

Università degli Studi di Milano – Bicocca

Scuola di Dottorato in Scienze Giuridiche

Curriculum in Diritto romano e diritti dell'antichità

**LA RESPONSABILITÀ DEL SOCIO
IN DIRITTO ROMANO CLASSICO**

Nicola Recla

Matricola: 744958

Tutor: Prof.ssa C. Buzzacchi

XXVI Ciclo – a.a. 2013/2014

Piazza Ateneo Nuovo, 1 – 20126 Milano

INDICE

INTRODUZIONE	1
---------------------	---

CAPITOLO 1

Partes lucri et damni: determinazione delle quote sociali e partecipazione del socio ai profitti e alle perdire in diritto romano

1.1 Considerazioni introduttive	21
1.2 Il silenzio delle parti e il criterio delle <i>aequae partes</i>	25
1.3 L' <i>arbitrium boni viri</i> del terzo e del socio	30
1.4 D.17.2.29pr. e l'autonomia negoziale dei soci	41
1.5 La <i>magna quaestio</i> tra Servio e Quinto Mucio	56

CAPITOLO 2

La responsabilità per inadempimento del socio in epoca classica

2.1 Considerazioni introduttive	71
2.2 La teoria che limita al dolo la responsabilità del socio	77
2.3 I passi adottati a conforto della c.d. teoria dell' <i>infamia</i>	85
2.4 Principali critiche alla c.d. teoria dell' <i>infamia</i>	89
2.5 Il testo fondamentale di Ulpiano: D. 17.2.52.2	98
2.6 La responsabilità per negligenza del socio	113

CAPITOLO 3

La rilevanza esterna del contratto di società in diritto romano classico

3.1 Considerazioni introduttive	131
3.2 La società di mercanti di schiavi	141
3.3 La società di navigazione	146
3.4 Considerazioni conclusive	153
INDICE DELLE FONTI	163
ELENCO DELLE OPERE CITATE	173

INTRODUZIONE

La struttura negoziale della *societas consensu contracta*, figura contrattuale che si è affermata nell'esperienza romana verosimilmente a partire dai primi anni del II sec. a.C.¹ attraverso la mediazione della

¹ Per quanto riguarda il periodo precedente, è opinione diffusa che in epoca arcaica la società non fosse conosciuta a Roma; assolveva, tuttavia, una funzione analoga all'istituto classico della *societas omnium bonorum in consortium erecto non cito*, che molti studiosi considerano l'archetipo della *societas*, e che realizzava tra i coeredi quella comunione implicante una totale compartecipazione sotto il profilo patrimoniale che sarebbe stata successivamente realizzata, appunto, dalla *societas omnium honorum*. Sul rapporto tra *societas* e *consortium erecto non cito*, nonché tra *societas* e *communio*, cfr., in particolare, E. DEL CHIARO, *Le contrat de société en droit privé romain sous la République e tau temps des jurisconsultes classiques*, Parigi, 1928; A. POGGI, *Il contratto di società in diritto romano classico*, Tipografia sociale torinese, Torino, 1930-1934; V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano: corso di lezioni svolto nell'Università di Roma: anno 1949-1950*, Jovene, Napoli, 1965; ID., *Societas 're contracta' e 'communio incidens'*, in *Studi in onore di S. Riccobono*, IV, Palermo, 1936; M. BRETONI, «*Consortium*» e «*communio*», in *Labeo*, 6, 1960; M. BIANCHINI, *Studi sulla societas*, Giuffrè, Milano, 1967; ID., *Diritto commerciale nel diritto romano*, in *Digesto delle disc. Priv. (sez. commerciale)*, IV, Torino, 1989; A. GUARINO, *La società in diritto romano*, Jovene, Napoli, 1988; M. TALAMANCA, *Società: diritto romano*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLII (1990), pp. 814 ss.; T. DROSDOWSKI, *Das Verhältnis von action pro socio und actio communi dividundo im klassischen römischen Recht*, Duncker und Humblot, Berlin, 1998.

*iurisdictio peregrina*², si caratterizza per la sua estrema semplicità: si tratta, infatti, di quel contratto consensuale mediante il quale due (o più) soggetti si vincolano a conferire in comune, con uno scopo lecito, beni od opere, al fine di raggiungere un vantaggio patrimoniale da ripartire secondo i canoni concordati³.

A tale estrema essenzialità strutturale, tuttavia, fanno da contraltare la pluralità dei tipi societari conosciuti dal diritto classico⁴, che si differenziano per la diversa natura dell'oggetto, e la varietà della casistica giurisprudenziale classica. Ad un concetto unitario di *societas* si contrappone, quindi, la ricchezza di soluzioni che

² Gai III-154: *Sed haec quoque societas, de qua loquimur, id est quae consensus contrahitur nudo, iuris gentium est, itaque inter omnes homines naturalis ratione consistit.*

³ Cfr. D 17.2.52.6: *ideo... ut emolumentum ac damnum in his commune sentirent.*

⁴ Tralasciando, in questa sede, una più approfondita trattazione dei diversi tipi societari, che saranno oggetto di analisi nel corso della ricerca, si rileva come l'accentuata genericità dello schema della società consensuale si adatti ad una vasta gamma di possibili diverse utilizzazioni, che ha dato origine ai vari tipi di *societas* conosciuti dai romani, tra i quali assumono particolare rilevanza la *societas omnium bonorum* (la quale, secondo alcuni autori, come detto, deriverebbe direttamente dal *consortium ercto non cito*), che produce il conferimento in società di tutti i beni dei contraenti, oltre a tutti gli acquisti conseguiti successivamente, la *societas universonum quae ex quaestu veniunt*, anch'essa generale, ma avente ad oggetto unicamente gli acquisti futuri (ad eccezione dei lasciti *mortis causa* e delle donazioni), la *societas unius rei*, volta a portare a termine un singolo affare, e la *societas unius alicuius negotii*, volta al durevole svolgimento di una determinata attività economica, nell'ambito della quale si possono poi individuare, ad esempio, le *societates argentariae, venaliciariae e danistariae*. Cfr. F. BONA, *Studi sulla società consensuale in diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1973.

l'ordinamento romano, "concreto e antisistemico"⁵, ha conosciuto, e che ha inevitabilmente contribuito ad animare vivaci dibattiti nella dottrina romanistica, nell'ambito della quale sono tuttora pochissimi gli aspetti legati alla *societas* sui quali possa dirsi essersi formato un consenso pressochè unanime, proprio in virtù della difficoltà di ingabbiare entro un ordine sistematico un istituto vario e multiforme come la *societas consensu contracta* e di giungere a soluzioni certe in relazione ad un fenomeno così ricco di sfumature com'è quello societario.

Oltre ad essere un contratto derivato, come detto, dal *ius gentium*, nonché un contratto di buona fede⁶, la *societas* romana si caratterizza – e per questo si differenzia dalla società modernamente intesa – per un aspetto sul quale la dottrina ha, invece, trovato una quasi unanime voce di consenso: la *societas* romana non conosce l'autonomia patrimoniale, né la rilevanza nei confronti dei terzi del vincolo sociale⁷, salvo talune eccezioni. Alla luce di tale principio, la *societas consensu contracta* sarebbe un contratto produttivo di effetti ed obbligazioni unicamente nei rapporti tra i soci contraenti, mentre non avrebbe alcun

⁵ F. SERRAO, *Sulla rilevanza esterna del rapporto di società in diritto romano*, in *Studi in onore di E. Volterra*, V, Milano, 1971, p. 766.

⁶ Cfr. D. 17.2.52.1: *Venit autem in hoc iudicium pro socio bona fides*. D. 17.2.3.3: *Societas si dolo malo aut fraudandi causa coita sit, ipso iure nullius momenti est, quia fides bona contraria est fraudi et dolo*.

⁷ Le fonti riportate dalla dottrina a sostegno di tale tesi, che saranno comunque analizzate più approfonditamente in seguito, sono rappresentate dai casi ipotizzati in D. 17.2.67pr. e 1 e D. 17.2.28, nonché dalla regola *socii mei socius meus socius non est* riportata in D. 17.2.20 e svolta nei frammenti 19, 21, 22, 23.

riflesso nei confronti dei terzi, di fronte ai quali non vi sarebbe alcuna società come *corpus* distinto dai *plures*, ma, appunto, solamente singoli individui, con le logiche conseguenze che ne derivano⁸.

Dato tale assunto di partenza, la prima parte di questa ricerca ha come obiettivo quello di esplorare il tema della responsabilità contrattuale dei *socii*, a partire dal diritto romano classico, dalla prospettiva dei loro rapporti interni⁹, questione che da anni vede i romanisti divisi, in

⁸ C. ARNÒ, *Il contratto di società: corso di diritto romano*, Giappichelli, Torino, 1938, p.326: «Restiamo quindi intesi che, quando si adopera la locuzione che una società ha dei debiti e dei crediti verso i terzi, s'intende di parlare dei diritti e degli obblighi, che ogni socio ha, individualmente, verso i terzi, di fronte ai quali terzi la società si ha come inesistente».

⁹ In tema di responsabilità dei soci vedi, in particolare, A. POGGI, *Il contratto di società*, cit.; A. GUARNERI CITATI, *Conferimenti e quote sociali in diritto romano*, in *BIDR*, XLII, 1936; C. ARNÒ, *Il contratto di società*, cit.; V. ARANGIO RUIZ, *La società*, cit.; ID., *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, II ed., Napoli, Jovene, 1958; F. BONA, *Contributi alla storia della «societas universorum quae ex quaestu veniunt» in diritto romano*, in *Studi in onore di G. Grosso*, I, Torino, 1968; ID., *Studi sulla società consensuale*, cit.; G.GROSSO, *Schemi giuridici e società nella storia del diritto private romano: dall'epoca arcaica alla giurisprudenza classica*, Giappichelli, Torino, 1970; F. SERRAO, *Sulla rilevanza esterna*, cit.; ID., *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma*, II ed., Jovene, Napoli, 2006; ID., *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale: forme giuridiche di un'economia-mondo*, Pacini, Ospedaletto (PI), 1989; A. GUARINO, *La società in diritto romano*, cit.; F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel diritto romano: dalle origini a tutta l'età postclassica*, Bari, 1998; L. H. LERA, *El contrato de sociedad. La casuística jurisprudencial clásica*, Dykinson, Madrid, 1992; G. SANTUCCI, *Il socio d'opera in diritto romano: conferimenti e responsabilità*, CEDAM, Padova, 1997.

un'accesa disputa dottrinale, tra quanti sostengono che la responsabilità del socio fosse limitata al solo dolo, quale perfetta antitesi della *bona fides* implicata nel rapporto sociale, e quanti, al contrario, ritengono che già in epoca classica la colpa abbia concorso a delineare il quadro della responsabilità interna in ambito societario. La ricerca di una soluzione unitaria in questo ambito è resa particolarmente ardua da una casistica giurisprudenziale che, salvo il caso dell'assunzione pattizia della responsabilità per *custodia*, oscilla tra casi che sembrano dare rilevanza unicamente agli inadempimenti dolosi del socio e casi che, al contrario, estendono la responsabilità alla colpa, talvolta peraltro concepita come *culpa in concreto*, quale violazione della c.d. *diligentia quam in suis*.

Le argomentazioni avanzate da parte di quei romanisti che circoscrivono la responsabilità del socio al solo criterio di imputazione del dolo¹⁰, tra i quali spiccano le figure di Wieacker e Arangio-Ruiz¹¹, si fondano principalmente sulla perfetta contrapposizione tra *fides bona* e *dolus malus* e sul carattere infamante della *actio*

¹⁰ Tra le fonti che testimoniano la limitazione della responsabilità del socio al solo criterio del dolo vedi, ad esempio, D. 2.13.9pr.: *...et cum dolo malo socius negotia gessit, praetor per hanc clausulam non intervenit: est enim pro socio actio*. D 17.2.59.1: *Quod in alea aut adulterio perdiderit socius, ex medio non est laturus. Si quid vero dolo nostro socius damni ceperint, a nobis repetet*.

¹¹ Cfr. F. WIEACKER, *Haftungsformen des römischen Gesellschaftsrecht*, in SZ 54 (1936); ID., *Recensione a A. Guarino, «Societas consensu contracta»*, in IURA, 24, 1973; V. ARANGIO RUIZ, *La società*, cit.; ID. *Responsabilità contrattuale*, cit.

*pro socio*¹²; in questo senso, tale dottrina sostiene che la previsione di una sanzione grave come l'*ignominia* per un inadempimento contrattuale si potesse giustificare solo ove si ritenesse rilevante unicamente un criterio di responsabilità limitato quale è il dolo, non potendosi, al contrario, fondare un tale effetto su condotte connotate semplicemente da negligenza o imprudenza, in relazione alle quali un effetto così pesante sarebbe stato evidentemente percepito come ingiusto ed abnorme.

Questa impostazione, tuttavia, valorizza un concetto di dolo molto più elastico e duttile rispetto a quello concepito dal diritto postclassico e giustiniano, nonché dalle categorie moderne, facendovi rientrare non solo i casi di deliberata intenzione di non adempiere – come imporrebbe una concezione di dolo rigidamente inteso – ma anche tutti quei casi in cui l'inadempimento delle obbligazioni assunte si presentasse come assolutamente inescusabile, andando così a ricomprendere comportamenti che in fase successiva sarebbero stati ricondotti al concetto di *culpa lata*¹³. La giurisprudenza classica non avrebbe,

¹² Cfr. Gai 4.182: *quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, veluti furti, vi honorum raptorum, iniuriarum: item pro socio, fiducia, tutelae, depositi.*

¹³ Vedi V. ARANGIO-RUIZ, *La società*, cit., p. 189: «La praticabilità di un concetto di responsabilità così ristretto era peraltro facilitata da ciò che il dolo non si intendeva (come più tardi, in concorso con altri criteri, fu inteso) come coincidente senza residui con la prava e decisa volontà di non adempiere, ma ben più largamente, in modo da comprendere anche la omissione inescusabile (c.d. negligenza dolosa)». Una siffatta concezione del concetto di dolo avrebbe così permesso ai giuristi classici di offrire tutela a un maggiore numero di situazioni di inadempimento, connotate da un grado di intenzionalità sicuramente inferiore rispetto al dolo rigidamente inteso. In questo senso vedi anche ID., *Responsabilità contrattuale*, cit., pp. 255 ss.

quindi, avvertito la necessità di ricorrere al concetto di colpa, proprio per la sua capacità di valorizzare, nella ricca molteplicità delle sue soluzioni, un concetto di *dolus* molto più flessibile di quello che sarebbe stato poi recepito nelle epoche successive.

Quanto ai numerosi riferimenti alla *culpa* che è possibile rinvenire nella compilazione giustiniana, ed in modo particolare nel Digesto, questa parte della dottrina si è prodigata nel tentativo di dimostrarne le interpolazioni, partendo dal presupposto di una valorizzazione solo postclassica dello stesso concetto di *culpa*, non corrispondente al pensiero della giurisprudenza classica, la cui flessibilità di pensiero le avrebbe permesso di operare, prevalentemente, con il solo concetto di dolo. Particolare attenzione è stata dedicata a quella che è forse, in un panorama casistico estremamente ricco ed eterogeneo, la testimonianza più discussa, e cioè Ulp. 31 *ad ed.*, D. 17.2.52.2, laddove Ulpiano riporta il pensiero del giurista Celso, secondo il quale, nel caso il socio fosse tenuto ad un conferimento consistente nella prestazione di un'opera rispondente ad una specifica competenza tecnica, nonchè nel caso in cui il socio avesse arrecato un danno alla cosa comune, egli sarebbe stato tenuto a rispondere non solo per dolo, ma che per colpa¹⁴.

¹⁴ D. 17.2.52.2: *Utrum ergo tantum dolum an etiam culpam praestare socium oporteat, quaeritur. Et Celsus libro septimo digestorum ita scripsit: socios inter se dolum et culpam praestare oportet. Si in coeunda societate, inquit, artem operamve pollicitus est alter, veluti cum pecus in commune pascendum aut agrum politori damus in commune quaerendis fructibus, nimirum ibi etiam culpa praestanda est: pretium enim operae artis est velamentum. Quod si rei communi socius nocuit, magis amitti culpam quoque venire. Cfr. anche, come meglio si vedrà in seguito, D. 17.2.47.1: Si damnus in re communi socius deidit, Aquilia*

Accanto a questa impostazione, una parte altrettanto autorevole¹⁵ della dottrina romanistica ha invece ritenuto sostanzialmente genuini i passi del Digesto recanti notizia di una responsabilità del socio estesa anche alla colpa già in epoca classica, contestando altresì la rigida e meccanica contrapposizione tra la *fides bona* e il *dolus*, nonché gli stessi riferimenti presenti nelle fonti citati dalla dottrina contrapposta per fondare una responsabilità limitata al solo dolo, ritenuti particolarmente fragili e inidonei a giustificare una conclusione in tal senso.

In particolare, è stato rilevato innanzitutto come, nonostante si tratti di due concetti tradizionalmente antitetici, anche condotte diverse e non integranti il dolo, e quindi derivanti da altri modalità comportamentali, potessero «essere avvertite – nel mondo classico – come

teneri. D. 13.6.5.2: ...sed ubi utriusque utilitas vestitura, ut in empto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolus et culpa praestatur. D. 50.17.23: Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam... societas et rerum communio et dolum et culpa recipit. Paul, Sent., 2.16: Sicut lucrum, ita damnum inter socios communicator: nisi quid culpa socii vel fraude eversum sit. D. 17.2.72: Socius socio etiam culpa nomine tenetur, id est disidiaae atque negligentiae. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: sufficit etenim talem diligentiam communibus rebus adhibere, qualem suis rebus adhibere solet, quia qui parum diligentem sibi socium acquirit, de se queri debet. D. 17.2.52.11: Si qui societatem ad emendum coierint, deinde res alterius dolo vel culpa empti non sit pro socio esse actionem constat. Plane si condicio sit adiecta «si intra illum diem veniret», et dies sine culpa socii praeterierit, cessabit actio pro socio.

¹⁵ Cfr., ad esempio, A. POGGI, *Il contratto di società*, cit., pp. 92 ss.; M. TALAMANCA, *Società*, cit., pp. 855 ss.; L. H. LERA, *El contrato de sociedad*, cit.; G. SANTUCCI, *Il socio d'opera*, cit.

contrarie alla *fides bona*, o come mancanze nei confronti di quest'ultima»¹⁶.

Una dimostrazione di tale assunto sarebbe rappresentata, ad esempio, da tutti i casi, conosciuti dalla giurisprudenza classica – e dei quali non è mai stata messa in dubbio la sostanziale veridicità – in cui i soci assumevano la responsabilità per *custodia*, criterio di responsabilità evidentemente assai lontano dal concetto di dolo¹⁷. Inoltre, secondo questa impostazione, l'*infamia* sarebbe stata una sanzione che non veniva applicata necessariamente quale automatismo a seguito dell'inadempimento delle obbligazioni contrattuali accertato in giudizio, e pertanto l'esperibilità della *actio pro socio* non sarebbe stata limitata ai soli casi di responsabilità per dolo¹⁸.

¹⁶ G. SANTUCCI, *op. cit.*, p. 202.

¹⁷ Cfr., ad esempio, D. 17.2.52.3: *Damna quae imprudentibus accidunt, hoc est damna fatalia, socii non cogetur praestare: ideoque si pecus aestimatum datum sit et id latrocinio aut incendio perierit, commune damnum est, si nihil dolo aut culpa acciderit eius, qui aestimatum pecus acceperit: quod si a furibus subretum sit, proprium eius detrimentum est, quia custodiam praestare debuit, qui aestimatum accepit. Haec vera sunt, et pro socio erit actio, si modo societatis contrahendae causa pascenda data sunt quamvis aestimata.*

¹⁸ A fondamento della possibilità che a una condanna comminata in un giudizio di società non discendesse necessariamente la sanzione dell'*ignominia* è stato portato il regolamento della competenza dei duoviri, previsto nelle *Tabulae Irnitane*, che sancisce la carenza di giurisdizione degli stessi (essendo prevista la specifica competenza di un tribunale di grado superiore) nei casi in cui un serie di giudizi, tra i quali quello di società, fossero esperiti sulla base di comportamenti dolosi del convenuto, da ciò discendendo la duplice conseguenza che, da un lato, l'*infamia* non fosse effetto inevitabile dell'esperimento della *actio pro socio*, e che, inoltre, l'esercizio di

Secondo questa dottrina, che valorizza in massimo grado il contributo della *culpa* sin dall'epoca classica, la soluzione che pare preferibile è, pertanto, quella che prevede esiti differenziati a seconda dello sviluppo delle varie e molteplici situazioni che concettualmente fanno capo allo schema unitario della *societas consensu contracta*, tenendo anche conto, come ha rilevato il Talamanca, «della possibilità di divergenze di opinione tra giuristi»¹⁹. La buona fede, in questo senso, proprio in virtù della sua attitudine a rivestire il giudice di ampi poteri discrezionali, che gli permettevano di vagliare diversamente i vari tipi di assetto societario scelti dalle parti contraenti, avrebbe permesso ai giuristi classici di elaborare, caso per caso, diverse misure della responsabilità dei soci, non suscettibile quindi di essere ritenuta circoscritta al ristretto ambito del solo criterio del dolo²⁰.

Il controverso assetto della responsabilità dei soci in epoca classica e postclassica avrebbe poi trovato, nelle Istituzioni di Giustiniano, la conclusione del proprio sviluppo, attraverso l'introduzione del concetto della c.d. *culpa in concreto*, quale violazione della *diligentia quam in suis*, in un passo che descrive nel dettaglio i criteri di imputazione della responsabilità operanti nella *societas*:

I. 3.25.9: *socius socio utrum eo nomine tantum teneatur pro socio actione, si quid dolo commiserit,*

tale azione non fosse precluso anche a seguito di condotte non dolose. Cfr. F. LAMBERTI, *Tabulae Irnitanae. Municipalità e ius romanorum*, Napoli, 1993; G. SANTUCCI, *Il socio d'opera*, p. 202.

¹⁹ M. TALAMANCA, *Società*, cit., p. 856.

²⁰ Cfr. G. MACCORMACK, *Dolus, culpa, custodia and diligentia. Criteria of liability or content of obligation*, in *Index*, 22, 1994.

sicut is qui deponi apud se passus est, an etiam culpae, id est disidiae atque negligentiae nomine, quaesitum est: praevaluit tamen etiam culpae nomine teneri eum. Culpa autem non ad exactissimam diligentiam dirigenda est: sufficit enim talem diligentiam in communibus rebus adhibere socium, qualem suis adhibere solet. Nam qui parum diligentem socium sibi adsumit, de se queri debet.

Le istituzioni imperiali fissano, quindi, il principio per cui il socio non è tenuto a rispondere unicamente per dolo, così come invece accade nel caso del contratto di deposito, ma risponde anche per colpa: tuttavia, tale colpa non deve essere rapportata al grado di diligenza del buon padre di famiglia (c.d. colpa in astratto), ma è sufficiente che il socio – così come avviene in quei casi «ove pure gioca l'idea dell'affettuosa fiducia che le parti devono nutrire l'una verso l'altra»²¹ – adibisca nel disbrigo degli affari societari quella diligenza che egli è solito mettere nella gestione dei propri affari, la c.d. *diligentia quam in suis*, in ossequio al principio generale, fissato nella proposizione conclusiva del passo citato, per cui chi sceglie per sé un socio poco diligente non ha da lamentarsi che di se stesso.

Un criterio di imputabilità così concepito, ancorché non sia stato enucleato dai giuristi romani come un modello di responsabilità attenuata rispetto al modello che fa riferimento alla diligenza del *paterfamilias*, viene generalmente percepito nel senso di una tendenziale riduzione del grado di colpa: è stato, infatti, rilevato come appaia arduo «credere che un socio, diligentissimo negli

²¹ V. ARANGIO-RUIZ, *La società*, cit., p. 190.

affari personali, possa essere tenuto in quanto non più che diligente in quelli societari»²².

Purtroppo, però, questo prezioso passo delle *Istituzioni*, che delinea in modo chiaro l'assetto della responsabilità in epoca giustiniana, non fornisce alcuno spunto dirimente in merito alla disputa riguardante le epoche precedenti²³: quanti, intatti, ritengono che la responsabilità del socio in epoca classica si limitasse al solo dolo, concepiscono l'innovazione giustiniana come il passaggio conclusivo di un'evoluzione che avrebbe visto la dottrina postclassica introdurre per la prima volta la responsabilità per colpa del socio, con successiva limitazione, da parte dei compilatori giustiniani, alla sola *culpa in concreto*; tale innovazione avrebbe, quindi, sostanzialmente riportato al regime classico, quando la violazione della *diligentia quam in suis* sarebbe rientrata nel concetto di dolo, nella sua accezione più flessibile²⁴.

²² D. DALLA - R. LAMBERTINI, *Istituzioni di diritto romano*, Giappichelli, Torino, 1996. Sul concetto di *culpa in concreto*, quale violazione della *diligentia quam in suis*, nonché in materia di responsabilità in epoca giustiniana, cfr. L. SERTORIO, *La culpa in concreto nel diritto romano e nel diritto odierno*, Torino 1914; C. FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di giustiniano*, in *Op.* 2, 1929; F.M. DE ROBERTIS, *La disciplina della responsabilità contrattuale nel sistema della compilazione giustiniana*, Bari, 1962-1964; ID. *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione: alle scaturigini della moderna teoria generale della responsabilità contrattuale*, Bari, 1982-1983; M. TALAMANCA, *Colpa civile (diritto romano ed intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VII (1990); G. SANTUCCI, *Diligentia quam in suis*, Trento, 2008.

²³ Cfr. A. POGGI, *Contratto di società*, cit., pp. 97 ss.

²⁴ Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *La società*, cit., pp. 190 ss.; ID., *Responsabilità contrattuale*, cit., pp. 261 ss.; M. TALAMANCA, *Società*, cit., pp. 855 ss.

Al contrario, la teoria contrapposta reputa eccessivamente semplicistico un approccio così schematico, preferendo, come detto, un'idea della responsabilità in epoca classica che valorizzi le diverse situazioni riconducibili al concetto unitario della *societas consensu contracta*²⁵.

Alla luce di quanto esposto, l'obiettivo della prima parte di questo lavoro è, pertanto, quello di ricercare – nella consapevolezza che la questione relativa alla responsabilità contrattuale del socio in epoca classica, nonché dei suoi mutamenti in epoca postclassica, si presenta molto ardua e probabilmente insuscettibile di soluzioni unitarie – la disciplina e l'evoluzione dei concetti di dolo e colpa in ambito societario, dando conto dei risultati raccolti sino ad oggi dalla dottrina romanistica, ma, soprattutto, procedendo ad un'analisi esegetica della ricca casistica di cui le fonti danno notizia.

Analizzata, quindi, la disciplina della responsabilità dei soci nei loro rapporti interni, la seconda parte della ricerca si propone di riprendere e discutere l'assioma dato in partenza, e quindi il principio per cui la *societas* romana non avrebbe avuto alcun riflesso nei riguardi dei terzi, con la conseguenza che, in assenza di autonomia patrimoniale, delle obbligazioni assunte dalla società sarebbero stati tenuti a rispondere unicamente e individualmente i singoli soci²⁶.

²⁵ Cfr. M. TALAMANCA, *op. cit.*, p. 856.

²⁶ In tema di rilevanza esterna del contratto di società vedi, in particolare, E. DEL CHIARO, *Le contrat de société en droit privé romain*, cit., pp. 221 ss.; A. POGGI, *Il contratto di società in diritto romano classico*, cit.; C. ARNÒ, *Il contratto di società*, cit., pp. 325 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *La società*, cit., pp. 78 ss.; F. SERRAO, *Sulla rilevanza esterna*, cit., pp. 744 ss.; A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo «manager» in Roma antica (II sec.*

La consacrazione di tale principio, che, come detto, ha quasi sempre incontrato voci unanimi di consenso nell'ambito della dottrina romanistica²⁷, e che si fonda sull'efficacia meramente obbligatoria dei contratti romani, trova espressione, secondo la *communis opinio*, nella testimonianza di Ulpiano²⁸:

Ulp. 31 *ad ed.*, D. 17.2.20: *socii mei socius meus socius non est.*

a.C. – II sec. d.C.), Giuffrè, Milano, 1984; S. RICCOBONO JR., *Capacità manageriale e partecipazione agli utili nella 'societas' romana (Gai 3, 148-149)*, in *Atti del seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*, Milano, 1988; M. TALAMANCA, *Società*, cit., pp. 827 ss.; L. H. LERA, *El contrato de sociedad*, cit., pp. 51 ss.

²⁷ Alcuni studiosi sono addirittura giunti a sostenere che già il solo parlare di effetti della *societas consensu contracta* rispetto ai terzi rappresenterebbe un «linguaggio abusivo». Cfr. C. ARNÒ, *Il contratto di società*, cit., pp. 325 ss.

²⁸ Accanto a questo celebre passo di Ulpiano, assumono grande rilievo in merito alla rilevanza esterna del contratto di società, quali applicazioni della regola generale, anche D. 17.2.67 pr. e 1: *Si unus ex sociis rem commune vendiderit consensu sociorum, pretium dividi debet ita, ut ei caveatur indemnem eum futurum. Quod si iam damnus passus est, hoc ei praestabitur. Sed si pretium communicatum est sine cautione et aliquid praestiterit is qui vendidit, an, si non omnes socii solvendo sint, quod a quibusdam servari non potest a ceteris debeat ferre? Et Proculus putat hoc ad ceterorum onus pertinere quod ab aliquibus servari non potest rationeque defendi posse, quoniam, societas cum contrahitur, tam lucri quam damni communio initur.* D. 17.2.28: *Si socii sumus et unus ex die pecuniam debeat et dividatur societas, non debet hoc deducere socius quemadmodum praesens pure debet, sed omnes dividere et cavere, cum dies venerit, defensu iri socium.*

Come è stato rilevato da Arangio-Ruiz, pertanto, «i rapporti che in qualunque modo si stringono tra uno o più soci ed i terzi investono esclusivamente gli individui che partecipano all'atto»²⁹. L'obbligazione che sorge, di conseguenza, si riflette unicamente su quei soci che hanno concorso a costituirla, anche qualora abbiano agito nell'interesse della società; gli altri soci rimangono estranei rispetto al negozio concluso, e nessuna azione è concessa loro verso i terzi, così come a questi ultimi nessuna azione è data contro i soci che non hanno preso parte alla stipulazione dell'atto.

Il principio appena enunciato dell'irrilevanza esterna del rapporto sociale, tuttavia, soffre talune eccezioni, sulle quali è necessario concentrare l'attenzione. Oltre ai casi delle *societates publicanorum*, fornite di personalità giuridica³⁰, e delle *societates argentariorum*, per le quali è pacificamente attestata alla fine dell'epoca classica la solidarietà dei *socii*, fondata sul vincolo sociale, sia dal lato attivo sia dal lato passivo³¹, che non presentano

²⁹ V. ARANGIO-RUIZ, *La società*, cit., p. 78. Cfr. anche ID., *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1960, pp. 350 ss. Nell'ipotesi, invece, in cui tutti i soci avessero partecipato alla stipulazione del contratto col terzo, la soluzione prevista dalla giurisprudenza classica vede i soci diventare tutti debitori, o creditori, *pro rata* e *pro parte*. Dubbi interpretativi possono sorgere – per una trattazione compiuta dei quali si rimanda ai capitoli che seguono – in caso di indivisibilità della prestazione, nonché in merito alla questione relativa alla divisione della prestazione in parti uguali o in proporzione alle quote di partecipazione sociale.

³⁰ Cfr. Liv. 23.49.1 e D. 3.4.1pr.

³¹ Cfr. *Auct. ad Herenn.* 2.19; D. 2.14.25pr.; 2.14.27pr.; 4.8.34pr. In tema di *societas argentariorum* vedi M.J. GARCIA GARRIDO, *La sociedad de los banqueros (societas argentaria)*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, III, Milano, 1982, e anche J. ANDREAU, *La*

particolari problemi interpretativi, assumono grande rilievo altre due ipotesi più controverse e riguardanti due tipi di società che con ogni probabilità hanno rivestito un ruolo tutt'altro che secondario nell'ambito dell'economia romana: la società di navigazione e la società venaliciaria.

Quanto alla prima, la rilevanza esterna del contratto sociale per l'esercizio dell'attività armatoriale è stata affermata sulla base di alcuni discussi passi di Ulpiano³², che trattano di tre casi in cui *plures exercitores* nominano, nel primo caso, quale *magister navis* un estraneo, nel secondo uno degli stessi *exercitores* e, nell'ultimo caso, non prepongono alcun *magister*, con conseguente *exercitio* della nave *per se*. Secondo quanto riportato nelle fonti, nei primi due casi l'*actio exercitoria* sarebbe stata concessa solidalmente contro tutti gli *exercitores*, mentre nell'ultimo caso questi sarebbero stati tenuti a rispondere *pro portionibus exercitionis*. Serrao³³ ha rilevato come

vie financière dans le monde romain: les métiers de manieur d'argent, Roma, 1987.

³² Con particolare attenzione a Ulp. 28 *ad ed.*, D. 14.1.1.25: *Si plures navem exercent, cum quolibet eorum in solidum agi possent*. Cfr. anche D. 14.1.4pr.: *Si tamen plures per se navem exercent, pro portionibus exercitionis conveniuntur: neque enim invicem sui magistri videntur*; D. 14.1.14.1: *Sed si plures exercent, unum autem de numero suo magistrum fecerint, huius nomine in solidum poterum conveniri*.

³³ Cfr. F. SERRAO, *Sulla rilevanza esterna*, cit., pp. 753 ss. La rilevanza esterna nelle società di navigazione è stata, poi, sostenuta anche in relazione all'*actio damni in factum adversus nautas*, che spettava ai proprietari delle merci trasportate sulla nave, e che, dal punto di vista della legittimazione passiva, poteva essere esperita, nel caso vi fosse più *exercitores*, nei confronti di ciascuno di essi, nei limiti della loro quota sociale, quindi *pro parte*. Vedi D. 4.9.7.5: *Si plures navem exercent, unusquisque pro parte, qua navem exercet, convenitur*.

proprio quest'ultima ipotesi integri un chiaro esempio di eccezione alla regola generale, nel quale sussiste una certa rilevanza esterna del rapporto sociale, nonché un'eccezione al principio per cui non era ammessa la rappresentanza diretta.

Altri autori, al contrario, quali Talamanca o Di Porto, hanno ritenuto che tali ipotesi rappresentino eccezioni «solo apparenti»³⁴ alla regola dell'irrilevanza esterna del rapporto sociale, posto che, nei primi due casi, la responsabilità *in solidum* sarebbe discesa unicamente dalla *praepositio* e non dal rapporto sociale, mentre per quanto riguarda l'ultimo caso, non vi sarebbe addirittura traccia di un vero e proprio fenomeno societario, posto che nella fonte in questione (D. 14.1.4 pr.) non si fa alcun riferimento esplicito alla *societas*.

Oltre al caso della società di navigazione, la rilevanza esterna del rapporto sociale è stata individuata da alcuni autori anche nella *societas venaliciaria*, sulla base della testimonianza del giurista Paolo³⁵, il quale afferma che le azioni edilizie, ed in particolare l'*actio redhibitoria*, fossero concesse *in solidum* contro il socio che deteneva la *maior pars* (o una parte comunque non inferiore a quella degli altri), mentre l'*actio empti* poteva essere intentata

³⁴ M. TALAMANCA, *Società*, cit., p. 829. Cfr. anche A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo «manager»*, cit., pp. 176 ss.

³⁵ La fonte di riferimento è Paul. 2 *ad ed. aed. cur.*, D. 21.1.44.1: *Proponitur actio ex hoc edicto in eum cuius maxima pars in venditione fuerit, quia plerumque venaliciarii ita societatem coeunt, ut quid quid agunt in commune videantur agere: aequum enim aedilibus visum est vel in unum ex his, cuius maior pars aut nulla parte minor esset, aedilicias actiones competere, ne cogeretur emptor cum multis litigare, quamvis actio ex empto cum singulis sit pro portione, qua socii fuerunt: nam id genus hominum ad lucrum potius vel turrite faciendum pronius est.*

contro i singoli soci *pro portione qua socii fuerunt*. In questa prospettiva, la rilevanza del rapporto esterno si sarebbe verificata pienamente in entrambe le ipotesi. La parte della dottrina più scettica, tuttavia, ha cercato di destituire di fondamento la portata di questa testimonianza facendo leva sull'argomentazione per cui tale regime di legittimazione passiva delle due azioni avrebbe operato unicamente ove tutti i *socii venaliciarii* avessero preso parte alla conclusione del contratto³⁶.

Tali ipotesi, accennate in estrema sintesi, di eccezioni, vere o apparenti, al generale principio dell'irrilevanza del rapporto sociale nei confronti dei soggetti terzi, saranno rese oggetto, nel corso della ricerca, di attenta analisi, nell'intento di verificare l'effettiva estensione di questa area di limitazione od esclusione del principio stesso, dal momento che i tipi di *societas consensu contracta* che vengono in questo senso considerati dovevano verosimilmente rappresentare una fetta tutt'altro che marginale del mondo economico romano, investendo settori quali la finanza, il commercio, il trasporto marittimo e gli appalti pubblici, nei quali le esigenze di tutela dei terzi dovevano farsi sentire con particolare intensità³⁷. Anche sotto questo aspetto, peraltro,

³⁶ Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *La società*, pp. 90 ss., le cui conclusioni in merito non sono state condivise da F. SERRAO, *Sulla rilevanza esterna*, cit., p. 250, il quale ha sostenuto «dal punto di vista pratico, infine, una società venaliciaria i cui soci fossero costretti ad intervenire tutti alla vendita di un singolo schiavo non doveva essere molto comoda e funzionale, specie ove si pensi che uno dei vantaggi fondamentali dell'operare in società doveva essere costituito dalla possibilità per i *venaliciarii socii* di agire all'occorrenza contemporaneamente in diversi mercati».

³⁷ Cfr. F. DE MARTINO, *Storia economica di Roma antica*, Firenze, 1979; T. PEKARY, *Storia economica del mondo antico*

emerge la notevole complessità e varietà del fenomeno societario romano, che predispone caso per caso regolamentazioni giuridiche differenziate, che rispondano alle diverse esigenze di giustizia sostanziale che entrano in gioco nei diversi tipi di società.

(trad. it.), Bologna, 1986; S. RICCOBONO JR., *Capacità manageriale e partecipazione agli utili nella 'societas' romana*, cit.

PARTES LUCRI ET DAMNI: **DETERMINAZIONE DELLE QUOTE** **SOCIALI E PARTECIPAZIONE DEL** **SOCIO AI PROFITTI E ALLE** **PERDITE IN DIRITTO ROMANO**

1. Considerazioni introduttive

Il comune interesse delle parti al conseguimento di un beneficio, a prescindere dall'effettivo raggiungimento di tale scopo, costituisce una condizione ineludibile ai fini della nascita di un rapporto societario. Non è, infatti, ipotizzabile un contratto di società in cui non vi sia l'intenzione di perseguire un vantaggio da parte dei soci, che hanno il diritto di partecipare ai guadagni e l'obbligo di sottostare alle perdite subite secondo le quote prefissate. La partecipazione del socio alla ripartizione degli utili e alle perdite³⁸ rappresenta, quindi, un momento essenziale,

³⁸ Sul tema della determinazione delle quote sociali e della ripartizione tra i soci dei guadagni e dei danni sofferti nella *societas* consensuale, cfr., in particolare, G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, I, Tübingen, 1910; S. RICCOBONO, *Dalla communio del diritto quiritario alla proprietà romana*, in *Essays in Legal History*, a cura di P.

sotto il profilo strutturale, della *societas* consensuale, che prevede, inoltre, il conferimento da parte dei partecipanti e lo svolgimento di una attività di gestione, che può essere condotta anche da uno solo di essi.

È stato ampiamente rilevato nell'ambito della dottrina romanistica come tale schema essenziale del contratto di società, «semplice e minimale nei suoi

Vinogradoff, Oxford, 1913, pp. 33 ss.; E. DEL CHIARO, *Le contrat de société*, cit.; A. POGGI, *Il contratto di società*, cit.; A. GUARNERI CITATI, *Conferimenti e quote sociali in diritto romano*, cit.; C. ARNÒ, *Il contratto di società*, cit.; F. SCHULZ, *I principi del diritto romano* (trad. it), Firenze, 1946 (rist. 1995); V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, cit.; ID. *La società in diritto romano*, cit.; M. BIANCHINI, *Studi sulla societas*, cit.; U. ROMAGNOLI, *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Milano, 1967; F. HORAK, *Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den ältern römischen Juristen bis Labeo*, I, Aalen, 1969; ID., *Osservazioni sulla legge, la casistica e il case law nel diritto romano e nel diritto moderno*, in *Legge, giudici, giuristi. Atti del convegno tenuto a Cagliari (18-21 giugno 1981)*, Milano, 1983; G. GROSSO, *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano*, cit.; M. KASER, *Zur Glaubwürdigkeit der römischen Rechtsquellen (Über die Grenzen der Interpolationenkritik)*, in *La critica del testo (Atti del secondo Congr. int. della società it. di storia del diritto)*, Firenze, 1971; ID., *Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung*, Wien, 1972; F. BONA, *Studi sulla società consensuale in diritto romano*, cit.; A. GUARINO, *La società in diritto romano*, cit.; S. RICCOBONO JR., *Capacità manageriale e partecipazione agli utili nella 'societas' romana*, cit.; F. SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, cit.; ID. *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma*, cit.; F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel diritto romano*, cit.; L. H. LERA, *El contrato de sociedad*, cit.; G. SANTUCCI, *Il socio d'opera in diritto romano*, cit.; M. TALAMANCA, *Società: diritto romano*, cit.; ID., *La 'Societas'*, cit.

requisiti indispensabili»³⁹, fosse idoneo a venire incontro ad una grande varietà di esigenze, che si manifestava, da un lato, attraverso la possibile realizzazione di vari tipi di *societas*⁴⁰, e, inoltre, attraverso la rilevanza attribuita ai c.d. *pacta adiecta in continentis*, con cui le parti potevano apportare integrazioni alla struttura causale sopra

³⁹ G. SANTUCCI, *Il socio d'opera in diritto romano*, cit., p. 7. Cfr. anche TALAMANCA, *Società*, cit., p. 820: «La funzione economico sociale, che costituiva la causa della *societas* e ne condizionava l'integrazione, prevedeva soltanto – oltre agli apporti dei partecipanti – un'attività di gestione, svolta anche da un singolo socio, e l'imputazione del relativo risultato ai soci stessi, mediante la divisione degli utili e delle perdite: non era, dunque, necessariamente prevista – non che la creazione di un soggetto a sé stante diverso dai singoli *socii* – neppure la messa in comune dei beni necessari al raggiungimento dello “scopo sociale” né l'esistenza di una gestione autonoma dipendente dall'esecuzione del contratto». In questo senso vedi anche F. SCHULZ, *I principi del diritto romano*, cit.; E. ALBERTARIO, *Studi di diritto romano*, IV, Milano, 1953, p. 264.

⁴⁰ Per una trattazione più esaustiva dei vari tipi di *societas* si rimanda al capitolo introduttivo sul contratto di società in generale. Qui basti richiamare i passi di riferimento (Gai 3.153; D.17.2.5pr. e D.17.2.62.2), che delineano un quadro in cui alla *societas omnium bonorum* si contrappongono la *societas universorum quae ex quaestu veniunt* e la *societas unius alicuius negotii, veluti mencipiorum emendorum aut vendundorum*, nell'ambito della quale si identificano, per esempio, le *societates argentariae, venaliciariae, danistariae*. Da queste ultime, inoltre, si differenzia la *societas unius rei*, volta a portare a termine un unico affare. Più in generale, si suole distinguere invece tra società di lucro, finalizzate a realizzare una specifica attività necessaria al raggiungimento di un risultato, e società di godimento o di gestione, in cui le parti si limitano a considerare comune la gestione di una *res* o del patrimonio dei soci.

accennata⁴¹. Ampi margini erano, quindi, rimessi ai soci in ordine alla regolamentazione del rapporto societario. In tale ambito rientrava anche la determinazione delle quote, che non era necessaria ai fini della stipulazione del contratto: quest'ultimo, infatti, poteva essere validamente concluso, sulla base del semplice consenso delle parti, anche in assenza di una determinazione pattizia dell'entità della partecipazione dei contraenti.

Per individuare, quindi, quali fossero i criteri di ripartizione dei profitti e delle perdite occorre fare riferimento ad una pluralità di ipotesi concretamente realizzabili da parte dei contraenti: i soci, anzitutto, costituendo la società, potevano omettere di determinare l'entità delle rispettive partecipazioni, nulla statuendo sul punto; in secondo luogo, essi potevano dare incarico ad un terzo, o ad una delle parti stesse, affinché fissasse le quote; infine, potevano fissare essi stessi, con una specifica pattuizione, le rispettive quote sociali. Con riguardo a quest'ultima ipotesi, inoltre, è tuttora dibattuto se le parti disponessero della più ampia autonomia negoziale o se, al contrario, la fissazione convenzionale dell'ammontare delle *partes lucri et damni*, ai fini della sua validità, fosse confinata entro limiti di sorta. In particolare, si tratta di verificare se i soci potessero concordare l'entità delle quote in misura non proporzionale ai rispettivi conferimenti, se potessero, inoltre, convenire una ripartizione dei profitti diversa da quella delle perdite⁴²,

⁴¹ Cfr. A. GUARINO, *La società in diritto romano*, cit., p. 72, secondo il quale «non è arrischiato supporre che le pattuizioni dei soci non mancassero praticamente mai».

⁴² Il dibattito relativo alla possibilità, per le parti contraenti, di determinare in modo diverso la quota con cui il singolo socio concorrevva agli utili e quella con cui partecipava alle perdite è oggetto della celebre *magna quaestio* che ha visto contrapposti

oppure, infine, attribuire ad un socio tutti i guadagni, o tutte le perdite, ad esclusione degli altri.

2. Il silenzio delle parti e il criterio delle *aequae partes*

Pare opportuno prendere avvio dall'eventualità in cui i soci nulla avessero disposto in ordine alle rispettive quote sociali. Il regime applicabile in tale ipotesi è espresso in termini analoghi da Gaio e da Ulpiano⁴³:

Servio e Quinto Mucio. Sul punto vedi, in particolare, Gai 3.149; D.17.2.29 e 17.2.30; I.3.25.2, frammenti sui quali si dirà più approfonditamente nelle pagine che seguono.

⁴³ Il principio per cui le quote dovevano considerarsi uguali se non fosse stato stabilito diversamente è sancito anche dalle Istituzioni di Giustiniano. I.3.25.1: *Et quidem si nihil de partibus lucri et damni nominatim convenerit, aequales scilicet partes et in lucro et in damno spectantur. Quod si expressae fuerint partes, hae servari debent: nec enim unquam dubium fuit, quin valeat conventio, si duo inter se pacti sunt, ut ad unum quidem duae partes et damni et lucri pertineant, ad alium tertia.* I.3.25.3: *Illud expeditum est, si in una causa pars fuerit expressa, veluti in solo lucro vel in solo damno, in altera vero omissa.* Il testo giustiniano conferma, quindi, che, in assenza di espressa previsione contrattuale in tal senso, i vantaggi e le perdite andavano ripartiti secondo porzioni di eguale misura. Allo stesso modo, così come stabilito anche dal passo di Gaio, in ipotesi di indicazione della partecipazione relativamente ad una sola delle due voci, per quella non fissata valeva la stessa misura di quella già stabilita per l'elemento fissato. Aggiungono le Istituzioni imperiali che mai vi fu dubbio sulla validità di una convenzione contrattuale che prevedesse che a un socio spettassero due parti nella partizione dei profitti e delle

Gai 3.150: *Et illud certum est, si de partibus lucri et damni nihil inter eos convenerit, aequis partibus commodum et incommodum inter eos commune esse. Sed si in altero partes expressae fuerint, velut in lucro, in altero vero omissae, in eo quoque quod omissum est, similes partes erunt.*

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 aliquis plus contulit societati vel pecuniae vel operae vel cuiuscumque alterius rei causa.*

Tralasciando, per il momento, il secondo periodo del discorso ulpiano, che desta non poche perplessità in ordine all'autonomia negoziale dei soci, entrambi i giuristi affermano che in caso di silenzio delle parti sulle quote con cui dovessero essere tra esse ripartiti gli utili e le perdite, le *partes lucri et damni* dovevano considerarsi *aequae*. Inoltre, Gaio aggiunge che, qualora i contraenti avessero stabilito l'entità della partecipazione riferendosi unicamente ai profitti, o unicamente alle perdite, la medesima determinazione della quota avrebbe dovuto essere riferita anche all'altra voce omessa.

In carenza di una specifica convenzione in merito, pertanto, si presume l'*aequitas* delle *partes*. È opinione pacifica in dottrina, fondata principalmente sull'utilizzo di

perdite, e all'altro socio soltanto una. La perentorietà di tale affermazione, come si vedrà in seguito, pare eccessiva, anche alla luce della discussa affermazione di Ulpiano nel secondo periodo di D.17.2.29pr.

tale espressione nelle fonti⁴⁴, che il riferimento alle *aequae partes* non possa che essere inteso nel senso di una

⁴⁴ I testi di riferimento sono, in particolare, D.17.2.76 (Proc. 5 epist.): *societatem mecum coisti ea condicione, ut Nerva amicus communis partes societatis constiueret: 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 enim genera sunt duo, unum eiusmodi, ut sive aequum sit sive iniquum, parere debeamus (quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrum itum est), alterum eiusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa, cuius arbitrato fiat. 78: in proposita autem questione arbitrium boni viri existimo sequendum esse, eo magis quod iudicium pro socio bonae fidei est. 80: quid enim si Nerva constituisset, ut alter ex millesima parte, alter ex duo 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 pecuniae in societatem collaturus erat; e D.17.2.6 (Pomp. 9 ad Sab.): si societatem mecum coieris ea condicione, ut partes societatis constitueres, ad boni viri arbitrio ea res redigenda est: et conveniens est viri boni arbitrio, ut non utique ex aequis partibus socii sumus, veluti si alter plus operae industriae pecuniae in societatem collaturus sit. Entrambi i passi di Proculo e di Pomponio, che verranno presi in considerazione più analiticamente nelle pagine che seguono, si concludono con un'analogia considerazione che non lascia spazio a dubbi: in caso di determinazione delle quote rimessa alla decisione di un terzo arbitratore, o di un singolo socio, la natura di *arbitrium boni viri* di tale giudizio impone che il chiamato a decidere fissi le rispettive partecipazioni non *ex aequis partibus*, non cioè in parti uguali, ma a seconda di quanto ogni socio abbia conferito in società. Se così non fosse, ha rilevato C. ARNÒ, *Il contratto di società*, cit., p. 190, «se si dovessero intendere nel senso di proporzione geometrica, di uguaglianza relativa, proporzionale agli apporti di ciascun socio, non si direbbe *aequales partes, ex aequis**

eguaglianza aritmetica, e non invece di un'*aequitas* geometrica parametrata al valore dei conferimenti. Le parti *aequae* sono pertanto le *partes viriles*, con la conseguente

partibus, ma *pro rata, pro portionibus*; cfr. Giuliano, D.36.1.24 (23); Pomponio in Ulpiano, D.39.2.40.4; Gaio, D.34.5.7.2». In senso sostanzialmente conforme si sono espressi, in particolare, anche A. POGGI, *Il contratto di società in diritto romano classico*, cit., p. 160; A. GUARNERI CITATI, *Conferimenti e quote sociali in diritto romano*, cit., p. 169; A. GUARINO, *La società in diritto romano*, cit., p. 72; M. TALAMANCA, *Società: diritto romano*, cit., p. 835 nt. 233. Anche le Istituzioni di Giustiniano recepiscono il canone dell'uguaglianza aritmetica delle *partes* in caso di silenzio delle parti sul punto, laddove, nel passo I.3.25.1 sopra riportato, si parla non di *aequae partes*, espressione che può dare adito a diverse interpretazioni in merito, ma di *aequales partes*, espressione che, al contrario, non lascia spazio a dubbi in proposito. In questa prospettiva interpretativa, ad aprire la strada ad una diversa concezione delle *aequae partes*, improntata ad una necessaria corrispondenza proporzionale con l'entità degli apporti, sarebbero stati i Glossatori, nel tentativo di offrire una risposta coerente alle perplessità suscitate dal secondo periodo del frammento D.17.2.29pr., nel quale Ulpiano, come accennato, e come si vedrà più approfonditamente nelle pagine che seguono, ammette la validità del patto che prevede quote di partecipazione diverse tra i soci solo in presenza di conferimenti diversi. Tale impostazione, pur ripudiata dalla pandettistica tedesca e dalla letteratura romanistica successiva, ha riscosso grande successo nell'ambito delle codificazioni moderne e, in particolare, nel Code Civil francese (cfr. art. 1853), nonché nel Codice Civile italiano che, all'art. 2263, dispone, con riferimento alla società semplice, che le parti spettanti ai soci nei guadagni e nelle perdite si presumono proporzionali ai conferimenti. Se, tuttavia, il valore dei conferimenti non è determinato, esse si presumono eguali. Inoltre, analogamente a quanto enunciato da Gaio e da Ulpiano, il terzo comma del medesimo articolo dispone che se il contratto determina soltanto la parte di ciascun socio nei guadagni, nella stessa misura si presume che debba determinarsi la partecipazione alle perdite.

operatività di una presunzione *iuris tantum* di applicazione del regime di ripartizione degli utili e delle perdite al 50% in assenza di una diversa disposizione negoziale. Tale assunto risulta, peraltro, confermato dal suo stesso fondamento, che va individuato, secondo una diffusa opinione dottrinale, «nell'ambito della posizione paritetica dei *sui* nel *consortium ercto non cito*»⁴⁵.

⁴⁵ F. BONA, *Studi sulla società consensuale in diritto romano*, cit., p. 34. Cfr. anche G. SANTUCCI, *Il socio d'opera in diritto romano*, cit., p. 22 nt. 48 e E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, II, Padova, 1962, pp. 255 ss. Il *consortium* tra i *sui heredes* era una forma giuridica corrispondente alle condizioni socio-economiche che si possono ricostruire per la Roma monarchica ed alto-repubblicana, costituita, sostanzialmente, da una comunità di pastori ed agricoltori. È opinione diffusa, ma non incontrastata, in dottrina che la società consensuale di epoca classica traesse la propria origine, per il tramite della *societas omnium bonorum*, proprio dal *consortium ercto non cito*. Lo schema generico della *societas consensu contracta*, tuttavia, caratterizzato da genericità, mera obbligatorietà e tendenziale irrilevanza nei confronti dei terzi, ha portato alcuni autori a ritenere che la figura classica ora considerata abbia in realtà una «origine policentrica», sorta, «con ogni probabilità, nella prassi del commercio internazionale, trovando tutela, mediante le protoforme dei *iudicia bonae fidei*, nella *iurisdictio peregrina*»: così M. TALAMANCA, *Società*, cit., p. 817. Su queste posizioni vedi anche C. FERRINI, *Sull'origine del contratto di società in Roma* (1887), ora in *Opere*, III, Milano, 1927, pp. 17 ss. e G. GROSSO, *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano*, cit., pp. 403 ss.; M. KASER, *Neue Literatur zur 'societas'*, in *SDHI*, 41, 1975, pp. 279 ss. Ha, invece, aderito inizialmente ad una soluzione rigidamente monistica di sviluppo dal *consortium*, sviluppata e difesa anche sulla base del paragone con l'esperienza giuridica medievale tedesca, salvo poi rivedere le proprie posizioni, F. WIEACKER, *Societas. Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft. Untersuchungen zur Geschichte des römischen Gesellschaftsrechts*, I, Weimar, 1936, pp. 153 ss.; ID., *Recensione a V. Arangio-Ruiz*,

3. L'*arbitrium boni viri* del terzo e del socio

Il principio della necessaria proporzione tra conferimenti e quote sociali valeva, invece, nel caso in cui la determinazione di queste ultime fosse rimessa alla decisione di un terzo arbitratore o di una tra le stesse parti contraenti⁴⁶. La prima ipotesi è presa in considerazione da

La società, cit., in ZSS, 69, 1952, pp. 490 ss.; ID., *Recensione ad A. Guarino*, «*Societas consensu contracta*», cit., pp. 243 ss. Sul punto cfr. anche M. BRETONE, *Consortium e Communio*, cit., pp. 163 ss.; E. VOLTERRA, *Istituzioni di Diritto Privato Romano*, Roma, 1961, pp. 294 ss.; A. D'ORS, *Societas y consortium*, in *Revista de estudios históricos-jurídicos de la Universidad Católica de Valparaíso*, 1977, pp. 33 ss.; L. GUTIÉRREZ MASSON, *Del consortium a la sociedad*, I. *Consortium ercto non cito*, Madrid, 1987, in *Labeo* 37 (1991), pp. 52 ss.; H. ANKUM, *Societas omnium bonorum*, in *Israel Law rew.* 29, 1995, pp. 105 ss.; G. ARICÒ ANSELMO, *Societas inseparabilis o dell'indissolubilità dell'antico consorzio fraterno* in AUPA, 46, 2000, pp. 79 ss.

⁴⁶ In tema di arbitrato cfr., in rapporto al tema che qui ci occupa, G. SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, in AUPA, XI, 1923, pp. 39 ss.; E. ALBERTARIO, *L'arbitrium boni viri del debitore nella determinazione della prestazione*, Pubblicazioni dell'Università Cattolica, 1924, riprodotto successivamente in *Studi di diritto romano*, III, pp. 286 ss.; A. POGGI, *Il contratto di società*, cit., pp. 166 ss.; A. GUARNERI CITATI, *Conferimenti e quote sociali in diritto romano*, cit., pp. 190 ss.; C. ARNÒ, *Il contratto di società*, cit., pp. 208 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *La società*, cit., pp. 111 ss.; G. GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*, Torino, 1966, pp. 97 ss.; F. GALLO, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in tema d'arbitraggio*, in *Studi in onore di G. Grosso*, III, 1970, pp. 479 ss.; G. SANTUCCI, *Il socio d'opera in diritto romano*, cit., pp. 62 ss.

tre frammenti di Proculo, inframezzati, ad opera dei compilatori, da due frammenti del giurista Paolo, tratti, questi ultimi, dal quarto libro delle *Quaestiones*:

D.17.2.76 (Proc. 5 epist.): *societatem mecum coisti ea condicione, ut Nerva amicus communis partes societatis constiueret: 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 quaesiturum fuisse, utrum ex his partibus socii essemus quas is constituisset, an ex his quas virum bonum constituere oportuisset. Arbitratorum enim genera sunt duo, unum eiusmodi, ut sive aequum sit sive iniquum, parere debeamus (quod observatur, cum ex compromisso ad arbitrum itum est), alterum eiusmodi, ut ad boni viri arbitrium redigi debeat, etsi nominatim persona sit comprehensa, cuius arbitrato fiat.*

D.17.2.77 (Paul. 4 quaest.): *veluti cum lege locationis comprehensum est, ut opus arbitrio locatoris fiat.*

D.17.2.78 (Proc. 5 epist.): *in proposita autem quaestione arbitrium boni viri existimo sequendum esse, eo magis quod iudicium pro socio bonae fidei est.*

D.17.2.79 (Paul. 4 quaest.): *unde si Nervae arbitrium ita parvum est, ut manifesta iniquitas eius appareat, corrigi potest per iudicium bonae fidei.*

D.17.2.80 (Proc. 5 epist.): *quid enim si Nerva constituisset, ut alter ex millesima parte, alter ex duo 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 pecuniae in societatem collaturus erat.

I frammenti qui riportati propongono il caso di due soci che hanno contratto società con la condizione che il comune amico Nerva stabilisse le rispettive quote di partecipazione. A seguito della statuizione di Nerva, che ha determinato che uno ('ego') fosse socio per due terzi e l'altro ('tu') per un terzo, quest'ultimo si rivolge al giurista domandandogli se tale decisione dovesse essere osservata in quanto conforme al *ius societatis* o se, al contrario, non si dovesse tenerla in considerazione, con la conseguente applicazione dell'ordinario regime dell'eguaglianza delle quote di partecipazione⁴⁷.

Proculo risponde che si tratta di una domanda mal posta, in quanto il vero nodo della questione è stabilire se i soci debbano rispettare la decisione del terzo o se, invece, debbano applicarsi le proporzioni che avrebbe determinato un *bonus vir*⁴⁸. Variando leggermente di prospettiva, si

⁴⁷ Da notare anche qui l'utilizzo inequivocabile, da parte di Proculo, dell'espressione *ex aequis partibus* per fare riferimento, ancora una volta, all'eguaglianza aritmetica, così come in D.17.2.80 e D.17.2.6.

⁴⁸ Proculo coglie, inoltre, l'occasione per tracciare la disciplina generale in tema di poteri del terzo scelto dalle parti come arbitratore; in particolare, si possono distinguere due tipi di arbitratore: colui che è investito dalle parti di un potere discrezionale e non sindacabile (c.d. *arbitrium merum*) e colui che, al contrario, non è investito di un siffatto potere ed è pertanto tenuto ad agire secondo i canoni del *bonum et aequum* (c.d. *arbitrium boni viri*). In quest'ultimo caso, peraltro, diversamente dall'*arbitrium merum*, la decisione dell'arbitratore può essere impugnata dalle parti ed è pertanto soggetta al controllo di legittimità del giudice. Tale distinzione tra i due tipi di arbitraggio trova cittadinanza anche nella disciplina vigente del Codice Civile

tratta quindi di stabilire se il terzo disponga della facoltà di decidere secondo la sua mera volontà, o se, diversamente, la sua determinazione possa essere ritenuta valida «solamente se ed in quanto corrispondente alle determinazioni che avrebbe prese un uomo giusto»⁴⁹.

Proculo, al frammento 78, risponde che, stante la natura di *iudicium bonae fidei* dell'*actio pro socio*, nel caso sottoposto alla sua attenzione debba applicarsi il regime dell'*arbitrium boni viri*: Nerva, di conseguenza, non sarebbe stato libero di determinare le partecipazioni dei soci a seconda della sua discrezionalità, ma sarebbe stato invero tenuto ad attenersi a quanto sarebbe stato stabilito da un *bonus vir* seguendo il criterio di equità. Coerentemente i compilatori hanno riportato, nel frammento successivo, le parole del giurista Paolo, il quale afferma che, in caso di decisione manifestamente iniqua da

italiano. L'art. 1394 c.c., infatti, regola la determinazione dell'oggetto del contratto deferita ad un terzo distinguendo due ipotesi: di regola l'arbitratore deve procedere seguendo il suo «equo apprezzamento» (*arbitrium boni viri*) e le parti possono rivolgersi al giudice quando la determinazione risulti manifestamente iniqua (l'art. 1394, comma 1, c.c. qui ricalca la terminologia utilizzata da Paolo in D.17.2.79); in tal caso, sarà il giudice a provvedere alla determinazione. Le parti, tuttavia, possono anche decidere di rimettersi all'*arbitrium merum* del terzo, lasciandogli 'carta bianca': in tal caso, proprio in virtù della particolare fiducia che le parti ripongono nell'arbitratore, la decisione da questi assunta potrà essere impugnata solo in caso di sua mala fede, e il giudice, in ogni caso, non potrà provvedere alla determinazione dell'oggetto della prestazione. Cfr. A. TORRENTE-P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato* (a cura di F. Anelli e Carlo Granelli), XX, Giuffrè, 2011, p. 560; A. BARENGHI, *Determinabilità e determinazione unilaterale nel contratto*, Napoli, 2005.

⁴⁹ V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, cit., p. 112.

parte di Nerva, la sua decisione sarebbe comunque stata suscettibile di impugnazione *per iudicium bonae fidei*, con ovvio riferimento all'*actio pro socio*.

Il medesimo principio dell'applicazione del regime dell'*arbitrium boni viri* in sede di determinazione delle quote di partecipazione dei soci risulta operare anche nel caso in cui tale statuizione sia stata demandata non ad un arbitratore terzo, ma ad una delle parti stesse. Pomponio, nell'affrontare la questione in un passo del libro nono *ad Sabinum*, si esprime in termini corrispondenti a quanto affermato da Proculo:

D.17.2.6 (Pomp. 9 *ad Sab.*): *si societatem mecum coieris ea condicione, ut partes societatis constitueres, ad boni viri arbitrio ea res redigenda est: et conveniens est viri boni arbitrio, ut non utique ex aequis partibus socii sumus, veluti si alter plus operae industriae pecuniae in societatem collaturus sit.*

Il socio, quindi, ove sia chiamato a determinare l'entità della partecipazione delle parti contrattuali, «si deve attenere a quei criteri di equità obbiettiva, che convengono all'*arbitrium boni viri*, e quindi ne consegue che l'altro socio potrà agire se essi non sono stati osservati»⁵⁰. Inoltre, aggiunge Pomponio, ricalcando

⁵⁰ A. POGGI, *Il contratto di società*, cit., p. 170. La possibilità che la determinazione della prestazione fosse rimessa al debitore (o comunque ad una delle parti contraenti), sia pure entro i vincoli dell'*arbitrium boni viri*, è stata contestata da E. ALBERTARIO, *L'arbitrium boni viri del debitore nella determinazione della prestazione*, cit., pp. 5 ss.; ID., *Nullità dell'obbligazione per indeterminatezza della prestazione*, in *Riv. diritto comm.*, I, 1926, pp. 15 ss., secondo il quale tale evenienza sarebbe stata del tutto

sconosciuta alla giurisprudenza classica e sarebbe «spuntata nell'ambiente postclassico-bizantino e, mediante numerose interpolazioni, penetrata nel *Corpus iuris civilis*». Sostiene, infatti, l'Albertario che, nella prospettiva della giurisprudenza classica, «l'obbligazione, la cui prestazione fosse rimessa alla determinazione di un contraente (in generale, del debitore), dovesse considerarsi nulla come un'obbligazione avente una prestazione indeterminata». Con particolare riguardo alla *societas*, egli afferma che il passo di Pomponio (D.17.2.6), pur essendo formalmente inattaccabile, deve senz'altro essere ritenuto interpolato in quanto, ricalcando quello di Proculo in tema di *arbitrium* del terzo, sarebbe stato letteralmente copiato da quest'ultimo per mano dei compilatori giustiniane. La teoria dell'Albertario è stata contrastata e superata dalla dottrina successiva, che ha messo in luce come il criterio dell'*arbitrium bonae fidei*, che impone al socio arbitratore di determinare l'entità delle quote sociali in misura proporzionale ai conferimenti, vanifichi sostanzialmente l'accusa di indeterminatezza (o indeterminabilità) della prestazione. Il socio, infatti, vincolato in tal senso, dispone di un canone obiettivo e certo per determinare il contenuto della prestazione, dal quale non può discostarsi, se non esponendo la sua decisione ad una fondata impugnativa dell'altro socio innanzi al giudice. Tale criterio, per di più, opera in modo identico, come si è detto, anche per la determinazione delle quote da parte del terzo arbitratore: pertanto, se i rilievi dell'Albertario fossero fondati, sarebbe nullo anche il contratto di società in cui le parti avessero disposto che le rispettive partecipazioni fossero rimesse alla decisione di un *arbiter*. In questo senso vedi S. SOLAZZI, *La compensazione nel diritto romano*, Napoli, 1927-1928, pp. 7 ss.; A. STEINWENTER, *Recensione a E. del Chiaro, Le contrat de société*, in ZSS, 50, 1930; G. SANTUCCI, *Il socio d'opera*, cit., pp. 69 ss.; F. SCHULZ, *Recensione a Studi dedicati a Piepaolo Zanzucchi dalla Facoltà di Giurisprudenza*, in ZSS, 48, 1927; A. GUARNERI CITATI, *Conferimenti e quote sociali in diritto romano*, cit., pp. 190 ss.; A. POGGI, *Il contratto di società*, cit., pp. 170 ss.; A. GUARINO, *La società*, cit., pp. 77 ss.; M. TALAMANCA, *Società*, cit., pp. 838 ss.; V. ARANGIO RUIZ, *La società*, cit., pp. 114 ss.

quando sostenuto da Proculo nel frammento D.17.2.80, che è determinazione conforme a equità quella che preveda una partecipazione non in parti eguali ove uno dei soci abbia conferito un apporto maggiore in opera, industria o denaro⁵¹.

⁵¹ La necessità che in caso di fissazione delle quote da parte di un singolo socio la decisione di quest'ultimo dovesse rimanere ancorata a parametri oggettivamente valutabili risponde anche alla generale esigenza, avvertita dall'ordinamento giuridico romano così come da quello attuale, che in tutti quei casi in cui la determinazione del contenuto di una prestazione contrattuale (o il verificarsi o meno di una condizione) venga rimessa ad una sola delle parti coinvolte, tale giudizio non debba dipendere da una volontà che esprima un mero capriccio. Diversamente, se fosse concesso al debitore di determinare l'oggetto della propria prestazione secondo un *arbitrium merum*, verrebbe meno l'obbligazione stessa, come è stato opportunamente rilevato da R. DE RUGGIERO, *Le obbligazioni, Parte generale, Continuazione*, Napoli, 1922, p. 43: «Ma qui non è più ammissibile un *arbitrium merum*. Conviene considerare, infatti, che l'obbligazione rappresenta per il debitore una limitazione che restringe la sua libera attività e che per natura ciascuno tende verso la più piena libertà: è già eccezionale che una qualche latitudine sia concessa al debitore nella commisurazione del debito, ed è pertanto una conseguenza ovvia che il limite estremo di questa latitudine sia rappresentato da quel giudizio obiettivo che risponde all'*arbitratus boni viri*; oltrepassandolo, si autorizzerebbe il debitore a fissar la prestazione in cosa di così irrilevante valore da non aver più alcun interesse il creditore a riceverla; si verrebbe, cioè, a negare la stessa obbligazione». Volgendo lo sguardo al presente, costituisce un chiaro esempio in tal senso l'avversione dell'ordinamento italiano per la condizione meramente potestativa, che, appunto, rimette alla semplice volontà di una parte la decisione in merito al verificarsi o meno della condizione. L'art. 1355 c.c., infatti, dispone che se essa fa dipendere l'alienazione di un diritto o l'assunzione di un obbligo dalla mera volontà dell'alienante o del debitore, rende nullo il negozio cui è apposta. E la ragione è evidente: poiché, come

Secondo Proculo e Pomponio, quindi, la necessità che il giudizio del terzo o del socio si esplicassero secondo le forme ed i contenuti dell'*arbitrium boni viri* consentiva di derogare all'ordinario regime di eguaglianza delle partecipazioni in presenza di conferimenti di diversa entità da parte dei soci. Conseguenza diretta di tale necessità era che il terzo od il socio chiamati a stabilire l'entità delle quote di partecipazione fossero tenuti, in ossequio ai canoni di equità richiesti al *bonus vir*, a rispettare un rapporto di diretta proporzionalità con i conferimenti⁵².

afferma De Ruggiero, ciascuno tende alla più piena libertà, non si può prendere sul serio un vincolo che dipenda dal capriccio dell'obbligato. Se, invece, è l'acquisto del diritto o del credito che dipende dalla mera volontà dell'acquirente, non v'è ragione perché il negozio non sia valido. Analogo principio può essere ricavato dalle parole di Ulpiano in D.50.17.22.1: *generaliter probandum est, ubicumque in bonae fidei iudiciis confertur in arbitrium domini vel procuratoris eius condicio, pro boni viri arbitrio hoc habendum esse*. Cfr. anche C. ARNÒ, *Il contratto di società*, cit., pp. 198 ss.

⁵² In questo senso si sono espressi, tra gli altri, C. ARNÒ, *Il contratto di società*, cit., p. 212: «Dunque, si deve stare al lodo, in quanto esso sia equo e giusto, e, soprattutto, conforme all'equilibrio che, data la natura stessa della società, vi deve essere tra conferimenti e quote»; A. POGGI, *Il contratto di società*, cit., p. 168: «E Paolo ammetteva che, se la decisione del terzo fosse manifestamente iniqua, si potesse impugnare con l'*actio pro socio*, ciò che pensava anche Proculo, adducendo l'esempio di una in giustissima determinazione delle quote da parte del terzo; ed osservando in fine che l'*arbitrium boni viri* nella determinazione delle quote sociali ha la sua base obbiettiva nel valore dei conferimenti fatti dai soci»; G. SANTUCCI, *Il socio d'opera in diritto romano*, cit., p. 70: «Il rispetto del criterio della buona fede, nell'ambito della determinazione di un *arbiter*, terzo o socio che fosse, aveva come diretta conseguenza, in relazione all'ambito di determinazione delle quote, che le *partes lucri et damni* fossero sempre proporzionali agli effettivi conferimenti in opera o in

Tornando, quindi, al caso dell'arbitratore Nerva, che su incarico dei due soci ha stabilito le quote di partizione dei profitti e delle perdite di questi rispettivamente in due terzi ed un terzo, una simile decisione poteva essere ritenuta equa e valida solo in quanto tale proporzione riflettesse l'entità delle contribuzioni delle parti. Diversamente, ove, per esempio, i due soci contraenti avessero offerto alla società conferimenti nella misura del 50% ciascuno, la decisione assunta da Nerva sarebbe stata espressione di una *manifesta iniquitas*, e, come tale, sarebbe stata

capitale». Aveva colto una simile impostazione, pur facendo riferimento alla necessità di una corrispondenza tendenziale e non assoluta tra conferimenti e partecipazione in caso di decisione rimessa ad un terzo o ad un socio, anche A. GUARINO, *La società in diritto romano*, cit., p. 76: «L'importanza dell'apporto personale di Proculo sta in ciò: che egli individua la ragione per cui le quote debbano essere fissate in modo approssimativamente (non matematicamente) proporzionale ai conferimenti. Il terzo deve decidere da *bonus vir, boni viri arbitrato: eo magis quod iudicium pro socio bonae fidei est*. Non sappiamo se tutti i giuristi classici abbiano puntualmente condiviso tale *ratio decidendi*, ma è probabile che, quanto meno come orientamento, essi abbiano ragionato in parallelo con Proculo». Una simile rispondenza a criteri necessariamente oggettivi nella determinazione delle quote sociali, con la conseguente impugnabilità innanzi al giudice, elimina, per altro verso, come è stato rilevato da Arangio-Ruiz, i rischi inerenti alla fissazione delle stesse da parte di uno dei soci. Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, cit., p. 114: «Sotto il controllo del giudice, che renderebbe inoperante ogni decisione ripugnante al *bonum et aequum*, la determinazione segnata dal debitore stesso non sarebbe per nulla più pericolosa di quella operata da un terzo di comune fiducia. Quanto alla società in particolare, si è opportunamente osservato che quella *fraternitas* conclamata dai testi come suo fondamento morale può essere un motivo in più perché la fiducia reciproca si espliciti anche nella circostanza di cui qui si discute».

certamente esposta alle doglianze dei soci, che avrebbero potuto fondatamente impugnarla innanzi al giudice sulla base della *actio pro socio*⁵³.

Il necessario rispetto del rapporto di proporzionalità tra le *partes lucri et damni* e gli apporti dei contraenti in caso di arbitramento offre al soggetto chiamato a decidere (terzo o socio che sia) un criterio obiettivo a cui ancorare la propria determinazione. Tale vincolo, oltre a scongiurare possibili decisioni arbitrarie o inique (specie nel caso di arbitramento del singolo socio) dell'*arbiter*, tende a realizzare il maggior equilibrio possibile, dal punto di vista economico, tra le posizioni dei soci. Ed è inoltre facile supporre che i questi ultimi, nel contrarre società, demandassero la determinazione delle rispettive

⁵³ Con riguardo all'interesse ad agire ed alla legittimazione attiva all'esperimento dell'*actio pro socio* in un caso simile, pare preferibile ritenere – come meglio si avrà modo di dire in seguito e come, peraltro, pare di immediata e logica intuizione – che entrambe le parti potessero adire il giudice per l'impugnazione della statuizione del terzo, senza limitare tale facoltà alla sola parte che si fosse vista riconoscere una quota di partecipazione di proporzione inferiore al proprio conferimento. A stretto rigore, infatti, una quota di partecipazione maggiore non comporta necessariamente un vantaggio per il socio che ne dispone, atteso che sarebbe proprio quest'ultimo a dover sopportare in proporzione maggiore le perdite della società nel caso in caso di cattivo andamento dell'attività commerciale svolta. Non pare, quindi, inverosimile ritenere che anche il socio per la quota maggiore potesse avere interesse ad agire contro una determinazione del terzo non rispettosa della specularità con le contribuzioni richiesta in ossequio a quanto imposto dall'*arbitrium boni viri*. Diversamente, pare persino superfluo rilevare come nel caso in cui la determinazione delle partecipazione fosse rimessa ad uno dei soci, eventuali lagnanze su tale statuizione sarebbero state riservate alla sola controparte che ne era soggetta.

partecipazioni ad un *arbitrium boni viri* in particolar modo quando la valutazione dell'entità delle rispettive partecipazioni fosse di non agevole fissazione a causa della complessità e della varietà dei conferimenti, anche al fine di prevenire successive dispute e controversie in merito all'entità di questi ultimi, che, come testimoniano gli stessi passi di Proculo e Pomponio, potevano avere anche natura diversa dal semplice apporto pecuniario, e consistere, per esempio, nell'*opera* o nell'*industria* del socio⁵⁴. In altri termini, demandando tale fissazione ad un *arbiter*, i soci decidevano di ancorare a criteri certi l'assetto economico del contratto, ferma restando la possibilità di ricorrere al giudice in caso di decisioni non corrispondenti alla simmetria auspicata.

Tale criterio, quindi, che, come detto, deriva dalla natura di *iudicium bonae fidei* dell'*actio pro socio*, trova la propria giustificazione proprio nell'esigenza di certezza ed equità in caso di determinazione unilaterale delle partecipazioni, e non è pertanto esportabile, in generale, anche all'ipotesi di determinazione convenzionale delle stesse, ivi ricomprendendovi anche il caso del silenzio delle parti sul punto che, evidentemente, corrisponde ad una scelta condivisa dei contraenti, che scientemente optano, in tal caso, per il regime residuale delle *aequae partes*. Non è quindi condivisibile, per le ragioni esposte, l'opinione per cui il principio della *bona fides*, investendo anche la libertà negoziale delle parti, avesse «come diretta conseguenza, in relazione all'ambito della partecipazione delle quote, che le *partes lucri et damni* fossero sempre proporzionali agli effettivi conferimenti in opera o in

⁵⁴ In merito ai diversi tipi di conferimento, cfr. G. SANTUCCI, Il socio d'opera, cit., pp. 29 ss.

capitale»⁵⁵. Tale assunto, che, come è evidente, getta «a mare il principio dell'autonomia»⁵⁶ delle parti, non può essere ritenuto da solo sufficiente a fondare la necessaria relazione simmetrica tra apporti e quote anche all'infuori dei casi di ricorso delle parti alla decisione di un arbitratore. Mentre, infatti, nel caso della fissazione unilaterale delle partecipazioni si pone il problema di evitare gli squilibri determinati dalla discrezionalità della parte chiamata a decidere (ciò vale, evidentemente, in particolare modo per il caso del socio arbitratore), con il conseguente e necessario riferimento a parametri obiettivi, la *ratio* di un simile vincolo non trova invece giustificazione ove fosse l'accordo delle parti stesse, espresso o tacito, a definire le 'regole' del rapporto.

Si impone, a questo punto, la necessità di vagliare la terza ipotesi inizialmente considerata e di verificare, così, se ed in quale grado i soci disponessero della libertà negoziale di fissare le rispettive partecipazioni alla divisione degli utili e delle perdite societarie.

4. D.17.2.29pr. e l'autonomia negoziale dei soci

Le fonti di riferimento sono le stesse già considerate con riguardo al silenzio delle parti⁵⁷: le affermazioni di

⁵⁵ G. SANTUCCI, *Il socio d'opera in diritto romano*, cit., p. 70.

⁵⁶ V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, cit., p. 103.

⁵⁷ 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 aliquis plus contulit societati vel pecuniae vel operae vel*

Ulpiano, nel primo periodo del frammento 29pr. (*si non fuerint partes societati adiectae, aequas eas esse constat*), di Gaio e delle Istituzioni Giustinianee, sostanzialmente analoghe nel prevedere il regime delle *aequae* (o *aequales*) *partes* in carenza di diversa disposizione negoziale, presuppongono «la più completa libertà delle parti nel determinare le quote sociali»⁵⁸. I soci, infatti, paiono disporre della facoltà di determinare l'entità della loro partecipazione ai *lucra* e ai *damna* nella misura che essi desiderano e, sotto questo profilo, non paiono confinati entro alcun limite legalmente imposto⁵⁹. In mancanza di tale determinazione essi optano, con una scelta implicita, per il criterio residuale delle parti eguali.

Tale assunto deve, tuttavia, fare i conti con quanto affermato da Ulpiano nel secondo periodo del frammento

cuiuscumque alterius rei causa. Gai 3.150: Et illud certum est, si de partibus lucri et damni nihil inter eos convenerit, aequis partibus commodum et incommodum inter eos commune esse. Sed si in altero partes expressae fuerint, velut in lucro, in altero vero omissae, in eo quoque quod omissum est, similes partes erunt. Cfr. I.3.25.1: Et quidem si nihil de partibus lucri et damni nominatim convenerit, aequales scilicet partes et in lucro et in damno spectantur. Quod si expressae fuerint partes, hae servari debent: nam enim umquam dubium fuit, quin valeat conventio, si duo inter se pacti sunt, ut ad unum quidem duae parte set damni et lucri pertineant, ad alium tertia. I.3.25.3: Illud expeditum est, si in una causa pars fuerit expressa, veluti in solo lucro vel in solo damno, in altera vero omissa.

⁵⁸ A. POGGI, *Il contratto di società*, cit., p. 161.

⁵⁹ Tale conclusione, che emerge implicitamente da Gai 3.150 e D.17.2.29pr. (primo periodo), è invece esplicitamente consacrata dal passo giustiniano, laddove si afferma che se le parti hanno convenzionalmente determinato le rispettive quote di partecipazione, *hae servari debent*, anche ove tale statuizione non rispetti il rapporto proporzionale con i conferimenti.

29pr., che rappresenta, secondo l'opportuna definizione di Guarino, una vera e propria «*crux interpretum*»⁶⁰. Il giurista, infatti, dopo aver sancito la regola delle *aequae partes* nell'ipotesi di silenzio delle parti, si chiede se sia valido un patto che preveda che a un socio siano attribuite due o tre *partes*, e all'altro solo una (*si vero placuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam an valeat?*), rispondendo che un simile accordo può dirsi validamente concluso solo a condizione che il socio per la quota maggiore *plus contulit* con un conferimento in denaro, opera *vel cuiuscumque alterius rei causa*. In questa prospettiva, pertanto, il maggior conferimento del socio per la quota maggiore è *condicio sine qua non* della validità del contratto di società che preveda quote di partecipazione diverse: diversamente la *pactio* è nulla; l'utilizzo dell'espressione *si modo*, in questo senso, pare inequivocabile: il maggior contributo del socio maggioritario è richiesto in quanto da esso «giuridicamente dipende la validità del patto, che è assolutamente subordinata al valore rilevante dell'attività del socio, a quel che egli *plus contulit*»⁶¹.

Il responso ulpiano «non può non sorprendere»⁶² sotto un duplice profilo: in primo luogo, esso pare sconfessare quanto espresso dallo stesso giurista nel primo periodo del frammento; inoltre, una simile e tanto gravosa limitazione all'autonomia negoziale, tale da imporre il necessario rispetto di una relazione proporzionale tra quote e apporti, non trova corrispondenza né menzione nei passi di Gaio e delle Istituzioni, né in altri frammenti del

⁶⁰ A. GUARINO, *La società in diritto romano*, cit., p. 73.

⁶¹ C. ARNÒ, *Il contratto di società*, cit., p. 223.

⁶² A. GUARNERI CITATI, *Conferimenti e quote sociali in diritto romano*, cit., p. 170.

Digesto (ad eccezione di D.17.2.5.1, che però, come si vedrà, si riferisce al caso specifico della *societas omnium bonorum* e pone, comunque, la questione in termini differenti).

Tali aspetti di criticità del passo hanno portato gli studiosi, anche in tempi relativamente recenti, a dubitare della genuinità dello stesso, sotto un duplice profilo formale e sostanziale⁶³. Quanti, al contrario, si sono

⁶³ I contrasti che cominciarono a manifestarsi sul punto sin dai tempi dei Glossatori portarono alcuni di essi, come si è visto, a trovare armonia nel frammento 29pr. attraverso una diversa interpretazione delle *aequae partes*, intese cioè come proporzionali ai contributi dei soci. Tale soluzione esegetica, come si vedrà, non può però salvare il passo dalle proprie contraddizioni interne. La pandettistica tedesca, invece, rifiutata tale soluzione, ha tentato di limitare la portata del divieto ulpiano, sostenendo che in ipotesi di mancata corrispondenza geometrica tra conferimenti e *partes* il contratto non valesse solo come contratto di società, ma anche come contratto di donazione (andando ad integrare un'ipotesi di c.d. *negotium mixtum cum donatione*); così B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette* (trad. it.), II, 1930, p. 167. In tema di *negotium mixtum cum donatione* cfr. anche R. SCEVOLA, *Negotium mixtum cum donatione. Origini terminologiche e concettuali*, CEDAM, 2008. Larga parte della dottrina romanistica del secolo scorso ha, invece, giudicato il passo interpolato: dovendosi escludere che il criterio della necessaria corrispondenza tra apporti e quote fosse di ispirazione giustiniana (le Istituzioni, come detto, consacrano il principio opposto della autonomia negoziale dei contraenti), esso è stato ritenuto il frutto di glossemi risalenti all'epoca postclassica. In particolare vedi V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, cit., p. 107-108, secondo il quale il frammento 29pr. sarebbe il frutto della «sovrapposizione di tre mani: a) quella del giurista antico, che, affermando valida in ogni caso la disparità delle quote (purché fossero uguali nel profitto e nella perdita), chiudeva con le parole *placet valere*; b) quella di un annotatore postclassico, che ha voluto limitare l'autonomia delle

espressi in favore della classicità del vincolo posto da

parti richiedendo a giustificazione della disparità di quote una corrispondente disparità nei capitali o nell'industria conferiti; c) e infine quella dei compilatori di Giustiniano, i quali, volendo riaffermare in questa materia l'autonomia delle parti, hanno con le cinque parollette (*vel cuiuscumque alterius rei causa*) talmente edulcorato la riserva insinuatasi nel testo ulpiano, da toglierla praticamente di mezzo». Non crede, invece, che l'espressione conclusiva del passo sia di origine giustiniana. A. GUARINO, *La società in diritto romano*, cit., p. 73, il quale rileva come «uno o più glossemi postclassici si siano inseriti nel dettato ulpiano a cominciare dal *si vero placuerit rell.*, a cominciare quindi dalla stessa impostazione del dubbio, e che i compilatori giustiniani, proprio perché il testo si concludeva con un generalizzante *vel cuiuscumque alterius rei causa*, che rendeva inoffensiva la limitazione del *si modo – operae*, non abbiano perso tempo a togliere di mezzo sia la domanda che la risposta». Propende per l'ispirazione postclassica del principio per cui una determinazione non paritetica delle quote presupporrebbe un apporto maggiore anche M. TALAMANCA, *La 'societas'*, cit., p. 166, secondo il quale vi sono «gravi motivi di dubbio, anche dal punto di vista formale, sul passo: esso, poi corrisponde ad un modo di vedere, tipicamente postclassico-giustiniano, che tende ad ottenere una corrispondenza, nei contratti sinallagmatici, tra il sacrificio ed il vantaggio patrimoniali delle parti, e che trova la sua massima espressione nell'introduzione della rescissione per lesione enorme a vantaggio del venditore nella compravendita d'immobili». Si esprimono nel senso di una indiscutibile alterazione del testo, che sarebbe il frutto di glossemi postclassici, anche A. GUARNERI CITATI, *Conferimenti e quote sociali in diritto romano*, cit., pp. 180 ss.; F. BONA, *Studi sulla società consensuale*, cit., p. 30; A. POGGI, *Il contratto di società*, cit., p. 162; Si sono, invece, espressi in favore della sostanziale genuinità del passo C. ARNÒ, *Il contratto di società*, cit., p. 223; E. DEL CHIARO, *Le contrat de société*, cit., p. 123; F.M. DE ROBERTIS, *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, Milano, 1946, p. 243; G. SANTUCCI, *Il socio d'opera in diritto romano*, cit., pp. 61 ss.

Ulpiano, hanno giustificato tale limite – nel segno dell'intuizione delle pandettistica tedesca che, come detto, riteneva che in ipotesi di mancata corrispondenza tra conferimenti e quote il contratto non valesse «esclusivamente come contratto di società, ma anche come contratto di donazione (c.d. *negotium mixtum cum donatione*)»⁶⁴ – sulla base del divieto di costituire una *societas donationis causa*. In questa prospettiva tale divieto risulterebbe violato (oltre che nel paradigmatico caso della partecipazione ai *lucra* in assenza di conferimento del socio) proprio in ipotesi di difformità tra contributi e quote, circostanza realizzabile con una *pactio* dei soci o, in alternativa, in caso di applicazione del regime residuale delle *aequae partes* in costanza di apporti di diversa entità: in tali casi, il mancato rispetto della proporzionalità provocherebbe una donazione in favore del socio per la quota superiore al proprio conferimento in caso di bilancio attivo e, specularmente, una donazione in

⁶⁴ La pandettistica tedesca, come anticipato, ha così tentato di salvare la coerenza del passo e, ripudiando la concezione delle *aequae partes* come parti geometricamente proporzionali ai conferimenti, ha ritenuto che in caso di mancata corrispondenza tra tali elementi si fosse in presenza di un valido negozio misto tra società e donazione, ammettendo così che «il contratto di società non viene escluso da ciò, che la misura della partecipazione di un socio non corrisponde a quella della sua contribuzione», non ravvisando in ciò alcun profilo di invalidità del contratto, non essendovi alcuna ragione per cui «un accordo della specie indicata dovrebbe rendere nullo l'intero contratto di società più di quanto il contratto di compravendita diventi nullo per troppo bassa determinazione del prezzo d'acquisto»: così B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., p. 167.

favore del socio per la quota inferiore nell'ipotesi opposta⁶⁵.

Il divieto di contrarre società a causa di donazione⁶⁶ è espresso dallo stesso Ulpiano in un passo tratto dal libro trentunesimo *ad Edictum* che, come il frammento D.17.2.29pr., pare suggerire la necessità del rispetto del rapporto di proporzionalità conferimenti-*partes*:

⁶⁵ Cfr. G. SANTUCCI, *Il socio d'opera in diritto romano*, cit., p. 73: «Si faccia, per esempio, l'ipotesi in cui due soci conferiscono l'uno il 60% e l'altro il 40%, indifferentemente se in capitale o in opera, e si accordino che, in caso di attivo finale, chi ha conferito il 40% riceva il 60% e, in caso di passivo finale, chi ha conferito il 60% risponda solo per il 40%. A mio giudizio anche questa ipotesi concreterebbe una *societas donationis causa* e perciò dovrebbe essere considerata nulla. Infatti, in caso di attivo finale, si avrebbe una donazione del 20% da parte di chi ha conferito il 60% a favore di chi ha conferito il 40%. Invece, in caso di passivo finale, una donazione di chi ha conferito il 40% a favore di chi ha conferito il 60%».

⁶⁶ Vi sono altri due frammenti di Ulpiano che sanciscono il principio della nullità della società costituita *donationis causa*, che opera *ipso iure*, senza la necessità dell'intervento del pretore per la *restituito in integrum* o dell'esperimento della *actio pro socio*. Cfr. D.4.4.16.1: *item relatam est apud Labeonem, si minor circumscriptus societatem coierit vel etiam donationis causa, nullam esse societatem nec inter maiores quidem et ideo cessare partes praetoris: idem et Ofilius respondit: satis enim ipso iure munitus est*; e D.24.1.32.24: *Si inter virum et uxorem societas donationis causa contracta sit, iure vulgato nulla est, nec post decretum senatus emolumentum ea liberalitas, ut actio pro socio constituatur, habere poterit: quae tamen in commune tenuerunt fine praestituto, revocanda non sunt. Idcirco igitur pro socio actio non erit, quia nulla societas est, quae donationis causa interponitur, nec inter ceteros et propter hoc nec inter virum et uxorem*.

D.17.2.5.1 (Ulp. 31 *ad Ed.*): *Societas autem coiri potest, et valet etiam inter eos, qui non sunt aequis facultatibus, cum plerumque pauperior opera suppleat, quantum ei per comparationem patrimonii deest. 2: donationis causa societas recte non contrahitur.*

Le differenze rispetto al discusso vincolo del frammento 29pr. sono evidenti: in primo luogo, Ulpiano fa qui senz'altro riferimento al solo caso della *societas omnium bonorum* (il problema della disparità di ricchezza dei soci può porsi, infatti, solo in relazione ad un modello societario che presupponesse il conferimento dell'intero patrimonio)⁶⁷; l'utilizzo, inoltre, dell'espressione *cum*

⁶⁷ Tale assunto è pacificamente accettato in dottrina e, più in generale, va rilevato come il dibattito relativo alla partecipazione agli utili e alle perdite riguardi, principalmente, le società di lucro, che presuppongono, come detto, lo svolgimento di un'attività d'impresa volta al profitto, con le conseguenti assunzioni di obbligazioni e il ricorso a spese. Nell'ambito delle società di godimento, invece, ove le parti si limitavano, per lo più, a considerare comune la gestione di una *res* o dei patrimoni conferiti, il problema era meno sentito e poteva accadere, come registrato da Ulpiano, che il socio *pauperior* potesse sopperire alla disparità di ricchezza prestando la propria attività lavorativa. Cfr., in particolare, M. TALAMANCA, *La 'societas'*, cit., p. 165: «Il riferimento alla *societas omnium bonorum* è reso evidente dal richiamo ai patrimoni dei soci, i quali vengono in considerazione principalmente nella *societas omnium bonorum*, come, per così dire, apporti societari». Vedi anche F. BONA, *Contributi alla storia della «societas universorum quae ex quaestu veniunt» in diritto romano*, cit., pp.454ss.; ID., *Studi sulla società consensuale*, cit., pp. 105 ss.

*plerumque*⁶⁸ assume un valore assai diverso rispetto al *si modo* con cui Ulpiano condizionava la validità di un patto che prevedesse quote diseguali: nel caso della *societas omnium bonorum* il contratto rimane, in ogni caso, validamente concluso se i soci dispongono di (e, quindi, conferiscono) assi patrimoniali di diverso valore; ciò nonostante, il socio *pauperior* (non deve ma) può supplire alla propria ‘inferiorità’ patrimoniale offrendo la propria opera lavorativa, *quantum ei per comparisonem patrimonii deest*, ed ovviando così allo squilibrio economico realizzatosi.

Tuttavia, è stato proprio un simile accostamento – tra un passo che indubbiamente adombra l’esigenza di un rapporto biunivoco tra *partes* e contributi e l’affermazione del divieto di *societas donationis casua* – a fondare, nella parte di dottrina che crede nella sostanziale genuinità del frammento 29pr., l’idea che, in epoca classica, il mancato rispetto della suddetta proporzione avrebbe portato con sé la nullità del contratto, proprio in quanto concluso *donationis causa*, con la conseguente negazione della libertà dei contraenti di determinare convenzionalmente le rispettive partecipazioni.

Ciò detto, va rilevato come, in realtà, in tale ipotesi non sia possibile ravvisare gli estremi di una donazione, né tantomeno di una, pur velata, *causa donationis*. Infatti,

⁶⁸ Vedi C. ARNÒ, *Il contratto di società*, cit., p. 224, il quale sostiene che anche nel passo D.17.2.5.1 Ulpiano avrebbe subordinato la validità del contratto di società al maggior conferimento d’opera del *pauperior*, sino alla totale compensazione della sproporzione, mediante l’utilizzo della locuzione *si modo*, e che sarebbero poi stati i compilatori giustiniane, «che mitigarono, sostituendo il *plerumque*», ad eliminare il vincolo. Avanza, invece, sospetti sulla genuinità del frammento A. POGGI, *Il contratto di società*, cit., pp. 1 ss.

quando si costituisce una *societas*, al momento della conclusione dell'accordo (che rappresenta l'unico momento da considerare per rilevare un'eventuale *causa donationis*), ove le parti abbiano statuito quote di partecipazione di entità non proporzionale ai conferimenti (si ipotizzino partecipazioni rispettivamente di due terzi ed un terzo a fronte di un eguale contributo delle parti), non s'intende come si possa ravvisare uno spirito di liberalità di una parte nei confronti dell'altra. Ciò che si realizza, in un caso simile, è unicamente uno squilibrio economico che può tradursi, a secondo dello svolgersi dell'*alea* contrattuale connaturata nella *societas*, in un vantaggio o svantaggio patrimoniale per l'una o per l'altra parte. Concedendo alla controparte una partecipazione maggiore alla società⁶⁹, il socio per un terzo non realizza alcuna donazione, in quanto egli semplicemente accolla su di sé una porzione inferiore del rischio d'impresa, con la conseguente possibilità di ottenere un guadagno proporzionalmente inferiore al proprio conferimento nel caso la *societas* produca profitto, ma al contempo con la

⁶⁹ Cfr. A. GUARNERI CITATI, *Conferimenti e quote sociali in diritto romano*, cit., p. 176, secondo il quale una disparità di quote, così come l'eguaglianza delle stesse in caso di conferimenti diseguali, «poteva avere diverse cause: o dipendere da una differente misura nei conferimenti, o dall'interesse di condurre una determinata persona, magari riluttante, a far parte della società, potendo riuscire prezioso anche il semplice fatto della sua partecipazione alla stessa, o da ciò che uno dei soci sia riuscito a vender cara la propria merce, pur senza giungere fino al dolo, ma solo usando di quei leciti artifici per cui si dice *naturaliter licere contrahentibus sese circumvenire* (D.4.4.16.4), o finalmente dall'intenzione di beneficiare il socio, assegnandogli una porzione maggiore di quella che gli sarebbe spettata in base al suo conferimento».

prospettiva di vedere il proprio patrimonio maggiormente preservato in caso di bilancio finale passivo della società.

In tali casi mancano, invero, tutti gli elementi essenziali per integrare un'ipotesi di donazione: manca, senz'altro, l'elemento soggettivo della donazione (o spirito di liberalità), che deve consistere nella consapevolezza di attribuire ad altri un vantaggio patrimoniale senza esservene in alcun modo costretti, né sussiste l'elemento oggettivo dell'incremento del patrimonio di una parte quale conseguenza del depauperamento del patrimonio del donante.

Non può dubitarsi, come è già stato rilevato, che un assetto societario ossequioso della corrispondenza tra apporti societari e quote di ripartizione costituisca la soluzione maggiormente volta ad un equilibrio economico tra i soci, né pare difficile ipotizzare che fosse proprio tale assetto che le parti *plerumque* ricercassero. Tuttavia, entro i limiti del *dolus bonus* – stante l'inesistenza di un dogma che esige la proporzionalità delle prestazioni nei contratti sinallagmatici –, sostenere che una società 'non proporzionale' sia nulla in quanto realizzata *donationis causa* equivale, nella sostanza, a ritenere che una compravendita conclusa con pattuizione di un prezzo inferiore all'effettivo valore mercantile del bene integri una donazione corrispondente al valore dello 'sconto', e «non può ritenersi che le parti fossero nella società più vincolate che nella compravendita e nella *locatio-conductio*»⁷⁰.

⁷⁰ M. TALAMANCA, *La 'societas'*, cit., p. 166. In questo senso si esprime anche B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, cit., p. 167 n. 16: «Per lo meno non si sa vedere per quale ragione un accordo della specie indicata dovrebbe rendere nullo l'intero contratto di società più di quanto il contratto di compra-vendita diventi nullo per troppo bassa determinazione del prezzo di

Il divieto di costituire una società *donationis causa* deve, quindi, essere inteso in una diversa prospettiva, che si ricollega alla natura stessa della *societas* quale contratto associativo, in cui la prestazione di ciascuno è diretta al conseguimento di uno scopo comune e che impone che tale scopo di «comune utilità sia perseguito con le forze concorrenti di tutti i soci»⁷¹. Alla comunanza di scopo deve, quindi, fare riscontro una comunanza dei mezzi posti in opera per raggiungerlo e il conferimento di beni in comune da parte di tutti i soci è elemento essenziale del negozio che, diversamente, difetterebbe della propria causa economica. Il concetto stesso di liberalità, pertanto, è incompatibile con la *societas*, che non è *recte contracta* non quando agli apporti dei soci non corrisponda una proporzionale suddivisione dei *lucra* e dei *damna*, ma quando, invece, un solo socio si impegni a conferire in società l'intero 'capitale sociale', e l'altra parte partecipi

acquisto». Vedi anche E. ALBERTARIO, *Iustum pretium e iusta aestimatio*, in *B.I.D.R.*, XXXI, pp. 1 ss.; S. SOLAZZI, *Note minime sulla datio in solutum*, in *RIL*, LXI, p. 353; V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, cit., pp. 102-103. Cfr. D.19.2.22.3: *Quemadmodum in emendo et vendendo naturaliter concessum est quod pluris sit minorese mere, quod minoris sit pluris vendere et ita invicem se circumscribere, ita in locatibus quoque et conductibus iuris est*; C.4.44.8: *videlicet si contractus emptionis atque venditionis cogitasses substantiam et quod emptor viliori comparandi, venditor cariori distrahendi votum gerentes ad hunc contractum accedant, vixque post multas contentiones, paulatim venditore de eo quod petiterat detrahente, emptore autem huic quod obtulerat addente, ad certum consentiat pretium, profecto perspiceres neque bonam fidem, quae emptionis atque venditionis conventionem tuetur, pati neque ullam rationem concedere rescindi propter hoc (intendi: quod minori pretio fundus venierit) consensu finitum contractum.*

⁷¹ A. POGGI, *Il contratto di società*, cit., p. 5.

solo ai vantaggi di essa. Si è in presenza di una *societas donationis causa*, quindi, quando un socio sia ammesso alla distribuzione degli utili senza che abbia conferito alcunché.

Si deve pertanto escludere, per le ragioni esposte, che il vincolo posto dal frammento 29pr. possa fondarsi sul divieto di contrarre società *donationis causa*. A prescindere dal suo fondamento giuridico, tuttavia, si deve porre l'attenzione su un ulteriore profilo critico circa la genuinità sostanziale del responso ulpiano: la compatibilità logica tra il primo ed il secondo periodo del frammento.

Nel primo periodo, Ulpiano, come più volte ribadito, pone il criterio integrativo delle *aequae partes*, che è pacifico e presuppone senz'altro l'autonomia dei contraenti di fissare convenzionalmente quote diverse. Nel periodo successivo, invece, il giurista, sorprendentemente, rinnega la libertà dei soci appena consacrata con il richiamo al necessario rispetto della proporzionalità tra conferimento e quota⁷². La coerenza logica del discorso

⁷² Hanno messo in evidenza le contraddizioni del discorso ulpiano, in particolare, A. GUARINO, *La società in diritto romano*, cit., p. 73: «Ma la conseguenza della piena libertà dei *socii* di convenire *expressis verbis* anche quote diseguali sembra smentita dalle parole che seguono: e non solamente dall'affermazione che quote diseguali possono essere stabilite solo in rapporto (e proporzione) a conferimenti diseguali, ma anche dalla stessa domanda (*si vero placuerit rell.*) sempre che questa domanda venga riferita alle pattuizioni tra i *socii* (*si vero pacto placuerit*)». Le critiche al secondo periodo di D.17.2.29pr. sono condivise anche da Poggi, il quale rileva come, oltre al contrasto logico interno, le parole di Ulpiano si scontrino anche con quanto sostenuto da Gaio e dalle Istituzioni di Giustiniano, che consacrano la piena libertà dei soci nella determinazione delle partecipazioni sociali; cfr. A. POGGI, *Il contratto di società*, cit. p.161: «Il

ulpiano è ulteriormente compromessa se si considera, come è stato opportunamente rilevato da Guarino, che «se i soci non sono pienamente liberi di pattuire espressamente un riparto diseguale degli utili e delle perdite, se essi debbono adeguare il riparto al valore dei conferimenti, come si spiega che, nel loro silenzio, le quote siano eguali pur quanto sono diseguali i conferimenti?»⁷³. In tale

contrasto è grave non solo tra il frammento 29pr. e le Istituzioni di Gaio e quelle di Giustiniano, ma anche, a ben considerare, la prima frase del frammento 29pr. non è in armonia con quanto in esso segue: difatti *si non fuerint partes societati adiectae* presuppone la più completa libertà delle parti nel determinare le quote sociali, e non richiede affatto alcuna proporzionalità col valore degli apporti». Analoghe considerazioni, che insistono in particolar modo sulla scarsa genuinità del frammento ulpiano, specie in riferimento a quanto espresso nel secondo periodo, si trovano in V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, cit., pp. 103 ss. ed in A. GUARNERI CITATI, *Conferimenti e quote sociali in diritto romano*, cit., pp. 166 ss.

⁷³ A. GUARINO, *La società in diritto romano*, cit., p. 73. Si è espresso, per converso, in favore dell'armonia tra i due enunciati ulpiani Santucci, il quale, nel rispondere al quesito posto da Guarino, ha rilevato come nel caso da questi proposto di applicazione del regime del 50% per ogni socio in assenza di espressa statuizione, in presenza di contributi difformi vi sarebbe stata comunque violazione del suddetto divieto di *societas donationis causa*. In quest'ottica, i soci avrebbero normalmente taciuto sulle quote in caso di eguali apporti, mentre in caso di apporti differenziati avrebbero derogato al principio delle *aequae partes* stabilendo espressamente una determinazione delle quote ad essi proporzionali. La prospettiva di una fissazione pattizia di quote difformi ai conferimenti viene, invece, ritenuta del tutto inverosimile, oltre che, come detto, contraria al divieto di donazione. Cfr. G. SANTUCCI, *Il socio d'opera in diritto romano*, cit., p. 78: «Per intendere correttamente la frase iniziale del passo, si può anche pensare al fatto che le parti non si saranno mai pronunciate sulle quote, intendendole come uguali, quando

ipotesi, infatti, si giungerebbe *ipso iure*, in virtù della automatica applicazione del criterio residuale, ad un risultato (quote non proporzionali agli apporti) precluso invece alle parti sulla base del gravoso regime espresso nel secondo periodo.

Né pare possibile restituire armonia al passo, come ipotizzato da alcuni Glossatori, interpretando le *aequae partes* non già come *partes viriles*, ma come parti proporzionali ai rispettivi apporti⁷⁴.

L'incongruenza della costruzione giuridica, infatti, non viene meno, atteso che, in questa prospettiva interpretativa, si giungerebbe ad una disciplina unitaria

valutavano i propri conferimenti come uguali fra loro, mentre le avranno espressamente differenziate in caso contrario. Nella normalità dei casi, infatti, quale socio dotato di buon senso avrebbe stretto un accordo in quote uguali, pur portando in società un conferimento di maggior valore in capitali, opere o altro? D'altra parte non si deve poi dimenticare che di fronte ad una tale evenienza i giuristi romani non avrebbero esitato a definire come illecita una tale convenzione in quanto contravveniente al principio del divieto della *societas donationis causa*».

⁷⁴ Vedi, in particolare, J. VOET, *Commentarius ad Pandectas*, Lib. XVII, Tit. II, num. 8; U. DONELLO, *Commentaria Iuris Civilis*, l. XIII, cap. XVI, 16 e A. VINNIUS, *Commentarius ad §2 Inst. h. t.* Tale dottrina, avviata dai Glossatori, che interpreta le *aequae partes* non come parti virili ma come parti proporzionali ai conferimenti, è stata accolta con grande successo dai codificatori moderni, che la hanno in molti casi recepita, come nel caso del Code Civil francese o del Codice Civile italiano (nella versione vigente ed in quella previgente). In senso contrario, e cioè per l'eguaglianza delle quote in caso di silenzio delle parti, va la disciplina prevista nel B.G.B.; tale circostanza, tuttavia, non sorprende alla luce del già richiamato ripudio da parte della pandettistica tedesca per tale concezione delle *aequae parte*. Cfr. in questo senso, in particolare, B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette* (trad. it.), cit., pp. 167 ss.

sempre applicabile in qualsiasi ipotesi, sia in caso di silenzio delle parti, sia in caso di *pactio* dei soci sul punto, nonché, ovviamente, in caso di arbitrato del terzo o del singolo socio. Sarebbe priva di ogni senso, così, la clausola residuale espressa nell'*incipit* del frammento (*si non fuerint partes societati adiectae*), così come sarebbe ingiustificata l'articolazione di una disciplina differenziata per le diverse ipotesi, posta la necessità, in ogni caso, che le quote corrispondano a quanto conferito, con ovvio sacrificio di qualsivoglia forma di autonomia negoziale.

In conclusione, quindi, pare condivisibile l'orientamento dottrinale, già ampiamente richiamato⁷⁵, schieratosi per la scarsa genuinità, formale e, soprattutto, sostanziale – anche alla luce delle incongruenze logico-giuridiche messe in evidenza – del frammento 29pr., con la conseguenza valorizzazione dell'autonomia negoziale dei soci, che si ritiene fossero ammessi a determinare convenzionalmente le rispettive *partes lucri et damni* già in epoca classica.

5. La magna questio tra Servio e Quinto Mucio

Date queste premesse, occorre ora affrontare la questione, strettamente connessa e logicamente

⁷⁵ Vedi, in particolare, M. TALAMANCA, *Società*, cit., p. 383; ID.; *La 'societas'*, cit., p. 166; V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, cit., pp. 103 ss.; A. GUARNERI CITATI, *Conferimenti e quote sociali in diritto romano*, cit., pp. 166 ss.; A. GUARINO, *La società in diritto romano*, cit., p. 73; A. POGGI, *Il contratto di società*, cit. p. 161.

conseguenziale, che riguarda la possibilità, per i soggetti contraenti, di determinare le rispettive partecipazioni in maniera tale per cui il singolo socio concorresse agli utili in misura diversa rispetto alle perdite. Si tratta di un problema che ha suscitato parecchi dibattiti già nell'ambito della giurisprudenza classica, dando vita, in particolare, alla celebre *magna quaestio* che ha visto contrapposti i celebri giuristi Quinto Mucio Scevola e Servio Sulpicio Rufo⁷⁶.

Della polemica sorta tra i due ci riferiscono anzitutto le Istituzioni di Gaio⁷⁷, «in apertura alla trattazione della società»⁷⁸:

⁷⁶ Importanti contributi in tema di *magna quaestio* si trovano, in particolare, in V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, cit., pp. 93 ss.; C. ARNÒ, *Il contratto di società*, cit., pp. 219 ss.; F. BONA, *Studi sulla società consensuale in diritto romano*, cit., pp. 24 ss.; A. GUARINO, *La società in diritto romano*, cit., pp. 30 ss.; A. GUARNERI CITATI, *Conferimenti e quote sociali in diritto romano*, cit., pp. 181 ss.; L. H. LERA, *El contrato de sociedad. La casuística jurisprudencial clásica*, cit., pp. 113 ss.; A. POGGI, *Il contratto di società in diritto romano classico*, cit., pp. 162 ss.; G. SANTUCCI, *Il socio d'opera in diritto romano*, cit., pp. 35 ss.; M. TALAMANCA, *Società: diritto romano*, cit., pp. 835 ss.; ID, *La 'societas'*, cit., pp. 167 ss. Per un'indagine approfondita sull'attività di Servio Sulpicio Rufo vedi M. MIGLIETTA, *'Servius respondit': studi intorno a metodo e interpretazione nella scuola giuridica serviana: prolegomena I*, Trento: Università di Trento, 2010.

⁷⁷ Ci informano del dibattito sorto tra Servio e Quinto Mucio anche le Istituzioni di Giustiniano, che riportano la questione in termini sostanzialmente equivalenti, pur 'allentando', come si vedrà, il vincolo di subordinazione giuridica tra la validità di una *pactio* che preveda parti non 'speculari' e il conferimento d'opera del socio esentato, parzialmente o totalmente, dalle perdite; cfr. I.3.25.2: *De illa sane conventionem quaesitum est, si Titius et Seius inter se pacti sunt, ut ad Titium lucri duas parte pertineant, damni tertia, ad*

Gai 3.149: *Magna autem quaestio fuit, an ita coiri possit societas, ut quis maiorem partem lucretur, minorem damni praestet. Quod Q. Mucius contra naturam societatem esse existimavit. Sed Servius Sulpicius, cuius etiam praevaluit sententia, adeo ita coiri posse societatem existimavit, ut dixerit illo quoque modo coiri potest, ut quis nihil omnino damni praestet, sed lucri partem capiat, si modo opera eius tam pretiosa videatur, ut aequum sit eum cum hac patione in societatem admitti. Nam et ita coiri societatem constat, ut unus pecuniam conferat, alter non conferat, et tamen lucrum inter eos commune sit; saepe enim opera alicuius pro pecunia valet.*

Dàno conto della questione anche i giuristi Ulpiano e Paolo:

Seium duae partes damni, lucri tertia, an rata debet haberi conventio? Quintus Mucius contra natura societatis talem pactionem esse existimavit et ob id non esse ratam habendam. Servius Sulpicius, cuius sententia praevaluit, contra sentit, quia saepe quorundarum ita praetiosa est opera in societate, ut eos iustum sit meliore condicione in societatem admitti: nam et ita coiri potest societate non dubitatur, ut alter pecuniam conferat, alter non conferat et tamen lucrum inter eos commune sit, quia saepe opera alicuius pro pecunia valet. Et adeo contra Quinti Muci sententiam optinuit, ut illud quoque constiterit posse convenire, ut quis lucri partem ferat, damno non teneatur, quod et ipsum Servius convenienter sibi existimavit: quod tamen ita intellegi potest, ut, si in aliqua re lucrum, in aliqua damnum allatum sit, compensatione facta solum quod superest intellegatur lucri esse.

⁷⁸ G. SANTUCCI, *Il socio d'opera in diritto romano*, cit., p. 36.

D.17.2.29.1 (Ulp. 30 *ad Sab.*): *Ita coiri societatem posse, ut nullam partem damni alter sentiat, lucrum vero commune sit, Cassius putat: quod ita demum valebit (ut et Sabinus scribit) si tanti sit opera, quanti damnum est: plerumque enim tanta est industria socii, ut plus societati conferat quam pecunia: item si solus naviget, si solus peregrinetur, periculo subeat solus.*

D.17.2.30 (Paul. 6 *ad Sab.*): *Mucius libro quarto decimo scribit non posse societatem coiri ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat: Servius in notatis Mucii ait nec posse societatem ita contrahi, neque enim lucrum intelligitur nisi omni damno deducto neque damnum nisi omni lucro deducto: sed potest coiri societatem ita, ut eius lucri, quod reliquum in societate sit omni damno deducto, pars alia feratur, et eius damni, quod similiter relinquatur, pars alia capiatur.*

Nel dibattito relativo alla validità di un accordo per cui un socio abbia diritto a una parte di profitto maggiore rispetto alla sua partecipazione alle perdite, Quinto Mucio si schiera apertamente per la sua inammissibilità, in quanto tale *pactio* risulterebbe «ripugnante alla natura della società»⁷⁹ e, come tale, sarebbe priva di alcun valore. Di diverso avviso è Servio, il cui pensiero prevalse, secondo il quale non solo tale accordo deve ritenersi senz'altro valido, ma è da considerarsi altresì valido il contratto di società in cui un socio partecipi alla divisione dei profitti pur essendo totalmente esentato dalle perdite. Non è invece valido, in quanto espressione di un *iniquissimum*

⁷⁹ C. ARNÒ, *Il contratto di società*, cit., p. 220.

genus societatis, il patto che prevede l'esclusione di taluno dalla partecipazione agli utili⁸⁰.

⁸⁰ Tale ipotesi, infatti, realizza la c.d. *societas leonina*, in cui viene meno il fondamento stesso del rapporto societario, che deve essere volto al comune interesse delle parti. Il divieto di patto leonino, così chiamato da Cassio, è affermato nel prosieguo del discorso ulpiano: D.17.2.29.2 (Ulp. 30 *ad Sab.*): *Aristo refert, Cassium respondisse, societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum, alter damnum sentiret: et hanc societatem leoninam solitum appellare: et nos consentimus, talem societatem nullam esse, ut alter lucrum sentiret, alter vero nullum lucrum, sed damnum sentiret: iniquissimum enim genus societatis est, ex qua quis damnum, non etiam lucrum spectet.* Il concetto di *societas leonina* è, oggi, inteso in senso più ampio, ivi ricomprendendovi anche la società in cui taluno sia escluso dalle perdite (l'art. 2265 c.c. sanziona, infatti, con la nullità il patto con il quale uno o più soci siano esclusi da ogni partecipazione agli utili o alle perdite; nullo è, però, solo il patto, mentre la società rimane valida, con applicazione, in luogo della clausola nulla, delle norme di cui agli artt. 2263 e 2264 c.c.). Diversamente, nella concezione romana l'ipotesi dell'esclusione di un socio dalle perdite non realizza tale *genus societatis* e, nella prospettiva serviana, il contratto può essere ritenuto perfettamente valido, laddove non manchi un conferimento – in capitale, opera o altro – da parte di tutti i soci (diversamente si realizzerebbe un'ipotesi di *societas donationis causa*) e tutti siano ammessi alla divisione degli utili. Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, cit., p. 110: «*Societas leonina*, come tale condannata, è per i romani, e ben giustamente, una sola: quella in cui taluno partecipi alla perdita e sia escluso dal profitto. Ad essa sola, infatti, si applica la nota favola dell'associazione fra il leone, la vacca, la capra e la pecora allo scopo di dar la caccia al cervo, dove a caccia felicemente terminata il leone prende per sé tutto il compendio della fatica comune: gli altri tre animali hanno partecipato, appunto, alla sola perdita, cioè alle fatiche ed ai rischi della caccia, non alla spartizione della selvaggina». Cfr. *Phedr.* 1,5: *Numquam est fidelis cum potente societas: Testatur haec fabellapropositum meum.*

Precisa, inoltre, Servio, secondo quanto riportato da Paolo nel frammento 30, che la partecipazione ‘disgiunta’ del socio ai profitti e alle perdite non deve essere riferita alle singole operazioni, ma al risultato complessivo delle operazioni sociali: non vale, quindi, un accordo che preveda che un socio debba ricevere una determinata quota di ogni singolo guadagno e una diversa quota di ogni singola perdita sofferta dalla società, «ché non s’intende il lucro se non dedotto ogni danno, e non si intende il danno se non detratto ogni lucro»⁸¹. In altri termini, il riferimento al lucro e al danno va riferito all’attivo o al passivo del bilancio sociale complessivo al momento della sua liquidazione finale.

Vacca et capella et patiens ovis iniuriae

Socii fuere cum leone in saltibus.

Hi cum capissent cervum vasti corporis,

Sic est locutus partibus factis leo:

Ego primam tollo nomine hoc quia rex cluo;

Secundam, quia sum consors, tribuetis mihi;

Tum, quia plus valeo, me sequetur tertia:

Malo adficietur si quis quartam tetigerit.

Sic totam praedam sola improbitas abstulit.

Sull’origine dell’espressione ‘*societas leonina*’ utilizzata da Cassio cfr. A. GUARINO, *La società in diritto romano*, cit., pp. 175 ss.

⁸¹ C. ARNÒ, *Il contratto di società*, cit., p. 236. Cfr. anche M. TALAMANCA, *Società: diritto romano*, cit., p. 851: «Nella *societas* romana non esisteva l’uso della redazione dei bilanci annuali e della conseguente ripartizione degli utili, parziale (ma definitiva): è solo in sede di liquidazione finale che si determinava l’utile o la perdita netti su cui applicare le *parte lucri et damni*. Nella liquidazione finale dovevano essere riportati, per una definitiva contabilizzazione, qualsiasi vantaggio tratto dalla gestione da imputare alla *societas* e qualsiasi esborso compiuto al proposito».

Prevalsa, dunque, la tesi di Servio, disposto ad ammettere persino l'esclusione del singolo socio dalla partecipazione alle perdite, si tratta di verificare le condizioni di validità di un simile accordo: i passi proposti, sul punto, utilizzano espressioni diverse che sono state variamente interpretate in dottrina. Nel passo ulpiano, in cui viene espressa l'opinione di Cassio e Sabino, il giurista utilizza l'inciso *'si tanti sit opera quantum damnum'*, facendo riferimento alla necessità di un'equivalenza tra il valore pecuniario dell'opera prestata e l'entità del *damnum*; la clausola di esclusione dalla partecipazione alle perdite pare, pertanto, subordinata alla condizione che il lavoro prestato dal socio d'opera, economicamente quantificato (*si tanti sit opera*), equivalga «alla diminuzione sofferta, a fine gestione, dal socio capitalista (*quanti damnum est*)»⁸².

⁸² Cfr. F. BONA, *Studi sulla società consensuale in diritto romano*, cit., p. 33, il quale sostiene che Servio ammettesse senza riserve l'esenzione del singolo socio dalla partecipazione ai *damni* e che Sabino e Cassio avrebbero recepito il suo insegnamento, limitandone però la portata, forse proprio per opporsi più efficacemente alla corrente opposta dei cosiddetti 'muciani', con l'introduzione del vincolo di equivalenza tra il valore dell'attività del socio d'opera e l'entità dei danni sociali. In quest'ottica, il successivo abbandono, da parte delle fonti, del rigorismo sabino-cassiano, avrebbe ripristinato l'originale pensiero serviano. Hanno sollevato dubbi sulla genuinità del passo, che sarebbe il frutto della tendenza postclassica alla continua ricerca di un equilibrio tra prestazioni corrispettive, già evidenziata con riguardo al frammento D.17,2,29pr., V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, cit., pp. 108 ss.; A. GUARNERI CITATI, *Conferimenti e quote sociali in diritto romano*, cit., pp. 185 ss.; A. POGGI, *Il contratto di società in diritto romano classico*, cit., pp.162 ss. Vedi anche M. TALAMANCA, *La 'societas'*, cit., p. 169: «Ciò che si deve però osservare al riguardo del passo, è che questa stretta corrispondenza,

Alla stretta subordinazione giuridica del passo ulpiano si affianca l'inciso delle Istituzioni di Gaio, per cui la *pactio* è valida *si modo opera eius tam pretiosa videatur, ut aequum sit eum cum hac patione in societatem admitti*; si tratta, anche in questo caso, di una formale condizione all'ammissibilità dell'accordo e non di una mera 'giustificazione economica' – com'è, invece, nel caso delle Istituzioni di Giustiniano, dove ricorre l'espressione *quia saepe-admitti* – che risulta, tuttavia, affrancata da quel vincolo di equivalenza pecuniaria tra il conferimento d'opera e le perdite di cui al frammento 29.1. Sarebbe, in quest'ottica, lecita l'esclusione, totale o parziale, del socio dalla partecipazione alle perdite tutte le volte in cui il suo apporto d'opera fosse tale da far risultare equa una simile soluzione.

Il «salto qualitativo»⁸³ tra i tre passi richiamati, nel segno di una contrapposizione tra 'condizione' e

che esso sembra porre, fra apporto del socio e vantaggi che egli deriva dal contratto, è indubbiamente nel solco di quel filone di pensiero postclassico che porta, fra l'altro, al riconoscimento, come si è ricordato, della *lesio aenormis*; d'altra parte, questa valutazione di corrispondenza è press'a poco impossibile che sia fatta dalle parti, le quali ancora ignorano (anzi confidano che ciò non accada) l'ammontare del danno eventuale».

⁸³ Si veda nuovamente F. BONA, *Studi sulla società consensuale in diritto romano*, cit., p. 33, il quale qui utilizza tale espressione per riferirsi, in realtà, alla sconessione tra lo stretto vincolo posto da Ulpiano e il prosieguo del passo stesso (*plerumque enim-subeat solus*), che suggerirebbe l'idea di una mera giustificazione economica della *pactio* più che di un rigido limite giuridico. Ha evidenziato la contraddizione logica interna al frammento anche A. GUARNERI CITATI, *Conferimenti e quote sociali in diritto romano*, cit., p. 186-187.

‘giustificazione’, pare evidente e di difficile soluzione⁸⁴. Il comune denominatore che li lega, tuttavia, è altrettanto evidente: sia nei passi delle Istituzioni di Gaio e di Giustiniano, sia nel frammento ulpiano, un’esonazione, totale o parziale, dalle perdite è riconnessa alla sussistenza di un conferimento d’opera del socio. Di qui l’opportuno rilievo, proposto da alcuni studiosi⁸⁵, che gli orientamenti

⁸⁴ Ha rilevato sostanziali differenze tra i passi di Ulpiano, Gaio e delle Istituzioni giustiniane anche F. HORAK, *Rationes decidendi*, cit., pp. 158 ss. Ha, invece, ridimensionato le divergenze, con particolare riferimento al passo delle Istituzioni di Giustiniano, G. SANTUCCI, *Il socio d’opera in diritto romano*, cit., p. 39, nt. 20: «Ma tale contrapposizione scolorisce se si volge l’attenzione al contenuto complessivo delle Istituzioni di Giustiniano, dove tutto l’andamento è permeato da uno stile maggiormente esplicativo e tendente ad una maggiore completezza rispetto al corrispondente gaiano. Così all’inizio della trattazione della *magna quaestio*, Gaio introduce solo i termini della discussione, mentre i commissari imperiali preferiscono procedere con una chiara esemplificazione circa le quote; più avanti si specifica, rispetto al passo di Gaio, una pretesa *melior condicio* del socio d’opera. Nel manuale giustiniano, infine, il termine *quia* ricorre anche per introdurre l’equazione capitale-lavoro, che in Gaio era data come pacifica senza alcun riferimento condizionale».

⁸⁵ Vedi F. BONA, *Studi sulla società consensuale in diritto romano*, cit., p. 26-27: «La ragione di fondo che sta alla base del contrasto di opinioni verosimilmente va ricercata nella diversa concezione dei due giuristi circa la valutazione dell’opera. Mentre Quinto Mucio doveva concepire la società questuaria alla stregua del modello rappresentato dal *consortium ercto non cito* (meglio diremmo, già, per il suo tempo, dalla *societas omnium bonorum*), in cui le forze di lavoro del socio non avevano una rilevanza autonoma rispetto al patrimonio che costituiva la base economica della *societas*, Servio può aver, viceversa, concepito il contributo in *opera* di un socio come equivalente al capitale versato dall’altro socio, come entità autonoma rispetto allo stesso capitale e suscettibile di una valutazione pecuniaria alla pari del capitale

contrapposti dei due protagonisti della *magna quaestio* riflettessero diverse concezioni del fenomeno societario: mentre l'opinione di Mucio avrebbe incarnato una visione più statica della *societas*, sul modello delle originarie società di gestione, in cui non assumeva particolare rilievo l'attività lavorativa del socio, Servio sarebbe stato portatore di una concezione più moderna e dinamica del fenomeno societario, tesa alla valorizzazione del conferimento d'opera – assai più frequente e rilevante nelle società di lucro – e alla sua parificazione al conferimento di capitale.

A prescindere, in ogni caso, da un'effettiva 'contabilizzazione' dell'attività lavorativa del socio – che peraltro alcuni studiosi tendono ad escludere⁸⁶ –, ossia

versato». G. SANTUCCI, *Il socio d'opera in diritto romano*, cit., p. 41-42: «Che la *sententia* serviana costituisca l'approdo ad una concezione maggiormente dinamica della *societas*, incline a cogliere le aperture della mutata realtà socio-economica, è giudizio che accomuna spesso – seppur con autorevoli eccezioni – quanti si sono occupati più o meno approfonditamente del problema, di fronte invece ad una posizione – quella di Quinto Mucio – ancora permeata da una visione statica del fenomeno societario, frutto di logiche maggiormente legate ad una visione tradizionale del rapporto di società». In questo senso vedi, in relazione al tema che ci occupa, A. GUARNERI CITATI, *Conferimenti e quote sociali in diritto romano*, cit., pp. 177 ss.; S. RICCOBONO, *Capacità manageriale e partecipazione agli utili nella 'societas' romana*, cit., pp. 224 ss.; A. SCHIAVONE, *Nascita della Giurisprudenza. Cultura aristocratica e pensiero giuridico nella Roma tardo-repubblicana*, Roma-Bari, 1977, pp. 142 ss.; ID., *Il caso e la natura. Un'indagine nel mondo di Servio*, in *Società romana e produzione schiavistica*, III, *Modelli etici, diritto e trasformazioni sociali*, Roma-Bari, 1981, pp. 69 ss.

⁸⁶ Esclude categoricamente tale possibilità M. TALAMANCA, *Società*, cit., p. 863, secondo il quale «nella società romana, in linea di principio, l'attivo od il passivo netto cui si applicavano le

dalla possibilità di dedurre, nella liquidazione finale, il valore delle *operae* prestate, la considerazione del conferimento d'opera al pari dell'apporto di capitale o in *res*, propria di una *societas* più evoluta, consentiva di esentare il socio lavoratore dalla partecipazione alle perdite senza il rischio di incorrere nel divieto di costituire una *societas donationis causa*, che si realizzava, secondo l'interpretazione che pare preferibile, quando un socio fosse ammesso alla partecipazione ai profitti senza che avesse conferito alcunché. La possibilità, dunque, che nell'ambito del *iudicium bonae fidei* il giudice potesse tenere conto dell'avvenuto contributo in opera del socio faceva sì che questi, in caso di bilancio passivo, non subisse alcuna perdita ulteriore rispetto all'aver infruttuosamente investito la propria *opera*, o fosse comunque chiamato a rispondere dei *damni* secondo una quota inferiore rispetto al socio capitalista⁸⁷.

partes lucri et damni erano determinati senza la deduzione dei conferimenti né in *res* né in *operae*».

⁸⁷ A tal proposito, rimane tuttavia il dubbio relativo ai criteri che il giudice applicasse in questi casi, ossia se egli dovesse subordinare, come già evidenziato, la validità del patto alla corrispondenza tra il valore dell'opera e le perdite subite (o se egli, comunque, dovesse valutare la preziosità dell'opera in relazione alla complessiva attività sociale), o se, invece, per l'esenzione dai *damna* fosse sufficiente la giustificazione economica della sussistenza di un conferimento d'opera. Ha rilevato Arangio-Ruiz, che ha optato per la soluzione meno rigorosa e per la scarsa genuinità del passo *ulplaneo* (D.17.2.29.1), che qualora si ritenesse operante il vincolo di subordinazione al valore o alla preziosità dell'opera, il giudice, chiamato ad applicare, in sede di liquidazione finale con bilancio passivo, tale criterio, molto difficilmente avrebbe valorizzato il contributo del socio d'opera alla luce del cattivo andamento dell'attività impresa, conclusasi con saldo negativo. Vedi V. ARANGIO-RUIZ, *La società*, cit., p. 108: «Ora notavamo già, a

Inoltre, la stretta connessione tra il dibattito sull'ammissibilità dell'esenzione dai *damna* e il conferimento d'opera va considerata anche alla luce del fatto che il socio capitalista non poteva, in linea di massima, mai essere escluso dalle perdite, poiché, in caso di bilancio passivo finale in fase di liquidazione della società, egli senz'altro era destinato a perdere, parzialmente o totalmente, quantomeno il capitale che aveva inizialmente conferito (con la possibilità, in caso di andamento disastroso dell'impresa, di vedersi esposto oltre tal capitale). Al contrario, il socio che aveva conferito la propria attività lavorativa era ammesso, in caso di saldo attivo, alla divisione dei lucri, quale 'corrispettivo' del proprio lavoro, mentre in caso di bilancio negativo, egli poteva essere escluso dalla sopportazione delle perdite – o poteva, in ogni caso, come detto, essere chiamato a garantire per una quota minore – in quanto egli sopportava il 'danno' di aver prestato il propria opera, suscettibile di valutazione economica, inutilmente.

proposito di quest'ultimo testo, la difficoltà in cui verrebbe a trovarsi il giudice se a cose fatte, cioè a perdita avvenuta (ché altrimenti la questione non gli si porrebbe), dovesse stabilire se la collaborazione del socio esente da perdite era in partenza tanto preziosa da giustificare il privilegio. Tanto varrebbe dire che l'esenzione dalle perdite risulta giustificata soltanto ... quando non ce ne sono!».

LA RESPONSABILITÀ PER INADEMPIMENTO DEL SOCIO IN EPOCA CLASSICA

1. Considerazioni introduttive

Proseguendo nella trattazione della questione concernente i rapporti interni tra i soci nella *societas* consensuale, si rende ora necessario indagare la problematica della responsabilità contrattuale del socio per inadempimento, con particolare riguardo per i criteri di imputazione della stessa⁸⁸.

Preliminarmente, occorre precisare che quando si parla di inadempimento contrattuale del socio, si intende la responsabilità per mancata o cattiva esecuzione delle obbligazioni di *dare* o di *facere* cui egli era tenuto; tema

⁸⁸ Come noto, le norme che regolavano la responsabilità contrattuale non erano norme cogenti e, pertanto, le parti del contratto societario avevano la possibilità di restringere ed allargare il limite della loro responsabilità pattiziamente (salvo, naturalmente, il divieto di *pactum ne dolus praestetur*). Premesso ciò, oggetto di analisi nel presente capitolo non è l'ipotesi di regolazione pattizia della responsabilità, ma, al contrario, l'individuazione dei criteri di responsabilità del socio per inadempimento in assenza di specifiche pattuizioni sul punto.

che troviamo trattato sia nelle fonti romane, sia nella dottrina romanistica, soprattutto con riferimento ai criteri di imputazione dell'inadempimento⁸⁹. Tali criteri si

⁸⁹ I criteri di imputazione della responsabilità, in Roma antica, conobbero una notevole variabilità, da epoca ad epoca, per il fatto che il problema della cosiddetta responsabilità per inadempimento mai venne considerato da un punto di vista unitario. Ciononostante apparve ben presto chiaro che, in caso di inadempimento per *factum debitoris*, fosse necessario imputare suddetta responsabilità solo nel caso in cui il comportamento fosse o direttamente ed intenzionalmente volto all'inadempimento, o dipendesse dalla mancata diligenza che il soggetto avrebbe dovuto tenere al fine di onorare l'impegno preso, diligenza valutata, in linea generale, secondo il ben noto criterio del buon *paterfamilias*. In questa seconda fattispecie, dunque, il debitore avrebbe dovuto rispondere per *culpa*; la distinzione tra quest'ultima ed il *dolus*, nel diritto classico, salve alcune eccezioni, quali quelle previste per il *mandatarius*, il *tutor* ed il *negotiorum gestor*, si fondava essenzialmente sul principio della *utilitas contrahendi*: se, infatti, l'*obligatio* era sorta nell'interesse (o anche nell'interesse) del *debitor*, quest'ultimo avrebbe risposto anche per *culpa*, come possiamo evincere da D. 13.6.5.2 e D. 50.17.23. Nelle *obligationes* tutelate da *iudicia bonae fidei* vi fu tuttavia, come detto, una tendenza, da parte della giurisprudenza, a limitare la responsabilità del debitore entro i limiti del *dolus praesens*. Il criterio della *culpa* conobbe, ad ogni modo, una evoluzione, tale per cui si era ormai già consolidato in età giustiniana un orientamento, in realtà più risalente, secondo il quale sarebbe stato possibile operare una tripartizione tra i diversi gradi di colpa, quale criterio di imputazione della responsabilità. Essa si sarebbe infatti articolata in una *culpa levis*, consistente, per l'appunto, nella mancanza della *diligentia boni patris familias*; una *culpa lata*, la quale, invece, si sostanziava nella mancanza di un livello minimo di diligenza, ai fini dell'adempimento (ovverosia, in una *magna negligentia*); una *culpa levissima*, sussistente allorquando non si fosse prestata la *diligentia diligentissimi patris familias*, e cioè una diligenza particolarmente elevata. Col tempo andò sviluppandosi anche il

distinguono essenzialmente in dolo e colpa; ad essi deve inoltre aggiungersi l'ipotesi dell'assunzione pattizia da parte del socio della responsabilità per custodia⁹⁰.

Con riferimento a tale aspetto della problematica e con particolare riguardo alle soluzioni individuate

concetto di *culpa in concreto*, che si sostanziava nella mancata applicazione di quella diligenza che il soggetto era solito prestare nella gestione delle sue cose ed attività (la *diligentia quam in suis*). Quest'ultima ipotesi, insieme a quella della *culpa levissima*, andò ad assorbire quasi completamente le ipotesi classiche di responsabilità obiettiva. Sul tema si vedano A. DE MEDIO, *Studi sulla 'culpa lata' in diritto romano*, in *BIDR*, XVII, 1905, pp. 5 ss., nonché in *BIDR*, XVIII, 1906, pp. 260 ss.; O. LENEL, *'Culpa lata' und 'culpa levis'*, in *ZSS*, XXXVIII, 1917, pp. 263 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *La responsabilità contrattuale in diritto romano*, cit., pp. 272 ss.; M. TALAMANCA, *Colpa civile*, cit., pp. 519 ss.; D. NÖRR, *Die Fahrlässigkeit im byzantinischen Vertragsrecht*, München, 1960; F.M. de ROBERTIS, *La disciplina della responsabilità contrattuale nel sistema della compilazione giustiniana*, cit.; C.A. CANNATA, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, Milano, 1966; H.-J. HOFFMANN, *Die Abstufung der Fahrlässigkeit in der Rechtsgeschichte, unter besonderer Berücksichtigung der 'culpa levissima'*, Berlin, 1968; G. MACCORMACK, *'Custodia' and 'culpa'*, in *ZSS*, LXXXIX, 1972, pp. 149 ss.; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., pp. 867 ss.; più di recente, sebbene il contributo non si occupi esplicitamente di questo tema, si veda anche M.J. BRAVO BOSCH, *El elemento subjetivo en el 'edicto de convicio'*, in *BIDR*, CIII-CIV, 2000-2001, pp. 472 ss.

⁹⁰ Cfr., in questo senso, D 17.2.52.3 (Ulp. 31 ad ed.): *ideoque si pecus aestimatum datum sit et id latrocinio aut incendio perierit, commune damnum est, si nihil dolo aut culpa acciderit eius, qui aestimatum pecus acceperit: quod si a furibus subreptum sit, proprium eius detrimentum est, quia custodiam praestare debuit qui aestimatum accepit. Haec vera sunt, et pro socio erit actio, si modo societatis contrahendae causa pascenda data sunt quamvis aestimata.*

nell'ambito del diritto classico – che, come noto, è «lontano da quella uniformità di regolamentazione che prevale in diritto moderno (e che è in buona parte il portato della dottrina postclassico-giustiniana)»⁹¹ – si è protratta nei secoli scorsi sino a giungere ai giorni nostri una «*gran tension doctrinal*»⁹², che ha dato origine essenzialmente a due orientamenti contrapposti. Una parte della dottrina, infatti, sostiene che i soci della *societas* consensuale fossero responsabili per l'inadempimento degli obblighi derivanti dal contratto di società solamente in caso di dolo. Altri, invece, sostengono che essi rispondessero del loro inadempimento anche per colpa. Effettivamente, lo stesso Digesto, il quale rappresenta senza dubbio alcuno la «sede privilegiata delle ricerche in materia»⁹³, offre ampi spunti in merito ed argomenti sufficienti a rendere plausibili entrambe le teorie; da un lato infatti troviamo un rilevante numero di fonti che limitano la responsabilità del socio al solo *dolus* ma, allo stesso tempo, rinveniamo altrettante fonti che estendono tale responsabilità anche alla *culpa*. In particolare, quest'ultima, viene talvolta interpretata come violazione della cosiddetta *diligentia quam in suis*.

Tali ricerche di un principio direttivo generale in tema di responsabilità nel contratto di società non di rado hanno rappresentato un momento fondamentale nell'ambito del «percorso più ampio volto ad inseguire le

⁹¹ V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, cit., p. 188. In tema di responsabilità contrattuale, con specifico riferimento all'obbligazione di *facere*, cfr. C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano. Materiale per un corso di diritto romano*, Catania, 1996; ID., *Una casistica della colpa contrattuale*, in *SDHI*, 58, 1992, pp. 413 ss.

⁹² L. H. LERA, *El contrato de sociedad. La casuística jurisprudencial clásica*, cit., p. 58.

⁹³ G. SANTUCCI, *Il socio d'opera in diritto romano*, cit., p. 194.

linee di sviluppo dell'intero sistema della responsabilità contrattuale o di vasti settori di essa»⁹⁴. Ciò premesso, le riflessioni sul punto si sono poi estese ulteriormente rispetto alla mera individuazione del criterio di imputazione soggettiva operante in epoca classica, sino a giungere ad interrogarsi circa la classicità dello stesso dibattito, ovvero se il tema della misura della responsabilità nel contratto di società fosse effettivamente controverso tra i giureconsulti dell'epoca classica o se, al contrario, rappresenti il frutto di riflessioni successive, di epoca postclassica o giustiniana, come alcuni autori, che si avrà modo di approfondire nelle pagine che seguono, hanno sostenuto.

È opportuno precisare che la ricerca di risposte univoche sul tema in trattazione è certamente resa assai ardua dalla ricchezza e dalla varietà delle fonti reperibili e ancor più «dell'estrema varietà di figure che possono entrare nello schema societario». Inoltre, è evidente che la varietà e la complessità delle situazioni che nell'ambito della *societas* potevano determinare la responsabilità del socio rendono plausibile pensare «che le soluzioni adottate non siano state unitarie»⁹⁵.

Dalle considerazioni sin qui svolte pare evidente che la ricerca su questo tema non può prescindere da un'accurata indagine delle diverse teorie dottrinali elaborate nel tempo, a partire dall'opinione tradizionalmente dominante che ha goduto, specialmente in età più risalente, del più ampio credito in letteratura⁹⁶: la

⁹⁴ G. SANTUCCI, *Il socio d'opera in diritto romano*, cit., p. 194.

⁹⁵ M. TALAMANCA, *Società: diritto romano*, cit., p. 855.

⁹⁶ Nell'ambito di tale orientamento dottrinale, spiccano (pur con posizioni talvolta difformi, che non di rado valorizzano un concetto di dolo molto più elastico e duttile rispetto a quello concepito dal diritto postclassico e giustiniano, nonché dalle categorie moderne,

teoria dell'*infamia*. Tale teoria, in linea di principio, limita la responsabilità del socio in epoca classica al solo dolo ritenendo che tale conclusione fosse la conseguenza della perfetta contrapposizione tra *fides bona* e *dolus malus*, nonché l'unica possibile alla luce del carattere infamante della *actio pro socio*⁹⁷. A tal riguardo, come già accennato nell'introduzione, il descritto orientamento dottrinale afferma che la previsione di una sanzione grave come l'*ignominia* per un inadempimento contrattuale potesse trovare giustificazione solo ove si ritenesse rilevante un criterio di responsabilità limitato quale il dolo. In caso contrario, infatti, anche condotte connotate semplicemente da negligenza o imprudenza avrebbero comportato effetti sul responsabile così gravi da essere percepiti unanimemente come ingiusti ed abnormi.

Accanto a tale affermato e tradizionale orientamento troviamo l'opposta opinione – supportata da autorevoli voci anche in passato, ma che pare aver trovato più ampi

facendovi rientrare non solo i casi di deliberata intenzione di non adempiere – come imporrebbe una concezione di dolo rigidamente inteso – ma anche tutti quei casi in cui l'inadempimento delle obbligazioni assunte si presenta come assolutamente inescusabile, andando così a ricomprendere comportamenti che in fase successiva sarebbero stati ricondotti al concetto di *culpa lata*) L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I, Leipzig, 1908; G. ROTONDI, *La misura della responsabilità nell'actio fiduciae*, 1912; E. DEL CHIARO, *Le contrat de société*, cit., pp. 182 ss.; F. WIEACKER, *Haftungsformen des römischen Gesellschaftsrecht*, cit.; ID., *Recensione a A. Guarino, «Societas consensu contracta»*, cit.; V. ARANGIO RUIZ, *La società in diritto romano*, cit.; ID. *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, cit.

⁹⁷ Cfr. Gai 4.182: *quibusdam iudiciis damnati ignominiosi fiunt, veluti furti, vi honorum raptorum, iniuriarum: item pro socio, fiduciae, tutelae, depositi.*

consensi in tempi recenti – che afferma la genuinità dei numerosi riferimenti alla *culpa* presenti nelle fonti e valorizza (anche in questo caso con argomenti e conclusioni assai differenziate tra i diversi autori) una concezione più dinamica ed elastica della buona fede. Sarebbe proprio tale concetto di buona fede, in virtù della sua attitudine ad investire il giudice di ampi poteri discrezionali permettendogli di vagliare diversamente i vari tipi di assetto societario scelti dalle parti contraenti, che avrebbe permesso ai giuristi classici di elaborare, caso per caso, diverse misure della responsabilità dei soci, senza circoscrivere la stessa al ristretto ambito del solo criterio di dolo⁹⁸.

2. La teoria che limita al dolo la responsabilità del socio

L'autorevole dottrina che tradizionalmente restringe il regime di responsabilità dei soci al solo criterio di imputazione del dolo⁹⁹ prende le mosse, come già

⁹⁸ Cfr. G. MACCORMACK, *Dolus, culpa, custodia and diligentia. Criteria of liability or content of obligation*, cit.; L. H. LERA, *El contrato de sociedad. La casuística jurisprudencial clásica*, cit., pp. 58 ss.; G. SANTUCCI, *Il socio d'opera in diritto romano*, cit., pp. 263 ss.

⁹⁹ Si sono espressi in questo senso anche P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1907, pp. 438 ss.; G.I. LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale I: la responsabilità per custodia*, Milano, 1938; F. SCHWIND, *Römisches Recht, Geschichte*,

anticipato nelle pagine precedenti, nell'affermazione del cosiddetto principio dell'*infamia*¹⁰⁰, che, facendo leva sul carattere infamante dell'*actio pro socio* quale azione rientrante nell'ambito degli *iudicia bonae fidei*¹⁰¹, nonché

Rechtsgang, System des Privatsrechts, Wien, 1950; M. HORVAT, *Osservazioni sulla bona fides nel diritto romano obbligatorio*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*, Napoli, 1953, pp. 423 ss.; L. LOMBARDI, *Dalla fides alla bona fides*, Milano, 1961; L. FASCIONE, *Cenni bibliografici sulla bona fides*, in AA.VV., *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975, pp. 51 ss.

¹⁰⁰ Altrimenti detto “principio della *fides*” da V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, cit., p. 189.

¹⁰¹ La natura di *iudicium bonae fidei dell'actio pro socio* emerge anche da una orazione di Cicerone, *pro Roscio comoedo*, la quale risale all'incirca al 76 a.C.; come si può evincere dalla lettura del testo, ed in particolar modo al passo 5.15, l'intento dell'Arpinate non consisteva semplicemente nel dimostrare che il proprio assistito, l'attore, all'epoca assai famoso, Quinto Roscio Gallo, fosse dalla parte della ragione sotto il profilo strettamente giuridico, come di fatto era risultato emergere durante il processo, bensì, soprattutto, nel tutelare appieno la stima sociale della quale egli aveva sino ad allora goduto. Dell'intera vicenda, che qui non interessa riportare, basti ricordare che egli aveva concluso con Fannio Cherea un contratto di *societas unius negotiationis*, avente ad oggetto uno schiavo, Panurgo, il quale era stato successivamente ucciso. Dopo che Roscio ebbe effettuato una transazione con l'uccisore dello schiavo, Cherea, pretendendo che tale transazione avesse interessato l'intera società, decise di rivolgersi ad un *arbiter*, in un primo momento, e, alcuni anni dopo, non ancora soddisfatto, di intentare contro l'attore una *condictio certae creditae pecuniae*. Come veniva fatto notare da Cicerone nel testo, egli non volle fare ricorso all'*actio pro socio*, la quale, per la sua natura di azione di buona fede, avrebbe permesso al giudice di valutare tutti gli atti e le vicende intercorse tra i due, ed avente, come è noto, carattere infamante, ma si limitò ad esercitare una *condictio*. Nell'enfasi retorica di cui al passaggio in precedenza

richiamato, *pro Roscio com.* 5.15, l'Arpinate effettua un richiamo, onde dimostrare l'innocenza del proprio assistito, a tutti i possibili giudizi esperibili all'epoca in Roma, secondo la nota, quanto discussa in dottrina, tripartizione *iudicia legitima*, *arbitria honoraria*, *officia domestica*. Sebbene l'interpretazione di questo passaggio abbia destato non pochi dibattiti in seno agli studiosi, nel corso degli anni, pare doversi accogliere l'interpretazione che vede, nell'argomentare di Cicerone, un modo di procedere secondo il quale, partendo dal riferimento all'*actio pro socio* ed alla *condictio* adoperata per la *pecunia certa*, sarebbe poi giunto ad una generalizzazione, volta a prendere in considerazione, come detto, tutte le procedure astrattamente esperibili in Roma, onde dimostrare infine che il proprio cliente non poteva essere in alcun modo accusato di una condotta scorretta, giuridicamente, e non solo. Per citare le parole di Talamanca, Cicerone, partendo dall'*actio certae creditae pecuniae*, sarebbe poi giunto ai *iudicia legitima*, dal richiamo all'*actio pro socio* sarebbe arrivato a parlare poi di tutti gli *arbitria honoraria*, ed infine avrebbe fatto riferimento al «concreto arbitrato per pervenire a tutti gli *officia domestica*». Sull'orazione dell'Arpinate si vedano G.F. PUCHTA, *Über der Rede pro Q. Roscio Comoedo zu Grunde liegende Rechtsfall*, in A.F. Rudorff (a c. di), *Kleine Zivilistische Schriften*, Leipzig, 1851 (rist. anastatica 1970), p. 276; M.A. BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Zivilprozeß, II. Formulae*, Bonn, 1865, p. 807; A.H.J. GREENIDGE, *The Legal Procedure of Cicero's Time*, London, 1901 (rist. anastatica 1971), p. 542; H.H. PFLÜGER, *Ciceros Rede pro Q. Roscio Comoedo*, Leipzig, 1904; E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, Bologna, 1917; M. KASER, *Die 'lex Aebutia'*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, I, Milano, 1953, pp. 33 ss.; F. BONIFACIO, *'Iudicium legitimum' e 'iudicio imperio continens'*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*, Napoli, 1953, pp. 220 ss.; G. BROGGINI, *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Graz-Köln, 1957, pp. 199 ss.; L. LOMBARDI, *Dalla 'fides' alla 'bona fides'*, cit.; V. ARANGIO-RUIZ (a c. di), *Marco Tullio Cicerone. L'orazione per l'attore comico Quinto Roscio*, in *Tutte le opere di Cicerone*, I, Milano, 1964, pp. 316 ss.; G. PUGLIESE, *Cicerone tra diritto e retorica*, in

Scritti in onore di A.C. Jemolo, IV, Milano, 1963, pp. 563 ss.; F. WIEACKER, *Cicero als Advokat*, Berlin, 1965, p. 9; G. GROSSO, *Spunti e riflessioni su Cic., pro Q. Roscio com. 5, 15, sui 'iudicia legitima' da Cicerone a Gaio, e sull'origine dei bonae fidei iudicia*, in *Studi in onore di A. Segni*, Milano, 1967, pp. 483-496, ora in ID., *Scritti storico giuridici*, III, Torino, 2001, pp. 725-736; M. BALZARINI, *Considerazioni in tema di 'iudicia legitima'*, in *Studi in onore di E. Volterra*, III, Milano, 1971, pp. 454 ss.; C. GIOFFREDI, *'Iudicium legitimum'*, in *Nuovi studi di diritto greco e romano*, Roma, 1980, pp. 198-199; F. CANCELLI, *'Iudicia legitima', 'arbitra honoraria' e 'advocatio' di pro Quinto Roscio Comoedo 5,15 nel sistema lessicale-giuridico di Cicerone*, in *Atti del convegno: la giustizia tra i popoli nell'opera e nel pensiero di Cicerone*, Roma, 1993, pp. 147 ss., F. GALLO, *'Synallagma' e 'conventio' nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di diritto romano*, I, Torino, 1992, p. 67 e nt. 109; C.A. CANNATA, *Der Vertrag als zivilrechtlicher Obligierungsgrund in der römischen Jurisprudenz der klassischen Zeit*, in *Collatio iuris romani: études dédiées à Hans Ankum*, I, Amsterdam, 1995, p. 59; ID., *Qualche considerazione sui 'nomina transcripticia'*, in *Studi per G. Nicosia*, Milano, 2007, pp. 182 ss.; V. MAROTTA, *Tutela dello scambio e commerci mediterranei in età arcaica e repubblicana*, in *Ostraka. Rivista di antichità*, V, 1996, pp. 114-116; M. TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo del processo privato*, in F. Milazzo (a c. di), *Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale*, Atti del convegno di Copanello (1996), Napoli, 1999, pp. 94 ss. e 186; B. BISCOTTI, *Dal 'pascere' ai 'pacta conventa'. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'editto giuliano*, Milano, 2002, pp. 254 ss.; F. BERTOLDI, *La 'lex Iulia iudiciorum privatorum'*, Torino, 2003, pp. 86 ss. Sulla vicenda umana di Quinto Roscio Gallo, attore famoso e liberto al contempo, cfr. F. DUPONT, *Teatro e società a Roma*, Roma-Bari, 1991, pp. 97 ss. Le parole di Talamanca sono tratte da M. TALAMANCA, *op. cit.*, p. 96. Sul problema, infine, della lettura di questo testo in relazione alla questione dell'evoluzione dei *iudicia legitima*, si rinvia a T. BEGGIO, *'Per legem Aebutiam et duas Iulias sublatae sunt istae legis actiones'*:

sulla perfetta antitesi tra *fides bona* e *dolus* (o *fraus*), affermano che solo un illecito grave quale l'inadempimento doloso potesse giustificare una sanzione dal notevole portata afflittiva qual è l'*infamia* (o *ignominia*), mentre, al contrario, sarebbe stato del tutto iniquo colpire in siffatta maniera un inadempimento meno grave quale quello determinato dalla *culpa*.

In questa prospettiva, tali autori affermano che l'inadempimento contrattuale in epoca più antica assumesse un carattere che permette di avvicinarlo ai fatti illeciti¹⁰², «fra i quali appunto il dolo rientra, per altri suoi aspetti, nell'ordinamento romano»¹⁰³. Più in generale, tale orientamento trae spunto da una concezione del diritto romano classico molto lontana dal principio di derivazione giustiniana secondo il quale, ad eccezione di qualche particolare caso in cui la responsabilità soffriva limiti od estensioni particolari, ogni debitore da contratto fosse responsabile verso la controparte quando il mancato o imperfetto inadempimento dipendesse o da dolo o da colpa. Al contrario, il diritto romano classico operava, nella maggior parte dei casi, con il solo concetto di dolo; ciò avveniva, per le ragioni sopra esposte, specialmente in relazione ai contratti che trovano la loro tutela, così come

alcune considerazioni sull'evoluzione dei 'iudicia legitima' a partire dalla 'lex Aebutia', in corso di pubblicazione in L. Garofalo (a c. di), Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese, III, Padova, 2014, pp. 65 ss., ove ulteriore bibliografia.

¹⁰² Cfr. Gai. 4.182: *Plurimum enim interest utrum ex delicto aliquis an ex contractu debitor sit*. Cfr. sul punto anche E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano, 1955.

¹⁰³ V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, cit., p. 189.

anche la *societas* consensuale, nell'ambito degli *iudicia bonae fidei*.

La rigidità di tale schema, tuttavia, nonché le verosimili esigenze di tutela che potevano emergere in caso di forme di inadempimento non ascrivibili al dolo, veniva in parte attenuata, come detto, dalla diversa e più dinamica concezione del concetto di dolo che questa dottrina ha adottato, rilevando, in particolare, come «la praticabilità di un criterio di responsabilità così ristretto era peraltro facilitata da ciò che il dolo non s'intendeva (come più tardi, in concorso con altri criteri, fu inteso) come coincidente con la prava e decisa volontà di non adempiere, ma bensì più largamente, in modo da comprendere anche la omissione inescusabile (c.d. negligenza dolosa)»¹⁰⁴.

Rispondeva pertanto per dolo non solo il socio che volontariamente si fosse sottratto agli obblighi assunti con il contratto di società, ma anche colui che si fosse reso responsabile di un inadempimento talmente grossolano da essere equiparato al dolo.

Il principio direttivo così esposto sarebbe venuto meno, in questa prospettiva, solo in epoca postclassica, quando si sarebbe diffuso il concetto della *culpa*, che, enucleato dalla giurisprudenza a partire dalla *lex Aquilia*, sarebbe stato utilizzato per ricomprendervi ogni forma di inadempimento derivante da negligenza o imperizia, in contrapposizione al dolo inteso restrittivamente come chiara volontà di non adempiere (laddove la prestazione fosse ancora possibile) o, in ogni caso, di causare, con volontà dell'evento, l'impossibilità sopravvenuta delle prestazione dovuta. Per estendere tale nuovo criterio al

¹⁰⁴ V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, cit., p. 189; cfr. anche ID., *Il mandato in diritto romano*, Napoli, 1949.

maggior numero di contratti, i giuristi avrebbero quindi enucleato il principio (di cui si dirà ampiamente in seguito) dell'*utilitas contrahentium*, in contrapposizione all'antico principio dell'*infamia*, in virtù del quale, come è noto, i criteri di imputabilità del debitore venivano articolati in relazione al vantaggio che egli traeva dal contratto: e così nei contratti nei quali il vantaggio era tutto per il creditore, il debitore avrebbe risposto solo per dolo, mentre si sarebbe conseguentemente affermato il principio della responsabilità anche per colpa come criterio ordinario in tutti i contratti commutativi a titolo oneroso¹⁰⁵.

¹⁰⁵ La dottrina giustiniana avrebbe poi temperato, come meglio si dirà in seguito, tale principio, pur accettando la larga applicazione della colpa propria della dottrina postclassica, dando vita al criterio della *diligentia quam in suis* (o *culpa in concreto*), in ossequio al quale, in tema di società (nonché in altri casi in cui entra in gioco l'idea della fiducia che le parti devono nutrire l'una verso l'altra), il debitore rispondeva soltanto nei limiti in cui non avesse rispettato il grado di diligenza che era solito adoperare nei propri affari. In tema di *diligentia quam in suis*, si veda, in riferimento alla terminologia impiegata nelle fonti, E. SECKEL, *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*, XI, Graz, 1971, p. 148; più in generale, inoltre, L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, cit., pp. 323 ss. e *praecipue* 331-333; W. KUNKEL, *Diligentia*, in *ZSS*, XLV, 1925, pp. 266-351; A. EHRHARDT, *Diligentia quam suis*, in *Mélanges Pappoulias*, Athen, 1934, pp. 101-141; J.H. WOLFF, *Zur Geschichte der 'diligentia quam suis'*, in *Iura*, 6, 1955, pp. 152-155; F.M. DE ROBERTIS, *'Culpa et Diligentia' nella compilazione giustiniana*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, II, *Storia del diritto e diritto romano*, Milano, 1962, pp. 347-362; ID., *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione*, cit., pp. 304 ss.; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, II, München, 1975, pp. 354-355; H. HAUSMANINGER, *Diligentia quam in suis*, in D. Medicus-H.H. Seiler (a c. di), *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*,

Fermo tale inquadramento di carattere dottrinale, pare opportuno ora procedere con l'esegesi dei passi

München, 1976, pp. 265-284; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, VI, Napoli, 1981, pp. 868-869 e nt. 99.5.3 in particolare; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 385-386; M. TALAMANCA, *Società: diritto romano*, cit.; ID., *Istituzioni di Diritto romano*, Milano, 1990, pp. 665 ss.; P. VOICI, 'Diligentia', 'custodia', 'culpa': i dati fondamentali, in *SDHI*, LVI, 1990, pp. 29-143 (ora in *Ultimi studi di diritto romano*, a c. di R. Astolfi, Napoli, 2007, pp. 71 ss.); F. MERCOGLIANO, 'Diligentia quam in suis' per i giuristi romani classici, in *Index*, 19, 1991, pp. 377-404 (ora in 'Fundamenta', Napoli, 2007, pp. 115 ss.); G. MACCORMACK, 'Dolus', 'Culpa', 'Custodia' and 'Diligentia'. *Criteria of Liability or Content of Obligation*, cit., pp. 189 ss.; C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, cit., pp. 53 ss.; F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Sistema contractual romano*, II, Madrid, 2004, pp. 129 ss.; L. MAGANZANI, *La 'diligentia quam suis' del depositario dal diritto romano alle codificazioni nazionali*, Milano, 2006, su cui vd. recensione di A. BURDESE, in *SDHI*, LXXIV, 2008, pp. 815-821 (ora in A. BURDESE, *Recensioni e commenti. Sessant'anni di letture romanistiche*, Padova, 2010, pp. 634-642) e di C. MÖLLER, in *ZSS*, CXXV, 2008, pp. 814-826; G. SANTUCCI, *Il socio d'opera in diritto romano*, cit.; ID., *La 'diligentia quam in suis' come criterio di responsabilità del fiduciario*, in L. PEPPE (a c. di), 'Fides', 'fiducia', 'fidelitas'. *Studi si storia del diritto e di semantica storica*, Padova, 2008. In merito al problema interpolazionistico, con riferimento alle fonti nelle quali compare il richiamo alla *diligentia quam in suis*, si vedano G. PUGLIESE-F. SITZIA-L. VACCA, *Istituzioni di diritto romano*, III, Torino, 1991, p. 919; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, IV, Torino, 1993, p. 259 e nt. 29, p. 287 e nt. 35, pp. 473 ss. e nt. 18; A. GUARINO, *Diritto privato romano*, cit., pp. 1018 ss.; U. VINCENTI, in A. Schiavone (a c. di), *Diritto privato romano. Un profilo storico*, Torino, 2003, p. 450; P. VOICI, *Istituzioni di diritto romano*, VI, Milano, 2003, pp. 381 ss.; A.D. MANFREDINI, *Istituzioni di diritto romano*, III, Torino, 2003, p. 395.

fondamentali che hanno dato sostegno e fondamento a tale autorevole orientamento.

3. I passi addotti a conforto della c.d. teoria dell'*infamia*

Gli autori sopra richiamati, che hanno sostenuto la teoria dell'*infamia* relegando nell'ambito delle innovazioni postclassiche il principio dell'*utilitas contrahentium* e la conseguente responsabilità contrattuale per colpa, sono pervenuti a tale netta conclusione, oltrech  sulla base della pretesa interpolazione di tutti i numerosi riferimenti alla *culpa* presenti nelle fonti (di cui si dir  nelle pagine che seguono), anche e soprattutto alla luce di alcuni frammenti del Digesto ed in particolare di due frammenti del giurista Paolo¹⁰⁶, dai quali parrebbe emergere che i soci in epoca

¹⁰⁶ Oltre ai due celebri frammenti del giurista Paolo, la limitazione della responsabilit  del socio al solo criterio del dolo viene sostenuta anche alla luce del passo D. 17.2.59.1 (Pomp. 12 *ad Sab.*): *quod in alea et adulterio perdiderit socius, ex medio non est laturus, si qui vero dolo nostro socio damni ceperit, a nobis repetet*. In tale frammento si nega al socio la possibilit  di imputare alla societ  le perdite subite *in alea aut adulterio*, tipologie di comportamenti che evidentemente presupponevano sempre un profilo di dolo dell'agente; a tale principio fa seguito la necessit  che lo stesso socio debba essere risarcito per altre perdite da lui subite per dolo dei consoci. Per uno specifico studio sul frammento in esame cfr. F. STURM, *Gesellschafterausgaben für Weib und W rfel*, in *Iura*, 30, 1979, pp. 78 ss. Contesta l'erroneit  delle conclusioni adottate dallo Sturm M. TALAMANCA, *Societ *, cit., p. 855, nt. 443. Sul gioco d'azzardo nell'esperienza giuridica

classica rispondessero solamente in ipotesi di inadempimento doloso¹⁰⁷.

In primo luogo, si segnala un passo del giurista riguardante il concorso di azioni tra l'*actio pro socio*¹⁰⁸ e l'azione per ottenere l'*editio rationum*, che suggerisce tale soluzione:

D. 2.13.9pr. (Paul. 3 *ad ed.*), seconda parte: *et cum dolo malo socius negotia gessit, praetor per hanc clausulam non intervenit: est enim pro socio actio.*

Nel frammento sopra riportato, il giurista, riferendosi all'editto sull'obbligo per gli *argentarii* di *rationes*

romana, cfr. M. KURYLOWICZ, *Die Glückespiele und das römische Recht*, in *Studi in Onore di C. Sanfilippo*, IV, Milano, 1983 e E. NARDI, *Monobolo & C.*, 1988, ora in *Scritti Minori*, I, Bologna, 1991.

¹⁰⁷ Per una completa analisi dei frammenti addotti a conforto della teoria dell'infamia cfr. L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht*, cit., pp. 330 ss.; G. ROTONDI, *La misura della responsabilità*, cit., pp. 141 ss.; A. POGGI, *Il contratto di società*, cit., pp. 107 ss.; C. ARNÒ, *Il contratto di società*, cit., pp. 264 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, cit., pp. 190 ss.; ID., *La responsabilità contrattuale*, cit., pp. 38 ss.; F. SCHWIND, *Römisches Recht*, cit., pp. 323 ss.; G. SANTUCCI, *Il socio d'opera in diritto romano*, cit., pp. 205 ss.; M. TALAMANCA, *La 'Societas'*, cit., pp. 188 ss.; ID., *Società*, cit., pp. 855 ss.

¹⁰⁸ Sul frammento in esame vedi, in particolare, O. LENEL, *Edictum Perpetuum*, III, 1927, pp. 62 ss.; A.M. GIOMBARO, *Actio in factum adversus argentarios*, in *Studi Urbinati*, 55, 1976-1977, pp. 58 ss. e A. BÜRGHE, *Zum Edikt de edendo. Ein Beitrag zur Struktur des römischen Zivilprozesses*, in *ZSS*, 112, 1995, pp. 1 ss.

*edere*¹⁰⁹, escludeva l'applicabilità da parte del pretore dell'editto al caso in cui un socio avesse amministrato *cum dolo malo* gli affari sociali; ciò perché, in tale eventualità, la tutela era già garantita dall'*actio pro socio*. Conseguentemente, il socio non doveva ritenersi direttamente vincolato dalla clausola edittale in questione, giacché tutelato dal concorrente *iudicium bonae fidei* previsto in tema di contratto di società.

Ai fini della presente ricerca, tale passo assume evidentemente rilevanza laddove il giurista Paolo, nel riferirsi alla responsabilità del *socius*, non allude ad altro criterio di imputazione che al dolo; circostanza che ha portato i sostenitori della teoria dell'*infamia* a dedurre, come logica conseguenza, che i *socii* rispondessero esclusivamente secondo detto criterio.

Un altro passo dello stesso giurista Paolo sembra poi confermare ulteriormente tale assunto:

D. 10.2.25.16 (Paul. 23 *ad ed.*): *Non tantum dolum, sed et culpam in re hereditaria praestare debet coheres, quoniam cum coherede non contrahimus, sed incidimus in eum: non tamen diligentiam praestare debet, qualem diligens pater familias, quoniam hic propter suam partem causam habuit gerendi et ideo negotiorum gestorum ei actio non competit: talem igitur diligentiam praestare debet, qualem in suis rebus. Eadem sunt, si duo bus*

¹⁰⁹ In particolare, in forza di tale editto gli *argentarii* e, comunque, tutti coloro che esercitavano pubblico commercio per il prestito e per il cambio del denaro erano tenuti ad esibire i propri libri di commercio a chi ne facesse richiesta. Cfr. C. ARNÒ, *Il contratto di società*, cit., pp. 100 ss.

rebus legata sit: nam et hos coniunxit ad societatem non consensus, sed res.

Tralasciando, per ora, ogni considerazione in merito alla *diligentia quam in suis*, cui il passo fa esplicito riferimento, ciò che in questa sede rileva è la contrapposizione operata dal giurista tra la comunione *sine societate* e la comunione *ex societate*. In particolare, egli afferma che nella comunione ereditaria, in cui il coerede non aveva scelto di sua volontà gli altri partecipanti (essendo impossibile *contrahere cum herede*), la responsabilità del soggetto sussisteva anche nel caso di condotta colposa. Tale affermazione è stata assunta dall'orientamento dottrinale in esame per avvalorare la propria tesi: interpretando, infatti, il frammento per contrasto, ne deriverebbe che, in presenza di un contratto (nella fattispecie, della *communio ex societate*), il debitore rispondeva soltanto per dolo¹¹⁰.

La logica conclusione suggerita dal frammento in esame ha, inoltre, persuaso uno dei più autorevoli sostenitori della teoria dell'*infamia* ad addivenire a conclusioni ancora più nette, sostenendo, in particolare, che «se l'esclusione della colpa fosse stata, nel sistema contrattuale, propria di qualche tipo, il giurista – che certamente pensava in primo luogo alla società – l'avrebbe espressamente nominata: se la motivazione gli è venuta fuori in termini così generali, ciò vuol dire che essa si attagliava a tutto il tema della responsabilità contrattuale»¹¹¹.

¹¹⁰ Cfr. M. TALAMANCA, *Società*, cit., pp. 855 ss. In merito cfr. anche P. VOCI, *La dottrina romana del contratto*, Milano, 1946, pp. 222 ss.

¹¹¹ V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*, cit. p. 245.

In effetti, il testo, così com'è, porterebbe a ritenere che, in presenza di un contratto (*contrahimus*), il contraente rispondesse solo se la propria condotta fosse stata caratterizzata da dolo, e di conseguenza ad affermare che, al tempo di Paolo, il concetto di colpa fosse completamente estraneo al sistema della responsabilità contrattuale.

4. Principali critiche alla c.d. teoria dell'*infamia*

Come anticipato nei cenni introduttivi al presente capitolo, un rilevante numero di autori, in particolar modo negli ultimi decenni, si è discostato dalla teoria dell'*infamia* sostenendo con forza la classicità del dibattito in merito ai criteri di responsabilità nella *societas* consensuale e, conseguentemente, la rilevanza, già in epoca classica, dell'inadempimento colposo del *socius*. Fermo restando quanto si dirà nei paragrafi che seguono in merito alle accuse di interpolazione dei (numerosi) riferimenti alla *culpa* rinvenibili nel Digesto, si evidenzia come il progressivo superamento dell'orientamento tradizionale sia passato, anzitutto, attraverso l'affermazione dell'irrilevanza dei sopra analizzati frammenti del giurista Paolo ai fini della limitazione della responsabilità del debitore.

In particolare, con riferimento al passo D 2.13.9pr., laddove il giurista riteneva applicabile l'*actio pro socio* a scapito dell'*editio rationum* nel caso in cui *cum dolo malo socius negotia gessit*, la dottrina che si contrappone alla teoria dell'*infamia* ha rilevato come una tale affermazione

non possa in alcun modo fondare una regola generale in tema di responsabilità contrattuale, riguardando esclusivamente il concorso tra le suddette azioni (l'*editio rationum*, peraltro, prevedeva esclusivamente una responsabilità per dolo): si tratterebbe, pertanto, di «una esemplificazione, che non può avere alcun valore probante»¹¹².

Analoghe contestazioni sono state rivolte all'interpretazione del passo di Paolo (D. 10.2.25.16) secondo la quale il giurista, contrapponendo la *communio incidens* alla *communio* contrattuale, avrebbe confermato per contrasto l'esclusione della responsabilità per colpa in tale seconda ipotesi. Tra i critici, Talamanca ha ritenuto che il riferimento alla comunione contrattuale, come suggerito dal fatto che con esso si intendeva esclusivamente la comunione dei beni (aspetto che, seppur rilevante, non assume rilievo preminente nell'ambito delle società questuarie dove preponderante era, invece, l'aspetto della gestione dell'attività sociale), avrebbe riguardato solamente la *societas omnium bonorum*¹¹³ e che, quindi, anche in questo caso, la previsione di un criterio di responsabilità ristretto all'inadempimento

¹¹² A. POGGI, *Il contratto di società*, cit., p. 108; si sono espressi in termini sostanzialmente analoghi anche M. TALAMANCA, *Società*, p. 855, nt. 443; A. CLAUS, *Gewilürte Stellvertretung im römischen Privatrecht*, Berlin, 1973, pp. 150 ss.; E. LAFFELY, *Responsabilité du socius et concours d'ation dans le société classique*, Lausanne, 1979, pp. 15 ss. e G. SANTUCCI, *Il socio d'opera*, cit., p. 203.

¹¹³ Cfr. M. TALAMANCA, *Società*, cit., p. 856. Il riferimento del giurista Paolo avrebbe in ogni caso riguardato, in questa prospettiva, unicamente una società generale. In merito alla problematica tra comunione generale e società generale vedi, ancora in epoca tardo-classica, D. 17.2.52.6 e 8.

doloso sarebbe stata comunque inidonea a fondare un principio di carattere generale sul punto¹¹⁴.

Oltre che per l'interpretazione dei frammenti appena analizzati, la teoria dell'*infamia* è stata fortemente criticata anche sul piano della coerenza logico giuridica. Ancora una volta lo stesso Talamanca¹¹⁵ ha affermato che il ragionamento che limita la responsabilità del socio fondandosi sull'antitesi tra *bona fides* e *dolus* sarebbe affetto da una insanabile contraddizione. Alla luce di un tale restringimento della responsabilità contrattuale, infatti, non si giustificerebbe la presenza di casi di responsabilità per custodia, e quindi di responsabilità attribuita addirittura in base ad un criterio obiettivo (per definizione agli antipodi rispetto al dolo), che le fonti attestano anche in ambito societario ed in altri *iudicia bonae fidei* di carattere infamante¹¹⁶.

¹¹⁴ L'assoluta incapacità di fornire riferimenti di carattere generale, o comunque di portata espansiva rispetto al caso analizzato nel passo, è stata affermata anche in merito al passo di Pomponio (D. 17.2.59.1), che, avendo ad oggetto le perdite *in alea un adulterio* (condotte, evidentemente, dolose per definizione), «sviluppa un confronto tra differenti ipotesi di danno, in un'ottica – quella della prospettiva risarcitoria – estranea alla problematica della responsabilità». G. SANTUCCI, *Il socio d'opera*, cit. p. 206. Cfr. anche A. POGGI, *Il contratto di società*, cit., pp. 108 ss.

¹¹⁵ Cfr., in particolare, M. TALAMANCA, *Società*, cit., pp. 885; ID.; *Colpa civile*, cit., pp. 520 ss.

¹¹⁶ Che il socio, anche in diritto classico, potesse rispondere per *custodia* è affermato in D. 17.2.52.3 (Ulp. 31 *ad ed.*): *damna qui imprudenti bus accidunt, hoc est damna fatalia, socii non cogentur praestare: ideoque si pecus aestimatum datum sit et id latrocinio aut incendio perierit, commune damnum est, si nihil dolo aut culpa acciderit eius, qui aestimatum pecus acceperit: quod si a furibus subreptum sit, proprium eius detrimentum est, quia custodiam praestare debet, qui aestimatum accepit. Haec vera sunt, et pro*

Inoltre, come sostenuto anche da Santucci¹¹⁷, il fatto che l'*actio pro socio* potesse essere esperita anche per sanzionare forme di inadempimento non fondate sul dolo emergerebbe anche da un passaggio della c.d. *Tabula Irnitana, lex municipalis*¹¹⁸, la quale, nel regolare i casi di competenza dei duoviri, avrebbe stabilito la carenza di *iurisdictio* di tale magistratura in relazione ai giudizi di società, fiducia e mandato, quando tali *actiones* fossero «esperite a causa di un comportamento doloso del convenuto»¹¹⁹ («*qu/od d(olo) m(alo) factum esse dicatur*»).

socio erit actio, si modo societatis contrahende causa pascenda data sunt, quamvis aestimata. Il riferimento alla *culpa* contenuto nel frammento, la sua genuinità e le conseguenze che ne derivano fanno oggetto di analisi nei paragrafi successivi. Ai fini che qui rilevano, è evidente che il passo afferma la responsabilità per *custodia* del socio che riceve la cosa comune per esplicitare su o con essa un'attività oggetto del suo apporto in società. Tale pacifica applicazione del criterio della custodia non deriva, tuttavia, nel caso di specie, dal semplice affidamento della *res*, bensì dall'*aestimatio*, procedimento che viene generalmente interpretato dalla giurisprudenza classica come una clausola contrattuale volta ad inasprire la responsabilità del debitore. Nel caso di specie saremmo quindi in presenza di un'ipotesi di assunzione pattizia di responsabilità, circostanza che pare mettere in discussione il ragionamento dell'autore.

¹¹⁷ G. SANTUCCI, *Il socio d'opera*, cit. pp. 202 ss. Non condivide tale argomentazione A. POGGI, *Il contratto di società*, cit., pp. 112 ss., il quale afferma che in realtà il negozio richiamato dal frammento non sarebbe il contratto di società, ma un accordo redatto per la liquidazione di essa già da tempo costituita.

¹¹⁸ Per una compiuta analisi della fonte in esame cfr. F. LAMBERTI, *Tabulae Irnitanae*, cit., e A. BURDESE, *Sulla responsabilità del iudex privatus nel processo formulare*, in *Diritto e processo nell'esperienza romana. Atti del seminario torinese (4-5 dicembre 1991) in memoria di Giuseppe Provera*, Napoli, 1994.

¹¹⁹ G. SANTUCCI, *Il socio d'opera*, cit. p. 202.

Da tale statuizione deriverebbe pertanto la logica conseguenza che la *iurisdictio* di detti magistrati fosse operante in tutti i casi in cui nei giudizi di società, fiducia e mandato l'inadempimento fosse determinato da colpa del debitore. Conseguentemente si può ritenere che la sanzione dell'*infamia* non sarebbe discesa sempre quale necessaria conseguenza del vittorioso esperimento dell'*actio pro socio*, ma sarebbe stata esclusa dalla *iurisdictio* dei duoviri e affidata alla competenza del preside di provincia.

Infine, un'ulteriore argomentazione contrapposta alla teoria dell'*infamia* e addotta per valorizzare la rilevanza della responsabilità per inadempimento colposo nel contratto societario è rappresentata, come già accennato, dall'affermazione dell'operatività, già in epoca classica, del principio dell'*utilitas contrahentium*¹²⁰; principio che

¹²⁰ Sul tema della *utilitas contrahentium*, si vedano B. KÜBLER, *Das Utilitätsprinzip als Grund der Abstufung bei der Vertragshaftung im klassischen römischen Recht*, in *Festgabe Otto von Gierke*, II, Weimar, 1910, pp. 235 ss.; ID., *Die Konträrklagen und das Utilitätsprinzip*, in *ZSS*, XXXVIII, 1917, pp. 73 ss.; ID., *Die Haftung für Verschulden bei Kontraktsähnlichen und deliktsähnlichen Schuldverhältnissen*, in *ZSS*, XXXIX, 1918, pp. 172 ss.; F. WIEACKER, *Haftungsformen des römischen Gesellschaftsrecht*, cit., pp. 57 ss.; G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, II, Torino, 1950; D. NÖRR, *Die Entwicklung des Utilitätsgedankens im römischen Haftungsrecht*, in *ZSS*, LXXIII, 1956, pp. 78 ss.; V. ARANGIO-EUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, cit.; ID., *La società in diritto romano*, cit.; A. PERNICE, *Labeo, römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit 2.2/1*, Aalen, 1963, pp. 149 ss.; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., p. 346; M. NAVARRA, *Ricerche sulla 'utilitas' nel pensiero dei giuristi romani*, Torino, 2002, pp. 133 e 160 ss., su cui vd. recensione di H. ANKUM, in *ZSS*, CXXVI, 2009, pp. 524-536; Ead., *Note in tema di 'utilitas': Modestino e Coll. 10.2*, in *Labeo*, 50, 2004, pp. 84-134; Ead., *Utilitas*

contrahentium e *sinallagma*, in L. GAROFALO (a c. di), *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, II, Padova, 2007, pp. 223-255, con recensione a c. di A. BURDESE, in *Recensioni e commenti. Sessant'anni di letture romanistiche*, cit., p. 741 *praecipue*; L. MAGANZANI, *Il criterio dell' 'utilitas contrahentium' e il suo superamento nell'età del giusnaturalismo*, in C. CASCIONE, C. MASI DORIA (a c. di), *Fides, humanitas, ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, V, Napoli, 2007, pp. 3087-3096; E. NICOSIA, *'Utilitas contrahentium' e 'in diem addictio'*, in L. GAROFALO (a c. di), *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano* cit., pp. 259-275, su cui rec. a c. di A. BURDESE, in *Recensioni e commenti. Sessant'anni di letture romanistiche* cit., *praecipue* p. 741; G. SANTUCCI, *'Utilitas contrahentium'. Note minime su una 'regula' che 'cacciata dalla porta rientrò dalla finestra'*, in R. FIORI (a c. di), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, III, Napoli, 2008, pp. 277 ss. Il criterio della *utilitas* di entrambi i contraenti risultava essere, nel diritto romano, alla base del sistema della responsabilità per inadempimento anche nei contratti gratuiti o unilaterali. Sul punto, si vedano E. BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in diritto romano*, Roma, 1958, pp. 99 ss.; ID., *Istituzioni di diritto romano*, cit., pp. 377 ss.; J.H. MICHEL, *Gratuité en droit romain. Etude d'histoire et d'ethnologie juridique*, Bruxelles, 1962, pp. 325-360, nonché, più di recente, F. SCAGLIONE, *Comodato e mutuo*, in A. PALAZZO (a c. di), *I contratti gratuiti*, Milano, 2008, pp. 435 ss. Più precisamente, secondo una parte della dottrina, il concetto della *utilitas* sarebbe attratto da un vincolo genetico all'ambito dei contratti gratuiti, ed in tal senso è stata interpretata la fondamentale testimonianza, in tema di comodato e deposito, che possiamo leggere in *Coll. 10.2.1-3*, ove è tradito un testo tratto dalle *Differentiae* di Modestino. Sul punto, cfr. J.H. MICHEL, *Gratuité en droit romain. Etude d'histoire et d'ethnologie juridique*, cit., pp. 325 ss. e L. GAROFALO, *Gratuità e responsabilità contrattuale*, in L. GAROFALO (a c. di), *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale*, Padova, 2011, pp. 34 ss. Deve essere notato, infine, che il termine *utilitas*, qui inteso quale criterio per l'individuazione della responsabilità contrattuale, conosce

prevede la responsabilità del debitore per *culpa* in tutte le fattispecie contrattuali in cui *utriusque contrahentis utilitas intervenit*¹²¹, e che Arangio-Ruiz¹²² ritiene invece essere il frutto dell'elaborazione dottrinale dei giuristi postclassici.

tuttavia non solo un largo impiego, presso le fonti giuridiche romane, bensì, ed al contempo, accezioni diversificate. Sul punto, si rimanda a F.B. CICALA, *Intorno al concetto dell' 'utile' e le sue applicazioni nel diritto romano*, Milano-Torino-Roma, 1910, nonché, più di recente, a G. FALCONE, *D. 1.3.13. Pedio, Ulpiano e la 'lex contractus'*, in *Labeo*, XLIII, 1997, pp. 240 ss.; E. DOVERE, *Le discours juridique et moral d' 'utilitas' à Rome*, in *SDHI*, LXV, 1999, pp. 239 ss.; M. NAVARRA, *Ricerche sulla 'utilitas' nel pensiero dei giuristi romani*, cit., p. 10.

¹²¹ Coll. 10.2: (*Modestinus libro secundo sub titulo de deposito vel commodato*) 1. *Commodati iudicio conventus et culpam praestare cogitur: qui vero depositi convenitur, de dolo, non etiam de culpa condemnatus est. Commodati enim contractu, quia utriusque contrahentis utilitas intervenit, utrum praestetur: in deposito vero causa soladeponentis utilitas vestitura et ibi dolus tantum praestetur. 2. Sed in ceteris quoque partibus iuris ista regula custoditur: sic enim et in fiduciae iudicium et in actionem rei uxoriae dolus et culpa deducitur, quia utriusque contrahentis utilitas intervenit. 3. In mandati vero iudicium dolus, non etiam culpa deducitur. Quamvis singulariter denotare liceat in tutelae iudicium utilitas in administratione versetur. 4. Depositi damnatus infamis est: quia vero commodati damnatur, non fit infamis: alter enim propter dolum, alter propter culpam condemnatur. 5. Actione depositi conventus cibariorum nomine apud aundem iudicem utiliter experitur: at is qui res commodata est improbe cibariorum exactionem intendit. Inpensas tamen necessarias iure persequitur, quas forte in aegrum vel alias laborantem inpenderit. 6. Res deposita si subripiatur, dominus dumtaxat habet furti actionem, quamvis eius apud quem res deposita est intersit ob inpensas in rem factas rem retinere. Is vero cui res commodata sit furti experiri debet, si modo solvendo fuerit. 7. Actio commodati semper in simplum competit, depositi verum nonnumquam in duplum, scilicet si ruinae vel naufragii vel incendii aut tumultus causa res*

deponatur. Nel celebre testo della *Collatio*, Modestino mette a confronto la disciplina della responsabilità contrattuale del debitore nel deposito e nel comodato, estendendo poi la regola dell'*utilitas* anche alle *ceterae partes iuris*. Franz Wieacker ha sostenuto (in F. WIEACKER, *Societas. Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft*, cit., pp. 40 ss.), a tal proposito, che tale *regula* non potesse riguardare anche la *societas*, posto che quest'ultima non viene espressamente richiamata nel passo in esame. Tale assunto pare tuttavia superabile laddove si osservi che il frammento, nell'estendere il principio dell'*utilitas* anche agli altri tipi contrattuali, non procede ad una esaustiva elencazione degli stessi, limitandosi ad alcune esemplificazioni. Basti pensare, come rilevato da Santucci (in G. SANTUCCI, *Il socio d'opera*, cit. pp. 222 ss.) che anche numerosi altri tipi contrattuali certamente soggetti alla suddetta *regula*, quali l'*emptio-venditio* e la *locatio-conductio*, non sono citati nel passo. Il contratto di società è, invece, espressamente richiamato tra i contratti in cui *utriusque utilitas vestitur* in un passo di Ulpiano, ritenuto interpolato dai sostenitori della teoria dell'*infamia*: D 13.6.5.2-3 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Nunc videndum est, quia veniat in commodati actione, utrum dolus an et culpa an vero omne periculum. Et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus: dolum in deposito: nam quia nulla utilitas eius versatur apud quem deponitur, merito dolus praestetur solus: nisi forte et merces accessit (tunc enim, ut est et constitutum, etiam culpa exhibetur) aut si hoc ab initio convenit, ut et culpam et periculum praestet is penes quem deponitur. Sed ubi utriusque utilitas vestitura, ut in emto, ut in locato, ut in dote, ut in pignore, ut in societate, et dolus et culpa praestatur. 3. Commodatum autem plerumque solam utilitatem continet eius cui commodatur, et ideo verior est Quinti Mucii sententia existimantis et culpam praestandam et diligentiam et, si forte res extimata data sit, omne periculum praestandum a beo, qui aestimationem se praestaturum recepit. Cfr. anche D. 19.5.20.2.*

¹²² V. ARANGIO-RUIZ, *La società*, cit., pp. 189 ss. Si esprime in termini sostanzialmente analoghi anche M. TALAMANCA, *Societas*, cit., p. 185, pur riconoscendo che è possibile anche i giuristi classici talvolta ricorressero a criteri analoghi per graduare

In ogni caso, ferme restando tali autorevoli critiche alla teoria dell'*infamia* (sulle quali si ritornerà, in ogni caso, diffusamente nelle pagine che seguono), l'autorevolezza dei ragionamenti di quanti affermano la classicità del dibattito sulla responsabilità e la rilevanza dell'inadempimento colposo in ambito societario già in epoca classica passa soprattutto, come già accennato, attraverso l'esegesi e la relativa affermazione della genuinità delle numerose fonti che, in particolar modo nel Digesto, fanno riferimento alla responsabilità per *culpa* del

la responsabilità del debitore: «Il ricorso all'*utilitas contrahentium* ... come modo di individuare, per le singole fattispecie contrattuali, i criteri di determinazione della responsabilità da adottare, è, nella sua adibizione sistematica, sicuramente postclassico e giustiniano: anzi si può dire che esso svolgerà completamente la sua efficacia soltanto nella dottrina giuridica dell'età di mezzo». Si è, invece, espresso con veemenza in favore della classicità del dibattito sulla colpa contrattuale Arnò, che ha rivolto un'ironica invettiva contro quanti hanno sostenuto l'origine postclassica del principio dell'*utilitas contrahentium* e della responsabilità per colpa nel contratto di società. Cfr., in particolare, C. ARNÒ, *Il contratto di società*, cit., p. 268: «Strano a dirsi: in tutti i tre secoli della giurisprudenza classica, tra tutti quei cento e più gloriosi giureconsulti, che giorno e notte elucubravano per la creazione del giure, come quel Labeone che per sei mesi dell'anno insegnava in città e che per gli altri sei mesi in campagna indefessamente scriveva, non è stato mai posto il quesito: non dovrà anche rispondere della colpa il socio? No, come in una morta gora, ognuno di quei sapienti altro non ripeteva, e per tre secoli ripeteva: il socio risponde solo per dolo. Furono i bizantini – beati loro – che finalmente posero quel quesito, del quale nessuno dei gloriosi giureconsulti ebbe l'idea: il socio non deve rispondere anche per colpa? Poveri giureconsulti romani! Ben essi potevano lasciare in pace quella loro mente, sulla quale volle il Massimo Fattore, del creator suo spirito, più vasta orma stampare, e godersi la vita, ché sarebbero venuti i bizantini e i giustinianeî a creare il giure».

socius. A tal fine pare opportuno prendere le mosse dal frammento che da sempre viene ritenuto fondamentale in materia, D. 17.2.52.2, il c.d. «Haupttext», così come definito da Manigk¹²³, che contiene «la prima attestazione in senso cronologico della culpa socii»¹²⁴.

5. Il testo fondamentale di Ulpiano: D. 17.2.52.2

Il passo di Ulpiano, che riporta il pensiero espresso da Celso nel settimo libro dei digesti e che è da sempre «uno dei più difficili e tormentati dalla critica»¹²⁵, presenta, come detto, il primo riferimento esplicito alla responsabilità per colpa rinvenibile nelle fonti:

D. 17.2.52.2 (Ulp. 31 *ad ed.*): *Utrum ergo tantum dolum an etiam culpam praestare socium oporteat, quaeritur. Et Celsus libro septimo digesto rum ita scripsit: socios inter se dolum et culpam praestare oportet. Si in coeunda societate, inquit, artem operamve pollicitus est alter, veluti cum pecus in commune pascendum aut agrum politori damnus in commune quaerendis fructibus, nimirum ibi etiam culpa praestanda est: pretium enim operae artis est velamentum. Quod si rei communi socius nocuit, magis amitti culpam quoque venire. 3 Damna quae imprudenti bus*

¹²³ A. MANIGK, *Societas*, in *PWRE*, 50, Stuttgart, 1927, col. 777.

¹²⁴ G. SANTUCCI, *Il socio d'opera*, cit., p. 232.

¹²⁵ A. POGGI, *Contratto di società*, cit., p. 101.

accidunt, hoc est damna fatalia, socii non cogentur praestare: ideoque si pecus aestimatum sit et id latrocinio aut incendio perierit, communedamnum est, si nihil dolo aut culpa acciderit eius, qui aestimatum pecus acceperit: quod si a furibus subreptum sit, proprium eius detrimentum est, quia custodiam praestare debuit, qui aestimatum accepit. Haec vera sunt, et pro socio erit actio, si modo contrahendae causa pascenda sunt quamvis aestimata.

Il contenuto del frammento, cui fa seguito il caso della responsabilità per custodia del socio già oggetto di analisi nelle pagine che precedono, fa esplicito riferimento alla problematica in questione: ovvero se il socio dovesse rispondere solo per la propria condotta dolosa o anche per colpa. A tale quesito, Celso risponde aderendo alla seconda ipotesi e affermando, in particolare, che se un soggetto, contraendo società, prometteva la propria *ars* o la propria *opera* (come quando si dà un gregge ad un pastore affinché lo allevi o si dà un campo a un pregiato agricoltore per percepirne in comune i frutti), egli doveva senza dubbio far uso della dovuta diligenza nello svolgere tale attività e rispondeva, pertanto, anche per la c.d. *culpa levis in abstracto*¹²⁶; ciò perché, di fatto, se anche

¹²⁶ Celso, nel libro ottavo dei digesti, esprime un concetto del tutto analogo a quello enunciato nel testo fondamentale anche in un altro testo ulpiano, laddove afferma che se taluno prendeva in conduzione a pascolare vitelli, o il restauro o la pulitura di alcunché, egli era tenuto per colpa, ed è colpa l'imperizia, poiché egli prendeva tale conduzione in qualità di artigiano. Cfr. D. 19.2.9.5 (Ulp. 32 ad ed.): *Celsus etiam imperitiam culpae adnumerandum libro octavo digesto rum scripsit: si quis vitulos pascendos vel sarciendum quid poliendumve conduxit, culpam eum*

l'allevatore o il *politor* non conferivano capitali nella società, il valore economico della loro opera suppliva in ogni caso alla mancanza di un contributo in denaro (*pretium operae artis est velamentum*). Inoltre, Celso precisa che il socio rispondeva per la propria condotta colposa anche nel caso in cui avesse recato danno alla cosa comune.

Gli espliciti riferimenti alla *culpa* nel secondo frammento sono quindi tre: Celso anzitutto afferma (e lo fa come per enunciare un principio generale) che i soci rispondevano tra loro anche per colpa e, successivamente, indica due fattispecie tipiche in cui il socio era tenuto a rispondere anche per l'inadempimento colposo, rappresentate, in particolare, dal caso del conferimento di un'opera (*artem operamve pollicitus est alter*) e dal caso di danni arrecati dal socio alla cosa comune.

Naturalmente, come già accennato, il passo è stato dichiarato ampiamente interpolato dai sostenitori della teoria secondo la quale la responsabilità nel contratto societario, per tutta l'epoca classica, sarebbe stata limitata al solo dolo. In particolare, alcuni autorevoli studiosi nei primi decenni del secolo scorso¹²⁷ hanno ritenuto

praestare debere et quod imperitia peccavit, culpam esse: quippe ut artifex, inquit, conduxit. D. 19.1.13.16 (Ulp 32 ad ed.): in his autem, quae cum re empti praestari solent, non solum dolum, sed etiam culpam praestandam arbitrator: nam et Celsus libro octavo digestorum scripsit, cum convenit, ut venditor praeteritam mercedem exigat et emptori praestet non solum dolum sed et culpam eum praestare debet.

¹²⁷ Cfr., in particolare, S. BRASSLOFF, *Textkritisches zum römischehn Rechtsquellen*, in *Wiener Studien. Zeitschrift für klassische Philologie*, 24, 1902; L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht*, cit.; B. KÜBLER, *Das Utilitätsprinzip als Grund der Abstufung bei der Vertragshaftung im klassischen römischen Recht*,

certamente interpolato il primo riferimento alla *culpa* (laddove veniva enunciata la *regula* generale in tema di contratto di società), ritenendo invece genuini i due ulteriori riferimenti, e ricostruendo pertanto il pensiero di Celso, in ossequio alla c.d. teoria dell'*infamia*, nel senso che il debitore in ambito societario rispondeva generalmente solo per dolo, mentre, unicamente nei casi eccezionali citati nel frammento, la responsabilità sarebbe stata estesa, proprio in virtù della peculiarità di tali ipotesi, anche all'inadempimento colposo¹²⁸.

Altri autori, invece, si sono spinti oltre, affermando l'interpolazione anche della seconda parte del frammento celsino relativo alla *culpa* (riguardante la responsabilità del

in *Festgabe der Berliner juristischen Fakultät für O. Gierke zum Doktor Jubiläum 21. August 1910*, cit.; F. SCHULTZ, *Einführung in das Studium der Digesten*, Tübingen, 1916; G. ROTONDI, *Scritti Giuridici*, Milano, 1922. Hanno invece ritenuto sostanzialmente genuino il passo, negli stessi anni, A. MANIGK, *Societas*, cit., e B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1930, p. 119: «nella giurisprudenza classica del II sec. si affaccia la questione della responsabilità fino a comprendere anche la colpa, e il dubbio viene risolto affermativamente, come risulta dal fr. 52, 2. Non escludiamo che il passo sia interpolato, ma nessuna conclusione da ciò si può ricavare per la nostra questione, sia perché di colpa si parla in altri passi, sia perché mancava la ragione desunta dalla gratuità del rapporto per limitare la responsabilità al dolo».

¹²⁸ Cfr. C. ARNÒ, *Il contratto di società*, cit., p. 98: «Su questo frammento (D. 17.2.52.2) si sono dette tante cose, alle quali, naturalmente, io sono ben lungi dal sottoscrivere, come quelle che stanno agli antipodi del mio pensiero. Si è detto, ad esempio, che il frammento è interpolato, in quanto nel diritto romano classico la responsabilità nel contratto di società era limitata alla misura del dolo e che, quindi, per Celso la regola era: *socios inter se dolum tantum praestare oportet*; solamente per la *politio* e per il *pecus pascendum dare* si faceva luogo alla responsabilità per colpa».

socio d'opera), sostenendo che tale termine andrebbe in realtà sostituito con il termine *custodia*: il socio, quindi, era generalmente tenuto a rispondere solo per dolo, mentre nel solo caso di conferimento d'opera la sua responsabilità veniva estesa sino alla *custodia*; nessuno spazio, invece, residuava, nel diritto classico, per il concetto di colpa¹²⁹.

¹²⁹ Si sono espressi in questo senso F. WIEAKER, *Haftungsformen*, cit., pp. 45 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *La società*, pp. 191 ss.; A. GUARNERI CITATI, *Conferimenti e quote sociali*, cit., pp. 180 ss.; D. NÖRR, *Die Entwiecklung des Utilitätsgedankens im römischen Haftungsrecht*, in *ZSS*, 73, 1956, pp. 70 ss. La quasi integrale interpolazione del passo è stata sostenuta anche da Albertario (cfr. E. ALBERTARIO, *Studi di diritto romano*, cit.), il quale ha affermato la scarsa genuinità del frammento sulla base dell'utilizzo del verbo «*polliceri*», che, utilizzato nel suo generico senso di obbligarsi, sarebbe stato di origine postclassica o giustiniana. Cfr. anche, in questo senso, E. ALBERTARIO, *La pollicitatio* [1929], ora in *Studi di diritto romano*, III, Milano, 1953; G.G. ARCHI, *La pollicitatio nel diritto romano* [1933], ora in *Scritti di diritto romano*, II, Milano, 1981 e R. VILLERS, *Essai sur la pollicitatio a une res publica*, in *RHD*, 18, 1939. Sulla *pollicitatio* vedi anche J. IGLESIAS REDONDO, *La pollicitatio*, in *Derecho Romano de obligaciones. Homenaje al Profesor J.L. Murga Gener*, Madrid, 1994. Si pone in una posizione del tutto peculiare, invece, Poggi (in A. POGGI, *Il contratto di società*, cit., pp.101 ss.), che ha affermato la genuinità del primo riferimento celsino alla *culpa* (dando quindi rilievo alla responsabilità per inadempimento colposo del socio anche in epoca classica), ritenendo tuttavia interpolato il secondo, in quanto, alla luce del valore avversativo della congiunzione *nimirum*, un nuovo riferimento alla colpa sarebbe stato contraddittorio sotto il profilo logico. Egli ha pertanto sostenuto che il secondo riferimento del giurista debba essere sostituito con il termine *custodia*: il socio quindi, in epoca classica, generalmente rispondeva anche per colpa, mentre nella particolare ipotesi del conferimento d'opera contemplata da Celso egli avrebbe dovuto rispondere per *custodia*.

Contrariamente a tale autorevole e tradizionale orientamento, la teoria ad oggi prevalente, o comunque largamente diffusa nell'ambito della dottrina romanistica, «conviene da più parti sulla classicità dei principi contenuti nel passo ulpiano»¹³⁰.

L'affermazione della genuinità del frammento è passata, in primo luogo, dalla contestazione della denunciata assenza di coerenza logica del passo, nella parte in cui, dopo aver sancito il responso celsino per cui il socio è tenuto anche per colpa, sarebbero stati presentati, con l'utilizzo di avverbi di carattere avversativo, due casi in cui il socio rispondeva sempre secondo il medesimo criterio di imputazione soggettiva, determinando quindi uno scompensamento nella progressione argomentativa del discorso; di qui discenderebbe inevitabilmente l'alterazione del passo.

Tali conclusioni sono state tuttavia contestate dalla dottrina più recente, che ha rilevato come gli avverbi utilizzati non assumano, in generale e nel caso di specie, alcuna valenza avversativa, ma, al contrario, abbiano un carattere senz'altro esplicativo¹³¹. In particolare, ciò

¹³⁰ G. SANTUCCI, *Il socio d'opera*, cit., p. 236. Hanno affermato la genuinità del passo anche C. ARNÒ, *Il contratto di società*, cit. pp. 96 ss.; G. CRIFÒ, s.v. *Illecito (Diritto Romano)*, in *NNDI*, VIII, Torino, 1962, pp. 159 ss.; H.J. HOFFMANN, *Die Abstufung der Fahrlässigkeit in der Rechtsgeschichte unter besonderer Berücksichtigung der culpa levissima*, cit., pp. 25 ss.; G. MACCORMACK, *Dolus, culpa, custodia and diligentia*, cit., pp. 170 ss.; M. TALAMANCA, *La società*, cit., pp. 855 ss.; P. VOCI, *Diligentia, custodia, culpa: i dati fondamentali*, in *SHDI*, 56, 1990, pp. 58 ss.; C. A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano (Materiali per un corso di diritto romano)*, cit., pp. 58 ss.

¹³¹ Hanno sostenuto con forza la genuinità del passo e la coerenza logica dell'intero discorso ulpiano G. PUGLIESE, *L'onere della*

varrebbe anzitutto per l'avverbio «*nimirum*», il cui primo significato pare avere effettivamente una portata affermativa (lo stesso può infatti essere tradotto con «certamente», «appunto» o «senza dubbio», e non pare poter assumere alcuna valenza avversativa, neppure se letto congiuntamente all'avverbio «*etiam*»); in particolare, nel caso di specie, l'espressione utilizzata dal giurista non pare poi introdurre alcun accento di antitesi con quanto affermato da Ulpiano nella proposizione precedente.

Lo stesso può dirsi anche a proposito dell'espressione che introduce la seconda ipotesi di responsabilità per colpa descritta nel frammento ulpiano, ossia quel «*quod si*» che, ricollegandosi alla prima ipotesi di responsabilità del socio prestatore d'opera, introduce il successivo e diverso caso del socio che abbia arrecato un danno alla cosa comune. In questo senso, la coerenza del discorso sarebbe salva in quanto il giurista, dopo aver affermato che il socio risponde per colpa quando non ha realizzato la propria prestazione d'opera a regola d'arte, afferma che «a maggior ragione («*magis*»), egli dovrà rispondere anche per colpa nell'ipotesi che rechi danno alle cose della società»¹³².

L'intero discorso celsino sarebbe dunque inattaccabile dal punto di vista della logica interna¹³³: il

prova nel processo romano per formulas [1956], ora in Scritti giuridici scelti. Diritto romano, I, Camerino, 1985, pp. 73 e ss.; G. SANTUCCI, Il socio d'opera, cit., pp. 231 ss.

¹³² G. SANTUCCI, *Il socio d'opera*, cit. p. 239.

¹³³ Hanno, invece, affermato con certezza l'infondatezza del sospetto di interpolazione desunto dall'impiego da parte di Celso del verbo *polliceri* nel senso di generica promessa contrattuale J. ROUSSIER, *Les sens du mot pollicitatio chez les juristes romains*, in *RIDA*, 2-3. 1949, pp. 301 ss.; F. CANCELLI, *Pollicitatio*, in

giurista, dopo aver affermato la *regula iuris* di carattere generale per cui il socio è tenuto, di regola, a rispondere per dolo e per colpa, aveva conseguentemente suffragato tale affermazione di principio illustrando dei casi concreti in cui il socio era tenuto a risponde per inadempimento colposo, ponendo così l'accento su quelle situazioni che, secondo la sua esperienza, dovevano verosimilmente assumere la maggiore rilevanza e la maggiore diffusione. Secondo tale interpretazione del passo, pertanto, i casi in esame non possono intendersi quali eccezioni al principio posto nell'*incipit* del frammento (né come ipotesi tassative di responsabilità per *culpa del socius*), ma ne sarebbero solamente delle mere esemplificazioni.

Passando a un'analisi delle due diverse fattispecie di responsabilità per colpa descritte nel frammento, pare opportuno prendere le mosse dall'ultima ipotesi, ossia dal caso del socio che abbia, con condotta colposa, arrecato danno alla cosa comune. A ben vedere, si tratta di una fattispecie piuttosto lontana dal classico inadempimento contrattuale, avvicinandosi per certi versi ad una forma di responsabilità di tipo extracontrattuale. L'allargamento della responsabilità del socio anche alla colpa pare, infatti, in tale ipotesi, giustificabile sulla base dell'estensione all'*actio pro socio* dei criteri di imputabilità previsti per le altre azioni astrattamente concorrenti in caso di danno alla cosa comune, che possono essere individuate nella *actio communi dividundo*¹³⁴, laddove i danni fossero causati dal

NNDI, XIII, Torino, 1966, pp. 259 ss.; F. SITZIA, s.v. *Promessa unilaterale (storia)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988, pp. 23 ss.

¹³⁴ Anche Arangio-Ruiz ha affermato che il riferimento alla colpa nel caso di danneggiamento alla cosa comune deve essere ritenuto molto probabilmente genuino, e che il danno di cui tratta il frammento possa essere equiparato, più che a un vero e proprio inadempimento (come nel caso di chi non abbia conferito i beni

socio ad una *res* conferita *quoad sortem*, e pertanto caduta in comunione tra i contraenti, o, in alternativa, nella *lex Aquilia*, laddove il danno fosse stato cagionato dal *socius* non conferente ad una *res* conferita semplicemente *quoad usum*¹³⁵.

che avrebbe dovuto conferire), ad un caso di inosservanza dei principi che reggono la comunione. La responsabilità per colpa sarebbe quindi discesa, in tale ipotesi, dall'applicazione dei criteri previsti nell'ambito dell'*actio communi dividundo*. Cfr. V. ARANGIO RUIZ, *La società*, cit., p. 193: «Quel danneggiamento è piuttosto inosservanza dei principi che reggono il condominio; e, se in omaggio alla causa onde il condominio è sorto si ammette che il risarcimento si possa pretendere anche con l'*actio pro socio*, non è da escludere, anzi sarebbe eventualmente da approvare, che i giureconsulti avessero valutato la responsabilità secondo il criterio che molto probabilmente vigeva in tema di *actio communi dividundo*, cioè secondo quello della colpa. Propenderei dunque a lasciare l'ultima frase così come nel Digesto la leggiamo».

¹³⁵ In tema di applicabilità della *lex Aquilia* al contratto di società in caso di danno arrecato da un socio alla cosa comune, nonché in tema di concorso tra detta azione e la *actio pro socio*, cfr. D. 13.6.7.1 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Sed si legis Aquiliae adversus socium eius habuit commodator actionem, videndum erit, ne cedere debeat, si forte damnum dedit alter, quod hic qui convenitur commodati actione sarcire compellitur*. D. 17.2.47.1 (Ulp. 30 *ad Sab.*): *Sed si ex causa furtiva condixero, cessabit pro socio actio, nisi si pluris mea intersit. Si damnum in re communi socius dedit, Aquilia teneri eum et Celsu et Iulianus et Pomponius scribunt*. D. 17.2.48 (Paul. 6 *ad Sab.*): *Sed nihilo minus et pro socio tenetur*. D. 17.2.49 (Ulp. 31 *ad ed.*): *Si hoc facto societatem laesit, si verbi gratia negotiatorem servum vulneravit vel occidit*. D. 17.2.50 (Paul. 6 *ad Sab.*): *Sed actione pro socio consequitur, ut altera actione contentus esse debeat, quia utraque actio ad rei persecutionem respicit, non ut furti ad poenam dumtaxat*. D. 9.4.10 (Paul. 22 *ad ed.*): *Sed et eo nomine agere cum socio poterit, quod servum comune deteriore fecit quemadmodum cum quolibet alio, qui rem communem deteriore ferisse. Ceterum si nihil praeterea post*

Il frammento, pertanto, nel commentare l'*intentio* dell'*actio pro socio*, trattando di un danno che doveva trovare la sua sanzione nell'ambito di tale azione, estendeva la responsabilità del socio anche alla colpa. Infatti, nell'eventualità contraria (ossia nel caso di limitazione della responsabilità del socio al solo dolo), detto danno non avrebbe trovato alcuna tutela nell'ambito

noxae deditionem commune habebit, pro socio vel, si socii non fuerunt, in factum agi posset. Come affermano Celso, Ulpiano e Pomponio, dunque, il socio che ha cagionato un danno alla cosa comune può essere tenuto a rispondere ai sensi della *lex Aquilia*, qualora ne ricorrano i presupposti. Ma al contempo il socio può anche essere tenuto a rispondere («*sed nihilo minus et pro socio tenetur*») ai sensi dell'*actio pro socio*. In caso di colpa aquiliana, pertanto, il socio risponde con l'*actio legis Aquiliae* e con l'*actio pro socio*. Tale concorso di azioni è, tuttavia, alternativo (o elettivo), posto che, come affermato dal giurista Paolo in D. 17.2.50, a differenza di quanto avveniva per l'*actio furti* (nell'ambito della quale, per definizione, rileva solo la condotta dolosa), entrambe le azioni avevano carattere reipersecutorio, e pertanto, di regola, non potevano essere cumulate, in ossequio al principio *bis de eadem re ne sit actio*. Solo in un caso l'*actio pro socio* poteva essere esperita successivamente all'*actio legis Aquiliae*, ossia quando con l'azione contrattuale si facevano valere pretese non contemplate nell'azione *ex lege Aquilia*. In tal caso il *iudex*, nell'ambito del *iudicium bonae fidei*, che, come è noto, gli concedeva ampi margini di libertà nel valutare le circostanze del caso concreto, avrebbe quindi dovuto detrarre dalla condanna quanto già ottenuto dall'altro socio in virtù del vittorioso esperimento della *lex Aquilia*. In tema di concorso tra *actio pro socio* e *actio legis Aquiliae* cfr. anche B. BIONDI, *Iudicia bonae fidei*, Palermo, 1918, pp. 108 ss.; A. POGGI, *Il contratto di società*, cit., pp.114 ss.; A. BISCARDI, *Sulla data della lex Aquilia*, in *Scritti Giuffrè*, I, 1967, pp. 75 ss.; J. D'ORS, *Derecho privado romano*, Madrid, 1991, pp. 436 ss.; L. H. LERA, *El contrato de sociedad. La casuística jurisprudencial clásica*, cit., pp. 265 ss.

dell'azione contrattuale, ma soltanto attraverso l'esperimento di azioni diverse, che davano rilevanza alla responsabilità per colpa.

Proprio alla luce dell'assoluta peculiarità della fattispecie descritta nel frammento, il caso del danneggiamento alla cosa comune, pur ammettendo pacificamente, come riconosciuto anche dai sostenitori della teoria dell'*infamia*¹³⁶, la rilevanza della colpa del socio, non pare idoneo a proporre un criterio di responsabilità di per sé esportabile a tutti i casi di inadempimento contrattuale, dai quali, come detto, si discosta notevolmente.

Si tratta ora di verificare se le medesime considerazioni possano essere svolte anche in merito all'altra ipotesi di responsabilità per colpa descritta nel frammento ulpiano, ossia al caso del socio che avesse conferito *in societate* la propria prestazione d'opera; ciò anche al fine di appurare se tale casistica debba ritenersi in qualche modo tassativa – con la conseguenza che quindi il socio rispondeva certamente anche per colpa, come affermato in apertura di frammento, ma solo nelle ipotesi illustrate specificatamente nel frammento – oppure se, al contrario, tale illustrazione assuma, come sostenuto dalla più recente dottrina, semplicemente una «funzione esemplificativa» della suddetta *regula* enunciata da Celso, che rappresenterebbe, in questa prospettiva, «un principio generale e perciò sempre valevole»¹³⁷.

Venendo, quindi, all'analisi della fattispecie riferita nel responso celsino, si ribadisce che il giurista afferma che laddove un socio conferisse la propria *ars* o la propria *opera*, come nel caso di un gregge affidato al socio pastore

¹³⁶ Cfr. V. ARANGIO RUIZ, *La società*, cit., pp. 193 ss.

¹³⁷ G. SANTUCCI, *Il socio d'opera*, cit. p. 246.

affinché lo portasse al pascolo¹³⁸ o nel caso di un campo affidato al socio agricoltore per percepirne i frutti, egli era tenuto a rispondere anche per inadempimento colposo. In tali casi, infatti, i prestatori d'opera sostituivano, integralmente o parzialmente, il tradizionale conferimento di capitale *in societate* svolgendo la propria attività: il valore economico del servizio reso dal socio suppliva, dunque, alla mancanza di un contributo in denaro o in *res*.

Ne consegue che il socio dovesse rispondere anche per colpa, proprio perché, ragionando *a contrario*, se egli non avesse dovuto svolgere l'opera con la perizia richiesta dalle regole dell'*ars* prestata, si sarebbe verificato uno squilibrio nell'assetto contrattuale pattuito. Ed è proprio in questa equiparazione tra il socio di capitale ed il socio d'opera che si coglie il fondamento dell'affermazione della responsabilità colposa del debitore: il socio d'opera, infatti, come già ricordato nel primo capitolo, in virtù dell'*ars* prestata, poteva garantirsi un apporto maggiore agli utili o addirittura essere esentato *in toto* dalle perdite (in caso di bilancio attivo della società egli sopportava, infatti, il 'danno' di aver prestato la propria opera, suscettibile di valutazione economica, inutilmente)¹³⁹: era

¹³⁸ Cfr. C. ARNÒ, *Il contratto di società*, cit., p. 96: «intendi che qui si tratta non di un semplice pastore, ma di pregiata persona tecnica con cognizioni o attitudini speciali all'allevamento del bestiame, ché, altrimenti, si tratterebbe di *locatio-conductio*».

¹³⁹ Paiono evidenti le connessioni, in tema di equilibrio ed equiparazione economica tra il conferimento del socio capitalista ed il conferimento del socio d'opera, tra quanto affermato da Celso e la c.d. *Magna Quaestio*, laddove si afferma che il socio poteva essere esentato dalle perdite, qualora avesse conferito una prestazione d'opera talmente preziosa da rendere equa tale soluzione (e quindi, in concreto, quando il valore economico di tale opera fosse equiparabile, in proporzione alle rispettive quote, alla

quindi assolutamente necessario che «il socio di capitale fosse in grado, *in itinere*, o in ogni caso al termine del contratto, di chiedere – sotto il profilo giuridico – ragione della mancata o imperfetta esecuzione dell’opera promessa»¹⁴⁰.

E a proposito di mancata o imperfetta esecuzione della prestazione, si deve precisare che, mentre il conferimento di capitale non poneva problemi di particolare rilievo, come, più in generale, può dirsi con

diminuzione patrimoniale subita dal socio capitalista a fine gestione in caso di bilancio negativo dell’attività sociale). Cfr. Gai 3.149: *Magna autem quaestio fuit, an ita coiri possit societas, ut quis maiorem partem lucretur, minorem damni praestet. Quod Q. Mucius contra naturam societatem esse existimavit. Sed Servius Sulpicius, cuius etiam praevaluit sententia, adeo ita coiri posse societatem existimavit, ut dixerit illo quoque modo coiri potest, ut quis nihil omnino damni praestet, sed lucri partem capiat, si modo opera eius tam pretiosa videatur, ut aequum sit eum cum hac patione in societatem admitti. Nam et ita coiri societatem constat, ut unus pecuniam conferat, alter non conferat, et tamen lucrum inter eos commune sit; saepe enim opera alicuius pro pecunia valet. D.17.2.29.1 (Ulp. 30 ad Sab.): Ita coiri societatem posse, ut nullam partem damni alter sentiat, lucrum vero commune sit, Cassius putat: quod ita demum valebit (ut et Sabinus scribit) si tanti sit opera, quanti damnum est: plerumque enim tanta est industria socii, ut plus societati conferat quam pecunia: item si solus naviget, si solus peregrinetur, periculo subeat solus. D.17.2.30 (Paul. 6 ad Sab.): Mucius libro quarto decimo scribit non posse societatem coiri ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat: Servius in notatis Mucii ait nec posse societatem ita contrahi, neque enim lucrum intelligitur nisi omni damno deducto neque damnum nisi omni lucro deducto: sed potest coiri societatem ita, ut eius lucri, quod reliquum in societate sit omni damno deducto, pars alia feratur, et eius damni, quod similiter relinquatur, pars alia capiatur.*

¹⁴⁰ G. SANTUCCI, *Il socio d’opera in diritto romano*, cit., p. 254.

riguardo alla prestazione di *dare*, l'adempimento dell'obbligazione di *facere*, ed, in particolare, di prestare una *ars*, non poteva essere valutato facendo riferimento ad un criterio di imputazione come il dolo, in quanto tale criterio dava rilievo alla sola ipotesi della volontà di non adempiere e comunque, anche nella sua versione più elastica valorizzata dai sostenitori della teoria dell'*infamia*, non permetteva di dare rilievo alle (verosimilmente frequenti) ipotesi in cui l'opera fosse sì eseguita dal socio debitore, ma non a regola d'arte¹⁴¹.

In tali ipotesi, infatti, laddove la responsabilità fosse realmente stata limitata al dolo, il socio capitalista sarebbe stato costantemente esposto, nel corso della 'vita' della società, a continui squilibri contrattuali, senza poter ricorrere ad alcun rimedio ed, in particolare, senza poter ricorrere alla tutela predisposta dalla *actio pro socio*.

Alla luce di quanto sopra, pare che anche in tale ipotesi l'estensione della responsabilità del debitore alla colpa sia la conseguenza delle peculiarità del caso concreto. Così come, infatti, nel caso del danno alla cosa comune, affatto diverso dalla responsabilità contrattuale, l'affermazione della responsabilità per *culpa* rispondeva alla necessità di estendere anche all'*actio pro socio* i criteri di imputabilità che dovevano trovare applicazione nelle azioni che con questa concorrevano, nel caso del

¹⁴¹ Cfr. C.A. CANNATA, *Impossibilità sopravvenuta e 'culpa debitoris' nelle obbligazioni da 'stipulatio in dando*, in *SDHI*, 32, 1966, p. 65: «nel campo delle obbligazioni di *facere*, per stabilire se il debitore abbia o ancora non abbia "fatto" sarà di regola necessario l'impiego di criteri di valutazione tratti dalle varie tecniche o dal senso comune, nel campo del *dare*, il *datum* e il *non datum* vengono discriminati sulla semplice valutazione giuridica dell'avvenuto o non avvenuto acquisto della proprietà da parte del creditore».

conferimento d'opera, tale estensione trovava giustificazione nella necessità di tutelare il socio capitalista e, di conseguenza, l'equilibrio dell'assetto contrattuale, valutando quindi la speculare prestazione del socio d'opera secondo le regole proprie dell'*ars* prestata¹⁴².

L'analisi del frammento sopra citato, pur nella sua estrema importanza, lascia sostanzialmente aperto il dibattito sull'imputabilità al *socius* della responsabilità per colpa. Non è, infatti, possibile ritenere con ragionevole certezza che le ipotesi tracciate da Celso costituissero meri esempi di una *regula iuris* generalmente applicabile nella *societas* consensuale. Certamente si può dedurre dalle considerazioni sin qui svolte che la colpa aveva molto probabilmente uno spazio rilevante nel contratto societario (tenuto anche conto che, verosimilmente, dovevano essere assai frequenti le ipotesi di danno alla cosa comune o di conferimento d'opera, quest'ultimo specialmente nelle società di lucro) ma ciò non pare sufficiente ad affermare che tale criterio di imputabilità costituisse un parametro

¹⁴² In tali ipotesi infatti, come detto, si trattava di prestazioni di specifico carattere tecnico; il socio obbligato in tal senso doveva pertanto eseguire l'opera a regola d'arte, ossia secondo le regole di quella determinata *ars*, conformemente alle conoscenze specialistiche e alle abilità proprie dell'*artificium* richiesto. E quando il socio non si atteneva a tali abilità specifiche (che, necessariamente, dovevano essere parametrize con criteri oggettivi ad un modello astratto), eseguendo male la propria prestazione, egli si rendeva inadempiente per colpa intesa come *imperitia*, criterio di imputabilità che opera, appunto, ogniqualvolta il debitore sia tenuto a svolgere una prestazione in qualità di soggetto competente in una determinata tecnica (*artifex*). Cfr. in tale senso, D. 19.2.9.5-6 (Ulp. 32 *ad ed.*). Cfr. anche C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, cit., pp. 241 ss.; P. VOICI, *Diligentia, custodia, culpa*, cit., pp. 84 ss.

generalmente applicabile nell'ambito della responsabilità contrattuale del *socius*.

Per giustificare, invece, una simile conclusione, è ora necessario prendere in esame anche gli ulteriori e numerosi frammenti del Digesto che fanno riferimento alla responsabilità colposa del *socius* anche al di fuori di tali peculiari ipotesi.

6. La responsabilità per negligenza del socio

Si tratta, in particolare, di numerosi casi in cui il socio, non chiamato ad eseguire alcuna prestazione in qualità di *artifex*, era tenuto a rispondere per una sua condotta colposa determinata non da *imperitia* ma da semplice *neglegentia*, espressione che è richiamata esplicitamente in alcuni frammenti del Digesto. Si fa riferimento, in primo luogo, ad un passo ulpiano in tema di *compensatio lucri cum damno*¹⁴³:

D. 16.2.10pr. (Ulp. 63 *ad ed.*): *Si ambo socii parem negligentiam societati adhibimus, dicendum est desinere non invcem esse obligatos ipso iure compensatione neglegentiae facta. Simili modo probatori, si alter ex re communi aliquid percepit, alter tantam negligentiam exhibuerit,*

¹⁴³ Cfr. B. BIONDI, *La compensazione nel diritto romano*, in *Annali Palermo*, XII, 1929, pp. 408 ss.; A. POGGI, *Il contratto di società*, cit., pp.107 ss.; C. ARNÒ, *Il contratto di società*, cit., pp. 264 ss.; M. TALAMANCA, *La società*, cit., pp. 854 ss.

*quae eadem quantitate aestimatur,
compensationem factam videri et ipso iure invicem
liberationem.*

Nonostante le accuse di interpolazione¹⁴⁴, il passo è stato generalmente considerato genuino dalla dottrina romanistica quantomeno nella parte che qui più interessa¹⁴⁵, ossia nella ricostruzione della fattispecie concreta e del contesto in cui questa si inserisce, che riguarda il caso del *bonorum emptor* del socio (fallito) che agisce contro l'altro socio per il risarcimento dei danni arrecati dalla *neglegentia* di quest'ultimo. In tale ipotesi, questi poteva opporre all'attore il danno che lo stesso fallito aveva a sua volta arrecato alla società per sua negligenza, facendo sì che il *bonorum emptor* agisse *cum deductione* di tale danno. Ne consegue che due soci che avessero condotto l'attività sociale con pari negligenza cessavano di «essere vicendevolmente obbligati, facendosi di diritto compensazione»¹⁴⁶ della loro reciproca negligenza.

Fanno espresso riferimento alla *neglegentia* o al comportamento negligente del socio («*neglegenter*») anche due passi di Ulpiano e Paolo che, simili nel contenuto, sono stati generalmente ritenuti genuini dalla dottrina romanistica, ad eccezione di mere mende formali, quali l'espressione «*et ideo*» che apre il secondo frammento¹⁴⁷:

¹⁴⁴ Cfr. A. PERNICE, 'Labeo'. *Römisches Privatsrecht im ersten Jahrhundert der Keiserzeit*, cit.

¹⁴⁵ Cfr. S. SOLAZZI, *La compensazione nel diritto romano*, cit., pp. 150 ss.

¹⁴⁶ C. ARNÒ, *Il contratto di società*, cit., p. 274.

¹⁴⁷ B. BIONDI, *La compensazione nel diritto romano*, cit., pp. 430 ss.; E. DEL CHIARO, *Le contrat de société*, cit., pp. 179 ss.;

D. 17.2.25 (Paul 6 *ad Sab.*): *Non ob eam rem minus ad periculum socii pertinet quod negligentia eius perisset, quod in plerisque aliis industria eius societas aucta fuisset: et hoc ex appellatione imperator pronuntiavit.*

D. 17.2.26 (Ulp. 31 *ad ed.*): *Et ideo si socius quaedam neglegenter in societate egisset, in plerisque autem auxisset, non compensatur compendium cum negligentia, ut Marcellus libro sexto digestorum scripsit.*

I responsi affermati dai due giuristi nei frammenti in esame sono del tutto analoghi. Da un lato si afferma, infatti, che il socio era certamente tenuto a rispondere per ciò che fosse perito per via della sua condotta negligente, ancorché egli, in numerose altre operazioni, in virtù della sua *industria*¹⁴⁸, avesse portato vantaggio alla società. Allo stesso modo, nel fr. 26 si afferma che se in qualche affare della società un socio avesse tenuto una condotta negligente, pur avendo in altre occasioni portato procacciato utili, quest'ultimi non avrebbero potuto in ogni caso essere compensati con i danni, in quanto il socio ha due obblighi indipendenti che non si elidono vicendevolmente: dividere gli utili conseguiti nell'ambito dell'attività sociale con i consoci e risarcire questi ultimi

POGGI, *Il contratto di società*, cit., pp.117 ss.; H. KRELLER, *Kritische Digestenexegesen «Compensatio»*, in *IURA*, II, 1951, pp. 98 ss.; E. BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in diritto romano*, cit., pp. 246 ss.

¹⁴⁸ Sul tema dell'*industria* e della *gratia* del socio cfr. G. SANTUCCI, *Il socio d'opera*, cit., pp. 103 ss.

per i danni causati alla società per sua negligenza nello svolgimento della stessa attività sociale¹⁴⁹.

Tali frammenti, come detto, sono stati considerati sostanzialmente genuini dalla dottrina romanistica, ivi ricomprendendovi anche coloro che hanno sostenuto la teoria dell'*infamia* e la conseguente limitazione della responsabilità del socio al dolo. L'apparente contraddizione di tale assunto è stata, tuttavia, giustificata da Arangio-Ruiz attraverso l'affermazione che la *neglegentia* riferita nei frammenti 25 e 26 sarebbe da ricondurre non al concetto di colpa, ma al concetto di negligenza dolosa, intesa nel senso di un assoluto e

¹⁴⁹ Cfr. B. BIONDI, *La compensazione*, cit., p. 230: «La decisione risulta ben fondata... Se un socio ha esplicito un'attività vantaggiosa per la società, è tenuto a comunicare il lucro ai soci; ma se d'altra parte, ha recato danno alla società, deve risponderne. Sono dunque due obblighi che cadono sulla medesima persona, i quali, lungi dal neutralizzarsi a vicenda, si cumulano, in quanto che gli altri soci hanno diritto ad avere la loro quota tanto di lucro che di risarcimento del danno». Analoghe considerazioni sono svolte da C. ARNÒ, *Il contratto di società*, cit., p. 271: «Il socio ha due obblighi, l'uno dall'altro indipendente, che non si elidono affatto, ma l'uno all'altro si aggiunge. Ha il socio, esplicito un'attività vantaggiosa per la società, procacciato con varie operazioni utile alla società? Ebbene, conferisca i lucri, ché i consoci hanno diritto alla loro quota del lucro conseguito, ed il socio, che ha così diligentemente operato verrà anch'egli a partecipare nella dovuta proporzione alla ripartizione dell'utile: il socio doveva vendere certe mercanzie e con il prezzo riscosso doveva acquistarne delle altre, e in tutto questo ha operato con grande profitto per la società; tale profitto deve essere conferito. Ha il socio stesso per sua colpa cagionato un danno alla società, in quanto con altre operazioni ha fatto acquisti, con colpevole imprudenza, di merci a prezzo tale, per cui la società viene a risentire grave pregiudizio? Ebbene, risarcisca per intero i danni, ché i consoci hanno diritto ad avere la loro quota di risarcimento».

consapevole disinteresse per le obbligazioni assunte con il contratto¹⁵⁰.

A ben vedere, tuttavia, nei casi sopra citati nessun elemento pare deporre a favore di una così ristretta limitazione della *neglegentia* del *socius* alla sola ipotesi di una totale e volontaria trascuratezza dell'attività oggetto del rapporto associativo. Come giustamente rilevato da Poggi, infatti, nelle fattispecie proposte dalle l. 25 e 26 non si pongono casi di sistematica noncuranza, che Arangio-Ruiz equipara al dolo, ma, al contrario, solo «casi in cui il socio eseguisce male o non eseguisce per negligenza solo alcuni affari sociali, ed in ciò arreca un danno di cui deve rispondere agli altri soci, ma di altri affari egli si occupa e così bene da arrecare una guadagno»¹⁵¹. Si tratta, quindi, di soci che, nella generalità dei casi, hanno portato grandi vantaggi alla società grazie alle loro capacità e al loro impegno, ma che in singoli episodi, per negligenza, hanno arrecato danno o portato perdite, delle quali sono tenuti a rispondere. Pare, pertanto, fuorviante ricondurre tali fattispecie nell'ambito della *neglegentia* così come tratteggiata da Arangio-Ruiz, ossia in un disinteresse così marcato da finire per identificarsi col dolo.

¹⁵⁰ Arangio-Ruiz (V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 49) afferma espressamente che «le l. 25 e 26 che parlano di *neglegentia* si riferiscono a negligenza dolosa», portando quale esempio di tale criterio di responsabilità, nel trattare il tema della responsabilità del tutore e del mandatario, «il caso che tutore o mandatario si disinteressino affatto dell'incarico accettato o dell'ufficio assunto, mentre è da escludere il dolo quando essi per trascuratezza non provvedano ad alcuni affari, ma d'altro canto risulti che il mandatario si adopera per eseguire l'incarico, che il tutore amministra onestamente».

¹⁵¹ A. POGGI, *Il contratto di società*, cit., p. 129.

I passi sinora analizzati in tema di *compensatio lucri cum damno*¹⁵², oltre a consentire di ricostruire la disciplina dell' istituto nel senso che il singolo socio non era ammesso a tale compensazione laddove avesse allo tesso tempo recato danno e portato vantaggio alla società, mentre poteva invece compensare i danni arrecati alla società con i danno alla stessa arrecati dall'altro socio, assumono senz'altro rilievo anche nella ricostruzione della disciplina della responsabilità contrattuale dei soci in epoca classica. Essi offrono, infatti, una importante testimonianza del rilievo dato dai *prudentes* alla colpa in tema di società anche al di fuori dei due peculiari casi riportati nel testo fondamentale di Ulpiano.

Il terreno elettivo per l'affermazione della rilevanza dell'inadempimento colposo del socio è rappresentato, in particolare, dall'attività svolta dal socio stesso nel corso della vita sociale. Assume quindi primario rilievo anche in questa ipotesi la prestazione di *facere* del debitore, la quale, ancorché non connotata dal necessario rispetto dei criteri di una specifica *ars*, richiede per il suo

¹⁵² Sul punto cfr. anche D. 17.2.23.1 (Ulp. 30 *ad Sab.*): *Idem quaerit, an commodum, quod propter ammissum socium accessis, compensari cum damno, quod culpa praebuit, debeat, et ait compensandum. Quod non est verum, nam et Marcellus libro sexto digestorum scribit, si servus unius ex sociis societati a domino praepositus negligenter versatus sit, dominum societati qui praeposuerit praestaturum nec compensandum commodum, quod per servum societati accessit, cum damno: et ita divum Marcum pronuntiasse, nec posse dici socio: «abstine commodo, quod per servum accessit, si damnum petis».* Il frammento pone l'analogo caso dello schiavo preposto da uno dei soci alla cura dell'azienda sociale. Similmente a quanto visto nei frammenti in esame, chi lo ha preposto dovrà rispondere del danno da questi causato verso la società, e non potrà compensare a detto danno il vantaggio portato alla società dallo stesso schiavo.

adempimento un comportamento diligente da parte del debitore.

Tale assunto trova piena conferma anche in un altro passo ulpiano, che tratta di una *societas ad emendum* che presupponeva lo svolgimento di una attività da parte di uno dei soci:

D. 17.2.52.11 (Ulp. 31 *ad ed.*): *Si qui societatem ad emendum coierint, deinde res alterius dolo vel culpa emta non sit, pro socio esse actionem constat. Plane si condicio sit adiecta «si intra illum diem veniret», et dies sine culpa socii praeterierit, cessabit actio pro socio.*

Anche tale passo non è mai stato sospettato di interpolazioni¹⁵³, ma rientra semplicemente tra quelli che in tema di responsabilità contrattuale sono stati maggiormente trascurati dalla dottrina romanistica, come rilevato anche da Poggi¹⁵⁴.

Si tratta, in tale ipotesi, con ogni probabilità di una *societas unius rei*, nella quale un socio si era incaricato di concludere un determinato acquisto entro un termine prestabilito. Ulpiano afferma che in caso di mancata conclusione dell'affare per dolo o colpa del socio, quest'ultimo sarebbe stato tenuto a rispondere secondo

¹⁵³ Cfr. L. H. LERA, *El contrato de sociedad*, cit., p. 61: «D. 17.2.52.11 no ofrece ningun tipo de duda sobre su clasicidad, y es de destacar el abandono del que ha sido objeto por partes de los diversos autores, que se han ocupado de la responsabilidad en el contrato de sociedad».

¹⁵⁴ A. POGGI, *Il contratto di società*, cit., pp. 113 ss. In particolare, Arangio-Ruiz non ha preso in considerazione la fonte nella trattazione sulla responsabilità contrattuale, né in quella sulla società.

l'actio pro socio. Se il termine fosse, tuttavia, inutilmente decorso per causa non imputabile allo stesso, egli sarebbe stato del tutto esente da responsabilità.

Pur in assenza di uno specifico riferimento in tal senso, pare evidente che anche in questa ipotesi assuma primario rilievo il concetto di *neglegentia* del socio nell'ambito dell'attività che era tenuto a svolgere¹⁵⁵. Egli, infatti, era tenuto per contratto ad adoperarsi ed a fare tutto quanto in suo potere per portare a termine un affare commerciale entro un termine prestabilito. E sarebbe stato tenuto a rispondere per il mancato compimento dell'operazione, a meno che tale termine non fosse vanamente decorso per cause che non dipendenti da un suo comportamento doloso o colposo. In tale ipotesi, pertanto, è possibile «identificare il contenuto della *culpa* del socio

¹⁵⁵ Può essere letto come un caso di responsabilità per negligenza del socio anche D. 17.2.52.4 (Ulp. 31 *ad ed.*): *Quidam sagariam negotiationem coierunt: alter ex his ad merces comparandas profectus in latrones incidit suamque pecuniam perdidit, servi eius vulnerati sunt resque proprias perdidit. Dicit Iulianus damnum esse commune ideoque actione pro socio damni partem dividiamo agnoscere debere tam pecuniae quam rerum ceterarum, quas secum non tulisset socius nisi ad merces communi nomine comparandas proficiscerentur. Sed et si quid in medicos impensum est, pro parte socium agnoscere debere rectissime Iulianus probat. Proinde et si naufragio quid periit, cum non alias merces quam navi solerent advehi, damno ambo sentient: nam sicuti lucrum, ita damnum quoque commune esse oportet, quod non culpa socii contingit.* Nel passo, anch'esso libero da sospetti di contaminazioni postclassiche o giustinianee, Ulpiano afferma, riportando il pensiero di Giuliano, che il socio viaggiatore che abbia subito dei danni per un naufragio possa dividere gli stessi con l'altro socio (così come le spese sostenute per il viaggio), ove ciò non sia dipeso da sua colpa.

in uno stato di inerzia ed inoperosità rispetto agli impegni assunti»¹⁵⁶.

Deve, quindi, per certi versi stupire la scarsa considerazione di cui questo frammento ha goduto da parte degli studiosi, rappresentando un chiaro esempio, del tutto privo di sospetti di ordine testuale, della responsabilità per colpa del socio, che, come detto, pare svilupparsi ed assumere rilevanza nell'ambito della prestazione di *facere* del socio, che, proprio in virtù della sua complessità e varietà (essendo peraltro tipica delle società di lucro ed, in particolare, delle *societates unius rei* o questuarie, che si sono sviluppate nell'ambito di una sempre più evoluta società mercantile), non può essere parametrata alla stregua del solo criterio del dolo.

Fermo restando, in ogni caso, che i riferimenti alla colpa del socio o, comunque, alla responsabilità dello stesso per condotte non riconducibili al dolo¹⁵⁷, come nel caso delle *renuntiatio* del socio¹⁵⁸ o della responsabilità

¹⁵⁶ G. SANTUCCI, *Il socio d'opera in diritto romano*, cit., p. 282.

¹⁵⁷ Cfr. anche D. 17.2.51pr. (Ulp. 30 *ad Sab.*): *Merito autem adiectum est ita demum furti actionem esse, si per fallaciam et dolo malo amovit, quia, cum sine dolo malo fecit, furti non tenetur*. In questo frammento i presupposti della *actio pro socio* sono messi in antitesi con l'*actio furti*, che, diversamente dalla prima, presuppone il dolo.

¹⁵⁸ Tra le varie cause di scioglimento della *societas*, quella relativa alla *renuntiatio*, allorquando quest'ultima avesse potuto ingenerare una responsabilità del socio che l'avesse esercitata, affaticò senza dubbio alcuno i giuristi romani, i quali dovettero compiere un sottile lavoro ermeneutico, per usare le parole di Bona, al fine di «differenziare la disciplina giuridica delle società questuarie (*alicuius negotiationis* e *unius rei*) da quella comune anche alla *s. omnium bonorum*, in modo che rispondesse alle esigenze di una più complessa e affinata economia mercantile». Così in F. BONA, *Contributi alla storia della «societas universorum quae ex quaestu*

*veniunt» in diritto romano, cit., p. 446. Ad ogni buon conto, la teoria della renuntiatio, così come venne profilandosi, prevedeva rispettivamente una diversa disciplina per la cosiddetta renuntiatio dolosa e per quella definita quale intempestiva. Preliminarmente è opportuno osservare che il consenso, in ambito societario, rivestiva una rilevanza tale per cui, manifestatane la cessazione, da parte di uno dei soci, tale manifestazione era di per sé sufficiente a far venir meno il contratto precedentemente in essere. Vero è, tuttavia, che nonostante il pacifico riconoscimento del principio della renuntiatio a favore dei consoci, quest'ultimo non avrebbe potuto permettere di eludere l'esigenza che il socio, durante la vita della società, e, pertanto, anche al momento dello scioglimento della stessa, venisse meno a quel dovere di comportarsi secondo la *fides bona*, che rappresentava, di fatto, il fondamento sul quale la *societas* si sarebbe dovuta reggere. Ecco perchè, dunque, in alcuni passi, i giuristi trattano di quello che suole definirsi quale recesso doloso; così in Gai 3.151, ove possiamo leggere: *At cum aliquis renuntiaverit societati, societas solvitur. Sed plane si quis in hoc renuntiaverit societati, ut obveniens aliquod lucrum solus habeat, veluti si mihi totorum bonorum socius, cum ab aliquo heres esset relictus, in hoc renuntiaverit societati, ut hereditatem solus lucri faciat, cogetur hoc lucrum communicare. Si quid vero aliud lucri fecerit quod non captaverit, ad ipsum solum pertinet. Mihi vero, quidquid omnino post renuntiatam societatem acquiritur, soli conceditur.* Cfr. anche I. 3.25.4. Quanto emerge dal passo in questione, dunque, è la decisione di recedere dalla società, da parte di un socio, con l'intenzione di arrecare un danno alla controparte. Analogamente siffatto problema si pone in *Paul., l. XXXII ad ed., D. 17.2.65.3-4* (Pal. 495). In questo frammento, il giurista Paolo commenta, ed in qualche modo restringe, quello che era il principio elaborato precedentemente da Cassio. Quest'ultimo, infatti, individuava una responsabilità del socio recedente tanto nel caso di una *societas omnium bonorum*, quanto in quello di una società *ad aliquam rem emendam*, proposto quale esempio di *societas* particolare. Nella prima fattispecie, il socio che avesse effettuato una *renuntiatio* avrebbe liberato da sé i soci, ma non altrettanto egli sarebbe risultato liberato nei confronti degli stessi. Nel secondo caso, invece, qualora avesse effettuato la suddetta *renuntiatio*, al*

fine di acquisire da solo la *res*, avrebbe risposto per l'*id quod interest*. Non sarebbe stato tenuto, tuttavia, nel caso in cui l'oggetto della *societas* non fosse più risultato di suo gradimento, poichè in tale fattispecie sarebbe venuto meno l'elemento doloso ("*quia hic nulla fraus est*"). Il principio elaborato da Cassio, di portata assai ampia e generale, viene tuttavia delimitato, come detto in precedenza, da Paolo, il quale restringe i casi di responsabilità alla *renuntiatio* effettuata *dolo malo*, e non a caso, pertanto, essa viene esclusa laddove l'oggetto della società risulti non essere più di gradimento per il socio che voglia recedere. Il criterio del recesso fraudolento, tuttavia, poteva di per sé non bastare ad individuare la responsabilità del socio; se è vero, infatti, che il dolo nel compiere la scelta avesse una portata dirimente, altrettanto si poteva dire, secondo i giuristi romani, ed in particolare secondo un orientamento proposto da Labeone, che anche l'intempestività della decisione, la quale avrebbe potuto arrecare danni alla *societas*, avrebbe altrettanto potuto essere posta a fondamento di una responsabilità del socio che l'avesse presa. È il medesimo passo paolino, in D. 17.2.65.5, a renderci edotti della possibilità di rispondere per una *renuntiatio* che si fosse rivelata *intempestiva*. In questo caso, l'oggettiva intempestività della *facultas renuntiandi* andava coordinata con l'interesse di tutti i soci, e, perciò, della *societas* considerata nel suo complesso, come sostenuto da Proculo. Si affermava, così, un criterio di responsabilità che si potrebbe definire oggettivo, il quale emerge anche da alcuni altri passi, e nello specifico in *Paul., l. VI ad Sab.*, D. 17.2.17.2 (Pal. 1729), ove compare espressamente il sintagma "*intempestiva renuntiatio*", ed in *Ulp., XXX ad Sab.*, D. 17.2.14 (Pal. 2740), ove invece si può leggere "*intempestive renuntietur societati*". Questa seconda tipologia di *renuntiatio* deve comunque essere tenuta distinta da quella effettuata *dolo malo*, proprio perchè il socio che decida di recedere, nel caso di specie, non lo fa con l'intenzione di arrecare danno ai consoci, bensì opera una scelta che nella sua oggettività risulta arrecare detrimento alla *societas*, ma è ben possibile, anzi è verosimile, che in questo caso egli compia tale atto senza essere al corrente del fatto che ciò possa rivelarsi dannoso. È questa, pertanto, come già anticipato, una forma di responsabilità di natura oggettiva, nella quale non viene ad incidere l'elemento soggettivo

dell'erede del socio¹⁵⁹, sono assai frequenti nelle fonti anche al di fuori di tali ipotesi, il terreno elettivo della

del socio che intenda esercitare la *facultas renuntiandi*, quanto, e piuttosto, il dato dell'evento dannoso verificatosi. Sul tema, si vedano A. MANIGK, s.v. *Societas*, cit., pp. 772 ss.; A. POGGI, *Il contratto di società*, cit., pp. 120 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano* cit., pp. 155 ss.; F. BONA, *Contributi alla storia della «societas universorum quae ex quaestu veniunt» in diritto romano*, cit., pp. 423 ss.; ID., *Studi sulla società consensuale in diritto romano*, cit., pp. 36 ss., 81 ss., 124 ss.; A. GUARINO, *La società in diritto romano* cit., pp. 97 e 165; M. TALAMANCA, s.v. *Società*, cit., pp. 826 ss.; P. CERAMI, *Impresa e 'societas' nei primi due secoli dell'Impero*, in F. MILAZZO (a c. di), *Affari, finanza e diritto nei primi due secoli dell'Impero*, Milano, 2012, pp. 204 ss.; G. SANTUCCI, *Il socio d'opera* cit., p. 36; S. VIARO, *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, Padova, 2011, pp. 309 ss.

¹⁵⁹ Nell'elenco delle cause di scioglimento della società va annoverata naturalmente la morte del socio, come possiamo evincere dai seguenti testi: Gai. 3.152; D. 17.2.4.1; D. 17.2.59pr.; D. 17.2.65.9; D. 17.2.65.11; D. 17.2.63.10; egualmente, dagli ultimi due passi citati, nonché da D. 17.2.4.1, apprendiamo dell'effetto estintivo della *capitis deminutio*. Sul punto cfr. B. ALBANESE, *Le persone nel diritto romano*, Palermo, 1979, p. 330 e nt. 41, p. 335, nt. 55, p. 338 e nt. 69. La morte portava alla estinzione della società in considerazione del fatto che, chi contraeva siffatto vincolo, intendeva evidentemente farlo con una determinata persona, come possiamo ancora una volta evincere dal passo gaiano, Gai. 3,152: *qui societatem contrahit certam personam eligit*. Ne consegue l'impossibilità, in linea generale, della prosecuzione della società fra i soci sopravvissuti, nonché fra questi ultimi e l'erede (o gli eredi) del defunto. Cionostante veniva data la possibilità di intentare una peculiare azione anche nei confronti dell'erede, così come parrebbe doversi desumere da *Ulp., l. XXX ad Sab.*, D. 17.2.35 (Pal. 2744): *nemo potest societatem heredi suo sic parere, ut ipse heres socius sit: in heredem autem socii proponitur actio, ut bonam fidem praestet*. Emerge, dunque,

ancora una volta, il principio, strettamente correlato alla *fides bona*, della responsabilità per dolo, questa volta tuttavia gravante sull'erede. Altrove, tuttavia, i giuristi parrebbero trattare anche di una diversa responsabilità dell'erede del socio, tenuto a rispondere della colpa di quest'ultimo, dato in verità alquanto sorprendente, in quanto colui che fosse succeduto al defunto era estraneo all'originario rapporto di fiducia, *intuitus personae*, sussistente tra il socio defunto ed i consoci. Il problema, tuttavia, si pone allorché si vadano ad analizzare i seguenti testi: *Paul., l. VI ad Sab., D. 17.2.36* (Pal. 1733): *et acti etiam culpam, quam is praestaret, licet socius non sit*; *Paul., l. XXXII ad ed., D. 17.2.65.9* (Pal. 495): *nec heres socii succedit: sed quod ex re communi postea quaesitum est, item dolus et culpa in eo quod ex ante gesto pendet, tam ab herede quam heredi praestandum est*. I due testi sono stati fortemente sospettati di interpolazione, ed in particolare, nel primo dei due, si troverebbe l'unica attestazione dell'uso del genitivo "acti", da *actus*, -us, secondo quanto si apprende in *VIR*, I. 325; è pur vero, tuttavia, che il Poggi ha dimostrato che si potrebbe viceversa trattare di un genitivo derivante da "actum" sostantivato, che non rappresenterebbe, in tal caso, una isolata eccezione nelle fonti. Tornando ora, invece, al contenuto dei due passi, riteneva il Mitteis che, se si fosse accettata come non spuria la menzione della *culpa* negli stessi, allora si sarebbe dovuto argomentare nel senso che, esistendo una particolare azione, fondata sulla *bona fides*, che permetteva di agire a fronte del fatto doloso dell'erede, i giuristi romani avrebbero poi preso le mosse da siffatta responsabilità per dolo, al fine di sviluppare anche quella per colpa. L'interpretazione del Mitteis, tuttavia, rischia forse di ampliare a dismisura la responsabilità dell'erede, tanto più tenendo conto, come si diceva in precedenza, del rapporto fiduciario su cui si sarebbe dovuta fondare la *societas*. Pare allora più verosimile interpretare i testi in questione in un altro modo, e cioè ritenendo che l'erede, il quale voglia continuare la gestione degli affari precedentemente intrapresa dal defunto, risponda nei limiti della colpa per quanto riguardava la precedente gestione del socio defunto, il quale a sua volta per colpa doveva rispondere. Ancora, però, è opportuno coordinare quanto enunciato sin qui con tre noti passi di Pomponio. Trattasi di *Pomp., l. XVII ad Sab., D. 17.2.35* e *D. 17.2.40* (Pal.

651) – confrontare anche Bas. XII,1,36 – e *Pomp., l. XII ad Sab.*, D. 17.2.59pr. Dalla lettura coordinata di questi testi possiamo apprendere che l’erede non era tenuto, in ogni caso, a proseguire gli affari iniziati dal suo autore, ma, d’altro canto, come emerge dall’ultimo dei tre passi trāditi, sebbene l’assunto sabiniano, secondo il quale la morte di un socio avrebbe cagionato la cessazione della società, avesse valore generale, occorre, sulla scorta di quanto già fatto da Labeone, in tema di *renuntiatio*, riconoscere che non sempre la morte di un socio avrebbe potuto e dovuto causare lo scioglimento della *societas*, laddove si trattasse di società diversa da quelle ordinarie, ed in particolare di *societas vectigalis*. In questo modo, pertanto, le apparenti aporie che potrebbero sorgere, a fronte di una lettura frammentaria dei testi in questione, possono essere superate. Il principio generale consisteva nello scioglimento della società, per morte di un socio; esso non avrebbe impedito, tuttavia, secondo il principio di buona fede, di agire contro l’erede del defunto che avesse agito con dolo. Infine, soprattutto a fronte di alcune categorie di società, si sarebbe dovuta ammettere un’eccezione al principio generale, grazie alla quale la *societas* sarebbe potuta sopravvivere alla morte di uno dei suoi componenti e l’erede sarebbe potuto, di fatto, subentrare. Non si trattava, tuttavia, per quest’ultimo, di un obbligo; qualora avesse accettato, tuttavia, egli avrebbe risposto anche per colpa, nei limiti della gestione precedentemente portata avanti dal defunto. L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, cit., p. 330 e nt. 43; A. MANIGK, s.v. *societas*, cit., pp. 772 ss.; A. POGGI, *Il contratto di società in diritto romano classico*, cit., pp. 125 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, cit., pp. 158 ss.; F. BONA, *Contributi alla storia della «societas universonum quae ex quaestu veniunt» in diritto romano*, cit., pp. 423 ss.; ID., *Studi sulla società consensuale in diritto romano*, cit., pp. 3 ss., 47 ss.; M.R. CIMMA, *Ricerche sulle società di publicani*, Milano, 1981, p. 229 e nt. 202 e pp. 231 ss.; M. TALAMANCA, s.v. *Società*, cit., pp. 834; R. ASTOLFI, *I libri tres iuris civilis di Sabino*, Padova, 2001, p. 236, nt. 182; L. MAGANZANI, *Publicani e debitori d’imposta. Ricerche sul titolo edittale ‘de publicanis’*, Torino, 2002, pp. 252 ss.; J. PLATSCHEK, *Studien zu Ciceros Rede für P. Quinctius*, München, 2005, pp. 20 ss.; A.M.

responsabilità colposa del *socius* pare essere rappresentato, come detto, proprio dall'inadempimento della prestazione di *facere* che lo stesso è tenuto a svolgere dell'ambito dell'attività sociale.

Non solo quindi in caso di conferimento di una *ars* o *opera*, ma, più in generale, in tutte le attività che il socio è tenuto a svolgere *in societate*, come nel caso della stipula di un contratto, egli è tenuto ad agire con *diligentia*.

Il solo criterio del dolo, infatti, pur interpretato in senso ampio e quindi idoneo in astratto a ricomprendere una vasta gamma di comportamenti riprovevoli, non era sufficiente a valutare l'adeguatezza della prestazione offerta dal socio, che, anche in virtù dell'estrema varietà di ipotesi che potevano rientrare nell'ampio schema negoziale proprio della *societas* consensuale, poteva assumere nei diversi casi sfaccettature e profili molto diversi.

Tornando al quesito iniziale, pare potersi affermare, alla luce di quanto detto, che la giurisprudenza classica si è posta il problema della responsabilità per colpa del socio, e che tale responsabilità sia stata affermata non solo in singole ipotesi tassative ed eccezionali (quali il caso del danno alla cosa comune o la prestazione di una *ars*), ma

FLECKNER, *Antike Kapitalvereinigungen. Ein Beitrag zu den konzeptionellen und historischen Grundlagen der Aktiengesellschaft*, Köln-Weimar-Wien, 2010, pp. 373 ss.; P. CERAMI, *Impresa e 'societas' nei primi due secoli dell'Impero*, in F. Milazzo (a c. di), *Affari, finanza e diritto nei primi due secoli dell'Impero*, cit., pp. 209 ss. In merito alle possibili interpolazioni che avrebbero interessato D. 17,2,36 e D. 17,2,65,9, si vedano V. ARANGIO-RUIZ, *La responsabilità contrattuale in diritto romano*, cit., p. 49 e nt. 1 e G. ROTONDI, *Scritti giuridici*, cit., p. 141. *Contra* l'ipotesi interpolazionistica A. POGGI, *Il contratto di società in diritto romano classico*, cit., p. 126.

nell'ambito di tutte le attività svolte dai soci nelle società di lucro.

LA RILEVANZA ESTERNA DEL CONTRATTO DI SOCIETÀ IN DIRITTO ROMANO CLASSICO

1. Considerazioni introduttive

La *societas*, in diritto romano classico, si caratterizzava per essere una fattispecie destinata a produrre obbligazioni unicamente tra i singoli soci che l'avessero contratta¹⁶⁰; in tal senso, inoltre, essa non poteva configurarsi quale soggetto – *rectius*, persona – giuridico differenziato

¹⁶⁰ Vedi M. TALAMANCA, *La 'societas'*, cit., p. 145. Il principio per cui la società romana creava tra i soci solo reciproche obbligazioni e non aveva alcuna rilevanza nei confronti dei terzi viene tradizionalmente associato al principio formulato da Ulpiano in D. 17.2.20 (*'nam socii mei socius meus socius non est'*), inserito dai compilatori in una più ampia discussione riportata in D. 17.2.19, dove tale aspetto è fondato sul carattere di *obligatio consensu contracta* della *societas*. Cfr. D. 17.2.19 (Ulp. 30 *ad Sab.*): *Qui admittitur socius, ei tantum socius est qui admisit, et recte: cum enim societas consensu contrahatur, socius mihi esse non potest quem ego socium esse nolui*. Su tale aspetto vedi anche R. KNÜTEL, *Die Haftung für Hilfspersonen im römischen Recht*, cit., pp. 423 ss.

rispetto ai soci, con la conseguenza che qualsiasi atto il *socius* avesse posto in essere, per quanto nell'interesse della *societas* stessa, esso sarebbe stato riferibile a tale socio soltanto.

Per queste ragioni, si suole affermare che il rapporto societario non avesse una rilevanza esterna nei confronti dei terzi, bensì vincolasse soltanto i *socii* contraenti il rapporto stesso.

Se quanto detto sin qui può essere, in linea di principio, ritenuto vero, secondo una autorevole dottrina¹⁶¹, per il periodo classico, deve tuttavia altresì ammettersi che vi fossero talune società particolari, commerciali, per le quali il problema della rilevanza esterna venne proponendosi, in realtà, in modo parzialmente diverso¹⁶².

¹⁶¹ Cfr., in particolare, M. TALAMANCA, *La 'societas'* cit., pp. 145 ss.

¹⁶² Come è noto, lo schema estremamente generico della *societas consensu contracta* poteva essere impiegato per una vasta gamma di diverse esigenze, che vennero confluendo nella progressiva configurazione di più tipi di società. Ai presenti fini rileva soprattutto la figura delle società questuarie (o di lucro), che assunsero primario rilievo nell'ambito di un contesto storico caratterizzato dalla progressiva espansione della prassi mercantile e lavorativa, tanto da rappresentare il modello presuntivamente applicabile in tutti i casi in cui i soci non avessero espressamente dichiarato quale tipo di società intendessero costituire. Cfr., in questo senso, D. 17.2.17 (Ulp. 30 *ad Sab.*): *Coire societatem et simpliciter licet: et si non fuerit distinctum, videtur coita esse universonum quae ex quaestu veniunt, hoc est si quod lucrum ex empione venditione, locatione conductione discendi*. Dallo schema generale della *societas omnium quae ex quaestu veniunt* (che aveva ad oggetto ogni acquisto futuro scaturente dall'opera dei soci, ad esclusione, di norma, degli acquisti derivanti da eredità, legati e donazioni: cfr. in questo senso D. 17.2.9 e 11) sono quindi sorte le c.d. società particolari, rappresentate dalla *societas alicuius negotiationis*, caratterizzata dall'esercizio permanente di una

Quattro tipologie di società commerciali rientravano nell'alveo di quelle poco sopra definite come particolari: la *societas argentariorum*¹⁶³, la *societas publicanorum*¹⁶⁴, la

specificata attività economica, industriale o commerciale, e la *societas unius rei*, circoscritta, quanto all'oggetto ed al tempo, allo svolgimento di un singolo affare o all'impiego di una sola *res*. Come meglio si vedrà in seguito, è proprio nell'ambito di tali forme societarie che sorse l'esigenza di individuare modalità e regole organizzative nuove, volte, in particolare, ad assicurare una maggiore stabilità della struttura imprenditoriale rispetto ai principi vigenti per le società ordinarie. Sulle società particolari, si vedano C. ARNÒ, *Il contratto di società*, cit., pp. 93 ss.; A. POGGI, *Il contratto di società in diritto romano classico*, cit., pp. 165 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, cit., pp. 141 ss.; M. BIANCHINI, *Studi sulla societas*, cit., pp. 52 ss.; F. BONA, *Contributi alla storia della 'societas universorum quae ex quaestu veniunt' in diritto romano*, cit., pp. 385 ss.; M. CIMMA, *Ricerche sulle società dei publicani*, cit., pp. 171 ss.; A. GUARINO, *La società*, pp. 26 ss.; M. TALAMANCA, *La 'societas'*, cit., pp. 145 ss.; M. MONTANARI, *Impresa e responsabilità. Sviluppo storico e disciplina positiva*, Milano, 1990, pp. 5 ss.; P. CERAMI, *Impresa e 'societas' nei primi due secoli dell'Impero*, cit., pp. 193 ss.

¹⁶³ Su cui si vedano D. 2.13.10.1; D. 16.3.8; D. 42.5.24.2; inoltre vd. M.J. GARCIA GARRIDO, *La sociedad de los banqueros*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, cit., pp. 375 ss.

¹⁶⁴ Vedi D. 39.4.1.1; D. 39.4.1.5; D. 39.4.9.5; D. 50.16.16; D. 50.6.6(5).10. Si vedano, inoltre, M.R. CIMMA, *Ricerche sulle società di publicani*, cit.; F. BONA, *Le 'societates publicanorum' e le società questuarie nella tarda repubblica*, in *Imprenditorialità e diritto nell'esperienza storica*, in *Atti Soc. It. Stor. Dir.*, a c. di M. Marrone, Palermo, 1992, pp. 17 ss.; L. MAGANZANI, *Publicani e debitori d'imposta. Ricerche sul titolo edittale de publicanis*, cit., nonché A. TRISCIUOGGIO, *'Societas publicanorum' e aspetti della responsabilità esterna*, in *Diritto@Storia. Rivista internazionale di Scienze giuridiche e Tradizione Romana*, 11, 2013.

*societas venalicioorum*¹⁶⁵ e la *societas exercitorum*¹⁶⁶. A partire dall'inizio del principato, se non dalla fine della *res publica*, tali categorie di società furono oggetto di maggiori attenzioni, tanto da parte della giurisprudenza, quanto da parte delle istituzioni politiche romane, essendo evidente il rilievo dell'interesse pubblico sotteso alle stesse¹⁶⁷; al contempo, nella stessa prassi commerciale

¹⁶⁵ D. 21.1.44.1 (*Paul., l. II ad ed. edil. cur.*). Il responso del giurista Paolo, come meglio si vedrà in seguito, è volto a tutelare coloro che, non sufficientemente esperti, avessero deciso di effettuare acquisti presso i mercanti di schiavi, che il giurista Paolo, nel passo, definisce quale “*genus hominum ad lucrum potius vel turpiter faciendum pronius*”. Cfr. M. TALAMANCA, *La 'societas'* cit., p. 152.

¹⁶⁶ D. 14.1.1.20; D. 50.6.6.3; D. 50.6.6.12. Si vedano F.M. de ROBERTIS, *Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano*, II, Bari, 1971, pp. 98 ss.; S. PULIATTI, *Il 'De iure fisci' di Callistrato e il processo fiscale in età severiana*, Milano, 1992, pp. 51 ss.; L. DE SALVO, *Economia privata e pubblici servizi nell'impero romano. I corpora naviculariorum*, in *Kleio. Studi storici a cura di Calderone*, Milano, 1992, pp. 254 ss. e 260, nt. 177.

¹⁶⁷ Il preminente interesse pubblicistico sotteso ai predetti tipi di società c.d. particolare è esplicitamente sottolineato in alcuni passi giurisprudenziali: per quanto riguarda la *societas argentariorum*, cfr. D. 2.13.10.1 (*Gai 1 ad ed. prov.*): *officium eorum (argentariorum) atque ministerium publicam habet causam*; D. 16.3.8: *idque (privilegium) propter necessarium usum argentariorum ex utilitate publica receptum est*; D. 42.5.24.2 (*Ulp. 64 ad ed.*): *qui pecunias apud mensam fidem publicam secuti deposuerunt*; con riguardo alla *societas publicanorum*, cfr. D. 39.4.1.1 (*Ulp. 55 ad ed.*): *publicani autem sunt, qui publico fruuntur*; D. 39.4.1.5 (*Ulp. 55 ad ed.*): *in ea familia (publicanorum) ... quae publico vectigali ministrat*; D. 39.4.9.5 (*Ulp 55 ad ed.*): *alterum eius utilitas privatorum, alterum vigor publicae disciplinae postulat*; D. 50.16.16 (*Gai 3 ad ed. prov.*): *eum qui vectigal populi Romani conductum habet 'publicanus' appellamus: nam 'publica'*

iniziò ad emergere la necessità di assicurare una maggiore stabilità a queste strutture imprenditoriali, nonché a ricercare regole in parte diverse, da quelle previste per le società ordinarie, così da poter garantire una rilevanza esterna per tali *societates*, anche per le sempre crescenti esigenze di tutela dei creditori della società¹⁶⁸. Non da

*appellatio in compluribus causis ad populum Romanum respicit; con riguardo, invece, alla *societas venalicioorum*, l'interesse pubblico era connesso, come già accennato, alla tutela di inesperti acquirenti rispetto alla condotta spregiudicata di mercanti di schiavi, che il giurista Paolo, in D. 21.1.44.1 (Paul. 2 ad ed.) qualifica, per l'appunto, quale 'genus hominum ad lucrum potius vel turpiter faciendum pronius'; per quanto riguarda, infine, la *societas exercitorum*, cfr. D. 14.1.1.20: *ad summam rem publicam navium exercitio pertinet.**

¹⁶⁸ Oltre che per il già richiamato principio dell'irrelevanza esterna del rapporto societario, la stabilità della struttura imprenditoriale risultava notevolmente compromessa dall'operatività di due principi organizzativi cardine della *societas consensu contracta*, quali il principio della dissoluzione della *societas* in conseguenza di *renuntiatio*, *capitis diminutio* o morte del socio, ed il principio dell'estinzione del rapporto sociale per effetto dell'esercizio della *actio pro socio* da parte di uno dei soci. Anche in relazione a tali principi, la giurisprudenza romana cercò di enucleare parametri diversi da applicare alla c.d. società particolari e correlati ad una oggettiva esigenza di stabilità e operatività della struttura imprenditoriale. A tal riguardo vedi, ad sempio, con riferimento al caso della morte del socio, D. 17.2.59pr. (Pomp. 12 ad Sab.): *Adeo morte socii solvitur societas, ut nec ab initio pacisci possimus, ut heres etiam succedat societati. Haec ita in privatis societatibus ait: in societate vectigalium nihilo minus manet societas et post mortem alicuius, sed ita demum, si pars defuncti ad personam heredis eius adscripta sit, ut heredi quoque conferri oporteat: quod ipsum ex causa aestimandum est. Quid enim si, si is mortus sit, propter cuius operam maxime societas coita sit aut sine quo societas administrari non possit?* Con riguardo, invece, all'esercizio della *actio pro socio* manente *societate* in relazione alle società

ultimo, si sviluppò la pratica di stipulare intese, in diverse forme, tra imprese dello stesso settore, in particolare nel campo degli appaltatori e degli armatori¹⁶⁹.

Il problema, d'altro canto, emerge, sebbene non sempre con estrema chiarezza, da alcuni passi giurisprudenziali, tra i quali pare opportuno citare anzitutto un testo di Papiniano:

Pap., l. III resp., D. 17.2.82: Iure societatis per socium aere alieno socius non obligatur, nisi in communem arcam pecuniae versae sunt.

Sebbene il testo sia stato in passato, assai autorevolmente, sospettato di interpolazione¹⁷⁰, tale corrente di pensiero risulta oggi sostanzialmente superata dalla dottrina, la quale, viceversa, ne ammette la genuinità sostanziale¹⁷¹.

commerciali di rilevante interesse pubblico, volta a neutralizzarne gli effetti estintivi, vedi D. 17.2.65.15 (Paul. 32 *ad ed.*): *nonnumquam necessarium est et manente societate agi pro socio, veluti cum societas vectigalium causa coita est propterque varios contractus neutri expediat recedere a societate nec refertur in medium quod ad alterum pervenerit.*

¹⁶⁹ P. CERAMI, *Impresa e 'societas' nei primi due secoli dell'Impero*, cit., p. 194.

¹⁷⁰ M. TALAMANCA, *La 'societas'*, cit., p. 151. L'autore, sulla base di una serie di considerazioni, non solo di natura formale, giungeva infine a sostenere che il passo «è però sicuramente guasto». Vedi inoltre, circa la possibile interpolazione della parte finale del testo (“*nisi...sunt*”), M. MONTANARI, *Impresa e responsabilità*, cit., p. 7, ntt. 9 e 10.

¹⁷¹ F. SERRAO, *Impresa e responsabilità*, cit., p. 68 e nt. 5; M.R. CIMMA, *Ricerche sulle società di publicani*, cit., p. 205, nt. 127; L. MAGANZANI, *Publicani e debitori d'imposta*, cit., pp. 251 ss., ove ulteriore bibliografia. Sul testo si veda, inoltre, il più recente

Il giurista, in realtà, pare voler affermare, in questo breve testo, prima la regola generale, in tema di rilevanza esterna della *societas*, onde poi proseguire introducendo una eccezione. Il riferimento all' *'arca communis'*, d'altro canto, anziché dover essere letto in chiave ostativa alla genuinità del passo¹⁷², risulta invece di grande momento, allorquando si legga il passo di Papiniano in correlazione ad un altro testo, assai importante sul tema, e dovuto a Gaio:

Gai., l. III ad ed. prov., D. 3.4.1pr.-1: Neque societas neque collegium neque huiusmodi corpus passim omnibus habere conceditur: nam et legibus et senatus consultis et principalibus constitutionibus ea res coercetur. Paucis admodum in causis concessa sunt huiusmodi corpora: ut ecce vectigalium publicorum sociis permissum est corpus habere vel arifodinarum vel argentifodinarum et salinarum. Item collegia Romae certa sunt, quorum corpus senatus consultis atque constitutionibus principalibus confirmatum est, veluti pistorum et quorundam aliorum, et naviculariorum, qui et in provinciis sunt. 1. Quibus autem permissum est corpus habere collegii societatis sive cuiusque alterius eorum nomine, proprium est ad exemplum rei publicae habere res

intervento di A.M. FLECKNER, *Antike Kapitalvereinigungen: ein Beitrag zu den konzeptionellen und historischen Grundlagen der Aktiengesellschaft*, cit., p. 348 e nt. 47.

¹⁷² Così infatti parrebbe in M. TALAMANCA, *La 'societas'*, cit., p. 151; è lo stesso autore, tuttavia, ad ammettere che l'*arca communis*, locuzione volta a definire la cassa sociale, fosse fenomeno proprio non solo dei *corpora*, bensì anche delle *societates publicanorum*.

communes, arcam communem et actorem sive syndicum, per quem tamquam in re publica, quod communiter agi fierique oporteat, agatur fiat.

Questo passo, verosimilmente, fu oggetto di parziale rielaborazione da parte dei compilatori giustiniani, volta, tuttavia, a riassumerne il contenuto, e non anche ad alterarlo, di modo che pare ragionevole affermare che quella riportata in questo testo fosse la disciplina vigente all'epoca degli Antonini¹⁷³.

Dal testo si evince come fosse possibile, per i membri di talune società commerciali, nonché di collegi professionali incaricati di svolgere servizi pubblici, “*habere res communes*” ed anche una cassa sociale, ovverosia una *arca communis*; al contempo, essi potevano agire od essere convenuti in giudizio per mezzo di un *actor sive syndicus*¹⁷⁴.

Nel paragrafo primo, il giurista si preoccupa, per l'appunto, di chiarire come *collegium* e *societas*, che in questo caso identificano due persone giuridiche, debbano avere una cassa comune ed un rappresentante, proprio come le *civitates*.

Anche in questo caso, tuttavia, come giustamente già messo in evidenza da Talamanca, Gaio, con il termine *societas*, intende fare riferimento esclusivamente alla

¹⁷³ In questo senso, vedi F.M. DE ROBERTIS, *Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano*, cit., pp. 386 ss.; P. CERAMI, *Impresa e 'societas' nei primi due secoli dell'Impero*, cit., p. 196.

¹⁷⁴ Vedi M. TALAMANCA, s.v. *Società*, cit., pp. 832 ss.; A. BISCARDI, *Rappresentanza sostanziale e processuale dei 'collegia' in diritto romano*, in *Iura*, 31, 1980, pp. 12 ss.; L. MAGANZANI, *Publicani e debitori d'imposta*, cit., p. 220.

*societas publicanorum*¹⁷⁵, con ciò venendo confermato, dunque, il carattere particolare di questa tipologia di impresa.

Gli elementi evidenziati nei due passi precedentemente considerati, e, in particolare, la possibilità di riconoscere alla *societas* lo statuto di persona giuridica, in uno svolgersi giocato tra regola ed eccezione, a seconda della tipologia di società presa in considerazione, emergono in realtà anche in alcuni altri passi.

Così, ad esempio, in *Ulp., l. XXXIX ad ed., D. 37.1.3.4*. Sebbene anch'esso sia stato fortemente sospettato di interpolazione in passato¹⁷⁶, nondimeno risulta essere di sicuro interesse, in quanto inerente al tema della possibilità, per le società, di ricevere *mortis causa*¹⁷⁷.

Non pare possa essere revocato in dubbio, infatti, il dato che queste ultime potessero ricevere, a titolo di legato o di *bonorum possessio*; non solo, parrebbe che le *societates* avessero la possibilità di agire, per chiedere quest'ultima, per il tramite di un *actor* o di una qualsiasi persona. La questione del ricorso all'*actor* si ripresenta, dunque, così come prospettata nel frammento gaiano analizzato poco sopra, e pare non debba esservi ragione, pertanto, per dubitare della genuinità sostanziale del testo su questo punto¹⁷⁸.

¹⁷⁵ M. TALAMANCA, *La 'societas'*, cit., p. 149.

¹⁷⁶ *Id.*, p. 146.

¹⁷⁷ F.M. DE ROBERTIS, *Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano*, cit., p. 370; A.M. FLECKNER, *Antike Kapitalvereinigungen: ein Beitrag zu den konzeptionellen und historischen Grundlagen der Aktiengesellschaft*, cit., pp. 282-283.

¹⁷⁸ *Ibid.* Diversamente, invece, riteneva che il passo, su questo punto, potesse essere corrotto, M. TALAMANCA, *La 'societas'*, cit., p. 146.

Fatto queste premesse, è ora necessario verificare le ipotesi più dibattute di eccezione alla suddetta regola generale dell'irrilevanza esterna del contratto di società, tralasciando quindi le *societates publicanorum* ed *argentariorum*, il cui diverso assetto rispetto al paradigma ordinario della *societas consensu contracta* non può essere messo in discussione e discende dall'innegabile rilievo pubblicistico di tali tipi societari¹⁷⁹; si dovrà quindi volgere

¹⁷⁹ La *societas argentariorum*, infatti, si distingueva nettamente dall'ordinaria *societas alicuius negotiationis* per due fondamentali caratteristiche: la solidarietà attiva e passiva intercorrente tra i soci, fondata sul vincolo sociale, e la rappresentanza reciproca dei soci nei confronti dei terzi. La ragion d'essere della solidarietà (attiva e passiva) degli *argentarii socii* nei confronti dei terzi era data dal fatto che i loro crediti, come affermato da giurista Paolo (cfr. D. 2.14.9pr.), andavano computati come uno solo, giacchè uno solo era il debito ('*quorum nomina simul facta sunt: unius loco numerabuntur, quia unum debitum est*'). Tali deroghe ai principi ordinari in tema si *societas* trovano esplicito riconoscimento nelle fonti (cfr. D. 2.14.25; D. 2.14.27; D. 2.14.9 e D. 4.8.34) e affondano le loro radici nella prassi bancaria, disciplinata dai pretori e guidata dalla giurisprudenza (vedi, in questo senso, *Rhet. ad Her.* 2.13.19: *Consuetudinis ius est id, quod sine lege aequae, ac si legitimum sit, usitatum est quod genus id quod argentario tuleris expensum, ab socio eius recte petere possis*). A questo proposito vedi M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1966, pp. 317 ss.; F. CANCELLI (a cura di), *La retorica a Gaio Erennio*, in *Centro di Studi Ciceroniani. Tutte le opere di Cicerone*, vol. 32, Milano, 1992, pp. 32 ss.; A. PETRUCCI, in P. CERAMI-A. DI PORTO-A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, Torino, 2004, pp. 169 ss. Per quanto attiene, invece, alla *societas publicanorum*, peraltro fornita di personalità giuridica, la deroga alla regola dell'irrilevanza esterna del rapporto sociale è espressamente sancita da Ulpiano in D. 2.14.14 (6 *ad ed.*), laddove si afferma che il *pactum* concluso dal *magister* (dirigente amministrativo preposto alla sede centrale) giovava e nuoceva a

l'attenzione verso i due tipi di società particolare che si sono sviluppati nella prassi imprenditoriale e mercantile: la società di mercanti di schiavi e la società di navigazione.

2. La società di mercanti di schiavi

In materia di c.d. società venaliciaria, assume primario rilievo un passo del giurista Paolo, che così si esprime sul punto:

D. 21.1.44.1 (*Paul. 2 ad ed. aed. cur.*):
proponitur actio ex hoc edicto in eum cuius maxima pars in venditione fuerit, quia plerumque venaliciarii ita societaem coeunt, ut quidquid agunt in commune videantur agere: aequum enim aedilibus visum est vel in unum ex his, cuius maior pars aut nulla parte minor esset, aedilicias actiones competere, ne cogeret emptorum multis litigare, quamvis actio ex empto cum singulis sit pro portione, qua socii fuerunt: nam id genus hominum ad lucrum potius vel turpiter faciendum pronius est.

tutti i soci ('*Item magistri societatum factum et prodesse et obesse constat*'), così come le *pactiones* effettuate con le singole comunità provinciali dal *pro magistro* (dirigente preposto a sedi provinciali). Inoltre, il contratto concluso dal *manceps* o dal *redemptor* (soci aggiudicatari nell'asta pubblica) coinvolgeva, di norma, tutti i soci. Cfr., a tal riguardo, M. CIMMA, *Ricerche sulle società dei publicani*, cit., pp. 82 ss. e P. CERAMI, *Impresa e 'societas' nei primi due secoli dell'Impero*, cit., pp. 198 ss.

Il frammento paolino disciplina la diversa operatività della legittimazione passiva nelle azioni edilizie rispetto all'*actio empti* in caso di vendita di schiavi ad opera di una *societas venlicaria*. Il giurista afferma, infatti, che le azioni edilizie – in caso di vizi fisici o morali dello schiavo, taciuti o dichiarati inesistenti dal venditore – potevano essere esperite dall'acquirente per l'intero contro il socio a cui spettasse una quota maggiore o uguale a quella degli altri (e pertanto, a parità di quote, l'acquirente poteva di fatto agire contro chiunque tra i venditori), a differenza di quanto invece avveniva per l'*actio empti*, che, al contrario, doveva essere esperita contro i singoli soci in proporzione alla quota a ciascuno spettante.

Ciò premesso, va anzitutto rilevato che l'interpretazione del passo generalmente seguita in dottrina¹⁸⁰ vada nel senso di ritenere che il giurista si riferisse unicamente alle ipotesi in cui tutti i soci avessero preso parte alla conclusione del contratto di compravendita e pertanto ciascuno di essi avesse venduto gli schiavi e si fosse singolarmente obbligato nei confronti del compratore secondo la propria quota di spettanza.

Tale conclusione è stata sostenuta sulla base dell'espressione '*plerumque venaliciarii ita societatem coeunt, ut quidquid agunt in commune videantur agere*', che alluderebbe, in questa prospettiva, al fatto che i *socii venaliciarii* erano soliti partecipare congiuntamente alla conclusione della compravendita¹⁸¹.

¹⁸⁰ Cfr. F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette* (trad. it), XVII, Milano, 1901, pp. 183 ss.; B. WINDSHEID, *Diritto delle Pandette* (trad. it.), cit., p. 174; ARANGIO-RUIZ, *La società*, cit., pp. 91 e 142 ss.; G. IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, Padova, 1955, pp. 71 ss.

¹⁸¹ In questo senso vedi V. ARANGIO RUIZ, *La società*, cit., p. 143: «Ma nel nostro passo questo regime (relativo alla *actio empti*,

Ove si intendesse aderire a tale orientamento, è quindi evidente che non si porrebbe, nel caso in esame, alcun problema di rispondenza alla regola generale dell'irrelevanza del rapporto nei confronti dei terzi, dal momento che, presupponendo la partecipazione di tutti i soci al singolo affare, tutto si ridurrebbe, evidentemente, ad una mera *quaestio voluntatis*. L'elemento di interesse del responso del giurista sarebbe quindi rappresentato, seguendo tale impostazione, unicamente dal riconoscimento di un eccezionale regime di legittimazione passiva dell'azioni edilizie, che avrebbero così potuto essere esperite, da colui che avesse acquistato schiavi da *socii venaliciarii*, per l'intero nei confronti di uno solo dei soci, senza la necessità di convenire anche l'altro, o gli altri, che avessero partecipato al contratto di compravendita (come invece avveniva secondo il regime ordinario previsto in tema di *actio empti*).

Accanto a tale tradizionale impostazione, alcuni autori, in tempi più recenti, hanno proposto una diversa lettura del

n.d.r.) viene contrapposto a quello, eccezionale e specialissimo, introdotto nei riguardi dell'azione redibitoria (creazione degli edili curuli, relativa esclusivamente ai vizi occulti dei servi ed animali venduti) e a danno dei venaliciarii socii. Poichè costoro – come il testo avverte – usavano presentarsi tutti insieme a contrattare, gli edili stabilirono che le loro azioni potessero intentarsi per l'intero anche contro il socio *cuius maxima pars in venditione fuerit*, (che avrà voluto dire, in origine, quello fra due soci che avesse la quota più alta nei profitti e nelle perdite, come tale (s'intende) dichiaratosi al compratore): e la giurisprudenza interpretò la massima con larghezza, ammettendo che le azioni potessero essere intentate sia contro chi si presentasse come venditore per metà, sia – in caso di più soci – contro chi avesse nella società una quota non inferiore a quella di chiunque altro, e quindi anche, a parità di quote, contro chiunque fra i venditori (*cuius maior pars aut nulla parte minor esset*)».

passo¹⁸², ritenendo, in particolare, che il discorso di Paolo non lascerebbe presupporre la partecipazione di tutti i soci *venaliciarii* alla vendita, ma, al contrario, l'espressione '*quia plerumque venaliciarii ita societatem coeunt, ut quidquid agunt in commune videantur agere*' sembrerebbe escluderla¹⁸³.

In questa prospettiva tale espressione, che costituisce la giustificazione logica dell'estensione della legittimazione passiva delle azioni edilizie, che potevano così essere esperite per l'intero contro il socio 'principale' o contro uno a scelta fra i soci paritari, non alluderebbe al fatto, come ritenuto da Arangio-Ruiz, che i *socii venaliciarii*, nella generalità dei casi, solevano agire presentandosi tutti a contrattare, ma, al contrario, tale motivazione andrebbe intesa nel senso che «*i venaliciarii per lo più costituiscono una società la quale valga a rendere palese ai terzi che qualsiasi affare è compiuto in comune, cioè nell'interesse di tutti*»¹⁸⁴. Essendo quindi palese che il socio, anche quando agisse da solo (e i sostenitori di questa interpretazione affermano che possa legittimamente ritenersi che tale ipotesi ricorresse non di rado¹⁸⁵), lo

¹⁸² Cfr. F. SERRAO, *Impresa e responsabilità*, cit., pp. 72 ss.; M. TALAMANCA, *Società*, pp. 830 ss.; P. CERAMI, *Impresa e 'societas' nei primi due secoli dell'Impero*, cit., pp. 193 ss.

¹⁸³ La medesima espressione era stata interpretata da Arangio-Ruiz nel senso che i *socii venaliciarii* «erano soliti presentarsi tutti insieme a contrattare», e pertanto gli edili stabilirono che le loro azioni potessero esperirsi per l'intero nei confronti del solo socio titolare di una quota maggiore degli schiavi venduti, V. ARANGIO-RUIZ, *La società*, cit., p. 142.

¹⁸⁴ F. SERRAO, *Impresa e responsabilità*, cit., p. 73.

¹⁸⁵ Cfr. F. SERRAO, *Impresa e responsabilità*, cit., p. 76: «Dal punto di vista pratico, infine, una società venaliciaria i cui soci fossero costretti ad intervenire tutti alla vendita di un singolo schiavo non doveva essere molto comoda e funzionale, specie ove

facesse palesando di non agire a titolo meramente personale ma anche a titolo dei consoci, le azioni edilizie sarebbero quindi state esperibili contro il socio per la quota maggiore o uguale.

Una simile ricostruzione del passo implica, a ben vedere, l'ammissione non solo di uno speciale regime di solidarietà fissato dagli edili (posto a tutela del compratore, che poteva così rivolgersi contro un solo socio, senza la necessità di convenire in giudizio anche gli altri), ma la rilevanza esterna del rapporto sociale, che si sarebbe verificata sia nel caso dell'azione edilizia intentata per l'intero contro un solo socio, sia nel caso dell'esperimento della *actio empti* contro i singoli soci nella misura delle rispettive quote sociali.

La principale questione interpretativa posta dal frammento di Paolo richiede, pertanto, di valutare se la legittimazione passiva alle due azioni, «variamente articolata, si possa fondare sul negozio concluso da un solo socio»¹⁸⁶. A tale quesito pare potersi dare risposta affermativa, soprattutto, come affermato dallo stesso Talamanca, sulla base della struttura grammaticale del passo, che non pare idonea a subordinare l'operatività dello speciale regime della legittimazione passiva delle azioni alla necessaria presenza di tutti i soci alla conclusione del contratto. In questo senso depone, in particolare, l'utilizzo da parte del giurista del termine *videantur*, che non sembra far pensare all'intervento di tutti i soci, quanto piuttosto al fatto che i *venaliciarii*, come già accennato, per lo più costituivano una società la quale

si pensi che uno dei vantaggi fondamentali dell'operare in società doveva essere costituito dalla possibilità per i *venaliciarii socii* di agire all'occorrenza contemporaneamente in diversi mercati».

¹⁸⁶ M. TALAMANCA, *Società*, cit., p. 830.

valesse a rendere palese ai terzi contraenti che qualunque affare sarebbe stato compiuto nell'interesse della società. Di qui la possibile affermazione di una rilevante eccezione, nell'ambito del commercio degli schiavi, alla regola generale degli effetti meramente interni del contratto di società.

3. La società di navigazione

Il problema della rilevanza esterna del rapporto sociale si pone in modo abbastanza evidente anche in relazione alla *societas exercitorum*, ovverosia la cosiddetta società di navigazione o degli armatori, come si può evincere da una serie di passi, raccolti sotto il titolo del Digesto '*De exercitoria actione*'¹⁸⁷.

In passato, una autorevole dottrina si era sforzata di dimostrare come i testi in questione, dei quali si tratterà di qui a breve, fossero in gran parte interpolati, e, dunque, assai poco affidanti, al fine di non riconoscere rilevanza esterna alcuna al rapporto sociale, in generale, e a quello di

¹⁸⁷ Si vedano F. SERRAO, *Impresa e responsabilità*, cit., pp. 76 ss.; A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo 'manager' in Roma antica (II sec. a.C.-II sec. d.C.)*, cit., pp. 174 ss.; A. FÖLDI, *Remarks on the legal structure of enterprises in Roman Law*, in *RIDA*, 3, XLIII, 1996, pp. 198 ss.; A. PETRUCCI, in P. CERAMI-A. DI PORTO-A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, cit., pp. 247 ss.; P. CERAMI, *Impresa e 'societas' nei primi due secoli dell'Impero*, cit., pp. 200 ss.

navigazione, nello specifico, in particolare¹⁸⁸. Tali impostazioni, tuttavia, sono state già da tempo superate, in ossequio, d'altro canto, alla maggiore sensibilità dimostrata, in seno ai romanisti, al problema della rilevanza esterna del fenomeno sociale in Roma antica, specialmente allorquando quest'ultimo coinvolgesse particolari categorie di *societates*¹⁸⁹.

I passi in questione sono i seguenti:

Ulp., l. XXVIII ad ed., D. 14.1.1.25: Si plures navem exercent, cum quolibet eorum in solidum agi potest.

Paul., l. XXIX ad ed., D. 14.1.3: nec quiquam facere, quotam quisque portionem in nave habeat, eumque qui praestiterit societatis iudicio a ceteris consecuturum.

Gai., l. IX ad ed. prov., D. 14.1.2: ne in plures adversarios distringatur qui cum uno contraxerit.

Ulp., l. XXVIII ad ed., D. 14.1.4pr.-1: si tamen plures per se navem exercent, pro portionibus exercitationis conveniuntur: neque enim invicem sui magistri videntur. 1. Sed si plures exercent, unum de numero suo magistrum fecerint, huius nomine poterunt conveniri.

¹⁸⁸ Su questo punto, vedi soprattutto F. SERRAO, *Impresa e responsabilità*, cit., pp. 78 ss.

¹⁸⁹ A tale proposito, si veda anche quanto detto in precedenza, *supra*, § 1.

Tra i due passi ulpianeî, tratti dal libro ventottesimo di Ulpiano *ad edictum*, i commissarî giustinianeî decisero pertanto di inserire altri due escerti, l'uno di Paolo, l'altro di Gaio.

Il primo dei due testi del giurista di Tiro affronta il caso degli *exercitores*, i quali avessero nominato un *magister* estraneo; tale soluzione si evince sia, da un lato, per esclusione, rispetto alle due ipotesi prospettate in D. 14.1.4pr.-1, sia per il raffronto con l'identica soluzione, prospettata dallo stesso Ulpiano, in D. 14.3.13.2 (*l. XXVIII ad ed.*)¹⁹⁰.

In D. 14.4.1pr.-1, le fattispecie illustrate, infatti, sono le seguenti: gli *exercitores* “*per se navem exercent*”, quindi senza ricorrere alla nomina di un *magister*, oppure decidono di scegliere uno di essi quale loro *magister*.

Le soluzioni infine prospettate per i diversi casi da Ulpiano si sostanziano in una responsabilità in solido degli *exercitores*, allorquando essi avessero nominato un *magister*, e, dunque, sia nel caso in cui quest'ultimo fosse un soggetto terzo, estraneo alla società, sia nel caso in cui, invece, egli fosse uno degli *exercitores* stessi¹⁹¹; viceversa, nell'ipotesi in cui non fosse avvenuta alcuna *praepositio*, essi rispondevano *pro portionibus exercitationis*¹⁹².

¹⁹⁰ F. SERRAO, *Impresa e responsabilità*, cit., p. 86; P. CERAMI-A. DI PORTO-A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, cit., pp. 248 ss.

¹⁹¹ F. SERRAO, *Impresa e responsabilità*, cit., pp. 77 ss.; M. TALAMANCA, *Società*, cit., pp. 829 ss.; R. FERCIÀ, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, Padova, 2008, pp. 398 ss.; P. CERAMI-A. DI PORTO-A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, cit., pp. 248 ss.

¹⁹² F. SERRAO, *Impresa e responsabilità*, cit., pp. 77 ss.; R. FERCIÀ, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, cit., pp. 398-399. Scrive quest'ultimo: «(...) l'assenza di

Contro la genuinità del testo riportato in D. 14.1.4pr.-1 si era espresso, in termini radicali, il Beseler¹⁹³, al punto da ritenerlo «superfluo» e da salvare il solo D. 14.1.1.25. Tale posizione è stata convincentemente criticata dalla dottrina¹⁹⁴, la quale ha anzi evidenziato come l'inciso del *principium* di D. 14.1.4 “*si tamen plures per se navem exerceanť*”, si riveli essenziale al fine di rappresentare una situazione completamente diversa da quella in cui avvenga la *praepositio* di un *magister*, dalla quale discende un diversa forma di responsabilità per gli *exercitores*. Il testo lascia aperta la questione, invece, circa la necessità che tutti i soci partecipassero ad ogni atto di gestione, oppure se vi fosse una ripartizione di incarichi, tra gli stessi, opzione infine ritenuta in dottrina più verosimile¹⁹⁵.

Altrettanto discusso è stato il problema di siffatta responsabilità, allorquando i singoli contratti con i terzi fossero stati conclusi da un solo socio, o, in ogni caso, non da tutti i soci.

In tal caso, le ipotesi prospettabili sarebbero state due: qualora tutti gli *exercitores* fossero stati da considerare reciprocamente *magistri*, allora ciascuno

una *praepositio*, altrove tenuta presente dai giuristi, sembra deporre per una ben precisa scelta degli armatori non già nel senso di voler dare rilevanza esterna ai loro rapporti, ma semmai in una direzione del tutto contraria». Cfr. inoltre A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo 'manager' in Roma antica (II sec. a.C.-II sec. d.C.)*, cit., pp. 175 ss.

¹⁹³ G. BESELER, *Einzelne Stellen*, in *ZSS*, XLIII, 1925, pp. 463 ss. e ID., *Romanistische Studien*, in *ZSS*, XLVII, 1927, p. 58. *Contra* C. SANFILIPPO, in *Iura*, 2, 1951, p. 159 e nt. 1; F. SERRAO, *Impresa e responsabilità*, cit., pp. 77 ss.

¹⁹⁴ Vedi, in particolare, F. SERRAO, *Impresa e responsabilità*, cit., pp. 77 ss.

¹⁹⁵ F. SERRAO, *Impresa e responsabilità*, cit., p. 78; F. DE MARTINO, s.v. *Exercitor*, in *NDI*, VI, Torino, 1960, pp. 1901 ss.

avrebbe risposto per l'intero. Altrimenti, avrebbe potuto rispondere solo, e per l'intero, il socio che avesse contratto un rapporto col terzo, oppure, infine, si sarebbero potuti considerare responsabili *pro quota* tutti i soci. Ed è infine questa la soluzione che si deve accogliere, ovvero sia di una responsabilità *pro portione exercitione*¹⁹⁶.

Tale opzione porta ovviamente a riconoscere, anche in questo caso, una parziale rilevanza esterna della società, nei confronti dei terzi, cosa che, soprattutto in passato, aveva destato notevoli perplessità in dottrina, al punto da far giungere, tra gli altri, il Sanfilippo a negare che fra gli *exercitores* sussistesse un vincolo societario¹⁹⁷. È merito, tuttavia, del Serrao aver dimostrato l'inconsistenza di simili proposizioni, soprattutto grazie ad una lettura di questo passo congiunta a quella di *Ulp., l. VIII ad ed., D. 4.9.7.5*¹⁹⁸.

In questo passo emerge, in modo netto, la rilevanza esterna della società, e, più nello specifico, il giurista riconosce, a favore dei proprietari di merci trasportate su di una nave e danneggiate durante il viaggio, contro i *plures*

¹⁹⁶ F. SERRAO, *Impresa e responsabilità*, cit., pp. 79 ss.; P. CERAMI, *Impresa e 'societas' nei primi due secoli dell'Impero*, cit., pp. 202-203.

¹⁹⁷ C. SANFILIPPO, in *Iura*, 2, 1951, pp. 159 ss.; sul punto, vedere l'acuta disamina di F. SERRAO, *Impresa e responsabilità*, cit., pp. 78 ss. Dubita della possibilità di scorgere nelle parole del giurista un riferimento alla *societas* anche M. TALAMANCA, *Società*, cit., p. 830 e pare forse adottare tale prospettiva, più di recente, anche R. FERCIA, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, cit., pp. 398-399, il quale, tuttavia, non nega che dal passo in questione si debba evincere una responsabilità *pro portione exercitione*.

¹⁹⁸ F. SERRAO, *Impresa e responsabilità*, cit., pp. 80 ss.; P. CERAMI, *Impresa e 'societas' nei primi due secoli dell'Impero*, cit., pp. 202-203.

exercitores socii, la possibilità di gire tramite l'*actio damni in factum adversus nautas*. In questo caso, pertanto, i soci potevano essere convenuti in giudizio per rispondere di un fatto illecito, proprio o dei propri dipendenti¹⁹⁹. E gli *exercitores*, in definitiva, sarebbero stati tenuti a rispondere nei limiti delle rispettive quote sociali.

In definitiva, anche in questa ipotesi, la più complessa delle tre che emergono dai passi ulpiani, si assiste ad una robusta deroga al principio dell'irrelevanza esterna della *societas*, assai difficilmente contestabile²⁰⁰.

Profilo che rileva anche in relazione alle altre due ipotesi in precedenza prospettate e, rispetto a quella di D. 14.1.4pr., decisamente più piane.

Nel caso, infatti, di nomina di un *magister* estraneo, è questa stessa scelta a dare corpo alla rilevanza esterna del rapporto societario, dando infine la possibilità, ai terzi contraenti, di “*unumquemque eorum in solidum conveniri*”²⁰¹.

In modo analogo, nel caso in cui la nomina del *magister* fosse stata effettuata nei confronti di uno degli *exercitores* stessi, il fondamento della rilevanza esterna della *societas* sarebbe stato il medesimo evidenziato nella fattispecie precedente, onde per cui, la *praepositio* di un

¹⁹⁹ *Ibid.*; R. FERCIÀ, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, cit., pp. 398-399.

²⁰⁰ P. CERAMI, *Impresa e 'societas' nei primi due secoli dell'Impero*, cit., p. 202.

²⁰¹ Vedi D. 14,3,13,2. Anche in questo caso, tuttavia, Talamanca sostiene che la nomina di un *servus magister* non comporti necessariamente la costituzione di una società. Così in M. TALAMANCA, *Società* cit., p. 829 e nt. 168. *Contra* A. PETRUCCI, in P. CERAMI-A. DI PORTO-A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, cit., p. 249, ove ulteriore bibliografia.

unico gestore avrebbe comportato la responsabilità solidale passiva di tutti i preponenti, come, anche in questo caso, possiamo apprendere dalle parole di Ulpiano (“*huius nomine poterunt conveniri*”)²⁰².

Tuttavia mentre in queste ultime ipotesi (quindi in ipotesi di nomina di un *magister*, interno o estraneo alla società), la rilevanza esterna del rapporto sociale trovava fondamento nella comune *praepositio* di unico gestore (con conseguente solidarietà passiva di tutti i preponenti), nel caso contemplato in D. 14.1.4pr. (e quindi in caso di esercizio dell’impresa armatoriale tra *plures exercitores* senza preposizione di un *magister* comune), il modello organizzativo disciplinato dal passo comporta la necessaria affermazione di una rilevante deroga al canone dell’irrilevanza esterna, basato non su un atto di volontà (la *praepositio*) ma sul rapporto sociale stesso.

²⁰² F. SERRAO, *Impresa e responsabilità* cit., pp. 77 ss.; A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo ‘manager’ in Roma antica (II sec. a.C.-II sec. d.C.)*, cit., pp. 176 ss.; A. PETRUCCI, in P. CERAMI-A. DI PORTO-A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, cit., pp. 252 ss.; P. CERAMI, *Impresa e ‘societas’ nei primi due secoli dell’Impero*, cit., p. 202. Deve essere inoltre sottolineato come la solidarietà passiva sarebbe sussistita anche nel caso in cui l’impresa armatoriale fosse stata gestita da un *servus communis*, all’interno di un *peculio*, *voluntate dominorum*. Si veda infatti D. 14.1.6.1.

4. Considerazioni conclusive

Giunti a questo punto, pare opportuno riprendere le fila del discorso e trarre alcune prime, provvisorie conclusioni. Come si è potuto notare, nelle pagine che precedono, il principio della non rilevanza esterna del contratto sociale conosceva, in Roma antica, consistenti eccezioni, al punto che, è stato fatto osservare in dottrina²⁰³, in reazione a determinate forme di *societas*, ci si domanda «se il campo in cui la regola della non rilevanza esterna del rapporto sociale si applicava incontrastata sia da considerare più o meno ampio del campo i cui l'applicazione del principio veniva esclusa o fortemente limitata».

Tanto più siffatte limitazioni assumono rilievo, anche agli occhi di noi moderni, a fronte di due tra le diverse tipologie di *societas* analizzate, ovverosia quella di navigazione e quella fra mercanti di schiavi. Se, infatti, la rilevanza esterna della società di banchieri²⁰⁴, e, ancor più, della *societas publicanorum* era dettata anche da interessi

²⁰³ F. SERRAO, *Impresa e responsabilità* cit., p. 88.

²⁰⁴ L'importanza di tale attività a Roma ha trovato ulteriore conferma a seguito della scoperta delle *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum*, in particolar modo grazie a quanto emerso dall'ultima *editio* che è stata redatta da G. CAMODECA, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum. Edizione critica dell'archivio puteolano dei Sulpicii. I e II*, Roma, 1999. Si vedano inoltre, sulla rilevanza dello svolgimento dell'attività di banchiere anche F. SERRAO, *Impresa e responsabilità* cit., p. 88 e nt. 49, ove ulteriore bibliografia; J. ANDREAU, *La vie financière dans le monde romain. Les métiers de manieurs d'argent (IV^e siècle av. J.-C. – III^e siècle ap. J.-C.)*, Roma, 1987; A. PETRUCCI, *Profili giuridici dell'attività e dell'organizzazione delle banche romane*, Torino, 2002.

di natura pubblica, viceversa le ragioni sottese a tale eccezione, in merito alle altre due tipologie societarie considerate, risultavano essere diverse. All'interno del sistema romano, queste ultime rispondevano in ogni caso ad interessi commerciali ed economici assolutamente rilevanti, e di qui si pose la necessità di apportare correttivi che permettessero, innanzitutto, di offrire una adeguata tutela degli interessi dei terzi creditori, cosa possibile, per l'appunto, soltanto riconoscendo la suddetta rilevanza esterna della società. Per le medesime ragioni, la giurisprudenza cercò di elaborare una serie di principi, tali da garantire stabilità alla struttura societaria stessa; anche a tale riguardo, come si è già visto in precedenza, la *societas exercitorum* e la *societas venalicioorum* erano soggette ad alcune significative deroghe, in tema di estinzione (la quale non operava, ad esempio, in caso di morte del socio o di *renuntiatio*), così come l'*actio pro socio* non avrebbe dato luogo necessariamente allo scioglimento della società, come sarebbe dovuto altrimenti accadere, secondo le regole previste per lo schema originario della *societas*.

Si trattava, d'altro canto, come detto e come è facile comprendere, di due forme societarie che andavano ad insistere su settori di notevole interesse, sotto il profilo economico e commerciale²⁰⁵.

²⁰⁵ I trasporti marittimi, d'altro canto, rappresentavano il più importante mezzo per poter realizzare i grandi traffici commerciali. Cfr. T. FRANCK, *Storia economica di Roma dalle origini alla fine della Repubblica*, Firenze, 1924, pp. 219 ss.; M.I. ROSTOVTZEFF, *Storia economica e sociale dell'impero romano* (trad. it. a c. di G. Sanna), Firenze, 1933, pp. 176 ss. e 185 ss. Sulla rilevanza del commercio di schiavi e delle attività di produzione ad esso legate, esiste una nutrita bibliografia; meritano in ogni caso di essere citati, a titolo esemplificativo, i lavori di T. FRANCK, *Storia economica di Roma dalle origini alla fine della Repubblica*,

Il discorso, in realtà, deve essere affrontato anche da un punto di vista più ampio.

Lo schema contrattuale della *societas*, infatti, come già ampiamente rilevato nei capitoli precedenti, presentava una struttura assai agile e duttile, di fatto aperta a diversi contenuti. Procedendo empiricamente, attraverso accorgimenti, modifiche ed eccezioni, i giuristi romani altro non fecero che sfruttare appieno le potenzialità di tale schema, al fine di poterlo adattare alle mutate necessità economiche che andavano emergendo in una società sempre più sviluppata, anche sotto il profilo economico²⁰⁶. La *societas* romana, pertanto, poteva assumere diverse configurazioni, a seconda dell'oggetto dell'attività svolta e degli interessi economici che si sarebbero dovuti soddisfare²⁰⁷. In tal senso, dunque, non si può che accogliere la formulazione di Serrao, ad avviso del quale,

Firenze, 1924; W.L. WESTERMANN, *The slave systems of Greek and Roman antiquity*, Philadelphia, 1955; F. DEMARTINO, *Storia economica di Roma antica*, cit.; I. LANA, *Sapere, potere e lavoro in Roma antica*, Napoli, 1990.

²⁰⁶ Si tornerà a breve sul punto, con alcune ulteriori considerazioni. In termini generali, il problema della tutela dei traffici commerciali, a partire dal periodo di grande espansione di Roma, durante la Repubblica, si presentava assai pressante, come è ovvio, a fronte di tutte le forme contrattuali di *ius gentium* che potessero coinvolgere interessi economici significativi. Si veda sul punto V. MAROTTA, *Tutela dello scambio e commerci mediterranei in età arcaica e repubblicana*, in *Ostraka. Rivista di antichità*, cit., pp. 63-138. Sul tema, inoltre, si vedano anche P. FREZZA, *Ius gentium*, in *RIDA*, II,2, 1949, pp. 273 ss. e G. SANTUCCI, *Il socio d'opera in diritto romano* cit., pp. 189 ss. e nt. 202.

²⁰⁷ E d'altro canto, *mutatis mutandis*, il codice civile italiano disciplina, all'art. 2247, una nozione unitaria di società, salvo poi, successivamente, prendere in considerazione le diverse tipologie societarie che possono essere costituite.

anche nel mondo romano, più che poter parlare dell'esistenza della fattispecie negoziale della "società", da un punto di vista empirico e concreto, risulta più opportuno sostenere che esistessero "le società"²⁰⁸.

La notevole differenza, rispetto al diritto moderno, consiste nel fatto che, mentre quest'ultimo tende a definire le diverse società sulla base dell'organizzazione sociale, nel diritto romano si assiste - e si afferma cosa assai risaputa - ad un modo di procedere non sistematico, bensì casistico, il quale, pertanto, non può che focalizzarsi sulla sfera di interessi economici oggetto del rapporto societario, onde individuare, di volta in volta, i correttivi necessari ad un corretto svolgimento di suddetti affari ed alla tutela dei soggetti terzi.

A sua volta, tale considerazione induce a farne un'altra, la quale interessa più da vicino il sistema romano, osservato sotto l'aspetto economico e produttivo.

Se è vero, infatti, che il problema, nelle sue linee di fondo, sembra accomunare in qualche modo l'esperienza romana e quella moderna, e diversi sono i modi di affrontarlo e di cercare di risolverlo, in quanto diversi si presentano gli ordinamenti, è altrettanto vero che tale questione in Roma si era fatta pressante soltanto laddove emergessero, come già accennato, consistenti interessi pubblici, oppure laddove le attività, poste in essere mediante la realizzazione di una *societas*, rispondessero ad alcuni tra i più importanti interessi economici, commerciali e "finanziari" dell'epoca, nei limiti in cui si fosse sviluppato un sistema economico in qualche modo assimilabile a quello moderno, di stampo capitalistico.

Deve essere sottolineato, per inciso, che l'attività di impresa non doveva sempre e necessariamente essere

²⁰⁸ F. SERRAO, *Impresa e responsabilità* cit., p. 89.

esercitata in forma societaria, dandosi sia la possibilità dell'impresa individuale (*negotiatio unius*), sia quella dell'impresa collettiva, la quale, per l'appunto non rivestisse suddetta forma (*negotiatio plurium*)²⁰⁹. In questo senso, secondo una certa corrente dottrinale²¹⁰, degno di rilevanza è l'esempio del ricorso a schiavi, o nella funzione di soggetti preposti alla realizzazione dell'attività di impresa, oppure quali autonomi gestori di un capitale, il *peculio*, appartenente a due o più *exercitores*. Si tratta della cosiddetta fattispecie dell'“*exercere negotiationes per servos communes*”, ricavabile da D. 14.3.13., D. 14.3.14 e D. 14.4.3pr., sulla cui effettiva portata, però, esistono opinioni dottrinali divergenti²¹¹.

Ciononostante, e riprendendo quanto si stava accennando poco sopra, pare evidente che lo sviluppo economico e commerciale cui Roma andò incontro, a partire dalla tarda Repubblica, per raggiungere infine il proprio apice nei primi due secoli del principato, non possa essere revocato in dubbio.

²⁰⁹ P. CERAMI, *Impresa e 'societas' nei primi due secoli dell'Impero*, cit., pp. 180 ss.

²¹⁰ Il punto di riferimento è rappresentato dalla teoria di A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo "manager" in Roma antica (II sec. a.C. – II sec. d.C.)*, cit., pp. 17 ss.; ID., *Servus e libertus strumenti dell'imprenditore romano*, in M. Marrone (a c. di), *Imprenditorialità e diritto nell'esperienza storica*, Palermo, 1992, pp. 231 ss.

²¹¹ Per un più ampio ragguaglio sul punto, anche bibliografico, si rimanda nuovamente a P. CERAMI, *Impresa e 'societas' nei primi due secoli dell'Impero*, cit., pp. 182 ss. e ntt. 52 e 53. Meritano di essere segnalati, tuttavia, i rilievi fortemente critici alla teori di Di Porto avanzati da M. TALAMANCA, s.v. *Società* cit., p. 814, nt. 8; A. BÜRGE, in *ZSS*, 105, 1988, pp. 856 ss.; G. SANTUCCI, *Il socio d'opera in diritto romano*, cit.

Abbandonate le analisi storiche legate a posizioni risalenti, e, in parte, anche ideologicamente condizionate, che vedevano opporsi le tesi di coloro che riconoscevano all'economia mediterranea dell'epoca romana una funzione meramente domestica e chiusa²¹², a quella modernizzante che venne sviluppata dal Rostovtzeff²¹³, ad avviso del quale, all'apice della sua potenza, Roma conobbe uno sviluppo economico in senso capitalistico ed industriale, come le economie moderne, si sono invece affacciati una serie di studi di notevole importanza, in tema di impresa e di società nel mondo romano, in grado di mettere in luce i diversi aspetti del fenomeno societario, così come si è cercato di enuclearli anche nelle pagine precedenti, nonché di studiarli in relazione al concreto sistema di produzione e di scambi commerciali proprio dell'epoca ed al suo evolversi²¹⁴. Ciò, come detto, ha

²¹² Per un'analisi delle suddette posizioni, espresse, in particolar modo, da Rodbertus e Bücher, si rimanda a E. LO CASCIO, *Forme dell'economia imperiale*, in A. Schiavone (a c. di), *Storia di Roma*, II, 2, Torino, 1991, pp. 313 ss.; A. SCHIAVONE, *La Storia spezzata. Roma antica e Occidente moderno*, Bari, 1996, pp. 51 ss.; P. CERAMI, *Impresa e 'societas' nei primi due secoli dell'Impero*, cit., pp. 170 ss.

²¹³ M.I. ROSTOVITZ, *Storia economica e sociale dell'impero romano*, cit., e *praecipue* p. 615. Anche sulla posizione di quest'autore, si vedano le considerazioni di E. LO CASCIO, *Forme dell'economia imperiale*, cit., pp. 327 ss.; A. SCHIAVONE, *La Storia spezzata. Roma antica e Occidente moderno*, cit., pp. 57 e 231.

²¹⁴ Si vedano: F. SERRAO, *Sulla rilevanza esterna del rapporto di società in diritto romano*, cit., pp. 743 ss.; ID., *Minima de Diogeneto et Hesico. Gli affari di due schiavi a Pozzuoli negli anni 30 d.C.*, in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, VII, Napoli, 1984, pp. 3605 ss.; A. PETRUCCI, *Mensam exercere. Studi sull'impresa finanziaria romana (II sec.a.C. – metà III sec. d.C.)*,

portato ad apprezzare il notevole sviluppo economico di Roma antica a cavaliere tra la tarda Repubblica ed i primi due secoli dell'impero, ed a sottolineare quanto gli interessi di natura economica e commerciale abbiano influito anche nell'elaborazione delle regole relative alla *societas*, come si spera di essere riusciti a mettere in luce.

Tutto questo, tuttavia, non deve indurre ad abbandonare una certa cautela, allorquando si studi il fenomeno della società in Roma antica, nonché le strutture economiche e commerciali di quest'ultima. È stata infatti avanzata di recente l'ipotesi, sia sulla base di alcune fonti antiche, e di Plinio il Vecchio in primo luogo, sia considerando la natura "universale" dell'impero romano, che si possa riferire anche a quest'ultima esperienza il termine "globalizzazione"²¹⁵.

Napoli, 1991; A. FOLDI, *Remarks on the legal structure of enterprises in Roman law*, in *RIDA*, 43, 1996, pp. 179 ss.; P. CERAMI, «*Mutua pecunia a magistro "navis reficiendae causa" sumpta*» e «*praepositio exercitoris*». *Profili storico-comparatistici*, in *AUPA*, 46, 2000, pp. 133 ss.; ID., *Dal contrahere al negotiari*, in *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, Roma, 13-16 settembre 1999, a c. di L. Vacca, Torino, 2001, pp. 169 ss.; ID., «*Exercitio negotiationum*». *Tipologia storico-giuridica della disciplina dei rapporti commerciali*, in *Iuris Vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, Napoli, 2002, pp. 149 ss.; M.J. GARCIA GARRIDO, *El comercio, los negocios y las finanzas en el Mundo Romano*, Madrid, 2001; M.A. LIGIOS, «*Taberna*», «*negotiatio*», «*taberna cum instrumento*» e «*taberna instructa*» nella riflessione giurisprudenziale classica, in «*Antecessori oblata*». *Cinque studi dedicati a A. Dell'Oro*, Padova, 2001, pp. 7 ss.; P. CERAMI-A. DI PORTO-A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano*, cit., pp. 357 ss.

²¹⁵ Così P. CERAMI, *Impresa e 'societas' nei primi due secoli dell'Impero*, cit., pp. 172 ss.; i testi di Plinio, i quali, ad avviso

Ragioni storiche, giuridiche, ed anche economiche, tenendo presente che si sta pur sempre parlando di una società pre-industriale, inducono tuttavia a non poter accogliere siffatte ricostruzioni.

Questo non significa, al contempo, voler disconoscere l'importante sviluppo cui l'economia romana andò incontro, come si è già detto; anzi, in tal senso, una spia di tale significativo sviluppo fu proprio l'evolversi ed il differenziarsi della struttura contrattuale della *societas*, che a tali esigenze cercò di trovare risposta. Pare forse però più ragionevole abbozzare la più cauta idea che si stesse allora affacciando «un embrionale diritto commerciale romano»²¹⁶, piuttosto che accedere a tesi anacronistiche, col rischio di perdere di vista la concreta realtà – o, quantomeno, ciò che noi di essa siamo attualmente in grado di percepire – nella quale i giuristi romani si trovarono ad operare.

dell'autore, deporrebbero in favore della propri tesi, sono: Plin., *Nat. Hist.* 14.1.2 e 15.31.105.

²¹⁶ M. MANTOVANI, *Impresa e responsabilità*, cit., p. 6.

2.13.10.1	133, nt. 163; 134, nt. 167
2.14.9	140, nt. 179
2.14.14	140, nt. 179
2.14.25	140, nt. 179
2.14.25pr.	15, nt. 31
2.14.27	140, nt. 179
2.14.27pr.	15, nt. 31
3.4.1pr.	15, nt. 30
3.4.1pr.-1	137
4.4.16.1	47, nt. 66
4.4.16.4	50, nt. 69
4.8.34	140, nt. 179
4.8.34pr.	15, nt. 31
4.9.7.5	150
9.4.10	106, nt. 135
10.2.25.16	87; 90
13.6.5.2	7, nt. 14; 72, nt. 89
13.6.5.2-3	96, nt. 121
13.6.7.1	106, nt. 135
14.1.1.20	134, nt. 166; 135, nt. 167
14.1.1.25	15, nt. 32; 147; 149
14.1.2	147

14.1.3	147
14.1.4pr.	15, nt. 32; 151; 152
14.1.4pr.-1	147; 149
14.1.6.1	152, nt. 202
14.1.14.1	15, nt. 32
14.3.13	157
14.3.13.2	148
14.3.14	157
14.4.3pr.	157
16.2.10pr.	113
16.3.8	133, nt. 163; 134, nt. 167
17.2.3.3	2, nt. 6
17.2.4.1	124, nt. 159
17.2.5pr.	23, nt. 40
17.2.5.1	43; 47; 48, nt. 68
17.2.6	27, nt. 44; 32, nt. 47; 34; 35, nt. 50
17.2.9	132, nt. 162
17.2.11	132, nt. 162
17.2.14	123, nt. 158
17.2.17	132, nt. 162
17.2.17.2	123, nt. 158

17.2.19	3, nt. 7; 131, nt. 160
17.2.20	3, nt. 7; 14; 131, nt. 160
17.2.21	3, nt. 7
17.2.22	3, nt.7
17.2.23	3, nt. 7
17.2.23.1	118, nt. 152
17.2.25	115
17.2.26	115
17.2.28	3, nt. 7; 14, nt. 28
17.2.29pr.	26; 28, nt. 44; 41; 41, nt. 57; 42, nt. 59; 47; 52, nt. 72
17.2.29	25, nt. 42
17.2.29.1	58; 110, nt. 139
17.2.29.2	59, nt. 80
17.2.30	25, nt. 42; 59; 110, nt. 139
17.2.35	124, nt. 159
17.2.36	125, nt. 159
17.2.40	126, nt. 159
17.2.47.1	7, nt. 14; 106, nt. 135
17.2.48	106, nt. 135
17.2.49	106, nt. 135
17.2.50	106, nt. 135

17.2.51pr.	121, nt. 157
17.2.52.1	2, nt. 6
17.2.52.2	6; 7, nt. 14; 98; 101, nt. 128
17.2.52.3	8, nt. 17; 73, nt. 90; 91, nt. 116
17.2.52.4	120, nt. 155
17.2.52.6	90, nt. 113
17.2.52.8	90, nt. 113
17.2.52.11	7, nt. 14; 119
17.2.59pr.	124, nt. 159; 135, nt. 168
17.2.59.1	4, nt. 10; 85, nt. 106; 91, nt. 114
17.2.62.2	23, nt. 40
17.2.63.10	124, nt. 159
17.2.65.3-4	122, nt. 158
17.2.65.5	123, nt. 158
17.2.65.9	124, nt. 159
17.2.65.11	124, nt. 159
17.2.65.15	136, nt. 168
17.2.67pr.	3, nt. 7; 13, nt. 28
17.2.67.1	3, nt. 7; 13, nt. 28
17.2.72	7, nt. 14
17.2.76	27, nt. 44; 31
17.2.77	31

17.2.78	31
17.2.79	31; 33, nt. 48
17.2.80	31; 32, nt. 47; 36
17.2.82	136
19.1.13.6	100, nt. 126
19.2.9.5	99, nt. 126
19.2.9.5-6	112, nt. 142
19.2.22.3	51, nt. 70
19.5.20.2	96, nt. 121
21.1.44.1	16, nt. 35; 134, nt. 165; 135, nt. 167; 141
24.1.32.24	47, nt. 66
34.5.7.2	28, nt. 44
36.1.24	28, nt. 44
37.1.3.4	139
39.2.40.4	28, nt. 44
39.4.1.1	133, nt. 164; 134, nt. 167
39.4.9.5	133, nt. 164; 134, nt. 167
39.4.1.5	134, nt. 167
42.5.24.2	133, nt. 163; 134, nt. 167
50.6.6.3	134, nt. 166
50.6.6.10	133, nt. 164

50.6.6.12	134, nt. 166
50.16.16	133, nt. 164; 134, nt. 167
50.17.22.1	37, nt. 51
50.17.23	7, nt. 14; 72, nt. 89

Institutiones

3.25.1	25, nt. 43; 28, nt. 44; 42, nt. 57
3.25.2	25, nt. 42; 57, nt. 77
3.25.3	25, nt. 43; 42, nt. 57
3.25.4	122, nt. 158
3.25.9	10

GAI INSTITUTIONES

3.149	25, nt. 42; 58; 110, nt. 139
3.150	26; 41, nt. 57; 42, nt. 59
3.151	122, nt. 158
3.152	124, nt. 159
3.153	23, nt. 40
4.182	5, nt. 12; 76, nt. 97; 81, nt. 102

LIVIUS

Ab urbe condita

23.49.1 15, nt. 30

PHOEDRUS

Fabulae Aesopiae

1.5 60, nt. 80

PLINIUS MAIOR

Naturalis Historia

14.1.2 159, nt. 215

15.31.105 159, nt. 215

Elenco delle opere citate

B. ALBANESE, *Le persone nel diritto romano*, Palermo, 1979

E. ALBERTARIO, *Iustum pretium e iusta aestimatio*, in *B.I.D.R.*, XXXI

E. ALBERTARIO, *L'arbirtium boni viri del debitore nella determinazione della prestazione*, Pubblicazioni dell'Università Cattolica, 1924

E. ALBERTARIO, *La pollicitatio* [1929], ora in *Studi di diritto romano*, III, Milano, 1953

E. ALBERTARIO, *Nullità dell'obbligazione per indeterminatezza della prestazione*, in *Riv. diritto comm.*, 1926

E. ALBERTARIO, *Studi di diritto romano*, IV, Milano, 1953

J. ANDREAU, *La vie financière dans le monde romain: les métiers de manieur d'argent*, Roma, 1987

H. ANKUM, *Societas omnium bonorum*, in *Israel Law rew.* 29, 1995

V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, Napoli, 1949

V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1960

- V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano: corso di lezioni svolto nell'Università di Roma: anno 1949-1950*, Jovene, Napoli, 1965
- V. ARANGIO-RUIZ (a c. di), *Marco Tullio Cicerone. L'orazione per l'attore comico Quinto Roscio*, in *Tutte le opere di Cicerone*, I, Milano, 1964
- V. ARANGIO RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, II ed., Napoli, Jovene, 1958
- V. ARANGIO RUIZ, *Societas 're contracta' e 'communio incidens'*, in *Studi in onore di S. Riccobono*, IV, Palermo, 1936
- G.G. ARCHI, *La pollicitatio nel diritto romano* [1933], ora in *Scritti di diritto romano*, II, Milano, 1981
- G. ARICÒ ANSELMO, *Societas inseparabilis o dell'indissolubilità dell'antico consorzio fraterno* in *AUPA*, 46, 2000
- C. ARNÒ, *Il contratto di società: corso di diritto romano*, Giappichelli, Torino, 1938
- R. ASTOLFI, *I libri tres iuris civilis di Sabino*, Padova, 2001
- M. BALZARINI, *Considerazioni in tema di 'iudicia legitima'*, in *Studi in onore di E. Volterra*, III, Milano, 1971
- A. BARENGHI, *Determinabilità e determinazione unilaterale nel contratto*, Napoli, 2005
- F. BERTOLDI, *La 'lex Iulia iudiciorum privatorum'*, Torino, 2003

- G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, I, Tübingen, 1910
- G. BESELER, *Einzelne Stellen*, in ZSS, XLIII, 1925
- G. BESELER, *Romanistische Studien*, in ZSS, XLVII, 1927
- M.A. BETHMANN-HOLLWEG, *Der römische Zivilprozeß*, II. *Formulae*, Bonn, 1865
- E. BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in diritto romano*, Roma, 1958
- E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, II, Padova, 1962
- E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano, 1955
- M. BIANCHINI, *Studi sulla societas*, Giuffrè, Milano, 1967
- M. BIANCHINI, *Diritto commerciale nel diritto romano*, in *Digesto delle disc. Priv. (sez. commerciale)*, IV, Torino, 1989
- B. BIONDI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1930
- B. BIONDI, *Iudicia bonae fidei*, Palermo, 1918
- B. BIONDI, *La compensazione nel diritto romano*, in *Annali Palermo*, XII, 1929
- A. BISCARDI, *Rappresentanza sostanziale e processuale dei 'collegia' in diritto romano*, in *Iura*, 31, 1980
- A. BISCARDI, *Sulla data della lex Aquilia*, in *Scritti Giuffrè*, I, 1967

- B. BISCOTTI, *Dal 'pascere' ai 'pacta conventa'. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'editto giuliano*, Milano, 2002
- F. BONA, *Contributi alla storia della «societas universorum quae ex quaestu veniunt» in diritto romano*, in *Studi in onore di G. Grosso*, I, Torino, 1968
- F. BONA, *Le 'societates publicanorum' e le società questuarie nella tarda repubblica*, in *Imprenditorialità e diritto nell'esperienza storica*, in *Atti Soc. It. Stor. Dir.*, a c. di M. Marrone, Palermo, 1992
- F. BONA, *Studi sulla società consensuale in diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1973
- P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1907
- F. BONIFACIO, *'Iudicium legitimum' e 'iudicio imperio continens'*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*, Napoli, 1953
- S. BRASSLOFF, *Textkritisches zum römischehn Rechtsquellen*, in *Wiener Studien. Zeitschrift für klassische Philologie*, 24, 1902
- M.J. BRAVO BOSCH, *El elemento subjetivo en el 'edicto de convicio'*, in *BIDR*, CIII-CIV, 2000-2001
- M. BREONE, *«Consortium» e «communio»*, in *Labeo*, 6, 1960
- G. BROGGINI, *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Graz-Köln, 1957
- A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, IV, Torino, 1993

A. BURDESE, *Recensioni e commenti. Sessant'anni di letture romanistiche*, Padova, 2010

A. BURDESE, *Sulla responsabilità del iudex privatus nel processo formulare*, in *Diritto e processo nell'esperienza romana. Atti del seminario torinese (4-5 dicembre 1991) in memoria di Giuseppe Provera*, Napoli, 1994

A. BÜRGHE, *Zum Edikt de edendo. Ein Beitrag zur Struktur des römischen Zivilprozesses*, in *ZSS*, 112, 1995

G. CAMODECA, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum. Edizione critica dell'archivio puteolano dei Sulpicii. I e II*, Roma, 1999

F. CANCELLI, *'Iudicia legitima', 'arbitra honoraria' e 'advocatio' di pro Quinto Roscio Comoedo 5,15 nel sistema lessicale-giuridico di Cicerone*, in *Atti del convegno: la giustizia tra i popoli nell'opera e nel pensiero di Cicerone*, Roma, 1993

F. CANCELLI (a cura di), *La retorica a Gaio Erennio*, in *Centro di Studi Ciceroniani. Tutte le opere di Cicerone*, vol. 32, Milano, 1992

F. CANCELLI, *Pollicitatio*, in *NNDI*, XIII, Torino, 1966

C.A. CANNATA, *Der Vertrag als zivilrechtlicher Obligierungsgrund in der römischen Jurisprudenz der klassischen Zeit*, in *Collatio iuris romani: études dédiées à Hans Ankum*, I, Amsterdam, 1995

C.A. CANNATA, *Impossibilità sopravvenuta e 'culpa debitoris' nelle obbligazioni da 'stipulatio in dando*, in *SDHI*, 32, 1966

C.A. CANNATA, *Qualche considerazione sui 'nomina transcripticia'*, in *Studi per G. Nicosia*, Milano, 2007

- C.A. CANNATA, *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, Milano, 1966
- C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano. Materiale per un corso di diritto romano*, Catania, 1996
- C.A. CANNATA, *Una casistica della colpa contrattuale*, in *SDHI*, 58, 1992
- P. CERAMI, *Dal contrahere al negotiari*, in *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, Roma, 1999
- P. CERAMI, «*Exercitio negotiationum*». *Tipologia storico-giuridica della disciplina dei rapporti commerciali*, in *Iuris Vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, Napoli, 2002
- P. CERAMI, *Impresa e 'societas' nei primi due secoli dell'Impero*, in F. MILAZZO (a c. di), *Affari, finanza e diritto nei primi due secoli dell'Impero*, Milano, 2012
- P. CERAMI, «*Mutua pecunia a magistro "navis reficiendae causa" sumpta*» e «*praepositio exercitoris*». *Profili storico-comparatistici*, in *AUPA*, 46, 2000
- F.B. CICALA, *Intorno al concetto dell' 'utile' e le sue applicazioni nel diritto romano*, Milano-Torino-Roma, 1910
- M.R. CIMMA, *Ricerche sulle società di publicani*, Milano, 1981
- A. CLAUS, *Gewilkürte Stellvertretung im römischen Privatrecht*, Berlin, 1973
- E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, Bologna, 1917

G. CRIFÒ, s.v. *Illecito (Diritto Romano)*, in *NNDI*, VIII, Torino, 1962

J. D'ORS, *Derecho privado romano*, Madrid, 1991

A. D'ORS, *Societas y consortium*, in *Revista de estudios històricos-juridìcos de la Universidad Catòlica de Valparaiso*, 1977

D. DALLA, R. LAMBERTINI, *Istituzioni di diritto romano*, Giappichelli, Torino, 1996

A. DE MEDIO, *Studi sulla 'culpa lata' in diritto romano*, in *BIDR*, XVII, 1905

F. DE MARTINO, s.v. *Exercitor*, in *NDI*, VI, Torino, 1960

F. DE MARTINO, *Storia economica di Roma antica*, Firenze, 1979

F.M. DE ROBERTIS, *'Culpa et Diligentia' nella compilazione giustiniana*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, II, *Storia del diritto e diritto romano*, Milano, 1962

F.M. DE ROBERTIS, *I rapporti di lavoro nel diritto romano*, Milano, 1946

F.M. DE ROBERTIS, *La disciplina della responsabilità contrattuale nel sistema della compilazione giustiniana*, Bari, 1962-1964

F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel diritto romano: dalle origini a tutta l'età postclassica*, Bari, 1998

F.M. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione: alle scaturigini della*

moderna teoria generale della responsabilità contrattuale,
Bari, 1982-1983

F.M. de ROBERTIS, *Storia delle corporazioni e del regime associativo nel mondo romano*, II, Bari, 1971

R. DE RUGGIERO, *Le obbligazioni, Parte generale, Continuazione*, Napoli, 1922

L. DE SALVO, *Economia privata e pubblici servizi nell'impero romano. I corpora naviculariorum*, in *Kleio. Studi storici a cura di Calderone*, Milano, 1992

E. DEL CHIARO, *Le contrat de société en droit privéé romain sous la République e tau temps des jurisconsultes classiques*, Parigi, 1928

A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo «manager» in Roma antica (II sec. a.C. – II sec. d.C.)*, Giuffrè, Milano, 1984

A. DI POTRO, *Servus e libertus strumenti dell'imprenditore romano*, in M. Marrone (a c. di), *Imprenditorialità e diritto nell'esperienza storica*, Palermo, 1992

U. DONELLO, *Commentaria Iuris Civilis*, I. XIII, cap. XVI

E. DOVERE, *Le discours juridique et moral d'«utilitas» à Rome*, in *SDHI*, LXV, 1999

T. DROSDOWSKI, *Das Verhältnis von action pro socio und action communi dividundo im klassischen römischen Recht*, Duncker und Humblot, Berlin, 1998

F. DUPONT, *Teatro e società a Roma*, Roma-Bari, 1991

- A. EHRHARDT, *Diligentia quam suis*, in *Mélanges Pappoulias*, Athen, 1934
- G. FALCONE, *D. 1.3.13. Pedio, Ulpiano e la 'lex contractus'*, in *Labeo*, XLIII, 1997
- L. FASCIONE, *Cenni bibliografici sulla bona fides*, in AA.VV., *Studi sulla buona fede*, Milano, 1975
- R. FERCIA, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, Padova, 2008
- F. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, *Sistema contractual romano*, II, Madrid, 2004
- C. FERRINI, *Sull'origine del contratto di società in Roma (1887)*, ora in *Opere*, III, Milano, 1927
- C. FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di giustiniano*, in *Op. 2*, 1929
- A.M. FLECKNER, *Antike Kapitalvereinigungen. Ein Beitrag zu den konzeptionellen und historischen Grundlagen der Aktiengesellschaft*, Köln-Weimar-Wien, 2010
- A. FÖLDI, *Remarks on the legal structure of enterprises in Roman Law*, in *RIDA*, 3, XLIII, 1996
- P. FREZZA, *Ius gentium*, in *RIDA*, II,2, 1949
- F. GALLO, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in tema d'arbitraggio*, in *Studi in onore di G. Grosso*, III, 1970
- F. GALLO, *'Synallagma' e 'conventio' nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne. Corso di diritto romano*, I, Torino, 1992

M.J. GARCIA GARRIDO, *El comercio, los negocios y las finanzas en el Mundo Romano*, Madrid, 2001

M.J. GARCIA GARRIDO, *La sociedad de los banqueros (societas argentaria)*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, III, Milano, 1982

L. GAROFALO (a c. di), *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, II, Padova, 2007

L. GAROFALO, *Gratuità e responsabilità contrattuale*, in L. GAROFALO (a c. di), *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale*, Padova, 2011

C. GIOFFREDI, *'Iudicium legitimum'*, in *Nuovi studi di diritto greco e romano*, Roma, 1980

A.M. GIOMBARO, *Actio in factum adversus argentarios*, in *Studi Urbinati*, 55, 1976-1977

F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette* (trad. it), XVII, Milano, 1901

A.H.J. GREENIDGE, *The Legal Procedure of Cicero's Time*, London, 1901 (rist. anastatica 1971)

G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, II, Torino, 1950

G. GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*, Torino, 1966

G. GROSSO, *Schemi giuridici e società nella storia del diritto private romano: dall'epoca arcaica alla giurisprudenza classica*, Giappichelli, Torino, 1970

G. GROSSO, *Spunti e riflessioni su Cic., pro Q. Roscio com. 5, 15, sui 'iudicia legitima' da Cicerone a Gaio, e sull'origine dei bonae fidei iudicia*, in *Studi in onore di A. Segni*, Milano, 1967, ora in ID., *Scritti storico giuridici*, III, Torino, 2001

A. GUARINO, *Diritto privato romano*, VI, Napoli, 1981

A. GUARINO, *La società in diritto romano*, Jovene, Napoli, 1988

A. GUARNERI CITATI, *Conferimenti e quote sociali in diritto romano*, in *BIDR*, XLII, 1936

L. GUTIÉRREZ MASSON, *Del consortium a la societas*, I. *Consortium ercto non cito*, Madrid, 1987

H. HAUSMANINGER, *Diligentia quam in suis*, in D. Medicus-H.H. Seiler (a c. di), *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*, München, 1976

H.-J. HOFFMANN, *Die Abstufung der Fahrlässigkeit in der Rechtsgeschichte, unter besonderer Berücksichtigung der 'culpa levissima'*, Berlin, 1968

F. HORAK, *Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den ältern römischen Juristen bis Labeo*, I, Aalen, 1969

F. HORAK, *Osservazioni sulla legge, la casistica e il case law nel diritto romano e nel diritto moderno*, in *Legge, giudici, giuristi. Atti del convegno tenuto a Cagliari (18-21 giugno 1981)*, Milano, 1983

M. HORVAT, *Osservazioni sulla bona fides nel diritto romano obbligatorio*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*, Napoli, 1953

- J. IGLESIAS REDONDO, *La pollicitatio*, in *Derecho Romano de obligaciones. Homenaje al Profesor J.L. Murga Gener*, Madrid, 1994
- G. IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, Padova, 1955
- M. KASER, *Das römische Privatrecht*, II, München, 1975
- M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1966
- M. KASER, *Die 'lex Aebutia'*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, I, Milano, 1953
- M. KASER, *Neue Literatur zur 'societas'*, in *SDHI*, 41, 1975
- M. KASER, *Zur Glaubwürdigkeit der römischen Rechtsquellen (Über die Grenzen der Interpolationenkritik)*, in *La critica del testo (Atti del secondo Congr. int. della società it. di storia del diritto)*, Firenze, 1971
- M. KASER, *Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung*, Wien, 1972
- H. KRELLER, *Kritische Digestenexegesen «Compensatio»*, in *IURA*, II, 1951
- B. KÜBLER, *Das Utilitätsprinzip als Grund der Abstufung bei der Vertragshaftung im klassischen römischen Recht*, in *Festgabe Otto von Gierke*, II, Weimar, 1910
- B. KÜBLER, *Die Konträrklagen und das Utilitätsprinzip*, in *ZSS*, XXXVIII, 1917

- B. KÜBLER, *Die Haftung für Verschulden bei Kontraktsähnlichen und deliktsähnlichen Schuldverhältnissen*, in ZSS, XXXIX, 1918
- W. KUNKEL, *Diligentia*, in ZSS, XLV, 1925
- M. KURYLOWICZ, *Die Glückespiele und das römische Recht*, in *Studi in Onore di C. Sanfilippo*, IV, Milano, 1983
- E. LAFFELY, *Responsabilité du socius et concours d'ation dans le société classique*, Lausanne, 1979
- F. LAMBERTI, *Tabulae Irnitanae. Municipalità e ius romanorum*, Napoli, 1993
- I. LANA, *Sapere, potere e lavoro in Roma antica*, Napoli, 1990
- O. LENEL, 'Culpa lata' und 'culpa levis', in ZSS, XXXVIII, 1917
- L. H. LERA, *El contrato de sociedad. La casuística jurisprudencial clásica*, Dykinson, Madrid, 1992
- M.A. LIGIOS, «Taberna», «negotiatio», «taberna cum instrumento» e «taberna instructa» nella riflessione giurisprudenziale classica, in «Antecessori oblata». Cinque studi dedicati a A. Dell'Oro, Padova, 2001
- LO CASCIO, *Forme dell'economia imperiale*, in A. Schiavone (a c. di), *Storia di Roma*, II,2, Torino, 1991
- L. LOMBARDI, *Dalla fides alla bona fides*, Milano, 1961
- G.I. LUZZATTO, *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale I: la responsabilità per custodia*, Milano, 1938

- G. MACCORMACK, *'Custodia' and 'culpa'*, in *ZSS*, LXXXIX, 1972
- G. MACCORMACK, *Dolus, culpa, custodia and diligentia. Criteria of liability or content of obligation*, in *Index*, 22, 1994
- L. MAGANZANI, *Il criterio dell' 'utilitas contrahentium' e il suo superamento nell'età del giusnaturalismo*, in C. CASCIONE, C. MASI DORIA (a c. di), *Fides, humanitas, ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, V, Napoli, 2007
- L. MAGANZANI, *La 'diligentia quam suis' del depositario dal diritto romano alle codificazioni nazionali*, Milano, 2006
- L. MAGANZANI, *Publicani e debitori d'imposta. Ricerche sul titolo edittale 'de publicanis'*, Torino, 2002
- A.D. MANFREDINI, *Istituzioni di diritto romano*, III, Torino, 2003
- A. MANIGK, *Societas*, in *PWRE*, 50, Stuttgart, 1927
- V. MAROTTA, *Tutela dello scambio e commerci mediterranei in età arcaica e repubblicana*, in *Ostraka. Rivista di antichità*, V, 1996
- F. MERCOGLIANO, *'Diligentia quam in suis' per i giuristi romani classici*, in *Index*, 19, 1991(ora in *'Fundamenta'*, Napoli, 2007)
- J.H. MICHEL, *Gratuité en droit romain. Etude d'histoire et d'ethnologie juridique*, Bruxelles, 1962
- M. MIGLIETTA, *'Servius respondit': studi intorno a metodo e interpretazione nella scuola giuridica serviana: prolegomena I*, Trento: Universtà di Trento, 2010

- L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I, Leipzig, 1908
- E. NARDI, *Monobolo & C.*, 1988, ora in *Scritti Minori*, I, Bologna, 1991
- M. NAVARRA, *Ricerche sulla 'utilitas' nel pensiero dei giuristi romani*, Torino, 2002
- D. NÖRR, *Die Entwicklung des Utilitätsgedankens im römischen Haftungsrecht*, in *ZSS*, LXXIII, 1956
- D. NÖRR, *Die Fahrlässigkeit im byzantinischen Vertragsrecht*, München, 1960
- T. PEKARY, *Storia economica del mondo antico* (trad. it.), Bologna, 1986
- A. PERNICE, *Labeo, römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit 2.2/1*, Aalen, 1963
- A. PETRUCCI, in P. CERAMI-A. DI PORTO-A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, Torino, 2004
- A. PETRUCCI, *Mensam exercere. Studi sull'impresa finanziaria romana (II sec.a.C. – metà III sec. d.C)*, Napoli, 1991
- A. PETRUCCI, *Profili giuridici dell'attività e dell'organizzazione delle banche romane*, Torino, 2002
- H.H. PFLÜGER, *Ciceros Rede pro Q. Roscio Comoedo*, Leipzig, 1904
- J. PLATSCHEK, *Studien zu Ciceros Rede für P. Quinctius*, München, 2005

- A. POGGI, *Il contratto di società in diritto romano classico*, Tipografia sociale torinese, Torino, 1930-1934
- G.F. PUCHTA, *Über der Rede pro Q. Roscio Comoedo zu Grunde liegende Rechtsfall*, in A.F. Rudorff (a c. di), *Kleine Zivilistische Schriften*, Leipzig, 1851 (rist. anastatica 1970)
- G. PUGLIESE, *Cicerone tra diritto e retorica*, in *Scritti in onore di A.C. Jemolo*, IV, Milano, 1963
- G. PUGLIESE-F. SITZIA-L. VACCA, *Istituzioni di diritto romano*, III, Torino, 1991
- G. PUGLIESE, *L'onere della prova nel processo romano per formulas [1956]*, ora in *Scritti giuridici scelti. Diritto romano*, I, Camerino, 1985
- S. PULIATTI, *Il 'De iure fisci' di Callistrato e il processo fiscale in età severiana*, Milano, 1992
- S. RICCOBONO, *Dalla communio del diritto quiritario alla proprietà romana*, in *Essays in Legal History*, a cura di P. Vinogradoff, Oxford, 1913
- S. RICCOBONO JR., *Capacità manageriale e partecipazione agli utili nella 'societas' romana (Gai 3, 148-149)*, in *Atti del seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*, Milano, 1988
- U. ROMAGNOLI, *La prestazione di lavoro nel contratto di società*, Milano, 1967
- M.I. ROSTOVTZEFF, *Storia economica e sociale dell'impero romano* (trad. it. a c. di G. Sanna), Firenze, 1933

- G. ROTONDI, *La misura della responsabilità nell'actio fiduciae*, 1912
- G. ROTONDI, *Scritti Giuridici*, Milano, 1922
- J. ROUSSIER, *Les sens du mot pollicitatio chez les juristes romains*, in *RIDA*, 2-3. 1949
- G. SANTUCCI, *Diligentia quam in suis*, Trento, 2008
- G. SANTUCCI, *Il socio d'opera in diritto romano: conferimenti e responsabilità*, CEDAM, Padova, 1997
- G. SANTUCCI, *La 'diligentia quam in suis' come criterio di responsabilità del fiduciario*, in L. PEPPE (a c. di), *'Fides', 'fiducia', 'fidelitas'. Studi si storia del diritto e di semantica storica*, Padova, 2008
- G. SANTUCCI, *'Utilitas contrahentium'. Note minime su una 'regula' che 'cacciata dalla porta rientrò dalla finestra'*, in R. FIORI (a c. di), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, III, Napoli, 2008
- G. SCADUTO, *Gli arbitratori nel diritto privato*, in *AUPA*, XI, 1923
- F. SCAGLIONE, *Comodato e mutuo*, in A. PALAZZO (a c. di), *I contratti gratuiti*, Milano, 2008
- R. SCEVOLA, *Negotium mixtum cum donatione. Origini terminologiche e concettuali*, CEDAM, 2008
- A. SCHIAVONE, *Il caso e la natura. Un'indagine nel mondo di Servio*, in *Società romana e produzione schiavistica*, III, *Modelli etici, diritto e trasformazioni sociali*, Roma-Bari, 1981

- A. SCHIAVONE, *Nascita della Giurisprudenza. Cultura aristocratica e pensiero giuridico nella Roma tardo-repubblicana*, Roma-Bari, 1977
- F. SCHULTZ, *Einführung in das Studium der Digesten*, Tübingen, 1916
- F. SCHULZ, *I principi del diritto romano* (trad. it), Firenze, 1946 (rist. 1995)
- F. SCHULZ, *Recensione a Studi dedicati a Piepaolo Zanzucchi dalla Facoltà di Giurisprudenza*, in *ZSS*, 48, 1927
- F. SCHWIND, *Römisches Recht, Geschichte, Rechtsgang, System des Privatsrechts*, Wien, 1950
- E. SECKEL, *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*, XI, Graz, 1971
- F. SERRAO, *Diritto privato, economia e società nella storia di Roma*, II ed., Jovene, Napoli, 2006
- F. SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale: forme giuridiche di un'economia-mondo*, Pacini, Ospedaletto (PI), 1989
- F. SERRAO, *Minima de Diogeneto et Hesico. Gli affari di due schiavi a Pozzuoli negli anni 30 d.C.*, in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, VII, Napoli, 1984
- F. SERRAO, *Sulla rilevanza esterna del rapporto di società in diritto romano*, in *Studi in onore di E. Volterra*, V, Milano, 1971
- L. SERTORIO, *La culpa in concreto nel diritto romano e nel diritto odierno*, Torino 1914

- F. SITZIA, s.v. *Promessa unilaterale (storia)*, in *Enc. dir.*, XXXVII, Milano, 1988
- S. SOLAZZI, *La compensazione nel diritto romano*, Napoli, 1927-1928
- S. SOLAZZI, *Note minime sulla datio in solutum*, in *RIL*, LXI
- A. STEINWENTER, *Recensione a E. del Chiaro, Le contrat de société*, in *ZSS*, 50, 1930
- F. STURM, *Gesellschafterausgeben für Weib und Würfel*, in *Iura*, 30, 1979
- M. TALAMANCA, *Colpa civile (diritto romano ed intermedio)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. VII (1990)
- M. TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo del processo privato*, in F. Milazzo (a c. di), *Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale*, Atti del convegno di Copanello (1996), Napoli, 1999
- M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990
- M. TALAMANCA, *Società: diritto romano*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XLII (1990)
- A. TORRENTE-P. SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato* (a cura di F. Anelli e Carlo Granelli), XX, Giuffrè, 2011
- A. TRISCIUOGGIO, *'Societas publicanorum' e aspetti della responsabilità esterna*, in *Diritto@Storia. Rivista internazionale di Scienze giuridiche e Tradizione Romana*, 11, 2013

- S. VIARO, *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, Padova, 2011
- R. VILLERS, *Essai sur la pollicitatio a une res publica*, in *RHD*, 18, 1939
- U. VINCENTI, in A. Schiavone (a c. di), *Diritto privato romano. Un profilo storico*, Torino, 2003
- A. VINNIUS, *Commentarius ad §2 Inst. h. t.*
- P. VOCI, 'Diligentia', 'custodia', 'culpa': i dati fondamentali, in *SDHI*, LVI, 1990 (ora in *Ultimi studi di diritto romano*, a c. di R. Astolfi, Napoli, 2007)
- P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, VI, Milano, 2003
- P. VOCI, *La dottrina romana del contratto*, Milano, 1946
- J. VOET, *Commentarius ad Pandectas*, Lib. XVII, Tit. II, num. 8
- E. VOLTERRA, *Istituzioni di Diritto Privato Romano*, Roma, 1961
- W.L. WESTERMANN, *The slave systems of Greek and Roman antiquity*, Philadelphia, 1955
- F. WIEACKER, *Cicero als Advokat*, Berlin, 1965
- F. WIEACKER, *Haftungsformen des römischen Gesellschaftsrecht*, in *SZ*, 54 (1936)
- F. WIEACKER, *Recensione a A. Guarino, «Societas consensu contracta»*, in *IURA*, 24, 1973
- F. WIEACKER, *Recensione a V. Arangio-Ruiz, La società, cit.*, in *ZSS*, 69, 1952

F. WIEACKER, *Societas. Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft. Untersuchungen zur Geschichte des römischen Gesellschaftsrechts*, I, Weimar, 1936

B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette* (trad. it.), II, 1930

J.H. WOLFF, *Zur Geschichte der 'diligentia quam suis'*, in *Iura*, 6, 1955