

AperTO - Archivio Istituzionale Open Access dell'Università di Torino

### Sull'interpretatio alfeniana pro locatore in D.19.2.29

#### **This is the author's manuscript**

*Original Citation:*

*Availability:*

This version is available <http://hdl.handle.net/2318/10389> since

*Terms of use:*

Open Access

Anyone can freely access the full text of works made available as "Open Access". Works made available under a Creative Commons license can be used according to the terms and conditions of said license. Use of all other works requires consent of the right holder (author or publisher) if not exempted from copyright protection by the applicable law.

(Article begins on next page)

# ARCHIVIO GIURIDICO "Filippo Serafini"

Periodico fondato nel 1868

Amministrazione: MUCCHI EDITORE - Via Emilia-est, 1527 - 41100 Modena  
Direzione, Redazione: Via della Traspontina, 21 - 00193 Roma

Caratteristica dell'Archivio Giuridico è stata, sin dall'inizio, quella di essere riguardato, in Italia ed all'estero, come un punto di riferimento autorevole e qualificato sui progressi della dottrina giuridica italiana, in una visione che pur non rifuggendo dalla specializzazione in sé, ne evitava peraltro ogni eccesso.

L'Archivio Giuridico ha un'importante diffusione nazionale ed internazionale (abbonati in oltre 40 Paesi).

I Collaboratori sono pregati di inviare i loro contributi su supporto magnetico (possibilmente scritti con Word) o su cartelle dattiloscritte.

Ogni lavoro dovrà essere corredato di un'etichetta indicante: Nome, Cognome, Titoli accademici, Indirizzo, Numero di telefono e Caratteristiche tecniche del dischetto.

Non sono ammesse variazioni agli articoli dopo l'accettazione, riservata all'insindacabile giudizio della Direzione scientifica.

Ogni articolo dovrà essere corredato di un riassunto in lingua italiana di non più di 200 parole specificando: scopo, metodologia, risultati e conclusioni.

Gli originali devono sempre essere allegati alle bozze e non verranno restituiti. Gli articoli, fino a 32 pagine verranno pubblicati gratuitamente e l'Autore avrà diritto a 20 estratti gratuiti.

Le opinioni espresse negli articoli impegnano solo i rispettivi Autori.

## RECENSIONI SEGNALAZIONI BIBLIOGRAFICHE

Gli Autori ed Editori di pubblicazioni giuridiche sono pregati di mandare un esemplare di ogni volume alla Redazione dell'Archivio Giuridico Via Emilia Est, 1527 - 41100 Modena. Sarà gradito un foglio di accompagnamento con i dati bibliografici, classificazione, sommario, etc.

Tutte le opere ricevute saranno segnalate. Saranno segnalate anche le tesi di laurea.

La Redazione della Rivista si riserva di recensire le opere che, a suo insindacabile giudizio, risulteranno di maggior interesse.

Autorizzazione del Tribunale di Modena,  
n. 328 dell'11-05-1957.  
Direttore responsabile Enrico Mucchi



Abbonamento 2001 Lit. 150.000 € 77,47 Italia - 220.000 € 113,62 Estero.  
Un fascicolo Lit. 43.000 € 22,20 Italia - 60.000 € 30,98 Estero.

MUCCHI EDITORE - Via Emilia est, 1527 - 41100 Modena

*Estratto*

# ARCHIVIO GIURIDICO

*Filippo Serafini*

*dal 1868*

GIUSEPPE DALLA TORRE  
Ord. Università di Roma

MARIO CARAVALE  
Ord. Università di Roma "La Sapienza"

FRANCESCO P. CASAVOLA  
Pres. Em.  
Corte Costituzionale

SERGIO COTTA  
Prof. Em. Università di Roma "La Sapienza"

FRANCESCO D'AGOSTINO  
Ord. Università di Roma "Tor Vergata"

GIOVANNI CUALANDI  
Ord. Università di Bologna

LUCI LABRUNA  
Ord. Università di Napoli "Federico II"

FULVIO MASTROPALO  
Ord. Università di Roma Tre

MANLIO MAZZIOTTI  
Prof. Em. Università di Roma "La Sapienza"

CUSTAVO ROMANELLI  
Ord. Università di Roma "La Sapienza"

ALBERTO ROMANO  
Ord. Università di Roma "La Sapienza"

CUSTAVO VICINOCCHI  
Ord. Università di Bologna

MUCCHI EDITORE  
2000

Andrea Triscioglio

**SULL'INTERPRETATIO ALFENIANA PRO  
LOCATORE IN D.19.2.29.**

Sommario: 1. *Interpretatio contra locatorem* e la soluzione alfeniana di D.19.2.29. Il problema; le risposte della dottrina. 2. Sulla ragione della interpretazione favorevole al locatore. 3. L'irrelevanza della *voluntas* del conduttore nella ricostruzione della volontà negoziale: i termini della questione. 4. Sulla ragione della valutazione alfeniana della sola *voluntas locatoris*. 5. Conclusioni.

1. *Interpretatio contra locatorem* e la soluzione alfeniana di D.19.2.29. Il problema; le risposte della dottrina.

Nel campo dell'interpretazione contrattuale possiamo dire che già la giurisprudenza di età repubblicana applicava il canone ermeneutico dell'*interpretatio contra venditorem-locatorem*, in rapporto ai patti oscuri o ambigui nella loro formulazione, inclusi in atti di compravendita o di locazione. È chiaro in tal senso un passo di Papiniano (D.2.14.39: «*Veteribus placet pactionem obscuram vel ambiguan venditori et qui locavit nocere, in quorum fuit potestate legem apertius conscribere*»), dove il *favor* (interpretativo) *emptoris, conductoris* viene posto in relazione causale-sanzionatoria con la possibilità che avevano il venditore e il *locator rei* di evita-

re più o meno volute oscurità o ambiguità nella stesura delle clausole, nei casi in cui gli stessi provvedevano a redigerle<sup>1</sup>. Si tratta di una regola interpretativa che, come è noto, trovava applicazione anche nell'ambito della *stipulatio* nelle forme dell'*interpretatio contra stipulatorem*<sup>2</sup>, e alle ragioni della quale si sono dimostra-

<sup>1</sup> Tali casi erano, con ogni verosimiglianza, i più frequenti, ma non dovevano mancare altre ipotesi nelle quali il patto ambiguo veniva formulato dall'*emptor* o dal *conductor*, e per le quali i *veteres* adottavano presumibilmente differenti soluzioni ermeneutiche: cfr., in tal senso, F.C. VON SAVIGNY, *Das Obligationenrecht* II, Berlin 1853, p. 194 s.; v. anche *infra*, nt. 49. Sul fondamento della direttiva ermeneutica in questione cfr., in particolare, E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano* I, Padova 1942, p. 143 s. (col richiamo del passo in nt. 13); Id., *Teoria generale del negozio giuridico*<sup>2</sup>, (nisi), Torino 1952, p. 363 s.; P. VOGLI, *Note sull'interpretazione del negozio giuridico in diritto romano*, ora in *Studi di diritto romano* I, Padova 1985, p. 595 s.; sul fatto che il termine *veteres* possa richiamare in D.2.14.39 i giuristi di epoca repubblicana, cfr. la letteratura citata *infra*, nt. 32.

Ho preferito riferire quel «*qui locavit*» alle normali ipotesi di locatio rei, similmente a sc. *rogator* *zai* *puothocavros* ad B.11.1.39 = D.2.14.39, *Hb.* I, p. 623 - *Sch.* B I, p. 285, l. 20; per H.E. TROJE (*Ambiguitas contra stipulatorem*), in *SDHI* 27, 1961, p. 179 nt. 377), invece, il passo potrebbe adattarsi anche a locationes operum di rilevante entità («*Vergabe grösserer Werkaufträge*). Va detto in ogni caso, in merito al tipo di locazione richiamato, che non è facile desumere direttamente dalle fonti romane ulteriori indicazioni: a quanto mi risulta, infatti, il passo in esame è l'unico nel quale il principio della «*contraria interpretatio*» viene espressamente rapportato alla locatio, mentre non mancano altri richiami allo stesso in relazione alla compravendita (v. D.18.1.21; D.18.1.33; D.50.17.172-pr). L'affiancamento della locazione alla vendita sotto il profilo considerato è invece più frequente nelle fonti bizantine: v., oltre a B.11.1.39 e agli scoli *ad h. l.* di Doroteo, di Cirillo e *rogator* *zai* *puothocavros* (*Hb.* I, p. 623 - *Sch.* B I, p. 284 s.), *Syn. Bas.* A, XXXVIII, l. 2 VIII, sch. c (in *Jus Graeco-Romanum* V, pp. 70, 515); ma nel titolo XV del libro I dell'*Hexabiblos* di Costantino Armenopolo, dedicato all'*obscuritas* e all'*ambiguitas*, esso non è più riscontrabile (v. § 15).

È poi controverso se Papinian abbia inteso nel passo prendere le distanze dai *veteres*, e, più in generale, se all'epoca della giurisprudenza classica il criterio ermeneutico in questione trovasse ancora pratica applicazione: v. H.E. TROJE, *op. cit.*, p. 161 s.; G. GANDOLFI, *Studi sull'interpretazione degli atti negoziati in diritto romano*, Milano 1966, pp. 395 ss., 408 s.; C. KRAMPPE, *Die ambiguitas-Regel. Interpretatio contra stipulatorem, venditorem, locatorem*, in *ZSS* 100 (1983), pp. 188, 226 s.

<sup>2</sup> È assai vasta, come è noto, la letteratura sull'argomento. Mi limito qui a segnalare, tra i più recenti lavori, H. HONSEL, *Ambiguitas contra sti-*

ti sensibili anche gli ordinamenti successivi (non solamente di tradizione romanistica), ivi incluso quello della comunità europea in materia di tutela del consumatore<sup>3</sup>.

Non sembra affatto, tuttavia, che Alfeno abbia fatto ricorso al criterio in questione nell'interpretare il patto

*putatorem*, in *Iuris profectio. Festsche für M. Kaser zum 80. Geburtstag*, Wien-Köln-Graz 1986, p. 73 ss.; M. DOBERTIN, *Zur Auslegung der Stipulation in klassischen Römischen Recht*, Zürich 1987, p. 92 ss.; C. KRAMPPE, *Die Celsinische Auslegungsregel «ambiguitas contra stipulatorem esto» in Règle et pratique du droit dans les réalités juridiques de l'antiquité (Atti della 51a Sess. della SHDA - Crotona-Messina, 16-20 sett. 1997)*, a cura di I. Piro, Soveria Mannelli 1999, p. 389ss.; ivi ulteriori ragguagli bibliografici.

<sup>3</sup> Cfr., per il diritto canonico, *Liber Sextus, reg. iuris* LVII: «*Contra eum, qui legem dicere potuit apertius, est interpretatio facienda*. Per il diritto medioevale, R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1996, p. 640 s. Per il diritto francese, *Code civil* art. 1162, 1602. Per il diritto tedesco, *Preuß. ALR*, l. 5 § 266; *AGB-Gesetz*, § 5, sul quale v. V. RIZZO, *Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa*, Napoli 1983, p. 334 ss. Per il diritto italiano, *Codice civile* del 1865, art. 1137; *Codice civile* del 1942, art. 1370, sul quale v. in particolare V. RIZZO, *op. cit.*, p. 306 ss. (con attenzione ai profili storici); L. BRIGLIAZZI GERI, *L'interpretazione del contratto*, *Avvt.* 1362-1371, in *Il Codice Civile. Commentario* (dir. P. Schlesinger), Milano 1991, p. 339 ss.; V. GUERRÈ, *Il diritto dei privati nell'esperienza romana. I principali gangli*, Napoli 1998, p. 149 s. Sulla *rule contra proferentem* nel diritto anglosassone, cfr. G. GANDOLFI, *In tema di «reasonable meaning» (e di direttive ermeneutiche «ussustitiae»)*, in *Studi in onore di C. Grassetti* II, Milano 1980, p. 874 ss.; S. FERRERI, *Canonii inglesi di interpretazione dei testi scritti: un colloquio tra civil law e common law*, in *Schilliae iuris. Studi in memoria di G. Gorla* I, Milano 1994, p. 598 s.; altre indicazioni bibliografiche in V. RIZZO, *op. cit.*, p. 307 nt. 494. Per il diritto canadese, *Code civil* del Québec, art. 1432. Per il diritto internazionale, principi UNIDROIT, art. 4.6. Per il diritto comunitario, *Dir. n.* 98/13 del 5 aprile 1993 (concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori), art. 5, recepito con legge 6 febbraio 1996 n. 52 all'interno del codice civile italiano *sub* art. 1469 *quater*, che così recita: «Nel caso di contratti di cui tutte le clausole o talune di esse siano proposte al consumatore per iscritto, tali clausole devono sempre essere redatte in modo chiaro e comprensibile. In caso di dubbio sul senso di una clausola, prevale l'interpretazione più favorevole al consumatore».

incluso nella *lex locationis*, nel seguente frammento tratto dall'epitome anonima dei *Digesta* 4:

D.19.2.29 (*Alf. 7 dig.*): «*In lege locationis scriptum erat: «redemptor silvam ne caedio neve cingito neve deurito neve quem cingere caedere urere sinito», quarebatur, utrum redemptor, si quem quid earum rerum facere vidisset, prohibere deberet an etiam ita silvam custodire, ne quis id facere possit. respondi verbum sinere utramque habere significationem, sed locatorem potius id videri voluisse, ut redemptor non solum, si quem caesus vidisset silvam caedere, prohiberet, sed uti curaret et daret operam, ne quis caederet»<sup>5</sup>.*

<sup>4</sup> Su questa opera e sul suo impiego da parte dei compilatori giustiniane in luogo dell'originale alfeniano, cfr. in particolare F.P. BREMER, *Iuris prudentiae antehadrianae quae supersunt* I, Lipsiae 1896, p. 289; F. SCHUIZ, *Storia della giurisprudenza romana*<sup>2</sup> (trad. G. Nocera), Firenze 1968, p. 365 ss.; M. BRETON, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*<sup>2</sup>, Napoli 1982, p. 91; da ultimo, H.J. ROY, *Alfeni Digesta. Eine spätrepublikanische Juristenschrift*, Berlin 1999, pp. 20 ss., 199 s.

<sup>5</sup> Il testo è ritenuto per lo più genuino: cfr. F. HANMANN, *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht*, in *ZSS* 40 (1919), p. 289; F. STELLA MARANCA, *Intorno alla regola interpretatio contra stipulatorem*, in *ALBA* 1929-II, Bari 1930, p. 96 nt. 2 (di p. 94); TH. MAYER MLY, *Locatio conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Wien-München 1956, p. 108; B.W. FRIBR, *Tenant's Liability for Damage to Landlord's Property in Classical Roman Law*, in *ZSS* 95 (1978), p. 244 nt. 33; la diversa opinione avanzata da H. COING, *Zur Methodik der republikanischen Jurisprudenz: zur Entstehung der grammatisch-logischen Auslegung in Studi di in onore di V. Arangio-Ruiz* I, Napoli 1952, p. 385 nt. 93, secondo cui la chiusa da «sed locatorem» in fine sarebbe una più tarda aggiunta, non è invece immune da fondati rilievi critici (v. TH. MAYER MLY, *op. cit.*, p. 108 nt. 14).

Ho preferito riferire il responso contenuto nel testo ad Alfenio, anche se, come è noto, non si può escludere che esso sia stato espresso dal suo maestro Servio: v. a tal proposito, A. PERNICE, *Labo* II, Halle 1878, p. 352 nt. 28; C. A. CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea I. Dalle origini all'opera di Labone*, Torino 1997, p. 277 nt. 272; inoltre, anche con richiamo agli scoli al passo dei Basilioi (20.1.29) corrispondente a D.19.2.29, F. BONA, *Contributi alla storia della «societas universorum quae ex quaestiu veniunt» in diritto romano*, in *Studi in onore di G. Grosso* I, Torino 1968, p. 404 nt. 26.

La clausola contrattuale imponeva dunque al *redemptor* di non tagliare, di non scortecciare<sup>6</sup>, di non bruciare gli alberi di un bosco, ed inoltre di non permettere (*sinere*) ad altri di compiere le medesime attività. Il nodo interpretativo, sul quale verteva il responso del giurista, era rappresentato dal verbo *sinere*, prece-duto dalla particella negativa (*neve*), che poteva evocare sia un obbligo di intervento occasionale (quando il *redemptor* avesse colto «casu» qualcuno nell'atto di tagliare, scortecciare, bruciare la *silva*), sia un obbligo di attiva vigilanza al fine di prevenire i danneggiamenti degli alberi cagionati da terzi<sup>7</sup>. Di fronte a questa tipi-

<sup>6</sup> Il fatto che il sintagma *cingere silvam* in accezione tecnica sia ad indicare il circoncidere, lo scortecciare gli alberi di un bosco, provocandone la morte per disseccamento, emerge chiaramente da D.47.7.5.pr («*cingere est deglabrare*») e dagli scoli ad *Bas.* 20.1.29 = D.19.2.29 (Hb. II.354 s. = BS 1194.10-12 e 26-28); v. anche *Thesaurus* l.l., v. «cingere», vol. III.1, c. 1065; J. CUJAS, *Commentarius in lib. V. quaestionum Aemilii Papiniani. Ad L. XXXIX de Pactis*, in *Opera* t. IV, Prato 1837, c. 715; R.J. POTHEER, *Le Pandette di Giustiniano III* (trad. D. Mann), Venezia 1825, p. 568 in nota. Non pare dunque accoglibile la resa (recingere, cingere il bosco) della locuzione in questione proposta dal GANDOLFI (*Lezioni sull'interpretazione dei negozi giuridici. Corso di esegesi delle fonti del diritto romano*, Milano 1962, p. 123) e dal CANNATA (*Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano. Materiali per un corso di diritto romano*, Catania 1996, p. 67). Curiosamente il CARELLI (*I delitti di taglio di alberi e di danneggiamento alle piantagioni nel diritto romano*, in *SDHI* 5, 1939, p. 362 nt. 84) ricorda che ancora nei nostri tempi in alcune località del Lazio meridionale si usa il verbo *cingere*, secondo l'antica accezione tecnica di *cingere*, per rappresentare l'attività dell'incidere in modo duplice e circolare la corteccia e successivamente asportare il tratto di essa compreso fra le due incisioni.

<sup>7</sup> I comportamenti attivi richiamati dal *sinere* sono evidentemente qui dovuti al fatto che la *lex locationis* fissava un divieto di *sinere* («*neve...sinito*») e non possono essere valutati come insiti nell'area semantica dello stesso verbo autonomamente considerato. In altre parole, si fa questione in senso proprio di un non *sinere*, come giustamente sottolinea A. PEZZANA (*Contributi allo studio del legato «sinendi modo»*, Milano 1958, p. 77 s.) nel confutare, insieme a S. RICOBOLO (v. *Studi critici sui libri XVIII di Paulus ad Plautium*, in *BIDR* 6, 1893, p. 137 s. nt. 1), la tesi espressa da C. FERRINI (*Teoria generale dei legati e dei fedecomessi secondo il diritto romano*, Milano 1889, pp. 5 nt. 2, 19 nt. 2; *Osservazioni sulla responsabilità dell'erede nel legato «per damnationem» di una «res certa»*, in *Opere* IV, Mi-

ca ipotesi di *ambiguitas* del testo scritto<sup>8</sup>, il giurista adotta il secondo significato di *sinere* che ritiene verosimilmente più conforme alla *voluntas locatoris*<sup>9</sup>, e che delinea una responsabilità contrattuale del *redemptor* più ampia rispetto a quella che sarebbe scaturita dalla diversa interpretazione scartata: il *redemptor* dunque sarà in ogni caso responsabile per il verificarsi del danno se non avrà predisposto un idoneo apparato di sorveglianza della *silva*<sup>10</sup>. Si tratta di una soluzione in-

lano 1930, pp. 213, 226), secondo cui il passo testimonierebbe un significato tecnico-giuridico di *sinere* adattabile al legato *sinendi modo*. Sul significato di *non sinere* in rapporto al passo, cfr. altresì L. DE SARDO, *Alfeno Varo e i suoi Digesta*, Milano 1940, p. 100 s.

<sup>8</sup> Vi si possono, in verità, scorgere i normali presupposti della *contracta ex ambiguo* di natura giuridica teorizzata, come è noto, dai retori: cfr. *Rhetorica ad Herennium*, I, 12, 20: «*Ex ambiguo contraheris nascitur, quam res unam sententiam, scriptum duas aut plures sententias significat*»; Cic., *De inventione*, 2, 40, 116: «*Ex ambiguo autem nascitur controversia, cum, quid senserit scriptor, obscurum est, quod scriptum duas pluresve res significat...*»; inoltre, Quint., *Institutio oratoria*, 3, 6, 43: «*...ambiguitatem vero semper coniectura explicari necesse sit, quia, cum sit manifestum verborum titellum esse duplicem, de sola quaeritur voluntas*. In dottrina si veda precipe KRAMPE, *Die ambiguitas-Regel* cit., p. 189 ss.; S. TARARO, *Il giurista e l'«ambiguità»*. *Ambigere ambiguitas ambiguitas*, Bari 1994, p. 7 ss.; G. CHIODI, *L'interpretazione del testamento nel pensiero dei glossatori*, Milano 1996, p. 111 ss.

<sup>9</sup> Il giudizio di verosimiglianza operato da Alfeno è desumibile dal «*riterum*» della frase «*sed locatorem potius id videri voluisse*» (v., a tal riguardo, più in generale, P. VOCI, *op. cit.*, p. 593; A. BURDSE, *Note sull'interpretazione in diritto romano*, in *BIDR* 30, 1988, p. 202); per I. MOLNAR, *Verantwortung und Gefahertragung bei der locatio conductio zur Zeit des Prinzipats*, in *ANRW* II, 14, Berlin-New York 1982, p. 636, l'espressione «*potius...voluisse*» rivelerebbe un'incertezza nella elaborazione del responso.

<sup>10</sup> Il «*custodire*» usato in rapporto al questo, che nel responso viene reso con *curare et dare operam* — cfr., tra gli altri, TH. MAYER-MALY, *Locatio conductio cit.*, p. 202 s.; R. CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano (I sec. a.C. - II sec. d.C.)*, Milano 1995, p. 178; contra, J. BARON, *Die Haftung bis zur höheren Gewalt*, in *Archiv für die Zivilistische Praxis* 78 (1892), p. 229 e nt. 35 —, non allude, secondo la dottrina maggioritaria, al criterio della responsabilità per custodia, ma richiama solamente il contenuto in termini generali dell'obbligo contrattuale: cfr. C.A. CANNATA, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano I*, Milano 1966, pp. 120 s., 142; G. MAC CORNACK, *Custodia and*

dubbiamente favorevole al locatore, e in apparenza contraddizione con la regola dell'*interpretatio contra loca-*

*culpa*, in *ZSS* 89 (1972), p. 195; B.W. FRER, *Tenant's Liability cit.*, p. 245; ID., *Landlords and Tenants in Imperial Rome*, Princeton-New Jersey 1980, p. 137 nt. 187; R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 376 nt. 237; W. LITWISKI, *Re a Robae (op. infra cit.)*, in *SDHI* 54 (1988), p. 399; I. MOLNAR, *System der Verantwortung in römischen Recht der späten Republik*, in *BIDR* 31-32 (1989-1990), p. 609; v. anche I. LUSIGNANI, *La responsabilità per custodia secondo il diritto romano I*, Modena 1902, p. 60 s., per il quale il passo non conterrebbe nulla di preciso circa i limiti della responsabilità del conduttore. Contra, però, K. VISKY, *La responsabilité dans le droit romain à la fin de la République*, in *RIDA* 3 (1949), p. 471 s.; inoltre H.H. PFLÜGER, *Zur Lehre von der Haftung des Schuldners nach römischem Recht*, in *ZSS* 65 (1947), p. 203, che parla di una «*unbedingte Haftung*» assunta dal conduttore, e W. HOFMANN-RIEM, *Die custodia-Haftung des Sachmeisters untersucht an Af./Paul. D. 19, 2, 30, 2*, in *ZSS* 86 (1969), p. 398; parzialmente discordante anche TH. MAYER-MALY *op. loc. cit.*, per il quale la custodia menzionata nel passo pur presentandosi come un «*Nebenglied*» del conduttore, non risulta estranea alla «*custodia-Haftung*». Tra coloro che non ravvisano un esplicito riferimento testuale alla *custodia* in senso tecnico v'è comunque la tendenza a scorgere una responsabilità di tipo oggettivo del *redemptor* per il solo verificarsi ad opera di terzi degli atti espressamente vietati dalla *lex locatons* («*ingere, cadere, urere siccum*») v., a tal proposito, G. I. LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale I. La responsabilità per custodia*, Milano 1938, p. 211 nt. 2; M. SARGENT, *Problemi della responsabilità contrattuale*, in *SDHI* 20 (1954), p. 158 s.; A. METRO, *L'obbligazione di custodire nel diritto romano*, Milano 1966, p. 178 s.

Per un'altra parte della letteratura, invece, la responsabilità del *redemptor* non poteva prescindere da un suo contegno negligente nell'attività di vigilanza che avesse permesso il taglio degli alberi da parte del terzo: richiamati alla *culpa* in J. PARIS, *La responsabilité de la custodia en droit romain*, Paris 1926, p. 189 s.; C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, in *IURA* 43 (1952), p. 51; ID., *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano. Materiali cit.*, p. 67 s.; v. anche P. VOCI, *Diligentia, custodia, culpa. I dati fondamentali*, in *SDHI* 56 (1990), p. 63 s.

Quanto, invece, alla pretesa contrapposizione emergente nel passo tra un carattere attivo della sorveglianza nell'ambito della *custodia* (consistente, questa, nel prendersi cura della *res* — *curare* — e nel svolgere un'attività di sorveglianza — *dare operam* —), e un carattere passivo della sorveglianza nell'ambito della *culpa* (sotteso alla interpretazione riduttiva della *lex locatons* disdegnata da Alfeno, per la quale il *redemptor* era tenuto solamente a *prohibere* «*si quem casu vidisset siccum cadere*»), cfr. C. ALZON, *Problèmes relatifs à la locatio des entrepôts en droit romain*, Paris 1964, p. 60 s. e nt. 314; R. ROBAVE, *L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain*, Bruxelles 1987, p. 410 ss.

to $rem$  osservata in generale, come si è ricordato sulla base di D.2.14.39, dai *veteres*.

Il contrasto segnalato, invero, è già stato rilevato dalla dottrina romanistica che ha altresì tentato di individuare le possibili ragioni. Vale la pena di soffermarsi, dapprima, su tali tentativi, per poi prendere una personale posizione al riguardo.

Muovendo dunque dalla letteratura meno recente, si può notare come essa dimostri non di rado di seguire la *Magna Glossa* nell'avanzare una spiegazione di ordine sistematico, secondo cui nel responso di D.19.2.29 si sarebbe fatto prevalere il principio interpretativo di conservazione (*ut res magis valeat quam pereat*) rispetto al criterio dell'interpretazione *contra locatorem*. In altre parole, Alfeno avrebbe fatto la scelta di intendere la disposizione dubbia («*neve quem-sinito*») nel senso che avesse una qualche operatività, anche se questo poteva produrre uno svantaggio per il conduttore; l'accoglimento della prima soluzione («*utrum redemptor-deberet*»), invece, non avrebbe conferito per il giureconsulto utilità alcuna al dettato contrattuale, dal momento che avrebbe fondato obblighi del conduttore già insiti nella prima parte della clausola («*redemptor-neve devrion*») <sup>11</sup>. Non pare aderire a tale spiegazione, però, Bar-

<sup>11</sup> Cfr. gl. *Coederet* ad D.19.2.29 (ed. A. Gryphius, Venetis 1581, p. 1261): «Sol. ideo pro locatore sit interpretatio, ne illa ad lectio, neve quem cingere, etc. nil operetur. Sic est arg. opti. j. de le. j. le. si quando nil autem operentur, si id duntaxat significaret, ut si quem earum rerum quid facere videret prohibeat, nam per prima verba hoc idem significabatur, quibus promisit se non casurum caedere enim videretur qui patitur caedere...» poco dopo, richiamando l'opinione di Azzone, si prospetta altresì un ricorso al (superiore) criterio dell'*interpretatio ex natura et qualitative contractus*: «Vel dicas quod hoc est ex officij, suscepti sollicitudine, nam ex natura et qualitate contractus verba intelliguntur, ut supra eo l. si uno, secundum Azon».

<sup>12</sup> V., nella medesima direzione della Glossa, G. PACE DA BERGIA, *Legum conciliatarum centuriæ VII*, Francofurti 1625, cent. II, quæst. VII, p. 124; A. VINNEN, *Tractatus quatuor de pacis, jurisdictione, collationibus, et trans-*

tolo da Sassoferrato, per il quale il frammento alieniano non presenterebbe un'ipotesi di patto ambiguo o oscuro<sup>12</sup>, mentre espressamente alla Glossa accursiana si rifà il Cuiacio, il quale fissa in agguanta due *regulae* alla luce di D.19.2.29: «Prior est, cum utraque interpretatio, quam admittit ambiguus sermo pro locatore est, ut in *d. l. 29*. — scil. D.19.2.29 — utramque amplectimur. Cum autem una interpretatio pro locatore est, altera pro conductore, hanc potius quam illam amplectimur, ac locus est *regulae l. veteribus* — scil. D.2.14.39 —»<sup>13</sup>.

Sul nostro problema si è poi soffermato, verso la fine dell'Ottocento, il Polignani in un articolo dedicato alle origini storiche dell'art. 1137 del codice civile italiano del 1865 <sup>14</sup>. L'autore ha inteso dimostrare che i principi dell'*interpretatio contra stipulatorem, venditorum, locatorem* non avevano per i giureconsulti romani una validità assoluta; ciò sarebbe testimoniato dal fatto

*actionibus*, Amstelodami 1717, cap. XX, p. 108, § 6, laddove, motivando il parere di Alfeno, afferma: «...nempe ne superfluo adiecta pacto videatur illa clausula, *neve sinito*: cum etsi ea adiecta non esset, conductor *syrae doli vel culpae nomine teneretur*, si quem urentem, cadentem, etc. deprehendens, non prohibuisset...»; J. FERNANDEZ DE RETES, *Nouvantiqua Prolectio ad Legem inter stipulantem LXXXIII. Dig. de verborum obligationibus*, in *Mermannii Thesaurus VII*, Ala 1753, p. 582, § 23; G. AVERANI, *Interpretationum juris libri*, t. II, lib. IV, Maceratae 1833, cap. XII, p. 287 e cap. XVII, p. 311.

<sup>12</sup> Cfr. *Commentaria in secundam Digesti veteris partem. Ad lib. XIX Digesti, tit. De loc. et cond.*, l. XXXII, «*In lege*», Augustae Taurinorum 1589, III, p. 176: «Verbum ne, sive neve, importat ne quis faciat, et quod curet ne per alium fiat. h. d. Op. istud pactum obscurum debet interpretari contra profertem, hic autem interpretatur pro eo: ergo, etc. Sol. gl. duobus modis ut habes in ea. Tu dic, quod l. veteribus — scil. D.2.14.39 — supra de pactis loquitur in pactone obscura, et ambigua: haec in pactone certa, et clara. Ista enim interpretatio, quae fit hic, est propria verbi significatio, cui stare debemus in dubio l. non aliter infra de leg. 3. Sed quando verbum, seu oratio habet plures significaciones, tunc loquitur lex contraria, et c.».

<sup>13</sup> Cf. J. CUIACIUS, *op. loc. cit.*

<sup>14</sup> G. POLIGNANI, *Di un'antica regola di diritto interpretatio contra stipulatorem riprodotta nel codice civile italiano*, in *Il Filangieri* 6 (1861), p. 1 ss., ristampato poi in F. LAURENTI, *Principii di diritto civile*, XVII (appendice D), Napoli 1882, p. 473 ss.; a quest'ultima opera rinvierò per le citazioni.

che in almeno cinque passi (e fra questi lo studioso annovera D. 19.2.29)<sup>15</sup> la soluzione data *in re dubia* risulta favorevole allo stipulatore, al venditore e al locatore. Per il Polignani, pertanto, la giurisprudenza romana non guardava esclusivamente al ruolo negoziale per stabilire quale dei due contraenti avesse l'onere di *clare loqui* e dovesse conseguentemente sopportare un'interpretazione svantaggiosa; essa preferiva verificare nel caso concreto chi fosse il portatore dell'interesse sotteso alla clausola, e a costui, che poteva anche non essere colui dal quale apparentemente proveniva il dettato negoziale, imputava l'ambiguità della formulazione applicando la sanzione della '*contraria interpretatio*'. Lo studioso ha inoltre ricordato, sempre per sottolineare la derogabilità delle regole ermeneutiche in questione, che nei contratti bilaterali (e in particolare nell'*emptio-venditio* e nella *locatio-conductio*) ognuno dei contraenti poteva assumere le vesti di *stipulator*<sup>16</sup>, sicché nelle ipotesi di compratori e conduttori *interrogantes* ci sarebbe stato spazio per soluzioni a questi sfavorevoli, ma conformi al criterio della *interpretatio contra stipulatorem*.

Ancora con riguardo alla letteratura di fine Ottocento, si può menzionare la fugace opinione espressa dal Pernice, il quale ha fatto leva sulle peculiarità delle *redemptiones* del tipo richiamato in D. 19.2.29 (assimilabili, sotto il profilo della responsabilità contrattuale, ai *recepta*) per giustificare la non applicazione nel caso

<sup>15</sup> Cfr. *op. cit.*, p. 475; gli altri quattro testi richiamati sono D. 45.1.41.pr., D. 45.1.110.1., D. 45.1.99.pr. (in materia di *stipulatio*); D. 18.1.34.pr. (in materia di compravendita).

<sup>16</sup> V., a tal riguardo, F. SIVUM, *Il pactum e le sue molteplici applicazioni in Contractus e pactum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardorepubblicana* (Atti Conv. Copanello 1-4 giugno 1988), Napoli 1990, p. 166.

di specie del principio della *interpretatio contra locatorem*<sup>17</sup>.

Passando alla dottrina romanistica del Novecento, merita di essere ricordata la posizione del Buckland<sup>18</sup>, il quale ha scorto con riguardo al responso alfeniano uno sviluppo del pensiero giurisprudenziale. L'autore, in particolare, ha sostenuto la tesi che per i giuristi romani l'*ambiguitas* nuoceva sul piano interpretativo in senso proprio al formulatore (*proferens*) del dispositivo contrattuale; nel caso della compravendita e della locazione, questi poteva anche essere l'*emptor* o il *conductor*, come alcuni riferimenti presenti nelle fonti a *leges emptionis-conductionis* starebbero ad indicare. Lo studioso però, imbatendosi in D. 19.2.29, si è trovato costretto a spiegare per quale motivo la *lex locationis* — da intendersi, nella sua visione, *lex proveniente dal locator* — non è stata interpretata in senso sfavorevole al *proferens*, e lo ha fatto sostenendo che la regola dell'*interpretatio contra proferentem* era ancora ignota ad Alfenone e venne elaborata poco più tardi da Labeone<sup>19</sup>.

In tempi a noi più prossimi, il Gandolfi, nell'ambito dei suoi studi sulla interpretazione negoziale nel diritto romano<sup>20</sup>, ha abbozzato una nuova spiegazione per il problema qui affrontato: secondo l'autore, il non con-

<sup>17</sup> Cfr. *op. cit.*, p. 352: «Da bei zweifelhafter Wortfassung die lex gegen den Verkäufer ausgelegt wird, so wäre Servius schwerlich zu diesem Ergebnis gelangt, wenn bei Redemptoren solcher Art nicht dieselbe umfassende Haftung wie beim receptum gewohnheitsmäßig anerkannt gewesen wäre». Con tale assunto mi pare, invero, che l'autore si avvicini ai seguaci della *Magna Glossa* (v. nt. 11), laddove prospettano l'uso del superiore criterio della *interpretatio ex natura et qualitate contractus*.

<sup>18</sup> Cfr. W. W. BUCKLAND, *Superficies et lex contractus*, in *RHD* 17 (1938), p. 666 ss.

<sup>19</sup> Cfr. *op. cit.*, p. 670, sulla base di D. 18.1.21 e di D. 18.1.34.pr.

<sup>20</sup> Cfr. G. GANDOLFI, *Lezioni cit.*, p. 123 s.; *Studi cit.*, p. 102 s.; v. inoltre, *Criteri sussidiari e fine primario dell'ermeneutica negoziale*, in *Studi in onore di G. Scherillo* I, Milano 1972, p. 34 s.



formarsi del responso di D.19.2.29 al canone ermeneutico della *interpretatio contra locatorem* sarebbe dovuto alla circostanza che tale criterio era considerato sussidiario rispetto a quello, impiegato da Alfeno, che si ispirava alla *bona fides*.

Per concludere questa rassegna di opinioni piuttosto varie si possono ancora segnalare le posizioni logicamente assunte dal Hoffmann-Riem e dal Krampe, che mi paiono, pur con diversa evidenza, confluire nella via già tracciata da Bartolo da Sassoferrato<sup>21</sup>; mentre per il primo il *locator* non subisce l'interpretazione sfavorevole, poichè Alfeno non ravvisa ambiguità nel senso della clausola<sup>22</sup>, per il secondo le ragioni dell'opzione vantaggiosa per il locatore vanno ricercate più in generale nella dottrina retorica di origine stoica che una notevole influenza ha esercitato, come si sa, sull'attività della giurisprudenza romana<sup>23</sup>.

## 2. Sulla ragione della interpretazione favorevole al locatore.

Volendo ora offrire una valutazione critica delle suaccennate opinioni, mi sento innanzitutto di dire che non mi paiono convincenti quelle tesi (mi riferisco ai seguaci della *Magna Glossa*, al Pernice e al Gandolfi) che fanno leva in un'ultima analisi sul fatto che Alfeno

abbia voluto privilegiare nel suo responso criteri ermeneutici (*interpretatio ut res magis valeat quam pereat, ex natura et qualitate contractus, ex fide bona*) genericamente superiori a quello dell'*interpretatio contra locatorem*. Mi pare questa, in verità, una chiave di lettura che riflette una istanza di ordine sistematico che, se da un lato pare comprensibile in relazione alle finalità perseguite dall'apparato accursiano<sup>24</sup>, d'altro lato non può certamente condizionare uno studio a carattere storico del passo, dove, semmai, si deve tenere in conto che il modo di procedere nell'attività interpretativa degli atti negoziali già a partire dalla giurisprudenza repubblicana era di tipo topico<sup>25</sup>. Al Gandolfi, per altro, è già stato obiettato che manca un appiglio testuale per poter parlare di *interpretatio* ispirata al criterio della *bona fides*<sup>26</sup>. Quanto poi alla prima delle *regulae ermeneutiche* fissata dal Cuiacio sulla base di D.19.2.29<sup>27</sup>, secondo la quale nel caso di due possibili soluzioni parimenti favorevoli al locatore entrambe sarebbero accoglibili, mi sembra facile opporre il rilievo che le due interpretazioni originate dal significato anfi-

<sup>21</sup> Cfr. *supra*, nt. 12.

<sup>22</sup> Cfr. *op. cit.*, p. 398: «...weil die *lex* nur ihrem Wortlaut nicht aber ihrem Sinn nach mehrdeutig ist...»; nel prosiegno, però, l'autore dà l'impressione di seguire il Pernice (per l'opinione del quale v. *supra*, nt. 17): «...Ihrem Sinn nach ist sie eindeutig, weil anerkannt ist, daß derartige *leges locationis* als Begründung einer *custodia*-Haftung zu verstehen sind».

<sup>23</sup> Cfr. *Die ambiguitas-Regel cit.*, p. 225: «Altenus entscheidet gerade im Gegenteil zugunsten des *locator* unter Hinweis auf dessen *voluntas*. Diese Lösung entspricht der...rhetorischen Theorie».

<sup>24</sup> Sul punto, si veda in particolare G. ASTURI *La «Glossa accursiana, in Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea* (Raccolta di scritti a cura di G. Diurni) I, Napoli 1984, p. 327 ss.

<sup>25</sup> Cfr. A. BURDESSE, *Note cit.*, p. 195; ID., v. «Interpretazione nel diritto romano», in *Digesto. Discipline privatistiche. Sez. civile* X, Torino 1993, p. 7; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, p. 219.

Per una critica al Gandolfi sostanzialmente sotto il detto profilo v. anche F. GALLO, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, in *Studi in onore di G. Grosso* III, Torino 1970, p. 540 nt. 130.

<sup>26</sup> Cfr. F. WIEACKER, *Rc. a Gandolfi*, *Studi cit.*, in *ZSS* 83 (1966), p. 447; G. GANDOLFI, *Critici cit.*, p. 35. Credo, d'altra parte, condividendo le perplessità espresse da B. W. FRER, *Tenant's Liability cit.*, p. 244 nt. 34, che se Alfeno avesse fondato la propria soluzione sulla *bona fides* non si sarebbe limitato ad una considerazione della verosimile *voluntas locatoris* ma avrebbe necessariamente svolto una indagine su come il *conductor* avesse inteso il patto ambiguo (sul punto v. anche *infra*, § 3).

<sup>27</sup> Cfr. *supra*, § 1.

bologico di *non sinere* possono essere eventualmente intese entrambe *pro locatore* se considerate in termini assoluti, ma non possono più esserlo, e una di esse diventerà inevitabilmente *pro conductore*, se poste tra loro in raffronto; non mi sembra dunque che, in ragione della regola fissata dal Cuiacio, vada esclusa l'esistenza di un problema di incompatibilità del nostro testo con il principio dell'*interpretatio contra locatorem*.

Ad altro tipo di perplessità lascia adito invece la tesi di più ampio respiro avanzata dal Polignani. La ricostruzione di un criterio valevole in tutti i casi in cui il giurista rinveniva un'*obscuritas* o un'*ambiguitas* in questi termini: «il patto oscuro od ambiguo vuolsi interpretare contro colui che lo invoca per ritrarne un utile speciale e non dipendente dall'indole della cosa o del contratto, sia che l'abbia proposto lui, sia che l'altro contraente»<sup>28</sup>, non mi pare invero adattarsi al responso di Alfeno, dal momento che in quell'occasione la clausola dubbia veicolava senz'altro un interesse del locatore<sup>29</sup> ed era questo stesso che beneficiava (contrariamente, dunque, al criterio individuato dal Polignani) di una *interpretatio* favorevole<sup>30</sup>. Non è dato scorgere, d'altra parte, alcun riferimento testuale per prospettare la circostanza che il *redemptor* fosse al tempo stesso

*stipulator* e che pertanto la soluzione a lui contraria si potesse spiegare in quanto *contra stipulatorem*.

Credo poi che anche la risposta al nostro problema data fuggacemente dal Buckland non possa andare esente da censure. A parte la discutibilità di un approccio nominalistico alle *leges contractus*, alla luce del quale, in particolare, la *lex locacionis* privata sarebbe un testo contrattuale formulato esclusivamente dal *locator*<sup>31</sup>, rimane il fatto che pare arduo prospettare alla luce di D.19.2.29 un'ignoranza da parte di Alfeno del principio della *interpretatio contra locatorem*, quando lo stesso giurista ben potrebbe essere ricompreso tra quei «*veteres*» che, stando a D.2.14.39, tale principio approvavano<sup>32</sup>.

Sono convinto, in verità, che per formulare una plausibile ipotesi circa i motivi che hanno indotto Alfeno a non interpretare la clausola in senso sfavorevole al locatore, occorra effettivamente prendere le mosse dalla «rhetorische Theorie», come sostiene il Krampe<sup>33</sup>, ed in particolare dal *De inventione* di Cicerone, i cui contenuti presentano una indubbia corrispondenza con le tecniche ermeneutiche adoperate dai giuristi romani<sup>34</sup>. Rileggiamo, dunque, con attenzione il noto passo dell'opera ciceroniana (*De inv.* II.40.116-117) che riguarda

<sup>28</sup> Cf. *op. cit.*, p. 476.

<sup>29</sup> Poiché riguardava la responsabilità contrattuale del conduttore. Al limite si può pensare al recepimento nella disposizione «*neve-sinio*» di un contemporaneo di interessi delle parti (v. *infra*, § 3), ma certamente non vi si può ravvedere un esclusivo interesse del conduttore.

<sup>30</sup> Non è forse casuale che, a differenza degli altri passi che il Polignani presenta come deroghe al principio dell'*interpretatio contra stipulatorem, venditorem, locatorem* (cf. *supra*, nt. 15), D.19.2.29 venga trascurato dallo stesso autore, quando si tratta di provare la fondatezza del criterio generale dell'«interesse». Ciò potrebbe essere dovuto anche al fatto che il detto criterio viene attribuito dallo studioso più che altro alla giurisprudenza di età classica. In ogni caso, penso che il nostro passo avrebbe meritato, nella prospezione in cui si colloca il Polignani, una qualche spiegazione.

<sup>31</sup> Sul punto v. meglio *infra*, § 3.

<sup>32</sup> Sul fatto che nella terminologia dei giuristi del II e III secolo d.C. «*veteres*» stesse ad indicare i giuristi di età repubblicana, v. G. COPPOLA, *Studi sulla pro herede gestio I. La struttura originaria del «gerere pro herede»*, Milano 1987, p. 103; R. CARDILLI *op. cit.*, p. 170 s.; per un'esplicita comprensione di Servio e della sua scuola nel novero dei *veteres*, cf. F. HORAK, *Wer waren die «veteres»? Zur Terminologie der klassischen römischen Juristen*, in *Vestigia iuris romani (Festschrift für G. Wesener zum 60. Geburtstag)* herausg. G. Klüngenbergh - J.M. Rainer - H. Stiegler, Graz 1992, p. 235 s.

<sup>33</sup> Cf. *supra*, nt. 23.

<sup>34</sup> V., per tutti, P. VOGLI, *Diritto ereditario romano II*, Milano 1963, p. 932 s.

espressamente la *controuersia ex ambiguitate*. Dopo averne tratteggiato i contorni <sup>35</sup>, l'Arpinate scandisce nel modo seguente il *modus procedendi* dell'interprete:

*De iur. II.40.116-117.* «Primum, si fieri poterit, demonstrandum est non esse ambiguum scriptum, propterea quod omnes in consuetudine sermonis sic uti solent eo verbo uno pluribusve in eam sententiam, in quam is, qui dicit, accipiendum esse demonstrabit. Deinde ex superiore et ex inferiore scriptura docendum id, quod quaeratur, fieri perspicuum. Quare si ipsa separatim ex se verba considerentur, omnia aut pleraque ambigua visum iri; quae autem ex omni considerata scriptura perspicua fiant, haec ambigua non oportere existimare. Deinde, qua in sententia scriptor fuerit, ex ceteris eius scriptis et ex factis, dictis, animo atque vita eius sumi oportebit et eam ipsam scripturam, in qua inuenit illud ambiguum, de quo quaeratur, totam omnibus ex partibus peremptare, si quid aut ad id oppositum sit, quod nos interpretemur, aut ei, quod aduersarius intellegat, aduersetur. Nam facile, quid veri simile sit eum voluisse, qui scripsit, ex omni scriptura et ex persona scriptoris atque iis rebus, quae personis attributae sunt, considerabitur».

Dal passo <sup>36</sup> emerge con chiarezza il fatto che tutti i criteri enunciati (che presentano come parametri di riferimento, nell'ordine, il significato generalmente condiviso, il significato contestuale e il significato personale, ricavabile *alunde*, dell'espressione dubbia) sono in ultima analisi tesi a dimostrare, ove ciò fosse possibile, l'inesistenza dell'*ambiguitas* e la *perspicuitas* del testo scritto. Il procedimento logico che un retore o un giurista doveva seguire era dunque fortemente segnato

<sup>35</sup> Cfr. *supra*, nt. 8.

<sup>36</sup> Sul quale v. in particolare G. GANDOLFI, *Studi cit.*, p. 273 ss.

dalla domanda se l'*ambiguitas* sussistesse effettivamente o non fosse piuttosto chiara la *voluntas* dello scrivente. Ebbene, si può fondatamente ritenere che questo dovesse capitare anche quando era in gioco l'applicazione del principio della *contraria interpretatio*<sup>37</sup>; si legga, a tal riguardo, il seguente passo di Pomponio in materia di compravendita:

D.18.1.33 (Pomp. 33 ad Sab.): «Cum in lege venditionis ita sit scriptum: "Flumina stillicidia uti nunc sunt, ut ita sint", nec additur, quae flumina vel stillicidia, primum spectari oportet, quid acti sit: si non id appareat, tunc id accipitur quod venditori nocet: ambigua enim oratio est».

Come si può vedere, l'interpretazione sfavorevole al venditore viene condizionata al fallimento della ricerca dell'*id quod actum est*, cioè al non chiarimento della *voluntas* negoziale<sup>37</sup>.

Ed allora, ritornando al nostro passo, credo effettivamente probabile — come hanno ritenuto, senza particolari sforzi argomentativi, Bartolo da Sassoferrato <sup>38</sup> e più recentemente l'Hoffmann-Riem <sup>39</sup> — che Alfeno non abbia applicato il canone dell'*interpretatio contra locatorem*, poichè era chiara (*rectius*, individuabile secondo un giudizio di verosimiglianza) la *voluntas* negoziale sottesa alla clausola «*neve-sintor*». Non saprei dire poi se il giurista repubblicano, che con ogni probabilità

<sup>37</sup> In termini più generali, v. anche F. STELLA MARANCA, *op. cit.*, p. 59; con specifico riferimento a D.18.1.33, cfr. R. ZIMMERMANN, *op. cit.*, p. 640 e A. CARCATERRA, *Le operazioni dell'avvocato. Euristiche e logica a fronte della "narratio" dell'interessato*, in *SDHT* 52 (1986), p. 103 s. Sul fatto, poi, che nel procedimento ermeneutico seguito dai giuristi l'indagine sull'*id quod actum est* si risolvesse non di rado nel disvelamento della volontà negoziale, cfr. P. VOCI, *Note cit.*, p. 593.

<sup>38</sup> Cfr. *supra*, nt. 12.

<sup>39</sup> Cfr. *supra*, nt. 22.

aveva presente il testo negoziale nella sua interezza, basasse la propria *coniectura* circa la volontà individuale del locatore su di una valutazione contestuale del patto dubbio, oppure su altre caratteristiche (ad esempio, l'appartenenza ad un tipo, le finalità specifiche) della locazione in questione<sup>40</sup>; si tratta, in ogni caso, di un problema che ai nostri fini può rimanere insoluto.

### 3. L'irrelevanza della voluntas del conduttore nella ricostruzione della volontà negoziale: i termini della questione.

Spiegata così, secondo la tesi che potremmo definire della *ambiguitas* apparente, la contraddizione esistente tra D.19.2.29 e D.2.14.39 che avevamo evidenziato, mi pare tuttavia che vi sia un altro aspetto della risposta del giurista repubblicano che merita ulteriori riflessioni, e cioè il fatto che egli «invero argomentava più che dalla volontà contrattuale, da quella espressa dal creditore, senza neppure chiedersi come la espressione *'sinerè'* adoperata dal *dominus* fosse stata intesa dal *redemptor-debitore*»<sup>41</sup>. Sembra effettivamente strano che, in un'epoca in cui la *locatio-conductio* si configurava già come una convenzione obbligatoria che aveva una tutela giudiziale fondata sulla *bona fides*<sup>42</sup>, lo

sforzo interpretativo si indirizzasse esclusivamente sulla *voluntas* del locator, anziché su quella di entrambi i contraenti. E ciò pare ancora più singolare se si tiene conto che in un'altra occasione in cui si trattava di definire, attraverso l'interpretatio della *lex locationis*, i confini della responsabilità contrattuale del *conductor* di una villa, Alfeno aveva espressamente fatto riferimento alla *voluntas contrahentium*<sup>43</sup>.

Ora, ritenere, come una tradizione più datata dei nostri studi autorizzerebbe<sup>44</sup>, che il richiamo alla sola *voluntas locatoris* sia dovuto al fatto che la *lex locationis* privata, a differenza del *pactum*, era formulata, oltre che imposta, unilateralmente dal locatore non mi pare in verità scevro di inconvenienti. È sufficiente ricordare, per evitare sul punto discutibili generalizzazioni, che proprio in Alfeno *lex dicta* e *pactum* sono usati come sinonimi<sup>45</sup>, non si può escludere, d'altra parte, che in certi casi sia il locatore sia il conduttore parteci-

Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di diritto romano I, Torino 1992, p. 36 ss.).

<sup>43</sup> Cfr. l'«utroque...voluisse» in D.19.2.30.4 (Alf. 3 dig. a Paul. epit.): «*Colonus viliani hac lege acceperat, ut incorruptam redderet praeter vin et velustatis: coloni servus viliam incendit non fortuito casu. non videtur eam vin exceptam respondit nec id pactum esse, ut, si aliquis domesticus eam incendisset, ne praestaret, sed extrorsum vin utroque excipere voluisse*», sul passo v. recentemente R. CARDILLI, *op. cit.*, p. 257 ss. (ivi ulteriori indicazioni bibliografiche). Non convincente mi pare, considerati i risultati cui è pervenuto lo Sturm (*v. op. cit.*, p. 165 ss.), il motivo di sostanza addotto in dottrina per sostenere la non genuinità della parte finale «*nec id pactum voluisse*», e cioè che Alfeno non avrebbe potuto confondere due concetti distinti quali la *lex dicta* e il *pactum* (v. U. VON LÜBROW, *Die Haftung des Pächters nach D.19.2.30.4*, in *Gesammelte Schriften* I.3, Freiburg-Berlin 1989, p. 268; P. PINNA PARPAGLIA, *Vita ex ipsa re. Aspetti della locazione in diritto romano*, Milano 1983, p. 77 s.); per la riconducibilità a Servio del responso cfr. anche TH. MAYER MALY, *Rc. a Pinna Parpaglia*, *op. cit.*, in *IURA* 34 (1983), p. 155.

<sup>44</sup> Cfr. U. VON LÜBROW, *Catos leges venditioni et locationi dictae*, in *Gesammelte Schriften* I.3, Freiburg-Berlin 1989, p. 22 s.

<sup>45</sup> Cfr. F. STURM, *op. cit.*, p. 165 ss.

<sup>40</sup> Non è particolarmente chiaro, a tal riguardo, il ROTH, *op. cit.*, p. 126 nt. 97: «Alfen legt dort eine für sich genommen mehrdeutige Formulierung zu Grunde des Verwenders aus, da sich aus der *lex* im übrigen der entsprechenden Parreiwille, i.e. *id, quod actum est*, nämlich der bestimmige Schutz der Pachtsache, zweifelstfrei ergibt».

<sup>41</sup> Così, in rapporto però a Servio, F. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel diritto romano dalle origini a tutta l'età postclassica*, Bari 1994, p. 37 nt. 31.

<sup>42</sup> Cfr. in particolare l'opinione di Q. Mucio Scevola, riportata in Cic., *De off.* 3.17.70 (su cui v. F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*,

passero alla stesura delle clausole contrattuali; ciò mi pare anzi chiaramente testimoniato, proprio in merito alla prassi negoziale tardo-repubblicana, in un passo di Vitruvio dove l'apporto tecnico dato dall'architetto alla formazione della *lex contractus* viene riferito ad entrambi i contraenti<sup>46</sup>, e non vedo difficoltà ad ipotizzare una collaborazione del *redemptor* alla definizione del rapporto non solo nell'ambito della *locatio operis* ma anche in quello della *locatio rei*, quanto meno in quei casi in cui i contenuti contrattuali erano più articolati e minore era la disparità fra i poteri negoziali delle parti. Se è vero, poi, che il «*legem cum-scribere*» di D.2.14.39<sup>47</sup>, non può necessariamente alludere ad una formulazione delle disposizioni contrattuali<sup>48</sup>, mi pare tuttavia che dall'esegesi di questo passo emerga l'eventualità, implicitamente considerata dai veteres, che fosse il *conductor* (oppure l'*emptor*) a *dicere legem*<sup>49</sup>.

<sup>46</sup> Cfr. De arch. 1.1.10: «*Item, a quantum dictiones et cetero, quae eius modi sunt, nota oportet sint architectis, uti ante caveant quam instituant aedificia, ne controuersioe factis operibus patribus familiarum relinquuntur, et ut legibus scribendis prudentia cauere possit et locatori et conductori, namque si lex perite fuerit scripta, erit ut sine capione uterque ab utroque liberetur*».

<sup>47</sup> V. *supra*, § 1.

<sup>48</sup> Nel sintagma in questione, infatti, *conscribere* ha, quale significato privilegiato, quello di «*scribendo componere*»: cfr. F. FORCELLINI, *Totius latinitatis Lexicon*<sup>1</sup>, v. «*conscribo*», (rist.) Patavii 1965, p. 797; *Thesaurus* l.l., vol. IV, v. «*conscribo*», c. 375; sull'impiego del verbo nel Digesto cfr. H.E. TROLE, *op. cit.*, p. 159 nt. 286.

<sup>49</sup> Si confronti a tal riguardo D.2.14.39 («*Veteribus placet pactionem obscuram vel ambiguum venditori et qui locavit nocere, in quorum fuit potestate legem apertius conscribere*») con D.18.1.21 («*Labeo scripsit obscuritatem pacti nocere potius debere venditori qui id dixerit quam emptori, quia potuit re integra apertius dicere*»), tratto dai libri ad *Sabinum* di Paolo, la concordanza già sottolineata (cfr. U. ZILLETI, *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, Milano 1961, p. 26 nt. 50) tra i due passi in rapporto alla decisione, alla motivazione e al richiamo della giurisprudenza più risalente, consente legittimamente, credo, di trarre da D.18.1.21, spunti per meglio intendere D.2.14.39. In particolare, mi sembra che nel testo paulino la frase relativa «*qui id dixerit*» non sia da valutare come un richiamo di Labeone ad

Parimenti, non credo priva di obiezioni la tesi che vuole spiegare l'esame della sola *voluntas* del *locator* col fatto che la clausola «*neve-sinito*» andasse a tutelare un interesse esclusivo dello stesso<sup>50</sup>. Se è indubbiamente vero, infatti, che essa determinava un ampliamento, rispetto alla prima parte del patto («*redemptor-neve deurrio*»), della responsabilità contrattuale del *redemptor* a vantaggio del *locator*, mi sembra altrettanto vero, capovolgendo la prospettiva, che la stessa clausola contribuiva altresì a limitare le ipotesi in cui tale responsabilità si ravvisava, soprattutto attraverso la tipizzazione delle condotte dei terzi lesive della *silva*, rispetto alle quali veniva fissato il dovere di impedimento del conduttore. Si potrebbe dunque scorgere, sotto questo profilo, la salvaguardia di un interesse del *redemptor*.

una prassi costante, riferibile alla sua epoca, secondo cui era il venditore a *dicere i pacta* — se così fosse, la specificazione apparirebbe, considerata la successiva causale «*quia-dicere*», non particolarmente necessaria —, ma voglia diversamente segnalare che nel pensiero del giurista repubblicano la regola della *interpretatio contra venditorem* trovava applicazione nelle sole ipotesi in cui il venditore aveva predisposto una clausola oscura; l'attribuzione di una funzione limitativa alla locuzione in questione induce invero ad ipotizzare, pur in assenza di precisi riscontri testuali, l'esistenza di casi nei quali era il compratore ad inserire nella *lex contractus* un patto oscuro e nei quali dunque il venditore non subiva secondo Labeone un'interpretazione sfavorevole (a tal proposito, il BIONDI, *Contratto e stipulatio*, Corso di lezioni, Milano 1963, p. 384, pensa ad una *interpretatio contra emptorem*).

Ora, simili casi (oltre a quello, che qui più interessa, di una clausola dubbia posta dal *conductor*) potrebbero in verità essere adombrati anche in D.2.14.39, se è vero, come mi pare, che nella frase relativa («*in quorum- conscribere*») si cumolino una funzione causale (la sola, in genere, riconosciuta in dottrina e che trova una corrispondenza nella frase «*quia-dicere*» di D.18.1.21) con una funzione limitativa (che in D.18.1.21 si è ritenuto di scorgere nella relativa «*qui id dixerit*»). I veteres, dunque, nel confinare l'uso del canone dell'*interpretatio contra locatorem* ai casi di *lex dicta* dal *locator*, avrebbero tenuto conto della facoltà del *conductor rei* (cfr. *supra*, nt. 1) di formulare, a sua volta, dei patti.

<sup>50</sup> Cfr. G. NEGRI, *Diritto minerario romano I. Studi esegetici sul regime delle cave private nel pensiero dei giuristi classici*, Milano 1985, p. 52 nt. 133.

A mio avviso, dunque, il motivo per cui l'indagine di Alfeno non si è rivolta alla *voluntas contrahentium* deve essere ancora compiutamente chiarito.

#### 4. Sulla ragione della valutazione alfeniana della sola *voluntas locatoris*.

Qualche suggerimento in proposito può forse provenire da un inquadramento storico del passo.

Finora l'esegesi di D.19.2.29 è stata condotta muovendo dal presupposto (largamente condiviso in dottrina) che la *locatio* in questione riguardasse privati cittadini. Un simile punto di partenza, in verità, potrebbe trovare una qualche conferma, ma solo per l'affinità della fattispecie considerata, se consideriamo quei passi che danno conto della riflessione giurisprudenziale (per altro, di età classica) in materia di concorso dell'*actio locati* con altri mezzi processuali (*actio arborum furtim caesarum*, *actio ex lege Aquilia*, *interdictum quod vi aut clam*), per l'ipotesi in cui il *colonus* avesse operato tagli degli alberi presenti nel fondo affittato<sup>51</sup>. A me sembra, tuttavia, senz'altro più verosimile, per una serie di indizi che mi accingo ora ad esporre, che Alfeno sia stato chiamato ad esaminare una *lex locacionis* pubblica<sup>52</sup>.

<sup>51</sup> Cfr. D.12.2.28.6; 19.2.25.5; 47.7.9; in dottrina, cfr. O. CARRELLI, *op. cit.*, pp. 330 nt. 1, 380 ss., 390 s.

<sup>52</sup> Va preliminarmente riconosciuto, però, che non può deporre per una certa natura della clausola l'impiego del segno *redemptor*, che nella sua più antica e tecnica accezione indicava colui che si accorda «publico» (v. Fest., v. *redemptores*, L., p. 332): lo stesso termine, infatti, si trova utilizzato anche in *leges locacionis* private: v., per esempio, D.19.2.30.3, tratto, oltretutto, dall'epitome paolina dei *Digesta* di Alfeno; per la dottrina, cfr. P. ØRSTED, *Roman Imperial Economy and Romanization. A study in Roman imperial administration and the public lease system in the Danubian provinces from the first to the third century A.D.*, Copenhagen 1985, *preceptae*, pp. 125 nt. 165, 139.

Bisogna tenere presente, innanzitutto, che il frammento in questione, come recita la sua *inscriptio*, è ricavato dal libro VII dei *Digesta* di Alfeno (s'intende, nella versione epitomata dall'anonimo); ora nel *Digesto* giustiniano vi sono altri quattro frammenti desunti da tale libro<sup>53</sup>, e due di essi<sup>54</sup> riportano soluzioni interpretative date da Alfeno sicuramente in margine a *leges locacionis publicae*. Con ogni verosimiglianza è stato questo dato che ha indotto il Lenel, nella sua *Palimpsesta*, a collocare il nostro passo, e gli altri frammenti tratti dal settimo libro dei *Digesta*, sotto la rubrica editale (rispecchiante il contenuto dello stesso libro) *De publicanis et vectigalibus et commissis*<sup>55</sup>, e non sono pochi gli autori che in seguito, sulla scia del Lenel, hanno ricondotto la *lex locacionis* di D.19.2.29 all'ambito dello *ius publicum*<sup>56</sup>.

<sup>53</sup> D.4.8.50; 34.2.28; 39.4.15; 50.16.203.

<sup>54</sup> D.39.4.15 e D.50.16.203.

<sup>55</sup> Cfr. *Palimpsesta* I, c. 44 s., nrr. 27-30. Già il GUADAGNI, per altro, aveva preso in esame il testo alfeniano, in ragione della sua provenienza, nell'ambito di una più ampia trattazione delle *leges censoriae*: cfr., dell'autore, *Delle leggi censorie. Lettera all'Illustrissimo Signor Dottore Jacopo Faciolati (Pubblico Professore nell'Università di Padova)*, Firenze 1731, § XI (s.p.).

<sup>56</sup> Cfr. J. BIEMANN, *Custodia und vis maior*, in ZSS 12 (1891), p. 45; A. PERNICE, *op. cit.*, p. 352; V.A. GEORGESE, *Essai d'une théorie générale des "leges privatae"*, Paris 1932, p. 126 nt. 3; D. DAUBE, *Ullhier agere*, in IUR 11 (1960), p. 108 s.; B.W. FRIDR, *Tenant's Liability* ci., p. 245 nt. 36. A. MATEO, *Manceps, redemptor, publicanus: contribution al estudio de los contratos publico en Roma*, Santander 1999, p. 109s., ID., *Notas sobre los arrendamientos de culto tributo*, in *Index* 28 (2000), p. 459 e nt. 2. Pensa-no, per contro, che la *lex locacionis* sia di natura privata: F. CANOCELLI, *L'origine del contratto consensuale di compravendita nel diritto romano*, Milano 1963, p. 30 s.; P. ØRSTED, *op. cit.*, p. 125 nt. 165; W. KUNKE, - R. WITTMANN, *Staatsordnung und Staatspraxis der römischen Republik II. Die Magistratur*, München 1995, p. 447 nt. 192. Dubitativo, invece, F. BONA, *Le «societas publicanorum» e le società questuarie nella tarda repubblica, in Imprenditorialità e diritto nell'esperienza storica (Atti del convegno della Società Italiana di Storia del Diritto - Erite, 22-25 novembre 1985)*, a cura di M. Marrone, Palermo 1992, p. 46 nt. 172.

Oltre alla probabile *sedes materiae* originaria del passo che non venne rispettata dai compilatori giustiniani<sup>57</sup>, Vè un altro elemento che può deporre per la natura pubblica della clausola in questione: a ben guardare, infatti, sembra che la tecnica redazionale utilizzata dall'estensore della *lex contractus* sia del tutto corrispondente a quella impiegata dalle pubbliche committenze nel primo secolo a.C., allorchè occorre, in generale, disporre un *non facere* a carico di soggetti privati. Si vedano, a tal proposito, le clausole seguenti, tratte da *leges locationis* pubbliche:

D.39.4.15 (Alf. 7 Dig.): «*ne quis praeter redemptorem post idus Martias cotem ex insula Creta fedito neve eximto neve auellito*»<sup>58</sup>.

Cic., *In Verr.* 2.1.55.143: «*Qui de L. Marcio M. Perperna censoribus [redemerit] socium ne admittito neve partem dato neve redimito*»<sup>59</sup>.

<sup>57</sup> Il frammento in esame è stato infatti inserito nel titolo 19.2, dedicato alla *locatio-conductio* privata, anziché nel titolo 39.4 (*de publicanis et uectigibus et commissis*). Il GORRIGESCO (*op. loc. cit.*) ipotizza che ciò sia dovuto o ad un errore oppure al fatto che la clausola interpretata da Alfeno fosse passata dallo *ius publicum* allo *ius privatum*. Mi pare più agevole ritenere, invece, che i compilatori si siano serviti del passo — disimpegnandosi completamente degli aspetti storici della questione ivi contenuta e non dando particolare peso ai risvolti di ermenutica negoziale — per affermare in termini generati la responsabilità per *custodia* del conduttore privato, in conformità, del resto, con altri luoghi del *Corpus giustiniano*, dove si prevede anche che la medesima responsabilità sia misurata secondo il criterio della *diligentia diligentissimi patrisfamilias*: cfr. C.4.65.28 e I.3.24.5. Per una considerazione del frammento nell'ambito del sistema della *Complianzione giustiniana*, cfr. F. M. DE ROBERTIS, *La disciplina della responsabilità contrattuale nel sistema della Complianzione giustiniana* III, Bari 1966, p. 590.

<sup>58</sup> Per un inquadramento storico di tale disposizione, attribuibile (stando alla lettera Fiorentino) a Giulio Cesare, v. recentemente G. NEGRI, *Sulle "concessioni" minerarie nel diritto romano, in I rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione nell'esperienza storico-giuridica* (Atti del Congresso internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto - Torino, 17-19 ottobre 1994), Napoli 1997, p. 61 s.

Risulta chiara, in verità, rispetto alla nostra disposizione («*redemptor silvam ne caedito neve cingito neve deurto neve...sinito*»), una comune tendenza ad una meticolosa tipizzazione delle condotte vietate, tipizzazione che sembra avere come finalità quella di assicurare una difesa più ampia possibile degli interessi perseguiti<sup>60</sup> attraverso le clausole proibitive.

Anche sul piano contenutistico, poi, è possibile avanzare qualche osservazione. Non ho rinvenuto, in verità, con riguardo all'esperienza amministrativa tar-do-repubblicana una disposizione negoziale che possa ricordare in una qualche misura l'articolato divieto della *lex locationis* riportato in D.19.2.29. Ma mi paiono veramente sorprendenti le affinità che tale proibizione presenta con una disposizione inserita nell'atto di concessione che si trova iscritto nella prima delle due celebri tavole bronzee di Eraclea (quella che reca sul retro la tanto discussa *lex Iulia municipalis*). Il testo contrattuale in questione è databile intorno al IV-III secolo a.C.<sup>61</sup> e riguarda i terreni incolti e boschivi (situati

<sup>59</sup> Si tratta di una clausola della *lex locationis* redatta da Verre, quando era pretore urbano nel 74 a.C., per la posa *ad perpendicularum* delle colonne del tempio di Gastore; su di essa cfr. il mio «*Sorta lecta, ultroributa, opus publicum faciendum locorem. Sugli appalti relativi alle opere pubbliche nell'età repubblicana e augustea*», Napoli 1998, p. 47 nt. 32.

<sup>60</sup> Nella *locatio* di D.39.4.15 occorreva garantire che il *redemptor* sfruttasse in modo esclusivo (evidentemente anche con vantaggio dell'*aerarium*) le cave dell'isola di Creta; nella *locatio* ricordata nelle *Verrene* si mirava ad intrattenere rapporti con un conduttore, e con soci e *participes* dello stesso, affidabili (cfr., a tal riguardo, A. TRISCIOGLIO, *Sulle sanzioni per l'inadempimento dell'appaltatore di ultroributa nella tarda repubblicana e nel primo principato, in I rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione nell'esperienza storico-giuridica, Atti del Congr. della Soc. It. St. Dir. - Torino, 17-19 ottobre 1994*, Napoli 1997, p. 197 nt. 8); nella *locatio* di D.19.2.29 l'interesse era indubbiamente quello di preservare la vitalità della *silva*.

<sup>61</sup> Cfr. M. GUARDUCCI, *Epigrafi greca* II, Roma 1969, p. 277; F. SARTORI, *Eraclea di Lucania: profilo storico, in Mitteilungen des deutschen archäologischen Instituts. Röm. Abt.* (11. Ergänzungsheft), *Archäologische Forschungen in Lakonien* (Gerausg. B. Neutsch), Heidelberg 1967, p. 39.

probabilmente nella zona a Nord-Ovest di Eraclaea <sup>62)</sup> che appartenevano al santuario di Dioniso. Ebbene, alle linee 144 ss. dell'epigrafe si legge:

«(sc. gli affittuari) τῶν δὲ ἑύλων τῶν ἐν τοῖς δομοῖς οὐδὲ τῶν ἐν τοῖς οὐκίτοις οὐ πωλήσονται οὐδὲ κόψονται οὐδὲ ἐπιτρέψονται οὐδὲ ἄλλων ἔσονται· αἱ δὲ μὴ, ὑπολόγοι ἔσονται κατὰ τὰς ἑτήρας καὶ κατὰ τὴν συνθήκην»<sup>63</sup>.

Se sostituiamo il divieto di vendere il legno dei boschi della *chora* di Dioniso col divieto di scortecciare gli alberi della *silva* presente nella *lex locallionis* di D.19.2.29, si ottiene, invero, una perfetta sovrapposibilità, quanto alle fattispecie vietate, tra le due determinazioni negoziali.

Ora, alla luce della simiglianza appena evidenziata, ci si potrebbe ragionevolmente domandare se per caso Alfeno esaminasse una clausola che aveva lo stesso scopo cui mirava, conformemente alla coscienza religiosa ellenica, la disposizione prevista dalla *Συνθήκη Διονύσιου γῶγων*, e cioè quello di proteggere in ogni modo un luogo sacro alla divinità<sup>64</sup>, e l'interrogativo sarebbe ancor più giustificato se si considera che, nella venerazione e nella difesa giuridica dei boschi sacri (*λυαί*), i romani non erano certo inferiori ai greci <sup>65</sup>. Ad

immetersi su questa via, che non trova invero soverchie difficoltà di ordine testuale <sup>66</sup>, si potrebbe allora pensare ad un rafforzamento, attraverso la clausola di D.19.2.29, di quel divieto di violare e di tagliare il *lucus* che già era previsto in norme di carattere generale <sup>67</sup>, e che, in tarda età repubblicana, ben avrebbe potuto trovare accogliamento in un contratto pubblico di locazione

<sup>68</sup>.

*diritto forestale in Italia*, Firenze 1957, pp. 2 ss., 12; A. PASQUALINI, v. «*Lucus*», in *D.E.* IV (fasc. 62), Roma 1975, p. 1969 ss.; R. MENGES, *Trees and Timber in the ancient Mediterranean World*, Oxford 1982, p. 378; P. GRIMAL, *I giardini di Roma antica* (trad. V. Abrate), Milano 1990, pp. 61 ss., 170 ss.

<sup>66</sup> Non desta in particolare problemi l'uso nella clausola del termine *silva* in luogo di *lucus*, dal momento che quest'ultimo segno non sempre è sinonimo di bosco sacro, ma può indicare anche, sul piano etimologico, una radura sacra all'interno della *silva*: cfr. i contributi di J. SCHEID, *Lucus, nemus. Qu'est-ce qu'un bois sacré?*, e di F. COARELLI, *I luci del Lazio: la documentazione archeologica*, in *Les bois sacrés (Ates du Coll. Intern. organisé par le Centre J. Bérard et l'Éc. Prat. des Haut. Ét. - V<sup>e</sup> sect.)*, Naples, 23-25 nov. 1989, Napoli 1993, pp. 19 e 47 s. (con richiami delle fonti); è chiaro dunque che, essendo in gioco un divieto di violazione degli alberi, il vocabolo *silva* sarebbe stato senza dubbio il meno equivoco.

<sup>67</sup> Cfr. *Lex luci Spoletina* (FIRA III, n. 71a), della metà del III secolo a.C., ll. 1 ss.: «*Honec loucom ne quis violatod... neque cedito...*»; A. PASQUALINI, v. «*Lucus*» cit., p. 1970 ss.

<sup>68</sup> Ricordo che i luci, «*quorum solum indubitata p. R. est, etiam si in finibus coloniarum aut municipiorum*» - v. Front., *de contr. agr.* II, Lachm. p. 56 ll. 21 s.; Agenn. Urb., *de contr. agr.*, Lachm. p. 87 ll. 21 s.; in dottrina, G.B. IMPALOMENI, *Sulla capacità degli esseri soprannaturali in diritto romano*, in *Studi in onore di E. Volterra* III, Milano 1971, p. 28 ss. -, erano dati in appalto dallo stato romano probabilmente per garantirne la conservazione e per provvedere alla percezione di quella contribuzione imposta ai frequentatori denominata *lucar* (su di essa v. Plat., *Quaest. Rom.* 88; Paul. Fest., v. *lucar*, l. p. 106; CIL VI 32324; CIL XIV 375; Corp. Gloss. Lat., Goetz IV, p. 256, 6; G. GAROFALO ZAPPÀ, v. «*Lucum*», in *D.E.* IV, fasc. 61, Roma 1973, p. 1948 s.). Questo, quanto meno a partire dalla prima metà del II secolo a.C., se è vero, come mi pare, che parlando delle *locationes* censite relative a *κρητιο*, Polbio (6.17.2) si riferisca a boschetti sacri (per una designazione di un bosco sacro col termine *kepos* v. M. GIANGUJIO, *Per la storia dei culti di Crotona antica. Il santuario di Hera Locina. Strutture e funzioni Lucania* 49, 1982, p. 10). Ad un simile appalto può alludere, poi, l'epigrafe celebrativa di Publio Mario Luperciano, di incerta datazione, proveniente da

<sup>62</sup> Cfr. M. GUARDUCCI, *op. cit.*, p. 284.

<sup>63</sup> Cfr. *I.G.* XIV 645.1; inoltre, le edizioni di V. Arangio Ruiz - A. Olivieri (*Inscriptiones Graecae Siciliae et insulae Italicae ad ius pertinentes*, Roma 1965, rist. ed. Milano 1925), p. 26 s. e di F. Sartori (*op. cit.*, in n. 61), p. 46 ss., il quale propone la seguente traduzione (p. 49): (sc. gli affittuari) «Non venderanno né tagheranno né bruceranno i tronchi nei quereci e nelle macchie né lo permetteranno ad altri; se no, ne saranno responsabili secondo le leggi e secondo la convenzione».

<sup>64</sup> Cfr., A. UGUZZONI - F. GHINATTI, *Le tavole greche di Eraclaea*, Roma 1968, p. 197.

<sup>65</sup> Cfr. G. STARA TEDDE, v. «*Boscon*», in *Enc. It.* VII, Milano 1930, p. 545; H. THÉDÉNAT, v. «*Lucus*», in *Dar. Soglio* III, p. 1355; R. TRIFONE, *Storia del*



V'è un dato, in ogni caso, che vale la pena di sottolineare, ed è il fatto che anche la clausola di Eraclea, così simile a quella della nostra *lex locationis*, ci riporta ad un tipo di convenzione avente una natura certamente pubblica.<sup>69</sup>

Mi sembra, a questo punto che l'insieme degli indizi appena illustrati possa disporre di una forza probatoria sufficiente per ricondurre la *locatio* in esame all'ambito pubblicitico. Su questa base, si potrebbe allora prospettare una nuova ragione per la quale Alfeno Varo si è soffermato solamente sulla *voluntas* del locatore. Già in altra sede, occupandomi dei capitoli pubblici (in particolare di quelli relativi al settore edilizio) nell'età

Bergomum (v. CIL V.5128; inoltre, *Le antiche lapidi di Bergamo e del suo territorio. Materiali, iscrizioni, iconografia*, a cura di M. Vavassori, *Notizie archeologiche bergomensi* I, Bergamo 1938, p. 152 n. 16), laddove si legge (II. 11 ss.): «...*ut licuar Libidine redemptum a re publica sua universis civibus suis in perpetuum remitteret*» (cf., a tal riguardo, G. GAROFALO ZAPPÀ, *op. cit.*, p. 1949).

Sulla locazione pubblica dei boschi sacri si vedano i brevi cenni in TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*<sup>3</sup> II.1, (rist.) Basel 1952, p. 442; C.G. DIETRICH, *Beiträge zur Kenntnis des römischen Staatspächtersystems*, Leipzig 1877, p. 46 s.; G. BODEI GIGLIONI, *Peunia fanatica. L'incidenza economica dei templi laziali*, in *Rivista storica italiana* 89 (1977), pp. 39 ss., 46. Sulla base del seguente passo di Svetonio (div. Iul. 19.2): «*Eandem ob causam opera ab optinatus data est, ut provinciae futuris consiliis minimi negotii, id est silvae callesque, decernerentur*», si può pensare che a partire dal 59 a.C., dunque all'epoca di Alfeno, i locatori non fossero più i questori, ma i consoli (cf., sul punto, W.V. HARRIS, *The Development of the Quae-storship, 267-81 b.C.*, in *The Classical Quarterly* 26, 1976, p. 99 s.; J.W. RICH, *Silvae callesque*, in *Latomus* 45, 1986, *proecipe* p. 512 ss.).

Non mi sento per altro di escludere l'ipotesi che la nostra clausola, anziché comparire in una *lex locationis* avente come esclusivo oggetto un *lucus*, fosse inserita in un contratto relativo ad un apprezzamento di *ager publicus* che contenesse il bosco sacro o che fosse da questo delimitato (v., sulla funzione confinatrice del *lucus*, Front., *De contr. agr.* II, Lachm. p. 57 II. 18 ss.; D.18.6.7.1); per A. MATTEO, *op. loc. cit.*, invece, l'appalto riguarderebbe una *silva (publica) pascuae o glandifera*.

<sup>69</sup> Il soggetto concedente, infatti, era la comunità eracleese nella persona dei suoi magistrati (dogoroi e prolawojoi); sul punto cf. A. UGUZZONI - F. CHINATTI, *op. cit.*, p. 167 ss.; inoltre, A. BOTTIGLIERI, *La nozione romana di enfiteusi*, Napoli 1994, p. 2 s.

repubblicana, avevo appurato come essi fossero *leges dictae* sia dal punto di vista formale (gli obblighi del *redemptor* venivano, infatti, espressi in forma imperativa<sup>70</sup>) sia dal punto di vista sostanziale (nel senso che le clausole non erano frutto di accordi intercorsi tra le parti, ma il contraente privato, salvo ipotesi del tutto eccezionali, si limitava ad accettare lo schema negoziale predisposto dalla committenza)<sup>71</sup>. Ebbene, se teniamo presente tali risultati — non estendibili con eguale portata generale alla *locatio* privata dell'epoca tardorepubblicana<sup>72</sup> — si potrebbe ragionevolmente credere che l'attività interpretativa del giurista si sia indirizzata sulla volontà del locatore proprio perchè la clausola era stata scritta, o comunque proveniva, solamente da costui; né vera, d'altra parte, per quanto ne sappiamo, alcuna possibilità di dare riconoscimento ad un diverso modo di intendere la disposizione del *redemptor* nell'ambito di un giudizio impostato sulla *bona fides*<sup>73</sup>.

<sup>70</sup> Il riscontro di tale aspetto formale anche nella clausola di D.19.2.29 ha indotto, tra l'altro, il GEORGESCO, *op. loc. cit.*, a ritenere che essa appartenesse ad una *lex censoria*. Va detto, tuttavia, che l'imperativo veniva utilizzato anche nei contratti di locazione privati.

<sup>71</sup> Cf. A. TRISCUOGGIO, «*Sarta tectorum*» *cit.*, p. 169 ss.

<sup>72</sup> V. *supra*, § 3.

<sup>73</sup> Sulla inconfigurabilità di un *actio ex locato-conducto* in rapporto alle locazioni pubbliche in età tardo-repubblicana, mi permetto di rinviare ancora al mio *Sulle sanzioni cit.*, p. 200 ss. Va detto, d'altra parte, che i pochi richiami diretti o indiretti alla *fides* in ordine ai medesimi negozi attingono al momento della loro esecuzione, e non certamente a quello della loro interpretazione: v. Varr. *De l.l.* 5.40 e l'inciso «*sine dolo*» (*malobis*) in *Tab. Hercl.*, l. 76.

## 5. Conclusioni.

I risultati ottenuti in merito al percorso ermeneutico seguito da Alfeno Varo in D.19.2.29 possono così, sinteticamente, essere riassunti.

Circa il problema della non applicazione del principio dell'*interpretatio contra locatorem* (ben noto ai veteres, stando a D.2.14.39), è parsa senz'altro maggiormente fondata quella opinione, già abbozzata da Bartolo da Sassoferrato e più recentemente assunta con brevità dal Hoffmann-Riem, secondo cui il giurista non avrebbe rilevato i presupposti necessari per l'impiego del detto criterio: la clausola «*neve-sinitio*», infatti, era ambigua solamente sotto il profilo terminologico, ma dovevano esserci altri aspetti del negozio che rendevano perspicuo l'*id quod actum est*.

Quanto poi alla stranezza che l'*id quod actum est* non fosse emerso da un esame della *voluntas contrahentium* ma da un'indagine rivolta esclusivamente alla *voluntas locatoris*, si può pensare che Alfeno abbia guardato (né avrebbe potuto fare altrimenti) al volere della sola parte che aveva nell'occasione predisposto il dettato contrattuale, senza avvertire per altro il condizionamento di definire l'obbligo di proteggere la *silva* secondo il criterio della *bona fides*. Una simile chiave di lettura può essere invero suggerita da taluni elementi, riguardanti l'originaria *sedes materiae* del passo, lo stile e il contenuto della clausola ivi riportata, che consentono di ricondurre la stessa al settore dello *ius publicum*; settore, questo, dove è certamente più sicuro che il *redemptor* non partecipava normalmente alla stesura del testo negoziale, e dove, per altro verso, non poteva aver luogo una considerazione della volontà del conduttore, per l'assenza di un mezzo processuale corrispondente all'*actio locati-conducti ex fide bona*.