

# Sulla clausola “*quanti Titius rem aestimaverit*” nella riflessione dei giuristi romani

Salvatore Antonio CRISTALDI  
(*Université d’Enna-Kore*)

*1. La controversia descritta in Gai.3.140 per il caso di affidamento a un terzo della determinazione del prezzo della compravendita*

In un brano assai noto delle sue *Institutiones*, Gaio ci dice che il momento genetico della compravendita è costituito dall’accordo sul prezzo<sup>1</sup>, non rilevando al riguardo né il suo effettivo pagamento né la dazione di un’arra:

---

<sup>1</sup> Il *pretium*, com’è noto, è elemento essenziale e caratterizzante, o ancora, come è stato osservato, “strutturante ai fini della configurazione” della compravendita (così G.MELILLO, *Economia e giurisprudenza a Roma*, Napoli 1978, p.58ss. [= in *Categorie economiche nei giuristi romani*, Napoli 2000, p.57]) è, appunto, elemento senza il quale questa non sarebbe neppure concepibile, vd.: D.18.1.2.1 (Ulp. 1 *ad Sab.*): *Sine pretio nulla venditio est. Non autem pretii numeratio, sed conventio perficit sine scriptis habitam emptionem*; D.18.1.9 (Pap. 10 *quaest.*): *In venditionibus et emptionibus consensus debere intercedere palam est: ceterum sive in ipsa emptione dissentient, sive in pretio, sive in alio, emptio imperfecta est (...)*; D.18.1.72pr. (Pap. 10 *quaest.*): *... quoniam emptionis substantia constitit ex pretio*; D.50.17.16 (Ulp. 21 *ad Sab.*): *Imaginaria venditio non est pretio accedente*; Theoph. Par.3.23pr: *τίμημα μέντοι πάντως ὀρίζεσθαι χρή ἐπὶ πράσεως: οὐδεμία γὰρ καθόλου ἔσται ἢ πράσις, τιμήματος μὴ ὑποκειμένου (Pretium autem omnino constitui oportet; nam nulla omnino emptio esse potest pretio non constituto)* [Trad. E.C.FERRINI, *Institutionum Graeca Paraphrasis*, Berolini 1897, p.352, 17s.]. Bas. 19.1.1pr.-2 (Hb. 2.257): *ἀ. 1. Ποτὲ καταλλαγὴ ἦν πραγμάτων ἀντιτιδομένων, ὕστερον δὲ γέγονεν ἢ πράσις ἀργυρίων ἐπινεμηθέντων: χωρὶς γὰρ ἀργυρίων οὐ συνίσταται ἢ πράσις (Olim erat permutatio, rebus mutuo datis. Postea vero secuta est venditio, nummis subministratis: nam sine nummis venditio non contrahitur). 2. Καὶ ὅτι ποτὲ καταλλαγὴ ἦν πραγμάτων ἀντιτιδομένων: σήμερον δὲ χωρὶς ἀργυρίων οὐ συνίσταται... (Olim erat permutatio, rebus mutuo datis: hodie vero sine nummis venditio non contrahitur...).* β’. 1... *καὶ ὅτι ἄνευ τιμήματος οὐκ ἔστι πράσις (Item sine pretio venditio nulla est...)*. Sulle caratteristiche del *pretium* vedi, tra gli altri, A.DE SENARCLENS, *La maxime pretium debet esse verum, certum, iustum*,

Gai.3.139

*Emptio et uenditio contrahitur, cum de pretio conuenerit, quamuis nondum pretium numeratum sit ac ne arra quidem data fuerit*<sup>2</sup>.

Come poi apprendiamo dal paragrafo successivo:

Gai.3.140

*Pretium autem certum esse debet. Nam alioquin si ita inter nos conuenerit, ut quanti Titius rem aestimauerit, tanti sit empti, Labeo negavit ullam vim hoc negotium habere; cuius opinionem*<sup>3</sup> Cassius

*Mélanges P. Fournier*, Paris 1929, p.685ss.; F.DE ZULUETA, *The roman law of sale*, Oxford 1945, p.16ss., p.37; V.ARANGIO RUIZ, *La compravendita in diritto romano*<sup>2</sup>, Napoli 1954, p.33; PH.MEYLAN, *Permutatio rerum, Ius et lex. Festgabe von M. Gutzwiller*, Basel 1959, p.45ss.; B.NICHOLAS, *An introduction to roman law*, Oxford 1962, p.174; A.FERNANDEZ FERNANDEZ, "Pecunia numerata" en funcion de precio en la "emptio-venditio" romana, *Estudios Juridicos en homenaje al Prof. U. Alvarez Suarez*, Madrid 1978, p.127ss.; C.NICOLET, *Pline, Paul et la théorie de la monnaie*, in *Athenaeum*, 62 (1984), p.105ss.; A.FERNANDEZ DE BUJAN, *El precio como elemento comercial en la emptio-venditio romana*, Madrid 1984, p.47ss.; ID., *La compraventa, Derecho romano de obligaciones. Homenaje J. L. Murga Gener*, Madrid 1994, p.558ss.; E.R.ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town 1992, p.250; M.TALAMANCA, voce *Vendita (dir. rom.)*, *E.d.D.* 46 (1993), p.364.

<sup>2</sup> Il concetto si trova ribadito, con qualche variante, in D.18.1.35pr. (Gaius 10 *ad ed. provinc.*): *Quod saepe arrae nomine pro emptione datur, non eo pertinet, quasi sine arra conventio nihil proficiat, sed ut evidentius probari possit conuenisse de pretio*; D.19.2.2pr. (Gaius 2 *rer. cott.*): *... nam ut emptio et venditio ita contrahitur, si de pretio conuenerit*; Epit.Gai.2.14: *Emptio igitur et venditio contrahitur, cum de pretio inter emptorem et venditorem fuerit definitum, etiamsi pretium non fuerit numeratum, nec pars pretii aut arra data fuerit*. Cfr., inoltre, Inst.3.23pr.: *Emptio et venditio contrahitur simulatque de pretio conuenerit, quamuis nondum pretium numeratum sit ac ne arra quidem data fuerit (...)*. 1. *Pretium autem constitui oportet: nam nulla emptio sine pretio esse potest*; Inst.3.23.3: *Cum autem emptio et venditio contracta sit (quod effici diximus, simulatque de pretio conuenerit, cum sine scriptura res agitur)*; Theoph. Par. 3.23pr.: *ἡ πρᾶσις καὶ ἡ ἀγορασία συνίσταται εὐθέως, ἥνικα περὶ τοῦ τιμηματος ἐκάτερον συναινέση μέρος (emptio et venditio contrahitur simulatque de pretio utraque pars consenserit)*[Trad. FERRINI, *Institutionum Graeca Paraphrasis, cit.*, p.351, 13s.]. Cfr., inoltre, Theoph.Par. 3.23.3, 3.24pr.; Inst. 3.24pr.

<sup>3</sup> Così ricostruiscono questa parte del brano, giunta a noi corrotta, vari studiosi (cfr., in partic., B.J.POLENAAR, *Gai Institutiones*, Lugduni 1876, p.273; R.GNEIST, *Institutionum et regularum iuris romani syntagma*, Lipsiae 1880, p.210; J.MUIRHEAD, *The institutes of Gaius*, Edinburgh 1880, p.230; J.T.ABDY-B.WALKER, *The commentaries of Gaius*, Cambridge 1885, p.233; E.POSTE, *Gaii institutionum iuris civilis commentarii quattuor*, Oxford 1890, p.391; E.SECKEL-B.KUEBLER, *Gaii Institutionum commentarii quattuor*<sup>6</sup>, Lipsiae 1903, p.161; P.F.GIRARD, *Textes de droit romain*<sup>3</sup>, Paris 1903, p.289; E.POSTE -E.A.WITTUCK, *Gai Institutiones*, Oxford

*probat*<sup>4</sup>. *Ofilius et eam emptionem et venditionem*<sup>5</sup>; *cuius opinionem Proculus secutus est*<sup>6</sup>.

Il prezzo deve essere certo. Diversamente (*alioquin*) - afferma il giurista - se tra noi si sarà convenuto che la cosa sia comprata *quanti Titivs rem aestimaverit*, Labeone e Cassio negano che la compravendita abbia alcun valore (*ullam vim ... habere*<sup>7</sup>); lo ammettono<sup>8</sup>, invece, Ofilio e Proculo.

---

1904, p.367; P.KRUEGER-T.MOMMSEN-G.STUEDEMUND, *Gai institutionum, Collectio librorum iuris anteiustiniani*, Berolini 1923, p.133; C.BIZOUKIDES, *Gaius, Thessalonicae* 1937, p.159; G.BAVIERA, *Gai institutionum commentarii quattuor, FIRA.*, II<sup>2</sup>, Florentiae 1940, p.130; A.C.OLTMANS, *De Instituten van Gaius*, Groningen 1967, p.138; L.W.NELSON - U.MANTHE, *Gai Institutiones III 88-181. Die Kontraktobligationen*, Berlin 1999, p.257; U.MANTHE, *Gaius Institutiones*, Stuttgart 2004, p.274). Altri invece propongono al posto di *cuius opinionem quam sententiam* (cfr. in particolare, E.BÖCKING, *Gaii Institutionum commentarii quattuor*<sup>4</sup>, Lipsiae 1855, p.215; F.L.GOESCHEN, *Gaii Institutionum commentarii quattuor*, Berolini 1862, p.268; M.L.DOMENGET, *Institutes de Gaius*, Paris 1866, p.388; PH.E.HUSCHKE, *Iurisprudentiae anteiustinianae*<sup>3</sup>, Lipsiae 1874, p.303). In entrambi i casi resta assolutamente invariato il senso complessivo del discorso.

<sup>4</sup> HUSCHKE, *Iurisprudentiae anteiustinianae*<sup>3</sup>, cit., p.302, qui aggiunge *at*. Cfr. però, da ultimo, NELSON-MANTHE, *Gai Institutiones III 88-181, cit.*, p.258: "Überhaupt finden sich oft Stellen, an denen Gaius dort, wo wir eine adversative oder explikative Konjunktion erwarten, auf diese ganz verzichtet hat".

<sup>5</sup> Si ritiene in dottrina che nella sua stesura originaria il tratto *Ofilius-venditionem* contenesse un verbo e cioè: *putat* dopo *emptionem* (cfr., in particolare, BÖCKING, *Gaii Institutionum commentarii quattuor*<sup>4</sup>, cit., p.215; GOESCHEN, *Gaii Institutionum commentarii quattuor*, cit., p.268; DOMENGET, *Institutes de Gaius*, cit., p.388; HUSCHKE, *Iurisprudentiae anteiustinianae*<sup>3</sup>, cit., p.303; GNEIST, *Institutionum et regularum iuris romani syntagma*, cit., p.210); *esse putavit* dopo *et venditionem* (cfr., in particolare, POLENAAR, *Gai Institutiones*, cit., p.273; MUIRHEAD, *The institutes of Gaius*, cit., p.230; SECKEL-KUEBLER, *Gaii Institutionum commentarii quattuor*<sup>5</sup>, cit., p.161; BIZOUKIDES, *Gaius*, cit., p.138); o *esse existimavit* sempre dopo *et venditionem* (F.DE ZULUETA, *The institutes of Gaius*, I, Oxford 1946, p.196). Sul punto, però, vd. NELSON - MANTHE, *Gai Institutiones III 88-181, cit.*, p.258.

<sup>6</sup> Così NELSON-MANTHE, *Gai Institutiones III 88-181, cit.*, p.257.

<sup>7</sup> Il significato della frase *ullam vim hoc negotium habere* si comprende chiaramente se si considera quanto il giurista dice alla fine del paragrafo per descrivere l'altra opinio (di Ofilio e di Proculo), quella per la quale - e qui è bene ricordarlo - v'è una compravendita anche nel caso in cui la determinazione del prezzo sia affidata dalle parti ad un terzo (*et eam emptionem et venditionem*). Con la frase *ullam vim hoc negotium habere*, che è speculare rispetto a *et eam emptionem et venditionem*, il giurista rende l'opposto convincimento (quello di Labeone e di Cassio), che nega si contragga una compravendita nel caso in cui la determinazione del prezzo sia affidata ad un terzo. Del resto, che sia proprio questo il tenore della controversia, lo si comprende meglio nel § 143. Qui il giurista, trattando dell'analogia questione sorta in

Gaio ci riferisce, dunque, dell'esistenza di una controversia giurisprudenziale che avrebbe riguardato la validità<sup>9</sup> o meno di una compravendita, nel caso in cui la determinazione del prezzo fosse stata affidata dalle parti ad un terzo. Questa controversia, già esistente almeno nella seconda metà del I sec. a.C., è ancora viva ai suoi

---

materia di locazione dice: *Unde si alieno arbitrio merces permissa sit, velut quanti Titius aestimaverit, quaeritur, an locatio et conductio contrahatur*. A conferma, si veda inoltre il corrispondente brano delle Istituzioni di Giustiniano: Inst.3.23.1: *alioquin si ita inter aliquos convenerit, ut, quanti Titius rem aestimaverit, tanti sit empti: inter veteres satis abundeque hoc dubitabatur, sive constat venditio sive non*. Come pure Theoph.Par.3.23.1: *alioquin si inter aliquos ita convenerit, ut quanti Titius hunc fundum aestimaverit, tanti sit emptus: inter veteres magna erat controversia, utrum constaret eiusmodi venditio an inutilis esset*.

<sup>8</sup> Con ogni probabilità Gaio, a nostro avviso, qui sottintendeva “*vim habere*”, in perfetta coerenza con la frase precedente.

<sup>9</sup> Osserva G.NICOSIA, *Nuovi profili istituzionali essenziali di diritto romano*<sup>8</sup>, Catania 2010, p.185, a proposito dell'espressione *nullas vires* (o *nullam vim*) *habere*, che con essa “si vuole indicare che un atto giuridicamente non ha valore, non ha alcun valore, alcuna forza”. Che la questione in discussione nel frammento sia quella della validità o meno della compravendita è opinione generalmente condivisa dagli Studiosi. Al riguardo, tra gli altri, vd.: C.BERTOLINI, *Appunti didattici di diritto romano*, Torino 1907, p.466; G.PACCHIONI, *Arbitrium merum e arbitrium boni viri*, *Rivista di diritto commerciale* 9 (1911), p.369; G.GROSSO, *Le clausole ‘si putaveris’, ‘si aestimaveris’, e simili, nei fedecommessi, e la dottrina dell’arbitrium boni viri*, SDHI 1 (1935), p.86; G.SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, AUPA 11 (1923), p.25; G.A.ARCHI, *Il negozio sotto condizione sospensiva nella compilazione di Giustiniano*, *Studi Betti*, 2, Milano 1962, p.38; K.H.SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik. Versuch einer Darstellung an Hand seiner Kontroversen entscheidenden Konstitutionen*, Köln-Graz 1966, p.147; G.P.SOLINAS, *A proposito dell’«arbitrium boni viri»*, *Studi in onore di G. Scherillo*, II, Milano 1972, pp.540-541; P.VOCI, *Le obbligazioni romane (Corso di Pandette). Il contenuto dell’obligatio*, I<sup>1</sup>, Milano 1969, p.197; C.NICOLET, *Pline, Paul et la théorie de la monnaie*, *Athenaeum* 72 (1984), p.132; TALAMANCA, voce *Vendita (dir. rom.)*, *cit.*, p.366; A.TORRENT, *‘Pretium certum’: determinación del precio per ‘relationem’*, BIDR 98-99 (1995-1996), p.98; E.STOLFI, *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, SDHI 63 (1997), p.50; e da ultimo, M.VARVARO, *Per la storia del certum. Alle radici della categoria delle cose fungibili*, Torino 2008, p.83, nt.276 e p.89, nt.300. Tra i manuali, vd.: P.F.GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris 1929, p.574; R.MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, T. II (rist. della 5<sup>a</sup> ediz, Paris 1954), Aalen 1970, p.139; E.VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma 1961, p.501; M.MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo 1994, p.435, nt.35; D.DALLA-R. LAMBERTINI, *Istituzioni di diritto romano*<sup>3</sup>, Torino 2006, p.350; M.BRUTTI, *Il diritto privato nell’antica roma*, Torino 2009, p.486.

tempi<sup>10</sup>, come fa prova il fatto che egli non accenna ad un suo superamento<sup>11</sup>. Di essa, però, non sappiamo molto di più.

Non ne è rimasta, infatti, traccia nei *Digesta*. Solo un breve cenno è contenuto nelle Istituzioni giustinianee:

Inst.3.23.1

*alioquin si ita inter aliquos convenerit, ut, quanti Titius rem aestimaverit, tanti sit empti: inter veteres satis abundeque hoc dubitabatur, sive constat venditio sive non*<sup>12</sup>;

nel *Codex*:

C.4.38.15

*ut res vendita esset, quanti Titius aestimaverit, magna dubitatio exorta est multis antiquae prudentiae cultoribus*<sup>13</sup>

e nella Parafrasi di Teofilo:

Theoph.Par.3.23.1

*... inter veteres magna erat controversia, utrum constaret eiusmodi venditio an inutilis esset*<sup>14</sup>,

ma non abbiamo notizie più dettagliate al riguardo.

Per ciò che attiene, in particolare, alle posizioni assunte dai giuristi ricordati da Gaio, noi non conosciamo le argomentazioni addotte a sostegno delle loro opinioni: le quali, per altro, non si prestano nemmeno ad essere inserite – nonostante sia stato sostenuto il contrario<sup>15</sup> – nel quadro di precisi indirizzi di scuola<sup>16</sup>, come risulta

<sup>10</sup> Sarà alla fine Giustiniano, vd. *infra* § 4, a troncarla in via autoritativa.

<sup>11</sup> In questo senso TALAMANCA, voce *Vendita (dir. rom.)*, cit., p.367. Vd. però C.A.MASCHI, *Il diritto romano. I. La prospettiva storica della giurisprudenza classica (Diritto privato e processuale)*, Milano 1966, p.276, che ritiene possa essere un mero ricordo storico.

<sup>12</sup> Vd. *infra* § 4.

<sup>13</sup> Vd. *infra* § 4.

<sup>14</sup> Trad. FERRINI, *Institutionum Graeca Paraphrasis*, cit., p.352, 21s.

<sup>15</sup> E.ALBERTARIO, *Corso di diritto romano. I. Le obbligazioni*, Milano 1941, p.201; F.BONIFACIO, voce *Arbitro e arbitratore (dir. rom.)*, NNDI, P, Torino 1958, p.927; SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, cit., p.147; G.GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*<sup>3</sup>, Torino 1966, p.100ss. e p.117; SOLINAS, *A proposito dell'«arbitrium boni viri»*, cit., p.539; D.LIEBS, *Rechtsschulen und Rechtsunterricht im Prinzipat*, in ANRW, II.15, Berlin-New York 1976, p.264.

<sup>16</sup> In tal senso vd. TALAMANCA, voce *Vendita (dir. rom.)*, cit., p.367 e nt.645; TORRENT, *'Pretium certum': determinación del precio 'per relationem'*, cit., p.105;

dal fatto che Labeone si trovava in disaccordo con Proculo, mentre Cassio era della stessa opinione di Labeone. Né abbiamo precise indicazioni circa quella che sarebbe stata la configurazione del contratto secondo Ofilio e Proculo, allorché essi ne riconoscevano la validità.

Il frammento gaiano è stato preso in considerazione nell'ambito di trattazioni spesso dedicate al più ampio problema del contenuto della prestazione del debitore<sup>17</sup> o, in generale, all'istituto dell'arbitraggio<sup>18</sup>. Tuttavia ad esso non è stata dedicata una speciale attenzione con riguardo alla disputa in oggetto<sup>19</sup>, e in particolare per ciò che attiene alla configurazione del contratto avuta presente da Ofilio e Proculo allorché ne sostenevano la validità. Secondo un risalente indirizzo dottrinario, questi ultimi avrebbero ritenuto la compravendita in questione come sottoposta a condizione<sup>20</sup>; ma assai opportunamente il

---

STOLFI, *Il modello delle scuole in Pomponio e Gaio*, cit., p.50, nt.233; e da ultimo, T.G.LEESEN, *Gaius meets Cicero. Law and Rhetoric in the School Controversies*, Leiden-Boston 2010, p.205ss.

<sup>17</sup> GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione*, cit., p.98; VOCI, *Le obbligazioni romane*, cit., passim.

<sup>18</sup> SOLINAS, *A proposito dell'«arbitrium boni viri»*, cit., p.539ss.; F.GALLO, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, III, Torino 1973, p.479ss.

<sup>19</sup> Lo stesso va detto con riguardo al recente contributo del TORRENT, *'Pretium certum': determinación del precio 'per relationem'*, cit., p.83ss. Ancor più di recente la LEESEN, *Gaius meets Cicero. Law and Rhetoric in the School Controversies*, cit., p.205, pur dedicando attenzione alla controversia in oggetto, non ha però affrontato in modo approfondito la questione della configurazione del contratto avuta presente da Ofilio e Proculo.

<sup>20</sup> Vd. L.ARNDS, *Trattato delle pandette* (versione di F. Serafini), vol. II, Bologna 1880, p.285, nt.4; F.SERAFINI, *Istituzioni di diritto romano*, I, Firenze 1892, p.117, nt.10; E.PETIT, *Traité élémentaire de droit romain*<sup>5</sup>, Paris 1906, p.371; C.BERTOLINI, *Appunti didattici di diritto romano*, Torino 1907, p.466; PACCHIONI, *Arbitrium merum e arbitrium boni viri*, cit., p.371; C.FERRINI, *Manuale di Pandette*<sup>4</sup>, Milano 1953, p.526, nt.1. Lo SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, cit., p.147, in particolare, ha sostenuto che le due opposte soluzioni (quella dei sabiniani che avrebbero negato e quella dei proculiani che avrebbero, invece, ammesso la validità di quella compravendita) si fonderebbero su una diversa configurazione della clausola che dispone l'arbitraggio: come *pactum adiectum* per i sabiniani, come *condicio* per i proculiani. Ma come hanno già osservato il GALLO, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, cit., p.501, nt.61, il TALAMANCA, voce *Vendita (dir. rom.)*, cit., p.367, nt.647 e il TORRENT, *'Pretium certum': determinación del precio 'per relationem'*, cit., p.105, la tesi non è sostenibile perché i termini *condicio* (che si

Talamanca ha rigettato l'idea che “secondo la teoria della validità (si possa o meno la stessa qualificare come proculiana), la vendita dovesse esser necessariamente ricostruita come avvenuta *sub condicione*<sup>21</sup>”.

Ebbene, a noi sembra che su quella disputa non tutto sia stato ancora detto e che le fonti possano fornirci ulteriori elementi di chiarezza.

La presente indagine è rivolta proprio a dare un contributo al riguardo.

## 2. La posizione gaiana

In merito all'orientamento seguito da Labeone e da Cassio – che, come abbiamo visto, negavano la validità del contratto di compravendita nel caso in cui il prezzo fosse stato affidato alla determinazione di un terzo – noi non disponiamo di fonti che ci facciano direttamente conoscere quali fossero le ragioni su cui essi si basavano. Disponiamo invece di elementi di conoscenza con riguardo a quello che era sul punto il pensiero di Gaio: il che potrebbe aiutarci a ricostruire quale sia stato il pensiero espresso in proposito da quei due giuristi.

L'orientamento più diffuso in dottrina è, invero, nel senso di considerare Gaio della stessa opinione di Labeone e di Cassio<sup>22</sup>, anche se non sono mancati coloro che hanno sostenuto che il giurista non abbia assunto al riguardo alcuna posizione<sup>23</sup> o, addirittura, che, essendo “riportato alla fine il parere favorevole di Aulo Ofilio e di Proculo, ... da ciò si può forse arguire indirettamente una propensione gaiana per quest'ultimo partito<sup>24</sup>”.

---

trova in D.17.2.76) e *pactum* (presente in C.4.38.15.1), non possono essere letti nel senso voluto dallo Studioso.

<sup>21</sup> Il Talamanca fa qui riferimento a quanto sostenuto dallo Schindler.

<sup>22</sup> SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, cit., p.25s. (che muove sulla base di D.18.1.35.1 e D.19.2.25 in tema di *locatio*); SOLINAS, *A proposito dell'«arbitrium boni viri»*, cit., p.540 (sulla base della *locatio*); GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione*, cit., p.117 (sulla base della *locatio*). Cfr. BONIFACIO, voce *Arbitro e arbitratore (dir. rom.)*, cit., p.928.

<sup>23</sup> MASCHI, *Il diritto romano. I. La prospettiva storica della giurisprudenza classica*, cit., pp.275-276. Vd. pure TALAMANCA, voce *Vendita (dir. rom.)*, cit., p.367.

<sup>24</sup> DALLA-LAMBERTINI, *Istituzioni di diritto romano*<sup>3</sup>, cit., p.350.

Su questo problema siamo anche noi dell'idea che Gaio condividesse la soluzione di Labeone e di Cassio. Innanzitutto per una ragione che attiene allo stesso dettato del resoconto gaiano e che non ci sembra sia stata presa in considerazione dagli studiosi.

Come abbiamo visto, in Gai.3.140 il giurista inizia col rilevare che *pretium autem certum esse debet*. Immediatamente dopo egli, nel riferire della controversia in questione e in particolare nel ricordare l'opinione di Labeone, così si esprime: *Nam alioquin si ita inter nos convenerit, ut quanti Titius rem aestimaverit, tanti sit empta, Labeo negavit ullam vim hoc negotium habere*. Ebbene, la nostra attenzione va soffermata sull'iniziale *nam alioquin*.

L'*alioquin*, innanzitutto, sta a significare che secondo Gaio, nel caso in cui si affidi ad un terzo la determinazione del *pretium*, questo non è da considerare *certum*. Ma è ancor più il *nam* che, ai nostri fini, riveste speciale rilievo: giacché mostra con tutta evidenza che, con riguardo al caso in cui il prezzo non sia *certum* (*alioquin*), la conseguenza indicata da Gaio come espressione del pensiero di Labeone è pure quella avuta presente da lui stesso: possiamo dire che il *nam* è una spia del suo pensiero. In altri termini, Gaio, una volta affermata la necessità che il prezzo sia *certum*, osserva subito, per giustificare ciò, che in caso contrario la compravendita è nulla, richiamando l'opinione di Labeone (e con lui di Cassio): ma come precedente, di certo autorevole (si trattava di un sabiniano e di un proculiano), della propria opinione. La successiva menzione della contraria soluzione prospettata da Ofilio e da Proculo – del tutto indipendente, nell'andamento logico del discorso, dalla notazione precedente – aveva, invece, per Gaio il senso di una ulteriore notazione a carattere storico, da lui aggiunta per scrupolo allo scopo di completare l'informazione sulla controversia esistente su quel punto.

Ma qual era la ragione per la quale, secondo Gaio, nel caso in cui la determinazione fosse stata affidata ad un terzo, il *pretium* non era *certum*? Ebbene, per saperne di più ci sembra utile la testimonianza offerta da un altro brano, dal quale apprendiamo il senso che il giurista attribuiva all'aggettivo *certum*, seppure in tema di *stipulatio*:

D.45.1.74 (Gaius 8 *ad ed. provinc.*)

*Stipulationum quaedam certae sunt, quaedam incertae. certum est, quod ex ipsa pronuntiatione apparet quid quale quantumque sit, ut ecce*



*aurei decem, fundus Tusculanus, homo Stichus, tritici Africi optimi modii centum, vini Campani optimi amphorae centum*<sup>25</sup>.

È certo<sup>26</sup>, egli dice, ciò che *ex ipsa pronuntiatione* appaia cosa sia nella sua identità (*quid*), nella sua qualità (*quale*) e nella sua quantità (*quantum*): come per esempio dieci monete d'oro, il fondo tuscolano, il servo Stico, cento moggi di ottimo grano africano, cento anfore di ottimo vino campano<sup>27</sup>.

Per Gaio, dunque, il *quid*, il *quale* e il *quantum* devono risultare *ex ipsa pronuntiatione*: devono risultare, cioè, dagli stessi *verba* utilizzati per il perfezionamento della *stipulatio*. Non c'è spazio, perciò, per una determinazione esterna e successiva. L'espressione "*ex ipsa pronuntiatione*" rinvia proprio al momento genetico del contratto, che

<sup>25</sup> VOCI, *Le obbligazioni romane*, cit., p.42: "La *stipulatio* promette un *certum* quando dal testo stesso di essa (*pronuntiatio*) risulti l'identità (*quid*), la qualità (*quale*), la quantità (*quantum*) del bene che deve essere prestato. Si richiede quindi una certezza che risulti immediatamente dalla dichiarazione... La nozione esposta da Gaio non prevalse in età classica. Si ammise che la prestazione fosse certa anche quando i suoi elementi non erano ricavabili espressamente dal contesto del contratto: può aversi una situazione di certezza indipendentemente da una descrizione certa, se, al posto della denominazione del *quid*, e delle indicazioni qualitative e quantitative, vi siano identificazioni ottenute con altri criteri". Sul frammento, in particolare, vd.: G.SACCONI, *La «pluris petitio» nel processo formulare. Contributo allo studio dell'oggetto del processo*, Milano 1977, p.81ss.; e da ultimo, A.SACCOCCIO, *Si certum petetur. Dalla conditio dei veteres alle conditiones giustinianee*, Milano 2002, p.39ss.; VARVARO, *Per la storia del certum*, cit., p.108ss.

<sup>26</sup> Scrive C.A.CANNATA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, II, 1, Torino 2003, p.202, nt.418: "Come si vede Gaio passa senza curarsene dalla certezza della *stipulatio* a quella del suo oggetto: i predicati nominali (*certae sunt- incertae [sunt]*) della prima proposizione avevano come soggetti (*stipulationum*) *quaedam-quaedam* ([delle stipulazioni] alcune-alcune); il predicato nominale della seconda proposizione (*certum est*) è *quod* (cioè l'*id* non scritto perché assorbito dal *quod*, che è il suo pronome relativo, soggetto di *apparet*, il quale è verbo della proposizione relativa deipendente), che è la cosa che si promette di dare, e quindi l'elemento identificante l'oggetto...".

<sup>27</sup> Secondo P.DE FRANCISCI, *Postilla a 'inst. graeca par. III,15 pr.'*, *Ricordo delle onoranze a S. Perozzi*, Palermo 1926, p.328: "non solo la definizione gaiana del '*certum*', ma gli esempi proposti" mostrano "che Gaio ha del '*certum*' un concetto molto più ristretto di quello di Paolo e senza dubbio molto più angusto di quello di Ulpiano: è dalla stessa '*pronuntiatio*' che deve risultare, secondo Gaio, non solo il '*quale*' e il '*quid*', ma anche il '*quantum*'". In questa direzione vd. VOCI, *Le obbligazioni romane*, cit., p.43, e da ultimo anche da VARVARO, *Per la storia del certum*, cit., p.108ss. e spec. p.113ss. Diversamente SACCONI, *La «pluris petitio» nel processo formulare*, cit., p.87 e nt.17; SACCOCCIO, *Si certum petetur*, cit., p.39. Cfr. D.12.1.6 (Paul. 28 *ad ed.*) e D.45.1.75pr (Ulp. 22 *ad ed.*).

qui – trattandosi di contratto verbale – coincide con la pronuncia dei *certa verba*.

Ebbene, alla luce di questa idea di *certum*, possiamo allora affermare che per Gaio – coerentemente – il prezzo, per essere certo, deve essere determinato, nel suo preciso ammontare, nel momento genetico del contratto di compravendita: momento che qui coincide proprio con la fissazione del prezzo, come il giurista chiaramente afferma in Gai.3.139 (*emptio et uenditio contrahitur, cum de pretio conuenerit*). Soltanto un accordo su un prezzo certo (*aurei decem*) potrà dare origine ad un valido contratto di compravendita. Di conseguenza – ed è questo che qui va messo in evidenza – un accordo su un prezzo che al momento del perfezionamento del contratto fosse stato rimesso ad una determinazione successiva non sarebbe stato, secondo Gaio, un accordo su un prezzo certo. È dunque questo il motivo per il quale, a suo giudizio, non si sarebbe avuta una valida compravendita.

Una conferma di quella che era l'opinione di Gaio circa la invalidità della vendita con determinazione successiva del prezzo – anche se rimessa questa volta, diversamente che in Gai.3.140, al compratore – si può trovare in un altro brano dello stesso giurista, che, a causa dell'espressione in esso figurante (*illud constat*<sup>28</sup>), secondo la prevalente dottrina<sup>29</sup> rispecchierebbe un orientamento praticamente indiscusso ai suoi tempi<sup>30</sup>:

<sup>28</sup> Sul punto vd. E.ALBERTARIO, *L'arbitrium boni viri del debitore nella determinazione della prestazione*, *Studi di diritto romano*, III, Milano 1936, p.288, nt.: “*illud constat*, senza distinguere tra Sabiniani e Proculeiani, lasciando capire che sul punto della determinazione del prezzo da parte del compratore, qualunque fosse la formula con la quale il venditore si fosse rimesso all'*arbitrium* del compratore, Sabiniani e Proculeiani erano d'accordo”.

<sup>29</sup> Così, tra gli altri, oltre all'Albertario (vd. nt. *supra*), anche ARANGIO RUIZ, *La compravendita in diritto romano*<sup>2</sup>, cit., p.141; e TALAMANCA, voce *Vendita (dir. rom.)*, cit., p.33, nt.217, che scrive: “ciò è avvalorato dal fatto che in Gai.3.143, al problema dell'*arbitrium* del terzo relativamente alla determinazione della *merces* nella *locatio* è avvicinato non quello dell'*arbitrium* della parte, ma il caso, differente, in cui le parti stesse si siano riservate di fissare, successivamente, il prezzo...”. Cfr. pure ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p.254; TORRENT, '*Pretium certum*': *determinación del precio per 'relationem'*, cit., p.85.

<sup>30</sup> Meno sicuro e più possibilista è, invece, il GROSSO, *Le clausole 'si putaveris', si aestimaveris*, cit., p.87ss.; ID., *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione*, cit., p.116ss. (a p.118 lo Studioso osserva: “ed anche il *constat*, se si ha riguardo alla progressione dei problemi dibattuti, non dice molto”).

D.18.1.35.1 (Gaius 10 *ad ed. provinc.*)

*Illud constat imperfectum esse negotium, cum emere volenti sic venditor dicit: “quanti velis, quanti aequum putaveris, quanti aestimaveris, habebis emptum”.*

*Illud constat*, dice Gaio, che è *imperfectum* quel negozio in cui il venditore dice al compratore che la compravendita sarà conclusa “a quanto tu lo voglia”, “a quanto avrai reputato equo”, “a quanto avrai stimato<sup>31</sup>”. In dottrina – salvo alcune eccezioni<sup>32</sup>, certamente favorite dalle diverse accezioni proprie dell’aggettivo<sup>33</sup> – si ritiene che qui “*imperfectum*<sup>34</sup>”, come pure in altri testi giurisprudenziali<sup>35</sup>, significhi nullo<sup>36</sup>.

<sup>31</sup> E questo, come è stato sottolineato in dottrina, qualunque sia “la forma adoperata” per rimettersi alla determinazione del prezzo, e cioè, sia che ci si riferisca all’*arbitrium boni viri* della parte (*quanti aequum putaveris*), sia che ci si riferisca a quell’arbitrio che si sostanzia in una valutazione soggettiva della stessa parte (*quanti velis*). Vd. E.ALBERTARIO, *La nullità dell’obbligazione per indeterminatezza della prestazione*, *Studi di diritto romano*, III, Milano 1936, p.320; VOCI, *Le obbligazioni romane*, cit., p.197.

<sup>32</sup> Vd. B.WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette* (trad. it. a cura di Fadda-Bensa), II, Torino 1904, (§ 386) p.84 n. 6; E.SECKEL-E.LEVY, *Die Gefahrtragung beim Kauf im Klassischen römischen Recht*, ZSS 47 (1927), p.152 (e nt. 5); L.ARU, *Studi sul negotium imperfectum*. I. *La terminologia «imperfectum» e l’efficacia del «negotium imperfectum»*, AG 123 (1940), pp.4-5 e p.41ss.

<sup>33</sup> Su cui vedi ARANGIO RUIZ, *La compravendita in diritto romano*<sup>2</sup>, cit., p.141, nt.3, e p.250ss.

<sup>34</sup> Gaio utilizza *imperfectum* nell’accezione di nullo, invalido, ancora in: D.37.4.12.1 (Gaius 14 *ad ed. provinc.*): *Si prius testamentum exstet iure factum, quo filius exheredatus est, sequens imperfectum, in quo praeteritus sit filius, posteriore testamento praeteritus recte petet bonorum possessionem, si remoto quoque filio potiores sunt in ea hereditate posteriore testamento scripti heredes: et ita ius habet, ut, cum is, contra quem filius petit bonorum possessionem, amoto filio possit optinere hereditatem, filius quoque recte videatur petere bonorum possessionem, si vero ille non possit optinere hereditatem, filius quoque excludatur*. Sul testo, in particolare, ARU, *Studi sul negotium imperfectum*. I. *La terminologia «imperfectum» e l’efficacia del «negotium imperfectum»*, cit., p.10ss.

<sup>35</sup> In questa accezione l’aggettivo è usato pure in un noto frammento di Ulpiano, D.18.1.9pr.: *In venditionibus et emptionibus consensum debere intercedere palam est: ceterum sive in ipsa emptione dissentient sive in pretio sive in quo alio, emptio imperfecta est. si igitur ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti, quia in corpore dissensimus, emptio nulla est. idem est, si ego me stichum, tu pamphilum absentem vendere putasti: nam cum in corpore dissentiat, apparet nullam esse emptionem*. Nel brano il giurista severiano sottolinea l’importanza del consenso sugli elementi essenziali della compravendita (*consensum debere intercedere*) e ricorda che qualora le parti dissentano sul prezzo

Si è osservato<sup>37</sup> che la ragione di questa nullità sia da rinvenire nella circostanza che la determinazione del prezzo è affidata ad una delle stesse parti del rapporto obbligatorio. A nostro avviso, però, va meglio evidenziato che qui la nullità discende, come già abbiamo potuto constatare sulla base di D.45.1.74, proprio dalla mancanza di quel reciproco accordo sul prezzo che deve essere certo al momento della conclusione del negozio<sup>38</sup>. È questo il punto di fuga del

---

(*sive in pretio*) o su un altro elemento essenziale (*sive in quo alio*), *emptio imperfecta est*. L'esempio immediatamente dopo addotto da Ulpiano riguarda l'esatta individuazione dell'oggetto della vendita (*ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te vendere Sempronianum putasti*), a proposito del quale il giurista sentenzia: *quia in corpore dissensimus, emptio nulla est*. Non si può dubitare che *nullum*, qui, abbia, un significato equivalente a *imperfectum*. Per *imperfectum* nel senso di *nullum* vd. pure D.45.1.115pr.; D.28.1.23; D.29.1.3 e 35; D.32.23; D.29.3.2.1 (per questi testi nell'accezione da ultimo riferita vd. GROSSO, *Le clausole 'si putaveris', si aestimaveris*, cit., p.86; su D.45.1.115pr., in particolare, VARVARO, *Per la storia del certum*, cit., pp.112-113.).

<sup>36</sup> La tesi di WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., (§ 386) p.84, n.6, secondo cui "fino a che la relativa determinazione non abbia avuto luogo, l'affare è *negotium imperfectum* (l.35 §1 *D. h. t.*), ma non perciò invalido" non ha trovato particolare consenso. *Contra* Unterholzner, Goldschmidt, Bechmann, Rümelin, Dernburg su cui vd. ALBERTARIO, *L'arbitrium boni viri del debitore nella determinazione della prestazione*, cit., p.309, p.320 e p.332, nt.1. Vd. inoltre SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, cit., p.25s.; GROSSO, *Le clausole 'si putaveris', si aestimaveris*, cit., p.86ss. Di nullità, tra gli altri, parlano: ARANGIO RUIZ, *La compravendita in diritto romano*,<sup>2</sup> cit., p.141, nt.3; TORRENT, *'Pretium certum': determinación del precio 'per relationem'*, cit., p.99; TALAMANCA, voce *Vendita (dir. rom.)*, cit., p.366 e nt.644. Una breve panoramica della pandettistica in ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p.255, nt.130.

<sup>37</sup> Vd., in particolare, E.ALBERTARIO, *L'arbitrium boni viri del debitore nella determinazione della prestazione*, cit., p.309; ID., *La nullità dell'obbligazione per indeterminatezza della prestazione*, cit., p.320. Cfr. anche ID., *L'arbitrium boni viri nell'onere di un fedecommesso*, *Studi di diritto romano*, III, cit., p.332 e nt.1. Più di recente, ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, cit., p.254

<sup>38</sup> Significativo risulta anche il tenore di: D.18.1.35.5 (Gaius 10 *ad ed. provinc.*): *In his quae pondere numero mensurave constant, veluti frumento vino oleo argento, modo ea servantur quae in ceteris, ut simul atque de pretio convenerit, videatur perfecta venditio*. Nella vendita delle *res quae pondere numero mensurave constat*, dice il giurista, in certi casi si osservano le stesse regole usate per la vendita delle altre cose, per cui la vendita risulta *perfecta* non appena si raggiunge l'accordo sul prezzo. Ne deriva, allora, che non sarà *perfecta* quella compravendita in cui non si è raggiunto un accordo sul prezzo, su un prezzo certo. Risulta qui evidente come per Gaio esista un nesso ontologico tra la *perfectio* della compravendita e l'accordo sul prezzo. Nel § 1 dello stesso frammento 35, la compravendita è *imperfecta* proprio perché non c'è un accordo su un prezzo certo, cioè, un prezzo che risulti precisamente

ragionamento del giurista, per il quale, dunque, l'affidamento al compratore della futura determinazione del prezzo avrebbe reso indeterminata la sua prestazione, e dunque *imperfectum* il contratto di compravendita per la mancanza di un suo elemento essenziale<sup>39</sup>.

### 3. L'analogia controversia attestata da Gaio in tema di locatio-conductio

C'è da dire che una controversia analoga a quella testimoniata da Gai.3.140 con riguardo alla compravendita esisteva pure con riguardo ad un altro contratto consensuale, e cioè la *locatio conductio*, per il caso in cui la determinazione della mercede fosse stata rimessa all'arbitrio di un terzo.

Si considerino, anzitutto, i seguenti brani di Gaio:

Gai.3.142

*Locatio autem et conductio similibus regulis constituitur; nisi enim merces certa statuta sit, non videtur locatio et conductio contrahi.*

D.19.2.2pr-1 (Gaius 2 rer. cott.)

*Locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni isdemque iuris regulis constitit: nam ut emptio et venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit, sic et locatio et conductio contrahi intellegitur, si de mercede convenerit*<sup>40</sup>.

---

determinato nel suo ammontare al momento della conclusione del contratto. E lo stesso, ovviamente, è da dirsi anche nel caso in cui le parti dissentano sul prezzo (cfr. D.18.1.9pr di Ulpiano: *ceterum sive in ipsa emptione dissentient sive in pretio sive in quo alio, emptio imperfecta est*). Su D.18.1.35.1, in particolare, vd.: F.CASAVOLA, *Emptio pondere numero mensura, Scritti giuridici raccolti per il centenario della casa editrice Jovene*, Napoli 1954, p.557ss.; più recentemente, R.FERCIA, 'Emptio perfecta' e vendita di genere: sul problema del 'tradere' in C.4.38.2, *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano* (a cura di L. Garofalo), I, Padova 2007, p.713ss.

<sup>39</sup> Va osservato, del resto, che l'affidamento ad uno dei contraenti della determinazione della prestazione non avrebbe, di per sé, comportato necessariamente la nullità del negozio. Nella *societas*, infatti, Pomponio ammette che la determinazione delle quote possa essere rimessa all'*arbitrium boni viri* di uno dei soci. Cfr. D.17.2.6 (Pomp. 9 ad Sab.): *Si societatem mecum coieris ea condicione, ut partes societatis constitueres, ad boni viri arbitrium ea res redigenda est: et conveniens est viri boni arbitrio, ut non utique ex aequis partibus socii simus, veluti si alter plus operae industriae pecuniae in societatem collaturus sit*. Sul testo vd. *infra* § 6 nt.67.

<sup>40</sup> Cfr. pure Inst.3.24pr.-1 e Theoph.Par. 3.24.1pr.-1.

Il giurista sottolinea l'identità di regime esistente tra *locatio conductio* ed *emptio venditio* (“*locatio autem et conductio similibus regulis constituitur*”; “*proxima est emptioni et venditioni isdemque iuris regulis constitit*”). Come la vendita si *contrae si de pretio convenerit*, anche la *locatio* si *contrae si de mercede convenerit*. Inoltre, come il prezzo<sup>41</sup>, anche la mercede deve essere *certa: nisi enim merces certa statuta sit, non videtur locatio et conductio contrahi*.

Come il *de pretio convenire* nella compravendita, anche il *de mercede convenire* costituisce il momento genetico del contratto di locazione<sup>42</sup>. Ed è proprio in quel momento che la mercede deve essere determinata: altrimenti non si avrebbe una valida conclusione di quel contratto.

Quel che rileva particolarmente ai nostri fini è il successivo brano delle Istituzioni giurine:

Gai.3.143

*Unde si alieno arbitrio merces permissa sit, velut quanti Titius aestimaverit, quaeritur an locatio et conductio contrahatur. Qua de causa si fulloni polienda curandave, sarcinatori sarcienda vestimenta dederim, nulla statim mercede constituta, postea tantum daturus, quanti inter nos convenerit, an locatio et conductio contrahatur.*

in cui il giurista considera due casi particolari, in relazione ai quali si pone il problema *an locatio et conductio contrahatur*: evidentemente perché, data la necessità, affermata nel precedente § 142, che *merces certa statuta sit*, la presenza di un tale presupposto risulta qui controversa.

Quello che a noi interessa particolarmente è il primo caso, che è proprio identico a quello esaminato, con riguardo alla compravendita, in Gai.3.140 e riguarda la remissione della determinazione della mercede ad un terzo: *si alieno arbitrio merces permissa sit, velut quanti Titius aestimaverit*. Sul punto Gaio si limita solo a ricordare

<sup>41</sup> Vd. *supra* § 2.

<sup>42</sup> Sicché, l'accordo delle parti sul *locare-conducere* diventa una *locatio-conductio* (contratto consensuale) nel momento in cui esse procedono ad una precisa determinazione della mercede (che deve essere “certa”, appunto); è in questo preciso momento che l'accordo si fissa su una causa (tipica), dando luogo al contratto consensuale di locazione conduzione (il che significa, in altri termini, per ora ci basti e come meglio si vedrà più avanti, che ci può essere un accordo sul *locare conducere* che non è *locatio conductio*).

che la questione della validità della locazione è controversa (*quaeritur an locatio et conductio contrahatur*), senza dare ulteriori precisazioni: risultando perciò, rispetto all'analogia questione sorta in materia di compravendita, ancora più parco di informazioni.

La ragione della discussione era identica (*qua de causa*) anche con riferimento al secondo caso considerato dal giurista, nel quale la determinazione della mercede, anziché essere effettuata immediatamente (*nulla statim mercede constituta*), era invece rinviata ad un successivo accordo delle stesse parti: *postea tantum daturus, quanti inter nos convenerit*. Anche qui Gaio non ci dà soluzioni, limitandosi a ricordare che si discuteva se la *locatio conductio* fosse da considerare o meno validamente contratta (*an locatio et conductio contrahatur*).

Come può vedersi, i due casi risultano accomunati dal fatto che in entrambi non c'è una precisa determinazione della mercede al momento della formazione dell'accordo (di *locare-conducere*) ma si rinvia tale determinazione ad un momento successivo: all'arbitraggio di un terzo, all'accordo tra le parti. Manca, in sostanza, una contestuale e precisa determinazione della mercede al momento del perfezionamento del contratto.

Gaio non ci dice qui quale sia la sua opinione; tuttavia, data l'analogia, da lui evidenziata, fra *locatio* e vendita, è da ritenere che a suo avviso – per coerenza – anche la *locatio*, come la compravendita, fosse da considerare nulla.

Va detto, per altro, che questa nostra deduzione trova riscontro in altri frammenti, i quali ci consentono di ricostruire più chiaramente il pensiero del giurista con riguardo e all'uno e all'altro dei due casi da lui prospettati in Gai.3.143.

Quanto al caso in cui le parti avessero affidato la determinazione della mercede ad un terzo, si veda:

D.19.2.25pr. (Gaius 10 *ad ed. provinc.*)

*Si merces promissa<sup>43</sup> sit generaliter alieno arbitrio, locatio et conductio contrahi non videtur: sin autem quanti Titius aestimaverit, sub*

<sup>43</sup> Al posto di "promissa" probabilmente in origine doveva leggersi *permissa*. Gai.3.143: *Unde si alieno arbitrio merces permissa sit ...*; D.28.5.32pr. (Gaius 1 *de testam. ad ed. p.u.*): *Illa institutio "quos Titius voluerit" ideo vitiosa est, quod alieno arbitrio permissa est...* Cfr. Inst.3.24.1: *Et quae supra diximus, si alieno arbitrio*

*hac condicione stare locationem, ut, si quidem ipse qui nominatus est mercedem definierit, omnimodo secundum eius aestimationem et mercedem persolvi oporteat et conductionem ad effectum pervenire: sin autem ille vel noluerit vel non potuerit mercedem definire, tunc pro nihilo esse conductionem quasi nulla mercede statuta*<sup>44</sup>.

Ad una prima lettura, questo frammento sembra non accordarsi con quanto si legge in Gai.3.143. Nella parte iniziale di quest'ultimo brano, infatti, si considera il caso in cui la determinazione della mercede sia affidata all'altrui *arbitrium*, rispetto al quale il caso del rinvio a *quanti Titius aestimaverit* viene indicato soltanto a titolo d'esempio (*velut*). In D.19.2.25*pr.* vengono, invece, considerate, due ipotesi alternative: quella cioè del rinvio *generaliter alieno arbitrio* (vale a dire senza la concreta indicazione di una persona ben determinata), in relazione alla quale *locatio et conductio contrahi non videtur*; e quella del rinvio a *quanti Titius aestimaverit* (questa volta dunque, con indicazione del nome dell'*arbitrator*), che riceve un trattamento diverso, considerandosi qui la locazione validamente conclusa *sub condicione*.

Se non che è da notare che il tratto da *sin autem* – fin, riguardante la seconda delle due ipotesi suddette, ricalca perfettamente una parte di una costituzione con la quale, come vedremo, Giustiniano risolveva in via legislativa l'antica *querelle* relativa alla validità di una compravendita in cui la determinazione del prezzo fosse stata affidata a un terzo:

C.4.38.15.1-2 (Imp. Iustinian. A. Iuliano pp.)

*... censemus, cum huiusmodi conventio super venditione procedat "quanti ille aestimaverit", sub hac condicione stare venditionem, ut, si quidem ipse qui nominatus est pretium definierit, omnimodo secundum eius aestimationem et pretia persolvi et venditionem ad effectum pervenire ... 2. Sin autem ille vel noluerit vel non potuerit pretium*

---

*pretium permissum fuerit, eadem et de locatione et conductione dicta esse intellegamus, si alieno arbitrio merces permissa fuerit.*

<sup>44</sup> Sul testo, oltre la letteratura citata a nt.46, vd.: A.d'ORS, C.4.38.15 (530), interpolado por el mismo Justiniano, in SDHI 26 (1960), p.327; T.MAYER MALY, *Locatio-conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Wien 1965, p.85; TORRENT, 'Pretium certum': determinación del precio 'per relationem', cit., p.104ss.; LEESEN, *Gaius meets Cicero. Law and Rhetoric in the School Controversies*, cit., p.208, nt.12.



*definire, tunc pro nihilo esse venditionem quasi nullo pretio statuto ...*  
[a.530]

Come può vedersi, con riguardo al caso – analogo a quello considerato in D.19.2.25pr. – di rinvio a *quanti Titius aestimaverit*, l'imperatore dispone che la compravendita sia da considerare validamente conclusa *sub condicione*; nel successivo § 3 egli, inoltre, fa presente che lo stesso regime debba applicarsi anche alla locazione:

C.4.38.15.3

*Quod et in huiusmodi locatione locum habere censemus*<sup>45</sup>.

Ebbene, la rispondenza quasi perfetta del tratto “*sub hac condicione stare locationem, ut, si quidem ipse qui nominatus est mercedem definierit, omnimodo secundum eius aestimationem et mercedem persolvi oporteat et conductionem ad effectum pervenire*” di questa costituzione con il tratto “*sub hac condicione stare locationem, ut, si quidem ipse qui nominatus est mercedem definierit, omnimodo secundum eius aestimationem et mercedem persolvi oporteat et conductionem ad effectum pervenire*” di D.19.2.25pr. (dove risultano solo sostituiti il riferimento alla compravendita con il riferimento alla locazione) ha fatto ritenere oltremodo plausibile l'idea che i compilatori, con riguardo al caso di rinvio a *quanti Titius aestimaverit*, abbiano voluto inserire nel brano dei *Digesta* quello che era il nuovo regime introdotto da Giustiniano.

In altri termini, Gaio in D.19.2.25pr. – in assoluta coerenza con quanto affermava in Gai.3.143 – avrebbe in realtà considerato il solo caso in cui la determinazione della mercede fosse stata affidata all'*alienum arbitrium*: e per questo caso – diversamente che in Gai.3.143, dove non dà alcuna soluzione – avrebbe espressamente affermato che la locazione era nulla (*locatio et conductio contrahi non videtur*). A seguito dell'emanazione della costituzione di cui in C.4.38.15, i compilatori vollero adattare al regime da essa introdotto il frammento gaiano dei *Digesta*, menzionando come fattispecie a sè stante quella del rinvio a *quanti Titius aestimaverit* (ora sottoposta a

<sup>45</sup> Secondo alcuni Studiosi, sarebbero stati i compilatori delle Istituzioni ad estendere alla locazione il disposto della costituzione imperiale previsto originariamente solo per la compravendita. Sul punto, in particolare, SOLINAS, *A proposito dell'«arbitrium boni viri»*, cit., p.563ss. A riprova di quest'affermazione lo studioso adduce Theoph.Par.3.23.1 e Bas.19.5.21 (Heim. II, p.280; Schelt. A, III, p.934). Vd. pure TORRENT, *'Pretium certum': determinación del precio 'per relationem'*, cit., p.109.

quel nuovo regime). Il discorso originario di Gaio – che considerava nulla la locazione – non sarebbe stato, però, soppresso: l'aggiunta di *generaliter*<sup>46</sup> avrebbe limitato la nullità della locazione al solo caso in cui fosse stato fatto rinvio non alla stima operata da una persona ben individuata (*Titius*) ma a quella affidata in via generica (*generaliter*, per l'appunto) a un terzo qualsiasi.

Va notato che, anche in relazione al secondo dei due casi considerati in Gai.3.143 – in cui qualcuno abbia dato dei vestiti ad un lavandaio da pulire o da trattare o ad un sarto da rammendare, senza fissare immediatamente alcuna mercede e riservandosi di dare in un secondo momento quanto si sarebbe convenuto tra le stesse parti (*nulla statim mercede constituta, postea tantum daturus, quanti inter nos convenerit*) – ci è pervenuto un frammento di Gaio che sembra chiarire il Gedankengang del giurista:

D.19.5.22 (Gaius 10 *ad ed. provinc.*)

*Si tibi polienda sarciendave vestimenta dederim, si quidem gratis hanc operam te suscipiente, mandati est obligatio, si vero mercede data aut constituta, locationis conductionisque negotium geritur. quod si neque gratis hanc operam susceperis neque protinus aut data aut constituta sit merces, sed eo animo negotium gestum fuerit, ut postea tantum mercedis nomine daretur, quantum inter nos statutum sit, placet quasi de novo negotio in factum dandum esse iudicium, id est praescriptis verbis.*

Nel frammento un fatto analogo – *si tibi polienda sarciendave vestimenta dederim* – viene diversamente configurato in funzione degli obblighi assunti dalle parti. Ne deriva che: a) *si quidem gratis hanc operam te suscipiente*, verrà ricalcato lo schema giuridico del mandato; b) *si vero mercede data aut constituta*, lo schema giuridico sarà quello della *locatio-conductio*.

C'è poi una particolare ipotesi, che è quella che a noi più interessa, alla quale dobbiamo dedicare maggiore attenzione:

*si neque gratis hanc operam susceperis neque protinus aut data aut constituta sit merces, sed eo animo negotium gestum fuerit, ut postea*

<sup>46</sup> *Generaliter* si considera un'aggiunta giustiniana. Vd. SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, cit., p.26; BONIFACIO, voce *Arbitro e arbitratore (dir. rom.)*, cit., p.928 e nt.1; GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione*, cit., p.102; SCHINDLER, *Justinians Haltung zur Klassik*, cit., p.147 e nt.12; GALLO, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, cit., p.502, nt.62; SOLINAS, *A proposito dell'«arbitrium boni viri»*, cit., p.540.

*tantum mercedis nomine daretur, quantum inter nos statutum sit, placet quasi de novo negotio in factum dandum esse iudicium, id est praescriptis verbis*

Con riguardo al caso in cui né tu abbia assunto l'opera gratuitamente, né sia stata contestualmente data o stabilita la mercede ma il negozio sia stato concluso con l'intento che fosse dato successivamente, come mercede, quanto tra noi convenuto (*ut postea tantum mercedis nomine daretur, quantum inter nos statutum sit*), secondo Gaio risulta essere diffusa l'idea (*placet*) che si debba concedere un'*actio in factum*, in quanto<sup>47</sup> si tratterebbe qui di un *novum negotium*.

Per il giurista, dunque, il rinvio della fissazione della mercede ad un successivo accordo delle parti esclude che il negozio possa essere configurato come *locatio conductio*. Egli, come può vedersi, insiste nel sottolineare la dimensione temporale (*statim*, in Gai.3.143; *protinus*, in D.19.5.22), evidenziando così quello che per lui doveva essere un presupposto indispensabile: che, cioè, la determinazione della mercede dovesse avvenire al momento stesso della conclusione dell'accordo di *locare-conducere*. Solo così la mercede avrebbe potuto considerarsi certa (e in questo trova conferma quanto lo stesso giurista nota in D.45.1.74: *certum est, quod ex ipsa pronuntiatione apparet quid quale quantumque sit*). Solo in questo modo l'accordo avrebbe integrato una *locatio-conductio*: diversamente si sarebbe avuto, per l'appunto, un *novum negotium* tutelato con un'*actio in factum*<sup>48</sup>.

<sup>47</sup> Vd. H.G.HEUMANN - E.SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*, s.v. 'quasi', Jena 1926, p.484.

<sup>48</sup> C'è poi da prendere in considerazione un altro aspetto della questione in esame che potrebbe non poco aver contribuito a rendere Gaio così inflessibile sul tema dell'arbitraggio nella compravendita (e nella locazione). Come si ricorderà, a proposito del *pretium*, il nostro giurista ci racconta di un'altra controversia relativa alla stessa natura del *pretium*, che coinvolgeva sabiniani e proculiani: Gai.3.141. *Item pretium in numerata pecunia consistere debet. nam in ceteris rebus an pretium esse possit, veluti homo aut toga aut fundus alterius rei pretium esse possit, valde quaeritur. nostri praeceptores putant etiam in alia re posse consistere pretium; unde illud est, quod vulgo putant per permutationem rerum emptionem et venditionem contrahi, eamque speciem emptionis venditionisque vetustissimam esse...* Per i "precettori" di Gaio il prezzo poteva consistere anche in una cosa diversa (*in alia re*) dal denaro contante come per esempio una toga, un fondo, etc. Ora, se questa è l'*opinio* dei Sabiniani, proviamo ad immaginare di affidare ad un terzo la

4. *L'intervento risolutivo operato da Giustiniano in C.4.38.15 e Inst.3.23.1*

Tornando ora a Gai.3.140, va osservato che non ci sono pervenute altre testimonianze da cui risulti ulteriormente precisato il pensiero dei giuristi ivi menzionati, per il caso in cui le parti avessero affidato ad un terzo la determinazione del prezzo.

La ricostruzione, da noi operata, di quello che sarebbe stato, come ci sembra, il fondamento su cui si basava la soluzione di coloro (Gaio e, con ogni probabilità, anche Labeone e Cassio) che consideravano invalida la compravendita, può farci tuttavia immaginare — in mancanza di altre testimonianze — quale possa essere stato il

---

determinazione del prezzo. Ebbene, la scelta della cosa da parte del compratore espone il venditore alla mercè del compratore, che potrà liberamente scegliere l'oggetto della prestazione a suo piacimento, col rischio che la "cosa" da lui individuata come prezzo non sia di gradimento, utile o necessaria per il venditore, vanificando l'esigenza stessa che lo aveva portato allo scambio. Si consideri poi che, mentre per determinare una prestazione in denaro è sufficiente calcolarne l'ammontare alla luce di precisi criteri, per l'individuazione di una cosa-controprestazione, si moltiplicano i parametri da prendere in considerazione che possono essere molti e molto più complessa, di conseguenza, ne è la determinazione del valore. Si può dunque immaginare che per i Proculiani, per i quali il *pretium* deve consistere in *numerata pecunia*, sia stato più facile arrivare a riconoscere l'ammissibilità di una determinazione successiva affidata ad un terzo. Sulla controversia circa la natura del *pretium* esiste in dottrina un ampio dibattito. Da ultimo vd.: T.LEESEN, *The controversy about the nature of the price in a contract of sale*, in RIDA 55 (2008), p.283ss. Le considerazioni svolte da Gaio a proposito del momento genetico del contratto di compravendita erano probabilmente analoghe a quelle che stavano alla base della soluzione celsina in D.12.4.16: *Dedi tibi pecuniam ut mihi Stichum dares: utrum id contractus genus pro portione emptionis et venditionis est, an nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta? in quod proclivior sum: et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. finge alienum esse Stichum, sed te tamen eum tradidisse: repetere a te pecuniam potero, quia hominem accipientis non feceris: et rursus, si tuus est Stichus et pro evictione eius promittere non vis non liberaberis, quo minus a te pecuniam repetere possim*. Nel testo tutto lascia pensare che la *pecunia* sia stata consegnata senza che le parti si fossero preventivamente accordate su quale fosse la quantità di denaro che avrebbe dovuto eventualmente corrispondere, nella loro intenzione, al valore dello schiavo; senza, dunque, un *convenire de pretio*. Il denaro, quindi, non era stato dato in esecuzione di un accordo su un prezzo, un accordo di vendita, cioè, che vincolasse contestualmente e reciprocamente le parti allo scambio dello schiavo contro il prezzo. Al momento della dazione della somma di denaro, insomma, lo schiavo Stico non risultava né "venduto" né "comprato". Sul punto vd. S.A.CRISTALDI, *Dedi tibi pecuniam ut mihi stichum dares*». A margine di D.12.4.16, *Studi per G. Nicosia*, III, Milano 2007, p.67ss.

fondamento su cui si sarebbe basato l'altro orientamento, seguito da Ofilio<sup>49</sup> e da Proculo. Se ci muoviamo, infatti, in quella medesima ottica, risulta oltremodo plausibile supporre che essi abbiano ritenuto che il rinvio ad una successiva determinazione del prezzo non impedisse di considerare quest'ultimo come certo, proprio per il fatto che l'accordo delle parti aveva comunque creato i presupposti indispensabili per una successiva precisa determinazione di esso: come già è stato esattamente osservato dal Pacchioni, il prezzo in questo modo sarebbe stato "obbiettivamente certo", per quanto mancasse "subiettivamente la scienza del suo preciso ammontare"<sup>50</sup>. Per conseguenza, a giudizio di Ofilio e di Proculo la compravendita sarebbe stata ugualmente valida.

È certo, comunque, che Giustiniano, in una costituzione del 530, pur accennando all'esistenza di una *magna dubitatio* che aveva coinvolto gli antichi giurisperiti<sup>51</sup>, dà per scontata la validità di una vendita (e così pure della locazione) conclusa con la clausola "*quanti ille aestimaverit*" e così stabilisce:

C.4.38.15pr.-3 (Imp. Iustinian. A. Iuliano pp.)

*Super rebus venundandis, si quis ita rem comparavit, ut res vendita esset, quanti Titius aestimaverit, magna dubitatio exorta est multis antiquae prudentiae cultoribus. I. Quam decidentis censemus, cum huiusmodi conventio super venditione procedat "quanti ille aestimaverit", sub hac condicione stare venditionem, ut, si quidem ipse qui nominatus est pretium definierit, omnimodo secundum eius aestimationem et pretia persolvi et venditionem ad effectum pervenire,*

<sup>49</sup> Per quanto riguarda Ofilio non ci sono rimaste testimonianze dirette utili ai fini della ricostruzione del suo pensiero; da un frammento di Giavoleno, tuttavia, si evince che egli si è occupato almeno incidentalmente dell'accezione del termine *pretium*. D.35.1.40.1 (Iav. 2 *ex post. Lab.*): *Quidam ita legaverat: "si Publius Cornelius impensam, quam in fundum Seianum feci, heredi meo dederit, tum heres meus Publio Cornelio fundum Seianum dato". Cascellius aiebat etiam pretium fundi dari debere, Ofilius impensae verbo negat pretium significari, sed eos dumtaxat sumptus, quos in eum posteaquam emptus esset fecit. idem Cinna scribit adiecto eo, quod non deductis fructibus impensarum ratio haberi debeat: et hoc magis verum puto.*

<sup>50</sup> Così PACCHIONI, *Arbitrium merum e arbitrium boni viri*, cit., p.369. "Questo stesso ordine d'idee", scrive lo Studioso, ricorre anche nella decisione di simili casi. In particolare per D.18.1.7.1 (Ulp. 28 *ad Sab.*): *Huiusmodi emptio "quanti tu eum emisti", "quantum pretii in arca habeo", valet: nec enim incertum est pretium tam evidenti venditione: magis enim ignoratur, quanti emptus sit, quam in rei veritate incertum est.*

<sup>51</sup> Vd. *supra* § 1.

*sive in scriptis sive sine scriptis contractus celebretur<sup>52</sup>, scilicet si huiusmodi pactum, cum in scriptis fuerit redactum, secundum nostrae legis definitionem per omnia completum et absolutum sit. 2. Sin autem ille vel noluerit vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo esse venditionem quasi nullo pretio statuto: nulla coniectura, immo magis divinatione in posterum servanda, utrum in personam certam an in viri boni arbitrium respicientes contrahentes ad haec pacta venerunt, quia hoc penitus impossibile esse credentes per huiusmodi sanctionem expellimus. 3. Quod et in huiusmodi locatione locum habere censemus. [a. 530]*

Questa costituzione si trova riprodotta, seppure con delle varianti, nelle Istituzioni imperiali:

Inst.3.23.1

*Pretium autem constitui oportet: nam nulla emptio sine pretio esse potest. sed et certum pretium esse debet. alioquin si ita inter aliquos convenerit, ut, quanti Titius rem aestimaverit, tanti sit empti: inter veteres satis abundeque hoc dubitabatur, sive constat venditio sive non. sed nostra decisio ita hoc constituit, ut, quotiens sic composita sit venditio “quanti ille aestimaverit”, sub hac condicione staret contractus, ut, si quidem ipse qui nominatus est pretium definierit, omnimodo secundum eius aestimationem et pretium persolvatur et res tradatur, ut venditio ad effectum perducatur, emptore quidem ex empto actione, venditore autem ex vendito agente. sin autem ille qui nominatus est vel noluerit vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo esse venditionem, quasi nullo pretio statuto. quod ius cum in venditionibus nobis placuit, non est absurdum et in locationibus et conductionibus trahere.*

Con riguardo al caso in cui qualcuno abbia comprato un bene con la clausola che rinvii la determinazione del prezzo a *quanti ille*

---

<sup>52</sup> Secondo il D'ORS, *C.4.38.15 (530)*, interpolado por el mismo Justiniano, cit., pp.328-329, l'inciso *sive scriptis-celebretur* sarebbe stato aggiunto al testo originario della costituzione del 530 in occasione del suo inserimento nel *Codex* del 529 (“a la vista del texto de las *Institutiones*”). In questa direzione vd. SOLINAS, *A proposito dell'«arbitrium boni viri»*, cit., p.564ss. *Contra* vd. J.A.C.THOMAS, *A Postscript on Arra*, in *Iura* 10 (1959), p.109ss.; A.WATSON, *Arra in the Law of Justinian*, in *RIDA* 6 (1959), p.387ss. e, più recentemente, TORRENT, ‘*Pretium certum*’: *determinación del precio ‘per relationem’*, cit., p.107 e p.109. Secondo il TALAMANCA, voce *Vendita (dir. rom.)*, cit., p.471 “nella redazione in cui ci è pervenuta si tiene presente la distinzione fra *venditio in scriptis* e *sine scriptis* avvenuta due anni prima, con C.4.21.17, ma non è sicuro che tale ricordo risalga alla recensione del 530 d.C.”.

*aestimaverit*, l'imperatore dispone che la compravendita sia da considerare sottoposta alla condizione per cui, se colui che è stato nominato preciserà il prezzo, allora questo sia comunque<sup>53</sup> pagato in conformità con la stima realizzata e la vendita sia così portata ad effetto<sup>54</sup>; se, però, la persona indicata non avrà voluto o non avrà potuto procedere a quella determinazione, la vendita sarà allora da considerare come non avvenuta, come se non fosse stato stabilito alcun prezzo: *tunc pro nihilo esse venditionem quasi nullo pretio statuto*.

L'idea che sta alla base di quest'ultima affermazione ci sembra possa essere agevolmente ricostruita. Nel brano delle Istituzioni, l'imperatore afferma che per la validità della compravendita deve esservi un prezzo certo: *nulla emptio sine pretio esse potest. sed et certum pretium esse debet*. Ebbene, data questa premessa, è da pensare che la possibilità di una successiva determinazione del prezzo lo facesse considerare, se non certo (*alioquin*, si dice infatti), comunque determinabile già al momento dello scambio dei consensi, e perciò tale da fare apparire la compravendita come validamente conclusa: analogamente, dunque, a quello che, secondo la nostra ricostruzione, sarebbe stato il pensiero di Ofilio e di Proculo.

La successiva mancata precisazione da parte del terzo faceva sì, però, che quella originaria determinabilità — sulla quale poggiava la validità del contratto — venisse irrimediabilmente meno: col risultato che la compravendita cadeva necessariamente nel nulla, come se un prezzo non fosse mai stato presente (*quasi nullo pretio statuto*, per l'appunto, in questo senso).

Giustiniano, dunque, risolve l'antica questione nel senso della validità di quella vendita, seppure configurata alla stregua di una vendita condizionale (e la stessa soluzione egli estende alla locazione), subordinata alla determinazione del terzo. La soluzione imperiale è, come può vedersi, nel senso della insostituibilità del terzo individuato dalle parti, come pure nel senso della inimpugnabilità

---

<sup>53</sup> TORRENT, '*Pretium certum*': *determinación del precio per 'relationem'*, cit., p.107: "El adverbio omnimodo con que Justiniano plantea autoritativamente su solución no deja lugar a dudas; fuera la que fuera la *arbitris aestimatio* la venta se lleva a efecto y debe pagarse el precio".

<sup>54</sup> E ciò, sia nel caso in cui il contratto venga celebrato con scrittura che nel caso contrario. Nel testo delle Istituzioni c'è una variante.

della determinazione del prezzo da lui operata<sup>55</sup>, dal momento che la vendita produrrà i propri effetti *omnimodo secundum eius aestimationem*, senza che vi sia alcun margine per una sua correzione. Natura condizionale della vendita, insostituibilità dell'*arbiter* e inimpugnabilità della sua decisione si presentano, dunque, come elementi strettamente connessi tra loro.

5. (segue). Il § 2 di C.4.38.15: il divieto d'indagine circa l'intenzione dei contraenti relativamente al tipo di *arbitrium* prescelto

Come abbiamo visto, sia nella costituzione sia nel brano delle Istituzioni imperiali Giustiniano fa riferimento alla controversia circa la validità della compravendita con rinvio del prezzo alla determinazione di un terzo, facendola apparire come ancora esistente ai suoi tempi. Questo fa pensare, per conseguenza, che nessuna delle due soluzioni era riuscita ad imporsi pienamente sull'altra, per la ragione che ciascuna di esse doveva presentare elementi condivisibili ma di per sé non decisivi.

C'è da dire, però, che nel § 2 della costituzione, e più in particolare nel tratto *nulla coniectura — fin*<sup>56</sup> che come abbiamo visto non si trova riprodotto nel corrispondente brano delle Istituzioni, Giustiniano vieta che per il futuro si faccia qualsiasi indagine circa l'intenzione con cui i contraenti avevano concluso i loro accordi: cioè se essi si erano rimessi all'*arbitrium* di una *persona certa* — cioè esclusivamente legato ad un persona ben individuata e alla sua personale valutazione<sup>57</sup> — o a quello di un *bonus vir*:

<sup>55</sup> Così anche SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, cit., pp.36-37; BONIFACIO, voce *Arbitro e arbitratore (dir. rom.)*, cit., p.927.

<sup>56</sup> Il D'ORS, C.4.38.15 (530), interpolato per el mismo Justiniano, cit., p.327, ha considerato interpolata la frase *nulla coniectura-sanctionem expellimus*. Ma la tesi non è stata accolta in dottrina. Vd. SOLINAS, *A proposito dell'«arbitrium boni viri»*, cit., p.565 e, più recentemente, TORRENT, '*Pretium certum*': *determinación del precio per 'relationem'*, cit., p.110, a giudizio del quale "esta frase no hace más que reforzar la voluntad imperial de no indagar sobre el tipo de arbitraje, y que no aparezca ni en D.19.2.25pr. ni en I.3.23.1 no es dato que deponga por una interpolación tan tardía del texto justiniano, aparte de que mantiene una perfecta coherencia formal y sustancial con el texto de la constitución".

<sup>57</sup> Non utilizzeremo l'espressione "*arbitrium merum*" che sovente ricorre in letteratura, sulla scia di una lunga tradizione avallata dall'autorità del Cuiacio. Sebbene abbia un qualche appiglio nelle fonti (com'è stato detto da GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione*, cit., p.97, nt.2, sulla base di D.30.75pr., dove però si trova l'espressione "*in meram voluntatem*"), essa non si trova



*Sin autem ille vel noluerit vel non potuerit pretium definire, tunc pro nihilo esse venditionem quasi nullo pretio statuto: nulla coniectura, immo magis divinatione in posterum servanda, utrum in personam certam an in viri boni arbitrium respicientes contrahentes ad haec pacta venerunt, quia hoc penitus impossibile esse credentes per huiusmodi sanctionem expellimus.*

Questa presa di posizione dell'imperatore riveste ai nostri fini una speciale importanza, perché sta implicitamente a dimostrare che, ancora ai suoi tempi, le parti, nel rinviare la determinazione del prezzo ad un terzo, potevano scegliere tra due diversi tipi di *arbitrium*; l'accertamento della scelta, da loro operata, dell'uno o dell'altro *arbitrium* era, come giustamente ha osservato il Gallo<sup>58</sup>, una *quaestio voluntatis*.

Il fatto poi che il divieto d'indagine circa la volontà dei contraenti segua, nell'impianto espositivo, alla parte della costituzione in cui si afferma che, in caso di mancata determinazione del prezzo<sup>59</sup>, la vendita cade nel nulla induce a pensare che, in relazione a quel caso, la soluzione avrebbe potuto avere, in precedenza, un esito diverso in relazione al tipo di *arbitrium* scelto dalle parti: in altri termini, la vendita — diversamente da quanto ora disponeva l'imperatore — avrebbe potuto in uno di quei casi, anziché cadere nel nulla, restare ancora valida ed efficace<sup>60</sup>.

L'intervento di Giustiniano, nel risolvere autoritativamente l'antica controversia testimoniata da Gaio, eliminava quella distinzione fra i due *arbitria*; ed è forse possibile immaginare la ragione di ciò. Con

---

mai così direttamente attestata. L'espressione, inoltre, potrebbe ingenerare l'idea di un arbitraggio lasciato alla assoluta discrezionalità dell'*arbiter* o, com'è stato pure detto, al suo capriccio (vd. V. ARANGIO RUIZ, *La società in diritto romano*, Napoli 1950, p.112), fatto questo che non trova riscontro nelle fonti. Sul punto in particolare vd.: GALLO, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio, cit.*, p.530ss.

<sup>58</sup> GALLO, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio, cit.*, p.500.

<sup>59</sup> Lo stretto legame tra l'inciso *nulla coniectura- fin* con l'ipotesi che Tizio non proceda alla determinazione del prezzo (*sin autem ... pretio statuto*) è sottolineata pure dal D'ORS, *C.4.38.15 (530)*, interpolato per el mismo Justiniano, *cit.*, p.328. *Contra* MAYER MALY, *Locatio-conductio, cit.*, p.86.

<sup>60</sup> Come vedremo, poiché il contratto era immediatamente efficace — non essendo sottoposto a condizione — è da pensare che si potesse procedere alla sostituzione dell'*arbiter* nominandone un altro. Sul punto *infra* § 7.

ogni verosimiglianza l'accertamento della volontà dei contraenti in merito all'arbitrio prescelto avrà creato notevoli difficoltà nella prassi dei tribunali. E ciò non solo con riguardo al caso in cui la determinazione non avesse avuto luogo, ma anche con riguardo al caso in cui l'arbitro avesse invece proceduto ad affettuarla: giacché in tal caso la parte che si fosse considerata danneggiata avrebbe avuto tutto l'interesse a muovere delle contestazioni, cercando di mostrare che quello da loro prescelto era un *arbitrium boni viri*, come tale impugnabile, come vedremo, a differenza dell'altro.

6. *Arbitrorum genera sunt duo: la testimonianza di Proculo in tema di società*

La nostra attenzione va rivolta, a questo punto, alla individuazione di quello che può essere stato il regime di quei due tipi d'*arbitrium*, menzionati da Giustiniano in C.4.38.15 con specifico riferimento alla clausola "*quanti Titius aestimaverit*" inserita nella compravendita o nella locazione<sup>61</sup>.

C'è da dire che in generale nelle fonti mancano, al riguardo, dirette testimonianze: con ogni probabilità, perché l'imperatore, a seguito della emanazione di quella costituzione, non ne avrà fatto conservare alcuna traccia.

Giova subito osservare che secondo alcuni studiosi<sup>62</sup>, tra i quali il Talamanca<sup>63</sup>, con riferimento ai negozi tutelati da *iudicia bonae fidei* i *prudentes* avrebbero ammesso soltanto l'*arbitrium boni viri*<sup>64</sup>: opinione, questa, che riteniamo non possa condividersi. Vi sono infatti alcuni frammenti che attestano, a nostro avviso chiaramente, che la giurisprudenza ragionava costantemente avendo come "modelli di condotta", come criteri di determinazione del contenuto della

<sup>61</sup> Cfr. C.4.38.15.3: *Quod et in huiusmodi locatione locum habere censemus; Inst.3.23.1: quod ius cum in venditionibus nobis placuit, non est absurdum et in locationibus et conductionibus trahere.*

<sup>62</sup> BONIFACIO, voce *Arbitro e arbitratore (dir. rom.)*, cit., p.928; VOCI, *Le obbligazioni romane*, cit., p.197ss.; TORRENT, '*Pretium certum*': *determinación del precio 'per relationem'*, cit., p.103.

<sup>63</sup> M.TALAMANCA, voce *Società (dir. rom.)*, *E.d.D.* 42 (1990), p.838, nt.262, "non risultano, in effetti, passi da cui appaia che – nell'ambito dei negozi tutelati da *iudicia bonae fidei* – i *prudentes* ammettessero un arbitrato diverso dall'*arbitrium boni viri*". Cfr. pure ID., voce *Obbligazioni (dir. rom.)*, in *E.d.D.* 29 (1979), p.34, e ntt.222 e 224; ID., *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, p.518.

<sup>64</sup> Vd. *infra* nt.67.

prestazione lasciata alla volontà di un soggetto, proprio quei due tipi di arbitraggio. E, d'altra parte, i casi nei quali si ammette esclusivamente l'*arbitrium boni viri* sono casi particolari e sempre contraddistinti dalla specificità della natura dell'obbligazione coinvolta o dalla posizione dell'*arbiter* rispetto al rapporto obbligatorio<sup>65</sup>.

Un riferimento ai due *arbitria*, e proprio in tema di compravendita, è rimasto in:

D.18.1.7pr. (Ulp. 28 ad Sab.)

*Haec venditio servi "si rationes domini computasset arbitrio" condicionalis est: condicionales autem venditiones tunc perficiuntur, cum impleta fuerit condicio. sed utrum haec est venditionis condicio, si ipse dominus putasset suo arbitrio, an vero si arbitrio viri boni? nam si arbitrium domini accipiamus, venditio nulla est, quemadmodum si quis ita vendiderit, si voluerit, vel stipulanti sic spondeat "si voluero, decem dabo": neque enim debet in arbitrium rei conferrri, an sit obstrictus. placuit itaque veteribus magis in viri boni arbitrium id collatum videri quam in domini. si igitur rationes potuit accipere nec accepit, vel accepit, fingit autem se non accepisse, impleta condicio emptionis est et ex empto venditor conveniri potest*<sup>66</sup>.

Come può vedersi, non si tratta qui di stabilire il prezzo della vendita ma si rinvia, ugualmente, ad un momento successivo una certa determinazione (il *rationes accipere*), affidandola all'*arbitrium* del *dominus* (venditore).

Ebbene, Ulpiano aveva presenti proprio quei due tipi di *arbitrium* ai quali fa allusione Giustiniano in C.4.38.15, anche se propendeva per il *viri boni arbitrium*: ma questa sua propensione era qui legata alla specificità del fatto considerato, non potendo essere lasciata l'eventualità di restare obbligato alla mera valutazione soggettiva dello stesso venditore. A determinare la soluzione era, dunque, la particolare posizione dell'*arbiter* rispetto al rapporto obbligatorio<sup>67</sup>.

<sup>65</sup> Vd. D.17.2.6 su cui *infra* nt.67.

<sup>66</sup> Sul testo, in particolare, vd.: SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, cit., p.31ss.; ALBERTARIO, *L'arbitrium boni viri del debitore nella determinazione della prestazione*, cit., p.306; GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione*, cit., pp.121-122.

<sup>67</sup> E non la natura del *iudicium*. A nostro avviso, quei frammenti in materia di *iudicia bonae fidei* che contengono un'opzione a favore dell'*arbitrium boni viri* si spiegano alla luce della natura della valutazione e della particolare posizione dell'*arbiter*

rispetto al rapporto obbligatorio. Quanto appena osservato trova un chiaro riscontro in una nota testimonianza di Pomponio: D.17.2.6 (Pomp. 9 *ad Sab.*): *Si societatem mecum coieris ea condicione, ut partes societatis constitueres, ad boni viri arbitrium ea res redigenda est: et conveniens est viri boni arbitrio, ut non utique ex aequis partibus socii simus, veluti si alter plus operae industriae pecuniae in societatem collaturus sit.* Nel frammento si dice che se tu ti sarai unito con me in società a condizione che sia tu a stabilire le quote della società, il richiamo al tuo *arbitrium* debba intendersi come richiamo all'arbitrio di un *bonus vir*. È infatti conforme al giudizio di un *bonus vir* che non sempre si sia soci per quote uguali, come accade, per esempio, se uno dei due si sia impegnato a conferire nella società di più in attività lavorativa, operosità, denaro. Certo, sul frammento si sono appuntati molti sospetti d'interpolazione a causa della sua corrispondenza letterale con i fr. 76, 78 e 80 di Proculo (per tutti, vd. ALBERTARIO, *L'arbitrium boni viri del debitore nella determinazione della prestazione*, cit., p.297ss.; ID., *La nullità dell'obbligazione per indeterminatezza della prestazione*, cit., p.325ss.; ID., *Corso di diritto romano. I. Le obbligazioni*, cit., p.183). Ma le perplessità sono state superate in dottrina [vd. F.SCHULZ, rec. di Albertario, *L'arbitrium boni viri del debitore nella determinazione della prestazione*, ZSS 48 (1928), p.691ss.; A.GUARNERI CITATI, *Conferimenti e quote sociali in diritto romano*, in BIDR 47 (1934), p.190ss.; A.POGGI, *Il contratto di società in diritto romano classico*, rist. anast. ed. Torino 1930-34 (Roma 1972), p.170ss.; ARANGIO RUIZ, *La società in diritto romano*, cit., pp.114-115; GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione*, cit., p.114; A.GUARINO, *Societas consensu contracta*, Napoli 1972, p.77; TALAMANCA, voce *Società (dir. rom.)*, cit., p.838; F.CUENA BOY, *La prestación y sus requisitos, Derecho romano de obligaciones (Homenaje J.L.Murga Gener)*, Madrid 1994, p.113; e da ultimo, TORRENT, '*Pretium certum*': *determinación del precio 'per relationem'*, cit., p.102]. Nel testo, la ragione dell'opzione a favore dell'*arbitrium boni viri* è evidente: l'affidamento della determinazione delle quote ad uno dei soci può ammettersi, infatti, solo se la volontà della parte indicata è ancorata ad un criterio oggettivo che astrae dagli interessi della persona di riferimento, sì da vincolare la determinazione del socio ad un preciso modello di condotta, che avrebbe tolto – come ha osservato in questa materia il GUARNERI CITATI, *Conferimenti e quote sociali in diritto romano*, cit., p.191 – “alla prestazione quel carattere d'indeterminatezza, che l'avrebbe appunto resa nulla”. Né può addursi in senso contrario D.19.2.24pr. (Paulus 34 *ad ed.*): *Si in lege locationis comprehensum sit, ut arbitrato domini opus adprobetur, perinde habetur, ac si viri boni arbitrium comprehensum fuisset, idemque servatur, si alterius cuiuslibet arbitrium comprehensum sit: nam fides bona exigit, ut arbitrium tale praestetur, quale viro bono convenit. idque arbitrium ad qualitatem operis, non ad prorogandum tempus, quod lege finitum sit, pertinet, nisi id ipsum lege comprehensum sit. quibus consequens est, ut irrita sit adprobatio dolo conductoris facta, ut ex locato agi possit.* Questo frammento, infatti, non si riferisce propriamente ad un atto di arbitraggio (ossia, ad un atto di volontà di un terzo, o di una parte, al quale le parti hanno devoluto l'esatta e definitiva determinazione del contenuto della prestazione), quanto, piuttosto, all'approvazione dell'*opus locatum*: un atto che, come pure si sostiene nel testo, attiene alla qualità dell'opera locata (*idque arbitrium ad qualitatem operis*). Siamo dunque in presenza di una ipotesi diversa dalla nostra.

Quel che però occorre qui evidenziare è che questo brano sta pure a testimoniare il dubbio che l'affidamento dell'*arbitrium* poteva generare, in mancanza di una più precisa determinazione (qui si dice unicamente: "*si rationes domini computasset arbitrio*"): il dubbio cioè, che si fosse di fronte ad un *suum arbitrium* – che con tutta evidenza corrisponde al *personae certae arbitrium* di cui in C.4.38.15 – oppure ad un *virii boni arbitrium*.

A parte, tuttavia, il brano ora esaminato, c'è da dire che una testimonianza più articolata e puntuale in merito ai due *arbitria* ci proviene da alcune fonti che li contemplano con riguardo alla determinazione delle quote in materia di società, e cioè di un contratto che non era preso in considerazione dalla costituzione di Giustiniano e per il quale, pertanto, il ricorso all'uno o all'altro dei due *arbitria* era ancora perfettamente consentito dall'imperatore: il che può spiegare la ragione per la quale ne è conservata menzione nelle fonti. Ebbene, dal momento che si tratta ugualmente di un contratto consensuale e dell'affidamento, anche qui, ad un terzo della determinazione dell'oggetto della prestazione, è chiaro che la testimonianza suddetta risulta particolarmente utile anche al fine di ricostruire quale possa essere stato il regime relativo a quei due *arbitria*, applicato alla compravendita e alla locazione prima che Giustiniano intervenisse ponendo fine alla possibilità di fare ad essi ricorso.

Si consideri, in particolare:

D.17.2.76 (Proc. 5 *epist.*)

*Societatem mecum coisti ea condicione, ut Nerva amicus communis partes societatis constitueret: Nerva constituit, ut tu ex triente socius esses, ego ex besse: quaeris, utrum ratum id iure societatis sit an nihilo minus ex aequis partibus socii simus. existimo autem melius te quaesitum fuisse, utrum ex his partibus socii essemus quas is constituisset, an ex his quas virum bonum constituere oportuisset. arbitrorum<sup>68</sup> enim genera sunt duo, unum eiusmodi, ut sive aequum sit sive iniquum, parere debeamus (quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrium itum est<sup>69</sup>)<sup>70</sup>, alterum eiusmodi, ut ad boni viri arbitrium*

<sup>68</sup> Alcuni Studiosi correggono *arbitrorum* in *arbitriorum*. Così GALLO, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, cit., p.480, nt. 4; e SOLINAS, *A proposito dell'«arbitrium boni viri»*, cit., p.552.

<sup>69</sup> Cfr. per il compromesso D.4.8.27.2 (Ulp. 13 *ad ed.*): *Stari autem debet sententiae arbitri, quam de ea re dixerit, sive aequa sive iniqua sit: et sibi imputet qui*

*redigi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa, cuius arbitrato fiat*<sup>71</sup>.

È stata conclusa una società con il patto che Nerva, amico comune dei soci, determini le relative quote. Questi ha stabilito che uno di essi sia socio per un terzo, l'altro per due terzi. Il quesito che viene posto al giurista è di accertare se quella determinazione sia valida *iure societatis*<sup>72</sup> o se invece non lo sia<sup>73</sup>, con la conseguenza che le quote saranno considerate uguali per entrambi i soci (*ex aequis partibus socii simus*<sup>74</sup>). Ebbene, Proculo risponde rilevando che sarebbe stato meglio se il quesito fosse stato posto in questi termini: *utrum ex his*

*compromisit. nam et divi Pii rescripto adicitur: "vel minus probabilem sententiam aequo animo ferre debet"*.

<sup>70</sup> Il frammento è riportato secondo i segni ortografici dell'edizione Mommsen-Krueger.

<sup>71</sup> Sul frammento, in particolare, vd.: SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, cit., pp. 28-29; POGGI, *Il contratto di società in diritto romano classico*, cit., p.166; ARANGIO RUIZ, *La società in diritto romano*, cit., p.111; GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione*, cit., pp. 99-100; SOLINAS, *A proposito dell'«arbitrium boni viri»*, cit., p.544ss.; VOICI, *Le obbligazioni romane*, cit., p.205; GUARINO, *Societas consensu contracta*, cit., p.76; GALLO, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, cit., pp. 479-480; J.HERNANDO LERA, *El contrato de sociedad. La casuística jurisprudencial clásica*, Madrid 1992, p.281ss.; C.VELASCO, *La sociedad*, in *Derecho romano de obligaciones (Homenaje J. L. Murga Gener)*, Madrid 1994, p.626; P.STEIN, *Roman arbitration: an english perspective*, *Israel Law Review* 29 (1995), pp.225-226; G.SANTUCCI, *Il Socio d'opera in diritto romano. Conferimenti e responsabilità*, Padova 1997, p.63ss.; TORRENT, *'Pretium certum': determinación del precio per 'relationem'*, cit., pp.100-101.

<sup>72</sup> Il SANTUCCI, *Il socio d'opera in diritto romano*, cit., p.65, nt.70, osserva: "credo che con il sintagma «*ius societatis*» si debba intendere il complesso delle norme tipiche che regolano la società".

<sup>73</sup> Come ha osservato il GUARINO, *Societas consensu contracta*, cit., p.76, "la domanda dell'interrogante (*tu*) corrisponde in modo singolare, nella sostanza, al dubbio che si legge in D.17.2.29pr.: se le quote sono fissate (dall'arbitratore) non in misure uguali, ma in un terzo per un socio e in due terzi per l'altro socio, vale questa ripartizione *iure societatis*?".

<sup>74</sup> Cfr. D.17.2.29pr. (Ulp. 30 *ad Sab.*): *Si non fuerint partes societati adiectae, aequas eas esse constat. si vero placuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam, an valeat? placet valere, si modo aliquid plus contulit societati vel pecuniae vel operae vel cuiuscumque alterius rei causa; Gai.3.150. Et illud certum est, si de partibus lucri et damni nihil inter eos conuenerit, tamen aequis ex partibus commodum ut incommodum inter eos commune esse; sed si in altero partes expressae fuerint, uelut in lucro, in altero uero omissae, in eo quoque, quod omissum est, similes partes erunt.*

*partibus socii essemus quas is constituisset, an ex his quas virum bonum constituere oportuisset.*

Il brano fa, dunque, un chiaro riferimento proprio a due diversi tipi di *arbiter* (*arbitrorum enim genera sunt duo*), e per conseguenza a due diversi tipi di *arbitrium*: l'uno consistente nella valutazione esclusivamente soggettiva operata dalla persona designata (*ex his partibus socii essemus quas is constituisset*), e come tale vincolante per i soci a prescindere dal suo contenuto (*ut sive aequum sit sive iniquum, parere debeamus*<sup>75</sup>); l'altro consistente, invece, nella valutazione operata secondo il criterio di un *bonus vir* ("*ex his quas virum bonum constituere oportuisset*", "*alterum eiusmodi, ut ad boni*

---

<sup>75</sup> Va osservato che l'inciso *quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrium itum est* è stato ritenuto dal GALLO, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, cit., p.480ss., un'aggiunta successiva. Altri Studiosi, però, ne riconoscono la genuinità e gli attribuiscono, secondo noi esattamente, un valore meramente esemplificativo. Così, tra gli altri, ARANGIO RUIZ, *La società in diritto romano*, cit., p.112; BONIFACIO, voce *Arbitro e arbitratore (dir. rom.)*, cit., p.928; SOLINAS, *A proposito dell'«arbitrium boni viri»*, cit., p.545. Cfr. STEIN, *Roman arbitration*, cit., p.226. Taluni studiosi hanno però escluso tale valore esemplificativo, sicché nel frammento la distinzione avrebbe avuto per oggetto l'arbitrato e l'arbitraggio e non le due figure di arbitraggio che ancora oggi vengono indicate con le espressioni *arbitrium merum* e *arbitrium boni viri*. Questa tesi, sostenuta in passato da Triani, Wlassak, Scaduto e Talamanca deve ora considerarsi definitivamente superata alla luce delle convincenti osservazioni del GALLO, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, cit., p.480ss. A giudizio dello studioso, in particolare, nella *condicio* "*ut Nerva amicus communis partes societatis constitueret*", non può vedersi una clausola compromissoria; mancherebbe "in ogni caso la previsione di eventuali controversie future, per la cui soluzione si nomina un arbitro". E pure il successivo discorso svolto dal giurista nei §§ 76, 78 e 80 – fatta eccezione per la frase *quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrium itum est* – non conterrebbe alcun elemento che faccia pensare ad un procedimento arbitrale, mentre, invece, esso apparirebbe consono all'arbitraggio. Per altro, prosegue lo studioso, "secondo le testimonianze che ci sono pervenute, al diritto romano era addirittura sconosciuto l'uso della clausola compromissoria". Al fine poi di cogliere i termini della distinzione enunciata da Proculo assumerebbe, infine, un rilievo particolare, la cautela con la quale il giurista si è pronunciato sulla *quaestio* sottopostagli: *in proposita autem quaestione arbitrium viri boni existimo sequendum esse, eo magis quod iudicium pro socio bonae fidei est*. "Dato, infatti, per un verso, il tenore della *condicio* usata nel caso considerato, e stante, per altro verso, il fatto che, nell'ambiente giuridico romano, era sconosciuto, a quanto si sa, lo stesso impiego della clausola compromissoria, una siffatta cautela sarebbe risultata del tutto ingiustificata se la distinzione posta prima dal giureconsulto avesse riguardato l'arbitraggio e l'arbitrato". Sulla questione, da ultimo, VELASCO, *La sociedad*, cit., pp.625-626; SANTUCCI, *Il socio d'opera in diritto romano*, cit., p.64 e nt.68.

*virī arbitrium redigi debeat*”), da applicare anche nel caso in cui il terzo fosse stato specificamente individuato (*etsi nominatim persona sit comprehensa, cuius arbitrato fiat*<sup>76</sup>): circostanza, quest’ultima, che risultava del tutto irrilevante.

Questi due *arbitria* sono dunque caratterizzati, innanzitutto, dal diverso ambito di discrezionalità attribuito alla persona individuata per compiere la determinazione. Nell’*arbitrium del bonus vir*, come si arguisce dal tratto *etsi nominatim persona sit comprehensa, cuius arbitrato fiat*, il bagaglio di conoscenze e di competenze personali scolora a favore di un criterio di determinazione oggettivo ed astratto: quello, per l’appunto, del *bonus vir*. “*Vir bonus* – osserva il Voci – è l’uomo che vale per sé e per gli altri; che conduce le cose con abilità e con senso di giustizia; che non persegue l’utile senza l’onesto. *Arbitrium boni viri* è la volontà, il criterio di questo uomo onesto<sup>77</sup>”. Nel caso, invece, dell’*arbitrium* affidato all’esclusiva determinazione della persona prescelta, si resta ancorati alle sue conoscenze tecniche, alla sua esperienza, al suo intuito, al suo stare sul mercato.

7. *L’opzione espressa da Proculo in favore dell’arbitrium boni viri. Caratteri di questo tipo di arbitrium e configurazione del contratto al quale esso era connesso*

Quanto alla soluzione suggerita da Proculo con riguardo al quesito a lui sottoposto in D.17.2.76, essa ci è nota grazie ad un altro frammento, tratto sempre dal libro 5 *epistularum*, che si trova riprodotto in:

---

<sup>76</sup> È il caso di sottolineare che il frammento appartiene proprio ad uno di quei giuristi che, nel resoconto gaiano di cui in Gai.3.140, ammettevano la validità della compravendita in cui la determinazione del prezzo fosse stata affidata ad un terzo (*ut quanti Titius rem aestimaverit*). A fronte del dubbio espresso dall’interrogante - dubbio che poteva discendere dalla esistenza di una disputa circa l’ammissibilità o meno dell’affidamento ad un terzo della determinazione delle quote sociali - Proculo, così come ammetteva la validità di una compravendita con la clausola suddetta, anche in questo caso mostra di muoversi nella stessa ottica. Egli, infatti, sembra dare per scontata la validità della società e pone un problema che è ben diverso: quello cioè di accertare la natura dell’*arbitrium* che era stato affidato al terzo (*utrum ex his partibus socii essemus quas is constituisset, an ex his quas virum bonum constituere oportuisset*).

<sup>77</sup> VOCI, *Le obbligazioni romane*, cit., p.191.



D.17.2.78 (Proc. 5 *epist.*)

*In proposita autem quaestione arbitrium viri boni existimo sequendum esse, eo magis quod iudicium pro socio bonae fidei est.*

Il responso è chiaro: *in proposita autem quaestione* il giurista sostiene che debba seguirsi l'*arbitrium boni viri*<sup>78</sup>.

Per individuare la ragione che stava alla base di questo responso<sup>79</sup>, occorre considerare il tratto finale *eo magis quod iudicium pro socio bonae fidei est* in connessione con quanto leggiamo nei due frammenti successivi:

D.17.2.79 (Paul. 4 *quaest.*)

*Unde si Nervae arbitrium ita pravum est, ut manifesta iniquitas eius appareat, corrigi potest per iudicium bonae fidei.*

---

<sup>78</sup> Il giurista aggiunge la motivazione che *eo magis quod iudicium pro socio bonae fidei est*. Su questo inciso, però, si sono appuntati i sospetti di vari studiosi: cfr., in particolare, F.P.BREMER, *Iurisprudentiae Antehadrianae*, II<sup>2</sup>, Lipsia 1901, p.120; G.BESELER, *Romanistische Studien, Studi in onore di S. Riccobono*, I, Palermo 1936, p.312; SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, cit., p.28; GUARNERI CITATI, *Conferimenti e quote sociali in diritto romano*, cit., p.190, nt.1. Più di recente, il GALLO, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, cit., p.489, ha osservato che esso "contrasta apertamente con il discorso svolto prima da Proculo, tendendo ... a scalzare la distinzione, da lui posta, fra i due tipi di arbitraggio". Il giurista, secondo lo studioso, conformemente alla distinzione da lui tracciata tra i due tipi di *arbitria*, doveva riconoscere la possibilità di fare riferimento anche al primo tipo di arbitraggio, quello di persona determinata. Diversamente, la motivazione finale *eo magis quod iudicium bonae fidei est*, agganciando la decisione al carattere *bonae fidei* del *iudicium pro socio*, "tende a far apparire esclusivo, in materia, l'*arbitrium boni viri*. La soluzione che Proculo aveva enunciato nei riguardi dello specifico caso sottopostogli, tenendo conto delle peculiarità del medesimo, risulta in pratica estesa, nell'attuale contesto, per effetto dell'inserzione di tale motivazione, a ogni ipotesi di affidamento ad un terzo della determinazione delle quote sociali".

<sup>79</sup> GALLO, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, cit., p.508, rileva che: "Non risultano qui menzionati il dato di fatto e il ragionamento che fondano la decisione. Il primo era però già stato indicato nella descrizione della fattispecie ed il secondo sembra intuitivo. La scelta di *Nerva* come arbitratore risulta dovuta al fatto che si tratta di un amico comune. Ci si aspettava pertanto che egli fissasse le quote comportandosi come tale, vale a dire con valutazione equidistante da entrambi, e per ciò stesso aderente in modo rigoroso al criterio obiettivo dell'equo apprezzamento".

D.17.2.80 (Proc. 5 epist.)

*Quid enim si Nerva constituisset, ut alter ex millesima parte, alter ex [duo] <undemille<sup>80</sup>> millesimis partibus socius esset? illud potest conveniens esse viri boni arbitrio, ut non utique ex aequis partibus socii simus, veluti si alter plus operae industriae gratiae<sup>81</sup> pecuniae in societatem collaturus erat.*

Come apprendiamo da D.17.2.79 – proveniente da Paolo, il quale però deve aver avuto presente proprio il caso considerato da Proculo<sup>82</sup> – l'*arbitrium boni viri*, nel caso in cui fosse stato manifestamente iniquo<sup>83</sup>, avrebbe potuto essere corretto attraverso un *iudicium bonae*

<sup>80</sup> Alcuni editori correggono l'espressione *ex duo millesimis partibus* in *ex undemille millesimis partibus*. Al riguardo L'ARANGIO RUIZ, *La società in diritto romano*, cit., p.113, nt.3, ha osservato: "Il testo ha *ut alter ex millesima parte, alter ex duo millesimis partibus socius esset*: che sarebbe, sgrammaticatura a parte (*duo* per *duabus*), la vera e propria pazzia di lasciare senza destinatario la quasi totalità di profitti e delle perdite". Vd. però GALLO, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, cit., pp. 492-493.

<sup>81</sup> Sull'accezione del termine *gratia* si registra in dottrina una varietà di opinioni. A giudizio DELL'ARANGIO RUIZ, *La società in diritto romano*, cit., p.144, nt.1, esso sarebbe usato per designare "il favore di cui taluno gode presso i potenti". Secondo il SOLINAS, *A proposito dell'«arbitrium boni viri»*, cit., p.551, nt.29: le "raccomandazioni?". Per il GALLO, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, cit., p.509, nt.79: "Proculo con *gratia* intese ricordare con ogni probabilità (accanto all'attività lavorativa, a quella imprenditoriale ed al capitale in genere, indicati con le parole *opera, industria, pecunia*), il buon nome, il credito, l'entrata, forse anche con riguardo ad un eventuale preesistente avviamento, in relazione allo svolgimento dell'attività sociale". Sulla questione, in particolare, vd.: P.STEIN, «*Gratia*» in *the Digest, Synteleia V. Arangio Ruiz*, I, Napoli 1964, p.250ss.; e C.KRAMPE, *Proculi Epistulae. Eine frühklassische Juristenschrift*, Karlsruhe 1970, p.36: "*Gratia* bedeute noch bei Proculus soviel wie *fides* oder *auctoritas*. In diesem Sinne sei es auch bei Cicero und Seneca belegt. Bei den Juristen des späten zweiten bis zum Beginn des vierten Jahrhunderts bedeute *gratia* dagegen etwa *studium* oder *favor* und sei fast immer in einem herabsetzenden Sinne gebraucht, um unangemessenen Einfluß oder Macht zu bezeichnen". A nostro avviso *gratia* appare impiegato per designare il favore sociale, il prestigio e il rispetto di cui gode il socio. Può risultare utile la consultazione di A.M.PIGNATELLI, *Lessico politico fra il III e il II sec. a.C.*, Bari 2008, p.75ss.

<sup>82</sup> La *quaestio* di Paolo, ha osservato il VOCI, *Le obbligazioni romane*, cit., p.207, "doveva ricordare il responso di Proculo, se ritorna il nome di Nerva, l'arbitro di cui Proculo aveva parlato".

<sup>83</sup> La necessità che l'*iniquitas* fosse *manifesta* trova una agevole spiegazione se si considera che, diversamente, sarebbe stato oltremodo difficile dimostrare la non rispondenza della determinazione effettuata al criterio oggettivo dell'*arbitrium boni viri*, quando essa se ne fosse discostata in misura poco apprezzabile.

*fidei*: a differenza dell'altro, che invece era comunque vincolante (*ut sive aequum sit sive iniquum, parere debeamus*) e pertanto non impugnabile. Da qui la propensione, da parte di Proculo, per l'*arbitrium boni viri*.

Come, inoltre, risulta da D.17.2.80, una diversa ripartizione delle quote operata da Nerva (*ut tu ex triente socius esses, ego ex besse*) poteva, di per sé, non esprimere necessariamente una valutazione iniqua, nel caso in cui si fosse trattato di apporti di valore differente. A fronte di una realtà patrimoniale che poteva essere anche assai complessa, si comprende bene, pertanto, perché Proculo ritenesse opportuno agganciare la relativa valutazione al criterio obiettivo dell'*arbitrium boni viri*: *illud potest conveniens esse viri boni arbitrio, ut non utique ex aequis partibus socii simus, veluti si alter plus operae industriae gratiae pecuniae in societatem collaturus erat*.

Quanto, poi, alla configurazione del contratto nel quale le parti si affidavano all'*arbitrium boni viri*, è a nostro avviso assai significativo quanto apprendiamo da un brano che, pur non riguardando direttamente la materia contrattuale, tuttavia ci fornisce elementi utili per la conoscenza del regime di questo tipo di *arbitrium*. Si tratta di:

D.31.1.1 (Ulp. 9 *ad Sab.*)

*Sed cum ita legatum sit pupillo sive pupillae "arbitrio tutorum", neque condicio inest legato neque mora, cum placeat in testamentis legatum in alterius arbitrium collatum pro viri boni arbitrio accipi. quae enim mora est in boni viri arbitrio, quod iniectum legato velut certam quantitatem exprimit, pro viribus videlicet patrimonii*<sup>84</sup>?

<sup>84</sup> Il testo è stato pesantemente attaccato sotto l'aspetto formale. Così G.BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 3, Tübingen 1913, pp.198-199; e ALBERTARIO, *L'arbitrium boni viri del debitore nella determinazione della prestazione*, cit., p.302 (vd. pure ID., *L'arbitrium boni viri nell'onerato di un fedecommesso*, cit., p.358) hanno considerato interpolato tutto il periodo da "*placeat*" fino alla fine. Per lo SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, cit., p.47, poi, la modificazione del periodo finale è innegabile perché esso "contiene norma troppo generale, senza neppure l'indicazione dell'oggetto astratto del legato (alimenti, dote) o del motivo della liberalità, che è necessario all'esplicamento dell'*arbitrium boni viri*". E pure il GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione*, cit., pp.103-104, oltre a riprendere alcuni dei sospetti dello Scaduto, esprime dubbi sulla finale ("*pro viribus videlicet patrimonii*"), considerata una glossa, sulle parole *in testamentis*, "certo spurie", e sull'espressione *pro viri boni arbitrio* che "non si adatta bene alla frase" che "forse è rabberciata". Per il VOCI, *Le obbligazioni romane*, cit., p.217, "L'imperfezione del dettato, e la sua oscurità, non rendono il testo facile".

Come può vedersi, qui si fa discorso di un legato disposto in favore di un pupillo o di una pupilla con la clausola “*arbitrio tutorum*”: un legato, dunque, ad effetto obbligatorio, la determinazione del cui oggetto viene, per l'appunto, affidata all'*arbitrium* dei tutori.

Ora, Ulpiano rileva che questo legato non si intende sottoposto a condizione e che non è per esso prospettabile un differimento della sua efficacia (*neque condicio inest legato neque mora*), perché si ritiene (*cum placeat*) che *in testamentis legatum in alterius arbitrium collatum pro viri boni arbitrio accipi*<sup>85</sup>. L'esclusione della *condicio* e l'immediata efficacia del legato discendono, dunque, da una caratteristica che è propria dell'*arbitrium boni viri* e che consiste nel fatto che esso esprime una quantità certa (*certam quantitatem exprimit*), secondo un criterio oggettivo ed astratto<sup>86</sup>.

Ebbene, se è così, appare chiaro che una simile caratteristica, che qui viene prospettata come tipica dell'*arbitrium boni viri* in sé considerato<sup>87</sup> – a prescindere, dunque, dall'atto al quale esso risultava connesso – fosse riscontrabile anche nei contratti consensuali da noi prima esaminati.

La conseguenza che da ciò va tratta è, allora, che anche quei contratti, allorché la determinazione dell'oggetto della prestazione era affidata all'*arbitrium boni viri*, fossero configurati come non

Sotto l'aspetto sostanziale, invece, la dottrina ne ha comunque difeso la genuinità, sottolineando, a ragione, l'importanza della frase “*neque condicio inest legato neque mora*” (Vd. SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, cit., p.47; GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione*, cit., p.104; SOLINAS, *A proposito dell'«arbitrium boni viri»*, cit., p.559).

<sup>85</sup> Cfr. anche D.32.43 (Celsus 15 dig.): *Si filiae pater dotem arbitratu tutorum dari iussisset, Tubero perinde hoc habendum ait ac si viri boni arbitratu legatum sit. quaerit, quemadmodum Labeo apparet, quantam dotem cuiusque filiae boni viri arbitratu constitui oportet: ait id non esse difficile ex dignitate, ex facultatibus, ex numero liberorum testamentum facientis aestimare.*

<sup>86</sup> Scrive lo SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, cit., p.47 (poi ripreso da SOLINAS, *A proposito dell'«arbitrium boni viri»*, cit., p.559), che “l'*arbitrium boni viri* porta in sé gli elementi per una delimitazione obbiettiva e rende il rapporto cui accede pienamente esistente ed efficace”. Cfr pure K.VISKY, *La prova per esperti nel processo civile romano*, *Studi senesi* 80 (1968), p.61.

<sup>87</sup> Ragione questa per la quale riteniamo di poter generalizzare la decisione di Ulpiano. *Contra* TALAMANCA, voce *Obbligazioni (dir. rom.)*, cit., p.34, nt.222.

sottoposti ad alcuna condizione e, pertanto, immediatamente efficaci<sup>88</sup>.

Un dato, questo, che si aggiunge alla impugnabilità, da noi già riscontrata, della determinazione effettuata dall'*arbiter*.

8. *L'arbitrium affidato a una persona determinata, secondo la testimonianza di Celso*

Che le parti potessero optare anche per l'altro dei due tipi di *arbitrium* menzionati in D.18.1.7*pr.* e in D.17.2.76<sup>89</sup>, e cioè per l'affidamento della determinazione a una persona ben individuata e senza alcun riferimento al criterio proprio del *bonus vir*, a noi pare possa desumersi pure da un noto frammento di Celso<sup>90</sup>. Esso nei *Digesta* precede quelli appena esaminati in tema di società, e vi si prende in considerazione l'ipotesi della mancata determinazione delle quote da parte del terzo:

---

<sup>88</sup> A questo riguardo vedasi pure D.34.1.22*pr.* (Valens 1 *fideic.*): *Cum alimenta per fideicommissum relicta sunt non adiecta quantitate, ante omnia inspiciendum est, quae defunctus solitus fuerat ei praestare, deinde quid ceteris eiusdem ordinis reliquerit: si neutrum apparuerit, tum ex facultatibus defuncti et caritate eius, cui fideicommissum datum erit, modus statui debebit.* Nel frammento si dice che nel caso di fedecommesso di alimenti privo dell'indicazione della quantità, in mancanza di altri elementi di determinazione, si ricorre alla consistenza del patrimonio del defunto e al fabbisogno del fedecommisario. Si tratta dei criteri propri dell'*arbitrium boni viri*, come si arguisce da D.32.43 per il caso in cui il terzo sia stato indicato dal testatore. In entrambi i casi, come sostengono anche SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, cit., p.48 e SOLINAS, *A proposito dell'«arbitrium boni viri»*, cit., p.559, nt.52, la disposizione è efficace *ab initio*. Sul testo, vd. inoltre, ALBERTARIO, *La nullità dell'obbligazione per indeterminatezza della prestazione*, cit., p.315; GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione*, cit., p.137; CUENA BOY, *La prestación y sus requisitos*, cit., p.115. Vd. pure D.30.75*pr.* (Ulpianus 5 *disp.*): *Si sic legatum vel fidei commissum sit relictum "si aestimaverit heres" "si comprobaverit" "si iustum putaverit", et legatum et fideicommissum debebitur, quoniam quasi viro potius bono ei commissum est, non in meram voluntatem heredis collatum.*

<sup>89</sup> Al riguardo vd. *supra* § 6.

<sup>90</sup> Così vd. anche GALLO, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, cit., p.486 e p.500ss.; VELASCO, *La sociedad*, cit., p.626.

D.17.2.75 (Celsus 15 dig.)

*Si coita sit societas ex his partibus, quas Titius arbitratus fuerit, si Titius antequam arbitraretur decesserit, nihil agitur: nam id ipsum actum est, ne aliter societas sit, quam ut Titius arbitratus sit*<sup>91</sup>.

Se è stata costituita una società secondo le quote che avrà determinato Tizio, e questo muore prima di aver svolto il proprio compito, la società non viene in essere (*nihil agitur*), in quanto le parti hanno precisamente voluto (*ipsum actum est*) che la società non esistesse altrimenti che secondo le quote che avrebbe stabilito Tizio.

Secondo un diffuso<sup>92</sup> orientamento dottrinale, in questo frammento si farebbe riferimento all'*arbitrium boni viri*. A giudizio, in particolare, del Voci "l'originale di Celso non doveva fermarsi a questa constatazione: tolto da un contesto in cui era menzionato il problema d'interpretare l'*arbitrium* come *arbitrium boni viri*, doveva aggiungere che pure in materia di società l'arbitrio del terzo doveva sempre esplicitarsi come *arbitrium boni viri*<sup>93</sup>"; più di recente, il Torrent ha osservato che "la *sedes materiae* y al ser Celso discípulo de Proculo... obligan a convenir que la tibia frase *quas Titius arbitratus fuerit* se refiera a un *arbitrium boni viri*<sup>94</sup> ...".

Ora, a noi pare che nel nostro frammento nulla vi sia che possa far pensare che in esso si faccia davvero riferimento all'*arbitrium boni viri*.

Innanzitutto va osservato che è proprio l'esclusivo rilievo attribuito alla persona dell'arbitratore (*id ipsum actum est, ne aliter societas sit, quam ut Titius arbitratus sit*) che mal si concilia con l'*arbitrium* del *bonus vir*: criterio, quest'ultimo, oggettivo ed astratto che, come detto, prescinde dalla precisa indicazione della persona

<sup>91</sup> Le perplessità sulla genuinità del frammento espresse dallo SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, cit., p.40ss., e dovute ad una certa somiglianza della soluzione accolta dal giurista con la disciplina contenuta nella costituzione 15 (già esaminata), sono state definitivamente superate dal GALLO, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, cit., p. 486ss., che, anzi, proprio da questa somiglianza ha desunto un argomento a favore della sostanziale genuinità dello stesso.

<sup>92</sup> Oltre agli autori citati in testo, vd. GROSSO, *Obbligazioni*, cit., p.101; TALAMANCA, voce *Società (dir. rom.)*, cit., p.838, nt.262.

<sup>93</sup> VOCI, *Le obbligazioni romane*, cit., p.207.

<sup>94</sup> TORRENT, '*Pretium certum*': *determinación del precio 'per relationem'*, cit., p.103.

dell'arbitratore (*etsi nominatim persona sit comprehensa, cuius arbitratu fiat*<sup>95</sup>).

Si consideri, inoltre, che il caso contemplato dal giurista (*si coita sit societas ex his partibus, quas Titius arbitratus fuerit*) ricalca quello già prospettato in termini generali da Proculo nel frammento 76 come un caso del tutto diverso dall'*arbitrium* del *bonus vir* (*existimo autem melius te quaesitum fuisse, utrum ex his partibus socii essemus quas is constituisset, an ex his quas virum bonum constituere oportuisset*).

Ebbene, stando proprio al regolamento voluto dalle parti ("*id quod actum est*"<sup>96</sup>, si dice difatti), l'*arbiter* è qui insostituibile e la sua attività necessaria per la valida costituzione della società (*ne aliter societas sit, quam ut Titius arbitratus sit*). C'è qui la precisa intenzione di rimettersi esclusivamente alla volontà di Tizio: sicché, nel caso in cui questi non proceda alla determinazione delle quote, non si avrà una uguale loro ripartizione, come accadrebbe nel caso in cui le parti nulla avessero convenuto sul punto<sup>97</sup>, ma *nihil agitur*, in deroga per l'appunto a quel regime<sup>98</sup>.

<sup>95</sup> D.17.2.76 (Proc. 5 *epist.*), su cui vd. *supra* § 6.

<sup>96</sup> Col verbo '*actum est*' "si richiama proprio l'intenzione delle parti" (SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, cit., p.40). Con "*id quod actum est*" "si dice – osserva P.VOCI, *Note sull'interpretazione del negozio giuridico in diritto romano*, ora anche in *Studi di diritto romano*, I, Padova 1985, p.593 – ... che bisogna stare a ciò ch'è stato stabilito, vale a dire a ciò che si è scelto tra le alternative che si davano". La locuzione "*id quod actum est*" è stata in passato oggetto di discussione, innescata, in particolare, da F.PRINGSHEIM, *Id quod actum est*, in ZSS 78 (1961), p.1ss., le cui conclusioni a noi sembrano del tutto superate dalle osservazioni svolte da G.GANDOLFI, *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, Milano 1966, p.118: "la locuzione ... viene usata non già per invocare un criterio ermeneutico in contrapposizione ad un altro, ma per approfondire lo studio di una fattispecie astratta, attraverso la considerazione delle varianti che le parti possono in effetti realizzare, e che possono implicare effetti diversi rispetto ad una fattispecie-tipo che viene considerata". L'*id quod actum* "non è un criterio applicabile in sede d'interpretazione di un atto negoziale, ma è il regolamento d'interessi quale risulta scaturito dal negozio nella sua specifica concretezza: è dunque l'obiettivo cui l'ispezione ermeneutica deve mirare"(p.119).

<sup>97</sup> Cfr. D.17.2.29pr. (Ulp. 30 *ad Sab.*): *Si non fuerint partes societati adiectae, aequas eas esse constat. si vero placuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam, an valeat? placet valere, si modo aliquid plus contulit societati vel pecuniae vel operae vel cuiuscumque alterius rei causa; Gai.3.150. Et illud certum est, si de partibus lucri et damni nihil inter eos conuenerit, tamen aequis ex partibus commodum ut incommodum inter eos commune esse; sed si in altero partes expressae fuerint, uelut*

In definitiva, possiamo dire che in questo caso si tratta di una *societas* la cui validità risulta sottoposta alla condizione che l'*arbiter* proceda alla determinazione. Tale natura condizionale della società è, dunque, strettamente connessa con l'insostituibilità dell'*arbiter*.

Ma c'è di più. Dalla motivazione su cui Celso fonda la sua decisione (*nam id ipsum actum est, ne aliter societas sit, quam ut Titius arbitratus sit*) può ancora ricavarsi un altro dato che caratterizza questo tipo di *arbitrium*: stabilendo che la società non esisterà altrimenti che secondo le quote individuate da Tizio, le parti hanno, infatti, inteso escludere implicitamente la possibilità di impugnare quella determinazione. Non c'è, dunque, spazio per una correzione dell'atto di determinazione del terzo<sup>99</sup>: il che conferma come quello preso qui in considerazione non sia l'*arbitrium boni viri*, per il quale invece, come abbiamo visto, una simile possibilità era certamente riconosciuta (*corrige potest per iudicium bonae fidei*<sup>100</sup>).

#### 9. Altre testimonianze in tema di *arbitrium* affidato a persona determinata

Nelle fonti si possono riscontrare altre testimonianze che si riferiscono ad un *arbitrium* con caratteristiche simili a quelle da noi precedentemente riscontrate con riguardo all'*arbitrium* affidato a persona determinata.

Si tratta, in particolare, di una *stipulatio* con cui lo *stipulator* si fa promettere qualcosa secondo l'*arbitratus Lucii Titii*:

---

*in lucro, in altero uero omissae, in eo quoque, quod omissum est, similes partes erunt.*

<sup>98</sup> E tuttavia, questa soluzione di Celso è perfettamente aderente alla volontà dei contraenti; in presenza di una volontà diversa o di un caso dissimile, probabilmente diversa sarebbe stata pure la sua decisione (come un'altra sarebbe stata, pensiamo, la decisione di Proculo in presenza di una diversa volontà dei contraenti). Ciò risulta chiaramente in un noto frammento, già citato, in tema di legato di dote: D.32.43 (Celsus 15 dig.): *Si filiae pater dotem arbitrato tutorum dari iussisset, Tubero perinde hoc habendum ait ac si viri boni arbitrato legatum sit. quaerit, quemadmodu Labeo apparet, quantam dotem cuiusque filiae boni viri arbitrato constitui oportet: ait id non esse difficile ex dignitate, ex facultatibus, ex numero liberorum testamentum facientis aestimare.* Materia, questa, che s'ispira a principi diversi, come si ricava da: D.31.1.1 (Ulp. 9 ad Sab.): 1. *Sed cum ita legatum sit pupillo sive pupillae "arbitrio tutorum", neque condicio inest legato neque mora, cum placeat in testamentis legatum in alterius arbitrium collatum pro viri boni arbitrio accipi*, per cui, il legato rimesso all'arbitrio altrui deve intendersi rimesso all'*arbitrium boni viri*.

<sup>99</sup> Vd. *supra* § 7.

<sup>100</sup> Vd. D.17.2.79 (Paul. 4 *quaest.*), *supra* § 7.



D.45.1.43 (Ulp. 50 *ad Sab.*)

*Si quis arbitrato puta Lucii Titii restitui sibi stipulatus est, deinde ipse stipulator moram fecerit, quo minus arbitretur Titius: promissor quasi moram fecerit, non tenetur. quid ergo si ipse, qui arbitrari debuit, moram fecerit? magis probandum est a persona non esse recedendum eius, cuius arbitrium insertum est.*

Ulpiano rileva che, nel caso in cui la *mora* dello *stipulator* impedisce a Tizio di eseguire l'*arbitrium*, il *promissor* non viene considerato di ciò responsabile (*quasi moram fecerit, non tenetur*). Quel che, però, riveste ai nostri fini maggiore interesse è il tratto che va da *quid ergo* alla fine. Il giurista si chiede che cosa debba farsi se a incorrere nel ritardo è la persona che doveva eseguire l'*arbitrium* (*quid ergo si ipse, qui arbitrari debuit, moram fecerit?*), e a tale quesito egli risponde affermando che da questa persona non è possibile staccarsi (*a persona non esse recedendum eius, cuius arbitrium insertum est*): in altri termini, che in caso di mora essa non può essere sostituita da altri.

Ebbene, quanto rilevato da Ulpiano conferma, a nostro avviso, proprio quella insostituibilità dell'*arbiter* da noi prima evidenziata con riguardo all'*arbitrium* di persona determinata cui fa riferimento D.17.2.75: anche nel caso del ritardo a questa ascrivibile, le parti dovevano ancora affidarsi esclusivamente a lui.

Ma c'è pure un'altra conferma di quanto detto prima che è possibile riscontrare, sempre in tema di *stipulatio*. Il frammento immediatamente successivo a quello ora esaminato:

D.45.1.44 (Paul. 12 *ad Sab.*)

*Et ideo, si omnino non arbitretur, nihil valet stipulatio, adeo ut, etsi poena adiecta sit, ne ipsa quidem committatur*

sembra continuare il discorso prima svolto da Ulpiano e fare, pertanto, riferimento alla stessa clausola "*arbitrato Lucii Titii restitui*<sup>101</sup>" da questi presa in considerazione. Paolo afferma che, se

<sup>101</sup> Vd. O.LENEL, *Palingenesia*, I, col. 1285. Vd. pure GALLO, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, cit., p.514, nt.90 e TALAMANCA, voce *Obbligazioni (dir. rom.)*, cit., p.34, nt.222. Sospetti di interpolazione sono stati a suo tempo avanzati sui paragrafi 43 e 44 dal BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, 3, cit., pp. 146-147 [per il § 44 vd. ID., *Miszellen*, in ZSS 45 (1925), p.484], dallo SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, cit., p.33, nt.3, e ripresi dal SOLINAS, *A proposito dell'«arbitrium boni viri»*, cit., p.549, nt.25. Di diverso avviso

l'*arbiter* non procede affatto alla determinazione (*si omnino non arbitretur*), la *stipulatio* cade nel nulla. Abbiamo, pertanto, un chiaro riscontro in merito alla natura condizionale che assume l'atto al quale acceda la clausola che rinvia alla determinazione operata da una persona determinata<sup>102</sup>. Natura condizionale della *stipulatio* sottoposta a questo tipo d'*arbitrium* e insostituibilità dell'*arbiter* si trovano perciò qui ancora una volta strettamente collegate.

In definitiva, l'esame fin qui condotto sulle fonti, ci sembra abbia fatto individuare quelle che erano le caratteristiche proprie di ciascun *arbitrium*, che lo distinguevano dall'altro.

Nel caso dell'*arbitrium boni viri* la persona designata acquistava, di per sé, uno speciale rilievo, essendo la sua determinazione ancorata ad un criterio oggettivo ed astratto: con la conseguenza che tale determinazione poteva essere impugnata nel caso in cui fosse risultata manifestamente non conforme al criterio suddetto. Inoltre, il contratto era configurato come non sottoposto a condizione ma immediatamente efficace: il che probabilmente avrebbe consentito - è

---

il BONIFACIO, voce *Arbitro e arbitratore (dir. rom.)*, cit., p.928: "non mi sembra ci siano elementi sufficienti per pronunciare un giudizio di non genuinità".

<sup>102</sup> C'è da dire che questa natura dell'*arbitrium* in oggetto è stata messa in dubbio dal TALAMANCA, voce *Obbligazioni (dir. rom.)*, cit., p.34, nt.222. Sennonché a noi sembra che, in realtà, non vi siano particolari ragioni che possano indurre ad escludere che i due frammenti facciano riferimento all'arbitrio di persona determinata (così GALLO, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, cit., p.514, nt.90). E del resto, se le parti avessero voluto riferirsi ad un diverso *arbitrium*, e precisamente all'*arbitrium boni viri*, si sarebbero espresse diversamente, come può desumersi da un altro frammento, sempre di Ulpiano, che sembrerebbe riferirsi proprio ad un'analogia clausola (di restituzione secondo la valutazione di un terzo) formulata però in modo diverso: D.50.16.73 (Ulp. 80 *ad ed.*): *Haec verba in stipulatione posita "eam rem recte restitui" fructus continent: "recte" enim verbum pro viri boni arbitrio est*. Ulpiano dice che la clausola "*eam rem recte restitui*" contiene i frutti, in quanto l'avverbio "*recte*" deve intendersi *pro viri boni arbitrio*. Quell'avverbio attribuiva, come è evidente, all'*arbitrium* una connotazione ben differente da quella testimoniata da D.45.1.43, nella quale, come si è visto, non figurava nulla che potesse far pensare all'*arbitrium boni viri*: le parti avevano inteso riferirsi esclusivamente alla determinazione di *Lucius Titius (arbitratu puta Lucii Titii restitui sibi stipulatus est)*, e da essa soltanto avevano voluto dipendere l'efficacia della *stipulatio*. Su D.50.16.73, vd., SOLINAS, *A proposito dell'«arbitrium boni viri»*, cit., p.549; ed inoltre, H.ANKUM, *Alla ricerca della repromissio e della satisfatio secundum mancipium*, *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, IV (in onore di M.de Dominicis), Perugia 1981, p.773.

da pensare - anche la sostituzione dell'*arbiter* nel caso in cui questi non avesse ottemperato al compito che gli era stato assegnato.

Nel caso, invece, di *arbitrium* affidato a una persona determinata, questa, proprio perché scelta in considerazione delle proprie qualità personali, risultava innanzitutto insostituibile, e la sua determinazione non era suscettibile di impugnazione. Inoltre, per la stessa ragione, l'assolvimento del suo compito costituiva condizione indispensabile perché il contratto potesse dispiegare i propri effetti: la mancata determinazione avrebbe fatto cadere questo nel nulla.

10. *Valutazione dell'intervento operato da Giustiniano in C.4.38.15 e Inst.3.23.1*

Come abbiamo potuto, a suo tempo, constatare, Giustiniano, nel risolvere autoritativamente l'antica controversia testimoniata da Gaio 3.140, eliminò la possibilità di far ricorso ad uno o all'altro di quei due *arbitria*<sup>103</sup>.

Abbiamo pure visto come l'imperatore stabilisse che, nel caso in cui la determinazione del prezzo era stata affidata ad un terzo, la compravendita (ma la stessa soluzione era da lui estesa alla locazione) fosse da considerare alla stregua di una vendita condizionale, subordinata alla determinazione suddetta; ed abbiamo evidenziato come la soluzione imperiale comportasse l'insostituibilità del terzo individuato dalle parti e la non impugnabilità della determinazione del prezzo da lui operata, dal momento che la vendita avrebbe prodotto i propri effetti *omnimodo secundum eius aestimationem*, senza che esistessero margini per una sua correzione. Natura condizionale della vendita, insostituibilità dell'*arbiter* e inimpugnabilità della sua decisione si presentavano come elementi strettamente connessi tra loro.

Ebbene, quanto sin qui emerso dall'esame delle fonti ci sembra mostri in modo fin troppo evidente che Giustiniano, nel vietare il ricorso ai due tipi d'*arbitrium* suddetti, abbia in realtà disposto l'adozione di un *arbitrium* che presentava proprio le caratteristiche di uno di essi: e cioè dell'*arbitrium* affidato a una persona determinata.

---

<sup>103</sup> C.4.38.15.2: ... *nulla coniectura, immo magis divinatione in posterum servanda, utrum in personam certam an in viri boni arbitrium respicientes contrahentes ad haec pacta venerunt, quia hoc penitus impossibile esse credentes per huiusmodi sanctionem expellimus.*

Una simile scelta non solo avrebbe reso tutto più semplice e spedito, togliendo ogni possibilità di dubbi e di contestazioni da parte di chi – come abbiamo già evidenziato – considerandosi danneggiato, avrebbe avuto tutto l'interesse di mostrare che quello prescelto era un *arbitrium boni viri*, come tale impugnabile a differenza dell'altro.

L'intervento di Giustiniano non introduceva, dunque, una soluzione giuridica innovativa, ma si limitava semplicemente ad adottare e a generalizzare, come il solo possibile, un regime già noto e praticato.