD., *Considerazioni* cit. (nt. 54), 515 nt. 21 e 537; FIORI, *La definizione* cit. (nt. 1), 146 nt. 64; ID., *Forme e regole* cit. (nt. 2), 169 s. nt. 70; ID., *Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica (Parte seconda)*, in R. FIORI (a c. di), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato* IV, Napoli 2011, 152 s. nt. 165 (ma con qualche dubbio, in considerazione della clausola del trasporto); FERCIA, *La responsabilità per fatto di ausiliari* cit. (nt. 106), 319 s. nt. 60. Sembra cauta la posizione di M. TALAMANCA, *I clienti di Q. Cervidio Scevola*, in *BIDR* 103-104 (2000-2001) [pubbl. 2009] 591, che ne parla come di «un trasporto marittimo di merci [...] che [...] aveva assunto la forma della *conductio navis*».

<sup>129</sup> Per AMIRANTE, *Ricerche in tema di locazione* cit. (nt. 128), 107 s., il termine *vectura* avrebbe lo stesso valore di *merces*, ma l'affermazione si lega all'idea di questo autore che nella locazione per il trasporto di una *res* o di una *persona* il rapporto fosse costruito come la dazione di una *res* da parte del *locator mercium vehendarum* che doveva essere restituita dal *conductor*. Per una critica di questa teoria – che porterebbe a considerare adempiente anche il trasportatore che avesse restituito la *res* nel medesimo luogo dove l'aveva ricevuta – cfr. FIORI, *La definizione* cit. (nt. 1), *passim*. Anche JAKAB, *Vectura pro mutua* cit. (nt. 97), 267 s., sostiene che il termine *vectura* potrebbe essere utilizzato in una *locatio cd. rei*, ma perché muove da una netta alternativa tra *locatio cd. rei* e *operis* che mi sembra debba essere evitata.

<sup>130</sup> Cfr. Serv. fr. 27 Lenel = Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.2.15.2; Alf. 3 *dig. a Paulo epit.* D. 19.2.30 pr.; Pap. 4 *resp.* fr. 493 Lenel = Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.2.15.4, su cui cfr. per tutti L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Remissio mercedis. Una storia tra logiche di sistema e autorità della norma*, Napoli 2005, 19 ss., 37 ss., 71 ss.

ti, che il godimento del conduttore di una nave non è identificabile con la possibilità di caricare le merci senza poterle trasportare, più di quanto l'*uti frui* di una *conductio fundi* consista nel poter seminare un fondo sterile.<sup>131</sup> Conseguentemente, secondo i principi generali della *locatio conductio*, la *merces* non poteva essere ottenuta dal *nauta*.

A ben vedere, però, la soluzione di Scevola non si spiegherebbe neanche ipotizzando un 'contratto di trasporto', perché di sicuro il *nauta* non ha adempiuto una obbligazione di risultato. Gli autori che hanno ipotizzato una simile lettura hanno cercato di giustificare la risposta del giurista immaginando che vi fosse stato, da parte del proprietario delle merci-conduttore, un illecito amministrativo che avesse indotto il blocco della nave e la confisca del carico, e che pertanto il passo non avesse nulla a che fare con il problema della ripartizione del rischio.<sup>132</sup> Tuttavia dal frammento non risulta in alcun modo una responsabilità del *dominus mercium* e, se questa fosse stata la fattispecie, verisimilmente il *nauta* non avrebbe chiesto al *locator mercium vehendarum* solo il pagamento della *merces* ma – secondo le regole<sup>133</sup> – l'*id quod interest* per aver determinato il blocco della sua attività per nove mesi.

In realtà, dopo quanto abbiamo rilevato sugli schemi negoziali romani, appare evidente che la fattispecie discussa da Scevola è una *conductio navis* nella quale il *nauta* assume su di sé l'obbligazione di trasportare il carico ma non di consegnarlo, ossia un 'contratto di noleggio a viaggio'.

Il problema posto al giurista non è infatti se sia dovuta la *merces* per una nave locata che, a causa di un *factum principis*, il conduttore non ha potuto impiegare; ma piuttosto se sia dovuta la *vectura* prevista per il trasporto e calcolata sulle *merces impositae*, nel caso in cui l'*onus* sia stato *impositum* ma non trasportato.<sup>134</sup> Se infatti la *vectura*

<sup>131</sup> Cfr. invece VACCA, *Considerazioni* cit. (nt. 54), 537 nt. 73, secondo la quale «il conduttore non ha potuto conseguire lo scopo economico che si era prefissato con la *locatio*, ma ha usufruito della nave e dello spazio in essa disponibile per il caricamento delle merci; il locatore ha, quindi, adempiuto alla sua obbligazione, e resta dovuto il corrispettivo»; in tal modo la causa del negozio viene ridotta a semplice motivo. Più corretta sul piano dogmatico, ma non condivisibile in fatto, l'affermazione di FERCIA, *La responsabilità per fatto di ausiliari* cit. (nt. 106), 320 nt. 60, che il *nauta* abbia assicurato un *uti frui* coincidente con la possibilità del trasporto: al contrario, il trasporto è impedito dal blocco, e dunque non è possibile (è vero che solo il carico è confiscato, ma la nave è *retenta* nella provincia di partenza; l'a. è comunque ben consapevole del valore dell'*uti frui* nel contesto: cfr. *ibid.*, 311 nt. 44).

<sup>132</sup> TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Wien-München 1956, 198 e R. RÖHLE, *Das Problem der Gefahrtragung im Bereich des römischen Dienst- und Werkvertrages*, in *SDHI* 34 (1968) 219 (che parlano di *Chartervertrag*, ma presupponendo un'obbligazione di risultato del *nauta*); BETTI, *Istituzioni* cit. (nt. 54) II/1, 425 e nt. 44. Cfr. anche DU PLESSIS, *Letting and hiring* cit. (nt. 1), 131 (che tuttavia riconduce il modello negoziale a una *locatio navis*) e WOLF, *Die ναυλωτική des Menelaos* cit. (nt. 97), 443 nt. 104.

<sup>133</sup> Mi sia permesso di rinviare a FIORI, *La definizione* cit. (nt. 1), 103 ss.

<sup>134</sup> Un'analogia distinzione tra *merces impositae* e partenza della nave è in un'altra *quaestio* riprodotta in Scaev. 28 *dig.*

viene calcolata sulle *merces impositae*, gli eventi successivi al caricamento sono sopportati tutti dal *dominus mercium*, secondo quanto scriverà anche Paolo in D. 14.2.10 pr. In questo caso non c'è bisogno di utilizzare la presunzione invocata dal giurista severiano, perché la clausola è espressa (*olei metretis tribus milibus impositis et frumenti modiis octo milibus certa mercede*), ma viene introdotta una seconda regola interpretativa: dall'esistenza di una clausola di calcolo della *vectura* sulle merci caricate si desume che la somma è stata acquistata al *nauta* al momento del carico. A volte questa soluzione può portare a distorsioni – come in questo caso, in cui il *nauta* viene pagato anche se la nave non salpa – che tuttavia discendono necessariamente dal criterio adottato.

---

D. 45.1.122.1. Un tal Callimaco aveva ricevuto da Stico, servo di Seio (sui nomi di questi soggetti, alcuni reali, altri di copertura, cfr. per tutti TALAMANCA, *I clienti* cit. [nt. 128], 588 ss.), un prestito marittimo da Berito, nella provincia di *Syria*, sino a Brindisi e ritorno, della durata di duecento giorni; a garanzia del prestito erano poste sia le merci acquistate a Berito e vendute a Brindisi, sia quelle acquistate a Brindisi con i proventi delle vendite e portate a Berito. L'accordo tra le parti, versato in una *stipulatio*, era nel senso che Callimaco, caricate le merci, ripartisse da Brindisi entro le Idi di settembre – ossia entro l'estate, prima della più rischiosa stagione autunnale: cfr. C. KRAMPE, *Der Seedarlehensvertrag des Callimachus*, in *Collatio iuris Romani* cit. (nt. 125) I, 220 ss.; in generale, sui periodi in cui la navigazione era considerata sicura cfr. CASSON, *Ships and seamanship* cit. (nt. 109), 297 ss. – e che se ciò non fosse avvenuto restituisse l'intera somma come se fosse già pervenuto al termine del viaggio sopportando anche le spese del trasporto della *pecunia* sino a Roma, dove forse era la sede degli affari del mutuante (KRAMPE, *op. cit.*, 208). Callimaco aveva caricato le merci prima delle Idi, ma era partito dopo il termine senza riconsegnare la somma, essendo d'accordo con Eros, lo schiavo del mutuante che era stato preposto a ricevere il denaro. Affondata la nave, si chiede a Scevola se Callimaco è tenuto *ex stipulatu*, o se invece il *consensus* di Eros è sufficiente a modificare le condizioni del contratto, e il giurista risponde che è tenuto. In questo caso Scevola scinde i due momenti dell'*impositio* e della *enavigatio*, giudicandoli – rispetto al tenore della *stipulatio* – entrambi necessari, mentre in D. 19.2.61.1, essendo il calcolo della *vectura* effettuato sull'*impositio*, la partenza non rileva. Deve essere notato tuttavia che D. 45.1.122.1 ci è giunto in condizioni non buone, e che la descrizione che ne sto dando tiene conto delle proposte ricostruttive maggiormente condivise in dottrina. Si è proposto di sostituire l'incomprensibile *mercis* del manoscritto con *impositis* (U.E. PAOLI, *Il prestito marittimo nel diritto attico*, in *Studi di diritto attico*, Firenze 1930, 31 nt. 1, seguito tra gli altri da F. DE MARTINO, *Sul fenus nauticum*, in *Riv. dir. nav.* 1 [1935] = *Diritto privato e società romana* cit. [nt. 118], 26; G. PURPURA, *Ricerche in tema di prestito marittimo*, in *AUPA* 39 [1987] 310); la proposta è preferibile all'inserimento di *receptis*, suggerito dubitativamente da TH. MOMMSEN, *Digesta Iustiniani Augusti* II, Berolini 1870, 670, e di *missis ipsam* al posto di *mercis ipse*, proposto da U. VON LÜBTOW, *Das Seedarleben des Callimachus*, in *Festschrift M. Kaser*, München 1976, 332, su cui cfr. le critiche di A. BISCARDI, *Pecunia traiecticia et stipulatio poenae*, in *Labeo* 24 (1978) 295. Dal passo non risulta con certezza neanche che Callimaco sia partito dopo il termine, ma sembra questa l'unica condizione per comprendere la risposta di Scevola: cfr. in questo senso VON LÜBTOW, *op. cit.*, 329 ss. Se si segue F. DE MARTINO, *Sull'actio pecuniae traiecticiae*, in *Riv. dir. nav.* 10 (1949) = *Diritto privato e società romana* cit. (nt. 118), 215 e F. REINOSO BARBERO, *El fenus nauticum de Callimaco*, in *Studi A. Biscardi* V, Milano 1984, 306 ss., nel pensare che Callimaco sia partito prima del termine ma che la nave sia affondata dopo, dovrebbe concludersi che la condizione richiesta dalla *stipulatio* era stata soddisfatta, e non si spiegherebbe il parere di Scevola. Sul passo e i suoi problemi cfr. da ultimo la rassegna di I. PONTORIERO, *Il prestito marittimo in diritto romano*, Bologna 2011, 137 ss.

È stata proprio la coincidenza tra la risposta di Scevola e la regola di Paolo a far sì che nella prassi del commercio internazionale si sia applicata una soluzione esattamente identica a quella propugnata dal giurista del II secolo: non in virtù dell'interpretazione del testo,<sup>135</sup> ma come logica conseguenza del sistema complessivo di cui il testo è espressione.

Come abbiamo visto, nel diritto inglese, mentre nei contratti ispirati alla *locatio cd. rei* come il *bareboat charter*, o alla *locatio cd. rei e operarum* come il *time charter*, in caso di *frustration* vi è diritto a una riduzione del nolo proporzionale all'utilità percepita dal *charterer*, nel *voyage charter* – tranne contrario accordo delle parti – il nolo pagato in anticipo non viene restituito e quello maturato ma non ancora pagato deve essere corrisposto. Poiché infatti non vi è distinzione terminologica tra 'contratto di trasporto' e 'contratto di noleggio a viaggio' – cosicché il tipo contrattuale prescelto dalle parti non è identificabile attraverso il *nomen iuris* – il regime di allocazione del rischio deve essere desunto in concreto dalle clausole contrattuali esplicite e implicite. E dall'accordo delle parti di calcolare il nolo sulle merci caricate o consegnate si desume – come proponeva Scevola – la volontà dei contraenti di considerare il diritto al nolo acquisito al momento del carico, oppure di giudicarlo dovuto solo alla consegna delle merci.<sup>136</sup>

Lo stesso ragionamento era evidentemente compiuto dai Romani: poiché come abbiamo visto la *locatio mercium vehendarum* non è uno schema negoziale definito in ogni sua parte dall'ordinamento, ma si modella sulla base delle clausole esplicite o implicite predisposte dalle parti, la ricostruzione dell'*id quod actum est* viene compiuta mediante presunzioni, e dall'accordo delle parti si desumono le regole contrattuali dell'allocazione del rischio.

#### 4. Ulp. 32 ad ed. D. 19.2.15.6

È ora il momento di esaminare un noto passo di Ulpiano:

Ulp. 32 ad ed. D. 19.2.15.6. *item cum quidam nave amissa vecturam, quam pro mutua acceperat, repeteretur, rescriptum est ab Antonino Augusto non immerito procuratorem Caesaris ab eo vecturam repetere, cum munere vehendi functus non sit: quod in omnibus personis similiter observandum est.*

<sup>135</sup> Nella dottrina intermedia, come in una parte della romanistica moderna, D. 19.2.61.1 è stato richiamato per sostenere che la *merces* è dovuta quando la nave sia trattenuta nel porto, essendo interpretata la fattispecie come se vi fosse una responsabilità del *dominus mercium* nella detenzione della nave: cfr. ad es. ROCCI *De navibus et nauo* cit. (nt. 64), 84 (not. 85); LOCCENII *De iure maritimo et navali* cit. (nt. 64), 238 s. (lib. III, cap. 5, n. 9); MOLLOY, *De jure maritimo et navali* cit. (nt. 83), 257 (book II, chap. 4, n. 9); ABBOTT, *A Treatise* cit. (nt. 64), 219.

<sup>136</sup> Cfr. *supra*, § 2.4. In diritto inglese però la regola del nolo anticipato subisce delle eccezioni nel caso la nave non parta affatto: cfr. *supra*, nt. 88.

Nel frammento si afferma che, perduta la nave, la *vectura* deve essere restituita<sup>137</sup> al *procurator Caesaris* con cui evidentemente era stato stipulato il contratto,<sup>138</sup> perché non è stato compiuto il *munus vehendi*, e che la soluzione fu fissata da un rescritto di Caracalla.

L'interpretazione pressoché unanime del brano è che la restituzione del nolo discendeva dalla circostanza che il *nauta* non avesse adempiuto all'obbligazione di risultato del 'contratto di trasporto', e che dunque la soluzione sia la stessa prospettata da Labeone e confermata da Paolo in D. 14.2.10 pr.<sup>139</sup> Tuttavia una simile lettura induce a ritenere che la citazione del *rescriptum* di Caracalla sia del tutto superflua: se la questione era pacifica da secoli, che bisogno avevano le parti del processo di chiedere un intervento imperiale e – soprattutto – Ulpiano di darne conto? Anche se sappiamo che egli richiama le costituzioni imperiali non solo quando sono innovative, ma anche quando confermano un punto di vista già avanzato dai giuristi,<sup>140</sup> tuttavia in questo caso la citazione apparirebbe davvero inutile.<sup>141</sup>

<sup>137</sup> La forma *repetetur*, che non si accorda con l'accusativo *vectorum* (ma cfr. E. KALINKA, *Digestenkritik und Philologie. Philologische Anmerkungen zu Beselers Methode*, in *ZRG RA* 47 [1927] 324, che pensava a un grecismo giustiniano), può essere corretta immaginando una lacuna e integrando il testo *acceperat <nauta, ab eo> repetetur* (BETTI, *Periculum* cit. [nt. 54], 189; senza citarla, l'a. accetta anche l'*emendatio* recente della *littera Florentina*, che ha *repeteret*: MOMMSEN, *Digesta Iustiniani Augusti* cit. [nt. 134] I, 562; cfr. *ibid.*, XVIII); oppure *... et vectura ab eo> repetetur* (RÖHLE, *Das Problem der Gefahrtragung* cit. [nt. 132], 217). Eccessivamente invasiva l'ipotesi di G. VON BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen* IV, Tübingen 1929, 133, seguito da G. LONGO, *Sulla disciplina giustiniana della locatio-conductio*, in *Studi B. Biondi* II, Milano 1965, 295: *vectorum quam <a> procuratore Caesaris> mutua<m> acceperat <non redderet>*.  
<sup>138</sup> RÖHLE, *Das Problem der Gefahrtragung* cit. (nt. 132), 217 s.; SIRKS, *Food for Rome* cit. (nt. 14), 33; E. HÖBENREICH, *Annona. Juristische Aspekte der stadtrömischen Lebensmittelversorgung im Prinzipat*, Graz 1997, 84; JAKAB, *Vectura pro mutua* cit. (nt. 97), 263.

<sup>139</sup> Cfr. HAYMANN, *Textkritische Studien* cit. (nt. 51), 156 s.; BETTI, *Periculum* cit. (nt. 54), 189; ID., *Istituzioni* cit. (nt. 54) II/1, 425 e nt. 44; MAYER-MALY, *Locatio conductio* cit. (nt. 132), 146 e 198; KASER, *Periculum locatoris* cit. (nt. 51), 193; ALZON, *Les risques* (nt. 2), 334 nt. 77; RÖHLE, *Das Problem der Gefahrtragung* cit. (nt. 132), 217 s.; I. MOLNÁR, *Gefahrtragung beim römischen Dienst- und Werkvertrag*, in *Labeo* 21 (1975) 41 s.; G. MACCORMACK, *Periculum*, in *ZRG RA* 96 (1979) 143 e nt. 53; F.B.J. WUBBE, *Labeo zum Gefahrtragung im Bauvertrag*, in *L'homme dans son environnement - Mensch und Umwelt*, Fribourg 1980, 144 nt. 60 = *Ius vigilantibus scriptum. Ausgewählte Schriften / Œuvres choisies*, Freiburg 2003, 268 nt. 60; W. ERNST, *Periculum conductoris. Eine gleichlaufende Gefahrtragungsregel bei den Verträgen der locatio conductio*, in *Festschrift H. Lange*, Stuttgart-Berlin-Köln 1992, 67; FIORI, *La definizione* cit. (nt. 1), 135 nt. 27; VACCA, *Considerazioni* cit. (nt. 54), 536; C.H. MÜLLER, *Gefahrtragung bei der locatio conductio. Miete, Pacht, Dienst- und Werkvertrag im Kommentar römischer Juristen*, Paderborn-München-Wien-Zürich 2002, 81 s.; FERCIA, *La responsabilità per fatto di ausiliari* cit. (nt. 106), 313 nt. 46.

<sup>140</sup> Cfr. T. HONORÉ, *Ulpian. Pioneer of human rights*, Oxford 2002<sup>2</sup>, 156 s.

<sup>141</sup> Potrebbe darsi un senso alla citazione ulpiana del rescritto se si ammettesse, con KASER, *Periculum locatoris* cit. (nt. 51), 193 (seguito da MOLNÁR, *Gefahrtragung* cit. [nt. 139], 41 s.), che la decisione costituisca «eine kaiserliche Billigkeitsentscheidung» rispetto alla regola del *periculum locatoris*. A mio avviso non esiste però una regola generale che attribuisce il rischio all'una o all'altra parte, e la logica dell'attribuzione del rischio è legata alla natura delle prestazioni di ciascuna nei singoli modelli negoziali: cfr. *infra*, § 9 e nt. 233.

Credo dunque che sia opportuna una maggiore cautela nell'identificazione del rapporto. È certo che si tratta di una *locatio mercium vehendarum* nella quale il *nauta* compie il trasporto con la propria nave, posto che si parla di un *munus vehendi*,<sup>142</sup> ma non sappiamo ancora se si tratti di 'contratto di trasporto' o 'di noleggio a viaggio'.

A favore dell'ipotesi del 'contratto di noleggio a viaggio' potrebbe deporre la circostanza che il pagamento è stato effettuato alla partenza, o forse addirittura prima, se si ipotizza che la nave sia andata perduta prima della partenza. Tuttavia, sulla base di quel che abbiamo studiato sinora, e soprattutto sulla scorta dell'esame di quanto scrivono Paolo in D. 14.2.10 pr. e Scevola in D. 19.2.61.1, una simile ricostruzione dovrebbe portare a una soluzione opposta a quella del rescritto di Caracalla: il *nauta* avrebbe dovuto poter trattenere la *vectura*.

Occorre però ulteriormente considerare che un pagamento alla partenza non coincide necessariamente con un accordo di calcolare la *vectura* sulla merce caricata, come quello che abbiamo visto in D. 14.2.10 pr. e D. 19.2.61.1: mentre in questi ultimi passi il verbo *debere* fa comprendere che si discuteva del diritto del *nauta* di richiedere la *vectura* non ancora pagata,<sup>143</sup> nel caso ora discusso il nolo è già stato corrisposto e si discute del diritto del *nauta* di trattenerlo. Inoltre nel passo si precisa che la *vectura* era stata *accepta* dal navigatore *pro mutua*. Questa espressione è stata talora intesa come un riferimento a un contratto di mutuo stipulato tra le parti,<sup>144</sup> ma nell'usuale interpretazione del passo la precisazione appare del tutto inutile: se la *vectura* deve essere restituita perché non c'è stato trasporto (ossia consegna delle merci), a che serve aggiungere che la somma era stata presa dal *nauta* a titolo di mutuo? Non a caso, la maggioranza degli autori non vi fa alcun riferimento,<sup>145</sup> cosicché potrebbe quasi apparire giustificata la tendenza interpolazionistica di espungere sia il riferimento al *mutuum* che al verbo *repetere*.<sup>146</sup>

In realtà, bisogna valutare la possibilità che le espressioni *pro mutua*, *pro mutuo*, avessero in diritto romano valore tecnico, ossia indicassero un assetto di interessi particolare, non perfettamente coincidente con un mutuo, che in qualche fonte assume addirittura una specifica denominazione, in forma di aggettivo o di sostantivo: *pro-*

<sup>142</sup> Nel senso che ne ha l'uso, sia egli *dominus navis* o *exercitor*, o anche solo *magister navis* autorizzato a stipulare contratti. Sulla diversa ipotesi di JAKAB, *Vectura pro mutua* cit. (nt. 97), 259 ss., cfr. *infra*, nt. 160.

<sup>143</sup> Cfr. anche, rispetto a D. 14.2.10 pr., DU PLESSIS, *Letting and hiring* cit. (nt. 1), 89.

<sup>144</sup> RÖHLE, *Das Problem der Gefahrtragung* cit. (nt. 132), 218; HÖBENREICH, *Annona* cit. (nt. 138), 85.

<sup>145</sup> Cfr. MAYER-MALY, *Locatio conductio* cit. (nt. 132), 146; KASER, *Periculum locatoris* cit. (nt. 51), 193; ALZON, *Les risques* (nt. 2), 334 nt. 77; WUBBE, *Labeo zum Gefahrtragung* cit. (nt. 139), 144 nt. 60 (= 268 nt. 60); MOLNÁR, *Gefahrtragung* cit. (nt. 139), 41 s.; ERNST, *Periculum conductoris* cit. (nt. 139), 67 s.; VACCA, *Considerazioni* cit. (nt. 54), 536.

<sup>146</sup> HAYMANN, *Textkritische Studien* cit. (nt. 51), 157.

*mutuus, promutuuum*.<sup>147</sup> Il primo testo in cui compare quest'ultima espressione è un passo di Cesare in cui si ricorda che, nel 49 a.C., Q. Cecilio Metello Pio Scipione Nasica (cos. 52), proconsole della provincia di *Syria*,<sup>148</sup> dopo aver raccolto dai *publicani*, nella sua provincia, il *vectigal* dei due anni precedenti ed essersi fatto anticipare a titolo di mutuo quello dell'anno successivo (*pecuniam [...] insequentis anni mutuum praeceperat*), passato nella provincia di *Asia* aveva fatto lo stesso, facendosi pagare il *vectigal promutuuum*.<sup>149</sup> La seconda fonte è un frammento di Cervidio Scevola nel quale ci si interroga se debbano imputarsi allo schiavo liberato (condizionatamente) per testamento le *pensiones* che questi non ha richiesto ai *conductores praediorum* e ai *vilici* del padrone, e il *promutuuum* per di più concesso.<sup>150</sup>

Negli altri due casi in cui la *scriptio continua* della *littera Florentina* riporta le forme *promutuo, promutua* – che non attestano con altrettanta certezza il ricorrere del sostantivo *promutuuum* (in Scevola) o dell'aggettivo *promutuus* (in Cesare), potendo anche essere intesi come *pro mutuo* o *pro mutua* – gli editori hanno preferito privilegiare quest'ultima lettura,<sup>151</sup> anche se nell'intera letteratura latina solo in un caso l'espressione *pro mutuo* fa riferimento a un contratto di mutuo.<sup>152</sup>

Il primo di questi due casi è Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.2.15.6.<sup>153</sup>

Il secondo è un altro passo dei *digesta* di Scevola. Un *pater*, istituiti propri eredi il figlio e la figlia, lega loro *per praeceptionem* fondi e libri di credito, aggiungendo poi per fedecommesso che il figlio dovrà pagare anche gli eventuali debiti assunti dal padre *in tempus pro mutuo* (o *promutuo?*), affinché la quota della figlia resti intatta; al giurista si chiede se il figlio debba provvedere a saldare i debiti del padre *ex quacumque causa*, ed egli risponde che è tenuto.<sup>154</sup>

<sup>147</sup> E. HUSCHKE, *Die Lehre des römischen Rechts vom Darlehen*, Stuttgart 1882, 14 s.; E. QUADRATO, *Promutuuum*, in *SDHI* 73 (2007) 70 ss.

<sup>148</sup> T.R.S. BROUGHTON, *The Magistrates of the Roman Republic* II, New York 1952, 260.

<sup>149</sup> *Caes. civ.* 3.31: *a publicanis suae provinciae debitam biennii pecuniam exegerat et ab eisdem insequentis anni mutuum praeceperat*; 3.32: *publicanis, ut in Syria fecerant, insequentis anni vectigal promutuuum*.

<sup>150</sup> *Scaev.* 24 *dig.* D. 40.7.40.5: *item quaero, an eorum quoque nomine ratio haberi debeat, quod neque a conductoribus praediorum neque a vilicis pensiones exegerit et insuper etiam promutuuum eis dedit. respondit supra responsum est*.

<sup>151</sup> MOMMSEN, *Digesta Iustiniani Augusti* cit. (nt. 134) I, 562; cfr. anche P. BONFANTE - C. FADDA - C. FERRINI - S. RICCOBONO - V. SCIALOJA, *Digesta Iustiniani Augusti*, Mediolani 1931, 446.

<sup>152</sup> *Paul.* 3 *quaest.* D. 46.1.54, dove si fa riferimento al prendere un garante per il mutuo: *si in pignore contrahendo deceptus sit creditor, qui fideiussorem pro mutuo accepit, agit contraria pigneraticia actione, in quam actionem veniet quod interest creditoris. sed ea actio fideiussorem onerare non poterit: non enim pro pignore, sed pro pecunia mutua fidem suam obligat*. Le altre ricorrenze della locuzione sono in *Cic. fam.* 5.1.1, 5.2.1 e 5.2.3, dove *pro mutuo inter nos animo* fa riferimento al reciproco sentimento di amicizia.

<sup>153</sup> I manoscritti della *littera Bononiensis* hanno *invento*: cfr. MOMMSEN, *Digesta Iustiniani Augusti* cit. (nt. 134) I, 562.

<sup>154</sup> *Scaev.* 16 *dig.* D. 32.34.3: *pater filio et filia heredibus institutis cum singulis certa praedia et kalendaria praelegasset,*

In realtà, se si considera che, nel rendere in greco i passi del Digesto, i commentatori bizantini traducono i termini latini con gr. προχρησία<sup>155</sup> – ossia con un vocabolo che nei papiri greco-egizi indica la dazione di denaro anticipato senza interessi, soprattutto in relazione a prestazioni lavorative<sup>156</sup> – si comprende che anche negli ultimi due casi potrebbe trattarsi dell'ablativo di due sostantivi (o aggettivi sostantivati) *promutuum* e *promutua*, quest'ultimo eventualmente modellato, in quanto al genere, sul termine greco.

Tuttavia, comunque si sciogla il testo, la sostanza non cambia. In tutti questi casi non ci troviamo dinanzi a un vero mutuo: quando si riceve un mutuo, non si parla di *accipere pro mutuo*, ma di *mutuum accipere*.<sup>157</sup> Le fonti discutono invece di *promutuum* o di *promutuo* (o *pro mutuo*) *accipere* quando fanno riferimento a un pagamento anticipato in vista di una prestazione futura, che assumerà una veste diversa allorché la prestazione sarà eseguita: la somma, che viene assunta 'temporaneamente' (*in tempus*) 'come se' (*pro*) fosse un mutuo, ossia a titolo di *promutuum*, diverrà perciò *vectigal*, *pensio* o un pagamento relativo a qualunque altro negozio, come mostra l'ultimo passo di Scevola, che parla di debito assunto *ex quacumque causa*.<sup>158</sup>

La logica di questi negozi è spiegata dalla prassi ellenistica. Quando in un contratto si voleva effettuare un pagamento o una consegna anticipati, si consegnava al creditore un

---

*ita cavit: 'a te autem, fili carissime, peto, quaecumque legavi, praestari volo, et si quid evenerit aeris alieni, si quod in tempus pro mutuo acceperam et debuero, a te solvi volo, ut quod sorori tuae reliqui, integrum ad eam pertineat'. quaesitum est, an quod ex quacumque causa debuit pater, a filio sit praestandum. respondit posse filiam ex fideicommissio consequi ut levaretur, quo magis integrum, quod testator dedisset, ad eam pervenisset.*

<sup>155</sup> Cfr., per D. 19.2.15.6, Bas. 53.1.59 (Scheltema, A VII, 2439-2440); cfr. anche sch. 5 *ad Bas.* 20.1.15 (Scheltema, B III, 1182): ὁ προχρησίας. Per D. 40.7.40.5, sch. 4 *ad Bas.* 48.5.41 (Scheltema, B VII, 2914). Sul *Nómos Rhodiōn nautikós* cfr. *infra*.

<sup>156</sup> A. JÖRDENS, *Vertragliche Regelungen von Arbeiten im Späten Griechischsprachigen Ägypten*, Heidelberg 1990, 271 ss.

<sup>157</sup> Lo nota QUADRATO, *Promutuum* cit. (nt. 147), 81.

<sup>158</sup> La maggior parte delle moderne traduzioni del Digesto interpreta l'espressione *pro mutua* di D. 19.2.15.6 come se si parlasse di un generico anticipo senza riferimenti al mutuo, ma lasciando separate le due parole: H. HULOT - J.-F. BERTHELOT - P.-A. TISSOT - A. BÉRENGER, *Corps de droit civil romain en latine et en français* III, Metz 1804, 51 («les frais de transport qu'il avoit payés d'avance»); G. VIGNALI, *Corpo del diritto* III, Napoli 1857, 114 («il nolo che aveva ricevuto in anticipo»); A. WATSON (a c. di), *The Digest of Justinian* II, Philadelphia 1985, *ad loc.* («the passage money [...] which he [the carrier] accepted in advance»); J.E. SPRUIT - R. FEENSTRA - K.E.M. BONGENAAR, *Corpus iuris civilis. Tekst en Vertaling* III, Zutphen - 's-Gravenhage 1996, 534 («de vrachtprijs die hij als voorschot ontvangen had»); O. BEHRENDIS - R. KNÜTEL - B. KUPISCH - H.H. SEILER (a c. di), *Corpus Iuris Civilis. Text und Übersetzung* III, *Digesten 11-20*, Heidelberg 1999, 565 («das Frachtgeld, das er als Gegenleistung bereits empfangen hatte»); S. SCHIPANI (a c. di), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Testo e traduzione* III (12-19), Milano 2007: «il nolo che quello aveva ricevuto in anticipo». Ipotizzano un mutuo le traduzioni di I. GARCÍA DEL CORRAL, *Cuerpo del derecho civil romano* I, Barcelona 1889, 956 («el precio del transporte, que habia aceptado por un mútuo»); A. D'ORS - F. HERNÁNDEZ-TEJERO - P. FUENTESECA - M. GARCÍA GARRIDO - J. BURILLO, *El Digesto de Justiniano* I, Pamplona 1968, 16 («el importe del transporte que había recibido a crédito»).

documento che faceva riferimento a un prestito fittizio; quando poi la prestazione futura per la quale era stato pagato l'anticipo o consegnata la cosa veniva eseguita, il documento veniva restituito al debitore. Prima della prestazione del debitore, il creditore era garantito dal documento che attestava il suo credito come mutuo. Dopo la prestazione, il pagamento o la consegna anticipati dal creditore assumevano le vesti della controprestazione.<sup>159</sup>

Nell'esaminare il passo di Ulpiano, bisogna dunque interrogarsi anche sul rapporto tra la locazione e il riferimento alla *vectura* anticipata, assunta *promutuā* 'come se fosse un mutuo'.<sup>160</sup>

Ora, l'analisi condotta nelle pagine precedenti ha mostrato che i *prudentes* romani si trovavano nella necessità di distinguere tra loro modelli negoziali diversi ma rien-

<sup>159</sup> G. THÜR, *Fictitious loans and novatio: IG VII 3172, UPZ II 190, and C.Pap.Jud. I 24 reconsidered*, in *Proceedings of the Twenty-Fifth International Congress of Papyrology (Ann Arbor 2007)*, Ann Arbor 2010, 757 ss., che fa espresso riferimento, per il diritto romano, a D. 32.34.3 e D. 19.2.15.6.

<sup>160</sup> Per R. VON JHERING, *Der Zweck im Recht* I, Leipzig 1884<sup>2</sup>, 163 s. nt. \*, la *vectura* sarebbe stata pagata in anticipo sotto forma di mutuo accessorio (l'a. trascrive erroneamente il testo latino: *vectura, quam pro mutuo acceperat*), che sarebbe stato restituito al caricatore dopo il compimento del viaggio. In anni più recenti, del problema si è occupata JAKAB, *Vectura pro mutua* cit. (nt. 97), 259 ss., la cui ricostruzione contiene diversi spunti utili, ma nel complesso non può essere seguita. In primo luogo, rispetto alla qualificazione del rapporto. Secondo l'a., la fattispecie non sarebbe un 'contratto di trasporto' ma una *locatio navis*: la cancelleria imperiale avrebbe dato ragione al conduttore (il *procurator Caesaris*) perché – in armonia con le regole della *remissio mercedis* – il locatore (*quidam*) non aveva fornito il bene per un caso di forza maggiore (*nave amissa*). Accanto a questo contratto, le parti avrebbero concluso un vero e proprio mutuo, distinto sul piano formale ma connesso alla locazione dal punto di vista economico: se la locazione avesse raggiunto il suo scopo, nel senso che la nave e il carico fossero giunti salvi a destinazione, sarebbe cessata la pretesa alla restituzione del mutuo; se invece lo scopo della locazione non fosse stato raggiunto, si sarebbe dovuto restituire la somma. L'ipotesi ha, mi sembra, un suo fondamento, ma non può essere accolta nel modo in cui è stata formulata. In primo luogo, nella ricostruzione dell'a. viene del tutto meno il riferimento al *munus vehendi*, che invece è il fondamento (*cum* [...]) del descritto (così giustamente BETTI, *Periculum* cit. [nt. 54], 189): per meglio dire, in questa ricostruzione il riferimento dovrebbe venir meno, perché in una *locatio navis* ciò che rileva è la possibilità di navigare (cfr. anche *supra*, nt. 131), non il dovere (*munus*) di trasportare; tuttavia l'a. tiene conto del *munus vehendi* sostenendo che scopo della *locatio navis* è che la nave e il carico giungano salvi a destinazione – il che rende la *locatio navis* indistinguibile da una *conductio mercium vehendarum*. A me sembra che l'autrice sia indotta a immaginare una *locatio navis* dal desiderio di ricondurre la fattispecie alle regole della *remissio mercedis* (cfr. *infra*, nt. 165), ma non riesca a conciliare l'ipotizzata natura del negozio con la descrizione del rapporto compiuta nel frammento. Il secondo profilo che non mi pare condivisibile è il riferimento al mutuo: l'a. non spiega come sia possibile che, immaginando che locazione e mutuo siano contratti distinti, l'adempimento dell'uno determini adempimento dell'altro, nel senso che la «Darlehensklage» cada; da questo punto di vista, ha ragione WOLF, *Die ναυλωτική des Menelaos* cit. (nt. 97), 463 nt. 205, nell'affermare questo tipo di assetto di interessi non è testimoniato né in diritto romano né nel diritto dei papiri (benché questo a. sia indotto dalle correnti traduzioni [cfr. *supra*, nt. 158] ad affermare che nel passo non vi è alcun riferimento al mutuo); perplesso anche G. CAMODECA, *Per un primo aggiornamento all'edizione dell'archivio dei Sulpicii (TPSulp.)*, in *CCG* 11 (2000) 190. Mi sembra invece che la ricostruzione di THÜR, *Fictitious loans and novatio* cit. (nt. 159), 757 ss. e il significato di *promutua* spieghino adeguatamente il meccanismo.

tranti tutti nel medesimo *nomen contractus*. Il criterio utilizzato per differenziare il 'contratto di noleggio a viaggio' dal 'contratto di trasporto' era la verifica del parametro adottato dalle parti per il calcolo della *vectura*: se il nolo era calcolato sulle merci caricate, si riteneva che i contraenti avessero voluto addossare al *dominus mercium* il rischio della mancata consegna, nel senso che egli avrebbe dovuto pagare il nolo in ogni caso; se invece era calcolato sulle merci consegnate, si riteneva che i contraenti avessero voluto porre il rischio in capo al *nauta*.

Ferme restando queste regole, cosa accade se interviene un pagamento prima della partenza, senza che risulti in modo chiaro dal rapporto che la *vectura* era stata non solo pagata ma anche guadagnata in anticipo, in quanto calcolata sulla merce caricata? È possibile infatti che un pagamento sia corrisposto prima della partenza, ma quale anticipo di una somma calcolata sulla merce portata a destinazione: è possibile, cioè, che vi sia stato un pagamento anticipato all'interno di un 'contratto di trasporto' nel quale il rischio contrattuale è posto a carico del *nauta*.<sup>161</sup>

Ancora una volta, un utile confronto è offerto dal *common law*, nel quale – come abbiamo visto – i giudici si trovano dinanzi a identici problemi di interpretazione. All'inizio dell'Ottocento – ma dal tenore della discussione si comprende che la questione non era nuova – si era posto il problema se un pagamento anticipato a favore dei proprietari della nave fosse interpretabile come nolo o come prestito: in caso di perdita della nave, infatti, nel primo caso il nolo non sarebbe stato ripetibile, in quanto si sarebbe dovuto ritenere che le parti avessero voluto porre il rischio a carico del proprietario delle merci; nel secondo caso, invece, il prestito sarebbe stato ripetibile, perché il pagamento non sarebbe stato interpretabile come criterio di allocazione del rischio. La soluzione fu trovata di volta in volta sulla base di una serie di parametri, e fondamentale in virtù della presenza nel contratto di clausole espresse che qualificassero la somma come *advance freight* o come *loan*; dell'identificazione del soggetto che ha assicurato la somma (se questa è stata assicurata dal mercante deve trattarsi di nolo, perché il rischio del prestito non è a suo carico); della previsione o meno di interessi.<sup>162</sup>

<sup>161</sup> L'ipotesi teorica è espressa molto chiaramente in *Compania Naviera General S.A. v Kerametal Ltd. (The Lorna I)* (1983) 1 *Lloyd's Rep* 373 (a p. 374): «a liability to pay advance freight does not *per se* affect the time when freight is earned. It is simply an obligation to make a payment on account of freight at a time when it has not yet been earned». Mi sembra che questa distinzione – tra momento in cui il nolo è pagato e momento in cui il nolo è guadagnato – non sia colta da TULLIO, *Contratto di noleggio* cit. (nt. 79), 84, allorché giudica «eccessivamente elastico» il modo in cui i giudici inglesi utilizzano il criterio del pagamento calcolato sulla merce caricata per individuare le regole di allocazione del rischio anche quando siano previsti pagamenti a destinazione o per una somma forfettaria: se il nolo è calcolato sulle *merces impositae*, esso è guadagnato al momento del carico ed è dovuto a prescindere dalle merci consegnate.

<sup>162</sup> Cfr. *De Silvale v Kendall* (1815) 4 *M&S* 37 = 105 *ER* 749; *Manfield v Maitland* (1821) 4 *B&A* 582 = 106 *ER*

Le ragioni della distinzione operata dai giudici inglesi sono evidenti: è necessario evitare che un pagamento anticipato finalizzato a permettere allo *shipowner* di provvedere alla nave abbia l'effetto non voluto dalle parti di trasferire il rischio contrattuale sul proprietario delle merci.

Nel diritto inglese, la necessità della prova che il pagamento sia *advance freight* discende dalla circostanza che il modello-base non è il 'contratto di noleggio a viaggio', ma quello 'di trasporto'. È verisimile che il meccanismo interpretativo in diritto romano non fosse identico: come abbiamo visto – almeno a seguire Paolo – a Roma il modello-base era il 'contratto di noleggio a viaggio', cosicché, contrariamente al diritto inglese, una clausola espressa che fissasse le modalità di calcolo della *vectura* sarebbe stata necessaria solo per affermare che il contratto era 'di trasporto'. Ma le esigenze di una distinzione tra *vectura* calcolata sulle merci caricate e una *vectura* data *promutua* dovevano essere le stesse. Considerando che la prassi conosceva verisimilmente molti casi in cui il *dominus mercium* anticipava una somma alla partenza e saldava all'arrivo o addirittura pagava tutto alla partenza – ne abbiamo diversi esempi nei papiri greco-egizi<sup>163</sup> – la differente qualificazione giuridica dell'anticipo aveva un notevole rilievo, perché contribuiva alla qualificazione giuridica dell'intero rapporto. È per questa ragione che Ulpiano specifica che la somma era stata presa dal navigatore *promutua*, ed è possibile che la necessità di chiarire la destinazione del pagamento fosse soddisfatta mediante documenti scritti.<sup>164</sup>

1049; *Wilson and Another v Martin* (1856) 11 *Exch* 684 = 156 *ER* 1005; *Hicks v Shield* (1857) 7 *El&Bl* 633 = 119 *ER* 1380; *Droege & Co. v Suart (The Karnak)* (1869) 6 *Moo* PC NS 136 = 16 *ER* 677; *Allison v Bristol Marine Insurance* (1876) 1 *AC* 209.

<sup>163</sup> Testimoniano un pagamento parziale: *P. Oxy.* XLIX 3484 (27-33 d.C.); *P. Oxy.* XLV 3250 (63 d.C.); *SB* XIV 11552 (221 d.C., riportato *supra*, nt. 24); il pagamento dell'intero nolo anticipato: *P. Oxy.* XLIII 3111 (257 d.C.; cfr. *supra*, nt. 46); *P. Oxy.* XLI 2983 (II-III sec. d.C.); *P. Oxy.* XLIX 3481 (442 d.C.); *P. Wisc.* II 65 (V sec. d.C.); *P. Oxy.* XXXIV 2732 (VI sec. d.C.), su cui JAKAB, *Vectura pro mutua* cit. (nt. 97), 256 ss., la quale tuttavia ritiene che si tratti semplicemente di una forma di pagamento che prendeva sempre la forma del mutuo, senza distinguere tra casi in cui le parti hanno concluso un 'contratto di noleggio' o 'di trasporto'.

<sup>164</sup> È possibile che alla prassi ricostruita da THÜR, *Fictitious loans and novatio* cit. (nt. 159), 757 ss. (cfr. spec. 761) si riferisse il discusso *TP* 13 = *TPSulp.* 78 (accostato a D. 19.2.15.6 da JAKAB, *Vectura pro mutua* cit. [nt. 97], 244 ss. in forme che tuttavia non mi sento di condividere pienamente: cfr. *supra*, nt. 160): un certo Menelao da Cernao scrive di aver ricevuto 1.000 denari da Primo, schiavo di P. Attio Severo, sulla base di un contratto relativo al trasporto (ναυλωτική; sul fatto che questa espressione non sia riferibile a un contratto di mutuo, come propone H. ANKUM, *Tabula Pompeiana 13: ein Seefrachtvertrag oder ein Seedarlehen?*, in *Iura* 29 [1978] 167, seguito da G. PURPURA, *Tabulae Pompeianae 13 e 34: due documenti relativi al prestito marittimo*, in *Atti XVII Congresso internazionale di Papirologia*, Napoli 1984, 1248 ss. = *Studi romanistici in tema di diritto commerciale marittimo*, Soveria Mannelli 1996, 246 ss., cfr. D.C. GOFAS, *Encore une fois sur la Tabula Pompeiana 13 [Essai d'une interprétation nouvelle]*, in *Symposion 1993. Vorträge zur griechischen und hellenistischen Rechtsgeschichte*, Köln-Weimar-Wien, 1994, 258 s.;

Consideriamo le due ipotesi:

a) se il pagamento anticipato fosse stato riferibile alla *vectura* calcolata sulle merci caricate ('contratto di noleggio a viaggio'), poiché il nolo veniva acquisito dal *nauta* immediatamente dopo aver caricato le merci, egli avrebbe avuto il diritto di trattene- re il denaro anche se, caricate le merci, la nave non fosse partita: è questo il caso di D. 19.2.61.1;

b) se invece il pagamento anticipato fosse stato accettato a titolo di mutuo, ciò avreb- be escluso un assetto di interessi in cui la *vectura* fosse calcolata sulle merci caricate ('contratto di noleggio a viaggio'): infatti, per quale ragione, se il *nauta* avesse acquisi- to un diritto alla *vectura* già prima della partenza, avrebbe dovuto *accipere* il pagamen- to 'come se fosse un mutuo'? È chiaro che se le parti hanno deciso che la somma anti- cipata non può essere considerata *vectura*, ma è accettata a diverso titolo, la *vectura* sarà guadagnata dal *nauta* solo all'arrivo. Il negozio coincide dunque con un 'contratto di trasporto', nel quale la *vectura* è computata sulle merci scaricate. Cosicché: se la *vectu- ra* viene guadagnata, la somma anticipata sarà scomputata dal nolo; se invece la *vectu- ra* non viene guadagnata, la somma anticipata dovrà essere restituita.

A mio avviso, il rescritto mirava a chiarire la distinzione tra le due fattispecie e a mostrare che la ricostruzione dell'*id quod actum est* può fondarsi non solo su clausole espressamente dedicate alle modalità di calcolo della *vectura*, ma anche su clausole da cui tali modalità risultino indirettamente. Se – come insegnava Paolo in D. 14.2.10 pr. – in assenza di clausole il modello-base è il 'contratto di noleggio a viaggio', una clau- sola che preveda che il pagamento anticipato non debba essere considerato come nolo induce a sostenere che le parti abbiano voluto realizzare un 'contratto di trasporto'. Il caso sottoposto all'imperatore costituiva dunque un *leading case* e per questo viene ricordato da Ulpiano: esso si riferisce al medesimo modello negoziale discusso da Labeone in D. 14.2.10 pr., ma ha rilevanti profili di novità.<sup>165</sup>

CAMODECA, *Per un primo aggiornamento* cit. [nt. 160], 189; WOLF, *Die ναυλωτική des Menelaos* cit. [nt. 97], 437 ss.), che lo stesso Menelao si impegna a restituire in accordo con le clausole della ναυλωτική. Altre ipotesi di spiegazione del contratto di Menelao in J.G. WOLF, *Aus dem neuen pompejanischen Urkundenfund: der Seefrachtvertrag des Menelaos*, in *Freiburger Universitätsblätter* 65 (1979) 23 ss.; ID., *Die ναυλωτική des Menelaos* cit. (nt. 97), 423 ss. (retribuzione di un contratto di trasporto) e GOFAS, *op. cit.*, 251 ss. (spec. 263: il trasportatore avrebbe dichiarato fittiziamente di aver ricevuto un prestito che in realtà non ha ricevuto, obbligandosi così, a fini di assicurazione per il *dominus mercium*, a pagare una somma nel caso in cui il carico non giunga a destinazione).

<sup>165</sup> Mi sembra che questa ricostruzione spieghi anche la collocazione palinogenetica del passo. È stato notato da MAYER-MALY, *Locatio conductio* cit. (nt. 132), 146, che il brano è collocato tra due paragrafi (§§ 5 e 7) relativi a problemi di *remissio mercedis*, e si è sostenuto che esso sarebbe fuori posto, perché non vi si parlerebbe affatto di remis- sione: si è perciò ipotizzato che i compilatori o un «Ulpian-Bearbeiter» abbiano erroneamente inserito il § 6 prima del § 7, mentre nel testo ulpiano sarebbe stato piuttosto il contrario (afferma che la decisione non abbia nulla a che

D'altronde, è possibile che la memoria del rescritto di Caracalla sia rimasta viva a lungo, e che una sua traccia sia conservata nel *Nómos Rhodiōn nautikós*, la collezione bizantina di regole della navigazione verisimilmente composta nel VII-VIII secolo d.C. sulla base di materiali più antichi.<sup>166</sup> Nel *Nómos* si afferma infatti che se durante la navigazione si verifica un disastro, il mercante non può richiedere la parte del nolo che abbia anticipato (ἡμίναυλον);<sup>167</sup> ma poi si aggiunge che, se il mercante ha dato una προοχρεία, il contratto stipulato tra le parti prevarrà sulla regola fissata dal *Nómos* – ossia, mi sembra debba intendersi, la somma anticipata dovrà essere restituita, perché non pagata a titolo di nolo.<sup>168</sup>

---

vedere con la *remissio mercedis* anche LONGO, *Sulla disciplina giustiniana della locatio-conductio* cit. [nt. 137], 295). Credo possa invece sostenersi che il passo tratta di una *remissio mercedis*, perché attiene all'ipotesi in cui l'evento fortuito – la perdita della nave – determina la restituzione della *merces*: la somma acquisita *promutua* era infatti un anticipo che mirava a 'divenire' *vectura*, ossia *merces*; l'evento sopravvenuto, facendo venir meno l'*uti frui* collegato al trasporto, ha fatto sì che la *merces* non sia più dovuta in quanto tale e che la somma venga definitivamente acquisita come mutuo, dovendo essere restituita ed essendo ripetibile con la *conductio*; è questa, almeno, l'interpretazione che del raccordo tra il passo e la *remissio mercedis* dà Cirillo (sch. 5 *ad Bas.* 20.1.15 [Scheltema, B III, 1182]): ὁ προοχρήσας τὸν ναῦλον, εἰ ἀπόληται ἢ ναὺς, ἀναλαμβάνει αὐτόν. Naturalmente, in questa ricostruzione non vi è alcun motivo per ritenere interpolata l'ultima parte del passo (*quod [...] observandum est*), come voleva G. VON BESELER, *Textkritische Studien*, in *ZRG RA* 53 (1933) 53, seguito da KASER, *Periculum locatoris* cit. (nt. 51), 193 nt. 148 e da LONGO, *op. cit.*, 295 e 298.

<sup>166</sup> È questa l'opinione generalmente accolta, a partire da W. ASHBURNER, *Νόμος Ῥοδίων ναυτικῶς. The Rhodian sea-law*, Oxford 1909, LXXV ss. Una discussione più recente di questi problemi, unitamente a un quadro storiografico, in L. BURGMANN, *Die nomoi stratiotikos, georgikos und nautikos*, in *Recueil des travaux de l'Institut d'études byzantines* 46 (2009) 53 ss.

<sup>167</sup> ASHBURNER, *Νόμος* cit. (nt. 166), CXCIV, rileva che è possibile che con questa espressione si indicasse non «an exact half of the freight, but merely a variable proportion».

<sup>168</sup> *Nóm. naut.* 3.32: ἐὰν πλοῖον ἐπὶ γόμον ὑπάγη ἐμποροῦ ναύλῳ ἢ κοινωνίᾳ καὶ τῶν κατὰ θάλασσαν συμβῆ, τὰ μὲν ἡμίναυλα μὴ ἀπαιτεῖν τὸν ἔμπορον, τὰ δὲ τοῦ πλοίου καὶ τῆς ἐνθήρης εἰς συμβολὴν ἐρχέσθωσαν. ἐὰν δὲ καὶ προοχρεῖαν δώσῃ ὁ ἔμπορος ἢ ὁ τὴν κοινωνίαν, καθὼς συνεγράψαντο κύρια ἔστω; «if a ship is on its way to be loaded, whether it is hired by a merchant or goes in partnership, and a sea disaster takes place, the merchant is not to ask back the half-freight, but let what remains of the ship and the cargo come to contribution. If the merchant or the partner has also given an advance, let their agreement made in writing prevail» (ASHBURNER, *Νόμος* cit. [nt. 166], 29 s. e 108). La traduzione di ASHBURNER, *op. cit.*, 108, non è già in sé molto chiara, verisimilmente perché questo capitolo sembrava all'a. alquanto «obscure» (*ibid.*, CCLXI), e non mi sembra condivisibile. In primo luogo, credo debba essere riconsiderata l'identificazione della fattispecie. Per l'a., la frase ἐὰν πλοῖον ἐπὶ γόμον ὑπάγη dovrebbe essere intesa in analogia con il testo contenuto in 3.27: ἐὰν πλοῖον ἀπέρχηται εἰς γόμον (*ibid.*, 27: «if a ship is on its way to receive a cargo»): il cap. 32 sarebbe infatti solo un'altra forma del cap. 27. Tuttavia, se in considerazione della sua collocazione sistematica il cap. 27 potrebbe effettivamente riferirsi alla perdita della nave prima delle operazioni di carico (di cui parrebbe si inizi a parlare nel cap. 28), il cap. 32 è collegato ai capp. 30-31, in quanto tratta di ciò che avviene rispetto al nolo in caso di disastro. L'espressione ἐπὶ γόμον potrebbe dunque avere un valore diverso da εἰς γόμον; e se si considera che essa ritorna in *P. Genova* III 114 = *SB XVI* 12979 (237 a.C.), in una ricevuta nella quale il ναύκληρος dichiara «di aver caricato in relazione a un carico» (ἐμβεβλήσθαι ἐπὶ γόμον), a me sembra che ἐπὶ possa essere intesa

### 5. Ulp. 32 ad ed. D. 19.2.19.7 e Lab. 5 post. a Iav. epit. D. 19.2.60.8

Ulpiano ci trasmette un altro testo rilevante per la nostra ricerca, ancora in tema di locazione marittima:

Ulp. 32 ad ed. D. 19.2.19.7. *si quis mulierem vehendam navi conduxisset, deinde in nave infans natus fuisset, probandum est pro infante nihil deberi, cum neque vectura eius magna sit neque his omnibus utatur, quae ad navigantium usum parantur.*

Se è stato preso in conduzione il trasporto di una donna su una nave e, dopo la partenza, sulla nave sia nato un bambino, deve ritenersi che per l'infante non sia dovuto nulla, poiché né il suo trasporto è cosa rilevante, né per lui vengono impiegate tutte quelle cose che sono predisposte per l'uso dei naviganti.

Tenendo conto della collocazione del paragrafo nel frammento ulpiano, e in particolare del contenuto del precedente § 6,<sup>169</sup> si è sostenuto che la fattispecie rientri nella materia dell'errore, che Ulpiano giudicherebbe irrilevante rispetto all'equilibrio del rapporto.<sup>170</sup> Tuttavia, se si leggono i §§ 2-6 del frammento – nonché D. 12.7.2, che nella sua palingenesi Otto Lenel ha inserito dopo il § 6<sup>171</sup> – ci si accorge del fatto che

---

come preposizione di scopo o di argomento, e che pertanto la frase possa essere tradotta 'se una nave sia condotta in relazione a un carico', oppure 'per (trasportare) un carico'. In secondo luogo, non mi pare che nella seconda parte del brano sia bene disgiungere *ἐὰν δὲ* da *καὶ*, come propone l'a. allorché traduce «if the merchant or the partner has also given an advance»: in considerazione di questa traduzione, secondo l'a. il termine *προχρεία* indicherebbe «an advance in respect of freight beyond the half-freight» (*ibid.*, 108); ma è maggiormente probabile che la locuzione *ἐὰν δὲ καὶ* debba essere intesa unitariamente e tradotta in senso avversativo, secondo il valore che ha spesso, ad esempio, nel greco neotestamentario (cfr. *Matth.* 18.17; *1 Cor.* 7.28). In tal modo, la *προχρεία* diviene non una somma aggiuntiva rispetto al nolo, ma una somma data in anticipo 'come se fosse un mutuo', rispetto alla quale il contratto fissa un regime convenzionale che si ritiene debba prevalere (per questa interpretazione dell'espressione *κύρια ἔστω* cfr. il confronto con *Nóm. naut.* 2.18-19) sul diverso regime previsto per l'ἡμίναλον dal *Nómos nautikós* («ma quand'anche il mercante o il socio abbiano dato una *προχρεία*, che prevalga come hanno stipulato per iscritto»); e poiché si dice che quest'ultimo deve essere trattenuto dal *ναύκληρος*, evidentemente la *προχρεία* deve essere restituita. Questa interpretazione permette – mi sembra – di riconoscere con l'a. un riferimento del passo del *Nómos Rhodiōn nautikós* a D. 19.2.15.6, senza dover pensare a una differente soluzione del diritto bizantino. L'autore formula al riguardo due ipotesi, che appaiono anche a lui entrambe insoddisfacenti (*ibid.*, CXCVI s.): la prima è che D. 19.2.15.6 faccia riferimento non al nolo normalmente anticipato, ma a una somma aggiuntiva che secondo il contratto avrebbe dovuto essere pagata solo all'arrivo – in altre parole, che il nolo anticipato non possa in realtà essere riottenuto; la seconda è che nel passo del Digesto la perdita dei beni sia imputabile a colpa del *nauta*, e che invece nel *Nómos nautikós* si presuma l'assenza di colpa.

<sup>169</sup> In Ulp. 32 ad ed. D. 19.2.19.6 (sulla cui fattispecie cfr. *infra*, nt. 172), Ulpiano afferma che si deve agire *ex conducto* e non mediante *condictio*, perché non c'è stato un errore da parte del conduttore, ma questi ha voluto anticipare la somma che doveva per la conduzione.

<sup>170</sup> MAYER-MALY, *Locatio conductio* cit. (nt. 132), 184 s.

<sup>171</sup> O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis* II, Lipsiae 1889, 641 s.

in tutti si tratta delle conseguenze che l'aumento dell'onerosità di una prestazione ha sul rapporto.<sup>172</sup> Con ogni probabilità, dunque, anche il problema affrontato da Ulpiano nel § 7 è relativo agli effetti di un evento sopravvenuto che renda più onerosa la prestazione di una parte: una fattispecie per certi versi opposta a quelle sin qui studiate – nelle quali si discute se l'evento sopravvenuto impedisca l'esecuzione di una prestazione e abbia pertanto effetti sull'altra – ma evidentemente dipendente dalla medesima logica; non a caso, la dottrina intermedia ha spesso fatto seguire questo passo alla trattazione di D. 14.2.10.<sup>173</sup>

Il caso è una *locatio mercium vehendarum*. Non ci viene detto se si tratti di un 'contratto di noleggio' o 'di trasporto', ma è maggiormente probabile la seconda ipotesi: se la *merces* fosse stata calcolata sui passeggeri caricati, verisimilmente non si sarebbe posto il problema della nascita del bambino, perché l'aumento dei passeggeri durante il viaggio non avrebbe potuto determinare un aumento della *merces*, ricadendo un tale rischio sul *nauta* così come ricade sul *dominus mercium* quello della diminuzione. Tuttavia, anche se in un 'contratto di trasporto' la *merces* è calcolata sui passeggeri giunti a destinazione, Ulpiano ritiene che per il bambino nato a bordo non debba pagarsi, perché la maggiore onerosità è per il *nauta* talmente contenuta da non rilevare ai fini del pagamento del corrispettivo.

Sembra di leggere, dal differente punto di vista della maggiore onerosità, quanto scriveva Servio Sulpicio Rufo rispetto alla diminuzione di *uti frui* nella locazione di fondi, allorché contrapponeva il *damnum* esiguo, che deve essere sopportato dal *colonus*, a quello grave, che invece ricade sul *dominus fundi* perché impedisce la sua prestazione di *uti frui*.<sup>174</sup>

<sup>172</sup> Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.2.19.2-6: [2] il locatore deve consegnare gli *instrumenta fundi*, e se non li ha deve provvedere a proprie spese; [3] se il locatore di un fondo che aveva inizialmente accettato di acquistare del frumento dal conduttore in compensazione con il canone successivamente cambiò idea, il conduttore è tenuto a pagare l'intera *merces* ma il giudice deve tenere conto dell'utilità che egli aveva nel pagare il canone con il frumento invece che con il denaro; [4] se l'inquilino ha fatto migliorie nell'edificio locato, può portarle via ma deve dare garanzie che non renderà peggiore l'abitazione; [5] se dopo la conclusione del contratto il locatore abbia ristretto l'ingresso della casa, impedendo al conduttore di portare fuori mobili di grandi dimensioni, dovrà ripristinare il passaggio; [6] se il conduttore di una *insula* ha anticipato la *pensio* di tutto l'anno e l'abitazione è andata distrutta per un incendio, potrà chiedere la restituzione del canone per la parte dell'anno in cui non ha goduto del bene; D. 12.7.2: se un *fullo* ha pagato al *dominus* il valore delle vesti che aveva ricevuto per lavarle e che ha perduto, può agire *ex conducto* – e forse anche con la *condictio* – per riottenere il denaro.

<sup>173</sup> DE HEVIA BOLANOS, *Curia Philippica* cit. (nt. 64), 479 (lib. III, cap. 5, sect. 21); ROCCI *De navibus et nauulo* cit. (nt. 64), 78 (not. 79); MOLLOY, *De jure maritimo et navali* cit. (nt. 83), 256 (book II, ch. 4, n. 8); MALYNES, *Consuetudo* cit. (nt. 82), 100 s.; ABBOTT, *A Treatise* cit. (nt. 64), 226.

<sup>174</sup> Cfr. quanto scrivevo in FIORI, *La definizione* cit. (nt. 1), 97 s.

Nella medesima linea si muove un parere di Labeone relativo, questa volta, al trasporto terrestre:

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.*

Il *dominus mercium* ha preso in conduzione un veicolo, guidato da un *mulio*, per portare un proprio carico e lo stesso proprietario delle merci. Durante il viaggio diviene necessario attraversare un ponte, e il *redemptor*<sup>175</sup> di questo esige dal *mulio* un pedaggio. Si chiede al giurista se si debba pagare il pedaggio anche per il solo veicolo, e Labeone risponde che a suo parere il *mulio* dovrà pagare se, nel momento in cui ha concluso il contratto, sapeva di dover attraversare il ponte.

Il modello negoziale è il 'contratto di noleggio a viaggio'. Lo dimostra il fatto che il *dominus mercium* non provvede egli stesso al trasporto, ma loca la carrozza con il guidatore in relazione a uno specifico trasporto e viaggia anch'egli con il carro.<sup>176</sup> Verisimilmente, al passaggio del ponte, il *dominus mercium* paga il *portorium* per le merci, ma si rifiuta di pagarlo per il carro,<sup>177</sup> sostenendo che questa parte di dazio deve essere corrisposta dal *mulio*.<sup>178</sup> Sottintesa alla *quaestio* è dunque una logica proprietaria: ciascuno paga per i propri beni.<sup>179</sup>

<sup>175</sup> 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 ilicitas 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; A. APARICIO PÉREZ, *Taxation in times of the Principate*, in *Gerión* 27 (2009) 209.

<sup>176</sup> Così se si conserva il testo della *littera Florentina: secum iter faceret*; MOMMSEN, *Digesta Iustiniani Augusti* cit. (nt. 134) I, 573, probabilmente ritenendo anomalo che il *dominus mercium* viaggiasse con il trasporto, posto che vi era il *mulio*, propone di correggere con *seorsum*.

<sup>177</sup> Sul fatto che i pedaggi si pagassero anche per i veicoli cfr. R. CAGNAT, s.v. *Portorium, portus*, in *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines* IV/1, Paris 1877-1919, 593. Il passo di [Quint.] *decl. min.* 359: *praeter instrumenta itineris omnes res quadragensimam publicano debeant*, è letto da DE LAET, *Portorium* cit. (nt. 175), 425 ss. e da C. VAN TILBURG, *Traffic and congestion in the Roman empire*, London - New York 2007, 88 e 201 nt. 702, nel senso che il *portorium* si paga solo per le merci, ma *praeter* può essere inteso anche nel senso di 'oltre a' (DE LAET, *op. cit.*, 428 nt. 3 nota che la testimonianza di Labeone trova riscontro in alcune iscrizioni africane e galliche: *CIL* VIII, 10327-10328; XII, 1082). L'esenzione per gli *instrumenta* sarà stabilita per i *provinciales* nel 321 d.C. da Costantino (C. 4.61.5).

<sup>178</sup> Non mi sembra sostenibile l'idea di ALZON, *Problèmes relatifs à la location des entrepôts* cit. (nt. 2), 231 nt. 1074 e 243, e ROBAYE, *L'obligation de garde* cit. (nt. 4), 171, secondo cui il *conductor operis* deve sopportare tutte le spese relative alla realizzazione dell'*opus*: se così fosse, egli avrebbe dovuto pagare anche il pedaggio per il carico, oppure si dovrebbe ipotizzare che il pedaggio si pagasse solo per il carro (ma cfr. nt. 177).

<sup>179</sup> Che domina l'interpretazione che del passo danno i Basilici e i relativi scolii, nonché la dottrina intermedia: Bas.

Labeone però rifiuta questo modo di porre l'interrogativo. Egli si concentra sul problema della *scientia* del *mulio* circa la necessità del transito sul ponte soggetto a pedaggio. Evidentemente, data l'adozione del modello del 'contratto di noleggio a viaggio' e della presenza del *dominus mercium* sul carro, il giurista si chiede se le parti avessero predeterminato il tragitto oppure se il *dominus mercium* desse indicazioni al *mulio* strada facendo. Nel primo caso la spesa è per il *mulio* prevedibile, anche perché egli sa, da professionista, che l'imposta si paga non solo per le merci ma anche per l'*instrumentum itineris*, cosicché poteva includere il costo nella valutazione economica effettuata al momento della conclusione del contratto – ossia nell'equilibrio tra prestazione e controprestazione. Nel secondo caso, invece, la *merces* è stata calcolata dal *mulio* senza tener conto delle spese aggiuntive, e l'evento imprevisto costituito dal passaggio del ponte ricade sul soggetto che ha la gestione del percorso, cioè il *dominus mercium*.

Anche in questa fattispecie torna alla mente il pensiero di Servio che, trattando delle regole della *remissio mercedis* nella locazione dei fondi, contrapponeva gli effetti negativi degli eventi consueti e dunque prevedibili, che devono essere sopportati dal soggetto che ha la gestione dei beni, delle attività o dell'incarico (*conductor*), agli eventi inconsueti e dunque imprevedibili, che invece devono essere sopportati dal soggetto che 'affida' all'altro i beni, le attività o l'incarico (*locator*).<sup>180</sup>

## 6. La logica dei prudentes

### 6.1. Modelli negoziali e regole di allocazione del rischio

L'esame sin qui condotto ha mostrato che la prassi economica ha dato vita a una pluralità di schemi negoziali relativi al trasporto. Poiché tutti sono costruiti sullo scambio tra un pagamento e un'utilità, questa stessa prassi – prima ancora che i giuristi – li ha ricondotti all'ampio *nomen* della *locatio conductio*.<sup>181</sup>

La presenza, in questo 'tipo', di due posizioni contrattuali, denominate *locare* e *conducere*, non sembrerebbe sufficiente a descrivere in modo chiaro le obbligazioni delle parti, né a fondare un regime univoco di allocazione del rischio – come accade ad esempio nell'*emptio venditio*. La stessa terminologia utilizzata dalle fonti – *conductio navis*, *locatio mercium vehendarum* – non è sufficiente a individuare con certezza lo

20.1.60.8 (Scheltema, A III, 997) sch. 15 *ad loc.* (Scheltema, B III, 1208); gl. *rheda* ad D. 19.2.60.8; BARTOLI A SAXOFERRATO *In secundam Digesti veteris partem*, ed. Venetiis 1615, 127<sup>r</sup> (ad D. 19.2.60.8); J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel* I, Paris 1777, 102 s. (liv. I tit. 4 sect. 8 § 11).

<sup>180</sup> Su questo valore della distinzione di Servio cfr. FIORI, *La definizione* cit. (nt. 1), 96 s.

<sup>181</sup> Sul fatto che la terminologia del *locare conducere* sia economica prima ancora che giuridica cfr. FIORI, *La definizione* cit. (nt. 1), 13 ss. e 302.

schema adottato dalle parti, perché il reale contenuto del rapporto emerge solo dalla ricostruzione dell'*id quod actum est*, operato dai giuristi attraverso l'esame delle clausole contrattuali.

A quel che sembra, i *prudentes* avevano ricondotto i diversi assetti di interessi a quattro modelli essenziali.

Il primo modello è denominato nelle fonti *locatio conductio navis* e coincide con la semplice concessione dell'uso del bene 'nave' da parte del suo proprietario. Poiché si loca solo il bene, e non l'organizzazione imprenditoriale necessaria per il suo impiego, questo schema – che non è mai attestato rispetto ai rapporti tra *dominus mercium* e *nauta* – era verisimilmente impiegato nei rapporti tra *dominus navis* ed *exercitor*.<sup>182</sup> È il modello che corrisponde alla moderna 'locazione della nave' o *bareboat charter*.

Anche il secondo modello negoziale è denominato *locatio conductio navis*, ma viene normalmente<sup>183</sup> utilizzato nei rapporti tra *exercitor* e *dominus mercium*. Il primo concede al secondo l'uso della nave e del suo equipaggio per un dato periodo di tempo: è il modello che nel diritto moderno prende il nome di 'contratto di noleggio a tempo' o *time charter*.

Il terzo modello negoziale è a volte denominato *conductio navis*, ma con riferimento a uno specifico trasporto, e altre volte *locatio mercium vehendarum*. La prima denominazione pone l'accento sull'obbligazione dell'*exercitor* di concedere al *dominus mercium* l'uso della nave e del suo equipaggio; la precisazione dello scopo della *conductio* e la denominazione di *locatio mercium vehendarum* sottolineano invece il fatto che la concessione della nave non è riferita a un periodo di tempo, ma a uno o più specifici viaggi. Ne deriva che l'attività del comandante e dell'equipaggio non consiste in una semplice messa a disposizione di un certo numero di giornate lavorative (*operae*), ma in una prestazione di attività coordinata e concepita unitariamente (*opus*). Questa *locatio operis* non implica però un'obbligazione di risultato: come abbiamo visto, l'idea che si tratti di una corrispondenza necessaria è nata con la dottrina pandettistica e si è alimentata alla dottrina francese delle *obligations de résultat*,<sup>184</sup> ma non appartiene al pensiero dei *prudentes*, che distinguono invece tra la *locatio operis faciendi* in cui il conduttore agisce in piena autonomia e assume su di sé l'obbligazione di pervenire al risultato voluto dal locatore, da quella in cui il conduttore si impegna a compiere un'insieme di attività finalizzate a uno scopo sotto la direzione del committente (*arbitratu*

<sup>182</sup> L'unico testo in cui vi si accenna è probabilmente Ulp. 28 *ad ed.* D. 14.1.1.15 (cfr. *supra*, nt. 98).

<sup>183</sup> Naturalmente lo schema poteva essere usato anche nei rapporti tra *dominus navis* ed *exercitor*, il quale a sua volta impiegava la nave e l'equipaggio utilizzando con i *domini mercium* questo o altri modelli negoziali.

<sup>184</sup> Cfr. *supra*, § 9.

*domini*), senza perciò assumere su di sé l'obbligo del risultato.<sup>185</sup> Il modello si avvicina al moderno 'contratto di noleggio a viaggio'.<sup>186</sup>

Il quarto modello negoziale è denominato solo *locatio mercium vehendarum*. In esso il *nauta* assume una obbligazione di risultato, ma in compenso agisce in completa autonomia circa il trasporto e non è tenuto a garantire al *dominus mercium* l'utilizzazione di una specifica nave. È il modello che oggi viene denominato 'contratto di trasporto'.

Questi quattro modelli disegnano una linea decrescente nel potere di gestione della nave da parte del soggetto interessato al trasporto, cosicché la scelta di uno di essi si lega alla struttura imprenditoriale delle parti, alla natura del singolo trasporto e al conseguente interesse del soggetto ad avere un maggiore o minore controllo della navigazione. Il primo modello attribuisce al *conductor* una libertà di gestione assoluta, ma egli deve occuparsi anche della scelta dell'equipaggio ed è tenuto a pagare la *merces* a prescindere dall'effettivo uso della nave. Nel secondo modello vi è una minore libertà di gestione, perché le scelte tecniche di navigazione – che attengono anche alle rotte, alla stagione, alle condizioni meteorologiche – sono compiute dall'*exercitor* o dai suoi subordinati, ma il *dominus mercium* ha la gestione commerciale della nave, decidendo in piena libertà del suo impiego per il tempo convenuto. Nel terzo modello la libertà di gestione del *conductor* è ancora minore, perché la nave e l'equipaggio vengono concessi solo per viaggi determinati. Infine, nel quarto modello la gestione della nave e dell'equipaggio da parte del *dominus mercium* è del tutto assente, perché egli affida le merci al *nauta* che si impegna a riconsegnargliele a destinazione dopo averle trasportate non importa in che modo. La scelta tra il terzo e il quarto modello si legava verisimilmente alla natura delle merci e al relativo interesse del mercante ad avere a destinazione quelle stesse mercanzie che sono state caricate sulla nave, oppure merci che appartengono all'*idem genus*.

<sup>185</sup> È un assetto di interessi che emerge con chiarezza già dai formulari catoniani (cfr. FIORI, *La definizione* cit. [nt. 1], 43 s.), ma che risulta soprattutto da un passo di Giavoleno in cui si sostiene che nella *locatio* di un *opus faciendum* occorre distinguere l'ipotesi in cui il compimento dell'*opus* sia a carico del conduttore (*universitas consummationis ad conductorem pertinuit*) oppure sia rimesso all'*arbitrium domini*, nel qual caso il conduttore non deve *praestare* nulla al *dominus* circa la bontà dell'*opus* (Iav. 11 *epist.* D. 19.2.51.1, su cui FIORI, *op. cit.*, 249 ss.). Dall'interpretazione di questo testo di Giavoleno si è sviluppato il moderno contratto di regia, ossia una forma di *locatio* cd. *operis* nella quale, a differenza di quanto avviene nell'appalto, il committente dirige i lavori e l'artefice non è responsabile per il risultato (*ibid.*, 43 s. e 249 ss.).

<sup>186</sup> TULLIO, *Contratto di noleggio* cit. (nt. 79), 322 ss. e 324 ss., ipotizza che il moderno contratto di noleggio sia derivato dalla *locatio navis* romana trasformatasi in una *locatio operis*. La sua interpretazione discende dal fatto che egli segue la teoria di AMIRANTE, *Ricerche in tema di locazione* cit. (nt. 128), 9 ss., secondo cui in una *locatio conductio* le prestazioni principali sono quelle di dare e restituire la cosa, mentre le prestazioni di pagare la *merces* e attribuire il godimento sarebbero accessorie (per una critica FIORI, *La definizione* cit. [nt. 1], 10 e 291 ss.): lo studioso ritiene pertanto che nel diritto moderno si sia prodotta un'inversione dei ruoli, divenendo accessoria la prestazione principale e viceversa (cfr. ad es. TULLIO, *op. cit.*, 211, 233 s., 247).

Le regole di allocazione del rischio non sono uniformi, ma variano in accordo con i modelli negoziali.

Per quanto riguarda i primi due modelli, esse non dovevano differire da quelle elaborate già dalla giurisprudenza repubblicana, e in particolare da Servio, in tema di locazione dei fondi, che furono poi estese dalla giurisprudenza successiva a tutte le altre locazioni di *res* e di *operae*.<sup>187</sup> Il *locator* sopportava i rischi che impedivano la sua prestazione, mentre gli eventi che non la modificavano in modo significativo ricadevano sul *conductor*. Anche se nelle fonti non abbiamo esempi in questo senso, è dunque del tutto verisimile che già in età romana una prestazione parziale – dell'*uti frui* della nave e/o delle *operae* dell'equipaggio – avrebbe determinato una riduzione proporzionale della mercede, così come riteneva la dottrina intermedia, la quale ricavava i principi dai testi romani relativi ad altre forme di locazione, e come avviene nel diritto moderno. Correlativamente, è probabile che un aumento dell'onerosità della prestazione di una parte comportasse, come è attestato nelle altre forme di locazione a partire dal principato, un proporzionale aumento della prestazione della controparte.

Il criterio interpretativo adottato dai *prudentes* per distinguere tra loro gli ultimi due modelli determina una semplificazione e un irrigidimento delle regole di allocazione del rischio. Anche se la *vectura* è corrisposta per retribuire un godimento – *opus* di trasporto ed eventualmente, nel terzo modello, *uti frui* della nave – essa si ritiene dovuta in relazione a due eventi: il carico o lo scarico delle merci. L'effetto è che i giuristi non verificano, come nei primi due modelli, se la prestazione sia stata effettuata, ma solo se le merci siano state caricate o scaricate, e determinano la *vectura* in proporzione a questo evento. Perciò: nel terzo modello, la *vectura* si ritiene dovuta purché vi siano state le operazioni di carico, e anche se non vi è stato alcun trasporto;<sup>188</sup> e nel quarto modello si ritiene dovuta solo se il *nauta* è in grado di effettuarne la consegna – e ciò anche se siano venute meno per un fatto a lui non imputabile.<sup>189</sup>

Che però anche nel terzo e nel quarto modello negoziale la logica di allocazione del rischio non differisca da quelle dei primi due – e che sia solo oscurata dal concorrere di questo modo di determinare la *vectura* – è mostrato dai casi in cui si verifica un aumento non prevedibile della prestazione: in questo caso la *merces* deve essere adattata alle circostanze sia nel terzo che nel quarto modello,<sup>190</sup> esattamente come sappiamo avveniva nella *locatio cd. rei*.

<sup>187</sup> Mi limito a rinviare a FIORI, *Bona fides (Parte seconda)* cit. (nt. 128), 148 ss.

<sup>188</sup> Cfr. D. 19.2.61.1, su cui *supra*, § 3.

<sup>189</sup> Cfr. D. 14.2.10 pr., su cui *supra*, § 2.

<sup>190</sup> Cfr., rispettivamente, D. 19.2.60.8 e D. 19.2.19.7 (su cui *supra*, § 5): il secondo passo fa comprendere che anche

## 6.2. Le peculiarità del pensiero dei *prudentes* rispetto al diritto moderno e alle teorie di *law and economics*

Questo quadro ci permette di cogliere alcune caratteristiche del regime del contratto che chiariscono ulteriormente la logica dei *prudentes*.

Come abbiamo visto, i giuristi romani non distinguono tra casi in cui il rapporto tra le prestazioni è alterato in modo imprevisto dalla diminuzione dell'una o dall'aumento dell'altra. Il dato è importante per evidenziare una differenza fondamentale tra il pensiero dei *prudentes* e quello dei giuristi moderni, che ha spesso condizionato l'interpretazione dei testi romani.

Negli ordinamenti moderni di *civil* e di *common law* è possibile ravvisare uno iato tra il regime specifico della gestione degli eventi sopravvenuti nei contratti relativi al trasporto e le regole generali.<sup>191</sup> Il regime specifico è sostanzialmente identico a quello testimoniato dalle fonti romane,<sup>192</sup> essendone evidentemente derivato sia per la tradizione colta giurisprudenziale, sia per la conservazione delle prassi secolari della navigazione. La 'teoria generale' delle sopravvenienze è invece fortemente condizionata dalla conce-

---

nel quarto modello la *vectura* dovesse aumentare quando degli eventi imprevedibili avessero reso la controprestazione significativamente più onerosa.

<sup>191</sup> Sull'esistenza di questi due livelli nel diritto civile italiano rispetto ai contratti di durata avevo discusso in R. FIORI, *Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica (Parte prima)*, in R. CARDILLI et al., *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato II*, Napoli 2006, 193 ss.

<sup>192</sup> Nel diritto inglese – sulle cui regole, come abbiamo detto, è stato costruito il regime del trasporto internazionale – gli eventi impreveduti incidono sui modelli negoziali in modo differenziato: nel *bareboat* e nel *time charter*, la *frustration* determina la risoluzione del contratto senza travolgere gli effetti già prodotti e resta dovuto *pro rata temporis* il pagamento del corrispettivo; nel *voyage charter* in cui il *freight* è guadagnato alla partenza, la *frustration* rende irripetibile il pagamento, mentre in quello in cui il *freight* è guadagnato all'arrivo esso non è più dovuto: cfr. *supra*, § 2.4. Nel diritto italiano avviene lo stesso: nella locazione della nave, valgono le regole generali in materia di locazione di cose, per cui il pagamento è dovuto se il locatore consente al conduttore il godimento della nave; nel noleggio a tempo il nolo è dovuto solo per il periodo di uso della nave (artt. 391-392 cod. nav.); nel noleggio a viaggio, nel silenzio del codice, il nolo deve ritenersi dovuto anche se le merci non arrivano a destinazione (TULLIO, *Contratto di noleggio* cit. [nt. 79], 82); nel contratto di trasporto di cose, il nolo è dovuto solo se le merci arrivano a destinazione: art. 436 cod. nav. La possibilità di un pagamento parziale prevista dall'art. 429 co. 2 non sfugge alla medesima regola: esso è subordinato al raggiungimento di un risultato almeno parzialmente utile per il caricatore e alla circostanza che le merci vengano comunque inoltrate a destinazione (per l'interpretazione del rapporto tra queste due norme cfr. per tutti TULLIO, *op. cit.*, 84 s.). Regole parzialmente differenti prevede il Codice della navigazione per il contratto di trasporto di persone. Prima della partenza, se si verifica un impedimento non imputabile al passeggero, il contratto è risolto ed è dovuto un quarto del nolo se si avverte il vettore, o altrimenti l'intero nolo (art. 400); se invece l'impedimento riguarda la nave, il contratto è risolto ed il vettore deve restituire il prezzo versatogli (art. 402); lo stesso accade in caso di grave ritardo (art. 404). Se vi è interruzione del viaggio per cause di forza maggiore, il prezzo è dovuto in proporzione al tratto utilmente percorso, a meno che il vettore non garantisca la prosecuzione del viaggio su nave analoga (art. 405), e lo stesso accade quando l'interruzione dipenda dal passeggero, per fatto a lui non imputabile (art. 406).

zione volontaristica del contratto gradualmente emersa nella tradizione occidentale e cristallizzatasi nell'Ottocento sotto l'influsso del positivismo giuridico. L'affermazione di una concezione del contratto come promessa vincolante ha portato a escludere la possibilità di un suo adattamento e ad ammetterne lo scioglimento solo in presenza di una situazione di oggettiva impossibilità, oppure immaginando il ricorrere di una clausola *rebus sic stantibus* – elaborata dalla canonistica ma entrata nel diritto civile per l'influenza della Seconda scolastica e alla base dei rimedi della risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta, del *Wegfall der Geschäftsgrundlage*, della *frustration of the purpose*.<sup>193</sup>

Al contrario, le fonti romane mostrano di privilegiare una visione del contratto come vincolo nella quale l'esigenza fondamentale non è la conservazione della promessa, ossia delle condizioni iniziali del contratto sulle quali si è formato l'accordo, bensì il mantenimento dell'equilibrio tra le prestazioni volute dalle parti:<sup>194</sup> nei contratti di durata a prestazioni corrispettive – tutti rientranti nella *locatio conductio* – le diminuzioni o gli aumenti di valore di una prestazione causati da eventi imprevedibili seguono pertanto sempre la medesima logica e hanno l'effetto di non sciogliere necessariamente il rapporto, ma di adattarlo alle nuove necessità.

La *ratio* dell'allocazione del rischio è pertanto legata alla natura della prestazione.<sup>195</sup>

<sup>193</sup> Sul rapporto tra la clausola *rebus sic stantibus* e la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta cfr. per tutti G.B. FERRI, *Dalla clausola rebus sic stantibus alla risoluzione per eccessiva onerosità*, in *Quadrimestre* (1988) 54 ss. = *Le anamorfose del diritto civile attuale. Saggi*, Padova 1994, 493 ss.; sul rapporto con la dottrina della *Geschäftsgrundlage* cfr. per tutti C. SCOGNAMIGLIO, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Padova 1992, 94 ss. La dottrina della *frustration of the purpose*, come in generale quella della *frustration of the contract*, si è riferita direttamente alla categoria della impossibilità (cfr. *Krell v Henry* [1903] 2 KB 740, a p. 748: «the principle of the Roman law has been introduced into the English law»), ma il vero referente concettuale è la clausola *rebus sic stantibus*: cfr. per tutti l'analisi comparativa di S. SCHMIEDLIN, *Frustration of contract and clausula rebus sic stantibus. Eine rechtsvergleichende Analyse*, Basel - Frankfurt am Main 1985. Sull'intera questione nella storia del diritto europeo e in relazione ai progetti di armonizzazione del diritto cfr. R. CARDILLI, *Sopravvenienza e pericoli contrattuali*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali*, Napoli 2003, 1 ss.; P. PICHONNAZ, *From clausula rebus sic stantibus to hardship: aspects of the evolution of the judge's role*, in *Fundamina* 17 (2011) 125 ss.

<sup>194</sup> È questa una visione del contratto che ho cercato di dimostrare, sulla scia di una tradizione di studi, in diversi contributi. Basti qui rinviare, per il rapporto tra consenso e obbligazione, a R. FIORI, *The Roman conception of contract*, in T.A.J. MCGINN (a c. di), *Obligations in Roman law. Past, present, and future*, Ann Arbor 2012, 40 ss., con riferimenti; e, per il valore della *bona fides* come parametro di conservazione dell'equilibrio contrattuale, a ID., *Bona fides (Parte seconda)* cit. (nt. 128), 97 ss.

<sup>195</sup> La stretta relazione tra distribuzione del rischio e prestazione è stata sottolineata da C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, in *Iura* 43 (1992) 70 s., e soprattutto da CARDILLI, *L'obbligazione di prestare* cit. (nt. 11), 233 ss. Non a caso nel processo romano l'attore non chiede in modo differenziato l'adempimento, la risoluzione, l'adattamento negoziale o il risarcimento del danno, ma sempre e solo la condanna del convenuto al *quidquid dare facere oportet (ex fide bona)*; chiede cioè, ogni volta, tutto ciò che a qualunque titolo sia dovuto nel rapporto (mi sia permesso di rinviare a FIORI, *Bona fides [Parte seconda]* cit. [nt. 128], 150 s.).

Se l'evento imprevedibile diminuisce significativamente il valore della prestazione del debitore, il 'rischio' è sopportato da quest'ultimo, il quale è liberato almeno in parte dal suo dovere, ma perde il valore corrispondente della controprestazione – mentre se l'evento è prevedibile o non rilevante, il 'rischio' è sopportato dal creditore, che è tenuto a eseguire la propria prestazione anche se la controprestazione è diminuita di valore. Se invece l'evento imprevedibile aumenta significativamente il valore della prestazione del debitore, il 'rischio' è sopportato dal creditore, che deve eseguire una prestazione maggiore, proporzionale all'aumento della controprestazione – mentre se l'evento è prevedibile o non rilevante, il 'rischio' è sopportato dal debitore, che è tenuto a eseguire la propria prestazione anche se maggiormente onerosa.

La conseguenza di questo regime è che il 'rischio' non è *a priori* a carico del locatore o del conduttore, né viene allocato in relazione alla proprietà dei beni o in relazione alla 'sfera di controllo' dell'una o dell'altra parte: esso grava sull'una o sull'altra parte a seconda che vi sia stata o meno la prestazione per la quale è dovuta la controprestazione.

Questo dato permette peraltro di cogliere un'altra peculiarità del pensiero dei *prudentes* in opposizione alle dottrine moderne.

Rispetto ai contratti di durata (cd. *long-term contracts*), il diritto nord-americano ha talora ammesso, sul piano dei rimedi, accanto alla risoluzione anche l'adeguamento negoziale,<sup>196</sup> e su questa tendenza si è inserita la dottrina di *law and economics* per sostenere che il giudice sarebbe il soggetto più adatto a decidere quale delle parti debba sopportare il rischio dell'evento sopravvenuto. Il punto di partenza di simili costruzioni è la constatazione che normalmente i contratti non contengono la previsione di

---

<sup>196</sup> Il primo espediente in tal senso – affermatosi già nel XIX secolo – è stato quello di rifiutare la concessione del rimedio dell'adempimento in forma specifica ai creditori che si fossero rifiutati di modificare il contratto. Peraltro, questa impostazione è stata avallata dal § 2-716 dell'*Uniform Commercial Code*, allorché ha attribuito al giudice il potere di subordinare il decreto di adempimento in forma specifica alle condizioni che voglia; si è escluso, comunque, che il rifiuto di rinegoziare costituisca una violazione della buona fede. In seguito si è affermato il principio che il giudice possa intervenire nel contratto: avvalendosi di una notazione del commento ufficiale al § 2-615 *UCC* nel quale si raccomandava l'uso di principi equitativi ispirati agli standard commerciali e alla buona fede (cfr. *Comment* 6 § 2-615 *UCC*: «equitable principles in furtherance of commercial standards and good faith»), la giurisprudenza ha ritenuto di poter intervenire a tutela dell'equilibrio iniziale tra le prestazioni: *Aluminium Company of America v Essex Group Inc. (Alcoa)* (1980) 499 *F. Supp.* 53. Il *leading case* è rimasto però in giurisprudenza abbastanza isolato, giustificandosi per il suo abnorme impatto economico; in dottrina ha provocato un dibattito – che si è inserito in quello, più ampio, circa il ruolo delle corti nella determinazione della ripartizione dei rischi contrattuali – nel quale la maggioranza degli autori si sono dichiarati favorevoli, ma altri hanno negato l'ammissibilità, nell'ordinamento americano, di un simile potere per il giudice. A questi temi è stata dedicata attenzione in diversi contributi della civilistica italiana: mi limito a rinviare a P. GALLO, *Sopravvenienza contrattuale e problemi di gestione del contratto*, Milano 1992, 60 s., 179, 367 ss., 375 ss.; F. MACARIO, *Adeguamento e rinegoziazione nei contratti a lungo termine*, Napoli 1996, 251 ss.; F.P. TRAISCI, *Sopravvenienze contrattuali e rinegoziazione nei sistemi di civil e di common law*, Napoli 2003, 268 ss.

tutte le possibili evenienze del rapporto, ma sono 'incompleti'. L'analisi economica del diritto propone di colmare tali lacune identificando innanzitutto le cause dell'incompletezza – ad esempio la comparazione tra i costi di una ricerca di previsione e di trattative finalizzate alla previsione delle contingenze, e i costi giudiziali di appianamento delle controversie, che potrebbero essere maggiormente convenienti dei primi – e poi individuando la soluzione più efficiente sul piano del rapporto tra costi e benefici. Quest'ultima è per lo più ricercata nella ricostruzione di ciò che le parti avrebbero voluto in condizioni di piena informazione e assenza di costi di contrattazione, sul presupposto che i contraenti avrebbero scelto la soluzione economicamente più vantaggiosa: così, ad esempio, si ritiene che se il soggetto che meglio riesce a prevenire i pregiudizi derivanti dall'evento imprevisto (*superior risk bearer*) è il creditore, allora il debitore deve essere liberato; se invece è il debitore, non deve essere liberato.<sup>197</sup> Nei contratti di trasporto, si è ritenuto che il *superior risk bearer* sia il proprietario della nave: sia perché egli sarebbe in una condizione migliore nel valutare l'entità delle perdite e la probabilità dell'evento imprevisto; sia perché, qualora abbia una flotta, può distribuire su differenti rotte il rischio del ritardo senza ricorrere ad assicurazioni costose; sia infine perché può assicurare più viaggi in una singola transazione, ottimizzando le spese.<sup>198</sup>

È abbastanza evidente che, nonostante l'attenzione ai dati economici, neanche queste teorie si discostano dalla visione volontaristica che caratterizza le soluzioni moderne al problema della gestione delle sopravvenienze: ciò è mostrato chiaramente dal tentativo di ricostruire *ex ante* la volontà delle parti e dalla difficoltà di proporre soluzioni nei casi in cui non sia semplice – o sia addirittura impossibile – individuare un contraente dotato di un maggiore grado di informazione rispetto all'altro. Queste teorie però inseriscono anche un elemento di novità nella discussione allorché propongono di ricostruire la volontà delle parti, e conseguentemente di distribuire il danno derivante dal rischio contrattuale, guardando a criteri economici 'extra-contrattuali' in quanto riferiti alla condizione 'assoluta' di ciascun contraente nel (macro-)sistema eco-

<sup>197</sup> È questa l'impostazione di R. POSNER - A. ROSENFELD, *Impossibility and related doctrines in contract law: an economic analysis*, in *The Journal of Legal Studies* 6 (1977) 83 ss., spec. 90 ss.: «an easy case for discharge would be one where (1) the promisor asking to be discharged could not reasonably have prevented the event rendering his performance uneconomical, and (2) the promisee could have insured against the occurrence of the event at lower cost than the promisor because the promisee (a) was in a better position to estimate both (i) the probability of the event's occurrence and (ii) the magnitude of the loss if it did occur, and (b) could have self-insured, whereas the promisor would have had to buy more costly market insurance» (*ibid.*, 92). Questa impostazione si ritrova in molti altri studi: cfr. ad es. C.J. BRUCE, *An economic analysis of the impossibility doctrine*, in *The Journal of Legal Studies* 11 (1982) 311 ss.; M.J. WHITE, *Contractual breach and contract discharge due to impossibility: a unified theory*, in *The Journal of Legal Studies* 17 (1988) 353 ss.

<sup>198</sup> POSNER-ROSENFELD, *Impossibility* cit. (nt. 197), 104.

nomico, anziché a criteri economici 'endo-contrattuali' riferiti alla condizione 'relativa' di un contraente in relazione all'altro, all'interno del (micro-)sistema contrattuale. Se infatti si sostiene che il *superior risk bearer* debba essere individuato nel soggetto che meglio poteva premunirsi mediante assicurazioni, o che riceve un danno minore dall'evento, si accetta di risolvere il problema dell'allocazione del rischio tenendo conto della posizione del soggetto nella società, non del suo ruolo nel contratto.

Nulla di tutto ciò abbiamo rintracciato nei passi dei *prudentes*. Considerazioni di natura economica e tecnologica – l'insicurezza dei viaggi marittimi – potrebbero aver determinato una maggiore diffusione del 'contratto di noleggio a viaggio' rispetto al 'contratto di trasporto', e questo dato viene registrato dai giuristi allorché devono ricostruire presuntivamente l'*id quod actum est*. Ma quando si tratta di elaborare i criteri di allocazione del rischio non espressamente previsti dalle parti – quando cioè si tratta di individuare soluzioni per i contratti 'incompleti' – il rischio viene ripartito in relazione alla struttura oggettiva del contratto e non sulla base della condizione socio-economica dei contraenti.