

## NOTE SUL RIPARTO DEL RISCHIO CONTRATTUALE NELLE *OBLIGATIONES CONSENSU CONTRACTAE*

Por

VALERIA CARRO  
Professore aggregato di Diritto commerciale romano  
Dipartimento di Giurisprudenza  
Università degli Studi di Napoli Federico II

[Revistas@iustel.com](mailto:Revistas@iustel.com)

*Revista General de Derecho Romano* 27 (2016)

RIASSUNTO: La peculiare configurazione giuridica della *emptio-venditio* e l'assenza di un concetto unitario di *locatio-conductio* ebbero effetti rilevanti in materia di *periculum*. A seconda degli effetti sospensivi o risolutivi delle clausole accessorie dei contratti di *emptio-venditio* o *locatio-conductio*, il diritto romano prevedeva una diversa disciplina del contratto. L'analisi casistica offre validi spunti per argomentare che le soluzioni della giurisprudenza dipendono dal tipo di negozio e dagli interessi che le singole situazioni considerate presentavano.

PAROLE CHIAVE: Rischio, Compravendita, Locazione, Condicio

ABSTRACT: The peculiar legal status of *emptio-venditio* and the absence of a unitary concept of *locatio conductio* had a significant effect on *periculum*. In particular depending on the suspensive effect or solving of ancillary clause of contracts *emptio-venditio* or *locatio conductio*, Roman law provided a different discipline of the contract. Case study analysis offers interesting ideas especially to argue that the Court reports solutions depend on the type of store taken into account but also on the basis of interests which the individual situations presented.

KEY WORDS: Risk, Purchase, Sale, Lease, Condicio.

RESUMEN: La peculiar condición jurídica de la *emptio-venditio* y la ausencia de un concepto unitario de *locatio conductio* tuvieron relevantes efectos en relación con el *periculum*. Como consecuencia de los efectos suspensivos o resolutorios de los pactos accesorios que se incorporaban a la *emptio-venditio* o a la *locatio conductio*, el derecho romano estableció distintos contenidos en relación con las diferentes variantes contractuales. El análisis casuístico ofrece válidos argumentos para sostener que las respuestas jurisprudenciales dependieron no solo del tipo negocial sino también de los intereses que presentaban las singulares situaciones fácticas analizadas.

PALABRAS CLAVE: Riesgo, Compra, Venta, Arrendamiento, *Condictio*.

## **1. IL RISCHIO CONTRATTUALE NELLE FONTI GIURIDICHE. - 2. OBLIGATIONES CONSENSU CONTRACTAE E PERICULUM. - 3. CONDICIO E PERICULUM: UN DIFFICILE DISCRIMINE**

**1. Il rischio contrattuale nelle fonti giuridiche.** - Nell'esperienza giuridica romana l'attenzione riservata all'analisi casistica e la poca inclinazione per le definizioni teoriche, non resero agevole l'individuazione dei concetti di *periculum*<sup>1</sup> e di responsabilità per inadempimento.

Il termine *periculum* ricorre nelle fonti in senso tecnico se indica i casi in cui, data l'impossibilità di una delle prestazioni per cause non imputabili al debitore, si pone il problema di quale sia la sorte dell'obbligazione (possibile o già eseguita) della controparte. Il termine, però, è spesso adoperato anche in senso atecnico indicando la persona su cui ricadrà la perdita economica derivante da un evento indipendentemente da come questa incidenza negativa si sia venuta a determinare sotto il profilo giuridico<sup>2</sup>.

Le soluzioni della giurisprudenza in tema di rischio dipendevano principalmente dal tipo di negozio preso in considerazione e dagli interessi che le singole situazioni considerate presentavano e assumevano specifico rilievo nei contratti di compravendita e locazione.

**2. Obligationes consensu contractae e periculum.** - In particolare la peculiare configurazione giuridica dell'*emptio-venditio* ha risvolti interessanti in materia di rischio contrattuale. La compravendita, infatti, non realizzava il trasferimento della proprietà, ma ne faceva scaturire l'obbligo sulla base di un consenso comunque manifestato. Ciò in risposta alle esigenze di semplificazione degli schemi negoziali rese necessarie dal passaggio dalla realtà agro-pastorale all'apertura ai traffici commerciali nel Mediterraneo<sup>3</sup>.

Il testo più antico sul tema è tratto dai *Digesta* di Alfeno Varo contenuto in D. 18.6.13 (Paul. 3 *Alf. epit.*) e relativo al caso di un edile che ordina di distruggere alcuni letti lasciati sulla pubblica via dopo la vendita perché di intralcio al traffico cittadino. Il rischio sarebbe gravato sul compratore se i letti gli fossero stati consegnati o se la mancata consegna

---

<sup>1</sup> E. BETTI, *Periculum. Problemi del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano*, in *Studi P. De Francisci I*, Milano 1956, p. 135 ss.; M. TALAMANCA, *Considerazioni sul periculum rei venditae*, in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano. Revista Internacional de Derecho Romano y Tradición Romanística 7*, Madrid 1995, p. 221 ss.

<sup>2</sup> A. MANZO, *Il rischio contrattuale in diritto romano: in particolare il periculum nelle obligationes consensu contractae*, in <http://www.rivista.ssef.it>, 2005.

<sup>3</sup> E. VOLTERRA, *Diritto romano e diritti orientali*, Napoli 1937, p. 150 ss.

fosse dipesa da quest'ultimo: *Lectos emptos aedilis, cum in via publica positi essent, concidit: si traditi essent emptori aut per eum stetisset quo minus traderentur, emptoris periculum esse placet.*

Ma se la merce è stata venduta e non trasferita e non v'è *mora accipiendi*, il rischio deve gravare sul venditore<sup>4</sup>: D. 18.6.15pr. (Paul. 3 *epit. Alf. dig.*). *Quod si neque traditi essent neque emptor in mora fuisset quo minus traderentur, venditoris periculum erit.*

Analogamente se la merce venduta viene rubata dopo la *traditio*, il *periculum* cade sull'acquirente, altrimenti resta a carico del venditore<sup>5</sup>: in D. 18.6.15.1 (Paul. 3 *epit. Alf. dig.*) si legge che se del legname comprato fosse venuto a mancare per furto, il rischio e pericolo sarebbe del compratore dopo la consegna del legname, e altrimenti, del venditore. Le travi che fossero state contrassegnate dal compratore, si consideravano, poi, consegnate.

La prospettiva cambiò in epoca augustea. In D. 19.1.13.22 (Ulp. 32 *ad ed.*) Labeone a proposito della *mors servi ante traditionem*, afferma che con l'*actio empti* il venditore può ottenere i *sumptus* del funerale dello schiavo sempre che la morte di questi non sia dipesa da sua *culpa*, riconoscendosi così l'applicabilità del principio del *periculum emptoris*: *Praeterea ex vendito agendo consequetur etiam sumptus, qui facti sunt in re distracta, ut puta si quid in aedificia distracta erogatum est: scribit enim labeo et trebatius esse ex vendito hoc nomine actionem. idem et si in aegri servi curationem impensum est ante traditionem aut si quid in disciplinas, quas verisimile erat etiam emptorem velle impendi. hoc amplius labeo ait et si quid in funus mortui servi impensum sit, ex vendito consequi oportere, si modo sine culpa venditoris mortem obierit.*

Qui il cambio di prospettiva fu dovuto probabilmente all'oggetto della compravendita, cioè lo schiavo, in quanto in questo caso subentrava il principio di autoresponsabilità del compratore che fin dall'acquisto aveva l'onere di valutare le condizioni fisiche del *servus*.

Labeone, pertanto, ponendosi in antitesi con la giurisprudenza antecedente, sarebbe stato favorevole al *periculum emptoris* e sarebbe stato seguito dai Proculiani con il

---

<sup>4</sup> C. ARNÒ, *La teorica del periculum rei venditae nel diritto romano classico*, in *Giur. It.* 4, Torino 1897, p. 209; F. HAYMANN, *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht II. Periculum emptoris*, in *ZSS.* 41, Wien-Köln-Weimar 1920, p. 44 ss.; E. RABEL, *Gefahrtragung beim Kauf*, in *ZSS.* 42, Wien-Köln-Weimar 1921, p. 543 ss.; H. VOGT, *Zur Gefahrtragung beim Sklavenkauf*, in *Festschrift P. Koschaker* 2, Weimar 1939, p. 162; G. MACCORMACK, *Alfenus Varus and the Law of Risk in Sale*, in *LQR.* 101, 1985, p. 573; PH. MEYLAN, *Paul. D. 21.2.11 pr. et le question des risques dans le contrat de vente*, in *RIDA* 3, Université de Liège 1939, p. 193 ss.

<sup>5</sup> Parte della dottrina teorizza, qui, tuttavia, una eccezione alla regola generale costituita dal *periculum emptoris*: cfr. R. CARDILLI, *L'obbligazione di "praestare" e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a .C. - II sec d. C.)*, Milano 1995, p. 295 ss. Ma, qui, escluso che trattasi di vendita di genere o di un contratto di fornitura perchè nel caso non si poneva il problema del rischio, non si può avanzare nemmeno l'ipotesi di responsabilità per custodia del venditore in quanto entrambi i *responsa* non si riferiscono al *culpam praestare*, ma all'individuazione di chi sia *dominus* della merce al momento del verificarsi del rischio.

correttivo della assunzione della custodia *venditoris* come elemento naturale del contratto<sup>6</sup>.

Di contro i Sabiniani appaiono più favorevoli al *periculum venditoris* fino all'accettazione dell'opposto principio in tema di *mors servi* da parte di Giuliano: D. 18.5.5.2 (Iul. 5 dig.). *Mortuo autem homine perinde habenda est vendito ac si traditus fuisset, utpote cum venditor liberetur et emptori homo pereat: quare nisi iusta conventio intervenerit, actiones ex empto et vendito manebunt.*

Inoltre va detto che spesso pur non essendoci la *traditio ex causa emptoris*, lo schiavo fosse già in disponibilità del compratore e, quindi, sottoposto al suo controllo a titolo di *locatio operarum*: la *possessio* in questo caso restava al venditore<sup>7</sup>. Qui Cassio Longino (I sec. d. C.), seguito da Giavoleno, affermava che il *periculum* dovesse gravare sul compratore sempre se in assenza di dolo del venditore<sup>8</sup>.

L'ipotesi secondo cui a partire da Labeone si sarebbe registrato un cambio di prospettiva in materia di *periculum rei venditae* trova conferma in Ulpiano dove si discute della vendita e del deterioramento del vino:

D. 18.6.1.2 (Ulp. 28 ad Sab.) *Si dolium signatum sit ab emptore, Trebatius ait traditum id videri: Labeo contra, quod et verum est: magis enim ne summutetur, signari solere, quam ut traditum videatur;*

D. 18.6.16(15) (Gai 2 cott. rer.) *Si vina quae in doliis erunt venierint eaque, antequam ab emptore tollerentur, sua natura corrupta fuerint, si quidem de bonitate eorum affirmavit venditor, tenebitur emptori: quod si nihil affirmavit, emptoris erit periculum, quia sive non degustavit sive degustando male probavit, de se queri debet. plane si, cum intellegeret venditor non duraturam bonitatem eorum usque ad in eum diem quo tolli deberent, non admonuit emptorem, tenebitur ei, quanti eius interesset admonitum fuisse.*

Ulpiano riporta Trebazio Testa e Labeone in merito al momento della traslazione del rischio e mentre per il primo la *signatio* equivaleva alla *traditio*, per il secondo essa era fatta solo *ne summutetur dolium*.

Come nel caso di *mors servi* anche qui Labeone si discosta dalla giurisprudenza precedente sia per quanto riguarda l'equivalenza della *signatio* alla *traditio*, sia per quanto riguarda il momento del trapasso del rischio<sup>9</sup>.

---

<sup>6</sup> D. 19.1.31 pr. (Nerat 3 membr.).

<sup>7</sup> D. 13.7.37 (Paul. 5 ad Plaut.).

<sup>8</sup> D. 18.6.17(16) (Iavol. 7 ex Cass.). E. BETTI, *Periculum* cit., osserva qui che i giuristi nello stabilire un trapasso anticipato del rischio sono così legati all'idea che esso per regola dipenda dalla *traditio* da servirsi dello schema di questa per giustificare l'accollo al compratore.

<sup>9</sup> M. PENNITZ, *Die Gefahrtragung*, in *TR.* 62, Leiden 1994, 280; M. M. Benítez López, *La venta de vino y otras mercancías en la jurisprudencia romana*, Madrid, 1994, p. 146 ss.

Qui se il vino si deteriora prima di essere portato via dal compratore, il venditore sarà tenuto nei confronti del compratore, se però avrà dichiarato la buona qualità del vino. Se, invece, non ha dichiarato nulla, il rischio e pericolo graverà sul compratore perché quest'ultimo deve imputare a sé l'accaduto, sia che non abbia proceduto all'assaggio, sia che l'abbia fatto male. Certo, se il venditore non abbia avvertito il compratore, pur rendendosi conto che la buona qualità del vino non si sarebbe mantenuta fino al termine in cui lo si sarebbe dovuto ritirare, egli sarà tenuto nei confronti del compratore nella misura dell'interesse di quest'ultimo ad essere avvertito.

Nella compravendita romana, quindi, l'elevazione a principio della massima *periculum est emptoris* si ricollega ad un profondo mutamento di prospettiva del diritto postclassico rispetto al diritto classico che tese tra l'altro a nozioni più rigide in sostituzione della delicata casistica.

Tale massima comportò che venendo meno la *res* per causa di forza maggiore anche prima che il venditore ne avesse fatto consegna al compratore, non solo questi non potesse pretendere nulla, ma rimanesse obbligato a pagare il prezzo.

Le innovazioni giustinianee quali la responsabilità per custodia non più pattizia, ma elevata a *naturale negotium*, l'attribuzione del *commodum repraesentationis* non più ristretta all'ipotesi di assunta responsabilità per custodia, ma parimenti generalizzata come compenso della sopportazione del rischio, *commodum accessionis* e correlativo *incommodum* allineati sullo stesso piano del *periculum*, infatti, trovarono la loro giustificazione proprio in un mutato criterio di ripartizione del rischio contrattuale che si enunciò nella massima *periculum est emptoris* elevata a regola generale non più con riguardo al momento della *traditio* o del conferimento della disponibilità di fatto, ma riguardo alla *perfectio emptoris*.

I Compilatori sostituirono il *periculum emptoris* al *periculum venditoris* con la giustificazione di voler sorreggere la scelta proposta dal compratore e per motivare l'accollo del rischio della *merx* al compratore anche prima della *traditio*, introdussero il concetto di *emptio perfecta*<sup>10</sup>.

Mentre, infatti, nella concezione romano-classica la *emptio-venditio* era un negozio pienamente consensuale e obbligatorio rivolto ad un assetto d'interessi che non riceveva attuazione se non con la *traditio ex causa emptionis*, nella concezione ellenica la *praxis* e così pure la vendita nella concezione orientale era un negozio di alienazione. Quindi i

---

<sup>10</sup> M. KASER, *Das römische Privatrecht I*, München 1971, p. 552 nt. 61; E. SECKEL, E. LEVY *Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht*, in ZSS. 47, Wien-Köln-Weimar 1927, p. 117; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, Napoli 1954, p. 247; F. PETERS, *Periculum est emptoris*, in *Iuris Professio. Festgabe Kaser*, Wien-Köln-Graz 1986, p. 211; M. PENNITZ, *Die Gefahrtragung beim Weinverkauf im klassischen römischen Recht*, in TR. 62, Leiden 1992, p. 251.

giuristi tesero prima ad accollare il rischio al venditore per l'influenza della concezione della compravendita come scambio contestuale della cosa contro il prezzo. Quando si configurò la *emptio-venditio* come contratto obbligatorio si affermò la regola del *periculum emptoris*.

Ora sotto l'influenza di tale diversa concezione, le tendenze dottrinali dei bizantini e la disciplina legislativa giustiniana dovevano essere sospinte se non a convertire la vendita in un contratto traslativo (al che ostava la netta distinzione tra titolo e modo d'acquisto del dominio) certo ad accentuare la funzione traslativa nella vendita<sup>11</sup> e a potenziare l'aspettativa del compratore sulla cosa in una spettanza patrimoniale cui era inerente, in una con i *commoda* e gli *incommoda*, anche il rischio del perimento.

Il criterio di massima per il diritto classico, invece, era che fino alla *traditio* o al conferimento della disponibilità di fatto della cosa, il rischio era sopportato dal venditore per poi passare al compratore, salvo che un'assunzione pattizia di responsabilità per custodia avesse ristretto a danno del venditore che avrebbe sopportato il rischio *ante traditionem* il margine del rischio contrattuale e salvo che la qualità della *res vendita* o il tipo della contrattazione, suggerisse un criterio di autoresponsabilità a carico del compratore e inducesse ad anticipare il trasferimento del rischio.

In età classica il trasferimento del rischio al compratore, collegato in linea di principio alla *traditio* della *res* venduta, poteva essere anticipato su questa, sia per il potere di controllo che venisse conferito al compratore, sia con riguardo alla natura deperibile della merce di cui il compratore avesse accertato la consistenza mediante *degustatio* sia con riguardo alla natura mortale dello schiavo e all'autoresponsabilità del compratore che lo lasciasse al venditore o avesse interesse all'attività rischiosa cui fosse adibito sia infine riguardo al tipo di contrattazione che a tutela di un interesse del venditore imponesse al compratore un margine di rischio eccedente l'alea normale della vendita.

In tali decisioni i classici erano consapevoli di statuire il trasferimento del rischio anticipato sulla *traditio* che per regola, conforme all'indole meramente obbligatoria della vendita consensuale romana, ne segnava il momento decisivo.

In definitiva trattare del rischio contrattuale comporta in primo luogo affrontare le problematiche non in termini di risoluzione di diritto del contratto, ma di estinzione o meno dell'obbligazione del compratore di pagare il prezzo e in secondo luogo comporta la distinzione tra i limiti della responsabilità contrattuale e la sopportazione del rischio tipico del contratto<sup>12</sup>.

---

<sup>11</sup> Inst. 3.23.3.

<sup>12</sup> M. SARGENTI, *Rischio contrattuale (Diritto romano)*, in *ED.* 40, Milano 1989, p. 1126; I. BIROCCHI, *Rischio contrattuale (Diritto intermedio)*, *ibid.*, 1133; G. ALPA, *Rischio contrattuale (Diritto vigente)*, *ibid.*, 1144; M. TALAMANCA, *Vendita*, in *ED.* 46, Milano 1993, p. 450.

Infatti, se si estende il campo della imputabilità dell'inadempimento, cioè la misura della responsabilità contrattuale, si restringe il margine in cui resta proponibile la questione circa la sopportazione del rischio.

Nella compravendita la legittimazione e l'interesse all'*actio furti* si fondano proprio sulla sopportazione del rischio contrattuale e non sul *dominium* né sulla responsabilità per custodia.

Ciò in quanto da un lato il *dominium*, che rimane al venditore fino alla *traditio*, è un rapporto con la cosa e non un criterio di relazione tra venditore e compratore che valga a stabilire una precedenza dell'uno sull'altro e dall'altro lato la responsabilità per custodia è un elemento non essenziale, ma accidentale identificabile come il frutto di un'assunzione pattizia che può anche mancare.

Il tema in oggetto, infatti, concerne la legittimazione a stipulare la garanzia contro il verificarsi di un danno che minaccia la cosa venduta. Il criterio di preferenza tra venditore e compratore è un criterio di relazione che deve derivare dal loro rapporto nella fase antecedente e in quella susseguente alla *traditio* della cosa e, quindi, non dalla attribuzione del dominio come tale<sup>13</sup>.

L'attendibilità della regola *periculum emptoris* non è contraddetta né da alcuni passi quali quello analizzato e contenuto in D. 18.6.13,15 pr. (Paul. 3 *epit. Alf.*) che troppo facilmente sono stati intesi come eccezione alla regola in quanto diversi da quello dipendente da forza maggiore (cui il termine *periculum* si riferisce), né tantomeno dalla regolamentazione speciale relativa a quelle merci normalmente fungibili che devono essere individuate misurate o comunque rese *certae*, in quanto non lo sono al momento della conclusione del contratto<sup>14</sup>.

Tuttavia, la natura del principio romano *periculum est emptoris*, è stato oggetto di ampie discussioni, anche in merito al ruolo rivestito, da un lato, dai compilatori giustinianeî e dai loro predecessori postclassici e dall'altro dai giuristi classici nell'individuazione delle sue origini.

La prima osservazione da fare è che è tipico dell'orientamento postclassico il proposito di fare del problema del rischio uno dei capisaldi della dottrina della compravendita e l'aver costruito, per questo, l'apposita dottrina della *emptio perfecta*,

---

<sup>13</sup> In alcune fonti giuridiche si afferma che il rischio della cosa passa al compratore al momento del contratto anche in assenza di tradizione. Ciò appare evidente nei casi riportati da D. 23.3.14 (Ulp. *ad ed.*), D. 23.3.15 (Pomp. 14 *ad Sab.*), D. 18.1.34.6 (Paul. 23 *ad ed.*), D. 18.6.7 pr. (Paul. 5 *ad Sab.*) Cl. 4.48.6 (Diocleziano a. 294).

<sup>14</sup> D.18.1.35.5 pr. (Gai 10 *ed prov.*).

espressione con cui si intende l'essere pervenuto l'iter della compravendita al punto in cui il rischio passa al compratore<sup>15</sup>.

L'uso della parola *periculum* con riferimento alla responsabilità oggettiva per il furto avvenuto presso il debitore<sup>16</sup> non sarebbe unico, ma neppure il più diffuso. Il termine *periculum* si riferisce al rischio inerente ai casi di forza maggiore, ma l'irrigidimento di questo orientamento terminologico rientra in quel sistema di nozioni compatte che il pensiero classico ha elaborato in sostituzione della casistica.

Pertanto è nel più recente indirizzo che acquista la massima importanza soprattutto teorica, il principio *periculum est emptoris* quantunque esso si adatti bene alla maggioranza dei casi elaborati in età classica.

Va ricordato che la scuola del diritto naturale (XVII-XVIII sec.) attaccò la massima in questione e di conseguenza il diritto territoriale prussiano codificato nel 1794 e il codice civile germanico del 1896 abbandonarono la regola romana per sancire che il rischio passa al compratore solo in seguito alla tradizione.

Del resto anche le legislazioni di tipo latino che come la nostra muovono dal codice Napoleonico del 1804, se ne discostarono. Vero è che qui il rischio si trasferisce in massima al compratore fin dal momento del contratto, ma questo è nel nostro sistema un corollario del principio per cui il consenso trasferisce addirittura al compratore la proprietà della cosa.

Il regime romano è, invece, riprodotto nel codice civile svizzero: benchè, infatti, questo ordinamento faccia nascere dal contratto solo obbligazioni, tuttavia il rischio passa nel compratore fin dal momento del contratto.

I principii del diritto romano di fronte ai quali la regola del *periculum emptoris* costituisce una deroga di discutibile equità possono riassumersi nella seguente definizione: è regola generale che i casi di forza maggiore liberano tutti i debitori<sup>17</sup>.

In altri termini, la buona fede, che presiede ai contratti bilaterali, comporta che venendo meno per impossibilità sopraggiunta l'obbligazione dell'una parte, anche l'altra parte sia liberata dall'obbligazione corrispettiva. Al compratore si applica invero anche la regola generale *cuius commoda eius et incommoda* nel senso che al passaggio del *periculum* si contrappone quello di tutte le eventualità favorevoli cui la cosa comprata può essere esposta.

Tuttavia ciò conferma che nel regime della compravendita romana si ha una sorta di anticipo sulle conseguenze che dovrebbero prodursi al momento in cui il compratore

---

<sup>15</sup> Cl. 4.4.8.2.

<sup>16</sup> D. 18.6.15.1 (Paul 3 *epit. Alfeni*).

<sup>17</sup> D. 50.17.23 (Ulp. 29 *ad Sab.*).

acquista la piena signoria sulle cose e ciò a suo scapito, essendo i rischi contrari assai più frequenti delle eventualità favorevoli.

Alcuni tentativi di giustificazione della regola romana sono rimasti celebri in dottrina ed hanno fortemente influenzato le moderne legislazioni<sup>18</sup>.

**2.3. Locatio-conductio.** - Nella *locatio operis*, invece, il momento decisivo per il trasferimento del rischio dal *conductor operis* al committente, era segnato dalla *adprobatio* e *adsignatio* dell'*opus* cioè dall'atto della sua verifica e collaudo. Ma già a partire dal I sec. d. C. si delinea la differenza tra eventi attribuibili a *vis naturalis* o a *vitium soli* ed eventi dipendenti da *vitium operis* con accollo dei primi al committente e dei secondi al realizzatore dell'*opus*<sup>19</sup>.

Emblematico è il caso di D. 19.2.60 (59) (lavl. 5 *Lab. post.*): Flacco ha commissionato a Marco la costruzione di una casa. Dopo che già era stata costruita una parte dell'opera, sopraggiunge un evento tellurico che distrugge l'edificio. Secondo *Sabino Flacci esse periculum* in quanto il crollo è dipeso da *vis naturalis*. Il passo non riporta l'opinione di Labeone forse soppressa dai compilatori in quanto contrastava con l'orientamento prevalente; secondo altri soppresso perché i due giuristi avevano posizioni analoghe<sup>20</sup>.

In altro frammento del Digesto tratto dalla nota di Paolo ai Pithana di Labeone si discute di chi debba sopportare il rischio di *vitium soli* che determina la frana di un canale costruito, ma non collaudato. Labeone afferma che le cause della frana non sono rilevanti perché il pericolo grava comunque sul conduttore. Per Paolo le ragioni vanno indagate e solo se queste dipendono da un *vitium operis* il *detrimentum* sarà del *conductor*. D. 19.2.62 (Lab. 1 *Pith. a Paul. epit.*).

Non ci fu, invece, cambiamento nel passaggio dal diritto classico al diritto postclassico nei seguenti ambiti: nei contratti reali innominati ove il criterio della interdipendenza fra la prestazione eseguita e l'altra, ad essa legata da un sinallagma condizionale, veniva tenuto fermo in massima, salvo una concezione forse bizantina<sup>21</sup>, dalla ripartizione del rischio contrattuale; nella *locatio rei* che era, infatti, informata al criterio di una

---

<sup>18</sup> R.J. POTHIER, *Traité du contrat de vente*, I.3 Paris 1772; R. SALEILLES, *Essai d'une théorie générale de l'obligation*, Paris 1890; B. WINDSCHEID, TH. KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts* 2, Leipzig 1897, Tr. it. C. Fadda e P.C. Bensa, *Diritto delle Pandette* II.1, Torino 1930, p. 253; PH. MEYLAN, *Periculum est emptoris*, in *Studi T. Guhl*, Zurigo 1950; G. PROVERA, *Sul problema del rischio contrattuale nel diritto romano* in *Scritti giuridici* in <http://www.ledonline.it/rivistadidiritto/romano/scrittiprovera.html>.

<sup>19</sup> M. SARGENTI, *Rischio contrattuale* cit. 1128.

<sup>20</sup> R. CARDILLI, *L'obbligazione di praestare* cit, ritiene che Labeone non fosse in linea e ciò si evidenzerebbe in D. 19.2.62 (Lab. 1 *Pith. a Paul. epit.*).

<sup>21</sup> D. 12.4.16 (Cels. 73, 8 *dig.*).

interdipendenza fra le prestazioni corrispettive, per cui il venire meno della disponibilità della cosa senza colpa del locatore esonerava il conduttore dalla ulteriore corresponsione del fitto e si applicava, quindi, il criterio *periculum est locatoris*; nella *locatio operarum* ove l'idea della messa a disposizione che è comune alle varie figure di *locatio* si riferiva alle forze di lavoro del prestatore di *operae illiberales* che si denominava *locator*<sup>22</sup>; nelle *societates*, ove essendo le prestazioni non già contrapposte, ma affiancate e associate, bisognava verificare se la *res perita* avesse già avuto con la *collatio* una destinazione sociale o dato che la perdita si era incontrata nel corso di un'attività, da verificare se si trattasse di un'attività che era da svolgere nell'interesse comune. Solo se concorrevano queste circostanze, quindi, il danno si metteva in conto comune; infine nel mandato ove la questione della incidenza del rischio si impostava oltre che sull'interesse all'operazione intrapresa, sul criterio del nesso necessario tra la perdita incontrata e l'attività gestoria che si svolgeva nell'interesse altrui.

Esistevano casi, poi, in cui l'assunzione di certi rischi mediante interpretazione tipica integrativa dell'accordo, si ravvisava implicita in una *aestimatio*: nella *societas*, l'affitto contro stima dell'*instrumentum fundi*, la costituzione di dote, il comodato e il mandato di vendere previa *aestimatio*.

Appare, quindi, del più alto interesse analizzare gli ambiti ricordati in quanto è necessario considerare che non è facile fissare un principio generale in tema di *periculum* in quanto fondamentale risulta la valutazione del concreto assetto d'interessi.

In particolare nella *locatio rei* il criterio era quello del *periculum locatoris* nel senso che il venir meno della disponibilità della cosa senza colpa del locatore esonerava il conduttore dalla corresponsione del canone di affitto<sup>23</sup>.

In particolare nell'affitto dei fondi i rischi per eventi eccezionali ricadevano sul locatore perché la sua obbligazione consisteva nel *frui licere praestare*<sup>24</sup>.

Nella *locatio operarum*, poi, il momento della traslazione del rischio coincideva con quello in cui il prestatore poneva le sue *illiberales operae* (le prestazioni delle *artes liberales* non erano nella locazione). L'*honorarium* fino alla *cognitio extra ordinem* era solo un donativo a disposizione del *conductor* che era tenuto al pagamento del compenso pattuito anche se non le avesse utilizzate.

In D. 19.2.19.9 (32 *ad ed.*) Ulpiano evidenzia che il diritto del prestatore d'opera alla mercede veniva meno nell'ipotesi in cui questi, recedendo dal rapporto, avesse messo le sue capacità a disposizione di altri<sup>25</sup>.

---

<sup>22</sup> D. 19.2.38pr. (Paul. *lib. sing. reg.*); PS. 2.18.1.

<sup>23</sup> D. 19.2.15.2 (Ulp 32 *ad ed.*), D. 19.2.19.6 (Ulp. 32 *ad ed.*).

<sup>24</sup> R. CARDILLI, *L'obbligazione di praestare* cit. 235.

Un breve cenno va fatto alle *societates* in cui affinché il *periculum* derivante dall'incolpevole perimento dell'oggetto della prestazione ricadesse su tutti i soci era necessario che questo, con la *collatio*, avesse avuto una destinazione sociale<sup>26</sup>. Ma ciò non bastava.

Nel caso di una società costituita per esempio per la vendita di cavalli, il rischio della morte del cavallo di un socio avvenuta dopo la *collatio*, ma prima della vendita, ricadeva sul singolo socio in quanto il contratto associativo era stato stipulato *non habendae quadrigae sed vendendae*<sup>27</sup>.

Ma nelle fonti si individuano anche soluzioni più articolate.

Ad esempio Labeone riteneva che solo i rischi derivanti da attività svolta nell'interesse comune ed inerenti alla gestione sociale potessero ricadere su tutti i soci; di conseguenza non rientravano in questa ipotesi le spese mediche sostenute dal socio per curare le ferite subite per impedire la fuga di *servi communes*<sup>28</sup>. Contrariamente Giuliano riteneva che il rischio ricadesse su tutti i soci<sup>29</sup>.

In ordine al *mandatum* va detto, in ultimo, che nei rapporti di tipo gestorio l'importanza del rischio dipendeva dall'interesse all'operazione intrapresa e dal nesso necessario tra la perdita incontrata e l'attività gestoria che si era chiamati a svolgere nell'interesse altrui.

Se tale nesso necessario mancava ed esisteva solo un legame accidentale tra gli eventi, il rischio ricadeva sul mandatario<sup>30</sup>.

**3. *Conditio e periculum*: un difficile discrimine.** - Come visto, l'ambito di ricerca più rilevante in tema di rischio, è costituito dai contratti di compravendita e locazione. La peculiare configurazione giuridica della *emptio-venditio* e l'assenza di un concetto unitario di *locatio-conductio*, infatti, ebbero effetti rilevanti in materia di *periculum*.

Ciò appare evidente soprattutto in relazione alle clausole di recesso e al problema della loro configurazione come condizioni sospensive e risolutive.

Ma la disciplina del rischio contrattuale che appare, come detto, strettamente connessa alla casistica e alla varietà d'interessi da questa veicolati, diventa particolarmente rilevante, a mio parere, anche nelle ipotesi in cui *emptio-venditio* e *locatio-conductio* sono a tal punto connesse da rendere difficile la loro autonoma individuazione.

---

<sup>25</sup> E. BETTI, *Periculum* cit. 194.

<sup>26</sup> D. 17.2.58.1 (Ulp. 31 *ad ed.*).

<sup>27</sup> D. 17.2.58 pr. (Ulp. 31 *ad ed.*).

<sup>28</sup> D. 17.2.60.1 (Pomp. 13 *ad Sab.*).

<sup>29</sup> D. 17.2.61 (Ulp. 31 *ad ed.*).

<sup>30</sup> D. 17.1.26.6 (Paul. 32 *ad ed.*).

In questa ottica l'argomento è del più alto interesse in quanto a seconda degli effetti sospensivi o risolutivi delle clausole accessorie dei contratti di *emptio-venditio* o *locatio-conductio* il diritto romano prevedeva una diversa disciplina del contratto.

Mi riferisco ai casi contemplati in Gaio in cui è evidente la difficoltà di distinguere tra queste due tipologie contrattuali e sui quali mi sono di recente<sup>31</sup> soffermata, ma nella diversa ottica di valutarne la rilevanza ai fini dello studio<sup>32</sup> del *pactum displicentiae*<sup>33</sup>.

Anche in tale diversa prospettiva assume ancora una volta particolare rilievo l'analisi della casistica. Tra gli altri interessante è il caso riportato da Gaio in *Inst.* 3.146 in cui il giurista si riferirebbe a un contratto atipico, misto di locazione, di vendita e forse di altre figure convenzionali innominate cioè atipiche prive di *nomen iuris* e dove la cosa locata era esposta a rischio di perimento o di grave deperimento per effetto dell'uso fattone dal conduttore. Per questo le parti convenivano dall'inizio che, ove il rischio di verificasse, la cosa fosse da considerare e pagare come vendita.

Il passo gaiano contenuto in *Inst.* 3.146 nel riferirsi ai *gladiatores*, riveste un ruolo fondamentale nel panorama delle fonti giuridiche romane. In Gai *Inst.* 3.146, infatti, ci si domanda se debba configurarsi compravendita o locazione conduzione nel caso di consegna di gladiatori con la clausola che occorreva dare 20 denari per compensare la fatica di coloro che rimanevano incolumi e mille denari per coloro che venivano uccisi o feriti: *Item si gladiatores ea lege tibi tradiderim, ut in singulos, qui integri exierint, pro sudore denarii XX mihi darentur, in eos vero singulos, qui occisi aut debilitati fuerint, denarii mille, quaeritur, utrum emptio et venditio an locatio et conductio contrahatur. Et magis placuit eorum, qui integri exierint, locationem et conductionem contractam videri, at eorum, qui occisi aut debilitati sunt, emptionem et venditionem esse; idque ex accidentibus apparet, tamquam sub condicione facta cuiusque venditione aut locatione. Iam enim non dubitatur, quin sub condicione res venire aut locari possint. ...* Ci si domanda parimenti se vi sia compravendita o locazione conduzione nel caso in cui io ti abbia consegnato dei gladiatori con la seguente clausola: che mi fossero dati venti denari per compensare lo sforzo di ciascuno di coloro che fossero rimasti incolumi e mille denari per ciascuno di coloro che fossero stati uccisi o feriti: e ciò è desumibile dalle circostanze

---

<sup>31</sup> V. CARRO, *D. 18.5.6 (Paul. 2 ad ed.) ... si intra certum tempus displicisset, redderetur ... Riflessioni in tema di pactum displicentiae*, in *Scritti in onore di Alessandro Corbino* (in stampa); Id., *Considerazioni sulle azioni per far valere le clausole accessorie nella compravendita*, in *Estudios históricos y jurídicos en homenaje al Prof. Armando Torrent*, Madrid 2016, p. 101 ss.

<sup>32</sup> Cfr. O. DILIBERTO, *Ricerche sull' "auctoramentum" e sulla condizione degli "auctorati"*, Milano 1981, ed ivi ampia bibliografia; A. GUARINO, *I «gladiatores» e l'«auctoramentum»*, in *Labeo* 29, Napoli 1983, 29 s.

<sup>33</sup> E. RODRIGUEZ DIAZ, *De la noción de contrato al pactum displicentiae en derecho romano*, Universidad de Oviedo, 1998; L. LANDUCCI, *Azioni per far valere il pactum displicentiae e la lex commissoria nella compra e vendita. Studio storico-esegetico di diritto romano dell'avv. L. Landucci*, Venezia 1915.

nel senso che per ognuno s'intende costituita una compravendita o locazione conduzione condizionata. Ormai non v'è dubbio infatti circa la possibilità di vendere o locare sotto condizione.

Nella circostanza analizzata dal passo gaiano, inizialmente si configura un'ipotesi di locazione dalla quale è l'esito dei combattimenti a determinare il passaggio alla vendita. Questo passaggio non avviene per libera scelta dell'utilizzatore, in quanto questi resta vincolato esclusivamente dal verificarsi o meno dell'evento dedotto in condizione e cioè l'infortunio dei gladiatori, un elemento fattuale dipendente solo dal caso.

Gaio avrebbe cercato, pertanto, a mio avviso, in 3.146, di qualificare *ex post* in termini di *contractus* consensuale tipico, una semplice ipotesi di *do ut des* in cui la controprestazione, corrispettiva rispetto alla prestazione dei *gladiatores*, avrebbe fatto necessariamente variare la qualifica del negozio.

La soluzione adottata dalla maggioranza, quindi, l'opinione dominante ... *et magis placuit* ... fu che nell'ipotesi dei gladiatori restituiti integri si trattasse di locazione, mentre nell'ipotesi dei gladiatori *occisi vel debilitati* si trattasse di vendita. Dopo aver riferito questa opinione Gaio aggiunge che, a suo parere, la soluzione emerge dalle circostanze quasi che la vendita o la locazione di ciascun gladiatore sia stata fatta sotto condizione.

In base alla soluzione giuridica del caso fornita da Gaio, non si poteva sapere quali e quanti gladiatori sarebbero rimasti integri o meno, per quali e quanti gladiatori si sarebbe dovuto pagare il corrispettivo di venti o di mille ed, infine, per quali e quanti sarebbero valse *ab initio* le regole della locazione e non quelle della vendita.

Secondo il giurista, pertanto, era la controprestazione che, dipendendo dall'esito del combattimento, variava la qualifica del negozio.

Si è affermato che Gaio nel trattare il caso in oggetto, sarebbe stato condizionato dai suoi stessi schemi didascalici e, seppure, consapevole dell'esistenza delle *variae causarum figurae*<sup>34</sup> e della insufficienza degli schemi esposti, avrebbe comunque proposto una soluzione in qualche modo condizionata dalle sue stesse teorizzazioni legate alla dicotomia *contracta* e *delicta* quali fonti di obbligazioni<sup>35</sup>; ai generi di contratto divisi nelle quattro categorie di contratti reali, verbali, letterali e consensuali<sup>36</sup> ed infine ai contratti consensuali individuati nelle quattro figure tipiche della vendita, locazione, società e mandato<sup>37</sup>.

In realtà, il giurista, che ci porrebbe di fronte una fattispecie contrattuale, quella della *traditio gladiatorum*, nella quale individua i tratti caratteristici della *venditio* e i tratti

---

<sup>34</sup> D. 44.7.1 (Gai. 2 *aur.*).

<sup>35</sup> Gai 3.88.

<sup>36</sup> Gai 3.89.

<sup>37</sup> Gai 3.135.

caratteristici della *locatio*, teorizzò il passaggio dalla locazione alla vendita in dipendenza dall'esito della gara.

Certo, deve far riflettere anche la circostanza che Gaio si soffermi a trattare i casi dubbi tra locazione e vendita anche in *Inst.* 3.145.

In particolare in questo passo Gaio esprime dubbi in ordine alla esatta identificazione dei due diversi tipi contrattuali in particolari fattispecie<sup>38</sup>:

*Adeo autem emptio et uenditio et locatio et conductio familiaritatem aliquam inter se habere uidentur, ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum emptio et uenditio contrahatur an locatio et conductio, ueluti si qua res in perpetuum locata sit. quod euenit in praediis municipum, quae ea lege locantur, ut, quamdiu [id] uectigal praestetur, neque ipsi conductori neque heredi eius praedium auferatur; sed magis placuit locationem conductionemque esse. ...* La compravendita e la locazione conduzione sono considerate simili al punto che, alle volte, si è soliti chiedersi se sia stata contratta una compravendita o una locazione conduzione. Nel caso, ad esempio, della locazione perpetua di un bene che si dà con riferimento ai fondi municipali, che vengono locati con la clausola secondo cui il fondo non potrà essere sottratto né al conduttore né al suo erede sin tanto che venga corrisposto il canone. Ma si ritenne che si trattasse piuttosto di locazione conduzione.

Del resto in dottrina si è anche sostenuto<sup>39</sup> che la natura del contratto si stabilisce al momento del *consensus in idem placitum* e non alla conclusione del combattimento e, quindi, al momento in cui si valuta l'esito dello stesso sull'integrità dei gladiatori. Né la *condicio* apposta al contratto varierebbe la situazione visto che essa non avendo incisività sulla struttura essenziale del negozio, ne precisa solo la circostanza futura ed incerta subordinatamente alla quale gli effetti negoziali si produrranno.

Ma tale lettura, a mio parere, sottrae la giusta rilevanza attribuita, invece, da Gaio all'evento dedotto in condizione e cioè l'infortunio dei gladiatori.

Con gli stessi argomenti del giureconsulto nel caso analizzato si potrebbe ritenere che le parti avevano in linea principale concluso un contratto di locazione con questa condizione risolutiva: che se nei cruenti giochi i gladiatori risultassero debilitati o morissero, per costoro, automaticamente fosse dovuto il prezzo e non la *merces* per il loro acquisto da parte del conduttore. Costui prevedeva fin dalla conclusione del contratto la possibilità di esercitare la facoltà di acquisto ed anzi la esercitava sin dall'inizio subordinando il contratto stesso al probabile verificarsi dell'evento dell'invalidità o della morte del gladiatore.

---

<sup>38</sup> I. 3.24.3.

<sup>39</sup> A. GUARINO, *Il «leasing»* cit. 153 ss.

Da qui si potrebbe individuare una interdipendenza tra i due contratti e la possibilità di vedere la loro fusione in un tipo misto, sostenuta da parte della dottrina.

Tale orientamento si inserirebbe, infatti, nella consapevolezza che ai fini della determinazione della disciplina applicabile ad un negozio occorreva con riferimento alla forma ed alla volontà ricercare quale ne fosse la funzione tipica<sup>40</sup>. Non sempre i negozi del *ius privatum* avevano un *nomen iuris*, tuttavia anche se innominati essi erano necessariamente tipici<sup>41</sup> ovvero rapportati ad una categoria causale<sup>42</sup> che li identificava con una certa funzione negoziale<sup>43</sup>.

Si dava talvolta il caso, poi, del fenomeno dell'adattamento funzionale in base al quale strutture negoziali formatesi al servizio di una certa causa passavano con il tempo, modificati, ad essere utilizzate al fine della realizzazione di una causa diversa, pur conservando il *nomen iuris* originario.

Non si escludeva, così, la possibilità di negozi a causa plurima caratterizzati non da una causa tipica loro propria, ma dal concorso di due o più cause distinte. Il concorso di cause caratterizzante questi negozi, implicava che il regolamento loro dovesse essere ricostruito sulla base dei regolamenti relativi alle cause componenti avendo cura di prescegliere tra essi le norme maggiormente appropriate all'individualità del cd. negozio misto<sup>44</sup>.

Insomma, in base a tali considerazioni, pur se Gaio non lo affermerebbe mai esplicitamente e, che in diritto romano era difficile un siffatto riconoscimento, stante i divieti formali che concretamente impedivano un sincretismo di tale portata, nel caso in oggetto potrebbe configurarsi un'ipotesi di contratto misto.

Sul caso, infine, una suggestione che merita considerazione è che la *traditio gladiatorum* di Gai 3.146, sarebbe un esempio di quel contratto che i giuristi moderni definiscono *leasing*<sup>45</sup>, non tanto una sorta di locazione o locazione finanziaria come è

---

<sup>40</sup> L. BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts* II, Weimar 1886-89, 216 ss.; M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani tra 'conventio' e 'stipulatio' fino a Labeone*, in *Contractus e pactum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana*. Atti Copanello 1988 (a cura di F. Milazzo), Napoli-Roma 1990, 87 ss.; F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto* I, Torino 1992, 204 s.

<sup>41</sup> E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Napoli 2002.

<sup>42</sup> B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo 1982, 330 nt. 346; C.A. CANNATA, *Contratto e causa nel diritto romano*, in *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana classica* (a cura di A. Burdese), Padova 2006, 189.

<sup>43</sup> E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano* I, Padova 1962, 104 ss.

<sup>44</sup> Nelle fonti i negozi a causa plurima vengono talvolta denominati negozi misti come si legge in D. 39.5.18 pr. (Ulp. 71 *ad ed.*) che parla di *negotium mixtum cum donatione* in ordine ad una vendita senza adeguata corresponsione di prezzo avente comunque carattere anche di donazione.

<sup>45</sup> V. BUONOCORE, s.v. *Leasing*, in *NNDI App.*, Torino 1983, 787 ss.

stato definito<sup>46</sup>, ma una operazione di fornitura (o finanziamento) che permette all'imprenditore l'utilizzazione immediata dei mezzi necessari ed assicura al fornitore (o finanziatore) un giusto canone periodico, più la proprietà delle attrezzature durante e dopo l'utilizzazione, oppure un giusto prezzo per le attrezzature che l'imprenditore intende riscattare alla fine del periodo contrattuale<sup>47</sup>.

Dalla lettura del passo, infatti, il giurista sembra in qualche modo anticipare l'istituto anglosassone del leasing<sup>48</sup> cui il caso descritto da Gaio è molto simile malgrado si debba sottolineare la non corrispondenza di alcuni requisiti quali la durata dei contratti che nelle fonti appare più breve rispetto a quella prevista per la fattispecie individuata dagli ordinamenti moderni.

Con un'aggiunta ad hoc di patti e condizioni accessorie ai nudi contratti di locazione o di vendita, i Romani sarebbero giunti a praticare una sorta di leasing.

L'oggetto del contratto di leasing è la *traditio* di un bene produttivo da parte del proprietario all'utilizzatore il quale è obbligato a pagare una *merces in dies singulos experimenti ovvero una tantum: pro sudore proprio* come nel caso dei gladiatori riportato in Gai. 3.146.

Nel caso dei gladiatori, poi, l'opzione per l'acquisto di quelli morti o feriti viene esercitata, sin dalla conclusione del contratto, ma è fuori discussione che se gli schiavi ritornano integri dall'arena essi restano di proprietà del soggetto che li ha concessi in noleggio.

Se, poi, si verifica l'ipotesi dell'opzione per l'acquisto dopo il periodo sperimentale di prova, il contraente diviene compratore ed è obbligato a corrispondere il prezzo: *pretium* che questi viene obbligato a pagare con un'*actio in factum o praescriptis verbis*, nel caso in cui si verifichi anche un qualcosa di atipico, di irregolare o di contrario alla *bona fides*<sup>49</sup>.

Lo scopo di vendere un bene o acquistarlo si alterna, a seconda degli interessi, con lo scopo di concedere un finanziamento o di riceverlo ed è, quindi, fondamentale e complesso indagare sui motivi che inducono le parti a concludere il contratto: per i gladiatori sembra evidente l'interesse del proprietario di dare solo in locazione i suoi uomini.

Da ciò si comprende quanto interessasse al proprietario dei gladiatori, mantenere gli schiavi integri per farli esibire e ricavarne profitto sistematico senza privarsi del capitale.

---

<sup>46</sup> P. RESCIGNO, *Diritto privato italiano*, Napoli, rist. 1983, 787.

<sup>47</sup> G. FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, Milano 1980, 819 ss.

<sup>48</sup> G. GATTI, *Le pactum displicentiae nella vendita a prova e il contratto di leasing nel diritto romano*, in *Studi in onore di A. Biscardi* V, Milano 1982, 289 ss.; A. GUARINO, *Il «leasing»* cit. 153 ss.

<sup>49</sup> D. 19.5.20 (Ulp. 32 *ad ed.*).

Tuttavia i prezzi di venti denari indicati per il nolo e di mille per la vendita, che avevano una natura più di multa che di corrispettivo<sup>50</sup>, erano probabilmente simbolici ed indicavano, con la loro sproporzione, quanto fosse deprecabile il caso della morte dei gladiatori.

Inoltre, se il valore complessivo di un gladiatore era di mille rispetto al valore di venti denari per esibizione, si intuisce che per organizzare i giochi circensi, occorreva un notevole capitale: di qui la motivazione finanziaria alla conclusione del contratto riportato da Gaio.

Elemento questo che ci potrebbe ricondurre ancora sul terreno del leasing, contratto molto diffuso nella moderna pratica commerciale anche per il suo fondamentale connotato finanziario.

Inoltre nei casi contemplati dalle fonti riportate, oggetto del contratto era sempre un bene produttivo e ciò è rilevante se si considera che il leasing è un contratto consensuale attraverso il quale un soggetto, proprietario proprio di un bene produttivo, concede quel bene ad altro soggetto che ne diviene utilizzatore per un periodo prestabilito.

Per il tempo dell'uso dell'oggetto, viene concordato tra le parti un canone da versare periodicamente al proprietario. Allo scadere del termine fissato, l'utilizzatore ha la facoltà di restituire il bene ovvero optare per l'acquisto dello stesso corrispondendo un modesto prezzo: cosicché le rate di canone corrisposte nel frattempo vengono imputate come acconti sul prezzo complessivo. Il dato qui rilevante è che anche sul leasing, si discute sull'appartenenza del contratto allo schema della locazione o a quello della vendita, entrambe, certo, arricchite di patti accessori: l'autonomia privata, infatti, ha costruito figure negoziali il cui assetto è difficilmente ascrivibile con sicurezza all'una o all'altra grande matrice della locazione o della compravendita<sup>51</sup>.

In tale quadro generale rilevante è il caso contenuto anche in D. 19.5.20pr.-2 (Ulp. 32 *ad ed.*) ove si citano tre singoli casi analizzati rispettivamente da Labeone, Mela e Ulpiano<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> F. DE MARTINO, *Storia economica di Roma antica* I, Firenze 1980, 69. Cfr. per le fonti: Plut. *Cat. Mai.* 4.5

<sup>51</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, Napoli 1987, 401 nt. 1.

<sup>52</sup> Apud Labeonem quaeritur, si tibi equos venales experiendos dedero, ut, si in triduo displicuissent, redderes, tuque desultor in his cucurreris et viceris, deinde emere nolueris, an sit adversus te ex vendito actio. Et puto verius esse praescriptis verbis agendum: nam inter nos hoc actum, ut experimentum gratuitum acciperes, non ut etiam certares. 1. Item apud Melam quaeritur, si mulas tibi dedero ut experiaris et, si placuissent, emeris, si displicuissent, ut in dies singulos aliquid praestares, deinde mulae a grassatoribus fuerint ablatae intra dies experimenti, quid esset praestandum, utrum pretium et merces an merces tantum. Et ait Mela interesse, utrum emptio iam erat contracta an futura, ut, si facta, pretium petatur, si futura, merces petatur: sed non exprimit de actionibus. Puto autem, si quidem perfecta fuit emptio, competere ex vendito actionem, si vero

Nel primo Labeone reputa opportuno che si sarebbe dovuto esperire l'*actio praescriptis verbis* nell'ipotesi in cui, seppure fosse stata concordata una prova gratuita di cavalli con restituzione degli stessi entro tre giorni in caso di non gradimento, i cavalli non fossero stati comprati malgrado sottoposti, senza preventivo accordo e contravvenendo così al principio di *bona fides*, ad una gara di corsa con esito positivo.

Mela, invece, pone l'ipotesi della *datio* di alcune mule sempre al fine di una loro prova col patto esplicito che se fossero piaciute sarebbero state comprate e *si displicuissent* dovesse essere corrisposta *in dies singulos* al proprietario un canone locatizio (*merces*).

Ciò premesso si domanda *quid esset praestandum* se entro il periodo di prova le mule venissero rubate dai ladri: *utrum pretium, an merces tantum*, ove è probabile che sia errata, perché in contrasto con gli altri testi e soprattutto con la logica, la lezione del Digesto: *utrum pretium et merces an merces tantum*.

Mela sottolinea la necessità di appurare se la vendita già era stata conclusa o si sarebbe conclusa in futuro. Perché se la vendita fosse stata perfetta *pretium petatur, si futura, merces petatur*.

Ma Ulpiano afferma che Mela non *exprimit de actionibus*. E suggerisce che se la vendita era stata ritualmente conclusa bisognava agire *ex vendito; si vero non dum perfecta esset* occorreva utilizzare, così, come nel caso dello scorretto fantino, l'*actio praescriptis verbis*.

Il caso delle mule è interessante in quanto chiarisce come non sempre l'*experimentum* di D. 19.5.20.1 (Ulp. 32 *ad ed.*) nella vendita a prova fosse gratuito, talché il *pactum displicentiae* trovava una concreta mitigazione nell'obbligo per il mancato acquirente, insoddisfatto della prova o semplicemente pentitosi, di corrispondere un canone giornaliero per il periodo dell'utilizzo delle mule.

Non si può contestare come anche questa fattispecie possa adeguatamente soddisfare gli interessi delle parti sia che siano rivolti allo scopo della compravendita del bestiame che al più articolato fine di ricavarne comunque dal lato del proprietario, un guadagno, ottenendo in buona sostanza i mezzi (mule) per effettuare un trasporto, senza ricorrere alla consueta linea di credito del mutuo.

Infine nel terzo caso si tratta il caso di un orafo che fa esaminare degli oggetti d'argento ad un possibile acquirente. Questi però li consegna, in quanto non soddisfatto della merce, ad un servo per farli riportare all'orafo. Gli oggetti nel trasporto vengono smarriti. La perdita graverebbe sull'orafo nell'interesse del quale gli oggetti erano stati

---

nondum perfecta esset, actionem talem qualem adversus desultorem dari. 2. Si, cum emere argentum velles, vascularius ad te detulerit et reliquerit et, cum displicuisset tibi, servo tuo referendum dedisti et sine dolo malo et culpa tua perierit, vascularii esse detrimentum, quia eius quoque causa sit missum. Certe culpam eorum, quibus custodiendum perferendumve dederis, praestare te oportere Labeo ait, et puto praescriptis verbis actionem in hoc competere.

trasportati. Labeone afferma che si risponde per colpa di coloro che avevano perso gli oggetti spettando così un'*actio praescriptis verbis*.

Dalla lettura dei passi sembra innegabile, invero, che i casi di cui si sono occupati Gaio, Labeone, Mela e Ulpiano siano molto simili alla struttura del leasing, in quanto, malgrado la durata dei contratti nelle fonti appare più breve rispetto a quella prevista per la fattispecie disciplinata dagli ordinamenti moderni, anche in tali casi l'oggetto del contratto è la *traditio* di un bene produttivo dal proprietario all'utilizzatore.

Dunque finché si è rimasti nell'ordine d'idee della condizione sospensiva il venditore aveva in ogni momento la possibilità di rivendicare, salva al compratore l'opposizione dell'*exceptio doli*, quando col riprendersi la cosa veniva meno all'impegno eventualmente assunto nella convenzione di lasciare al compratore il possesso durante il periodo di pendenza. Nel regime della condizione risolutiva il compratore era nel periodo intermedio molto meglio difeso, in quanto il pretore tutelava l'acquirente di buona fede di una *res Mancipi* con l'*exceptio rei venditae et traditae*: ma essendo questa eccezione in dipendenza dell'esistenza e validità della compravendita, essa non poteva più giovare al compratore quando la condizione si fosse verificata, non essendo più vero che *Aulus Agerius Numerio Negidio nomine vendidit*. Si potrebbe pensare che per raggiungere il risultato della vittoria del venditore fosse necessario contrapporre all'*exceptio* del compratore una *replicatio doli*. Tale opinione è in sostanza uno degli aspetti di quella già rifiutata, per cui il contratto di compravendita e la convenzione circa la sua risoluzione sarebbero da porre su due piani diversi.

La vicenda dottrinale si riflette nella pratica in tre direzioni a proposito della vendita condizionale in genere in D. 18.6.8 pr. (Paul. 33 *ad ed.*), in D. 41.4.2 (Paul. 54 *ad ed.*) e in D. 18.2.2.1 (Ulp. 28 *ad Sab.*) e D. 18.2.4 pr.: il compratore sotto condizione sospensiva (teoria di Sabino e di Pomponio) anche se otteneva dal venditore il possesso della cosa, non la possedeva *ad usucapionem*, non faceva suoi i frutti, non sopportava i rischi della cosa comperata. Invece il compratore sotto condizione risolutiva dal momento in cui entrava in possesso, cominciava ad usucapire per il titolo *pro emptore*, faceva suoi i frutti e in base al *periculum rei venditae*, era tenuto a pagare il prezzo se la cosa periva prima che egli stesso o il venditore recedesse dal contratto. Dunque, il perimento faceva cessare le possibilità di verifica dell'avvenimento che era previsto nella *in diem addictio* o nel *pactum displicentiae*, mentre in caso di *lex commissoria* toglieva al venditore la facoltà che si esprimeva nel poter considerare come *inempta* la cosa della quale il prezzo non fosse stato pagato.

Vi era, quindi, a seconda degli effetti della clausola una diversa disciplina del contratto: quando la condizione era sospensiva la *traditio* effettuata dal venditore

risultava anch'essa sospensivamente condizionata; l'acquirente non faceva propri i frutti e nei casi dove vigeva il *periculum emptoris* il rischio passava all'acquirente all'avverarsi della condizione. Quando, invece, la condizione era risolutiva, la *traditio* aveva efficacia immediata, il compratore era legittimato all'acquisto dei frutti e incombeva su di lui se del caso, il *periculum*. Nella configurazione risolutiva, inoltre, si poneva il problema della restituzione della cosa che fosse stata eventualmente trasferita al compratore.

Il rischio del perimento della cosa va attribuito al compratore o venditore a seconda che il contratto era perfezionato o meno.