

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI MILANO

Corso di Dottorato in Scienze Giuridiche

Curriculum Diritto Romano e Diritti Delle Antichità,
Ciclo XXVI



SI FUNDUS QUEM MIHI LOCAVERIS.
CONFLITTI E SOPRAVVENIENZE
NELLA LOCAZIONE-CONDUZIONE

Relatore:
Prof. Iole FARGNOLI

Correlatore:
Prof. Franco GNOLI

Tesi di Dottorato di:
Anna Sara GIUMELLI
Matr. R09285

Anno Accademico 2013/2014

INDICE

Introduzione.....	p.2
-------------------	-----

Capitolo I.

La <i>publicatio</i> del fondo locato in Africano D. 19.2.33 (Afr. 8 <i>quaest.</i>).....	p.11
---	------

1. La <i>publicatio</i> dell'immobile.....	p.11
2. I diversi significati di <i>publicatio</i>	p.12
3. Esegesi di D.19.2.33 (Afr. 8 <i>quaest.</i>).....	p.16
4. Una proposta ricostruttiva.....	p.18
5. La decisione di Africano.....	p.21
6. La divergenza di vedute tra Giuliano e Africano.....	p.22
7. La classicità dell'alternativa risarcimento/ <i>remissio mercedis</i>	p.23
8. Ancora sulla presunta divergenza di opinione.....	p.25
9. Un'interpretazione della letteratura moderna.....	p.26
10. Il significato di <i>ut frui liceat</i>	p.31
11. La critica di alcuni studiosi.....	p.33
12. Altre interpretazioni del brano di Africano.....	p.35
13. Espropriazione o confisca?.....	p.37
14. Conclusioni parziali.....	p.40

Capitolo II.

La locazione del titolare di un diritto reale su cosa altrui.....	p.43
--	------

15. La locazione dell'usufruttuario.....	p.43
16. Esegesi di D. 19.2.9.1 (Ulp. 32 <i>ad ed.</i>).....	p.45
17. Le conseguenze della morte dell'usufruttuario sul rapporto locatizio.....	p.47
18. La qualificazione giuridica della morte dell'usufruttuario.....	p.49
19. Le spese sostenute dal conduttore.....	p.51
20. Conclusioni parziali.....	p.54

Capitolo III.

Le conseguenze della perdita del titolo presupposto nella sublocazione.....	p.57
--	------

21. Ammissibilità della sublocazione.....	p.58
22. L'obbligo del locatore.....	p.60
23. La remissione della mercede.....	p.62
24. Il vizio preesistente alla locazione.....	p.64
25. L'interesse alla prestazione del locatore.....	p.66
26. La <i>commoditas</i>	p.69
27. Conduttore e subconduttore.....	p.72
28. L'evitabilità dell'evento.....	p.72
29. Il contenuto di D.19.2.30pr. (Alf. 3 <i>dig. a Paul. epit.</i>).....	p.74

30. Conclusioni parziali.....	p.79
-------------------------------	------

Capitolo IV.

<i>Emptio tollit locatum?</i>	p.82
-------------------------------------	------

31. Conflitto tra posizioni giuridiche	p.82
32. Cenni sul principio <i>emptio tollit locatum</i>	p.83
33. Gli atti di alienazione del bene	p.86
34. L'inopponibilità della locazione al nuovo proprietario	p.89
35. <i>Locator curare debet</i>	p.94
36. Il contratto a favore di terzo nella letteratura	p.97
37. Qualificazione del <i>curare debet</i>	p.100
38. La <i>lex venditionis</i> nella costituzione di Alessandro Severo	p.102
39. L'esperibilità dell' <i>actio empti</i>	p.106
40. La seconda parte di D.19.1.13.30 (Ulp. 32 <i>ad ed.</i>)	p.107
41. Conclusioni parziali.....	p.109

Capitolo V.

La mancanza <i>ab origine</i> del titolo legittimante la locazione	p.113
--	-------

42. La molestia di fatto.....	p.113
43. Il contenuto di D. 19.2.7 (Paul. 32 <i>ad ed.</i>) e di D. 19.2.8 (Thryp. 9 <i>disp.</i>).....	p.115
44. La divergenza tra Paolo e Trifonino.....	p.119
45. La contraddizione interna ai passi.....	p.120
46. L'evizione del bene locato	p.123
47. Il contenuto di D. 19.2.9pr. (Ulp. 32 <i>ad ed.</i>).....	p.124
48. Una ricostruzione della letteratura moderna	p.126
49. Ancora sulla responsabilità per evizione.....	p.128
50. Il brano di Africano, D. 19.2.35pr. (Afr. 8 <i>quaest.</i>)	p.131
51. L'interpretazione tradizionale del brano	p.132
52. La <i>remissio mercedis</i>	p.133
53. Conclusioni parziali.....	p.134

Conclusioni	p.136
-------------------	-------

54. Il conflitto tra il proprietario e il locatore e tra il proprietario e il conduttore.....	p.137
55. Le conseguenze dell'impedimento del <i>frui licere</i> sul vincolo contrattuale	p.139
56. La prima regola di Servio.....	p.141
57. L'applicabilità della regola di Servio anche agli altri locatori titolati	p.143
58. La seconda regola di Servio	p.144
59. La valutazione della condotta del locatore	p.145

<i>Indice delle fonti</i>	p.148
<i>Bibliografia</i>	p.150

Introduzione

Il tema della *locatio-conductio* è stato ampiamente studiato¹. Poco arata rimane peraltro la questione delle conseguenze che

¹ La letteratura è sterminata, mi limito a citare quella più rilevante ai fini dell'oggetto dell'indagine: H. DEGENKOLB, *Platzrecht und Miete*, Berlin, 1867; H. DANKWARDT, *Die locatio conductio operis*, Jherings Jahrbücher, 1874, 13, pp. 299 e ss.; G. HAHN, *De censorum locationibus*, Leipzig, 1879; T. MOMMSEN, *Die römischen Anfänge von Kauf und Miete*, ZSS, 19, 1885, pp. 260 e ss. [= *Gesammelte Schriften*, 3, Berlin, 1907, pp. 132 e ss]; C. BURCKARDT, *Zur Geschichte der locatio*, Basel, 1889; P. ROSSI, *La locatio-conductio irregularis*, Studi Senesi, 1890, 7, pp. 186 e ss.; E. COSTA, *La locazione dei fondi nei papiri greco-egizi*, BIDR, 1902, 14, pp. 51 ss.; E. COSTA, *La locazione di cose nel diritto romano*, Torino, 1905; S. SOLAZZI, *Il lavoro libero nel mondo romano*, Annuario Univ. Macerata, 1905-1906, pp. 1 e ss.; A. DÉSCHAMPS, *Sur l'expression locare operas et le travail comme objet de contrat à Rome*, Mélanges Gérardin, Paris, 1907; C. LONGO, *Sulla natura della merces nella locatio-conductio*, Mélanges Girard, Paris, 1912, pp. 105 e ss.; F. MAROI, *La locazione di cose nel diritto romano*, Riv. Ital. Sociol., 1916, 20, pp. 210 e ss.; U. BRASIELLO, *L'unitarietà del concetto di locazione in diritto romano*, RISG, 2, 1927; G. SCHERILLO, *Locazione e precario*, Rendiconti istituto lombardo, 1929, 62, pp. 389 e ss.; S. VON BOLLA, *Untersuchungen zur Tiermiete und Viehpacht im Altertum*, München, 1940; F. DE ROBERTIS, *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, Milano, 1946; O. MONTEVECCHI, *I contratti di lavoro e di servizio nell'Egitto greco-romano e bizantino*, Milano, 1950; A. BECK, *Zur Entstehung des römischen Mietvertrags*, Festschrift Lewald, Basel, 1953; G. LONGO, *Sul regime delle obbligazioni corrispettive nella locatio-conductio rei*, Studi Arangio-Ruiz, II, Napoli, 1953, pp. 379 e ss.; A. MASCHI, *Locatio rei, operis, operarum e contratti di lavoro*, Bollettino Scuola perfez. Diritto lavoro Univ. Trieste, 1954, pp. 5 e ss.; TH. MAYER-MALY, *Locatio-conductio: eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Wien-München, 1956; R. MARTINI, *Mercennarius. Contributo allo studio dei rapporti di lavoro in diritto romano*, Studi Senesi, 1956-1957, 68-69, pp. 214 e ss.; TH. MAYER-MALY, *Haftung aus Miete nach Staatsunrecht*, ZSS, 1957, 74, pp. 363 e ss.; M. KASER, *Periculum locatoris*, ZSS, 74, 1957, pp. 155 e ss.; G. NICOSIA, *La responsabilità del locatore per i vizi della cosa locata nel diritto romano*, RISG, 1957-1958, 9, pp. 403 e ss.; B. ALBANESE, *Conductio suae rei*, BIDR, 62, pp. 121 e ss.; TH. MAYER-MALY, *Tipicità e unità della locatio-conductio*, Labeo, 5, 1959, pp. 390 e ss.; A. BISCARDI, *Il concetto romano di locatio nelle testimonianze epigrafiche*, Studi Senesi, 72, 1960; F. DE ROBERTIS, *Locatio operarum e status del lavoratore. Sulla estensione e i limiti del potere disciplinare attribuito all'assuntore nei confronti dei lavoratori liberi mercede conducti*, SDHI, 27, 1961, p. 33 C. ALZON, *Réflexions sur l'histoire de la locatio-conductio*, RH, 41, 1963, pp. 553 e ss.; L. AMIRANTE, *Locare usum fructum*, Labeo, 8, 1962, pp. 206 e ss.; L. AMIRANTE, *Locazione (Diritto romano)*, NNDI, IX, 1963, Torino, pp. 991 e ss.; H. KAUFMANN, *Die altrömische Miete. Ihre*

ha la perdita del titolo giuridico che lega il locatore all'immobile, in corso di locazione o la relativa mancanza *ab origine*. Infatti, la mancanza sopravvenuta o originaria di una qualsiasi spettanza giuridica nei confronti del bene, che legittima giuridicamente la cessione del godimento, crea un conflitto tra titoli giuridici appartenenti a due soggetti che non hanno alcuna relazione giuridica tra loro: il proprietario del bene e il conduttore. I due titoli, da un lato, la proprietà e, dall'altro, il diritto di credito del locatario su un bene immobile, hanno un contenuto, dal punto di vista pratico, parzialmente identico: infatti, entrambi ammettono i relativi titolari al godimento dello stesso bene. Solo a seguito dell'espulsione del conduttore dal bene locato per mano del proprietario, ossia solo a seguito dell'impedimento materiale del godimento del bene, i giuristi s'interrogano chi debba sopportare le perdite economiche dovute all'estinzione prematura del vincolo, in altre parole, se queste siano addossate al locatore o al conduttore e, ancora, se sia questione di responsabilità contrattuale o ripartizione del rischio negoziale.

Questo tema, come detto, è stato per lo più trascurato dai numerosi studiosi che si sono occupati della disciplina della *locatio-conductio*. Solo alcuni hanno accennato alla problematica in questione, ma in modo incidentale in lavori di più ampio respiro, e normalmente all'interno della trattazione di problematiche generali, quale la responsabilità contrattuale.

Zusammenhänge mit Gesellschaft, Wirtschaft und Staatlicher Vermögensverwaltung, Köln-Graz, 1964; C. ALZON, *Problèmes relatifs à la location des entrepôts en droit romain*, Paris, 1965; L. AMIRANTE, *Locare habitationem*, Studi Biondi, I, Milano, 1965, pp. 445 e ss.; N. PALAZZOLO, *Evizione della cosa locata e responsabilità del locatore*, BIDR, 68, 1965, C. ALZON, *Les risques dans la locatio-conductio*, Labeo, 22, 1966, pp. 311 e ss. E. COSTA, *La locazione di cose nel diritto romano*, Roma, 1966; L. AMIRANTE, *In tema di opus locatum*, Labeo, 13, 1967, pp. 49 e ss.; B. W. FRIER, *Landlords and Tenants in Imperial Rome*, Princeton, 1980; G. CARDASCIA, *Sur une fonction de la sous-location en droit romain*, Studi Biscardi, II, Milano, 1982; S. D. MARTIN, *The Roman Jurists and the Organization of Private Building in the Late Republic and Early Empire*, Bruxelles, 1989; R. FIORI, *La definizione della locatio conductio*, Napoli, 1992; R. VIGNERON, *La conception originaria de la locatio conductio romaine*, Mélanges F. Wubbe offerts par ses collègues et ses amis à l'occasion de son soixante-dixième anniversaire, Fribourg, 1993; G. IMPALLOMENI, *Locazione (diritto romano)*, Dig. disc. Priv., XI, 1994, pp. 89 e ss. [ora anche in ID., *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 1994, pp. 651 e ss.]; G. PUGLIESE, *Locatio-conductio*, Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor J. L. Murga Gener, Madrid, 1994; A. METRO, *La sublocazione dell'opus faciendum*, Collatio Iuris Romani, I, Amsterdam, 1995; A. GUARINO, *La multiforme locatio-conductio*, IURA, 50, 1999, pp. 4 e ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Remissio mercedis, una storia tra logiche di sistema e autorità della norma*, Napoli, 2005; S. VIARO, *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, Padova, 2011.

La ricerca, che mi propongo di condurre, non può che avere come punto di partenza l'analisi delle fattispecie concrete, contenute nei testi giurisprudenziali, questo perché "il contenuto casistico è una caratteristica generale delle opere dei giuristi romani, e ciò indipendentemente dal genere letterario in cui le singole opere sono inquadrabili²". Pertanto, il fulcro di questo lavoro è sempre il caso concreto esposto dai giureconsulti e l'individuazione degli elementi essenziali, utilizzati da questi per risolvere la fattispecie concreta. Insomma, il compito è quello di determinare la struttura del caso specifico, sulla base delle circostanze che sono ritenute caratterizzanti e decisive ai fini della regolamentazione giuridica³. Identificati gli elementi essenziali delle singole fattispecie e la soluzione che i giuristi danno al quesito di diritto sottoposto alla loro attenzione, cercherò di individuare se vi sia una *ratio decidendi* comune a tutti i casi analizzati, benché sotto alcuni aspetti questi siano eterogenei.

Tutte le fattispecie che verranno qui di seguito analizzate sono accumulate da due elementi. Innanzitutto, il locatore non è proprietario dell'immobile. O meglio, negli esempi esaminati nella prima parte del lavoro, il locatore è inizialmente proprietario e in corso di locazione perde la spettanza sul bene, a seguito di un fatto esterno alla sua signoria o per un suo atto volontario. In tutti gli altri casi studiati, invece, il locatore non è mai stato proprietario del bene. Nelle fonti indagate, esistono diverse figure di locatore non proprietario: nella prima parte del lavoro si tratta del locatore, che ha una qualche spettanza giuridica, sia essa un diritto reale minore o un titolo contrattuale, che comunque si estingue in corso di locazione. Nell'ultimo capitolo, invece, è analizzata la figura del locatore *extraneus* al bene sin dalla conclusione del negozio.

Quanto agli elementi comuni, che impongono la trattazione congiunta di tutti questi casi, in tutte le fattispecie studiate si assiste a un conflitto tra titoli giuridici aventi un contenuto parzialmente identico. Da una parte, il titolo di proprietà vantato da un soggetto estraneo alla locazione; dall'altra, il conduttore, che ha un diritto di credito al godimento del bene, derivante dal contratto di locazione. Sia il diritto di proprietà che il contratto di locazione legittimano i titolari al godimento dell'immobile su cui queste posizioni giuridiche incidono. Il conflitto è, però, solo potenziale fintanto che non c'è l'espulsione materiale del conduttore dal bene. È quindi solo a seguito della scacciata della parte che i giuristi s'interrogano su come debbano essere ripartite le perdite economiche derivanti dall'impossibilità della prestazione locatoria. Infatti, l'evento che estingue il diritto, che

² L. VACCA, *Metodo casistico e sistema giurisprudenziale*, 2006, Padova, p. 177.

³ Queste le parole di IDEM, *Metodo casistico*, cit., p. 32.

legittimava giuridicamente il locatore a concedere il godimento del bene, non travolge mai automaticamente il contratto di locazione. Dunque, è solo con la perdita definitiva del godimento che si pone la questione su chi e come debbano essere allocate le perdite patrimoniali, conseguenti all'estinzione prematura del vincolo locatizio.

Infine è necessaria un'ultima precisazione. In tutti i casi analizzati, la prestazione che diventa impossibile è sempre e solo quella del locatore che, a seguito di un evento, non può più adempiere la sua obbligazione, ossia assicurare il *frui licere*. L'inadempimento dell'obbligazione del conduttore, ossia del pagamento della mercede, pone questioni giuridiche diverse rispetto a quelle che mi propongo di trattare.

Questa ricerca non affronterà nello specifico il presupposto, ossia l'ammissibilità della locazione da parte del non proprietario. Pare comunque opportuno, in via preliminare, qualche cenno sull'argomento. Un primo dato è fondamentale: in nessuna fonte, si richiede che il locatore sia al tempo stesso e per tutta la durata del contratto anche proprietario del bene. Probabilmente, questa doveva essere l'ipotesi più frequente, ma non la sola ammessa dall'ordinamento. Anzi, forse si potrebbe anche sostenere che l'ordinamento sia del tutto indifferente al rapporto, giuridico o fattuale, che lega il locatore al bene. Quest'affermazione è supportata dalla circostanza che il locatore è tenuto *ex contractu* alla semplice messa a disposizione del bene, senza che debba trasferire alla controparte né la proprietà, né il possesso. Parallelamente, il conduttore consegue solo la detenzione della cosa locata, ossia la generica disponibilità materiale. Ed è proprio perché il locatario ha una mera disponibilità della *res locata* che non è necessario che la sua controparte sia proprietaria della cosa, e, in generale, che possa vantare una qualche spettanza giuridica su essa. Insomma, chiunque può locare, anche se non ha alcun diritto di disporre della cosa, perché la possibilità di procurare il godimento ad altri non discende dall'avere questo diritto⁴. Comunque, ciò non toglie che in epoca più risalente, “il contratto di locazione dovette essere concluso tra chi si trovasse a poter disporre del godimento della cosa, in dipendenza della spettanza giuridica di cui fosse investito su questa e chi non avesse su questa verun rapporto di pertinenza”⁵. Nel diritto classico, invece, accanto al

⁴ E. COSTA, *La locazione*, cit., p. 12; S. PEROZZI, *Istituzioni*, cit., p. 291 nt. 3; G. GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, Torino, 1960, p.148; N. PALAZZOLO, *Evizione della cosa locata e responsabilità del locatore*, BIDR, 68, 1965, p. 282. Tra i pandettisti, B. WINDSCHEID, *Il diritto delle pandette*, cit., 1902, p. 137; A. DERNBURG, *Pandette 2*, 1906, Torino, p. 472; B. BRUGI, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1926, p. 345.

⁵ E. COSTA, *La locazione di cose*, cit., p. 12.

locatore proprietario, che dispone del godimento come un attributo che discende dal dominio sulla cosa, sono riconosciute altre figure di locatore. Oltre al soggetto, che si atteggia da proprietario nei confronti dei terzi, salvo poi rispondere nei confronti del vero *dominus* di questo comportamento⁶, figura anche il locatore, al quale spetta il godimento separatamente dal dominio, in base a un titolo distinto da questo. Ecco allora che le fonti ammettono espressamente la locazione della cosa, posseduta in forza di un diritto reale in *re aliena*. Così, l'usufruttuario può cedere il godimento nei termini previsti dal suo titolo costitutivo⁷, se non espressamente escluso⁸ dal titolo o dalla natura della cosa gravata⁹. Allo stesso modo, l'investito del diritto sulle *operae servorum*, trattate come una specie di *hominis usufructus*, può, analogamente all'usufruttuario, cedere ad altri il godimento¹⁰. Nel periodo giustiniano, si prevede che, anche il beneficiario del diritto di *habitatio* possa dare ad altri il godimento dell'edificio¹¹. Inoltre, si ammette che anche il titolare di un diritto reale di garanzia possa cedere il godimento del bene: così il creditore pignoratizio può assumere la qualità di locatore della cosa ricevuta in pegno¹². La giurisprudenza non permette, invece, che l'intestatario del semplice *usus* possa locare ad altri il bene¹³.

Non solo il titolare di un diritto reale su cosa altrui può concludere una locazione, ma anche chi sia legato da un rapporto negoziale col bene. Infatti, è ammessa la possibilità che il locatore fosse lui stesso conduttore di un rapporto di locazione principale, insomma che il conduttore sublochi a sua volta la *res*. Il tema della sublocazione è stato per lo più trascurato dalla romanistica. Gli interpreti, che se ne sono occupati, l'hanno fatto incidentalmente in opere più vaste¹⁴, per esempio in tema di responsabilità contrattuale. Qualche notizia è comunque giunta. Sembra, infatti, che la sublocazione avesse carattere quasi unicamente professionale¹⁵. Il conduttore non contraeva per sé,

⁶ D.12.6.55 (Pap. 6 *quaest.*).

⁷ D. 7.1.13.8 (Ulp. 18 *ad Sab.*).

⁸ D. 7.1.12.2 (Ulp. 17 *ad Sab.*); D. 7.1.15.5 (Ulp. 18 *ad Sab.*); D. 7.1.38 (Marc. 3 *inst.*).

⁹ D. 7.1.15. 4-5 (Ulp. 18 *ad Sab.*).

¹⁰ D. 7.7.3 (Gai. 7 *ad ed. prov.*); D. 15.1.37.3 (Iul. 12 *dig.*); D. 33.2.2 (Pap. 17 *quaest.*); D. 45.3.18.3 (Pap. 27 *quaest.*).

¹¹ E. COSTA, *La locazione*, cit., p. 13.

¹² D. 20.1.23pr. (Mod. 3 *reg.*).

¹³ D. 7.8.11 (Gai. 2 *rer. cott.*); D. 7.8.8pr. (Ulp. 17 *ad Sab.*); D. 7.8.12. 4 e 6 (Ulp. 17 *ad Sab.*); D. 7.8.14pr (Ulp. 17 *ad Sab.*); D. 10.3.10.1 (Pau. 23 *ad ed.*).

¹⁴ TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., pp. 240 e ss.; in particolare, cap. III, sezione 4: *Untermiete, Afterpacht u. Gruppenarbeitsvertrag*, pp. 27-33.

¹⁵ G. CARDASCIA, *Sur une fonction de la sous-location en droit romain*, Studi Biscardi, II, Milano, 1982, p. 367.

ma per avere un lucro¹⁶ dalla cessione a terzi del godimento del bene, che a sua volta aveva preso in locazione¹⁷. Secondo uno studioso¹⁸, “le locataire/sous-bailleur est ordinairement, à Rome, un professionnel qui joue, sur le plan économique, le rôle dévolu de nos jours à l’agent immobilier opérant des locations”. Dunque, il sublocatore svolgeva un’attività professionale che si avvicinerebbe all’odierno agente immobiliare, ma che se ne discosta in punto di assunzione dell’alea imprenditoriale. Infatti, il moderno intermediario immobiliare normalmente riceve l’incarico dal proprietario tramite un contratto di mandato, in cui si prevede un patto accessorio, con il quale si stabilisce la retribuzione per il servizio. A Roma, invece, questo strumento era il contratto di locazione. Il *dominus* cedeva il godimento a un soggetto, che professionalmente rilocava l’immobile a un prezzo maggiorato, per averne un profitto, che altro non era, che la sua retribuzione. Insomma, a differenza di quanto accade oggi, il sublocatore romano assumeva il rischio di cui il moderno mandatario non si fa carico. Infatti, l’intermediario romano era comunque il primo conduttore della cosa e doveva pagare il canone al proprietario, anche se non fosse riuscito a sublocare l’immobile.

La sublocazione professionale fu un fenomeno che trovò la sua causa nel massiccio afflusso di nuovi abitanti in tutte le grandi città, a partire dalla fine dell’età repubblicana¹⁹. La forte urbanizzazione stimolò il mercato immobiliare e al contempo lo sviluppo della regolamentazione giuridica del contratto di *locatio-conductio*. Quanto alla sua disciplina, il subaffitto era sempre ammesso, salvo patto contrario espresso, così come si legge in una costituzione del 294 d. C.²⁰. La facoltà di subaffittare il bene era ritenuta compresa nella concessione dell’uso e del godimento, essendo un’esplicazione dell’*uti frui*. Il punto ancora dibattuto è se tale facoltà fosse, dapprima, attribuita singolarmente con una pattuizione specifica, che, con il ripetersi della cessione, fosse diventata da semplice *accidentalium negotiorum* un *naturalium negotiorum*²¹, oppure, in ottemperanza alla buona fede, le pattuizioni speciali, tra cui il patto di ammissibilità della sublocazione o del subappalto²², fossero già parte del contratto. Ma, al di là di questo aspetto ancora non risolto, è pacifico che il conduttore potesse locare il bene.

¹⁶ Così in D.19.1.53 pr. (Lab. 1 *pith.*) e D.19.2.58pr. (Lab. 4 *post. a Iav. epit.*).

¹⁷ Così in D. 19.2.7 (Paul. 32 *ad ed.*) e in D. 19.2.8 (Thyp. 9 *disp.*).

¹⁸ G. CARDASCIA, *Sur une fonction*, cit., p. 386.

¹⁹ In questo periodo, nacque una nuova figura professionale i cd *locandieri* che si ponevano quali intermediari tra la proprietà e gli inquilini. Si veda in argomento, IDEM, *Sur une fonction*, cit., p. 388.

²⁰ C. 4.65.6:… *nemo prohibetur rem quam conduxit fruendam alii locare si nihil aliud convenit.*

²¹ O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, 2, Leipzig, 1901, p. 641.

²² G. IMPALLOMENI, *Locazione nel diritto romano*, cit., p. 94.

Infine, nelle fonti²³ ci sono esempi di locatore, che non è titolare di alcun diritto, né reale, né personale, che lo legghi giuridicamente al bene. Come detto, la mancanza di qualsiasi spettanza giuridica con la cosa era un particolare indifferente ai fini del perfezionamento del vincolo. Infatti, “non solo la locazione era validamente costituita, non solo essa non creava da sola responsabilità del locatore, ma addirittura veniva riconosciuto l’obbligo contrattuale del conduttore di pagare la mercede nei confronti del locatore che né era proprietario, né aveva altro diritto sulla cosa”. Insomma, fintanto che il locatore procurava alla controparte il godimento del bene, aveva adempiuto la sua obbligazione e aveva diritto a ricevere la mercede.

Il lavoro è strutturato in due parti. Nella prima, si analizzano i casi in cui, al momento della conclusione del negozio locatizio, il locatore ha un titolo che lo lega giuridicamente al bene e solo *locatione pendente* perde la spettanza giuridica. Nella prima parte, si affrontano tutti i possibili casi di titolo che possono astrattamente legare un soggetto a una *res*, iniziando da quello con maggior tutela giuridica: il diritto di proprietà, tutelato *erga omnes* (cap. 1); quindi, il diritto reale su cosa altrui (cap. 2) e il diritto di credito nascente da un contratto che riceve solo una tutela obbligatoria e circoscritta alle parti negoziali (Cap.3).

Il primo capitolo ruota attorno all’analisi del noto brano di Africano, D. 19.2.33 (Afr. 8 *quaest.*), in cui è riportata una famosa *distinctio* di Servio, dettata per risolvere il problema della ripartizione delle perdite tra il conduttore che non ha più l’*uti frui*, e il locatore, che ha perso il dominio dell’immobile locato a seguito della *publicatio* del bene.

Nel secondo capitolo, si analizza la figura del locatore titolare del diritto reale *in re aliena*. Il caso concreto presentato nelle fonti è quello dell’usufruttuario che dispone del godimento della cosa cedendolo a terzi. Il brano centrale, su cui verte l’intero capitolo, è di Ulpiano²⁴ che cita il pensiero di un altro giureconsulto, Marcello. I due giusperiti si concentrano sugli effetti che ha la morte dell’usufruttuario/locatore sul contratto di locazione e, in particolare, in quali casi il successore *mortis causa* dell’usufruttuario rimanga legato al contratto locatizio concluso dal suo dante causa. Un elemento caratterizza il passo e influenza la decisione dei due giureconsulti: il comportamento del locatore al momento della conclusione del contratto locatizio. Infatti, le conseguenze in punto di ripartizione delle perdite patrimoniali sono fatte dipendere proprio dal comportamento del contraente.

²³ D. 19.2.7 (Paul. 32 *ad ed.*); D. 19.2.8 (Thyp. 9 *disp.*); D. 19.2.9.6 (Ulp. 32 *ad ed.*).

²⁴ D.19.2.9.1(Ulp.32 *ad ed.*).

Nel capitolo successivo (Cap. 3), l'analisi si concentra sul locatore, che vanta un diritto di credito, che ha come oggetto mediato il bene locato. Come già anticipato, il caso specifico analizzato è quello del conduttore/sublocatore. I testi fondamentali sono due, uno di Labeone²⁵ e uno di Alfeno²⁶. In entrambi, la prima locazione è *a domino*, ossia il primo locatore è anche proprietario dell'immobile e in forza di questo titolo cede il godimento a un soggetto, il quale a sua volta conclude un contratto di locazione con un terzo. Il bene è così gravato da due locazioni, in cui il conduttore del primo contratto è allo stesso tempo sublocatore. Il quesito sottoposto all'attenzione dei due giuristi è, anche in questo caso, come devono essere ripartite le perdite tra le parti, qualora un evento sopravvenuto impedisca materialmente il godimento del bene al subconduttore e, indirettamente, anche al primo conduttore.

La prima parte della ricerca si chiude con la trattazione delle conseguenze della vendita, e, più in generale, di qualsiasi alienazione a titolo particolare *inter vivos* o *mortis causa*, del bene da parte del locatore/*dominus* (Cap. 4). Questo caso per alcuni versi è accumulabile ai primi tre, per altri differisce profondamente. Quanto ai punti in comune, la locazione è *a domino*. Infatti, al momento dell'accordo, il locatore vanta un titolo giuridico nei confronti dell'immobile, ne è proprietario. Durante l'esecuzione del contratto, aliena il bene, diventando terzo rispetto a esso.

L'elemento che differenzia questa fattispecie dalle altre, che mi ha portato a trattare la fattispecie in chiusura di capitolo, è la qualificazione giuridica dell'evento, che causa alla perdita del titolo legittimante la cessione del godimento. Se, infatti, negli altri casi questo è un fatto giuridico (la *publicatio*) o naturale (la morte o la vetustà dell'immobile), qui la perdita del diritto assoluto è dovuta a un atto del titolare della posizione giuridica. Questo, infatti, dispone a titolo particolare del bene, cedendo il dominio a un terzo. Questa differenza sostanziale non è di poco conto ed è tenuta in particolare considerazione dai giuristi. In particolare, l'analisi del passo di Gaio²⁷, esalta questa peculiarità e suggerisce un rimedio all'alienante per tutelare il conduttore, permettendogli di usufruire del bene sino allo spirare del termine, e in ultima analisi, per evitare che sia chiamato a dover risarcire in prima persona i danni causati dall'espulsione del conduttore.

Nella seconda parte del lavoro, si analizzano gli effetti dell'espulsione del conduttore, nel caso in cui già al momento della conclusione del negozio, il locatore non è titolare di alcun rapporto giuridico che lo legghi al bene. Dunque, *ab origine* il locatore ha un mero rapporto fattuale con la *res locata* (cap.5). Le fonti presentano due diversi casi: da una parte, il locatore che in buona fede crede di essere proprietario dell'immobile e

²⁵ D.19.2.60pr. (Lab. 5 a Iav. ep.).

²⁶ D.19.2.30pr. (Alf. 3 dig. a Paulo epit.).

²⁷ D.19.2.25.1 (Gai 10 ad ed. prov.).

subisce l'evizione nel corso della locazione; dall'altra, il locatore che, per strappare alla futura controparte condizioni più favorevoli, la inganna simulando la proprietà sul bene. Ciò che differenzia il trattamento giuridico dei due locatori, quello in buona fede e quello disonesto, è, ancora una volta, il comportamento tenuto nella fase precontrattuale. Infatti, entrambi i locatori si presentano come proprietari, ma il comportamento di quello evitto senza colpa è scusabile, mentre l'altro non lo è, perché è mosso da un intento disonesto. È proprio su questo diverso atteggiamento che si basa la seconda *distinctio* di Servio, contenuta nel brano di Africano, D.19.2.35pr. (Afr. 8 *quaest.*), che è volta a risolvere le controversie tra conduttore e locatore "non titolato". Infatti, la prima regola di Servio è risolutiva per i soli casi trattati nella prima parte del lavoro, ossia i casi in cui, al momento della conclusione della locazione, il locatore sia proprietario e, a mio parere, in generale titolare di un diritto in tal senso assoluto o relativo nei confronti del bene.

Capitolo I

La *publicatio* del fondo locato in Africano D. 19.2.33 (Afr. 8 *quaest.*)

L'indagine sulle ripercussioni della *locatio a non domino* ha inizio con l'analisi delle conseguenze della perdita del titolo legittimante alla locazione e con l'esame degli effetti del conflitto tra posizioni giuridiche, aventi un contenuto parzialmente identico. Infatti, si vedrà che più soggetti vantano un diritto sul bene locato, che le facoltizza al godimento della *res*.

Nel frammento D.19.2.33 (Afr. 8 *quaest.*), il locatore è proprietario del bene nel momento della conclusione del negozio locatizio. In corso di contratto, subisce la *publicatio* dell'immobile, a cui consegue l'estinzione del suo diritto di proprietà. Dunque, un fatto successivo al perfezionamento del vincolo, una *publicatio*, estingue il diritto reale in vigenza di locazione.

La situazione giuridica successiva all'ablazione del bene consta di tre diversi soggetti titolari di altrettante posizioni giuridiche incidenti sul medesimo bene. Da una parte, il conduttore vanta un diritto di credito nei confronti del locatore/*ex* proprietario, che gli permette di godere del bene, sino allo spirare del termine convenuto contrattualmente; dall'altra, il locatore rimane obbligato al *frui licere* anche successivamente la perdita del bene; infine, l'organo pubblico ha il dominio dell'immobile.

1. La *publicatio* dell'immobile.

Si prendono le mosse dall'esegesi di due Digesto, accomunati fra loro dai compilatori.

D.19.2.33 (Afr. 8 *quaest.*): *Si fundus quem mihi locaveris publicatus sit, teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet, quo minus id praestes: quemadmodum, inquit, si insulam aedificandam locasses et solum corruisset, nihilo minus teneberis. nam et si vendideris mihi fundum isque priusquam vacuus traderetur publicatus fuerit, tenearis ex empto: quod hactenus verum erit, ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris mea intersit eum vacuum mihi tradi. similiter igitur et circa conductionem servandum puto, ut mercedem quam praestiterim restituas, eius scilicet temporis, quo frui non fuerim, nec ultra actione ex conducto praestare*

cogeris. nam et si colonus tuus fondo frui a te aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere ne id faciat possis, tantum ei praestabis, quanti eius interfuerit frui, in quo etiam lucrum eius continebitur: sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim maiorem aut potentiam eius non poteris, nihil amplius ei quam mercedem remittere aut reddere debebis,

D.19.2.34 (Gai. 10 ad ed. prov.): *perinde ac latronum incursus id acciderit.*

Il passo di Africano deve essere letto unitamente al breve inciso di Gaio. Il frammento 33 tratta il caso di un tale che ha locato il proprio fondo e successivamente ha subito la *publicatio* dell'immobile. Cecilio Africano si domanda quali siano le conseguenze sul rapporto locatizio instaurato dalle parti, nel caso sia impedito al conduttore il *frui licere* da parte del nuovo proprietario. Il brano successivo di Gaio estende il discorso di Africano anche alle ripercussioni dovute a un altro evento che, parimenti, comporta l'impossibilità del godimento della cosa locata, ossia l'incursione dei predoni nell'immobile.

Parte della dottrina²⁸ ritiene che il passo di Gaio sia stato inserito da mani giustinianee e falsamente attribuito al giurista del II secolo. Secondo uno studioso²⁹, se l'inciso gaiano "fosse già stato presente nella riflessione di Servio o di altri giuristi successivi, lo stesso Africano avrebbe diversamente trattato la casistica esposta in D.19.2.33". Altri autori³⁰, invece, lo considerano classico. In realtà, il breve testo del giureconsulto si limita ad ampliare il ragionamento giuridico contenuto nel brano di Africano e non apporta alcuna novità. Inoltre, la questione del suo rapporto con il passo di Africano non sembra di per sé giustificare i sospetti d'interpolazione. Ritengo, quindi, si possano approfondire entrambi i brani, a prescindere dai sospetti sulla genuinità dello scritto di Gaio, D.19.2.34 (Gai. 10 ad ed. prov.).

2. I diversi significati di *publicatio*.

Prima di procedere all'esegesi del lungo discorso di Cecilio Africano, è necessario soffermarsi sul concetto di *publicatio*,

²⁸ Così G.I. LUZZATTO, *Caso fortuito come limite alla responsabilità contrattuale, I. La responsabilità per la custodia*, Milano, 1938, p. 217; TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., p. 164.

²⁹ L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Remissio mercedis*, cit., p. 27.

³⁰ M. KASER, *Periculum locatoris*, cit., p. 175 nt.75, alla cui tesi ha aderito successivamente TH. MAYER-MALY, *Haftung aus Miete nach Staatunrecht*, ZSS, 74, 1957, p. 369 nt.39.

poiché, a seconda del significato che si crede di attribuire al termine, cambiano le conseguenze giuridiche.

Con l'espressione *publicatio bonorum*³¹, poteva essere indicata la confisca³². La parola *confiscatio* è rara nei testi giuridici, tanto che il verbo *confiscare* si trova eccezionalmente.

In epoca più risalente, questa sanzione era connessa alla *consecratio*³³ dei beni alla divinità e si applicava inizialmente contro il nemico della patria per il delitto di alto tradimento. La confisca dei beni del reo era diretta conseguenza dell'essersi messo contro la *civitas* e tale comportamento era sanzionato con la perdita dello *status* di cittadino e della conseguente tutela giuridica data dall'ordinamento³⁴. Si tramanda che, già ai tempi di Silla, i partiti avevano decretato con una legge Cornelia che le ricchezze dell'esiliato fossero assegnate al demanio pubblico³⁵.

Con il trascorrere del tempo, si sostituì la pena di morte con l'*interdictio aqua et igni*. Questa sanzione comportava l'esclusione del reo dalla collettività cittadina, sancita con un provvedimento avente formalmente natura legislativa³⁶. All'*interdictio*, seguiva la privazione, espressa simbolicamente dall'acqua e dal fuoco, di tutti i diritti personali e patrimoniali, così che la confisca del patrimonio divenne un effetto della condanna stessa, qualificata da alcuni autori come pena accessoria, da altri quale conseguenza necessaria³⁷.

³¹ In tema si veda: T. MOMMSEN, *Das römische Strafrecht*, Leipzig, 1901; J. MARQUARDT, *Manuale des Antiquités romaines*, vol. XIX, Paris, 1902, pp. 957 e ss.; C. FERRINI, *Esposizione storica del diritto penale romano*, Enciclopedia di diritto penale, pp. 160 e ss.; U. BRASIELLO, "Publicatio bonorum", NNDI, XIV, 1967, p. 584 e ss.; F. SALERNO, *Dalla "consecratio" alla "publicatio bonorum": forme giuridiche e uso politico dalle origini a Cesare*, Napoli, 1990.

³² Si veda in argomento, U. BRASIELLO, *Confisca. Diritto romano*, NNDI, IV, p.35-36; F. SALERNO, *Dalla "consecratio" alla "publicatio bonorum"*, cit.

³³ In tema si veda: F. VITTINGHOFF, *Der Staatsfeind in der römischen Kaiserzeit*, Berlin, 1936, pp. 77 e ss.; M. KASER, *Altrömisches Jus*, Göttingen, 1949; P. VOCI, *Diritto sacro romano in età arcaica*, SDHI, 1953, pp. 38 e ss.; E.F. BRUCK, *Political ideology, propaganda and public law of the romans. "Ius imaginum" and "consecratio imperatorum"*, Seminar, 1949, pp. 1 e ss.; G. LUZZATO, *Consecratio*, NNDI, pp. 110 e ss.

³⁴ C. FERRINI, *Diritto penale romano*, Roma, 1976, p.160.

³⁵ G. CARNAZZA-RAMETTA, *Studio sul diritto penale dei romani*, Roma, 1972, p. 236.

³⁶ C. VENTURINI, recensione a F. SALERNO, *Dalla "consecratio" alla "publicatio bonorum"*, SDHI, 58, 1992, p. 484.

³⁷ In tema di pena: C. FERRINI, *Esposizione storica del diritto penale romano*, Enciclopedia Pessina, I, Milano, 1902, pp. 143 e ss.; T. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig, 1899; E. COSTA, *Crimini e pene da Romolo e Giustiniano*, 1921, Bologna; E. LEVY, *Die römische Kapitalstrafe*, Heidelberg, 1931; U. BRASIELLO, *La pena capitale romana*, Rass. bibl. delle soc. giur. soc. e politiche, 9, 1934, pp. 85 e ss.; IDEM, *La repressione penale in diritto romano*, Napoli, 1937; F.M. DE ROBERTIS, "Arbitrium iudicantis" e statuizioni imperiali,

La *publicatio* del patrimonio consegue a tutti quei reati che hanno come sanzione la morte o la perdita della cittadinanza³⁸ e ciò non sorprende: la mancanza dello *status civitatis* implica l'incapacità giuridica, ossia l'impossibilità di essere titolari di posizioni giuridiche soggettive. Il reo perde quindi i beni e i diritti su questi, che sono acquisiti dall'organo pubblico, il quale succede anche nei rapporti contrattuali, di cui il colpevole è titolare al momento dell'inflizione della pena. Come riporta De Robertis³⁹, a seguito della requisizione, il fisco subentra nella posizione giuridica e patrimoniale del condannato: si è in presenza di una successione a titolo universale da parte dell'organo pubblico che è tenuto a proseguire i rapporti contrattuali in corso.

Quanto alla portata della *publicatio*, questa non incide sull'intero patrimonio del reo, ma solo su una quota di esso⁴⁰: così, nel caso di esilio, si concedeva al condannato un sussidio (*viaticum*), o una pensione (*annum*), proporzionati alle sue ricchezze. Alcune informazioni sulla sorte del patrimonio del condannato ci sono state tramandate da Callistrato⁴¹ in diversi passi contenuti nel Digesto. Innanzitutto, si ammetteva che dovesse essere riservata ai figli una quota delle sostanze del reo, fatta eccezione per il caso di condanna per alto tradimento, *etiam si qui ante concepti et post damnationem nati sunt, portiones ex bonis patrum damnatorum accipiunt*⁴². Il giurista specifica, inoltre, che la quota riservata a questi era quantificata nella metà delle ricchezze del colpevole⁴³.

In età augustea, la confisca era una pena speciale e così si mantenne per tutta l'età imperiale. Con Giustiniano⁴⁴, essa fu abolita per i reati comuni, mentre per gli altri crimini fu diminuita la quota incamerabile, perché ritenuta eccessiva. Così, furono previsti ulteriori limiti: la *publicatio* era esclusa se il reo avesse discendenti o ascendenti fino al terzo grado; la moglie del condannato conservava il diritto alla dote e alla *donatio propter nuptias* e, se non avesse avuto la dote, alla parte che le sarebbe spettata per successione⁴⁵.

Infine la moderna dottrina distingue tra la *publicatio bonorum*, per così dire, ordinaria, che seguiva *ope legis* alla *damnatio*, e

ZSS, 59, 1939, pp. 219 e ss.; F.M. DE ROBERTIS, *La variazione della pena nel diritto romano*, Bari, 1954; G. CARNAZZA-RAMETTA, *Studio sul diritto penale dei romani*, cit.

³⁸ D.48.20.1.pr. (Callistr. *I de iure fis. et pop.*): *Damnatio bona publicatur, cum aut vita adimitur aut civitas, aut servilis condicio irrogatur.*

³⁹ F.M. DE ROBERTIS, *L'espropriazione per pubblica utilità nel diritto romano: con una addenda*, Roma, 1972, pp. 159-160.

⁴⁰ Si veda a titolo esemplificativo, D.48.7.1pr. (Marc. *XIV inst.*): *de vi privata damnati pars tertia bonorum ex lege Iulia publicatur...*

⁴¹ D.48.20.1-2 (Callistr. *I de iure fis. et pop.*).

⁴² D.48.20.1.1 (Callistr. *I de iure fis. et pop.*).

⁴³ D.48.20.1.3 (Callistr. *I de iure fis. et pop.*).

⁴⁴ Nov. 17.134.

⁴⁵ C. FERRINI, *Diritto penale*, cit., p.161.

una privazione dei beni straordinaria, inflitta nella *cognitio extra ordinem*. Quest'ultima era espressione dei poteri di *coercitio* inizialmente del magistrato, poi del funzionario imperiale, ed era uno strumento volto a punire quegli atti che fuoriuscivano dalla normale repressione penale.

Con il termine *publicatio*⁴⁶ però, s'indica anche l'espropriazione di pubblica utilità che sembra sia stato un istituto largamente applicato in tutto il corso della storia romana⁴⁷. Il magistrato⁴⁸, preposto all'esecuzione di un'opera pubblica, era titolare dello *ius publicandi* ed esercitava questo potere nel caso in cui fosse sorto un interesse pubblico rispetto a un bene privato. Dunque, condizione preliminare, affinché s'iniziasse l'*iter* che avrebbe portato all'espropriazione, era la dichiarazione di pubblica utilità⁴⁹, ossia un atto di determinazione unilaterale da parte dell'organo pubblico, volto a esteriorizzare o, meglio, a comunicare al proprietario la volontà di appropriarsi del bene⁵⁰. Quanto alla procedura, essa si concretava, forse, nell'emanazione di un decreto, con cui il magistrato procedente intimava al proprietario di cedere la *res*. Il cittadino poteva giungere a un accordo sull'entità dell'indennizzo e, quindi, permettere che il soggetto pubblico s'impossessasse del bene. In caso di rifiuto, si poteva procedere all'uso di misure coercitive per imporre la cessione, ma questo solo a condizione di comprovata necessità pubblica. Infatti, il privato che avesse provato la mancanza di questo requisito imprescindibile, avrebbe potuto avere qualche possibilità di impedire il provvedimento ablatorio, che comunque rimaneva discrezionale per il magistrato procedente.

Riassumendo le caratteristiche peculiari dei due istituti: la *publicatio*, intesa quale sanzione penale, seguiva alla condanna e comportava la successione dell'organo pubblico nei rapporti giuridici incidenti sul bene. Nel caso, invece, di espropriazione

⁴⁶In tema si veda: F.M. DE ROBERTIS, *L'espropriazione*, cit.

⁴⁷F.M. DE ROBERTIS, *L'espropriazione*, cit., p.156.

⁴⁸Probabilmente i *curatores viarum*, secondo De Robertis; in questo senso, in *L'espropriazione*, cit., p.164.

⁴⁹F.M. DE ROBERTIS, *L'espropriazione*, cit., pp.279 e ss.

⁵⁰I diversi autori discutono a chi appartenesse il potere di dichiarare la pubblica utilità della *res*. A parere di alcuni, in epoca più risalente, il potere di esproprio era attribuito all'organo legislativo, più nello specifico al popolo; in periodo repubblicano, la competenza fu incardinata progressivamente nel Senato. Infine, in età imperiale, rientrava tra poteri dell'imperatore. Altri studiosi ritengono, invece, che fosse competente un organo dell'amministrazione. Si veda in argomento: P. AUVRAY, *De l'expropriation pour cause d'utilité publique envisagée dans son ensemble en droit romain et considérée spécialement en droit français*, Poitiers, 1867; A. SÉMONIN, *De l'expropriation pour cause d'utilité publique*, Paris, 1895; D. GRÉCOFF, *De l'expropriation pour cause d'utilité publique en droit romain et en droit français*, Aix, 1876; M.F. LESTRADE, *De l'expropriation des immeubles pour cause d'utilité publique*, Toulouse, 1876.

per pubblica utilità, a seguito del provvedimento ablativo si assisteva a una doppia vicenda giuridica: l'estinzione della proprietà in capo all'espropriato e la contestuale creazione di un nuovo diritto di proprietà. In altre parole, il fisco acquistava il bene libero da pesi e negozi.

È interessante notare, che l'ordinamento giuridico romano non concepisse la possibilità di modificare unilateralmente la proprietà con provvedimenti autoritativi. Non si espropriava, come lo intendiamo noi, indipendentemente dal consenso del titolare del diritto, ma s'induceva a cederlo. Si assisteva comunque a una vicenda traslativa e allo stesso tempo estintiva degli eventuali rapporti, che incidevano sul diritto trasferito.

Fatta questa premessa, su cui si tornerà nel proseguo, date le implicazioni interpretative delle due accezioni del termine, torniamo ora al passo di Cecilio Africano oggetto di analisi.

3. Esegesi di D.19.2.33 (Afr. 8 *Quaest.*).

La classicità del brano di Africano è molto dibattuta in dottrina. I sospetti non si limitano al solo rapporto del passo con il successivo di Gaio⁵¹, a cui si è accennato poc'anzi, ma coinvolgono l'intero testo. Esso rappresenta, infatti, uno dei frammenti più controversi della compilazione giustiniana in tema di *periculum emptoris*. I sostenitori della classicità di questo principio ritengono che la versione del testo di Africano sia giunta a noi così corrotta, da non poter essere usata per provare la validità della famosa regola di ripartizione del pericolo contrattuale⁵²; di contro, coloro che propendono per l'opinione avversa considerano il brano “una specie di fossile dell'epoca classica, soltanto per un puro caso superstite fra le alluvioni del bizantinismo⁵³”.

Procediamo ora all'esegesi del lungo discorso di Africano. Haymann⁵⁴ giudica l'intero passo non genuino; del medesimo avviso sono Paris e Kostantinovitch⁵⁵. Il primo elimina *aedificandam* che è invece ritenuto originale da Seckel-Levy⁵⁶.

⁵¹ D.19.2.34 (Gai. 10 *ad ed. prov.*).

⁵² P. HUVELIN, *Comptes rendus critiques*, *Revue Historique de droit français et étranger*, 1924, p. 327.

⁵³ F. M. DE ROBERTIS, *L'espropriazione*, cit., p. 156.

⁵⁴ F. HAYMANN, *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht, II: periculum est emptoris*, ZSS, 41, 1920, pp. 63 e ss.

⁵⁵ J. PARIS, *La responsabilité de la custodia en droit romain*, Paris, 1926, pp. 244-249; M. KOSTANTINOVITCH, *Le periculum rei venditae en droit romain*, Lyon, 1923, p. 124 nt.3.

⁵⁶ E. SECKEL -E. LEVY, *Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht*, ZSS, 47, 1927, p. 224 nt.3.

Invero, i dubbi su *aedificandam* risalgono già a Lotmar⁵⁷ che reputava l'intero periodo da *insulam* a *locasses* "überflüssig". Haymann⁵⁸ ritiene che *teneberis* debba essere sostituito con *tenearis*; Beseler, sostenuto da diversi studiosi⁵⁹, propende per *tenereris*⁶⁰. Quest'ultimo⁶¹ dubita di molte altre parti del testo: il futuro dovrebbe essere un presente, *est* e non *erit*, inoltre espunge *quod hactenus verum erit*, poiché l'uso dell'avverbio *hactenus* è "öfters unecht". Secondo altri⁶², però, *hactenus* non sarebbe sempre spurio. Il suo uso si rinviene anche in altri scritti di età tardorepubblicana e classica: così in un testo di Cicerone⁶³ e in uno di Gaio⁶⁴; nonché in un brano dello stesso Africano, in cui si legge *quod volgo traditum est eum, qui existimat se quid emisse nec emerit, non posse pro emptore usucapere, hactenus verum esse ait*⁶⁵. Anche Honsell⁶⁶ propende per la sua genuinità. Africano avrebbe criticato l'opinione del suo maestro, ridimensionando la portata proprio con l'espressione *quod hactenus verum erit*. La frase finale sarebbe però rimaneggiata, ma comunque la distinzione introdotta da Africano risulterebbe chiara. Inoltre, la ripetizione *nam etsi* sarebbe l'indizio di un accorciamento del testo per mano compilatoria. Beseler aggiunge un *non solum* tra *ut* e *pretium*, che è correlato a un *sed* posto subito dopo *restituas*, che più correttamente dovrebbe essere sostituito da *restituere debeas*. Inoltre, lo studioso elimina *non ut*, sostituito dal *sed* appena citato; l'intero periodo *similiter...nam*, perché non classico e *a te aut*. Infine, l'intera chiusa del passo *sin vero...debebis* non sarebbe originale: in particolare egli scrive⁶⁷ che "ein Römer und guter Stilist hätte gesagt *nihil amplius ei debebis quam remittere ei mercedem*".

⁵⁷ P. LOTMAR, *Der Arbeitvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches*, Leipzig, 1908, p. 933 nt.4.

⁵⁸ F. HAYMANN, *Textkritische Studien*, cit., p. 64.

⁵⁹ E. SECKEL -E. LEVY, *Die Gefahrtragung*, cit., p. 220 nt.4; V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Napoli, 1958, p. 191; TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., p. 163.

⁶⁰ G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen, 1913, p. 47.

⁶¹ IDEM, *Beiträge*, cit., pp. 47 e ss.

⁶² E. SECKEL -E. LEVY, *Die Gefahrtragung*, cit., p. 220.

⁶³ Cic. *De divinitat.* 1.13:..*qui hactenus aliquid egit, ut earum rationem rerum explicaret, quae in mari caelove fierent.*

⁶⁴ Gai. 3.18. *Hactenus lege XII tabularum finitae sunt intestatorum hereditates. quod ius quemadmodum strictum fuerit, palam est intellegere*; Gai. 3.54. *Hactenus omnia iura quasi per indicem tetigisse satis est. alioquin diligentior interpretatio propriis commentariis exposita est.*

⁶⁵ D.41.4.11 (Afr. 7 quaest.).

⁶⁶ H. HONSELL, *Quod interest im bonae fidei iudicium*, München, 1969, p. 125.

⁶⁷ G. BESELER, *Beiträge*, cit., p. 47.

Mayer-Maly corregge l'espressione *tenearis ex empto in teneris ex empto* e specifica che l'estensione dell'obbligo doveva coprire "das volle Interesse"⁶⁸. Espunge, inoltre, *et circa conductionem, nam...cogeris*, l'accenno alla forza maggiore (*propter...eius*) e *remittere aut*.

Secondo Huvelin, l'intero periodo da *nam et vendideris* fino a *cogeris* sarebbe interpolato; una consistente dottrina⁶⁹ è dello stesso avviso e respinge formalmente e sostanzialmente questa parte del brano con diverse motivazioni e intensità.

Levy⁷⁰ elimina *nec-cogeris*, perché superfluo e "objektlos". In particolare, l'uso del verbo al futuro rivelerebbe l'alterazione. Parimenti spuria sarebbe l'ultima parte del frammento da *nam et si colonus*⁷¹.

Infine, Perozzi⁷² ammette la classicità del risarcimento del danno anche nel caso di evizione e, di conseguenza, giustiniano il principio contenuto nel fr.33.

4. Una proposta ricostruttiva.

Betti ha suggerito una ricostruzione originale del brano che ha destato particolare interesse in dottrina. L'autore⁷³ sostiene che i compilatori avrebbero corretto *locasses* con *locassem*⁷⁴, affinché la soluzione presentata nel brano fosse conforme al paradigma della bilateralità funzionale. Se si accettasse questa correzione, il contenuto sarebbe stravolto. Inizialmente, si dice che il conduttore può agire contro il locatore, qualora non gli sia permesso il godimento, benché l'evento che ha impedito la fruizione dell'immobile non sia riconducibile al locatore. Dunque, il locatore è "responsabile" *ex conducto*. Accedendo all'opinione di Betti, nell'esempio offerto da Africano, si ritiene che qualora un committente avesse appaltato la costruzione di un'abitazione e il suolo fosse sprofondata, il conduttore/costruttore sarebbe stato tenuto alla remissione del debito.

⁶⁸ TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., p. 163.

⁶⁹ H. APPELTON, *Les risques dans la vente et les fausses interpolations*, RDH, 5, 1906, pp. 403 e ss.; S. PEROZZI, *Istituzioni*, cit., p. 292 nt.5; U. RATTI, *Il risarcimento del danno in diritto giustiniano*, BIDR, 40, 1932, p. 191; K. H. BELOW, *Die Haftung für lucrum cessans im römischen Recht*, München, 1964, pp. 112 e ss.

⁷⁰ E. SECKEL -E. LEVY, *Die Gefahrtragung*, cit., p. 221 nt.2.

⁷¹ IDEM, *Die Gefahrtragung*, cit., p. 221 nt.3.

⁷² S. PEROZZI, *Istituzioni*, cit., p. 292 nt.5.

⁷³ E. BETTI, "Periculum". *Problema del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano*, Studi in onore di Pietro de Francisci, I, Milano, 1956, pp. 172-173.

⁷⁴ Dello stesso avviso è F. HAYMANN, *Textkritische Studien*, cit., p. 65.

Provera⁷⁵ reputa genuina l'analogia con la compravendita, ma sospetto il richiamo alla *locatio operis*. Egli non concorda però con l'opinione appena riferita, perché ammettendo questa ricostruzione, l'analogia sarebbe del tutto infondata. Infatti, il testo direbbe che, se una frana avesse reso impossibile la realizzazione dell'edificio, il locatore sarebbe nondimeno obbligato nei confronti del conduttore a corrispondere la somma pattuita e questa soluzione, a parere dello studioso, mal si concilierebbe con le altre ipotesi citate nel brano: il *locator rei* sarebbe tenuto alla restituzione delle mercedi ricevute e il venditore alla restituzione del prezzo.

A mio avviso, la correzione di Betti porta a risultati diversi. La versione originale, secondo l'autorevole romanista, avrebbe presentato un *locassem* e non un *locasses*. Non avendo parimenti corretto *nihilominus teneberis*, risulterebbe che il rischio contrattuale a seguito di un evento naturale è sopportato dal *conductor operis*, ossia dall'appaltatore che non ha diritto alla mercede e anzi è tenuto alla liberazione del locatore e alla restituzione di quanto eventualmente già pagato. La correzione sarebbe allora perfettamente coerente con un'osservazione contenuta nella sua stessa opera⁷⁶. Infatti, trattando in generale del problema della responsabilità e del rischio, l'autore sostiene giustamente che ogni tipo contrattuale ha regole proprie d'imputabilità dell'inadempimento e di ripartizione del rischio negoziale che rispondono alla logica interna dell'obbligazione. A supporto di quest'affermazione elenca una serie di esempi, tra cui proprio la *locatio-conductio operis*. In questo tipo negoziale "è imputabile al *conductor* il mancato apprestamento dell'*opus*, salvo dipenda da *vis maior*"⁷⁷. La versione genuina sarebbe dunque *quemadmodum, inquit, si insulam aedificandam locassem et solum corruisset, nihilominus teneberis* ed è solo ammettendo la *duplex interpretatio* o, comunque, la bontà della correzione di Betti, che i casi successivi, posti dal giurista a supporto, hanno senso. Nelle altre fattispecie, il rischio è sopportato dal *locator rei* e dal venditore, i quali sono tenuti alla liberazione del conduttore dalla controprestazione monetaria o alla restituzione del versato. In questi esempi, è l'obbligato alla prestazione avente un contenuto infungibile a dover liberare l'altra parte dal suo obbligo, perché l'obbligazione di questo è ancora materialmente e giuridicamente possibile. Nel caso della *locatio operis*, nella variante corretta da Betti, il conduttore, obbligato alla costruzione dell'*opus*, sopporta il rischio dell'impossibilità sopravvenuta e, dunque, il committente è liberato dal pagamento. Nella versione del Digesto, *...si insulam aedificandam locasses...nihilominus teneberis*, sembra, invece, che sia la prestazione del *locator operis* a divenire impossibile e non quella del costruttore.

⁷⁵ G. PROVERA, *Sul problema del rischio contrattuale nel diritto romano*, Studi E. Betti, III, Milano, 1962, pp. 706 nt.32.

⁷⁶ E. BETTI, "Periculum", cit., p. 134.

⁷⁷ IDEM, "Periculum", cit., *ibidem*.

Riassumendo: nella versione tramandata nel Digesto abbiamo tre esempi. Nel primo si legge: *si fundus quem mihi locaveris..teneri te actione ex conducto..*; *Ego* è il conduttore, *Tu* il locatore, tenuto con l'azione contrattuale. Nel successivo, il giurista dice *si insulam aedificandam locasses... teneberis*. Qui *Tu* è il locatore, *Ego*, o un terzo, il conduttore obbligato con l'azione contrattuale a una prestazione in favore del locatore, sia essa la liberazione dal pagamento della mercede o il risarcimento del danno. Nell'ultimo esempio, *si vendideris mihi..tenearis ex empto..ut pretium restituas*, *Ego* è l'acquirente del fondo, *Tu* il venditore, convenuto con l'azione di vendita per la restituzione del prezzo. Nel primo e nel terzo esempio, i soggetti obbligati con l'azione contrattuale sono il *locator rei* e il venditore, ossia le parti la cui prestazione ha come contenuto un obbligo di *facere* specifico, diventato giuridicamente impossibile. Il secondo esempio non è coerente con gli altri e inoltre è giuridicamente sbagliato. In questo caso, si legge che la prestazione divenuta impossibile è quella avente a oggetto un dare generico, il pagamento di una somma di denaro, ma come è noto, *genus numquam perit*. La mancanza di liquidità è semmai un'impossibilità soggettiva, giuridicamente qualificabile come inadempimento contrattuale. Al contrario, la versione di Betti, *si insulam aedificandam locassem... teneberis*, ben si lega con gli altri esempi e con le regole di ripartizione del rischio contrattuale. *Ego* è il locatore, obbligato a pagare la mercede; *Tu* il conduttore tenuto alla costruzione dell'immobile e a liberare la controparte dal pagamento del canone, nel caso un evento esterno, irresistibile e imprevedibile abbia reso impossibile la costruzione dell'opera.

A quanto sin qui detto, si può aggiungere un'osservazione di due autori, Seckel e Levy. Il loro lavoro è antecedente all'analisi del brano fatta da Betti e Provera. Inoltre, i due romanisti non si occupano direttamente della questione dibattuta dai due interpreti italiani e non ipotizzano nemmeno che *locasses* in origine fosse un *locassem*. Tuttavia, il risultato di un loro studio potrebbe avvalorare la tesi di Betti o, comunque, non renderla una voce isolata, o anche, semplicemente potrebbe spiegare la versione "*locasses*". Trattando dell'analogia con la *locatio operis*, gli autori riportano che ci sarebbe stata una disputa tra Proculiani e Sabiniani circa la ripartizione del pericolo nella *locatio operis*⁷⁸. I Proculiani avrebbero addossato il rischio contrattuale dell'impossibilità della prestazione sull'appaltatore. Sarebbe rimasta traccia della soluzione proculiana in due passi: D.19.2.62 (Lab. *I pith.*) e D.14.2.10pr. (Lab. *I pith.*). La scuola di Cassio sarebbe stata dell'opinione contraria, allocando il pericolo delle perdite economiche sul locatore, così come si vede in D.19.2.59 (Iav. *V Lab. post.*), in cui si cita proprio il corifeo Massurio Sabino. Quest'ultima sarebbe stata la tesi poi accolta dalla giurisprudenza e, tra gli altri, anche da Giuliano,

⁷⁸ E. SECKEL -E. LEVY, *Die Gefahrtragung*, cit., pp. 223-224.

come si legge nel frammento di Africano. Pertanto, si potrebbe anche sostenere che la correzione apportata da Betti sia avvallata dal contrasto tra scuole e si potrebbe ipotizzare che non furono i giustinianeî a modificare il testo originario, ma che essa fu il risultato di una presa di posizione dello stesso Giuliano. Non bisogna, però, tacere che il motivo dell'inserimento della versione *locasses* rimane oscuro rispetto agli altri esempi. Se, infatti, il giurista avesse citato l'orientamento della scuola sabiniana, secondo la quale il rischio sarebbe stato del *locator*, quest'analogia non sarebbe stata utile a motivare la decisione della questione principale, ma anzi avrebbero portato a risultati opposti.

5. La decisione di Africano.

Africano struttura il passo in modo da portare il lettore alla decisione, attraverso la presentazione di fattispecie simili. Inizialmente, espone il caso sottoposto alla sua attenzione. È stato locato un fondo che è stato espropriato dall'organo pubblico, *locatione pendente*. Che ne è del contratto? Il giurista afferma immediatamente che il locatore rimane legato al negozio, anche se l'evento che ha comportato la modifica proprietaria non sia dipeso da lui. Procedo quindi all'esposizione di una serie di esempi che conducono alla formulazione di quello che appare un principio generale. Il primo è quello della frana che ha travolto il campo, su cui era stata costruita parzialmente un'abitazione; si ritiene che il conduttore *nihilo minus teneberis*. Successivamente, presenta il caso della *publicatio* di un fondo venduto, ma di cui non era ancora stata trasferita la proprietà. Qui Africano condanna il compratore alla restituzione del prezzo, *ut pretium restituas*, non al risarcimento del danno. Allo stesso modo, il giurista sostiene che il locatore espropriato debba restituire quanto ricevuto in anticipo dal conduttore. Questa soluzione risponde al principio generale che Africano espone in chiusura del frammento. Nel caso sia impedito al colono di godere dell'immobile locato, il criterio per determinare il *quantum*, a cui è tenuto il locatore, va individuato nella possibilità o meno per l'obbligato di resistere alla forza che impedisce il godimento. Se può opporsi, giuridicamente o naturalmente, ma non lo fa, è tenuto per il *quod interest*; altrimenti, è questione di rimessione del debito.

6. La divergenza di vedute tra Giuliano e Africano.

L'esempio della frana del suolo ha destato l'interesse degli studiosi anche sotto altri punti di vista. In primo luogo, nel brano sarebbe citato il pensiero di un altro giureconsulto, espresso con l'inciso *inquit*. Costa⁷⁹ osserva che, con ogni probabilità, Cecilio Africano avrebbe riportato una decisione del suo maestro Salvio Giuliano⁸⁰. L'opinione non è nuova: già Buhl sosteneva che “die Quaestionen Africans (sind) auf einen der grössten römischen Juristen zurückzgeführt”⁸¹.

Il contenuto dell'opinione di Salvio Giuliano e i rapporti con il pensiero di Africano sono stati oggetto di lunghi dibattiti tra gli studiosi. Secondo il giurista di epoca adrianea, il locatore avrebbe risposto per il mancato godimento del bene verso il conduttore anche nel caso di confisca⁸² e, più in generale, ogniqualvolta la prestazione fosse stata impedita, “indipendentemente da ogni riguardo dall'essere egli senza colpa nell'ostacolo sopraggiunto all'adempimento del contratto”⁸³. Gli esempi offerti nel brano sarebbero applicazione del principio appena citato: il proprietario del suolo sarebbe tenuto *ex locato* nei confronti dell'assuntore dell'*insula aedificanda*; il venditore del fondo confiscato obbligato *ex empto* nei confronti del compratore, prima che ci fosse stato l'effetto traslativo con la *mancipatio*, o, nel caso di fondo provinciale, con la *traditio*⁸⁴. Costa⁸⁵ ritiene che la regola giuliana, secondo la quale il locatore, subita la confisca dell'immobile, sia tenuto per il *quantum interest* del godimento mancato, sarebbe stata mitigata dalla stessa mano giustiniana che lenì anche la responsabilità del venditore, *quod hactenus verum erit, ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris mea intersit eum vacuum mihi tradi*.

La critica interpolazionistica si è concentrata sulla parte di brano, che riporta il parere di Giuliano per andare a indagare se vi fosse disparità di vedute tra i due giuristi. Si è sostenuto che la parte va da *similiter* a *nam* sia un'aggiunta postclassica, così come *et circa conductionem* un glossema⁸⁶. Secondo Levy⁸⁷, *et*

⁷⁹ E. COSTA, *La locazione*, cit., pp. 34 e ss.

⁸⁰ Del medesimo avviso, tra gli altri: V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 189; TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., p. 164; R. RÖHLE, *Das Problem der Gefahrtragung im Bereich des römischen Dienst-Werkvertrages*, SDHI, 34, 1968, p. 209; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Remissio mercedis*, cit., p. 26.

⁸¹ H. BUHL, *Africans Quaestionen und ihr Verhältniss zu Julian*, ZSS, 2, 1881, pp. 192 e ss.

⁸² Costa è tra quelli che ritengono che la *publicatio* di cui al brano di Africano fosse una sanzione penale.

⁸³ E. COSTA, *La locazione*, cit., p. 34.

⁸⁴ IDEM, *La locazione*, cit., *ibidem*.

⁸⁵ IDEM, *La locazione*, cit., pp. 37-38.

⁸⁶ G. BESELER, *Beiträge zur Kritik*, cit., p. 47.

⁸⁷ E. SECKEL -E. LEVY, *Die Gefahrtragung*, cit., p. 220 nt.5.

circa conductionem sarebbe “überflüssig und irreführend” e questo perché mal si concilia con l’esempio dell’appalto, contenuto nella parte *quemadmodum... teneberis*. Infine, Haymann⁸⁸ suggerisce di cambiare il *cogeris*, che chiude il periodo, con *cogaris*.

Beseler sostiene che i due giureconsulti avrebbero ritenuto il locatore responsabile per l’interesse del conduttore al *frui licere* e la limitazione alla restituzione di quanto già pagato, in vista della continuazione del rapporto, sarebbe stata un’innovazione dei compilatori. Forse, originariamente, la liberazione del conduttore era un atto di clemenza del locatore, “...weil die Befreiung des Pächters beim Misswachs ursprünglich Verpächters Gnade war”⁸⁹.

In conclusione, gli autori citati, respingendo l’originalità di questa parte del testo, ammettono la sola responsabilità per l’interesse, ritenendo che non fosse classica la contrapposizione tra obbligo di risarcimento e di restituzione della mercede, fulcro del pensiero giuliano. Inoltre, sostengono che la *publicatio* del passo fosse una confisca, o comunque sono prudenti nel prendere una posizione netta tra la sanzione penale e il provvedimento ablatorio.

7. La classicità dell’alternativa risarcimento/ *remissio mercedis*.

Altri interpreti propendono per la sostanziale genuinità del contenuto del brano di Africano. La classicità dell’alternativa tra il risarcimento del danno e la restituzione della mercede sarebbe provata da un’altra decisione giuliana, contenuta in D.19.1.11.18 (Ulp. 32 *ad ed.*), un passo di Domizio Ulpiano.

Il problema giuridico è molto complesso e tratta delle conseguenze dell’evizione della cosa venduta. A riguardo sono riportati i pareri di entrambi i giuristi. Tralasciando quello di Domizio Ulpiano, è utile concentrarsi sul ragionamento di Salvio Giuliano.

D.19.1.11.18 (Ulp. 32 *ad ed.*):...*sed Iulianus libro quinto decimo digestorum scribit, etiamsi aperte venditor pronuntiet per se heredemque suum non fieri, quo minus habere liceat, posse defendi ex empto eum in hoc quidem non teneri, quod emptoris interest, verum tamen ut pretium reddat teneri. ibidem ait idem esse dicendum et si aperte in venditione comprehendatur nihil evictionis nomine praestatum iri: pretium quidem deberi re evicta, utilitatem non deberi: neque enim*

⁸⁸ F. HAYMANN, *Textkritische Studien*, cit., p. 64.

⁸⁹ G. BESELER, *Beiträge*, cit., p. 47.

*[bonae fidei contractus]*⁹⁰ *hac patitur conventione, ut emptor rem amitteret et pretium venditor retineret. nisi forte, inquit, sic quis [omnes istas supra scriptas conventiones]*⁹¹ *recipiet, quemadmodum recipitur, ut venditor nummos accipiat, quamvis merx ad emptorem non pertineat, veluti cum futurum iactum retis a piscatore emimus aut indaginem plagis positus a venatore, vel pantheram ab aucupe: [nam etiamsi nihil capit, nihilo minus emptor pretium praestare necesse habebit]*⁹²: *sed*⁹³ *in supra scriptis conventionibus contra erit dicendum. nisi*⁹⁴ *forte sciens alienum vendit: tunc enim secundum supra a nobis relatum Iuliani sententiam dicendum est ex empto eum teneri, quia dolo facit*⁹⁵.

Nel passo si legge che, in caso di evizione, il venditore non è mai tenuto per l'interesse del compratore, ma solo alla restituzione del prezzo. Questo sia nel caso, abbia garantito per il fatto proprio e dei suoi discendenti; sia nel caso, non fosse intervenuta alcuna pattuizione. La motivazione è semplice: un contratto di buona fede, quale la compravendita, non tollera un accordo che comporta la perdita della cosa da parte del compratore e contemporaneamente l'incameramento del prezzo da parte del venditore. Questa conclusione è supportata da un'altra osservazione di Giuliano. Il caso della vendita *rei speratae* è diverso da quello della *emptio spei*. La vendita, nel caso esposto nel testo di Ulpiano e, più in generale, nel silenzio delle parti, non è un contratto aleatorio e dunque l'alienante è sempre tenuto per il rischio dell'evizione, sempre che, dice Giuliano, il venditore abbia disposto della cosa conoscendone l'altruità, perché allora sarebbe obbligato per l'interesse, perché in dolo.

Non sono mancati sospetti di rimaneggiamenti postclassici del testo. Tuttavia è interessante notare che, anche in questo passo, Giuliano esclude il risarcimento del danno in caso di evizione e si pronuncia per la sola restituzione del prezzo.

⁹⁰ Secondo De Francisci, il richiamo al contratto di buona fede sarebbe spurio, [P. DE FRANCISCI, *Συναλλαγμα. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, 2, Pavia, 1916, p. 474].

⁹¹ Vi è chi espunge questa parte: G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen, 1913, p. 132 e IV, p. 234.

⁹² La parte sarebbe interpolata, così F. E. VASSALLI, *Miscellanea critica di diritto romano*, 1, Roma, 1913, pp. 49 e ss.

⁹³ La decisione finale “*sed in supra scriptis etc.*” è dei compilatori, così C. LONGO, *Il criterio giustiniano della “natura actionis”*, Studi Scialoja, I, p. 365 n1. A sua volta, Longo cita S. RICCOBONO, *Gli scolii sinaitici*, BIDR, 9, 1896, p.186.

⁹⁴ *Nisi forte- fin* sarebbe spuria. C. FERRINI, *Obbligazioni*, Enc. giur. it., XII, Milano, 1889, p. 480.

⁹⁵ Beseler ritiene rimaneggiata l'ultima parte del brano da *nisi forte, inquit* fino alla conclusione, [G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, II, Tübingen, 1911, p. 118.].

8. Ancora sulla presunta divergenza di opinione.

Tornando al passo di Africano, Betti⁹⁶ è tra quelli che si pronunciano a favore della genuinità del principio. Egli rileva immediatamente che il brano di Africano è stato interpretato dalla dottrina dominante in modo da “svalutarne la portata”⁹⁷. L’autore individua il limite dell’analisi accolta dagli autori citati poc’anzi, nell’aver trascurato il problema della *duplex interpretatio* delle fonti dal punto di vista del diritto giustiniano. Infatti, Betti sostiene⁹⁸ che alcuni testi contenuti nella Compilazione, in cui si fa questione di rischio, in origine avrebbero trattato di responsabilità contrattuale tipica o pattizia. Salvio Giuliano distingue tra responsabilità contrattuale, legata all’imputabilità dell’inadempimento, con conseguente obbligo di risarcimento in misura dell’interesse alla prestazione mancata, e sopportazione del rischio. La ripartizione tra i contraenti delle sole perdite e non dei danni presuppone l’impossibilità sopravvenuta della prestazione non imputabile ed è designata, per usare le parole di quest’autorevole dottrina⁹⁹, “come un *teneri (ex conducto, ex empto)*, ma nel senso puramente negativo di dover rimettere o restituire la controprestazione”.

Nel primo esempio fornito dal giurista, il fatto che rende impossibile la prestazione nel caso di *locatio rei* è un’espropriazione nell’interesse pubblico; nel secondo caso, trattasi questa volta di una *locatio operis*, un franamento del terreno su cui doveva erigersi una casa.

Betti si concentra sull’analogia di ragionamento in questo brano con quello di Giuliano, e ricorda che lo stesso giureconsulto classico rinviene una corrispondenza nel trattamento dell’impossibilità sopravvenuta nella *locatio rei* e nella vendita. In entrambi i tipi contrattuali, infatti, l’impossibilità di porre in essere il sinallagma comporta che la controprestazione non sia più esigibile o, se già eseguita, sia ripetibile, sia essa il pagamento del canone o del prezzo. Questo in ragione del fatto che viene a mancare la giustificazione causale dello spostamento patrimoniale. È proprio in forza di quest’analogia che Betti conclude per la sostanziale genuinità. Infine, un altro indizio di originalità del contenuto è da ravvisarsi nel fatto che la soluzione data è confermata in altri luoghi del Digesto: D.19.2.35 (Afr. 8 *quaest.*), D.19.2.15.2 (Ulp. 32 *ad ed.*), D.19.2.6 (Gai. 10 *ad ed. prov.*), D.19.2.27pr. (Alf. 2 *dig. a Paul. epit.*), D.19.2.30.1 (Alf. 3 *dig. a Paul. epit.*).

Provera¹⁰⁰, nel suo scritto che prende le mosse dal lavoro appena esposto di Betti, affronta lo studio di questo aspetto

⁹⁶ E. BETTI, “*Periculum*”, cit., p. 172.

⁹⁷ IDEM, “*Periculum*”, *ibidem*.

⁹⁸ IDEM, “*Periculum*”, cit., pp. 135 e 136.

⁹⁹ IDEM, “*Periculum*”, cit., p. 173.

¹⁰⁰ G. PROVERA, *Sul problema*, cit., pp. 691-724.

problematico. Lo studioso è tra quelli che affermano la classicità sostanziale del testo, proponendo al contempo alcune riserve critiche all'interpretazione proposta da Betti. Quest'ultimo ha dedotto dal brano che, in ragione dell'espropriazione verificatasi prima della *traditio*, il compratore avrebbe potuto agire *ex empto* per la restituzione del prezzo. Tuttavia quest'illazione incontra, secondo Provera¹⁰¹, gravissime difficoltà, soprattutto non si legherebbe col principio generale antitetico espresso dalla nota massima *periculum est emptoris*. In realtà, Africano non si chiederebbe come debba essere risolto il problema del rischio contrattuale tanto nella locazione, quanto nella compravendita in una prospettiva di bilateralità funzionale, ma si occuperebbe di una tipica questione di responsabilità negoziale. Questo perché l'obbligazione del locatore sopravvive, benché si sottolinei espressamente che l'impossibilità dell'adempimento non gli sia imputabile. Dunque il debitore/locatore risulta gravato da un obbligo di garanzia in relazione al verificarsi dell'espropriazione del fondo concesso in locazione. L'*actio ex conducto* poteva essere esperita per far valere tale garanzia¹⁰². Secondo la dottrina in commento, questa tesi sarebbe la più esatta e avallata dal fatto che lo stesso Africano non si limiti a sottolineare che il locatore sia tenuto con l'azione *ex conducto*, ma precisi ulteriormente che il rimedio processuale è volto a costringere la parte negoziale all'adempimento della sua obbligazione: *teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat*. Insomma, dal tenore del testo si desumerebbe che la prestazione dovuta dal locatore sopravvive anche all'espropriazione del bene locato; non poteva farsi questione di rischio, ma solo di responsabilità, indipendentemente dal fatto che "l'espropriazione era un evento non imputabile affatto al debitore"¹⁰³.

9. Un'interpretazione della letteratura moderna.

Le parole di Cecilio Africano sono state interpretate diversamente da altra dottrina. Come detto poc'anzi, Betti ne fa una questione di rischio e interpreta il *teneri* come semplice remissione o restituzione della controprestazione¹⁰⁴. Invece, Kaser sostiene che il richiamo all'azione contrattuale significhi solamente che, qualora il locatore non avesse adempiuto, la parte sarebbe rimasta obbligata verso il conduttore. Insomma, "über die Frage, in welchen Geldwert der Verpächter aus dieser Klage verurteilt wird, ist damit noch nichts entschieden. Daß die Klassiker mit dem *frui (licere) praestare* nur die primäre

¹⁰¹ IDEM, *Sul problema*, cit., p. 705.

¹⁰² IDEM, *Sul problema*, cit., p. 706.

¹⁰³ IDEM, *Sul problema*, cit., pp. 706 e ss.

¹⁰⁴ E. BETTI, "Periculum", cit., p. 173.

Leistungspflicht, nicht aber den Kondemnationsmaßstab bezeichnet haben, läßt sich auch noch mit anderen Stellen zur *locatio conductio* beweisen¹⁰⁵”.

Per determinare il contenuto del *teneri*, l'autore austriaco procede a un'attenta esegesi del passo, che suddivide in tre parti:

D.19.2.33 (Afr. 8 *quaest.*): a) *si fundus quem mihi locaveris publicatus sit, teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet, quo minus id praestes: quemadmodum, inquit, si insulam aedificandam locasses et solum corruisset, nihilo minus teneberis. nam et si vendideris mihi fundum isque priusquam vacuus traderetur publicatus fuerit, tenearis ex empto:*

b) *quod hactenus verum erit, ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris mea intersit eum vacuum mihi tradi. similiter igitur et circa conductionem servandum puto, ut mercedem quam praestiterim restituas, eius scilicet temporis, quo fructus non fuerim, nec ultra actione ex conducto praestare cogaris.*

c) *nam et si colonus tuus fondo frui a te aut ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim maiorem aut potentiam eius non poteris, nihil amplius ei quam mercedem remittere aut reddere debebis,*

Lo studioso ricorda immediatamente due elementi fondamentali che giocano un ruolo nella soluzione del problema: la *locatio-conductio* è un contratto di scambio; la ripartizione del pericolo concerne sempre il pagamento del canone. Infine, la prestazione, la cui esecuzione diventa impossibile per una causa non imputabile all'obbligato, ha a oggetto sempre e solo un *facere* o un *dare* una cosa infungibile. Se la *res* su cui incide la prestazione perisce, ci si chiede se la mercede sia ancora dovuta e allora il rischio della impossibilità è in capo al conduttore; o se quest'ultimo sia liberato dal pagamento della sua prestazione e allora *periculum est locatoris*. Come osserva acutamente un romanista¹⁰⁶, con riguardo ai contratti bilaterali non si può sfuggire a questa alternativa, “o si ritiene che il debitore della prestazione divenuta impossibile perda il diritto alla controprestazione, ed allora si addossa a lui il danno cagionato dal caso fortuito; o si ritiene invece che il debitore conservi questo diritto, ed allora il danno sarà fatalmente sopportato dal creditore, privato del diritto alla prestazione mentre continua ad essere tenuto per la controprestazione”. In entrambi i casi, si verifica una perdita patrimoniale che, inevitabilmente, dovrà essere sopportata da uno dei paciscendi, mentre l'altra parte si arricchisce senza corrispettivo.

¹⁰⁵ M. KASER, *Periculum locatoris*, cit., p. 182.

¹⁰⁶ G. PROVERA, *Sul problema*, cit., pp. 689 e ss.

Il problema della sopportazione del rischio segna il confine con un'altra questione, quella del risarcimento del danno. Infatti, se si fa questione di sopportazione del rischio, non c'è mai un problema di risarcimento e, nel caso in cui alla perdita incolpevole della prestazione consegua un obbligo di risarcimento, si ha un obbligo di garanzia pattizio¹⁰⁷. Questi concetti sono noti alla giurisprudenza classica e sono testimoniati da un passo di Alfeno:

D.19.2.30pr. (Alf. 3 dig. a Paulo epit.): *Qui insulam triginta conduxerat, singula caenacula ita conduxit, ut quadraginta ex omnibus colligerentur: dominus insulae, quia aedificia vitium facere diceret, demolierat eam: quaesitum est, quanti lis aestimari deberet, si is qui totam conduxerat ex conducto ageret. respondit, [si vitiatum aedificium necessario demolitus esset, pro portione, quanti dominus praediorum locasset, quod eius temporis habitatores habitare non potuissent, rationem duci et tanti litem aestimari: sin autem non fuisset necesse demoliri, sed quia melius aedificare vellet, id fecisset, quanti conductoris interesset, habitatores ne migrarent, tanti condemnari oportere]*¹⁰⁸.

Almeno in apparenza, il contenuto del responso sembra essere una questione processuale: *quanti lis aestimari deberet, si is qui totam conduxerat ex conducto ageret*. Il quesito ha ovviamente anche una portata sostanziale.

Il proprietario ha concesso l'immobile in locazione per trenta; a sua volta il conduttore ha locato ogni singolo appartamento a terzi, in modo da avere il suo guadagno, detratto il canone che questi deve al locatore/proprietario. Dopo qualche tempo, il proprietario abbatte l'edificio, perché a suo parere è deteriorato. *Quid iuris* del rapporto contrattuale? Alfeno dà due diverse soluzioni: qualora l'immobile fosse stato demolito per necessità, il conduttore sarebbe stato liberato dal pagamento del canone; se, invece, non ci fosse stata l'urgenza, poiché la ricostruzione rispondeva solo a esigenze migliorative/estetiche, allora *quanti conductoris interesset, habitatores ne migrarent, tanti condemnari oportere*.

Nel passo, il giurista classico tratteggia chiaramente la differenza tra l'impossibilità oggettiva che pone problemi di ripartizione del rischio negoziale e quella soggettiva che si traduce in un inadempimento con conseguente obbligo di risarcimento dell'interesse. Nel primo caso esposto, l'impossibilità di offrire il godimento dell'abitazione non è attribuibile soggettivamente al locatore e di conseguenza la

¹⁰⁷ M. KASER, *Periculum locatoris*, cit., p. 157.

¹⁰⁸ Secondo Albertario, la parte è interpolata, [E. ALBERTARIO, *Contributi alla critica di Digesto*, Pavia, 1911, p. 18]; Beseler giudica il passo originale, [G. BESELER, *Beiträge zur Kritik*, III, cit., p. 48].

riduzione del canone o la remissione dello stesso è dovuta per tutto il periodo in cui il conduttore non ha potuto usufruire della casa. Invece, se la ristrutturazione non è necessaria, il locatore rimane obbligato a corrispondere l'interesse positivo che si traduce nei danni subiti dal conduttore per la fine anticipata della locazione, ossia, nel caso di specie, a quanto il sublocatore avrebbe guadagnato dalla locazione. Secondo Kaser, entrambe le alternative sarebbero “unbedenklich klassisch”¹⁰⁹ e la medesima *ratio* giuridica governerebbe l'ultima parte del frammento di Africano.

D.19.2.33 (Afr. 8 *quaest.*): ...*nam et si colonus tuus fondo frui a te aut ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim maiorem aut potentiam eius non poteris, nihil amplius ei quam mercedem remittere aut reddere debebis.*

Qui il discrimine per valutare, se è questione di risarcimento o di remissione del canone, è la possibilità per il locatore di opporsi al fatto o alla persona che impedisce il *frui licere*. Pertanto, se il locatore può, ma rimane inattivo, risponde per l'interesse del conduttore; nel caso opposto, è tenuto a rimettere il debito e a restituire quanto eventualmente percepito in anticipo.

Quanto all'evento concreto che presenta il passo, Kaser rigetta l'insegnamento che vede nella *publicatio* del frammento una sanzione conseguente a un procedimento penale. In questo caso, infatti, trattasi di un'espropriazione di pubblico interesse¹¹⁰. L'ablazione della proprietà non è dunque un accadimento attribuibile al locatore neanche a titolo di colpa, come sottolinea esplicitamente Africano, *quamvis per te non stet, quo minus id praestes*. Se così non fosse, infatti, non avrebbe alcun senso l'equiparazione con la frana, evento certamente non imputabile al locatore. Questo parallelismo giustifica un'ulteriore considerazione: l'espropriazione non sarebbe neppure trattata come un caso di “Rechtsmangels”, perché, altrimenti, vi sarebbe un obbligo di garanzia a carico del locatore¹¹¹.

La parte che Kaser indica con b) sarebbe stata utilizzata da Africano per giustificare la questione di diritto sottoposta alla sua attenzione, ossia la ripartizione delle perdite economiche conseguenti alla *publicatio* del fondo locato. La giurisprudenza romana avrebbe accordato al conduttore la restituzione dei canoni versati in anticipo, ma non goduti e in generale la liberazione dalla controprestazione, come si vede nell'esempio della compravendita.

¹⁰⁹ M. KASER, *Periculum locatoris*, cit., p. 157.

¹¹⁰ “Das Wort läßt beide Deutungen zu, der Zusammenhang legt aber wohl den Gedanken an Enteignung näher”, [M. KASER, *Periculum locatoris*, cit., p. 178].

¹¹¹ M. KASER, *Periculum locatoris*, cit., *ibidem*.

Secondo Kaser¹¹², l'interpretazione data da alcuni autori¹¹³ risentirebbe del metodo utilizzato un tempo, secondo cui agli indizi formali si collegava inesorabilmente una modificazione della portata sostanziale del testo apportata da Giustiniano. Dello stesso avviso sono Seckel e Levy¹¹⁴ e, più di recente, Mayer-Maly¹¹⁵.

Come detto prima, secondo alcuni Africano si sarebbe opposto all'insegnamento di Giuliano, introdotto col discorso indiretto, che prevede la responsabilità per l'interesse, limitando il dovuto alla sola remissione o restituzione. Kaser dubita però che il discepolo di Giuliano fosse in contrasto con il maestro. L'affermazione che Giuliano si sarebbe pronunciato per l'"Interessehaftung" sarebbe quantomeno dubbia alla luce degli esempi presentati dal passo. Infatti, l'impossibilità di edificare l'*insula* convenuta, ossia di adempiere l'obbligazione assunta dal *conductor operis*, non è riconducibile a una colpa dell'obbligato, ma a un fatto naturale, una frana¹¹⁶. Il committente dell'opera può esperire l'*actio conducti* per paralizzare la richiesta di pagamento dell'opera non eseguita. La richiesta di risarcimento dell'interesse ulteriore sarebbe quindi fuori discussione, "auch wenn die Werkleistung erfüllbar geblieben wäre, könnte der conductor nie mehr fordern als seinen Lohn"¹¹⁷.

Il secondo esempio riguarda la compravendita di un fondo che *priusquam vacuus traderetur* è stato espropriato. L'atto ablatorio è intervenuto prima del negozio a effetti reali, che segna il passaggio del rischio dell'impossibilità sopravvenuta. Anche in questo caso, lo studioso individua gli elementi che accomunano questa fattispecie con quella principale trattata nel passo. Entrambe le vicende contrattuali riguardano un fondo e, in entrambi i casi, l'evento che impedisce l'adempimento è una *publicatio*. Anche qui, ci si chiede se la parte debba risarcire i danni sofferti o, semplicemente restituire quanto ricevuto. Allo stesso modo, l'ammissibilità di una "Interesseforderung"¹¹⁸ è quantomeno dubbia. Del resto, lo stesso studioso osserva che non sarebbe giustificabile che il venditore, su cui è allocato il rischio contrattuale prima del trasferimento del diritto sulla *res*,

¹¹² IDEM, *Periculum locatoris*, cit., p. 179.

¹¹³ H. APPELTON, *Les risques*, cit., p. 405; E. COSTA, *La locazione*, cit., pp. 34 e ss.; G. BESELER, *Beiträge*, cit., p. 47.

¹¹⁴ E. SECKEL -E. LEVY, *Die Gefahrtragung*, cit., pp. 219 e ss.

¹¹⁵ TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., pp. 163 e ss.

¹¹⁶ Secondo uno studioso, il *solum corruere* è un evento del tutto equivalente al *labes* di cui al passo D.19.2.62 (Lab. *1 Pith.*). Nel passo di Africano, il rischio dello smottamento del terreno sarebbe del locatore, perché si suppone avvenuto prima dell'inizio dei lavori. Così, C. A. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico*, Milano, 1967-1968, pp. 222-224.

¹¹⁷ M. KASER, *Periculum locatoris*, cit., p. 179. Questa conclusione è riconosciuta anche da E. SECKEL -E. LEVY, *Die Gefahrtragung*, cit., p. 223.

¹¹⁸ M. KASER, *Periculum locatoris*, cit., p. 180.

debba ritenersi responsabile nel caso intervenga una forza esterna che renda impossibile l'adempimento. Se così fosse, pochi si arrischierebbero ad assumere la posizione di venditore. Inoltre, Seckel e Levy, nella loro accurata indagine sulle fonti, non hanno rinvenuto alcun esempio in cui un venditore avesse assunto una "Garantiehftung" fino al passaggio del rischio negoziale per il caso di una rovina accidentale¹¹⁹.

Quanto poi al caso della *locatio operis*, se si ammettesse la responsabilità per l'interesse, bisognerebbe desumere, o che Africano abbia cercato di ridurre a un comune denominatore due casi con conseguenze giuridiche diverse e che, quindi, gli esempi del brano non avrebbero alcun senso; oppure che i giuristi adottassero soluzioni diverse per casi simili e che quindi i due avessero opinioni diverse.

Nel passo l'unica fattispecie concreta risolta è l'ultima. Solo nel caso di espropriazione della cosa venduta ma non trasferita, è detto apertamente che il venditore è tenuto alla restituzione del prezzo già versato dall'acquirente, *tenearis ex empto... ut pretium restituas*. Nei primi due casi, si dice solo che la parte è tenuta *ex conducto*. Dall'interpretazione delle diverse fattispecie, lo studioso austriaco conclude che in tutti e tre i casi, l'azione contrattuale mira alla restituzione della contropartita in denaro della prestazione divenuta impossibile e che quindi Giuliano e Africano sarebbero stati della stessa opinione. Insomma, "beide haben bei der Pacht wie beim Kauf von Vornherein an nichts anderes gedacht als an die Entgeltsgefahr"¹²⁰.

10. Il significato di *ut frui liceat*.

Il vero nodo problematico del testo è l'esatta interpretazione della frase *teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat*, più precisamente cosa significhi il riferimento alla prestazione principale del locatore, il *frui licere*. Da una parte, ci sono coloro che ritengono che questa sia un modo per dire, che il contratto non si estingue a seguito della *publicatio* e che quindi questa espressione di per sé non designa il *quantum* a cui è tenuto il convenuto; dall'altra, coloro che reputano che stia a indicare l'ampiezza della condanna del locatore. In altre parole, *teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat* sarebbe un sinonimo di *teneri id quod interest*.

Assegnare un significato o l'altro all'espressione comporta diverse conseguenze interpretative e giuridiche. Innanzitutto, risolve indirettamente il quesito, se effettivamente i due giuristi

¹¹⁹ E. SECKEL -E. LEVY, *Die Gefahrtragung*, cit., pp. 225 e ss.

¹²⁰ M. KASER, *Periculum locatoris*, cit., p. 181.

fossero in disaccordo e, in secondo luogo, se la disciplina dell'impossibilità giuridica fosse diversa da quella naturale.

Si è detto, che Kaser interpreta *teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat*, nel senso di semplice remissione del canone, non dunque una responsabilità per l'interesse alla prestazione. Da questa frase, si desume innanzitutto il contenuto dell'obbligazione principale del locatore: egli deve prestare il *frui licere* al conduttore. Qualora ciò non sia possibile, il locatore può essere convenuto in giudizio con l'azione contrattuale. La possibilità del godimento risolve, in altre parole, l'*an* dell'azione contrattuale, ossia l'esperibilità in giudizio della pretesa del conduttore, ma non l'ammontare per cui è convenuto il locatore, ossia il *quantum* della domanda. L'opinione di Kaser¹²¹ sarebbe avallata anche dalla lettura delle fonti, infatti i giuristi classici indicano con l'espressione *frui (licere) praestare* solo il contenuto della prestazione principale, non l'ammontare della *condemnatio*. Siffatto utilizzo di questa espressione non lo si trova solo nel brano qui in commento, ma anche in altri passi in tema di locazione. Della stessa opinione è Medicus¹²²: dal testo di Africano, così come da altri in tema di locazione¹²³, si desume che con questa espressione non si segnali l'ammontare della condanna, ma solo che l'obbligato alla prestazione sia tenuto nei confronti della controparte. Come detto in precedenza, questa interpretazione non è pacifica tra i romanisti. Diversi studiosi affermano che il riferimento al *frui licere* indichi l'ammontare della condanna e che, quindi, i due giuristi risolvano il caso diversamente. Giuliano condanna il locatore al risarcimento del danno; Africano, invece, ne fa una questione di ripartizione del pericolo negoziale.

Nonostante la maggioranza della dottrina moderna sia ferma nel ritenere che l'espressione *teneri... ut mihi frui liceat* suggerisca sempre la responsabilità per l'interesse, a parere di chi scrive, questo non era il significato che i giuristi classici attribuivano alla locuzione. Pertanto, è errato ritenere che all'espressione corrispondesse sempre l'obbligo di risarcimento, quasi fosse una regola assoluta per la giurisprudenza romana. Ciò è dimostrato dal passo qui in commento, in cui si esplicita che il conduttore può pretendere unicamente la restituzione dei canoni; nonché dal brano di Labeone¹²⁴, nel quale si fa obbligo al locatore di liberare il conduttore dalla prestazione.

¹²¹ IDEM, *Periculum locatoris*, cit., p. 182.

¹²² D. MEDICUS, *Id quod interest*, cit., pp. 133 e ss.

¹²³ L'autore cita tra gli altri D.19.2.9pr. (Ulp. 32 *ad ed.*) e D.19.2.60pr. (Lab. 5 *post. a Iav. epit.*).

¹²⁴ D.19.2.60pr. (Lab. 5 *post. a Iav. epit.*), *infra* § 21.

11. La critica all'interpretazione di alcuni studiosi.

Honsell è tra quelli che si pronunciano per un contrasto tra giuristi. Egli critica le conclusioni di Kaser¹²⁵ appena viste. Innanzitutto, suddivide il passo in cinque parti:

D.19.2.33 (Afr. 8 quaest.): I. *Si fundus quem mihi locaveris publicatus sit, teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet, quo minus id praestes:*

II. *quemadmodum, inquit, si insulam aedificandam locasses et solum corruisset, nihilo minus teneberis.*

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

IV. *similiter igitur et circa conductionem servandum puto, ut mercedem quam praestiterim restituas, eius scilicet temporis, quo fructus non fuerim, nec ultra actione ex conducto praestare cogaris.*

V. *nam et si colonus tuus fondo frui a te aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere ne id faciat possis, tantum ei praestabis, quanti eius interfuerit frui, in quo etiam lucrum eius continebitur: sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim maiorem aut potentiam eius non poteris, nihil amplius ei quam mercedem remittere aut reddere debebis.*

La *publicatio* di cui parla Africano è da intendersi come un'espropriazione di pubblica utilità¹²⁶. Dal testo del giurista, si ricava, infatti, che non si possa rimproverare alcuna colpa al locatore per la perdita del dominio sull'immobile. L'autore trae questa conclusione dalle parti che ha indicato con IV e V. Se da un lato, Honsell afferma in modo netto, che il locatore abbia subito un'espropriazione e non gli si possa muovere alcuna colpa; dall'altra, Giuliano condanna la parte al risarcimento dell'interesse, anche in assenza di qualsiasi comportamento riprovevole. Già i Bizantini si accorsero di questa contraddizione e interpretarono l'intera prima parte come una pretesa alla "Zinserstattung". Questa lettura del testo è stata ininterrotta sino alla Pandettistica e solo la moderna romanistica ha riconosciuto che Giuliano pensava a una "Garantiehaftung". Secondo lo studioso¹²⁷, l'errore di fondo, che si è tramandato, è stato pensare che vi fossero dubbi in merito alla ripartizione delle perdite economiche. La spettanza del risarcimento dei danni non sarebbe mai stata messa in discussione; quello su cui s'interrogavano i giuristi era, se le due locuzioni, *quod interest* e

¹²⁵ H. HONSELL, *Quod interest*, cit., pp. 122 e ss.

¹²⁶ IDEM, *Quod interest*, cit., p. 122.

¹²⁷ IDEM, *Quod interest*, cit., *ibidem*.

teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat, avessero lo stesso valore.

L'interpretazione di Kaser, che esclude che Giuliano avrebbe fatto conseguire a un evento incolpevole una volta il risarcimento del danno e un'altra la ripetizione della mercede, non sarebbe accettabile. Secondo Honsell¹²⁸, “die Fallvariante beweist nichts, denn für den Unternehmer handelt es sich – ebenso wie für den Pächter im ausgangsfall- um dem Erfüllungsanspruch”.

Astrattamente sia la pretesa all'adempimento, sia quella alla restituzione del denaro sarebbero idonee a regolare le conseguenze dell'impossibilità della prestazione. La scelta dipende da quale punto di vista si assume: quello dell'imprenditore o del committente. Giuliano avrebbe scelto di condannare la parte all'adempimento, sia nell'esempio della *locatio operis* che della *locatio rei*, attraverso l'*actio conducti*. L'opinione di questo giureconsulto sarebbe sostenuta anche da motivazioni stilistiche, “hätte Julian nur an Zinserstattung gedacht, so hätte er statt *teneri te actione ex conducto ut mihi frui liceat*, ... *ut mercedem restituas* oder ähnlich geschriben”¹²⁹. Inoltre, la frase concessiva *quamvis per te non stet* non avrebbe alcun senso, se non si ammettesse che lo scolarca stesse parlando di responsabilità per l'interesse.

L'autore rigetta completamente l'insegnamento¹³⁰ di Kaser e in particolare critica l'interpretazione data di *re uti mihi frui liceat*. La frase sarebbe stata erroneamente intesa quale mera sopravvivenza dell'obbligo di prestazione primaria, indipendentemente dall'evento sopravvenuto. Honsell è netto, “gerade im Zusammenhang mit den Worten *teneri te actione ex conducto* kann also nur des Schadensersatzanspruch gemeint sein”. Se anche si ritiene che l'espressione stia a indicare “die primäre Leistung”, comunque in fase processuale il *quantum* della condanna ammonterebbe all'interesse della parte e non alla mera ripetizione del canone. Questa ricostruzione soffre però di un punto debole. Salvio Giuliano sarebbe intervenuto in favore della responsabilità per l'interesse in un caso, ma non nell'altro. Infatti, la giurisprudenza ammette la limitazione alla restituzione del prezzo nel caso di perdita incolpevole dell'oggetto della compravendita. Insomma, i giuristi avrebbero diversificato a seconda dell'evento, che rende impossibile lo svolgimento della prestazione: se l'impossibilità fosse stata giuridica allora, parallelamente a quanto accadeva in tema di evizione, il soggetto era tenuto per l'intero interesse. Come il venditore garantisce anche senza colpa l'evizione, così il locatore risarcisce i danni in caso di espropriazione del bene locato.

¹²⁸ H. HONSELL, *Quod interest*, cit., p. 123.

¹²⁹ IDEM, *Quod interest*, cit., *ibidem*.

¹³⁰ IDEM, *Quod interest*, cit., p. 124.

12. Altre interpretazioni del brano di Africano.

Anche Mayer-Maly si pronuncia per la responsabilità *ex conducto* del locatore in caso di *publicatio*¹³¹: "Julian sprach doch die Haftung des Verpachters *ex conducto* aus". Per *publicatio*, poi, bisogna intendersi senza dubbio l'espropriazione per pubblica utilità, una "Enteignung"¹³². Giuliano motiva la sua decisione servendosi di una duplice analogia. L'espropriazione è parificata alla frana, almeno sotto il profilo delle conseguenze giuridiche. È interessante notare che il giureconsulto ponga sullo stesso piano sia l'impossibilità giuridica, che quella di fatto e ciò sarebbe, secondo il romanista, una particolarità propria del giurista¹³³, che si rinviene anche in un altro passo, in D.30.84.4¹³⁴. Secondo Mayer-Maly, la decisione di condannare il locatore alla sola *remissio mercedis* sarebbe postclassica. Se, da una parte, infatti, il giurista con le parole *quod hactenus verum erit* mira innegabilmente alla riduzione del dovuto; dall'altra, l'estensione alla sola remissione del debito, anche al caso della locazione e non più solo alla compravendita, non sarebbe una decisione propria di Africano¹³⁵, ma successiva.

Secondo Seckel e Levy¹³⁶, l'evento che rende impossibile il *frui licere* è verosimilmente un'espropriazione, sebbene sia strano che il giurista non faccia riferimento al *pretium*, l'indennizzo di esproprio. Comunque si voglia qualificare la *publicatio*, l'unico dato certo è l'effetto che consegue, ossia l'impossibilità del godimento del bene. L'opinione di Africano che collega all'impossibilità della prestazione la sola *remissio mercedis*, non è però esclusiva di questo giureconsulto. Infatti, già Fabio Mela si era espresso in un tal senso per risolvere un caso simile riportato da Ulpiano in D.19.2.19.6 (Ulp. 32 *ad ed.*)¹³⁷. Il giurista del I secolo a.C. espone il caso di un tale che, avendo preso in conduzione un'abitazione per un anno, aveva deciso di pagare l'intero canone in un'unica soluzione. Dopo qualche mese, l'immobile era divenuto inagibile per un evento naturale, forse un incendio. Il giureconsulto ritiene che il conduttore

¹³¹ TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., p.164.

¹³² IDEM, *Locatio conductio*, cit., *ibidem*.

¹³³ Dello stesso avviso, E. SECKEL -E. LEVY, *Die Gefahrtragung*, cit., p. 222 e nt.5.

¹³⁴ Un accenno significativo della tendenza giuliana al paragone delle due specie d'impossibilità si rinviene in D. 30.84.4 (Iul. 33 *Dig.*), così F. HAYMANN, *Textkritische Studien*, cit., p. 64.

¹³⁵ TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., pp. 164-165.

¹³⁶ E. SECKEL -E. LEVY, *Die Gefahrtragung*, cit., p. 221.

¹³⁷ D.19.2.19.6 (Ulp. 32 *ad ed.*): *Si quis, cum in annum habitationem conduxisset, pensionem totius anni dederit, deinde insula post sex menses ruerit vel incendio consumpta sit, pensionem residui temporis rectissime Mela scripsit ex conducto actione repetitorum, non quasi indebitum conducturum: non enim per errorem dedit plus, sed ut sibi in causam conductionis proficeret...*

possa agire *ex conducto actione repetitorum*. Giuliano, invece, si sarebbe pronunciato per il risarcimento del danno subito, aderendo all'insegnamento di Servio, riportato da Ulpiano in D.19.2.15.2 (Ulp. 32 ad ed.): *sed et si ager terrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse: oportere enim agrum praestari conductori, ut frui possit*. Secondo questi autori, insomma, i due giuristi, Africano e Giuliano, avrebbero avuto diverse posizioni: “der Gegensatz greift tief; während die eine Lösung geradenwegs aus dem periculum locatoris abfließt, setzt die andere die Anschauung voraus, daß dem Pächter mit dem Abschluß der *locatio conductio* nicht bloß die Einräumung, sondern auch die Fortdauer des *frui licere* bis zum Pachtende schlechterdings garantiert wird”¹³⁸. Il primo si pronuncia per la restituzione del canone; Giuliano, invece, è definito come “der Vertreter der Garantielehre”¹³⁹. In nessuna parte del testo, però, è esplicitata la fonte dell'obbligo di risarcimento del danno; non si potrebbe che concludere, allora, che l'obbligo di garanzia sia un effetto della perfezione del vincolo negoziale, una prestazione accessoria, un *naturale negotii*.

Anche Provera si pronuncia sulla presunta divergenza di opinione tra Africano e Giuliano. Nel passo si dice che qualora un'espropriazione colpisca il fondo, il venditore non è liberato dall'obbligo di effettuare la *traditio*, ma che la *publicatio* si pone quale causa della responsabilità, sanzionata con l'*actio ex empto*. Africano, però, precisa che il venditore, subita la *publicatio* prima della *traditio*, è tenuto solo alla restituzione del prezzo già versato dall'acquirente. È proprio da questa limitazione di responsabilità che favorisce il venditore, che si è voluto trarre argomento per sostenere che tra i due giuristi classici vi fosse disparità di vedute¹⁴⁰. Per Salvio Giuliano, la responsabilità del locatore e del venditore sarebbe stata piena e questi avrebbero dovuto risarcire il danno subito, rispettivamente dal conduttore e dal compratore. Africano, invece, avrebbe condannato il locatore alla restituzione o remissione del canone e il venditore a quella del prezzo d'acquisto. Provera¹⁴¹ non ritiene questa disparità di opinioni sufficientemente dimostrata. Infatti, nulla osta a pensare a una soluzione identica per entrambi i tipi contrattuali, data l'identità di *ratio*. Allora l'espressione usata da Cecilio Africano, *teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat*, significherebbe soltanto che, intervenuto il provvedimento ablatorio, il locatore rimaneva comunque obbligato alla sua prestazione e non poteva farsi questione di rischio, ma di responsabilità. A parere dello studioso¹⁴², le innumerevoli difficoltà interpretative del brano dipendono dalla scarsità delle notizie relative all'espropriazione

¹³⁸ E. SECKEL -E. LEVY, *Die Gefahrtragung*, cit., p. 222.

¹³⁹ IDEM, *Die Gefahrtragung*, cit., p. 223.

¹⁴⁰ TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., pp. 154 e ss.; *contra* M. KASER, *Periculum locatoris*, cit., p. 181.

¹⁴¹ G. PROVERA, *Sul problema*, cit., pp. 706 e ss.

¹⁴² IDEM, *Sul problema*, cit., pp. 707.

di pubblica utilità, sempre che si trattasse proprio di questo istituto.

13. Espropriazione o confisca?

Il passo è stato molto discusso e variamente spiegato in dottrina. Si è visto che alcuni interpreti del brano propendono per la responsabilità contrattuale del locatore, altri ne fanno una questione di ripartizione del rischio contrattuale. Le diverse posizioni sono causate anche dalla duplicità di significato che si può attribuire alla parola *publicatio*, di cui si è accennato in apertura di esegesi.

Riassumendo le diverse posizioni che si sono formate tra gli autori moderni, si osserva che alcuni¹⁴³ ritengono che la *publicatio* del passo sia una confisca da cui consegue il risarcimento del danno causato al conduttore; un secondo gruppo di autori propende per l'espropriazione di pubblica utilità: alcuni di questi¹⁴⁴ condannano il locatore all'interesse del *conductor*; altri¹⁴⁵ si pronunciano per la *remissio mercedis*.

È utile tornare sulla questione per tentare di risolvere l'annoso dibattito e per prendere posizione sul *quantum* a cui sarebbe stato condannato il locatore. Con il termine *publicatio*, s'indicavano due diversi istituti che comportavano entrambi lo stesso effetto giuridico: la perdita del diritto di proprietà sul bene a favore di un organo pubblico. Al di là di questo effetto comune, diverse erano le conseguenze sui rapporti giuridici incidenti sul bene prima di questo provvedimento. Si è detto, infatti, che la confisca non faceva venire meno i rapporti giuridici che incidevano sulla cosa oggetto del provvedimento: si sarebbe trattato solo di una successione in un contratto, non interessando la ripartizione del rischio contrattuale. L'organo pubblico sarebbe subentrato nella posizione di obbligato e tenuto all'adempimento della prestazione.

Le ripercussioni del provvedimento ablatorio erano differenti. Infatti, l'organo che procedeva all'esproprio non subentrava nella posizione contrattuale. Acquistava il bene privo di qualsiasi vincolo contrattuale e, più in generale, libero da ogni posizione giuridica soggettiva. Non si assisteva a una successione a titolo particolare *inter vivos* dell'organo

¹⁴³ Tra gli altri autori: H. APPELTON, *Les risques*, cit., p. 405; E. COSTA, *La locazione*, cit., pp. 34 e ss.; G. BESELER, *Beiträge*, cit., pp. 47 e ss.

¹⁴⁴ G. PROVERA, *Sul problema*, cit., pp. 706 e ss.; TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., pp. 164e ss.; H. HONSELL, *Quod interest*, cit., pp. 122 e ss.

¹⁴⁵ E. BETTI, "Periculum", cit., pp. 172 e ss.; M. KASER, *Periculum locatoris*, cit., pp. 180 e ss.; F.M. DE ROBERTIS, *L'espropriazione*, cit., pp. 156 e ss.; N. PALAZZOLO, *Evizione*, cit., pp. 294 e ss.

espropriante. Insomma, le parti contrattuali rimanevano le originarie ed erano esse che dovevano regolare la vicenda negoziale modificatasi a seguito dell'esproprio.

La dottrina non concorda sul significato da attribuire al termine, ossia se *publicatio* stia a indicare un'espropriazione di pubblica utilità o una confisca. Prediligere il provvedimento ablativo o la sanzione ha ricadute sul titolo a fronte del quale il locatore deve restituire. Quelli¹⁴⁶ che affermano la genuinità della sola responsabilità negoziale, propendono generalmente per la confisca, la quale, essendo conseguenza di una condotta penalmente sanzionata, è sicuramente imputabile soggettivamente al *locator* e, quindi, l'obbligato avrebbe risposto dell'*id quod interest*. Al contrario, quelli¹⁴⁷ che pensano a un provvedimento ablatorio per pubblica utilità, sganciato da qualsiasi consapevolezza e volontarietà, sono inclini ad ammettere una questione di rischio negoziale e, quindi, l'obbligo di remissione o restituzione del canone. De Robertis sostiene vigorosamente questa tesi e analizza il brano di Cecilio Africano, quale esempio di applicazione dell'istituto e delle conseguenze che poteva avere. Innanzitutto, lo studioso rigetta la configurazione di *publicatio* come confisca dei beni. "Si tratta di un'asserzione assolutamente gratuita, poiché da nulla risulta essersi trattato di un procedimento penale ... ma tutti gli elementi che ne è dato ricavare dal passo concorrono a farcelo escludere ..." ¹⁴⁸; e aggiunge ancora che "occorre pertanto recisamente escludere la possibilità che il testo possa alludere alla confisca dei beni, essendo tale opinione in contrasto assoluto con lo spirito e le esplicite dichiarazioni del frammento esaminato" ¹⁴⁹. Quest'affermazione sarebbe supportata da tre rilievi: il venditore, così come il locatore, è tenuto solo alla restituzione del ricevuto, il prezzo e il canone, non al risarcimento del danno. Ciò sarebbe equo, se la prestazione fosse stata resa impossibile da un provvedimento di pubblica autorità, non se fosse conseguenza dell'inflizione della pena, perché, in questo caso, non si comprende perché esimere il colpevole dal risarcimento arrecato all'altro contraente ¹⁵⁰. L'istituto della confisca, osserva ancora De Robertis ¹⁵¹, aveva un'ulteriore peculiarità: a seguito dell'inflizione di questa misura, il fisco subentrava nella posizione giuridica e

¹⁴⁶ H. APPELTON, *Les risques*, cit., p. 405; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II, Roma, 1926, p. 244; F. WIEACKER, *Die Struktur der Sabinusmasse*, ZSS, 52, 1937, p. 475.

¹⁴⁷ F.M. DE ROBERTIS, *L'espropriazione*, cit., p.156; E. SECKEL -E. LEVY, *Die Gefahrtragung*, cit., p.221; E. BETTI, "Periculum", cit., p.172; TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., p.164; M. KASER, *Periculum locatoris*, cit., p.178 e nt.95-96; G. PROVERA, *Sul problema*, cit., p.707 nt.34.

¹⁴⁸ F.M. DE ROBERTIS, *L'espropriazione*, cit., p.158.

¹⁴⁹ IDEM, *L'espropriazione*, cit., p. 160.

¹⁵⁰ IDEM, *L'espropriazione*, cit., p. 159.

¹⁵¹ IDEM, *L'espropriazione*, cit., pp. 159-160.

patrimoniale del confiscato, succedeva nei suoi diritti e obblighi ed era tenuto a proseguire i rapporti contrattuali. Se la *publicatio* di cui al frammento fosse stata una confisca, non si sarebbe presentato il problema dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione: il nuovo obbligato, il fisco, avrebbe dovuto continuare il rapporto contrattuale. Infine, sarebbe palese dall'espressione *quamvis per te non stet, quo minus id praestes*, che l'impossibilità non fosse riconducibile ad alcuna colpa o delitto e questo fatto sarebbe rimarcato dal paragone con il franamento del suolo.

L'analisi dell'influenza dell'espropriazione sui rapporti giuridici precedenti porta l'autore a concludere¹⁵², che tra i giuristi si affermò il principio secondo cui l'espropriato, conseguita l'indennità, manteneva gli impegni nei riguardi di coloro, a cui era legato. Tuttavia, si esclude che rispondesse a titolo di responsabilità, trattandosi di un evento equiparabile alla forza maggiore.

Un altro autore ritiene che si possano trarre delle conclusioni da questo frammento. Il giurista ha esemplificato alcune circostanze –scrive Palazzolo¹⁵³– che comportano l'impossibilità di assicurare la prestazione, a cui il locatore o il venditore è tenuto, così la *publicatio* del fondo locato, la *corruptio* del suolo e la *publicatio* prima della consegna della cosa venduta. Tutti questi fatti sono accumulati dalla circostanza che la volontà del soggetto non incide sull'impossibilità della prestazione o, forse, sarebbe meglio dire che la volontà non è causa dell'inadempimento. Ecco allora che, se la mancanza del *frui licere* dipende da fatti giuridici o naturali e non da atti dell'obbligato, è escluso il risarcimento.

In conclusione, Palazzolo individua una regola generale: se la molestia è riconducibile al fatto dello stesso locatore o, comunque, pur arrivando da terzi, egli avrebbe potuto opporsi, allora è responsabile e deve risarcire il danno al conduttore; se, invece, la molestia non poteva essere impedita, vi è un mero obbligo di restituzione¹⁵⁴.

¹⁵² IDEM, *L'espropriazione*, cit., p. 160.

¹⁵³ N. PALAZZOLO, *Evizione*, cit., pp. 294 e ss.

¹⁵⁴ Nel testo si legge *nam et si colonus tuus fondo frui a te aut ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim maiorem aut potentiam eius non poteris, nihil amplius ei quam mercedem remittere aut reddere debebis*. Molti non ammettono la classicità di questa parte del frammento. Per citare solo alcuni: L. MITTEIS, *Über den Ausdruck "potentiores" in den Digesten*, Mélanges P. F. Girard 2, Paris, 1912, pp. 232 e ss.; E. SECKEL -E. LEVY, *Die Gefahrtragung*, cit., p. 221 nt.3; E. COSTA, *La locazione*, cit., pp. 37 e ss.; M. KASER, *Periculum locatoris*, cit., p. 158; TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., p. 166.

14. Conclusioni parziali.

Non è certo se Africano parlasse del provvedimento ablatorio o della sanzione penale, tuttavia dai risultati della ricerca qui condotta, pare di dover prediligere il primo. Le difficoltà interpretative non si fermano, però, all'inquadramento giuridico della *publicatio*, ma sono dovute anche al fatto che il giurista, trattando delle conseguenze dell'evento dannoso, fa riferimento espresso al contenuto della sua prestazione principale, il *frui licere*. Alcuni autori hanno desunto che l'allusione al godimento dell'immobile fosse un chiaro indizio della responsabilità per il danno cagionato al conduttore. Secondo altri, dal tenore del testo non si potrebbe dedurre altro che la sopravvivenza del vincolo contrattuale tra le parti. Per il resto, il passo è lineare e non desta particolari difficoltà interpretative. Infatti, immaginando di eliminare l'inciso *ut mihi frui licere*, il brano avrebbe comunque una sua logica. Africano struttura il suo discorso in maniera da accompagnare il lettore alla soluzione del caso attraverso esempi e argomentazioni molto semplici. Inizialmente, il giurista espone il caso da risolvere: *si fundus quem mihi locaveris publicatus sit, teneri te actione ex conducto, quamvis per te non stet, quo minus id praestes*; quindi esemplifica una serie di casi simili. Così il caso dell'impossibilità naturale della prestazione, *quemadmodum, inquit, si insulam aedificandam locasses et solum corruisset, nihilo minus teneberis*. Si può pensare che la giurisprudenza si sia confrontata prima con le conseguenze giuridiche degli eventi naturali e concreti, che portavano all'impossibilità della prestazione, perché più semplici e intuitivi, per poi procedere alla trattazione di quella di diritto; e ugualmente fa Africano. Dopo l'esempio della frana, l'allievo di Giuliano affronta l'impossibilità giuridica nella compravendita, contratto affine, rientrante tra quelli di buona fede. Anche qui, un provvedimento ablatorio intervenuto prima dell'effetto traslativo fa sì che il venditore non possa onorare l'obbligo. Il giureconsulto dice esplicitamente che il venditore deve restituire il solo prezzo e non risarcire l'eventuale danno sofferto dal compratore, *nam et si vendideris mihi fundum isque priusquam vacuus traderetur publicatus fuerit, tenearis ex empto: quod hactenus verum erit, ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris mea intersit eum vacuum mihi tradi*.

Infine, Africano pone il principio generale che risolve anche la fattispecie da cui ha preso le mosse: *nam et si colonus tuus fondo frui a te aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere ne id faciat possis, tantum ei praestabis, quanti eius interfuerit frui, in quo etiam lucrum eius continebitur: sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim maiorem aut potentiam eius non poteris, nihil amplius ei quam mercedem remittere aut reddere debebis*.

Il giurista tratta il caso dell'espropriazione come un esempio d'impossibilità giuridica della prestazione, che come tale non può comportare l'obbligo di risarcimento del danno subito a seguito dell'ablazione del diritto di proprietà. Venendo meno una delle due prestazioni, si ritiene equo la restituzione di quanto già ricevuto come controprestazione di quella divenuta giuridicamente impossibile o, in mancanza, la liberazione dall'obbligo di pagare il canone locatizio. Si potrebbe ipotizzare che questa soluzione fosse pacifica in tema di compravendita, proprio perché il giureconsulto supporta la soluzione del quesito principale con l'esempio della vendita seguita da esproprio. Non avrebbe avuto alcun peso risolutivo offrire, a supporto della tesi, un caso ancora dibattuto dalla giurisprudenza. Si può dunque supporre, che la decisione del caso fosse pacifica tra i giuristi contemporanei.

Il brano contiene però il riferimento al *quantum* per cui il locatore poteva essere convenuto, il *frui licere*. Credo che, si possa spiegare ricordando che l'espropriazione non estingueva il rapporto contrattuale intercorrente tra le parti originarie del contratto di locazione. Comportava solo l'impossibilità della prestazione, perché il conduttore sarebbe stato allontanato dall'immobile espropriato e questo utilizzato dall'organo pubblico in altro modo, senza che il locatore potesse opporsi. Il rapporto giuridico tra i due contraenti però sopravviveva: il locatore rimaneva obbligato alla prestazione, il *frui licere*; la controparte, al pagamento della mercede. In altre parole, la *publicatio* non aveva effetto estintivo del vincolo giuridico. La prestazione del locatore diventava giuridicamente impossibile, ma non quella del conduttore, che continuava a essere tenuto a pagare del canone. Questi, a fronte di uno sbilanciamento delle prestazioni originarie, poteva reagire convenendo in giudizio il locatore per la sua prestazione, il *frui licere*, perché il contratto era ancora giuridicamente valido ed efficace.

Dalla lettura dell'intero brano, s'intuisce che in questo caso, la frase *teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat* non stia a indicare il *quantum* a cui poteva essere condannato il locatore, bensì che, subita l'espropriazione, il vincolo negoziale non si scioglieva e la prestazione era ancora dovuta. A determinare l'ammontare della condanna subentravano altre valutazioni, esplicitate dal giurista nel periodo finale: *nam et si colonus tuus fondo frui a te aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere ne id faciat possis, tantum ei praestabis, quanti eius interfuerit frui, in quo etiam lucrum eius continebitur: sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim maiorem aut potentiam eius non poteris, nihil amplius ei quam mercedem remittere aut reddere debebis*. Insomma, è solo dalla valutazione della fonte, che aveva impedito la normale esecuzione della prestazione del locatore, che si poteva decidere se il locatore dovesse restituire il canone o rispondere dell'interesse ulteriore del conduttore alla prestazione negata. Detto altrimenti, se fosse una questione di ripartizione del rischio o di responsabilità

contrattuale. Questa soluzione, si è visto, è confermata anche da D.19.2.30pr. (Alf. 3 dig. a Paulo epit.).

Pertanto non si può condividere, come alcuni hanno sostenuto, l'idea che vi fosse una disparità di vedute tra Africano e Giuliano. Se, infatti, s'interpreta l'indicazione del contenuto della prestazione non come il *quantum* della condanna, ma come il permanere del vincolo negoziale, non si può certo affermare che Giuliano imponesse al locatore il risarcimento del danno e Africano la mera remissione del debito. Africano allora seguiva l'insegnamento del suo maestro.

Infine, a mio parere, si può escludere che la *publicatio* di cui al testo sia una confisca, ossia la sanzione conseguente alla commissione di un crimine. Non tanto sulla base dell'osservazione che, altrimenti, non avrebbe senso parlare di rischio, ma esclusivamente di responsabilità contrattuale, perché al reo devono essere imputate anche le conseguenze della sua condotta sui rapporti di diritto privato; quanto, piuttosto, sulla base dell'osservazione che la confisca comportava una successione *inter vivos* a titolo particolare dell'organo pubblico in ogni rapporto giuridico incidente sulla cosa confiscata. Il locatore originario, estromesso dalla vicenda contrattuale, non sarebbe stato più legato al contratto di locazione, sarebbe divenuto terzo e pertanto estraneo alle vicende obbligatorie e processuali del contratto di locazione. Il fisco sarebbe stato obbligato a garantire il godimento e, in mancanza, tenuto al risarcimento del danno cagionato al conduttore.

Capitolo II

La locazione del titolare di un diritto reale su cosa altrui

15. La locazione dell'usufruttuario.

Nel passo appena analizzato di Africano, si sono affrontate le conseguenze giuridiche della *publicatio* sul contratto di locazione. Il locatore è inizialmente proprietario dell'immobile concesso in godimento e, durante la vigenza del rapporto, perde il titolo che lo legittima alla disposizione. La vicenda che si sta per esaminare è per alcuni aspetti molto simile. Anche in questo caso, il titolo giuridico che legittima al godimento temporaneo del bene viene meno *locatione pendente*. A differenza del passo di Africano, qui la parte è titolare di un diritto reale su cosa altrui: è un usufruttuario. Il giurista che espone e risolve il quesito è Domizio Ulpiano.

D.19.2.9.1(Ulp.32 *ad ed.*): *Hic subiungi potest, quod Marcellus libro sexto digestorum scripsit: si fructuarius locaverit fundum in quinquennium et decesserit, heredem eius non teneri, ut frui praestet, non magis quam insula exusta teneretur locator conductor. sed an ex locato teneatur conductor, ut pro rata temporis quo fructus est pensionem praestet, Marcellus quaerit, quemadmodum praestaret, si fructuarii servi operas conduxisset vel habitationem? et magis admittit teneri eum: et est aequissimum. idem quaerit, si sumptus fecit in fundum quasi quinquennio fruiturus, an recipiat? et ait non recepturum, quia hoc evenire posse prospicere debuit. quid tamen si non quasi fructuarius ei locavit, sed si quasi fundi dominus? videlicet tenebitur: decepit enim conductorem: et ita imperator Antoninus cum divo Severo rescripsit. in exustis quoque aedibus eius temporis, quo aedificium stetit, mercedem praestandam rescripserunt.*

Kaser¹⁵⁵ ritiene che il brano ulpiano sia stato ampliato. Il raccordo con il *principium* dello stesso frammento, *hic subiungi potest, quod*, è giudicato autentico, a differenza di quanto afferma Longo¹⁵⁶. Il paragrafo 1 ben si lega con il *principium* del frammento. Infatti, nella prima parte, il giurista tratta delle ripercussioni sul contratto di locazione che conseguono all'evizione del bene; nel paragrafo successivo, qui in

¹⁵⁵ M. KASER, *Periculum locatoris*, cit., p. 184 nt.122.

¹⁵⁶ G. LONGO, *Sul regime*, cit., p. 394.

commento, Ulpiano affronta le conseguenze dell'estinzione del diritto d'usufrutto, ossia del titolo legittimante alla conclusione del contratto locatizio. Il *fil rouge* che lega i paragrafi del frammento è la mancanza del diritto di proprietà sul bene. Nella prima fattispecie esposta, il locatore si crede proprietario e subisce l'evizione dell'immobile in corso di locazione. Qui, il contraente non ha mai avuto il dominio, ma solo il godimento del bene, perché titolare del solo diritto di usufrutto. Mayer-Maly¹⁵⁷ è dello stesso parere: il caso dell'usufruttuario-locatore si colloca giustamente tra quelli in cui il locatore non è proprietario del bene. Nei frammenti del Digesto 19.2.7-9 sono contenute diverse testimonianze di questa particolare situazione giuridica.

Nel suo studio sull'ammissibilità della locazione del diritto di usufrutto¹⁵⁸, Amirante si concentra sulla prima parte di questo brano. Il testo da *hic subingi* a *ut frui praestet*, in cui si cita il pensiero di Marcello, sarebbe immune da qualsiasi sospetto d'interpolazione¹⁵⁹.

Kaser dubita, invece, dell'originalità del parallelismo con l'edificio bruciato, ossia di *non magis- conductori*. Dello stesso avviso è Lautner¹⁶⁰, richiamato dal romanista austriaco¹⁶¹. Kaser aggiunge, però, che se si eliminasse questa parte del passo, bisognerebbe coerentemente cancellare la chiusa da *in exustit*, che riprende l'esempio espunto.

Qualche sospetto suscita in dottrina¹⁶² la parte che va da *quemadmodum praestaret* a *vel habitationem* perché sarebbe un esempio superfluo¹⁶³; secondo altri¹⁶⁴, semplicemente un'aggiunta successiva. Grosso, invece, esclude che il riferimento all'*habitatio* sia spurio¹⁶⁵. Longo¹⁶⁶ dubita anche di altre parti del paragrafo ulpiano. *Et est aequissimum* sarebbe il segno di una "ricucitura compilatoria" e del medesimo avviso è Beseler¹⁶⁷; secondo Longo, l'intero periodo *quia hoc evenire posse- decepit enim conductorem* sarebbe stato inserito dalle stesse mani.

¹⁵⁷ TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., p. 167.

¹⁵⁸ L. AMIRANTE, "Locare usum fructum", *Labeo*, 8, 1962, pp. 206-213.

¹⁵⁹ IDEM, "Locare usum fructum", cit., p. 208.

¹⁶⁰ J. G. LAUTNER, *Die interrogatio in iure nach klassischem Rechte*, Abhandlung zur antike Rechtgeschichte. Festschrift für G. Hanaušek, Graz, 1925, p. 73 nt.1.

¹⁶¹ M. KASER, *Periculum*, cit., p. 184.

¹⁶² G. LONGO, *Sul regime*, cit., p. 394; T. MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., p. 167.

¹⁶³ Kaser definisce esplicitamente l'esempio della locazione delle attività come un "überflüssiges Beispiel", [M. KASER, *Periculum*, cit., p. 184].

¹⁶⁴ TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., p. 167.

¹⁶⁵ L. AMIRANTE, *Locare habitationem*, Studi Biondi, I, Milano, 1965, p. 463.

¹⁶⁶ G. LONGO, *Sul regime*, cit., pp. 394-395.

¹⁶⁷ G. BESELER, *Miszellen*, ZSS, 45, 1925, p. 456.

Mayer-Maly¹⁶⁸ giudica il passo prolisso e ripetitivo, perché, per motivare la sua decisione, il giurista riporta prima un'opinione di Marcello e poi il rescritto imperiale. In realtà, la citazione di altri giureconsulti è molto frequente in Ulpiano, ma ciò non toglie, secondo Pernice¹⁶⁹, che il lavoro di questo giurista sia sempre originale.

Mayer-Maly¹⁷⁰ espunge il riferimento all'inganno, *decepit enim conductorem*, poiché sarebbe postclassico. Al contrario, Kaser respinge i dubbi di originalità sia del riferimento al raggio, sia del rifiuto del pagamento delle spese sostenute in vista della durata del contratto. Entrambe le parti sarebbero originali.

Amirante¹⁷¹ aderisce all'ipotesi di Grosso¹⁷². La chiusa è da attribuire ai compilatori, in particolare sarebbe “dettata dall'esigenza di tagliar corto a dispute o maggiori precisazioni dottrinali”. Al contrario, Litewski¹⁷³ rigetta i sospetti di interpolazione del brano, “es gibt keinen Grund, die Echtheit des Texts...in Frage stellen”¹⁷⁴. Le incertezze su *idem quaerit... rescripsit* sarebbero senza importanza; la chiusa del passo in cui si riporta il rescritto di Settimio Severo e Caracalla, nonché la parte in cui si cita il pensiero di Marcello, sarebbero state sospettate senza alcuna ragione. L'espressione *et est aequissimum* è spesso utilizzata da questo giurista¹⁷⁵; parimenti autentica è la frase *non magis quam...conductori*. Infine, sarebbe immotivata l'eliminazione del richiamo all'*habitatione* e, più in generale, di tutta la parte *quemadmodum...vel habitationem*; la diffidenza sulla parte iniziale, *hic subiungi potest quoad*, parimenti arbitraria. Il giudizio di Litewski sui sospetti che ha destato il passo, è netto: “All diese Verdächtigungen sind willkürlich und entbehren eine Begründung”¹⁷⁶.

16. Egesi di D. 19.2.9.1 (Ulp. 32 ad ed.).

La questione di fatto è molto semplice. Un usufruttuario loca il bene oggetto del suo diritto e, in vigenza di contratto, muore. Domizio Ulpiano s'interroga sulla sorte del negozio di

¹⁶⁸ TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., p. 167.

¹⁶⁹ A. PERNICE, *Ulpian als Schriftsteller*, *Labeo*, 8, 1962, pp. 351 e ss.

¹⁷⁰ TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., *ibidem*.

¹⁷¹ L. AMIRANTE, *Locare habitationem*, cit., p. 463.

¹⁷² G. GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, Torino, 1958, pp. 155 e ss.

¹⁷³ W. LITEWSKI, *Die Zahlung bei der Sachmiete im römischen Recht*, *Labeo*, 49, 2003, pp. 275 e ss.

¹⁷⁴ IDEM, *Die Zahlung*, cit., p. 276.

¹⁷⁵ Litewski riprende le conclusioni di un altro autore, A. M. HONORÉ, *The severan lawyers: a preliminary survey*, *SDHI*, 28, 1962, p. 195.

¹⁷⁶ W. LITEWSKI, *Die Zahlung*, cit., *ibidem*.

locazione, chiedendosi, nello specifico, se l'erede del locatore/usufruttuario sia tenuto al *frui licere*.

Come in D.19.2.33 (Afr. 8 *quaest.*), un fatto successivo alla conclusione del contratto, la morte dell'usufruttuario-locatore, fa venire meno il titolo presupposto alla conclusione della locazione. Dal punto di vista giuridico, la fattispecie è particolarmente interessante: da una parte, il diritto di usufrutto non è trasmissibile né *inter vivos*, né *mortis causa* e si estingue con la morte dell'usufruttuario. Dall'altra, la locazione si trasferisce agli eredi, che sono tenuti a continuare il rapporto, in quanto locatori, sino allo spirare del termine pattuito. Le due vicende giuridiche sono connesse tra loro: l'usufrutto è il presupposto della locazione, il titolo che legittima giuridicamente il soggetto a concludere il contratto. I due istituti hanno, però, una disciplina opposta in caso di morte del titolare. L'usufrutto si estingue; la locazione si trasmette agli aventi causa. Secondo Molnár, nelle fonti non vi sarebbe unità di vedute relativamente alla successione dell'erede nel contratto di locazione: anzi le testimonianze sarebbero a tratti contraddittorie¹⁷⁷. In alcuni passi, sembra, infatti, che la morte del locatore fosse causa di estinzione del rapporto. Questa sarebbe stata l'opinione di due illustri giureconsulti: Pomponio scrive che *morte eius qui locavit tollitur*¹⁷⁸; Paolo aggiunge che *praeterea placuit agere posse colonum cum herede ex testamento ut liberetur conductione: quos rectissime dicitur*¹⁷⁹. Al di là di questo punto oscuro contenuto nelle fonti, rimane il fatto che il proprietario del brano qui in commento impedisce l'uso del bene al conduttore. A parere dello studioso, l'impossibilità dell'oggetto della locazione o l'inutilizzabilità del bene, anche solo temporanea, avrebbe fatto cessare la *locatio rei*. Si distingue tra l'impossibilità genetica, concomitante alla nascita del rapporto, quando il vincolo stesso non viene neppure in essere; e impossibilità sopravvenuta in corso di contratto che porta allo stesso modo all'estinzione del vincolo. In quest'ultimo caso, solo se l'evento impeditivo è riconducibile alla parte tenuta all'adempimento della prestazione impossibile, sorge l'obbligazione risarcitoria. Il passo di Ulpiano affronta entrambe le ipotesi. Nel primo esempio, quello della locazione dell'usufruttuario che spende il suo titolo di legittimazione, la morte del locatore estingue il contratto di locazione. Questa soluzione non sorprende. Il *dominus* non è mai vincolato ai

¹⁷⁷ I. MOLNÁR, *Le cause di estinzione del contratto e il problema dell'esistenza del diritto di disdetta nella locatio-conductio*, Labeo, 32, 1986, pp. 304 e ss.

¹⁷⁸ D.19.2.4 (Pomp. 16 *ad Sab.*): *Locatio precariive rogatio ita facta, quoad is, qui eam locasset dedissetve, vellet, morte eius qui locavit tollitur.*

¹⁷⁹ D.34.3.18 (Paul. 9 *ad Plauto*): *Cassius. etiam si habitatio eo modo legata esset, gratuitam habitationem heres praestare deberet. et praeterea placuit agere posse colonum cum herede ex testamento, ut liberetur conductione: quod rectissime dicitur.*

contratti conclusi dall'usufruttuario: come il titolare di un diritto reale su cosa altrui non è legato alla locazione del proprietario, così alla fine dell'usufrutto, il proprietario non è assoggettato alle locazioni contratte dall'usufruttuario¹⁸⁰. Diverso è il caso del *locator-quasi dominus*. L'erede del locatore succede nella posizione contrattuale del suo dante causa ed è vincolato all'adempimento della sua prestazione.

17. Le conseguenze della morte dell'usufruttuario sul rapporto locatizio.

Ulpiano presenta due diverse fattispecie e si domanda quali siano le conseguenze della morte del locatore sul contratto. Il giurista riporta l'opinione di Marcello, il quale nega che l'erede dell'usufruttuario sia tenuto alla prestazione e aggiunge che il conduttore non può neppure chiedere il pagamento delle somme che aveva speso in vista della durata quinquennale del contratto. La motivazione del parere è lineare, il locatore non ha taciuto la sua qualità di usufruttuario. Insomma, il locatario si è accollato il rischio della fine anticipata del contratto e, anzi, avrebbe dovuto prevedere che ciò sarebbe potuto avvenire, *quia hoc evenire posse prospicere debuit*. In altri termini, il conduttore sopporta il *periculum* di un evento prevedibile.

Anche qui, come nel passo di Africano, il fatto che comporta l'impossibilità per il locatore di garantire il *frui licere* è successivo al perfezionamento del vincolo negoziale. La prima fattispecie concerne il caso di locazione conclusa da un soggetto che si è presentato come titolare di un diritto reale su cosa altrui; nella seconda, invece, il soggetto si afferma proprietario della cosa locata, sapendo di non esserlo, *quid tamen si non quasi fructuarius ei locavit, sed si quasi fundi dominus*. Le conseguenze giuridiche sono diverse. In quest'ultimo caso, l'erede è legato al contratto proprio perché il suo dante causa ha ingannato la controparte; la decisione è confermata nel rescritto imperiale.

In dottrina, si sono formati due indirizzi interpretativi, che non concordano sul *quantum* per cui è tenuto il locatore. così, alcuni¹⁸¹ ritengono che la parte sia obbligata a garantire la propria prestazione indipendentemente dalla possibilità giuridica e materiale; questi autori sostengono che la limitazione del risarcimento del danno al solo caso di mala fede del locatore sia di fattura giustiniana. *Decepit enim conductorem* sarebbe, quindi, un'aggiunta postclassica e quell'*et est aequissimum*, solo un'asseverazione dei compilatori che con questa espressione avrebbero evidenziato la necessità di riequilibrare le prestazioni

¹⁸⁰ G. GROSSO, *Usufrutto*, cit., p. 154.

¹⁸¹ E. COSTA, *La locazione*, cit., pp. 39 e ss.; G. LONGO, *Sul regime*, cit., p. 394.

corrispettive. Secondo Mayer-Maly, nel primo esempio, la morte dell'usufruttuario è trattata come un caso di "höherer Gewalt"¹⁸², che comporta il solo rimborso della mercede. Quanto alla seconda fattispecie, qui il giurista si pronuncia per la responsabilità del locatore. A parere dello studioso, l'ultimo periodo sarebbe un inserimento postclassico, volto a limitare il risarcimento del danno alla mala fede di uno dei contraenti. Inoltre, questa parte del brano tratterebbe un esempio di evizione che, secondo l'autore, porterebbe sempre per il diritto classico al risarcimento del danno, "Haftung nach Eviktion ging immer auf das Interesse"¹⁸³. E allora la limitazione al solo comportamento fraudolento sarebbe conseguentemente di mano giustiniana.

Altri¹⁸⁴ respingono con forza ogni riferimento al problema dell'evizione: qui il nodo è l'estinzione del vincolo e le conseguenze in capo al locatore. Kaser è uno di questi. In modo deciso, afferma che la fattispecie presentata da Ulpiano "hat mit Haftung für Eviktion nichts zu tun"¹⁸⁵. Questo perché, almeno nel primo caso esposto nel passo, il locatore si è presentato come usufruttuario e non ha promesso alcuna tutela maggiore, se non quella data dal titolo che lo lega all'immobile. Deceduto il titolare dell'usufrutto, il contratto di locazione si estingue ed è così motivata l'assenza di qualunque obbligo in capo all'erede del locatore. Nicosia cita il passo di Ulpiano nella sua ricerca in tema di responsabilità del locatore¹⁸⁶. Il romanista concorda con l'opinione di Kaser, secondo cui, qualora fosse stato allocato sul locatore il rischio, la parte avrebbe sopportato lo svantaggio economico derivante, che si traduceva nella perdita della pretesa al pagamento della mercede. L'obbligo di risarcimento del danno sussisteva solo a fronte di un'assunzione espressa o tacita di garanzia da parte del locatore¹⁸⁷. Inoltre, dalla lettura delle fonti, lo studioso deduce che, qualora la cosa fosse stata affetta da vizi tali da renderla inidonea all'uso pattuito, il corrispettivo non era dovuto. Ovviamente, se il conduttore avesse versato la mercede in anticipo, avrebbe avuto titolo per pretendere la restituzione delle mensilità non utilizzate senza sua colpa. Il brano qui in commento non sarebbe altro che un'ulteriore prova di questa regola giurisprudenziale¹⁸⁸.

¹⁸² TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., p. 167.

¹⁸³ IDEM, *Locatio conductio*, cit., *ibidem*.

¹⁸⁴ M. KASER, *Periculum locatoris*, cit., p. 185; N. PALAZZOLO, *Evizione*, cit., p. 307.

¹⁸⁵ M. KASER, *Periculum locatoris*, cit., *ibidem*.

¹⁸⁶ G. NICOSIA, *La responsabilità del locatore per i vizi della cosa locata nel diritto romano*, RISG, 9, 1957-58, pp. 403 e ss.

¹⁸⁷ IDEM, *La responsabilità*, cit., p. 407.

¹⁸⁸ IDEM, *La responsabilità*, cit., p. 422.

18. La qualificazione giuridica della morte dell'usufruttuario.

Diversi autori trattano la morte del locatore come un esempio di caso fortuito. Grosso¹⁸⁹ è tra questi. L'erede è libero da ogni responsabilità, "come egli ne sarebbe liberato in caso di incendio della *domus locata*"¹⁹⁰. L'equiparazione al caso fortuito è accolta anche da De Robertis¹⁹¹. La morte dell'usufruttuario è causa di esclusione della responsabilità del locatore ed è parificata dal romanista ad altri fatti quali il terremoto, la frana¹⁹² e l'inondazione¹⁹³; ma anche al *vitium soli* e al *vitium materiae*¹⁹⁴, nonché al fatto di terzi¹⁹⁵ e all'ordine dell'autorità, il cd *factum principis*¹⁹⁶. Quanto agli effetti di questi eventi¹⁹⁷, l'impossibilità di attuare il sinallagma fa sì che il debitore liberato perda il diritto di ricevere la controprestazione e debba restituire le somme eventualmente anticipate. Il principio è dimostrato, tra gli altri, anche nel brano D.19.2.30.1(Alf. dig. a Pau. epit.)¹⁹⁸.

L'equiparazione della morte al caso fortuito è ammissibile, però, solo per la prima fattispecie esposta da Ulpiano. L'erede del locatore/*quasi dominus* è vincolato anche dopo la morte dell'usufruttuario. Infatti, l'inganno perpetrato ai danni del conduttore esclude che quest'ultimo sia gravato del rischio della morte prematura.

Quasi la totalità degli interpreti moderni è concorde nell'affermare che la prima fattispecie sia un esempio di ripartizione del rischio contrattuale; mentre, la seconda tratti di responsabilità negoziale.

A supporto di questa conclusione, Palazzolo¹⁹⁹ adduce diversi argomenti. Innanzitutto, il testo ulpiano è la continuazione del *principium* dello stesso frammento, nel quale si discute se il

¹⁸⁹ G. GROSSO, *Usufrutto*, cit., pp. 154 e ss.

¹⁹⁰ IDEM, *Usufrutto*, cit., p. 155.

¹⁹¹ F. M. DE ROBERTIS, *La disciplina della responsabilità contrattuale nel sistema della compilazione giustiniana*, III, Bari, 1972, pp. 581 e ss.

¹⁹² D. 19.2.15.2 (Ulp. 32 ad ed.); D.19.22.36 (Flo. 7 inst.); D.19.2.37 (Iav. 8 ex Cass.); D.19.2.60 (Lab. 5 post. a Iav. epit.); D.19.2.62 (Lab. 1 pith.).

¹⁹³ D. 19.2.15.2 (Ulp. 32 ad ed.).

¹⁹⁴ D.19.2.13.5 (Ulp. 32 ad ed.); D.19.2.62 (Lab. 1 pith.).

¹⁹⁵ D. 19.2.41 (Ulp. 5 ad ed.).

¹⁹⁶ D.19.2.13.7-8 (Ulp. 32 ad ed.); D.19.2.15.2 (Ulp. 32 ad ed.); D.19.2.33 e 35 (Afr. 8 quaest.).

¹⁹⁷ F. M. DE ROBERTIS, *La disciplina della responsabilità*, cit., p. 582.

¹⁹⁸ D.19.2.30.1 (Alf. dig. a Pau. epit.): *Aedilis in municipio balneas conduxerat, ut eo anno municipes gratis lavarentur: post tres menses incendio facto respondit posse agi cum balneatore ex conducto, ut pro portione temporis, quo lavationem non praestitisset, pecuniae contributio fieret.*

¹⁹⁹ N. PALAZZOLO, *Evizione*, cit., pp. 309 e ss.

locatore sia svincolato dalla sua obbligazione a seguito dell'evizione. Nel paragrafo 1, ci si chiede se l'erede dell'usufruttuario sia tenuto al *frui licere*. Come si può notare in entrambi i testi, la questione giuridica è se l'evento sopravvenuto porti alla liberazione dell'obligato, non alla sua responsabilità. L'uso del verbo *tenere* contenuto in D.19.2.9.1(Ulp. 32 *ad ed.*) potrebbe, però, far pensare al risarcimento del danno. Anche in questo caso, la lettura del principio del brano elimina qualsiasi dubbio e, anzi, ribadisce che si è in presenza di un problema di ripartizione dell'alea contrattuale. L'uso di questo verbo si rinviene anche in D.19.2.9.pr (Ulp. 32 *ad ed.*) e qui si dice apertamente che l'obbligo abbia come contenuto quello di provvedere al godimento della cosa, *teneri ut ei praestetur frui*. Inoltre, il *teneri ex conducto* è messo in parallelo con il *teneri ex locato* per la mercede; in un contratto con prestazioni corrispettive, l'impossibilità sopravvenuta di una delle prestazioni fa cadere la correlata. Pertanto, Palazzolo conclude che il *teneri* del locatore ha un senso solo, ove lo s'intenda come obbligo alla prestazione del *frui licere*²⁰⁰.

Non si può che aderire a quest'ultima affermazione: nella prima parte del passo, quella relativa alla locazione fatta dall'usufruttuario dichiaratosi tale, il discorso si sviluppa intorno alle obbligazioni principali delle parti, non si tratta di responsabilità. Solo nella seconda parte, il quesito concerne i danni provocati dal comportamento del locatore-*quasi dominus*. Alle medesime conclusioni si era già pervenuti nell'analisi di D.19.2.33 (Afr. 8 *quaest.*). Qui Africano afferma che *si fundus quem mihi locaveris publicatus sit, teneri te actione ex conducto, ut frui mihi liceat, quamvis per te non stet, quo minus id praestes*. L'espropriazione del bene si pone quale evento esterno che rende impossibile la continuazione del rapporto locatizio; tra le parti, non si pone, quindi, alcun problema di risarcimento del danno, ma solo di ripartizione del rischio.

Costa²⁰¹ ritiene che la mala fede del locatore sia ciò che lega anche l'erede al contratto e ciò che legittima il conduttore ad agire contro quest'ultimo, salvo non sia assicurato in qualche modo il godimento dell'immobile. Palazzolo pensa, invece, che la decisione di Ulpiano prescinda dall'inganno: l'erede dell'usufruttuario spacciatosi per proprietario è tenuto in forza del titolo con cui l'immobile è stato locato. Ebbene, sembra questo il ragionamento: ogni volta che il contratto di locazione è stato concluso dal proprietario, il suo erede succede nel rapporto locatizio senza soluzione di continuità. In altre parole, il contratto di locazione è impermeabile alle vicende successive che hanno a oggetto la *res locata*. Parimenti accade per l'erede del locatore-*quasi dominus*, che rimane obbligato nei confronti del conduttore.

²⁰⁰ IDEM, *Evizione*, cit., p. 310.

²⁰¹ E. COSTA, *La locazione*, cit., pp. 39-40.

19. Le spese sostenute dal conduttore.

L'essersi apertamente presentato quale usufruttuario comporta anche la legittimità del rifiuto dell'erede di rifondere le somme pagate dal conduttore, in vista della durata della locazione. Secondo Kaser²⁰², questa soluzione sarebbe indubbiamente classica. L'interprete individua la ragione giuridica fondante questa regola in una peculiarità propria di questo tipo di uscite economiche. Le spese sostenute sono definite dallo studioso come "eine einheitliche Leistung"²⁰³. L'unitarietà dell'esborso è la ragione per cui il conduttore non può pretenderne la restituzione, neppure parziale. In definitiva, l'unicità della prestazione non risente della fine anticipata del contratto, a differenza di quanto accade per le spese di cui parla un altro brano ulpiano:

D.19.2.19.6 (Ulp. 32 *ad ed.*): *Si quis, cum in annum habitationem conduxisset, pensionem totius anni dederit insula post sex menses ruerit vel incendio consumpta sit, pensionem residui temporis rectissime Mela scripsit ex conducto actione repetiturum, non quasi indebitum condicturum: non enim per errorem dedit plus, sed ut in causam conductionis proficeret...*

Il passo ha destato qualche dubbio di rimaneggiamento. Accogliendo l'opinione di Schwarz²⁰⁴, Mayer-Maly²⁰⁵ elimina l'accenno all'incendio, *vel incendio consumpta sit*, e al *quasi indebitum*, contrariamente a quanto ritiene Solazzi²⁰⁶. Secondo Kaser²⁰⁷, solo la seconda parte del brano, qui non riportata, sarebbe alterata; invece, Beseler²⁰⁸ sospetta che l'interpolazione abbia inizio già da *non enim*.

Un tale ha preso in locazione un immobile per un anno, pagando in un'unica soluzione tutte le mensilità. Dopo sei mesi un evento naturale distrugge l'edificio, rendendo impossibile il godimento dello stesso. Mela legittima il conduttore ad agire con l'azione contrattuale per la restituzione dei canoni pagati, ma non goduti; escludendo al contempo l'esperibilità dell'azione di ripetizione

²⁰² M. KASER, *Periculum locatoris*, cit., pp. 184-185 e nt.122.

²⁰³ IDEM, *Periculum locatoris*, cit., p. 185.

²⁰⁴ F. SCHWARZ, *Die Grundlage der Condictio im klassischen römischen Recht*, Munster- Köln, 1952, p. 75.

²⁰⁵ TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., p. 167.

²⁰⁶ S. SOLAZZI, *L'errore nella condictio indebiti*, Atti Napoli, 59, 1939, p. 38.

²⁰⁷ M. KASER, *Periculum locatoris*, cit., *ibidem*.

²⁰⁸ G. BESELER, *Miscellanea Graecoromana*, Studi Bonfante, 2, Milano, 1939, p. 69; dello stesso autore, *Romanistische Studien*, SSZ, 50, 1930, p. 39.

dell'indebito. La motivazione giuridica è chiara: quest'ultima azione non è ammissibile perché il conduttore non pagò per errore, ma *per causam conductionis*.

Il pagamento dell'intera annualità è un patto aggiunto in sede di conclusione del negozio che disciplina l'esecuzione della prestazione del conduttore. L'accordo prevede che i canoni non debbano essere pagati periodicamente, ma in un'unica soluzione annuale. In questo caso, l'unicità dell'uscita economica concerne solo la modalità esecutiva di una serie di obbligazioni periodiche. In altri termini, alla pluralità di obbligazioni corrisponde un unico pagamento. Per il diritto classico, l'azione esperibile nel momento patologico doveva essere quella contrattuale, poiché l'accordo, accessorio alla pattuizione e volto a regolarne il solo adempimento, era giustificato dalla *causa locandi*. Era da escludersi l'azionabilità della richiesta di restituzione con la *condictio sine causa*, perché questo rimedio era concesso unicamente in mancanza di giustificazione causale²⁰⁹. Secondo Solazzi²¹⁰, “la cospicua differenza tra il pagamento dell'indebito e il pagamento della pigione anticipata, sta in ciò che questo secondo pagamento è imposto dal contratto di locazione ed è dovuto. La differenza non risiede nell'errore; anche nel secondo caso si potrebbe dire che il locatario ha commesso un errore di previsione, non pensando che l'*insula* poteva rovinare o bruciare”²¹¹.

Torniamo ora alla questione che qui più interessa: *quid iuris* delle spese sostenute dal conduttore dell'usufruttuario, in vista della durata quinquennale del negozio? Un primo dato è ovvio, gli esborsi compiuti dal *conductor* nel passo D.19.2.9.1(Ulp.32 *ad ed.*) non hanno sicuramente natura di canone. Questi non sono stati fatti dal conduttore quale contropartita al godimento dell'immobile. Però il testo non specifica un dato forse solo apparentemente importante, ossia se le spese sono imposte contrattualmente o se, invece, la decisione di effettuarle è una scelta autonoma del contraente, il quale vi provvede nel suo esclusivo interesse. In altre parole, Ulpiano non riporta la causa delle spese. Si può ipotizzare che questo dato fosse pacifico per le parti e quindi superfluo da menzionare. Non bisogna dimenticare però il presupposto di partenza: il conduttore ha liberamente contratto con un usufruttuario e, quindi, il rapporto di locazione può legittimamente concludersi anche prima del termine pattuito. Come ha acutamente osservato Kaser²¹², in caso d'impossibilità sopravvenuta, il locatore è unicamente obbligato alla restituzione dei canoni ricevuti; è esclusa una responsabilità per l'interesse ulteriore del conduttore alla

²⁰⁹ Si veda in argomento, M. MASSEI, *L'arra nella compravendita*, BIDR, 48, 1941, pp. 313-329.

²¹⁰ S. SOLAZZI, *L'errore nella condictio indebiti*, Scritti di diritto romano, IV, Napoli, 1963, p. 38.

²¹¹ Si veda in argomento anche P. VOCI, *In tema di errore*, SDHI, 8, 1942, pp. 82 e ss.

²¹² M. KASER, *Periculum locatoris*, cit., p. 185.

continuazione della locazione. Insomma, il contraente, su cui è allocato il rischio di conclusione anticipata del contratto, sopporta i danni derivanti dall'evento che rende impossibile la continuazione del rapporto, e in questo modo decide Ulpiano. Così, le spese che il conduttore compie nel suo esclusivo interesse, anche se finalizzate alla locazione, sono a suo carico. Queste non sono ripetibili, anche se la parte non ne ha usufruito, perché rientrano nell'alea di aver contratto con un usufruttuario. Per le uscite previste *ex contractu* e, quindi, nell'interesse di entrambi i contraenti, è necessaria, invece, una precisazione. Kaser giustifica la non ripetibilità degli esborsi, in base all'osservazione che questi integrano una prestazione unitaria; nella sua motivazione manca, però, un qualunque riferimento alla causa delle spese. L'unicità della causa dell'esborso e non la frazionabilità dell'esecuzione è il discrimine che decide della ripetibilità o meno. Se la causa delle spese imposte contrattualmente è unica, l'estinzione prematura del vincolo porta con sé la non ripetibilità della prestazione. Detto altrimenti, l'obbligato non può vantare alcuna pretesa poiché su di lui è allocato il rischio contrattuale di fine anticipata. Diverso è il caso di obbligazione periodica, quale il canone, in cui soltanto il modo di esecuzione è unico. È evidente che, se solo il modo di adempimento è unico, ma non il *titulus debendi*, intervenuto un evento esterno, le prestazioni adempiute per il periodo successivo al fatto devono essere restituite. Manca, infatti, la causa che giustifica lo spostamento patrimoniale. Al contrario, le spese eseguite in ottemperanza di un'unica obbligazione sono perfettamente valide e non devono essere restituite. Queste sono supportate da una giustificazione causale, la causa del negozio di locazione, e sono dovute indipendentemente dalla durata dello stesso. Pertanto, il canone è dovuto perché imposto dal contratto di locazione, le spese, sostenute dal conduttore per usufruire come meglio crede dell'immobile locato, trovano la loro causa in un moto individuale del soggetto, e non nel contratto di locazione e quindi sono irripetibili. Alla stessa *ratio*, risponde anche D.19.2.19.6 (Ulp. 32 *ad ed.*). L'incendio o la rovina della cosa locata legittimano la richiesta dei canoni già versati e questo, come osserva Nicosia²¹³, comporta che se, anziché dopo sei mesi, l'impossibilità del godimento si fosse verificata subito, "il conduttore avrebbe potuto ripetere *pensionem totius anni*, e se non l'avesse ancora pagata, non avrebbe più potuto essere costretto a farlo".

Domizio Ulpiano non s'interroga sulle potenziali spese effettuate dal conduttore dell'usufruttuario/*quasi dominus*. Tuttavia si può facilmente risolvere il problema alla luce dei criteri appena individuati. L'erede dell'usufruttuario sarebbe obbligato a restituire sia le somme contrattualmente previste a carico del conduttore, ossia gli importi pagati in esecuzione di

²¹³ G. NICOSIA, *La responsabilità*, cit., p. 404.

prestazioni aventi *causa locandi*; sia gli esborsi effettuati da questo nel suo esclusivo interesse, purché finalizzati al godimento dell'immobile. In particolare, questi ultimi integrerebbero una delle voci del danno risarcibile.

Riassumendo: le spese sostenute dal conduttore dell'usufruttuario sono sempre a suo carico, sia in caso di conclusione anticipata della locazione, sia allo spirare del termine pattuito. Purché, queste non siano imposte contrattualmente e costituiscano diverse prestazioni periodiche. In altri termini, il locatore dovrà restituire gli esborsi, che hanno *causa locandi* e non integrano una "einheitliche Leistung". Invece, le somme pagate dal conduttore del *quasi dominus* devono essere rifuse integralmente, anche se corrisposte nell'interesse esclusivo del conduttore, e purché rinvengano la loro causa remota nella locazione. Queste somme integrano una delle poste del risarcimento.

20. Conclusioni parziali.

A questo punto, si possono trarre alcune conclusioni in merito al passo di Ulpiano, D. 19.2.9.1 (Ulp. 32 *ad ed.*). In primo luogo, è da rigettare l'opinione di chi sostiene che il brano tratti di evizione. Com'è noto, questo problema si pone solo qualora vi sia un conflitto tra titoli appartenenti a diversi soggetti, che rivendicano il dominio sul medesimo bene. Nella prima fattispecie, infatti, il locatore si è presentato come usufruttuario ed è a questo titolo, che loca il bene, *si fructuarius locaverit fundum*. È pacifico quindi che non vi sia alcun contrasto relativo alla proprietà sull'immobile. Anche nella seconda ipotesi, è da escludere che vi sia un conflitto sul titolo. Il locatore sa di non poter vantare la proprietà dello stabile, tanto è vero che inganna la controparte dichiarandosi *dominus*. Si potrebbe ipotizzare un conflitto tra titoli, solo nel caso in cui, il locatore avesse erroneamente creduto di vantare il diritto di proprietà e, in buona fede, avesse speso tale qualifica. Non è questo il caso. In definitiva, non si può che convenire con quegli autori, che hanno escluso in maniera recisa il problema di un conflitto tra proprietari, ossia tra il reale titolare del dominio e uno che suppone di esserlo.

Nel brano in commento, la questione giuridica verte sul rapporto tra posizioni diverse che legittimano il godimento dell'immobile. L'elemento che caratterizza il brano di Domizio Ulpiano è lo *status* di usufruttuario del locatore. È noto che l'usufrutto è un diritto reale di godimento che ha natura personale e dunque si estingue con la morte del titolare, o altro termine stabilito dal concedente. Come detto in precedenza, il beneficiario è libero di accordare le facoltà attribuitegli a terzi, che saranno tutelati nei confronti del *dominus* sino alla

conclusione dell'usufrutto. Alla scadenza del termine, o alla morte dell'usufruttuario, il proprietario riacquista il bene libero dai pesi inerenti all'ormai estinto diritto di usufrutto. Quindi, il conduttore dell'usufruttuario sopporta il rischio della morte prematura del locatore, anticipata rispetto al termine stabilito dal contratto di locazione e non può pretendere alcunché dall'erede del locatore, poiché quest'ultimo non succede nella posizione contrattuale del suo dante causa.

Non si può pervenire alla medesima conclusione nel caso, in cui il locatore si sia presentato nella veste di proprietario. In questo caso, il conduttore non sopporta il rischio di fine anticipata della locazione; l'erede del locatore resta obbligato, pena il risarcimento del danno. È evidente, infatti, che il conduttore non ha potuto valutare la convenienza del contratto con un usufruttuario. Il comportamento volontariamente fraudolento del locatore/*quasi dominus* porta a un'errata determinazione della parte circa un elemento così rilevante del rapporto. Non sarebbe equo, allora, accollare sul conduttore il rischio di conclusione prematura del negozio. Del resto, non è sicuro che, conosciuta l'identità del locatore, il conduttore avrebbe concluso *tout court*; o forse, si sarebbe vincolato a condizioni diverse, tali da controbilanciare l'assunzione del *periculum* di conclusione anticipata del rapporto.

Si è visto, inoltre, che due autori forniscono spiegazioni diverse sul motivo per cui, in caso di dolo del locatore, l'erede di questo succede nel contratto. Costa fa dipendere questa conseguenza così gravosa per il successore *mortis causa* dalla mala fede del locatore/*quasi dominus*. Palazzolo, invece, prescinde dall'inganno e si concentra sul titolo legittimante la locazione. Il primo si concentra sul profilo soggettivo della vicenda, ossia sul comportamento censurabile del locatore, privilegiando una *ratio* sanzionatoria: l'ordinamento avrebbe reagito all'intento fraudolento, obbligando la parte e i suoi successori a risarcire i danni cagionati. Infatti, la legittimazione passiva di quest'azione si trasmette *mortis causa* al successore universale del locatore disonesto. Diversamente, l'erede del locatore che ha comunicato la sua relazione col bene, non è legato al contratto del suo dante causa. In altri termini, non succede nella posizione di locatore.

Palazzolo invece adotta una spiegazione che fa leva sul dato oggettivo. Il conduttore ha contratto con colui, che vanta un determinato titolo, la proprietà del bene. Si è determinato a concludere, perché la locazione era *a domino*. Nei casi, in cui il locatore è anche proprietario del bene, alla sua morte l'erede subentra nella stessa posizione contrattuale, senza soluzione di continuità, e, se non adempie la prestazione, risponde per l'inadempimento. La medesima soluzione si applica anche nel caso del "titolo legittimante putativo".

A mio parere, entrambe le giustificazioni sono parimenti sostenibili: privilegiare una tesi o l'altra dipende dal punto di vista da cui si osserva la vicenda giuridica. In generale, credo che sia tutelato l'affidamento incolpevole del conduttore. Egli,

infatti, ha formato la sua volontà contrattuale su una conoscenza erronea della situazione giuridica e di fatto derivante dalla prospettazione del locatore, che si è presentato come proprietario. Si potrebbe anche sostenere, che è il conduttore a decidere delle sorti del contratto per l'evento sopravvenuto. Se ha potuto formare liberamente la sua volontà contrattuale, sapendo che la controparte era un usufruttuario, ha accettato il rischio di conclusione prematura del vincolo giuridico, perché la morte del locatore è un evento prevedibile. Di contro, l'affittuario, che è stato ingannato e che, quindi, era ignaro del reale titolo che lega il locatore al bene, non è gravato del *periculum* della morte prematura. Egli ha voluto un contratto *a domino*, che si trasmette *mortis causa*.

Capitolo III

Le conseguenze della perdita del titolo presupposto nella sublocazione.

Il locatore può vantare un titolo contrattuale che lo lega al bene. Le fonti trattano il caso della sublocazione, ossia il caso in cui il conduttore a sua volta, nell'esercizio delle facoltà che discendono dal titolo negoziale, decide di concedere a terzi il godimento che gli spetta dalla locazione. Concludendo un nuovo contratto di locazione, assume a sua volta la posizione di locatore.

Sembra che il subaffitto fosse una pratica diffusa a Roma²¹⁴, anche se il tema della sublocazione è stato per lo più trascurato dalla romanistica. Gli interpreti che se ne sono occupati, infatti, l'hanno fatto incidentalmente in opere più vaste²¹⁵, trattando di altri argomenti, quali la responsabilità contrattuale. Qualche notizia è comunque giunta. Innanzitutto, la sublocazione aveva carattere quasi unicamente professionale²¹⁶. Il conduttore non contraeva per sé, per abitare l'immobile o per coltivarlo, ma per avere un lucro dalla cessione a terzi del godimento dell'intero stabile, o anche solo di parte di esso: singoli appartamenti o stanze. Secondo uno studioso²¹⁷, "le locataire/sous-bailleur est ordinairement, à Rome, un professionnel qui joue, sur le plan économique, le rôle dévolu de nos jours à l'agent immobilier opérant des locations". La maggiore differenza tra l'agente immobiliare romano e quello dei giorni nostri consiste nel fatto che adesso lo strumento giuridico, con il quale il proprietario affida la gestione degli immobili da locare, è il contratto di mandato, in cui si prevede un patto accessorio, con il quale si stabilisce la retribuzione per il servizio. A Roma, invece, questo strumento era il contratto di locazione. Il *dominus* cedeva il godimento a un soggetto che professionalmente rilocava l'immobile a un prezzo maggiorato, per averne un profitto che altro non era che la sua retribuzione. A differenza di ciò che accade oggi, il sublocatore romano assumeva il rischio che il moderno mandatario non ha. Infatti, l'intermediario romano era comunque il conduttore della cosa e doveva pagare il canone al

²¹⁴ G. CARDASCIA, *Sur une fonction de la sous-location en droit romain*, Studi Biscardi, II, Milano, 1982, pp. 351 e ss.; I. REICHARD, *Die Frage des Drittschadensersatzes*, cit., pp. 274 e ss.

²¹⁵ TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., pp. 240 e ss.; in particolare, cap. III, sezione 4: *Untermiete, Afterpacht u. Gruppenarbeitsvertrag*, pp. 27-33.

²¹⁶ G. CARDASCIA, *Sur une fonction de la sous-location en droit romain*, Studi Biscardi, II, Milano, 1982, p. 367.

²¹⁷ G. CARDASCIA, *Sur une fonction*, cit., p. 386.

proprietario, anche se non fosse riuscito a sublocare l'immobile. Da quanto appena detto si può senz'altro affermare che l'istituto aveva una funzione principalmente lucrativa: il conduttore principale assumeva, infatti, la veste d'intermediario, al fine di trarre il maggior profitto dalla concessione a terzi del godimento dell'immobile che aveva locato. Lo sfruttamento economico del bene locato è stato desunto dal fatto che, nelle fonti manca qualsiasi riferimento al subaffitto circoscritto solo al periodo di assenza del conduttore principale, la cui finalità è di contenimento delle perdite.

Anche nell'ipotesi della sublocazione, la ricerca si orienta nel verificare quali siano le conseguenze nel caso in cui un evento renda impossibile la locazione e di conseguenza la sublocazione. Una precisazione è importante. Nel presente capitolo si tratta esclusivamente il caso in cui il primo locatore è titolare rapporto negoziale, o comunque un diritto reale nei confronti della cosa locata. La prima locazione è quindi *a domino*.

21. Ammissibilità della sublocazione.

D.19.2.60pr. (Lab. 5 a Iav. ep.): *Cum in plures annos domus locata est, praestare locator debet, ut non solum habitare conductor ex calendis illis cuiusque anni, sed etiam locare habitatori si velit suo tempore possit. itaque si ea domus ex kalendis ianuariis fulta in kalendis iuniis permansisset, ita ut nec habitare quisquam nec ostendere alicui posset, nihil locatori conductorem praestaturum, adeo ut nec cogi quidem posset ex kalendis Iuliis refecta domu habitare, nisi si paratus fuisset locator commodam domum ei ad habitandum dare.*

La prima parte del brano non ha sollevato particolari problemi di originalità, a differenza della seconda, che ha fatto dubitare molti. Parte della letteratura²¹⁸ si è espressa per l'alterazione della frase finale: la "Nisisatz", *nisi si paratus fuisset locator commodam domum ei ad habitandum dare*, sarebbe spuria.

²¹⁸ F. P. BREMER, *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*, 2, 1, Lipsiae, 1896, p. 214; TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., p. 147; B. W. FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., pp. 171-172; M. KASER, *Periculum locatoris*, cit., p.183; M. KASER, *Das römischen Privatrecht*, cit., 472 nt. 25; F. EISELE, *Beiträge*, cit., pp. 118 e ss.; S. PEROZZI, *Istituzioni*, cit., p. 293 nt. 4; F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto: ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne*, Torino, 1992, pp. 221-222; A. PERNICE, *Labeo*, cit., 2,1, p. 253 nt.1; F. HAYMANN, *Die Haftung des Verkäufers*, cit., p. 87.

Alcuni²¹⁹ diffidano invece della genuinità del testo già da *adeo ut nec cogi*, in base all'osservazione che il conduttore non avrebbe avuto bisogno della casa dal primo luglio. Kaser è tra quelli che ritengono interpolata l'intera chiusa del passo: la motivazione è di carattere sostanziale, il locatore non avrebbe garantito per l'evento sopravvenuto e quindi il richiamo all'immobile sostitutivo è da considerarsi rimaneggiato²²⁰. Perozzi²²¹ e Giannetto Longo²²² espungono la conclusione del brano perché sicuramente di fattura compilatoria; allo stesso modo, Mayer-Maly²²³ parla apertamente di "Nachklassischer Schluß". Frier²²⁴ è più cauto: la conclusione è sì compilatoria, ma rifletterebbe "in a garbled form" il pensiero classico. Secondo Gallo, invece, la limitazione introdotta dalla frase finale sarebbe ispirata "all'equità intesa come criterio correttivo della regola giuridica in ordine al caso concreto. Non risulta che tale criterio fosse già adottato da Labeone, come da Celso, ecc., i quali vedevano nell'*aequitas* il fondamento stesso (o supremo principio ispiratore) del diritto"²²⁵. Costa²²⁶ diffida dell'ultima parte del brano, senza specificare l'ampiezza dell'alterazione. La critica più recente tende però a rigettare i sospetti, "im Lichte der heutigen Quellenkritik gibt es keine hinreichenden Gründe für eine Anfechtung"²²⁷.

Passando al contenuto, il *principium* del frammento 60 non sembra riportare un problema concreto da risolvere, piuttosto delle considerazioni circa la regolamentazione del rapporto locatizio. Il brano può essere suddiviso in due parti. Nella prima, ritenuta generalmente originale, Labeone prescrive l'obbligo per il locatore di garantire il godimento dell'edificio per l'intera durata del contratto e ammette la possibilità di sublocare il bene: *non solum habitare conductor..., sed etiam locare habitatori si velit suo tempore possit*. Infatti, per espressa ammissione della giurisprudenza, il *frui licere* del conduttore si può concretizzare sia in uno sfruttamento diretto e materiale del bene, sia giuridico. In un caso, il conduttore usufruisce personalmente del bene; nell'altro, egli non gode direttamente della *res*, ma del guadagno che ricava dal suo sfruttamento economico attraverso la sublocazione a terzi. Un dato è certo, indipendentemente da come decida di usare l'immobile, il conduttore deve essere posto nelle condizioni di poter concedere a sua volta le facoltà discendenti dal titolo per tutto il tempo di durata del contratto. Se questo non avviene, il locatore ne risponde: a titolo di

²¹⁹ G. LONGO, *Sul regime delle obbligazioni corrispettive*, cit., p. 385; TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., p. 147;

²²⁰ M. KASER, *Periculum locatoris*, cit., p.183 nt.113.

²²¹ S. PEROZZI, *Istituzioni*, cit., p. 292 nt.4.

²²² G. LONGO, *Sul regime delle obbligazioni corrispettive*, cit., p. 385.

²²³ TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., p. 217.

²²⁴ B. W. FRIER, *Landlords and Tenants*, cit, p. 72.

²²⁵ F. GALLO, *Synallagma e conventio*, cit., p. 222 nt.160.

²²⁶ E. COSTA, *La locazione*, cit., pp. 31-32.

²²⁷ W. LITEWSKI, *Die Zahlung*, cit., p. 282.

responsabilità contrattuale, se la mancanza gli è ascrivibile; se, invece, la causa è un evento esterno, è necessario valutare su chi ricada il rischio dell'impossibilità della prestazione.

22. L'obbligo del locatore.

Ammessa la sublocazione, il discorso si sposta sulle conseguenze dell'impossibilità del godimento dell'immobile e, in particolare, su quale sia l'ampiezza della condanna del locatore che ha disatteso la sua prestazione. L'occasione per trattare di questo problema è data dall'analisi di un problema concreto, probabilmente molto frequente, ossia quali siano gli effetti sul rapporto locatizio dell'inagibilità dell'immobile per lavori di ristrutturazione. Secondo Kaser²²⁸, nel passo non è esplicitato a quanto può essere condannato il locatore per il mancato uso dell'edificio da parte del conduttore, "über die Frage, in welchen Geldwert der Verpächter aus dieser Klage verurteilt wird, ist damit noch nicht entscheiden". Il giureconsulto si limita a indicare l'obbligazione principale del conduttore, *praestare locator debet, ut non solum habitare conductor..., sed etiam locare...possit*. Questa espressione presenta gli stessi problemi interpretativi che si sono visti per alcune espressioni contenute in D.19.2.33 (Afr. 8 *quaest.*)²²⁹ e in D.19.2.9.1 (Ulp. 32 *ad ed.*)²³⁰. In particolare, nel brano di Africano il riferimento esplicito al *frui licere*, quale contenuto dell'azione contrattuale, ha portato parte degli studiosi a ritenere che il locatore rispondesse sempre per l'*id quod interest*, anche se l'impossibilità della prestazione fosse derivata da un'espropriazione del bene da parte dell'organo pubblico. Allo stesso modo, taluni hanno inteso l'obbligo dell'erede dell'usufruttuario/locatore, una volta che l'usufrutto era cessato con la morte del titolare. Secondo altra parte dei romanisti, invece, dalle parole degli scolarchi si può evincere solo il contenuto dell'obbligazione del *locator* e non anche il *quantum* della sentenza. Questo si ricaverebbe dalla lettura di altre decisioni contenute nel Digesto, in cui si desume che la portata della condanna può essere di tre tipi: il locatore potrebbe essere tenuto a una prestazione avente natura risarcitoria o meramente restitutoria, o ancora, semplicemente liberatoria. Quest'osservazione, a parere di Kaser, sarebbe calzante per tutto il periodo classico, "die Klassiker mit dem *frui (licere) praestare* nur die primäre Leistungspflicht, nicht aber den Kondemnationsmaßstab bezeichnen"²³¹.

²²⁸ M. KASER, *Periculum locatoris*, cit., p. 182.

²²⁹ *Supra* § 10.

²³⁰ *Supra* § 16.

²³¹ M. KASER, *Periculum locatoris*, cit., p. 182.

Costa²³² è di altro avviso. Labeone avrebbe fissato precisamente l'ammontare dell'obbligo del locatore: l'uso del verbo *praestare* indicherebbe sempre la condanna all'*id quod interest*²³³. Ed è per questa ragione che il periodo successivo, *itaque si ea domus... habitandum dare*, suscita diversi dubbi nello studioso. Infatti, se il verbo *praestare* indica sempre e senza eccezioni un obbligo di garanzia che, se disatteso, impone il risarcimento del danno, la sola liberazione del conduttore dall'obbligo di pagare il canone sarebbe in reciso contrasto con il risarcimento del mancato godimento dell'immobile. Questa limitazione sarebbe allora di fattura giustiniana, animata dalla tendenza di favorire il locatore²³⁴. Al contrario, nella versione originale, Labeone avrebbe condannato il locatore a rifondere tutte le perdite subite dalla sua controparte. Quanto al computo del *quantum debeatur*, esso sarebbe risultato dalla valutazione di diverse considerazioni: in primo luogo, si sarebbe giudicata quale utilità avrebbe tratto il conduttore dal normale svolgimento del contratto. In particolare, il godimento del conduttore si concreta nell'utilità propria della *res locata*, in riferimento alla sua destinazione. Qualora il locatario avesse ceduto a sua volta il godimento, l'utilità che gli sarebbe dovuta corrisponde allo sfruttamento o all'uso da parte di terzi. In altre parole, il locatore risponde per le sue inadempienze con l'azione contrattuale per l'*id quod interest*, "da valutarsi nel diritto classico dal giudice colla libertà connaturale ai giudizi di buona fede, e limitato nel diritto giustiniano al doppio ammontare della *merces* pattuita²³⁵", così come si desume da una Costituzione giustiniana, C.7.47.1.1²³⁶. Infine, vi sarebbe un ultimo criterio per quantificare l'obbligo risarcitorio: l'esatto ammontare va proporzionato al tempo in cui si è protratta la privazione dell'immobile, nonché modulato in ragione della "susceptibilità o meno di divisione senz'alterazione della sua particolare funzione economica"²³⁷. Se vi è stato un godimento parziale, il valore di questo deve essere sottratto alla somma del risarcimento del danno.

²³² E. COSTA, *La locazione*, cit., pp. 30 e ss.

²³³ IDEM, *La locazione*, cit., p. 31.

²³⁴ IDEM, *La locazione*, cit., *ibidem*.

²³⁵ IDEM, *La locazione*, cit., p. 30.

²³⁶ *Sancimus itaque in omnibus casibus, qui certam habent quantitatem vel naturam, veluti in venditionibus et locationibus et omnibus contractibus, quod hoc interest dupli quantitatem minime excedere....*

²³⁷ E. COSTA, *La locazione*, cit., p. 30.

23. La remissione della mercede.

Diversi studiosi si sono pronunciati per la mera remissione dell'obbligo del conduttore. Kaser²³⁸ è tra questi. La soluzione non emergerebbe direttamente dal brano qui in commento, nel quale il giurista si limita a ribadire il contenuto della obbligazione del locatore. L'obbligo di remissione del canone si ricava, invece, dalla lettura di una serie di passi contenuti nel Digesto, che si occupano di una qualche mancanza strutturale del bene locato, se non addirittura della rovina dell'immobile. Tra gli altri, Kaser si sofferma sul *principium* del frammento D. 19.2.27 (Alf. 2 Dig.)²³⁹; su D.19.2.30pr. (Alf. 3 Dig. a Paul. epit.)²⁴⁰; infine, su D.19.2.25.2 (Gai. 10 ad ed. prov.) e D.39.2.13.6 (Ulp. 53 ad ed.). I primi due brani sono già stati analizzati o lo saranno in seguito. Brevemente, nel *principium* del frammento 27, si prevede una detrazione del canone proporzionata alla diminuzione del godimento dell'immobile. In D.19.2.30pr. (Alf. 3 Dig. a Paul. epit.), l'obbligo risarcitorio consegue all'impedimento volontario del *frui licere* da parte del locatore. Occorre quindi concentrarsi su gli ultimi due citati.

D.19.2.25.2 (Gai. 10 ad ed. prov.): *Si vicino aedificante obscurantur lumina cenaculi, teneri locatorem inquilino: certe quin liceat colono vel inquilino relinquere conductionem, nulla dubitatio est. de mercedibus quoque si cum eo agatur, repudiationis ratio habenda est. eadem intellegemus, si ostia fenestrasve nimium corruptas locator non restituat*²⁴¹.

Gaio riferisce due fattispecie probabilmente molto comuni in una società che si stava espandendo. Un caseggiato non riceve più l'illuminazione a causa di una nuova costruzione, che ha oscurato tutti i lucernai dell'ultimo piano. Il giurista ritiene che, il conduttore dell'immobile oscurato possa interrompere la locazione, anche prima dello spirare del termine pattuito. Nel secondo caso presentato, il locatore non si è curato di riparare

²³⁸ M. KASER, *Das römischen Privatrecht*, 1, p. 472 nt. 25.

²³⁹ *Infra* § 26.

²⁴⁰ *Infra* § 28.

²⁴¹ Beseler critica l'intero brano, [G. BESELER, *Beiträge zur Kritik*, III, cit., p.37]; Mayer-Maly e Longo espungono *certe-dubitatio est, quoque* e l'intera chiusa *eadem-non restituat*, [TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., p. 153 e 218; G. LONGO, *Ricerche romanistiche*, Milano, 1961, p. 526 e *Sul regime*, cit., p. 382]. Frier ritiene le parole *vel colono* una generalizzazione interpolazionistica. *Conductionem* sarebbe stato in origine *habitationem*, [B. W. FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 101 nt.11]. Per il resto, passo sarebbe originale.

gli infissi della casa. Gaio ammette la sola riduzione del canone come reazione alla noncuranza del proprietario.

La luminosità dello stabile e la sua sicurezza erano forse gli unici due agi, di cui gli appartamenti dell'antica Roma erano dotati²⁴². La loro mancanza non era quindi di poco conto.

Da subito si può notare, che il locatore risponde dei vizi che incidono sulla godibilità dell'immobile. Ma c'è di più. Se si analizzano attentamente le fonti dei difetti che ledono le ragioni del conduttore, si osserva che queste sono eterogenee. I fatti da cui scaturiscono i vizi provengono da soggetti diversi, ma comunque ne risponde sempre lo stesso soggetto: il locatore. Nel primo caso, la mancanza d'illuminazione è dovuta al comportamento di un terzo; nell'altro, il locatore è tenuto per una propria omissione.

Kaser²⁴³ propone un'acuta osservazione in merito a questo passo di Gaio: “die *reputatio* bezeichnet den verhältnismäßigen Abzug vom vereinbarten Lohnbetrag entsprechend der geminderten Sachnutzung”. Il peggioramento delle condizioni del bene locato influisce sul sinallagma, sulle prestazioni reciproche. Dalla lettura del testo in esame e dalle affermazioni dello studioso austriaco, sembra che anche la mera rovina parziale del bene sia idonea a operare sul vincolo contrattuale. Nel primo esempio, l'immobile non riceve più la luce a causa della nuova costruzione: il conduttore è legittimato a *relinquere conductionem*. Nel secondo caso, le porte e le finestre non sono state aggiustate a spese del locatore: si reputa quindi necessario un ricalcolo del canone dovuto²⁴⁴.

Non tutti, però, concordano sull'influenza del fatto del terzo sul sinallagma negoziale. Secondo Mayer-Maly²⁴⁵, Gaio sarebbe cauto nell'ammettere la *reputatio* anche per il fatto del terzo. Più correttamente, allora, il tema del passo sarebbe inquadrabile in un esempio di “Dritthaftung und der Schadenersatzpflicht des *locator*”, ossia, in una lesione giuridica della posizione del conduttore da parte di un soggetto estraneo al vincolo contrattuale²⁴⁶.

Anche Longo²⁴⁷ si concentra sulla seconda frase. Essa determina, in modo inconsueto, l'obbligo del locatore di mantenere in buono stato il bene, per tutto il tempo della locazione. Quest'obbligo legale non sarebbe classico, ma aggiunto successivamente. All'epoca di Gaio, se il bene subiva una diminuzione dell'uso e del godimento, era normalmente accordata una restituzione e una defalcazione²⁴⁸.

²⁴² B. W. FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 102.

²⁴³ M. KASER, *Periculum locatoris*, cit., p. 184 nt.121.

²⁴⁴ Secondo Solazzi, la *reputatio* sarebbe una compensazione, [S. SOLAZZI, *La compensazione del diritto romano*, 2, Napoli, 1950, p. 128 nt.52].

²⁴⁵ TH. MAYER-MALY, *Locatio-conductio*, cit., p. 153.

²⁴⁶ IDEM, *Locatio-conductio*, cit., *ibidem*.

²⁴⁷ G. LONGO, *Sul regime*, cit., pp. 382 e ss.

²⁴⁸ IDEM, *Sul regime*, cit., p. 383.

Dalle parole del giureconsulto del secondo secolo, si ricava un'altra informazione: il locatore risponde dei vizi dell'immobile sopraggiunti durante l'esecuzione del contratto, non solo se sono stati generati da una sua trascuratezza, *si ostia fenestrasve nimium corruptas locator non restituat*; ma anche se causati dal comportamento di un terzo, *si vicino aedificante obscurantur*. Gaio non specifica però il *quantum* per cui può agire il conduttore. Afferma solo che nel caso si proceda contro il conduttore per il pagamento delle mercedi, si deve tenere conto della riduzione del canone, *de mercedibus quoque si cum eo agatur, repudiationis ratio habenda est*.

Tutti gli interpreti concordano comunque sul fatto che il peggioramento delle condizioni dell'immobile incida sull'ammontare del canone e che il locatore debba farsi carico delle conseguenze del deterioramento. Inoltre, da questo brano si ricava che il locatore risponda sempre dei vizi che diminuiscono la godibilità dell'immobile. Sulla parte sono addossate non solo le conseguenze del fatto proprio; ma anche, del fatto del terzo.

24. Il vizio preesistente alla locazione.

Un brano di Ulpiano sembra contraddire quanto appena detto in tema di vizio del bene locato:

D.39.2.13.6(Ulp. 53 ad ed.): *De illo quaeritur, an inquilinis suis dominus aedium cavere possit. et Sabinus ait inquilinis non esse cavendum: aut enim ab initio vitiosas aedes conduxerunt et habent quod sibi imputent, aut in vitium aedes inciderunt et possunt ex conducto experiri: quae sententia verior est.*

La versione originaria del giurista ci sarebbe arrivata corrotta. Beseler e Mayer-Maly sostituiscono *possit* con *deberit* ed eliminano il riferimento all'inquilino contenuto nel secondo periodo²⁴⁹. Beseler espunge tutta l'ultima parte del passo, *aut enim- ex conducto experiri*²⁵⁰.

Sabino nega che il proprietario debba garantire l'integrità dell'immobile. L'affermazione è però mitigata da una precisazione. Se il vizio è presente al momento della conclusione della locazione, *ab initio vitiosas aedes conduxerunt*, l'inquilino non può avanzare alcuna pretesa, *quod sibi imputent*; se, invece, il deterioramento dello stato dell'immobile si verifica nel corso della locazione, allora il

²⁴⁹ G. BESELER, TRG, 8, 1928, p. 306; TH. MAYER-MALY, *Locatio-conductio*, cit., p. 154.

²⁵⁰ *contra*, TH. MAYER-MALY, *Locatio-conductio*, cit., p.154 nt. 17.

conduttore può esperire l'azione contrattuale. Il responso del corifeo è condiviso e fatto proprio da Ulpiano. Il giureconsulto classico non argomenta la sua decisione, ma si limita a dire che i vizi sono a carico del conduttore. La mancanza di una qualsiasi spiegazione porta a credere che l'opinione di Masurio Sabino fosse diventata in epoca classica un principio pacifico, accolto dalla giurisprudenza e che, quindi, una qualsiasi motivazione sarebbe risultata quantomeno superflua.

Nel passo appena visto di Gaio²⁵¹, si dice che il locatore risponde dei difetti della cosa; qui Sabino e Ulpiano liberano il locatore dalla responsabilità per alcuni di essi. La contraddizione è solo apparente. Infatti, l'elemento temporale è risolutivo e decide su chi ricadono le conseguenze del difetto. Se il vizio preesiste alla conclusione del contratto locatizio, esso non comporta una diminuzione dell'ammontare del canone. Al contrario, la rovina dell'immobile o di parte di esso successiva al perfezionamento del vincolo locatizio ha conseguenze sul sinallagma, in particolare sull'ammontare della mercede dovuta. Il raggiungimento dell'accordo contrattuale, che perfeziona il negozio, è la linea di confine temporale, che delimita il riparto delle conseguenze dei vizi, già esistenti al momento dell'accordo. La ragione di questo discrimine sembra evidente. Infatti, il conduttore non può dolersi dei vizi che l'immobile aveva già al momento della conclusione del contratto. Prima della stipulazione, il soggetto vaglia diversi beni per poi scegliere quello che più risponde alle sue esigenze; quello che soddisfa maggiormente il suo interesse. L'ispezione del bene è qualificabile come un onere per il futuro locatario. Gli eventuali vizi già presenti nell'immobile locando possono giocare sicuramente un ruolo nella quantificazione del canone, in sede precontrattuale ma, giunti a un accordo, il conduttore non può più dolersi di questi vizi. Questo in ragione del fatto che il consenso alla conclusione del contratto comprende anche lo stato di fatto del bene. Risulta, quindi, perfettamente logico addossare sull'affittuario le conseguenze di una sua erronea valutazione della *res*.

I difetti sopravvenuti²⁵² sono invece a carico del locatore, che ha l'obbligo di riparare l'immobile. Il vincolo del locatore non si esaurisce, infatti, con la consegna della *res locata*. Esso permane per tutta la durata del contratto e si concreta nel dovere di assicurare che il bene sia integro e idoneo all'uso pattuito²⁵³. Secondo Molnár, l'obbligo del locatore si dispiega in due direzioni, “einerseits haftet er dafür, daß der übergebene Gegenstand keinen verborgenen physischen Fehler hat, der die Sache für Gebrauch und Fruchtziehung unbrauchbar macht (sog. Sachmängelhaftung). Andererseits haftet er auch dafür, daß nicht ein Dritter den Gegenstand der Pacht im ganzen oder teilweise

²⁵¹ D. 19.2.25.2 (Gai. 10 ad ed. prov.).

²⁵² A eccezione di quelli causati dall'inquilino.

²⁵³ M. KASER, *Das römischen Privatrecht*, cit., p. 472; I. MOLNÁR, *Rechte und Pflichten*, cit., p. 159.

dem Pächter durch Klage entzieht (sog. Haftung für Mangel im Recht)”²⁵⁴. Insomma, il contraente garantisce sia l’integrità fisica del bene in ragione della destinazione, sia contro le eventuali molestie di diritto proveniente da terzi. I due brani appena proposti sono delle applicazioni del primo tipo di responsabilità del locatore. Quanto alle parole di Gaio, il romanista ritiene che, nel primo esempio, non ci siano sufficienti ragioni per sciogliere il vincolo, ma semplicemente per chiedere una diminuzione del canone di locazione proporzionale alla perdita di utilità del bene. Nel secondo caso, invece, questo sarebbe possibile²⁵⁵. Ulpiano introduce però dei limiti alla “Sachmängelhaftung” del locatore. La parte deve garantire lo stato di fatto che il bene aveva al momento della conclusione del contratto per tutto il periodo della locazione. Non risponde, invece, per i vizi sopraggiunti causati dall’uso quotidiano della cosa²⁵⁶.

Anche Mayer-Maly²⁵⁷, esclude il pagamento del canone in caso di inagibilità dell’immobile. Non ci si poteva vivere, né subaffittarla, quale utilità avrebbe avuto il conduttore, tale da giustificare il pagamento del canone?

In conclusione, per la giurisprudenza le condizioni iniziali dell’immobile rapportate alla finalità della conduzione sarebbero state il criterio per valutare i vizi sopravvenuti e la loro influenza sul vincolo contrattuale. La modifica dello stato del bene sarebbe stata centrale per i giuristi per la valutazione²⁵⁸.

25. L’interesse alla prestazione del locatore.

Il passo di Labeone si chiude con un’osservazione variamente sospettata in dottrina: qualora non sia stato offerto un immobile parimenti comodo per tutto il tempo d’inagibilità del primo, il conduttore non può essere costretto ad abitarlo, una volta terminati i lavori di ristrutturazione, *nisi si paratus fuisset locator commodam domum ei ad habitandum dare*. Questa parte è stata oggetto di pesanti dubbi d’interpolazione, sembra comunque opportuno analizzarla. In particolare, è necessario soffermarsi sul motivo per cui, la sostituzione dell’immobile comporti l’effetto liberatorio e quale sia il significato attribuibile all’espressione *commoda domus*.

L’affermazione che il conduttore, terminati i lavori, non sia costretto a ritornare nella casa rinnovata ha suscitato diversi dubbi tra gli interpreti, tanto che, come si è visto, la chiusa del

²⁵⁴ I. MOLNÁR, *Rechte und Pflichten*, cit., p. 159.

²⁵⁵ IDEM, *Rechte und Pflichten*, cit., *ibidem*.

²⁵⁶ IDEM, *Rechte und Pflichten*, cit., *ibidem*.

²⁵⁷ TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., p. 147.

²⁵⁸ IDEM, *Locatio-conductio*, cit., p. 154.

brano è stata espunta da molti. Costa²⁵⁹ è tra quelli che diffidano di questa parte. A suo parere, il conduttore dovrebbe tornare nell'immobile. Mayer-Maly²⁶⁰ ritiene che il riferimento all'abitazione parimenti comoda non sia originale. La ragione della responsabilità del locatore non andrebbe ricercata nella cessazione del godimento dell'immobile per il conduttore, ma sarebbe fondata sulla "Störung der Untervermietbarkeit"²⁶¹. Inoltre, accogliendo l'insegnamento dominante²⁶², lo studioso giudica la "Nisisatz" di fattura postclassica e comunque sbagliata²⁶³. Infatti, non si può sostenere che vi fosse un obbligo per il conduttore di abitare la casa locata e questo neppure se gli fosse stato offerto un immobile parimenti comodo in sostituzione. Secondo lo studioso austriaco, è verosimile ritenere che, chi inserì quest'ultima parte si rifece a una regola già appartenuta a Labeone, di cui vi sarebbe traccia nel passo contenuto nel Digesto.

D.19.2.28.2 (Lab. 4 post. epit. a Lav.): *Idem iuris esse, si potestatem conducendi habebat, uti pretium conductionis praestaret. sed si locator conductori potestatem conducendae domus non fecisset et is in qua habitaret conduxisset, tantum ei praestandum putat, quantum sine dolo malo praestitisset. ceterum si gratuitam habitationem habuisset, pro portione temporis ex locatione domus deducendum esse.*

Anche questo passo è stato sospettato di rimaneggiamenti. Abbracciando un'opinione di Pernice, Bremer²⁶⁴ espunge interamente l'ultimo periodo da *ceterum*. Kaser²⁶⁵ giudica superfluo *uti pretium conductionis praestaret* posto dopo *idem iuris esse*. In maniera più cauta, Medicus²⁶⁶ ammette una rielaborazione successiva, ma solo di natura formale: il contenuto sarebbe attendibile. Infine, alcuni²⁶⁷ autori negano che il brano sia riconducibile a Giavoleno.

²⁵⁹ E. COSTA, *La locazione*, cit., pp. 30 e ss.

²⁶⁰ TH. MAYER-MALY, *Locatio-conductio*, cit., p. 156.

²⁶¹ IDEM, *Locatio-conductio*, cit., *ibidem*.

²⁶² IDEM, *Locatio-conductio*, cit., *ibidem*.

²⁶³ IDEM, *Locatio-conductio*, cit., p. 147.

²⁶⁴ F. P. BREMER, *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*, cit., p. 242.

²⁶⁵ M. KASER, *Periculum locatoris*, cit., p. 160 nt.20.

²⁶⁶ D. MEDICUS, *Id quod interest*, cit., p. 47 nt.13.

²⁶⁷ M. KASER, *Periculum locatoris*, cit., p. 160; F. SCHULZ, *History of roman legal science*, Oxford, 1946, pp. 207 e ss.; S. DI PAOLA, *L'opera di Giavoleno Prisco sui "Libri Posteriores" di Labeone*, BIDR, 49-50, 1947, pp. 277 e ss.

Il paragrafo 2 di Labeone è la continuazione di un discorso che si dispiega lungo tutto il frammento²⁶⁸. Anche qui, la questione giuridica affrontata riguarda la ripartizione delle perdite economiche tra i paciscendi nel caso in cui la casa locata presentasse un vizio di una certa rilevanza, tale da renderne impossibile il godimento. Nel *principium* del frammento 28 e nel paragrafo 1, si dice che se il conduttore ha comunque abitato l'intero immobile, è tenuto a pagare il canone anche per la parte di bene che presenta il vizio. In altre parole, si esclude che il conduttore abbia azione per richiedere una diminuzione del canone locatizio, proporzionale al difetto. Nella continuazione, qui oggetto di esame, si ribadisce lo stesso principio.

La disponibilità dell'immobile è il requisito condizionante il pagamento della controprestazione economica, il fitto. Fintanto che il locatore garantisce alla controparte l'uso del bene, *pretium conductionis praestaret*. Di contro, il conduttore potrebbe legittimamente sospendere il pagamento del canone per tutto il tempo in cui non riceve la prestazione²⁶⁹.

A me sembra che anche in questo caso, il principio giuridico che sta alla base del ragionamento del giurista è quello che alcuni autori, tra cui Betti, hanno indicato come sinallagma funzionale. Nelle sue opere, lo studioso sottolinea lo stretto nesso di dipendenza tra le prestazioni, "...allorché la disponibilità della *res*... venga meno, riacquista tutto il suo vigore il criterio della reciprocità delle obbligazioni, che esige corrispettività tra le prestazioni: e la funzionalità del sinallagma impone che, una volta che sia venuta meno la prestazione della *res*..., venga meno nello stesso momento l'obbligazione reciproca di pagare il canone"²⁷⁰.

Le conseguenze giuridiche sarebbero diverse nel caso in cui il locatore non avesse sostituito la casa. Se il conduttore è costretto a prendere un altro immobile, il locatore è tenuto per la somma che la sua controparte paga, *tantum ei praestandum*. Se invece la nuova casa fosse stata abitata gratuitamente, il conduttore avrebbe diritto a una detrazione del canone locatizio dell'immobile in ristrutturazione in proporzione al prolungarsi dei lavori. Detto altrimenti, il conduttore è esentato dal pagamento della mercede per tutto il periodo in cui non ha abitato il primo immobile. Si esclude però il risarcimento del danno perché "der Mieter hat aber eine unentgeltliche Ersatzwohnung gehabt, dann gebührt ihm zwar kein Ersatz, weil er keinen Schaden gehabt hat"²⁷¹. La ragione della limitazione dell'obbligo del locatore alla sola remissione del canone è evidente, sebbene abbia suscitato diverse questioni dottrinali. Il

²⁶⁸ D.19.2.28pr-1 (Lab. 4 post. ep. a Iav.): *Quod si domi habitatione conductor aequae usus fuisset, 1. partis etiam eius domus mercedem, quae vitium fecisset, deberi putat.*

²⁶⁹ I. MOLNAR, *Rechte und Pflichten*, cit., p. 163 e W. LITEWSKI, *Die Zahlung*, cit., p. 282.

²⁷⁰ E. BETTI, *Lezioni di diritto romano*, cit., p. 17.

²⁷¹ M. KASER, *Periculum locatoris*, cit., pp. 160-161.

risarcimento del danno postula, quale elemento costitutivo da cui sorge l'obbligo di riparazione delle perdite economiche, l'esistenza di un effettivo nocumento. Nel caso di specie, il danno sarebbe costituito dal pagamento di un nuovo canone di locazione da parte del conduttore. Se, però, il conduttore avesse avuto la disponibilità di un altro immobile gratuitamente, non si può sostenere che questi abbia subito alcun danno risarcibile. La risarcibilità del danno patito dal conduttore incontra anche un secondo limite. Labeone ammette il rimborso solo delle somme spese *sine dolo malo*. Ciò comporta che se il canone locativo dell'immobile provvisorio è notevolmente più alto, il locatore non è costretto a risarcire la plusvalenza. Il principio sarebbe posto soprattutto per evitare un accordo fraudolento in danno del primo locatore²⁷². Infatti, il secondo locatore e il conduttore potrebbero accordarsi per avere un guadagno²⁷³.

26. La *commoditas*.

Torniamo a D.19.2.60pr. (Lab. 5 a Lav. ep.) per affrontare un ultimo aspetto che è stato generalmente ignorato dalla letteratura che si è occupata del brano. Labeone condiziona la liberazione del locatore dall'obbligo di risarcire il danno dall'aver offerto una *commoda domus*, in sostituzione di quella in ristrutturazione. Dunque, non sarebbe stata sufficiente l'offerta di un immobile, ma di un immobile *commodus*. In cosa consista la *commoditas* non è detto apertamente, ma ritengo si possa tentare una spiegazione.

Il riferimento alla *commoditas* del bene locato è presente anche in un brano di Alfeno, questa volta per escludere la deduzione del canone.

D.19.2.27pr.(Alf. II dig.): *Habitatores non, si paulo minus commode aliqua parte caenaculi uterentur, statim deductionem ex mercede facere oportet: ea enim conditione habitatorem esse, ut, si quid transversarium incidisset, quamobrem dominum aliquid demoliri oporteret, aliquam partem parvulam incommodi sustineret: non ita tamen, ut eam partem caenaculi dominus aperuisset, in quam magnam partem usus habitator haberet*²⁷⁴.

²⁷² D. MEDICUS, *Id quod interest*, cit., p. 48.

²⁷³ IDEM, *Id quod interest*, cit., *ibidem*; H. HONSELL, *Quod interest*, cit., p. 121.

²⁷⁴ Il brano è sospettato di alterazioni. Longo lo giudica gremito d'indizi formali e sostanziali di modificazione che rivelano la mano compilatoria, [*Sul regime*, cit., pp. 383 e ss.]. Dello stesso avviso, sono E. ALBERTARIO, *Contributi alla critica del Digesto*, Studi di Diritto Romano, Milano, 1953, p.103 [già in Riv. Dir. Comm, 20,

A differenza del brano di Labeone, qui si cita la *commoditas* dell'immobile per escludere la remissione anche solo parziale del canone. L'inquilino deve sopportare *aliquam partem parvulam incommodi*, senza che ciò porti a una detrazione della somma dovuta a titolo di mercede. Al contrario, se il disagio supera un certo limite, tale da incidere sull'uso che il conduttore fa dell'appartamento, *non...in quam magnam partem usus habitator haberet*, vi è una deduzione proporzionale della controprestazione. Il vincolo negoziale non viene comunque meno.

Nel brano di Labeone, si dice che in caso d'indisponibilità temporanea e totale dell'immobile, il locatore è comunque adempiente se offre una *commoda domus*, ossia un'abitazione quanto più simile all'originaria. Terminati i lavori, se il conduttore ha usufruito della casa sostitutiva, la locazione continua nell'appartamento ristrutturato. In caso contrario, il conduttore è liberato dal vincolo contrattuale. In definitiva, la "comodità" o meno dell'immobile condiziona in un caso l'ammontare della mercede dovuta; nell'altro, le sorti del contratto. Con il termine *commodus*, credo che i giuristi vogliano indicare l'idoneità del bene a soddisfare l'interesse che il conduttore ha nella locazione. Prima di legarsi contrattualmente, il soggetto valuta l'opportunità della conclusione del negozio che implica anche la corrispondenza della *res locanda* alle proprie necessità. Si può scegliere un immobile per l'ubicazione, per la bontà del terreno, per la comodità e bellezza dell'edificio. Se il soggetto si determina alla stipulazione, è anche perché quell'immobile corrisponde alle sue esigenze. Il locatore deve poi garantire lo stato di fatto del bene per tutto il tempo della locazione; è per questo motivo che Gaio²⁷⁵ condanna l'omissione della parte che non si è adoperata nel caso di rovina del bene. Insomma, la *domus* deve rimanere *commoda* sino allo spirare del termine pattizio. Se si rende necessaria una ristrutturazione totale dell'immobile, tale da richiedere l'allontanamento temporaneo del conduttore, il

1922, p. 684 nt.4]; G. BESELER, ZSS, 57, 1937, p. 10; TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., p. 147. I punti maggiormente discussi sono: la strana posizione di *non*; l'espressione *ea...condicione habitatorem esse, si quid transversarium incidisset*. La ripetizione di *aliquis* e *pars* sarebbe dubbia, così come *paulo minus commode, aliquem partem parvulum incommodi* e *magnam partem usus*.

Secondo Frier, "none of these objections is in itself fatal to the text", anche se comunque "the sum of the objections is not without considerable weight, [B. W. FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 151].

Watson riconosce le alterazioni, ma ritiene che queste non abbiano intaccato il contenuto del brano, [A. WATSON, *The law of obligations in the later roman republic*, Oxford, 1965, pp. 115-116].

²⁷⁵ D.19.2.25.2 (Gai. 10 ad ed. prov.).

locatore è adempiente solo se è in grado di offrire un bene “comodo” tanto quanto quello oggetto di accordo. Anche in questa evenienza, la parte deve garantire la soddisfazione dell’interesse del conduttore. Si potrebbe forse sostenere che chi ha locato una villa per abitarci con la famiglia numerosa abbia la stessa *utilitas* da un monolocale?

Labeone aggiunge che il conduttore non può essere costretto a tornare nell’abitazione rinnovata. La facoltà di rifiuto è stata pesantemente sospettata dagli interpreti che si sono occupati del brano. Anche in questo caso, credo che non si sia colto il vero significato della decisione. A me sembra, infatti, che la facoltà di rifiutare il bene rimasto inagibile per lungo tempo sia una soluzione perfettamente in linea con il concetto di *utilitas* della prestazione. Infatti, qualora lo stabile non sia abitabile per un lungo periodo e in maniera totale, il conduttore non ha altra scelta che stipulare un nuovo contratto d’affitto, compiendo nuovamente lo stesso processo di formazione della volontà contrattuale. Insomma, valuta nuovamente quale abitazione possa soddisfare il suo interesse. Terminati i lavori, il conduttore, che si è ormai trasferito in un nuovo appartamento, non ha più alcun interesse all’esecuzione tardiva del primo contratto di locazione. Si pensi al caso di un terreno locato per essere coltivato che per un qualche motivo non riconducibile al conduttore, non è utilizzabile per un lungo lasso di tempo. Il soggetto è costretto a cercare un altro terreno e lo coltiva. Una volta venuta meno la causa d’inagibilità del primo campo, non si può di certo sostenere che sia contrattualmente obbligato ad abbandonare le colture per tornare nel primo.

Dal tenore del testo di Labeone, sembra che la giurisprudenza condizionasse la permanenza del primo contratto di locazione all’aver offerto una *res parimenti commoda*. Se ciò non fosse avvenuto, il conduttore era liberato dal vincolo negoziale. Questo non stupisce: con la prestazione, il debitore coopera al soddisfacimento dell’interesse del creditore. Ma se il creditore non ha più alcun interesse alla prestazione per una causa a lui non riconducibile, non si può di certo obbligarlo ad accettare la prestazione tardiva e il contratto si estingue. Non ogni *incommoditas* è però valutata contro il locatore. Se il disagio è minimo ed è tale da non frustrare l’interesse che la parte trae dalla prestazione, o comunque questo è solo parzialmente diminuito, le conseguenze sono diverse. Nel primo caso, la giurisprudenza ritiene che il conduttore debba semplicemente sopportarlo; nel secondo riduce la mercede dovuta in modo proporzionale. Di questo principio vi è traccia nell’ultimo brano di Alfeno analizzato.

27. Conduttore e subconduttore.

Gli attori principali del caso esposto da Labeone in D.19.2.60pr. (Lab. 5 a Iav. ep.) sono tre e due i contratti aventi a oggetto la locazione dello stesso bene. Inizialmente, il proprietario dell'immobile concede il godimento a un soggetto che assume così la qualità di conduttore. Quest'ultimo, invece di sfruttare personalmente il caseggiato, lo loca a un terzo che diventa così conduttore del sublocatore e subconduttore del proprietario. Come detto in precedenza, lo scolarca ammette pacificamente il subaffitto. L'abitazione rimane inagibile per tutto il tempo della ristrutturazione, da gennaio a giugno: il godimento è così precluso a entrambi i conduttori. Il giurista tardorepubblicano si limita a prescrivere la doverosa remissione del canone, omettendo però di indicare a quale conduttore si riferisca. La mancanza di tale specificazione porta a ritenere che la soluzione fosse la stessa per entrambi i debitori della mercede. Alla stessa conclusione si perviene anche dall'analisi del fatto che impedisce il godimento. La rovina dell'immobile è un evento che sfugge alla governabilità di entrambi i locatori. È estraneo alla loro signoria. Come nota Medicus²⁷⁶, la questione giuridica trattata nel passo è esclusivamente la liberazione dall'obbligo di pagamento del canone, come conseguenza dell'impossibilità del godimento. Non vi è alcuna menzione di responsabilità del primo locatore, né del sublocatore rispetto alla rovina dell'edificio. Quindi, non si può che concludere che il degrado del caseggiato –seguito dai conseguenti lavori necessari alla ristrutturazione– si pone quale evento estraneo alla sfera di signoria di entrambi i locatori. Ne consegue che la ripartizione delle perdite è questione di sopportazione del rischio contrattuale per entrambi i locatori.

Questo passo deve essere confrontato con D.19.2.30pr. (Alf. 3 dig. a Paulo epit.).

28. L'evitabilità dell'evento

D.19.2.30pr. (Alf. 3 dig. a Paul. epit.): *Qui insulam triginta conduxerat, singula caenacula ita conduxit, ut quadraginta ex omnibus colligerentur: dominus insulae, quia aedificia vitium facere diceret, demolierat eam: quaesitum est, quanti lis aestimari deberet, si is qui totam conduxerat ex conducto ageret. respondit, si vitiatum aedificium necessario demolitus esset, pro portione, quanti dominus praediorum locasset, quod eius temporis habitatores habitare non potuissent, rationem duci et tanti litem aestimari: sin autem non fuisset necesse demoliri,*

²⁷⁶ D. MEDICUS, *Id quod interest*, cit., p. 46 nt.5.

sed quia melius aedificare vellet, id fecisset, quanti conductoris interesset, habitatores ne migrarent, tanti condemnari oportere.

Albertario²⁷⁷ non ha alcun dubbio sull'interpolazione della risposta del giureconsulto. Nello specifico, la prima parte sarebbe genuina, *qui insulam- ex conducto ageret*; a differenza della seconda che avrebbe subito dei rimaneggiamenti dai compilatori. Quanto agli indizi formali che spingono lo studioso a giudicare il passo interpolato, ci sarebbe l'uso sbagliato di *fuisse* nell'ultimo periodo, come anche *demoliri*. Il giudizio di Albertario non si basa solo su questi indizi, ma sarebbe supportato anche da considerazioni logiche. Nella parte originale, Alfeno descrive la premessa di fatto: *quia aedificia vitium facere diceret*; nella parte interpolata, al contrario, si distingue e si discute tra il caso in cui l'edificio fu demolito perché *vitiatum* e il caso in cui fu demolito *quia melius aedificare vellet*.

Parte della dottrina rigetta tali sospetti²⁷⁸, tra cui Fiori²⁷⁹. In linea con la dottrina maggioritaria²⁸⁰, questo autore adotta la lezione della *littera Bononiensis* che prevede *singula caenacula ita conduxit* e non *singula caenacula ita locavit*, contenuta nella *Florentina*. La bontà di questa scelta sarebbe avvalorata anche dalla lettura del testo corrispondente contenuto nei Basilici²⁸¹. L'autore ammette comunque che il passo abbia subito qualche alterazione. Il plurale *aedificia* non si coordinerebbe con il successivo *eam* che forse è da ritenersi un glossema²⁸². Tuttavia, Fiori²⁸³ rigetta i sospetti formali e sostanziali avanzati da Albertario. Quanto al verbo *demolire*, se è vero che l'uso all'attivo è una forma più arcaica, il suo impiego al deponente è attestato anche in un passo di Alfeno Varo²⁸⁴. Ma c'è di più, il *principium* del frammento 30 conterrebbe degli errori di copiatura, che giustificerebbero la tortuosità del periodo

²⁷⁷ E. ALBERTARIO, *Contributi alla critica del Digesto*, cit., p.103 [già in Riv. Dir. Comm, 20, 1922, p. 684 nt.4]; vedi anche J. MIQUEL, *Periculum locatoris*, cit., p.75 nt 103.

²⁷⁸ F. BONIFACIO, *Appunti sulla natura della litis contestatio nel processo formulare*, Studi Albertario, I, Milano, 1953, p. 98; M. KASER, *Periculum locatoris*, cit., p. 157 nt.8; TH. MAYER-MALY, *Locatio-conductio*, cit., p. 163 nt.46.

²⁷⁹ R. FIORI, *La definizione della locatio-conductio*, cit. pp. 103 e ss.

²⁸⁰ M. KASER, *Periculum locatoris*, cit., p. 157 nt.5; D. MEDICUS, *Id quod interest*, cit., p. 48; K. H. BELOW, *Die Haftung für lucrum cessans*, cit., p. 107 nt.9; J. DE CHURRUCA, *La pignoración tácita de los "inventa et illata" en los arrendamientos urbanos en el derecho romano clásico*, RIDA, 26, 1977, pp. 223 e ss.

²⁸¹ Bas. 20.1.30pr.

²⁸² M. KASER, *Periculum locatoris*, cit., p.157 nt.6; K. H. BELOW, *Die Haftung für lucrum cessans*, cit., p. 107 nt.9.

²⁸³ R. FIORI, *La definizione della locatio-conductio*, cit., p. 104 nt.148.

²⁸⁴ D.19.2.27 (Alf. 2 dig.).

demolitus esset-aestimari. Infine, Fiori²⁸⁵, fra le diverse proposte ricostruttive del brano, accoglie quella di Honsell che ritiene viziata la frase *pro portione-aestimari*²⁸⁶ Miquel²⁸⁷ ipotizza un omeoteleuto e un'inversione dei termini; il testo originale sarebbe stato: *...demolitus esset, pro portione, quanti dominus praediorum locasset, et eius temporis, quod habitatores habitare non potuissent, rationem duci et tanti litem aestimari*. Anche Kaser propone una sua ricostruzione. A parere dello studioso, ci sarebbe stato un errore di trascrizione, la versione corretta sarebbe stata probabilmente *...demolitus esset, eius temporis rationem duci oportere, quo habitatores habitare non potuissent, et pro portione eius temporis, quanti dominus locasset, tanti litem aestimari*²⁸⁸. Inoltre il richiamo al *praedium* sarebbe fuorviante, "sicher sinnstörende Zutat ist *praediorum*"²⁸⁹. La versione suggerita da Kaser non incide, comunque, sul contenuto del passo, ma sull'aspetto meramente formale. Al di là di questi sospetti e delle ipotesi ricostruttive, il passo è considerato generalmente originale²⁹⁰. Per risolvere il quesito proposto, Alfeno Varo riporta il parere di un altro giurista, senza però specificare a quale giureconsulto si riferisca. Accogliendo l'orientamento dominante in dottrina²⁹¹, Litewski²⁹² ritiene che Alfeno citi il pensiero di Servio: il giureconsulto repubblicano sarebbe il soggetto di *respondit*.

29. Il contenuto di D.19.2.30pr. (Alf. 3 dig. a Paul. epit.).

Prima facie il contenuto del passo sembra essere una questione processuale. Il quesito principale su cui s'interroga il giurista riguarda il valore dell'oggetto della lite, *quanti lis aestimari deberet, si is qui totam conduxerat ex conducto ageret*. Ovviamente, la soluzione del problema ha una portata sostanziale. Alfeno presenta il caso di un immobile locato a una tale per trenta, il quale, a sua volta, ha concesso il godimento a

²⁸⁵ R. FIORI, *La definizione della locatio-conductio*, cit., p. 104 nt.148.

²⁸⁶ H. HONSELL, *Quod interest*, cit., p. 120.

²⁸⁷ J. MIGUEL, *Mechanische Fehler in der Überlieferung der Digesten*, ZSS, 80, 1963, p. 239.

²⁸⁸ M. KASER, *Periculum locatoris*, cit., p. 157 nt.7.

²⁸⁹ IDEM, *Periculum locatoris*, cit., *ibidem*.

²⁹⁰ G. BESELER, *Beiträge zur Kritik*, III, cit., p. 48; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, München, 1971, p. 473 nt. 30; H. HONSELL, *Quod interest*, cit., p. 120; J. MIGUEL, *Mechanische Fehler*, cit., p. 239; W. LITEWSKI, *Die Zahlung*, cit., p. 280; A. WATSON, *The law of obligations*, cit., p. 117.

²⁹¹ J. MIGUEL, *Mechanische Fehler*, cit., p. 176; M. KASER, *Periculum locatoris*, cit., p. 158; TH. MAYER-MALY, *Locatio-conductio*, cit., p. 154; N. PALAZZOLO, *Evizione*, cit., p. 303; H. HONSELL, *Quod interest*, cit., p. 120.

²⁹² W. LITEWSKI, *Die Zahlung*, cit., p. 280.

terzi, in modo da averne il suo lucro, indicato dal giureconsulto in quaranta. Dopo qualche tempo, il proprietario/locatore abbatte l'intero caseggiato, poiché, a suo dire, avrebbe avuto dei danni strutturali, tali da dover procedere alla ricostruzione. Il giurista risolve il problema processuale. Il *quantum* della lite tra conduttore e locatore principale sarebbe stato così calcolato: qualora ci fosse stata la necessità di demolire l'immobile, il valore sarebbe stato pari al canone stabilito dal *dominus*/locatore, proporzionato al tempo d'impossibilità effettiva del godimento, ossia trenta. Al contrario, la determinazione dell'ammontare della controversia è diversa, se l'urgenza dei lavori fosse mancata. In questo caso, Alfeno quantifica la condanna come *quanti conductoris interesset, habitatores ne migrarent, tanti condemnari oportere*. In altri termini, il proprietario/locatore sarebbe stato obbligato a rifondere l'intero interesse del conduttore/sublocatore. Questo corrisponde ai canoni non riscossi dai subconduttori, per un totale di settanta, di cui trenta, l'ammontare del suo canone di locazione, più il guadagno totale che il conduttore/sublocatore avrebbe avuto dalla sublocazione.

Il passo contiene un'importante regola di ripartizione delle perdite economiche tra i contraenti. Alfeno Varo richiamando, forse, l'insegnamento del suo maestro Servio, distingue a seconda che l'evento da cui discende l'impossibilità del *frui licere* sia o no riconducibile al locatore. Se la ristrutturazione è necessaria perché vi è un pericolo di crollo, il locatore è tenuto alla sola remissione della mercede e alla restituzione di quanto già ricevuto in anticipo; è escluso il risarcimento del danno. Infatti, egli non può fare nulla per opporsi alla rovina dell'immobile, che al contempo consenta al conduttore il godimento del bene. Se, invece, non vi è alcuna necessità, perché il rinnovamento dell'edificio è una scelta del proprietario, la condanna è pari all'interesse del conduttore. A parere di Kaser, l'alternativa remissione del debito/risarcimento del danno sarebbe "unbedenklich klassisch"²⁹³.

Anche in questo caso, la ragione della liberazione del conduttore dall'obbligo di pagare il canone, la *remissio mercedis*, va ricercata nell'interdipendenza e nella contrapposizione tra le obbligazioni; in quello che Bechmann²⁹⁴ per primo chiamò bilateralità funzionale. Le obbligazioni che nascono dal contratto sono interdipendenti non solo nel momento genetico del vincolo, ma lo rimangono per tutta la durata dello stesso. Come osserva Gallo²⁹⁵, il giurista si serve del criterio della buona fede per risolvere i problemi concreti legati alla sinallagmaticità del vincolo. Se i contraenti vogliono obbligazioni reciproche che si giustificano a vicenda, allora "la buona fede richiede, in aderenza all'assetto voluto dalle parti, che sorgano le obbligazioni reciproche o che non ne sorga

²⁹³ M. KASER, *Periculum locatoris*, cit., p. 157.

²⁹⁴ A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, cit., pp. 540 e ss.

²⁹⁵ F. GALLO, *Synallagma e conventio*, cit., pp. 215 e ss.

nessuna²⁹⁶; allo stesso modo, non si può tollerare che, venuta meno una, l'altra continui a sopravvivere. Allora la liberazione dell'obligato è il rimedio con cui il diritto contrasta l'impossibilità momentanea del godimento, che consegue a un evento naturale. I criteri di sopportazione del rischio risponderebbero a scelte d'opportunità su chi far ricadere le conseguenze economiche.

Secondo Kaser²⁹⁷, la *ratio* sottesa alla decisione sarebbe la stessa contenuta in D.19.2.35pr. (Afr. 8 *quaest.*)²⁹⁸. Qui, Cecilio Africano propone la stessa questione di Alfeno: il locatore procede a dei lavori di rifacimento del caseggiato *locatione pendente*. La soluzione è la stessa di Alfeno: si discrimina a seconda della necessità del lavoro, *necessario necne id opus demulitus est*. Se le condizioni dell'immobile sono tali da non poter più posticiparne la ristrutturazione, perché l'edificio è pericolante *propter vetustatem*, allora il locatore non ha alcuna colpa. Anzi, il soggetto adotta l'unico comportamento legittimo: la legittimità dell'azione del locatore sarebbe resa dall'uso di *necesse*²⁹⁹. Condannando alla sola remissione del debito, il giurista metterebbe in luce lo stretto legame tra il pagamento del canone e la diminuzione nel tempo del godimento della *res*, in altre parole il rapporto sinallagmatico tra le prestazioni. Se invece, lo sgombero è dovuto a una miglioria prettamente estetica, il locatore sarà tenuto per l'interesse della controparte: "er hat dem Mieter den Ausfall an Zins zu ersetzen, den dieser von seinen Untermietern gewonnen hätte"³⁰⁰. Qui l'interesse del conduttore s'identifica con il guadagno che avrebbe avuto se il subconduttore avesse potuto abitare l'immobile. In altri termini, "das positive Interesse"³⁰¹.

Anche altri autori concordano, che il ragionamento giuridico adottato sia coerente con quello di Africano e di Servio, accolto da tutta la giurisprudenza successiva. Mayer-Maly³⁰² compara il brano di Alfeno con quello di Africano, D.19.2.33 (Afr. 8 *quaest.*)³⁰³. Nel testo di Alfeno, Servio fa discendere la remissione del debito dall'impossibilità oggettiva. In questo brano, l'evento che porta all'impossibilità del *frui licere* sarebbe sussumibile in una *vis maior*, ossia la vetustà dell'immobile. La *publicatio* di cui al brano di Africano sarebbe, invece, meglio inquadrabile in un esempio di *potentia*, questo perché, aderendo all'insegnamento di Ludwig Mitteis³⁰⁴, "*vis maior* wurde von

²⁹⁶ IDEM, *Synallagma e conventio*, cit., pp. 218 e 219.

²⁹⁷ M. KASER, *Periculum locatoris*, cit., pp. 158 e ss.

²⁹⁸ *Infra* § 50.

²⁹⁹ M. KASER, *Periculum locatoris*, cit., p. 158.

³⁰⁰ IDEM, *Periculum locatoris*, cit., *ibidem*.

³⁰¹ IDEM, *Periculum locatoris*, cit., *ibidem*.

³⁰² TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., pp. 165 e ss.

³⁰³ D.19.2.9.1 (Ulp. 32 *ad ed.*).

³⁰⁴ L. MITTEIS, *Über den Ausdruck "potentiores" in den Digesten*, Mélanges Girard, 2, 1912, pp. 232 e ss.

Klassikern nie auf Menschen bezogen³⁰⁵. Secondo Fiori, vi sarebbe una sorta di equiparazione tra il comportamento necessitato del *dominus*, che ristrutturata l'immobile pericolante, e la *vis* "esterna". Terminologicamente, però, il giurista non li fa coincidere. Questo conferma all'autore che "il concetto serviano di *vis* è riferibile, in senso stretto, unicamente alle ipotesi di forza esterna, distinte dalle ipotesi in cui l'attività è interna al *dominus*, pur se resa necessaria da fattori a lui esterni"³⁰⁶.

Anche Molnár³⁰⁷ giuridica la decisione contenuta nel passo perfettamente coerente con il pensiero di Alfeno. Qualora il rifacimento dell'immobile non sia necessario, il conduttore è ammesso alla richiesta dell'interesse ulteriore leso dall'impossibilità del *frui licere, quanti conductoris interesset...tanti condemnari oportere*. Secondo l'autore³⁰⁸, dall'ammissibilità della richiesta dell'*id quod interest* in caso d'impossibilità del godimento, si può ricostruire la portata dell'obbligo di garanzia per cui è gravato il locatore.

Da una decisione di Ulpiano³⁰⁹, Molnár desume che il locatore è tenuto alla riparazione o alla sostituzione dei beni e degli oggetti locati, tranne nel caso in cui questi siano stati rovinati o distrutti da una *vis maior*. "Die Lage ist dieselbe, wenn das Gebäude niederbrennt. Wurde nämlich das Mietobjekt durch *vis maior* vernichtet, so gibt es keine Wiederherstellungspflicht"³¹⁰. Nel caso il locatore non provveda, il conduttore può pretenderne la riparazione ed è ammissibile anche la richiesta di diminuzione dell'entità del canone. Quando, poi, è il *frui licere* a essere impedito, la parte può sospendere il pagamento del fitto e, nel caso abbia subito delle perdite patrimoniali, ha titolo per il risarcimento dei danni. Questo è desunto dal passo di Labeone, appena analizzato³¹¹. A parere del romanista, il ragionamento giuridico di Labeone e di Alfeno sarebbe il medesimo contenuto in D.19.2.33 (Afr. 8 *queast.*). In particolare, Africano scrive *nam et colonus tuus fundo frui a te ab eo prohibetur, quem tu prohibere ne id facias possis, tantum ei praestabis quanti eius interfuerit frui, in quo etiam lucrum eius continebitur*. L'unica eccezione all'inammissibilità del risarcimento del danno sarebbe la *vis maior*. In tutte queste decisioni, il principio regolatore della ripartizione delle perdite sarebbe sempre il medesimo, "die Schadenersatzverpflichtung des Vermieters bestimmt sich danach, ob die Verhinderung des *frui licere* auf sein Verhalten zurückführen ist oder nicht"³¹².

³⁰⁵ TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., p. 165.

³⁰⁶ R. FIORI, *La definizione della locatio-conductio*, cit., p. 105.

³⁰⁷ I. MOLNÁR, *Rechte und Pflichten*, cit., p. 163.

³⁰⁸ IDEM, *Rechte und Pflichten*, cit., pp. 163 e ss.

³⁰⁹ D. 39.2.13.6 (Ulp. 53 *ad ed.*).

³¹⁰ I. MOLNÁR, *Rechte und Pflichten*, cit., p. 163.

³¹¹ D.19.2.60pr. (Lab. 5 *a Iav. ep.*).

³¹² I. MOLNÁR, *Rechte und Pflichten*, cit., p. 164.

Palazzolo³¹³ ritiene che il passo in commento non sia altro che un'applicazione di un principio costante nella giurisprudenza classica, proprio di diversi autori, da Servio ad Alfeno Varo, a Giuliano e Africano per arrivare a Paolo. Il criterio di risoluzione sarebbe molto semplice: se la demolizione non è necessaria, perché è una scelta del locatore, l'impossibilità del godimento gli è imputabile. Questa integra un inadempimento, al quale consegue il risarcimento nella misura dell'interesse positivo. Le conseguenze sono diverse per il locatore incolpevole. Egli è obbligato alla sola remissione del canone locatizio. Allora la decisione di Alfeno Varo non sarebbe altro che un'applicazione particolare del criterio generale che risolve l'alternativa risarcimento/*remissio mercedis* in base alla possibilità del locatore di impedire la molestia del *frui licere*³¹⁴. Questo principio doveva essere pacifico nel diritto classico avanzato: lo si trova espresso in termini generali in un passo di Paolo:

D.19.2.24.4 (Paul. 34 ad ed.): ... *Item utiliter ex conducto agit is, cui secundum conventionem non praestantur quae convenerant, sive prohibeatur a domino vel ab extraneo quem dominus prohibere potest.*

Diversi interpreti hanno dubitato della classicità dell'ultima parte del passo paolino. Beseler³¹⁵, Mayer-Maly³¹⁶ e Below³¹⁷ rigettano l'autenticità del periodo qui in commento. La posizione di Brasiello³¹⁸ è meno netta, la parte sarebbe solo formalmente ritoccata. Inoltre, il riferimento al terzo, *vel ab extraneo*, sarebbe classico. Pugliese³¹⁹ e Daube³²⁰ si spendono a favore dell'ammissibilità per il diritto classico dell'*utiliter agere*, usato nel senso non tecnico di azione esperita utilmente. Il passo tratta in generale dei rimedi concessi al conduttore, che non può usufruire dell'immobile. Nella prima parte³²¹, sono

³¹³ N. PALAZZOLO, *Evizione*, cit., pp. 303 e ss.

³¹⁴ IDEM, *Evizione*, cit., p. 303.

³¹⁵ G. BESELER, *Beiträge zur Kritik*, III, cit., p. 202.

³¹⁶ TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., p.148.

³¹⁷ K. H. BELOW, *Die Haftung für lucrum cessans im römischen Recht*, München, 1964, p. 108.

³¹⁸ U. BRASIELLO, *Sull'elemento subbiiettivo nei contratti*, Studi Urbinati, 3, 1929, p. 119.

³¹⁹ G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, RIDA, 3, 1949, p. 261.

³²⁰ D. DAUBE, *Utiliter agere*, IURA, 11, 1960, pp. 104 e ss.

³²¹ *Colonus, si ei frui non liceat, totius quinquennii nomine statim recte aget, etsi reliquis annis dominus fundi frui patiatur: nec enim semper liberabitur dominus eo quod secundo vel tertio anno patietur fundo frui. nam et qui expulsus a conductione in aliam se coloniam contulit, non suffecturus duabus neque ipse pensionum nomine obligatus erit et quantum per singulos annos compendii facturum erat, consequetur: sera est enim patientia fruendi, quae offertur eo*

elencati due esempi di impedimento del *frui licere*: l'immissione tardiva nella detenzione dell'immobile e l'espulsione del locatario, costretto a locare un altro fondo. Paolo è fermo nel condannare il locatore sempre che non ricorrano due condizioni ostative. Innanzitutto, l'impossibilità del godimento deve protrarsi per un lasso di tempo significativo, idoneo a cagionare un danno al conduttore. In secondo luogo, il locatore è liberato dall'obbligo di risarcire l'*id quod interest* tutte le volte che non possa opporsi all'evento impeditivo.

Come ricorda Costa³²², il locatore risponde della privazione subita dal conduttore in proporzione al tempo che questa si è protratta, in ragione della "natura del godimento e [del]la sua suscettibilità o meno di divisione senz'alterazione della sua particolare funzione economica". Il conduttore ha diritto al risarcimento dell'interesse che aveva alla locazione e se la privazione è stata solo parziale, l'interesse si ridurrà alla differenza tra l'utilità che il conduttore avrebbe avuto a godere il fondo per l'intero periodo e quello effettivo.

30. Conclusioni parziali.

In esito all'analisi sin qui condotta, si possono trarre alcune conclusioni e ricostruire ulteriormente la disciplina della contratto di locazione. Innanzitutto, il diritto di godimento del conduttore si può concretizzare in due modi: egli può usufruire del bene direttamente; oppure può cedere a terzi le facoltà discendenti dal titolo, avendone un eventuale lucro. In un caso, il soggetto usufruisce materialmente della cosa; nell'altro ne ha un godimento giuridico. La sublocazione è un modo di godimento giuridico del bene locato, infatti, assumendo la posizione di locatore, il conduttore, da una parte cede le facoltà discendenti dal suo titolo a un terzo, dall'altra ne ha un lucro. Questo tipo contrattuale era una pratica pacificamente ammessa e anzi, si è sostenuto, fosse svolta in maniera professionale.

Dalle fonti esaminate e in particolare dal passo D.19.2.30pr. (Alf. 3 dig. a Paulo epit.), si può notare che il problema dell'impedimento del *frui licere* sia una questione tra locatore principale e il suo conduttore, sebbene il soggetto materialmente espulso dall'immobile sia il subconduttore. Ci si può domandare quale sia il motivo per cui la giurisprudenza non si sia occupata dell'eventuale azione intentata dal sublocatario nei confronti del locatore. Sono necessarie due precisazioni per inquadrare meglio la questione. Innanzitutto, la prima locazione è *a domino*, il locatore è proprietario; in secondo luogo, l'evento

tempore, quo frui colonus aliis rebus illigatus non potest. quod si paucis diebus prohibuit, deinde paenitentiam agit omniaque colono in integro sunt, nihil ex obligatione paucorum dierum mora minuet.

³²² E. COSTA, *La locazione*, cit, p. 30.

impeditivo del godimento del subconduttore deriva da un fatto del proprietario. Da questi due dati, si può desumere il motivo per cui Alfeno si disinteressa della possibile controversia tra sublocatore e subconduttore. Il fatto che impedisce il *frui licere* si pone come un fatto di un terzo, una *vis maior*, o come alcuni autori hanno sostenuto una *potentia*, non potendo la forza maggiore essere ricondotta a un fatto umano. Servio³²³ condanna il locatore al risarcimento del danno, tutte le volte in cui può opporsi, materialmente o giuridicamente, all'evento che impedisce l'esercizio delle ragioni della sua controparte, ma non lo fa. Al contrario, rimette la mercede. Ora, se è vero che il secondo locatore ha un titolo contrattuale che lo lega all'immobile, che lo legittima giuridicamente a disporre, è altrettanto vero che la locazione principale è *a domino*. Come scrive Frier³²⁴, "the generale rule for expulsion and abandonment appears to have been, first, the owner or the landlord could, with legal irreversibility, expel a sitting tenant at any time, neither notice nor specification of the grounds being required; and, second, that the tenant could similarly leave the premises at any time". In qualsiasi momento, il proprietario può vietare l'uso del bene ad altri soggetti, anche se a questi hanno un titolo giuridico che li ammette al godimento dell'immobile, senza necessità di alcuna spiegazione. La giurisprudenza non accordava al conduttore alcun mezzo per opporsi alla sua decisione; l'unica tutela sarebbe stata quella risarcitoria. In altri termini, nel conflitto giuridico tra diritto di proprietà e contratto di locazione, quest'ultimo è destinato a soccombere.

Il sublocatore non ha quindi alcuno strumento giuridico che possa garantirgli una tutela reale, ossia che imponga coattivamente al proprietario di consentire il godimento del bene. La tutela concessa dall'azione contrattuale è meramente obbligatoria, e, se ne ricorrono i presupposti, fa sorgere un obbligo risarcitorio in capo al proprietario/locatore inadempiente. Nel rapporto nascente dalla sublocazione, l'espulsione della parte integra sempre un evento, che sfugge al controllo del sublocatore. È una forza esterna e quindi *nihil amplius...quam mercedem remittere aut reddere debet*.

Il rapporto tra il locatore/*dominus* e il conduttore/sublocatore ha destato maggiore attenzione tra i giuristi. In questo caso, non è vero che il fatto che impedisce l'esecuzione del contratto sia sempre una *vis* estranea alla sfera di controllo del locatore. Se il locatore può impedire la molestia alle ragioni del conduttore e non lo fa, secondo l'insegnamento di Servio, è tenuto a risarcire il danno creato. Il passo di Alfeno, D.19.2.30pr. (Alf. 3 dig. a Paulo epit.), non è altro che un'applicazione della regola serviana. Ai lavori necessari per porre in sicurezza l'edificio, il giureconsulto fa conseguire il solo obbligo di remissione del debito. Allontanando il subconduttore, il proprietario impedisce

³²³ D.19.2.33 (Afr. 8 quaest.).

³²⁴ B. W. FRIER, *Landlords and Tenants*, cit., p. 70.

sì il *frui licere*, ma lo fa perché non ha altro modo per opporsi alla pericolosità dell'immobile. A ben vedere, il comportamento del proprietario/locatore è in un certo senso doveroso. Invece, ai lavori meramente migliorativi, consegue il risarcimento del danno, commisurato all'interesse che la sua controparte ha nella sublocazione. In questo caso, il locatore principale non adempie volontariamente la sua prestazione. Il ragionamento giuridico posto a base della decisione è simile a quello visto nel caso di alienazione dell'immobile locato. Se in quest'ultimo caso, il locatore poteva sfuggire all'obbligo risarcitorio, traslando sull'acquirente il risarcimento del danno con un'apposita clausola, qui l'unica via percorribile dal proprietario/locatore è quella di offrire alla sua controparte un altro stabile, che sia quanto più simile a quello in ristrutturazione.

Capitolo IV

Emptio tollit locatum?

31. Conflitto tra posizioni giuridiche.

Si è visto che il titolo facoltizzante la locazione può estinguersi in corso di rapporto locatizio sia a seguito di un provvedimento di un organo pubblico, sia esso un'espropriazione per interesse pubblico o una confisca; sia come conseguenza della morte dell'usufruttuario/locatore. Le fonti presentano un altro caso del tutto peculiare di *titulus* che viene meno in corso di contratto: l'alienazione della cosa locata da parte del proprietario-locatore. Parallelamente ai casi trattati in precedenza, si assiste a un conflitto tra titoli giuridici, aventi in parte il medesimo contenuto: il godimento della *res*. Infatti, l'acquirente, in forza all'atto d'acquisto, e il conduttore, in virtù del contratto di locazione, sono legittimati a godere della stessa cosa.

Un elemento distingue l'alienazione della *res locata* dalle fattispecie che si sono già analizzate. Le ipotesi viste poc'anzi trattano di un evento involontario, un fatto giuridico, che comporta la perdita del titolo presupposto alla locazione. A seguito della *publicatio*, vi è la modificazione soggettiva della titolarità del diritto di proprietà che però non comporta una successione dell'organo espropriante nella locazione. In altri termini, si ha una doppia vicenda giuridica: l'estinzione del diritto di proprietà in capo al locatore e la costituzione del dominio dell'organo pubblico. La modifica dell'assetto proprietario è imposta, non è frutto di una libera scelta del *dominus* che decide di alienare il bene. La *publicatio* si pone, quindi, quale fatto idoneo a modificare la proprietà. È un atto unilaterale dell'organo pubblico.

Il caso della morte dell'usufruttuario è diverso. Qui si assiste a un altro fenomeno giuridico, l'elasticità del diritto di proprietà. Infatti, una volta che il diritto reale minore si estingue, il proprietario riacquista automaticamente la pienezza del dominio sulla cosa e non è vincolato dai negozi che l'usufruttuario ha stipulato nell'esercizio del suo diritto. Detto altrimenti, la morte è un evento idoneo a riunire sul *dominus* le due facoltà che compongono il diritto di proprietà, il godimento e la disponibilità. Anche in questo caso, la morte è da qualificarsi come un fatto estraneo alla sfera di signoria dell'usufruttuario.

La qualificazione giuridica dell'evento che porta all'impossibilità del *frui licere* accomuna l'espropriazione e la morte dell'usufruttuario/locatore: entrambi gli eventi sono qualificabili come fatti giuridici, con la differenza che il primo - la *publicatio* - è un fatto giuridico; il secondo - la morte -

naturale. L'alienazione del bene concesso in godimento, invece, è un fatto volontario del proprietario. In altri termini, un atto giuridico. Infatti, il proprietario/locatore decide liberamente di alienare il bene, disponendo del suo patrimonio. Si può già da ora ipotizzare che questa peculiarità, ossia la volontà del soggetto di alienare il bene già locato, non sia di poco conto e che la decisione del proprietario incida sulla ripartizione delle perdite economiche conseguenti al termine prematuro del contratto di locazione.

Anche qui, la ricerca si orienta nell'individuare quali siano le conseguenze sul rapporto locatizio, la tutela concessa al conduttore privato del *frui licere* e quali i criteri di ripartizione delle perdite economiche tra i soggetti.

32. Cenni sul principio *emptio tollit locatum*.

La vicenda giuridica che stiamo per trattare è complessa. Essa non consta di un solo rapporto contrattuale, ma vede diverse situazioni giuridiche incidere sullo stesso bene. Infatti, la *res* è concessa in locazione ed è alienata *medio tempore* dal proprietario-locatore a un terzo. La peculiarità della vicenda giuridica risiede proprio nelle conseguenze della cessione del dominio. Infatti, in seguito a una vicenda negoziale *inter vivos* o di un atto *mortis causa*, un soggetto acquista un immobile su cui già insiste un contratto di *locatio rei*, di cui non è parte. In altri termini, la cessione del bene locato non modifica soggettivamente la locazione, essa lega il locatore (ex proprietario dell'immobile) e il conduttore e obbliga esclusivamente questi due soggetti e non i terzi, rimasti estranei alla conclusione del vincolo contrattuale, dunque neppure il terzo acquirente del bene.

In generale, il conduttore è detentore della cosa ed è titolare di una pretesa personale verso il locatore. Ciò comporta, secondo uno studioso³²⁵, che il locatore possa sempre sottrarre, anche con la forza, il bene al conduttore, rendendosi responsabile solo per la violazione del contratto. Parimenti, se la *res* è alienata. Il nuovo proprietario può sottrarla al conduttore e, se questo avviene, quest'ultimo è tutelato esclusivamente con l'azione di risarcimento verso il locatore, "perché non si adoperò onde l'acquirente gli permettesse di continuare il godimento"³²⁶.

In letteratura si trova spesso la massima *emptio tollit locatum*: la vendita e, più in generale, l'alienazione del bene sarebbe incompatibile con la locazione. A parere di alcuni studiosi, questa massima non sarebbe propria dei giureconsulti romani: come ricorda Mayer-Maly³²⁷, non vi fu mai alcuna formulazione

³²⁵ S. PEROZZI, *Istituzioni*, cit., p. 294.

³²⁶ IDEM, *Istituzioni*, cit., *ibidem*.

³²⁷ TH. MAYER-MALY, *Locatio-conductio*, cit., p.42.

corrispondente a quella che ci è giunta, né si può dire che, allo stato delle conoscenze, vi fu alcuna discussione tra i giuristi sul principio in parola. Secondo altri³²⁸, la regola sarebbe attribuibile ai dottori medioevali, il che esclude la sua classicità. Vi è anche chi ha sostenuto il contrario. Lopez Pedreira³²⁹ afferma che questa regola sarebbe stata “recogida sin interrupción por la doctrina clásica como justiniana” e successivamente accolta dalla quasi totalità dei diritti moderni. Non vi è unità di vedute neppure circa la portata del principio. Anzi, la massima sarebbe fuorviante³³⁰, o quantomeno, imprecisa. Diversi sono i motivi portati a sostegno dell’inesattezza della *regula iuris*. Innanzitutto, si mette in dubbio l’idoneità *ex se* della vendita a estinguere la locazione. Nelle fonti, infatti, si legge che al conduttore è concessa l’azione contrattuale per far valere le sue pretese e questo dimostra che, di per sé, l’atto di alienazione del bene locato a un terzo non estingue il rapporto negoziale. Dunque, la limitatezza, se non addirittura l’inesattezza, del principio è resa evidente dal fatto che sopravvive in capo al conduttore la possibilità di far valere le sue ragioni con l’*actio conducti*³³¹. Altri studiosi³³² concordano sul punto. Kaser³³³ giudica la regola imprecisa, “die gemeinrechtliche Regel “Kauft bricht Miete” drückt diesen Gedanken nur unvollkommen aus”. Non è la vendita in sé a spezzare il legame giuridico, ma “das dingliche Geschäft beeinträchtigt den Mieter”. Insomma, il rapporto di locazione non si estingue per il solo passaggio di proprietà del bene. Secondo lo studioso austriaco³³⁴, una volta che il locatore ha alienato il bene a un terzo, il conduttore deve cederlo al nuovo proprietario, pretendendo al contempo dal locatore il ristoro del danno subito.

Anche Volterra critica la regola *emptio tollit locatum*. Se da una parte, l’acquirente non è tenuto a rispettare la locazione, dall’altra “il rapporto contrattuale resta integro fra locatore e conduttore, tanto è vero che il primo è tenuto ad indennizzare il secondo se, in seguito alla vendita, questo deve abbandonare la locazione prima del termine stabilito³³⁵”.

Mayer-Maly è netto a riguardo. “Nicht der Kauf, sondern das dingliche Verfügungsgeschäft betrifft den Mieter. Auch wird nicht die Miete, sondern das Mieters “Besitz” (richtig: Innehabung) aufgehoben³³⁶”.

³²⁸ E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1985, p. 521.

³²⁹ A. LOPEZ PEDREIRA, *Emptio tollit locatum*, Madrid, 1996, p. 104.

³³⁰ J.A.C. THOMAS, *The sitting tenant*, cit., p. 35.

³³¹ IDEM, *The sitting tenant*, cit., *ibidem*.

³³² M. KASER, *Das römischen privatrecht*, I, München, 1971, p. 567 nt.44 e 45; E. VOLTERRA, *Istituzioni*, cit., pp. 520-521; J.A.C. THOMAS, *The sitting tenant*, cit., p. 35.

³³³ M. KASER, *Das römischen privatrecht*, cit., p. 567 nt.44.

³³⁴ IDEM, *Das römischen privatrecht*, cit., p.567.

³³⁵ E. VOLTERRA, *Istituzioni*, cit., p. 521 nt.1.

³³⁶ TH. MAYER-MALY, *Locatio-conductio*, cit., p. 42.

A parere di Molnár³³⁷, il nuovo proprietario avrebbe la facoltà di cacciare il conduttore perché il suo diritto è più forte di quello derivate dal contratto di locazione. La domanda di risarcimento dei danni discende dal rapporto obbligatorio che lega il conduttore al locatore. Secondo lo studioso, il ristoro delle perdite subite deriva solo dal diritto dell'acquirente di disporre della cosa, ossia dalla presa di possesso del nuovo proprietario. Il romanista³³⁸ conclude che il principio è “nur teilweise und nicht genau”, questo perché la mera alienazione non comporta automaticamente la fine della locazione.

Come osserva Lopez Pedreira³³⁹, la facoltà di vendere o, in generale, di alienare la cosa è perfettamente valida poiché il proprietario/locatore conserva lo *ius disponendi* sopra a questa. Lo *ius disponendi* è una delle facoltà di cui si compone il diritto sulla *res*, liberamente esercitabile anche in vigenza di locazione, giacché, con il contratto, il *locator* si obbliga unicamente a procacciare al conduttore il godimento della *res*, in forza di un'obbligazione assunta personalmente e non per mezzo di una relazione diretta sopra la cosa.

Quanto alla posizione del terzo che acquista il bene, occorre diversificare a seconda che succeda a titolo universale o particolare. Nel primo caso, come noto, il soggetto subentra nella posizione del suo dante causa, *in ius et in locum* di questi; è quindi tenuto a tutte le obbligazioni di cui era titolare il vecchio proprietario, con la sola eccezione di quelle *intuitu personae*. L'erede, l'*adrogator* e il *pater* che acquista la *manus* sopra la moglie sono obbligati a garantire il godimento del bene, se questo è locato. In altre parole, sono parti del contratto locatizio. Invece, il terzo che succede a titolo particolare, sia per mezzo di una compravendita, di un legato o di una donazione, non è tenuto giuridicamente ad adempire l'obbligazione del locatore, perché non subentra nel contratto, “el que adquiere el bien no va a recibir con ésta la obligación de mantener al arrendatario, pues ésta era una obligación que pesaba personalmente sobre el *locator* sin afectar directamente a la cosa”³⁴⁰. Insomma, con l'alienazione dell'immobile, il venditore trasmette il bene senza altri oneri, se non quelli inerenti direttamente la cosa, libero da vincoli personali. Di conseguenza, l'avente causa non è costretto a rispettare il contratto di locazione, perché non è parte della pattuizione e può quindi cacciare il conduttore. L'unica tutela per il conduttore espulso è l'*actio conducti*, volta a ottenere il ristoro dei danni, l'*id quod interest*, conseguente al mancato godimento del bene. Non è ammessa alcuna tutela diretta contro l'acquirente, perché è estraneo al contratto.

Tracciate brevemente le peculiarità del principio in esame, sembra di dover concordare con quegli autori che giudicano la

³³⁷ I. MOLNÁR, *Rechte und Pflichten*, cit., pp. 176 e ss.

³³⁸ IDEM, *Rechte und Pflichten*, cit., *ibidem*.

³³⁹ A. LOPEZ PEDREIRA, *Emptio tollit locatum*, cit., pp. 103 e ss.

³⁴⁰ IDEM, *Emptio tollit locatum*, cit., p. 104.

regula iuris in commento quantomeno imprecisa. Non è il contratto di vendita, o comunque un qualsiasi altro atto di alienazione a terzi, a estinguere la locazione, questo perché non vi è astrattamente incompatibilità tra diritto di proprietà (o altro titolo) e contratto di locazione. Di certo, i due titoli possono entrare in conflitto limitatamente alle facoltà comuni agli stessi, ossia al godimento, ma ciò non toglie che questi possano convivere a discrezione del nuovo proprietario: sia perché decide spontaneamente di tollerare il locatario, sia perché è tenuto *ex contractu*³⁴¹.

A mio parere, neppure l'effetto reale, ossia il passaggio della proprietà dall'alienante/locatore all'acquirente, è idoneo di per sé a rendere impossibile lo svolgimento della locazione. L'estinzione si ha solo quando l'acquirente impedisce il godimento al conduttore. È dunque necessario un fatto materiale del nuovo proprietario, l'espulsione del locatario, perché vi sia l'estinzione del contratto di locazione. In conclusione, se proprio si vuole salvare il principio "Kauft bricht Miete", si può solo dire che l'*emptio-venditio* si pone come causa remota che legittima la cacciata del conduttore dall'immobile, ma è solo l'effettiva presa di possesso a scapito del conduttore che ha conseguenze estintive del contratto di locazione.

33. Gli atti di alienazione del bene.

Il principio *emptio tollit locatum* ha una portata più ampia. Dalle fonti che si stanno per analizzare, si evince che non solo la compravendita, ma anche altri negozi avevano lo stesso effetto sulla locazione. La regola di diritto è valida sia in tema di successioni a titolo particolare *inter vivos*, che *mortis causa* e questo è detto apertamente da Giuliano.

D.19.2.32 (Iul. 4 ex Minc.): *Qui fundum colendum in plures annos locaverat, decessit et eum fundum legavit. Cassius negavit posse cogi colonum ut eum fundum coleret, quia nihil heredis interesset. Quod colonus vellet colere et ab eo, cui legatus esset fundus, prohiberetur, cum herede actionem colonum habere; et hoc detrimentum ad heredem pertinere: sicuti si quis rem, quam vendidisset nec dum tradidisset, alii legasset, heres eius emptori et legatario esset obligatus.*

Mayer-Maly³⁴² espunge dal testo il riferimento alla titolarità del

³⁴¹ Infra, § 5.

³⁴² L'autore tedesco ricostruisce l'ultima parte del passo in questo modo: *Quod colonus vellet colere et ab eo, cui legatus esset fundus, prohiberetur, cum herede actionem colonum habere; [et hoc*

danno, *et hoc detrimentum ad heredem pertinere*³⁴³. Inoltre, specifica che la cosa venduta e non ancora consegnata non possa essere una *res Mancipi* e che il legato di cui parla Giuliano sia un legato *per damnationem*. Anche Erman³⁴⁴ è dello stesso avviso, le *res* di cui all'ultimo periodo sono *nec Mancipi* e il legato *per damnationem*. Lo studioso pensa, inoltre, che nella frase in cui si riporta il pensiero di Cassio, dopo *eum fundum* bisogna aggiungere *per vindicationem*.

Secondo Levy³⁴⁵, il primo legato sarebbe invece *per vindicationem*. Il ragionamento che lo porta a questa conclusione è molto semplice, “sonst wäre nicht einzusehen, wie der Legatar, dem ja doch nach dem Tatbestand der Erbe noch gar nichts geleistet hat, den Pächter an der Ausübung der Pacht sollte hindern können”. Si potrebbe pensare a un legato *per damnationem* solo ammettendo che l'erede abbia adempiuto il legato, prima della cacciata del colono dal fondo³⁴⁶. Infine, il riferimento al legatario contenuto nell'ultimo periodo sarebbe un'interpolazione postclassica³⁴⁷.

Il giurista classico riprende un parere di Cassio. Il passo tratta brevemente, ma in maniera esaustiva, dei rapporti intercorrenti tra i tre soggetti presenti nella vicenda successoria: il legatario, l'erede e il colono. Cassio nega che l'affittuario possa essere costretto dall'erede a coltivare il fondo, in altre parole, a continuare il rapporto contrattuale che questi aveva concluso con il testatore. La motivazione è lapidaria: manca un interesse dell'erede all'adempimento dell'obbligazione del colono, *quia nihil heredis interesset*. Passiamo al caso opposto. Quali le conseguenze nel caso in cui il colono avesse voluto continuare il rapporto negoziale, ma questo gli fosse stato impedito dal legatario/proprietario? Il giurista spiega che il colono di un fondo legato dal locatore/testatore non ha alcuna azione nei confronti del legatario che gli nega il godimento del bene, benché il contratto di locazione sia ancora efficace. Cassio e Giuliano dicono esplicitamente che il conduttore ha azione unicamente contro l'erede e il danno è a carico di quest'ultimo,

*detrimentum ad heredem pertinere]: sicuti si quis rem (nec Mancipii), quam vendidisset nec dum tradidisset, alii legasset (per damnationem), heres eius emptori et legatario esset obligatus. [TH. MAYER-MALY, *Locatio-conductio*, cit., p. 46.]*

³⁴³ *Contra*, Thomas considera genuino l'intero passo [J.A.C. THOMAS, *The sitting tenant*, cit., p. 42.].

³⁴⁴ H. ERMAN, *Miszellen, D. 19,2 (locati) 32: Iulianus libro quarto ex Minicio*, ZSS, 40, 1919, pp. 357 e ss.

³⁴⁵ E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, I, Berlin, 1918, p. 24 nt. 6.

³⁴⁶ L'inquadramento della vicenda successoria in un legato *per vindicationem* non è sostenuto unicamente da Levy. Altri autori propendono per la medesima qualificazione [B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II, Frankfurt am Main, 1906, § 400, nt. 7; A. PERNICE, *Parerga III*, ZSS, 9, 1888, p. 241 nt.3].

³⁴⁷ E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen*, cit., p. 24 nt.6.

cum herede actionem colonum habere; et hoc detrimentum ad heredem pertinere. In chiusura del frammento, Giuliano esplicita che questo principio è il medesimo che governa le alienazioni *inter vivos*: se un soggetto avesse legato una *res* già venduta, ma non ancora consegnata, il suo erede sarebbe stato obbligato verso il compratore e il legatario. Anche qui, manca un'azione diretta tra il legatario e il compratore della cosa, così come manca tra l'acquirente della cosa e il conduttore della stessa.

Secondo Molnár³⁴⁸ il passo non è di facile lettura. Se da una parte il colono non può essere obbligato a coltivare poiché ciò non rientra negli interessi dell'erede; dall'altra, se il conduttore vuole protrarre il rapporto e gli è impedito dal legatario, può essere intentata un'azione contro il successore a titolo universale. Secondo l'autore, "la morte del locatore non produce senz'altro la cessazione della locazione: mentre il continuare o meno del rapporto è indifferente per l'erede, il legatario, pur avendone eventualmente un interesse, non può però obbligare il colono alla coltivazione del fondo". La morte del locatore non è quindi una causa sufficiente perché vi sia l'estinzione del contratto³⁴⁹. Come ricorda Fabro³⁵⁰, *successor singularis non cogitur stare colono, quia personales actiones non transeunt in successorem singularem, atqui legatarius tantum singularis successor est, non iuris.* Pertanto, continua Fabro, *deberet prudens testator qui fundum locatum legat, cavere testamento, ut legatarius colono stare teneatur*³⁵¹.

In un passo di Ulpiano, i conflitti tra legatario, erede e conduttore sono regolati allo stesso modo:

D.30.120.2 (Ulp. 2 resp.): *fructus ex fundo pure legato post aditam hereditatem a legatario perceptos ad ipsum pertinere, colonum autem cum herede ex conducto habere actionem.*

Secondo Lenel³⁵² e Schulz³⁵³, il responso del giurista sarebbe stato indirizzato a Aurelio Felice, l'*incipit* del passo sarebbe quindi *respondit Aurelio Felici fructus*. Inoltre, anche in questo testo, sarebbe stato eliminato il riferimento al tipo di legato, che

³⁴⁸ I. MOLNÁR, *Le cause di estinzione del contratto*, cit., p. 305.

³⁴⁹ A. LOPEZ PEDREIRA, *Emptio*, cit., p. 73.

³⁵⁰ FABRO, *Rationalia in tertiam partem pandectarum*, III, Lugduni, 1663, p. 539.

³⁵¹ IDEM, *Rationalia*, cit., *ibidem*.

³⁵² O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis iuris consultorum reliquiae quae Iustiniani Digestis continentur ceteraque iuris prudentia civilis fragmenta minora*, Lipsia, 1889, p. 2414.

³⁵³ F. SCHULZ, *Einführung in das Studium der Digesten*, Tübingen, 1916, p. 54.

sarebbe stato *per vindicationem*³⁵⁴, come nel brano precedente. Passiamo al contenuto del passo. Il destinatario di un legato puro, che non ha quindi l'onere di rispettare la locazione, ha diritto di percepire i frutti, dal momento in cui è adita l'eredità. Il conduttore può agire *ex conducto* contro l'erede, subentrato nella posizione di locatore, nel caso in cui il legatario gli abbia negato il godimento del bene. Come dice bene Mayer-Maly, in questo caso "Legat bricht Miete"³⁵⁵. Allo stesso modo anche il titolare di un legato di usufrutto può vietare al conduttore il godimento della cosa oggetto del suo diritto reale:

D.7.1.59.1 (Paul. 3 sent.): *Quidquid in fundo nascitur vel quidquid inde percipitur, ad fructuarium pertinet, pensiones quoque iam antea locatorum agrorum, si ipsae quoque specialiter comprehensae sint. sed ad exemplum venditionis, nisi fuerint specialiter exceptae, potest usufructuarius conductorem repellere.*

Secondo Eisele³⁵⁶ e Seckel-Kübler³⁵⁷, il periodo *si... sint* sarebbe sicuramente un'aggiunta postclassica. Qualche dubbio desta *nisi... exceptae*³⁵⁸.

Nel passo, si dichiara esplicitamente che, come accade nel caso di vendita, anche l'usufruttuario può scacciare il conduttore dal bene oggetto del suo diritto, sempre che non vi sia una clausola che stabilisce il contrario. Secondo Costa³⁵⁹, la riserva *nisi fuerint specialiter exceptae* è riferibile alle *pensiones iam ante locatorum agrorum* di cui si parla nella parte precedente del testo. In generale, l'usufruttuario può scegliere "o di godere il fondo, appropriandosene i frutti direttamente, o di darlo a locazione appropriandosene direttamente delle pensioni d'affitto, certamente senza che occorra per ciò veruna speciale statuizione del disponente, quale accenna l'inciso *si ipsa quoque specialiter comprehensae sint*"³⁶⁰. Il disponente può anche imporre all'usufruttuario il rispetto della locazione pendente, limitando, in questo modo la libertà di scelta del titolare del diritto reale di godimento.

Il brano di Paolo si conforma a quelli precedenti: si ammette apertamente che la soluzione del conflitto tra titoli è la medesima sia in caso di successione *mortis causa*, che *inter*

³⁵⁴ O. LENEL, *Palingenesia*, cit., p. 2414; F. SCHULZ, *Einführung*, cit., p. 54; H. ERMAN, *D. 19,2 (locati) 32*, cit., p. 357.

³⁵⁵ TH. MAYER-MALY, *Locatio-conductio*, cit., p. 48.

³⁵⁶ F. EISELE, *Beiträge zur Erkenntniss der Digesteninterpolationen: III. Beitrag*, ZSS, 13, p.120.

³⁵⁷ E. SECKEL –B. KÜBLER, *Pauli sententiae*, 1911, Leipzig, 27b.

³⁵⁸ IDEM, *Pauli sententiae*, cit., 27b.

³⁵⁹ E. COSTA, *La locazione di cose*, cit., p. 76.

³⁶⁰ IDEM, *La locazione di cose*, cit., p. 77.

vivos, ad exemplum venditionis,..potest usufructuarius conductorem repellere.

In conclusione, la massima *emptio tollit locatum* descrive un fenomeno parziale di conflitto tra titoli, nel senso che, non solo la compravendita prevale sulla locazione, ma anche altri negozi e posizioni giuridiche.

34. L'inopponibilità della locazione al nuovo proprietario.

Trattando della regola “Kauf bricht Miete”, Mayer-Maly³⁶¹ prende le mosse da alcune premesse fondamentali. Innanzitutto, i giuristi romani si sarebbero disinteressati al rapporto tra l’alienazione delle *res* e la locazione. Infatti, non avrebbero formulato alcuna *regula iuris* e il tema non sarebbe stato neppure oggetto di discussioni e approfondimenti giurisprudenziali. In secondo luogo, è un’osservazione generalmente accettata che non sia la vendita in sé, ma l’atto traslativo dell’oggetto ad avere ripercussioni sul contratto di locazione, “nicht der Kauf, sondern das dingliche Verfügungsgeschäft betrifft den Miete”³⁶². In altri termini, l’*emptio-venditio*, contratto meramente obbligatorio, non incide in maniera negativa sul godimento dell’immobile concesso contrattualmente al conduttore. La compravendita è una vicenda giuridica idonea a modificare l’assetto proprietario, ma non comporta automaticamente l’impossibilità del godimento. Pertanto, è solo l’effettiva presa di possesso del bene e l’impedimento del *frui licere* da parte del nuovo proprietario che si ripercuotono sul contratto di locazione, “des Mietes “Besitz” (richtig Innenhabung) [wird] aufgehoben”³⁶³.

Da quanto sin qui detto, non si può che condividere un assunto fondamentale: il contratto di locazione è impermeabile alle vicende successive del bene oggetto di godimento. La proprietà della *res locata* in capo al locatore non è condizione di validità né ai fini del perfezionamento del vincolo, né dell’esecuzione del contratto. Infine, Mayer-Maly ricorda che la regola “Kauf bricht Miete” non è applicabile alla sola *locatio-conductio rei*, ma anche alla *locatio-conductio operis*.

Posto che l’alienazione del bene locato non implica l’automatica estinzione della locazione, il problema concerne i rapporti tra i due titoli contrattuali. In particolare, se si possa opporre il contratto di locazione al compratore.

D.49.14.50 (Paul. 3 decr.): *...Papinianus et Messius novam sententiam induxerunt, quia sub colono erant praedia, iniquum*

³⁶¹ TH. MAYER-MALY, *Locatio-conductio*, cit., p. 42.

³⁶² IDEM, *Locatio-conductio*, cit., *ibidem*.

³⁶³ IDEM, *Locatio-conductio*, cit., *ibidem*.

esse fructus ei auferri universos: sed colonum quidem percipere eos debere, emptorem vero pensionem eius anni accepturum, ne fiscus colono teneretur, quod ei frui non licuisset: atque si hoc ipsum in emendo convenisset. pronuntiavit tamen secundum illorum opinionem, quod quidem domino colerentur, universos fructus habere: si vero sub colono, pensionem accipere. Tryphonino suggerente, quid putaret de aridis fructibus, qui ante percepti in praediis fuissent, respondit, si nondum dies pensionis venisset, cum addicta sunt, eos quoque emptorem accepturum.

L'originalità di questa parte del brano è stata messa in discussione. Beseler³⁶⁴ elimina *recessum...itaque* e *novam...induxerunt* e *secundum...colerentur*. Aggiunge *existimabant* prima di *iniquum esse fructus ei auferri universos*. Wesenberg espunge *atque si hoc ipsum in emendo convenisset*³⁶⁵. Mayer-Maly³⁶⁶ elimina *quod quidem...si vero sub colono* e precisa il riferimento alla mercede, *si vero sub colono, pensionem (emptorem) accipere*. Invece, Müller sospetta dell'intero brano³⁶⁷.

Il lungo passo di Paolo contiene diversi problemi di diritto. Nella prima parte³⁶⁸, il giurista riporta il caso di Valerio Patrono, procuratore imperiale che assegnò un fondo a Flavio Stalticio per un certo prezzo. In seguito, si decise di vendere la proprietà del bene, che fu acquistata dallo stesso Stalticio, immesso successivamente nel possesso. I giuristi s'interrogarono sulla ripartizione dei frutti cresciuti *medio tempore*, tra la gestione e la vendita del fondo³⁶⁹. Questo primo periodo del brano paolino,

³⁶⁴ G. BESELER, *Favor libertatis, Miscellanea critica*, ZSS, 43, 1922, pp. 431 e ss.

³⁶⁵ G. WESENBERG, *Verträge*, cit., p. 46.

³⁶⁶ TH. MAYER-MALY, *Locatio-conductio*, cit., p. 42.

³⁶⁷ W. MÜLLER, *Fr. 50 D de iure fisci*, cit. p. 4.

³⁶⁸ D.49.14.50 (Paul. 3 *decr.*): *Valerius Patruinus procurator imperatoris Flavio Stalticio praedia certo pretio addixerat. deinde facta licitatione idem Stalticius recepta ea licitatione optinuerat et in vacuum possessionem inductus erat. de fructibus medio tempore perceptis quaerebatur: Patruinus fisci esse volebat. plane si medio tempore inter primam licitationem et sequentem adiectionem percepti fuissent, ad venditorem pertinerent (sicut solet dici, cum in diem addictio facta est, deinde melior condicio allata est) nec moveri deberemus, quod idem fuisset, cui et primo addicta fuerant praedia. sed cum utraque addictio intra tempus vindemiarum facta fuisset, recessum est ab hoc tractatu itaque placebat fructus emptoris esse.*

³⁶⁹ Il primo quesito risolto da Paolo riguarda i frutti cresciuti *medio tempore* tra la gestione del fondo e l'acquisto di Stalticio. La risposta di Patrono fu che questi appartenevano al fisco, in qualità di venditore: *plane si medio tempore inter primam licitationem et sequentem adiectionem percepti fuissent, ad venditorem pertinerent*. Nel caso, invece, l'aggiudicazione fosse stata fatta durante la vendemmia, allora i beni sarebbero stati del compratore.

però, non interessa ai fini della ricerca che si sta portando avanti. Non vi è, infatti, alcun conflitto tra titoli. L'acquirente è il conduttore del bene, la vicenda traslativa è un chiaro esempio di costituito possessorio. Infine, l'estinzione della locazione deriva dall'intervenuta mancanza di sinallagmaticità.

Quid iuris se un terzo avesse acquistato l'immobile locato? Paolo riporta l'opinione di due giuristi, Papiniano e Messio. Secondo i due giureconsulti, sarebbe stato iniquo che il colono fosse privato di tutti i frutti. Questi poteva coglierli e il compratore avrebbe avuto la mercede, *colonum quidem percipere eos debere, emptorem vero pensionem eius anni accepturum*. Inoltre, si stabilì che il fisco non sarebbe stato responsabile verso il colono per il godimento dell'immobile e il colono non sarebbe stato tenuto verso il fisco. Tutto questo sempre che non fossero intervenuti altri accordi al momento della vendita. Nel brano è riportata una complessa disciplina dei rapporti tra i tre soggetti interessati alla cessione del bene.

Come sostiene Costa³⁷⁰, dal testo si desume che l'acquirente del bene ha diritto di ripetere la *res* dal conduttore, benché non sia ancora spirato il termine della locazione, “senza che a questo competa altro soccorso, all'infuori dell'azione colla quale può convenire il locatore medesimo, che alienando la cosa ha contravvenuto all'obbligazione contrattuale di procacciargliene pel tempo pattuito il godimento: *quod ei frui non licuisset*”. Il contratto di locazione, titolo legittimante il godimento dell'immobile, non può essere opposto all'acquirente.

Come osserva Thomas³⁷¹, il brano paolino concerne la cessione del bene da parte di un organo pubblico, tuttavia si può ritenere che i problemi che si pongono in ordine al contratto di locazione siano gli stessi nel caso in cui tutte le parti fossero private. I patti *a latere*, che accedevano al contratto di vendita, erano diffusi ed erano un utile strumento con cui le parti si accordavano sulle modalità della cessione e sulle conseguenze dei vincoli giuridici preesistenti, aventi a oggetto il bene ceduto.

L'inopponibilità del contratto di locazione all'acquirente è un dato fondamentale ed è avvalorato anche dal fatto che i testi, che si occupano di questa particolare successione della cosa, affermano che il conduttore può unicamente esperire l'azione contrattuale nei confronti della sua controparte. È ovvio, infatti, che se il diritto accordasse una qualche tutela contro il terzo proprietario quella sarebbe la via da privilegiare. Giova ribadire, comunque, che l'interesse ad agire del conduttore sorge solo a seguito dell'espulsione. Prima, infatti, si ha solo un conflitto potenziale che non incide sul godimento dell'immobile. A parere di Costa³⁷², l'inopponibilità della locazione conclusa dal venditore, o dal disponente *mortis causa* a titolo particolare, al compratore o legatario della proprietà o dell'usufrutto è un principio che è riaffermato con “concordia e continuità

³⁷⁰ E. COSTA, *La locazione di cose*, cit., p. 68.

³⁷¹ J.A.C. THOMAS, *The sitting tenant*, cit., p. 40.

³⁷² E. COSTA, *La locazione di cose*, cit., p. 69.

ininterrotta” dalla giurisprudenza classica sino al periodo giustiniano. A supporto di quanto appena detto, si possono citare due fonti che applicano il principio: un passo di Gaio³⁷³, contenuto nell’editto provinciale e una costituzione di Alessandro Severo, contenuta nel *Codex giustiniano*, C.4.65.9. Gaio individua quale “connaturale effetto della vendita” la facoltà del compratore di impedire al conduttore il godimento dell’immobile comprato, sempre che in sede di conclusione del contratto di compravendita non fosse stata prevista una clausola *ad hoc*, che imponesse all’acquirente il rispetto della locazione. Allo stesso modo, nella costituzione si dice espressamente che *emptori fundi necesse non est stare colonum, cui prior dominus locavit, nisi ea lege emit*.

La peculiarità del caso di specie è che si hanno due titoli validi che permettono il godimento sul medesimo bene. Il conflitto tra i due titoli è risolto prevedendo la non opponibilità della locazione alla proprietà o ad altro diritto reale di godimento. Detto in altri termini, il titolare del diritto assoluto è libero di scacciare l’inquilino dal suo fondo senza incorrere in alcuna conseguenza. Nel passo qui in commento, solo in modo indiretto si ammette l’inopponibilità della locazione al nuovo proprietario. Infatti, Paolo si occupa di disciplinare i rapporti tra i diversi soggetti interessati all’operazione negoziale. Dal testo si desume che oltre all’atto di alienazione, sono intervenuti una serie di accordi *a latere*, che hanno modificato gli effetti della cessione della titolarità del bene e le possibili liti che potevano sorgere tra le parti.

Analizziamo i diritti e gli obblighi che sorgono dall’accordo di cessione. Il colono non può essere privato dei frutti che ha coltivato, *iniquum esse fructus ei auferri universos: sed colonum quidem percipere eos debere*. In questo modo, si conviene pattiziamente che il nuovo proprietario non possa reclamare i frutti del suo terreno. In altri termini, convenzionalmente si stabilisce la non opponibilità del diritto di proprietà alla locazione. Se non ci fosse un accordo in tal senso, il proprietario potrebbe rivendicare i frutti non ancora colti al momento del passaggio di proprietà. Come contropartita alla perdita dei frutti, l’accordo prevede che l’alienante paghi al nuovo proprietario una somma pari a un anno di locazione. Infine, si manda esente il fisco per la mancanza del godimento successiva all’alienazione, *ne fiscus colono teneretur, quod ei frui non licuisset*. In altre parole, non si riconducono conseguenze all’estinzione prematura del contratto di locazione. Gli effetti finali della cessione del dominio sull’immobile sono, quindi, il risultato di un accordo intervenuto tra le tre parti interessate alla vicenda giuridica. Se si osservano bene gli accordi accessori, si può notare che questi siano volti a dirimere i potenziali conflitti che potrebbero sorgere tra i tre soggetti interessati all’operazione negoziale. Infatti, il primo patto risolve il

³⁷³ D.19.2.25.1 (Gai. 10 *ad ed. prov.*), *infra* § 35.

conflitto tra colono e nuovo proprietario sulla spettanza dei frutti non ancora colti; il secondo regola le conseguenze economiche della perdita dei frutti tra acquirente e alienante. Infine, il terzo dichiara irresponsabile il locatore/alienante per l'inadempimento della sua prestazione nei confronti del conduttore. In mancanza di pattuizioni accessorie al negozio di alienazione, i rapporti tra i negozi giuridici sarebbero diversi. Il nuovo proprietario avrebbe potuto opporre il suo titolo al conduttore per appropriarsi dei frutti non ancora colti; il fisco sarebbe ancora legato al contratto di locazione e tenuto a rifondere le perdite patrimoniali subite dal colono per la perdita del raccolto e, in caso di espulsione del conduttore, a risarcire i danni che quest'ultimo a subito.

35. *Locator curare debet.*

In un brano del Digesto, Gaio suggerisce come debba essere formulato l'accordo di vendita della cosa locata.

D.19.2.25.1 (Gai 10 ad ed. prov.): *Qui fundum fruendum vel habitationem alicui locavit, si aliqua ex causa fundum vel aedes vendat, curare debet, ut apud emptorem quoque eadem pactione et colono frui et inquilino habitare liceat: alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto.*

Il passo è stato considerato dalla maggioranza degli interpreti pressoché interamente genuino, fatta eccezione per l'accenno all'*aliqua ex causa*³⁷⁴ e la frase conclusiva, *alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto*³⁷⁵. Secondo Thomas, quest'ultima sarebbe stata inserita solo per una "manifestation of a desire for completeness"³⁷⁶. Non tutti, però, riconoscono l'interpolazione. Secondo Mayer-Maly³⁷⁷, entrambe le espressioni sarebbero attribuibili al giureconsulto classico.

Passiamo all'analisi del contenuto del passo. Si prescrive al locatore-alienante di curare in sede di formazione del contratto di alienazione la previsione di una clausola che obblighi l'acquirente a garantire il godimento dell'immobile al conduttore. L'interesse del venditore a detta pattuizione è evidente: solo in questo modo, egli sarebbe in grado di legare, seppure solo indirettamente, la sua controparte al contratto di locazione, a cui quest'ultimo è estraneo. Nel caso, infatti,

³⁷⁴ G. WESENBERG, *Verträge zugunsten Dritter*, Weimar, 1939, p. 41.

³⁷⁵ IDEM, *Verträge*; cit., *ibidem*; A. TORRENT, *Excepciones pactadas a la regla "Emptio tollit locatum"*, Estudios Sanchez del Rio, Zaragoza, 1967, p. 264; J.A.C. THOMAS, *The sitting tenant*, TR, 36, 1973, p. 36.

³⁷⁶ J.A.C. THOMAS, *The sitting tenant*, cit., p. 43.

³⁷⁷ TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., p. 42.

l'acquirente s'impoverisce dell'immobile e impedisca il godimento al locatario, quest'ultimo, forte del contratto di locazione, potrebbe convenire in giudizio l'alienante/locatore per inadempimento. A sua volta, il venditore potrebbe fare lo stesso con il compratore per inadempimento della clausola contrattuale apposta alla compravendita. È evidente la *ratio* dell'operazione contrattuale. In questo modo, infatti, il locatore/alienante non avrebbe ripercussioni economiche nel caso, in cui il *frui licere* del suo conduttore fosse impedito dalla sua controparte. Infatti, i danni richiesti al locatore dal conduttore andrebbero a integrare l'*id quod interest* che l'alienante/locatore potrebbe pretendere dall'acquirente che ha disatteso la clausola negoziale, che gli imponeva il rispetto della locazione. In altre parole, la pattuizione suggerita da Gaio sarebbe un utile strumento di traslazione delle conseguenze negative dell'inadempimento dell'obbligazione del locatore. In generale, l'accordo si configura come un mezzo di temperamento tra l'inopponibilità del contratto di locazione al compratore e la persistenza del vincolo tra il locatore e il conduttore.

Come ricorda Mayer-Maly³⁷⁸, il brano di Gaio è stato analizzato alla luce di due diversi quesiti. Ci si è chiesti, se la fattispecie descritta dovesse essere qualificata come una *mancipatio fiduciaria* e se la convenzione intervenuta tra alienante e acquirente possa essere qualificata come contratto a favore di terzo. Quanto al primo quesito, Collinet³⁷⁹ ricostruisce la fattispecie in termini di *mancipatio fiduciae* e propone un'originale ricostruzione del brano in commento. *Qui fundum fruendum vel habitationem alicui locavit, si [aliqua ex] <fiduciae> causa fundum vel aedes [vendat] <mancipet oder mancipio det>, curare debet, ut apud [emptorem] <mancipio accipientem> quoque [eadem] <fiduciae> pactione et colono frui et inquilino habitare liceat: [alioquin] <si hoc neglexerit> [prohibitus is] <conductor [ab emptore] <a mancipio accipiente> deiectus> aget cu meo ex conducto.* Il testo non è stravolto nel suo significato. L'autore si preoccupa solo di modificare, fedele alla sua opinione, il tipo negoziale che lega l'alienante, il *mancipium dans*, all'acquirente, il *mancipium accipiens*. Come è noto, la *mancipatio* fiduciaria è utilizzata nel diritto classico per costituire una garanzia reale a favore del creditore, attraverso il trasferimento della proprietà di una *res mancipi*³⁸⁰. Pertanto, la funzione di garanzia individua la causa del negozio: il *mancipium accipiens* s'impegna a restituire la *res* alla soddisfazione del credito che era stato garantito con essa. Insomma, nel passo qui in commento, l'alienante/locatore sarebbe debitore dell'acquirente e proprio a causa del rapporto

³⁷⁸ IDEM, *Locatio conductio*, cit., p. 43.

³⁷⁹ P. COLLINET, *Deux textes retrouvés sur la fiducie*, Studi Besta, I, Milano, 1937, p. 93.

³⁸⁰ E. VOLTERRA, *Mancipatio*, NNDI, 1957, X, pp. 97 e ss.

tra le parti, il locatore trasferisce il bene in garanzia. L'atto concluso ha effetti reali.

Secondo Thomas³⁸¹, da nessun dato presente nel testo è possibile evincere che sia intervenuto, oltre al contratto obbligatorio di vendita, anche la *mancipatio* del bene. A parere dello studioso, l'acquirente, avendo concluso il solo contratto obbligatorio, avrebbe dovuto prendere possesso del bene e usucapirlo per acquisire il titolo di proprietà. A escludere il negozio a effetti reali, vi è un'osservazione sistematica: il brano di Gaio è contenuto nel commentario all'editto provinciale e in quest'opera, "a passage on *mancipatio* would hardly be relevant"³⁸².

In verità, Wesember³⁸³ fu il primo a negare la presenza del negozio fiduciario, proprio in base all'osservazione che Gaio mai avrebbe fatto riferimento a questo negozio nel commento all'editto provinciale, "Gaius kann in einer Schrift zum Provinzialedikt schwerlich über die *mancipatio* gehandelt haben". Quest'osservazione è stata raccolta e condivisa dalla dottrina successiva³⁸⁴. Wesenberg³⁸⁵ aggiunge che anche le altre motivazioni di Collinet non risultano convincenti. Dunque, l'unica conclusione ammissibile è che il giureconsulto classico si riferisse al contratto di compravendita.

Riassumendo, gli studiosi che riconducono la vicenda negoziale a una *mancipatio* fiduciaria, ritengono che il locatore/*mancipium dans* sia debitore dell'acquirente/*mancipium accipiens* e che l'alienazione del bene avrebbe funzione di garanzia e non sarebbe stata una mera vendita.

La qualificazione giuridica della vicenda traslativa, indubbiamente interessante, non è centrale ai fini del discorso che qui si sta portando avanti. Anzi, questa sarebbe semmai un'altra prova della limitatezza del broccardo *emptio tollit locatum*. Il punto centrale sono gli effetti della vicenda negoziale, o più precisamente, le conseguenze del comportamento del terzo che in forza dell'atto d'acquisto impedisce la normale esecuzione della locazione, indipendentemente dalla natura obbligatoria o reale del titolo che legittimi l'espulsione del conduttore. Tuttavia, è interessante notare che i giuristi prediligano al titolo locatizio sia le ragioni del *mancipium accipiens*, ossia del proprietario; sia dell'*emptor*. In altre parole, il diritto di proprietà e quello nascente da una compravendita a effetti obbligatori erano "più forti" del titolo vantato dal conduttore: il contratto di *locatio-conductio* era sempre destinato a soccombere.

³⁸¹ J.A.C. THOMAS, *The sitting tenant*, cit., p. 36.

³⁸² IDEM, *The sitting tenant*, cit., *ibidem*.

³⁸³ G. WESENERG, *Verträge*; cit., p. 42.

³⁸⁴ Mayer-Maly scrive: "Wesembergs Argument... scheint mir ausschlaggebend", [TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., p. 43]; Thomas ritiene che "a passage on *mancipatio* would hardly be relevant", [J.A.C. THOMAS, *The sitting tenant*, cit., p. 36].

³⁸⁵ G. WESENERG, *Verträge*; cit., p.42.

Anche in altri passi, è rimarcata genericamente la necessità del locatore di cautelarsi nei confronti del nuovo titolare del diritto sulla cosa, affinché questi rispetti il negozio di locazione. Così in un passo di Ulpiano³⁸⁶, il giurista Mela suggerisce al marito che sia garantita la locazione del fondo dotale, anche dopo la sua morte. Allo stesso modo, Paolo³⁸⁷ avverte il coniuge prossimo al divorzio della necessità di tutelare la normale esecuzione del contratto da lui concluso, avente a oggetto il godimento del fondo dotale.

36. Il contratto a favore di terzo nella letteratura.

Il secondo quesito su cui si è interrogata la dottrina³⁸⁸, che si è occupata di D.19.2.25.1 (Gai *10 ad ed. prov.*), concerne la qualificazione giuridica del patto intervenuto tra il venditore e il compratore. In particolare, se questo possa qualificarsi come un contratto a favore di terzo.

Sembra necessario riportare brevemente le diverse opinioni, perché la questione ha diviso gli interpreti. Gli studi romanistici sul contratto a favore di terzo si sono concentrati sulla validità di tale pattuizione e sulla tutela del terzo, in particolare se questi avesse azione per pretendere l'adempimento della prestazione a suo vantaggio. Per gran parte degli studiosi, la risposta è negativa per entrambi gli interrogativi. Infatti, l'opinione maggioritaria è riassunta dal principio *alteri stipulari non potest*, contenuto in alcuni passi del Digesto³⁸⁹. In generale si ritiene che per i giureconsulti classici, la stipulazione a favore di un altro soggetto sarebbe nulla, perché i contraenti non hanno alcun interesse riconosciuto valido alla prestazione diretta a un soggetto estraneo al vincolo giuridico. Inoltre, nessuna azione sarebbe concessa al terzo, perché questo è esterno alla contrattazione. Tuttavia, a tale principio così netto furono ammesse delle deroghe, che si basavano sulla stessa

³⁸⁶ D. 33.4.1.15 (Ulp. *19 ad Sab.*): *ibidem Mela coniungit, si fundus in dote fuit locatus a marito ad certum tempus, uxorem non alias fundum in relagatione consequi, quam si caverit se passuram colonum frui, dummodo ipsa pensiones percipiat.*

³⁸⁷ D. 24.3.25.4 (Paul. *36 ad ed.*): *Si vir in quinquennio locaverit fundum et post primum forte annum divortium intervenerit, Sabinus ait non alias fundum mulieri reddi oportere, quam si caverit, si quid praeter unius anni locationem maritus damnatus sit, id se praestatum iri.*

³⁸⁸ F. HINTZE, *Der Satz "Kauft bricht Miete" im römischen Recht*, Rostock, 1888; W. MARQUARDT, *Über das Verhältnis des Konduktor zum Lokator bei Veräußerung der Sache nach römischen Recht*, Göttingen, 1888; E. COSTA, *L'alienazione della cosa locata in rapporto al conduttore*, Riv. del dir. comm., XII, 1914, pp. 68 e ss.; C. ARNÒ, *Emptio tollit locatum*, TRG, 5, 1925, pp. 485 e ss.

³⁸⁹ D.45.1.38.17 (Ulp. *49 ad Sab.*) e D.45. 1. 38.1 (Ulp. *49 ad Sab.*).

argomentazione che negava la validità di siffatta pattuizione. Così, ogniqualvolta vi fosse un interesse proprio del promissario alla prestazione verso il terzo, il contratto si reputava valido. Gli interpreti hanno individuato alcuni casi specifici in cui si ammetteva l'efficacia del contratto a favore di terzo³⁹⁰, tra cui anche l'accordo intercorso tra il venditore e il compratore a favore del conduttore³⁹¹.

Perozzi³⁹² propone una diversa ricostruzione dell'istituto che, per usare le sue stesse parole, si "allontana dall'insegnamento di tutti"³⁹³. "Nel diritto classico era nulla ogni stipulazione di *dare* a un terzo nel senso che lo stipulante non poteva agire per essa anche se aveva interesse al suo inadempimento". Diversa era la sorte dei patti aventi a oggetto un *facere*. Questi sarebbero stati validi fra le parti, sempre che lo stipulante avesse avuto un interesse proprio al negozio. Quest'opinione sarebbe supportata dalla circostanza che la sentenza *nemo alteri stipulari potest* si trova in un solo brano, D. 45.1.38.17(Ulp. 49 ad Sab.) e questo sarebbe il risultato di un'interpolazione dei compilatori, i quali avrebbero eliminato il *dari*, ampliando così l'oggetto del divieto. Al contrario, la nullità della sola pattuizione di *dare* risulta dalla lettura diverse fonti. Così, Gaio³⁹⁴ dice espressamente che *inutilis est stipulatio, si ei dari stipulemur cuius iuri subiecti non sumus*; in una costituzione degli imperatori Diocleziano e Massimiano³⁹⁵ si legge lo stesso principio: *alteri... dari vel restitui nemo stipulari potest*. Insomma, tutti i passi, in cui si nega la stipulazione a favore del terzo, hanno sempre come contenuto un *dare*, pertanto non si può che concludere che il solo *dari*, e non anche il *facere*, fosse l'oggetto tassativo del divieto³⁹⁶. La ragione della nullità di detta pattuizione sarebbe storico-formalistica³⁹⁷. "Alla promessa di dare a un terzo

³⁹⁰ G. DONADIO, *Contratto a favore di terzo*, NNDI, IV, pp. 657-658.

³⁹¹ Per completezza si riportano anche gli altri casi. Il patto di restituzione alla donna o ai figli della dote costituita in suo favore da un ascendente, D.24.3.45 (Pau. 6 quaest.); il patto di restituzione a un terzo e dopo un certo tempo di cose donate con questo obbligo, C. 8.54.3; nella vendita del pegno, il patto del creditore pignoratizio di riscatto di questo da parte del debitore, D. 13.7.13pr.(Ulp. 38 ad ed.); il patto del depositario o comodante di cose altrui di restituzione al proprietario C.3.42.8.1; il *pactum de non petendo* e della *postulatio in bona se mitti*, D.42.5.12pr. (Paul. 54 ad. ed.); infine, i patti a favore dei propri eredi, espressamente riconosciuti da Giustiniano contro il principio classico *ab heredis persona obligationem incipere non posse*.

³⁹² S. PEROZZI, *Istituzioni*, cit., pp. 215 e ss.

³⁹³ IDEM, *Istituzioni*, cit., p. 216 nt.2.

³⁹⁴ Gai. 3.103.

³⁹⁵ C.8.38.3pr. (Impp. Diocl. et Maxim. aa. Isidoro): *Ut inter absentes verborum obligatio contrahi non potest, ita alteri, cuius iuri subiectus non est, aliquid dari vel restitui, nisi sua intersit, nemo stipulari potest.* <a 290 pp. id. dec. ipsis iiii et iii aa. cons.>

³⁹⁶ S. PEROZZI, *Istituzioni*, cit., p. 216 nt. 2.

³⁹⁷ IDEM, *Istituzioni*, cit., *ibidem*.

corrisponde una *conceptio verborum* inevitabile; ma alla *stipulatio alteri* no. [...] Posto che le stipulazioni di dare allo stipulante sono sempre nel suo interesse e le stipulazioni di dare a un terzo sono sempre nulle, le stipulazioni *alteri*, per le quali la regola sarebbe stata dettata, sarebbero state le sole stipulazioni di *facere*, tutte (meno quella d'opera) incerte, e tali quindi che la formula dell'azione ad esse corrispondente imponeva al giudice di condannare il convenuto all'interesse dell'attore. Se l'attore ora non aveva interesse alla prestazione, il convenuto doveva essere assolto”.

La tesi appena riportata di Perozzi è stata fortemente contestata. Pacchioni³⁹⁸ ritiene che la nullità colpisse tutte le stipulazioni a favore di terzo, indipendentemente dal contenuto dell'obbligo assunto. Vi erano però alcune eccezioni al principio, che consistettero nel riconoscere la validità di tali stipulazioni in casi circoscritti³⁹⁹. Tra questi si annovera anche il caso che qui si sta trattando. Dunque, la regola generale sarebbe stata la nullità, salvo alcune ipotesi eccezionali. Anche Bonfante⁴⁰⁰ accoglie questa ricostruzione. Per il diritto classico, il negozio sarebbe stato sempre nullo. Quanto alla giustificazione della nullità, l'autore rigetta la tesi che rinviene la causa nella carenza di interesse, perché questa, semmai, rappresenta una motivazione pratica. La spiegazione va ricercata, allora, nella natura stessa del contratto classico. “Esso è un *negotiorum contractum* tra le parti: il *negotium* o la *causa* pesa ben più che non la volontà e può parere altrettanto assurdo che un *negotium* tra Tizio e Mevio obblighi a dare a Sempronio”⁴⁰¹. La stipulazione sarebbe nulla, non solo nel senso che non obbliga il terzo, ma che non vincola neppure il promittente. Tuttavia, il principio della nullità assoluta della stipulazione a favore di terzi subirebbe una limitazione logica e una serie di eccezioni. Secondo le fonti, infatti, la nullità della convenzione deriverebbe unicamente dalla mancanza d'interesse, e allora bisogna concludere che, se solo quella è la condizione ostativa alla validità di una simile pattuizione, tutte le volte che il creditore abbia un interesse all'adempimento presso il terzo, magari prevedendo una penale⁴⁰², il contratto a favore di terzo sarà valido. Quanto alle eccezioni, tra quelle ammesse dall'autore vi è il caso in esame⁴⁰³.

Lopez Pedreira⁴⁰⁴ nega che l'intera vicenda contrattuale possa essere sussunta nella figura del contratto a favore di terzo. A suo parere, i motivi fondamentali sarebbero due. Partendo dall'assunto che il diritto romano classico esigeva che la

³⁹⁸ G. PACCHIONI, *I contratti a favore di terzo*, pp. 397 e ss.

³⁹⁹ IDEM, *I contratti a favore di terzo*, pp. 25 e ss.

⁴⁰⁰ P. BONFANTE, *Corso di diritto romano, IV, le obbligazioni*, Milano, 1979, pp. 375 e ss.

⁴⁰¹ IDEM, *Corso di diritto romano*, cit., p. 379.

⁴⁰² IDEM, *Corso di diritto romano*, cit., p. 380.

⁴⁰³ IDEM, *Corso di diritto romano*, cit., p. 385.

⁴⁰⁴ A. LOPEZ PEDREIRA, *Emptio*, cit., pp.120 e ss.

prestazione oggetto dell'accordo fosse diretta a una delle parti, il terzo beneficiario della prestazione non avrebbe avuto azione in caso d'inadempimento. In secondo luogo, sarebbe stata decisiva la mancanza di un qualche interesse dello stipulante all'adempimento della prestazione in favore di un terzo. La studiosa non esclude comunque che vi fossero delle eccezioni, per lo più circoscritte alle obbligazioni dei servi e *fili* nei confronti dell'avente potestà, o vice versa.

Altri autori⁴⁰⁵ hanno inquadrato la *lex venditionis*, avente a oggetto il *perfrui sive habitare licere*, come un esempio di stipulazione a favore di terzo.

Secondo Biondi⁴⁰⁶, inizialmente la *stipulatio alteri* era considerata come un "assurdo giuridico o contraddizione in termini", tanto che era normalmente dichiarata nulla. Con il passare del tempo, però, si utilizzarono espedienti per raggiungere il medesimo risultato pratico. Nell'ambito della giurisprudenza classica, non senza dubbi e incertezze, si verificò uno sviluppo storico che portò la giurisprudenza ad ammettere la *stipulatio alteri*, qualora lo stipulante avesse avuto un qualche interesse⁴⁰⁷ che la prestazione fosse adempiuta al terzo⁴⁰⁸. Il principio sarebbe testimoniato da Marcello⁴⁰⁹: *si stipuler alii, cum mea interesset, videamus, an stipulatio committetur; et ait Marcellus stipulationem valere*.

Insomma, la discussione in merito all'ammissibilità del contratto a favore di terzo si compone di diverse opinioni. Con diverse ampiezze, gli interpreti ammettono che il beneficiario della prestazione potesse essere un soggetto estraneo al contratto stipulato. Il punto ancora dibattuto è se la validità del contratto a favore di terzo fosse l'eccezione o la regola, ma al di là di questo dato, marginale nella ricerca che qui si sta portando avanti, si può senz'altro concludere che la stipulazione suggerita dai giureconsulti fosse valida ed efficace.

37. Qualificazione del *curare debet*.

L'esatta interpretazione dell'espressione *curare debet* è sicuramente centrale per la soluzione del quesito. Mayer-

⁴⁰⁵ P. BONFANTE, *Per il XIV Cent. della codificazione giustiniana*, Pavia, 1933, pp. 210 e ss.; E. ALBERTARIO, *I contratti a favore dei terzi*, Festschrift Koschaker, 2, Weimar, 1939, p.16 e ss.; B. BIONDI, *Contratto e stipulatio*, Milano, 1953, p. 352, M. KASER, *Das romische Privatrecht*, cit., pp. 452 e ss.

⁴⁰⁶ B. BIONDI, *Contratto e stipulatio*, cit., pp. 351 e ss.

⁴⁰⁷ Dello stesso avviso è M. KASER, *Das romische Privatrecht*, cit., p. 453.

⁴⁰⁸ B. BIONDI, *Contratto e stipulatio*, cit., p. 352.

⁴⁰⁹ D.45.1.38.20 (Ulp. 49 ad Sab.).

Maly⁴¹⁰ sostiene che le parole di Gaio non debbano intendersi come un mero consiglio rivolto al locatore-alienante, ma indicherebbero un preciso obbligo in capo al soggetto.

A mio parere, l'espedito suggerito dal giurista sarebbe meglio qualificabile come un onere per diversi motivi. Innanzitutto, sarebbe difficilmente identificabile la fonte giuridica dell'obbligo. Di certo non il contratto di locazione che lega esclusivamente il locatore al conduttore. All'obbligo di un soggetto corrisponde, poi, il diritto di un altro. Pur ammettendo che il titolare fosse il conduttore, che mezzo avrebbe avuto per costringere il venditore/locatore a stipulare la clausola? Se, infatti, fosse un obbligo in senso tecnico, all'inottemperanza di questo dovrebbe conseguire una sanzione diretta. In altri termini, il conduttore, qualora l'alienante non si adoperi per l'inserimento della clausola, dovrebbe avere la possibilità di adire direttamente il soggetto. In realtà, qualora il venditore/alienante rimanga inerte e al conduttore non sia comunque impedita la fruizione dell'immobile, non vi è alcuna domanda risarcitoria. È solo l'inadempimento del *frui licere* che si pone quale requisito costitutivo il risarcimento. Ma c'è di più. L'onere è quella posizione giuridica soggettiva che solo *latu sensu* si può definire doverosa. Infatti, è un comportamento che l'onerato deve tenere per non incorrere in conseguenze negative nella sua sfera giuridica. Ciò non toglie, comunque, che il soggetto rimanga comunque libero nell'*an*. Proprio perché l'interesse sotteso all'onere è proprio del suo titolare. Infatti, l'alienante/locatore che non cura la redazione della clausola risponderà d'inadempimento e non potrà rifarsi sull'acquirente. È evidente, quindi, che l'interesse dell'onerato consista nella traslazione del risarcimento a seguito d'inadempimento. Il locatore dovrebbe preoccuparsi nella redazione della *lex venditionis* di tutelare il conduttore, accordandosi con l'acquirente affinché quest'ultimo non pregiudichi i diritti che derivano dal contratto di locazione. Questo in ragione del fatto che volontariamente si è spogliato del dominio sulla cosa.

Quanto all'efficacia della clausola apposta al contratto di compravendita, questa legittimerebbe l'alienante/locatore ad agire contro il compratore per tutelarsi nel caso in cui il locatario, espulso dal bene, esperisse l'*actio conducti*⁴¹¹. L'ammissibilità dell'azione di locazione indicherebbe la mancanza di un qualsiasi rimedio di diritto contro l'alienante⁴¹². Secondo Wesenberg⁴¹³, il suggerimento di Gaio non avrebbe valore giuridico. Il *curare debet* sarebbe meglio inquadrabile in un semplice consiglio che il giurista dà al venditore; ogni altra ricostruzione del passo sarebbe errata. In particolare, il principio della condanna pecuniaria impedisce la ricostruzione in termini di contratto a favore di terzo, perché il locatario non avrebbe

⁴¹⁰ TH. MAYER-MALY, *Locatio-conductio*, cit., p. 44.

⁴¹¹ IDEM, *Locatio-conductio*, cit., *ibidem*.

⁴¹² IDEM, *Locatio-conductio*, cit., *ibidem*.

⁴¹³ G. WESENBERG, *Verträge*; cit., p. 42.

alcun interesse all'azione contro il compratore.

A mio parere, l'opinione di Wesenberg deve essere rigettata per quanto appena sostenuto. Si può aggiungere che non sia la clausola ad ammettere il ricorso all'azione contrattuale contro la negazione del *frui licere*. Infatti, accedendo alla tesi di Mayer-Maly, bisognerebbe necessariamente ammettere che sarebbe più conveniente per il locatore/alienante la non stipulazione del patto con l'acquirente. Se solo dalla stipulazione della clausola nascesse un diritto d'azione in capo al conduttore, la mancanza comporterebbe la liberazione da qualsiasi responsabilità per inadempimento del contratto di locazione. Più correttamente, allora, bisogna concludere che la possibilità di adire *ex conducto* il locatore discenda dal contratto, il *titulus* che fonda la legittimazione ad agire; la ragione nella inadempienza contrattuale. È da escludere poi, la possibilità di radicare la legittimazione ad agire nella clausola *de qua* per un altro dato: la pattuizione lega l'alienante e l'acquirente. Il conduttore è terzo rispetto a questa, sebbene la prestazione sia diretta nei suoi confronti.

38. La *lex venditionis* nella costituzione di Alessandro Severo.

Una costituzione di Alessandro Severo riporta il contenuto della *lex venditionis*:

C.4.65.9 (Imperator Alexander Severus):

*Emptori quidem fundi necesse non est stare colonum, cui prior dominus locavit, nisi ea lege emit. verum si probetur aliquo pacto consensisse, ut in eadem conductione maneat, quamvis sine scripto, bonae fidei iudicio ei quod placuit parere cogitur.*⁴¹⁴ Alex. a. Aurelio Fusco mil.<a 234, VII id. Sept. Maximo II et Urbano cons.>

⁴¹⁴ Diversi autori ritengono che il testo della Costituzione abbia subito rimaneggiamenti. Mayer-Maly e Pacchioni giudicano spuria la frase *nisi ea lege emit*, [TH. MAYER-MALY, *Locatio-conductio*, cit., p. 44; G. PACCHIONI, *I contratti a favore dei terzi*, cit., p. 25]. Albertario dubita di tutto il periodo finale da *verum*, [E. ALBERTARIO, *I contratti a favore dei terzi*, cit., p. 20]. Collinet propone una ricostruzione del testo volta ad avvalorare la tesi, secondo cui si sarebbe al cospetto di una *mancipatio fiduciaria*, [P. COLLINET, *Deux textes retrouvés sur la fiducie*, cit., pp. 39 e ss.]. Infine, Meynial sospetta di *quidem*, [E. MEYNIAL, *Note sur la loi Emptorem*, *Mélanges Gérardin*, 1907, p. 415].

Theodor Mommsen⁴¹⁵ considera la costituzione alterata. Suggestisce di cambiare *stare* con *sinere*. Qualora si accogliesse il suggerimento dello studioso, si dovrebbe ritenere che a seguito della modifica proprietaria, il colono non può far valere alcun diritto nascente dal contratto di locazione nei confronti del nuovo proprietario, così che questo può sostituirlo, se nulla di diverso è previsto tra le parti nel contratto di vendita. La possibilità di prevedere diversamente *ex contractu* porta a concludere che “wir hätten es hier also mit einem echten Vertrag zugunsten Dritter zu tun”⁴¹⁶.

Secondo Bonfante⁴¹⁷, *nisi ea lege emit* sarebbe interpolato. Una prova in tal senso sarebbe data dal fatto che il periodo successivo *verum si probetur...* non si riconnette con l'inciso, ma solo con la frase che lo precede. Ma se anche si ammettesse l'originalità di *nisi ea lege emit*, la sua interpretazione rimarrebbe comunque controversa. L'accordo si riferisce ai rapporti tra l'alienante e l'acquirente, o al diritto e all'azione del conduttore contro il compratore? Secondo Bonfante, la seconda ipotesi sarebbe la più probabile. “Il *nisi ea lege emit* sarebbe più che superfluo se non dovesse significare se non ciò che è detto nella seconda parte del frammento, la quale si riferisce veramente ai rapporti tra i contraenti e convalida il patto sempre in modo corretto, perché la prestazione che s'impone al compratore è quella che il venditore dovrebbe adempiere verso il colono”⁴¹⁸.

Il punto centrale per la comprensione del testo è il significato da attribuire a *nesesse*. A parere di Mayer-Maly⁴¹⁹, il senso di *nesesse* si coglie valutando la sanzione derivante dalla violazione dell'impegno contenuto nella *lex venditionis*, ossia quali sarebbero le conseguenze, nel caso il compratore cacciasse il conduttore. Si possono ipotizzare tre diverse sanzioni: la più estrema è l'annullamento con effetto retroattivo del trasferimento della proprietà o del contratto di compravendita. Si potrebbe, altresì, supporre la nascita di un diritto d'azione del conduttore contro l'acquirente; infine, un diritto d'azione del locatore contro l'acquirente. Negli ultimi due casi, il significato di *nesesse* non è quello proprio della parola. Infatti, solo nel caso di travolgimento degli effetti del negozio intercorso tra alienante e acquirente, sarebbe “necessario” tollerare il godimento del conduttore, per evitare l'annullamento dell'atto negoziale, “der Erwerber müsse den Pächter dulden, soll ihm nicht drohen”⁴²⁰.

Secondo Mayer-Maly, le regola *emptio tollit locatum* non sarebbe il risultato di un generico *favor locatoris*

⁴¹⁵ T. MOMMSEN, *Die Römischen Anfänge von Kauf und Mieth*e, ZSS, 6 1885, p. 263.

⁴¹⁶ G. WESENBERG, *Verträge*; cit., p. 43.

⁴¹⁷ P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, cit., p. 385.

⁴¹⁸ IDEM, *Corso di diritto romano*, cit., *ibidem*.

⁴¹⁹ TH. MAYER-MALY, *Locatio-conductio*, cit., p. 45.

⁴²⁰ IDEM, *Locatio-conductio*, cit., *ibidem*.

dell'ordinamento, bensì di un pensiero giuridico che non può riconoscere un diritto obbligatorio che accede a un diritto reale, “[die Regel Kauf bricht Miete] ist vielmehr vor allem das Ergebnis eines strengen und konsequenten Rechtsdenkens, das eine schuldrechtliche Bindung des in ein Sachenrecht Eintretenden nicht anerkennen kann⁴²¹”.

A me sembra, che la prima sanzione prospettata da Mayer-Maly sia difficilmente sostenibile. L'acquirente avrebbe un interesse personale alla stipulazione del patto in questione per evitare l'annullamento del negozio con cui ha acquistato l'immobile. Egli si accollerebbe tutte le conseguenze negative. Non si comprende quindi il motivo per cui ne sia tenuto, posto che è estraneo al contratto di locazione. Anche dalla lettura del passo di Gaio si coglie immediatamente il limite di questa ricostruzione. Inoltre, il giureconsulto scrive che *qui fundum...alicui locavit, si aliqua ex causa fundum... vendat, curare debet, ut apud emptorem ...colono frui ...liceat*. Il soggetto a cui viene suggerito di stipulare la clausola è il venditore/locatore. L'acquirente non è nominato in nessuna parte del brano. Quanto alle conseguenze, l'alienante può essere adito in giudizio *ex conducto*. Anche in quest'ultima parte del brano, non compare il compratore. Anzi, si specifica che l'azione esperibile è quella contrattuale. Gli unici legittimati ad agire con questo tipo di azione, sono le sole parti negoziali: il locatore/alienante e il conduttore.

L'annullamento retroattivo dell'alienazione non è sostenibile neanche alla luce della costituzione imperiale. In questa si dice che il compratore non è tenuto a tollerare la locazione in corso, salvo che non sia stato previsto in sede di vendita. Dunque, l'acquirente è obbligato a rispettare la locazione, solo se si è specificatamente accordato con l'alienante in tale senso. Se così è, ci si potrebbe chiedere perché mai il nuovo proprietario del bene voglia una pattuizione del genere. L'annullamento dell'acquisto si ha solo in caso d'inadempienza del patto aggiunto; non nel caso, siffatta pattuizione manchi del tutto. In secondo luogo, non si capisce come l'inottemperanza di un patto *a latere* di una compravendita possa travolgere il contratto stesso.

Secondo Costa⁴²², dalla lettura dei brani emergerebbero alcuni principi. Il compratore e in generale l'acquirente a titolo particolare del bene possono impossessarsene senza rispettare il contratto di locazione precedentemente concluso dal conduttore e il venditore. In altri termini, l'acquirente non succede nel contratto di locazione. L'impedimento del *frui licere* può essere, però, evitato per mezzo di una clausola apposita inserita nel negozio, con la quale l'acquirente si impegna all'osservanza della locazione. Come osserva Costa, rimane ancora incerto se questo patto fornisca al conduttore un mezzo per agire

⁴²¹ TH. MAYER-MALY, *Locatio-conductio*, cit., pp. 45-46.

⁴²² E. COSTA, *La locazione di cose*, cit., pp. 73 e ss.

direttamente contro il proprietario in caso d'inadempimento⁴²³. Invero, in uno scritto⁴²⁴, l'autore aveva sostenuto che una pattuizione in tal senso sarebbe valsa a fornire al conduttore azione diretta contro l'acquirente. Pacchioni⁴²⁵ propone un'interpretazione originale, discostandosi dagli orientamenti maggioritari. Le premesse sono sempre le stesse: il principio "Kauf bricht Miete" e la nullità per il diritto classico di ogni fatto a favore di terzo. Egli rigetta sia l'interpretazione di pandettisti quali Vangerow⁴²⁶ e Windscheid⁴²⁷, secondo i quali il patto in questione vincolerebbe solo l'alienante e l'acquirente; in base al patto, il compratore si obbligherebbe a non scacciare il conduttore dal bene. Se lo facesse, sarebbe tenuto di fronte al venditore/locatore *ex conducto*. Altri⁴²⁸, invece, hanno sostenuto che gli effetti del patto non si esaurissero solo tra il venditore e il compratore, ma questo sarebbe valido anche "a favore del convenuto"⁴²⁹, che rimarrebbe comunque un terzo, onde, conclude Pacchioni "vi avrebbe qui una vera eccezione al principio della nullità". Pacchioni rigetta entrambe le interpretazioni. La prima è da escludere perché "Gaio pensa ad un provvedimento in base al quale il conduttore possa *de iure* restare nel godimento del fondo"; così anche la seconda, ossia di un accordo valido a favore del terzo. Invece, la seconda interpretazione, che ritiene che il conduttore avesse partecipato al patto intercorso tra venditore e compratore è smentita anche dal corrispondente passo contenuto nei Basilici, Bas.20.1.25. Pertanto, il *curare debet* non significherebbe altro che il locatore-venditore per cautelarsi dalle conseguenze dell'impedimento del *frui licere*, che ricadrebbero su di lui e non sull'acquirente che rimane terzo rispetto alla conduzione, deve o comunque dovrebbe far sì che l'acquirente accetti di obbligarsi in tal senso⁴³⁰. Parimenti si può desumere dalla Costituzione di Alessandro Severo. Per usare le parole di Costa, la costituzione qui in commento "mostra chiaramente di ravvisare nel patto [...] una convenzione i cui effetti si esauriscono tutti fra venditore e compratore"⁴³¹. Anche a voler ammettere che la parte che va da *nisi ea lege emit* sino alla fine sia un'interpolazione, sarebbe comunque provato che il compratore, che non ottemperi all'obbligazione assunta, sia tenuto nei confronti del venditore e non del conduttore, perché

⁴²³ IDEM, *La locazione di cose*, cit., p. 73.

⁴²⁴ IDEM, *Storia del diritto romano privato*, Torino, 1911, p. 456.

⁴²⁵ G. PACCHIONI, *I contratti a favore di terzi*, Padova, 1933, pp. 27 e ss.

⁴²⁶ K. A. VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, Margburg, 1851, p. 446.

⁴²⁷ B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, cit., pp. 683 e ss.

⁴²⁸ J. UNGER, *Die Verträge zu Gunsten Dritter*, Jena, 1869, p.21 nt.25; L. TARTUFARI, *Dei contratti a favore di terzi*, Verona, 1889, p. 45.

⁴²⁹ G. PACCHIONI, *I contratti*, cit., p. 28.

⁴³⁰ E. COSTA, *La locazione di cose*, cit., p. 74.

⁴³¹ IDEM, *La locazione di cose*, cit., *ibidem*.

ha contravvenuto a una *lex* apposta nel contratto di vendita, *bonae fidei iudicio ei quod placuit parere cogitur*.

Il principio appena esposto sarebbe stato accolto pacificamente dai giuristi, anche da quelli repubblicani. Ne sono testimonianza un passo di Ulpiano in cui si citano Servio e Tuberone, e un passo di Labeone.

39. L'esperibilità dell'*actio empti*.

Da diversi passi emerge che l'azione esperibile dal venditore, nel caso d'inadempimento della clausola che impone all'acquirente il rispetto della locazione vigente, sia l'azione contrattuale. In tal senso depone il seguente testo.

D. 19.1.13.30 (Ulp. 32 *ad ed.*): *Si venditor habitationem exceperit, ut inquilino liceat habitare, vel colono ut perfrui liceat ad certum tempus, magis esse Servius putabat ex vendito esse actionem: denique Tubero ait, si iste colonus damnum dederit, emptorem ex empto agentem cogere posse venditorem, ut ex locato cum colono experiatur, ut quidquid fuerit consecutus, emptori reddat*⁴³².

Mayer Maly⁴³³ non dubita della originalità del testo; parimenti, Frier⁴³⁴ considera il brano “entirely genuine”. De Martino⁴³⁵ e Wesenberg sospettano di *vel colono... tempus*; il principio esposto sarebbe una generalizzazione postclassica, per il primo; un'aggiunta compilatoria tendente alla “Vollständigkeitssucht”, secondo lo studioso tedesco⁴³⁶.

Il brano è generalmente ritenuto una prova forte per la validità della regola “Kauft bricht Miete” in età classica. Questo può essere suddiviso in due parti, contenenti diversi problemi di diritto. Nella prima parte, *si venditor... ex vendito esse*

⁴³² Si pronunciano per l'originalità del brano: L. AMIRANTE, *Locare habitationem*, cit., p. 462; B. FRIER, *Tenant's liability*, SSZ, 95, 1978, p. 254. Mayer-Maly, Wesenberg e Thomas, in adesione a De Martino, giudicano l'intero brano genuino, esclusa la generalizzazione postclassica *vel colono... certum tempus*, [TH. MAYER-MALY, *Locatio-conductio*, cit., pp. 55 e ss; G. WESENBERG, *Verträge*; cit., p. 45; J.A.C. THOMAS, *The sitting tenant*, cit., p. 38].

⁴³³ TH. MAYER-MALY, *Locatio-conductio*, cit., pp. 55 e ss.

⁴³⁴ B. FRIER, *Tenant's liability*, cit., p. 254.

⁴³⁵ F. DE MARTINO, *Lex Rhodia*, Rivista del diritto della navigazione, 1937, p. 32 nt. 1.

⁴³⁶ G. WESENBERG, *Verträge*; cit., p. 45. L'autore si rifà all'insegnamento di F. DE MARTINO [*Lex Rhodia*, Rivista del diritto della navigazione, 1937, p. 32 nt. 1].

actionem, il quesito giuridico concerne la vendita dell'immobile locato a un terzo. Nel contratto di compravendita, è previsto che l'acquirente rispetti il contratto di locazione per un certo periodo. Per ogni questione sorta tra le parti (alienante e acquirente), l'unica azione esperibile è l'*actio empti*. Il contenuto del patto accessorio è circoscritto da Reichard in un "Besitzverschaffungspflicht", limitato all'obbligo di tollerare il conduttore⁴³⁷.

Ci si è interrogati sul motivo per cui le violazioni del patto *a latere* fossero tutelate con l'azione contrattuale. Probabilmente, ai tempi di Ulpiano vi erano dei contrasti di vedute, desumibili dal fatto che il giureconsulto richiama l'insegnamento di Servio per supportare la sua decisione. Se, infatti, la questione fosse stata pacifica, la menzione del giurista repubblicano sarebbe stata superflua. Wesenberg ritiene che il motivo, per cui il patto aggiunto sia deciso con l'azione di buona fede, discenda dalla circostanza che esso rientra nell'oggetto della compravendita, "diese Nebenabrede..., als das Kaufobject betreffend so eng mit dem Kauf zusammen, daß sie vom *bonae fidei iudicium* mitumfaßt wurde⁴³⁸". Invece, Reichard motiva diversamente, "Servius behandelt die Abrede also als eine im Rahmen der *bona fides*"⁴³⁹.

A mio parere, l'opinione di Wesenberg coglie nel segno. L'oggetto dello scambio è l'immobile locato, non semplicemente l'immobile. La pattuizione che impone per un periodo determinato il rispetto della locazione incide sui diritti e sugli obblighi derivanti dal contratto di compravendita, sull'oggetto del negozio. Il compratore s'impegna a limitare temporaneamente le facoltà discendenti dall'acquisto che trovano la loro fonte nell'*emptio-venditio*. Appare, quindi, coerente che ogni questione relativa al mancato godimento del conduttore venga decisa attraverso il giudizio di buona fede, perché questa verte sull'oggetto del contratto di *emptio-venditio*.

40. La seconda parte di D.19.1.13.30 (Ulp. 32 ad ed.).

L'ampiezza della tutela contrattuale emerge anche nella seconda parte del brano ulpiano, *denique Tubero ait... emptori reddat*. Qui, il quesito giuridico concerne i danni causati dal conduttore all'immobile venduto. Secondo Tubero, richiamato dal giureconsulto del III secolo, il compratore può agire unicamente contro il venditore, affinché quest'ultimo esperisca l'azione di locazione per ottenere la riparazione del danno. Anche in questo caso, la tutela è quella contrattuale, *ex empto*. L'oggetto della lite concerne il bene venduto, in particolare il compratore si

⁴³⁷ I. REICHARD, *Die Frage des Drittschadensersatzes*, cit., p. 217.

⁴³⁸ G. WESENBERG, *Verträge*; cit., p. 45.

⁴³⁹ I. REICHARD, *Die Frage des Drittschadensersatzes*, cit., p. 216.

duole dei danni cagionati all'immobile.

Frier⁴⁴⁰ analizza l'interesse che le parti hanno nella vicenda giuridica. L'interesse del compratore scaturisce dal danno subito alla sua proprietà ed è limitato a quanto il venditore può ottenere agendo *ex locato*. Questa soluzione è valida, sempre che il locatore/alienante non sia responsabile del danno, "absent bad faith", perché altrimenti potrebbe ottenere "the difference between the actual amount of the damage and the amount realized in a suit"⁴⁴¹. Secondo l'autore, "the seller was required *ex bona fide* to "warrant" the conduct of a *colonus* whom he himself had installed previous to the sale, and whom tenancy he had protected in the sale contract". Insomma, il venditore garantisce, entro certi limiti, per il comportamento del suo conduttore. Il principio sarebbe costante: si rinviene anche in un passo di Proculo⁴⁴².

L'interesse del venditore sarebbe più difficile da individuare⁴⁴³. Secondo Frier, dal testo si desume che il locatore possa adire in giudizio il conduttore, anche in assenza di una coercizione data dall'*actio ex empto*. Egli sarebbe comunque obbligato in forza degli obblighi nascenti dalla buona fede. A parere di Frier, in forza e a causa della buona fede a cui è tenuto, il locatore dovrebbe procedere contro il conduttore e si potrebbe anche qualificarlo come "representative of the new owner"⁴⁴⁴. L'autore conclude che "the seller [is] not able to sue *ex locato*, the *colonus* would be able to escape paying for the damages for which ordinary tenants would be held liable. Insomma, l'interesse del venditore deve essere radicato in ultima istanza nella pretesa del compratore.

Secondo un'altra opinione⁴⁴⁵, invece, l'*actio empti*, esperita dal compratore contro il venditore, sarebbe l'unico mezzo per costringere l'alienante a convenire in giudizio il conduttore per ottenere il risarcimento del danno, con l'obbligo di trasferire la somma ricevuta al compratore. Dalla decisione di Tuberone, si evince, inoltre, la portata della tutela offerta dall'azione di compravendita. Questa poteva essere esperita non solo nei casi tipici di mancata consegna o ricevimento della cosa pattuita, ma anche per far valere la responsabilità del venditore verso il comportamento di un terzo, "die Haftung des Verkäufers für das Fehlverhalten eines Dritten nach Übergabe (und möglicherweise Manzipation) der Kaufsache an den Käufer, beschränkt freilich auf die Herausgabe desjenigen, was dieser Dritte aus seinem

⁴⁴⁰ B. FRIER, *Tenant's liability*, cit., p. 254.

⁴⁴¹ IDEM, *Tenant's liability*, cit., *ibidem*.

⁴⁴² D.18.1.68pr. (Proc. 6 epist.): *Si, cum fundum venderes, in lege dixisses, quod mercedis nomine a conductore exegisses, id emptori accessurum esse, existimo te in exigendo non solum bonam fidem, sed etiam diligentiam praestare debere, id est non solum ut a te dolus malus absit, sed etiam ut culpa.*

⁴⁴³ B. FRIER, *Tenant's liability*, cit., p. 254.

⁴⁴⁴ IDEM, *Tenant's liability*, cit., *ibidem*.

⁴⁴⁵ I. REICHARD, *Die Frage des Drittschadensersatzes*, cit., p. 217.

Verhältnis zum Verkäufer an diesen zu leisten hat”⁴⁴⁶.

A mio parere, le osservazioni di Frier e Reichard centrano nel segno. Il venditore/locatore non ha alcun interesse diretto ad adire in giudizio il conduttore per i danni che questi ha causato all’immobile venduto. Se, infatti, al locatore non si può imputare alcun rimprovero proprio nel danno, il comportamento del conduttore deve qualificarsi come un evento di cui il venditore è terzo. Infatti, non vi è alcuna relazione giuridica e fattuale che ricollega il conduttore e la sua condotta al locatore. Ipotizzando che, il compratore non agisca per il risarcimento, il locatore non avrebbe alcun interesse nel fare lo stesso. È solo a seguito della pretesa del proprietario, che il locatore avrebbe interesse all’azione locatoria. Alla base, vi è la stessa logica della clausola con cui si tollera il godimento del conduttore: la traslazione dell’obbligo risarcitorio da un soggetto a un altro. Così come il locatore, per evitare il risarcimento del danno cagionato dall’acquirente al conduttore, agisce in giudizio per l’inadempimento della clausola a favore di terzo; allo stesso modo, il locatore pretende il risarcimento del danno causato al bene locato da parte del conduttore per evitare di dover rifondere in prima persona il pregiudizio al nuovo proprietario.

Frier ammette che anche il locatore/venditore avrebbe un interesse proprio nella vicenda giuridica, benché condizionato alla pretesa al risarcimento del danno del compratore. Come detto, se il compratore non avanzasse alcuna richiesta, si potrebbe dubitare che il venditore abbia un interesse diretto a conseguire il risarcimento del danno. Egli, infatti, a seguito dell’alienazione del bene, non è più proprietario e, quindi, i peggioramenti dello stato della *res*, gli sono indifferenti. Inoltre, il danno che ha subito l’immobile non incide sulla sua obbligazione, sul *frui licere*. Se è vero che il danneggiamento può aver diminuito l’idoneità del bene al godimento pattuito in sede di contrattazione, è parimenti pacifico che il danno è stato provocato dal soggetto che potrebbe dolersi della diminuzione dell’utilità del bene, il conduttore.

Il locatore/alienante entra in questa vicenda per il solo fatto di essere l’unico legittimato attivamente a esperire l’azione contrattuale contro il conduttore/danneggiante. Egli, e non il compratore, è parte nel contratto di *locatio-conductio*. Insomma, solo il locatore ha la possibilità di attuare in giudizio la pretesa altrui.

41. Conclusioni parziali.

Si possono ora trarre alcune conclusioni parziali in tema di alienazione *locatione pendente*. Dall’analisi dei testi, si può

⁴⁴⁶ IDEM, *Die Frage des Drittschadensersatzes*, cit., pp. 217-218.

senz'altro affermare che il contratto di locazione è impermeabile alle vicende traslative del dominio del bene. La locazione sopravvive, indipendentemente dalla modificazione della proprietà, e mantiene la sua efficacia sino allo spirare del termine pattuito tra i paciscendi in sede di accordo. Questo dato è implicito nelle fonti e si desume dal fatto che permane la legittimazione alle azioni contrattuali. Infatti, il conduttore può adire in giudizio con l'*actio conducti* per inadempienza il locatore che ha alienato il bene. Permane altresì l'esperibilità dell'*actio locati* in capo al locatore, nel caso di danni causati dal locatario, anche dopo l'alienazione dell'immobile, *si iste colonus damnum dederit, emptorem ex empto agentem cogere posse venditorem, ut ex locato cum colono experiatur*⁴⁴⁷. Il ricorso alla tutela giurisdizionale non sarebbe concepibile, se il rapporto contrattuale si fosse estinto. E allora, non si può che ritenere che la locazione sia ancora valida ed efficace.

I problemi di compatibilità tra la locazione e il diritto di proprietà derivano dalla portata di queste posizioni giuridiche. Il contenuto dei due titoli è parzialmente lo stesso: entrambi legittimano gli aventi diritto a godere dell'immobile. Questo non vuol dire che, ogni qualvolta si aliena un bene locato, sorga automaticamente un conflitto, ma è sempre necessario un atto del nuovo proprietario, che impedisca il godimento al conduttore. Si può sostenere, allora, che l'alienazione del bene locato porti con sé un conflitto potenziale e che l'*emptio* sia la causa remota dell'espulsione del conduttore.

Tradizionalmente, il conflitto in esame è risolto secondo il famoso broccardo, *emptio tollit locatum*. A mio parere, questa regola è quantomeno imprecisa. Innanzitutto, si è visto che non solo l'*emptio venditio*, contratto a effetti obbligatori, influisce sul *frui licere*, ma anche altri atti *inter vivos* a titolo particolare, quali la *mancipatio* e la costituzione di dote. La regola è applicabile anche per gli atti traslativi *mortis causa* a titolo particolare, come i legati di proprietà o costitutivi di usufrutto. In generale, si potrebbe ritenere che ogni atto, tra vivi o a causa di morte, che comporti una successione a titolo particolare nella proprietà o in altro diritto reale di godimento abbia conseguenze potenzialmente negative sulla locazione vigente.

Il principio "Kauft bricht Miete" è impreciso anche sotto un altro aspetto. La mera alienazione del bene non è idonea di per sé a estinguere la locazione. Infatti, è sempre necessario un atto materiale del nuovo proprietario che impedisca il *frui* al conduttore, perché è solo con l'espulsione di questo che si ha l'estinzione del contratto locatizio. Il nuovo proprietario può legittimamente cacciare l'inquilino dal suo immobile. L'espulsione del locatario è al contempo un atto lecito del proprietario e un illecito del locatore, perché integra l'inadempimento.

⁴⁴⁷ D. 19.1.13.30 (Ulp. 32 ad ed.).

Il proprietario conserva anche durante la locazione lo *ius disponendi*, ma l'esercizio di questa facoltà lo espone al rischio d'inadempimento. Ecco perché i giuristi suggeriscono la stipulazione di un patto tra venditore e compratore con il quale il compratore si impegna a rispettare la locazione sino allo spirare del termine. L'accordo non è però una cessione della posizione contrattuale del locatore, detto altrimenti, una cessione di contratto, ma è stato inquadrato nella stipulazione a favore di terzo. In questo modo, se anche l'acquirente decidesse di impossessarsi dell'immobile a discapito del locatario, l'alienante/locatore, convenuto in giudizio dal conduttore per inadempimento, potrebbe adire l'acquirente per inadempimento del patto *a latere* e ottenere l'*id quod interest* della prestazione, che è quantificabile con l'interesse del conduttore all'esecuzione del contratto fino al suo spirare. Ecco che, in questo modo, la clausola *de qua* diventa uno strumento utile per il locatore che si è spogliato volontariamente del dominio di traslazione dell'obbligo risarcitorio, in caso d'inadempimento della sua prestazione, in capo al soggetto che ha effettivamente impedito il normale svolgimento del rapporto locatizio.

In verità, i giuristi non si pronunciano in merito al *quantum* dovuto dal locatore. I brani si limitano a dire che il conduttore può adire in giudizio il locatore. A mio parere, l'unica soluzione possibile è il risarcimento del danno. Il silenzio dei testi è facilmente spiegabile col fatto che non vi fosse alcuna disputa, fosse, insomma, una tesi pacifica. L'obbligo di risarcimento dell'*id quod interest* è spiegabile anche alla luce delle considerazioni fatte nei capitoli precedenti. Si è visto che nel caso di *publicatio* dell'immobile, si fa questione di ripartizione del rischio contrattuale. L'espropriazione del bene è stata qualificata come un fatto naturale, che ha quale effetto giuridico l'estinzione della proprietà. Gli effetti dell'atto dell'organo pubblico sono indisponibili per il soggetto, che li subisce passivamente. I giuristi ritengono quindi, che il locatore non debba rispondere per i danni subiti dal conduttore per la fine anticipata della locazione. E' un caso di ripartizione di rischio contrattuale.

Si è visto, il caso della locazione dell'usufruttuario. Anche qui, i giuristi inquadrano le conseguenze della morte, in termini di *remissio mercedis*. L'evento che porta all'impossibilità della locazione è un fatto naturale, che non rientra nella disponibilità del locatore.

Il caso qui in esame è assimilabile per alcuni aspetti all'usufruttuario che si presenta come proprietario del bene. Anche qui, il locatore si pone volontariamente nell'impossibilità di garantire la normale esecuzione della sua prestazione ed è condannato a risarcire i danni che ha provocato al *conductor*. Infatti, l'alienazione è il risultato di una scelta del proprietario, che dispone del suo patrimonio. Vendendo il bene in vigenza di locazione, la parte si pone volontariamente nella situazione di non poter adempiere la sua prestazione fino allo spirare del

termine pattuito. Il compratore, infatti, può cacciare in qualsiasi momento il conduttore senza incorrere in alcuna responsabilità. L'espulsione del conduttore e la mancanza di uno strumento che imponga all'acquirente il rispetto della locazione integrano l'inadempimento della prestazione locatoria, da cui sorge l'obbligo risarcitorio.

Infine sembra utile un'ultima osservazione. Dalle fonti analizzate, emerge la circostanza che i giuristi privilegino sempre al titolo locatizio sia le ragioni del *mancipium accipiens*, ossia del proprietario, sia quelle dell'*emptor*. In altre parole, il diritto di proprietà e quello nascente da una compravendita a effetti obbligatori sono "più forti" del titolo vantato dal conduttore- il contratto di *locatio-conductio*, che è sempre destinato a soccombere.

Capitolo V

La mancanza *ab origine* del titolo giuridico legittimante la conclusione della locazione

Nell'ultima parte di questa ricerca, ci si concentrerà sulle conseguenze della locazione da parte di chi non è mai stato proprietario della *res* e non ha mai avuto un titolo giuridico, che lo legasse alla cosa. In altre parole, in tutti i passi che si stanno per affrontare il *locator* ha un rapporto meramente fattuale con l'immobile. I giureconsulti si sono occupati sia del locatore- *non dominus* che sa di non poter vantare alcun diritto; sia di quello che, in buona fede, ritiene di essere proprietario e, *locatione pendente*, subisce l'evizione del bene. Il primo caso è un esempio di molestia di fatto; il secondo di diritto.

Passiamo ora alla lettura delle fonti.

42. La molestia di fatto.

D.19.2.7 (Paul. 32 *ad ed.*): *Si tibi alienam insulam locavero quinquaginta tuque eandem sexaginta Titio locaveris et Titius a domino prohibitus fuerit habitare, agentem te ex conducto sexaginta consequi debere placet, quia ipse Titio tenearis in sexaginta.*

Il quesito posto è semplice. È stato locato un caseggiato da parte di un locatore che, però, non ha la proprietà dell'immobile, il canone convenuto è di cinquanta. A sua volta, il conduttore stipula un contratto di locazione con Tizio per sessanta. Quanto dovrà dare il locatore principale al suo conduttore, nel caso il proprietario impedisca il godimento al subconduttore? Paolo conclude per la cifra di sessanta.

Molti autori⁴⁴⁸ dubitano che il frammento sia attribuibile a Paolo. Nell'*inscriptio* si legge che il passo sarebbe stato estrapolato dal libro trentaduesimo del commento all'editto di questo giureconsulto. Tuttavia, in questo libro, Paolo tratta

⁴⁴⁸ O. LENEL [*Palingenesia* 2, col 1033 nt.4] ritiene che appartenga al libro 32 dell'Editto di Ulpiano. Nello stesso senso, H. KRELLER, *Kritische Digestenexegesen*, cit., pp. 76 e ss.; TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., p. 12 nt.12 e p. 27; M. KASER, *Periculum locatoris*, cit., p. 166; I. REICHARD, *Die Frage des Drittschadensatzes*, cit., p. 273; E. COSTA, *La locazione*, cit., p. 39; B. F. FRIER, *Ladlords and tenants*, cit., p. 78.

esclusivamente del mandato e della società. Così, alcuni suggeriscono di ricondurlo a Domizio Ulpiano. Secondo un'altra opinione⁴⁴⁹, il passo potrebbe anche essere di Paolo: ci sarebbe stato solo un errore nell'indicazione del libro da cui fu estrapolato il brano. Questo non sarebbe stato il trentaduesimo, ma il trentaquattresimo, nel quale il giurista si occupa della locazione.

I sospetti che hanno adombrato il testo non si limitano all'attribuzione a Paolo, infatti, c'è chi ha ipotizzato che sarebbe stata espunta l'indicazione del giurista, a cui si riferisce *placet*⁴⁵⁰, nonché l'opinione contraria, che avrebbe chiuso il brano⁴⁵¹. Infine, si è anche sostenuto⁴⁵² che il frammento 7 sarebbe un caso di scuola. Secondo Reichard, “die realitätferne Untermietung der ganzen *insula*...zur Verfälschung des Sachverhalts gewählt wurde,...um die unmittelbare Vergleichbarkeit der beiden unterschiedlich hohen Zinsbeträge zu gewährleisten⁴⁵³. Insomma, Giulio Paolo farebbe coincidere l'interesse del subconduttore con la somma dovuta a titolo di canone per ragioni di semplicità espositiva, rivelando la natura scolastica del caso presentato.

Il frammento successivo di Trifonino è la continuazione di quello appena visto.

D.19.2.8 (Thryp. 9 disp.): *Non videamus, ne non sexaginta praestanda nec quinquaginta sint, sed quanti interest perfrui conductione, tantundemque consequatur medius, quantum praestare debet ei, quia a se conduxit, quoniam emolumentum conductionis ad comparationem uberioris mercedis computantum maiorem efficit condemnationem. et tamen primus locator reputationem habebit quinquaginta, quae ab illo perciperet, si dominus insulae habitare novissimum conductorem non vetuisset: quo iure utimur.*

Secondo alcuni⁴⁵⁴, il passo mostrerebbe chiaramente segni di interpolazione. *Nos videamus* e *ne non –nec* sarebbero stati alterati dai postclassici o dai compilatori. La stessa sorte sarebbe capitata al periodo introdotto con *quoniam*. Secondo Longo⁴⁵⁵, la rielaborazione del testo sarebbe resa evidente dalla quantità

⁴⁴⁹ H. KRELLER, *Kritische Digestenexegesen*, cit., p. 77.

⁴⁵⁰ M. KASER, *Periculum locatoris*, cit., p. 167; H. KRELLER, *Kritische Digestenexegesen*, cit., p. 77.

⁴⁵¹ H. KRELLER, *Kritische Digestenexegesen*, cit., p. 77.

⁴⁵² M. KASER, *Periculum locatoris*, cit., p. 168; I. REICHARD, *Die Frage des Drittschadensersatzes*, cit., p. 274.

⁴⁵³ I. REICHARD, *Die Frage des Drittschadensersatzes*, cit., pp. 274-275.

⁴⁵⁴ H. HONSELL, *Quod interest*, cit., pp. 132 e ss.; I. REICHARD, *Die Frage des Drittschadensersatzes*, cit., pp. 279 e ss.;

⁴⁵⁵ G. LONGO, *Sul regime*, cit., p. 402.

di indizi estrinseci di alterazione giustiniana: *nos videamus, ne non..nec, medius, emolumentum, uberior merces e computatum emolumentum*. Inoltre, *emolumentum conductionis ad comparationem uberioris mercedis computantum* non sarebbe altro che l'espressione di un'influenza della retorica nello stile di Trifonino⁴⁵⁶. C'è anche chi⁴⁵⁷ esclude che il frammento sia di questo giureconsulto. Il passo sarebbe stato inserito dai compilatori, riprendendo il discorso di Paolo, con l'intento di risolvere una disputa giurisprudenziale. I giustiniane lo avrebbero arbitrariamente attribuito al giurista dell'età dei Severi, allievo di Cervidio Scevola. Al contrario, per alcuni, il brano sarebbe interamente originale⁴⁵⁸, o quantomeno, il contenuto non avrebbe subito alcuna alterazione⁴⁵⁹.

Passando all'analisi della decisione, Trifonino riprende il discorso di Giulio Paolo. Nel caso il *dominus* proibisca l'uso del bene, il locatore deve risarcire l'intero interesse che il conduttore ha alla piena fruizione della conduzione, *quanti interest perfrui conductione*. Nel caso specifico, l'immobile è stato sublocato a un terzo: il primo locatore è obbligato a rifondere quanto il conduttore intermedio avrebbe guadagnato dal contratto concluso in veste di locatore.

43. Il contenuto di D.19.2.7 (Paul. 32 ad ed.) e di D.19.2.8 (Thryp. 9 disp.).

Diversi autori ritengono che i due passi siano non solo in contraddizione tra loro, ma anche, all'interno degli stessi, siano incoerenti. L'incongruenza risiederebbe nel diverso trattamento del locatore rispetto al sublocatore. Se da una parte, entrambi i soggetti subiscono l'espulsione dei propri conduttori; dall'altra, solo il titolare del rapporto principale è tenuto per l'interesse della sua controparte.

Prima di procedere all'analisi dei passi, occorre fare una precisazione. Molti studiosi⁴⁶⁰ parlano di evizione per definire in termini giuridici il caso concreto riportato dai due giureconsulti.

⁴⁵⁶ I. REICHARD, *Die Frage des Drittschadensersatzes*, cit., p. 279.

⁴⁵⁷ G. LONGO, *Sul regime*, cit., p. 402; H. KRELLER, *Kritische Digestenexegesen*, cit., pp. 77 e ss.

⁴⁵⁸ M. KASER, *Periculum locatoris*, cit., p. 168; D. MEDICUS, "Id quod interest", cit., pp. 97 -98.

⁴⁵⁹ H. HONSELL, *Quod interest*, cit., p. 133; I. MOLNÁR, *Rechte und Pflichten*, cit., p. 166 nt.42.

⁴⁶⁰ Parlano apertamente di evizione: F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, cit., p. 149 nt. r.; E. COSTA, *La locazione*, cit., p. 39; G. LONGO, *Sul regime*, cit., p. 401; TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., p.167; D. MEDICUS, "Id quod interest", cit., p. 96. L'interprete parla di evizione sia nel caso in cui manchi un titolo *ab origine*, sia venga meno *locatione pendente*.

Non sembra di doversi condividere questa ricostruzione giuridica. Come osserva un autore⁴⁶¹, nel caso di molestie da parte del proprietario non si può parlare a stretto diritto di evizione. Infatti, questa postula una controversia sulla proprietà di un bene: due soggetti rivendicano la titolarità del dominio. L'evizione non è altro che la perdita della disponibilità di una *res*, conseguente a un conflitto tra titoli astrattamente identici, di cui solo uno è valido. Questo fenomeno è descritto come una molestia di diritto. Invece, nel caso di locazione di una cosa pacificamente altrui, la molestia è di fatto. Il conduttore è espulso, non perché il locatore erroneamente si credeva proprietario; ma perché aveva solo la disponibilità di fatto del bene. Detto altrimenti, non vi è alcun conflitto tra titoli giuridici astrattamente identici. Qui, il titolo è meramente fattuale ed è destinato a soccombere di fronte a qualsiasi titolo giuridico. Fatta questa puntualizzazione, torniamo al contenuto dei passi⁴⁶².

Come ricorda Costa⁴⁶³, la giurisprudenza classica condannava sempre il locatore evitto al risarcimento del danno. La motivazione era semplice: al momento del perfezionamento del vincolo, il locatore non aveva alcun titolo che lo legittimasse a disporre della cosa e per questo era tenuto per l'*id quod interest*. Insomma, in epoca classica, la parte, legata da un rapporto meramente fattuale con il bene, rispondeva sempre a titolo di responsabilità a seguito dell'espulsione del conduttore, indipendentemente dalla sua buona fede. Col passare del tempo, però, s'impose una visione più favorevole per il locatore evitto, volta a limitare l'ampiezza della responsabilità e a riequilibrare le prestazioni. Mossi dal nuovo *favor locatoris*, basato su diversi premesse ideologiche e legislative, i compilatori avrebbero, così, sfumato le decisioni classiche in tema dell'*id quod interest*, rivalutando i presupposti fondanti la risarcibilità del danno. Inoltre, avrebbero previsto nuove ipotesi di ristoro delle perdite patrimoniali⁴⁶⁴. Il passo di Trifonino sarebbe uno di quelli rimaneggiati proprio con l'intento di circoscrivere la responsabilità del locatore alla sola mala fede⁴⁶⁵. Diversi romanisti⁴⁶⁶ concordano con questa ricostruzione: per il diritto classico, il locatore rispondeva sempre per l'interesse della controparte, anche in assenza di colpa.

⁴⁶¹ N. PALAZZOLO, *Evizione*, cit., p. 315.

⁴⁶² Nelle pagine che seguono, si lascia la dicitura evizione se l'autore ha usato il termine.

⁴⁶³ E. COSTA, *La locazione*, cit., p. 39.

⁴⁶⁴ E. ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, Studi nelle scienze giuridiche e sociali, 3, 1921, Pavia, pp. 489 e ss.; G. LONGO, *Sul regime*, cit., p. 402.

⁴⁶⁵ E. COSTA, *La locazione*, cit., p.39.

⁴⁶⁶ E. ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, cit., pp. 489 e ss.; G. LONGO, *Sul regime*, cit., p. 402; E. COSTA, *La locazione*, cit., p. 39; D. MEDICUS, "*Id quod interest*", cit., p. 96.

Date queste premesse, Costa ritiene che la portata della condanna del locatore principale nei due passi non fosse la stessa. Infatti, nel frammento 8, Trifonino circo-scrive “la responsabilità del locatore alla misura di quel tanto per cui effettivamente il conduttore si trovi di dover rispondere verso il subaffittuario, e di escludere ogni profitto”⁴⁶⁷. Invece, Paolo ammetterebbe il risarcimento anche dell’interesse ulteriore. Anche a parere di Kreller⁴⁶⁸ e Mayer-Maly⁴⁶⁹, i due passi non coinciderebbero. Il tema sarebbe lo stesso, la “Drittschadenersatz”. Nel passo di Paolo, l’ammontare del danno risarcito sarebbe quantificato nel solo interesse negativo del subconduttore, il quale riceve la somma “zu Händen des *Tu*”; invece, Trifonino avrebbe ammesso un rimborso maggiore. Secondo alcuni⁴⁷⁰, questa tesi è però da rigettare: gli autori confonderebbero la restituzione della controprestazione ricevuta in anticipo, con il risarcimento dell’interesse negativo. Anche Kaser scarta la ricostruzione di Kreller e Mayer-Maly: *Ego* non risarcisce l’interesse negativo. Questo copre i “Vertrauensschaden”, ossia i danni che il conduttore ha subito per aver confidato nella legittimazione del locatore di disporre del bene. Infatti, se *Tu* avesse conosciuto la mancanza di tale legittimazione non avrebbe concluso il contratto e, *a fortiori*, non avrebbe ceduto a sua volta il godimento dell’immobile. Inoltre, lo studioso esclude il risarcimento dell’interesse negativo, in base a un’altra osservazione. Paolo condanna il locatore al pagamento di sessanta che coincide con il fitto della sublocazione; se si dovesse rifondere l’interesse negativo, l’ammontare sarebbe di cinquanta.

Secondo Kaser⁴⁷¹, i locatori principali di entrambi i passi sono condannati al risarcimento dei danni conseguenti all’inadempimento dovuto all’evizione. L’ammontare coincide con l’interesse positivo che il conduttore aveva al normale svolgimento del contratto. La condanna al risarcimento dell’interesse positivo trova giustificazione nell’inadempimento del locatore. Infatti, egli non ha assicurato il pacifico godimento della cosa, perché un terzo ha reclamato vittoriosamente la proprietà sulla stessa.

A me sembra che, l’opinione di Kreller e di Mayer-Maly debba essere rigettata sulla base della funzione dell’interesse negativo⁴⁷². Secondo Jhering⁴⁷³, la parte che ha colposamente

⁴⁶⁷ E. COSTA, *La locazione*, cit., p. 39.

⁴⁶⁸ H. KRELLER, *Kritische Digestenexegesen*, cit., p. 76.

⁴⁶⁹ TH. MAYER-MALY, *Locatio-conductio*, cit., pp. 32-33.

⁴⁷⁰ H. HONSELL, *Quod interest*, cit., p. 132.

⁴⁷¹ M. KASER, *Periculum locatoris*, cit., p.167.

⁴⁷² La letteratura in tema di *culpa in contrahendo* e interesse negativo è sterminata. R. VON JHERING, *Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigene oder nicht zur Perfection gelagten Verträgen*, Jherigers Jahrbücher, 4, Göttingen, 1861; B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, cit., II, § 307; W. BROCK, *Das negative Vertraginteresse*, Berlin, 1902; C. CROME, *System der*

contratto, senza poter garantire le condizioni di validità del negozio, è tenuta a risarcire il danno nei limiti dell'interesse negativo. L'interesse negativo si distingue da quello positivo, perché tende a ristabilire le condizioni patrimoniali, che il contraente avrebbe avuto, se non avesse mai partecipato alla contrattazione, poi sfociata in un negozio nullo⁴⁷⁴. La risarcibilità dell'interesse negativo si fonda, quindi, sulla nullità del contratto⁴⁷⁵. Si risarcisce l'interesse che la parte aveva alla mancata conclusione dell'atto nullo. All'opposto, la risarcibilità dell'interesse positivo presuppone sempre la validità del rapporto negoziale, ossia, che siano integrati tutti gli elementi essenziali. Il risarcimento commisurato a questo interesse fa ottenere alla parte tutto ciò che avrebbe conseguito, se il contratto fosse stato normalmente adempiuto. Se nel primo caso, la parte è mossa da un interesse alla non conclusione del negozio; qui l'interesse è all'esecuzione del vincolo. Nel caso in esame, il contratto di locazione è perfettamente valido. Infatti, la titolarità del bene non è tra i requisiti di validità del contratto. Si è visto che, la giurisprudenza romana non richiedeva che il

deutschen bürgerlichen Rechts, II, 1, Tübingen und Leipzig, 1902; F. LEONHARD, *Verschulden beim Vertragsabschluß*, Berlin, 1910; P. VOCI, *L'estensione dell'obbligo di risarcire il danno nel diritto romano*, Scritti in onore di Contardo Ferrini, II, Milano, 1947, pp. 361 e ss. [ora in *Studi di diritto romano*, 1, Padova, 1985, pp. 21]; V. VALENTE, *Note sulla culpa in contrahendo*, AUMA, XXII, 1958, pp. 315 e ss.; F. KESSLER- E. FINE, *Culpa in Contrahendo, bargaing in Good Faith, and Freedom of Contract: a comparative Study*, Harv. Law Rev., LXXVII, 1964, pp.401 e ss.; D. MEDICUS, *Culpa in contrahendo*, RCDP, 2, 1984, p. 573; B. J. CHOE, *Culpa in contrahendo bei Rudolf von Jhering*, Göttingen, 1988; M. TALAMANCA, *Vendita (dir. Rom.)*, Enc. dir, XLVI, Milano, 1993, pp. 439 e ss.; P. STEIN, *Roman Law in European history*, 1999, Cambridge; A. PETRUCCI, *Formazione del contratto, in Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al progetto dei "Principles of European Contract Law" della commissione Lando*, Bologna, 2006, pp. 120 ss; F. PROCCHI, *Dolus e culpa in contrahendo nella compravendita. Considerazioni in tema di sinallagma genetico*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. Garofalo, I, Padova, 2007, pp. 218 e ss.; A. M. RABELLO, *La base romanistica della teoria di Rudolf von Jhering sulla Culpa in Contrahendo*, *φιλια*, Scritti per Gennaro Franciosi, III, Napoli, 2007, pp. 2175 e ss.; I. FARGNOLI, *Culpa in contrahendo e azioni contrattuali, in Actio in rem e actio in personam*. In ricordo di Mario Talamanca, Padova, 2011, pp. 439 e ss.; F. PROCCHI, *Licet emptio non teneat: alle radici delle moderne teoriche sulla cd. culpa in contrahendo*, Assago, 2012.

⁴⁷³ R. VON JHERING, *Culpa in contrahendo*, cit., p. 33; nella versione italiana, *Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, trad. it. e nota di lettura di F. Procchi, Napoli, 2005, 3; p. 35 e ss.

⁴⁷⁴ Jhering ammette la risarcibilità dell'interesse negativo anche nel caso in cui il contratto non sia giunto a perfezione.

⁴⁷⁵ R. VON JHERING, *Culpa*, cit., pp. 33 e ss. (Trad. F. Procchi).

locatore fosse allo stesso tempo *dominus* del bene, né che avesse alcun titolo giuridico, che lo legittimasse alla cessione del godimento. Infatti, era pacificamente ammessa e ritenuta valida la locazione da parte del titolare di fatto del bene. Viene meno, quindi, il fondamento della risarcibilità dell'interesse negativo. Il conduttore non mira a ottenere la reintegrazione del patrimonio, che avrebbe avuto se non avesse mai contratto, ma quanto doveva avere dall'esecuzione del contratto di locazione valido.

Tutti questi autori concordano però su un punto: il locatore è sempre tenuto al risarcimento del danno, anche in caso di assenza di colpa nell'evizione.

44. La divergenza tra Paolo e Trifonino.

Diversi autori escludono che i due brani siano in contraddizione. La motivazione è lineare: in entrambi i testi, il locatore è obbligato a rifondere quanto il locatario deve, a sua volta, al subconduttore. Paolo quantifica l'ammontare in sessanta, *...te ex contacto sexaginta consequi debere*. Più genericamente, Trifonino parla di *id quod interest*. Qui pare insinuarsi la contraddizione, ma da un'attenta analisi si comprende che è solo un'apparenza⁴⁷⁶. Paolo sancisce che il locatore deve sessanta, dei quali cinquanta corrispondono al canone già pagato dal conduttore al locatore e dieci il lucro cessante che il conduttore avrebbe guadagnato dalla sublocazione. In altre parole, il locatore non rimette solo il debito, ma è tenuto a pagare anche il guadagno che il sublocatore avrebbe avuto, se il rapporto di sublocazione fosse continuato normalmente. Invece, Trifonino sancisce che il locatore ha l'obbligo di restituire *quanti interest perfrui conductione*. È lo stesso giurista che spiega in cosa consista l'interesse: il *locator* deve dare tutto quello che il conduttore intermedio avrebbe conseguito dal rapporto, ma che ora è costretto a restituire al sublocatario. Questa interpretazione del passo è rafforzata anche dall'ultimo periodo del brano. Qui, il giurista dirime la controversia nel caso in cui il conduttore non avesse pagato in anticipo il canone di locazione. In questa evenienza, il locatore principale è tenuto a rifondere al sublocatore i soli dieci, ossia del lucro cessante.

Riassumendo: a seguito dell'espulsione del subconduttore da parte del proprietario, i due giuristi condannano il locatore principale a risarcire il danno che il conduttore ha partito per la fine anticipata del rapporto. In particolare, se il canone è stato versato in anticipo dal conduttore, l'obbligato deve restituire la mercede già percepita più quanto la sua controparte avrebbe guadagnato dalla cessione del bene a terzi. Nell'esempio di

⁴⁷⁶ N. PALAZZOLO, *Evizione*, cit., p. 313.

Paolo, cinquanta è il fitto, dieci il guadagno. In totale il locatore paga sessanta. Nel caso contrario, il locatore è tenuto per dieci, il lucro cessante.

La somma indicata da Paolo è dovuta a fronte di due titoli diversi: la mercede deve essere restituita perché è venuta meno la causa giustificativa dello spostamento patrimoniale. Anche in questo caso, la restituzione della prestazione già eseguita, ma non bilanciata dalla controprestazione, trova la sua giustificazione nel concetto di sinallagma funzionale. Invece, i dieci sono dovuti a titolo di risarcimento del danno patito. Non si può che concludere che i due frammenti non siano in contraddizione. Quello di Trifonino è un discorso generale, slegato da un caso concreto e da una quantificazione monetaria. E allora, il nodo da sciogliere è un altro. Per quale motivo, il conduttore/sublocatore non risponde parimenti dell'interesse del suo conduttore. Del resto è facile osservare che anche il sublocatario subisce l'evizione del bene. Gli autori ipotizzano una contraddizione interna ai passi non espunta.

45. La contraddizione interna ai passi.

La seconda questione sollevata dagli interpreti concerne il diverso trattamento del locatore e del sublocatore. Il primo è condannato a rifondere il danno sofferto dalla sua controparte, il secondo rimette solo la mercede. Come osserva Palazzolo⁴⁷⁷, qui potrebbe sorgere un ostacolo: perché, infatti, i giuristi non ritengono responsabile anche il conduttore-sublocatore nei confronti del sublocatario? Trifonino e Paolo sono chiari, l'unico soggetto tenuto a riparare al danno è il primo locatore che, dovendo dare al conduttore intermedio tutto l'utile della conduzione, restituirà indirettamente al subconduttore il canone pagato per il periodo non usufruito.

Kaser⁴⁷⁸ fu il primo a ipotizzare che ci fosse un'incongruenza. L'evento che impedisce il godimento dell'immobile è lo stesso sia per il conduttore, che per il subconduttore, ma allora perché Tizio può esperire l'azione contrattuale per la sola restituzione del canone d'affitto? Lo studioso austriaco esclude che solo il locatore principale e non il sublocatore debba garantire per l'evizione. Inoltre, non ritiene neppure convincente la tesi di chi sostiene che il sublocatore sia tenuto a risarcire il "Drittschadensersatz" e che questo ammonti a sessanta, pari al canone di sublocazione. Kaser⁴⁷⁹ ipotizza allora che "am ehesten wird anzunehmen sein, daß in dem Schulbeispiel des fr. 7 das Interesse des Untermieters der Einfachheit halber in der Höhe des Zinses, den er für den Mietgebrauch zu zahlen hat,

⁴⁷⁷ N. PALAZZOLO, *Evizione*, cit., p. 315.

⁴⁷⁸ M. KASER, *Periculum locatoris*, cit., p. 168.

⁴⁷⁹ IDEM, *Periculum locatoris*, cit., *ibidem*.

pauschaliert wurde”. Anche, il subconduttore potrebbe agire per il risarcimento del danno, indicato forfettariamente in sessanta. Secondo un'altra opinione⁴⁸⁰, se in un caso la condanna è commisurata all'interesse e nell'altro solo alla restituzione di quanto percepito, una differenza di *ratio* deve esserci. Diversi autori si concentrano sul comportamento delle parti per risolvere il problema. Secondo Medicus⁴⁸¹, il conduttore-sublocatore non risponde dell'interesse nei confronti del sublocatario perché “er bezeichnet sich nicht als Eigentümer, und es wird ihm auch fernliegen, eine Garantie für das Recht seines *locator* übernehmen zu wollen”. Insomma, il conduttore intermedio non risponderebbe per l'inadempimento verso la sua controparte, perché non si è presentato come *dominus* e, quindi, non ha assunto la garanzia per le molestie del proprietario. Dello stesso parere è Honsell⁴⁸². *Quo iure utimur* sarebbe la prova di una controversia tra i giuristi classici risolta dai compilatori. La questione dibattuta sarebbe stata la limitazione del *quantum debeatur* nei confronti di *Titius* alla sola restituzione della mercede. Probabilmente, sarebbe prevalsa l'opinione più risalente che liberava la parte dall'obbligazione risarcitoria. Il sublocatore non aveva alcuno strumento giuridico per opporsi alla pretesa del proprietario. Quindi, l'impossibilità della prestazione non gli si poteva imputare a titolo di responsabilità. A fugare ogni dubbio circa una sua possibile responsabilità, vi era anche la considerazione che questi non si era neppure presentato come proprietario dell'immobile; in altre parole, non aveva celato alla sua controparte la relazione giuridica che lo legava allo stabile. Pertanto, il conduttore principale non poteva essere chiamato a rispondere per il risarcimento del danno, ma solo per la remissione del debito. Questa conclusione è supportata dalle parole di Paolo. Infatti, il giurista afferma che è stata locata *alienam insulam*: è pacifico, che l'edificio non sia del locatore; non è specificato, se egli abbia espresso la mancanza del diritto sulla cosa o no. Il giureconsulto prosegue, informandoci che il conduttore ha ceduto il godimento del bene a Tizio, per la cifra di sessanta. Anche qui, non è precisato se il conduttore/sublocatore avesse avvisato la sua controparte sulla natura del vincolo che lo legava al bene *locando*. In altre parole, Paolo non dice se il sublocatore si sia presentato come conduttore della cosa, o proprietario; e ancora, se abbia comunicato che la sua locazione era *a non domino*. A parere di Medicus⁴⁸³, si deve escludere che il sublocatore si sia presentato come *dominus*: un giurista della levatura di Paolo non avrebbe ommesso un dato fondamentale per la soluzione del caso. Del resto, vi sono frammenti in cui è specificata la mancanza del

⁴⁸⁰ N. PALAZZOLO, *Evizione*, cit., p. 315.

⁴⁸¹ D. MEDICUS, “*Id quod interest*”, cit., p. 98.

⁴⁸² H. HONSELL, *Quod interest*, cit., p. 134.

⁴⁸³ D. MEDICUS, “*Id quod interest*”, cit., p. 98.

diritto⁴⁸⁴. Allo stesso modo, si può notare che non si sappia neppure, se il *primus locator* abbia contrattato quale proprietario; se abbia semplicemente taciuto la sua condizione di *non dominus* o se, invece, abbia dichiarato di non essere titolare del diritto di proprietà sulla cosa. La conclusione è la stessa: un giurista non avrebbe nascosto un particolare così importante. Perché allora diverge il trattamento delle due fattispecie? Come sottolinea Palazzolo⁴⁸⁵, il *discrimen* non è nella diversa imputabilità dell'inadempimento, non ha senso attribuire la molestia al primo locatore per il negozio principale e non ritenere responsabile il secondo locatore nei confronti del subconduttore. Infatti, se la responsabilità nascesse per il solo fatto della turbativa del godimento, non avrebbe alcun senso non ritenere responsabile anche il sublocatore. Parimenti, se si ritenesse che il primo locatore sia gravato di un obbligo tacito di garanzia, dovrebbe essere lo stesso anche per il secondo. A parere di Palazzolo, il passo presenta un caso di un'assunzione espressa del rischio d'evizione, desumibile dall'espressione *si tibi alienam insulam locavero*. Si è detto, infatti, che la locazione di una cosa altrui è ammessa nel diritto romano e questa può essere fatta specificando o no l'altruità della cosa. Come il locatore si presenta è fondamentale. Se la parte cede il godimento di una cosa altrui come propria, si può discutere sulla conoscenza o meno che questa aveva della mancanza del diritto e quindi far dipendere la responsabilità da un suo inadempimento o da un obbligo di garanzia. Invece, se si loca una cosa pacificamente altrui, presentandola come tale, il locatore, con lo stesso fatto di promettere al conduttore il pacifico godimento della cosa, garantisce la controparte contro le molestie del proprietario, proprio perché la cosa è altrui⁴⁸⁶. Palazzolo si rifà all'insegnamento di Betti: nelle obbligazioni di risultato, quale sarebbe quella del locatore che promette il pacifico godimento, il fatto oggettivo della mancanza del risultato utile costituisce di per sé inadempimento ascrivibile all'obligato, anche se non dipende da una sua specifica colpa dimostrabile in concreto⁴⁸⁷. Come osserva Frier⁴⁸⁸, la portata della garanzia del *frui licere* del contratto di locazione principale e quello di sublocazione è la stessa. Escluso che una delle parti fosse in male fede, la ragione della diversità di trattamento sta proprio nel diverso legame con la cosa locata. Il primo locatore non vanta alcun diritto sulla cosa, né di natura reale, né negoziale; il secondo ha un titolo contrattuale. "The consequence of this argument would

⁴⁸⁴ Si veda: il *quasi suum* in D.19.2.15.8 (Ulp. 32 ad ed.); il *quasi fundi dominus* in D.19.2.9.1 (Ulp. 32 ad ed.); il *per fraudem locaverit* in D.19.2.35pr. (Afr. 8 quaest.); il *bona fide empti*, in D.19.2.9pr. (Ulp. 32 ad ed.).

⁴⁸⁵ N. PALAZZOLO, *Evizione*, cit., *ibidem*.

⁴⁸⁶ IDEM, *Evizione*, cit., *ibidem*.

⁴⁸⁷ E. BETTI, "Periculum", cit., p. 134.

⁴⁸⁸ B. F. FRIER, *Landlords and tenants*, cit., p. 80.

be that *A* [the principal lessor] owned to *B* [the tenant] *id quod interest* damages because of his lack of right, but *B* owed to Titius only return of the rent, since *B*'s warranty remained unviolated"⁴⁸⁹. L'espulsione di Tizio assume una diversa valenza, a seconda del soggetto dal cui punto di vista si osserva la vicenda. Il sublocatore è tenuto solo alla restituzione della mercede anticipata, perché nei suoi riguardi l'allontanamento di Tizio è giustificato. Infatti, l'evento impediente sfugge al suo controllo e non è stato causato dalla mancanza di un diritto a disporre della cosa⁴⁹⁰. Infine, bisogna aggiungere che, se è vero che la cacciata è dovuta alla mancanza di un qualsiasi rapporto giuridico del primo locatore con la cosa, questo fatto rileva esclusivamente nei rapporti tra le parti del primo contratto. Tanto è vero che, il locatore risarcisce il danno alla sua controparte, ma non fa lo stesso il sublocatore. Frier⁴⁹¹ ipotizza che forse, alla fine del periodo classico ci fu "a general tendency [...] to release the landlord from *id quod interest* damages whenever the tenant was expelled by a third party not subject in some legal sense to the landlord's authority".

46. L'evizione del bene locato.

Passiamo alla trattazione della molestia di diritto. Il locatore ritiene in buona fede di essere in possesso di un titolo valido che gli attribuisca il dominio sul bene. *Locatione pendente*, subisce l'evizione.

D.19.2.9.pr. (Ulp. 32 *ad ed.*): *Si quis domum bona fide emptam vel fundum locaverit mihi isque sit evictus sine dolo malo culpaque eius, Pomponius ait nihilo minus eum teneri ex conducto ei qui conduxit, ut ei praestetur frui quod conduxit licere. plane si dominus non patitur et locator paratus sit aliam habitationem non minus commodam praestare, aequissimum esse ait absolvi locatorem.*

La dottrina romanistica ritiene che il testo sia pervenuto in forma rimaneggiata. In particolare, i sospetti d'interpolazione sono quasi interamente formali. Kreller⁴⁹² giudica inistiche le parole *domum bona fide emptam vel*, perché sono grammaticalmente sconnesse rispetto alle restanti in cui si usa il maschile, *isque sit evictus*. Inoltre, dubita che il contenuto della prestazione sia il *frui licere*; l'*habitare* sarebbe più calzante. La

⁴⁸⁹ IDEM, *Landlords and tenants*, cit., *ibidem*.

⁴⁹⁰ IDEM, *Landlords and tenants*, cit., p. 81.

⁴⁹¹ IDEM, *Landlords and tenants*, cit., *ibidem*.

⁴⁹² H. KRELLER, *Kritische Digestenexegesen*, cit., p. 79.

dottrina⁴⁹³ pressoché unanime reputa il richiamo alla *habitatio* di fattura giustiniana e la parte finale del testo, da *plane* a *locatorem*, ispirata a un principio di equità postclassico. L'interpolazione di questa parte del passo è secondo Pernice⁴⁹⁴ "höchst wahrscheinlich". Secondo Perozzi⁴⁹⁵, la frase *plane...locatorem* sarebbe stata modificata dai giustiniani. Quanto, poi, al detto principio postclassico, esso sarebbe applicazione del *favor locatoris*, che determinò diverse alterazioni dei testi classici per alleviare la rigida responsabilità del locatore⁴⁹⁶. Mayer-Maly⁴⁹⁷ espunge *plane*. Reputa classica la limitazione di responsabilità del locatore e, precisamente, fa risalire questa regola a Labeone.

Non tutti concordano con l'attribuzione al corifeo proculiano. Secondo Palazzolo, quest'opinione non sarebbe dimostrata appieno⁴⁹⁸. Lo studioso critica anche la cancellazione di *culpaque* suggerita da Longo⁴⁹⁹, perché immotivata. L'uso della forma *vel culpa* sarebbe, infatti, preferibile ma, al di là di un problema di stile, non si può dire che questo criterio di imputazione soggettiva fosse da escludersi in un'ipotesi del genere. Dello stesso avviso è Kaser che reputa l'eliminazione di Longo "willkürlich"⁵⁰⁰. Infine, Molnár⁵⁰¹ ipotizza che il brano non riporti un caso concreto, ma una regola generale.

47. Il contenuto di D. 19.2.9pr. (Ulp. 32 ad ed.).

È stato locato un immobile, comprato dal locatore in buona fede da chi sembrava essere il proprietario e, durante la locazione, il bene è stato evitto. Richiamando l'opinione di Pomponio,

⁴⁹³ A. PERNICE, *Labeo. Das römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, II, 2, Halle, 1900, p. 253; H. SIBER, *Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrecht*, 50, 1906, p. 260; J. PARTSCH, *Gradenwitz, O., F. Preisigke, W. Spiegelberg, Ein Erbstreit aus dem ptolemäischen Ägypten*, in *ZSS*, 33, 1912, p. 613; E. COSTA, *La locazione*, cit., p. 38; A. GUARNIERI CITATI, *Studi sulle obbligazioni indivisibili nel diritto romano I*, *Annali Palermo*, 9, 1921, p. 137 nt.1; B. BIONDI, *Actiones stricti iuris*, in *BIDR*, 32, 1922, p. 65; G. BESELER, *Miszellen*, *ZSS*, 45, 1925, p. 456; S. PEROZZI, *Istituzioni*, cit., p. 123 nt.1, p. 157 nt.1 e p. 289 nt.2; H. KRELLER, *Kritische Digestenexegesen*, cit., p. 80 nt.109; G. LONGO, *Sul regime*, cit., p. 386; N. PALAZZOLO, *Evizione*, cit., p. 287.

⁴⁹⁴ A. PERNICE, *Labeo*, p. 253 nt.1.

⁴⁹⁵ S. PEROZZI, *Istituzioni*, cit., p. 157 nt.1.

⁴⁹⁶ Così, E. COSTA, *La locazione*, cit., p. 39.

⁴⁹⁷ T. MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., p. 156.

⁴⁹⁸ N. PALAZZOLO, *Evizione*, cit., p. 287 nt.33.

⁴⁹⁹ G. LONGO, *Sul regime*, cit., p. 401.

⁵⁰⁰ M. KASER, *Periculum locatoris*, cit., p. 168 nt.42.

⁵⁰¹ I. MOLNÁR, *Rechte und Pflichten*, cit., p. 164.

Ulpiano ritiene che il *locator* sia tenuto comunque *ex conducto*, indipendentemente dall'assenza di colpa e di dolo.

Esattamente come si è visto per gli altri passi commentati, l'espressione usata, *eum teneri ex conducto*, ha suscitato accessi dibattiti. Con questa, si sarebbe indicato senza eccezioni l'obbligo del locatore di risarcire i danni. Infatti, in caso di evizione, la conoscenza o meno dell'alienità del bene da parte del *locator/quasi dominus* non avrebbe avuto alcuna rilevanza. Insomma, secondo la dottrina romanistica tradizionale⁵⁰², la parte rispondeva sempre dell'*id quod interest*, anche se aveva subito l'evizione senza colpa. Costa⁵⁰³ è tra questi e analizza il brano coerentemente alla sua interpretazione di D.19.2.33 (Afr. 8 *quaest.*). L'espressione usata da Ulpiano, *ut ei praestetur frui quod conduxit licere*, indica l'obbligo di garantire al conduttore il godimento della cosa che, se disatteso, porta alla condanna del risarcimento del danno. Lo stato di buona fede dell'obligato, circa la titolarità della proprietà al momento della locazione, non influisce sull'entità del *quantum debeatur* conseguente all'evizione: il locatore è tenuto sempre per l'*id quod interest*.

L'interpretazione di questo studioso è stata ripresa anche da autori successivi. Secondo Molnár⁵⁰⁴, il locatore avrebbe garantito il godimento del bene anche in caso di evizione incolpevole. La ragione della responsabilità per i danni non discenderebbe tanto dall'integrazione della colpa del locatore che è difficilmente provabile, quanto piuttosto da un obbligo di garanzia che è indifferente alla colpa dell'obligato. Questa sarebbe stata la lezione della giurisprudenza classica. Infine, un altro autore⁵⁰⁵ giustifica questa regola richiamando l'affidamento del conduttore.

Al di là delle motivazioni, questi studiosi ritengono che il locatore rispondesse sempre per l'interesse del conduttore e, di conseguenza, reputano interpolati tutti i testi che si discostano da questo insegnamento. In particolare, sono fortemente critici rispetto a D.19.2.33 (Afr. 8 *quaest.*) e D.19.2.35pr. (Afr. 8 *quaest.*).

⁵⁰² E. COSTA, *La locazione*, cit., p. 34; S. PEROZZI, *Istituzioni*, cit., p. 157 nt.1 e p. 289 nt.2; G. LONGO, *Sul regime*, cit., p. 386; T. MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., p. 153; M. KASER, *Periculum locatoris*, p. 168; E. BETTI, *Imputabilità dell'adempimento nelle obbligazioni*, cit., p. 279.

⁵⁰³ E. COSTA, *La locazione*, cit., p. 34.

⁵⁰⁴ I. MOLNÁR, *Rechte und Pflichten*, cit., p. 164.

⁵⁰⁵ D. MEDICUS, "Id quod interest", cit., p. 96.

48. Una ricostruzione della letteratura moderna.

Come ricorda Palazzolo⁵⁰⁶, qualche voce contraria a una responsabilità indiscriminata del locatore è rinvenibile già nella letteratura più antica, così Cuiacio⁵⁰⁷ e Glück⁵⁰⁸. Secondo Glück⁵⁰⁹, le parole usate da Ulpiano non dimostrano che chi loca una *domum bona fide emptam*, se subisce la rivendica del proprietario *sine dolo culpaque*, è tenuto al risarcimento dei danni. Infatti, confrontando il passo di Ulpiano con quello di Africano, D.19.2.35pr. (Afr. 8 *quaest.*), si arriva alla conclusione che il locatore in buona fede è tenuto alla sola *remissio mercedis*. Al contrario, chi loca la cosa altrui, come se fosse propria, sia scientemente, sia quando avrebbe potuto e dovuto sapere che non gli apparteneva, risarcisce tutti i danni. Palazzolo⁵¹⁰ riprende questa interpretazione e propone una propria analisi del frammento che si discosta dall'opinione maggioritaria. A parere di questo autore, per comprendere meglio il brano, è necessario scindere la fattispecie presentata da Ulpiano dalla decisione di Pomponio e concentrarsi sull'elemento soggettivo che caratterizza l'agire del locatore, perché il fattore risolutivo è proprio lo stato soggettivo del contraente. Nel caso discusso da Ulpiano, si rinvengono tre diversi momenti: l'acquisto della cosa, la locazione della stessa e l'evizione. Come osserva lo studioso⁵¹¹, solo in due momenti è specificato l'*animus* del soggetto agente: la cosa è stata acquistata in buona fede, quindi locata, infine evitta senza dolo del locatore. Se da una parte si potrebbe facilmente obiettare che la buona fede nel periodo intermedio si presume, dall'altra, quest'affermazione sarebbe applicabile solo ritenendo che la buona fede nella compravendita equivalga a dire assenza di dolo nell'evizione. Il brano non lo specifica e quindi non si può concludere in questo senso. Del resto, solo nel momento dell'acquisto, Ulpiano ci dà la certezza che il compratore-locatore ignorasse l'alienità della cosa. Nulla è detto rispetto alla conoscenza dell'altruità, un momento prima dell'evizione. L'unico dato certo fornito dal giurista è che il locatore non fosse in dolo al momento della rivendica della proprietà da parte del terzo. Ma c'è di più. Nel brano s'indaga lo stato soggettivo della parte: il dolo e la colpa assumono un diverso significato, a seconda del contesto in cui vengono richiamati. Infatti, nel giudizio di evizione, assenza di dolo significa mancanza di collusione fra proprietario e locatore in danno al conduttore. Quanto poi all'accenno alla colpa, molti lo ritengono interpolato, ma, se anche lo si considerasse genuino, dovrebbe

⁵⁰⁶ N. PALAZZOLO, *Evizione*, cit., p. 287 nt. 34.

⁵⁰⁷ J. CUIACIO, *Opera omnia*, I, Venetiis, 1785, p. 1295.

⁵⁰⁸ F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, cit., pp. 150 e ss.

⁵⁰⁹ IDEM, *Commentario alle Pandette*, cit., p. 151.

⁵¹⁰ N. PALAZZOLO, *Evizione*, cit., p. 287 nt.34.

⁵¹¹ IDEM, *Evizione*, cit., p.288.

intendersi come colpa processuale che è un concetto diverso rispetto alla mala fede nella locazione, che è da interpretarsi quale scienza dell'altruità della cosa⁵¹². Insomma, da un lato, il dolo implica una condotta fraudolenta in danno a un soggetto; dall'altro, la buona fede al momento dell'acquisto significa che l'acquirente ignorava la mancanza del diritto di disporre dell'alienante. Infine, la *bona fides* è uno dei requisiti necessari per l'usucapione⁵¹³. Ma allora, trattandosi di due concetti diversi, non può ritenersi operante nel caso concreto la presunzione di possesso della *res* in buona fede al momento della conclusione del contratto di locazione. Non si può affermare, con assoluta certezza, che il locatore ignorasse l'alienità del bene, al momento della *locatio*. A conclusione di questo ragionamento, Palazzolo respinge l'interpretazione della dottrina dominante, perché questa avrebbe arbitrariamente introdotto un elemento nella fattispecie⁵¹⁴.

Passando ora alla decisione di Sesto Pomponio, il giurista afferma che il locatore è tenuto nondimeno nei confronti del conduttore, affinché gli garantisca il *frui licere*. La maggioranza degli interpreti⁵¹⁵ ha sempre ritenuto che la parte avesse l'obbligo di prestare il *quantum interest* per il mancato godimento, in seguito all'evizione della cosa. Fatto salvo il caso che *locator paratus sit aliam habitationem non minus commodam praestare*⁵¹⁶. Se si leggono attentamente le parole di Ulpiano, però, non si dice in nessun luogo che il locatore è responsabile per l'accaduto. Non è specificato se l'inadempimento fosse imputabile alla parte; se questa avesse assunto una garanzia *nominatim*, che si concretava in un obbligo di risarcimento del danno pari all'interesse positivo, ossia all'interesse del conduttore all'esecuzione. Nel testo si legge solo che il locatore è tenuto *ex conducto*, senza alcuna precisazione sul *quantum*. Secondo l'autore in commento⁵¹⁷, Pomponio si sarebbe limitato a sottolineare la permanenza dell'obbligo di fornire il godimento del bene. Infatti, non ci sarebbe nel brano alcun riferimento a una sanzione, che si traducesse in un obbligo di risarcimento del danno, nella misura dell'interesse positivo. Questa conclusione sarebbe provata da tre diversi indizi. In primo luogo, si desume dalle parole di Sesto Pomponio. Infatti, *teneri ut praestetur frui... licere* significa semplicemente che il locatore è tenuto all'adempimento della prestazione dedotta dal titolo contrattuale. Quest'osservazione è rafforzata anche da una nutrita serie di brani⁵¹⁸ in cui

⁵¹² N. PALAZZOLO, *Evizione*, cit., p. 288 nt. 39.

⁵¹³ IDEM, *Evizione*, cit., *ibidem*.

⁵¹⁴ E. COSTA, *La locazione*, cit., p. 38; TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., p. 156; M. KASER, *Periculum locatoris*, cit., p. 168.

⁵¹⁵ Si vedano gli stessi autori citati nella nota precedente.

⁵¹⁶ E. COSTA, *La locazione*, cit., p. 38.

⁵¹⁷ N. PALAZZOLO, *Evizione*, cit., p. 288.

⁵¹⁸ D.19.2.33 (Afr. *lib. 8 quaes.*):...*teneri te actione ex conducto ut mihi frui licere*; D.19.2.15.2 (Ulp. *lib. 32 ad ed.*):...*oporteri enim*

l'espressione *frui licere praestare* è utilizzata nel solo significato appena esposto⁵¹⁹. Infine, vi è un argomento di tipo sistematico: la collocazione del testo nell'opera di Domizio Ulpiano. Infatti, buona parte del titolo sulla locazione è tratto dal libro 32 *ad edictum*. Nella Palingenesia, Lenel colloca il *principium* del frammento in questione all'inizio della trattazione relativa al contratto di locazione, prima dei testi inerenti alle azioni *ex locato* ed *ex conducto*. Il tema sarebbe, dunque, il contenuto delle obbligazioni principali dei contraenti e non le azioni derivanti dall'inadempimento. Allora la questione giuridica trattata nel frammento 9 è se, in presenza di determinati eventi, il locatore rimanga comunque obbligato alla prestazione o se, invece, debba ritenersi liberato. Nell'ipotesi specifica dell'evizione, indagata nel *principium*, il locatore non è liberato, continuando il rapporto di locazione. La ragione è semplice. L'evizione non porta con sé necessariamente l'inadempimento. Questo può trovare la sua causa nella rivendicazione vittoriosa della proprietà, ma è solo a seguito dell'espulsione del conduttore che il locatore è responsabile. Insomma, in questo testo non si darebbe una soluzione al *quantum debeatur* del locatore che subisce l'evizione del bene locato. Si dice solo che "a produrre l'inadempimento non basta l'evizione: questa non produce altra conseguenza che la persistenza dell'obbligo contrattuale, cioè non vale come causa di impossibilità sopravvenuta che liberi il locatore dall'obbligo di prestare il godimento. Perché si possa parlare di inadempimento, e porre conseguentemente il problema se di esso debba rispondere il locatore, occorre che di fatto questi non presti il godimento"⁵²⁰; solo allora si potrà porre la questione se l'inadempimento gli sia imputabile o discenda da un obbligo di garanzia tacito.

49. Ancora sulla responsabilità per evizione.

Un passo di Ulpiano sembra contraddire quanto sin qui detto.

D. 19.2.15.8 (Ulp. 32 *ad. ed.*): *Plane si forte dominus frui non patiatur, vel cum ipse locasset vel cum alius vel quasi*

agrum praestare conductori, ut frui possit; D.19.2.60pr. (Lab. Post. lib. A Iav. epit.):...praestare locator debet, ut non solum habitare... sed etiam locare... possit; D.19.2.9.1 (Ulp. 32 ad ed.):... heredem eius non teneri, ut frui praestat....

⁵¹⁹ M. KASER, *Periculum locatoris*, cit., pp. 182 e ss.

⁵²⁰ N. PALAZZOLO, *Evizione*, cit., p. 292.

*procurator vel quasi suum, quod interest praestabitur: et ita Proculus in procuratore respondit*⁵²¹.

Le parole di Proculo, riportate da Ulpiano, sembrano dettare un principio generale. Si condanna il locatore al risarcimento dell'*id quod interest* del conduttore, ogni qual volta il proprietario non permetta il godimento. Si specifica, altresì, che la condanna all'interesse abbraccia sia l'ipotesi del locatore, che si presenta come proprietario, che come procuratore del *dominus*.

Secondo Kaser⁵²², la *ratio* che governa la decisione sarebbe la medesima del *principium* del brano di Africano, D.19.2.35 pr. (Afr. 8 *quaest.*). Invece, Costa⁵²³ ritiene che il passo contenga la regola generale, secondo cui il locatore deve rispondere sempre per l'*id quod interest*, anche se la perdita del *frui licere* consegue a un caso fortuito. Kreller⁵²⁴ è dello stesso parere.

La dottrina⁵²⁵, che condanna al risarcimento del danno anche il locatore evitto in buona fede, richiama la disciplina dell'evizione nella vendita. "I testi, che pronunziano pel venditore l'obbligo di prestare al compratore evitto il *quantum interest*, ben lungi dal contenere veruna riserva nel caso in cui egli fosse sciente dell'alienità della cosa venduta, presuppongono, in parte espressamente, la sua buona fede in proposito". A parere di Costa, la scienza del venditore aveva una rilevanza minima per i giuristi classici: consentiva unicamente di agire con l'*actio de dolo*, qualora il bene altrui, dato dolosamente come proprio, fosse perito nelle mani del locatore per un evento fortuito. Col tempo, fu introdotta una disciplina più mite per il locatore. Questa distingueva a seconda della conoscenza o meno dell'altruità della cosa; così, se il locatore era consapevole della mancanza della titolarità della proprietà sul bene, era tenuto responsabile per l'interesse; nel caso contrario, si riduceva all'obbligo di restituire la mercede ricevuta, in corrispondenza del mancato godimento⁵²⁶. Siffatta dottrina si trova esplicitata nel *principium* del fr. 35. Non tutti concordano con questa interpretazione, tanto che Palazzolo⁵²⁷ suggerisce una ricostruzione diversa. Analizzando attentamente il brano, si nota subito che questo contiene tutti gli elementi che

⁵²¹ Il brano è generalmente ritenuto genuino [M. KASER, *Periculum locatoris*, cit., p. 169 nt.44; TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., p. 114; D. MEDICUS, "Id quod interest", cit., p. 96; N. PALAZZOLO, *Saggi in materia di locazione*, cit., pp. 133 e ss.]. Una voce isolata sospetta un intervento compilatorio, [H. KRELLER, *Kritische Digestenexegesen*, cit., p. 80 nt.110].

⁵²² M. KASER, *Periculum locatoris*, cit., p. 169.

⁵²³ E. COSTA, *La locazione*, cit., pp. 34-35.

⁵²⁴ H. KRELLER, *Kritische Digestenexegesen*, cit., p. 80 e nt.110.

⁵²⁵ E. COSTA, *La locazione*, cit., p. 35.

⁵²⁶ IDEM, *La locazione*, cit., p. 36.

⁵²⁷ N. PALAZZOLO, *Saggi*, cit., pp. 133 e ss.

costituiscono la responsabilità contrattuale: l'evento, la causa d'imputabilità e l'obbligo di risarcimento. Di essi, il primo e il terzo sono costanti. Il comportamento del proprietario, *si dominus non patiatur*, che non permette il godimento del bene, integra il primo elemento della responsabilità contrattuale, l'evento. Si desume chiaramente che “senza molestia del *dominus* evincente nei confronti del conduttore non può darsi alcuna responsabilità del locatore per evizione”⁵²⁸.

Invece, l'imputabilità prevede tre diverse ipotesi: il locatore che impedisce il godimento della cosa; il locatore che conclude il contratto in veste di *quasi procurator*; infine, il locatore che dichiara il bene locando *quasi suum*. Nel primo caso, il locatore risponde per un fatto proprio: non ha volontariamente eseguito la sua prestazione. Per il caso del *procurator*, poi sconfessato dal proprietario, si può pensare sia che questo sia un vero *procurator*, sia un *falsus procurator*. Se il locatore fosse stato incaricato dal *dominus* di concludere con l'inquilino, non potrebbe essere responsabile direttamente, se il proprietario, poi, impedisse la conduzione. Infatti, egli ha avuto il compito dal proprietario di cercare un conduttore e, quindi, si deve considerare come “un *alter ego* del *dominus*, perché è come se avesse locato il *dominus* stesso”⁵²⁹. In definitiva, se si ritenesse che il *procurator* del brano fosse l'incaricato dal *dominus*, non si potrebbe condannarlo al risarcimento del danno. Allora, più probabilmente, Ulpiano si riferisce al *falsus procurator*. Questa figura si distingue a sua volta tra il *procurator* in mala fede e il semplice gestore. In entrambi i casi, il locatore sa di non essere proprietario e, se loca, assume su di sé il rischio che il *dominus* non riconosca il suo agire e impedisca il normale svolgimento del contratto. Ecco perché è responsabile per un suo comportamento. Infine, il locatore che cede il godimento del bene *quasi suum*. Anche qui, il soggetto può aver concluso il negozio credendo che la cosa fosse sua, o dichiarandola tale in mala fede. Il testo di per sé non è risolutivo, ma, a parere dello studioso, la seconda interpretazione è la più armoniosa con le restanti ipotesi.

Espulso il conduttore, tutti questi locatori rispondono del *quod interest*. Da quanto sin qui detto, si può concludere che il risarcimento del danno non discenda unicamente dalla cacciata dell'inquilino. In altre parole, la responsabilità del locatore per l'evizione “non è di natura oggettiva, ma si giustifica con un inadempimento imputabile al locatore”. Il fondamento è la scienza del locatore della sua estraneità alla cosa. Se il locatore ignora la mancanza di un titolo, egli dovrà solo rimettere il debito del conduttore e, nel caso, restituire la mercede anticipata.

⁵²⁸ IDEM, *Saggi*, cit., p.133.

⁵²⁹ IDEM, *Saggi*, cit., p.134.

50. Il brano di Africano, D.19.2.35pr. (Afr. 8 quaest.).

Passiamo all'analisi del brano, ritenuto centrale in tema di molestie del proprietario.

D.19.2.35pr. (Afr. 8 quaest.): *Et haec distinctio convenit illi, quae a Servio introducta et ab omnibus fere probata est, ut, si aversione insulam locatam dominus reficiendo, ne ea conductor frui possit, effecerit, animadvertatur, necessario necne id opus demolitus est: quid enim interest, utrum locator insulae propter vetustatem cogatur eam reficere an locator fundi cogatur ferre iniuriam eius, quem prohibere non possit? intellegendum est autem nos hac distinctione uti de eo, qui et suum praedium fruendum locaverit et bona fide negotium contraxerit, non de eo, qui alienum praedium per fraudem locaverit nec resistere domino possit, quominus is colonum frui prohibeat.*

Beseler⁵³⁰ considera il brano interamente rimaneggiato; al contrario, Perozzi e Longo⁵³¹ dubitano solo dell'ultima parte. Kreller⁵³² espunge i riferimenti allo stato soggettivo del locatore al momento del perfezionamento della locazione: *intellegendum est autem nos hac distinctione uti de eo, qui [et] suum praedium fruendum locaverit [et bona fide negotium contraxerit], non de eo, qui alienum praedium [per fraudem] locaverit.* Le parti eliminate sarebbero state aggiunte dai compilatori per falsare l'opinione di Giuliano-Africano, contenuta nel frammento 33. Mayer-Maly⁵³³ concorda con la ricostruzione dello studioso tedesco. In verità, già Pernice⁵³⁴ aveva censurato *et bona fide negotium contraxerit.* Inoltre, a parere di Frier⁵³⁵, l'ultima frase sarebbe interpolata, in quanto l'alternativa esposta non è esaustiva. Alcuni studiosi⁵³⁶ sono però più cauti. È evidente che il testo abbia subito alcune rielaborazioni, ma queste sono di poco conto, prettamente stilistiche, tali da non alterare il contenuto originario.

Africano non riporta un caso concreto. Piuttosto, il passo sembra essere un'ulteriore applicazione della regola serviana introdotta nel frammento 33. Nella prima parte, il giurista riprende l'esempio già trattato da Alfeno, in D.19.2.30 pr.(Alf. 3 dig. a

⁵³⁰ G. BESELER, *Beiträge*, cit., 3, pp. 47-48.

⁵³¹ S. PEROZZI, *Istituzioni*, cit., II, p. 292 nt.5; G. LONGO, *Sul regime*, cit., p. 401.

⁵³² H. KRELLER, *Kritische Digestenexegesen*, cit., p. 79.

⁵³³ TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., p. 164.

⁵³⁴ A. PERNICE, *Labeo*, cit., II, p. 159 nt. 1.

⁵³⁵ B. F. FRIER, *Landlords and tenants*, cit., p. 81 nt.63.

⁵³⁶ M. KASER, *Periculum locatoris*, cit., pp. 158-159; N. PALAZZOLO, *Saggi*, cit., p. 119.

Paulo epit.). Un edificio è stato demolito a causa della vetustà; è necessario indagare se l'abbattimento si sia compiuto per necessità o meno. Questo esempio è accomunato alla molestia del soggetto, a cui il locatore non poteva opporsi. Nella seconda parte, Africano differenzia le conseguenze dell'impossibilità del godimento, in ragione della buona o mala fede del locatore al momento della conclusione del negozio. Indipendentemente dallo stato soggettivo, il locatore non può resistere alle ragioni del proprietario; tuttavia le conseguenze sono diverse a seconda che la parte sapesse o meno dell'alienità della cosa al momento della conclusione del contratto.

51. L'interpretazione tradizionale del brano.

Secondo l'interpretazione tradizionale, il brano di Africano avrebbe subito di rimaneggiamenti per adeguarlo al nuovo *favor locatoris*. Il giurista riprende la *distinctio* di Servio, contenuta nel fr. 33, per valutare quali devono essere la conseguenza attribuite al locatore. Si afferma che “debbon tenersi del pari diverse pel locatore le conseguenze del mancato godimento derivato dal fatto di terzi, secondo che questi avesse o meno la possibilità giuridica di rimuoverlo; e nel caso d'impossibilità, egli dovesse essere tenuto soltanto alla restituzione delle mercedi”⁵³⁷. Nella seconda parte del passo, s'introduce una nuova regola di ripartizione delle perdite. Infatti, il criterio per distinguere tra *remissio mercedis* e il risarcimento non può essere la possibilità o meno di opporsi all'impedimento del *frui licere*. Qui, il locatore non ha alcun titolo che possa paralizzare la pretesa del proprietario. Se il bene è di un terzo, l'allocatione delle perdite conseguenti all'impossibilità della prestazione dipende dalla conoscenza dell'altruità del bene che il locatore aveva al momento del perfezionamento del vincolo. Secondo Costa, i due criteri suggeriti da Servio hanno in comune solo l'identità dell'effetto che vi si attribuisce: alla *scientia* consegue il rimborso del *quantum interest*, anziché la semplice restituzione o remissione del canone. A parere dello stesso studioso, questa regola conterrebbe un'incongruenza logica attribuibile ai compilatori. Infatti, questi avrebbero introdotto la misura della responsabilità per l'evizione della cosa locata. Anche a parere di Longo⁵³⁸, la regola contenuta del brano sarebbe compilatoria. In epoca classica, all'evizione del bene seguiva sempre la responsabilità del locatore, così che ogni indagine sulla colpa dell'obbligato risultava superflua. I compilatori mutarono la concezione classica, esentando da responsabilità il locatore in buona fede⁵³⁹.

⁵³⁷ E. COSTA, *La locazione*, cit., p. 36.

⁵³⁸ G. LONGO, *Sul regime*, cit., p. 401.

⁵³⁹ IDEM, *Sul regime*, cit., *ibidem*.

Kreller⁵⁴⁰ espunge il riferimento al contratto di buona fede e alla frode. Infatti, egli ritiene che il locatore, qualora loci un bene di sua proprietà non debba garantire la buona fede: è tenuto solo alle obbligazioni nascenti dal contratto. Invece, nel caso in cui abbia locato un immobile non suo, è sempre obbligato al risarcimento del danno, indipendentemente dal fatto che non avesse un intento fraudolento. Infine, il brano conterebbe l'equiparazione del trattamento dell'impossibilità naturale e di quella di diritto⁵⁴¹. Nella prima parte, Africano espone il caso del bene che sta crollando *propter vetustatem*; nell'ultima, la rivendica della proprietà da parte del *dominus*. Il passo sarebbe rimaneggiato in modo da limitare la responsabilità al solo caso della malafede del locatore/non proprietario. In epoca classica, il locatore di una *res aliena* avrebbe sempre garantito l'evizione.

52. La *remissio mercedis*.

Non tutti gli interpreti concordano sull'alterazione del brano e sull'interpretazione che di questo si è data tradizionalmente. Già Glück⁵⁴² si era espresso per la classicità della *distincio* serviana. Dalla lettura del testo, infatti, si deduce che la distinzione tra risarcimento del danno e *remissio mercedis* trova applicazione anche nel caso di evizione del bene locato. Se il locatore è in buona fede, di modo che non gli si possa rimproverare né il dolo né la colpa, non può pretendere il canone, ma non è comunque tenuto al risarcimento del danno patito dal conduttore.

Il *principium* del passo 35 sarebbe la continuazione di D.19.2.33 (Afr. 8 *quaest.*)⁵⁴³. In quest'ultimo frammento, Africano si occupa specificatamente della *publicatio* del bene, avvenuta nel corso della locazione. Qui, si riferisce invece a qualsiasi evento irresistibile, dunque anche all'evizione incolpevole, qualificabile come una *vis maior*. Inoltre, rispetto a D.19.2.33 (Afr. 8 *quaest.*), il giurisperito generalizza il discorso, riferendosi a ogni *locator...quem prohibere non possit*, non solo all'espropriazione del bene. In entrambi i passi, comunque, il conduttore ha titolo solo per la restituzione delle mercedi. Secondo Palazzolo⁵⁴⁴, "l'errore di molti autori [...] è stato quello di spezzettare il testo esaminando le affermazioni in esso contenute l'una separatamente dall'altra; con la conseguenza che, non cogliendosi più il sottile filo che le unisce, esse apparivano non solo malamente appiccate l'una all'altra, ma spesso addirittura inconciliabili fra loro. Ed invece, ciò che di impeccabile vi è nel testo di Africano è proprio la logica del ragionamento, che [...]"

⁵⁴⁰ H. KRELLER, *Kritische Digestenexegesen*, cit., p. 79 nt.105.

⁵⁴¹ TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio*, cit., p. 164.

⁵⁴² F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, cit., p. 148.

⁵⁴³ B. F. FRIER, *Landlords and tenants*, cit., p. 82.

⁵⁴⁴ N. PALAZZOLO, *Saggi*, cit., p. 122.

risulta di una limpidezza eccezionale”. Nel frammento 33, il giurista pone la regola generale in tema di molestie materiali arrecate al conduttore. Se il locatore poteva opporsi, egli è responsabile ed è tenuto per il risarcimento; se il fatto non poteva essere impedito, nasce solo l’obbligo di restituire la mercede. Il discorso continua senza soluzione di continuità anche nel fr. 35. Qui Africano si occupa delle molestie di diritto. Il criterio che decide del risarcimento del danno è lo stesso: la molestia poteva o no essere impedita. E allora, si condanna alla sola remissione del debito il locatore proprietario (*suum praedium fruendum locaverit*) e, più in generale, in tutti i casi in cui la parte abbia agito in buona fede al momento dell’accordo (*bona fide negotium contraxerit*). Invece, il locatore che dolosamente ha ceduto il godimento di una cosa altrui è tenuto al risarcimento del danno.

53. Conclusioni parziali.

Il passo di Africano completa la *distinctio* già introdotta in D.19.2.33 (Afr. 8 *quaest.*). Il brano è dividibile in due parti. Nella prima, il giurista riprende la regola di Servio, applicabile al proprietario/locatore in tema di molestie di fatto. Questa è estesa: non è applicabile solo nel caso di evento proveniente da un terzo, come la *publicatio* di un immobile, ma anche se l’impedimento deriva da un fatto naturale, quale la vetustà del bene. Comunque, il criterio risolutivo è sempre lo stesso: il locatore/proprietario risarcisce l’*id quod interest*, tutte le volte che avrebbe potuto opporsi all’evento, naturale o di un terzo, che ha portato all’impedimento della prestazione, ma non lo ha fatto. Se, invece, l’evento non rientra nella sua sfera di dominio, rimette la mercede.

Nella seconda parte, il giureconsulto analizza gli effetti dell’evizione del bene locato. Questa volta, il terzo è proprietario del bene e ne rivendica la proprietà, libera dal conduttore. È ovvio, che il criterio risolutivo non possa essere quello usato per le molestie di fatto alla locazione *a domino*. Il locatore non può paralizzare le ragioni del proprietario, perché non ha alcun titolo che lo tuteli contro la pretesa del proprietario. Ecco perché Africano introduce un nuovo criterio risolutivo. La differenza tra *remissio* e risarcimento è fatta dipendere allora dalla *scientia* dell’alienità che la parte aveva al momento della conclusione del negozio. Così si condanna alla sola remissione del canone il locatore che riteneva in buona fede di poter vantare un diritto sul bene; al risarcimento del danno, la parte che sapeva di non avere un titolo giuridico.

A ben vedere, Africano tratta solo il caso del locatore che intende frodare il conduttore, celando la mancanza di un titolo giuridico. Che il *locator sciens* rispondesse sempre per

l'interesse, indipendente dall'intento fraudolento, lo si desume dalla lettura di Paolo e Trifonino. Infatti, da questi passi si ricava che il locatore principale è obbligato a rimborsare le perdite economiche per il solo fatto di aver locato una *domus aliena*. Allora, l'obbligo di risarcimento discende dalla consapevolezza dell'alienità del bene, ma non solo. Il locatore deve essere sprovvisto di qualsiasi titolo giuridico, che gli permetta la locazione. Questo lo si desume dalle conseguenze previste per il sublocatore. Infatti, in tutti i passi esaminati, il subcontraente rimette solo il debito. L'unico elemento che differenzia la sua situazione giuridica rispetto a quella del locatore principale è proprio la titolarità di una spettanza giuridica che lo legittima alla locazione. Insomma, egli non è un *extraneus* rispetto al bene, perché vi è legato dal suo contratto di locazione. Di conseguenza, al sublocatore deve essere applicata la regola contenuta nel frammento 33. Non potendosi opporre alla molestia del *dominus*, poiché per lui è assimilabile alla forza maggiore, è liberato dall'obbligo di risarcimento.

La posizione del locatore di una *re aliena* è equiparabile, per alcuni versi, a quella del locatore proprietario che, *locatione pendente*, aliena il bene locato. Infatti, entrambi i soggetti si pongono nella situazione di non poter adempiere la propria prestazione. In un caso, il rischio d'inadempimento è originario, il locatore non è mai stato proprietario e non ha mai avuto un titolo opponibile; nell'altro, la parte è diventata terza rispetto al bene successivamente alla conclusione del contratto. Entrambi i soggetti rispondono per l'*id quod interest*.

Conclusioni

La ricerca sulla locazione del non proprietario è stata suddivisa in due parti. Inizialmente, si sono analizzati i frammenti in cui, al momento della conclusione del contratto, il locatore vanta un titolo giuridico che lo lega all'immobile e, solo in corso di esecuzione, lo perde. Così il proprietario, che loca il bene e, *locatione pendente*, subisce l'espropriazione del fondo⁵⁴⁵. L'usufruttuario⁵⁴⁶, titolare di un diritto *in re aliena*, che decide di affidare l'immobile a terzi. E ancora, il sublocatore⁵⁴⁷, che cede ad altri le facoltà discendenti dal contratto di cui lui è parte. Infine, il *dominus*/locatore⁵⁴⁸, che aliena il bene successivamente alla conclusione del contratto locatizio. Insomma, i giuristi presentano tutti i possibili rapporti giuridici che possono legare in astratto un soggetto a un bene: il diritto assoluto di proprietà; il diritto reale su cosa altrui (nel caso specifico l'usufrutto, ma si è visto che, ci furono aperture anche per l'*habitatio*). Infine, il diritto relativo di credito, discendente da un contratto.

In tutte queste fattispecie concrete, un evento sopravvenuto all'accordo locatizio fa venire meno la spettanza giuridica, che legittima la cessione del godimento. In un caso, sopraggiunge la *publicatio* del bene; nell'altro, la morte dell'usufruttuario estingue il diritto assoluto del locatore. Nel caso della sublocazione, l'inadempimento del proprietario/primo locatore estingue il contratto di locazione tra *dominus* e conduttore/sublocatore, che permette la sublocazione. Infine, nell'ultimo esempio offerto dalle fonti, il locatore alienante si priva volontariamente del diritto, da cui discende la locazione. Dunque, nei primi tre casi, un fatto giuridico o naturale travolge la causa remota della locazione; nell'ultimo, un fatto volontario del proprietario/locatore, sia esso un atto *inter vivos* o *mortis causa* con cui si cede la proprietà.

Nella seconda parte del lavoro, si sono analizzate le decisioni dei giuristi che trattano del locatore legato al bene da un mero rapporto fattuale. In altre parole, già al momento della formazione del rapporto locatizio, la parte contrattuale non vanta alcun rapporto giuridico con l'immobile locando. Anche in questo caso, la giurisprudenza compie una trattazione completa della materia. Infatti, le fonti presentano sia il caso del locatore che ritiene di essere proprietario e, in buona fede, spende questa qualifica; sia il caso di colui, che sa di non poter vantare alcun titolo giuridico, che tuteli il rapporto locatizio ma, ciononostante, contrae. In quest'ultimo caso i giuristi trattano sia del locatore/ *quasi dominus*, mosso da un fine fraudolento, che

⁵⁴⁵ D. 19.2.33 (Afr. 8 *quaest.*).

⁵⁴⁶ D. 19.2.9.1 (Ulp. 32 *ad ed.*).

⁵⁴⁷ D.19.2.60pr. (Lab. 5 *a Iav. ep.*).

⁵⁴⁸ D.19.2.25.1 (Gai 10 *ad ed. prov.*).

si presenta come proprietario del bene; sia di quello, che non nasconde la mancanza del titolo dominicale.

Entrambi i locatori subiscono l'espulsione del conduttore per mano del titolare del diritto di proprietà. Nel primo caso, il locatore subisce l'evizione del bene; la molestia dominicale è di diritto. Nell'altro, si ha solo una molestia di fatto. Infatti, non c'è alcun conflitto tra titoli, che si assumono contemporaneamente identici.

Tutti i passi affrontati nella ricerca sono accumulati da due elementi. Prima o dopo il perfezionamento del contratto, il locatore si trova nella medesima situazione: non ha un titolo giuridico valido che lo leghi al bene. In secondo luogo, la parte continua a essere debitrice del *frui licere*.

Da quanto detto, si può senz'altro affermare un primo dato fondamentale: il contratto di locazione non richiede per la sua validità che il locatore sia in quel momento proprietario o, in generale, che abbia una qualsiasi spettanza giuridica che gli permetta la cessione del godimento del bene. Il contratto di locazione è perfetto, non appena c'è l'accordo delle parti sul bene e sull'ammontare della mercede.

54. Il conflitto tra il proprietario e il locatore e tra il proprietario e il conduttore.

L'ammissibilità della locazione del non proprietario porta con sé un conflitto tra titoli giuridici, aventi in parte il medesimo contenuto. Da una parte, il proprietario dell'immobile vanta un diritto assoluto sul bene, che gli permette di disporre e di godere dello stesso; dall'altro, il conduttore è legittimato al godimento della cosa, in forza del contratto di locazione. Tuttavia, al momento della perdita del titolo presupposto, il conflitto è solo potenziale: fintanto che il *dominus* tollera il conduttore, non si pone alcun problema giuridico. Infatti, nulla osta al fatto che, il proprietario sopporti l'occupante, volontariamente o in adempimento di un accordo intervenuto col locatore. È, quindi, solo a seguito dell'espulsione del locatario dall'immobile che il conflitto tra i due titoli, aventi un contenuto parzialmente identico, diventa effettivo e il conduttore può avanzare delle pretese contro il locatore.

Da tutti i passi analizzati, emerge chiaramente che l'ordinamento preferisce sempre la posizione del *dominus*. Infatti, il diritto di proprietà prevale sia sul titolo, che lega il locatore all'immobile, sia esso una spettanza giuridica o meramente fattuale; sia sul titolo di credito, che il conduttore vanta sul bene. Questa conclusione non sorprende. Il diritto reale di proprietà ha efficacia *erga omnes* ed è tutelabile contro chiunque turbi il pacifico godimento del titolare. Pertanto, dicendo che la tutela è generalizzata, si risolve il conflitto sia tra

proprietario e locatore, sia quello tra proprietario e conduttore. Quanto al primo, solo il locatore/usufruttuario ha una spettanza giuridica, il diritto reale su cosa altrui, capace di contrastare la pretesa dominicale. La tutela è però temporalmente limitata alla durata del diritto reale parziario. Fintanto che il beneficiario è in vita, o non è ancora spirato il termine, il proprietario non può opporgli le sue ragioni. Nelle fonti esaminate, non è presentato questo caso specifico, ma si analizzano gli effetti dell'evento estintivo del diritto reale parziario sulle sorti del contratto di locazione. Infatti, da una parte, l'usufrutto si estingue con la morte del titolare; dall'altro, la locazione è ancora efficace.

Nel caso della sublocazione, il sublocatore ha contratto con il *dominus* del bene. Egli è il conduttore del proprietario. Il proprietario resta comunque libero di rimpossessarsi del bene, anche se questo comporta l'inadempimento. La tutela giuridica concessa al conduttore/sublocatore è meramente risarcitoria. Dal contratto di locazione, infatti, nasce un diritto di credito al godimento del bene, che ha una tutela obbligatoria, non reale. Ciò comporta che, se il locatore non adempie la prestazione, è condannato al solo risarcimento del danno, ma non può essere forzato a permettere il godimento effettivo. Insomma, la tutela ammessa contro il proprietario/locatore ha carattere obbligatorio e mira al risarcimento dei danni subiti dal conduttore. A maggior ragione, nel caso in cui, il locatore non sia il proprietario del bene, ma un terzo: non si potrà mai condannare la parte a cedere il godimento di un bene altrui. Di questa conclusione c'è traccia nella figura del locatore alienante. Infatti, per evitare che l'acquirente scacci il suo conduttore, si prevede che venga apposta all'atto di alienazione una clausola, con cui si vincola indirettamente il nuovo proprietario alla locazione, imponendogli di tollerare l'affittuario. A presidio del patto, si prevede che il compratore risarcisca il danno, che il locatore/venditore ha sofferto, a causa dell'inadempienza. Anche in questo caso, l'unica tutela possibile è quella risarcitoria, non reale. Infatti, la clausola ha solo la funzione di traslare l'obbligo risarcitorio del danno causato al conduttore espulso, non di assicurare il godimento effettivo del bene alla sua controparte. Questo discende dalla natura meramente obbligatoria del vincolo disatteso.

Infine, Il locatore, che ha sempre avuto la disponibilità solo fattuale, soccombe di fronte alle ragioni del *dominus*. Egli non ha alcun titolo che lo tuteli giuridicamente. A questo caso, può essere equiparato il locatore/espropriato e quello, che ha alienato l'immobile, durante il termine negoziale. Entrambi i soggetti, in corso di locazione, diventano terzi rispetto al bene locato, poiché perdono la proprietà: il primo subisce un provvedimento pubblico; il secondo decide di vendere il bene locato.

Passando ora al conflitto tra la proprietà e il diritto di credito del conduttore, anche in questo caso il diritto assoluto prevale contro quello del detentore qualificato. Il conduttore, infatti, non ha alcuno strumento che paralizzi la tutela *erga omnes* del titolo

di proprietà. Insomma, vista dalla prospettiva del proprietario, l'espulsione dell'affittuario è sempre un atto legittimo, per due motivi: innanzitutto, le ragioni della proprietà sono più forti di quelle del conduttore; in secondo luogo, l'inquilino è un terzo qualsiasi nei confronti del *dominus*. Inoltre, i due soggetti non hanno alcun legame giuridico: dunque, la cacciata dell'occupante non integra neppure un inadempimento contrattuale. Da quest'ultima osservazione, si comprende il motivo per cui il locatario non può agire in giudizio direttamente contro il proprietario. Il conduttore non ha la legittimazione ad agire per adire in giudizio il proprietario, perché il comportamento di questo non integra né la violazione del contratto di locazione, né di una posizione assoluta.

55. Le conseguenze dell'impedimento del *frui licere* sul vincolo contrattuale.

Dall'esame delle fonti, si ricava che il contratto di locazione non si estingue per il solo fatto dell'espulsione del locatario dall'immobile. Le espressioni usate dai giuristi depongono in tal senso, anche se, si è visto che parte della dottrina le ha interpretate diversamente. Africano scrive che *si fundus quem mihi locaveris publicatus sit, teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat*⁵⁴⁹. Le parole del giurisperito contengono il riferimento sia all'azione esperibile, sia al contenuto della prestazione del locatore. Ulpiano sostiene che l'erede dell'usufruttuario *non teneri, ut frui praestet*⁵⁵⁰. Qui, il giurista nega l'esperibilità dell'azione volta a ottenere l'adempimento della prestazione locatoria. Allo stesso modo, in un altro passo⁵⁵¹, il giureconsulto ritiene che il locatore sia tenuto *ex conducto*, affinché *ei praestetur frui quod conduxit licere*. Infine, in un brano di Gaio e in uno di Paolo si fa cenno solo alla sussistenza della pretesa, senza specificarne l'ampiezza: *...alioquin prohibitus is aget cum eo ex conducto*⁵⁵²; *... agentem te ex conducto*⁵⁵³.

Dall'analisi qui condotta, si è dedotto che le espressioni usate dalla giurisprudenza indicano solo che il vincolo giuridico permane, anche se è intervenuta l'espulsione del conduttore. Insomma, il contratto non si estingue; la prestazione del locatore sopravvive, così come quella del conduttore. Se, invece, si accogliesse l'opinione più risalente, ossia che l'allontanamento porti all'estinzione immediata del vincolo e obbliga sempre e solo al risarcimento, non avrebbe alcun senso la previsione

⁵⁴⁹ D. 19.2.33 (Afr. 8 *quaest.*).

⁵⁵⁰ D.19.2.9.1 (Ulp.32 *ad ed.*).

⁵⁵¹ D.19.2.9.pr. (Ulp. 32 *ad ed.*).

⁵⁵² D.19.2.25.1 (Gai 10 *ad ed. prov.*).

⁵⁵³ D.19.2.7 (Paul. 32 *ad ed.*).

liberatoria di cui al passo di Labeone⁵⁵⁴. Infatti, che senso avrebbe dispensare il locatore dall'obbligo risarcitorio, se fosse in grado di offrire un immobile parimenti comodo se, in ipotesi, il contratto è già estinto? E allora non resta che concludere, che la previsione della clausola, *nisi si paratus fuisset locator commodam domum ei ad habitandum dare*, stia a indicare che, se la prestazione originaria è diventata impossibile, il locatore può comunque adempiere e salvare il vincolo, prestando un bene, quanto più simile all'originario, che sia idoneo a soddisfare l'interesse creditorio. In definitiva, l'espulsione del conduttore non travolge di per sé il contratto. L'estinzione consegue solo all'impossibilità definitiva del godimento, evitabile fornendo una *res* simile.

Pertanto, è solo a seguito della perdita irrimediabile del *frui licere* che si pone il problema della ripartizione delle perdite patrimoniali tra i paciscendi. Queste possono essere addossate su una delle parti sia a titolo di risarcimento del danno, conseguente al mancato adempimento; sia, perché rientranti nel suo rischio contrattuale. Dalla ricerca qui condotta, risulta che l'alternativa risarcimento/*remissio mercedis* è risolta dall'analisi dell'evento che ha portato all'impossibilità della prestazione. In particolare, valutando se questo sia un fatto esterno o un evento riconducibile all'obbligato. Nel primo caso, la questione si pone in termini di rischio contrattuale. Se la parte è liberata dalla sua prestazione, perché l'impossibilità dipende da un evento a lei non imputabile, ci si domanda, se la controparte sia a sua volta liberata dall'obbligo di pagare il corrispettivo pecuniario, o resti comunque tenuta alla controprestazione. Dalle risultanze di questo lavoro emerge che, nel contratto di scambio avente a oggetto il godimento di una cosa contro il pagamento di un canone, se viene meno la disponibilità della *res* riacquista vigore il criterio della reciprocità, che esige la corrispettività fra le prestazioni. In altri termini, il cd sinallagma funzionale impone che, all'impossibilità del *frui licere* consegue la liberazione dal pagamento del canone.

I problemi, che scaturiscono dalla questione relativa alla ripartizione del rischio contrattuale, vanno tenuti distinti da quella relativa all'imputabilità dell'inadempimento, perché questi due concetti hanno una diversa giustificazione dogmatica, anche se sono logicamente connessi. Infatti, la questione del rischio presuppone sempre risolta quella dell'imputabilità dell'inadempimento. Questo non sorprende. L'inadempimento, oltre a richiedere il mancato soddisfacimento dell'interesse creditorio, che è una questione oggettiva, necessita anche della formulazione di un giudizio d'imputabilità al debitore di quel mancato soddisfacimento. Al contrario, il *periculum* è la perdita del *commodum obligationis*, che uno dei contranti deve sopportare, allorché l'assetto di interessi concordato non si sia potuto verificare a causa di circostanze non rimproverabili a

⁵⁵⁴ D.19.2.60pr. (Lab. 5 a Iav. ep.).

ciascuna parte. Inoltre, l'imputabilità dell'inadempimento va valutata alla stregua di criteri tipici che reggono il rapporto obbligatorio in esame, secondo la "logica interna dell'obbligazione". Così, nel caso di obbligazione di contegno, quale quella del *locator rei*, l'imputazione va apprezzata alla stregua della buona fede o diligenza. Il contraente è inadempiente, se ha tenuto un comportamento colposo o doloso, che ha impedito il raggiungimento dell'interesse creditorio. Le fonti esaminate contengono le regole appena elencate, dirette a definire, se l'espulsione del conduttore sia un evento riconducibile soggettivamente al locatore, o no. Detto altrimenti, se il comportamento del locatore abbia violato gli obblighi imposti dalla buona fede, che mirano alla tutela dell'altro contraente.

Infine, dai passi emerge un altro dato: già in epoca repubblicana i giuristi, in particolare Servio, avevano risolto il problema dell'attribuzione soggettiva dell'evento in capo al locatore *non domino*. Queste regole sono rimaste immutate durante il periodo classico.

56. La prima regola di Servio.

Tutte le fattispecie concrete sottoposte all'analisi dei giureconsulti hanno un elemento in comune: il fatto oggettivo dell'espulsione del conduttore. Dalle decisioni, emerge chiaramente che, i giuristi utilizzano le regole dettate in epoca repubblicana da Servio per decidere il *quantum* della condanna del locatore. Il giureconsulto detta due principi fondamentali, in cui il fattore risolutivo è il comportamento del locatore.

La prima regola è applicabile al locatore che, al momento della conclusione del contratto, era proprietario dell'immobile locato. Dalle risultanze di questa ricerca, credo che, la disposizione fosse estesa a tutti i casi in cui, il locatore avesse vantato, al momento della conclusione del rapporto, un qualsiasi titolo giuridico, assoluto o relativo, che lo legasse al bene. Il precetto in questione è contenuto nel noto passo di Africano, D. 19.2.33(Afr. 8 *quaest.*), in cui il giureconsulto accoglie esplicitamente l'insegnamento di Servio. In questo brano, si risolve il problema della molestia di fatto al *frui licere*. Infatti, non si mette in dubbio la causa remota che legittima la locazione, sia essa il diritto di proprietà o altro diritto. L'espulsione del conduttore è dovuta al comportamento di un soggetto, che è diventato l'unico legittimato a poter disporre giuridicamente del godimento dell'immobile. Infatti, *locatione pendente*, il locatore perde il titolo giuridico.

L'insegnamento del giureconsulto repubblicano è chiaro: *nam et si colonus tuus fondo frui a te aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere ne id faciat possis, tantum ei praestabis, quanti eius*

interfuerit frui, in quo etiam lucrum eius continebitur. Servio condanna, quindi, al risarcimento del danno il locatore, che si astiene volontariamente dall'impedire una molestia dominabile al diritto del conduttore. A ben vedere, però, la *regola iuris* non ha nulla di innovativo. Il comportamento omissivo del locatore, che omette volontariamente di impedire che un fatto esterno leda le ragioni dell'affittuario, non è altro che uno dei modi in cui si può concretizzare l'inadempimento contrattuale. Sorto il vincolo contrattuale, il debitore della prestazione è obbligato a cooperare per la soddisfazione dell'interesse della controparte, che passa attraverso l'adempimento della sua obbligazione. Se volontariamente si astiene dall'impedire che, un evento naturale controllabile, o il fatto dominabile di un terzo, ostacoli il *frui licere*, la sua condotta omissiva integra l'inadempimento. È interessante notare che, qui, Servio equipara il fatto esterno del terzo dominabile, che effettivamente impedisce il godimento del bene, al fatto proprio del locatore. Dunque, l'inadempimento è integrato sia da un fatto attivo, che da un fatto omissivo.

La seconda parte della decisione del giurista repubblicano completa la regola appena vista. *Sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim maiorem aut potentiam eius non poteris, nihil amplius ei quam mercedem remittere aut reddere debebis.* Se il proprietario/locatore non può impedire l'allontanamento, perché l'accadimento, che compromette le ragioni del conduttore, è al di fuori della sua signoria, si esclude il risarcimento del danno e si condanna la parte alla sola remissione della mercede e alla restituzione di quelle eventualmente anticipate. Qui l'impossibilità della prestazione è oggettiva ed è causata da un fatto irresistibile, sia esso una *vis maior* o una *potentia*, non attribuibile soggettivamente all'obbligato. Il giurista ne fa una questione di ripartizione del rischio contrattuale. Questo è sopportato dal locatore, che non può più pretendere il pagamento del canone locatizio e, se ha ricevuto il pagamento anticipato delle mercedi, è obbligato a restituirle. Anche in questo caso, l'obbligo di restituzione non sorprende. L'incameramento delle somme non godute non è sorretto da alcuna giustificazione causale. Costituisce un indebito *per finitam causam locandi* e, pertanto, deve essere reso. Infatti, il pagamento in un'unica soluzione di più mensilità costituisce solo un accordo circa il modo di esecuzione di un'obbligazione periodica, dove l'unicità è una caratteristica del solo adempimento, non del *titulus debendi*.

Riassumendo: il giurista repubblicano condanna il locatore, originariamente titolato, al risarcimento del danno, se non ha impedito che un evento dominabile turbasse il *frui licere* del conduttore. Al contrario, è tenuto alla sola *remissio mercedis*, se l'evento è al di fuori della sua signoria.

57. L'applicabilità della regola di Servio anche agli altri locatori titolati.

La regola contenuta in D. 19.2.33(Afr. 8 *quaest.*) è applicabile anche al caso dell'usufruttuario/locatore, che non ha nascosto il diritto che lo lega al bene, e a quello del sublocatore. Infatti, se si legge attentamente il passo D.19.2.9.1 (Ulp. 32 *ad ed.*), si nota immediatamente che Ulpiano fa uso del principio serviano contenuto nel frammento 33. La morte del locatore non è altro che un fatto esterno, che ha quale effetto l'estinzione del diritto reale su cosa altrui. L'erede dell'usufruttuario di certo non si può opporre e, pertanto, non è tenuto al risarcimento del danno e non può pretendere il pagamento del canone.

Dalla lettura delle decisioni si evince che Servio e gli altri giuristi attribuiscono il rischio dell'impossibilità sopravvenuta sempre sul locatore, il quale è obbligato a rimettere il debito. Come detto in precedenza, l'ordinamento è libero di decidere, chi debba sopportare il rischio dell'impossibilità sopravvenuta della prestazione. Sono regole di opportunità che vanno oltre a considerazioni strettamente giuridiche.

Tuttavia, se da una parte, Ulpiano segue l'insegnamento serviano, dall'altra mitiga la posizione del locatore, in tema di spese inerenti al bene locato, previste contrattualmente a carico del conduttore. Il contraente, che in buona fede ha comunicato la mancanza del diritto di proprietà, non restituisce gli esborsi, che l'inquilino ha sopportato in vista della durata del contratto, poi estintosi prematuramente. In questo caso, *periculum est conductoris*.

Il principio contenuto nel brano di Africano è applicato anche nelle decisioni di Paolo⁵⁵⁵ e Trifonino⁵⁵⁶. In seguito all'espulsione del subconduttore, entrambi i giuristi condannano il sublocatore alla mera remissione del debito. La rivendicazione del bene da parte del proprietario, che oppone il suo diritto al primo conduttore, è un fatto, che il sublocatore non può impedire, non rientrando nella sua sfera di signoria, è una *potentia* irresistibile. In applicazione della regola serviana, su di lui incombe unicamente l'obbligo di rimettere il debito e, eventualmente, di restituire i canoni anticipati.

⁵⁵⁵ D. 19.2.7 (Paul. 32 *ad ed.*).

⁵⁵⁶ D. 19.2.8 (Tryph. 9 *disp.*).

58. La seconda regola di Servio.

Il secondo brano di Africano⁵⁵⁷ risolve la ripartizione delle perdite economiche, nel caso in cui, già al momento della conclusione del contratto, il locatore non abbia alcun titolo che lo legittimi giuridicamente alla locazione. In altre parole, il contraente ha una mera disponibilità fattuale del bene. Infatti, la prima regola non può essere adottata: da una parte, questa è dettata specificatamente per il soggetto che ha una spettanza giuridica; dall'altra, soffre di un altro limite. Ipotizzando di applicare l'alternativa fatto dominabile-risarcimento/ fatto irresistibile-*remissio mercedis*, anche al caso del locatore non titolato, si dovrebbe concludere che la parte non risponde mai del risarcimento del danno. Infatti, ogni rivendica dominicale del bene integrerebbe sempre un evento incontrollabile per il locatore, che non ha mai avuto un titolo giuridico che lo tutelasse. Allora, anche il locatore disonesto, che ha volontariamente ingannato la controparte presentandosi come proprietario, deve essere assolto. Per evitare questa iniquità, Servio detta una seconda regola: *intellegendum est autem nos hac distinctione uti de eo, qui et suum praedium fruendum locaverit et bona fide negotium contraxerit, non de eo, qui alienum praedium per fraudem locaverit nec resistere domino possit, quominus is colonum frui prohibeat*. Anche qui, il giureconsulto repubblicano valorizza il comportamento del locatore, che è il metro, che decide se la parte debba rispondere dell'intero interesse del conduttore. E allora, il locatore, che concede il bene, pensando in buona fede di esserne il proprietario, rimette solo il debito. Invece, il soggetto che sa di non poter vantare alcun titolo negoziale e, ciò nonostante, si presenta come *dominus*, risarcisce l'*id quod interest* al conduttore. Qui, il locatore vuole frodare la controparte, millantando un rapporto inesistente, così che il conduttore sia portato a credere che la locazione sia *a domino*. Insomma, il giurista distingue il locatore *non dominus* in buona fede da quello disonesto. Al primo attribuisce solo il rischio contrattuale; al secondo, impone l'obbligo di risarcimento del danno.

Dalle decisioni giurisprudenziali risulta che la portata soggettiva di questa disposizione è più ampia. I giuristi classici dilatarono, infatti, la portata del principio, non rinnegando, al contempo, l'insegnamento serviano. In particolare, l'estensione emerge da due decisioni di giuristi dell'età dei Severi: Paolo e Trifonino. Dall'analisi di D.19.2.7 (Paul. 32 *ad ed.*) e di D.19.2.8 (Tryph. 9 *disp.*) si desume che, anche il locatore di una cosa pacificamente altrui sia tenuto a risarcire l'*id quod interest*, anche se non avesse avuto intenzione di frodare la controparte. La motivazione sottesa all'estensione del principio è semplice. Il

⁵⁵⁷ D. 19.2.35pr. (Afr. 8 *quaest.*).

locatore/*decipiens* e quello che loca un bene pacificamente di terzi si pongono volontariamente nella situazione di non potere resistere alle ragioni del proprietario; in altre parole, di adempiere. Nel caso del soggetto disonesto, si può sostenere che la *ratio* del risarcimento sia sanzionatoria; nell'altro, si può ritenere che il locatore di un bene non suo assuma implicitamente un obbligo di garanzia contro le molestie del proprietario, ma comunque entrambi rifondono l'intero interesse.

Dalla stessa decisione di Servio-Africano, si desume *a contrario* a chi dovesse essere addossato il solo rischio contrattuale. Il locatore evitto in buona fede rimette solo il debito. Su di lui è allocato il *periculum* dell'impossibilità sopravvenuta. Se è vero che, anch'egli ha concesso una *res aliena*, l'ha fatto involontariamente, credendo senza colpa di esserne proprietario. Il suo comportamento non è contrario alla buona fede.

59. La valutazione della condotta del locatore.

Nelle decisioni di Servio, risalta subito il ruolo centrale attribuito al comportamento del locatore. In entrambe le regole, è il metro che decide se è dovuto il risarcimento o la remissione della mercede. Nel frammento 33 la possibilità o meno di opporsi e l'effettivo impedimento dell'evento dominabile sono gli elementi risolutivi. Invece, nel *principium* del frammento 35, all'ignoranza scusabile della mancanza della proprietà, si fa conseguire la sola remissione del debito; alla conoscenza dell'altruità, volontariamente taciuta per un fine disonesto, si fa conseguire il risarcimento del danno.

Lo studio sulla ripercussione della volontà del locatore non si arresta con Servio, ma prosegue in età altoclassica. In quest'epoca si definiscono le conseguenze dipendenti dalla volontà illecita e di quella rispettosa dei principi giuridici. La volontà fraudolenta viene in considerazione in un passo di Ulpiano. L'usufruttuario/*quasi dominus* loca il bene, millantando la proprietà su questo, per avere un guadagno maggiore. In questo brano, come nel *principium* del 35, i futuri locatori frodano la controparte per avere un ritorno economico. Entrambi i soggetti si sono messi nella situazione di non poter adempiere: il locatore del brano di Africano sin dalla stipulazione del contratto, non avendo alcun legame giuridico; l'usufruttuario disonesto, solo dopo la sua morte. Servio e Ulpiano condannano ambedue al risarcimento del danno. I passi sono accomunati dalla volontà illecita dei due locatori.

Lasciando per un attimo il caso del locatore disonesto, occorre concentrarsi su quello del locatore/alienante. Il proprietario del bene locato cede il dominio a un terzo che è libero di tollerare o

di scacciare il conduttore in qualsiasi momento. La presa di possesso del bene locato da parte del terzo/acquirente a discapito del conduttore è un fatto che sarebbe stato evitabile dal locatore, non vendendo il bene prima dello spirare del termine locatizio. In definitiva, il locatore si è posto volontariamente nell'impossibilità di non poter onorare la sua obbligazione e per questo risarcisce il danno. Allo stesso modo, l'usufruttuario/*quasi dominus* si pone nell'impossibilità di non poter adempire *post mortem*. Tuttavia, le due volontà differiscono profondamente: infatti, quella dell'usufruttuario è illecita e mira a ricavare un profitto ingiusto a danno dell'altro contraente. Il conduttore è spinto a contrarre, perché ritiene che la sua controparte sia il proprietario del bene. Se avesse conosciuto la reale identità del locatore, non è detto che si sarebbe giunti a un accordo. Forse il locatario avrebbe comunque concluso, ma a condizioni più favorevoli, tali da controbilanciare il rischio di fine anticipata del rapporto. Al contrario, la volontà dell'alienante è legittima. Infatti, il proprietario, che cede contrattualmente il solo godimento del bene, mantiene integro lo *ius disponendi*. Il *dominus* è libero di trasferire il bene a terzi, anche se questo è locato. Se, da una parte, l'atto di autonomia negoziale del locatore potrebbe ledere le ragioni del conduttore, provocandogli un danno risarcibile; dall'altra, è lo stesso ordinamento che facoltizza l'atto di alienazione. L'atto di trasferimento del dominio è, quindi, al tempo stesso legittimo e potenzialmente illegittimo. Legittimo, perché il proprietario conserva lo *ius disponendi* sul bene; potenzialmente illegittimo, perché potrebbe portare all'espulsione dell'inquilino e, quindi, alla lesione del suo diritto. Posta questa differenza sostanziale tra la volontà del locatore/venditore e quella dell'usufruttuario/*quasi dominus*, si comprende il motivo per cui i giuristi classici inventino e consiglino al solo locatore/alienante un mezzo per traslare l'obbligo di risarcimento. Questo è il contratto a favore di terzo, che ha come effetto quello di legare il compratore, al contratto di locazione di cui è terzo. Infatti, l'acquirente, che ha sottoscritto l'accordo con il venditore, s'impegna a rispettare l'occupante fino allo spirare del termine. Qualora decidesse di scacciare il conduttore, integrerebbe l'inadempimento della clausola stipulata con il venditore e sarebbe tenuto al pagamento dell'interesse che l'alienante aveva al rispetto della stipulazione a favore di terzo. Il *quantum* dovuto dal compratore non sarebbe altro che, l'ammontare della pretesa risarcitoria, che il conduttore potrebbe avanzare nei confronti del locatore/alienante. Insomma, l'acquirente risarcisce il danno al conduttore, per mano del locatore. A quest'affermazione si potrebbe, però, ribattere che anche il locatore/truffatore ha un modo per evitare il risarcimento del danno. Mi riferisco alla clausola liberatoria dettata da Labeone, in D. 19.2.60pr. (Lab. 5 a Iav. ep.), che prevede che il locatore, qualunque locatore, è liberato se offre un immobile parimenti *commodus*.

L'osservazione è sicuramente corretta, ma non si può sostenere che sia un mezzo creato *ad hoc*, per tutelare il solo locatore/*decipiens*. Essendo un modo generico per evitare l'estinzione del vincolo locatizio e, nel caso, per liberare dall'obbligo risarcitorio, è applicabile a qualsiasi locatore che, per una qualsiasi ragione, non possa più offrire il godimento dell'immobile originariamente locato.

A conclusione di questa ricerca si può senz'altro affermare che l'insegnamento di Servio, citato da Africano, sia stato seguito da tutta la giurisprudenza classica, la quale ha solo esteso in minima parte la sua portata, senza però modificarlo nella sostanza.

INDICE DELLE FONTI

FONTI LETTERARIE

Cicero

Ad Atticum

15.17.1

16.1.5

De divinatione

1.13

De finibus

2.26.83

De officiis

2.83

FONTI

GIURIDICHE

I. Fonti

pregiustinianee

Gaius

Institutiones

3.18

3.103

3.136

3.144

Codex

Theodosianus

10.22.5

II. Fonti

giustinianee

Digesta

D. 7.1.12.2

D. 7.1.13.8

D. 7.1.15.5

D. 7.1.38

D. 7.1.59.1

D. 7.4.29

D. 7.7.3

D. 7.8.8pr.

D. 7.8.11

D. 7.8.12.4

D. 7.8.12.6

D. 7.8.14pr.

D. 10.3.10.1

D. 12.6.55

D. 13.7.13pr.

D. 13.7.37

D. 14.2.10pr.

D. 14.3.5.1

D. 15.1.37.3

D. 16.3.15

D. 18.1.68pr.

D. 19.1.11.18

D. 19.1.13.30

D. 19.1.53pr.

D. 19.2.4

D. 19.2.6

D. 19.2.7

D. 19.2.8

D. 19.2.9pr.

D. 19.2.9.1

D. 19.2.9.6

D. 19.2.11.4

D. 19.2.13.5

D. 19.2.13.7

D. 19.2.15.2

D. 19.2.15.8

D. 19.2.19.1

D. 19.2.19.6

D. 19.2.24.4

D. 19.2.25.1

D. 19.2.25.2

D. 19.2.27

D. 19.2.28

D. 19.2.29

D. 19.2.30pr.

D. 19.2.30.1

D. 19.2.32

D. 19.2.33

D. 19.2.34

D. 19.2.35pr.
D. 19.2.35.1
D. 19.2.37
D. 19.2.41
D. 19.2.50
D. 19.2.58
D. 19.2.59
D. 19.2.60pr.
D. 19.2.62
D. 20.1.23pr.
D. 24.3.25.4
D. 24.3.45
D. 30.84.4
D. 30.120.2
D. 33.2.2
D. 33.4.1.15
D. 34.3.18
D. 39.2.13.6
D. 41.2.28
D. 41.2.37
D. 41.2.40.3
D. 41.3.21
D. 41.4.11
D. 44.7.2pr.
D. 44.7.2.2
D. 45. 1. 38.1
D. 45.1.38.17
D. 45.1.38.20
D. 42.5.12pr.
D. 45.3.18.3
D. 46.3.80
D. 48.20.1.1
D. 48.20.1.3
D. 48.20.2
D. 49.14.50
D. 50.17.45

Codex

C. 4.65.6
C. 4.65.9
C. 4.65.31
C. 4.65.30
C. 7.47.1.1
C. 8.38.3pr.
C. 8.54.3
C. 12.35.15pr.

Institutiones

I. 3.22.2
I. 3.29.4

III. Fonti
bizantine

*Basilicorum
libri*

20.1 25
20.1.30pr.

BIBLIOGRAFIA

- B. ALBANESE, *Conductio suae rei*, BIDR, 62, 1959, pp. 121 e ss.
- B. ALBANESE, *Gli atti negoziali del diritto privato romano*, Palermo, 1982.
- E. ALBERTARIO, *Contributi alla critica di Digesto*, Pavia, 1911.
- E. ALBERTARIO, *I contratti a favore dei terzi*, Festschrift Koschaker, 2, Weimar, 1939, p. 16 e ss.
- E. ALBERTARIO, *In tema di responsabilità in contrahendo*, Studi di diritto romano, Milano, 1936, pp. 367 e ss.
- E. ALBERTARIO, *Lo svolgimento storico dell'actio communi dividundo in rapporto alla legittimazione processuale*, Studi di diritto romano, 4, Milano, 1946, pp. 175 e ss.
- E. ALBERTARIO, *Procurator unius rei*, Studi nelle scienza giuridiche e sociali, 3, Pavia, 1921, pp. 489 e ss.
- C. ALZON, *Problèmes relatifs à la location des entrepôts en Droit romain*, Paris 1965.
- C. ALZON, *Réflexions sur l'histoire de la locatio- conductio*, RH, 41, 1963, pp. 553 e ss.
- L. AMIRANTE, *Locare habitationem*, Studi Biondi, I, Milano, 1965, pp. 455 e ss.
- L. AMIRANTE, *Locare usum fructum*, IURA, 1952, 8, pp. 206 e ss.
- L. AMIRANTE, *Ricerche in tema di locazione*, BIDR, 62, 1959, pp. 9 e ss.
- H. APPELTON, *Les risques dans la vente et les fausses interpolations*, RDH, 5, 1906, pp. 403 e ss.
- V. ARANGIO-RUIZ, *Frammenti di Ulpiano, libro 32 ad edictum, in una pergamena di origine egiziana*, A. G., 153, 1957, pp. 140 e ss.
- V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1921.
- V. ARANGIO-RUIZ *La compravendita in diritto romano*, 2, Napoli, 1954.
- V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Napoli, 1958.
- C. ARNÒ, *Emptio tollit locatum*, TRG, 5, 1925, pp. 485 e ss.
- P. AUVRAY, *De l'expropriation pour cause d'utilité publique envisagée dans son ensemble en droit romain et considérée spécialement en droit français*, Poitier, 1867.
- A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, 3, t.2, Leipzig, 1908.
- A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinen Recht, I. Geschichte des Kaufs im römischen Recht*, Erlangen, 1876.
- A. BECK, *Zur Entstehung des römischen Mietvertrags*,

- Festschrift Lewald, Basel, 1953.
- K.H. BELOW, *Die Haftung für lucrum cessans im römischen Recht*, München, 1964.
- G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, II, Tübingen, 1911.
- G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen, 1913.
- G. BESELER, *Favor libertatis*, *Miscellanea critica*, ZSS, 43, 1922, pp. 431 e ss.
- G. BESELER, *Miszellen*, ZSS, 45, 1925, pp. 457 e ss.
- G. BESELER, *Miscellanea Graecoromana*, Studi Bonfante, 2, 1939, Milano, 1939, pp. 64 e ss.
- G. BESELER, *Romanistische Studien*, SSZ, 50, 1930, pp. 35 e ss.
- E. BETTI, *Consapevole divergenza della determinazione causale del negozio giuridico. Simulazione e riproduzione dicis causa o fiduciae causa*, BIDR, 42, 1934, pp. 299 e ss.
- E. BETTI, *Imputabilità dell'adempimento nelle obbligazioni in diritto romano*, corso 1957/58, Roma.
- E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, II.1, Padova, 1962.
- E. BETTI, *Lezioni di diritto romano*, aa. 1958-1959, Roma.
- E. BETTI, *Periculum: problema del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano*, Studi in onore di Pietro de Francisci, 1, Milano, 1956, pp. 193 e ss. e in Jus, 5, 1954, pp. 333 e ss.
- B. BIONDI, *Actiones stricti iuris*, in BIDR, 32, 1922, p. 65;
- B. BIONDI, *Contratto e stipulatio*, Milano, 1953.
- B. BIONDI, *La legittimazione processuale nelle azioni divisorie romane*, Scritti giuridici, 2, Milano, 1963, pp. 681 e ss.
- A. BISCARDI, *Il concetto romano di locatio nelle testimonianze epigrafiche*, Studi Senesi, 72, 1960, pp. 400 e ss.
- P. BONFANTE, *Corso di diritto romano, IV, le obbligazioni*, Milano, 1979.
- P. BONFANTE, *Per il XIV Cent. della codificazione giustiniana*, Pavia, 1933, pp. 210 e ss.
- F. BONIFACIO, *Appunti sulla natura della litis contestatio nel processo formulare*, Studi Albertario, I, Milano, 1953, pp. 88 e ss.
- L. BOVE, *Ricerche sugli agri vectigales*, Napoli, 1960.
- U. BRASIELLO, *L'unitarietà del concetto di locazione*, RISG, 2, 1927, pp. 359 e ss.
- U. BRASIELLO, *La pena capitale romana*, Rass. bibl. delle soc. giur. soc. e politiche, 9, 1934, pp. 85 e ss.
- U. BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano*, Napoli, 1937.
- U. BRASIELLO, "Publicatio bonorum", NNDI, 1967, pp. 584 e ss.
- U. BRASIELLO, *Sull'elemento subbiettivo nei contratti*, Studi Urbinati, 3, 1929, pp. 119 e ss.
- F. P. BREMER, *Iurisprudentiae antehadrianae quae supersunt*, 2, 1, Lipsiae, 1896.
- M. BRETONE, *La nozione di usufrutto, I. Dalle origini a*

Diocleziano, Napoli, 1962.

A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, II,1, Erlangen, 1879.

W. BROCK, *Das negative Vertraginteresse*, Berlin, 1902.

E. F. BRUCK, *Political ideology, propaganda and public law of the Romans. Ius imaginum and consecratio imperatorum*, Seminar, pp. 1 e ss.

B. BRUGI, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 1926.

C. BURCKARDT, *Zur Geschichte der locatio*, Basel, 1889.

W. BUCKLAND, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*, Cambridge, 1963.

A. BURDESE, *Diritto romano privato*⁴, Torino, 1993.

A. BURDESE, *Rec.ne di Mayer-Maly, Locatio conductio*, IURA, 8, 1957, pp. 486 e ss.

L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ai margini della proprietà fondiaria*, 3, Roma, 1998.

L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Remissio mercedis*, Napoli, 2005.

G. CARDASCIA, *Sur une fonction de la sous-location en droit romain*, Studi Biscardi, II, Milano, 1982, pp. 351 e ss.

G. CARNAZZA-RAMETTA, *Studio sul diritto penale dei romani*, Roma, 1972.

F. CASAVOLA, *Dolo (diritto romano)*, NNDI, Torino, 1960.

B. J. CHOE, *Culpa in contrahendo bei Rudolf von Jhering*, Göttingen, 1988.

P. COLLINET, *Deux textes retrouvés sur la fiducie*, Studi Besta, I, Milano, 1937, pp. 89 e ss.

E. COSTA, *Crimini e pene da Romolo a Giustiniano*, Bologna, 1921.

E. COSTA, *La locazione di cose nel diritto romano*, Roma, 1966.

E. COSTA, *La locazione dei fondi nei papiri greco-egizi*, BIDR, 1902, 14, pp. 51 ss.

E. COSTA, *L'alienazione della cosa locata in rapporto al conduttore*, Riv. del dir. comm., XII, 1914, pp. 68 e ss.

E. COSTA, *Storia del diritto romano privato*, Torino, 1911.

C. CROME, *System der deutschen bürgerlichen Rechts*, II, 1, Tübingen und Leipzig, 1902.

J. CUIACIO, *Opera omnia*, I, Venetiis, 1785.

A. D'ORS-J. BONET CORREA, *El Problema de la división del usufructo*, Anuar. der. civ., 5, 1952, pp. 62 e ss.

H. DANKWARDT, *Die locatio conductio operis*, Jherings Jahrbücher, 1874, 13, pp. 299 e ss.

D. DAUBE, *Utiliter agere*, IURA, 11, 1960, pp. 104 e ss.

J. DE CHURRUCÁ, *La pignoración tácita de los "inventa et illata" en los arredamientos urbanos en el derecho romano clásico*, RIDA, 26, 1977, pp. 223 e ss.

P. DE FRANCISCI, *Συναλλαγμα. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, Pavia, 1916.

F. DE MARTINO, *Lex Rhodia*, Rivista del diritto della navigazione, 1937, pp. 32 e ss.

- F. DE MARTINO, *Vel etiam nelle fonti giuridiche romane*, Atti della Reale Accademia Pontaniana di Scienza Morali e Politiche, Napoli, 48, 1937, pp. 319 e ss; ora anche in *Diritto economia e società nel mondo romano*, I, diritto privato, Napoli, 1995.
- A. DE MEDIO, *Il patto di non prestare l'evizione e il dolo del venditore nel diritto romano classico*, BIDR, 19, 1904, pp. 71 e ss.
- A. DE MEDIO, *Caso fortuito e forza maggiore in diritto romano*, BIDR, 20, 1908, pp.188 e ss.
- F.M. DE ROBERTIS, "*Arbitrium iudicantis*" e statuizioni imperiali, ZSS, 59, 1939, pp. 219 e ss.
- F. DE ROBERTIS, *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, Milano, 1946.
- F.M. DE ROBERTIS, *L'espropriazione di pubblica utilità nel diritto romano*, Roma, 1972.
- F.M. DE ROBERTIS, *La disciplina della responsabilità contrattuale nel sistema della compilazione giustiniana*, III, Bari, 1972.
- F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione*, 2, Bari, 1982.
- F.M. DE ROBERTIS, *La variazione della pena nel diritto romano*, Bari, 1954.
- F.M. DE ROBERTIS, *Locatio operarum e status del lavotore. Sulla estensione e i limiti del potere disciplinare attribuito all'assuntore nei confronti dei lavoratori liberi mercede conducti*, SDHI, 27, 1961, pp. 29 e ss.
- L. DE SARLO, *Alfeno Varo e i suoi Digesta*, Milano, 1940.
- S. DI PAOLA, *L'opera di Giavoleno Prisco sui "Libri Posteriores" di Labeone*, BIDR, 49-50, 1947, pp. 277 e ss.
- S. DI MARZO, *Appunti sulla dottrina della causa lucrativa*, BIDR, 15, 1903, pp. 109 e ss.
- H. DEGENKOLB, *Platzrecht und Miete*, Berlin, 1867.
- G. DONADIO, *Contratto a favore di terzo*, NNDI, IV, pp. 657 e ss.
- N. DONADIO, *La tutela del compratore tra actiones aediliciae e actio empti*, Milano, 2004.
- A. DERNBURG, *Pandette 2*, Torino, 1906.
- A. DÉSCHAMPS, *Sur l'expression locare operas et le travail comme objet de contrat à Rome*, Mélanges Gérardin, 1907, Paris, pp. 157 e ss.
- A. DYCK, *A commentary on Cicero De officiis*, Michigan, 1996.
- F. EISELE, *Beiträge zur Erkenntniss der Digesteninterpolationen: III. Beitrag*, ZSS, 13, pp.120 e ss.
- H. ERMAN, *Miszellen, D. 19,2 (locati) 32: Iulianus libro quarto ex Minicio*, ZSS, 40, 1919, pp. 357 e ss.
- FABRO, *Rationalia in tertiam partem pandectarum*, III, Lugduni, 1663.

I. FARGNOLI, *Culpa in contrahendo e azioni contrattuale, Actio in rem e actio in personam. In ricordo di Mario Talamanca, Padova, 2011, pp. 439 e ss.*

C. FERRINI, *Diritto penale romano*, Roma, 1976.

C. FERRINI, *Esposizione storica del diritto romano penale*, Enc. dir. pen., pp. 160 e ss.

C. FERRINI, *Obbligazioni*, Enc. giur. it., XII, Milano, 1889, pp. 480 e ss.

R. FIORI, *La definizione di "locatio conductio". Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 1999.

P. FREZZA, *Actio communi dividundo*, Scritti, 1, Roma, 2000, pp. 79 e ss.

B. FRIER, *Tenant's liability*, SSZ, 95, 1978, pp. 249 e ss.

F. GALLO, *Disciplina giuridica e costruzione dogmatica nella locatio degli agri vectigales*, SDHI, 1964, 30, pp. 30 e ss.

F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto: ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne*, Torino, 1992.

M. J. GARCIA GARRIDO, *Derecho privado romano*, Madrid, 1993.

F. GLÜCK, *Commentario alle pandette* (trad. italiana), lib.19, Milano, 1891.

F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette, tradotto ed arricchito di copiose note e confronti col codice civile del regno d'Italia*, XIX, Milano, 1888.

C. GORTEMAN- J.C. VAN OVEN, *Le papyrus de Strasbourg 248 et le locatio conductio rei suae*, TR, 26, 1959, pp.177 e ss.

D. GOTHOFREDI, *Corpus Iuris Civilis cum notis integris*, 1, Napoli, 1793.

D. GRÉCOFF, *De l'expropriation pour cause d'utilité publique en droit romain et en droit français*, Aix, 1876.

G. GROSSO, *Il sistema romano di contratti*, Torino, 1950.

G. GROSSO, *Schemi giuridici e società nella storia del diritto romano privato*, Torino, 1970.

G. GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*, Torino, 1958.

A. GUARINO, *Diritto privato romano*, 8, Napoli, 1988.

A. GUARINO, *La multiforme locatio-conductio*, IURA, 50, 1999, pp. 1 e ss.

A. GUARNIERI CITATI, *Studi sulle obbligazioni indivisibili nel diritto romano I*, Annali Palermo, 9, 1921, pp. 135 e ss.

G. HAHN, *De censorum locationibus*, Leipzig, 1879.

F. HAYMANN, *Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache*, Berlin, 1912.

F. HAYMANN, *Textkritische Studien*, ZSS, 40, 1919, pp. 250 e ss.

F. HAYMANN, *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht, II: periculum est emptoris*, ZSS, 41, 1920, pp. 63 e ss.

F. HINTZE, *Der Satz "Kauft bricht Miete" im römischen Recht*, Rostock, 1888.

K. HELDRICH, *Das Verschulden beim Vertragsabschluß im klassischen römischen Recht und in der späteren Rechtsentwicklung*, Leipzig, 1924.

F. HERNANDEZ-TEJERO, *Derecho romano*, Madrid, 1959.

A.M. HONORÉ, *The severan lawyers: a preliminary survey*, SDHI, 28, 1962, pp. 193 ss.

T. HONORÉ, *Ulpian*, Oxford, 1982.

H. HONSELL, *Quod interest im bonae fidei iudicium*, München, 1968.

P. HUVELIN, *Comptes rendus critiques*, Revues Historique de droit français et étranger, 1924, pp. 327 e ss.

G. IMPALLOMENI, *Applicazioni del principio dell'affidamento nella vendita romana*, SDHI, 21, 1955, pp. 157 e ss.

G. IMPALLOMENI, *Locazione (diritto romano)*, Dig. disc. Priv., XI, 1994, pp. 89 e ss. [ora anche in ID., *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 1994, pp. 651 e ss.].

O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, 2, Leipzig, 1901.

M. KASER, *Altrömisches Jus*, Göttingen, 1949.

M. KASER, *Römisches Privatrecht*, I, München, 1955.

M. KASER, *Das römischen privatrecht*, I, München, 1971.

M. KASER, *Periculum locatoris*, ZSS, 74, 1957, pp. 194 e ss.

H. KAUFMANN, *Die altrömische Miete. Ihre Zusammenhänge mit Gesellschaft, Wirtschaft und Staatlicher Vermögensverwaltung*, Köln-Graz, 1964.

K. HELDRICH, *Das Verschulden beim Vertragsabschluß im klassischen römischen Recht und in der späteren Rechtsentwicklung*, Leipzig, 1924.

F. KESSLER- E. FINE, *Culpa in Contrahendo, bargaing in Good Faith, and Freedom of Contract: a comparative Study*, Harv. Law Rev., LXXVII, 1964, pp.401 e ss.

H. KRELLER, *Kritische Digestenexegesen zur Frage des Drittschadenersatzes*, ZSS, 66, 1948, pp. 47 e ss.

M. KOSTANTINOVITCH, *Le periculum rei venditae en droit romain*, Lyon, 1923.

H. KUPISZEWSKI, *Diritto romano e diritti antichi*, Labeo, 5, 1955, pp. 352 e ss.

J.G. LAUTNER, *Die interrogatio in iure nach klassischem Rechte*, Abhandlung zur antike Rechtgeschichte. Festschrift für G. Hanausek, Graz, 1925.

- F. LEONHARD, *Verschulden beim Vertragsabschluß*, Berlin, 1910.
- O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis iuris consultorum reliquiae quae Iustiniani Digestis continentur ceteraque iuris prudentia civilis fragmenta minora*, Leipzig, 1889.
- M.F. LESTRADE, *De l'expropriation des immeubles pour cause d'utilité publique*, Toulouse, 1876.
- E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, I, Berlin, 1918.
- E. LEVY, *Die römische Kapitalstrafe*, Heidelberg, 1931.
- E. LEVY- E. RABEL, *Index interpolationum: quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, Weimar.
- D. LIEBS, *Römisches Recht. Ein Studienbuch*, Göttingen, 1975.
- W. LITEWSKI, *Die Zahlung bei der Sachmiete im römischen Recht*, Labeo, 49, 2003, pp. 275 e ss.
- C. LONGO, *Il criterio giustiniano della "natura actionis"*, Studi Scialoja, I, pp. 365 e ss.
- C. LONGO, *Sulla natura della merces nella locatio-conductio*, Mélanges Girard, Paris, 1912, pp. 105 e ss.
- G. LONGO, *Ricerche romanistiche*, Milano, 1961.
- G. LONGO, *Sul regime delle obbligazioni corrispettive nella "locatio-conductio rei"*, Studi in onore di V. Arangio-Ruiz, 2, Napoli, 1953.
- G. LONGO, *Sulla disciplina giustiniana della locatio-conductio*, Studi onore di B. Biondi, 2, Milano, 1965, pp. 379 e ss.
- A. LOPEZ PEDREIRA, *Emptio tollit locatum*, Madrid, 1996.
- P. LOTMAR, *Der Arbeitvertrag nach dem Privatrecht des Deutschen Reiches*, Leipzig, 1908.
- G.I. LUZZATO, *Caso fortuito come limite alla responsabilità contrattuale, I. La responsabilità per custodia*, Milano, 1938.
- G.I. LUZZATO, *Caso fortuito e forza maggiore*, Milano, 1938.
- G.I. LUZZATO, *Consecratio*, NNDI, pp. 110 e ss.
- G. MACCORMACK, *Aquilian Studies*, SDHI, 41, 1975, pp. 58 e ss.
- G. MACCORMACK, *Dolus in the law of the early classical period (Labeo-Celsus)*, SDHI, 52, 1986, pp. 236 e ss.
- G. MACCORMACK, *Justic Use of the Term Dolus: Contract*, ZSS, 100, 1983, pp. 525 ss.
- D. MANTOVANI, *Gli esordi del genere letterario ad edictum*, in *Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall'età dei pontefici alla scuola di Servio. Atti del Seminario di S. Marino, 7-9-gennaio 1993*, a cura di D. Mantovani, Torino, 1996.
- F. MAROI, *La locazione di cose nel diritto romano*, Riv. Ital. Sociol., 1916, 20, pp. 210 e ss.
- K. J. MARQUADT, *Manuale des Antiquités romaines*, Paris, 1902.
- K. J. MARQUADT, *Römische Staatverwaltung*, Leipzig, 1884.
- W. MARQUARDT, *Über das Verhältnis des Konduktor zum Lokator bei Veräußerung der Sache nach römischen Recht*, Göttingen, 1888.

- M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo, 1989.
- S.D. MARTIN, *The Roman Jurists and the Organization of Private Bulding in the Late Republic and Early Empire*, Bruxelles, 1989.
- R. MARTINI, *Mercennarius. Contributo allo studio dei rapporti di lavoro in diritto romano*, Studi Senesi, 1956-1957, 68-69, pp. 214 e ss.
- A. MASCHI, *Locatio rei, operis, operarum e contratti di lavoro*, Bollettino Scuola perfez. Diritto lavoro Univ. Trieste, 1954, pp. 5 e ss.
- M. MASSEI, *L'arra nella compravendita*, BIDR, 48, 1941, pp. 313 e ss.
- TH. MAYER-MALY, *Haftung aus Miete nach Staatsrecht*, ZSS, 74, 1957, pp. 369 e ss.
- TH. MAYER-MALY, *Locatio-conductio, eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Wien- München, 1956.
- TH. MAYER-MALY, *Tipicità e unità della locatio-conductio*, Labeo, 5, 1959, pp. 390 e ss.
- D. MEDICUS, *"Id quod interest". Studien zum römischen Recht des Schadenersatzes*, Köln-Graz, 1962.
- A. METRO, *"Imaginarium colonum subponere". Simulazione o dolus in contrahendo*, Scritti in onore di A. Falzea, Milano, 1991, pp. 285 e ss.
- A. METRO, *La sublocazione dell'opus faciendum*, Collatio Iuris Romani, I, Amsterdam, 1995.
- E. MEYNIAL, *Note sur la loi Emptorem*, Mélanges Gérardin, 1907, pp. 415 e ss.
- J. MIGUEL, *Mechanische Fehler in der Überlieferung der Digesten*, ZSS, 80, 1963, pp. 239 e ss.
- J. MIQUEL, *Periculum locatoris*, ZSS, 81, 1964, pp. 174 e ss.
- L. MITTEIS, *Über den Ausdruck "potentiores" in den Digesten*, Mélanges P. F. Girard 2, Paris, 1912.
- I. MOLNÁR, *Le cause di estinzione del contratto e il problema dell'esistenza del diritto di disdetta nella locatio-conductio*, Labeo, 32, 1986, pp. 304 e ss.
- T. MOMMSEN, *Die römischen Anfänge von Kauf und Miete*, ZSS, 19, 1885, pp. 260 e ss. [= *Gesammelte Schriften*, 3, Berlin, 1907, pp. 132 e ss].
- T. MOMMSEN, *Das römische Strafrecht*, Leipzig, 1901.
- R. MONIER, *La garantie contre les vices caches dans la vente romaine*, Paris, 1930.
- O. MONTEVECCHI, *I contratti di lavoro e di servizio nell'Egitto greco-romano e bizantino*, Milano, 1950.
- G. NICOSIA, *La responsabilità del locatore per i vizi della cosa locata nel diritto romano*, RISG, 9, 1957-1958, pp. 403 e ss.
- G. PACCHIONI, *Corso di diritto romano*, II, Torino, 1910.
- G. PACCHIONI, *I contratti a favore di terzi*, Padova, 1933.

- N. PALAZZOLO, *Evizione della cosa locata e responsabilità del locatore*, BIDR, 68, 1965, pp.275ss.
- N. PALAZZOLO, *Saggi in materia di locazione*, Catania, 1995.
- J. PARIS, *La responsabilité de la custodia en droit romain*, Paris, 1926.
- J. PARTSCH, *Gradenwitz, O., F. Preisigke, W. Spiegelberg, Ein Erbstreit aus dem ptolemäischen Ägypten*, in ZSS, 33, 1912, pp. 613 e ss.
- M. PENNITZ, *Das periculum rei venditae: ein Beitrag zum aktionenrechtlichen Denken im römischen Privatrecht*, Wien-Köln, 2000.
- S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, 2, Roma, 1928.
- A. PERNICE, *Parerga III*, ZSS, 9, 1888, pp. 238 e ss.
- A. PERNICE, *Zur Vertraglehre der römischen Juristen*, ZSS, 9, 1888, pp. 9 e ss.
- A. PETRUCCI, *Formazione del contratto, in Fondamenti di diritto contrattuale europeo. Dalle radici romane al progetto dei "Principles of European Contract Law" della commissione Lando*, Bologna, 2006, pp. 120 ss.
- A. PEZZANA, *Sull'actio empti come azione di garanzia per i vizi della cosa locata in alcuni testi di Cicerone*, BIDR, 62, 1959, pp.185 e ss.
- P. PINNA PARPAGLIA, *Vitia ex ipsa re*, Milano, 1983.
- F. PROCCHI, *"Dolus" e "culpa in contrahendo" nella compravendita*, in *La compravendita e l'interdipendenza funzionale delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. Garofalo, 1, Padova, 2007, pp. 181 e ss.
- F. PROCCHI, *Licet emptio non teneat: alle radici delle moderne teoriche sulla cd. culpa in contrahendo*, Assago, 2012.
- G. PROVERA, *Sul problema del rischio contrattuale nel diritto romano*, Studi E. Betti, 3, Milano, 1962, pp. 691 e ss.
- G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, RIDA, 3, 1949, pp. 261 e ss.
- G. PUGLIESE, *Locatio-conductio, Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Profesor J. L. Murga Gener*, Madrid, 1994, pp. 600 e ss.
- G. PUGLIESE, *Usufrutto, uso e abitazione*, Torino, 1950.
- E. RABEL, *Grundzüge des römischen Privatrechts, Enzyklopädie der Rechtswissenschaft in systematischer Bearbeitung*, I, Berlin, 1915.
- A.M. RABELLO, *La base romanistica della teoria di Rudolf von Jhering sulla Culpa in Contrahendo, φιλικα, Scritti per Gennaro Franciosi, III, Napoli, 2007, pp. 2175 e ss.*
- U. RATTI, *Il risarcimento del danno nel diritto giustiniano*, BIDR, 40, 1932, pp. 191 e ss.
- I. REICHARD, *Die Frage des Drittschadensersatzes*, Köln-Böhlau, 1993.
- S. RICCOBONO, *Gli scolii sinaitici*, BIDR, 9, 1896, pp. 181 e ss.
- A. RODGER, *Concealing a servitude*, Index, 22, 1994, pp. 237 e

ss.

R. RÖHLE, *Das Problem der Gefahrtragung im Bereich des römischen Dienst-Werkvertrages*, SDHI, 34, 1968, pp. 205 e ss.

P. ROSSI, *La locatio-conductio irregularis*, Studi Senesi, 1890, 7, pp. 186 e ss.

F. SALERNO, *Dalla "consecratio" alla "publicatio bonorum": forme giuridiche e uso politico dalle origini a Cesare*, Napoli, 1990.

C. SÁNCHEZ MORENO ELLART, "*Locare usum fructum*": note per l'esegesi di Ulp. 20 ad ed. D.10.3.7.10, BIDR, 2000-2001, 42-43, pp. 293 e ss.

B. SANTALUCIA, *I legati a effetto liberatorio nel diritto romano*, Napoli, 1964.

M. SARGENTI, *Problemi della responsabilità contrattuale*, SDHI, 20, 1954, pp. 125 e ss.

V. SCARANO USSANI, *Ermeneutica, diritto e "valori" in L. Nerazio Prisco*, Labeo, 23, 1977, pp. 146 e ss.

G. SCHERILLO, *Locazione e precario*, Rendiconti istituto lombardo, 1929, 62, pp. 389 e ss.

F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford, 1951.

F. SCHULZ, *Die Lehre von Concursus Causarum im klassischen und justinianischen Recht*, ZSS, 38-39, 1917, pp. 118 e ss.

F. SCHULZ, *Einführung in das Studium der Digesten*, Tübingen, 1916.

F. SCHULZ, *History of roman legal science*, Oxford, 1946.

F. SCHULZ, *Sabinus-fragmente in Ulpianus- Sabinus-Commentar*, Weimar, 1906.

F. SCHULZ, *Scientia, Dolus und Error bei der Stellvertretung nach klassischen römisches Recht*, ZSS, 33, 1913, pp. 67 e ss.

F. SCHWARZ, *Die Grundlage der Conductio im klassischen römisches Recht*, Munster- Köln, 1952.

E. SECKEL- E.LEVY, *Die Gefahrtragung beim Kauf in klassischen römisches Recht*, ZSS, 47, 1927, pp. 117 e ss.

E. SECKEL-B. KÜBLER, *Pauli sententiae*, Leipzig, 1911.

W. SELL, *Ueber die remissio mercedis bei dem Pachtvertrag*, Archiv für die civ. Praxis, 20, 1837, pp. 205 e ss.

A. SÉMONIN, *De l'expropriation pour cause d'utilité publique*, Paris, 1895.

V. SCIALOJA, *La compravendita*, Roma, 1907, p. 184.

H. SIBER, *Zur Theorie von Schuld und Haftung nach Reichsrecht*, in *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrecht*, 50, 1906.

C. F. SINTENIS, *Das practische gemeine Civilrecht*, 2, Leipzig, 1868.

F. SITZIA, *Considerazioni in tema di "periculum locatoris" e di "remissio mercedis"*, Studi G. D'Amelio, 1, Milano, 1978, pp. 334 e ss.

S. SOLAZZI, *Ancora procuratori senza mandato*, Scritti, 2, 1957, pp. 609 e ss.

- S. SOLAZZI, *Il lavoro libero nel mondo romano*, Annuario Univ. Macerata, 1905-1906, pp. 1 e ss.
- S. SOLAZZI, *L'errore nella *condictio indebiti**, Atti Napoli, 59, 1939, pp. 36 e ss.
- S. SOLAZZI, *La compensazione del diritto romano*, 2, Napoli, 1950.
- S. SOLAZZI, *Tra Gaio (2.30) e Pomponio (D.23.3.66)*, Labeo, 1, 1955, pp. 53 e ss.
- P. STEIN, *Fault in the Formation of the Contract in roman Law and scots Law*, Edinburgh- London, 1958, pp. 13 e ss.
- P. STEIN, *Roman Law in European history*, Cambridge, 1999.
- E. STOLFI, *Bonae fidei interpretatio: ricerche sull'interpretazione di buona fede tra esperienza romana e tradizione romanista*, Napoli, 2004.
- M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990.
- M. TALAMANCA, *Vendita in generale (dir. rom.)*, Enc. dir., Milano, 1993, pp. 440 e ss.
- L. TARTUFARI, *Dei contratti a favore di terzi*, Verona, 1889.
- J. A. C. THOMAS, *Actiones ex locato/ conducto and Aquilian Liability*, AJ, 1978, pp. 127 e ss.
- A. TORRENT, *Excepciones pactadas a la regla "Emptio tollit locatum"*, Estudios Sanchez del Rio, Zaragoza, 1967.
- A. TRISCIUOGGIO, *Bona fides e locazioni pubbliche nelle opinioni di Ulpiano*, Il ruolo della buona fede nell'esperienza giuridica storica contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, IV, Padova, 2003, pp. 313 e ss.
- J. UNGER, *Die Verträge zu Gunsten Dritter*, Jena, 1869.
- V. VALENTE, *Note sulla culpa in contrahendo*, AUMA, XXII, 1958, pp. 315 e ss.
- F. E. VASSALLI, *Miscellanea critica di diritto romano*, 1, Roma, 1913.
- J. VÁŽNÝ, *Custodia*, AUPA, 12, 1926, pp. 130 e ss.
- C. VENTURINI, recensione a F. SALERNO, *Dalla "consecratio" alla "publicatio bonorum"*, SDHI, 58, 1992, pp. 480 e ss.
- S. VIARO, *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, Padova, 2011.
- R. VIGNERON, *La conception originnaire de la locatio conductio romaine*, Mélanges F. Wubbe offerts par ses collègues et ses amis à l'occasion de son soixante-dixième anniversaire, Fribourg, 1993, pp. 509 ss.
- K. VISKY, *La responsabilité dans lo drois romain à la fin de la République*, RIDA, 3, 1949, pp. 470 e ss.
- F. VITTINGHOFF, *Der Staatsfeind in der römischen Kaiserzeit*, Berlin, 1936.

- P. VOCI, *Diritto sacro in età arcaica*, SDHI, 19, 1953, pp. 38 e ss.
- P. VOCI, *In tema di errore*, SDHI, 8, 1942, pp. 82 e ss.
- P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1948.
- P. VOCI, *L'errore nel diritto romano*, Milano, 1937.
- P. VOCI, *L'estensione dell'obbligo di risarcire il danno nel diritto romano classico*, Scritti in onore di C. Ferrini, 2, 1957, pp. 366 e ss.
- P. VOCI, *Risarcimento del danno e processo formulare*, Milano, 1938.
- E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto romano*, Roma, 1985.
- E. VOLTERRA, *Mancipatio*, NNDI, 1957, X, pp. 97 e ss.
- G. VON BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 3, Tübingen, 1920.
- G. VON BESELER, "De iure civili Tullio duce ad naturam revocando", BIDR, 39, 1931, pp. 295 e ss.
- G. VON BESELER, *Et ideo-Declarare-Hic*, ZSS, 51, 1931, pp. 70 e ss.
- S. VON BOLLA, *Untersuchungen zur Tiermiete und Viehpacht im Altertum*, München, 1940.
- R. VON JEHRING, *Culpa in contrahendo, oder Schadednersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, Jahrb. für die Dogm., 4, 1860, pp. 1ss.; *Gesammelte Aufsätze*, 1, Jena, 1881, pp. 327 e ss.
- U. VON LÜBTOW, *Die Ursprungsgeschichte der exceptio doli und der actio de dolo malo*, Eraion in honorem Georgii S. Maridakis, 1, Athens, 1963, pp. 188 ss.
- U. VON LÜBTOW, *Zur Frage der sachmängelhaftung im römischen Recht*, Studi in onore di U. E. Paoli, 1956, pp. 489 e ss.
- K.A. VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, Margburg, 1851.
-
- A. WATSON, *The law of obligations in the later Roman Republic*, Oxford, 1965.
- G. WESENBERG, *Verträge zugunsten Dritter*, Weimar, 1939.
- F. WIEACKER, *Die Struktur der Sabinusmasse*, ZSS, 52, 1937, pp. 470 e ss.
- B. WINDSCHEID, *Il diritto delle Pandette*, 2, parte 2, Torino, 1904.
- B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, II, Frankfurt am Main, 1906.
- F. B. J. WUBBE, *Zur Haftung des Horrearius, Obligationes. Homenaje J. L. Murga Genner*, Madrid, 1994.

