



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL  
ISSN: 2036-2528

Pia Starace

*Partes lucri et damni tra societas leonina e  
societas donationis causa:  
questioni di nullità*

Numero XIII Anno 2020  
[www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com](http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com)

Proprietario e Direttore responsabile  
Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno).

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciuglio (Univ. Torino)

Redazione

P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), C. De Cristofaro (Univ. Salerno), N. Donadio (Univ. Milano), P. Pasquino (Univ. Salerno)

Segreteria di Redazione

C. Cascone, G. Durante, S. Papillo

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro  
Via R. Morghen, 181  
80129 Napoli, Italia  
Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno    Dipartimento di Scienze Giuridiche  
(Scuola di Giurisprudenza)  
Università degli Studi di Salerno

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

Inscr. Cam. Comm. N° 04552920482 – P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

## *Partes lucri et damni tra societas leonina e societas donationis causa: questioni di nullità\**

**SOMMARIO:** 1. Quinto Mucio, Servio e la misura dei lucri e dei danni – 2. La *iniquissima* società leonina – 3. Ragioni di iniquità e nullità: un argine all'autonomia dei soci – 4. Nullità 'simmetriche' in tema di *societas donationis causa*: la contraddittoria e iniqua coesistenza fra *causa donationis* e *causa societatis*

### *1. Quinto Mucio, Servio e la misura dei lucri e dei danni*

Il tema della ripartizione dei profitti e delle perdite costituisce un punto privilegiato di osservazione del tema della nullità, con riguardo a due figure particolari e 'simmetriche' di società, la *societas leonina* e la *societas donationis causa*, rispetto alle quali, nel multiforme universo delle *societates* romane, l'autonomia contrattuale incontra un argine. In entrambi i casi, infatti, l'interpretazione giurisprudenziale interviene ad applicare, senza attenuazioni di sorta, la sanzione della nullità garantendo così uno svolgimento delle relazioni fra i soci 'non iniquo', in coerenza con i principii operanti nell'ordinamento.

Per ricostruire adeguatamente i termini del discorso, occorre risalire alla disputa tardo-repubblicana fra Q. Mucio e Servio, in materia di *partes lucri et damni*, di cui una rilevante testimonianza è in:

Paul. 6 *ad Sab.* D. 17.2.30: *Mucius libro quarto decimo scribit non posse [Mo. probe]<sup>1</sup> societatem coiri, ut aliam damni, aliam lucri partem socius ferat: Servius in notatis Mucii ait nec posse societatem ita contrahi, neque enim lucrum intellegitur nisi omni damno deducto neque damnum nisi omni lucro deducto: sed potest coiri societas ita, ut eius lucri, quod reliquum in societate sit omni damno deducto, pars alia feratur, et eius damni, quod similiter relinquatur, pars alia capiatur<sup>2</sup>.*

Quinto Mucio, nel quattordicesimo libro del trattato civilistico, escludeva completamente la possibilità di dar vita a una società in cui uno dei soci partecipasse in misura differente al lucro e al danno. Dal canto suo, Servio, criticandone il pensiero nei *Notata Mucii*, prima puntualizzava che i concetti di lucro totale e danno totale andavano valutati nel rendiconto finale, sottraendo le relative voci per ottenere la cifra netta di attivo e passivo; in seconda battuta, respingeva più nettamente l'intransigenza muciana<sup>3</sup>. Riteneva, infatti, che i soci

---

\*Queste pagine si pongono in una linea di continuità ideale con un mio lavoro dal titolo *La 'parte' del leone. Intorno a D. 17.2.29.2 (Ulp. 30 ad Sab.)*, in LR, 8, 2019, 369 ss., allargando l'ambito della ricerca ad un'analisi dei profili di nullità relativi alla fattispecie della *societas donationis causa*, emersi allora solo in misura ridotta.

<sup>1</sup> Circa la correzione suggerita da Mommsen, S. ROTONDI, *Natura contractus*, in BIDR, 24, 1911, 12, nt. 1, sosteneva che soltanto accogliendola sarebbe risultata netta l'antitesi fra Q. Mucio e Servio. Precisava, inoltre, che al *non probe* non andava attribuito il significato di una semplice riprovazione morale.

<sup>2</sup> Sul passo, che va esaminato unitamente a Gai 3.149 e I. 3.25.2, dei quali in questo lavoro si tratta *infra*, v. le considerazioni di V. ARANGIO RUIZ, *La società in diritto romano. Corso di lezioni svolto nell'Università di Roma 1949-1950*, Napoli, 1965, rist. an. 2006, 98; e di M. TALAMANCA, *La 'societas'. Corso di lezioni di diritto romano*, edizione postuma a cura di L. Garofalo, Padova, 2012, 168 ss., entrambi persuasi che Q. Mucio e Servio avessero posizioni contrapposte circa l'eventualità di una disegualianza fra soci nella partecipazione ai profitti e alle perdite. Penetranti osservazioni sulla costituzione critica del passo in M. MIGLIETTA *'Servius respondit'. Studi intorno a metodo e interpretazione nella scienza giuridica serviana. Prolegomena*, I, Trento, 2010, 317 ss., cui si rimanda, anche per le relative annotazioni bibliografiche. Specifica attenzione all'apporto muciano nel testo è dedicata da E. STOLFI, in J. L. FERRARY, A. SCHIAVONE, E. STOLFI, *Quintus Mucius Scaevola. Opera*, Roma, 2018, 152 (testo) e 327 s. (commento).

<sup>3</sup> Osservava F. BONA, *Studi sulla società consensuale in diritto romano*, Milano, 1973, 26 s., che «la ragione di fondo del contrasto di opinioni verosimilmente andava ricercata nella diversa

avrebbero potuto stabilire pattiziamente che si potesse attingere una parte dell'intero lucro lasciato alla società (al netto del danno), come anche subire il danno solo in una misura parziale rispetto al totale parimenti lasciato alla società<sup>4</sup>.

La critica di Servio a Quinto Mucio su questa tematica si può delineare con maggiore dettaglio avvalendosi di una notissima esposizione gaiana, che qui riproduco:

Gai 3.149-150: *Magna autem quaestio fuit, an ita coiri possit societas, ut quis maiorem partem lucretur, minorem damni praestet. Quod Quintus Mucius contra naturam societatis esse existimavit. Sed Servius Sulpicius, cuius*<sup>5</sup> *etiam praevaluit*

---

concezione dei due giuristi circa la valutazione dell'opera». Infatti, egli attribuiva a Quinto Mucio una concezione della società questuaria alla stregua del modello del *consortium exco non cito* e, per il suo tempo, a quello della *societas omnium bonorum*, in cui non si riconosceva rilevanza autonoma alle forze di lavoro del socio, quanto piuttosto al patrimonio. Diversamente, attribuiva a Servio una concezione del contributo d'opera come equivalente al capitale versato dall'altro socio, suscettibile di valutazione pecuniaria autonoma.

<sup>4</sup> Secondo A. POGGI, *Il contratto di società in diritto romano classico*, I-II, Torino, 1930, rist. an. a cura di C. Masi Doria e G. Santucci, Napoli, 2012, 350 ss., il fatto che Servio ammetta come pienamente lecito che un socio possa avere una determinata quota dell'utile netto e nel contempo sostenere, secondo una diversa quota, i danni risultanti dal bilancio finale in passivo, non richiede come presupposto una sperequazione degli apporti dei soci, ma è determinato da motivi di equità a favore del socio d'opera (353). Ad avviso di G. SANTUCCI, *Il socio d'opera in diritto romano. Conferimenti e responsabilità*, Padova, 1997, 41, il ragionamento serviano, critico verso Quinto Mucio, va inteso nel senso per cui «un socio riceve una specifica quota dell'utile netto e sopporta una differente quota di perdite secondo il passivo finale netto».

<sup>5</sup> Il testo gaiano presenta una lacuna probabilmente determinata da un salto di una o due righe da parte dell'amanuense, indotto in errore dall'omoteleuto *Mucius* e *cuius*. Così G. SANTUCCI, *La 'magna quaestio' in Gai 3.149*, in *Index*, 42, 2014, 332. L'integrazione è stata possibile grazie al confronto col corrispondente passo delle Istituzioni giustiniane, 3.25.2. In proposito, F. BONA, *Studi sulla società consensuale in diritto romano*, Milano, 24, nt. 44. In precedenza, G. BESELER, *Zu Gaius 3.149*, in *SDHI*, 4, 1938, 205 ss., aveva attribuito a Cassio, e non a Servio, l'introduzione della possibilità di esenzione del socio, proponendo la seguente correzione: *Quod Quintus Mucius et Servius Sulpicius negabant: Cassius autem, cuius etiam praevaluit sententia...*, sulla base di D. 17.2.29.1 e D. 17.2.30. Non dividevano tale proposta ricostruttiva, che avrebbe posto Servio nella stessa linea di pensiero di Quinto Mucio, né V. ARANGIO RUIZ, *La società*, cit., 96 ss.;

*sententia, adeo ita coiri posse societatem existimavit, ut dixerit illo quoque modo coiri posse, ut quis nihil omnino damni praestet, sed lucri partem capiat, si modo opera eius tam pretiosa videatur, ut aequum sit eum cum hac pactione in societatem admitti. Nam et ita posse coiri societatem constat, ut unus pecuniam conferat, alter non conferat, et tamen lucrum inter eos commune sit: saepe enim opera alicuius pro pecunia valet. 150. Et illud certum est, si de partibus lucri et damni nihil inter eos convenerit, tamen aequis ex 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.*

Nella contrapposizione su tale problema, che Gaio descriveva come *magna quaestio*<sup>6</sup>, Quinto Mucio escludeva, in quanto contrario alla *natura*<sup>7</sup>

---

nè M. TALAMANCA, *La ‘societas’*, cit., 169 s.; quest’ultimo, nel respingere come «per nulla fondata» la proposta di Beseler, concorda con Arangio Ruiz nel senso che «l’opinione di Servio non era immediatamente prevalsa, ma si era equivalsa con quella di Mucio, finchè ad opera dei grandi maestri della scuola sabiniana non finì con l’essere unanimemente recepta» (170).

<sup>6</sup> Il fatto che Gaio definisse come *magna* tale *quaestio* in un momento in cui essa avrebbe dovuto risultare già superata e risolta col prevalere dell’orientamento serviano, lascia supporre che non soltanto all’epoca di Gaio rivivesse l’eco del dibattito, ma che il dibattito stesso ancora fervesse. In questo senso F. BONA, *Studi*, cit., 1973, 30. Da ultimo si è occupato specificamente dei diversi aspetti problematici che scaturiscono da questa controversia, G. SANTUCCI, *La ‘magna quaestio’*, cit., 271 ss., al cui lavoro rinvio anche per la esauriente documentazione bibliografica. La vividezza e l’impatto della dialettica tra Q. Mucio e Servio restituite da Gaio, sono sottolineati nel commento del passo da E. STOLFI, *Quintus Mucius Scaevola*, cit., 329 s. (a p. 152 il testo).

<sup>7</sup> Sull’autenticità di tale espressione in Gaio sono stati avanzati sospetti dalla critica interpolazionistica. V. ROTONDI *Natura contractus*, cit., 13; G. BESELER, *Zu Gaius 3.149*, cit., 205 ss. Nella comprensione della portata di tale espressione non si può trascurare il collegamento con Gai 3.154-154b sulla *legitima simul et naturalis societas quae appellabatur exco non cito*, di ascendenza muciana. Circa la costruzione autenticamente muciana della *natura societatis*, F. HORAK, *Rationes decidendi’ Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*, I, Innsbruck, 1969, 162, osserva che essa va collocata fra gli istituti condizionati culturalmente e che subiscono il divenire nel tempo, nel senso che essa risulta determinata dalle regole giuridiche, non il contrario. E tali regole sono costruite da rappresentazioni di valore (dall’*aequum*) che dominano in una determinata società. Nel riprendere anche le considerazioni di Horak, R. CARDILLI, *Il problema della resistenza del tipo contrattuale nel diritto romano fra ‘natura contractus’ e ‘forma iuris’*, in *Modelli teorici e metodologici*

della società, che si potesse concepire uno sbilanciamento a favore di uno dei soci, il quale avrebbe percepito in misura maggiore il lucro e in misura minore il danno. E questo a prescindere da ogni considerazione ulteriore circa la qualità dei soci, il tipo di conferimenti, gli scopi; e verosimilmente avendo presente, oltre alla società questuaria, anche la *societas universorum bonorum*<sup>8</sup>. La sua visione sembrerebbe quella statica, consortile della società, intesa come società di capitali, collegata alla

---

nella storia del diritto privato, a cura di R. Fiori, Napoli, 2008, 15 ss., ravvisa nell'espressione muciana *contra naturam societatis* un richiamo al *ius societatis* da intendersi come ambito tipico delle regole del contratto di *societas* che si rispecchiano nella natura di buona fede dell'*actio pro socio*. Sulla *bona fides*, inevitabilmente coinvolta in un discorso che si muove tra la *natura contractus* e il richiamo all'*aequitas*, incisive le considerazioni di G. SANTUCCI, 'Fides bona' e 'societas'. Una riflessione, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese (Padova-Venezia-Treviso, 14-15-16 giugno 2001)*, III, a cura di L. Garofalo, Padova, 2003, 359 ss., cui si rimanda anche per la informata bibliografia. La buona fede giocava un ruolo molto rilevante in uno schema contrattuale ad amplissimo spettro come quello della *societas*, in vario modo: facilitava l'inserimento di patti *in coeunda societate* da far valere nell'ambito dell'*actio pro socio*; costituiva il principio al quale dovevano informarsi i comportamenti dei soci di volta in volta in relazione alle peculiarità del rapporto societario, anche con riguardo alla ripartizione di *lucri et damni*, molto variabile in relazione al tipo di conferimento; ad esso doveva attenersi l'arbitratore cui fosse stato affidato il compito di stabilire le *partes lucri et damni*. In proposito, significativi: D. 17.2.76; D. 17.2.78; D. 17.2.80, tratti dal *lib. 5 delle Epistulae* di Proculo, su cui, in particolare, F. GALLO, *La dottrina di Proculo e quella di Paolo in materia di arbitraggio*, in *Studi in onore di G. Grosso*, III, Torino, 478 ss.; e V. MANNINO, *Brevi notazioni a margine dell'arbitrato 'boni viri'*, in *Il ruolo della buona fede*, III, cit., 425 ss. In un contesto più generale, v. G. SANTUCCI, *Il socio d'opera*, cit., 62 ss., con relativa bibliografia.

<sup>8</sup> Circa la tipologia di *societates* cui si riferiva la *quaestio*, certamente vanno indicate le società questuarie, in specie *alicuius negotiationis* e *unius rei*. Per F. BONA, *Studi*, cit., 25 s., la disputa è sorta «con riguardo esclusivo alle società questuarie limitate, in cui un socio abbia versato il capitale occorrente, l'altro l'opera necessaria per l'intrapresa, per comune utilità, di una attività questuaria in ampio senso». Egli pensa che Quinto Mucio concepisse la società questuaria alla stregua del modello rappresentato dal *consortium ercto non cito*. Tuttavia, non si può escludere che il problema della diversa attribuzione delle quote potesse sorgere anche con riguardo alle *societates omnium bonorum*, considerato che Gaio si esprime in termini generali, come osserva G. SANTUCCI, *La 'magna quaestio'*, cit., 333.

realità economica agricola incentrata sulla proprietà<sup>9</sup>, dove conta l’essere compartecipi di un patrimonio comune da cogestire, e dove l’autonomia dei privati non riveste alcuna rilevanza mentre, per l’appunto, conta il patrimonio<sup>10</sup>. Al conferimento in opere non si fa cenno, sebbene si possa ritenere che Quinto Mucio lo avesse presente quando esprimeva la sua posizione; esso non sembra incidere affatto nel computo di *partes lucri et damni*, perchè probabilmente non era ritenuto equivalente ai beni e al denaro<sup>11</sup>. Esso viene, invece, in considerazione nel passo quando Gaio riferisce il pensiero di Servio, improntato presumibilmente a una visione più dinamica e imprenditoriale, volta ad attribuire importanza agli accordi dei soci circa le *partes lucri et damni*, con una speciale attenzione proprio agli apporti in opere<sup>12</sup>. Infatti, egli sosteneva che, se l’attività prestata da un socio fosse stata particolarmente preziosa (qualità da

---

<sup>9</sup> Osserva V. ARANGIO RUIZ, *La società*, cit., 93, che nel tipo primordiale di *societas* non contrattuale, l’*ercto non cito*, gli apporti erano omogenei perchè «venivano messi (o lasciati) in comune tutti i beni compresi nell’eredità del capostipite o costituenti il patrimonio proprio di ognuno degli estranei: cose corporali come i fondi e le loro scorte in strumenti, macchine agricole e animali, gli schiavi ed il mobiglio delle case, ma anche cose incorporali, come il diritto di patronato sui liberti o come i crediti». Su questo v. anche M. TALAMANCA, *Costruzione giuridica e strutture sociali fino a Q. Mucio, in Società romana e produzione schiavistica*, III. *Modelli etici, diritto e trasformazioni sociali*, Roma-Bari, 1981, 24 ss. Per ulteriori considerazioni utili a comprendere la posizione muciana A. WATSON, *The Notion of Equivalence of Contractual Obligation and Classical Roman Partnership*, in *LQR*, 97, 1981, 279 ss.

<sup>10</sup> Sul punto, G. SANTUCCI, *Il socio d’opera*, cit., 55, nt. 52, con bibliografia.

<sup>11</sup> F. BONA, *Studi*, cit., 26 s., sul presupposto che si stesse trattando di una società questuaria, osserva che Quinto Mucio «evidentemente la concepiva alla stregua del modello rappresentato dal *consortium ercto non cito* in cui le forze di lavoro del socio non avevano una rilevanza autonoma rispetto al patrimonio che costituiva la base economica della *societas*». Ad avviso di M. KASER, *Neue Literatur zur ‘societas’*, in *SDHI*, 41, 1975, 314 s., la causa delle resistenze concettuali alla nuova strada aperta da Servio risiedeva più nella difficoltà di equiparare teoricamente la prestazione d’opera del socio al conferimento di capitale, che nel rispetto del modello della società di mero godimento.

<sup>12</sup> Secondo F. BONA, *Studi*, cit., 27: «Servio può aver concepito il contributo in opera di un socio come equivalente al capitale versato dall’altro socio, come entità autonoma rispetto allo stesso capitale» suscettibile di una valutazione pecuniaria alla pari del capitale versato. V. inoltre, G. SANTUCCI, *Il socio d’opera*, cit., 90 s.

commisurare al denaro)<sup>13</sup>, costui avrebbe potuto essere esonerato pattiziamente dal *damnum*, a maggior ragione se esposto a rischi, e in ogni caso partecipare al lucro<sup>14</sup>. La *sententia Servii* prevalse<sup>15</sup>. Tuttavia, nel silenzio delle parti, la disciplina vigente prevedeva un trattamento di eguaglianza nella ripartizione di lucri e danni. Addirittura tale regola avrebbe funzionato anche nell’ambito di una stessa società con riguardo alla parte su cui non era intervenuto alcun accordo, per esempio per il danno, in presenza, invece, di espressa pattuizione circa la distribuzione del guadagno<sup>16</sup>.

---

<sup>13</sup> Sull’attribuibilità a Servio oppure a Sabino e Cassio della costruzione, in termini rigorosi, dell’apporto di opera come pecuniariamente valutabile e pertanto deducibile, come posta passiva accanto al capitale, dalla posta attiva costituita dai ricavi lordi, si vedano le divergenti opinioni, da un lato di F. WIEACKER, ‘Societas’. *Hausgemeinschaft und Erwerbsgesellschaft. Untersuchungen zur Geschichte des römischen Gesellschaftsrechtes*, Weimar, 1936, 251 ss. (dello stesso autore v. anche *Recensione a V. ARANGIO RUIZ, La società*, cit., in *ZSS*, 69, 1952, 497 s.); dall’altro, di F. HORAK, ‘Rationes decidendi’, cit., 159 ss., il quale riprende e critica minutamente le considerazioni del primo.

<sup>14</sup> F. BONA, *Studi*, cit., 31 ss., rileva il differente valore dell’espressione gaiana *opera eius tam pretiosa*, rispetto alla frase *si tanti sit opera quanti damnum est* di Sabino, riportata da Ulpiano in D. 17.2.29.1. Tali espressioni rivelano una differente valutazione dell’incidenza dell’apporto di lavoro del socio d’opera nella realizzazione dell’oggetto sociale: quella gaiano-serviana, legata a valutazioni soggettive lasciate al libero apprezzamento delle parti *in coeunda societate*; quella sabiniano-cassiana, in cui il lavoro, valutato pecuniariamente (riportando così la parità fra socio d’opera e socio di capitale) al momento del rendiconto finale, andava commisurato alla diminuzione di capitale sofferta dal socio capitalista. Sabino e Cassio, cioè, pur raggiunta la consapevolezza del valore contabile da accordare alle opere, mostravano una certa resistenza alla piena condivisione del pensiero serviano, ammettendo l’esclusione dal *damnum* del socio d’opera soltanto se, al termine della gestione sociale, il suo lavoro, tradotto in denaro, fosse risultato equivalente rispetto alla diminuzione di capitale sofferta dal socio capitalista.

<sup>15</sup> È opinione consolidata nella letteratura giusromanistica che la *sententia serviana* rappresenti l’approdo di una concezione maggiormente dinamica della società consensuale, conforme ai profondi mutamenti socio-economici che Roma stava attraversando in quel periodo. Lo sottolinea G. SANTUCCI, *La ‘magna quaestio’*, cit., 333 ss., a cui rimando per la ricognizione critica delle posizioni dottrinarie in merito alla *magna quaestio*.

<sup>16</sup> Sembrerebbe potersi ravvisare un aggancio tra questa disputa di Q. Mucio e Servio sulla ripartizione dei profitti e delle perdite e quella sulla definizione della *pars*, come attestato nel noto passo Paul. 21 *ad ed.*, D. 50.16.25.1: *Quintus Mucius ait partis appellatione rem pro indiviso significari: nam quod pro diviso nostrum sit, id non partem sed totum esse. Servius non ineleganter partis appellatione utrumque significari*. Essa va intesa secondo Q. Mucio

Il corrispondente passo delle Istituzioni giustinianee, dove torna il richiamo alla disputa tra Q. Mucio e Servio, dove ricorre l’espressione muciana *contra naturam societatis*, e dove si ribadisce il prevalere della *sententia Servii* sul valore delle opere quantificabili in relazione alla *pecunia*, completa la comprensione del passo gaiano<sup>17</sup>:

---

soltanto nel senso di *pars pro indiviso*, mentre per Servio anche nel significato di *pars pro diviso*. Sul passo rinvio a M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Bari, 2001, 182 ss. Questo probabile legame fra le due diverse polemiche avanzate da Servio contro Q. Mucio rimarcherebbe, a mio avviso, il persistere della contiguità tra comunione e società. Ciò risulta plausibile maggiormente alla luce dell’analisi dei *Libri III iuris civilis* di Sabino, che raccolgono l’eredità muciana. In particolare, P. FREZZA, *Osservazioni sopra il sistema di Sabino*, in *Scritti*, I, Roma, 2000, 223 s., rilevava che «una delle caratteristiche della trattazione di Sabino era di mostrare le diversità di regime fra i due tipi di società (*communio* e *societas* consensuale), tra cui la possibilità di variare per patto le *partes lucri et damni*, le quali sono invece nella *communio* regolate dalla quota (D. 17.2.29.1, Ulp. 30 *ad Sab.*)». Sabino avrebbe cioè «trattato nei sui *Libri iuris civilis* della società consensuale in appendice alla dottrina della *communio* ed ha ordito sulla stessa trama di quest’ultima la trattazione della prima». A me pare di intravedere alla base del pensiero muciano – che esclude una disparità di partecipazione fra i soci (ritenendola contraria alla *natura* della società) –, proprio l’idea di *pars pro indiviso*, la quota ideale di un tutto, il patrimonio societario, formato dall’insieme dei conferimenti (in denaro e beni) in comunione, co-gestito dai soci (come fratelli), che otterranno proventi e perdite entro la propria quota in egual misura. Questo sul presupposto che il tipo di società intorno a cui ragionava Q. Mucio fosse la *societas omnium bonorum*. Probabilmente, invece, Servio partiva da una differente concezione di società nella quale non soltanto i soci restavano proprietari dei loro conferimenti, messi insieme meramente in funzione del perseguimento dello scopo societario, ma gli stessi conferimenti potevano consistere in opere, oltre che in beni e denaro. Ciò non avrebbe condizionato la ripartizione di lucri e perdite, lasciata alla libera pattuizione dei soci, i quali, nel rendiconto finale, avrebbero potuto corrisponderne a ciascuno in misura diversa, anche in relazione all’importanza/preziosità delle opere conferite.

<sup>17</sup> Un confronto fra i passi è condotto da V. ARANGIO RUIZ, *La società*, cit., 100 ss., il quale è incline a credere che per un «misterioso procedere della tradizione manoscritta», la soluzione prevalse nella giurisprudenza del Principato sia espressa proprio dai giustinianei, piuttosto che nel manuale gaiano, come si sarebbe indotti a ritenere. Inoltre, v. F. HORAK, *Rationes decidendi*, cit., 158 ss. Da ultimo E. STOLFI, *Quintus Mucius Scaevola*, cit., 152 (testo) e 330 s. (commento).

I. 3.25 pr.-2: *Societatem coire solemus aut totorum bonorum, quam Graeci specialiter κοινοπραξίαν appellant, aut unius alicuius negotiationis, veluti mancipiorum emendorum vendendorumque, aut olei vini frumenti emendi vendendique. 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 umquam 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. 2. De illa sane conventionem quaesitum est, si Titius et Seius inter se pacti sunt, ut ad Titium lucri duae partes pertineant, damni tertia, ad Seium duae partes damni, lucri tertia, an rata debet haberi conventio? Quintus Mucius contra naturam societatis talem pactionem esse existimavit et ob id non esse ratam habendam. Servius Sulpicius cuius sententia praevaluit, contra sentit, quia saepe quorundam ita pretiosa est opera in societate, ut eos iustum sit meliore condicione in societatem admitti: nam et ita coiri posse societatem 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 Mucii sententiam optinuit, ut illud quoque constituerit posse convenire, ut quis lucri partem ferat, damno non teneatur, quod et ipsum Servius convenienter sibi existimavit: quod tamen ita intellegi oportet, ut, si in aliqua re lucrum, in aliqua damnum allatum sit, compensatione facta solum quod superest intellegatur lucri esse.*

Nell’ambito della complessiva disamina della disciplina societaria in materia di ripartizione di lucro e danno, si afferma il concetto della eguaglianza fra i soci in assenza di pattuizioni espresse degli stessi, avendo cura di sottolineare addirittura che non vi fu mai alcun dubbio sulla libertà dei contraenti di determinare a loro piacimento le quote sociali (*nec enim umquam 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*). Poi si richiama l’antica questione relativa all’ammissibilità di una ripartizione sbilanciata fra i soci risalendo alla contrapposizione fra Q. Mucio e Servio, rispetto alla quale, a fronte del diniego muciano di ratifica di un accordo in cui si stabiliva che ad un socio spettassero due parti, all’altro solo la terza parte, viene rimarcata la prevalenza della *sententia Servii* che aveva dissipato ogni dubbio (*nam et ita coiri posse societatem non dubitatur*) accordando piena autonomia ai privati, al punto

che, in presenza di un conferimento d’opera (il cui valore era commisurabile al denaro, come si desume dalla frase *quia saepe opera alicuius pro pecunia valet*), la particolare preziosità<sup>18</sup> di quella poteva giustificare un’esonazione dal *damnum* (*quia saepe quorundam ita pretiosa est opera in societate, ut eos iustum sit meliore condicione in societatem admitti*)<sup>19</sup>. In conclusione si specifica che il profitto o la perdita da prendere in considerazione è quella che risulta dal conto consuntivo di tutta la gestione sociale<sup>20</sup>.

A fronte dell’affermata prevalenza della *sententia Servii*, come è attestato in Gaio e ribadito nelle Istituzioni giustiniane, la vigenza della regola della eguaglianza fra i soci nella ripartizione dei profitti e delle perdite, laddove questi non avessero stabilito diversamente, in fin dei conti, pare sottendere una conservazione della validità del fondamento dell’opinione muciana.

## 2. La ‘iniquissima’ società leonina

Le considerazioni sin qui condotte si rivelano particolarmente interessanti se si ha riguardo all’ipotesi della *societas leonina*, quel tipo di società in cui ad un socio è riservato solo il profitto e all’altro soltanto il danno, della quale si fa espressa menzione in un unico passo del

---

<sup>18</sup> La *pretiositas* dell’opera del socio è elemento che ritorna rispetto al passo gaiano come motivo socio-economico che giustifica appunto l’esonazione di questo dal *damnum*. Tuttavia, notava F. CANCELLI, voce *Società (dir. rom.)*, in *Noviss. Dig. it.* I, 17, Torino, 1970, 502, che in I. 3.25.2 la frase sulla preziosità dell’opera è introdotta dal *quia*, non dal *si modo* come in Gaio, il che avrebbe significato che i motivi condizionanti del trattamento particolare del socio sarebbero forse stati attinti da testi classici «non inficiati di contraddittorie riserve», alludendo più in generale a rimaneggiamenti postclassici sui testi di Gaio e del Digesto, dovuti alla particolare preoccupazione di equilibrare e pareggiare le prestazioni dei contraenti.

<sup>19</sup> *Ut eos iustum sit meliore condicione in societatem admitti* è espressione parallela rispetto all’*ut aequum sit enim cum hac pactione in societatem admitti* di Gai 3.149; entrambe denotano non soltanto che le pattuizioni societarie devono essere ispirate ad un criterio di equità e coerenza rispetto all’ordinamento, ma anche che il giudice nel relativo *iudicium bonae fidei* sottoporrà a una valutazione equitativa i comportamenti dei soci.

<sup>20</sup> Tale considerazione richiama il contenuto del passo paolino, D. 17.2.30, prima trattato.

Digesto giustiniano, collocato proprio immediatamente prima del summenzionato D. 17.2.30:

Ulp. 30 *ad Sab.* D. 17.2.29.2: *Aristo refert Cassium respondisse societatem talem coiri non posse, ut alter lucrum tantum [Mo. totum], 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*<sup>21</sup>.

Ulpiano riprendeva la definizione cassiana di *societas leonina*<sup>22</sup> per il tramite della testimonianza di Aristone, e ad essa si ricollegava per ribadire con enfasi la nullità di quel *genus societatis* considerato *iniquissimum*. Quanto il giurista severiano qui riferisce e conferma è il punto di approdo di una catena di considerazioni espresse nei paragrafi precedenti, che danno conto del pensiero di Sabino e Cassio. Poiché tale intervento sollecita riflessioni utili anche a chiarire il dibattito giurisprudenziale attraverso cui è maturata tale regolamentazione<sup>23</sup>,

---

<sup>21</sup> V. V. ARANGIO RUIZ, *La società*, cit., 111.

<sup>22</sup> Va rimarcato che tale definizione ricorre esclusivamente nel lessico cassiano.

<sup>23</sup> Essa, peraltro, ha conservato nel tempo intatta la sua importanza; basti pensare a quanto recita l'art. 2265 del nostro codice civile: «È nullo il patto con il quale uno o più soci sono esclusi da ogni partecipazione agli utili o alle perdite». Uno sguardo allargato al diritto privato europeo nel suo sviluppo storico in ordine alla *societas leonina* è in K.M. HINGST, *Die 'societas leonina' in der europäischen Privatrechtsgeschichte. Der Weg vom Typenzwang zur Vertragsfreiheit am Beispiel der Geschichte der Löwengesellschaft von römischem Recht bis in die Gegenwart*, Berlin, 2003; e F.S. MEISSEL, *Recensione a K.M. HINGST, Die 'societas leonina'*, cit., in *ZSS*, 123, 2006, 424 ss. Di quest'ultimo si segnala, inoltre, l'ampia trattazione monografica in merito alla *societas*, F.S. MEISSEL, *'Societas'. Struktur und Typenvielfalt des römischen Gesellschaftsvertrages*, Frankfurt am Main, 2004; su cui, molto utile G. SANTUCCI, *Recensione a F.S. MEISSEL, 'Societas'*, cit., in *Iura*, 55, 2004-2005, 271 ss. Rivolge attenzione, tornando a più riprese sul tema societario, anche alle norme vigenti nel diritto civile spagnolo, J. M. BLANCH NOUGÉS, *Reflexiones acerca de la 'societas leonina' en el Derecho romano*, in *RIDA*, 65, 2008, 83 ss.; ID., *Nuevas consideraciones acerca de Gai 3.149 y D.17,29,2: 'magna quaestio' y 'societas leonina' en Derecho Romano*, in *RGDR*, 11, 2008;

occorre procedere ad una contestualizzazione. Leggiamo dunque per intero il frammento:

Ulp. 30 *ad Sab.* D. 17.2.29 pr.-1: *Si non fuerint partes societati adiectae, aequas eas esse constat. si vero placuerit, ut quis duas partes vel tres habeat, alius unam, an valeat? placet valere, si modo aliquid plus contulit societati vel pecuniae vel operae vel cuiuscumque alterius rei causa*<sup>24</sup>. 1. *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*

---

ID., *Precedentes romanos de los artículos 1689 a 1691 del Código civil*, in *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, 18, 2008, II, 29 ss.

<sup>24</sup> Su *vel cuiuscumque alterius rei causa* sono stati avanzati dubbi di autenticità per l'eccessiva vaghezza del contenuto che renderebbe difficile ad un giudice onesto negare applicazione al patto avente ad oggetto *partes* diverse, da V. ARANGIO RUIZ, *La società*, cit., 107, il quale attribuiva ai compilatori la volontà di «rendere innocua una limitazione che non conveniva con le idee classiche da loro accettate»; sicché egli congetturava che in D. 17.2.29 pr. si siano sovrapposte tre mani: quella del giurista antico che si chiudeva con le parole *placet valere*; quella di un annotatore postclassico, che intendeva limitare l'autonomia delle parti richiedendo, a giustificazione della disparità delle quote, una corrispondente disparità di capitali o *industria* conferiti; e infine, quella dei compilatori giustinianei i quali, al fine di riaffermare la autonomia delle parti, avrebbero con le ultime cinque parollette cancellato la riserva insinuatasi nel testo ulpiano. Si domanda, invece, G. SANTUCCI, *Il socio d'opera*, cit., 1997, 186: «perché trovare ostacoli nella attribuzione almeno nella sostanza di questa chiusa ad Ulpiano?», essendo convinto che «Ulpiano, dopo la menzione della *pecunia* e dell'*opera*, abbia volutamente chiuso il discorso con un riferimento ad altre, non meglio precisate, forme di apporto». Ciò sarebbe determinato dalla notevole ampiezza di discrezionalità delle parti *in coeunda societate*, tale da prevedere conferimenti non immediatamente riconducibili alle *operae* in senso stretto, ma alla *gratia* o alla *industria*. Per una più completa comprensione della valenza di *industria* e *gratia*, termini di cui le fonti giuridiche sono assai avare, si rimanda alla ricca disamina di testi letterari svolta dallo stesso autore, 111 ss. e 157 ss.; ID., *La 'magna quaestio'*, cit., 345, sottolinea come alla parola *industria* vengano associati concetti legati alla qualità della persona come lo zelo, la laboriosità, l'intraprendenza, l'assunzione di rischi personali, difficilmente valutabili in termini pecuniari *in coeunda societate*. Al termine *gratia* invece possono ricondursi i concetti di *nomen*, *auctoritas*, *amicitia*, cioè credito, stima sociale, capacità di relazioni e di influenze personali. Anche in questo caso la valutazione *a priori* sarebbe risultata ben difficile, ancor più in ipotesi di inadempimento contrattuale.

*tanta est industria socii, ut plus societati conferat quam pecunia, item si solus naviget, si solus peregrinetur, pericula subbeat solus*<sup>25</sup>.

La regola generalmente accettata e applicata (come si desume dall’impiego dell’espressione *constat*<sup>26</sup>) è che se non si specificano le *partes* nella società (ossia ciò che spetterà come profitto/perdita a ciascun socio), esse si suppongono pari<sup>27</sup>. Tuttavia nell’esercizio dell’autonomia dei privati può succedere che si stabilisca che un socio abbia due o tre parti e l’altro solo una. Sarà valida una società simile? *Placet valere* è la risposta, espressione che evoca la persuasione della sua validità,

---

<sup>25</sup> Secondo A. POGGI, *Il contratto di società*, cit., 163 nt. 1, «il frammento è formalmente scorretto»; per A. GUARNERI CITATI, *Conferimenti e quote sociali in diritto romano*, in *BIDR*, 42, 1934, 166 ss., in particolare 187, il § 1 da *Cassius putat* in avanti era frutto di una interpolazione pregiustiniana; F. WIEACKER, ‘*Societas*’, cit., 265, nt. 5, giudicava compilatorio il tratto da *plerumque* in avanti; G. BESELER, *Zu Gaius 3.149*, cit., 206 s., appunta dal *tanti sit* fino alla fine; V. ARANGIO RUIZ, *La società*, cit., 109 s., anche alla luce dei passi delle Istituzioni giuliane e giustiniane, congetturava – al posto dell’inciso *si tanti opera... damnum est* che reputava una interpolazione pregiustiniana – la frase *si alter pecuniam alter operam conferat*. La pensava similmente F. CANCELLI, voce *Società*, cit., 502, il quale, tuttavia, si limitava ad espungere il segmento *si tanti...damnum est*. La sostanza del passo era genuina secondo A. WATSON, *The Law of Obligations in Later Roman Republic*, Oxford, 1965, 140 s., che pur vi ravvisava un intervento compilatorio di drastico raccorciamento. Invece, F. BONA, *Studi*, cit., 30 ss., sosteneva che la «frase incriminata, lungi dal doversi ritenere una interpolazione postclassica o giustiniana, conserva un autentico *Sabinianum*, nella plastica brachilogia della sua sostanza, se non della sua forma originaria».

<sup>26</sup> L’espressione indica un orientamento consolidato circa la soluzione di una questione dibattuta in ambito giurisprudenziale. V. *VIR*, I, 958, voce *consto* = *extra dubitationem positum esse, certum esse*; e A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary of Roman law*, Philadelphia, 1953, 409: «It is the common opinion of jurists». In proposito osserva A. B. SCHWARZ, *Das strittige Recht der römischen Juristen*, in *Festschrift F. Schulz*, II, hrsg. von H. Niedermayer und W. Flume, Weimar, 1951, 208; anche in *Atti del Congresso Internazionale di diritto Romano e Storia del Diritto (Verona, 27-28-29 settembre 1948)*, II, a cura di G. Moschetti, Milano, 1953, 131; ora in traduzione italiana a cura di A. LOVATO, *Il diritto controverso dei giuristi romani, in Itinerari di lettura. Per un corso di Diritto romano*<sup>2</sup>, Bari, 2011, 180: «Di fronte ai principi giuridici controversi vi sono quelli indiscussi, in relazione ai quali non sussistono dubbi. Il contrario di *quaeritur* è quindi *constat*, usato spesso anche nel linguaggio non giuridico».

<sup>27</sup> Tale regola appare indiscussa e tratlizia. Si vedano Gai 3.150 e I. 3.25.1. Lo sottolinea R. ASTOLFI, *I ‘libri tres iuris civilis’ di Sabino*, Padova, 2001, 130.

consolidatasi a seguito di contrasti di opinioni<sup>28</sup>, rispetto alla quale si specifica – immediatamente dopo con la locuzione *si modo* – purchè si sia conferito qualcosa di più in termini di denaro, di opere o altro. Il discorso poi fornisce una chiave risolutiva, proprio in relazione alla misura dei diversi conferimenti di ciascun socio alla società. Infatti, si precisa che il maggiore apporto in denaro, opere, o altro, può giustificare la disegualianza della partecipazione ai lucri e alle perdite (da presumersi invece eguali in mancanza di indicazione espressa). Nel paragrafo successivo (§ 1) viene riferito il pensiero di Cassio, il quale non esclude l’eventualità di esonerare uno dei soci dal *damnum*, fermo restando che invece il lucro venga percepito in comune, ma soltanto in un caso particolare sul quale già si era espresso Sabino; cioè, l’essere esonerati dal subire le perdite si giustifica soltanto se l’opera sia tanto quanto il danno (*quod ita demum valebit, ut et Sabinus scribit, si tanti sit opera, quanti damnum est*). Nella maggior parte dei casi accade quando il socio presta alla società *tanta industria* da superare persino il valore del denaro, includendovi il rischio dell’attività negoziale, come per esempio nel caso del trasporto

---

<sup>28</sup> Il *placet*, analogamente al *constat*, lascia supporre un precedente contrasto di opinioni risoltosi in una persuasione consolidata. V. A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary*, cit., 632: «*Placuit*, without reference to a specific jurist or jurists indicated the opinion of several jurist which prevailed over the opinion of other jurists»; v. anche H. HEUMANN e E. SECKEL, voce *Placere*, in *Handlexicon zu den Quellen des römischen Rechts*, Graz, 1958, 399. Sull’alternarsi di opinioni consolidate (*constare*) e opinioni discordanti che si ricompongono in un *placere* con la prevalenza di una delle opinioni discordi (*praevalere, obtinere*), fra i numerosi contributi, v. F. BONA, *La certezza del diritto nella giurisprudenza tardo-repubblicana*, in *La certezza del diritto nella esperienza giuridica romana. Atti del Convegno (Pavia 26-27 aprile 1985)*, a cura di G. Luraschi e M. Sargenti, Padova, 1987, 127; ora in *Lectio sua. Scritti editi e inediti di diritto romano*, II, Padova, 2003, 943. L’idea del consenso fra esperti che si cela dietro questi vocaboli si fa talvolta criterio di verità e rimanda ad un diritto consolidato che purtuttavia non è indiscutibile, ma sottoposto all’affacciarsi di nuove soluzioni che possono decretarne tanto il venir meno, quanto il ritorno a precedenti posizioni; in questo senso, A. LOVATO, *Studi sulle ‘Disputationes’ di Ulpiano*, Bari, 2003, 313. Il concetto di accordo raggiunto a seguito di controversie insito nelle espressioni di impiego larghissimo *constat* e *placet*, è rimarcato e ampiamente documentato da M. BRETONE, *‘Ius controversum’ nella giurisprudenza classica*, in *Atti della Accademia Nazionale dei Lincei. Memorie*, ser. IX, vol. XXIII, fasc. 3, Roma, 2008, 829 s.

marittimo affrontato in solitudine<sup>29</sup>. Ciò avrebbe implicato che, al momento del computo finale, qualora il calcolo si fosse chiuso in passivo, consumati i capitali conferiti, il socio d’opera non avrebbe dovuto concorrere alle spese ulteriori necessarie per coprire tali passività<sup>30</sup>.

Completa, infine, il ventaglio delle ipotesi considerate, D. 17.2.29.2 di cui ora si riprende il contenuto. In esso le parole di Cassio (*societatem talem coiri non posse*) concernono l’impossibilità di costituire una società in cui qualcuno dei soci sia completamente esonerato dalle perdite essendogli riservato soltanto il lucro, mentre l’altro risenta esclusivamente del danno, senza il benchè minimo profitto, un tipo di società che egli era solito chiamare *leonina* (*Cassium ...hanc societatem solitum appellare*), stando alla testimonianza del suo *auditor* Aristone<sup>31</sup>, ripresa da Ulpiano.

Il termine, che compare nel Digesto una sola volta, parrebbe evocare una favola di Fedro<sup>32</sup> incentrata sulla prepotenza del leone il quale,

---

<sup>29</sup> Secondo R. ASTOLFI, *I ‘libri tres’*, cit., 130 s., il commento di Ulpiano ha il compito di «chiarire la portata che egli implicitamente attribuisce alla regola tradizionale: tacendo il contratto, le quote si intendono eguali nella presunzione che anche i conferimenti siano eguali». Inoltre, ravvisa un collegamento fra la regola enunciata nel *principium* relativa alla eguaglianza delle *partes* in assenza di pattuizione a riguardo (che attribuisce a Sabino), e l’opinione di Sabino riferita da Ulpiano nel § 1, con l’intento di evidenziarne il rapporto logico. L’autore sottolinea anche la relazione fra il passo paolino D. 17.2.30, dov’è ricordato il contrasto di opinioni fra Quinto Mucio e Servio, e l’opinione di Sabino esposta in D. 17.2.29.1.

<sup>30</sup> Secondo F. BONA, *Studi*, cit., 28, il ragionamento di Servio era partito dalla premessa per cui il socio d’opera, in caso di perdite, diversamente dal socio di capitale, dovesse rispondere di meno, o non dovesse proprio sopportare altre perdite oltre la mancata remunerazione del lavoro prestato, aspetto già messo in luce da F. WIEACKER, ‘*Societas*’, cit., 216 ss. In questo senso, anche M. TALAMANCA, *Costruzione giuridica*, cit., 29, il quale riteneva potersi individuare con nettezza che il fine delle clausole di cui Mucio negava e Servio ammetteva la validità era «di limitare – a favore del socio d’opera – la necessità di provvedere ad esborso di capitale, necessità che per lo stesso sarebbe potuta esser particolarmente gravosa».

<sup>31</sup> O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Lipsiae, 1889, 59, lo definisce *Cassii auditor*. In proposito, particolarmente significativo Pomp. 9 *var. lect.* D. 4.8.40, dove ricorre la frase *Cassius audisse se dicentem Aristō ait*.

<sup>32</sup> A. GUARINO, *La società col leone*, in *Labeo*, 18, 1972, 72 s.; ora in *La società in diritto romano* (in forma rielaborata), Napoli, 1988, 179 s.; e in *Altre pagine di diritto romano*, Napoli, 2006, 22 s., individua come dati rilevanti della biografia di Fedro lo *status* di liberto di Augusto e la scrittura dei primi due libri delle sue favolette sotto Tiberio,

alleatosi con una capra, una mucca e una pecora nella foresta per dare la caccia agli animali, si accaparra da solo tutta la preda – un cervo di grosse dimensioni – nonostante la cattura fosse avvenuta grazie alla fatica comune:

*VACCA ET CAPELLA, OVIS ET LEO* (Phoedrus, 1.5)

*Numquam est fidelis cum potente societas.  
Testatur haec fabella propositum meum.*

*Vacca et capella et patiens ovis iniuriae  
socii fuere cum leone in saltibus.*

*Hi cum cepissent 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.*

La favola, in cui i comportamenti umani sono impersonati dagli animali e i fatti narrati rappresentano simbolicamente dati ricavabili dall’esperienza, presenta alcuni aspetti terminologici che reputo significativi, nella considerazione che il linguaggio di Fedro – attivo nel I sec. d.C. – riproducesse una sensibilità e dei concetti correnti, che presumibilmente rispecchiavano un certo modo di atteggiarsi della *societas*. Proviamo ora soltanto a coglierne qualche suggestione. Si parla di *societas fidelis cum potente*: vi risuona una evocazione della *fides*, nel senso di reciproca affidabilità, onestà, lealtà dei soggetti, tratto essenziale in un rapporto di società. Di questa sembrerebbe intendersi che non può

---

pubblicazione che gli procurò la ostilità del potente ministro Seiano per presunte allusioni diffamatorie in essi contenute. Lo studioso ipotizza che Cassio Longino, ben introdotto negli ambienti di corte e molto vicino al circolo di Seiano, fosse stato interpellato come magistrato per occuparsi del processo per diffamazione contro Fedro, in occasione del quale ebbe modo di conoscerne le favole. Per le indicazioni biobibliografiche su Fedro v. le relative note.

sussistere, per il solo fatto di stringere un’alleanza con un socio più potente. Inoltre, la pecora è descritta come *patiens ovis iniuriae*, quasi a voler sottolineare che è animale, per sua indole, avvezzo a patire *iniuria*, il che lascia più facilmente intendere come la società col leone si presentasse sin dall’inizio sbilanciata<sup>33</sup>. Ancora: l’attività di cattura dell’enorme cervo è realizzata dai soci; tuttavia, il leone non procede alla ripartizione nelle quattro parti uguali in cui l’animale avrebbe dovuto essere diviso, ma attribuendole tutte a sé con prepotenza e a titolo diverso: la prima in virtù del suo essere re, la seconda come *consors*, termine che provocatoriamente sembrerebbe accentuare l’aspetto della fratellanza e della compartecipazione; la terza perché è più forte (*plus valeo* sembrerebbe suggerire il valore maggiore in senso assoluto dell’apporto del leone, una sorta di preziosità presunta); la quarta, in modo tracotante, minacciando di procurare del male a chiunque osi toccare la preda! Insomma, con un comportamento *improbis* (cioè inaffidabile, disonesto, privo di integrità morale)<sup>34</sup>, alla fine si appropria di tutto il cervo.

Guarino svalutava fortemente il significato di questa favola, la cui ‘inconsistenza’ (quindi scarsa offensività) avrebbe assicurato a Fedro il proscioglimento dall’accusa di diffamazione per le allusioni contenute nei suoi scritti, mossa da Seiano, il potente ministro di Tiberio. Ad ogni

---

<sup>33</sup> Su questo punto sorge il dubbio, come rileva A. GUARINO, *La società col leone*, in *La società cit.*, 187, nt. 47; e in *Altre pagine cit.*, 27, nt. 47, se il genitivo *iniuriae* si riferisca alla *patiens ovis* oppure al successivo sostantivo plurale *socii*. Egli propende per la seconda interpretazione poiché ritiene che «sarebbe troppo figurarsi che entri in società un animale sin da principio qualificato come *patiens iniuriae* e perciò votato sin dall’inizio a subirne la sopraffazione; sia perché mancherebbe, altrimenti, la precisazione della ‘causa’ sociale, dello scopo cui mira la società a quattro (e infatti in questi due versi dello scopo di caccia non si parla)». Io, invece, sarei più propensa a ritenere che il genitivo *iniuriae* vada attribuito alla pecora *patiens*, non soltanto perché rappresenta l’animale per antonomasia avvezzo a subire ingiustizie, ma anche per un dato formale, cioè perché il verso della fiaba si spezza e va a capo proprio dopo *patiens ovis iniuriae*.

<sup>34</sup> A. BERGER, *Encyclopedic Dictionary*, cit., 495, voce *improbis*: «Dishonest, lacking in moral integrity».

modo, Cassio dovette essere il magistrato che si occupò di tale vicenda<sup>35</sup>. Quale che sia il valore che ciascuno intenda assegnare alla favola, mi pare di potervi cogliere alcuni elementi in cui riecheggia un dibattito – evidentemente ancora in corso all’epoca – circa la ripartizione dei profitti e delle perdite in ambito societario.

### 3. Ragioni di iniquità e nullità: un argine all’autonomia dei soci

Raccolti questi dati, torniamo a D. 17.2.29.2 e proviamo a ricostruire il ragionamento sotteso alle parole ulpianee, leggendo le quali si riscontra la ripetizione di un concetto che, peraltro, sembra acquisito già da tempo<sup>36</sup>. Si tratta del concetto cassiano (*societatem talem coiri non posse*),

---

<sup>35</sup> A. GUARINO, *La società col leone*, cit., 75, ora in *Altre pagine*, cit., 25, sminuisce il valore simbolico/pedagogico della favola in particolare per il fatto che Fedro, «con singolare mancanza di criterio fa associare al leone, per andare a caccia del cervo, tre mammiferi deboli e molli per definizione, ed erbivori per giunta, quali sono la vacca la capretta e finanche la paziente pecora». Ravvisa in Fedro una evidente «limitatezza mentale, oltre che poetica», tale da produrre in Cassio, nel ruolo di magistrato, «un’impressione alquanto scadente». Che la favola di Fedro (probabilmente priva di ascendenze esopiane) fosse, ad avviso di Guarino, una «sciocchezza da quattro soldi», si desumerebbe altresì da numerosi aspetti che la svuotano dei significati di cui il suo autore avrebbe forse voluto caricarla e che convenzionalmente si tende a riconoscerle. Anzitutto si tratterebbe di una *societas maleficii* fra animali, intesa ad ammazzare un loro simile, dunque illecita; ed una società avente causa illecita è da considerarsi nulla. In secondo luogo, il comportamento prevaricatore del leone che ha tenuto per sé tutta la spoglia del cervo sarebbe naturale non solo perché era il più forte dei quattro «soci solo apparenti», ma anche perché era l’unico carnivoro, oltre che per il noto principio giuridico *in pari causa turpitudinis melior est causa possidentis*. In questo senso significativi: Ulp. 30 *ad Sab.* D. 17.2.57: ... *ceterum si maleficii societas coita sit, constat nullam esse societatem. generaliter enim traditur rerum inbonestarum nullam esse societatem*; Paul. 32 *ad ed.* D. 17.2.3.3: *Societas si dolo malo aut fraudandi causa coita sit, ipso iure nullius momenti est, quia fide bona contraria est fraudi et dolo*; Ulp. 36 *ad ed.* D. 27.3.1.14: ... *nec enim ulla societas maleficiorum vel communicatio iusta damni ex maleficio est*; Gai. 1 *de verb. obl.* D. 46.1.70.5: ... *cum flagitiosae rei societas coita nullam vim habet*; Gai. 10 *ad ed. prov.* D. 18.1.35.2: *Veneri mali quidam putant non contrahi emptionem, quia nec societas aut mandatum flagitiosae rei ulla vires habet* ...

<sup>36</sup> V. ARANGIO RUIZ, *La società*, cit., 111, attribuisce la ripetizione a «patente sciatteria, dovuta a note marginali di tardi lettori passate inavvertitamente nel testo», senza che tuttavia ciò privi di chiarezza e forza probante il testo.

reiterato per due volte nel prosieguo, la prima per confermare la nullità della società leonina (*et nos consentimus talem societatem nullam esse, ut alter lucrum sentiret, alter vero nullum lucrum, sed damnum sentiret*), la seconda per rimarcare la ragione giustificativa sul piano dell'*aequitas* (*iniquissimum enim genus societatis est, ex qua quis damnum, non etiam lucrum spectet*). Dunque, attraverso la testimonianza di Aristone, il quale verosimilmente aveva ascoltato l'insegnamento di Cassio in occasione della richiesta di un responso<sup>37</sup> e forse ne aveva riportato il pensiero nei suoi *Digesta*<sup>38</sup>, Ulpiano riprende il concetto di *societas leonina*, di chiara evocazione fedriana, per stigmatizzare appunto come *iniquissimum* quel *genus societatis* in cui ad un socio è riservato tutto il lucro, ad un altro tutto il danno e nessun profitto. Egli sembrerebbe, cioè, avvertire l'esigenza di affermare con maggior vigore la nullità della *societas leonina* su cui si era espresso Cassio nel senso meno tecnicamente esplicito del *coiri non posse*. Evidentemente non si trattava di una disciplina così ovvia e scontata, e ciò proprio alla luce del favore accordato alla *sententia Servii* sin dalla *magna quaestio* con Q. Mucio (Gai. 3.149-150 e I. 3.25 pr.-2). Mi spiego.

Occorre intrecciare i dati ricavabili dalle fonti considerate e ripercorrere in sequenza gli interventi giurisprudenziali in merito, dei quali certamente Ulpiano aveva piena contezza. Va tenuto a mente che

---

<sup>37</sup> Il verbo *respondisse* è significativo dell'attività rispondente, più che letteraria di Cassio, come osserva M. TALAMANCA, *Costruzione giuridica*, cit., 1981, 329, nt. 94.

<sup>38</sup> Si tratta solo di una ipotesi. Peraltro, quanto ai *Digesta*, non va taciuto il problema dell'attribuzione della loro paternità. Infatti, la proposizione *ut est relatium apud Sextum Pomponium digestorum ab Aristone libro quinto*, contenuta in Paul. 5 *quaest.* D. 24.3.44 pr., L. *Aristo* 2, è alla base di un orientamento che assegna a Pomponio, anziché ad Aristone, una raccolta di opinioni aristoniane in almeno 5 libri, a fronte dell'opposto orientamento che sostiene la paternità aristoniana e semmai attribuisce a Pomponio una edizione commentata. Si veda, in particolare, il contributo di R. MARTINI, *Pomponii Digesta ab Aristone?*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana*, IV, Perugia, 1981, 795 ss. Ci sarebbe poi da chiedersi, con riguardo a D. 17.2.29.2, se Ulpiano avesse attinto direttamente all'opera di Aristone, o se invece ne avesse richiamato il pensiero indirettamente da Nerazio, da Pomponio o da Paolo, come sostiene T. HONORÉ, *Ulpian*, Oxford, 1982, 229. L'impiego del verbo *refert* potrebbe fornire in questo senso una indicazione se, come osserva E. STOLFI, *Studi sui 'Libri ad edictum' di Pomponio*, I. *Trasmissione e fonti*, Napoli, 2002, 74, esso «costituisce la tipica formula per introdurre citazioni di seconda mano».

i frammenti ulpiane (D. 17.2.29 pr.-2) sono tratti dal commentario *ad Sabinum*, il che lascia facilmente supporre una conoscenza anche dell’opera civilistica muciana, e delle relative critiche serviane.

Q. Mucio non ammetteva disparità di *partes lucri et damni* ritenendo che questa ipotesi snaturasse la società (*contra naturam societatis*), mentre Servio più elasticamente lasciava che i privati stabilissero la misura della partecipazione, in particolare quando il conferimento si concretava in opere più preziose del denaro. In questa ipotesi – riferisce Gaio (3.149) – ... *ut aequum sit eum cum hac pactione in societatem admitti*, sarebbe stato equo consentire che il socio d’opera fosse del tutto esentato dal *damnum*; e ciò per far sì che, al momento del rendiconto finale, conteggiando il suo apporto come denaro nel capitale, qualora la società fosse risultata in perdita, non sarebbe stato costretto a spese ulteriori per coprire le passività<sup>39</sup>. Il concetto di equità (messo in luce da Gaio e probabilmente già operante in Servio) emerge come causa giustificativa della deroga alla regola (esposta da Q. Mucio) della eguale ripartizione lucri/perdite, in presenza di un conferimento d’opera importante. Anche Sabino e Cassio avevano condiviso questo orientamento (D. 17.2.29.1) sebbene con una qualche resistenza, ritenendolo ammissibile soltanto purchè il conferimento in opere, valutato in termini pecuniari, equivalesse al *damnum*, cioè alla diminuzione di capitale sofferta dal socio capitalista (*si tanti sit opera, quanti damnum est*), tanto più se l’apporto del socio in *industria* avesse superato il conferimento in denaro, poiché comportava una non irrilevante assunzione del rischio. Come acutamente osservava Bona, Sabino e Cassio, in sostanza, – persuasi ormai che i conferimenti dei soci potessero constare di *operae* e che queste fossero suscettibili di valutazione contabile – mostravano di accogliere il pensiero serviano, ma limitatamente all’ipotesi in cui il lavoro prestato dal socio d’opera fosse equivalso alla perdita di capitale sofferta a fine gestione dal socio capitalista; così facendo, riportavano la parità fra socio d’opera e socio

---

<sup>39</sup> Su questo aspetto insiste M. TALAMANCA, *Costruzione giuridica*, cit., 29, riconosce al contrasto di opinioni fra Q. Mucio e Servio, la specifica funzione di limitare ulteriori esborsi del socio d’opera, in ipotesi di chiusura in passività (cioè di *damnum* netto), per coprire il passivo stesso.

di capitale «non sotto il profilo dell’incidenza sul risultato finale cui mira una società questuaria, ma nell’ambito del rendiconto finale»<sup>40</sup>.

L’altro risvolto da prendere in considerazione è la libertà di *conventiones* fra privati, cioè l’importanza accordata all’autonomia pattizia dei soci, in base alla quale la regola generale dell’eguaglianza della ripartizione *lucri et damni*, si sarebbe applicata soltanto in assenza di intese diverse. Ma allora fino a che punto avrebbero potuto spingersi i soci? Non vi era alcuna previsione normativa esplicita in tal senso. Perché dunque non ritenere possibile e lecito qualunque tipo di accordo, anche quello in cui uno dei soci fosse messo nella condizione di avvantaggiarsi di tutto il profitto senza subire minimamente il danno, mentre l’altro/gli altri avrebbero sopportato tutte le perdite senza partecipare ai profitti, eventualmente anche prescindendo dal tipo di conferimento? Non escludo che Ulpiano abbia ragionato proprio considerando questo caso estremo, come si evince dalle ipotesi formulate in sequenza nel discorso di D. 17.2.29 pr.-2, fino a immaginare che la posizione serviana prevalesse (l’espressione *placet valere* reputo alluda a questa) su quella muciana dell’eguaglianza delle *partes* (evocata nel *principium* sebbene in assenza di riferimenti espliciti), ripresa da Sabino e Cassio (D. 17.2.29.1), tutta incentrata sull’autonomia dei soci di pattuire i modi della società, in ispecie in presenza di conferimenti in opere, sarebbe potuta arrivare ad ammettere la costituzione di società tra soci aventi, per esempio, già in partenza capacità di apporto molto sproporzionato l’uno dall’altro, magari anche

---

<sup>40</sup> Così F. BONA, *Studi*, cit., 32, che spiega la posizione dei due giuristi, Sabino e Cassio, come «il tentativo di opporsi ad una tendenza che mirava a sganciare la disciplina giuridica della società questuaria da quella comune alla *societas omnium bonorum*». Egli, sulla base di queste premesse, rimarca che la tesi dei due capiscuola non sarebbe minimamente riflessa nella frase di Gai 3.149, *si modo opera eius tam pretiosa videatur, ut aequum sit eum cum hac pactione in societatem admitti*, laddove infatti non sarebbe espressa tecnicamente una ‘condizione’, ma semplicemente una ‘giustificazione’ dell’ammissibilità del patto di esenzione dal *dammum* del socio d’opera. Diversamente, sulla scia di F. HORAK, ‘*Rationes decidendi*’, cit., 159, il quale reputava il richiamo alla *pretiosa opera* come una condizione, G. SANTUCCI, *La ‘magna quaestio’*, cit., 343, attribuisce a quella frase il significato della consapevolezza da parte dei soci, al momento della formazione dell’accordo, dell’importanza dell’opera per il raggiungimento dello scopo sociale, senza che però ciò implicasse necessariamente una stima anticipata della stessa.

sprovveduti. La società tra il leone, la vacca, la capra e la pecora si rivela in questo senso emblematica. Infatti, questi ultimi tre animali sono per natura più deboli del potente leone che sfrutta la loro capacità di andare a caccia e, alla fine, s’impadronisce di tutta la preda. Il punto è che, in questi casi, un limite all’eventualità che l’autonomia dei soci arrivasse all’estremo di legittimare una considerevole sperequazione, doveva essere stabilito. Occorreva contemplare un meccanismo di tutela del socio più debole che incorresse in una pattuizione incauta e vessatoria con un socio prepotente che lo privasse di tutti i vantaggi, addossandogli invece i danni. La *iniquitas* richiamata da Ulpiano al massimo grado (*iniquissimum enim genus societatis est, ex qua quis damnum, non etiam lucrum spectet*) è il cardine di una valutazione che «non deriva da una contraddizione interna all’ordinamento, ma dal mancato rispetto di un principio che si ricava dall’esperienza e nel quale si esprime l’ordine dato delle cose e l’etica dei comportamenti umani»<sup>41</sup>. L’*aequitas* costituisce il principio da tradurre in concreto nella regolamentazione dei rapporti fra i soci che si pone a fondamento della pronuncia di nullità di una pattuizione che sposti tutto il lucro a favore di uno, oggettivamente più forte, e l’intero danno a carico dell’altro, oggettivamente più debole e meno attrezzato<sup>42</sup>. Ritengo che Ulpiano, nel riprendere l’intervento

---

<sup>41</sup> Le parole sono di M. BRETONE, *Storia del diritto romano*<sup>20</sup>, Roma-Bari, 2019, 337.

<sup>42</sup> Tale principio è strettamente connesso al criterio della *bona fides* che connota la *societas* sia nel profilo sostanziale dei rapporti fra i soci, sia nel profilo processuale del *iudicium bonae fidei*. Si veda, per considerazioni generali, anche su questo profilo, A. GUARINO, voce *Equità*, in *Noviss. Dig. it.*, VI, Torino, 1960, 619 ss. L’equità è anche alla base della possibilità concessa ai soci di ricorrere all’*arbitrium boni viri* per stabilire le *partes lucri et damni*, come emerge dalla seguente catena di passi: Cels. 15 *dig.* D. 17.2.75; Proc. 5 *epist.* D. 17.2.76; Paul. 4 *quaest.* D. 17.2.77; D. 17.2.78; Proc. 5 *epist.*; Paul. 4 *quaest.* D. 17.2.79; Proc. 5 *epist.* D. 17.2.80. Peraltro, in caso di decisione arbitrale manifestamente iniqua, le parti possono ottenere una correzione tramite pronuncia del *index* che, in virtù dell’ampia discrezionalità che gli concede la clausola *ex fide bona* dell’*actio pro socio*, può preservare l’eguaglianza sostanziale delle quote sociali. Sostiene M. TALAMANCA, voce *Società (dir.rom)*, in *Enc. Dir.*, XLII, Varese, 1990, 837, che a causa di un rimaneggiamento che avrebbe soppresso proprio la tematica dell’arbitramento, cui in origine doveva essere collegato, D. 17.2.29 pr. può aver assunto la forma attuale, alquanto sconnessa. E nella considerazione della tematica in senso più ampio, inserisce

cassiano (legato alla tradizione muciana) tramandato da Aristone (che lo condivideva e perciò lo ricordava), intendesse porre un correttivo alla prevalenza della *sententia Servii*, recuperando il nocciolo antico della regola dell’eguaglianza nella ripartizione di lucri e danni tra i soci sostenuto da Quinto Mucio Scevola, sotto forma di valorizzazione della necessaria equità dei rapporti interni alla *societas*, senza sacrificare l’autonomia delle parti nella contrattazione societaria se non entro il limite estremo della tutela del socio più debole. Del resto, sono riconoscibili motivi di equità anche nella introduzione da parte di Servio dell’idea di un trattamento particolare da riservare eventualmente al socio conferente l’opera<sup>43</sup>. Si trattava insomma di garantire, nell’ambito del riconoscimento della piena autonomia contrattuale improntata alla *bona fides*, il rispetto dell’*aequitas* nella disciplina delle relazioni fra i soci<sup>44</sup>. Poiché tale *aequitas* rischiava di rovesciarsi nella *iniquitas* dei loro comportamenti, questa evenienza esigeva un correttivo, in assenza di espliciti divieti normativi, sul piano interpretativo come anche della sua

---

il richiamo a D. 17.2.5.1 sulla invalidità della *societas donationis causa*, che pure doveva intrecciarsi con la libertà dei contraenti di determinare *partes lucri et damni*. Insomma ciò, a suo avviso, renderebbe probabile che l’attuale tenore di D. 17.2.29 pr. (più che il successivo § 1), sia il frutto di un intervento dei compilatori, «i quali riaffermavano sostanzialmente, al di là dei dubbi dei giuristi classici, la libertà delle parti al riguardo».

<sup>43</sup> Il motivo dell’equità emerge nella motivazione della *sententia Servii* prevalsa (*ut aequum sit ... admitti*) in Gai 3.149, così come parallelamente compare in I. 3.25.3 sottesa al *iustum* (*ut eos iustum sit ... admitti*). F. HORAK, *Etica della giurisprudenza*, in *Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall’età dei pontefici alla Scuola di Servio. Atti del seminario di San Marino, 7-9 gennaio 1993*, a cura di D. Mantovani, Torino, 1996, 181, nel reputare Servio più inventivo e meno rigido rispetto a Q. Mucio, lo definisce «filo-lavorativo» nel senso della «possibilità di dar forma ad una *societas*, nell’ambito dell’autonomia del privato, in modo tale da evitare inconvenienti per i quali la conclusione del contratto potrebbe fallire», garantendo una sopravvivenza nella sua dottrina di «un residuo di etica sociale, sia che il privilegio del lavoratore appaia fondato come *aequum*, secondo il testo di Gaio, o come *iustum* secondo le Istituzioni giustiniane». L. SOLIDORO MARUOTTI, *Tra morale e diritto. Gli itinerari dell’‘aequitas’*, Torino, 2013, 75, richiama la frase *ut aequum sit ... admitti* di Gai 3.149 come testimonianza della particolare perizia di Servio (rimarcata da Cicerone in *Brut.* 40.52 e *Phil.* 9.5.10) di utilizzare l’*aequitas*, nell’esplicazione dell’*ars iuris*.

<sup>44</sup> Il concetto appare chiaramente espresso in una frase di Triph. 9 *disput.* D. 16.3.31: *Bona fides quae in contractibus excigitur aequitatem summam desiderat ....*

concreta operatività nel *iudicium bonae fidei*<sup>45</sup>. Senza perdere di vista l’insegnamento muciano, Cassio quel correttivo lo aveva individuato, Aristone lo aveva approvato e Ulpiano lo portava in piena luce affermando tecnicamente la nullità del contratto<sup>46</sup>.

4. Nullità ‘simmetriche’ in tema di ‘societas donationis causa’: la contraddittoria e iniqua coesistenza fra ‘causa donationis’ e ‘causa societatis’

L’analisi del tema si arricchisce e si completa grazie ad altre testimonianze che riguardano la *societas donationis causa*, un tipo di società che si può ritenere ‘simmetrico’ rispetto alla *societas leonina* di cui sin qui si è trattato<sup>47</sup>. Infatti, rispetto alla prevaricazione di uno dei soci che si avvale della sua posizione di maggiore forza a discapito degli altri più deboli sottraendo loro prepotentemente la partecipazione agli utili (mentre le perdite si riversano sugli altri soci), caratteristica del comportamento del leone nella favola fedriana, l’ipotesi di *societas donationis causa* si realizzerebbe qualora, a scopo di liberalità, si ammettesse la partecipazione solo agli utili da parte del socio che non abbia conferito nulla, essendo costui esonerato dalle perdite a causa dell’oggettiva assenza di patrimonio; pertanto, il *damnum* si concentrerebbe sul socio conferente che se ne farebbe carico a favore

---

<sup>45</sup> Nel *iudicium bonae fidei pro socio*, dove i termini della controversia si rifanno al modo peculiare in cui si è realizzato il rapporto societario, il giudice potrà con ampio spazio di manovra stabilire in quale comportamento si sia concretata la violazione della buona fede, decisione che implica una valutazione di equità, certamente violata se su un socio siano concentrati tutti i profitti e sull’altro tutte le perdite, ma anche – io ritengo – qualora la ripartizione risulti enormemente sbilanciata, pur non inquadrandosi rigorosamente nell’ipotesi di patto leonino (si pensi, al limite, a una ripartizione che attribuisca il danno per il 99% ad un socio e per l’1% all’altro!).

<sup>46</sup> Una riflessione accurata sull’impiego della espressione *aequissimum est* nel ragionamento ulpiano, con particolare riguardo al contesto delle *Disputationes*, è in A. LOVATO, *Studi*, cit., 2003, 377 ss., cui si rimanda anche per l’accurato apparato bibliografico.

<sup>47</sup> Con riguardo alla nullità della società *donationis causa*, F. CANCELLI, voce *Società*, cit., 501, parla di «corollario della bilateralità o corrispettività delle prestazioni, principio che opera inversamente, come divieto della *societas leonina* (dalla ben nota favola esopica), che si avrebbe ove un socio fosse escluso dal partecipare ai dividendi».

del socio esentato. Tale ottica è suggerita dalla trama di un passo ulpiano tratto dal trentunesimo libro *ad edictum*, dove si pone il caso del socio *pauperior*<sup>48</sup>:

Ulp. 31 *ad ed.* D. 17.2.5: *Societates contrahuntur sive universorum bonorum sive negotiationis alicuius sive vectigalis sive etiam rei unius. 1. Societas autem coiri potest et valet etiam inter eos, qui non sunt aequis facultatibus, cum plerumque pauperior opera suppleat, quantum ei per comparisonem patrimonii deest. donationis causa societas recte non contrahitur.*

Questo passo è significativo fondamentalmente per due motivi: anzitutto, rivela che Ulpiano, nel sottolineare che il socio meno dotato dal punto di vista patrimoniale (*pauperior*) poteva supplire alla sua carenza con un conferimento in *operae*, di fatto aveva presente lo schema della *societas omnium bonorum* regolata dal principio della eguaglianza di *partes lucri et damni* fra i soci, secondo la linea sostenuta da Quinto Mucio<sup>49</sup>. In secondo luogo, nel passo compare l'affermazione della ‘non correttezza’ (= nullità) della *societas donationis causa* (*donationis causa societas recte non*

---

<sup>48</sup> Sul passo e in generale sulla inidoneità della *causa donationis* con riguardo alla *societas*, si diffonde A. SALOMONE, ‘*Venditio donationis causa*’, Torino, 2016, 62 ss., con relative note.

<sup>49</sup> M. TALAMANCA, *Costruzione giuridica*, cit., 336, nt. 127, riteneva potersi desumere da D. 17.2.5.1 «con qualche probabilità, come ancora in epoca severiana le *partes* nella *societas omnium bonorum* dovessero essere necessariamente eguali». Una disamina del passo è in G. SANTUCCI, *Il socio d’opera*, cit., 56 ss., il quale deduce dalla impostazione del discorso, la persuasione di Ulpiano circa il presupposto delle medesime capacità patrimoniali dei soci che concludevano una *societas omnium bonorum*, nella normalità dei casi. Ad *aequae facultates* sarebbero poi corrisposte eguali *partes lucri et damni*. ID., *La ‘magna quaestio’*, cit., 338 ss., ribadisce l’ipotesi che Ulpiano si stesse occupando della *societas omnium bonorum*, come suggeriscono «il richiamo alla nozione di *patrimonium* piuttosto che a quella più generica di *pecunia* (intesa quale quota di capitale), e poi l’uso dei termini *aequae facultates* e *pauperior*, con riferimento al socio d’opera». Nell’ottica ulpiana il conferimento d’opera avrebbe assolto allo scopo di appianare il divario fra i patrimoni e sarebbe stato l’unico modo di cui disponeva il socio *pauperior* per partecipare a una *societas omnium bonorum* insieme ad altri soci dotati invece di capitali più cospicui. Ciò lascerebbe dedurre che questo tipo di società doveva costituirsi con conferimenti della stessa entità a cui tendenzialmente avrebbero corrisposto lucri e perdite in quote uguali. Avanza alcune riserve in proposito L. VACCA, *Recensione a G. SANTUCCI, Il socio d’opera*, cit., in *SDHI*, 64, 1999, 429.

*contrahitur*), cioè di un tipo di società in cui il socio che non apporti alcun conferimento in denaro o beni e, plausibilmente, neppure in opere, partecipi ugualmente agli utili<sup>50</sup>. L’argomento è quello delle diverse modalità di partecipazione alla società (conferimenti) che si ripercuote sulla ripartizione dei profitti e delle perdite, cioè lo stesso di quello posto come premessa alla disciplina della nullità della *societas leonina* del passo ulpiano prima esaminato.

Ulteriori elementi di riflessione scaturiscono dalla lettura di altri due passi ulpiani in tema di *societas donationis causa*, che coinvolgono anche alcuni provvedimenti legislativi. Il frammento che segue concerne le donazioni fra marito e moglie:

Ulp. 33 *ad ed.* D. 24.1.32.24: *Si inter virum et uxorem societas donationis causa contracta sit, iure vulgato*<sup>51</sup> *nulla est, nec post decretum senatus emolumentum ea liberalitas, ut actio pro socio constituatur, habere poterit: quae tamen in commune tenuerunt sine 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*<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> Come nota G. SANTUCCI, *La ‘magna quaestio’*, cit., 73 nt. 88, «la *ratio* della nullità della *societas donationis causa* è alla base del divieto di patto leonino enucleato da Ulpiano in D. 17.2.29.2 dopo aver trattato – anche qui come in D. 17.2.5.1 – nel paragrafo precedente del problema delle *partes lucri et damni*».

<sup>51</sup> L’espressione è stata ritenuta non genuina: L. ARU, *Le donazioni fra coniugi*, Padova, 1938, 148, nt. 2 pensava ad un originario *iure civili*; invece, per T. MAYER MALY, ‘*Vulgo und ‘Vulgarismus’*, in *Labeo*, 6, 1960, 8, *iure vulgato* non va inteso in contrasto con il diritto classico, quanto piuttosto come diritto tramandato, comune, proveniente dal Senato. Di recente sul passo, v. A. SALOMONE, ‘*Venditio*’, cit., 57 ss. con note.

<sup>52</sup> G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, II, Tübingen, 1911, 67, critica radicalmente il passo, lasciando tuttavia integro il concetto *quia nulla societas est, quae donationis causa <contrahitur>*; A. POGGI, *Il contratto di società*, cit., 71 s. e 189 ss., in particolare, nutre dubbi sulla frase *quae tamen in commune tenuerunt sine praestituto, revocanda non sunt* «in cui *finis* è usato in un significato non solito nelle fonti, senza alcuna specificazione, e che logicamente non è corretta: se i due coniugi han messo in comune cose proprie di ciascuno non a scopo di donazione non si cade sotto l’ipotesi posta al principio del paragrafo; e non è chiaro quale requisito sia indicato come necessario dalla frase *sine praestituto*» (192). A questo proposito, invece, duplice l’interpretazione di S. DI PAOLA, *Contributi alla teoria dell’invalidità e dell’inefficacia in diritto romano*, Milano,

Ulpiano afferma con perentorietà che un contratto di società fra marito e moglie a scopo di donazione, secondo il diritto comunemente applicato (*iure vulgato*)<sup>53</sup>, è nullo. Neppure in virtù dell’applicazione della *Oratio Severi de donationibus inter virum et uxorem* – il *decretum senatus* del 206 d.C. sulla convalida delle donazioni del coniuge defunto non espressamente revocate prima di morire a cui il passo allude (*nec post decretum senatus...*)<sup>54</sup> –, la *societas donationis causa* avrà alcuna rilevanza giuridica, tanto che gli eredi non potranno avvalersi dell’*actio pro socio* per ottenere i proventi della società. Subito dopo, però, precisa che tutti i

---

1966, 74 s., nt. 18: «La frase potrebbe accennare a ciò che i coniugi hanno acquistato in comune in seguito all’attività svolta dalla società, come anche a ciò che hanno messo in comune per fare società. Nel primo caso la *causa donationis* potrebbe risultare dal fatto che uno dei due coniugi non avrebbe apportato alcunché alla società, mentre nel secondo caso la *causa donationis* potrebbe risultare dal fatto che la ripartizione degli utili non sarebbe proporzionale ai relativi apporti dei due coniugi. Di conseguenza, nel primo caso la società sarebbe nulla perché *donationis causa contracta*, mentre nella seconda ipotesi per colpire il negozio si dovrà ricorrere al divieto di donazioni fra coniugi, perché la società non *contracta donationis causa* potrebbe ammettersi anche *inter virum et uxorem* (D. 34.1.16.3)». Dal mio punto di vista, invece, questa frase sottintende che si salva dalla pronunzia di nullità quanto i coniugi hanno posto in comunione nonostante lo scopo prestabilito di realizzare una *societas donationis causa*, perché l’ordinamento non vieta loro di dar vita a una *societas*, bensì vieta in generale che tramite questa si persegua una *causa donationis*. Sul passo v. inoltre, G. SANTUCCI, *Il socio d’opera*, cit., 74, nt. 9; per i richiami bibliografici, 87 ss., nt. 125.

<sup>53</sup> Accolgo la traduzione proposta in *‘Iustiniani Digesta seu Pandectae’*, IV, a cura di S. Schipani, Milano, 2012.

<sup>54</sup> Ulp. 33 *ad ed.* D. 24.1.32 pr.-2: *Cum hic status esset donationum inter virum et uxorem, quem antea retulimus, imperator noster Antoninus Augustus ante excessum divi Severi patris sui oratione in senatu habita auctor fuit senatui censendi Fulvio Aemiliano et Nummio Albino consulibus, ut aliquid laxaret ex iuris rigore. 1. Oratio autem imperatoris nostri de confirmandis donationibus non solum ad ea pertinet, quae nomine uxoris a viro comparata sunt, sed ad omnes donationes inter virum et uxorem factas, ut et ipso iure res fiant eius cui donatae sunt et obligatio sit civilis et de Falcidia ubi possit locum habere tractandum sit: cui locum ita fore opinor, quasi testamento sit confirmatum quod donatum est. 2. Ait oratio ‘fas esse eum quidem qui donavit paenitere: heredem vero eripere forsitan adversus voluntatem supremam eius qui donaverit durum et avarum esse’.* In merito, fra gli altri, v. F. LAMBERTI, *La famiglia romana e i suoi volti. Pagine scelte su diritto e persone in Roma antica*, Torino, 2014, 166, nt. 123; e D. RÜGER, *Die ‘donatio mortis causa’ im klassischen römischen Recht*, Berlin, 2011, 90 ss.

conferimenti in comune effettuati dai coniugi con una finalità prestabilita, non debbono essere revocati (*quae tamen in commune tenuerunt sine praestituto, revocanda non sunt*). In conclusione, esplicita il motivo per il quale non può sorgere l'*actio pro socio*: fondamentalmente si tratta della nullità della *causa donationis*, incompatibile con la funzione stessa della società (*quia nulla societas est, quae donationis causa interponitur*) per chiunque la ponga in essere (*nec inter ceteros*), e pertanto pure fra coniugi (*et propter hoc nec inter virum et uxorem*). Questo ragionamento parrebbe dover rimandare alla disciplina vigente in ordine alle donazioni fra marito e moglie, riconducibile alla *Lex Cincia de donibus et muneribus* del 204 a.C. Essa, nella sua concezione originaria, contemplava il divieto di compiere atti di liberalità entro un certo ammontare, salvo che nei confronti dei congiunti, in ossequio alla *ratio* di evitare la dissipazione del patrimonio familiare<sup>55</sup>. Nel tempo, forse in virtù dei *mores*<sup>56</sup>, furono vietate anche le donazioni fra marito e moglie (che, nel dettato originario della legge erano però inclusi tra le *personae exceptae*), in ragione della inconcepibilità di assegnare un prezzo all'affetto coniugale, o di accettare l'impovertimento di uno dei coniugi a favore dell'altro per amore, o dell'intento di evitare che essi fossero distolti dall'educazione dei figli,

<sup>55</sup> È probabile che il divieto sia derivato dal costume, o forse sia stato posto dalla legislazione augustea. Ne seguì una serie di benigne interpretazioni giurisprudenziali e interventi degli imperatori che temperarono il divieto, di cui l'*Oratio Severi*, alla quale si fa riferimento in D. 24.1.32.24, costituisce un esempio. Circa il problema dell'origine e del fondamento del divieto, copiosa la letteratura. Si segnalano solo alcuni fra i contributi più significativi sull'argomento: M. LAURIA, *Il divieto delle donazioni fra coniugi*, in *Studi in memoria di A. Albertoni*, II, Padova, 1937, 513 ss.; ora in *Studi e ricordi*, Napoli, 1983, 341 ss.; G. SCHERILLO, *Sull'origine del divieto di donazioni fra coniugi*, in *Studi Solmi*, I, Milano, 1941, 169 ss.; F. CASAVOLA, '*Lex Cincia*'. *Contributo alla storia delle origini della donazione romana*, Napoli, 1960; A. MANZO, *Sull'origine del divieto di donazioni fra coniugi*, in *Labeo*, 37, 1991, 342 ss. Tra i lavori più recenti, ai quali si rimanda anche per l'ampia ricognizione del tema e per la esauriente documentazione bibliografica, F. J. ANDRÉS SANTOS, *En torno el origen y fundamento de la prohibición de donaciones entre cónyuges*, in *BIDR*, 103-104, 2000-2001, 317 ss.; P. BUONGIORNO, *Il divieto di donazioni fra coniugi in diritto romano. Origini e profili del dibattito giurisprudenziale fra tarda repubblica ed età antonina*, Lecce, 2018.

<sup>56</sup> Ulp. 32 *ad Sab.* D. 24.1.1: *Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent. hoc autem receptum est, ne mutuo amore invicem spoliarentur donationibus non temperantes, sed profusa erga se facilitate:*

stando alle motivazioni riportate dalle fonti. Il divieto trova, invece, una sua più realistica spiegazione nella diffusione dei matrimoni *sine manu* che comportavano spostamenti patrimoniali fra famiglie, i cui interessi andavano tutelati impedendo dispersioni<sup>57</sup>. La *lex Cincia* era una *lex imperfecta*; essa, cioè, non prevedeva la sanzione della nullità, né una pena, in caso di trasgressione. Eventualmente, il ricorso al rimedio pretorio della *exceptio* avrebbe potuto garantire l'inefficacia delle donazioni effettuate *contra legem*. L'ipotesi di costituzione di *societas donationis causa* fra coniugi presumibilmente contratta a fini elusivi, rientrava invece chiaramente fra le cause di nullità, secondo quanto emerge dalle parole di Ulpiano. E tale nullità si fondava sulla incompatibilità fra la *causa societatis* e la *causa donationis*, non invece sulla *ratio* normativa del divieto di donazioni fra coniugi<sup>58</sup>. L'interferenza della *causa donationis* col rapporto societario (che, di per sé, era ammissibile fra i coniugi) avrebbe, cioè, determinato una disparità di posizioni fra i soci nella partecipazione agli utili e alle perdite, per cui queste ultime avrebbero finito col gravare solo sul socio conferente, mentre l'altro socio, esentato dal *damnum* in virtù dell'assenza di suoi conferimenti, si sarebbe avvantaggiato ingiustificatamente degli utili. In controluce vi si può leggere la constatazione della contrarietà a valori riconducibili alla dimensione della equità, con specifico riguardo al rapporto contrattuale di *societas*, improntato alla potenziale parità dei soci. D'altro canto, non v'è dubbio che non dovesse essere aggirato il vigente divieto di donazioni fra coniugi presidiato da una *lex imperfecta* – pur nel corso del tempo attenuato in via interpretativa e normativa<sup>59</sup> – volto a proteggere i

---

<sup>57</sup> Paul. 7 *ad Sab.* D. 24.1.2: *ne cesset eis studium liberos potius educendi. Sextus Caecilius et illam causam adiciebat, quia saepe futurum esset, ut discuterentur matrimonia, si non donaret is qui posset, atque ea ratione eventurum, ut venalicia esset matrimonia.*

<sup>58</sup> G. G. ARCHI, *La donazione. Corso di diritto romano*, Milano, 1960, 102 s., individua nella «analisi interna dell'armonia fra funzione e struttura», il metodo peculiare dei giuristi per affrontare i più ardui problemi del negozio giuridico. Ritengo che Ulpiano operi in questo modo nel fornire una soluzione ai casi esaminati.

<sup>59</sup> Le donazioni perseguite sotto forma di società fra coniugi non ricevevano validità, neppure in ossequio alla *Oratio Severi*, provvedimento volto a temperare il *rigor iuris* del divieto di donazioni fra coniugi; in questo senso ne tratta R. SCEVOLA, *Negotium mixtum cum*

patrimoni familiari dal rischio della dissipazione. Ma la nullità della *societas donationis causa*, assertivamente richiamata nel passo ulpiano, avrebbe avuto applicazione a prescindere dai casi singoli riguardanti i rapporti fra coniugi, sì da garantire in linea generale l’integrità della funzione del rapporto societario, in conformità a principii interni all’ordinamento.

Anche in tema di *circumscriptio* del minore di 25 anni, Ulpiano affronta una ipotesi di *societas donationis causa* secondo un ragionamento che mostra chiare analogie con quanto appena esposto sul passo precedente:

Ulp. 11 *ad ed. D.* 4.4.16.1: *Item relatum est apud Labeonem, si minor circumscriptus societatem coierit vel etiam donationis causa<sup>60</sup>, nullam esse societatem nec inter maiores quidem et ideo cessare partes praetoris: idem et Ofilius respondit: satis enim ipso iure munitus est.*

Il frammento va compreso alla luce del contesto in cui si colloca. Nel *principium*<sup>61</sup> il discorso ulpiano tratta dell’eventualità che per il minore di 25 anni raggirato si possa ricorrere a un altro rimedio oltre a quello straordinario della *restitutio in integrum*, strumento che sembrerebbe da escludere qualora il minore sia già protetto da una misura comune e dal semplice diritto civile (*communi auxilio* e *mero iure munitus*), come per esempio nel caso di un contratto concluso dal pupillo senza l’intervento del tutore. Ulpiano, nel § 1, che ora interessa più da vicino, al riguardo riferisce l’opinione di Labeone, favorevole alla nullità in un caso di società posta in essere non solo con un minore raggirato, ma anche

---

*donatione*. *Origini terminologiche e concettuali*, Padova, 2008, 225 ss. con articolata e discussa bibliografia (nt. 25) cui si rimanda. V., inoltre, A. SALOMONE, ‘*Venditio*’, cit., 45 s., nt. 123

<sup>60</sup> S. SOLAZZI, *La minore età in diritto romano*, Roma, 1912, 6, nt. 3 e P. KRÜGER, ‘*Suppl. adnot. ad Dig. h.l.*’, ritengono che in origine l’espressione fosse semplicemente *societatem coierit donationis causa*. Interpolato anche per P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I. *Diritto di famiglia*, Roma, 1925 (rist. Milano 1963), 492, nt. 4.

<sup>61</sup> Ulp. 11 *ad ed. D.* 4.4.16 pr.: *In causae cognitione etiam hoc versabitur, num forte alia actio possit competere citra in integrum restitutionem. nam si communi auxilio e mero iure munitus sit, non debet ei tribui extraordinarium auxilium: ut puta cum pupillo contractum est sine tutoris auctoritate nec locupletior factus est.*

*donationis causa*, società della quale si specifica che sarebbe stata nulla anche se contratta fra *maiores*. Tale opinione era confermata da Ofilio, il quale sottolineava l’inutilità dell’*auxilium praetoris* posto che il minore era garantito a sufficienza dallo stesso diritto ordinario (*satis enim ipso iure munitus est*). Tale intervento ulpiano va ricondotto all’istituto della *cura minorum*, regolato dalla *lex Laetoria de circumscriptione adolescentium* del II sec. a.C. la quale fissava una pena patrimoniale per chi, abusando della inesperienza del minore di venticinque anni, avesse realizzato un atto a rilevanza patrimoniale procurandogli un danno<sup>62</sup>. Stavolta il riferimento normativo è ad una *lex minus quam perfecta*, caratterizzata dalla previsione soltanto di una pena, e non della sanzione della nullità dell’atto eseguito in trasgressione. La società a scopo di donazione rientrava fra gli atti di disposizione patrimoniale dannosi per il minore raggirato. Essa dunque sarebbe stata suscettibile di una pena, in quanto contraria al divieto posto dalla legge. Tuttavia Ulpiano, nel richiamare le autorevoli pronunce di Labeone e Ofilio, ribadisce la sua radicale nullità, anche nell’ipotesi che sia contratta fra *maiores*, ed escludendo che trovi applicazione alcun rimedio pretorio. Le ragioni non possono che ricondursi alla intrinseca contrarietà ai principii operanti nell’ordinamento: infatti, la società a scopo di donazione avrebbe determinato una deformazione del rapporto contrattuale societario, per sua natura equo nella ripartizione di *partes lucri et damni* in proporzione ai conferimenti. Lo avrebbe reso impari e sbilanciato, tale cioè da causare un ingiustificato arricchimento a favore del socio raggirante, il quale, senza aver conferito nulla, avrebbe percepito gli utili ma non il *damnum*, interamente a carico del raggirato (il minore) che aveva effettuato i conferimenti. Tale società, che è nulla certamente per i minori di 25 anni indotti da qualcuno a contrarla a proprio vantaggio, lo è ugualmente per coloro che hanno un’età maggiore. Ancora una volta emerge come sul piano concettuale lo scopo di liberalità strida con la funzione della società, in cui ciascun socio deve concorrere col proprio apporto al raggiungimento della finalità comune per poi partecipare ai benefici che derivano dall’attività societaria.

---

<sup>62</sup> In merito si veda, S. DI SALVO, *Lex Laetoria. Minore età e crisi sociale fra il III e il II sec. a.C.*, Napoli, 1979. Più in generale sul tema v. G. VIARENCO, *Studi sulla tutela dei minori*, Torino, 2015.

I casi indicati di *societates donationis causa* mettono dunque in risalto degli aspetti alquanto particolari in ordine alla questione della nullità<sup>63</sup>. Essi potrebbero ricadere per requisiti soggettivi e oggettivi nei divieti contemplati dalle due leggi coinvolte, rispettivamente per il primo caso la *lex Cincia*, e per il secondo caso la *lex Laetoria*. In presenza di questo particolare tipo di leggi – *lex imperfecta* la prima, *minus quam perfecta* la seconda<sup>64</sup> – sprovviste della sanzione della nullità, dal punto di vista del

<sup>63</sup> Com'è noto, la nozione di nullità in diritto romano non è dogmaticamente individuata come invece nel diritto attuale, dove si specifica anche nella differenziazione rispetto alle attigue nozioni di invalidità, inefficacia, inesistenza e a quella più sofisticata di annullabilità. Infatti, in diritto romano le espressioni adoperate per indicare la nullità di un atto sono le più diverse: *nullum esse, inutile esse, inefficax esse, non iure fieri, nullius momenti esse, non recte contrahitur*, ecc. Per queste ed altre espressioni v. M. BRUTTI, voce *Invalitità (storia)*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1972, 565. In proposito, riprendo le considerazioni di A. LA SPINA, *Destrutturazione della nullità e inefficacia inadeguata*, Milano, 2012, 19 nt. 35, che, peraltro, rimanda ai precedenti romanistici: «Nel diritto romano non esisteva la nozione di negozio esistente ma suscettibile di declaratoria di nullità: la coincidenza sostanziale fra nullità ed inesistenza si converte, infatti, sotto il profilo processuale, nella mancanza di un'azione di nullità. In questo panorama i rimedi pretori consentono di paralizzare l'operatività di un contratto che, ancorchè strutturalmente perfetto, quindi valido, sia in contrasto con l'*aequitas*». Tale criterio «acquista evidenza e chiarezza mediante la *scientia* del giurista nell'interpretare 'le leggi', secondo L. VACCA, L' '*aequitas*' nella '*interpretatio prudentium*', in A.A.V.V., '*Aequitas*'. *Giornate in memoria di Paolo Silli. Atti del Convegno (Trento, 11-12 aprile 2002)*, a cura di G. Santucci, Padova, 2006, 33. Osserva, altresì, L. SOLIDORO MARUOTTI, *Tra morale e diritto*, cit., 78, che l'«*aequitas* come idea di giustizia rapportata ai valori sociali e in buona parte già recepiti dall'ordinamento nel suo complesso», va intesa anche nel senso di «*pars* e fondamento dell'ordinamento vigente». Della stessa studiosa si segnala '*Aequitas*' e '*ius scriptum*'. *Profili storici*, in *Annali della Facoltà giuridica di Camerino*, I, 2012, 207 ss., cui si rimanda per l'efficacia della intera trattazione e per la documentazione bibliografica. Sul complesso tema dell'*aequitas*, la letteratura è sterminata. In questa sede, tuttavia, mi sono limitata a qualche richiamo, utile alla spiegazione del ragionamento ulpiano, solo con riguardo alle fattispecie trattate.

<sup>64</sup> Tale classificazione è lacunosamente conservata nell'apertura di Tit. Ulp. 1-2: ... *prohibet, exceptis quibusdam <personis> [cognatis], et si plus donatum sit, non rescindit. Minus quam perfecta lex est, quae vetat aliquid fieri, et si factum sit, non rescindit, sed poenam iniungit ei, qui contra legem fecit; qualis est lex Furia testamentaria, quae plus quam mille assium legatum mortisve causa prohibet capere praeter exceptas personas, et adversus eum, qui plus ceperit, quadrupli poenam constituit*. Sulla fonte e sull'argomento in generale, si veda M. BRETONE, *Storia*,

*ius civile* restava intatta la validità degli atti posti in essere in loro violazione<sup>65</sup>. Normalmente l’effettività dei divieti in esse contemplati veniva garantita sul piano del diritto onorario, grazie alla concessione da parte del pretore di rimedi (come le *exceptiones*, le *restitutiones in integrum*, ecc.) che privavano di efficacia gli atti posti in essere in trasgressione del dettato della legge. Al fondo di tali previsioni legislative certamente è possibile cogliere il disvalore che l’ordinamento attribuisce ad atti contrari ai principi della conservazione del patrimonio coniugale da un lato, e della tutela del patrimonio del minore di 25 anni da interventi fraudolenti di terzi, dall’altro. Ma rispetto a tutto ciò, Ulpiano sembra andare oltre. Nei due casi illustrati entra in gioco, con rimarcata evidenza, la contraddittorietà fra la funzione societaria e quella di donazione. Poiché quest’ultima *causa* snatura l’istituto societario e tradisce il principio della sostanziale parità dei soci nella distribuzione di utili e perdite, sperequandolo oltremodo, della *societas donationis causa* deve dichiararsi la nullità senza alcun dubbio, indipendentemente dai soggetti coinvolti e da eventuali disposizioni normative pur collegabili.

In fin dei conti, alla luce di quanto sin qui detto, quelle stesse ipotesi contemplate dalla *societas leonina* (partecipazione agli utili e non al danno, o a tutto il danno senza utili), sono anche alla base della *societas donationis*

---

cit., 83 ss. Sulle problematiche collegate alla tradizione, all’origine, alla paternità dell’opera pseudo-ulpianea di provenienza del citato passo, fra i diversi contributi, F. MERCOGLIANO, *Tituli ex corpore Ulpiani. Storia di un testo*, Napoli 1997; M. AVENARIUS, *Der pseudo-ulpianische ‘liber singularis regularum’. Entstehung, Eigenart und Überlieferung einer hochklassischen Juristenschrift*, Göttingen, 2005.

<sup>65</sup> Cospicua la bibliografia sulle *leges imperfectae* e *minus quam perfectae*, di cui qui si segnalano solo alcuni contributi: G. BAVIERA, ‘*Lex perfectae*’, ‘*minus quam perfectae*’ e ‘*imperfectae*’, in *Scritti Baviera*, I. *Diritto romano*, 1909, 204; G. ROTONDI, *Osservazioni sulla legislazione comiziale romana di diritto privato*, in *Scritti giuridici*, I, Pavia, 1922, in particolare 36 ss.; C. GIOFFREDI, ‘*Ius ‘lex’ ‘praetor’ (forme storiche e valori dommatici)*’, in *SDHI*, 13-14, 1947-48, in particolare 64 ss.; G. PUGLIESE, *Intorno al supposto divieto di modificare legislativamente il ‘ius civile’*, in *Atti del Congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto (Verona 1948)*, II, Milano, 1953, 63 ss., in particolare 77 ss.; ora in *Scritti scelti*, III, Camerino, 1985, 5 ss., 19 ss.; S. DI PAOLA, ‘*Leges perfectae*’, in *Synteleya Arangio Ruiz*, II, Napoli, 1964, 1075 ss. Profili di originalità nello studio del tema in D. TUZOV, *La nullità ‘per legem’ nell’esperienza giuridica romana. Un’ipotesi in materia di ‘leges perfectae’*, in *RIDA*, 56, 2009, 155 ss.

*causa*, sebbene con finalità diverse. Infatti, la prima realizza una forma di disparità di trattamento fra soci sfruttando la differenza di capacità di apporto di ciascuno (c’è infatti, fra i soci, chi fa la parte del leone!). Di questa si dichiara la nullità sulla base dell’*iniquitas* (si ricordi la frase ‘*iniquissimum enim genus societatis est*’ di D. 17.2.29.2). La seconda realizza una liberalità, avvantaggiando ingiustificatamente un socio, sebbene meno capace dal punto di vista patrimoniale, e gravandone un altro, ed è dichiarata nulla per i potenziali scopi speculativi o elusivi di divieti a cui si presta<sup>66</sup>. Vi si può cogliere in controluce la medesima *ratio* – quella che sembra aver guidato Ulpiano, e i giuristi più antichi da lui ripresi, in ognuna delle soluzioni qui riportate –, cioè la necessità di arginare l’autonomia dei privati che, nella loro libera espressione entro la molteplice realtà societaria, poteva incorrere in estremizzazioni volte a perseguire finalità dissonanti rispetto a principii operanti implicitamente o a divieti contemplati espressamente dall’ordinamento, ben lontani da quelli sottesi alla cooperazione societaria, causando di fatto iniquità, distorsioni, elusioni, illiceità<sup>67</sup>.

### Abstract

Il tema della ripartizione delle *partes lucri et damni* nelle società è stata oggetto di disputa giurisprudenziale sin dalla tarda età repubblicana.

---

<sup>66</sup> La ricerca da parte dei privati di soddisfare gli interessi personali contravvenendo a principii intrinseci all’ordinamento, rimanda al complesso argomento della *fraus legi*, su cui, in generale, v. G. ROTONDI, *Gli atti in frode alla legge nella dottrina romana e nella sua evoluzione posteriore*, Torino, 1911; e L. FASCIONE, ‘*Fraus legi*’. *Indagini sulla concezione della frode alla legge nella lotta politica e nella esperienza giuridica romana*, Milano, 1983.

<sup>67</sup> A completamento del quadro, risulta interessante un passo paolino dove si affronta il caso di una società contratta a scopo di donazione *mortis causa*, nulla per un duplice ordine di considerazioni: Paul. 6 *ad leg. Iul. et Pap.* D. 39.6.35.5: *Si quis societatem per donationem mortis causa inierit, dicendum est nullam societatem esse*. Oltre alla più volte ribadita incompatibilità fra i concetti di società e di donazione, la società di cui nel passo si tratta risulterebbe condizionata alla premorienza del donante al donatario, in netto contrasto con la regola della inapponibilità della condizione sospensiva al contratto di società. Per giunta, al verificarsi della condizione, morto il donante, la società si sarebbe sciolta e non sarebbe stato affatto possibile accordare effetti retroattivi ad essa.

Esso assume profili disciplinari peculiari con riguardo alla *societas leonina* e alla *societas donationis causa*, entrambe ipotesi che incorrono in nullità. Questo contributo si propone di indagare, attraverso l’esame soprattutto di passi ulpiani, il ragionamento che giustifica la perentoria pronuncia di nullità in questi casi.

The theme of distribution of *partes lucri et damni* in companies was object of jurist’s dispute up to late republican age. It takes very particular disciplinary profiles with regard to *societas leonina* and *societas donationis causa*, both hypothesis of nullity. This contribution aims to investigate through the examination mostly of some important Ulpian’s passages, the argument that justifies the peremptory pronouncement of nullity about this matter.

### **Parole chiave**

*Partes lucri et damni* - *societas leonina* - *societas donationis causa* – nullità - equità/iniquità

*Partes lucri et damni* - *societas leonina* - *societas donationis causa* - nullity - equity/iniquity

PIA STARACE

Professore associato di Storia del diritto romano

Università degli Studi di Bari ‘Aldo Moro’

Email: pia.starace@uniba.it

