SCUOLA DOTTORALE INTERNAZIONALE
"TULLIO ASCARELLI" DIRITTO-ECONOMIA-STORIA
SEZIONE DIRITTO EUROPEO SU BASE STORICO
COMPARATISTICA

XXIV° CICLO

PROBLEMATICHE VECCHIE E NUOVE IN TEMA DI RESPONSABILITÀ DEL VENDITORE

DOTTORANDO
dott. Giovanni Guida

TUTOR
Chiar.ma Prof.ssa Letizia Vacca

INDICE

PREMESSA 1

CAPITOLO PRIMO

AUCTORITAS E *MANCIPATIO*

1. Considerazioni introduttive. 5

2. *Auctoritas* e regime di appartenenza. 15

3. La funzione e la natura originaria dell'*auctoritas*. 18

4. L'*actio auctoritatis*. 25

5. La progressiva evoluzione della nozione di *auctoritas*. 31

6. L'*obligatio auctoritatis*. 37

CAPITOLO SECONDO

LE OBBLIGAZIONI DEL VENDITORE NEL MODELLO DELL'*EMPTIO VENDITIO* CONSENSUALE: PROBLEMATICHE RICOSTRUTTIVE

1. Considerazioni introduttive. 46

2. Le obbligazioni gravanti sul venditore. 49

3. L'obbligo di '*rem mancipio dari*' 57

4. D. 19, 1, 11, 2 e l'obbligazione di compiere la *mancipatio* del bene acquistato. 62

5. D. 19, 1, 11,pr.- 2 e l'obbligazione di '*rem praestare*'. 66

6. '*Praestare rem*', '*possessionem tradere*' e responsabilità per evizione. 68

CAPITOLO TERZO

LE STIPULAZIONI DI GARANZIA

1. La *repromissio* e la *satisdatio secundum mancipium*: lo stato delle fonti. 73

1.1. La connessione con l'evizione. 76

2. La Formula Baetica. 78

3. La testimonianza plautina. 80

4. La funzione della *repromissio* e della *satisdatio secundum mancipium*. 81

4.1. Il tentativo di ricondurre la disciplina della *repromissio* e della *satisdatio secundum mancipium* nell'editto del pretore. 83

5. La *stipulatio habere licere* e la *stipulatio duplae*: verso l'emersione di uno strumento generale di garanzia per evizione. 85

5.1. Alcune precisazioni sull'ambito di applicazione della *stipulatio habere licere*. 91

6. La *stipulatio duplae*. 92

7. Casistica in tema di presupposti per far valere la responsabilità *ex stipulatione duplae*. 97

8. L'ambito di applicazione della *stipulatio duplae*. 104

9. L'*actio ex stipulatu* in materia di garanzia per evizione: problemi applicativi. 107

9.1. In particolare sull'esperibilità dell'*actio ex stipulatu* in caso di evizione parziale. 112

10. Ancora su D. 21, 2, 64 pr.– 4 118

CAPITOLO QUARTO

ACTIO EMPTI E RESPONSABILITA' PER EVIZIONE

1. L'affermazione dell'*ob evictionem se obligare* e le premesse dell'applicazione dell'*actio empti* come rimedio generale contro l'evizione. 121

2. Sul rilievo dell'obbligo imposto dagli edili curuli di garantire mediante *stipulatio duplae*. 126

3. In particolare sulla distinzione tra l'obbligo di *possessionem tradere* e quello di *evictionem se obligare*. 129

4. Il progressivo affermarsi dell'actio empti quale rimedio autonomo e generale contro l'evizione. 132

5. *Actio empti* e rapporti con gli strumenti concorrenti di tutela. 134

6. *Actio empti* ed evizione nel pensiero di Giavoleno e Pomponio. 140

7. La 'svolta' giulianea. 145

8. Le diverse funzioni dell'*actio empti* in relazione all'evizione. 152

9. Il *pactum de non praestanda evictione*. 156

CAPITOLO QUINTO

L'OPERARE DELLA GARANZIA PER EVIZIONE: CONCORSO DI AZIONI E PRESUPPOSTI APPLICATIVI

1. Una prima sintesi sul modello romano: ricostruzione dei rapporti tra i vari mezzi di tutela contro l'evizione ed indicazione delle differenze tra gli stessi.169

2. I presupposti della responsabilità per evizione in diritto romano: in particolare sulla necessità della messa a disposizione del bene da parte del venditore e sul rilievo del rischio di imminente evizione. 180

3. I requisiti che devono caratterizzare l'evizione al fine di far sorgere la responsabilità in capo al venditore. 189

CAPITOLO SESTO

LA COMPILAZIONE GIUSTINIANEA E L'INFLUENZA SULLE CODIFICAZIONI MODERNE

1. L'oscuramento giustinianeo dell'articolazione delle soluzioni classiche e le sue conseguenze sulla riflessione successiva. 193

2. Un punto di osservazione privilegiato: la codificazione italiana del 1942 e la disciplina della garanzia per evizione..... 200

3. Garanzia per evizione e disciplina contenuta nel codice civile del 1865: le criticità interpretative della dottrina italiana in merito all'obbligazione di dare e l'evizione quale mera perdita del possesso. 205

4. La riflessione dottrinale alla vigilia della Codificazione del 1942: sulla riconducibilità dell'evizione nell'ambito della responsabilità per inadempimento contrattuale. 208

5. La disciplina contenuta nel codice civile del 1942 ed il delinearsi dell'attuale contrasto interpretativo. In particolare sull'approfondimento interpretativo in merito all'aspetto causale della vendita. 210

5.1 Evizione e responsabilità contrattuale. La tesi di Bianca 215

5.2 Evizione e responsabilità pre-contrattuale. 217

6. La garanzia per evizione nell'applicazione giurisprudenziale: fondamento e presupposti applicativi. 218

7. La nuova disciplina della vendita di beni di consumo: un nuovo tassello nell'elaborazione della nozione di responsabilità in materia di compravendita. 223

7.1 La tesi di Nicolussi: la garanzia quale assunzione di un 'rischio'. 226

7.2 La prospettiva 'rimediale'. 228

8. Il nodo dommatico della 'garanzia'. 230

CAPITOLO SETTIMO

LA GARANZIA PER EVIZIONE TRA 'GARANZIA' E 'RESPONSABILITÀ'

1. I due principali modelli moderni di lettura della garanzia per evizione: "garanzia in senso tecnico" o "responsabilità da inadempimento contrattuale", un necessario approfondimento. 233

2. La tesi della "garanzia in senso tecnico". 236

3. La ricostruzione in termini di "responsabilità da inadempimento contrattuale". 239

4. Il substrato storico preso come base dell'attuale dibattito dottrinale: un necessario approfondimento. 243

5. Spunti ricostruttivi e suggestioni derivanti dal modello romano. 249

6. Buona fede e garanzia per evizione. 258

CONCLUSIONI 270

INDICE DEGLI AUTORI 274

INDICE DELLE FONTI 279

BIBLIOGRAFIA 283

PREMESSA

La struttura del contratto di compravendita e, in particolare, la corretta 'perimetrazione' delle obbligazioni del venditore, ha costituito e continua a costituire terreno di forte dibattito, almeno per quanto riguarda l'ordinamento italiano, non solo all'interno della dottrina civilistica attuale, ma anche della stessa romanistica.

Questo contesto impone preliminarmente al giurista di procedere ad un'individuazione, in relazione ai singoli modelli normativi, degli «strumenti concettuali utilizzati per la loro costruzione, riportandoli per quanto possibile alla loro interna coerenza; ciò anche allo scopo di operare un confronto efficace fra le differenti soluzioni adottate e non condizionato da una stratigrafia interpretativa spesso deformante»[1].

Proprio nel tentativo di superare le problematiche connesse a quest'ultimo profilo, con la presente ricerca, si tenterà di evidenziare come non sia possibile fare riferimento ad una generica 'tradizione romanistica', in quanto l'esperienza romana costituisce, senza dubbio, un prisma, ricco di una molteplicità di sfaccettature, derivanti dall'ampiezza temporale in cui la stessa si è svolta, nonché dalla profonda differenza, da un punto economico e scientifico, dei contesti in cui di volta in volta hanno in concreto operato i giuristi romani e gli interpreti successivi. Non bisogna altresì dimenticare che «il 'modello' costruito dai giuristi romani dell'età classica deve essere distinto dal 'modello' offerto dalla compilazione giustinianea, che è stato il punto di riferimento costante della successiva tradizione scientifica, sia pure in un itinerario discontinuo, che vedeva utilizzate le fonti 'romane' in diverse prospettive e con diversi risultati costruttivi»[2]. La pluralità di modelli e la conseguente ricchezza dell'esperienza

---

[1] Così L.VACCA, *Garanzia e responsabilità nella vendita. Tradizione romanistica e problemi dommatici attuali*, in *Studi in onore di Antonino Metro*, VI, a cura di C. Russo Ruggeri, Milano, 2010, 376.

[2] VACCA, *Garanzia e responsabilità nella vendita. Tradizione romanistica e problemi dommatici attuali*, cit., 377.

romana è, del resto, un dato acquisito non solo dalla romanistica, ma anche dalla civilistica italiana più attenta[3]. Tale ricchezza impatta, sin dalla 'codificazione' giustinianea, con i tentativi di appiattire le diverse soluzioni, elaborate dai giuristi romani e che la vengono a comporre, con lo scopo di creare un sistema nuovo e chiuso, che, però, rischia di non risultare connotato dalla medesima coerenza, che caratterizza, senza dubbio, l'elaborazione scientifica dei giuristi romani.

Nel quadro della vendita, emblematico delle problematiche generali, ora solo evocate, è il regime della garanzia per evizione, che costituirà oggetto precipuo della presente ricerca. Com'è stato anche di recente puntualizzato[4], nella «moderna evizione» non può non vedersi il «punto di contatto, e di snodo, tra l'area di influenza del contratto di compravendita, in quanto traslativo della proprietà … e l'istituto della proprietà in sé considerata». Tale punto di contatto si estrinseca, per quanto riguarda l'ordinamento italiano, in una disciplina codicistica che ad una prima lettura può sembrare del tutto avulsa dalle tensioni interpretative, che hanno connotato le soluzioni della giurisprudenza romana, tesa ad individuare un bilanciamento tra assicurazione dell'intangibilità del diritto di proprietà, nelle diverse forme che lo stesso ha avuto nella suddetta esperienza, e tutela del compratore. Come sarà evidente nel corso dell'analisi, si tratta di una mera apparenza, in quanto il dato normativo non è stato in grado di offuscare le 'pulsioni' interpretative, che da sempre hanno connotato l'istituto in esame. Oltre che dall'appena evidenziata centralità sistematica della garanzia per evizione nel quadro della disciplina della vendita, la scelta di incentrare la presente ricerca proprio su tale istituto, piuttosto che sulla vicina garanzia per vizi, rispetto alla quale come sarà evidente si è concentrata maggiormente la riflessione della dottrina attuale, anche a seguito degli interventi del Legislatore

[3] Esemplare in questo senso è il recente saggio di F. GALGANO, *Le anime moderne del diritto privato romano,* in *Contratto e impresa/Europa*, 15 (2010), 141 ss., in cui è evidente non solo l'attenzione dell'illustre Autore per l'esperienza giuridica romana, ma anche, nello specifico, all'evoluzione che la stessa ha subito.

[4] T. DALLA MASSARA, *Per una ricostruzione delle strutture dell'evizione*, in *Studi in onore di Antonino Metro*, a cura di C. RUSSO RUGGERI, Milano, 2010, 100 ss.

europeo, è stata influenzata dalla particolare rilevanza delle tensioni interpretative, che la stessa ha suscitato. Contro la permanenza di tale istituto nel nostro ordinamento, come vedremo, si è levata, infatti, nel tempo più di una voce.

CAPITOLO PRIMO

AUCTORITAS E *MANCIPATIO*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. - 2. *Auctoritas* e regime di appartenenza. - 3. La funzione e la natura originaria dell'*auctoritas*. - 4. L'*actio auctoritatis*. - 5. La progressiva evoluzione della nozione di *auctoritas*. - 6. L'*obligatio auctoritatis*.

1. *Considerazioni introduttive.*

Costituisce un dato acquisito che nel periodo arcaico la vendita si realizzasse mediante lo schema reale dello scambio di cosa contro prezzo[5]. La vendita reale si realizzava mediante due diversi strumenti.

La *mancipatio*[6]*,* mediante la quale si trasferiva la proprietà dei beni di maggior valore, le *res mancipi,* e la *traditio* impiegata per il passaggio della proprietà di tutti i rimanenti beni.

---

[5] cfr. per tutti L. GAGLIARDI, *Prospettive in tema di origine della compravendita consensuale romana*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. Garofalo, I, Padova, 2007, 109 ss.

[6] In questa sede, com'è evidente, non potranno essere affrontati, se non in via meramente incidentale, profili ricostruttivi più generali, come quelli concernenti il sistema dell''appartenenza' e i correlativi strumenti di trasferimento. In questa sede introduttiva, ci si limita a richiamare, nell'ottica appena evidenziata, le opere più tradizionali. Cfr.S. PEROZZI, *La tradizione,*in *Annali Perugia*, 1 (1880), 3 ss.; T. MOMMSEN, *Die rom. Anfange von Kaus und Miethe,* in *ZSS*, 6 (1885), 260 ss.; P .GLÜCK, *Commentario alle Pandette,* XVIII, Milano, 1901, 8 ss.; P. DE FRANCISCI, *Il trasferimento della proprietà,* Padova, 1924; B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette,* II*,* trad.it. Fadda e Bensa, Torino, 1925, 480 ss.; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano, II – la proprietà,* parte II*,* ristampa I ed., *Opere complete di Pietro Bonfante*, a cura di G. BONFANTE e G. CRIFÒ, Milano, 1968; E. ALBERTARIO, *Il momento del trasferimento della proprietà nella compravendita romana,* Pavia, 1929; G. HUSSERL*, Mancipatio,* in *ZRG RA,* 50 (1930), 480 ss.; B.BIONDI, *La vendita di cose fuori di commercio,* in *Studi in onore di Riccobono,* Palermo, 1934, 3 ss.; S. ROMANO, *Pagamento del prezzo e trasferimento della proprietà nella compravendita romana,* Perugia, 1934; G. ARCHI, *Il trasferimento della proprietà nella compravendita romana,* Padova, 1934; A. WACKE, *Die verschuldete Eviktion,* Heidelberg,

La *mancipatio* risulta fortemente connotata da un rigido formalismo che dà vita ad un complesso rituale giustificato dalla necessità di fornire un'adeguata pubblicità alla vendita dei beni più importanti in una società agricola-pastorale.

1991,159 ss.; P. VOCI*, Modi di acquisto della proprietà,* Milano, 1952; M. TALAMANCA, *L'arra della compravendita in diritto romano ed in diritto greco*, Milano, 1953; C. A. MASCHI, *Impostazione storica della compravendita e della permuta nel libro 33 ad edictum di Paolo,* Milano, 1954; V. ARANGIO RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, Napoli, 1954; M. KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Rech*, Graz, 1956, 107 ss.*;* M. BRETONE, *Il trasferimento della proprietà,* in *LABEO,* 3 (1957), 132 ss.; V. ARANGIO RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano,* Napoli, 1958; F. GALLO, *Il principio emptione dominium trasferentur nel diritto pregiustinianeo;* Milano, 1960; F. GALLO, *Studi sul trasferimento della proprietà in diritto romano*, in *memorie dell'istituto giuridico*, serie II, memoria XCI, Torino; D. PUGSLEY, *D. 19. 1. 50: periculum emptoris,* in *The Irish Iurist*, 1972; F. CANCELLI, *Origine del contratto consensuale,* Milano, 1962; F. GALLO, *In tema di origine della compravendita consensuale,* Roma, 1964, 299 ss.; C. A. CANNATA*, Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano,* Milano, 1968; A. CORBINO, *Il rituale della mancipatio nella descrizione di Gaio,* in *SDHI,* 42 (1976), Roma, 173 ss.; H. ANKUM, *Alla ricerca della repromissio e della satisdatio secundum mancipium,* in *atti dell'Accademia romanistica costantiniana,* IV, Perugia, 1981; L. VACCA, *Derelictio e traditio in incertam personam*, in *Scritti in onore di Domenico Barillaro,* Milano, 1982, 87 ss.; F. STURM, *Origine ed evolution de la mancipation. Syntese retrospective de l'enseignement de Ph. Meylan*, in Melanges P. Piotet, Bern, 1990; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano,* Milano, 1990, 429–441, 580–593; G. PUGLIESE – F. SITZIA – L. VACCA, *Istituzioni di diritto romano*, 3ª ed*,* Torino, 1991, 457–475, 556–567; G. PUGLIESE, *Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano,* in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico–comparatistica,* Atti del Congresso Internazionale, 17–21 aprile 1990, Pisa–Viareggio–Lucca, I, a cura di L. VACCA, Milano, 1991, 25 ss. (da ultimo in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico–comparatistica, Materiali per un corso di diritto romano*, a cura di L.VACCA, Torino, 1997, 39 ss.); C. A. CANNATA, *La compravendita consensuale romana: significato di una struttura,* in *vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico–comparatistica,* Atti del Congresso Internazionale, 17–21 aprile 1990, Pisa–Viareggio–Lucca, I, a cura di L. VACCA, Milano, 1991, 73 ss.; M. MARRONE, *Trasferimento della proprietà della cosa venduta e pagamento del prezzo,* s.l.,1992, 183 ss.; L. VACCA, *Annotazioni in tema di vendita e trasferimento della proprietà,*in *Incontro con Giovanni Pugliese,* 18 aprile 1991, Milano, 1992 (da ultimo in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico–comparatistica, Materiali per un corso di diritto romano*, a cura di L. VACCA, Torino, 1997, 127 ss.); F. AVONZO, *Diritto romano e diritto privato, letture da F.K. von Savigny,* Torino, 1995, 207 ss.; R. CARDILLI, *L'obbligazione di praestare e la responsabilità contrattuale in diritto romano,* Milano, 1995; F. DE ROBERTIS, *La responsabilità contrattuale nel diritto romano, dalle origini a tutta l'età postclassica,* Bari, 1998, 39 ss.; O. BEHRENDS, *Iusta causa traditionis,* in *Tradere ed altri studi,* a cura di L. LABRUNA, Napoli, 1998, 36 ss.; L. VACCA, *Profili della risoluzione nella compravendita e nella locazione fra storia e comparazione,* in *Europa e diritto privato,* 2, Milano, 1 (1998), 493 ss.; C. A. CANNATA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, I*,* Torino, 2001, 302 ss.; R. SCEVOLA, '*Venditio nummo uno*', in *La compravendita e l'interdipedenza delle obbligazioni*, a cura di L. GAROFALO, I, Padova, 2007, 413 ss.

Com'è, altresì noto, la dottrina tradizionale[7] identifica nell'*auctoritas*[8] la prima genuina forma di garanzia, apprestata dall'ordinamento romano, contro l'evizione. La ricostruzione in parola può essere – efficacemente – sintetizzata con le parole dell'Arangio Ruiz, secondo cui «abbiamo che il compratore *mancipio accipiens* era tutelato contro l'evizione da un'obbligazione che per virtù di legge sorgeva nel venditore, e il cui oggetto era duplice: assistenza giudiziaria da prestarsi quando un terzo rivendicasse la cosa; in caso di rifiutata o d'inefficace assistenza, pagamento del doppio del prezzo. Al fine di ottenere tale pagamento il compratore disponeva di un'azione giudiziaria, alla quale la scienza

[7] Lo stretto collegamento tra *auctoritas* e *mancipatio* è stato fortemente sostenuto originariamente da T. MOMMSEN, *De auctoritate commentatio*, in *Gesammelte Schriften*, 3, Berlino, 1907, 458 ss.

[8] D. PANTALEONI, *Della auctoritas patrum nell'antica Roma sotto le sue diverse forme*, Torino, 1884; F. GIRARD, *Études historiques sur la formation du système de la garantie d'éviction en droit romain*, in *Mélanges de droit romain, il droit privé et procédure*, Parigi, 1923, 1 ss.; F. GIRARD, *l'«auctoritas» et l'action «auctoritatis», Inventare d'interpolations*, in *Mélanges de droit romain, il droit privé et procédure*, Parigi, 1923, 153 ss.; F. DE VISSCHER, *Le rôle de l'auctoritas dans la mancipatio*, Parigi, 1933; L. AMIRANTE, *Il concetto unitario dell'auctoritas*, in *Studi in on. S. Solazzi*, Napoli, 1948, 375 ss.; A. GUARINO, *Notazioni romanistiche*, I, Napoli, 1948; A. BISCARDI, *Auctoritas patrum*, in *BIDR***,** 48 (1941), 503 ss.; R. AMBROSINO, *Le applicazioni innovative della mancipatio*, Milano, 1950: L. AMIRANTE, *Rec. Levy–Bruhl Auctoritas et usucapion*, in *Iura*, 1 (1950), 525 ss.; A. MAGDELAIN, *Auctoritas rerum*, Brulles, 1950; V. ARANGIO RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, cit.; C. GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, 1955, 196 ss.; J. IGLESIAS, *Sobre el derecho romano y la « auctoritas»*, in *Studi in on. de Francisci*, I, Milano, 1956,117 ss.; R. POWELL, *Eviction in roman law and english law*, in *Studies in the Roman law of sale*, 1959, 78 ss.; M. SARGENTI, *Per una revisione della nozione dell'auctoritas come effetto della mancipatio*, in *Studi in onore di E. Betti*, IV, Milano, 1962; G. FRANCIOSI, *«Auctoritas» e «Usucapio»*, in *LABEO*, 3 (1963), Napoli, 6 ss.; E. VOLTERRA, voce *Mancipatio*, in *NNDI*, X, Torino, 1964, 97 ss; D. PUGSLEY, *The Roman Law Of Property and Obligations*, Cape Town, 1972; C. S. TOMULESCU, *La «mancipatio» nelle commedie di Plauto*, in *LABEO***,** 17 (1971), 284 ss.; A. WATSON, *Rome of XII Tables*, New York, 1975, 134 ss.; H. ANKUM, *L'actio auctoritatis appartenant à l'acheteur mancipio accipiens a–t–elle existé?*, in *Atti dell'Accademia romanistica costantiniana, III Conv. Int.*, Perugia, 1979, 3 ss.; V. MANNINO, *L'«Auctoritas patrum»*, Milano, 1979; A. MAGDELAIN, *L'acte per aes et libram et l' auctoritas*, in *RIDA***,** 28, 1981, 127 ss.; R. DOMINGO, *Teoria dell'auctoritas*, Pamplona, 1987; D. PUGSLEY, *Quod autem valet mancipatio*, in ID., *Americans are Aliens and other essays on Roman Law*, Eter, 1989, 32 ss.; P. FUENTESECA, *Trasferimento della proprietà e auctoritas nella vendita romana*, in *Vendita e trasferimento della proprietà. Atti del Congresso Internazionale, 17–21 aprile 1990, Pisa–Viareggio–Lucca*, I, a cura di L. VACCA, Milano, 1991, 73 ss.; F. J. CASINOS MORA, *La notion romana de auctoritas y la responsabilidad por auctoritas*, Granada, 2000; G. ROMANO, *Nota sulla tutela del contraente evitto nell'ambito dei c.d. contratti innominati. Il caso dell'actio auctoritatis*, in *Diritto@Storia*, 9 (2010).

moderna dà con qualche probabilità il nome di *actio auctoritatis,* benchè manchino testimonianze esplicite»[9].

Per vero, all'interno della ricostruzione tradizionale non sono mancate le teorie[10] volte a valorizzare il ruolo che l'*auctoritas*[11] avrebbe svolto all'interno

---

9 ARANGIO RUIZ, *Compravendita,* cit., 320 ; nello stesso senso: GIRARD, *Études historiques sur la formation du système de la garantie d'éviction en droit romain*, cit., 11, secondo cui l'*auctoritas* presenta «deux procèdures distinctes, d'abord celle de l'action en revendication intentée par le tiers et dans laquelle l'auteur de la mancipation intervient pour fournir son *auctoritas* à l'acquèreur, puis celle de l'*actio auctoritatis* qui pourra être intentèe par l'acquèreur contre son alièna teur». Quest'orientamento vede i primi esponenti tra i giursti della Scuola Culta. Interessanti spunti in questo senso possono ricavarsi dai commenti riferiti a due passi del Digesto, nei quali – come si vedrà – è rimasto il riferimento all'*auctoritas.* Per quanto attiene a D. 21, 2, 76 (Venul. 17 *stip*.), si legga: sub *"auctoritatem": est actio competens in venditorem evictionis nomine;* sub *"id est": auctoritas, actio pro evictione.* In riferimento, invece, a D. 21, 2, 4 pr. (Ulp. 32 *ed*.), si veda sub *"secundum": nam primus auctor est ipse venditor. Venditor enim emptori auctoritatis nomine tenetur. Cic 13 epist. Si ea praedia dividuntur quae ipse caesar vendidit, quae tandem in eius venditionibus poterit esse auctoritas?* Cfr. *Corpus iuris civilis, cum notis integris ... Dionisii Gothofredi ... J. Cujacii ... Antonii Anselmo,* Amstelodami, 1663.

10 Come anche autorevolmente rilevato, la letteratura sull'*auctoritas*, partendo dall'età umanistica, è, senza dubbio, «enorme», determinando «una situazione per qualche verso non dominabile», così B. ALBANESE, *Usus auctoritas fundi in XII Tab. 6,3 secondo le testimonianze di Cicerone*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo*, XLV.1 (1998), 7 nt. 1. L'Autore evidenzia altresì le difficoltà che circondano tuttora tale istituto, che costituisce «uno dei problemi più tormentati della nostra scienza», in questi termini ALBANESE, *Usus auctoritas fundi*, cit., 7.

11 Dal punto di vista etimologico, deve preliminarmente evidenziarsi come il termine *auctoritas* non abbia un corrispondente equivalente in greco classico. Ciò traspare in primo luogo da un brano di Dione Cassio, che, nel tradurlo con la mera trasposizione αυκτώριτας afferma: *ελληνίσαι γὰρ αὐτὸ καθάπαξ ἀδύνἐτόν ἐστι*. Χφρ. Διον. Χασ. ὔὔ, ὅ, ὦ῾ *εἰ δ'οὖν ποτε ἐκ συντυχίας τινὸς μὴ συλλεχθεῖεν ὅσους ἡ χπεία ἑκάστοτε ἐκάλει, ἐβουλεύοντο μὲν καὶ ᾗ γε γνώνη συνεγραφετο, οὐ μέντοι καὶ τέλος τι ὡς κεκυρωμένη ἐλάμβανεν, ἀλλὰ αὐκτώριτας ἐγίγνετο, ὅπως φανερὸν τὸ βούλημα αὐτῶν ᾗ τοιοῦτον γάρ τι ἡ δύϝαμις τοῦ ὀνοματος τούτου δηλοῖ ελληνίσαι γὰρ αὐτὸ καθάπαξ ἀδύνἐτόν ἐστι*. In secondo luogo, come ulteriore conferma testuale, rileva un'analisi comparativa del termine *auctoritas* nelle *Res Gestae* di Augusto. Dal confronto tra la versione greca e quella latina, si deduce che il termine *auctoritas* viene reso in greco con tre parole differenti: *δόγμα*, ovvero parere o decisione, in riferimento all'espressione *auctoritas senatus; εμοῦ περιόντος* ovvero "per mia iniziativa", in riferimento a *mea auctoritate; ;αξιώμα* ovvero dignità e prestigio, in riferimento a *auctoritate*. Ciò porta a ritenere che il termine *auctoritas* ed il concetto medesimo possano essere genuinamente romani. Continuando l'analisi dell'etimologia della parola *auctoritas*, essa sembra derivare dal verbo latino *augeo* i cui significati principali sono: accrescere, aumentare, cfr. BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, II, *Potere, diritto, religione* (trad.it.), Torino, 1976, 396 ss. La stessa origine ha anche il termine *auctor.* Per quanto riguarda la morfologia del termine *auctoritas,* come messo in luce da Mannino, «l'espressione *auctoritas,* appartenente al complesso di termini arcaici quali *hereditas-tatis, potestas-tatis, civitas-tatis,* che

della stessa *mancipatio*. In questo senso, ad esempio, il De Visscher ha affermato che la prima abbia costituito «élément nécessaire et inhéerent à toute *mancipatio*»[12]. In altre parole, secondo l'Autore, l'*auctoritas* costituirebbe il fondamento dell'intero atto traslativo, che verrebbe a configurarsi come mera ratifica, compiuta dal venditore, della dichiarazione unilaterale del compratore: da tale ratifica sorgerebbe l'obbligazione di garantire contro l'evizione e contemporaneamente si compirebbe, dunque, l'effetto acquisitivo. La nascita dell'obbligazione *ex auctoritate* dipenderebbe, allora, secondo questa ricostruzione, dal consenso tacito del venditore. Tale schema troverebbe conferma nel fatto che, anche nel caso di *auctoritas tutoris*, il consenso fornito dal tutore in sede di atto traslativo, posto in essere dal pupillo, può essere fornito mediante un'approvazione tacita[13].

Né si è mancato[14] di porre in luce il legame che intercorrerebbe tra *auctoritas* e proprietà[15]. Si è sottolineato, da una diversa angolatura[16], come

---

esprimono, grazie all'aggiunta del suffisso *tat(i),*la qualità di *heres*, di *potis,* di *civis* come quello la qualità di *auctor,* sottolinea l'esistenza di un più antico potere di chi poteva concedere l'*auctoritas* (cioè di chi era *auctor*)» (così MANNINO, *« Auctoritas patrum»,* cit., 4 ss.). Un approfondimento su tali profili è rinvenibile in DOMINGO, *Teoria dell' auctoritas,* cit., 57 ss.; CASINOS MORA, *La notion romana de auctoritas y la responsabilidad por auctoritas,* cit., 5 ss.

[12] DE VISSCHER, *Le rôle de l'auctoritas dans la mancipatio*, cit., 11.

[13] DE VISSCHER, *Le rôle de l'auctoritas dans la mancipatio*, cit., 11.

[14] Le difficoltà ricostruttive ora anticipate risultano, in vero, amplificate dal fatto che il termine *auctoritas* permea l'intera esperienza giuridica romana. Com'è stato efficacemente evidenziato da IGLESIAS, *Sobre el derecho romano y la « auctoritas»,* cit., 120, secondo cui «nociòn genuinamente romana es esta de la *auctoritas*, y ausente hoy, por desgracia, de nuestra mentalidad moderna, o si se quiere, de nuestro mundo espiritual, psicològico, social, polìtico. Nociòn extrana a nosotros, como extrana fué a quienes no hablaron latìn en la hora de Roma. Cuando Diòn Casio (LV, 3) quiere traducir al griego la voz *auctoritas*, no oculta el embarazo que le produce la falta en sue lengua de un vocablo correspondiente». Insieme al correlato *auctor* si trovano nelle fonti con significati tutt'altro che univoci (cfr. in questo senso MANNINO, *« Auctoritas patrum »,* cit*,* V). In via meramente esemplificativa può ricordarsi come il medesimo venga utilizzato: per indicare l'intervento del tutore nei confronti delle manifestazioni di volontà del pupillo [D. 26, 8, 8 (Ulp. 48 *ad Sab*.): *Etsi condicionalis contractus cum pupillo fiat, tutor debet pure auctor fieri: nam auctoritas nam condicionaliter, sed pure interponenda est, ut condicionalis contractus confirmetur*] ; in riferimento alla figura del *pater familias* [Sen., *Contr.* 2, 1, 38: *ego te genui, ego divitias docui contemnere; sequere auctoritatem meam*. Nonché Cic., *Verr.* 2, 40, 97: *Auctoritatem patris ... anteponendam putavit libidini suae*]; con diverse sfumature concettuali per indicare una specifica attività del consesso senatorio rispetto ad atti di natura comiziale [Cic. *de leg.* 3, 12, 28*: cum potestas in populo auctoritas in*

senatu sit. Nello stesso senso cfr. Liv. 1, 17, 10: *Tum interrex contione advocata, "Quod bonum, faustum felixque sit", inquit, "Quirites, regem create: ita patribus visum est. Patres deinde, si dignum qui secundus ab Romulo numeretur crearetis, auctores fient;*Liv. 8, 12, 15: *ut legum quae comitiis centuriatis ferrentur, ante initum suffragium patres auctores fierent;* Cic. *de rep.* 2, 32, 56: *populi comitia ne essent rata, nisi ea patrum adprobavisset auctoritas;* Cic., *de rep.* 2, 36, 61: *cum summa esset auctoritas in senatu populo patiente atque parente;* Cic. *de leg.*3, 12, 27: *quod senatus lege nostra confirmatur auctoritas*]; nelle locuzioni '*auctoritas fundi'* [XII Tab VI, 3 Cic. *Top.* 4, 23: *usus auctoritas fundi biennium est – ceterarum rerum omnium – annuus est usus*. Cfr. FIRA, I^2, *cur.* S. RICCOBONO, Firenze, 1968, 44]*, 'auctoritas adversus hostem'* [XII Tab. VI, 4 *ADVERSUS HOSTEM AETERNA AUCTORITAS.* Cfr. FIRA, I^2, *cur.* S. RICCOBONO, Firenze, 1968, 44]*, 'auctoritas rei subreptae'* [Gell., *Noct. Act.*, 17, 7, 1: *Quod subruptum erit, eius rei aeterna auctoritas esto*], sulle quali si tornerà diffusamente a breve; infine da Augusto per indicare la propria particolare posizione di preminenza nello Stato [*Res Gestae* 34, 3: *Post id tempus auctoritate omnibus praestiti, potestatis autem nihilo amplius habui quam ceteri qui mihi quoque in magistratu conlegae fuerunt*]. Al riguardo si si è efficacemente osservato come «si può dire che ciò che non è riuscito a Cesare, riesce ad Ottaviano, che il 16 gennaio del 27 a. C. riceve il *cognomen* di Augusto e diviene così superiore a tutti *auctoritate*: la valenza "accrescitiva" di *augustus* e *auctoritas* è stata infatti fortemente sottolineata in letteratura», così L. PEPPE, *La nozione di populus e le sue valenze con un'indagine sulla terminologia pubblicistica nelle formule della evocatio*, in *Staat und staatlichkeit in der Frühen römischen republik*, a cura di W. EDER, Stuttgart, 1990, 326. Non può, naturalmente, in questa sede neppure tentarsi di approcciare una tematica così ampia e complessa come quella sottesa all'*auctoritas principis,* rispetto alla quale pienamente condivisibili sono le suggestioni che vedono in essa il «momento ordinante» del principato che «si estrinseca in ogni fase della sua evoluzione, in un concreto sistema di poteri–azioni», come messo in luce da P. CERAMI, *Potere e ordinamento nell'esperienza costituzionale romana*, Torino, 1996, 181. Un efficace disamina di tale dibattito è rinvenibile in C. LANZA, *Auctoritas principis*, I, Milano, 1996. Assoluta centralità mantengono le riflessioni di R. ORESTANO, *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, I, Torino, 1968, 220 ss. in part. 221, ove ha chiaramente messo in luce l'assoluta peculiarietà della posizione del *princeps* all'interno dell'ordinamento, i cui tratti si vanno progressivamente delineando per gradi pur assumendo fin dall'inizio una posizione di assoluta preminenza, sostanziantesi in «un'autorità di fatto, autorità che Augusto stesso in definitiva affermava essere stata l'espressione e il fondamento più alto di tutta la sua attività, allorchè diceva di se stesso *auctoritate omnibus praestiti*». Sui connessi rapporti tra *auctoritas, potestas* e *imperium* cfr. da ultimo V. MANNINO, *Sovranità dei moderni e modelli di governo dei romani*, in *Studi in onore di Antonio Metro*, IV, Milano, 2010, 25 ss. Deve, comunque, ricordarsi che non sono mancati i tentativi di rincomporre in un quadro unitario il concetto di *auctoritas* nelle sue diverse accezioni. Cfr. per tutti: AMIRANTE, *Il concetto unitario dell'auctoritas,* cit., *passim*; BISCARDI, *Auctoritas patrum*,cit., 502 ss. Simili tentativi hanno avuto, senza dubbio, il merito di evidenziare come tutti i diversi istituti nella cui denominazione torna tale termine – si pensi esemplificativamente all'*auctoritas patrum,* all'*auctoritas tutoris* e all'*auctoritas mancipantis* – siano accomunati da una nozione di "rafforzamento" che si pone alla base degli stessi. cfr. in part. BISCARDI, *Auctoritas patrum*, cit., 512.

[15] Parte della dottrina ha ritenuto di poter procedere ad una piena identificazione tra *auctoritas* e proprietà, cfr. in questo senso P. HUVELIN, *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain, I. Les sources*, Parte I, Paris-Lyon 1915 (rist. an. Roma 1968), 155 ss. In sintesi, alla base di tale ricostruzione, vi è una diversa lettura dei precetti decenvirali contenuti in Tab VI, 3-

attraverso l'*auctoritas*, sarebbe data la possibilità di scoprire la funzione pubblica di *auctor,* ricoperta dal *dominus,* profondamente legata alla struttura della *civitas,* già all'epoca delle XII Tavole. La nozione di proprietà non potrebbe essere, infatti, spiegata facendo ricorso alla sola nozione privatistica, in quanto sarebbe fondamentale partire da un'analisi della struttura primitiva della *civitas*[17]. In siffatta struttura avrebbe un ruolo rilevante il concetto di *fundus*[18], che prima di essere *res mancipi,* presenterebbe una serie di importanti caratteristiche. Innanzitutto, il Fuenteseca rileva come dalle stesse XII Tavole potrebbe ricavarsi il principio che il *fundus* non potesse essere oggetto, almeno alle origini, di *mancipatio,* mentre ne era possibile l'acquisto mediante l'*usus.* Nell'epoca decemvirale, secondo la tesi in esame, sarebbe allora possibile ipotizzare l'esistenza di due modi differenti di acquisto dei beni: l' *usus,* che riguarda il *fundus* ed è definibile come un rapporto di fatto con il bene ed acquista giuridicità attraverso l'*auctoritas,* e, la *mancipatio* per tutti gli altri beni. Per il Fuenteseca, dunque, l'*auctoritas* finisce per essere l'anello di congiunzione tra queste due forme di acquisto, che attraverso essa ricevono la legittimità pubblica di origine augurale. Lo stesso rituale della *mancipatio* denoterebbe una medesima origine, in quanto le formule in essa pronunciate richiamerebbero molto quelle pronunciate nell'*inaguratio* del *Rex Numa.* La dualità esistente nel rito della *mancipatio* risulterebbe dalla fusione di due atti differenti: il *manu capere,* di origine costitutiva ed augurale e la *emptio* librale, che rappresenta l'elemento economico e negoziale. Ci troveremmo secondo l'Autore, quindi, di fronte ad una vera e propria «funzione di legittimazione pubblica del titolo di

4. In particolare, i Decenviri avrebbero previsto che la proprietà (*auctoritas*) del bene si acquistasse al decorere di uno o due anni tramite il possesso (*usus*, che sarebbe, quindi, un genitivo retto da *auctoritas*); nei confronti dello straniero ed in caso di bene rubato la proprietà del cittadino romano è perpetu, in quanto lo straniero non può mai usucapire il relativo bene. Una serrata critica a tale tesi è espressa da VOCI*, Modi di acquisto della proprietà,* cit., 49 ss.

[16] FUENTESECA, *Trasferimento della proprietà e auctoritas nella vendita romana*, cit., 73 ss.

[17] In tale struttura il *paterfamilias*, membro della *curia,* è autorizzato ad affermare il suo potere quale *dominus,* in quanto soggetto attivo iscritto nel *census* della comunità armata.

[18] La storia del *fundus* ed il connesso problema della ripartizione e dello sfruttamento della terra all'inizio dell'esperienza giuridica romana può essere solo ricordato in questa sede; per i necessari approfondimenti si rinvia a FUENTESECA, *Trasferimento della proprietà e auctoritas nella vendita romana,* cit., 83 ss.

dominus, svolta dall*'auctoritas*, … legata al *census populi.* Si può anche affermare che, dietro questa legittimità, assicurata dall'*auctoritas,* si trova storicamente l'efficacia costitutiva dello *ius augurum cum auctoritate coniuctum,* secondo l'espressione ciceroniana (Cic., *de leg.*, 2, 12, 31). Legittimità augurale significa, in origine, il sostegno divino che ratifica la validità dell'atto rituale, che diventa, così, *iustum* auguralmente»[19].

Va, infine, ricordato come lo stato delle fonti[20] ha anche permesso di arrivare a negare qualsiasi connessione tra *auctoritas* e garanzia per evizione[21].

---

[19] FUENTESECA, *Trasferimento della proprietà e auctoritas nella vendita romana*, cit., 108.

[20]Come ricordato, le incertezze della dottrina derivano prevalentemente dalla scarsità di fonti dirette che riguardano l'istituto in parola. Gli unici riferimenti all'istituto in parola si possono leggere nelle seguenti fonti. XII Tab VI, 3: Cic. *Top.* 4, 23: *usus auctoritas fundi biennium est – ceterarum rerum omnium – annuus est usus.*(in FIRA, I^2, *cur.* S.RICCOBONO, Firenze, 1968, 44). L'espressione *usus auctoritas fundi* ha dato vita a due diverse letture; nel testo si fa propria la tesi che ne postula l'equivalenza con *usus et auctoritas fundi*, autorevolmente sostenuta da ultimo da M. KASER, *Altrömisches Eigentum und usucapio*, in *ZSS*, 105 (1988), 128 ss., a cui si rinvia per i necessari approfondimenti bibliografici. Secondo questa tesi, in particolare: «Für die *auctoritas* stehen wir dagegen vor der Alternative, ob damit die schon erwähnte Eviktionsgarantie gemeint ist oder ein bestimmeter Rechtszustand, sei es die mit der *mancipatio* dem Erwerber verschaffte "aus Besitz und Veräußerergewähr gestützte Rechtslage", sei es, entsprechend dem vielseitigen Spektrum unseres Worts im Sinn einer gehobenen Machtlage (Autorität), eine von der *manc*. Unabhängige, an Sachen aller Art mögliche gesicherte Herrschaftsposition. In die XII- Tafelzeit paßt jedoch nur die erste Erklärung, die Befristung mit einer konkreten Institution, der *actio auctoritatis*, verbindet. Als rechtliche Machtposition gedeutet, wäre die *auctoritas* ein viel zu abstrakter und undurchsichtiger Begriff gewesen, als daß bereits das frühe Gesetz daran eine präzise zeitliche Bregenzung hätte knüpfen können, die sich entweder schon damals oder doch in der später en Auslegung als Eintritt einer „Ersitzung" hatte verstehen lassen. In *usus auctoritas* sehen wir vielmehr *usus* als die im Genetivus objectivus stehende Apposition zu *auctoritas*, so daß der Ausdruck die„ Gewährschaft für den Besitz (und seine Erhaltung) bedeutet. Nicht denkbar ist dagegen in der XII-Tafelzeit *usus auctoritas* als Asyndeton, das die aus den beiden Elementen Besitz und Gewährschaft zusammengesetze Rechtslage an die zeitliche Grenze bindet». Secondo l'opposto orientamento, invece, il precetto decenvirale avrebbe fatto riferimento alla sola *auctoritas* e Cicerone avrebbe utilizzato il termine *usus* come mero sinonimo del primo. Ciò in quanto, com'è stato da ultimo osservato «it is not certain what warrantly (*auctoritas*) in this or the next sentence significs. It may be the right to remain protected either in possession (*usus*) or in ownership (*dominium*). With *usus*, wich may be either nominative or genitive (but belived here to be the latter), *auctoritas* is understood to mean that B in possession (*usus*) of A's property has a guarantee (*auctoritas*) vouchsafed by the State against C's disturbance of that possession. If A, the owner, makes no effort to eject B from his estate or to get his goods from B, then after one or two years, as the case may be, B acquires full title to A's property, which he (b) has obtained by long possession, prescriptive right or usucapion, così A.C. JOHNSON - P. R. COLEMAN-NORTON - FRANK CARD BOURNE, *Ancient Roman Statutes: A Translation with Introduction, Commentary, Glossary, and Index*, Austin, 2003, 14 nt. 14, che

conseguentemente così traduce il precetto decenvirale: «Warranty of prescriptive right in land shall be for two years to acquire ownership. … Of all other things … prescriptive right shall be for one year to acquire ownership» cfr. A.C. JOHNSON - P. R. COLEMAN-NORTON - FRANK CARD BOURNE, *op. ult. cit.,* 10. A questa prima testimonianza, vanno aggiunte: XII Tab. VI, 4: *ADVERSUS HOSTEM AETERNA AUCTORITAS* (in FIRA, I^2, cit., 44); Gell., *Noct. Act.*, 17, 7, 1: *Quod subruptum erit, eius rei aeterna auctoritas esto*; Varro, *r. r.* 2, 10, 5: *In horum (servorum) emptione solet accedere peculium aut excipi et stipulatio intercedere sanum esse, furtis noxisque solutum; aut si mancipio non datur, dupla promitti, aut, si ita pacti, simpla.* Su cui cfr., in particolare, F. DE BUIJÁN, *Sistema contractual romano*[2], Madrid, 2004, 220. Testimonianze più tarde sono rinvenibili, in primo luogo, in D. 21, 2, 4 pr. (Ulp. 32 *ed*.): *Illud quaeritur, an si qui mancipium vendidit debeat fideiussorem ob evictionem dare, quem vulgo auctorem secundum vocant.* e in D. 21, 2, 76 (Venul. 17 *stip*.)*: Si alienam rem mihi <tradideris> [fuit mancipio dederis] et eandem pro derelicto habuero, amitti auctoritatem, <id est actionem pro evictione>, placet.* [la lettura del passo è quella ipotizzata da ARANGIO RUIZ, *Compravendita*, cit., 322]. Ad esse vanno aggiunte: Paul. Sent. 2, 17, 1–3: *Venditor si eius rei quam vendidit dominus non sit, pretio accepto auctoritatis manebit obnoxius: aliter enim non potest obligari. 2. Si res simpliciter traditae evincantur, tanto venditor emptori condemnandus est, quanto si stipulatione pro evictione cavisset. 3. Res empta mancipatione et traditione perfecta si evincatur, auctoritatis venditor duplo tenus obligatur.* Rubrica Paul. Sent. 5, 10: *De contrahenda auctoritate.*Vat. Frag., 10: *Iniquam sententiam evictae rei periculum venditoris non spectare placuit neque stipulationem auctoritatis committere.* Già da un primo sguardo alle stesse, si evince come nelle testimonianze più risalenti si cita espressamente l'*auctoritas* senza fornire alcun possibile collegamento tra tale istituto e la garanzia per evizione. Al riguardo deve ricordarsi come tali fonti sono state ricostruite dalla dottrina. In via esemplificativa, appare, dunque, emblematico richiamare l'attenzione su come si sia arrivati a ricostruire il contenuto di XII Tab VI, 3. A questo fine si legga il passo di Cicerone da cui è estrapolato il frammento sopra riportato: Cic. *Top.* 4, 23 *Ex comparatione autem omnia valent quae sunt huius modi: Quod in re maiore valet valeat in minore, ut si in urbe fines non reguntur, nec aqua in urbe arceatur. Item contra: Quod in minore valet, valeat in maiore. Licet idem emplum convertere. Item: Quod in re pari valet valeat in hac quae par est; ut: Quoniam usus auctoritas fundi biennium est, sit etiam aedium. At in lege aedes non appellantur et sunt ceterarum rerum omnium quarum annuus est usus. Valeat aequitas, quae paribus in causis paria iura desiderat.* L'Arpinate richiama la disposizione che regola la durata dell'usucapione e dell'*auctoritas*: nel ricordare brevemente il diverso modo di operare dell'usucapione rispetto a vari tipi di bene, afferma che *in lege* (la stessa espressione è rinvenibile in un altro luogo di Cicerone nel quale viene nuovamente dato conto della medesima disposizione. Cfr. Cic. *Caecin.* 19, 54*: lex usum et auctoritatem fundi iubet esse biennium. At utimur eodem iure in aedibus, quae in lege non appellantur*, nonché in Boezio, *Comm. ad Cic.*, *Top.* Ed. MIGNE, *P.L.* 64, 1080 ss., per una cui analisi si rinvia a ALBANESE, *Usus auctoritas fundi*, cit., 8 ss.) non sono espressamente ricompresi gli edifici. Manca, quindi, ogni diretto riferimento alle XII Tavole. Tale collegamento sembrerebbe possibile (Cfr. FIRA, I^2, cit., 44) utilizzando come termine medio dell'ipotizzata equivalenza un passo di Gaio. Si veda Gai 2, 42: *usucapio autem mobilium quidem rerum anno completur, fundi vero et aedium biennio; et ita lege XII tabolarum cautum est.* Sulla presenza nel testo di Tab VI, 3 delle parole *usus*, *auctoritas* e *fundi* costituisce, comunque, acquisizione condivisa dalla dottrina almeno a partire dalla fine dell'800, cfr. T. MAYER-MALY, *Studien zur Frühgeschichte der Usucapio*, II, in *ZSS*, 78 (1961), 228 ss., a cui si rinvia per i necessari approfondimenti bibliografici e secondo cui, in particolare, «Als gesicherte Elemente des decemviralen Originaltextes können demnach nur *usus*, *auctoritas,*

fundi und *bennium* gelten. Welcher Art die sprachliche Verbindung dieser Worte war, ist ebenso offen wie die Frage, ob und welche weiteren Elemente der Zwölftafelsatz enthalten haben mag. Namentlich bleibt dunkel, ob eine Aussage über den Breich der einfachen Jahresfrist, wenn sie überhaupt erfolgt ist, Sachen aller Art oder bloß *res mancipi* nannte. Die weitere Untersuchung des Sachgehalts der Decemvralnorm, besonders der Verhältnisses zwichen *usus* und *auctoritas*, darf daher nicht von einer als original vorgestellten Wortfolge ausgehen, sondern muß mit einer Vielfalt möglicher Beziehungen rechnen», così MAYER-MALY, *op. ult. cit.*, 234. Di contro un collegamento tra *auctoritas* e garanzia per evizione apparirebbe rinvenibile esclusivamente nella sicura interpolazione[20] – <*id est actionem pro evictione*> – presente in D. 21, 2, 76 (Venul. 17 *stip*.) - cfr. *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur*, curaverunt E. LEVY, E. RABEL, 1929-35, II, 28; ARANGIO RUIZ, *La compravendita*, cit., 322. – e nel passo tardo delle *Pauli sententiae* sopra riportato. Altro elemento che sembrerebbe da non trascurare, è il silenzio mantenuto da Gaio, nelle sue Istituzioni, sull'istituto in analisi, pur trattando in modo diffuso dell'istituto a cui la stessa dovrebbe essere connessa, ovvero la *mancipatio*. Né sembra da tacere come rimanga nel campo delle congetture anche la corretta individuazione delle *sedes* nelle quali i singoli giuristi avrebbero affrontato l'esame del suddetto istituto. Parte autorevole della dottrina (cfr. LENEL, *Edictum perpetuum*[3], cit., 542 ss.) ha ritenuto, infatti, che *l'actio auctoritatis* dovesse trovarsi alla fine dell'Editto tra le formule di *stipulationes*, affianco alla formula della *stipulatio* di garanzia. Il principale argomento in questo senso è tratto dal fatto che i testi sull'editto di Paolo, Ulpiano e di Giuliano – che nella loro attuale formulazione presente nel Digesto si riferiscono alla *stipulatio duplae* – sono allo stesso modo ripartiti in due libri consecutivi: Ulpiano libri 80 e 81 del commentario *ad edictum*; Paolo nei libri 76–77 dell'omonima opera (dello stesso rimedio si sarebbero occupati il libro 27 dei *Digesta* di Celso e il libro 28 delle *Quaestiones* di Papiniano. Cfr. in questo senso ARANGIO RUIZ, *Compravendita,* cit., 323); Giuliano nei libri 57 e 58 dei *Digesta*. Dunque, soprattutto considerando che la trattazione della suddetta *stipulatio* non riempie completamente i due libri presso nessuno dei tre giuristi, è difficile pensare che i tre giureconsulti abbiano iniziato lo studio del medesimo istituto alla fine di un libro per proseguirla all'inizio del libro seguente; appare più naturale ammettere che le disposizioni contenute alla fine di un libro trattino di un mezzo, e quelle situate all'inizio dell'altro riguardino un altro istituto. Si suppone, quindi, che i passi tratti dai libri 80 di Ulpiano, 76 di Paolo e 57 di Giuliano si riferiscano all'*actio auctoritatis* mentre quelli dai rispettivi libri 81, 77 e 58 avrebbero soli riguardato una stipulazione di garanzia. L'identificazione di quest'ultime risulterebbe possibile, poi, per esclusione: in base alla considerazione che la disciplina della *stipulatio duplae* fosse contenuta nell'Editto degli Edili e quella della *stipulatio habere licere* fosse interamente "giurisprudenziale", in tali *sedes* non si sarebbe potuto non rinvenire che la trattazione di due strumenti di tutela non più utilizzabili nel diritto giustinianeo, ovvero appunto l'*actio auctoritatis* e la *satisdatio secundum mancipium.*

[21] SARGENTI, *Per una revisione della nozione dell'auctoritas,* cit., 19 ss.' secondo cui l'obbligazione di garantire contro l'evizione, che non può nascere da una tacita assunzione di responsabilità oppure essere la conseguenza di un delitto, in quanto manca la violazione di una norma, non sarebbe, in primo luogo, in linea con la nozione di obbligazione che si ha nel periodo antico, ovvero il *nexum,* in quanto nell'*auctoritas* manca completamente l'elemento dell'asservimento proprio dell'istituto suddetto. A ciò dovrebbe aggiungersi che, come anche sopra rilevato, che di tale obbligazione e dell'azione che ne deriva non si parla in nessuna fonte giuridica e lo stesso Gaio, che descrive con molta precisione il rituale della *mancipatio*, omette totalmente ogni riferimento ad esse. Con la necessaria conseguenza che «l'*auctoritas* come responsabilità contro l'evizione non è, dunque, mai esistita».

2. Auctoritas *e regime di appartenenza*.

A mio avviso, qualsiasi tentativo ricostruttivo non può che prendere le mosse dalla nozione stessa di proprietà[22], e, più specificatamente, dalla concezione che di tale istituto si aveva nel periodo predecemvirale[23].

In una società prevalentemente agricolo–pastorale, composta da un non ampio numero di *gentes*[24] è ben difficile ritenere che si fosse già sviluppata una nozione di proprietà come concetto giuridico ed astratto: per arrivare a una

[22] Una disamina dell'evoluzione della nozione di proprietà e delle problematiche sottese è stata, da ultimo, effettuata da S. ROMEO, *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano. Tra giurisprudenza e prassi*, Milano, 2010, *passim*, a cui si rinvia per i necessari ragguagli bibliografici.

[23] Ciò, in quanto non può non ritenersi «assai verosimile che la figura della proprietà, in una prima fase della storia del diritto romano, abbia trovato il massimo della sua evidenza nell'ambito della tutela processuale, mentre l'assenza di un pensiero giuridico riflesso, non solo rendeva impossibile un approfondimento teorico di tale nozione, ma doveva anche ostacolare l'affermazione di un regime giuridico particolarmente complesso e rigoroso», così L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei «Iura praediorum» nell'età repubblicana*, I, Milano, 1969, 396.

[24] Ciò non di vuol dire, naturalmente, che fin dalla fondazione di Roma non ci trovassimo di fronte ad «un popolo progredito di agricoltori … retto da un sovrano che dà loro una città e uno stato basati su un'organizzazione, che modernizzando chiamiamo costituzione, i quali presuppongono sviluppi monumentali e legislativi successivi, ma i cui principali elementi costitutivi risalgono agli esordi. … Considerando, infatti, le condizioni dell'Italia centrale tirrenica nella prima metà dell'VIII secolo a.C., Roma appare grande fin dall'inizio, per complessità di organizzazione, dimensione dell'abitato e accrescimento progressivo del territorio» cfr. A. CARANDINI, *Remo e Romolo. Dai rioni dei Quiriti alla città dei Romani (775/750 – 700/675 a.C.)*, Torino, 2006, 112; F. DE MARTINO, *La gens, lo Stato e le classi in Roma antica*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, IV, Napoli, 1953, 25 ss.; F.DE MARTINO, *Storia della Costituzione romana*, I, Napoli, 1951, 25 ss. Deve ricordarsi, però, come il punto di svolta da cui inizia un graduale cambiamento, che investe anche lo stesso significato giuridico della signoria sulla terra, viene temporalmente collocato proprio nel corso del V secolo a.C., durante il quale, grazie al progressivo prevalere delle strutture statuali rispetto ai vecchi organismi "precivici", comincia a mettersi in discussione la stessa antica signoria delle genti. Con la conseguenza che gli agri gentilizi tendono ad essere ritenuti, in quanto territorio cittadino, terre di tutta la comunità, che vengono "possedute" dalle genti patrizie di fatto, in virtù della loro forza. Dal che se ne può correttamente inferire che «la signoria e la sovranità della *civitas* si pongono ormai come punti di riferimento di tali *agri*. E' a questo punto che l'esclusivo godimento di tali terre da parte di alcuni gruppi di cittadini appare, agli occhi della comunità, sempre più ingiustificato e illegittimo», così testualmente L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La terra in Roma antica, I età arcaica*, Roma, s.d., 28. Per un approfondimento sul tema delle origini dell'Urbe cfr., da ultimo, A. CARANDINI, *La leggenda di Roma*, Milano, 2006.

simile nozione, infatti, è stata necessaria una lunga elaborazione interpretativa e una società maggiormente sviluppata sul piano socio–economico[25]. In questa società, dunque, possiamo ritenere che, più che di un diritto di proprietà, si possa parlare di un potere assoluto che inizialmente si fonda esclusivamente sulla forza ed il potere materiale[26]. Si trattava, quindi, di un potere concreto, diretto ed assoluto sul bene, che si rifletteva anche sui mezzi di trasmissione dello stesso: si trattava di un trasferimento della cosa stessa, non di un diritto[27].

---

[25] Come fa notare il DE FRANCISCI, *Il trasferimento della proprietà,* cit., 76 ss., gli stessi termini *dominium* e *proprietas,* con cui viene designato tale istituto, sono di origine abbastanza recente: il primo risale all'elaborazione classica, mentre il secondo diviene di frequente applicazione soltanto in epoca costantiniana, in contrapposizione a *possessio.*

[26] Sul punto si rinvia in particolare a C. PICCINILLI, *Studi e ricerche intorno alla definizione: dominium est ius utendi et abutendi re sua, quatenus iuris ratio patitur,* Firenze, 1886, in *Antiqua 4*, Napoli, 1980; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano, II – La proprietà,* parte I, ristampa I ed., in *Opere complete di Pietro Bonfante*, a cura di G. BONFANTE e G. CRIFÒ, Milano, 1966, 247 ss.; BONFANTE, *Corso di diritto romano, II – la proprietà,* parte II*,* cit., 293 ss.; P. BONFANTE, *Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana*, Torino, 1926, 69 ss; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano,* I, Roma, 1928, 639 ss.; C. LONGO, *Le cose, la proprietà e i suoi modi di acquisto,* Milano, 1938; U. BRASIELLO, *La proprietà nella sua estensione,*Milano, 1954; L. CAPOGROSSI COLOGNESI*, La terra in Roma antica, I età arcaica*, Roma, s.d.; G. ARCHI, *Il concetto della proprietà nei diritti del mondo antico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 12 (1958), 1200 ss; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano,I, Le legis actiones,* Roma, 1962, 37 ss.; G. PUGLIESE–F. SITZIA–L. VACCA, *Istituzioni di diritto romano*[3]*,* Torino, 1991, 117 ss.; C. A. CANNATA,<*Qui prior vindicaverat*>*: la posizione delle parti nella <legis actio sacramento in rem*>*,*in *Melanges Felix Wubbe,* Fribourg, 1993, 83 ss; L. VACCA, voce *Usucapione, a) diritto romano,* in *E.D.* 47, 1993, 989 ss; L. VACCA, *Iusta causa e bona fides nell'usucapio romana a proposito del titolo pro suo,* in *Sodalitas, Scritti in onore di Antonio Guarino,* Napoli, s.d., 1955 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, voce *Proprietà in generale: diritto romano*, in *voce proprietà*, in *E.D.*,XXVII, 1993, 160 ss.; G. GARRIDO, *Diritto privato romano*[2]*,* Padova, 1996, 73 ss. e 151 ss.; GUARINO, *Diritto privato romano*[2]*,* Napoli, 1997, 651 ss.; M. BRETONE, *Fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura,* Bari*,* 2001, 63 ss..

[27] Quest'aspetto è stato messo in rilievo già dal DE FRANCISCI, *Il trasferimento della proprietà,* cit., 3, secondo cui «in parte, per quanto riguarda il trasferimento della proprietà, e per l'epoca più antica, la verità era stata intravista dall'Jhering, quando cercava di dimostrare estranea alle concezioni primitive l'idea del trasferimento del diritto. Quel gran maestro, esaminando il carattere materialistico del diritto primitivo, dopo aver osservato come la cosa sia il solo valore economico conosciuto dall'antico diritto, affermava, con una delle sue più brillanti intuizioni, che la trasmissibilità del diritto (isolato), il subentrare nei singoli diritti altrui, sono concezioni ignote al diritto primitivo, *all'infuori del caso della trasmissione della proprietà* "perché qui il diritto e la cosa si confondono. Apparentemente si trasmette la cosa e una concezione che resti attaccata a questo fatto esteriore può trascurare il fatto interno, il trasferimento del diritto o confondere i due fatti tra di loro. Così fece il diritto romano antico per il quale *il trasferimento della proprietà non era il trasferimento del diritto, ma il trasferimento della cosa stessa*". Questa idea del

Tale trasferimento ha, però, bisogno, per essere considerato effettivo, di essere 'legittimato' sia da parte del soggetto che ha ceduto il bene sia da parte della comunità. A mio avviso, la fonte che autorizza e legittima pubblicamente simile potere non può che identificarsi con l'*auctoritas*[28].

Più di una suggestione in questo senso può, senza dubbio, essere tratta anche da un difficile brano di Festo, in cui viene fornita la seguente definizione di *fundus* tratta dai libri *de verborum significatu*:

> *fundus dicitur ager, quod planus sit ad similitudidem fundi vasorum. Fundus quoque dicitur populus esse rei, quam alienat, hoc est auctor*[29]

La complessità del passo è nota tanto che non si è mancato di considerarlo incomprensibile nella versione a noi giunta[30]. Non deve essere, però, trascurata la circostanza che nel testo sembra configurarsi la posizione di *auctor* in capo al *populus*, in relazione all'alienazione di un *fundus*[31].

---

trasferimento del diritto, come cosa ideale esistente obbiettivamente, prescindendo dalla persona di colui che è il detentore attuale della cosa, era troppo sottile, troppo astratta per il diritto antico. Questo si rappresentava lo svolgimento del trasferimento della proprietà nel senso che il proprietario precedente abbandonava la cosa e che il proprietario nuovo ne prendeva il possesso. Nella *mancipatio* non meno che nella *in iure cessio*, il nuovo acquirente non fa passare in testa sua il diritto del proprietario precedente, egli prende la cosa per sé, perché quello lo consente e si ritira (*cedit in iure*). Lo stesso stato di cose si aveva in origine per la tradizione»; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei «iura praediorum» nell'età repubblicana*, I, Milano, 1969, 396 ss..

[28] In altre parole, almeno per quanto riguarda il periodo più antico, mi sembra condivisibile considerare «l'*auctoritas* un élemént de la personnalité juridique chez les Romans. Comme la *libertas*, la *civitas,* la *potestas*, c'est un attribut attaché à la personne et originairement à la personne physique; l'*auctor* dans sa notion primitive était un homme et non une abstraction. L'*auctoritas* est le privilège, le droit appartenent à un Romain, dans les conditions requises, de servir de fondament à la situation juridique, créée par d'autres», cfr. P. NOAILLES, *L'auctoritas dans la loi des douze tables*, in *Fas et jus études de droit romain*, Paris, 1948, 274. Correttamente, quindi, si può guardare all'*auctoritas* come vero e proprio «principio legittimatore», così FUENTESECA, *Trasferimento della proprietà e auctoritas nella vendita romana,* cit., 117.

[29] in C. G.BRUNS, *Fontes iuris romani antique. Scriptores*[7], Tubinga, 1909, 10.

[30] Cfr. ad esempio B. ALBANESE, *Osservazioni sull'istituto del fundus fieri e sui municipia fundana*, in *Studi mem. Donatuti*, 1, Milano, 1973, 13.

[31] In questo senso FUENTESECA, *Trasferimento della proprietà e auctoritas nella vendita romana*, cit., 114. Più di recente ha fatto propria questa linea di pensiero anche F.J. CASINOS–MORA, *Auctoritas rerum decemviralis*, in *RIDA,* 50 (2003), 71 S., secondo cui, in particolare, «l'*auctoritas rerum* della Legge delle Dodici Tavole non è che la garanzia pubblica del

3. *La funzione e la natura originaria dell'*auctoritas.

Queste prime considerazioni, che certamente non possono che sfiorare un tema così complesso come quello della definizione della nozione più risalente di 'proprietà', mi sembrano legittimare almeno qualche dubbio[32] sull'assunto che che sin dalle sue origini l'*auctoritas* avesse svolto un ruolo di garanzia contro l'evizione.

Il ritenere, infatti, che fosse già stato elaborato uno schema di tutela inperniato sul concetto di 'vizio' giuridico del bene venduto, presuppone che fosse già acquisita non solo una nozione di proprietà quale 'diritto', ma anche la distinzione tra acquisti a titolo derivativo e acquisti a titolo originario. Ciò, senza dubbio, non mi pare possa ritenersi compatibile, come visto anche nel paragrafo precedente, preliminarmente con la situazione socio–economica della Roma di

---

mantenimento delle situazioni di potere ritenute legittime sulle *res*. Questo concetto ha anzitutto la virtù di ricollegarsi alla propria matrice di *auctoritas* come deverbativo di augeo in modo tale che favorisce l'unità concettuale e partecipa della stessa idea essenziale di tutte le altre accezioni giuridiche del concetto di *auctoritas*, cioè quelle dell'*auctoritas patrum*, *auctoritas tutoris*, *auctoritas magistratuum*, *auctoritas principis*, *auctoritas rei iudicatae*, *auctoritas senatusconsulti* fratante altre. L'*auctoritas* come garanzia pubblica di protezione dei poteri sulle cose implica che l'*auctoritas rerum* decemvirale è la fonte di legittimità di quei poteri sulle cose dello stesso modo che il tutore legittima con la sua *auctoritas* gli atti del suo pupillo o il senato legittima con la sua ratifica o *auctorita*s le leggi *rogatae*. Insomma, in tutti i casi l'*auctoritas* rafforza, legittima, conferisce validità giuridica a qualsiasi attuazione umana, atto giuridico, legge o situazione di fatto di potere su una cosa».

[32] Le difficoltà interpretative dei richiamati precetti decenvirali sono state più volte segnalate anche dalla dottrina tradizionale. Sono, senza dubbio, da ricordare sul punto le parole del VOCI: «La difficoltà non è dove a torto si è voluta trovarla, ma altrove: è nella mancata pronuncia degli effetti giuridici. La regola presuppone, com'è enunciata, la conoscenza così dei termini come degli istituti. Or ciò può attribuirsi alle XII Tavole. Ma è forse più ragionevole esprimere il dubbio che la tradizione orale abbia reso breve e pregnante la disposizione decenvirale. La cosa non avrebbe nulla di strano. Si pensi, ad es., alla n orma sulla cura dei furiosi … Può supporsi che le XII Tavole abbiano parlato di una delazione successiva degli agnati e dei gentili (come nella legge su la successione *ab intestato*); la tradizione orale, per praticità unita all'assenza di difficoltà interpretative (essa è dominio dei giurisperiti), ha semplificato la disposizione. Lo stesso potrebbe essere accaduto per la norma che ci interessa. Questo, sempre che Cicerone ci abbia riferito tutto il dettato della disposizione decemvirale …» VOCI*, Modi di acquisto della proprietà,* cit., 52.

tal periodo[33]. Come autorevolmente messo in luce da Capogrossi Colognesi, valorizzando l'analogia presente tra schema della *legis actio sacramento in rem*, *mancipatio* ed *in iure cessio*, tutte centrate sull'affermazione del '*meum esse*', l'unico schema operante non può che essere «quello della contrapposizione di pretese (o di ordini soggettivi) contrastanti e nell'affermarsi (non interessa se pacifico o meno) dell'una con il conseguente annullamento dell'altra»[34]. In questo contesto può rilevarsi incidentalmente come assumono maggior rilievo quelle ipotesi ricostruttive che individuano, per la *mancipatio*, un nucleo originariamente vindicatorio[35].

E che la nozione di *auctoritas* non possa essere originariamente ricondotta nella categoria 'garanzia' mi sembra trovare una conferma in due frammenti di Cicerone.

> Cic. *Har. Resp.* 7, 14: *Multae sunt domus in hac urbe, patres conscripti, atque haud scio an paene cunctae iure optimo, sed tamen iure privato, iure hereditario, iure auctoritatis, iure mancipii, iure nexi, nego esse ullam domum aliam privato eodem quo quae optima lege, publico vero omni praecipuo et humano et divino iure munita; quae primum aedificatur ex auctoritate senatus pecunia publica, deinde contra vim nefariam huius gladiatoris tot senati consultis munita atque saepta est.*

---

[33] La struttura economica della Roma sicuramente fino al IV sec a. C. era di tipo prevalentemente agricolo con una proprietà fondiaria nelle mani delle poche gentes patrizie cfr. A. CARANDINI, *Sviluppo e crisi delle manifatture rurali e urbane*, in *Merci, mercati e scambi nel Mediterraneo*, a cura di A. GIARDINA e A. SCHIAVONE, Roma, 1981, 251; F. DE MARTINO, *La gens, lo Stato e le classi in Roma antica*, in *Studi in onore di V. Arangio–Ruiz*, IV, Napoli, 1953, 25 ss.; P. ZAMORANI, *Plebe Genti Esercito, una ipotesi sulla storia di Roma (509–339 a.C.),* Milano, 1987, 305 ss.

[34] L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei «iura praediorum» nell'età repubblicana*, cit., 383.

[35] Ipotesi che fanno capo, in particolare, a R. JHERING, *Geist des römischen Rechts auf verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*[5]*,* 2.2, Leipzig, 1898,242 s. Nello stesso senso, cfr. A. LONGO, *La 'mancipatio'*, Firenze, 1887, 40 s., 62; H. LÉVY-BRÜHL, *La formule vindicatoire*, in *RHDFE,* 11 (1932), 214 s. Viene, invece, evidenziata la natura religiosa che avrebbe connotato la fase iniziale dell'istituo in parola, P. NOAILLES, *Du droit sacré au Droit civil. Cours de Droit Romain Approfondi (1941-1942),* Paris 1949, 214 ss.

Il passo[36] è tratto dalla difesa di Cicerone della sua casa sul Palatino contro i continui attacchi di Clodio. La casa era stata bruciata durante il suo esilio ed il terreno su cui sorgeva era stato consacrato alla dea *Libertas.* Tornato dall'esilio, la casa gli fu restituita grazie ad un senatoconsulto ed al parere favorevole del collegio pontificale. Nell'anno della restituzione della casa avvennero, però, degli strani fenomeni che furono interpretati dagli aruspici come derivanti dal fatto che un luogo sacro era stato destinato a luogo di privata dimora. L'arpinate si difende dall'accusa, affermando che nessuna proprietà in Roma può essere considerata più salda della sua: essa si fonda, infatti, su un titolo pubblico, formato dal senatoconsulto e dall'approvazione dei pontefici.

Le altre abitazioni romane si fondano, invece, su un titolo privato di acquisto. Una parte della dottrina[37] – ingenerando non poche difficoltà nell'interpretazione del passo in parola – ha interpretato il passo nel senso che Cicerone avrebbe espresso la contrapposizione tra la situazione dell'acquirente prima ed in seguito all'usucapione. Mentre l'*auctoritas* costituirebbe, infatti, il titolo di diritto privato, sul quale si basa l'acquisto tramite *mancipatio,* invece l'usucapione, al suo compimento, trasformerebbe tale titolo in titolo di diritto pubblico.

Questa interpretazione presenta appare, però, viziata. Nel passo in esame non si fa alcun riferimento all'*usucapio*, mentre è netta la contrapposizione tra titolo privato e titolo pubblico di acquisto: contrapposizione che, se si esamina attentamente la sua *ratio,* può essere tranquillamente riassunta in quella tra titoli ordinari di proprietà e titolo assolutamente straordinario, quale quello che può vantare Cicerone[38].

Com'è evidente le maggiori difficoltà interpretative discendono dall'inclusione tra i modi di acquisto della proprietà di quello *iure auctoritatis*.

Insolubile, a mio avviso, appare la questione sull'attendibilità giuridica dell'elencazione dei modi di acquisto compiuta da Cicerone, che ha visto

[36] Su cui cfr. da ultimo F.J. CASINOS–MORA, *Auctoritas rerum decemviralis*, cit., 66 S.
[37] DE VISSCHER, *Le rôle de l'auctoritas dans la mancipatio*, cit., 18 ss.
[38] FRANCIOSI, *«Auctoritas» e «Usucapio»,* cit., 33 ss.

contrapposti il Franciosi a Magdelain. Certamente condivisibile appare l'argomento, con cui il Franciosi[39] ha minato l'affermata giuridicità della stessa, postulata dal Magdelain[40]. Il Franciosi ha reso evidente, infatti, come non possa prescindersi, nell'esaminare il passo, dalla finalità per quale tale elencazione era stata posta in essere: l'orazione, infatti, è volta all'esclusiva difesa di un proprio personale interesse patrimoniale.

Ciò porta l'oratore ad eliminare il riferimento a tutti quei modi di acquisto, che potrebbero apparire più sicuri rispetto a quello che egli stesso può vantare. Questa problematica interpretativa appare, però, secondaria ai nostri fini, in quanto, in entrambi i casi, non incide sull'inclusione ciceroniana dell'*auctoritas* tra i modi di acquisto della proprietà. Ne deriva l'impossibilità di considerare[41], almeno in questo caso, l'*auctoritas* quale garanzia per l'evizione in quanto altrimenti «Cicéron aurait placé l'effet avant la cause, la garantie avant la mancipation. … Il est donc certain que le *ius auctoritatis* ne désigne pas cette garantie. Opposé au *ius hereditarium*, il représente ici le titre de propriété»[42].

Non può, però, seguirsi il Magdelain quando riconduce l'*auctoritas* alla nozione di diritto di proprietà: rimarrebbe, infatti, non giustificabile il contemporaneo riferimento che Cicerone fa allo *ius mancipi*.

A mio avviso potrebbe, allora, risultare più plausibile che Cicerone avesse voluto fare riferimento al significato più risalente di *auctoritas*, che si è cercato in precedenza di delineare, considerando in essa tutti gli acquisti che avvengono grazie alla 'legittimazione' della comunità. Un'ulteriore testimonianza dell'arpinate in questo senso può trarsi da

---

[39] FRANCIOSI, *«Auctoritas» e «Usucapio»,* cit., 35 ss.

[40] MAGDELAIN, *Auctoritas rerum,* cit., 133 ss.

[41] A meno di non seguire sul punto la ricostruzione del Franciosi, che appare, però, a mio avviso sovrastrutturata, che si sostanzia nel ritenere che Cicerone, elencando modi di acquisto *optimo iure* e modi che tali non sono, abbia inserito tra questi ultimi il titolo di acquisto, indicato in modo traslato con l'espressione in esame, di un soggetto acquirente *a non domino*, durante il periodo in cui non si è ancora compiuta l'usucapione, titolo di acquisto che si fonda, quindi, esclusivamente sulla garanzia dell'alienante. Cfr. FRANCIOSI, *«Auctoritas» e «Usucapio»,* cit., 35 ss.

[42] MAGDELAIN, *Auctoritas rerum,* cit., 133.

> Cic. *Caec.* 26, 74. *Aquae ductus, haustus, iter, actus a patre, sed rata auctoritas harum rerum omnium ab iure ciuili sumitur.*

Cicerone afferma che la servitù di condurre l'acqua, di attingerla, nonché quella di passaggio per uomini e bestie, risultano costituite in base alla volontà dal padre, ma una sicura *auctoritas* al riguardo deriva dal diritto civile. Due elementi appaiono abbastanza certi. In primo luogo la circostanza che anche in questo caso il termine *auctoritas* sia stato utilizzato facendo riferimento al significato più risalente di garanzia *rectius* legittimazione. Facendo, invece, riferimento al significato più specifico di garanzia per evizione anche in questo caso il testo perderebbe di coerenza. In secondo luogo e questo aspetto appare di ancor maggior rilievo, la legittimazione appare fornita non da un singolo cittadino, ma deriva dallo *ius civile*: ritorna, dunque, il riferimento alla comunità nel suo insieme.

Se, dunque, non appare implausibile ritenere che alle origini la nozione di *auctoritas*, connessa alla *mancipatio*, fosse intrisa del significato di legittimazione che sopra si è cercato di delineare, occorre ora verificare in che termini la stessa operasse in concreto, in favore dell'acquirente. Postulare, infatti, l'esistenza di una forma meramente astratta di controllo sul trasferimento di beni operata dalla comunità, che come ci ricorda Festo si fa *auctor* del trasferimento, verrebbe ancora una volta a creare una sovrastruttura concettuale, che appare lontana dalla concretezza che caratterizza gli istituti più arcaici.

Ne deriva, dunque, che l'atto di trasferimento di un bene non proprio debba far sorgere in capo al *mancipio dans* una forma di responsabilità. Occorre, ora, indagare la natura di tale responsabilità.

Le ricostruzioni fornite, al riguardo, dalla dottrina si articolano prevalentemente in tre grandi filoni interpretativi: un primo orientamento ritiene che la responsabilità sorga esclusivamente mediante un'apposita ed esplicita assunzione della stessa da parte del venditore[43]; per il secondo orientamento, il

[43] Cfr. in part. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano,* cit., 646 nota 3: «Che in origine l'*obligatio auctoritatis* derivasse da un'esplicita assunzione di garanzia si desume dal confronto cogli altri casi di *auctoritas* (*tutoris, patris* nel *votum* e nella *coemptio matrimonii causa*, dell'arrogando

fondamento della relativa garanzia sarebbe da ricercarsi esclusivamente nella *mancipatio*[44]; secondo l'ultimo orientamento, invece, tale fondamento sarebbe identificabile nel fatto illecito, simile al *furtum*, di aver venduto una cosa altrui o di essersi appropriato indebitamente del prezzo[45].

In base alla ricostruzione che abbiamo ora dato dei tratti inizialmente caratterizzanti l'*auctoritas,* è sicuramente da escludere che possa condividersi la prima delle ricostruzioni sopra prospettate: non è, infatti, compatibile con l'origine pubblica della suddetta forma di garanzia un'assunzione della stessa volontaria e discrezionale, mediante apposita stipulazione, da parte del venditore.

Allo stesso modo, in riferimento alla seconda opzione interpretativa sopra richiamata, appare dirimente, con alcune opportune specificazioni, il prospettato contrasto con il principio della 'semplicità degli atti giuridici': non è, cioè, concepibile che uno stesso atto faccia sorgere contemporaneamente un diritto reale ed un diritto personale. Un simile argomentare si presenta, senza dubbio, 'sovrastrutturato' in relazione al momento storico considerato. Proprio la valorizzazione del contesto storico di riferimento, permette, a mio avviso, di intendere come ben difficilmente si sarebbe ipotizzato il ricorso a due azioni diverse in relazione al medesimo fatto 'legittimante', ovvero la *mancipatio.* Ciò perché, per far valere tale responsabilità è prevista un'apposita azione autonoma, l'*actio auctoritatis*[46], che denota come la responsabilità considerata debba nascere da una fonte autonoma[47].

Bisogna, allora, distinguere due piani separati: da una parte vi è la *mancipatio* quale strumento di trasferimento del potere sul bene, dall'altra la sanzione prevista dalla legge nel caso in cui il venditore abbia trasferito un bene di cui non poteva legittimamente disporre.

---

nell'arrogazione, del senato, del pretore negli interdetti) dove si ha sempre una dichiarazione dell'*auctor.* … E' inoltre probabile che nei primordii si rendesse *auctor* un terzo; e che solo in seguito usasse rendersi *auctor* l'alienante stesso. Sta per l'ipotesi l'analogia col *praes*».

[44] BONFANTE, *Corso di diritto romano, II – la proprietà,* parte II*,* cit., 193 ss.

[45] GIRARD, *Melanges de droit romain*, cit., 34 ss.

[46] Che sarà a breve oggetto di precipuo approfondimento.

[47] Cfr. GIRARD, *Melanges de droit romain*, cit., 34 ss.; R. VON JHERING, *Esprit du droit romain*, trad. Meulenaere, tomo IV, 1880, 136.

In altre parole, il ruolo di *auctor* del popolo si concretizza, sul piano ordinamentale, nel ritenere illecito e, quindi, sanzionabile penalmente l'alienazione di un bene altrui. Al riguardo va subito precisato, che il delitto, a mio avviso, può ritenersi perfezionato con il compimento della *mancipatio*. La circostanza che il venditore potrebbe anche non essere in quel momento consapevole del fatto di trasferire un bene sul quale non sta esercitando un potere legittimo, in altre parole, sul quale non ha un titolo idoneo, potrà successivamente rilevare come 'causa di giustificazione', che si estrisenca nella possibilità per tale soggetto di assumere la difesa giudiziale dell'acquirente nel giudizio rivendicatorio. In caso di mancata difesa o di difesa inefficace, il venditore «commet un délit à raison duquel il encourt une peine»[48]. La consapevolezza del venditore di porre in essere una condotta illecita, attraverso l'alienazione di un bene altrui, può come, acutamente evidenziato dallo Zimmermann, essere, del resto, presunta specie «in the small and unsophisticated agrarian society of early Rome, where legal transactions were not the order of the day»[49].

Le analogie con la responsabilità per furto non flagrante appaiono evidenti[50] e, non a caso, l'*actio auctoritatis*, viene spesso in dottrina accostata all'*actio furti nec manifesti*[51].

---

[48] GIRARD, *op. ult. cit.*, 39.

[49] R. ZIMMERMANN, *The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*, Oxford, 1996, 295.

[50] L'accostamento con l' *actio furti nec manifesti* è, da ultimo ribadita da R. ZIMMERMANN, *The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*, Oxford, 1996, 295. Ciò non toglie tuttavia che permanga un element fortemente differenziante le due azioni, ovvero che l'*actio furti nec manifesti è* configurabile come azione *tam rei quam poenae persequandae*: la sanzione del doppio del prezzo pagato comprende, dunque, insieme un importo per il pregiudizio subito dall'acquirente ed una vera e propria pena. Per un'analisi approfondita su tale azione e, più in generale, sulla struttura delle azioni penali private cfr. di recente: L. VACCA, *Delitti privati e azioni penali nel* principato, in *Studi economico*–giuridici, XLIX, sez.II, 223 e ss.; G. ROSSETTI, *Problemi e prospettive in tema di «struttura» e «funzione» delle azioni penali private,* in *BIDR*, 97 (1994), 343 ss.; P. VOCI, *Azioni penali e azioni miste*, in *SDHI*, 66 (1998), 1 ss.; P. VOCI, *Azioni penali in concorso tra loro*, in *SDHI*, 67 (1999), 1 ss.; L. VACCA, "*Actiones poenales*"*e "actiones quibus res persequimur"*, in *Iura,* 49 (1999), 41 ss.; per quanto concerne, invece, l'*actio iniuriarum,* cfr. in part. A. D. MANFREDINI, *Contributi allo studio dell' «Iniuria» in età repubblicana*, Milano, 1977, 148 e ss.

In questo senso, del resto, milita anche il contenuto della condanna ottenibile mediante l'*actio auctoritatis*, ovvero il *duplum*, come attesta la tarda testimonianza contenuta nelle *Pauli Sententiae* (2, 17, 1-3). Come, infatti, precisamente puntualizzato di recente da Fenocchio[52], «il *duplum* non era – nella valutazione di sintesi dei decemviri – una sanzione 'qualsiasi', magari traslabile a fattispecie totalmente diverse». Ciò in quanto, come testimonia Gellio[53], la pena del *duplum* fu ritenuta congrua, al momento della codificazione decenvirale, non solo per il furto non manifesto, ma anche per tutte quelle fattispecie che fossero analoghe a quest'ultima. Tra le quali può essere ricondotta, senza dubbio, anche la fattispecie tutelata dall'*actio auctoritatis*, caratterizzata anch'essa dall'appropriapriazione successivamente rilevatasi indebita di una *res aliena*[54].

Questa lettura appare trovare un'ulteriore conferma[55] passando ad esaminare più approfonditamente lo strumento processuale *actio auctoritatis*.

4. *L*'actio auctoritatis.

Come già parzialmente anticipato, a fronte di una sola testimonianza letteraria[56], vi è il silenzio del Digesto su l'azione in analisi, di cui non si trova

---

[51] Su cui si può rinviare senz'altro al recente contributo di C. PELLOSO, *Studi sul furto nell'antichità mediterranea*, Padova, 2008, 135 ss.

[52] M.A.FENOCCHIO, *Sulle tracce del delitto di furtum. Genesi sviluppo vicende*, Napoli, 2008, 41 (nt. 72).

[53] Gell. *n. att.* XI.18.15, «*Aliis deinde furtis omnibus quae 'nec manifesta' appellatur, decemviri poenam imposuerunt dupli*».

[54] In questo senso FENOCCHIO, *Sulle tracce del delitto di furtum*, cit., 41 (nt. 72), che riprende e sviluppa, sul punto, la tesi di Kaser, cfr. Id., *Das römische Privatrecht*, I^2, München, 1971, 160.

[55] Sulla natura, come sopra anticipato, «verosimilmente» penale dell'azione – esperibile inizialmente con la procedura della *legis actio sacramento in personam* - concorda Pugliese, cfr. ID., *Il processo civile romano,* cit., 231 (in part. Nota 10)

[56]Si veda Val. Prob., *De notis iuris*, 4, 7: *Q.I. I.T.C.P.A.F.A. quando in iure te conspicio, postulo anne <far> [fias] auctor.*

Tale passo non è stato oggetto di specifico approfondimento da parte della dottrina più risalente; al contrario è stato attentamente scrutinato da due contributi recenti ed autorevoli: C. A. CANNATA, *«Quando in iure te conspicio»*, in *Diritto e processo nell'esperienza romana. Atti del seminario torinese (4-5 dicembre 1991) in memoria di Giuseppe Provera*, Napoli, 1994, 189 ss.; B. ALBANESE, *Sull'intervento dell'«auctor» nella «legis actio sacramenti in rem»*, in *Labeo*, 41 (1995), 341 ss.

alcun riferimento espresso. Già si è detto[57] come, almeno per la dottrina tradizionale[58], si tratti in realtà di un silenzio "apparente": nella compilazione giustinianea, infatti, vi sarebbero molteplici [59] passi riferibili all'*actio auctoritatis*[60], ma, come in altre occasioni, i compilatori giustinianei avrebbero conservato, di tutta la struttura di tale azione, i soli elementi ritenuti adattabili al regime giuridico all'epoca in vigore e, in un simile procedimento di adeguamento al diritto vigente, avrebbero eliminato tutti i riferimenti al regime giuridico precedente, cominciando proprio con l'eliminazione del nome di questa azione. Gli elementi di disciplina ritenuti adattabili al contesto giuridico coevo alla compilazione sarebbero poi stati riferiti alla *stipulatio duplae.*

Non è questa la sede per affrontare un esame critico dell'insieme dei passi che vengono riferiti all'azione in parola, in quanto, in realtà, non vi sono elementi che permettano di uscire dal campo delle ipotesi[61].

Ciononostante, le frammentarie testimonianze pervenute, inquadrate nel contesto ricostruttivo sopra delineato, permettono di tratteggiare almeno alcune caratteristiche, che dovrebbero aver connotato originariamente la responsabilità in analisi[62].

Legittimato all'azione è il *mancipio accipiens* che - avendo già pagato il prezzo e conseguito il bene - non ottiene che gli venga fornita dal *mancipio dans*

---

[57] Cfr. sub paragrafo precedente.

[58] TALAMANCA, voce *Vendita,* cit., 404

[59] da una parte della dottrina ne vengono individuati ben 99 cfr. GIRARD, *Melanges de droit romain,* cit., 184

[60] Per tale denominazione, cfr., per tutti, M. KASER, *Das römische Privatrecht*^{2}, I, München, 1971, 132

[61] Come più volte visto, infatti, anche le tesi che negano l'esistenza di questa azione sembrano esser connotate da un'inversione della sequenza logica del corretto procedere: in altre parole, si esaminano le fonti – in vero per la maggior parte controverse – con l'unico obiettivo di leggervi un riscontro dell'ipotesi che si dà già per verificata in partenza. Cfr. da ultimo F.J. CASINOS–MORA, *Auctoritas rerum decemviralis*, in *RIDA*, 50 (2003), 47 ss.

[62] Cfr. GIRARD, *Melanges de droit romain,* cit., 301: « Cependant, si on ne rencontre pas, à ma connaissance, sur la procèdure proprement dite de l'action *auctoritatis*, plus de renseignements dans les textes du Digeste que dans le reste de la littèrature de la matière, il ne fraudrait pas trop se hater de penser, tout au moins au sujet de la formule, qu'on ne trouve rien qui s'y rapporte dans le Digeste lui–meme et que par consèquent force est bien de s'abstenir à son sujet de toute conjecture ».

l'assistenza processuale idonea ad impedire la rivendica da parte del legittimo proprietario. E' evidente che condizione per citare in giudizio con successo il venditore è, senza dubbio, la tempestiva denuncia, che il compratore è tenuto a fare nei riguardi di quest'ultimo, nel caso in cui il bene venduto possa o stia diventando oggetto di rivendica da parte di un terzo[63].

In una prima fase tale denuncia poteva essere fatta anche per le vie brevi, in quanto era usanza per i cittadini assistere ai processi che si svolgevano davanti al magistrato[64]. L'acquirente convenuto dal terzo proprietario in rivendica, avrebbe, quindi, agevolmente potuto richiedere l'assistenza del venditore, che molto probabilmente era già presente in giudizio. Ciò troverebbe una prima conferma nella testimonianza di Valerio Probo sopra ricordata. Non si è mancato[65], però, correttamente di segnalare come importanti elementi a riguardo possano essere tratti da un frammento di Gellio delle *noctes Atticae* (2.6.15-16). Nel cercare di spiegare il termine *inlaudatus*, Gellio richiamando il verbo *laudare*, espressamente afferma: *in actionibus civilibus auctor laudari dicitur, quod est nominatus*. Dal che giustamente «non si può pensare ad altro che ad una dichiarazione del convenuto (Caio) nel giudizio di rivendica, che ad un certo punto dicesse, press'a poco, "*autore Titium laudo*"»[66].

---

[63] Mi riferisco alla tesi del Girard (in *Melanges de droit romain,* cit., 28 ss.). La tesi di tale Autore è stata recentemente riproposta e difesa dagli attacchi portatigli specialmente dal Sargentie dal Pugsley (cfr. in particolare PUGSLEY, The *roman law of property and obligations,*cit., *passim*) dall'Ankum (cfr. in particolare ID., *L'actio auctoritatis appartenant à l'acheteur mancipio accipiens a–t–elle existé ?*, cit., *passim*). L'Autore, citato da ultimo, occupandosi dell'*actio auctoritatis* ritiene, infatti, che: «Si le nom de cette action reste incertaine, l'existence dans le droit romain prèclassique et classique de l'*auctoritas*, de l'obligation du vendeur *mancpio dans* à dèfendre avec succés l'acheteur à qui il avait livré une *res mancipi* par mancipation, sanctionnée par une action par laquelle le vendeur pouvait être condamné au paiement du double du prix d'achat recu par lui, est assurée par un grand nombre de textes littèraries, de textes juridiques qui nous ont été transmis en dehors et dans le Digeste et le Code de Justinien, et d'actes de la pratique, qui est plus considérable que celui que nous avons pour maint autre phénomène du droit romain des deux derniers siècles avant et des deux premiers siécles après notre ére ». (ANKUM, *op. ult. cit.*, 45).

[64] In questo senso, GIRARD, *Melanges de droit romain*, cit., 270 ss.

[65] CANNATA, *«Quando in iure te conspicio»*, cit., 195 ss.

[66] CANNATA, *loc. ult. cit.* La possibilità di permettere al compratore di chiamare in giudizio il proprio *mancipio dans*– con tutte le cautele derivanti dal procedimento grazie al quale sono individuate le fonti concernenti la materia *de qua* – sarebbe indirettamente testimoniata da taluni

Scopo della denuncia eseguita dal compratore è quella di ottenere l'assistenza del venditore nel processo di rivendica[67]. Se quest'ultimo rifiuta di

passi della compilazione giustinianea: D. 45, 1, 85, 5 (Paul. 75 *ad ed*.): *In solidum vero agi oportet et partis solutio adfert liberationem, cum ex causa evictionis intendimus: nam auctoris heredes in solidum denuntiandi sunt omnesque debent subsistere et quolibet defugiente omnes tenebuntur, sed unicuique pro parte hereditaria praestatio iniungitur.* D. 21, 2, 59 (Pomp. 2 *ex plaut.*): *Si res quam a titio emi legata sit a me, non potest legatarius conventus a domino rei venditori meo denuntiare, nisi cessae ei fuerint actiones. vel quodam casu hypothecas habet.* D. 21, 2, 62, 1 (Celsus 27 *dig.*): *Si ei qui mihi vendidit plures heredes exstiterunt, una de evictione obligatio est omnibusque denuntiari et omnes defendere debent: si de industria non venerint in iudicium, unus tamen ex is liti substitit, propter denuntiationis vigorem et praedictam absentiam omnibus vincit aut vincitur, recteque cum ceteris agam, quod evictionis nomine victi sint*. Giova rilevare, però, come soltanto nel passo di Paolo (D. 45, 1, 85, 5) vi sia un qualche riferimento all'*auctoritas*, in quanto per indicare il soggetto che sarebbe stato tenuto a prestare la garanzia si utilizza il termine *auctor*. Per quanto riguarda, invece, gli altri due frammenti, risulta possibile ricondurli a tale istituto soltanto tenendo presente che dovrebbero essere stati tratti da libri trattanti questo istituto. Tuttavia nulla dicono riguardo la forma che questa denuncia deve assumere: si può ritenere – in via meramente congetturale – che essa debba assumere la forma dell'*in ius vocatio* dell'*auctor*, compiuta dall'acquirente, e che può essere designata tecnicamente come *auctorem lodare.* Questa ipotesi troverebbe conferma in un passo di Venuleio, che i Compilatori avrebbero riferito, invece, alla *stipulatio duplae*. Si veda D. 45, 1, 139 (Venul. *6 stipul.*): *Cum ex causa duplae stipulationis aliquid intendimus, venditoris heredes in solidum omnes conveniendi sunt omnesque debent subsistere, et quolibet eorum defugiente ceteris subsistere nihil prodest, quia in solidum defendenda est venditio, cuius indivisa natura est. sed cum uno defugiente omnes defugisse videantur ideoque omnes teneantur, unicuique pro parte hereditaria praestatio incumbit*.

[67] La dottrina è divisa nell'identificazione del momento in cui il *mancipio accipiens* convenuto in giudizio per la rivendica del bene acquistato dovesse compiere la *laudatio auctoris*. La tesi più risalente ritiene che tale chiamata in giudizio dovesse essere posta in essere dall'acquirente prima dell'inizio del rito processuale proprio della *legis actio sacramento in rem*. Ne conseguirebbe che una volta che le parti si fossero trovate con il bene conteso davanti al magistrato, il convenuto chiede di chiamare in giudizio il proprio garante: conseguentemente il magistrato è tenuto a rinviare l'udienza. Alla nuova udienza prenderà parte anche l'*auctor*. cfr. PUGLIESE, *Il processo civile romano,* cit., 231 ss. Tale ricostruzione non è condivisa dal Cannata, secondo cui «la presenza dell'*auctor* comincia ad avere un senso solo quando le parti contendenti … hanno cessato la contesa violenta sulla cosa ed hanno deciso di sostituirla con una contesa pacifica sulla *causa* vantata dall'attore; l'*auctor* deve servire infatti a rendere vani i tentativi dell'attore di provare il suo diritto. … Da ciò si comprende come il convenuto … non possa ragionevolmente *laudare Titium autore* se non dopo che il magistrato abbia ordinato *mittite ambo homine* e sia stato ubbidito. Ed è logico, per altro verso, che non appena questa *laudatio* si renda ragionevole e utile, il convenuto la faccia subito. Il processo era dunque interrotto e rinviato a questo punto. E allora si noterà che tutto il resto del formulario … può essere senza difficoltà recitato dall'*auctor* Tizio e dall'attore Sempronio in contrasto tra loro. Tale parte del formulario non contiene, infatti, allusioni alla situazione giuridica del convenuto, trattandosi di una disputa sulla «giustizia» della *causa* dell'attore», così CANNATA, *«Quando in iure te conspicio»*, cit., 199 s. *Contra* ALBANESE, *Sull'intervento dell'«auctor» nella «legis actio sacramenti in rem»*, cit., 367, secondo cui la

fornire assistenza si ritiene che scatti immediatamente la sanzione prevista nel caso in cui il bene fosse stato effettivamente evitto, ovvero il pagamento del *duplum* del prezzo ottenuto[68].

Per quanto riguarda, in particolare, il profilo dell'ammontare della condanna gravante sul venditore – nel caso in cui si rifiuti di prestare l'assistenza a cui è tenuto, oppure, pur fornendola, non riesca a impedire la vittoriosa rivendica del bene – deve ritenersi che fosse pari al doppio del prezzo, in un primo tempo interamente versato al momento della *mancipatio*, e, poi, solamente dichiarato al momento dell'atto librale. Una testimonianza in questo senso è, senza dubbio, contenuta in un frammento delle *Pauli Sententiae* (2, 17, 1–3)[69]. Nel terzo paragrafo, infatti, viene espressamente affermata la suddetta responsabilità in capo al venditore, che *auctoritatis venditor duplo tenus obligatur*[70]. Non si nasconde certamente la difficoltà connessa a ritenere questa testimonianza idonea a descrivere anche un regime vigente quasi mille anni prima. E'

---

laudatio auctoris era realizzata «dal *mancipio accipiens* nella prima udienza, allorchè i due litiganti erano chiamati a compiere il rito del *lege agere sacramento in rem*. Infatti, un *laudare autore* realizzato, invece, in una successiva udienza di rinvio mi sembra improbabile … . E supporrei, in secondo luogo, che la solenne designazione nominativa del potenziale *auctor* fosse realizzata dal *mancipio accipiens* prima dell'inizio del dialogo rituale. Una diversa collocazione mi pare assai meno probabile. Una inserzione del *laudare autore* nel bel mezzo del dialogo processuale solenne mi sembra da escludere per le … ragioni connesse alla salda unità strutturale del dialogo stesso».

[68] Anche questa ipotesi troverebbe nel passo di Venuleio (D. 45, 1, 139) riportato nella nota precedente.

[69] Il frammento è stato, di recente, al centro di una specifica disamina in F.J. CASINOS MORA, *«Auctoritas» in P.S. 2.17.1-3*, in *Labeo*, 48 (2002), 110 ss. ed in part.120, che giunge, basandosi su argomenti che non mi appaiono convincenti a ritenere che «l'*actio auctoritatis*, intesa come azione che sorge esclusivamente dalla *mancipatio*, e la relativa concezione che lega l'*auctoritas* alla sola *mancipatio* sembrano trovare in PS. 2.17 uno scoglio insormontabile».

[70] Può sempre in via ipotetica congetturarsi che la sanzione del *duplum* sia dovuta sia in caso di evizione totale del bene che di evizione parziale dello stesso, sia nel caso in cui il pregiudizio, dovuto alla perdita di parte del bene, avvenga precedentemente alla *litis contestatio*, sia nel caso che avvenga *inter moras litis*. In caso di evizione parziale, però, la previsione del *duplum* dovrebbe venire a costituire il limite massimo della pena applicabile: essa, infatti, deve essere commisurata in modo proporzionale rispetto alla parte evitta, esistendo criteri differenti a seconda che si tratti di parte divisibile od indivisibile del bene. Per un approfondimento testuale sui frammenti che conterrebbero questa parte della disciplina si rinvia, tenendo ferme le osservazioni metodologiche sopra esposte, a GIRARD, *l'«auctoritas» et l'action «auctoritatis», Inventare d'interpolations,* cit., 297.

d'immediata evidenza, infatti, come non sia possibile porre sullo stesso piano *venditor* e *mancipio dans*. Più che di testimonianza, può allora più correttamente parlarsi di suggestione: ciò dimostra, ancora una volta, come riguardo quest'istituto si finisca in definitiva per muoversi sul piano della plausibilità delle ricostruzioni, piuttosto che su quello della fondatezza delle stesse.

In via sempre ipotetica può, inoltre, ritenersi che tale azione si intentasse attraverso le ordinarie forme previste dalla legge, ovvero attraverso il procedimento del *sacramentum*[71].

Per quanto riguarda l'aspetto propriamente procedurale dell'*actio auctoritatis,* alcuni elementi utili possono essere ricavati dal frammento di Valerio Probo sopra richiamato (*De notis iuris,* 4, 7), al di là del quale vi è l'assoluto silenzio del Digesto: qui ancor più che nella parte precedente dell'analisi non può andarsi oltre alla formulazione che di mere congetture[72], ipotizzando una struttura simile alle altre azioni penali dello stesso tipo, presenti nel diritto dell'epoca antica.

A seguito di una simile operazione, si è giunti a ritenere[73] che l'attore ai tempi del processo per *legis actiones*, avrebbe dovuto affermare

> *Aio mihi hominem Stichum mancipio dedisse neque de ea re auctoritatem recte praestavisse, quamobrem te mihi damnum pro auctore decidere oportet.*

Su questa ricostruzione concorda larga parte della dottrina[74] ed, in conclusione sembra potersi affermare, parafrando le parole dell'Ankum[75], che,

---

[71] Per un approfondimento sul ruolo del *sacramentum* e sulla sua struttura cfr. ad esempio: GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, cit., 119 ss.

[72] Cfr. GIRARD, *L'«auctoritas» et l'action «auctoritatis», Inventare d'interpolations,* cit.*,* 301: « Cependant, si on ne rencontre pas, à ma connaissance, sur la procèdure proprement dite de l'action *auctoritatis*, plus de renseignements dans les textes du Digeste que dans le reste de la littèrature de la matière, il ne fraudrait pas trop se hater de penser, tout au moins au sujet de la formule, qu'on ne trouve rien qui s'y rapporte dans le Digeste lui–meme et que par consèquent force est bien de s'abstenir à son sujet de toute conjecture ».

[73] Tale ricostruzione e la precedente sono fornite in GIRARD, *l'«auctoritas» et l'action «auctoritatis», Inventare d'interpolations,* cit.*,*305.

anche se non sappiamo se sia esistita la denominazione di *actio auctoritatis*, sicuramente deve essere esistita un'azione con la quale il compratore potesse vedere il venditore condannato al pagamento del doppio del prezzo da lui versato, nel caso in cui il bene acquistato fosse risultato rivendicato dal legittimo proprietario.

5. *La progressiva evoluzione della nozione di* auctoritas.

La lettura proposta dell'originaria nozione di *auctoritas,* della correlativa responsabilità penale azionabile dal compratore mediante l'*actio auctoritatis*, a mio avviso, permette di cogliere la peculiarità dell'istituto soltanto per quanto riguarda il periodo più arcaico.

A differenza, ad esempio, di quanto ritenuto anche di recente dal Casinos Mora[76], proprio la testimonianza di Paul. Sent. 2.17.1-3 sopra richiamata appare costituire una prova del fatto che, almeno da una certa epoca in poi, con il sintagma *auctoritas* si sia inteso far riferimento alla garanzia per evizione.

Appare peraltro coerente con le poche testimonianze disponibili ipotizzare una lettura 'dinamica' della suddetta nozione.

In primo luogo, una sicura suggestione in questo senso può essere ricavata, richiamando l'evoluzione che presumibilmente ha subito il negozio, a cui *l'auctoritas* risulta legata, la *mancipatio.* Come, infatti, di recente posto in evidenza dal Romano, «si può pensare allo schema gaiano in termini di modello (evolutivo) aggiuntivo, volto ad assicurare una puntuale emersione del profilo 'causale' dell'originario modello 'astratto' vindicatorio, destinato a trovare applicazione nella sola e specifica ipotesi di scambio di cosa contro prezzo, e

---

[74] Cfr. per tutti ARANGIO RUIZ, *Compravendita*, cit., 320 nota 2.

[75] Cfr. ANKUM, *L'actio auctoritatis appartenant à l'acheteur mancipio accipiens a–t–elle existé ?*, cit., 45.

[76] CASINOS MORA, *«Auctoritas» in P.S. 2.17.1-3*, in *Labeo*, 48 (2002), 110 ss.

magari dettato proprio dall'esigenza di isolare tale funzione rispetto ad altre applicazioni per le quali non si poneva un problema di garanzia dell'acquisto»[77].

A questo primo elemento deve aggiungersi lo sviluppo socio–economico rapido, che Roma ha avuto, a seguito del suo affrancarsi dall'organizzazione collettiva iniziale[78], nel periodo coevo all'emanazione delle XII Tavole[79]: Roma, infatti, in breve tempo diviene la città più potente del Lazio[80].

Come è stato osservato, infatti, dal De Martino, in tale lasso temporale si sono poste le fondamenta per il superamento di una società «le cui basi sono costituite dalla produzione agraria, con pochi scambi commerciali e senza circolazione monetaria»[81], che era la società romana nel V secolo e nella prima parte del IV. Proprio, infatti, in questo secondo frangente temporale, le condizioni cominciarono a mutare e «vi fu una decisa ripresa dell'economia di scambio e dei commerci transmarini»[82].

A ciò si accompagna, sul versante sociale, l'affermarsi della plebe, che riesce a strappare ai patrizi una serie di concessioni e comincia ad acquisire una

---

[77] ROMANO, *Nota sulla tutela del contraente evitto nell'ambito dei c.d. contratti innominati. Il caso dell'actio auctoritatis*, cit. La lettura evolutiva dell'istituto permette inoltre di superare le critiche che evidenziano le contradditorietà del rituale mancipatorio così come riferitoci da Gaio, di risolvere le problematiche connesse all'utilizzo della *mancipatio* anche per l'effettuazione della permuta, nonché i connessi difetti, sintetizzabili nell'impossibilità di giustificare il venir meno dell'ipotizzato originario schema vindicatorio, in relazione a tutte quelle fattispecie nelle quali alla costituzione di una situazione potestativa non corrispondeva una controprestazione in denaro. Si è ipotizzato che all'interno di questa evoluzione un passaggio intermedio sia costituito dall'assunzione da parte della *mancipatio* del carattere dello scambio di *res* contro prezzo, che si sarebbe innestato sull'originario nucleo vindicatorio. Cfr. in questi termini R. JHERING, *Geist des römischen Rechts auf verschiedenen Stufen seiner Entwicklung,* cit.,242 s.; A. LONGO, *La 'mancipatio'*, cit., 40 s., 62; H. LÉVY-BRÜHL, *La formule vindicatoire*, cit., 214 s.

[78] ZAMORANI, *Plebe Genti Esercito,*cit., 340; F. DE MARTINO, *Storia economica di Roma antica,* I, Firenze, 1980, 31.

[79] E' stato, infatti, messo in luce come «benchè dagli avvenimenti dell'anno 449 le *gentes* separatiste sembrino uscire vittoriose, la circostanza non deve lasciare presumere che la loro potenza fosse ancora florida ed il loro peso politico in Roma ancora alto: in realtà, la dinamica dei fatti ha messo in luce esattamente l'opposto, e cioè che il potere delle *gentes* è in inarrestabile declino» ZAMORANI, *Plebe Genti Esercito,*cit., 340.

[80] F. SERRAO, *Diritto privato, Economia e Società nella storia di Roma*, I^2, Napoli, 1999, 115 ss.; DE MARTINO, *Storia della Costituzione romana*, I, cit., 265 ss.; TALAMANCA, *Lineamenti di storia del diritto romano*, cit., 119 ss.

[81] F. DE MARTINO, *Storia economica di Roma antica,* I, Firenze, 1980, 31.

[82] DE MARTINO, *Storia economica di Roma antica*,cit., 31

propria forza economica[83], ed, in secondo luogo, la nascita di un nuovo gruppo sociale, ovvero gli *equites*[84].

Deve, poi, evidenziarsi come, sempre nel corso del V secolo, i mutamenti ora evidenziati impattano progressivamente sullo stesso significato giuridico della signoria sulla terra. «In pratica, con l'estendersi e col rafforzarsi delle strutture statuali rispetto ai vecchi organismi "precivici" … è l'antica signoria delle genti che viene messa radicalmente in discussione. Gli agri gentilizi, in questa nuova fase, tendono cioè ad essere considerati, in quanto territorio cittadino, come terre di tutta la comunità e "posseduti" di fatto e in virtù della loro forza, dalle genti patrizie. La signoria e la sovranità della *civitas* si pongono ormai come punti di riferimento di tali *agri*. E' a questo punto che l'esclusivo godimento di tali terre da parte di alcuni gruppi di cittadini appare, agli occhi della comunità, sempre più ingiustificato e illegittimo»[85].

Con la conseguenza, per quanto qui maggiormente interessa, che il passaggio da un ordinamento familiare ad uno cittadino ha determinato una lettura dinamica dell'appartenenza, che viene a sostanziarsi, come di recente

---

[83] DE MARTINO, *Storia della Costituzione romana*, I, cit., 263 ss. Dimostrazione di tale accresciuta influenza della plebe è data dalla ratifica dei patrizi del plebiscito Canuleio (cfr. Liv. 4.6: *... Plebes ad id maxime indignatione exarsit, quod auspicari, tamquam inuisi dis immortalibus, negarentur posse; nec ante finis contentionum fuit, cum et tribunum acerrimum auctorem plebes nacta esset et ipsa cum eo pertinacia certaret, quam victi tandem patres ut de conubio ferretur concessere, ita maxime rati contentionem de plebeiis consulibus tribunos aut totam deposituros aut post bellum dilaturos esse, contentamque interim conubio plebem paratam dilectui fore. ...Euentus eorum comitiorum docuit alios animos in contentione libertatis dignitatisque, alios secundum deposita certamina incorrupto iudicio esse; tribunos enim omnes patricios creavit populus, contentus eo quod ratio habita plebeiorum esset.*), che rende leciti i matrimoni tra appartenenti ai due gruppi sociali di Roma. Con il suddetto plebiscito cade ogni ostacolo religioso giuridico al raggiungimento dell'*aequatio iuris* tra tutti i gruppi costituenti la comunità romana cfr. TALAMANCA, *Lineamenti di storia del diritto romano,* cit., 116. In secondo luogo la plebe acquisisce un nuovo peso economico grazie alle terre che le vengono assegnate dopo le conquiste compiute da Roma: i *fundi* non sono, quindi, più eclusiva dei patrizi.

[84] Questo nuovo gruppo sociale, che, poi, diventerà una classe sociale, ovvero gli *equites*, nasce durante la guerra contro Veio: essendo necessario rafforzare la cavalleria per controllare le strade che congiungevano Roma con la città assediata, vennero arruolati dei nuovi cavalieri, che, però, avevano l'obbligo di acquistarsi e di mantenersi il proprio cavallo. Tali nuovi cavalieri erano scelti tra i cittadini più abbienti e presto formarono «una nuova aristocrazia, fondata sulla ricchezza e distinta dal patriziato» TALAMANCA, *Lineamenti di storia del diritto romano,* cit., 120; SERRAO, *Diritto privato, Economia e Società nella storia di Roma*, cit., 135.

[85] L. CAPOGROSSI COLOGNESI*, La terra in Roma antica, I età arcaica*, Roma, s.d., 28.

rilevato dalla Romeo, in «una posizione giuridicamente rilevante perché è protetta allorchè si verifica l'offesa mediante tutela statale, la *vindicatio*, nelle sue diverse esplicazioni storiche»[86].

Questi mutamenti del contesto sociale e giuridico di riferimento, a mio avviso, hanno, senza dubbio, impattato sull'originario significato di *auctoritas*. Il progressivo venir meno del controllo della comunità sullo svolgimento dell'attività privata non può che determinare un affievolimento anche della sua funzione 'legittimante'. Ne risulta un rafforzamento del ruolo di garanzia del venditore, su cui continua a gravare la responsabilità penale sopra delineata. L'emersione di una responsabilità contrattuale da una originariamente penale, del resto, non ha costituito un fenomeno raro nelle dinamiche evolutive romane.

L'originaria natura penale di molte delle azioni nascenti nel diritto classico da contratto – si pensi in particolare all'*actio depositi* o alle azioni edilizie – è stata, del resto, più volte affermata in dottrina[87]. In questo senso è chiarissimo lo Jhering, secondo cui «*l'idea dell'efficacia obbligatoria del rapporto ha dovuto dapprima farsi strada attraverso la prospettiva del delitto.* Non si tratta di un fatto isolato nella storia del diritto obbligatorio romano, ma è piuttosto il compiersi del passaggio del concetto di diritto dalla forma soggettiva alla forma oggettiva, come intendo designare l'antitesi, un fenomeno che si ripete spesso in tutti i diritti e in tutti i campi del diritto e che non si smentisce nella storia della scienza»[88].

---

[86] ROMEO, *L'appartenenza*, cit., 57-58.

[87] Cfr. in part. P.DE FRANCISCI, *Studii sopra le azioni penali e la loro in trasmissibilità passiva*, Milano, 1912, 24 e ss.

[88] così R.VON JHERING, *Il momento della colpa nel diritto privato romano*¸ trad.it. a cura di F. FUSILLO, Napoli, 1990, 34. Nello stesso senso si colloca anche G.P.CHIRONI, *La colpa nel diritto civile italiano. Colpa contrattuale*, Torino, 1897[2], che proprio nell'approcciare dal punto di vista storico la natura della responsabilità per evizione, afferma che «certo, così fu in origine, quando ogni fatto dannoso avea carattere di delitto: ma poi che il concetto d'*ingiuria* ebbe miglior determinazione, l'elemento consensuale che è nella *mancipatio* e nella *traditio* unì invece l'obbligazione al rapporto stesso», cfr. CHIRONI, *op. ult. cit.*, 115 (nt. 1)

Una simile progressiva specificazione della nozione in analisi deve essere avvenuta nel periodo a cavallo dell'emanazione delle XII Tavole[89], che mi sembrano conservare un'eco evidente di tale fenomeno. Si pensi al precetto '*adversus hostem aeterna auctoritas*'[90]. Nella necessità che venga garantita perpetuamente la situazione di appartenenza che si viene a creare in capo allo straniero, che non può esercitare su un bene un potere 'definitivo' analogo a quello esercitato da un cittadino romano, appare ancora forte il significato di 'legittimazione', che connota originariamente la nozione di *auctoritas*. In questo senso milita, a mio avviso, anche l'accostamento che, nella codificazione decenvirale, è fatto tra *usus* e *auctoritas*[91]. Se, infatti, si considera[92] che l'originaria funzione dell'*usus* prescinde dalla causa dell'acquisto e, quindi, dall'atto di trasferimento dal quale può aver avuto origine la situazione dell'*usus*,

[89] L'importanza della codificazione è stata giustamente posta in risalto superando il «sottile giudizio di disvalore» presente negli «studiosi» moderni, ma che «non potrebbe essere più errato». Infatti, «come l'introduzione della magistratura decenvirale aveva uno scopo immediato (redigere il codice delle leggi) ed uno più remoto e nascosto (mutare la *forma* civitatis, come dice Livio, cioè far luogo ad un nuovo assetto costituzionale), così la stessa codificazione realizzava due diversi tipi di finalità, l'una immediata (rendere certo il diritto, dandogli forma scritta e pubblica), l'altra più lontana, ma di importanza anche maggiore. Non deve infatti essere dimenticato … che le leggi delle XII Tavole sono sottoposte al voto popolare», che rappresenta «un esplicito voto di assenso che cade sulla codificazione stessa. Il popolo approva, fa sue le leggi che i decenviri hanno scritto. … Non è chi non veda, allora, l'importanza di un'operazione di questo tipo: la codificazione, cioè la traduzione del *mos* in *lex*, umanizzava e laicizzava il diritto, lo privava di ogni connotazione mitica e trascendente, e lo faceva apparire, anche nella sua veste esteriore, prodotto squisitamente umano», così P. ZAMORANI, *Plebe Genti Esercito, una ipotesi sulla storia di Roma (509-339 a.C.),* Milano, 1987, 305 ss. Le ragioni di carattere più strettamente giuridiche, che ne sono alla base, sono compendiate da Pomponio: *Exactis deinde regibus lege tribunicia omnes leges hae exoleverunt iterumque coepit populus romanus incerto magis iure et consuetudine aliqua uti quam per latam legem, idque prope viginti annis passus est. Postea ne diutius hoc fieret, placuit publica auctoritate decem constitui viros, per quos peterentur leges a graecis civitatibus et civitas fundaretur legibus: quas in tabulas eboreas perscriptas pro rostris composuerunt, ut possint leges apertius percipi: datumque est eis ius eo anno in civitate summum, uti leges et corrigerent, si opus esset, et interpretarentur neque provocatio ab eis sicut a reliquis magistratibus fieret. qui ipsi animadverterunt aliquid deesse istis primis legibus ideoque sequenti anno alias duas ad easdem tabulas adiecerunt: et ita ex accedenti appellatae sunt leges duodecim tabularum. quarum ferendarum auctorem fuisse decemviris hermodorum quendam ephesium exulantem in italia quidam rettulerunt.* [D. 1, 2, 2, 3-4 (Pomp. *l. enchir.*)]

[90] XII Tab. 6, 4.

[91] Tab VI, 3 (in FIRA, I^2, cit., 44)

[92] Cfr. VACCA, voce *Usucapione,* cit., 991 ss.

finendo per esaurirsi in una funzione di «pubblicità nei confronti dei terzi consociati», nonché soprattutto risolvendosi, nei confronti del *dominus*, nel «fondamento ad un tempo della perdita del suo diritto e dell'acquisto al possessore»[93], ne risulta evidente l'idea di fondo di 'legittimazione', che accomuna le due figure. La disciplina originaria dell'usucapione, infatti, si basa esclusivamente su la *possessio* di una *res habilis* e sul decorso del tempo, rendendo manifesta la funzione originaria dell'istituto, ovvero il «riconoscimento dell'effetto acquisitivo dell'esercizio di fatto di un potere sulla cosa prolungato nel tempo»[94]. Attraverso l'*usus* si chiude il cerchio delle tutele che l'ordinamento arcaico appresta per il trasferimento dell'appartenenza di un bene. Il cerchio si apre con la sanzione prevista per il trasferimento di un bene non appartenente legittimamente al *mancipio dans* e si chiude con l'acquisto in capo al compratore della piena disponibilità del bene, mediante l'*usus*, attraverso il quale, dunque, si viene a stabilizzare la situazione di fatto venutasi a determinare. Sarebbe, infatti, contrario alla concretezza dell'ordinamento arcaico ipotizzare che il cittadino romano acquirente potesse rimanere a tempo indeterminato nella completa incertezza della stabilità del proprio acquisto. Né va trascurata l'influenza che proprio l'accostamento decenvirale[95] dei due istituti può aver determinato sullo sviluppo successivo della nozione di *auctoritas.* Può, infatti, ipotizzarsi che agli inizi dell'età repubblicana si sia venuta delineando l'esigenza di «disciplinare con maggiore precisione i rapporti fra gli effetti della *mancipatio* e gli effetti acquisitivi dell'*usus*», venendo quest'ultimo progressivamente visto come strumento per realizzare una «'sanatoria' di un atto traslativo di per sé inefficace a trasferire la proprietà»[96]. Questo cambio di prospettiva e l'affinamento

[93] VACCA, voce *Usucapione,* cit., 996.
[94] VACCA, voce *Usucapione,* cit., 996.
[95] Né mi pare da sottacere che proprio in quest'epoca, ovvero dalla metà del V sec. alla metà del IV sec. a. C., viene collocata la trasformazione – ricordataci da Gai 1, 119 - della *mancipatio* da vendita 'reale' a vendita *'imaginaria'*. Cfr. nel senso della maggiore risalenza, P. F. GIRARD, *Manuel eléméntaire de droit romain*[8]*,* Paris, 1929, 310; in favore della minore risalenza cfr., in part., G. Pugliese, *La simulazione nei negozi giuridici. Studio di diritto romano*, Padova 1938, 66 ss.; NOAILLES, *Du Droit sacré*, cit., 208 s.; CANNATA, *La compravendita consensuale*, cit., 418.
[96] VACCA, voce *Usucapione,* cit., 996.

dell'intepretazione delle norme contenute nelle XII Tavole ad opera dei pontefici[97] possono, senza dubbio, aver contributo alla lettura progressiva dell'*auctoritas* in termini di responsabilità, che qui si ipotizza.

6. *L'*obligatio auctoritatis.

Tale evoluzione non è certamente avvenuta in modo 'traumatico'. Di questo mi sembrano evidenti prove le testimonianze di Cicerone richiamate nei paragrafi precedenti, in cui vi è ancora un chiaro riferimento alla nozione originaria di *auctoritas.*

La formalizzazione della nozione di *auctoritas* quale garanzia per evizione è, dunque, strettamente connessa al venir meno della necessità di dover legittimare l'atto traslativo in sé. Ora è il venditore-*mancipio dans* che deve garantire che si verifichino gli effetti di tale negozio. Soltanto a partire da queste acquisizione è possibile interpretare in piena coerenza i passi delle XII Tavole, secondo le coordinate individuate dalla dottrina tradizionale[98]. Unendo tali

---

[97] «Sarà soprattutto nel secolo e mezzo successivo alla introduzione di questa legislazione, che l'interpretazione dei pontefici, oltre che dei magistrati competenti a regolare i processi tra i cittadini, contribuirà potentemente a sviluppare nella pratica un'applicazione sempre più innovativa e ampia delle regole decemvirali, adattandole alle nuove esigenze di una società in trasformazione», L. CAPOGROSSI COLOGNESI*, Diritto e potere nella storia di Roma*, Napoli, 2007, 95

[98] A partire dal IV secolo a. C., ritengo – in linea con l'ipotesi ricostruttiva sopra proposta – che i passi XII Tab VI, 3-4 (in FIRA, I^2, cit., 44) possano essere sicuramente interpretabili seguendo la tesi tradizionale. Per quanto riguarda il primo, riporta la regola sulla durata dell'usucapione e della garanzia, che è tenuto a fornire il mancipante. Il precetto decemvirale stabilisce che l'usucapione e la garanzia collegata fossero di due anni per i *fundi* e di un anno per le *ceterae res*. Attraverso un'interpretazione estensiva operata dalla giurisprudenza, il termine per il *fundus* è stato esteso anche agli edifici, con il progredire del fenomeno dell'urbanizzazione. I motivi che possono aver portato ad una simile estensione sono molteplici: in primo luogo si sarebbe altrimenti verificata la situazione paradossale di poter usucapire in un anno l'abitazione, mentre sarebbe poi servito un altro anno per usucapire il terreno sotto l'abitazione; in secondo luogo l'abitazione, con il fenomeno dell'urbanizzazione acquista un grande valore economico, in certi casi sicuramente superiore a quello del *fundus*, risultando, quindi, troppo breve il termine annuale per privare un cittadino di un bene divenuto così importante. Questo schema non è, invece, applicabile nel caso in cui l'acquirente sia uno straniero, come si evince dal secondo precetto: come ci dice, infatti Gaio, si nota come le XII Tavole – sempre nell'ottica della possibile diversa interpretazione che ipotizzo aver preso piede a partire dal IV sec. a.C. –, identificato l'*hostis* con

testimonianze, alle poche altre che *per tabulas* citano espressamente l'*auctoritas*, ovvero i passi della *Lex Atinia*[99], i due del Digesto[100] e la testimonianza tarda delle *Pauli Sententiae*[101] è possibile soltanto ipotizzare i punti salienti della

lo straniero, prevedano nei suoi confronti un regime derogatorio rispetto a quanto previsto per i cittadini romani. Come abbiamo visto, infatti, nei confronti dell'acquirente cittadino romano l'*auctoritas* deve essere prestata esclusivamente finchè si verifichi l'usucapione: attraverso tale istituto, infatti, il passaggio della proprietà diviene definitivo, in quanto costituisce titolo di diritto pubblico, che non può più essere messo in discussione mediante rivendiche da parte di terzi. Ma come ci dice, Gaio (2, 65) *[...] usucapionis ius proprium est civium Romanorum.* L'*hostis,* quindi, non può rendere stabile il suo acquisto mediante l'usucapione: dalla necessità di apprestare uno strumento utilizzabile dallo straniero per realizzare un fine equivalente a quello conseguibile da un cittadino romano, trae origine la norma in esame. Essa sostituisce alla garanzia della stabilità dell'acquisto, fornita dall'*usucapio*, la stabilità basata sulla certezza dello straniero di poter, perpetuamente, rivolgersi al suo dante causa per ottenere assistenza. Cfr. VACCA, voce *Usucapione,* cit., 989 ss.; FRANCIOSI, *«Auctoritas» e «Usucapio»,* cit., 14; Contra: MAGDELAIN, *Auctoritas rerum,* cit., 141.

[99] Gell., *Noct. Act.*, 17, 7, 1. La disposizione si ricollega al principio, stabilito dalle XII Tavole, in base al quale non era possibile usucapire le *res furtivae* (Gai 2, 45). Essendo, dunque, previsto un divieto perpetuo di usucapire, la *Lex Atinia* ne ha tratto, in materia di trasferimento della proprietà, un coerente corollario: l'obbligazione perpetua del venditore di rispondere *ex auctoritate*. Se si esamina l'intero sistema che viene fuori da questa disposizione, insieme con quanto previsto dalla Legge delle XII Tavole, ne deriva un quadro coerente: la regola generale è che l'obbligazione di garantire contro l'evizione permanga fino a che non si compia l'usucapione; nel caso quest'ultimo non possa perfezionarsi, o per causa soggettiva, quale l'impossibilità per uno straniero di avvantaggiarsi di tale strumento, o per causa oggettiva, quale il divieto per la *res furtiva* di costituire *res habilis,* scatta il rimedio speciale o derogatorio, in base al quale l'*auctoritas* diviene *aeterna*.

[100] D. 21, 2, 4 pr. (Ulp. 32 *ed*.) e D. 21, 2, 76 (Venul. 17 *stip*.). Nel primo dei due passi riportati si trae conferma dell'identificazione del venditore con l'*auctor*: se, infatti, colui che presta una fideiussione per garantire ulteriormente l'acquirente contro l'evizione viene chiamato *auctorem secundum*, se ne deduce che l'*auctor* primario sia per forza il venditore, la cui obbligazione viene rafforzata attraverso la fideiussione. Il secondo passo, invece, che è stato ritenuto da parte della dottrina (A. MAGDELAIN, *Auctoritas rerum,* Brulles, 1950, 136 ss.) interpolato, è molto interessante in quanto i compilatori giustinianei, soltanto in questo caso, hanno conservato l'espressione *auctoritas*, cercando di spiegare in che cosa consistesse, anziché eliminarla. La decisione non presenta, invece, un caso di grande rilevanza: non può essere, infatti, pretesa dall'acquirente l'assistenza del venditore, nel caso in cui abbia abbandonato il bene per poi agire contro chi l'ha occupato.

[101] Paul. Sent. 2, 17, 1–3. Nel primo paragrafo viene affermato che il venditore, non proprietario del bene venduto è tenuto a garantire contro l'evizione soltanto nell'ipotesi in cui sia stato pagato il prezzo concordato. Nel secondo paragrafo si afferma che, nel caso di beni trasmessi esclusivamente mediante *traditio,* la suddetta garanzia sarebbe sorta esclusivamente nel caso fosse stata assunta mediante apposita *stipulatio*. Nell'ultimo paragrafo, invece, si sostiene che, quando sia evitto un bene trasferito mediante *mancipatio,* senza bisogno della *stipulatio* precedentemente indicata, spetta l'*actio auctoritatis* intesa ad ottenere dal venditore il *duplum* del prezzo versato, nel caso in cui sia stato compiuto il pagamento del prezzo e compiuta la *traditio*.

disciplina che viene generalmente riferita a questo istituto. Tale disciplina è generalmente compendiata richiamandone i due elementi costitutivi: da una parte vi è l'obbligo del venditore di assistere il compratore, dall'altra, in caso di mancata o insufficiente assistenza, il diritto del compratore ad esercitare il diritto di rivalsa.

L'*auctoritas,* pur nella sua formalizzazione definitiva - che è possibile ricavare dalle suddette testimonianze, e che si sostanzia in un'obbligazione di risultato[102], in quanto la relativa responsabilità risulta connessa al verificarsi della sola condizione che il *mancipio accipiens* non riusca ad uscire vittorioso dal giudizio rivendicatorio intentato dal terzo proprietario – risulta strettamente connessa alle sue origini e soprattutto alla responsabilità penale, che faceva sorgere in capo al venditore.

L'influsso dell'originale natura penalistica della responsabilità *ex auctoritate* è evidente anche considerando la lettura che la dottrina più autorevole fornisce della disciplina ormai consolidata della stessa. Si pensi all'idea del Girard[103], secondo cui l'elemento caratterizzante questa forma di garanzia è da identificare più nel diritto al conseguimento del *duplum* che nell'obbligo di assistere in giudizio, e, soprattutto, alla ricostruzione del Cannata, che vede nella partecipazione del venditore al giudizio di rivendica esperito dal terzo nei confronti del compratore un mero onere per il venditore[104], che volendo

---

una volta ammesso che l'ordine dei paragrafi non sia dei più felici, esso può essere interpretato in modo coerente: nel primo paragrafo viene affermato che per il sorgere dell'obbligazione di garanzia, è necessario l'avvenuto pagamento del prezzo; nei successivi paragrafi viene articolato tale discorso mettendo in luce come, a differenza della *mancipatio*, non è sufficiente il pagamento del prezzo per far sorgere una simile obbligazione nel caso in cui il bene sia trasmesso mediante *traditio:* in questa ipotesi occorre che venga contratta apposita stipulazione. Cfr. FRANCIOSI, *«Auctoritas» e «Usucapio»,* cit., 6 ss.

[102] T. DALLA MASSARA, *Per una ricostruzione delle strutture dell'evizione*, in *Studi in onore di Antonino Metro*, a cura di C. RUSSO RUGGERI, Milano, 2010, 105 ss.

[103] Seguendo sul punto la tesi del GIRARD, *l'«auctoritas» et l'action «auctoritatis», Inventare d'interpolations*, cit., 270 ss.

[104] Come mi sembra essere stato persuasivamente e autorevolmente messo da ultimo in luce da C. A. CANNATA, *«Quando in iure te conspicio»*, in *Diritto e processo nell'esperienza romana. Atti del seminario torinese (4-5 dicembre 1991) in memoria di Giuseppe Provera*, Napoli, 1994, 194, secondo cui testualmente «l'intervento del terzo non è, come invece si pensa di solito, un intervento coatto su istanza di parte, ma un intervento spontaneo. Esso non corrisponde ad un

evitare la rivalsa del compratore, deve assisterlo in giudizio[105]. A mio avviso questi elementi, giustamente evidenziati dalla dottrina, si spiegano pienamente soltanto valorizzando la natura originariamente penale della responsabilità in parola.

La possibilità di esperire l'*actio auctoritatis* richiede, infatti, esclusivamente che si perfezioni la fattispecie sanzionatoria, attraverso gli elementi che in origine erano richiesti per il trasferimento della proprietà, ovvero «une veritable prise de possession de la chose et un paiement réel du prix»[106]. La partecipazione o meno del venditore al giudizio rivendicatorio, dunque, non concorre a perfezionare la fattispecie sanzionatoria, data dalla vendita di un bene altrui, ma *ex post* attraverso una condotta attiva del venditore, quest'ultimo può evitare la sanzione, dimostrando la bontà del proprio titolo rispetto a quello che può essere vantato dal terzo. Correttamente, dunque, non può che farsi riferimento alla nozione di 'onere'[107] gravante sul *mancipio dans*, in quanto quest'ultimo può essere messo nella condizione di evitare la sanzione, non potendo, di contro, essere obbligato dall'ordinamento ad esercitare una propria difesa, come, invece,

---

sistema di obblighi, ma ad un sistema di oneri e, in particolare, non c'è *in ius vocatio* dell'*actor*. Se questi non si presentava in giudizio alla data precisa, ovvero, presentandosi, non avesse ammesso di essere l'*auctor*, non v'erano a suo carico sanzioni; solo che il convenuto Caio, dopo perduto il processo, avrebbe potuto far valere la responsabilità di Tizio per l'evizione intentando contro di lui l'*actio auctoritatis* mediante *legis actio sacramento in rem*».

[105] L'importanza dell'assistenza che il venditore deve fornire al compratore, ai fini di evitare la responsabilità per il *duplum* del prezzo, è ben evidenziata da K. F. THORMANN, *Auctoritas (Ein Beitrag zum römischen Kausfsrechte)* , in *Iura,* 5 (1954), 6 ss.

[106] GIRARD, *loc. ult. cit.*

[107] La figura dell'onere, del resto, connota fin dall'inizio la struttura del delitto. Come messo chiaramente in luce dal Cannata, infatti, «la struttura del delitto, ancora nelle dodici tavole, è precisamente questa: si tratta di fatti che vanno puniti; la punizione è una pena, e questa, anche ove consista in una somma di denaro, non è dovuta dal reo direttamente a causa del fatto commesso. Il fatto rende solo possibile la condanna. Certo il reo può evitare e processo e condanna pagando spontaneamente la pena: ma ciò, ancora una volta, ci parla di un onere e non di un obbligo». Così, C. A. CANNATA, *Delitto e obbligazione*, in *Illecito e pena privata. Atti del Convegno internazionale di diritto romano. Copanello 4-7 giugno 1990*, Napoli, 1992 [ora in C.A. CANNATA, *Scritti scelti di diritto romano,* a cura di L. VACCA, I, Torino, 2011, 589].

sarebbe descrivendo la sua partecipazione al processo rivendicatorio in termini di «intervento coatto su istanza di parte»[108].

La valorizzazione dell'origine penalistica della responsabilità in analisi[109], permette anche di portare nuovi elementi in favore della tesi[110], secondo cui l'*actio auctoritatis* non risulta applicabile alle altre fattispecie traslative[111]:

---

[108] E' la tesi di Pugliese, che valorizza, come visto, la "necessità" dell'intervento dell'*auctor*. In particolare si è affermato che «non si può pensare che la presenza *in iure* del dante causa fosse casuale o spontanea …; inoltre, è chiaro che la comparizione del dante causa era in sostanza, ad essere più precisi, un intervento nella lite tra l'avente causa e un terzo circa della proprietà della cosa, poiché altrimenti non gli si sarebbe semplicemente chiesto se si dichiarava *auctor*, ma si sarebbe menzionata quella lite e si sarebbero così precisati il senso e i limiti della richiesta dichiarazione di essere *auctor*. Abbiamo dunque un caso che noi chiameremmo di intervento coatto su istanza di parte», così PUGLIESE, *Il processo civile romano,* cit., 231.

[109] Già, del resto, rinvenibile in M. KASER, *Die römische Eviktionshaftung nach Weiterverkauf*, in *Fest. von Lübtow. Sein und Werden im Recht*, 1970, 488.

[110] Per quanto qui interessa, può ricordarsi come la dottrina tradizionale generalmente escluda l'esistenza dell'obbligazione di garanzia in parola, al di fuori della *mancipatio* effettuata *emptionis causa*, cfr. in questo senso ARANGIO RUIZ, *Compravendita,* cit., 158 nt. 3, 192. Nè a diverse conseguenze è pervenuta altra parte della dottrina, attraverso una valorizzazione della circostanza che tale forma di garanzia non potrebbe venire in rilievo a causa della mancata individuabilità di un 'prezzo', cfr. E. BETTI, *Sul valore dogmatico della categoria "contrahere" in giuristi proculeiani e sabiniani*, in *BIDR,* 28 (1915), 29 nt. 2.

[111] Com'è noto l'estensibilità dell'*obligatio auctoritatis* alle fattispecie negoziali non gratuite effettuate con scopi diversi dalla vendita è stato oggetto di profondo dibattito dottrinario, di recente attentamente analizzato da ROMANO, *Nota sulla tutela del contraente evitto nell'ambito dei c.d. contratti innominati. Il caso dell'actio auctoritatis*, cit., a cui non può che rinviarsi per i necessari riferimenti bibliografici. A favore dell'estensibilità dell'*actio auctoritatis*, il Romano ha tentato di valorizzare, almeno per quanto riguarda l'epoca classica, le «esigenze di tutela che dovevano rivelarsi fondamentalmente slegate alle modalità di determinazione del sacrificio economico imposto in prospettiva dell'atteso trasferimento di proprietà». Tale tentativo ricostruttivo mi sembra, però, non possa superare i rilievi formulati sopra nel testo, in quanto l'ipotizzata origine penale dell'*actio auctoritatis* ben sembra giustificare la non estensibilità della relativa garanzia a fattispecie originariamente non previste, essendo l'iniziale *mancipatio* connotata dalla sola *causa emptionis.* Senza dubbio da condividere appare, invece, il rilievo che il Romano, a cui senz'altro si rinvia per i necessari ragguagli bibliografici, assegna, in relazione al profilo *de quo* al famoso passo di Paolo D. 19, 5, 5, 2 (Paul. 5 *quaest.*). Nello specifico, la parte del frammento che rileva in questa sede è quella finale, nella quale il giurista esamina la tutela concedibile nel caso in cui lo schiavo, che si era trasferito in cambio della manumissione di un altro, fosse evitto. Al riguardo Paolo, richiamando il pensiero di Giuliano, ritiene concedibile a seconda che il cedente lo schiavo fosse o meno consapevole dell'altruità dello stesso, l'*actio de dolo* o un'*actio in factum*. Com'è evidente nella prospettiva dei due giuristi l'*actio auctoritatis* non viene ritenuta esperibile in un rapporto contrattuale atipico, pur essendo lo stesso posto in essere mediante una *mancipatio.* In questo senso, infatti, non può che militare la concessione dell'*actio de dolo*, che com'è noto, risulta avere carattere sussidiario. Tale testimonianza,

mancano, infatti, le condizioni che, all'epoca della creazione della suddetta azione, facevano sorgere la responsabilità penale. In vero, nell'epoca più arcaica, in cui viene introdotta la fattispecie sanzionatoria in analisi la *mancipatio* costituisce l'unico mezzo di trasferimento certo e legittimo dei beni: non seguendo il diritto penale lo sviluppo che dopo poco sarebbe stato proprio del diritto civile, in cui vengono riconosciuti nuovi strumenti traslativi, come, ad esempio, l'*in iure cessio*, non ne può che conseguire l'impossibilità di estendere agli stessi la sanzione del *duplum*, in quanto appunto non previsti nell'originaria previsione punitiva.

Simili "suggestioni", riassumibili nella possibilità di individuare una duplice valenza dell'*auctoritas,* quale legittimazione dell'atto di trasferimento dell'appartenenza di un bene da parte della comunità primitiva prima, con la correlativa responsabilità *in duplum* in caso di trasferimento di bene alieno, e come garanzia per evizione dopo ci sembrano trovare un'ulteriore conferma nell'analisi etimologica del termine: il verbo *augeo* da cui *auctoritas* deriva con tutta probabilità, ha, infatti, sia il significato di migliorare e perfezionare, proprio della prima fase, sia quello di accrescere, riferibile, invece, alla seconda fase[112].

A fianco dell'*auctoritas* si assiste, poi, al progressivo sviluppo di una pluralità di mezzi alternativi per garantire l'acquirente contro la possibilità di un'evizione.

---

dunque, pare avvalorare la ricostruzione sopra prospettata, in quanto mi pare porti ad escludere la possibilità che l'*obligatio auctoritatis* possa essere considerato un elemento tipico delle *mancipationes* non compiute *venditionis causa.* Né sembrano, comunque, da trascurare le suggestioni che dal frammento possono richiamarsi in merito all'attenzione che Giuliano sempre presta all'aspetto causale del negozio posto in essere, che, come si vedrà sarà una costante nelle posizioni sostenute da tale giurista, in riferimento alla fattisepcie evittiva, cfr. sul punto capitolo successivo.

[112] BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, II, *Potere, diritto, religione* (trad.it.), Torino, 1976, 396 ss.. Ancora bisogna ricordare come «le formule di preghiera più risalenti dei Romani individuano con il verbo *augere* il beneficio atteso dalle divinità, diretto a promuovere tutte le loro imprese» cfr. V. MANNINO, *Ancora sugli effetti della lex Publia Philonis de patrum auctoritate e della lex Maenia*, in *Iura*, 45 (1994), 104, nt. 31.

Tra questi vanno menzionate, in primo luogo, la *repromissio* e la *satisdatio secundum mancipium*[113], la cui funzione, come vedremo, sembrerebbe essere stata quella di rafforzare la responsabilità gravante sul *mancipio dans.* In secondo luogo, la *stipulatio habere licere* e la *stipulatio duplae*, che, senza dubbio[114], hanno costituito «il mezzo stipulatorio più diffuso e meglio noto a difesa del compratore contro l'evizione»[115]. Costituisce altresì insegnamento tradizionale che quest'ultime stipulazioni abbiano costituito strumenti di tutela idonei ad ovviare alla mancanza di garanzia – derivante dall'ipotizzata limitazione dell'ambito di applicazione dell'*auctoritas* alle sole vendite poste in essere mediante *mancipatio* – per la categoria delle *res nec mancipi*, che è venuta progressivamente ad ampliarsi e a contenere beni di sempre maggior valore[116].

---

[113] In via meramente introduttiva, rinviando ai paragrafi seguenti per un'analisi più approfondita, può ricordarsi come secondo il GIRARD, *Études historiques sur la formation du système de la garantie d'éviction en droit romain*, 60,: «*satisdare*, c'est promettre avec des cautions; *repromittere,* c'est promettre seul».

[114] L'importanza della *stipulatio duplae,* in materia di evizione è riconosciuta dalla quasi totalità della dottrina, cfr. tra gli altri in part.: SARGENTI, *L'evizione nella compravendita romana,* cit., 103: «Il vero e proprio strumento di difesa contro l'evizione, nel significato tecnico del termine, è la *stipulatio duplae* Ed, infatti, è nel quadro di questa *stipulatio* che il termine *evincere* entra nella terminologia romana e che il concetto di evizione, in certo senso, si precisa e si sviluppa». CALONGE, *Eviccion historia del concepto y analis de su contenido en el derecho romano clasico,* cit., 11: «La verdadera responsabilidad por evicciòn se concreta definitivamente en la *stipulatio duplae*. En ella adquiere carta de naturaleza el término *evincere* con el que se designarà técnicamente al istituto hasta nuestros dìas».

[115] ARANGIO RUIZ, *loc. ult. cit.*

[116] in questo senso si veda esemplificamente quanto sostenuto da CALONGE, *Eviccion historia del concepto y analis de su contenido en el derecho romano clasico,* cit., 27, secondo cui «es doctrina general que la *stipulatio habere licere* tenìa su àmbito de aplicaciòn en las *res nec mancipi*»; ARANGIO RUIZ, *Compravendita*, cit., 333, che precisa come «mentre nei riguardi delle *res mancipi* si sarebbe potuto a rigore fare a meno di stipulazioni di garanzia, nascendo dalla *mancipatio* stessa l'*obligatio auctoritatis*, ciò non era per le *res nec mancipi* sin da quando si compravano a contanti col facile meccanismo, descritto a suo tempo, delle concomitanti tradizioni della cosa e del prezzo. Come, peraltro, manca in linea generale ogni attestazione che anche in via di ricordo storico confermi questa intuitiva e primordiale forma di compravendita, così non ci sono testimonianze dirette che facciano risalire altrettanto indietro nel tempo le obbligazioni di garanzia: solo attraverso il significato estensivo che per l'epoca più antica sembra potersi dare alla parola *auctoritas* si può attingere qualche barlume di prova. … La *stipulatio habere licere* ...sembra, anzitutto che essa non abbia mai trovato applicazione al di fuori delle *res nec mancipi* ». Ed infine GIRARD, *Études historiques sur la formation du système de la garantie d'éviction en droit romain*, 68: «… elle aurait eu dans l'ancien droit romain un *rôle* plus important. Ils ont cru y retrouver les termes memes du contrat verbal par lequel, antérieurement à

La risalenza del ricorso alle stipulazioni di garanzia mi sembra che debba essere attentamente valutata. Come vedremo più diffusamente nei capitoli successivi, non vi sono testimonianze dirette o indirette che attestano l'utilizzo di questi strumenti di garanzia prima del periodo in cui presumibilmente si è giunti all'elaborazione dello schema consensuale dell'*emptio-venditio.* A ciò può aggiungersi un dato di fatto difficilmente incontrovertibile. Le *res nec mancipi* costituiscono, per tutto il periodo arcaico, beni di scarso valore, per il cui trasferimento si ritiene sufficiente la semplice *traditio* degli stessi, ovvero la consegna materiale dei medesimi. Mi sembra forzato dalla necessità sistematica di ottenere una necessaria simmetria, l'idea che a questo atto così lineare di trasferimento della proprietà si potesse/dovesse accompagnare un atto ben più complesso quale la *sponsio/stipulatio* per ottenere che il compratore risultasse tutelato contro l'eventuale rivendica di un terzo della proprietà del bene acquistato. La necessità del ricorso a questi strumenti di garanzia sorge con l'avvento dell'*emptio venditio*, ed in special modo, come vedremo più diffusamente nelle pagine seguenti, quando viene meno l'obbligo di compiere la *mancipatio* delle *res mancipi* oggetto di vendita.

L'esame di queste figure costituirà l'oggetto del terzo capitolo. Nel capitolo successivo non potrà, invece, esimersi dal confrontarsi con l'influsso che sull'istituto della garanzia per evizione ha avuto il passaggio dal sistema più arcaico di trasferimento, basato sulla *mancipatio* e sulla *traditio*, a quello dell'*emptio venditio* consensuale.

---

l'introduction de la vente consensuelle, le vendeur se serait lié à l'acheteur, se serait à la fois obligé à la délivrance et à la garantie considèrèes come deux faces d'une meme obligation».

CAPITOLO SECONDO

LE OBBLIGAZIONI DEL VENDITORE NEL MODELLO DELL'*EMPTIO VENDITIO* CONSENSUALE: PROBLEMATICHE RICOSTRUTTIVE

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Le obbligazioni gravanti sul venditore. – 3. Il contenuto dell'obbligazione di *praestare rem* e la connessione con l'obbligo di '*rem mancipio dari*'. – 4 D. 19, 1, 11, 2 e l'obbligazione di compiere la *mancipatio* del bene acquistato. - 3.2. D. 19, 1, 11,pr.- 2 e l'obbligazione di '*rem praestare*'. - 5. '*Praestare rem*', '*possessionem tradere*' e responsabilità per evizione.

1. *Considerazioni introduttive*.

Tratteggiato un quadro – necessariamente sommario – delle fonti e delle ipotesi ricostruttive sulle origini della garanzia per evizione, occorre verificare come la stessa impatti e venga attratta nel nascente sistema della compravendita consensuale.

Come già rilevato dal Bonfante, le origini di tale schema contrattuale risultano "oscure"[117]. Chiarezza sul punto non è stata fatta neppure dalla dottrina

[117] P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*[10], Roma, 1934, 486. Né maggiori passi avanti sul punto sono stati fatti dalla dottrina successiva, non mancandosi, anzi, di evidenziare come «sarebbe forse temeraria presunzione scrivere ancora su un argomento di origini, sul quale, da più di un secolo, si sono escogitate, da eminenti studiosi, tutte le ipotesi e ricostruzioni possibili», così F. CANCELLI, *Origine del contratto consensuale,* Milano, 1962, 1. Compiendo un'analisi fortemente cursoria delle innumerevoli tesi proposte dalla dottrina, non possono mancarsi di richiamare le ricostruzioni di T.MOMMSEN, *Die rom. Anfange von Kaus und Miethe,* in *ZSS*, VI, 1885, 260 ss.; ARANGIO RUIZ, *Compravendita*, cit., 57 ss.; F. STURM, *Origine ed évolution de la mancipation. Synthèse rétrospective de l'enseignement de Ph. Meylan*, in *Melanges P. Piotet*, Bern, 1990, 567 ss.; TALAMANCA, voce *Vendita,* cit., 307 ss.; nonché le riflessioni più recenti di J.G. WOLF, *Per una storia della 'emptio venditio': l'acquisto in contanti quale sfondo della compravendita romana. Una lezione*, in *Iura*, 52 (2001), 30 ss.; A. CASTRO, *'Emptio venditio' y 'consensus'. Contribución al estudio del origen y fundamentos de la compraventa romana: contrato-fin y contrato-medio*, in *'Iuris vincula'. Studi in onore di Mario Talamanca*, II, Napoli, 2001, 11 ss.; ed, in particolare, all'attenta disamina condotta da L. GAGLIARDI, *Prospettive in tema di origine della compravendita consensuale romana*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano,* a cura di L. GAROFALO, I, Padova, 2007, 101 ss., alla quale si rinvia anche per il necessario approfondimento bibliografico sul punto. A mio avviso, comunque, sul punto resta condivisibile e sempre attuale la tesi di Pugliese

più recente. Al riguardo, allora, riprendendo le parole del Cannata un unico dato può ritenersi certo, ovvero che «la vendita consensuale rappresenta una genuina invenzione romana [e] … che è stata preceduta unicamente dalla vendita a contanti»[118].

A ciò può aggiungersi, sul mero piano cronologico, che non si può sicuramente parlare di compravendita consensuale prima dell'introduzione del processo formulare e specificatamente prima dell'introduzione dei *iudicia bonae fidae* [119], data l'inidoneità del precedente sistema processuale a fornire un'adeguata tutela alla fattispecie in esame: non prima, quindi, della fine del III secolo a. C. e l'inizio del II secolo a. C. [120].

«tutt'altro che nuova, ma forse non sempre abbastanza valutata da alcuni grandi studiosi moderni dell'*emptio venditio*, che questa e la sua disciplina sorsero dagli usi del commercio fra romani e *peregrini*, o fra *peregrini* di diversa nazionalità, e basati sul rispetto della parola data e la reciproca buona fede; questi usi furono recepiti dai pretori», così G. Pugliese, *Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano,* in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico–comparatistica, Materiali per un corso di diritto romano*, a cura di L.VACCA, Torino, 1997, 47. In questo senso milita, senza dubbio, l'*intentio* - cfr. Lenel, *Das Edictum perpetuum,* cit., 299: *quidquid ob eam rem Nm Nm Ao Ao dare facere oportet ex fide bona* - della *formula* concessa dal pretore: emerge evidente, infatti, «la derivazione dell'obbligo giuridico (*oportere)* in capo all'una e all'altra parte e del contenuto da esso assunto, non da una norma o regola di *ius civile*, bensì dai criteri ad esso estranei e assai elastici della *fides bona»,* in questi termini Pugliese, *Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano*, cit., 47 nota 18.

[118] C. A. CANNATA, *La compravendita consensuale romana: significato di una struttura,* in *vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico–comparatistica*. *Atti del Congresso Internazionale, 17–21 aprile 1990, Pisa–Viareggio–Lucca*, I, a cura di L. VACCA, Milano, 1991, 75. L'Autore, nello specifico, stigmatizza sul piano metodologico le analisi – rectius le "pure esercitazioni" - sinora compiute in quanto prive di fondamento nelle fonti e che per di più appaiono oziose, finendo per nulla dire sulla genesi della vendita consensuale. Tale profilo non può costituire oggetto di più puntuale analisi, rinviandosi per i necessari approfondimenti a F. DE BUJÁN, *"La compraventa"*, in *Derecho romano de obligaciones. Estudios Murga Gener*, Madrid, 1994, 553 ss.; ID., *El precio como elemento comercial en la emptio venditio romana*, Madrid, 1982, 19; ID., *"Pecunia numerata en función de precio en la emptio venditio romana"*, in *Estudios Alvarez Suárez*, Madrid, 1978, 127.

[119] Sulle cui origini cfr., in particolare, F. DE BUJÁN, *De los arbitria bonae fidei pretorios a los iudicia bonae fidei civiles*, in *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 8 (2004), 331 ss.

[120] sulla datazione concordano ARANGIO RUIZ, *Compravendita*, cit., 46, e TALAMANCA, voce *Vendita,* cit., 305. Evidenzia, in particolare, l'importanza del ruolo del pretore nella formalizzazione del nuovo schema processuale DE BUJÁN, *"La compraventa"*, cit., 552.

Una non diversa problematicità investe anche il diverso e centrale profilo dell'individuazione delle obbligazioni delle parti, e specificatamente di quelle che gravano sul venditore. L'impostazione seguita dalla dottrina tradizionale[121] risulta compendiata nella definizione che l'Arangio Ruiz fornisce del contratto in analisi: «l'*emptio* et *venditio* è un contratto consensuale e bilaterale in virtù del quale una delle parti si obbliga a trasmettere all'altra il pacifico godimento di qualcosa, detta merce, mentre l'altra parte si obbliga a trasferire alla prima la proprietà di una somma di denaro, detta prezzo»[122]. Quest'impostazione è stata al centro di una profonda riflessione ad opera della dottrina più recente, le cui conclusioni verranno esaminate nei paragrafi seguenti.

---

[121] Come, da ultimo, evidenziato da S.A. CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, Milano, 2008, 2 ss., le radici storiche di tale orientamento possono individuarsi già nel pensiero dei Glossatori, cfr. in part., PLACENTINUS, *Summa Codicis, In librum Quartum*, tit. XLIX, *De actionibus empti et venditi*, rist. Torino, 1962, 179; AZO, *Summa, In IIII lib. Codicis, De act. Emp. Et vend.*, Venetiis, 1584 col. 425 n.4; per poi proseguire con CUJACIUS, *Recitationes solemnes in ti. I de contrah. empt.*, lib. XVIII, ad L.XXV, in *Opera*, VII, Mutinae, col. 685; DONELLUS, *Comment. in Codicem Iustiniani*, lib. IV, ad tit. XXXVIII, *de contrahenda emptione et venditione*, in *Opera Omnia*, VIII, Lucae, 1765, col. 728 n. 9; GOTHOFREDUS,*Corpus iuris civilis romani*, I, Neapoli, 1793, 351 nt. 34; più di recente in R.J.POTHIER, *Pandectae Justinianeae*, I, lib. XIX tit. I, in *Operum Omnium,* II, Lugduni, 1724, 418; L.ARNDTS, *Trattato delle Pandette*, trad. it. F. Serafini, II, Bologna, 1880, 295; A.DERNBURG, *Diritto delle obbligazioni*, trad. it. F.B. Cicala, Torino, 1903, 382; per quanto riguarda la dottrina più attuale, oltre quella citata nelle note successive, cfr. in via esemplificativa a dimostrazione dell'ampia diffusione di tale orientamento E. RABEL, *Grundzüge des römisches Privatrechts*, Basel, 1955^2, 107 ss.; F. GALLO, *Il principio emptione dominium transferetur nel diritto pregiustinianeo*, Milano, 1960, 15 ss.; M. KASER, *Das römisches Privatrecht,* I, Munchen, 1971^2, 545 ss.; A.BURDESE, voce *vendita (diritto romano)*, in *NNDI*, XX, 1975, 594 ss.; E.R. ZIMMERMANN, *The law of obligation. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, 1992, 278; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Proprietà e diritti reali. Usi e tutela della proprietà fondiaria nel diritto romano*, Roma, 1999, 155; F. DE BUJÁN, *Sistema Contractual Romano*, Madrid, 2004^2, 148 ss.

[122] ARANGIO RUIZ, *Compravendita*, cit., 88. Nello stesso senso cfr., in particolare, BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 483, ritiene che: «La compravendita obbligatoria è un contratto consensuale bilaterale per cui uno dei contraenti (il venditore) promette all'altro (il compratore) di cedergli per sempre il possesso di una cosa e prestar la garanzia del possesso stesso, ovvero trasmettergli qualunque diritto, dietro promessa di ricevere un corrispettivo in denaro (*pretium*)». Il Gluck (cfr. ID., *Commentario alle Pandette, libro XVIII*, Milano, 1901, 8) ritiene, invece, che: «La compravendita è quel contratto consensuale in virtù del quale alcuno promette di consegnare ad un altro una cosa per un determinato prezzo consistente in denaro contante: in tal modo il compratore resta il tranquillo possessore di essa».

2. *Le obbligazioni gravanti sul venditore*.

La corretta individuazione del contenuto delle obbligazioni gravanti, in particolare, sul venditore, nel contesto dell'*emptio venditio* consensuale, com'è noto, costituisce uno dei profili maggiormente dibattuti dalla dottrina anche attuale [123]. Il tema che, anche di recente, è stato oggetto di analisi monografiche [124], non può in questa sede, considerato l'ampiezza delle problematiche che esso sottende, che essere affrontato in modo certamente non esaustivo.

Ciò premesso, punto di partenza tradizionale di qualsivoglia tentativo volto a individuare il contenuto della prestazione gravante sul venditore è il frammento di Paolo[125]

> D. 19, 4, 1 pr. (Paul. 32 *ad ed*.): *[...] multum differunt praestationes. Emptor enim, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito, venditori sufficit ob evictionem se obligare, possessionem tradere et purgari dolo malo: itaque, si evicta res non sit, nihil debet; [...]*

In questo breve passo, Paolo sembra, infatti, 'scolpire' le obbligazioni gravanti sulle parti contrattuali. Il primo dato che immediatamente si evidenzia è che mentre il compratore è tenuto a trasferire la proprietà del denaro costituente il prezzo, il venditore sembrerebbe non dover fare altrettanto con la proprietà

---

[123] Su cui *infra* §§ seguenti.

[124] Si fa riferimento, in particolare, all'opera di CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, cit., *passim*

[125] Com'è noto si tratta di passo fortemente discusso in dottrina. Si vedano, in part., V. SCIALOJA, *Compra-vendita*, lezioni stenografate e compilate dal dott. G.Pulvirenti, A.A. 1906-07, 47 ss.; ARANGIO RUIZ, *Compravendita*, cit., 148 ss.; TALAMANCA, voce *Vendita,* cit., 378 ss.; ZIMMERMANN, *The law of obligation*, cit., 251 nt. 103; PUGLIESE, *Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano*, cit., 48; M.A. FINO, *Quale interdipendenza delle obbligazioni se "emptione dominium transfertur?Per una storia del "synallagma" funzionale dell' "emptio venditio" durante l'età tardo antica*, in *La compravendita e l'interdipedenza delle obbligazioni*, a cura di L. GAROFALO, I, Padova, 2007, 869; CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, cit., 122 ss.

della merce. Ciò, nella lettura tradizionale[126], apparirebbe ancor più evidente da un altro passo, questa volta di Celso:

> D. 12, 4, 16 (Cels., 3 *dig.*): *Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares: utrum id contractus genus pro portione emptionis et venditionis est, an nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta? In quod proclivior sum: et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. Finge alienum esse Stichum, sed te tamen eum tradidisse: repetere a te pecuniam potero, quia hominem accipientis non feceris: et rursus, si tuus est Stichus et pro evictione eius promittere non vis, non liberaberis, quo minus a te pecuniam repetere possim.*

Il passo, com'è noto, ha subito delle modifiche ad opera dei compilatori giustinianei, volte ad eliminare ogni riferimento alla *mancipatio.* Seguendo il Lenel[127], per riportare a coerenza il frammento, considerato l'oggetto della vendita, uno schiavo, deve sostituirsi il *'tradidisse'* ora presente con *'mancipasse*', nonché il riferimento ad un'assunzione in forma stipulatoria della garanzia contro l'evizione, *'pro evictione eius promittere'* con il richiamo all'atto di trasferimento richiesto, ovvero *'mancipare eum'*[128]. Non può non

[126] La letteratura sul passo è immensa. Si rimanda per un esame critico generale, da ultimo, a S.A.CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, cit., 77 ss., nonché ancor più di recente, a E. SCIANDRELLO, *Studi sul contratto estimatorio e sulla permuta nel diritto romano*, Trento, 2011, 207 ss.; per un primo riscontro cfr. V. SCIALOJA, *La l. 16 dig. de cond. causa data 12, 4 e l'obbligo di trasferire la proprietà nella vendita romana*, in *BIDR*. 19 (1907), 161 ss.; E. BETTI, *Sul valore dogmatico della categoria "contrahere" in giuristi proculeiani e sabiniani*, in *BIDR,* 28 (1915), 24 ss.; D. E.C. YALE, *Celsus:Sale and conditional gift*, in *Studies in the Roman Law of Sale*, 1959, 171 ss.; PH. MEYLAN, *Nouvelle explication de Celse, D.12.4.16*, in *Iura,* 20 (1969), 287 ss.; ARANGIO RUIZ, *Compravendita*, cit., 150 ss.; R. KNÜTEL, *La* causa *nella dottrina dei patti*, in *Causa e contratto*, in *Causa e contratto nella prospettiva storicocomparatistica, II Congresso Internazionale ARIS TEC, Palermo, 7-8 giugno 1995* (a cura di L. VACCA), Torino 1997, 135; TALAMANCA, voce *Vendita,* cit., 380 ss.; F.GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, *Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne*, II, Torino, 1995, 171 ss.; T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova, 2004, 233 ss.

[127] si riporta il passo nella versione proposta dal LENEL, *Pal.*, cit., I, 139 ss.

[128] Ne deriva che la lettura del frammento accolta è la seguente. D. 12, 4, 16 (Cels., 3 *dig.*): *Dedi tibi pecuniam ut mihi Stichum dares: utrum id contractus genus proportione emptionis et*

sorprendere un interprete moderno la circostanza che Celso, in questo passo[129], neghi che possa essere considerata compravendita una convenzione in cui si

venditionis est, an nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta? In quod proclivior sum: et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. Finge alienum esse Stichum, sed te tamen eum [tradidisse] <mancipasse>: repetere a te pecuniam potero, quia hominem accipientis non feceris. Et rursus, si tuus est Stichus et [pro evictione eius promittere] <mancipare eum> non vis, non liberaberis, quo minus a te pecuniam repetere possim.

[129] Il frammento in esame è stato oggetto di approfondimento da parte della dottrina anche in merito ad un profilo specifico, che può attingere direttamente l'oggetto della presente ricerca. Celso, infatti, nell'individuare lo strumento di tutela riconoscibile al soggetto che riceve lo schiavo altrui, fa riferimento alla sola *condictio.* Parte della dottrina, partendo dalla considerazione che il testo debba essere letto come riferito alla *mancipatio* e non alla *traditio*, ha ritenuto di doversi interrogare sul perché il giurista non abbia fatto alcun riferimento alla responsabilità per evizione, *sub specie* di *obligatio auctoritatis*, cfr. in questo senso, da ultimo G. ROMANO, *Nota sulla tutela del contraente evitto nell'ambito dei c.d. contratti innominati. Il caso dell'actio auctoritatis*, in *Diritto@Storia*, 9 (2010), a cui si rinvia, senz'altro per i necessari ragguagli bibliografici. Il silenzio celsino sul punto viene giustificato o con l'eliminazione del riferimento al menzionato rimedio operata dai Compilatori giustinianei o con una 'dimenticanza' del giurista. Ma che Celso non potesse mancare di considerare la fattispecie come riconducibile nel paradigma evittivo, deriverebbe dalla considerazione che «un'evizione avrebbe potuto in concreto comunque verificarsi, e che anzi nella normalità dei casi doveva essere proprio la soccombenza nell'ambito di un giudizio di rivendica ad evidenziare l'esistenza di un vizio dell'atto traslativo, legato all'alienità dello schiavo. Ci troviamo di fronte a rimedi indubbiamente diversi sul piano dei presupposti e dunque dell'ambito applicativo (più ampio quello della *condictio*), ma che in concreto, e forse il più delle volte, dovevano trovarsi in concorso tra di loro». Un simile argomentare, non mi pare, però, condivisibile. Com'è stato, infatti, autorevolemente messo in luce dal Cannata, il caso sottoposto al giurista viene a configurare una fattispecie di inadempimento del soggetto, che si è impegnato a cedere la proprietà dello schiavo Stico, senza che si debba attendere che il terzo, legittimo proprietario, agisca in rivendica. L'inadempimento è, del resto, evidente, in quanto l'alienante è *ab origine* privo della legittimazione a compiere il trasferimento della proprietà, per il quale si è espressamente impegnato. Con la conseguenza piana che, escluso qualsiasi riferimento all'evizione, la *ratio* della concessione della *condictio* non possa che rinvenirisi nella necessità di tutelare il sinallagma contrattuale, inciso dal mancato trasferimento della proprietà. Cfr., in questo senso, C. A. CANNATA, *Labeone, Aristone e il sinallagma*, in *Iura,* 58 (2010), 41. A ciò può aggiungersi che com'è evidente in relazione alle rigidità che connotano l'*obligatio auctoritatis* e come sarà anche evidenziato nel capitolo successivo, in relazione ai presupposti per azionare gli ulteriori rimedi contro l'evizione, la relativa responsabilità non può che sorgere in seguito all'esperimento da parte del terzo proprietario dell'azione di rivendica. Un tale evento manca nel caso esaminato da Celso e, quindi, correttamente il giurista non ha fatto riferimento alla suddetta forma di garanzia. Non necessariamente, infatti, ad una vendita di cosa altrui deve seguire una responsabilità per evizione in capo all'alienante, come sembra ipotizzare il Romano: il mancato riconoscimento di un rapporto di causa-effetto tra le due fattispecie, rende, quindi, coerente la scelta di Celso.

pattuisce lo scambio della proprietà della cosa contro il pagamento del suo equivalente in denaro[130].

L'escludere che l'assunzione dell'obbligo di '*dedi tibi pecuniam ut mihi Stichum dares*' possa configurare un contratto di compravendita o anche un negozio analogo ha profondamento inciso sulla ricostruzione che la dottrina tradizionale[131] ha offerto del tema in analisi.

Se n'è, infatti, ricavata l'immediata conseguenza che l'obbligazione principale del venditore non potrebbe che sostanziarsi, riprendendo la terminologia paolina di D. 19, 4, 1, nel mero *'possessionem tradere'*, a cui si affiancherebbero, come ci ricorda lo stesso Paolo, le obbligazioni accessorie di '*ob evictionem se obligare'* e '*purgari dolo malo*'.

Le due testimonianze, in vero, non mi sembrano da sole sufficienti a descrivere in modo definitivo le obbligazioni gravanti sul venditore.

Merita, infatti, attenta valorizzazione il contesto in cui si inseriscono le due trattazioni condotte da Paolo e da Celso. L'elencazione condotta da Paolo in D. 19, 4, 1, pr. non è volta ad una descrizione della vendita, ma a mettere in luce come, differentemente dalla permuta, le obbligazioni azionabili con l'*actio empti* e con l'*actio venditi*, non siano tra loro perfettamente simmetriche. Allo stesso

---

[130] Il forte dibattito in dottrina su questo passo trae origine dalle contrapposte opinioni di due glossatori: Giovanni Bassiano e Azone. Cfr. gl. *Proclivior,* a D. 12, 4, 16. Il primo afferma che la decisione di Celso è giustificata dal fatto che le parti abbiano volontariamente escluso in questo preciso caso la conclusione di un contratto di compravendita, volendo, invece, porre in essere uno scambio di cosa contro cosa, ovvero una permuta. cfr. in questo senso: Bas. 24.1.16 (Hb. 3,8); PLACENTINUS, *Die Summa "De actionum varietatibus"*, in *Quellen zur Geschichte des Römisch-Kanonischen Prozesses im Mittelalter IV.III*, 1962, 63; ALCIATI, *Comment. in Digesta seu Pandectas Iuris Civilis*, t. I, pars. II, *De rebus creditis, si certum petatur et de certi condicione,* in *Opera Omnia*, Basilae, 1632, col. 248; più di recente J.THOMAS, *Celsus: Sale and the passage of property*, in *Studies de Zulueta*, 1959, 160 ss.; P.DE LA ROSA, *La permuta (desde Roma al derecho español actual)*, Madrid, 1976, 52 ss. Il secondo ritiene, invece, che sia proprio l'assunzione da parte del venditore dell'obbligo di trasferire al compratore la proprietà della cosa venduta a far escludere a Celso la conclusione di un contratto di compravendita. Hanno seguito questa tesi, oltre gli autori ricordati in nota 14: BARTOLUS, *In Secundum Digesti Veteris partem*, *ad lib. XII Digest.*, l. XVI, Venetiis, 1585, fol. 42; DONELLUS, *Comment. in Codicem Iustiniani*, lib. IV, ad tit. XXXVIII, *de contrahenda emptione et venditione*, cit., col. 728; J.R. POTHIER, *Trattato del contratto di vendita*, Livorno, 1936, 423 ss.

[131] Cfr., in via esemplificativa, ARANGIO RUIZ, *Compravendita*, cit., 161 e TALAMANCA, voce *Vendita,* cit., 381.

modo, come del resto rileva lo stesso Talamanca, la testimonianza di Celso si ricollega alla controversia tra scuole[132] sulla compravendita e sulla permuta, nonché sul tema più generale della tutela dei contratti innominati.

In particolare, in un discorso volto ad evidenziare le differenze tra i due negozi, l'ammissione che il contenuto dell'obbligazione del venditore potesse avere un contenuto più ampio del mero *possessionem tradere*, avrebbe comportato il «lasciar cadere il principale sostegno della teoria proculiana, ciò che Celso non avrebbe mai potuto ammettere»[133].

Al medesimo risultato della irrilevanza della testimonianza celsina in relazione alla tematica dell'individuazione delle obbligazioni gravanti sul venditore giunge, per altra via interpretativa, di recente il Cannata[134].

Secondo l'autore, infatti, la completa estraneità rispetto al modello della vendita romana risulterebbe evidente considerando il contenuto dell'obbligazione gravante sulla parte che dovrebbe essere considerata come venditore. Il '*do pecuniam ut mihi Stichus des*' configura una chiara obbligazione di *dare*, che «il venditore non ha, e la cui presenza contraddice tutta la struttura della compravendita romana»[135].

In altre parole, la '*quaestio*' di Celso, lungi dal poter essere avvicinata alla tematica della struttura del contratto di compravendita, è volta a valutare se l'ipotizzato schema obbligatorio '*do pecuniam ut mihi Stichus des*' potesse

---

[132] Com'è noto la contrapposizione che divide i Sabiniani e i Proculiani riguarda la possibilità di considerare la '*numerata pecunia*' sostituibile da una *res*. Del contrasto ci danno testimonianza Gai 3,141, I. 3, 23, 2 e D. 18, 1, 1 pr.-1 (Paul. 33 *ad ed.*). Nello specifico, secondo Sabino e Cassio la permuta era riconducibile nel paradigma della compravendita, potendo, dunque, esistere una vendita senza il pagamento del prezzo. Al contrario Nerva e Proculo ritengono di dover tenere distinte le due figure contrattuali, in quanto nella permuta non è possibile individuare non solo chi sia il venditore e chi il compratore, ma anche cosa sia dato a titolo di prezzo e cosa a titolo di bene venduto. Su questo profilo e per un'analisi delle fonti richiamate cfr. da ultimo SCIANDRELLO, *Studi sul contratto estimatorio e sulla permuta nel diritto romano*, cit., 207 ss.

[133] TALAMANCA, voce *Vendita,* cit., 381.

[134] Ad uguale conclusione sul punto, pur rimanendo su posizioni tradizionali per quanto concerne la ricostruzione del contenuto dell'obbligazione del venditore, giunge di recente anche SCIANDRELLO, *Studi sul contratto estimatorio e sulla permuta nel diritto romano*, cit., 316 (in part. nt. 273).

[135] CANNATA, *Labeone*, cit., 40.

essere considerato o meno un contratto innominato «il cui regime si sarebbe modellato, in quanto applicabili, sulle regole proprie» della compravendita[136].

Entrambe le testimonianze, dunque, appaiono influenzate dal contrasto ricostruttivo concernente la permuta. Tale influenza è di immediata evidenza per quanto riguarda la testimonianza di Celso.

Per quanto riguarda D. 19, 4, 1, pr. deve, però, considerarsi che in D. 18, 1, 1 pr.-1[137], lo stesso Paolo fa propria l'opzione proculiana contraria alla riconducibilità della permuta nel *genus* vendita, con la conseguenza, a mio avviso, che il giurista ben difficilmente in un frammento in cui contrappone i due modelli contrattuali, ne avrebbe potuto fornire una descrizione che ne avvicinasse gli elementi strutturali. E che in D. 19, 4, 1, pr. la trattazione sia influenzata da questo elemento trova un immediato riscontro in un'altra testimonianza dello stesso Paolo, che viene tradizionalmente letta in stretta connessione con la testimonianza celsina ora esaminata[138]:

---

[136] CANNATA, *Labeone*, cit., 42.

[137] D. 18, 1, pr.-1 (Paul. 33 *ad ed.*) *Origo emendi vendendique a permutationibus coepit. Olim enim non ita erat nummus neque aliud merx, aliud pretium vocabatur, sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum utilibus inutilia permutabat, quando plerumque evenit, ut quod alteri superest alteri desit. Sed quia non semper nec facile concurrebat, ut, cum tu haberes quod ego desiderarem, invicem haberem quod tu accipere velles, electa materia est, cuius publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret. Eaque materia forma publica percussa usum dominiumque non tam ex substantia praebet quam ex quantitate nec ultra merx utrumque, sed alterum pretium vocatur. 1. Sed an sine nummis venditio dici hodieque possit, dubitatur, veluti si ego togam dedi, ut tunicam acciperem. Sabinus et Cassius esse emptionem et venditionem putant: Nerva et Proculus permutationem, non emptionem hoc esse. Sabinus Homero teste utitur, qui ercitum Graecorum aere ferro hominibusque vinum emere refert, illis versibus: ενϝεν αρ΄οινιζοντο καρψκομοωντεσ Αξαιοι αλλοι μεν ξαλκω, αλλοι δ΄αιϝωνι σιδψρω, αλλοι δε ηρινοισ, αλλοι δ΄αυτψσι βοεσσι, αλλοι δ΄ανδραποδεσσιν [id est: ibi vero vinum sibi comparabant comantes Achaei, alii aere, alii splendido ferro, alii pellibus boum, alii ipsius bubus, alii mancipiis]. Sed hi versus permutationem significare videntur, non emptionem, sicuti illi: ενϝ΄αυτε Γλαυκω Κρονιδψσ φρενασ εχελετο Ζευσ, ηοσ προσ Τυδειδψν Διομψδεα τευ αμειβεν [id est: iam vero Saturni filius Iupiter Glauco mentem ita perturbavit, ut cum Diomede Tydei filio arma permutaret]. Magis autem pro hac sententia illud diceretur, quod alias idem poeta dicit: πριατο κτεατεσσιν ηεοισιν [id est: emit ex bonis suis]. Sed verior est Nervae et Proculi sententia: nam ut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor, sic aliud est pretium, aliud merx: quod in permutatione discerni non potest, uter emptor, uter venditor sit.*

[138] Cfr. di recente anche CANNATA, *Labeone*, cit., 42 ss.

D. 19, 5, 5, 1 (Paul. *5 quaest.*) *Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio et venditio est: sin autem rem do, ut rem accipiam, quia non placet permutationem rerum emptionem esse, dubium non est nasci civilem obligationem, in qua actione id veniet, non ut reddas quod acceperis, sed ut damneris mihi, quanti interest mea illud de quo convenit accipere: vel si meum recipere velim, repetatur quod datum est, quasi ob rem datum re non secuta. Sed si Scyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit ac tu dumtaxat culpam praestare debes. Explicitus est articulus ille do ut des.*

Nel frammento[139] Paolo, a differenza di D. 19, 4, 1, pr., confronta sul piano strutturale la permuta e la vendita, considerando in via derivata le ricadute processuali. La parte di maggiore interesse è, senza dubbio, l'*incipit* del passo, ove il giurista è chiaro nell'affermare '*Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio et venditio est*'. Il punto che da luogo a maggiori tensioni interpretative è l'utilizzo del verbo '*accipere*'. Una parte della dottrina, infatti, ritiene che Paolo, pur utilizzando l'espressione '*ut rem accipiam*' anziché il verbo *dare*, avrebbe voluto far riferimento con le due espressioni «al medesimo risultato concreto: il trasferimento della proprietà della *res*»[140].

Il ritenere l'espressione paolina come «sinonimo»[141] di *dare rem*, secondo la mia opinione finisce per oscurare il pensiero del giurista. A me sembra che proprio l'utilizzo del verbo *accipere*, piuttosto che il ricorso all'espressione tecnica *dare rem*, non sia casuale, ma metta in luce come, in realtà, Paolo avesse di mira un comportamento teso a 'far avere' la proprietà al compratore[142]: un

[139]Su cui cfr. da ultimo CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, cit., 109 ss., con ampi ragguagli bibliografici.

[140] Così CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, cit., 110.

[141] CH. APPLETON, *L'obligation de transférer la propriété dans la vente romaine. Fr. 16 D. De cond. causa data XII*, 4, in *NRHDFE,* 30 (1906), 742 e ss.; sostanzialmente nello stesso senso, cfr, in via esemplificativa, S. SCHLOSSMANN, *Zur Geschichte des römischen Kaufes*, in *ZSS*, 24 (1903), 152 s.; F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne*, II, Torino, 1995, 175 nt. 45.

[142] In questo senso A. BURDESE, *Su alcune testimonianze celsine*, in *Mélanges en l'honneur de C. A. Cannata,* Bâle-Genève-Munich, 1999, 13. Non ritengono che si possa considerare l'espressione utilizzata da Paolo come analoga a *dare rem* anche SCIALOJA, *La l. 16 dig. de cond.*

'*praestare rem*', piuttosto che un '*dare rem*'. Ben difficilmente, poi, Paolo, che come accennato parte dall'idea proculiana della permuta quale *species* autonoma, avrebbe potuto ricondurre una delle due obbligazioni della vendita a quella propria dello schema della permuta, facendo venire meno una delle differenze strutturali, che permettevano di distinguere le due fattispecie.

L'importanza[143] di D. 19, 5, 5, 1 è, però, a mio avviso, quella di fornire una chiave di lettura che permette di ridurre l'importanza sistematica che tradizionalmente si riconosce a D. 19, 4, 1, pr. Se, infatti, per Paolo, può costituire oggetto dell'obbligazione del venditore l'*accipere rem*, è evidente che il *possessionem tradere*, richiamato in D. 19, 4, 1 pr. non è altro che il contenuto minimo che può essere richiesto al venditore come oggetto della sua obbligazione principale. Ciò si pone in piena coerenza con la funzione che svolge l'*emptio venditio* e con le esigenze economiche, che la stessa deve soddisfare. Né viene ad escludere che il contenuto dell'obbligazione del venditore possa essere più ampio, ove in queso modo possano meglio perseguirsi le ragioni dello scambio.

Una diversa lettura[144] sembra, allora, ipotizzabile. Ci si riferisce, in particolare, all'individuazione di una più generale obbligazione in capo al venditore avente ad oggetto il *praestare rem*, ovvero un *facere* volto a mettere in condizione il compratore di diventare proprietario del bene acquistato. Un influsso importante nella riflessione in merito alla perimetrazione dell'obbligazione del venditore deve essere stato svolto tenuto conto della necessità di coordinare lo schema contrattuale consensuale con i tradizionali strumenti di trasferimento della proprietà. E' necessario, dunque, ora approfondire la tematica della configurabilità di un obbligo di '*rem mancipio*

---

causa data 12, 4 e l'obbligo di trasferire la proprietà nella vendita romana, cit. 193; ARANGIO RUIZ, *Compravendita*, cit., 157 nt. 2.

[143] Che viene di molto ridotta da parte della dottrina tradizionale ritenendo che l'assunzione dell'obbligo di trasferire la proprietà del bene sia l'effetto di «una clausola accidentale del contratto», così TALAMANCA, voce *Vendita,* cit., 381.

[144] Per tale ricostruzione e per un'analisi delle solide basi testuali su cui si fonda si rinvia in part. a VACCA, *La garanzia per evizione e le obbligazioni del venditore nel sistema romano e nel sistema del codice civile italiano*, cit., 259 ss.

dari', per poi riempire di contenuto l'obbligazione ora solo richiamata di *praestare rem*.

3. *L'obbligo di* 'rem mancipio dari'.

Come appena evidenziato il limitare il contenuto dell'obbligazione del venditore al solo '*possessionem tradere*', viene a porre un problema di coordinamento con il trasferimento della proprietà delle *res mancipi* mediante *mancipatio*. Non mancano, infatti, le fonti che testimoniano il perdurante e costante utilizzo di questo istituto per il trasferimento di beni anche in riferimento al periodo classico[145].

Secondo la ricostruzione proposta da Pugliese[146] – che si ritiene maggiormente condivisibile – grava sul venditore l'obbligo di effettuare la *mancipatio* della cosa[147]: quest'obbligo, diverso da quello di *possessionem tradere,* costituirebbe un effetto essenziale o naturale del contratto di compravendita[148]. Ciò in quanto «la nascita dell'*emptio venditio* non significò

[145] Cfr., ad esempio: Paul. Sent. 1, 13 a, 4; Paul. Sent.. 2, 17, 3, che, pur in una forma, senza dubbio, semplificata ed abbreviata, rispecchiano «esattamente il regime classico», così PUGLIESE, *Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano,* cit., 55.

[146] PUGLIESE, *Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano*, cit., 34 ss.

[147] Un'attenta rassegna delle diverse ricostruzioni proposte dalla dottrina sull'esitenza o meno di un obbligo di "mancipare" il bene è stata condotta da G. PUGLIESE*, Sull'obbligazione di «mancipare» nella compravendita romana*, in in *Études offertes à Pierre Jaubert. Liber Amicorum*, Bordeaux, 1992, 597 ss. [da ultimo in G. PUGLIESE, *Scritti giuridici (1985-1995)*, a cura di L. VACCA, Napoli, 2007, 523 ss., da cui le citazioni seguenti], nonché, da ultimo, da CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, cit., 14 ss., e da S. ROMEO, *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano. Tra giurisprudenza e prassi*, Milano, 2010, 123 ss. a cui, senz'altro si rinvia per i necessari approfondimenti bibliografici.

[148] Contro la ricostruzione della configurabilità di un obbligo imposto al venditore di mancipare il bene venduto, si è espresso, tra gli altri, il Sargenti. In primo luogo l'Autore afferma di non riuscire ad identificare, nelle posizioni espresse da una parte della dottrina, se tale obbligo dovesse essere imposto con lo scopo specifico di ottenere la garanzia. In secondo luogo, a suo parere, tutti gli elementi di cui siamo a conoscenza riguardo la struttura del contratto consensuale di compravendita e della *mancipatio*, porterebbero ad escludere tale funzione, in quanto nessuno scrittore e nessun documento attestano un uso dell'atto solenne in adempimento di un precedente contratto consensuale. Ciò deriverebbe logicamente dalla funzione svolta dalla compravendita

distacco della compravendita dal fine del trasferimento della proprietà, ma determinò la separazione tra l'*emptio venditio*, contratto con meri effetti obbligatori, e l'atto traslativo di proprietà (*traditio, mancipatio* e *in iure cessio*), nonché un rapporto particolare tra l'uno e l'altro, esprimentesi nella distinzione papinianea [149] tra obbligazione dell'atto traslativo e responsabilità del corrispondente effetto. Tale separazione si inquadra in quella più ampia … tra atti con effetti reali e atti con effetti obbligatori»[150]. Questa impostazione trova solide basi in due passi, uno di Gaio[151], l'altro di Papiniano[152], da cui quest'obbligo pare certo.

---

consensuale: essa sarebbe nata per compiere uno scambio, giuridicamente protetto, di cose non trasmissibili mediante *mancipium*, in quanto *nec mancipi* o perché almeno una delle parti contrattuali non era cittadina romana. Ammettere, quindi, l'esistenza di un simile obbligo vorrebbe dire spezzare l'unità della compravendita, che presenterebbe due regimi diversi: uno concernente i cittadini romani, l'altro le vendite eseguite con uno straniero. Per quanto «in maniera specifica il problema dell'evizione, se veramente la *mancipatio* fosse divenuta, in un certo momento, un atto dovuto in adempimento delle obbligazioni nascenti dal contratto, e se dalla *mancipatio* fosse nata a carico dell'alienante l'*auctoritas*, non si vedrebbe, almeno relativamente alle *res mancipi*, la ragione di tutti gli ulteriori accorgimenti adottati per assicurare la difesa contro l'evizione, dell'applicazione, in particolare, del regime delle stipulazioni anche alle *res mancipi,* così chiaramente attestato soprattutto dai documenti mancipatori della pratica» cfr. SARGENTI, *L'evizione nella compravendita romana,* cit., 109 ss.

[149]D. 22, 1, 4 pr. (Pap. 27 *quaest.*): *Si stipulatus sis rem dari vacuamque possessionem tradi …verba superiora sive factum rei promittendi sive effectum per [traditionem] <mancipationem> dominii transferendi continent …; verum si emptor a venditore novandi animo ita stipulatus est, factum [tradendi] <mancipandi> stipulatus intellegitur, quia non est verisimile plus venditorem promississe, quam iudicio empti praestare compelleretur*.

[150] PUGLIESE, *Compravendita e trasferimento della proprietà,*cit., 60 ss. *Contra* ARANGIO RUIZ, *Compravendita*, cit., 168 ss., secondo cui quest'obbligo deve risultare da un apposito patto aggiunto al contratto.

[151] Gai 4, 131a *Item si uerbi gratia ex empto agamus, ut nobis fundus mancipio detur, debemus hoc modo praescribere: EA RES AGATVR DE FVNDO MANCIPANDO, ut postea, si uelimus uacuam possessionem nobis tradi, contra debitorem eadem actione uti possimus*.

[152] D. 22.1.4 pr. (Papinian. 27 *quaest.*): *Si stipulatus sis rem dari vacuamque possessionem tradi, fructus postea captos actione incerti ex stipulatu propter inferiora verba consecuturum te ratio suadet. an idem de partu ancillae responderi possit, considerandum est. nam quod ad verba superiora pertinet, sive factum rei promittendi sive effectum per [traditionem] <mancipationem> dominii transferendi continent, partus non continetur: verum si emptor a venditore novandi animo ita stipulatus est, factum [tradendi] <mancipandi> stipulatus intellegitur, quia non est verisimile plus venditorem promisisse, quam iudicio empti praestare compelleretur. sed tamen propter illa verba " vacuamque possessionem tradi" potest dici partus quoque rationem committi incerti stipulatione: etenim ancilla tradita partum postea editum in bonis suis reus stipulandi habere potuisset.* La riflessione di Papiano è inserita in un contesto più ampio nel quale si

Contro la piena valorizzazione di queste testimonienza si è espresso il Talamanca [153]. Non negando, naturalmente, che tali passi contengano un riferimento all'obbligo di mancipare, si rileva che dagli stessi non è al contempo ricavabile alcun elemento in base al quale affermare che un simile obbligo costituisse o meno un elemento essenziale o naturale del contratto. In altre parole, non vi sarebbero ragioni per dubitare che «l'obbligo di *rem mancipio dari* poteva scaturire da un patto esplicito fra le parti, da un'esplicita presupposizione o, se si vuole, dall'oggettiva configurazione della fattispecie, ma non era né un *essentiale* né un *naturale negotii*; chè anzi, dobbiamo dar credito a quanto risulta dalle fonti, l'evenienza di tale obbligo non attirava frequentemente l'attenzione dei giuristi»[154].

Si è ritenuto da una parte della dottrina, allora, di poter superare questa obiezione o riconducendo il suddetto obbligo – in via implicita – in quello di *possessionem tradere* [155] o rinvenendo la fonte dell'obbligo di mancipare direttamente nel *purgari dolo malo*[156].

Tali tentativi non sembrano, in vero, persuasivi. Specie per quanto riguarda la valorizzazione dell'obbligo di *purgari dolo malo*, il cui contenuto non può che

---

analizza il contenuto dell'obbligazione gravante su un soggetto che si era obbligato, mediante stipulatio, a dare una schiava, al fine di verificare se in tale obbligazione potesse essere contenuta anche quella di consegnare il figlio della schiava nato prima dell'adempimento. Il ragionamento di Papiniano, certamente notevolmente complesso, può, senza dubbio, essere stato interessato da qualche modifica dei giustinianei, che, comunque, ne hanno lasciato immutati i principi. Per quanto qui interessa, è netta l'affermazione che la stipulatio obblighi lo stipulante a trasferire la proprietà del bene, risultando lo stesso responsabile sia per il 'factum', ovvero l'atto traslativo, che per l'effectum, ovvero il trasferimento. Con la conseguenza che, non potendo la menzionata obbligazione novativa avere un contenuto più gravoso rispetto a quello connesso al iudicium empti e considerato che la stipulatio ed il connesso atto traslativo avevano ad oggetto una schiava, «l'atto traslativo menzionato doveva essere la mancipatio, non la traditio», in questi termini, condivisibilmente, PUGLIESE, Sull'obbligazione di «mancipare» nella compravendita romana, cit., 534. Sul fatto che il riferimento non possa che essere alla mancipatio concorda anche Arangio Ruiz, il quale, però, in coerenza con l'orientamento che a breve esamineremo nel testo, ritiene che il porre in essere la mancipatio sarebbe potuto rientrare tra gli obblighi che un venditore poteva esclusivamente assumere in modo volontario, cfr. ARANGIO RUIZ, *Compravendita*, cit., 167 ss.

[153] TALAMANCA, voce *Vendita,* cit., 383.

[154] TALAMANCA,voce *Vendita,* cit., 385.

[155] ANKUM, *Alla ricerca della repromissio e della satisdatio secundum mancipium*, cit., 743.

[156] BIONDI, *Vendita di cose fuori commercio*, cit., 7.

rinvenirsi [157] nell'assunzione di una responsabilità volta al risarcimento dell'interesse, frustrato dal dolo del venditore[158], del compratore a diventare proprietario, piuttosto che nell'obbligo di mancipare.

A mio avviso, entrambe le categorie di rilievi ora passate in rassegna – ovvero da un lato, quelli che giungono ad escludere l'esistenza stessa di un obbligo di effettuare la *mancipatio* e, dall'altro, quelli che tentano di ancorare ad una diversa 'fonte' il suddetto obbligo – sembrano, però, assolutamente superabili[159], proprio sul piano delle fonti.

In particolare mi sembra fortemente probante la testimonianza di Gaio, sopra richiamata e che merita ora attenta considerazione:

> Gai 4, 131-131a ... *Si uelimus id quidem, quod praestari oportet, petere et in iudicium deducere, futuram uero obligationis praestationem in integro relinquere, necesse est, ut cum hac praescriptione agamus: EA RES AGATVR, CVIVS REI DIES FVIT. alioquin si sine hac praescriptione egerimus, ea scilicet formula, qua incertum petimus, cuius intentio his uerbis concepta est: QVIDQVID PARET NVMERIVM NEGIDIVM AVLO AGERIO DARE FACERE OPORTERE, totam obligationem, id est etiam futuram, in hoc iudicium deducimus, et quae ante tempus obligati [finitum in iudicium deducitur, ex ea condemnatio fieri non potest, neque iterum de ea agi potest]. Item si uerbi gratia ex empto agamus, ut nobis fundus mancipio detur, debemus hoc modo praescribere: EA RES AGATVR DE FVNDO MANCIPANDO, ut postea, si uelimus uacuam possessionem nobis tradi,* contra debitorem eadem actione uti possimus[160].

---

[157] Come incisivamente dimostrato da TALAMANCA,voce *Vendita,* cit., 384.

[158] WACKE, *Die verschuldete Eviktion,* cit., 159.

[159] Del resto, come visto, anche lo stesso Paolo, a differenza del passo di Celso sopra esaminato, pacificamente riconduce nella compravendita il caso in cui *si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam*. Cfr. *supra* D. 19, 5, 5, 1 (Paul., 5 *quaest.*).

[160] La letteratura sul passo è, senza dubbio, imponente. Ci si limita, in questa sede, a richiamare: A.BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, I, Erlangen, 1876, 549; P. F. GIRARD, *Mélanges de droit romain*, II. *Droit privè et procedure*, Paris, 1923, 108; M. BUSSMANN, *L'obligation de délivrance du vendeur en droit romain classique (Thèse de doctorat)*, Lausanne, 1933, 94; V.ARANGIO RUIZ, *Diritto puro* e *diritto applicato negli obblighi del venditore romano*, in *Festschrift Koschaker*, II, Weimar, 1939, 153; E. LEVY, *Verkauf und Übereignung*, in *Iura*, 14 (1963), 7; KASER, *Das römisches Privatrecht,*, cit., 551 nt. 53; CANNATA, *La compravendita*

Fondamentale[161], per una piena comprensione del frammento 131a[162], è la sua contestualizzazione nel pensiero che Gaio sta svolgendo a partire dal paragrafo precedente. Il giurista si interroga su come evitare la consumazione della totalità delle pretese dell'attore derivante dalla portata generale della *litis contestatio* connessa ad una formula generica. In tale contesto deve leggersi il riconoscimento dell'esperibilità dell'*actio empti* "*ut nobis fundus mancipio detur"*: sul punto, come si vede, Gaio è netto nella concessione dell'azione, né vi è alcun riferimento all'assunzione "pattizia" del suddetto obbligo di mancipare[163].

---

consensuale romana: significato di una struttura,, cit., 83 nt. 42; TALAMANCA, voce *Vendita,* cit., 383.

[161] Come evidenziato da PUGLIESE, *Sull'obbligazione di «mancipare» nella compravendita romana*, cit., 532.

[162] Il frammento, com'è noto, è lacunoso non solo nell'ultima parte sopra riportata, ma anche nel suo proseguo. L'integrazione sopra riportata è stata avanzata in E. SECKEL-B. KOBLER, *Gai Institutiones*[8], Lipsiae, 1939, 241 e trova conferma in F. DE ZULUETA, *The Institutes of Gaius*, Oxford, 1946, 286; D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, Como, 1992, 158; U. MANTHE, *Gaius Institutiones*, Stuttgart, 2004, 392. Sulle proposte alternative di emendazione del frammento, che, comunque, non ne modificano il senso sopra proposta, si rinvia, da ultimo, a L. PELLECCHI, *La praescriptio. Processo, diritto sostanziale, modelli espositivi*, Padova, 2003, pp. 68 nt. 6 e 69 nt. 7, nonché a CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, cit., 16 ss.

[163] La tesi dottrinaria che collega l'esperibilità dell'*actio empti* nel caso di mancata effettuazione della *mancipatio* ad un'assunzione pattizia dell'obbligo di porre in essere il suddetto atto risale a G. PUCHTA, *System und Geschichte des römischen Privatrechts*, in *Cursus der Institutionen der römischen Rechts*, a cura di P. KRÜGER, Leipzig, 1881, 359 ss.; nonché a J. BERNHÖFT, *Beitrag zur Lehre vom Kaufe*, in *Jahrbücher für die Dogmatik (Jherings Jahrb.)*, 14 (1855), 182 ss.. Tale orientamento, nel corso dell'800 non ha avuto un grosso seguito, non mancando taluni autori di non affrontare neppure la problematica, cfr., in via esemplificativa, CH. MAINZ, *Cours de droit romain*[4], Brulles, 1887, II, 208 ss. Di contro, successivamente, in particolare, allo studio di BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, cit., 546 ss., comincia ad affermarsi l'opposto orientamento, che ipotizza l'esistenza di un obbligo per il venditore di porre in essere la *mancipatio*. La prevalenza di quest'orientamento è, del resto, ben testimoniata dal suo accoglimento nelle principali trattazioni manualistiche che si collocano a cavaliere tra il XIX ed il XX secolo, cfr. P.F. GIRARD*, Manuel élémentaire de droit romain*[6], Paris, 1918, 562; P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*[10], Roma, 1934, 486 nt.2; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*[2], Milano, 1928, 279; F. DE ZULUETA, *The Roman Law of Sale*, Oxford, 1949, 70 ss. Restringendo il campo di osservazione al panorama italiano, un ulteriore ed ultimo approfondimento nel senso delineato è stato compiuto da C. LONGO, *Corso di diritto romano – Parte speciale: La compravendita*, Milano, 1937, 294 ss. Successivamente si deve all'Arangio-Ruiz la "riscoperta" e la valorizzazione della tesi di Puchta, a partire dal contributo *Diritto puro e diritto applicato nella compravendita romana*, in *Festschrift Koschaker*, Weimar, 1939, II, 150

Nello stesso senso milita, del resto, l'inciso immediatamente seguente, nel quale Gaio pone sullo stesso piano dell'obbligazione di compiere la *mancipatio* quella di *vacuam possessionem nobis tradere*, rispetto alla quale ben difficilmente è immaginabile una derivazione pattizia.

4. *D. 19, 1, 11, 2 e l'obbligazione di compiere la* mancipatio *del bene acquistato*.

Se, dunque, a mio avviso la testimonianza di Gai 4, 131-131a permette già di compiere un primo passo avanti verso una maggiore complessità del contenuto dell'obbligazione del venditore, in relazione al compimento degli atti necessari al trasferimento della proprietà del bene venduto, un ulteriore passo è possibile grazie ad Ulpiano[164]:

> D. 19, 1, 11, 2 (Ulp. 32 *ad ed.*) *Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere: quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum, si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat, si modo pretium est numeratum aut eo nomine satisfactum. Emptor autem nummos venditoris facere cogitur.*

---

ss., poi ripreso e confermato nella trattazione monografica sulla vendita (cfr. in part. ARANGIO RUIZ, *Compravendita*, cit., 162 ss.). L'influenza di questa tesi sulla dottrina italiana successiva è nota. Oltre agli autori citati nelle note precedenti, si possono qui richiamare E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma, 1961, 502 3 503 nt.1; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 586; nonché, tra le più recenti trattazioni manualistiche, A.D. MANFREDINI, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 2000, 360, che afferma espressamente che «la compravendita romana, non solo non trasferiva la proprietà del bene in forza del semplice consenso e necessitava allo scopo dell'apposito atto di trasmissione (*mancipatio, in iure cessio*), ma non stabiliva a carico del venditore neppure l'obbligo trasferire la proprietà, cioè di compiere tali atti»; ancor più netto L.FASCIONE, *Storia del diritto privato romano*, Torino, 2006, 389, secondo cui «ci si è chiesti se la vendita di *res mancipi* comportasse l'obbligo di compiere la *mancipatio*, quando per tutti gli altri beni la *traditio* esauriva l'obbligo contrattuale. E' evidente che la risposta è negativa, pur potendo esserci a fianco della compravendita una *lex venditionis* ...».

[164] Per un inquadramento generale del frammento e del contesto in cui lo stesso si colloca si rinvia all'attenta e recente disamina condotta da G.ROSSETTI, *Interdipendenza delle obbligazioni e "risoluzione" della "emptio venditio": alcune soluzioni casistiche della giurisprudenza classica*, in *La compravendita e l'interdipedenza delle obbligazioni*, a cura di L. GAROFALO, II, Padova, 2007, 28 ss.

Il passo deve aver subito un accorciamento ad opera dei compilatori giustinianei, in modo da adattarlo al nuovo regime di trasferimento dei beni, semplificato dall'eliminazione della *mancipatio* e dalla conseguente generalizzazione del ricorso alla *traditio.* Per riportare all'originaria coerenza il ragionamento di Ulpiano appare necessitato l'inserimento[165] dell'inciso «*et, si mancipi est, mancipio dare»*: risulta, infatti, evidente che per far sì che il «*dominus venditor … facit et emptorem dominum»* in epoca classica, nel caso si trattasse di una *res mancipi*, il venditore non potesse che essere obbligato a compiere la *mancipatio*. A ciò può aggiungersi che l'utilizzo del verbo *praestare*, nella parte iniziale del frammento, presuppone, senza dubbio, che oltre a *tradere* dovesse essere inserito un altro verbo, in quanto altrimenti il giurista si sarebbe limitato a scrivere *«Et in primis ipsam rem tradere venditorem oportet»*[166].

Il passo di Ulpiano, riportato a coerenza in base all'integrazione che sembra condivisibile, consente poi agevolmente di superare, già sul piano testuale, il tentativo, di recente proposto, di disancorare l'obbligo di effettuare la *mancipatio* dal contenuto originario dell'obbligazione di *praestare rem*[167]. L'elidere dal

---

[165] Il passo emendato risulta: *Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere <et, si mancipi est, mancipio dare>: quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum, si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat, si modo pretium est numeratum aut eo nomine satisfactum. emptor autem nummos venditoris facere cogitur*.

[166] La lettura proposta del passo è stata ipotizzata dal Pugliese (PUGLIESE, *Sull'obbligazione di «mancipare» nella compravendita romana*, cit., 533 nt. 26), che a sua volta fa proprie le conclusioni del Lenel, che, per primo ha ipotizzato la necessità di completare il frammento in analisi con un riferimento alla *mancipatio*. Le due proposte emendative differiscono esclusivamente nel fatto che il secondo Autore concretizza il riferimento a questo ultimo istituto, utilizzando le seguenti parole: «*et, si mancipi est, mancipare»*, cfr. LENEL, *Pal.*, cit., II, col. 630 nt. 1. Sul punto appare, però, preferibile la lettura del Pugliese, che prende a modello l'espressione utilizzata da Gai 4,131a, sopra esaminata.

[167] E' la tesi sostenuta, di recente, da ROMEO, *L'appartenenza*, cit., 134 ss., in part. 150 s., ove espressamente si afferma che «il *praestare* di Ulpiano … vale bene a qualificare la struttura "aperta" dell'*emptio venditio:* non c'è un obbligo all'atto traslativo, che sia *traditio (rei)* o *mancipatio*». Tale netta affermazione sembra, in vero, collidere con quanto può leggersi alcune pagine prima (140 nt. 29), ove si ritiene che «l'aggiunta al *tradere*, quale contenuto del *rem praestare*, del *mancipio dare*, ben si concilia con una costruzione che definisce l'obbligazione del venditore nel rapporto di necessaria sinallagmaticità funzionale con quella del compratore: *rem praestare* significa obbligazione al compimento dell'atto traslativo, che è *mancipatio*, se la *res* è *mancipi*, *traditio* se la *res* è *nec mancipi*».

contenuto dell'obbligazione del venditore l'effettuazione della *mancipatio* del bene, viene, infatti, a creare criticità ricostruttive almeno per il periodo iniziale, in cui emerge lo schema consensuale dell'*emptio venditio*. Affermare, in vero, che «la *traditio* del venditore, ossia il *rem praestare* al quale è tenuto, si risolve nel trasferimento di una situazione idonea a realizzare la causa negoziale convenuta»[168] e, contemporaneamente ritenere che quest'ultima «è – e non può che essere – quella di trasferire la proprietà»[169], che, tra l'altro, si ammette essere realizzabile attraverso «una pluralità di vie»[170], può risultare contraddittorio con l'escludere che tra quest'ultime non possa essere ricompreso lo strumento che, in modo più semplice e sicuro, mette il compratore in grado di realizzare il suddetto effetto, ovvero la *mancipatio*. Né a diverse conclusioni mi sembra possa giungersi distinguendo dalla *traditio rei* la *traditio possessionis*[171], quest'ultima maggiormente idonea «a conciliare la causa, come obbiettivo economico finale del contratto, con le esigenze strutturali che ne hanno favorito la genesi»[172] .

La situazione, com'è evidente, viene a mutare quando, ad opera del pretore, sono sostanzialmente parificate la posizione dell'acquirente che avesse ricevuto la mera *traditio* della *res mancipi* acquistata a quella del *mancipio accipiens*, mediante la concessione dell'*exceptio doli* o *rei venditae et traditae* e l'*actio publiciana*[173].

---

[168] ROMEO, *L'appartenenza*, cit., 146.
[169] ROMEO, *L'appartenenza*, cit., 150.
[170] ROMEO, *loc. ult. cit.*
[171] Secondo la tesi in commento, in particolare, il *possessionem tradere* andrebbe qualificato come «atto di consegna traslativo del possesso e non della proprietà», con la conseguenza di poter superare «la contraddizione nella quale cade la dottrina quando, ritenendo giustamente il sistema di trasferimento della proprietà in diritto romano come un sistema causale, nega un obbligo di dare in capo al venditore, e corregge l'astrazione del trasferimento attuato mediante *mancipatio* con il principio dell'evizione», cfr. ROMEO, *L'appartenenza*, cit., 145. Con la conseguenza, ai fini della distinzione tra le due tipologie di *traditio*, che la «*traditio possessionis* è posta in essere *solvendi causa*, in adempimento dell'*obligatio consensu contracta*. Ma la *causa solutionis* non è connaturata e interna alla *traditio* quale atto di attribuzione patrimoniale, com'è nella *traditio* causale e traslativa», così ROMEO, *L'appartenenza*, cit., 148.
[172] ROMEO, *L'appartenenza*, cit., 150.
[173] In questo senso PUGLIESE, *Sull'obbligazione di «mancipare» nella compravendita romana*, cit., 536.

Attraverso l'intervento pretorio, infatti, al compratore, che riceve, attraverso la *traditio,* la *res mancipi* in una situazione di *in bonis*, viene offerta – attraverso l'*exceptio rei venditae et traditae* – una difesa passiva contro il proprietario *ex iure Quiritium* e – mediante l'*actio publiciana* – una difesa attiva nei confronti di tutti i terzi[174].

Con la conseguenza che tale compratore, a partire dal I sec. a.C., viene messo in condizione di «far valere il suo titolo nei confronti del venditore e dei terzi come se avesse acquistato tramite *mancipatio*», venendo, in particolare l'*actio Publiciana* ad eliminare lo 'iato' che nella pratica si creava tra negozio obbligatorio e i suoi effetti finali, in quanto l'atto reale di trasferimento era «spesso inidoneo a produrre gli effetti traslativi»[175].

Il fatto che la necessità di compiere la *mancipatio* della *res mancipi* oggetto di vendita sia da un certo momento in poi venuta meno, considerato il nuovo insieme di tutele che il pretore appresta per il compratore, non vuol, però, dire né che un tale obbligo non fosse originariamente previsto né *a fortiori* che esso fosse incompatibile con la struttura che si andava a delineare delle obbligazioni del venditore nell'*emptio venditio.* Se, dunque, la testimonianza ulpianea permette di chiarire i rapporti tra negozio di vendita e connesso atto traslativo, essa risulta altresì fondamentale nella risoluzione della problematica più generale della perimetrazione della complessa obbligazione gravante sul venditore, attraverso la valorizzazione dell'utilizzo che viene fatto da Ulpiano del verbo '*praestare*'.

---

[174] Cfr. sul punto diffusamente L. VACCA, *Il c.d. duplex dominium e l'actio Publiciana*, in *La proprietà e le proprietà, Atti del Convegno della Società italiana di Storia del diritto. Pontignano 30 settembre-3 ottobre 1985*, a cura di E. CORTESE, Milano, 1988, 39 ss. [ora in *Appartenenza e circolazione dei beni. Modelli classici e giustinianei*, a cura di L.VACCA, Padova, 2006, 129 ss., in particolare 158 ss.], a cui si rinvia anche per il necessario approfondimento bibliografico su tale strumento di tutela. Cfr. più di recente CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, cit., 143 ss.

[175] Così L.VACCA, *Annotazioni in tema di vendita e trasferimento della proprietà*, in *Incontro con Giovanni Pugliese. 18 aprile 1991*, Milano, 1992, 43 ss. [ora in *Appartenenza e circolazione dei beni. Modelli classici e giustinianei*, a cura di L.VACCA, Padova, 2006, 167 ss., da cui la citazione, 180].

5. *D. 19, 1, 11,pr.- 2 e l'obbligazione di* 'rem praestare'.

L'importanza sistematica di D. 19, 1, 11, 2 si apprezza maggiormente riportando anche la parte iniziale del discorso di Ulpiano:

> D. 19, 1, 11, pr.-1 (Ulp. 32 *ad ed.*) *Ex empto actione is qui emit utitur. 1. Et in primis sciendum est in hoc iudicio id demum deduci, quod praestari convenit: cum enim sit bonae fidei iudicium, nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter contrahentes actum est. Quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate.*

In questo frammento il giurista individua le prestazioni che vengono a connotare la responsabilità del venditore, ponendosi dall'angolo visuale processuale, ovvero delineando l'ambito applicativo dell'*actio empti*, tenuto conto della natura di buona fede del relativo giudizio. Anche in questa parte introduttiva del suo ragionamento, Ulpiano utilizza ancora una volta il verbo *praestare* per individuare la responsabilità del venditore. In che cosa si concretizzi il *praestare*, come visto, il giurista lo spiega nel frammento 2: '*dominus venditor ... facit et emptorem dominum, si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat*'.

E', dunque, evidente come, nell'ottica di Ulpiano, il significato di *praestare* sia «far sicura l'altra parte a proposito di qualcosa»[176]. La piena valorizzazione

---

[176] C. A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel Diritto Privato Romano. Materiali per un Corso di Diritto Romano,* Catania, 1996, 130. E che il significato non possa essere che quello evidenziato nel testo è stato, da ultimo, acutamente dimostrato da CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, cit., 29 s., attraverso una valorizzazione dei frammenti gaiani (Gai 2, 202 e 204) nei quali viene descritto il legato *per damnationem.* Giova riportare tale testimonianza testuale: Gai 2, 202 *Eoque genere legati etiam aliena res legari potest, ita ut heres rem redimere et praestare aut aestimationem eius dare debeat.* Gai 2, 204 *Quod autem ita legatum est, post aditam hereditatem, etiamsi pure legatum est, non, ut per uindicationem legatum, continuo legatario adquiritur, sed nihilo minus heredis est: et ideo legatarius in personam agere debet, id est intendere heredem sibi dare oportere, et tum heres rem, si mancipi sit, mancipio dare aut in iure cedere possessionemque tradere debet; si nec mancipi sit, sufficit, si tradiderit. nam si mancipi rem tantum tradiderit nec mancipauerit, usucapione demum pleno iure fit legatarii. completur autem usucapio, sicut alio quoque loco diximus, mobilium quidem rerum anno, earum uero, quae solo teneantur, biennio.*Nel primo dei due passi Gaio ci ricorda come il legato *per damnationem*

del pensiero di questo giurista permette, allora, a mio parere, un'agevole adesione all'impostazione ricostruttiva che individua, appunto, nel *praestare rem* il contenuto dell'obbligazione gravante sul venditore[177].

Com'è stato, infatti, messo efficacemente in luce da Letizia Vacca, la costruzione dell'obbligazione di *praestare rem* è «avvenuta collegando in modo simmetrico la struttura del contratto ai differenti modi di trasferimento reale delle *res mancipi* e *nec mancipi*»[178]. I giuristi romani, quindi, hanno costruito il contratto di vendita separando gli effetti del mero consenso da quelli del trasferimento reale; hanno, però, mantenuto il collegamento fra i due momenti, considerando in modo unitario il negozio finalizzato sempre al trasferimento della proprietà. Con la conseguenza evidente che «la vendita di *res mancipi* comporta fra cittadini romani l'obbligazione di compiere la *mancipatio* ...La *traditio* e la *mancipatio* poste in essere *emptionis causa* sono considerate espressione non solo di una comune volontà di trasferire e di ricevere il bene, ma di un consenso sulla causa sinallagmatica di scambio della cosa contro il prezzo, causa che per il suo particolare atteggiarsi non è scindibile dall'atto reale, nel senso che gli effetti di quest'ultimo sono tipicamente dipendenti dalla vendita»[179].

Proprio in questo solco si indirizzano, non a caso, le ultime indagini della dottrina più attenta[180], che hanno, senza dubbio, rafforzato sul piano dei riscontri testuali, l'impostazione che si ritiene di condividere.

---

potesse avere ad oggetto anche beni altrui. In questo caso l'erede avrebbe dovuto acquistare il bene dal terzo proprietario e, successivamente, *praestare* lo stesso al legatario. Ebbene il contenuto di quest'ultima obbligazione ci è spiegato da Gaio nel secondo passo, ove si dice che l'erede è tenuto a «*rem, si mancipi sit, mancipio dare aut in iure cedere possessionemque tradere debet; si nec mancipi sit, sufficit, si tradiderit*».

[177] L.VACCA, *Annotazioni in tema di vendita e trasferimento della proprietà*, in *Appartenenza e circolazione dei beni. Modelli classici e giustinianei*, a cura di L.VACCA, Padova, 2006, 167 ss.

[178] VACCA, *Annotazioni in tema di vendita e trasferimento della proprietà*, cit., 172.

[179] VACCA, *Annotazioni in tema di vendita e trasferimento della proprietà*, cit., 173

[180] CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, cit., *passim*; deve, comunque, ricordarsi come, anche Autori recenti mantengano un orientamento critico verso questa ipotesi ricostruttiva. Si è, infatti, rilevato come «altro, tuttavia, è ammettere che il venditore *possa* determinare direttamente l'acquisto del *dominium* e sia contestualmente precluso alle parti di escludere questo possibile corollario dell'adempimento; altro è ammettere che egli *debba* raggiungere questo risultato a livello di *Obligationsprogram*. Sottoscrivo, quindi, in tema di obbligazione del venditore, la tesi che fa capo, attualmente, al

6. 'Praestare rem', 'possessionem tradere' *e responsabilità per evizione.*

In base alle considerazioni svolte nei paragrafi precedenti, in adesione all'impostazione ricostruttiva che fa capo al pensiero di Pugliese, Letizia Vacca e Cristaldi, per quanto attiene all'angolo visuale della presente ricerca, si considera acquisito descrivere l'*emptio–venditio* come un «meccanismo neutro», volto ad assicurare l'appartenenza esclusiva di un determinato bene.

In quest'ottica[181], la «triade obbligatoria indicata in D. 19.4.1 pr.» viene a disegnare un meccanismo di trasferimento fortemente ancorato alla situazione

---

Talamanca e distinguo senz'altro tra *dare* e *possessionem tradere*: *praestare rem* (anche inteso nel senso indicato da Letizia Vacca e, comunque, a seguire almeno in parte la tesi di Salvatore Cristaldi, come dovere di assicurare all'*emptor* una situazione giuridica soggettiva tutelata *erga omnes*, in via civile come onoraria, senza tuttavia s'individui come necessitata, sul piano del programma di obbligazione, una di esse in particolare) non equivale, per i *prudentes*, a *rem facere accipientis*», così R.FERCIA, *«Quia vendidit, dare promisit»,* Cagliari, 2009, 22 nt. 25. Incidentalmente può rilevarsi, in merito a tale argomentare, che esso corra il rischio di ancorarsi apoditticamente all'orientamento tradizionale, prescindendo da un'attenta valorizzazione dell'apporto che sulpiano ricostruttivo può essere tratto dalle fonti sopra analizzate. A ciò può aggiungersi che l'orientamento tradizionale talvolta viene fatto apparire più "granitico" di quanto, in realtà, lo sia effettivamente. Nel pensiero del Windscheid, ad esempio, nell'ottava edizione del "Diritto delle Pandette" può rinvenirsi quello che sembra un vero e proprio cambio di opinione sul punto. Nel descrivere in generale le obbligazioni gravanti sul venditore, si afferma che «la responsabilità per causa d'evizione è appunto anche soltanto un lato particolare dell'obbligazione del venditore; essa non esaurisce questa obbligazione». Nello spiegare, in nota, tale affermazione, si esplicita che «diversamente l'opinione dominante, e con essa le prime edizioni di questo Trattato. L'opinione dominante fa capo a ciò, che il venditore sia obbligato soltanto alla difesa dall'evizione. E' merito di Eck lo avere … dimostrata l'erroneità di questa opinione. Le pronunzie delle fonti, che limitano la responsabilità del venditore alla responsabilità per causa d'evizione sono troppo unilaterali. Nella responsabilità per evizione l'obbligazione del venditore trova la sua estrinsecazione più appariscente, né è da far meraviglia, che questa sua estrensicazione da principio sia stata tenuta per la sostanza di essa. Soltanto gradatamente la giurisprudenza romana s'è spinta ad una nozione più profonda». Dal che, tornando nel testo, si considera che il compratore, pur possedendo la cosa acquistata, «non la goda come un proprietario. … Allora egli può esigere dal venditore che gli procacci ciò che manca», così B.WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad.it. a cura di C. Fadda e P.E.Bensa, II, Torino, 1930[8], 496 s. e nota 8a.

[181]La prospettiva accolta trova, poi, ulteriore conferma se si volge lo sguardo anche alla materia della tutela contro i vizi del bene, che trascende dalla presente analisi. Al riguardo si è, infatti, da ultimo ritenuto che l'utilizzo dell'*actio empti* in funzione redibitoria possa essere agevolmente spiegato in connessione all'obbligazione del venditore di *rem praestare*, in quanto risultano «perseguibili con l'*actio empti* tutti i comportamenti del venditore che impediscono la

concreta *sub specie* di situazione giuridica considerata, ovvero *dominium ex iure Quiritium*, *in bonis* o proprietà peregrina[182].

La sinteticità dei rilievi ora condotti, su un tema, quale quello della corretta perimetrazione degli effetti obbligatori prodotti dall'*emptio–venditio,* la cui complessità è ben testimoniata dal vivace dibattito dottrinario che investe tuttora i suddetti profili, a mio avviso può essere giustificata dalla considerazione che lo stesso, in vero, non ha immediate ricadute sul corretto inquadramento della garanzia per evizione in relazione a tale schema contrattuale.

Ciò in quanto, come appena ricordato, ci si continua a muovere sempre sul piano obbligatorio[183].

In altre parole, sia considerando che sul venditore gravi il solo obbligo di garantire il pacifico godimento del bene sia, viceversa, si reputi che sia onerato della più ampia obbligazione di *praestare rem*, nondimeno l'eventuale evizione, come sarà evidente nel proseguo dell'analisi, viene a produrre – in entrambi i casi – un'interferenza sull'equilibrio sinallagmatico della vendita conclusa[184].

---

realizzazione, nell'interesse dell'*emptor*, dell'*habere licere*, compresi, quindi, i vizi redibitori», così ROSSETTI, *Interdipendenza delle obbligazioni e "risoluzione" della "emptio venditio": alcune soluzioni casistiche della giurisprudenza classica*, cit., 31 s. Fondamentali risultano sul punto le osservazioni contenute in L. VACCA, *Risoluzione e sinallagma contrattuale nella giurisprudenza dell'età classica*, in *Il contratto inadempiuto. Realtà e tradizione del diritto contrattuale europeo (III Congr. Intern. ARISTEC. Ginevra 24-27 settembre 1997)*, Torino, 1999, 23 ss. [ora in L. VACCA, *Garanzia e responsabilità. Concetti moderni e dogmatiche attuali*, Padova, 2010, 113 ss.].

[182] CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, cit., 277 ss.

[183] A conseguenze radicalmente opposte si perverrebbe, invece, nel caso si considerasse l'obbligazione del venditore come di *dare rem*. Com'è, infatti, stato di recente autorevolmente ricordato, «nel diritto romano, la responsabilità del venditore per l'evizione della cosa prestata è stata introdotta proprio per evitar di addossare al venditore l'obbligazione di *dare* la cosa venduta, per le conseguenze indesiderabili alle quali quest'ultima obbligazione può dar luogo», così CANNATA, *Labeone*, cit., 40 nt. 15.

[184] Che il campo di elezione dell'operare della garanzia per evizione sia quello del mantenimento dell'equilibrio sinallagmatico, come si vedrà diffusamente nei paragrafi seguenti, è stato da ultimo evidenziato da T. DALLA MASSARA, *Garanzia per evizione e interdipendenza delle obbligazioni nella compravendita romana*, in *La compravendita e l'interdipedenza delle obbligazioni*, a cura di L. GAROFALO, II, Padova, 2007, 308, secondo cui «la giurisprudenza classica avrebbe guadagnato, proprio sul terreno della buona fede, una precisa giunzione tra la garanzia per evizione e la struttura sinallagmatica del contratto». Per meglio chiarire quanto sopra affermato, giova evidenziare come, ad esempio, Dalla Massara giunge a tale conclusione,

La possibilità del rimedio in esame di operare indipendentemente dalla conformazione più generale del negozio a cui risulta connesso è, del resto, plasticamente dimostrata, anticipando ancora una volta quanto vedremo successivamente, dal momento processuale.

Ciò che, infatti, viene a contraddistinguere[185] – indipendentemente dal modello di trasferimento considerato – l'evizione è l'oggettività dei presupposti che connotano la relativa responsabilità. Il venditore, infatti, è chiamato a rispondere per la perdita della disponibilità del bene, che il compratore subisce a causa della pretesa avanzata validamente da un terzo, sulla base di una circostanza antecedente alla formazione del contratto. Ciò determina, appunto, un evidente vantaggio in capo al compratore, che sarà gravato da un onere probatorio ridotto e consistente nella mera prova della sussistenza del fatto evittivo.

Con la conseguenza che tale forma senza dubbio privilegiata di tutela in favore del compratore si giustifica tanto nel caso in cui l'obbligazione del venditore si limiti ad un *facere* quanto se assuma la forma del *dare*: in entrambi i casi, infatti, il «compratore che agisce per il risarcimento del danno è facilitato dalla circostanza che non deve provare la responsabilità del venditore»[186].

Rinviando l'analisi dell'*ob evictionem se obligare* al capitolo IV, assolutamente pacifica, di contro, risulta l'individuazione dell'obbligazione principale del compratore. Essa è, senza dubbio, quella di trasferire la proprietà del denaro che costituisce il prezzo del bene acquistato. Connesse a questa obbligazione ve ne possono essere altre accessorie, frutto dell'accordo delle parti, come, ad esempio, la delegazione, operata dal compratore, a persona solvibile

---

partendo dalla condivisione dell'orientamento tradizionale, secondo cui «scopo del contratto di *emptio venditio* risulta quello di attribuire la pacifica disponibilità di un bene, dietro corrispettivo del prezzo», così ID., *Garanzia per evizione*, cit., 307. Una simile conclusione, così si afferma sopra e si tenterà di dimostrare nel proseguo dell'analisi è, in vero, pienamente condivisibile anche partendo dall'opposto orientamento, a cui si ritiene di dover aderire, che vede il venditore gravato della più complessa obbligazione di *praestare rem.*

[185] Come evidenziato da VACCA, *La garanzia per evizione e le obbligazioni del venditore nel sistema romano e nel sistema del codice civile italiano*, cit., 286 ss.

[186] VACCA, *La garanzia per evizione e le obbligazioni del venditore nel sistema romano e nel sistema del codice civile italiano*, cit., 286.

dell'obbligazione di pagare il prezzo. Il compratore è, poi, sicuramente tenuto a cooperare nell'esecuzione dell'obbligazione del venditore: ciò si deduce dalla natura di buona fede dell'*actio venditi*[187].

[187] ARANGIO RUIZ, *Compravendita*, cit., 202.

CAPITOLO TERZO

LE STIPULAZIONI DI GARANZIA

SOMMARIO: 1. La *repromissio* e la *satisdatio secundum mancipium*: lo stato delle fonti. - 1.1. La connessione con l'evizione. - 2. La Formula Baetica. - 3. La testimonianza plautina. - 4. La funzione della *repromissio* e della *satisdatio secundum mancipium*. - 4.1. Il tentativo di ricondurre la disciplina della *repromissio* e della *satisdatio secundum mancipium* nell'editto del pretore. - 5. La *stipulatio habere licere* e la *stipulatio duplae*: verso l'emersione di uno strumento generale di garanzia per evizione. - 5.1. Alcune precisazioni sull'ambito di applicazione della *stipulatio habere licere*. - 6. La *stipulatio duplae*. - 7. Casistica in tema di presupposti per far valere la responsabilità *ex stipulatione duplae*. - 8. L'ambito di applicazione della *stipulatio duplae*. - 9. L'*actio ex stipulatu* in materia di garanzia per evizione: problemi applicativi. - 9.1. In particolare sull'esperibilità dell'*actio ex stipulatu* in caso di evizione parziale. - 10. Ancora su D. 21, 2, 64 pr.– 4.

1. La *repromissio* e la *satisdatio secundum mancipium*: *lo stato delle fonti.*

Come si è avuto modo di anticipare nelle pagine precedenti, l'evoluzione degli strumenti di tutela nei confronti dell'evizione è strettamente connessa a quella dei mezzi di trasferimento della proprietà, nonché al regime stesso di appartenenza.

Si è anche ipotizzato, contrariamente a quello che tradizionalmente si afferma[188], che l'utilizzo degli strumenti 'stipulatori' di tutela contro l'evizione non possa essere fatto risalire troppo indietro nel tempo, per costituire un parallelo – dogmaticamente coerente – tra regime dell'evizione previsto per le *res mancipi* e quello stabilito per le *res nec mancipi.*

Ora è necessario verificare tali ipotesi ricostruttive, attraverso l'analisi delle fonti. Le prime figure con le quali è opportuno confrontarsi sono la *repromissio* e la *satisdatio secundum mancipium* Giova preliminarmente evidenziare, riprendendo le parole dell'Ankum, come «nella letteratura romanistica moderna codeste due figure sono spesso confuse: … una *repromissio* è una promessa fatta in forma di *stipulatio*; il termine *repromissio* è sinonimo, infatti, di *stipulatio*, ma

[188] Cfr. in via esemplificativa ARANGIO RUIZ, *Compravendita*, cit., 333.

repromissio è una promessa formale vista dal lato del debitore (*promissor*), mentre *stipulatio* è una promessa formale vista dalla parte del creditore (*stipulator*). … D'altronde i Romani usano la parola *satisdatio* per indicare una *stipulatio* che sia stata rafforzata dall'intervento di garanti»[189]. Entrambi gli istituti appartengono, poi, al *genus* delle *stipulationes praetoriae*.

Anche riguardo a questi due strumenti, «disgraziatamente i testi di cui disponiamo sono ben pochi» [190]. Le testimonianze più antiche sono essenzialmente due. Si vedano

> Cic., *Ad Att*., 5, 1: *De Annio Saturnino curasti probe. De satis dando vero te rogo, quoad eris Romae, tu ut satis des. Et sunt aliquot satisdationes secundum mancipium veluti Mennianorum praediorum vel Atilianorum.*

> Plaut., *Persa* 524: *«ac suo periclo is emat qui eam marcabitur: / mancupio neque promittet neque quisquam dabit».*

Una testimonianza più affidante, ma notevolmente più tarda è rinvenibile in un documento della prassi. Si tratta di una clausola facente parte della *Formula Baetica*[191], rinvenuta in Spagna nel 1867, contenente la formula di una *fiducia cum creditore* e databile intorno al I o al II secolo d.C. Si veda

> *… mancipio pluris (sestertio) n(ummo) (uno) invitus ne daret, neve satis secundum mancipium daret, neve <ut>in ea verba, quae in verba satis s(ecundum) m(ancipium) dari solet, repromitteret, neve simplam neve [duplam promitteret…*[192]

---

[189] ANKUM, *Alla ricerca della repromissio e della satisdatio secundum mancipium*, cit., 747.
[190] Arangio Ruiz, *Compravendita*, cit., 329.
[191] Per un inquadramento della quale cfr. per tutti L. PEPPE, *La vastità del fenomeno fiduciario nel diritto romano: una prima riflessione*, in *Le situazioni affidanti*, a cura di M. LUPOI, Torino, 2006, 21 ss.
[192] in FIRA, III[1], *cur.* V.ARANGIO–RUIZ, Firenze, 1943, 295–297, n. 92.

Non risultano, invece, testimonianze esplicite ricavabili dal Digesto. Anche in questo caso – come già ipotizzato per l'*auctoritas* – potrebbe inferirsi che tale silenzio derivi da una precisa scelta giustinianea. Conseguenzialmente si è ipotizzato – prevalentemente sulla base di argomenti sistematici – che una serie di passi contenuti nella compilazione giustinianea come attinenti alla disciplina della *stipulatio duplae*, avrebbero avuto, in realtà, originariamente ad oggetto la *satisdatio secundum mancipium*[193]. Un ulteriore elemento sarebbe ricavabile da una simile operazione condotta sui testi: il fatto che «nonostante la facilità di trasportarli al nuovo riferimento, essi occupino così poco spazio … sembra deporre addirittura nel senso che già gli scrittori di epoca classica avanzata dedicassero poca attenzione a questo tipo ormai disusato di stipulazione»[194].

Emblematico delle difficoltà sottese a tali opzioni interpretative è il tentativo, senza dubbio autorevole[195], di ricondurre alla *repromissio secundum mancipium* un passo di Papiniano[196].

Nel frammento il giurista affermerebbe il principio che, in caso di sconfitta del compratore in un processo di rivendica, la cui sentenza sia stata *iniqua,* il venditore non sia tenuto a rispondere per evizione in quanto la responsabilità derivante da *auctoritas* andrebbe intesa in senso restrittivo. L'aspetto su cui andrebbe focalizzata l'attenzione è dato dall'esclusione anche di quella garanzia che viene descritta come *stipulationem auctoritatis,* ma che si afferma apoditticamente[197] essere identica alla *repromissio secundum mancipium*[198]. Una simile interpretazione non mi sembra condivisibile, perché mi pare urtare con la stessa struttura del passo, così come accolta anche dall'interpretazione in esame.

---

[193] Si tratta in particolare di D. 21, 2, 40 (Iulian., 58 *Dig.*); D. 21, 2, 43 (Iulian., 58 *Dig.*); D. 21, 2, 52 (Ulp. 81 *ad ed.*); D. 21, 2, 53 (Paul., 77 *ad ed.*). Su taluni di questi passi si tornerà *infra* in questo stesso paragrafo.

[194] Arangio Ruiz, *Compravendita*, cit., 332

[195] E' la tesi dell'ANKUM, *Alla ricerca della repromissio e della satisdatio secundum mancipium*, cit., 762.

[196] Vat. Frag., 10: *Iniquam sententiam evictae rei periculum venditoris non spectare placuit neque stipulationem auctoritatis committere*.

[197] «…la stipulatio auctoritatis, che è a mio avviso identica alla r.s.m.» cfr. ANKUM, *Alla ricerca della repromissio e della satisdatio secundum mancipium,*cit., 762

[198] ANKUM, *Alla ricerca della repromissio e della satisdatio secundum mancipium*, cit., 762 ss.

Una volta, infatti, che si riconosca come la seconda parte del frammento costituisca un'integrazione posta in essere dal redattore dei *Vaticana Fragmenta* volta a generalizzare «il contenuto del testo rendendolo applicabile a tutte le azioni del compratore contro il venditore in caso di evizione»[199], appare perlomeno strano che tale generalizzazione abbia avuto di mira un istituto che come visto all'epoca doveva aver nella migliore delle ipotesi un'applicazione sicuramente minore rispetto a quella dell'*auctoritas*, potendo anzi non trovare fondatamente più applicazione.

1.1. *La connessione con l'evizione.*

Tenendo conto delle incertezze – ora richiamate – che derivano dalla scarsità di fonti a nostra disposizione, può ipotizzarsi in prima approssimazione, per quanto attiene, in particolare, alla *satisdatio secundum mancipium,* che essa sarebbe stata utilizzata – in caso di *mancipatio* – dal venditore per rafforzare l'obbligo, in forma di *stipulatio*, di prestare l'*auctoritas*, fornendo uno o più *sponsores* o *fidepromissores* per garantire maggiormente il compratore. Una simile prospettiva, naturalmente, non può che collocarsi in un momento in cui la responsabilità connessa all'*auctoritas*, come visto, si 'contrattualizza', venendosi a delineare quella che si potrebbe definire '*obligatio auctoritatis*'.

Il venditore è tenuto a riassumere, mediante *stipulatio*, un'obbligazione che in termini approssimativi potremmo dire già nascente, *ipso iure,* dalla *mancipatio,* in quanto altrimenti non sarebbe stato possibile per gli *sponsores*, in qualità di garanti, assumere tale responsabilità: quest'ultimi, infatti, possono garantire esclusivamente obbligazioni assunte mediante *stipulatio.* La parola *secundum,* presente nell'espressione *satisdatio secundum mancipium* avrebbe un duplice significato: da una parte indicherebbe, infatti, che l'obbligazione in parola è assunta dopo il compimento della *mancipatio*, dall'altra che la stessa

[199] ANKUM, *Alla ricerca della repromissio e della satisdatio secundum mancipium*, cit., 762 nota 75.

obbligazione è assunta conformemente alla *mancipatio*, ovvero ha un contenuto identico a quello dell'*obligatio auctoritatis*[200].

Se si focalizza maggiormente l'attenzione sulla funzione svolta dall'istituto in analisi[201], essa appare differente a seconda del periodo storico considerato[202]. Nel periodo antico sarebbe stata la promessa di assumere l'*obligatio auctoritatis*, compiuta mediante *stipulatio* e accompagnata dalla dazione di *sponsores* oppure di *fidepromissores.* Nel periodo successivo, invece, la promessa compiuta dal *mancipio dans* sarebbe stata uguale a quella compiuta nel periodo precedente, ma, a differenza di quello, sarebbe stata accompagnata dalla dazione di *fideiussores*. In tale periodo, poi, non presupponendo necessariamente la *fideiussio* che il *mancipio dans* avesse compiuto un'apposita *obligatio verbis,* l'istituto avrebbe potuto svolgere anche soltanto la funzione di dazione dei *fideiussores*[203].

Richiamando l'attenzione anche sulla *repromissio secundum mancipium,* si può fondatamente supporre che l'istituto abbia avuto la funzione di supplire, per quanto riguarda la garanzia contro l'evizione, agli effetti normalmente propri di una *mancipatio.* In altre parole sarebbe servita a far assumere la qualità di *auctor* ad un venditore che, per qualsiasi motivo, non avesse potuto compiere la *mancipatio* oppure nel caso questa fosse risultata invalida.

---

[200] ARANGIO RUIZ, *Compravendita*, cit., 329 ss.; LENEL, *Das edictum perpetuum*, cit., 547 ss., che osserva come la parola *secundum* ha sicuramente il significato di «dopo», mentre non presenta necessariamente quello di «conforme a», in quanto la *satisdatio* potrebbe avere anche un contenuto, in tutto o in parte, diverso da quello dell'*obligatio auctoritatis.*

[201] Una rassegna approfondita delle principali impostazioni sostenute in dottrina si rinviene in ANKUM, *Alla ricerca della repromissio e della satisdatio secundum mancipium,* cit., 748 ss.

[202] GIRARD, *Études historiques sur la formation du système de la garantie d'éviction en droit romain*, cit., 60 ss.

[203] Il tema, com'è evidente, si interseca con quello più generale dell'evoluzione delle figure di garanzie personali nell'esperienza giuridica romana. Al riguardo non può, in questa sede, che rinviarsi alle approfondite ricerche, che sul tema ha svolto Vincenzo Mannino, cfr. ID., voce *Garanzie dell'obbligazione*, in *Dig. Disc. Priv., sez.civ.,* , VIII, Torino, 1992, 615 ss.; ID., *Fideiussione e accessorietà*, in *La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica*. *Atti V Convegno Internazionale Aristec Salisburgo 13-15 settembre 2001*, a cura di L. VACCA, Torino, 2003, 55 ss.

2. *La* Formula Baetica.

La delineata ricostruzione sembra, per vero, trovare riscontro nelle seppur poche fonti disponibili in materia. Punto di partenza è sicuramente la clausola della Formula Baetica, databile tra il I e il II secolo d.C. e sopra richiamata. Concentrando l'attenzione sul frammento di nostro interesse[204], viene qui precisato che il creditore, al momento di vendere le cose ricevute a titolo di garanzia, non debba essere costretto ad assumere in alcun modo la responsabilità per evizione. Il motivo di questa clausola risulta evidente: il creditore non conosce l'origine dei beni che gli vengono offerti in garanzia.

Assumersi la garanzia per evizione, al momento della vendita, vorrebbe dire assumersi un rischio: il debitore, infatti, avrebbe potuto evitare, in caso di evizione, di subirne le conseguenze, adducendo che il prezzo ottenuto dal compratore era uguale a quello che si sarebbe ottenuto vendendo senza la suddetta garanzia, ponendo, quindi, nel nulla l'*actio fiduciae contraria*, intentata dal creditore[205]. Una volta capita la *ratio* dell'esclusione della responsabilità per

---

[204] *… mancipio pluris (sestertio) n(ummo) (uno) invitus ne daret, neve satis secundum mancipium daret, neve <ut>in ea verba, quae in verba satis s(ecundum) m(ancipium) dari solet, repromitteret, neve simplam neve [duplam promitteret…* ; in FIRA, III[1], cur. V. ARANGIO–RUIZ, Firenze, 1943, 295–297, n. 92. Su cui cfr. anche BEKKER, *Die Aktionen des romischen Privatrechts*, I, Berlin, 1871, 124 ; KARLOWA, *Der römische Civilprozess zur Zeit der Legisactionen*, Berlin, 1872, 135 ; L. CAPOGROSSI COLOGNESI**,** *Persistenza e innovazione nelle strutture territoriali dell'Italia romana : L'ambiguità di una interpretazione storiografica e dei suoi modelli***,** Napoli, 2002, pp. 53 ss.; ROMEO, *L'appartenenza*, cit., 131.

[205] Al riguardo è stato correttamente messo in evidenza come fosse stato «previsto nel contratto di fiducia che il creditore fiduciario non avrebbe, vendendo, assunto alcuna garanzia per evizione affinchè il debitore potesse dichiararsi d'accordo su questa clausola, in guisa tale da vincolarsi a non intentare contro il fiduciario l'*actio fiduciae directa* per chiedere il risarcimento del danno da lui patito a causa del fatto che il creditore aveva venduto, senza costituirsi responsabile per evizione, e che perciò il compratore aveva pagato un prezzo più basso … Questa clausola è stata incorporata nel contratto a favore del creditore, perché sarebbe altrimenti possibile che il debitore intentasse l'*actio fiduciae directa* contro di lui, ed asserisce che la buona fede (la formula contiene le parole: *ut inter bomus bene agier oportet et sine fraudatione*) produce per il creditore che vende il dovere di dare al compratore della cosa una garanzia per evizione, che avrebbe giustificato un prezzo più elevato, e che egli deve indennizzarlo in assenza di quyesta garanzia. Mediante la clausola studiata il creditore esclude la possibilità che questa azione sia esperita contro di lui», così ANKUM, *Alla ricerca della repromissio e della satisdatio secundum mancipium,*cit., 757.

evizione, si deve esaminare in che modo una simile esclusione è stata realizzata nella pratica. In primo luogo il creditore non deve compiere, neppure involontariamente, una *mancipatio* per una somma maggiore di un sesterzio: *mancipio pluris (sestertio) n(ummo) (uno) invitus ne daret.* Mancipando, infatti, il fondo o lo schiavo, per una somma pari ad un sesterzio, si otteneva l'effetto voluto di mettere, praticamente, nel nulla la garanzia discendente dall'*auctoritas.*

Nel caso, invece, il creditore vendesse il fondo o il bene mediante *traditio*, non doveva assumere la garanzia contro l'evizione mediante una *satisdatio secundum mancipium: neve satis secundum mancipium daret.* Sempre nel caso di vendita mediante *traditio*, il creditore non doveva neppure impegnarsi ad assumere la suddetta garanzia mediante una *repromissio: neve <ut>in ea verba, quae in verba satis s(ecundum) m(ancipium) dari solet, repromitteret.* E' interessante, per un momento, confrontare quest'ultima previsione con la precedente: mentre in quest'ultima la *satisdatio* viene indicata senza farne una descrizione, nel primo caso, invece, viene espressamente enunciato il contenuto della *repromissio*, affermando che si utilizzavano le stesse parole utilizzate per la *satisdatio.*

Da questo confronto si può dedurre che, mentre la *satisdatio* era generalmente conosciuta ed aveva una sola forma di redazione, da cui sarebbe derivata la non necessità di riportarla nel testo dell'accordo, invece altrettanto non si può dire per la *repromissio*, di cui le parti ritengono necessario riportare un esempio di redazione[206]. Non è azzardato a questo punto sostenere che il creditore non era neppure obbligato ad impegnarsi, mediante apposita *stipulatio,* in caso di perdita da parte dell'acquirente dell'*habere licere* sulla cosa acquistata, a restituirgli il prezzo pagato ovvero il doppio dello stesso. Ciò si ricava abbastanza agevolmente, nonostante il testo non ci sia stato tramandato integro, da: *neve simplam neve [duplam promitteret…*

[206] A ciò potrebbe aggiungersi che la generale conoscibilità della *satisdatio secundum mancipium* fosse data dall'inclusione della stessa, a differenza della *repromissio,* nell'editto pretorio. Cfr. in tale senso ANKUM, *Alla ricerca della repromissio e della satisdatio secundum mancipium,*cit., 759. Su tale profilo cfr. paragrafo seguente.

3. *La testimonianza plautina.*

Ulteriori riscontri sono rinvenibili nel dialogo tratto dal *Persa* di Plauto[207], sopra riportato, scritto tra il 196 ed il 184 a.C.

Preliminarmente occorre ricordare il contesto, in cui deve leggersi tale testimonianza.

Un servo, Tossilo, fa leggere al lenone Dordalo una lettera, nella quale un cosiddetto amico persiano del servo offre in vendita una graziosa ragazza, che si afferma essere stata rubata in Arabia. La lettera sarebbe stata consegnata a Tossilo da un mandatario del suo amico persiano (in realtà la missiva era stata scritta dallo stesso Tossillo).

Nella lettera le condizioni per la vendita sono precisate in modo molto minuzioso, e, tra le varie clausole vi è quella precedentemente riportata[208]. Occorre in particolare evidenziare come il Persiano, consapevole che la fanciulla da vendere è stata rubata, indichi espressamente, tra le varie istruzioni al suo mandatario, di non compiere della stessa una *mancipatio,* ma anche di non compiere una *repromissio secundum mancipium*. Queste precise indicazioni ben testimoniano come tale istituto fosse di comune applicazione a Roma e fosse, quindi, conosciuto da tutto il pubblico che assisteva alle commedie di Plauto. Il riferimento a quest'ultimo istituto, contenuto nell'espressione "*mancupio ... promittet"*, sembra logicamente sostenibile, stante le finalità che si vogliono conseguire con la suddetta vendita. Sarebbe, infatti, stato plausibile che un eventuale compratore romano della schiava – ritenendo che il Persiano non fosse legittimato a compiere la *mancipatio* – volendo, comunque, fruire della garanzia connessa a questo strumento di trasferimento, richiedesse che fosse prestata la suddetta *repromissio.*

Deve puntualizzarsi come anche in questo caso ci si muove sul piano delle mere congetture: la coerenza logica sopra affermata, infatti, ha come presupposto

---

[207] Per il testo cfr. nota seguente.

[208] Plaut., *Persa* 524: «*ac suo periclo is emat qui eam marcabitur: / mancupio neque promittet neque quisquam dabit*».

che l'istituto in esame svolgesse una simile funzione di garanzia contro l'evizione. Soltanto in questo caso, infatti, risulta possibile tale equiparazione.

4. *La funzione della repromissio* e della *satisdatio secundum mancipium.*

Ciò posto, cercando di ricondurre a sintesi i pochi elementi ricavabili dalle scarse fonti a nostra disposizione, può ipotizzarsi che la *satisdatio secundum mancipium* abbia svolto la funzione di offrire una maggiore protezione all'acquirente di una *res mancipi*, attraverso la dazione di ulteriori garanti a fianco del venditore.

Rientrano, a mio parere, nell'ambito delle mere congetture[209] – che verificheremo in parte nel corso dell'analisi – sia la tesi[210] che ritiene che il venditore avesse già compiuto, prima di compiere la *satisdatio,* una *mancipatio* valida, sia la tesi[211] che, invece, riconduce l'utilizzo di tale strumento ai soli casi nei quali il venditore non avesse potuto legittimamente porre in essere il suddetto atto di trasferimento dei beni.

---

[209] Per dare conto della divergenza di opinioni che connota l'istituto in esame può indicarsi come parte della dottrina lo collochi al di fuori dell'ambito della responsabilità per l'evizione. Alla base di questa tesi vi è una diversa lettura di un passo di Ulpiano, in questa sede utilizzato per il tentativo ricostuttivo dell'*actio auctoritatis.* Si veda nuovamente D. 50, 16, 73 (Ulp. 80 ad ed.): *Haec verba in stipulatione posita " eam rem recte restitui" fructus continent: " recte" enim verbum pro viri boni arbitrio est.* Le parole *" eam rem recte restitui"* apparterrebbero alla *satisdatio secundum mancipium:* la funzione, quindi, di questo istituto sarebbe stata quella di ottenere la *restitutio* di una cosa, che, secondo le parole dello stesso Ulpiano, doveva comprendere anche quella dei frutti. La *satisdatio secundum mancipium* non mirava, dunque, a fornire una garanzia contro l'evizione, ma a procurare la cosa mancipata, con i suoi frutti e gli altri benefici che il *mancipio accipiens* avrebbe conseguiti se la cosa gli fosse stata materialmente consegnata nel momento stesso in cui si compiva l'atto solenne, il che nella *mancipatio* dei fondi non avveniva. Cfr. in questo senso SARGENTI, *La satisdatio secundum mancipium e la stipulatio habere licere nel quadro della garanzia per evizione nella compravendita romana,* cit., 151 ss. Non si è mancato da altra parte della dottrina di sostenere, invece, che il passo sopra esposto non sarebbe stato tratto dal libro 80 del Commentario all'Editto di Ulpiano, ma dal libro 79 della medesima opera. Più specificatamente, il passo si riferirebbe alla *satisdatio legatorum servandorum causa,* che, a partire dal 135 d. C. sarebbe risultata applicabile anche ai fedecommessi condizionali ed ad termine. CFR. ANKUM, *Alla ricerca della repromissio e della satisdatio secundum mancipium,*cit., 773 ss., a cui si rinvia per i necessari approfondimenti.

[210] Si tratta della tesi tradizionale. Cfr. per tutti ARANGIO RUIZ, *Compravendita*, cit., 329;

[211] E' la tesi dell'Ankum; su cui cfr. ANKUM, *Alla ricerca della repromissio e della satisdatio secundum mancipium*, cit., *passim*.

Ugualmente problematica mi sembra l'identificazione del concreto contenuto della *repromissio secundum mancipium,* tenuto conto anche del silenzio della dottrina tradizionale su tale istituto: in via meramente ipotetica può ritenersi che essa dovesse essere impiegata nei casi in cui non potendo il venditore compiere validamente una *mancipatio*, si assumesse in forma stipulatoria una garanzia con un contenuto paragonabile a quello proprio dell'*auctoritas.* Una suggestione in questo senso può senza dubbio venire dal passo del *Persa* di Plauto sopra esaminato.

Una conferma dell'ipotizzata ricostruzione è rinvenibile nel passo di Cicerone riportato all'inizio di questo paragrafo[212]. In esso l'Arpinate prega l'amico Attico di compiere delle *satisdationes secundum mancipium* concernenti alcuni fondi indicatigli, che presumibilmente non erano stati venduti direttamente da Cicerone, in quanto fuori Roma, ma dallo stesso Attico, in qualità di *procurator* di Cicerone. La testimonianza è importante in quanto prova l'esistenza dell'istituto in parola, ma non permette, però, alcun passo avanti nell'individuazione della correlativa disciplina[213].

Un ulteriore elemento mi sembra possa essere ricavato dalle poche testionianze di cui disponiamo: l'impossibilità di ipotizzare un'eccessiva risalenza di entrambe le figure. Nel loro funzionamento, a mio avviso, entrambe le figure presuppongono che la *mancipatio* fosse considerata quale ormai non più quale vendita reale, ma quale strumento di trasferimento della proprietà a seguito di un accordo formalizzatosi in seno ad un'*emptio venditio.*

[212] Cic., *Ad Att*., 5, 1: *De Annio Saturnino curasti probe. De satis dando vero te rogo, quoad eris Romae, tu ut satis des. Et sunt aliquot satisdationes secundum mancipium veluti Mennianorum praediorum vel Atilianorum.*

[213] Di diverso avviso SARGENTI, *La satisdatio secundum mancipium e la stipulatio habere licere nel quadro della garanzia per evizione nella compravendita romana*, cit., 151 ss.

4.1. *Il tentativo di ricondurre la disciplina della* repromissio *e della* satisdatio secundum mancipium *nell'editto del pretore*.

E' da considerare, infine, se esistano argomenti per affermare che tali previsioni fossero comprese all'interno dell'editto del pretore. La dottrina più risalente era contraria alla suddetta inclusione, ritenendo che l'editto del pretore avrebbe ricompreso – nella parte contenente le *stipulationes praetoriae* – la regolamentazione della *stipulatio duplae,* e non della *satisdatio secundum mancipium*[214].

Questa tesi non è stata condivisa dal Lenel[215], che riteneva che la regolamentazione della *stipulatio duplae* fosse contenuta nell'editto degli edili curuli. Con la conseguenza che non risulterebbe credibile che tale regolamentazione fosse riprodotta anche nell'editto del pretore. In D. 45, 1, 5 pr.[216] vi sarebbe una prima conferma in quanto si afferma che la *stipulatio duplae* non viene imposta dal pretore, ma *duplae stipulatio venit ab iudice aut ab aedilis edicto*. Una volta esclusa la presenza della *stipulatio duplae* nell'Editto del pretore, il passo successivo è stato quello di riportare i libri dei giuristi – tratti dalle relative opere di commento al suddetto Editto – i cui passi sarebbero stati modificati per ricondurli tutti alla *stipulatio duplae* alla loro originaria materia[217].

---

[214] GIRARD, *Études historiques sur la formation du système de la garantie d'éviction en droit romain*, 131 ss.

[215] LENEL, *Das edictum perpetuum*, cit., 542 ss. e 546 ss.

[216] D. 45, 1, 5pr. (Pomp. 26 *ad sab.*): *Stipulationum aliae iudiciales sunt, aliae praetoriae, aliae conventionales, aliae communes praetoriae et iudiciales. iudiciales sunt dumtaxat, quae a mero iudicis officio proficiscuntur, veluti de dolo cautio: praetoriae, quae a mero praetoris officio proficiscuntur, veluti damni infecti. praetorias autem stipulationes sic audiri oportet, ut in his contineantur etiam aediliciae: nam et hae ab iurisdictione veniunt. conventionales sunt, quae ex conventione reorum fiunt, quarum totidem genera sunt, quot paene dirim rerum contrahendarum: nam et ob ipsam verborum obligationem fiunt et pendent ex negotio contracto. communes sunt stipulationes veluti rem salvam fore pupilli: nam et praetor iubet rem salvam fore pupillo caveri et interdum iudex, si aliter expediri haec res non potest: item duplae stipulatio venit ab iudice aut ab aedilis edicto*.

[217] In concreto, i testi sull'editto di Paolo, di Ulpiano e di Giuliano, che nella loro formulazione presente nel Digesto si riferiscono alla *stipulatio duplae*, sono allo stesso modo ripartiti in due libri consecutivi: Ulpiano libri 80 e 81 del commentario *ad edictum*; Paolo nei libri 76–77

Sempre in via ipotetica può assumersi che non fosse previsto alcun obbligo di addivenire a tali forme di garanzia, ma, come si può ricavare indirettamente dall'analisi compiuta della *Formula Baetica,* fosse tipica usanza commerciale che, nei casi in cui, o per impossibilità oggettiva o per impossibilità soggettiva, non si potesse utilizzare la *mancipatio* – non sorgendo, quindi, *ipso iure*, la conseguente *obligatio auctoritatis* – le parti ottenessero le stesse conseguenze giuridiche mediante le stipulazioni in esame.

Questo regime generale sembra, però, presentare alcune eccezioni, tra le quali una pare abbastanza certa[218]: si tratta del caso della vendita di una *res mancipi* da parte di un *procurator*. Come viene generalmente ritenuto dalla dottrina tradizionale[219], infatti, il *procurator* non poteva compiere, mediante *mancipatio*, una vendita di *res mancipi* appartenenti al suo rappresentato. L'unico modo per far nascere, in questi casi una responsabilità per evizione, in capo al *procurator,* è, appunto, la stipula di una *satisdatio secundum mancipium.* Ricollegando quest'ultimo dato alla circostanza che tale istituto era inserito nell'Editto del pretore, si può dedurre che il pretore obbligasse il suddetto ad assumersi tale obbligazione di garanzia.

Si potrebbe, a questo punto, avanzare anche un'ipotesi sul perché il pretore obbligasse a prestare esclusivamente la *satisdatio secundum mancipium* e non,

---

dell'omonima opera; Giuliano nei libri 57 e 58 dei *Digesta.* Dello stesso rimedio si sarebbero occupati il libro 27 dei *Digesta* di Celso e il libro 28 delle *Quaestiones* di Papiniano. Cfr. in questo senso ARANGIO RUIZ, *Compravendita,* cit., 323. Considerando che la trattazione della suddetta *stipulatio* non riempie completamente i due libri in nessuno dei tre giuristi, è difficile pensare che i tre giureconsulti abbiano iniziato lo studio del medesimo istituto alla fine di un libro per proseguirla all'inizio del libro seguente; appare più naturale ammettere che le disposizioni contenute alla fine di un libro trattino di un mezzo, e quelle situate all'inizio dell'altro riguardino un altro istituto. Una volta attribuiti i passi tratti dai libri 80 di Ulpiano, 76 di Paolo e 57 di Giuliano all'*actio auctoritatis,* rimarrebbero quelli dai rispettivi libri 81, 77 e 58. Considerando che la disciplina della *stipulatio duplae* fosse contenuta nell'Editto degli Edili e quella della *stipulatio habere licere* fosse interamente "giurisprudenziale", negli stessi si sarebbe dovuto trattare della *satisdatio secundum mancipium.* Come facilmente può nuovamente considerarsi, trattasi di ipotesi, la cui fondatezza appare trovare sostegno sicuro nell'autorevolezza dei sostenitori più che nella sicurezza delle fonti.

[218] Cfr. ANKUM, *Alla ricerca della repromissio e della satisdatio secundum mancipium*,cit., 790 ss.

[219] Cfr. per tutti P.VOCI, *Istituzioni di diritto romano*[6], Milano, 2004, 139 .

invece, la *repromissio secundum mancipium.* Basti considerare la posizione dell'acquirente da un *procurator:* lo stesso si presenta, infatti, maggiormente esposto ai rischi di evizione di un normale acquirente, in quanto potrebbe subire anche la rivendica da parte del soggetto, nel cui nome ha agito il *procurator.* Non è, quindi, illogico ritenere che il pretore volesse accordargli la massima tutela possibile: la *satisdatio*, infatti, assicura, rispetto alla *repromissio,* una maggiore tutela in quanto è prevista anche la responsabilità sussidiaria dei fideiussori[220].

5. *La* stipulatio habere licere *e la* stipulatio duplae*: verso l'emersione di uno strumento generale di garanzia per evizione*.

Secondo la dottrina tradizionale[221], per ovviare alla mancanza di garanzia per la categoria delle *res nec mancipi*, sempre più ampia e di maggior valore, è stata creata la *stipulatio habere licere.*

[220] Appaiono al riguardo ancora fortemente attuali le parole dell'Amirante, che ha indicato «la strada attraverso la quale sarà forse possibile squarciare la nebbia che tuttora avvolge la *satisdatio secundum mancipium*: l'indagine sul contenuto e sulla struttura dell'*obligatio auctoritatis* e sul meccanismo processuale dell'*actio*, che da essa *obligatio* prende nome e fondamento». cfr. L.AMIRANTE, *Recensione a P.Meylan, la Satisdatio secundum mancipium*, in *Iura,* 2 (1951), 344.Dall'altro – a più di cinquant'anni dalla formulazione di tale auspicio – deve nuovamente sottolinearsi l'enorme difficoltà connesse ai tentativi di percorrere la suddetta strada: come visto, infatti, le fonti disponibili sono ben lungi dal poter delimitare in modo netto l'itinerario da dover percorrere.

[221] Si vedano, in via esemplificativa, CALONGE, *Eviccion historia del concepto y analis de su contenido en el derecho romano clasico,* cit., 27, secondo cui «Es doctrina general que la *stipulatio habere licere* tenìa su àmbito de aplicaciòn en las *res nec mancipi*». ARANGIO RUIZ, *Compravendita*, cit., 333, che afferma come «mentre nei riguardi delle *res mancipi* si sarebbe potuto a rigore fare a meno di stipulazioni di garanzia, nascendo dalla *mancipatio* stessa l'*obligatio auctoritatis*, ciò non era per le *res nec mancipi* sin da quando si compravano a contanti col facile meccanismo, descritto a suo tempo, delle concomitanti tradizioni della cosa e del prezzo. Come, peraltro, manca in linea generale ogni attestazione che anche in via di ricordo storico confermi questa intuitiva e primordiale forma di compravendita, così non ci sono testimonianze dirette che facciano risalire altrettanto indietro nel tempo le obbligazioni di garanzia: solo attraverso il significato estensivo che per l'epoca più antica sembra potersi dare alla parola *auctoritas* si può attingere qualche barlume di prova. … La *stipulatio habere licere* ...sembra, anzitutto che essa non abbia mai trovato applicazione al di fuori delle *res nec mancipi*». Nonché GIRARD, *Études historiques sur la formation du système de la garantie d'éviction en droit romain*, cit., 68, secondo cui «… elle aurait eu dans l'ancien droit romain un

I primi riferimenti alla *stipulatio habere licere* sono rinvenibili negli scritti di Varrone[222].

> Varro, *r.r.* 2, 2, 6: *Illasce oves, qua de re agitur, sanas recte esse, uti pecus ovillum quod recte sanum est, extra luscam surdam minam, neque de pecore morboso esse, habereque recte licere, haec sic recte fieri spondesne?*[223]

> Varro, *r.r.* 2, 3, 5: *Illasce capras hodie recte esse et bibere posse habereque recte licere, haec spondesne?*[224]

> Varro, *r.r.* 2, 4, 5: *Illasce sues sanas esse habereque recte licere noxisque <solutas> neque de pecore morboso esse spondesne?*[225]

Nei tre passi, sopra riportati, sono contenuti dei formulari di vendita di varie specie di animali: il primo si riferisce alle pecore, il secondo alle capre ed il terzo, infine, ai suini. Varrone afferma che le due ultime formule[226] sono

---

role plus important. Ils ont cru y retrouver les termes mêmes du contrat verbal par lequel, antérieurement à l'introduction de la vente consensuelle, le vendeur se serait lié à l'acheteur, se serait à la fois obligé à la délivrance et à la garantie considérées come deux faces d'une même obligation».

[222] Per un inquadramento generale su questi passi e le loro ricadute sulla struttura della compravendita A.CENDERELLI, *Varroniana: istituti e terminologia giuridica nelle opere di M. Terenzio Varrone*, Milano, 1973, 148 ss.; R.ORTU, *Garanzia per evizione: "stipulatio habere licere" e "stipulatio duplae"*, in *La compravendita e l'interdipedenza delle obbligazioni*, a cura di L. GAROFALO, II, Padova, 2007, 313 ss.

[223] CENDERELLI, *Varroniana: istituti e terminologia giuridica nelle opere di M. Terenzio Varrone, cit*., 63.

[224] CENDERELLI, *Varroniana: istituti e terminologia giuridica nelle opere di M. Terenzio Varrone*, cit., 63.

[225] CENDERELLI, *Varroniana: istituti e terminologia giuridica nelle opere di M. Terenzio Varrone*, cit., 64.

[226] Va precisato che, nell'introdurre la formula concernente la vendita di '*oves*', Varrone specifica che si tratta di una '*prisca formula*', con la conseguenza che «il risalto dato all'antichità delle formule citate nella vendita delle *oves*,andrebbe ad attestare la posteriorità delle altre *leges venditionis*, e cioè di quelle *Manilianae*, riportate anch'esse da Varrone nel *De re rustica.* Il formulario riprodotto in *r.rust.* 2.2.5 potrebbe quindi … collocarsi in un periodo di tempo compreso tra l'epoca di creazione dei formulari contrattuali riportati da Catone nel *de agri cultura* e l'attività cautelare di M'.Manilio», così R.ORTU, *Garanzia*, cit., 325.

attribuibili all'autorevolezza del console Manilio[227], in carica intorno alla metà del II secolo a. C. In tutte e tre le formule è richiamata la garanzia, pretesa dall'acquirente ed avente ad oggetto la possibilità di disporre e godere pacificamente dei beni acquistati, l'*habereque recte licere* sui beni.

Ulteriore elemento ricavabile da questi passi è dato dal fatto che si parla esclusivamente di animali considerati appartenenti alla categoria delle *res nec mancipi.*

E' altresì evidente come la funzione di tali stipulazioni fosse, in primo luogo, quella di garantire l'esistenza di determinate qualità e l'assenza di certi vizi. A questo contenuto si aggiunge la garanzia dell'*habereque recte licere* Volendo sciogliere questa espressione*,* «è chiaro che *habere* indica, in questo caso, il godimento effettivo della cosa, e *licere* la immunità di questo godimento da attacchi in via giudiziaria, sia che gli attacchi non vengano sia che si riesca a respingerli, ed abbiano essi di mira la proprietà od il possesso, sia della totalità della cosa, sia di una parte, o l'usufrutto. Non basta, a rendere esigibile (*committere*) la stipulazione, la vittoria dell'attaccante, ma occorre che il compratore attaccato subisca il danno consistente nella perdita della cosa o dell'*aestimatio* pagata in seguito a condanna»[228].

Il maggiore problema ricostruttivo, è dato dal fatto che in base alle laconiche testimonianze di Varrone non è possibile stabilire se la garanzia fosse dovuta esclusivamente per i tentativi di insidiare il godimento dei beni acquistati provenienti dal venditore stesso o dai suoi aventi causa, configurandosi, quindi, tale *stipulatio* come un rafforzamento della volontà di 'cedere' il bene manifestata con l'atto traslativo, ovvero si configuri come responsabilità generale, e, quindi, comprendente la garanzia contro qualsiasi atto di turbamento

---

[227] Varro, *r.r., 2, 3, 5: De emptione aliter dico atque fit, quod capras sanas sanus nemo promittit; numquam enim sine febri sunt. Itaque stipulantur paucis exceptis verbis, ac Manilius scriptum reliquit sic: "illasce capras hodie recte esse et bibere posse habereque recte licere, haec spondesne?" De quibus admirandum illud, quod etiam Archelaus scribit: non ut reliqua animalia naribus, sed auribus spiritum ducere solere pastores curiosiores aliquot dicunt.* Sulla figura di Manilio, in questa sede, appare sufficiente rinviare a C. A. CANNATA, *Per una storia della scienza giuridica europea. I Dalle origini all'opera di Labeone*, Torino, 1997, 223 ss.

[228] ARANGIO RUIZ, *Compravendita*, cit., 334.

del godimento, proveniente da qualsiasi terzo. Come efficacemente evidenziato dal Talamanca, i passi di Varrone dimostrano emblematicamente il «travaglio della giurisprudenza cautelare romana», nella quale ancora non risulta affermatosi il carattere personale dell'obbligazione, ritenendosi, quindi, possibile «assumere la garanzia per un *facere* di un terzo»[229]

Un'importante testimonianza dell'evoluzione che la *stipulatio habere licere* ha avuto è contenuta in un passo[230] di Ulpiano, tratto dal suo commentario ai *Libri iuris civilis* di Masurio Sabino.

> D. 45, 1, 38 pr.–2 (49 *ad Sab.*): *Stipulatio ista: " habere licere spondes?" hoc continet, ut liceat habere, nec per quemquam omnino fieri, quo minus nobis habere liceat. quae res facit, ut videatur reus promisisse per omnes futurum, ut tibi habere liceat: videtur igitur alienum factum promisisse, nemo autem alienum factum promittendo obligatur, et ita utimur. Sed se obligat, ne ipse faciat, quo minus habere liceat: obligatur etiam, ne heres suus faciat vel quis ceterorum successorum efficiat, ne habere liceat. 1. Sed si quis promittat per alium non fieri, praeter heredem suum dicendum est inutiliter eum promittere factum alienum. 2. At si quis velit factum alienum promittere, poenam vel quanti ea res sit potest promittere. Sed quatenus habere licere videbitur? Si nemo controversiam faciat, hoc est neque ipse reus, neque heredes eius heredumve successores.*

Nel frammento Ulpiano ripercorre, partendo dal commento di un lemma del giurista Sabino, l'evoluzione della *stipulatio habere licere.*

Nella prima parte del passo, viene affermato che la promessa in parola aveva portata generale, nel senso che l'obbligato avrebbe dovuto rispondere degli attacchi provenienti da qualsiasi parte provenissero. Ma subito dopo, ovvero a partire dall'espressione *[..] nemo autem alienum factum promittendo obligatur, et*

---

[229] M.TALAMANCA, voce *Obbligazioni (dir. rom.)*, in *Enc. dir*., XXIX, 1979, 27. Per un approfondimento su questi profili si rinvia senz'altro a R.ORTU, *Garanzia*, cit., 330 ss.

[230] Su tale passo cfr. in generale: TALAMANCA, voce *Vendita,* cit., 390 ss.; GIRARD, *Études historiques sur la formation du système de la garantie d'éviction en droit romain*, cit., 71 ss. e ARANGIO RUIZ, *Compravendita*, cit., 336.; J.COUDERT, *Recherches sur les stipulations et les promesses pour autrui en droit romain,* Nancy, 1957, 104 ss.; F. PASTORI, *Appunti in tema di sponsio e stipulatio*, Milano, 1961, 271 ss.; Ph. MEYLAN, *La stipulation habere licere*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 38 (1970), 67 ss.

ita utimur […], il giurista esprime il principio esattamente opposto, ritenendo che, essendo sicuramente nulla la promessa del fatto di un terzo, il venditore promittente può obbligarsi esclusivamente per il fatto proprio e dei suoi discendenti. L'apparente contradditorietà del pensiero di Ulpiano non ha mancato di sorprendere gli interpreti moderni[231].

Le apparenti contraddizioni del passo possono essere superate in base all'interpretazione che dello stesso ha fornito l'Arangio-Ruiz[232]. Il passo si apre con l'analisi che Ulpiano compie delle idee di un giurista, Sabino, appartenente ad un periodo storico nettamente differente dal suo. Si può, allora, ritenere che fino all'espressione *[..] nemo autem alienum factum promittendo obligatur, et ita utimur […],* il passo riporti il pensiero di Sabino[233], mentre nel seguito Ulpiano descriva come nella sua epoca si fosse evoluta questo tipo di *stipulatio.*

Combinando questa testimonianza con le precedenti di Varrone, si può ritenere che nel I secolo d.C., periodo in cui opera il giurista Sabino, il contenuto dell'obbligo che si viene ad assumere con la *stipulatio* è di ampia portata, venendo il promittente a garantire '*nec per quemquam omnino fieri, quo minus nobis habere liceat*'. Ne consegue che il promittente è tenuto a rispondere, più che di un fatto oggettivo, dell'«astensione a carico di chiunque»[234]. Al riguardo appare, allora, condivisibile un'intuizione del Sargenti, secondo cui «si ha, così, la conferma dell'utilità della stipulazione *habere licere* come strumento per introdurre una responsabilità del venditore che ovviamente non poteva scaturire fin da principio dalla formula della compravendita e trovarsi implicita

---

[231] Non possono non ricordarsi le parole espresse al riguardo dal Girard: «Seulement cette opinion n'est elle pas spéciale à Ulpien? Existait–elle en dehors de lui? Existait–elle avant lui? Concorde–t–elle avec les règles générales d'interprétation suivies par Ulpien lui–même? C'est là le point délicat; or, on peut, si l'on parcourt le Digeste, être bien tenté de ne voir dans le dissertation proli de le loi 38, qu'une opinion isolée, inventée par Ulpien, formellement contestée par Paul, et implicitement contredite par d'autres solutions traditionnelles admises par Ulpien lui–même», cfr. GIRARD, *Études historiques sur la formation du système de la garantie d'éviction en droit romain*, cit., 75.

[232] Cfr. ARANGIO RUIZ, *Compravendita*, cit., 340 ss. Nello stesso senso TALAMANCA, voce *Vendita,* cit.,390.

[233] In questo senso, da ultimo A. SANGUINETTI, *La promessa del fatto altrui nella riflessione dei giuristi romani*, in *SDHI*, 1999, 168.

[234] SANGUINETTI, *La promessa*, cit., 168.

nell'obbligazione di consegnare la cosa, che da questa scaturiva. E si vede, anche, come nella *stipulatio habere licere* la funzione di garanzia contro l'evizione sia, in un certo senso, una funzione riflessa, derivante dall'obbligazione di assicurare il pacifico godimento della cosa, e non costituente lo scopo immediato e principale dell'atto»[235].

Con l'affermarsi, invece, dell'*actio empti* quale mezzo di tutela contro l'evizione[236], la funzione pratica della suddetta *stipulatio* si riduce enormemente. Ulpiano, portando alle estreme conseguenze la progressiva perdita di funzioni dell'istituto in analisi, arriva ad affermare, nel passo in esame, come l'unica sua funzione sia quella di impegnare il promittente per il fatto proprio, del proprio erede e dei successori di questo.

Ciò trova una conferma nel pensiero di Paolo. Si veda

D. 45, 1, 83 pr. (Paul. 72 *ad ed*.): *Inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur. itaque alius pro alio promittens daturum facturumve eum non obligatur: nam de se quemque promittere oportet. et qui spondet " dolum malum abesse afuturumque esse", non simplex abnutivum spondet, sed curaturum se, ut dolus malus absit: idemque in illis stipulationibus "habere licere" item "neque per te neque per heredem tuum fieri, quo minus fiat".*

Paolo, considerando gli effetti prodotti, in generale, tra le parti di una stipulazione, utilizza, tra i vari esempi di questa forma di accordo, la *stipulatio* in esame. La funzione di tale *stipulatio*, però, viene identificata non già nell'assunzione dell'obbligo di garanzia contro l'evizione, bensì dell'obbligo di far in modo che la menzionata garanzia venga assunta. Come detto, quest'ultimo passo costituisce un elemento che aiuta molto nella ricostruzione del precedente passo di Ulpiano: anche nell'impostazione di Paolo, infatti, si trova conferma del fatto che, a partire da una certa epoca, il ruolo della *stipulatio habere licere* si era

[235] SARGENTI, *L'evizione nella compravendita romana,* cit., 97 ss.
[236] Su cui cfr. *infra* Capitolo IV.

notevolmente ridotto, tanto da trasformarsi fino al punto di essere considerata «in termini moderni, come un'obbligazione di mezzi e non di risultato»[237].

Allo stato delle fonti, per quanto attiene alla condanna a cui andava incontro il venditore inadempiente non è, purtroppo, possibile fornire un'indicazione certa, ma solo delle supposizioni. «Come un testo di Ulpiano[238] dice esplicitamente (e non importa che lo dica, secondo la dottrina modernistica dell'autore, supponendo valevole la stipulazione soltanto in ordine agli attacchi del venditore e dei suoi eredi), la *stipulatio* avente ad oggetto l'*habere licere* è una *stipulatio incerti*: la sua formula classica era dunque diretta al *quidquid ob eam rem dare facere oportet*. La condanna era perciò nell'*id quod interest,* secondo quel criterio dell'interesse positivo che già è stato enunciato e commentato in ordine alle obbligazioni direttamente nascenti dal contratto consensuale: … il concetto dell'*habere licere* e della responsabilità corrispondente servì di base ai giuristi nel determinare i limiti dell'indennizzo dovuto dal venditore quando questo potè essere convenuto, anche nell'eventualità dell'evizione, con l'*actio empti*»[239].

5.1. *Alcune precisazioni sull'ambito di applicazione della* stipulatio habere licere.

Prima di concludere la breve analisi condotta sulla *stipulatio habere licere*, mi sembra opportuno puntualizzare alcuni aspetti concernenti il suo ambito di applicazione.

Facendo leva sulle testimonianze tratte dall'opera di Varrone sopra in parte richiamate, si ritiene tradizionalmente che tale *stipulatio* sia «anteriore al riconoscimento della compravendita consensuale»[240] . Sempre argomentando

---

[237] TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 391; SANGUINETTI, *La promessa del fatto altrui nella riflessione dei giuristi romani*, cit., 185 ss.

[238] D. 45, 1, 75, 7 (Ulp. 22 *ad ed.*): *Qui id, quod in faciendo aut non faciendo consistit, stipulatur, incertum stipulari videtur: in faciendo, veluti " fossam fodiri" " domum aedificari" " vacuam possessionem tradi": in non faciendo, veluti " per te non fieri, quo minus mihi per fundum tuum ire agere liceat" " per te non fieri, quo minus mihi hominem erotem habere liceat".*

[239] ARANGIO RUIZ, *Compravendita*, cit., 341.

[240] TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 389.

dalle testimonianze di Varrone si può fondatamente ritenere che tale forma di garanzia abbia originariamente riguardato esclusivamente le *res nec mancipi*[241].

Occorre, però, a mio avviso, evidenziare come queste testimonianze non permettano di giungere alla conclusione che attraverso tale *stipulatio* si fosse creato, per le *res nec mancipi*, un meccanismo generale di tutela corrispondente a quello previsto per le *res mancipi*, attraverso l'*obligatio auctoritatis*. I formulari di Varrone riguardano, infatti, alcuni tipi molto specifici di beni *rectius* di animali. Si tratta, com'è evidente, di beni che, pur non essendo stati qualificati come *res mancipi*, sono connotati – tenuto conto della realtà economica di quel momento – da un rilevante valore, che li porta a distinguersi dagli altri beni qulificati come *res nec mancipi*. E' evidente, allora, la necessità di approntare uno strumento che garantisca il trasferimento di questi beni: ciò, però, non mi sembra possa portare ad una generalizzazione della disciplina a tutto il *genus* a cui queste *res* appartengono.

Allo stesso modo non mi sembrano da trascurare gli elementi che portano a considerare il contenuto dell'obbligo di garantire l'*habere licere* come di portata assolutamente ampia. Con la conseguenza che il profilo della responsabilità per evizione risulta essere, a mio modo di vedere, residuale rispetto al contenuto dell'obbligazione assunta.

6. *La* stipulatio duplae.

Il quadro cambia nettamente passando ad affrontare la *stipulatio duplae*, che, senza dubbio[242], ha costituito «il mezzo stipulatorio più diffuso e meglio noto a

[241] Un ulteriore conferma in questo senso si ricava da un altro passo di Varrone, sopra non esaminato, nel quale si riporta il formulario utilizzabile nel caso di vendita di *res mancipi*, nella specie di *boves*. Si veda Varro, *r.r.* 2, 5, 10-11: *Eos cum emimus domitos, stipulamur sic: "illosce boves sanos esse noxisque praestari"; cum emimus indomitos, sic: "illosce iuvencos sanos recte deque pecore sano esse noxisque praestari spondesne?" Paulo verbosius haec, qui Manili actiones secuntur lanii, qui ad cultrum bovem emunt; qui ad altaria, hostiae sanitatem non solent stipulari.* Il formulario ricalca quelli precedentemente visti con l'eccezione appunto della menzione dell'*habere licere,* rispetto al quale, dunque, il venditore non si assume una specifica garanzia, tenuto presumibilmente conto degli effetti propri della *mancipatio*.

difesa del compratore contro l'evizione»[243]. La ricostruzione di tale istituto può poi basarsi su numerose fonti non solo giuridiche, ma anche proprie della prassi negoziale[244].

---

[242] L'importanza della *stipulatio duplae,* in materia di evizione è riconosciuta dalla quasi totalità della dottrina, cfr. tra gli altri, in particolare, SARGENTI, *L'evizione nella compravendita romana,* cit., 103: «Il vero e proprio strumento di difesa contro l'evizione, nel significato tecnico del termine, è la *stipulatio duplae* Ed, infatti, è nel quadro di questa *stipulatio* che il termine *evincere* entra nella terminologia romana e che il concetto di evizione, in certo senso, si precisa e si sviluppa». Nonché CALONGE, *Eviccion historia del concepto y analis de su contenido en el derecho romano clasico,* cit., 11: «La verdadera responsabilidad por evicciòn se concreta definitivamente en la *stipulatio duplae*. En ella adquiere carta de naturaleza el término*evincere* con el que se designarà técnicamente al istituto hasta nuestros dìas».

[243] Arangio Ruiz, *loc. ult. cit.*

[244] Un'importante testimonianza a cui deve farsi riferimento (su questo tema e per le fonti richiamate cfr. A. PEZZANA, *La cautio de evictione nelle compravendite ravennati,* in *St. on. De Francisci*, I, Milano, 1956, 185 ss.) riguarda le c.d. compravendite ravennati. In questa raccolta sono contenute diverse formule, anche abbastanza diverse le une dalle altre, riguardanti la *stipulatio duplae.* La clausola n. 120 è rappresentativa di un primo gruppo di tali clausole:*Quod si res suprascripta de qua agitur hac die partemve eius in aequum quis evicerit quominus emptore momorato habere, tenere, possidere donare vindere commutare utri frui usuque capere recte liceat quod ita alio licetum non erit evictum ablatumve quid fuerit tunc quanti ea res erit quae evicta fuerit duplum pretium suprascriptum quinque solidorum a suprascripto venditore et ab eiusque heredibus et successoribus eidem conparatori suprascripto eiusque heredibus et successoribus cogantur inferre.*Il secondo gruppo di clausole può, invece, essere rappresentato dalla *stipulatio* del n. 114: *Et convinet inter ipsos quod si a quoquam personam sivae proprietatis sive usufructus gratiam vigenti iugerorum suprascriptorum inquietata fuerent vel aevicta tunc suprascriptos centum decem solidos quos etiam se nomeratos accepisse dicrunt sed et alterum tantum nomero solidorum aevictionis nomine duplariae iidem vindetores suprascripti et heorumque heredes emtori suprascripto et heredibus eius cogantur inferre.*Tali testimonianze sono fondamentali nella ricostruzione di quella che può essere considerata l'evoluzione storica della *stipulatio duplae:* il primo tipo di clausola rispecchia, infatti, nonostante qualche aggiustamento postclassico, il modello classico di tale istituto; il secondo tipo, invece, più che all'esperienza romana si avvicina maggiormente a quella medioevale. Esaminando rapidamente le clausole concernenti la garanzia contro l'evizione, in primo luogo, in esse è previsto, oltre alla condanna al pagamento del *duplum* del prezzo pagato, la condanna al pagamento anche del *duplum* delle spese sostenute per le migliorie apportate alla cosa acquistata (si tratta, quindi, di un'impostazione sconosciuta al modello classico, e, ancora diversa riguardo a quella precedentemente esaminata e derivante dall'esperienza del diritto greco); in secondo luogo, è prevista come obbligazione alternativa quella di corrispondere l'*id quod interest.* Riguardo quest'ultima obbligazione sono possibili due interpretazioni alternative: o si ritiene che vi fosse una commistione o concorso tra *actio empti* e *actio ex stipulatu*, oppure si ritiene che con esso si sia voluto indicare la maggior perdita conseguita dall'acquirente, esprimendo, con parole diverse il pagamento del *duplum* del spese sostenute per il miglioramento del bene. Ulteriori utili testimonianze provenienti dalla prassi sono conservati nei documenti campani di compravendita su cui si rinvia a ORTU, *Garanzia per evizione: "stipulatio habere licere" e "stipulatio duplae"*, cit., 363 ss.

Emblematiche al riguardo sono le testimonianze che ci sono pervenute dall'Egitto[245]. Esse testimoniano come anche nel corso del V secolo d.C.,

[245] Si tratta dei papiri scoperti nel 1899 nell'antica città di Antinoe in Egitto dal Gayet. Al riguardo si può, in via esemplificativa, riportare un breve frammento, nella la versione e traduzione che di essi ne dà il R. DE RUGGIERO, in *I papiri greci e la stipulatio duplae*, in *BIDR*, 14 (1902), 93 ss.:

Dopo il consolato dei clarissimi Flavii Vincovallo e Opilione
Nel dì sesto di Phamenoth, settima indizione, in Antinoe la no–
bilissima
Aurelio Kollouthos figlio di Sereno e Eutimia qui con stento
Sottoscritto di Antinoe la nobilissima
Ad Aurelia Tisoia figlia di Giuseppe … della medesima città,
salute.
Dichiaro in conformità di questa semplice sicurtà scritta di
Averti venduto da ora e per ogni tempo,
e di aver iscritto in catasto, per deliberazione irrevocabile
e con buona fede quello che io possiedo e che mi pervenne per
eredità, (cioè) la metà della casa
con una cisterna, un sotterraneo e un cortile e con tutti i
comodi in comune con mia sorella
Tamunia moglie di Besa della medesima città….:
confinanti sono,
secondo che io stesso alienante ho indicato, a mezzogiorno..
… a settentrione strada pubblica, ad occidente
il podere comune tra me Kollouthos e (gli eredi qui presenti?)
di Cheremone il vecchio,
ad oriente (i vicini) dell'orefice Kollouthos, o quali che siano
<nell'avvenire> i confinanti per ogni verso e da ogni parte.
Il prezzo si è reciprocamente concordato e convenuto in nove monete
Imperiali d'oro,
correnti di buon peso, le quali io stesso alienante
ho ricevuto in saldo da te compratrice da mano a mano,
affinchè rimangano
in te tutti i diritti della detta metà di casa più sopra descritta da ora
in poi e tu compratrice possa usare e disporre da padrone
della predetta metà di casa da me vendutati com'è stato detto
con ogni diritto di colui del quale io ho qui a te ceduto
il possesso e la proprietà,
nonché la facoltà di governarla, di amministrarla,
di migliorarla e di trasmetterla agli eredi
e successori e possessori o anche di venderla se vorrai,
senz'alcun impedimento, garantendo
io venditore e i miei aventi causa te acquirente e i tuoi aventi
causa
con la più ampia garanzia e in ogni modo contro chiunque si
opponga o lo contenda;

l'influsso dell'istituto in esame fosse ancora molto forte. Tale incidenza, in un contesto profondamente peculiare come senza dubbio è quello della vendita in tale epoca e in relazione alla prassi provinciale, è testimoniata dall'assunzione da parte del venditore della più ampia garanzia contro chiunque contenda al compratore il suo diritto sullo stabile, obbligandosi, nel caso che ciò avvenga, a rimborsare il doppio del prezzo e degli schiavi. Pur essendo ormai da considerarsi tale previsione nulla di più che di una clausola aggiunta all'atto scritto di vendita, essa testimonia come il contenuto tipico della *stipulatio* in esame fosse ancora sentito come utile riferimento nella fissazione del contenuto contrattuale.

Attraverso la *stipulatio duplae* il compratore, dunque, si faceva promettere, nel caso di perdita del bene, il pagamento di una certa somma, generalmente quantificabile nel doppio del prezzo pagato. Si tratta di «stipulation conditionnelle»[246], in quanto il contenuto della stessa poteva non essere sempre uguale: la sua formula, infatti, si prestava a varianti per adeguarla alle specifiche necessità delle parti contraenti. Nonostante una tale elasticità, che connotava la clausola, comprendente la *stipulatio* in esame, nella prassi commerciale[247], con il passare del tempo, si cominciò a designare una clausola "standard", che poteva, poi, essere derogata, di volta in volta, da parte dei vari contraenti. Tale modello generale venne, in seguito, fatto proprio da parte degli edili, che resero

---

altrimenti (dovrò) pagarti il prezzo doppio e duple tutte le altre spese
e le sportule, e nessun danno sia arrecato a a te o ai tuoi aventi causa,
essendo valida e stabile per ogni rispetto questa vendita,
presentata all'archivio pubblico e quivi registrata. Approvo
ed accetto
e interrogato ho risposto affermativamente
Aurelio Kollouthos figlio di Sereno prefato ho venduto l'infrascritta
Metà di casa e di cortile con ogni diritto.

[246] GIRARD, *Études historiques sur la formation du système de la garantie d'éviction en droit romain*, cit., 79.

[247] L'importanza della prassi commerciale nell'evoluzione dell'istituto in analisi è valorizzata in dottrina cfr. M. KASER, *Das Römische Privatrecht*[2], I, München, 1971, 555; da ultimo ORTU, *Garanzia per evizione: "stipulatio habere licere" e "stipulatio duplae"*, cit., 348.

obbligatoria questa *stipulatio,* con l'inserimento della stessa all'interno del proprio editto[248].

Un riscontro testuale ai tratti caratterizzanti dell'istituto sopra delineati è, senz'altro, rinvenibile in due passi, uno di Ulpiano ed uno di Pomponio.

> D. 21, 2, 21, 1 (Ulp. 29 *ad Sab*.): *Inde Iulianus libro quadragesimo tertio eleganter definit duplae stipulationem tunc committi, quotiens res ita amittitur, ut eam emptori habere non liceat propter ipsam evictionem.*

> D. 21, 2, 16, 1 (Pomp. 9 *ad Sab*.): *Duplae stipulatio committi dicitur tunc, cum res restituta est petitori, vel damnatus est litis aestimatione, vel possessor ab emptore conventus absolutus est.*

In entrambi i frammenti risultano compendiati i tratti caratterizzanti la disciplina della *stipulatio duplae.* Nel primo passo Ulpiano, richiama la definizione che Giuliano fornisce di tale strumento di garanzia: è importante segnalare come il giurista puntualizzi che l'elemento fondamentale dal quale sorge la responsabilità *ex stipulatu* è la perdita, da parte del compratore, dell'*habere licere* sul bene '*propter ipsam evictionem*'. Pomponio, a sua volta, esemplifica questo presupposto, richiamando i casi principali nei quali il compratore subisce una perdita definitiva dell'*habere licere* sul bene: restituzione del bene al legittimo proprietario che abbia positivamente esperito una *rei vindicatio*, ovvero condanna del compratore al pagamento della *litis aestimatio* in caso di mancata restituzione o, infine, esperimento non positivo, da parte del compratore della *rei vindicatio* del bene nei confronti dell'attuale possessore, con conseguente perdita definitiva del bene stesso.

---

[248] Cfr. in questo senso: R.J. POTHIER, *Le Pandette di Giustiniano*, XXI, Venezia, 1841–1842, 11; ARANGIO RUIZ, *Compravendita*, cit., 342; TALAMANCA, voce *Vendita,* cit., 394; *contra* GIRARD, *op. ult. cit.,* 79: secondo tale tesi la *stipulatio duplae* era inserita anche nell'editto del pretore.

Questi principi generali risultano specificati in un'ampia casistica giurisprudenziale, a cui, in questa sede, non può che farsi un sintetico riferimento[249].

7. *Casistica in tema di presupposti per far valere la responsabilità* ex stipulatione duplae.

Per quanto attiene alle condizioni richieste per far valere la responsabilità da essa derivante, bisogna inanzitutto precisare che la suddetta garanzia non è dovuta nel caso in cui il compratore sia causa diretta della perdita del bene, oppure abbia tenuto un comportamento scorretto durante lo svolgimento del processo, oppure la perdita del bene non faccia sorgere la responsabilità del venditore in quanto è stata causata da un fatto sopravvenuto, idoneo a spezzare il nesso di causalità tra evizione e responsabilità del venditore stesso. Tali principi sono deducibili dai passi, che si passano ora in rassegna.

> D. 21, 2, 25 (Ulp. 29 *ad Sab.*): *Si servum, cuius nomine duplam stipulatus sis, manumiseris, nihil ex stipulatione consequi possis, quia non evincitur, quo minus habere tibi liceat, quem ipse ante voluntate tua perdideris.*

Il passo presenta il caso in cui l'acquirente di uno schiavo, garantito contro l'evizione con una *stipulatio duplae*, abbia in seguito manomesso lo schiavo stesso: è chiaro che in questo caso è esclusa la responsabilità del venditore perché, come afferma lo stesso Ulpiano, la perdita del bene dipende dalla sola volontà dell'acquirente.

Lo stesso principio è ricavabile nel caso in cui, essendo un certo negozio traslativo sottoposto ad una condizione risolutiva, tale condizione si verifica a

---

[249] Cfr. su questi profili ARANGIO RUIZ, *Compravendita*, cit., 341–345; GIRARD, *Études historiques sur la formation du système de la garantie d'éviction en droit romain*, cit.,78 ss.; SARGENTI, *L'evizione nella compravendita romana,* cit., 103 ss.

causa del comportamento del compratore stesso. Per un esempio emblematico si veda

> D. 21, 2, 34 (Pomp. 27 *ad sab*.): *Si mancipium ita emeris, ne prostituatur et, cum prostitutum fuisset, ut liberum esset: si contra legem venditionis faciente te ad libertatem pervenerit, tu videris quasi manumisisse et ideo nullum adversus venditorem habebis regressum.*

In questo caso la vendita è sottoposta alla condizione *ne prostituatur et, cum prostitutum fuisset, ut liberum esset:* Pomponio ritiene che, nel caso in cui la condizione stessa si sia verificata per fatto del compratore, nulla da quest'ultimo potrà essere richiesto al venditore in regresso.

Ulteriore elemento che esclude la responsabilità del venditore è sicuramente dato dalla negligenza del compratore, che può manifestarsi in vari modi. A questo proposito appaiono particolarmente significativi i seguenti passi. Si veda in primo luogo

> D. 21, 2, 56, 3 (Paul. 2 *ad ed. aedil. curul.*): *Si, cum possit usu capere emptor, non cepit, culpa sua hoc fecisse videtur: unde si evictus est servus, non tenetur venditor.*

Paolo, nel passo sopra riportato, commentando l'editto degli edili curuli, segnala una fattispecie che sicuramente può essere annoverata tra le cause di esclusione di responsabilità, che si stanno esaminando: non si può, infatti, non ritenere negligente il comportamento di un'acquirente, che non impedisca il verificarsi dei presupposti di acquisto per usucapione, e, al contempo, essendosi conseguentemente verificata l'evizione del servo acquistato, pretenda di ottenere la garanzia del venditore. Paolo, giustamente esclude tale responsabilità affermando che *culpa sua hoc fecisse videtur.*

> D. 21, 2, 66 pr. (Papin. 28 *quaest.*): *Si, cum venditor admonuisset emptorem, ut publiciana potius vel ea actione quae de fundo vectigali proposita est experiretur, emptor id facere supersedit, omnimodo nocebit ei dolus suus nec committitur stipulatio. non idem in serviana*

quoque actione probari potest: haec enim etsi in rem actio est, nudam tamen possessionem avocat et soluta pecunia venditori dissolvitur: unde fit, ut emptori suo nomine non competat.

Altro caso di negligenza che esclude la responsabilità del venditore è ricordato da Papiniano: il compratore perde, infatti, la garanzia *ex stipulatu* nel caso in cui, nonostante gli inviti del proprietario, non intenti l'*actio Publiciana* a difesa del fondo vettigale acquistato, perdendo in tal modo il possesso del fondo acquistato.

Esclude, altresì, la responsabilità *ex stipulatu* del venditore, il fatto che il compratore sia rimasto contumace in un processo di rivendica intentato contro di lui da un terzo. A questo proposito si legga

D. 21, 2, 55 pr. (Ulp. 2 *ad ed. aedil. curul*.): *Si ideo contra emptorem iudicatum est, quod defuit, non committitur stipulatio: magis enim propter absentiam victus videtur quam quod malam causam habuit. quid ergo, si ille quidem contra quem iudicatum est ad iudicium non adfuit, alius autem adfuit et causam egit: quid dicemus? ut puta acceptum quidem cum pupillo tutore auctore fuit iudicium, sed absente pupillo tutor causam egit et iudicatum est contra tutorem: quare non dicemus committi stipulationem? etenim actam esse causam palam est. et satis est ab eo cui ius agendi fuit causam esse actam.*

Ulpiano, in tale passo, occupandosi del commento dell'Editto degli edili curuli, espressamente prevede che l'assenza del compratore in giudizio non fa sorgere la responsabilità *ex stipulatu*, in quanto l'eventuale sconfitta è attribuibile più all'assenza dell'interessato che al titolo di proprietà fornito dal venditore al compratore[250].

[250] La casistica in materia di comportamento negligente processuale del compratore è molto vasta, si vedano anche: D. 21, 2, 29, 1 (Pomp. 11 *ad Sab.*): *Si duplae stipulator ex possessore petitor factus et victus sit, quam rem si possideret retinere potuerit, peti ita ^ ^ autem utiliter non poterit, vel ipso iure promissor duplae tutus erit vel certe doli mali exceptione se tueri poterit, sed ita, si culpa vel sponte duplae stipulatoris possessio amissa fuerit.* Pomponio afferma che nel caso in cui il compratore, per sua colpa o volontariamente, perda il possesso di un determinato fondo, e, nel conseguente giudizio di rivendica contro il terzo occupante risulti sconfitto, nulla può pretendere dal proprio venditore, che, anzi, se convenuto in giudizio, può efficacemente

Le fonti permettono, poi, di evidenziare alcuni casi nei quali l'evizione, pur avvenuta, non permette di agire *ex stipulatu,* per il verificarsi di una serie di fatti concomitanti. In particolare viene in rilievo

> D. 21, 2, 21, 3 (Ulp. 29 *ad Sab.*):*Idem Iulianus eodem libro scribit, si lite contestata fugerit homo culpa possessoris, damnatus quidem erit possessor, sed non statim eum ad venditorem regressurum et ex duplae stipulatione acturum, quia interim non propter evictionem, sed propter fugam ei hominem habere non licet: plane, inquit, cum adprehenderit possessionem fugitivi, tunc committi stipulationem iulianus ait. nam et si sine culpa possessoris fugisset, deinde cautionibus interpositis absolutus esset, non alias committeretur stipulatio, quam si adprehensum hominem restituisset. ubi igitur litis aestimationem optulit, sufficit adprehendere: ubi cavit, non prius, nisi restituerit.*

Ulpiano richiama nella parte iniziale del frammento il pensiero di Giuliano, secondo cui se nel giudizio di rivendica intentato da un terzo, dopo che sia avvenuta la *litiscontestatio*, il servo è fuggito per colpa del compratore-possessore, quest'ultimo verrà condannato, ma non potrà immediatamente rivalersi contro il venditore, né potrà agire per far valere la responsabilità derivante dalla stipulazione di garanzia: ciò deriva dal fatto che non ha perso il

---

esperire l'*exceptio doli mali*.Gli ultimi due esempi riguardanti tale negligenza si riferiscono ad un periodo in cui il sistema processuale era i, secondoncentrato sulla *cognitio extra ordinem*: D. 21, 2, 63, 2 (Modest. 5 *resp.*): *Herennius modestinus respondit: si emptor appellavit et bonam causam vitio suo ex praescriptione perdidit, ad auctorem reverti non potest.* D. 21, 2, 63, 1 (Modest. 5 *resp.*): *Gaia Seia fundum a Lucio Titio emerat et quaestione mota fisci nomine auctorem laudaverat et evictione secuta fundus ablatus et fisco adiudicatus est venditore praesente: quaeritur, cum emptrix non provocaverat, an venditorem poterit convenire. Herennius Modestinus respondit, sive quod alienus fuit cum veniret sive quod tunc obligatus, evictus est, nihil proponi, cur emptrici adversus venditorem actio non competat.* Nel primo passo esaminato Modestino esclude la responsabilità del venditore nel caso in cui il compratore, pur potendo vantare un diritto di proprietà valido, non propone appello, contro una sentenza di primo grado, nei termini prescritti.Nel secondo passo, invece, in un caso di azione del fisco, per l'aggiudicazione di un fondo, essendo presenti nel relativo giudizio, tanto il compratore dello stesso, che il venditore, convenuto per garantire contro l'evizione, se la sentenza è sfavorevole e il compratore non propone appello contro questa sentenza, non può, poi, agire per far valere la responsabilità del venditore, in quanto la perdita del bene è attribuibile esclusivamente alla sua negligenza.

bene a causa dell'evizione, ma per la fuga dello stesso. Certamente, nel momento in cui ne avrà recuperato il possesso, allora, dice Giuliano, sorgerà la responsabilità in base alla stipulazione: infatti, anche se fosse fuggito senza la colpa del possessore e quest'ultimo fosse stato comunque assolto, perché aveva prestato delle cauzioni, non si sarebbe chiamati a rispondere in base alla stipulazione, a meno che chi avesse preso lo schiavo non lo avesse anche restituito. Ulpiano conclude ritenendo che sia sufficiente che sia recuperato un importo pari al valore dello schiavo; nel caso in cui sia stata soltanto prestata la cauzione, è necessario che prima venga compiuta la restituzione.

Il frammento ha subito più di un intervento in epoca giustinianea. Come rileva il Sargenti[251], ad un primo intervento risulta attribuibile l'ultima frase del passo, mentre potrebbe ipotizzarsi anche una modifica della prima parte del passo, che sarebbe connotata da alcune incongruenze. In primo luogo, viene inserito per ben due volte nello stesso periodo, un richiamo allo stesso pensiero di Giuliano. In secondo luogo, la ricostruzione, qui fornita, nel caso in cui il servo sia fuggito senza colpa del proprietario non sarebbe coerente: viene, infatti, stabilito che il compratore debba essere condannato all'*aestimatio*, dando, quindi, per scontato che si sia già verificata l'evizione e non essendo, dunque, più rilevante che il servo sia in fuga.

La parte che, sicuramente, può essere ascritta al pensiero originale di Ulpiano e che rileva in questa sede, è il principio '*statim eum ad venditorem regressurum et ex duplae stipulatione acturum'* e la distinzione tra il caso in cui

[251] SARGENTI, *L'evizione nella compravendita romana,* cit., 106 ss. Anche di recente è stata fortemente criticata la genuinità del passo. In particolare si è rilevato come «la fattispecie che con maggiore verosimiglianza può essere considerata il presupposto della discussione relativa all'esperimento dell'*actio ex stipulatione dupli* è quella di una fuga del servo oggetto di *rei vindicatio* avvenuta, per colpa del convenuto, dopo la litis contestatio ma prima dell'emanazione della sentenza di condanna. La decisione di Giuliano e la sottostante motivazione appaiono plausibili. Il *damnatus* deve dunque essere emendato in *damnandus* e non può essere ritenuta originaria l'attribuzione della possibilità di agire *ex stipulatu*, una volta riacquistato il possesso dopo la condanna (*inquit . . . ait*). … L'ipotesi, questa volta, è quella di una fuga non imputabile a colpa del convenuto. In questo caso Giuliano esclude la condanna e, di conseguenza, la possibilità di agire *ex stipulatione* dupli. Non può essere considerato genuino l'inciso "*cautionibus interpositis*", così M. DE SIMONE, *Litis aestimatio e actio pigneraticia in rem. A proposito di D. 20.1.21.3*, in *AUPA*, 51 (2006), 66 nt. 158.

il servo sia scappato per colpa o senza colpa del compratore-possessore. Si può, quindi, cercare di fornire una ricostruzione coerente dello stesso, partendo dalla suddetta distinzione.

Nel primo caso, ovvero se durante un giudizio rivendicatorio avente ad oggetto la proprietà di un servo, quest'ultimo fugge, dopo la *litis contestatio* ma prima dell'emanazione della sentenza di condanna, per colpa del possessore convenuto, quest'ultimo sicuramente verrà condannato all'*aestimatio*, ma non potrà agire immediatamente contro il proprio venditore, per far valere la *stipulatio duplae,* in quanto lo schiavo non è nella sua disponibilità non a causa dell'avvenuta evizione, ma della fuga, a lui direttamente attribuibile.

Nel secondo caso, invece, la fuga dello schiavo avviene senza colpa del possessore: conseguentemente Giuliano afferma che il venditore non potrà essere condannato al *duplum*, in quanto l'evizione non è la causa della perdita immediata del bene. La responsabilità del venditore per evizione risulta, dunque, sospesa, in quanto la perdita del godimento del bene è dovuta alla fuga dello schiavo.

Tornando a considerare, invece, i principi generali in materia di presupposti per invocare la responsabilità derivante da tale forma di *stipulatio*, nelle fonti è espressamente previsto che per poter agire è necessario che l'evizione sia definitiva. Si veda

> D. 21, 2, 39, 1 (Iulian. 57 *dig.*): *Si servus tuus emerit hominem et eundem vendiderit titio eiusque nomine duplam promiserit et tu a venditore servi stipulatus fueris: si titius servum petierit et ideo victus sit, quod servus tuus in tradendo sine voluntate tua proprietatem hominis transferre non potuisset, supererit publiciana actio et propter hoc duplae stipulatio ei non committetur: quare venditor quoque tuus agentem te ex stipulatu poterit doli mali exceptione summovere. alias autem si servus hominem emerit et duplam stipuletur, deinde eum vendiderit et ab emptore evictus fuerit: domino quidem adversus venditorem in solidum competit actio, emptori vero adversus dominum dumtaxat de peculio. denuntiare vero de evictione emptor servo, non domino debet: ita enim evicto homine utiliter de peculio agere poterit: sin autem servus decesserit, tunc domino denuntiandum est.*

Giuliano esamina il caso di uno schiavo, che abbia comprato un altro schiavo e, nel rivenderlo a Tizio, abbia fornito in garanzia la stipulazione del doppio, facendo assumere tale garanzia al proprio padrone in favore dell'acquirente. Secondo il giurista, se Tizio, avendo perso la disponibilità del bene, dovrà rivendicarlo e rimarrà soccombente nel processo - in quanto il trasferimento mediante *traditio* compiuto da un servo senza il consenso del padrone non poteva trasferire la proprietà dello schiavo – potrà, comunque, ancora esperirsi l'azione Publiciana e, perciò, non sarà chiamato a rispondere in base alla stipulazione del doppio. Applicando gli stessi principi, Giuliano ritiene anche colui che ha venduto al suddetto padrone lo schiavo, nel caso il padrone intenda esperire l'azione in base alla stipulazione, il venditore potrà bloccarla tramite l'eccezione di dolo malo. Discorso diverso, secondo il giurista, deve farsi nel caso in cui un servo abbia comprato un altro schiavo, stipulando a proprio favore il doppio in caso di evizione e, successivamente, avendo rivenduto lo schiavo, il compratore subisca un'evizione. In questo caso al padrone spetta l'azione per l'intero contro il venditore, ma al compratore spetta nei confronti del padrone soltanto l'azione concernente il peculio. Il compratore, poi, deve denunziare l'evizione allo schiavo e non al padrone: così, infatti, nel caso subisca l'evizione dello schiavo acquistato, potrà utilmente agire con l'azione di peculio; se poi lo schiavo è morto, la denunzia dovrà farsi al padrone.

Anche questo passo non è esente da pesanti interventi da parte dei compilatori giustinianei[252], sui quali non è possibile soffermarsi in questa sede considerato che la parte che qui interessa può essere ritenuta genuina[253]. Nello specifico risulta sostanzialmente affermato che il ricorso alla garanzia, derivante

[252] Su tale passo, per quanto riguarda le ipotizzate interpolazioni, cfr: DE FRANCISCI, *il trasferimento della proprietà,* cit., 185 ss. Secondo la suddetta ricostruzione, oltre ad essere pienamente da accogliere le sostituzioni *traditio* con *mancipatio* (cfr. LENEL, *Das edictum perpetuum*, cit., 426 n°2) in tutto il passo, in quanto originariamente doveva riferirsi all'*auctoritas,* deve ritenersi interpolata tutta la frase *et tu a venditore servi stipulatus fueris* e tutta la frase nella quale è contenuto il termine *proprietas*.

[253] Cfr. in questo senso: SARGENTI, *L'evizione nella compravendita romana,* cit., 108. Per quanto riguarda, invece, le probabili interpolazioni giustinianee, si rimanda alla nota precedente.

dalla *stipulatio*, costituisce una sorta di *extrema ratio*: essa, infatti, non viene ritenuta azionabile da parte di Tizio perché, essendo ancora esperibile l'*actio Publiciana*, non è divenuta definitiva l'evizione del bene.

8. *L'ambito di applicazione della* stipulatio duplae.

Occorre considerare un ultimo aspetto prima di concludere su questa forma di stipulazione[254], ovvero individuare l'ambito di applicazione di tale istituto.

A questo proposito, appare opportuno fare ancora una volta riferimento ad un passo di Varrone. Si veda[255]

> Varro, *r. r.* 2, 10, 5: *In horum (servorum) emptione solet accedere peculium aut excipi et stipulatio intercedere sanum esse, furtis noxisque solutum; aut si mancipio non datur, dupla promitti, aut, si ita pacti, simpla.*

---

[254] Un riscontro a quanto sinora detto in riferimento a questo secondo tipo di *stipulatio*, può ricavarsi volgendo lo sguardo all'applicazione nella pratica. Ci si riferisce, nello speicifico, ad alcuni passi tratti dall'*emptio puellae* contenuta nelle tavolette della Transilvania e databili intorno all'anno 139 d. C. (in FIRA, III[1], cit., 283 ss., n. 87). Si vedano i seguenti passaggi: […] *quot si quis puellam partemve quam ex eo (corr. ea) quis evicerit, quo minus Maximum Batonis, quove ea res pertinebit, habere possidereque recte liceat, tum quanti ea puella empta est, tantam pecuniam et alterum tantum dari fide rogavit Maximus Batonis, fide promisit Dasius Verzonis Pirusta ex Kavieretio. […] et si quis eum puerum quo de agitur, partenve quam quis ex eo evicerit, quo minus emptorem supra scriptum eunve ad quem ea res pertinebit uti frui habere possidereque recte liceat, tunc quantum id erit, quod ita ex eo evictum fuerit, tantam pecuniam duplam probam recte dari fide rogavit Dasius Breucus, dari fide promisit Bellicus Alexandri.* Nell'analizzare le soprariportate formule bisogna, in primo luogo, segnalare come in entrambe non sia affrontato il problema di caratterizzare in modo differente l'evizione parziale, rispetto a quella totale, e di indicare un chiaro criterio su cui calcolare il *duplum*, potendosi in astratto ritenere che potesse essere calcolato non sul prezzo pagato al momento dell'acquisto, ma sul valore del bene al momento dell'azione giudiziaria. Ulteriore elemento, che denota una certa divergenza tra applicazione pratica ed elaborazione giurisprudenziale, è l'assoluto silenzio, nei documenti in analisi, sulle condizioni in cui sarebbe sorta la responsabilità del venditore, condizioni che, invece, erano particolarmente analizzate da parte della giurisprudenza, come abbiamo finora visto. Su tale formula cfr. ARANGIO RUIZ, *Compravendita*, cit., 344, nonchè GIRARD, *Études historiques sur la formation du système de la garantie d'éviction en droit romain*, cit., 84 ss.

[255] CENDERELLI, *Varroniana: istituti e terminologia giuridica nelle opere di M. Terenzio Varrone*, cit., 65.

Nel frammento si afferma che, nel caso in cui non venisse effettuata la *mancipatio*, doveva essere conclusa un'apposita *stipulatio* di garanzia, in cui il venditore si impegnava a pagare il doppio, oppure l'equivalente, del prezzo pagato, nel caso in cui vi fosse evizione del bene acquistato. La possibilità, già all'epoca di Varrone, di poter procedere pattiziamente alla sostituzione di una *stipulatio duplae*, presumibilmente più risalente tenuto conto della vicinanza strutturale con l'*obligatio auctoritatis,* con una *stipulatio simplae*, testimonia indirettamente come «il meccanismo della stipulazione penale di garanzia contro l'evizione … aveva raggiunto un'autonomia sufficiente, … il che comporta, con buona probabilità, una risalenza più o meno consistente dell'affacciarsi del meccanismo in parola»[256].

E' importante a questo punto verificare l'effettiva risalenza di questo strumento di tutela, che, come ci ricordano le parole di Varrone, trova applicazione in relazione alla vendita di *res mancipi* di cui non fosse effettuata la relativa *mancipatio.* Come ha efficacemente di recente ricordato Rosanna Ortu[257], la trattazione varroniana risulta modellata sulle disposizioni dell'editto degli edili curuli, che era già vigente in quel periodo. Con la conseguenza che può ritenersi che anche nella tarda età repubblicana vi era la prassi contrattuale di vincolare il venditore a garantire, mediante *stipulatio*, sia l'assenza di vizi che contro il rischio di evizione. Un ulteriore elemento che deve essere attentamente considerato è l'estrema vicinanza tra quest'istituto e l'*obligatio auctoritatis*, data dal fatto che la modalità di calcolo dell'indennizzo per il compratore che subisce l'evizione si sostanzia ugualmente nel *duplum* del prezzo pagato. Ne deriva che la necessità di fare ricorso a questo strumento di tutela, non può ritenersi antecedente all'introduzione dell'*emptio venditio* consensuale[258].

A mio avviso occorre al riguardo ulteriormente precisare che l'esigenza di far ricorso a questa forma stipulatoria emerge, più che al momento dell'introduzione

[256] TALAMANCA, voce *Vendita,* cit., 392.

[257] ORTU, *Garanzia*, cit., 343 ss., a cui si rinvia anche per i necessari approfondimenti bibliografici sul punto.

[258] In questo senso: ARANGIO RUIZ, *Compravendita*, cit., 341; TALAMANCA, voce *Vendita,* cit., 388.

del nuovo schema contrattuale, quando viene meno, nella prassi commerciale, l'obbligo di porre in essere la *mancipatio*, della cui esistenza mi sembra esserci più di una conferma, come visto, nelle fonti[259]. Come messo in luce da Rosanna Ortu può presumibilmente ritenersi che la categoria di *res mancipi,* in relazione alla quale si è formalizzato il ricorso a questa forma di stipulazione sia quella degli schiavi. In questo senso va ricordato come il commercio degli schiavi cominciò ad essere rilevante a partire dal III secolo a.C. e che proprio in relazione a queste vendite era più frequente che venissero a contatto venditori o compratori non cittadini romani[260]. Con la conseguenza che «non appare così improbabile che in questo contesto, nell'ambito ovviamente di vendite non mancipatorie, potesse sorgere l'esigenza di individuare uno strumento giuridico idoneo per far valere la garanzia per evizione. A riprova dell'importanza di tale fenomeno, sta il fatto che gli edili curuli arrivarono a sancire l'obbligatorietà della *stipulatio duplae* nel loro editto»[261].

Altrettanto difficoltosa, se non impossibile, si presenta l'indicazione di un termine *ad quem*, in quanto, nonostante già nella giurisprudenza tardo–classica, come vedremo, fosse pacificamente accolto il principio in base al quale il garantire contro l'evizione costituisse elemento naturale del contratto consensuale di compravendita, questa *stipulatio* continuò ad avere un'applicazione diffusissima nella prassi commerciale di tutti i territori controllati da Roma, non solo fino a quando continuò il controllo romano su di essi, ma anche quando ormai tale controllo era stato da lungo tempo eliminato.

---

[259] Cfr. Capitolo II §§ 3 s.

[260] Va ricordato come, secondo il Kaser (ID., *Das Römische Privatrecht*[2], I, cit., 555), proprio in relazione ai rapporti commerciali tra Romani e *peregrini* sarebbe emersa la necessità di far ricorso inizialmente alla *stipulatio duplae*. Al riguardo, sono più che condivisibili i dubbi sollevati dal Talamanca, secondo cui proprio la circostanza che si tratta di uno scambio internazionale, venendo dunque il bene acquistasto portato in un diverso mercato, «riduceva fortemente la possibilità pratica del verificarsi dell'evizione», cfr. TALAMANCA, voce *Vendita,* cit., 387 nota 868.

[261] ORTU, *Garanzia*, cit., 354.

9. *L'*actio ex stipulatu *in materia di garanzia per evizione: problemi applicativi.*

Lo strumento processuale principale – attraverso cui far valere le forme di garanzia stipulatorie sinora analizzate – è dato dall'*actio ex stipulatu*, anche se non bisogna tralasciare rimedi specifici per casi particolari. Si pensi, ad esempio, all'azione speciale, prevista nell'editto degli edili curuli a vantaggio dell'acquirente, per ottenere l'assunzione della garanzia – mediante *stipulatio* – da parte del venditore, nel caso in cui in una vendita avente ad oggetto degli schiavi si fosse rifiutato di prestarla[262].

Prima di esaminare i problemi specifici in materia di *actio ex stipulatu*, in riferimento alle stipulazioni concernenti l'evizione, è necessario richiamare, per linee generalissime, la struttura astratta dell'azione in analisi.

Questa azione[263] può presentare due schemi differenti, a seconda che la *stipulatio* sia menzionata nella *demonstratio* o in un'apposita *praescriptio*: nel primo caso si configura un'*actio incerti ex stipulatu*, nel secondo caso un'*actio certi ex stipulatu*. La prima ha come suo ambito di applicazione le *stipulationes* concernenti prestazioni il cui oggetto sia indeterminato o consista in un *facere* o

---

[262] Tale clausola ritorna molto spesso negli atti della pratica. Possiamo riportare come primo esempio un papiro latino del 166 d. C. proveniente da Seleucia Pieria (in FIRA, III[1], *cur.* V.ARANGIO–RUIZ, Firenze, 1943, n. 132): *C. Fabullius Macer, optis classis praetor(iae) Misenatium III (=triere) Tigride emit puerum, natione Transfluminianum, nomine Abban quem <et> Eutychen sive quo alio nomine vocatur, annorum circiter septem, pretio denariorum ducentorum et capitulario portitorio, de Q. Iulio Prisco, milite classis eiusdem et triere eade[m]. Eum puerum sanum esse ex edi[cto], et si quis eum puerum partemve quam eius evicerit, simplam pecuniam sine denuntiatione recte dare stipulatus est Fabullius Macer, spopondit Q. Iulis Priscuus… eosque denarios ducentos, qui s(upra) s(cripti) sunt, probos recte numeratus accepisse et habere <se> dixit Q. Iulius Priscuus venditor a C. Fabullio Macro emptore, et tradedisse ei mancipium s(upra) s(criptum) Eutychen bonis condicionibus*. Nel passo, ora riportato, si nota chiaramente il riferimento espresso all'Editto degli edili, ma, invece della normale garanzia del *duplum,* le parti hanno espressamente pattuito quella del *simplum:* ulteriore conferma della cogenza della prescrizione edittale è data dal fatto che le parti, per limitare la responsabilità del venditore in caso di evizione, hanno dovuto inserire nell'atto una clausola espressa in tal senso e approvata separatamente rispetto al resto del contesto contrattuale.

[263] La cui formula è: *C. Aquilius iudex esto. Quod A.Augerius de N. Negidio incertum stipulatus est cuius rei dies fuit, quidquid ob eam rem N. Negidium a. Agerio dare facere oportet, eius C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio dumtaxat sestertium X milia condemnato; si non paret absolvito*. Cfr. MANTOVANI, *Le formule*, cit., 50.

non *facere*. La seconda, la cui esistenza appare soltanto astrattamente ipotizzabile[264], dovrebbe coprire le prestazioni rimanenti. «Più che il nome specifico dell'azione appare importante, ai fini pratici, la menzione o no della *stipulatio* nella formula dell'azione, poiché se essa è ivi menzionata l'attore può vincere solo provando la sua effettiva conclusione ed il suo contenuto, altrimenti può provare qualunque altro fatto produttivo di un'obbligazione di determinata somma di denaro o di cosa determinata»[265].

Questo inquadramento trova immediata conferma in due passi, l'uno di Paolo, l'altro di Papiniano, che costituiscono anche la base di partenza per l'analisi di due questioni controverse concernenti l'applicazione della suddetta azione in caso di evizione, ovvero la base di calcolo per la condanna e l'utilizzabilità di tale azione in caso di evizione parziale[266]. Si vedano i primi due passi

> D. 21, 2, 13 (Paul. 5 *ad Sab*.): *Bonitatis aestimationem faciendam, cum pars evincitur, Proculus recte putabat, quae fuisset venditionis tempore, non cum evinceretur:*
>
> D. 21, 2, 64 pr. (Pap. 7 *quaest*.): *[...] si totus fundus quem flumen deminuerat evictus sit, iure non deminuetur evictionis obligatio, non magis quam si incuria fundus aut servus traditus deterior factus sit: nam et e contrario non augetur quantitas evictionis, si res melior fuerit effecta.*

---

[264] Come ricordato nel recente contributo, a cui si rinvia per il necessario approfondimento bibliografico sul punto, di M.FUENTESECA, *¿existió la denominada actio incerti ex stipulatu?*, in *Revista Internacional De Derecho Romano*, 2008, 268 ss., sull'esistenza di tale azione concorda la dottrina maggioritaria.

[265] PUGLIESE – SITZIA–VACCA, *Istituzioni di diritto romano,* cit., 552.

[266] SCIALOIA, *L'actio ex stipulatu in caso di evizione parziale e la L. 64 D. de evictionibus 21, 2*, cit., 2 ss.; F.GLUCK, *Commentario alle Pandette*, trad.it. a cura di Cogliolo e Fadda, XXI, Milano, 1898, 252 e ss.

In entrambi i passi, conformemente alla natura *stricti iuris* dell'azione in esame[267], si afferma che non si debba tener conto dei mutamenti che la cosa evitta avesse potuto subire dal momento della vendita a quello dell'evizione.

Questo principio sembrerebbe, però, essere messo in discussione, esaminando due ulteriori passi, dal secondo dei quali è stato tratto il frammento da ultimo esaminato.

D. 21, 2, 15 pr. (Paul. 5 *ad Sab*.): *Sed si quid postea alluvione accessit, tempus quo accedit inspiciendum.*

D. 21, 2, 64 pr.– 4 (Papin. 7 *quaest*.): *Ex mille iugeribus traditis ducenta flumen abstulit. si postea pro indiviso ducenta evincantur, duplae stipulatio pro parte quinta, non quarta praestabitur: nam quod perit, damnum emptori, non venditori attulit. si totus fundus quem flumen deminuerat evictus sit, iure non deminuetur evictionis obligatio, non magis quam si incuria fundus aut servus traditus deterior factus sit: nam et e contrario non augetur quantitas evictionis, si res melior fuerit effecta. 1. Quod si modo terrae integro qui fuerat traditus ducenta iugera per alluvionem accesserunt ac postea pro indiviso pars quinta totius evicta sit, perinde pars quinta praestabitur, ac si sola ducenta de illis mille iugeribus quae tradita sunt fuissent evicta, quia alluvionis periculum non praestat venditor. 2. Quaesitum est, si mille iugeribus traditis perissent ducenta, mox alluvio per aliam partem fundi ducenta attulisset ac postea pro indiviso quinta pars evicta esset: pro qua parte auctor teneretur. dixi consequens esse superioribus, ut neque pars quinta mille iugerum neque quarta debeatur evictionis nomine, sed perinde teneatur auctor, ac si de octingentis illis residuis sola centum sexaginta fuissent evicta: nam reliqua quadraginta, quae universo fundo decesserunt, pro rata novae regionis esse intellegi. 3. Ceterum cum pro diviso pars aliqua fundi evincitur, tametsi certus numerus iugerum traditus sit, tamen non pro modo, sed pro bonitate regionis praestatur evictio. 4. Qui unum iugerum pro indiviso solum habuit, tradidit, secundum omnium sententias non totum dominium transtulit, sed partem dimidiam iugeri, quemadmodum si locum certum aut fundum similiter tradidisset.*

[267] «L'*actio ex stipulatu* …, com'è noto, è la più tipica azione *stricti iuris*», così A. METRO, *Exceptio doli e iudicia bonae fidei*, in *φιλία. Scritti per G. Franciosi*, a cura di F.M. D'IPPOLITO, III, Napoli, 2007, 1738.

Dal passo di Paolo sembra potersi ricavare il principio che debba essere preso in considerazione, nella determinazione della condanna, l'incremento del fondo derivante da accessione, causata da alluvione.

Nel passo di Papiniano troviamo esplicitato ancor meglio tale metodo di calcolo. In esso viene, all'inizio, presentato il caso di un fondo di mille iugeri, che, in un primo tempo subisce la perdita di duecento iugeri che gli vengono sottratti da un fiume, ed in seguito, subisce un'evizione di duecento iugeri: il giurista espressamente indica che l'ammontare della responsabilità *ex stipulatione duplae* debba essere calcolato sul quinto e non sul quarto del fondo originario, in quanto il venditore non è responsabile per i decrementi attribuibili al fiume. La prima parte del passo sembra, quindi, ribadire il principio – opposto a quello applicato da Paolo nel frammento appena richiamato – in base al quale non si tiene conto delle modifiche subite dal bene dopo la vendita. Proseguendo la lettura, si giunge alla parte centrale del responso del giurista, a cui viene sottoposto il caso di un fondo di mille iugeri, che subisce prima un decremento di duecento iugeri, poi un incremento, a causa di un alluvione, di altri duecento iugeri ed, infine, un'evizione di un quinto del totale. Papiniano afferma – questa volta in modo apparentemente conforme a quanto si ricava dal passo di Paolo – che il venditore non è tenuto per evizione né per la quinta né per la quarta parte dei mille iugeri, in quanto degli ottocento iugeri rimasti, ne sono stati evitti soltanto centosessanta, mentre gli altri quaranta rimanenti si considerano come parte proveniente dall'incremento per alluvione. In questa seconda parte del passo, si potrebbe ritenere, quindi, che venga applicato un principio totalmente opposto a quello precedentemente enunciato: dall'estensione del fondo al momento dell'acquisto vengono, infatti, sottratti i duecento iugeri che erano inizialmente venuti meno[268].

Una visione di insieme dei frammenti 13, 14[269] e 15 collocati *sub* tit. D. 21, 2, permette, però, di evidenziare come, mentre il primo può essere facilmente

[268] GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, cit., 258

[269] D. 21, 2, 14 (Ulp. 18 *ad ed.*): *Non in dimidiam quantitatem pretii:*

riferito, per contenuto, all'*actio ex stipulatu*[270], un simile collegamento pare abbastanza improbabile soprattutto per il frammento 15. Non solo, infatti, quest'ultimo non presenta alcun collegamento logico grammaticale con i due passi che lo precedono, dovendone, invece, costituire la conclusione, ma anche ammettendo che non si riferisse all'azione in esame, esprime un principio che è scarsamente ricollegabile ad altra azione.

Il calcolare, infatti, il valore della parte evitta nel momento in cui avviene l'accessione non può essere ritenuto conforme neppure all'*actio empti*, in quanto, in questo caso, il calcolo deve compiersi al momento dell'evizione. Ulteriore elemento per escludere che quest'ultimo passo possa riferirsi all'*actio ex stipulatu*, è fornito dal confronto con D. 21, 2, 64, 1[271]: in quest'ultimo passo, che sicuramente si riferisce alla suddetta azione, in quanto vi è un preciso riferimento alla *stipulatio duplae*, viene esplicitamente affermato che nulla per evizione è dovuto in caso di parte aggiunta dall'alluvione. Si può cercare, dunque, una diversa interpretazione di tale problematico passo di Paolo, cercandone di identificare la *ratio* originale.

In primo luogo è necessario considerare che non può logicamente ritenersi ammissibile un'evizione di una parte aggiunta per accessione, in quanto la garanzia sorge esclusivamente per tutelare il diritto sul bene qual era al momento dell'acquisto[272]. In secondo luogo bisogna aggiungere che, come visto in un passo di Papiniano[273], la parte aggiunta per accessione non rientra nel calcolo della cifra dovuta in caso di evizione. Ecco, dunque, che forse si può identificare quale sia la giusta interpretazione del passo in esame: l'espressione *tempus quo accedit inspiciendum* deve essere intesa riferirsi al momento nel quale sta avvenendo l'alluvione, ma non ha ancora avuto luogo l'accessione da essa prodotta. In questo senso Paolo ritiene che il calcolo del valore del fondo debba

[270] cfr. in questo senso: SCIALOIA, *L'actio ex stipulatu in caso di evizione parziale e la L. 64 D. de evictionibus 21, 2*, cit., 21 ss.
[271] Il testo è riportato *supra,* in questo stesso paragrafo.
[272] Eventualmente la parte, che si aggiunge al fondo per accessione, può rilevare nel caso in cui sia oggetto di evizione insieme a tutto il fondo, ovvero ad una parte facente parte di esso fin dalle origini.
[273] D. 21, 2, 64 pr.– 4.

compiersi al momento dell'alluvione: in quel momento, infatti, il fondo ha ancora l'estensione originaria. Interpretato in questo modo il pensiero di Paolo, esso risulta perfettamente omogeneo con il precedente paragrafo 13 e, per questo, pacificamente riferibile all'*actio ex stipulatu.* In questo modo potrebbe essersi riusciti ad eliminare uno dei due ostacoli testuali, che impedivano di accettare la ricostruzione in base alla quale la responsabilità del venditore vada commisurata all'estensione del fondo al momento dell'acquisto.

Resta da verificare come, in questo contesto, possa collocarsi la testimonianza di Papiniano presente in D. 21, 2, 64 e precedentemente riportata. A questo fine, appare utile prima affrontare un'ulteriore questione problematica ovvero se sia esperibile l'*actio ex stipulatu* in caso di evizione parziale. I principi ricavabili appaiono, in vero, fornire una chiave di lettura utile anche rispetto alla questione interpretativa ora in esame.

9.1. *In particolare sull'esperibilità dell'*actio ex stipulatu *in caso di evizione parziale.*

Anche in riferimento all'esperibilità dell'*actio ex stipulatu* in caso di evizione parziale, sembrano delinearsi nelle fonti due orientamenti contrapposti.

Il passo in cui è indicata in maniera più chiara[274] la possibilità di agire in caso di evizione parziale del bene è sicuramente un frammento di Ulpiano.

> D. 21, 2, 1 (Ulp. 28 *ad Sab.*): *Sive tota res evincatur sive pars, habet regressum emptor in venditorem. sed cum pars evincatur, si quidem pro indiviso evincatur, regressum habet pro quantitate evictae partis: quod si certus locus sit evictus, non pro indiviso portio fundi, pro*

[274] Si possono inoltre prendere in considerazione: D. 21, 2, 39, 2 (Iulian. 57 *dig.*): *Si a me bessem fundi emeris, a titio trientem, deinde partem dimidiam fundi a te quis petierit: si quidem ex besse quem a me acceperas semis petitus fuerit, titius non tenebitur, si vero triens quem titius tibi tradiderat et sextans ex besse quem a me acceperas petitus fuerit, titius quidem pro triente, ego pro sextante evictionem tibi praestabimus*. D. 21, 2, 45 (Alfen. 4 dig. *a paulo epit.*): *Qui fundum tradiderat iugerum centum, fines multo amplius emptori demonstraverat. si quid ex his finibus evinceretur, pro bonitate eius emptori praestandum ait, quamvis id quod relinqueretur centum iugera haberet.*

bonitate loci erit regressus. quid enim, si quod fuit in agro pretiosissimum, hoc evictum est, aut quod fuit in agro vilissimum? aestimabitur loci qualitas, et sic erit regressus.

Ulpiano, non precisando se si sta riferendo al regime della *stipulatio* di garanzia o all'esperibilità diretta dell'*actio empti*, afferma espressamente che il compratore ha diritto di regresso contro il venditore per evizione sia nel caso in cui quest'ultima riguardi l'intero bene acquistato sia nel caso in cui, invece, riguardi esclusivamente una sua parte. Il giurista distingue, poi, i due modi in cui può estrinsecarsi l'evizione parziale, analizzandone le diverse conseguenze: nel caso di evizione di una parte indivisa del bene acquistato, il compratore avrà diritto ad agire per una quota del prezzo pagato corrispondente alla percentuale del bene che viena evitta; nel caso, invece, di evizione di una parte specifica del bene, la responsabilità andrà commisurata al valore e alle qualità specifiche di quella singola parte, sia nel caso si tratti della parte *quod fuit in agro pretiosissimum,* sia che si tratti di quella che *quod fuit in agro vilissimum.*

Per quanto riguarda, invece, la tesi giurisprudenziale opposta[275], in base alla quale non sarebbe possibile agire per evizione nel caso in cui essa fosse parziale, si devono richiamare due passi di Paolo; si confrontino

D. 21, 2, 56, 2 (Paul. 2 *ad ed. aedil. curul*.): *In stipulatione duplae cum homo venditur partis adiectio necessaria est: quia non potest videri homo evictus, cum pars ejus evicta est*

[275] Ulteriori ed importanti passi che riportano tale tesi sono: D. 21, 2, 42 (Paul. 53 *ad ed*.): *Si praegnas ancilla vendita et tradita sit, evicto partu venditor non potest de evictione conveniri, quia partus venditus non est.* D. 21, 2, 43 (Iulian. 58 *dig*.): *Vaccae emptor, si vitulus qui post emptionem natus est evincatur, agere ex duplae stipulatione non potest, quia nec ipsa nec usus fructus evincitur. nam quod dicimus vitulum fructum esse vaccae, non ius, sed corpus demonstramus, sicuti praediorum frumenta et vinum fructum recte dicimus, cum constet eadem haec non recte usum fructum appellari.* D. 21, 2, 44 (Alfen. 2 *dig. a paulo epit*.): *Scapham non videri navis esse respondit nec quicquam coniunctum habere, nam scapham ipsam per se parvam naviculam esse: omnia autem, quae coniuncta navi essent (veluti gubernacula malus antemnae velum), quasi membra navis esse.*

D. 21, 2, 36 (Paul. 29 *ad ed*.): *Nave aut domu empta singula caementa vel tabulae emptae non intelleguntur ideoque nec evictionis nomine obligatur venditor quasi evicta parte.*

Nel primo dei due frammenti, Paolo, nel commento dell'editto degli edili curuli, parlando della vendita di uno schiavo, afferma che non possa ritenersi *commissa* la *stipulatio duplae*, quando '*pars ejus evicta est*', in quanto la singola parte è intrinsecamente connessa con il bene venduto. Nel secondo passo in esame, Paolo ribadisce la conclusione ora raggiunta, attraverso una similitudine: come nella vendita di una nave o di una casa non si considerano vendute singolarmente le parti che compongono la *res empta*, quali le tavole o i mattoni, così, in caso di evizione, non può ritenersi che il venditore rimanga obbligato nel caso in cui il compratore perda la proprietà di una sola parte del bene.

E' necessario, ora, verificare se è possibile sciogliere il contrasto tra le suddette fonti.

Bisogna immediatamente premettere che la problematica in questione ha ragione di essere solo nel caso in cui le parti non abbiano nulla stipulato in materia di evizione parziale. Il quesito da risolvere è, dunque, il seguente: è ammissibile ritenere che, nonostante le parti non abbiano pattuito nulla al riguardo, debba anche considerarsi compresa, nella generale responsabilità *ex stipulatu*, la perdita di singole parti del bene, siano esse separabili o meno?
Per la soluzione di quest'ultimo quesito può essere utile esaminare le soluzioni proposte dalla giurisprudenza romana in casi simili, come, ad esempio, l'usucapione. Si veda

D. 41, 3, 23 pr.–1 (Iav. 9 *epist*.): *Eum, qui aedes mercatus est, non puto aliud quam ipsas aedes possidere: nam si singulas res possidere intellegetur, ipsas non possidebit: separatis enim corporibus, ex quibus aedes constant, universitas aedium intellegi non poterit. accedit eo, quod, si quis singulas res possidere dirit, necesse erit dicat possessione superficiei tempori de mobilibus statuto locum esse, solum se capturum esse ampliori: quod absurdum et minime iuri civili conveniens est, ut una res diversis temporibus capiatur, ut puta cum aedes ex duabus rebus constant, ex solo et superficie, et universitas earum possessionem temporis immobilium rerum omnium mutet. 1. Si*

autem columna evicta fuerit, puto te ex empto cum venditore recte acturum et eo genere rem salvam habiturum.

Il giurista Giavoleno, nel passo sopra riportato[276], considerando il caso di un soggetto che acquista un'abitazione, afferma che il possesso, ai fini dell'usucapione, si estende esclusivamente alla casa, ma non alle singole parti di cui essa è composta: tali parti, infatti, costituiscono delle entità separate, che insieme, pur non costituendo un'universalità, danno vita alla singola casa. Si può, dunque, affermare che sia principio abbastanza diffuso che anche le parti costitutive di un bene ne seguano necessariamente la sorte: sarebbe alquanto strano ritenere che tali parti, da un lato, non possono essere usucapite singolarmente, ma dall'altro possano essere oggetto di azione in caso di evizione, nel caso naturalmente in cui nulla fosse stato pattuito a riguardo dalle parti. E' necessario porre per un attimo attenzione al contenuto del successivo paragrafo 1 dello stesso passo: nell'ultima frase, introdotto da un *autem*, che serve a far capire come il caso ivi considerato fosse opposto, il giurista afferma espressamente che in caso di evizione di una colonna della casa è possibile esperire l'*actio empti.*

E', senza dubbio, interessante il richiamo diretto a tale azione per due ordini di motivi: in primo luogo il fatto che il giurista non si sia limitato genericamente ad affermare la responsabilità in caso di evizione del venditore, ma abbia indicato il preciso rimedio esperibile, può costituire un indizio nel senso che lo stesso giurista fosse consapevole dell'inesperibilità in tale caso dell'*actio ex stipulatu*; in secondo luogo costituisce un elemento di prova in più per differenziare l'ambito applicativo delle due azioni[277]. Grazie a quest'ultimo passo sembra fondata una diversa "rilettura" della serie di testi sopra riportati, in

[276] Uguale principio è riscontrabile nel passo seguente in materia di figli di schiavi e di parti di animali:D. 41, 3, 10, 2 (Ulp. 16 *ad ed.*): *Scaevola libro undecimo quaestionum scribit Marcellum existimasse, si bos apud furem concepit vel apud furis heredem pariatque apud furis heredem, usucapi ab herede distractum iuvencum non posse: sic, inquit, quemadmodum nec ancillae partus. scaevola autem scribit se putare usucapere posse et partum: nec enim esse partum rei furtivae partem. ceterum si esset pars, nec si apud bonae fidei emptorem peperisset, usucapi poterat.*

[277] Si tratta di un problema specifico su cui cfr. *infra*

base ai quali sembrava potersi ammettere l'*actio ex stipulatu* in caso di evizione parziaria: essi sembrano poter essere riferiti, più compiutamente, all'*actio empti.*

Se, infatti, consideriamo D. 21, 2, 1, che avevamo assunto come paradigma della possibilità di utilizzare la prima azione citata, si può notare come in esso non vi sia uno specifico riferimento alla *stipulatio*, ma si parli esclusivamente della possibilità di agire per evizione: la suddetta previsione è perfettamente coniugabile con l'esperibilità della sola *actio empti*, che, all'epoca di Ulpiano, doveva essere sicuramente considerata lo strumento di generale applicazione in materia di evizione.

A questo punto è necessario riesaminare D. 21, 2, 56, 2: il passo, infatti, potrebbe essere considerato come prova della tesi opposta a quella qui accolta, in quanto potrebbe essere ritenuto contenente una norma derogatoria rispetto alla regola generale in base alla quale l'*actio ex stipulatu* sarebbe esperibile in caso di evizione parziale. Questa impostazione sembrerebbe, a prima vista, preferibile, in quanto il principio espresso da Paolo, in materia di vendita di uno schiavo, in base al quale *quia non potest videri homo evictus, cum pars eius evicta est*, sembrerebbe anche contrastare con un principio generale, espresso, dallo stesso Paolo, in

D. 50, 16, 72 (Paul. 76 *ad ed*): *appellatione rei pars etiam continetur.*

Dal frammento, infatti, può ricavarsi che, nella promessa riguardante l'evizione di una cosa intera, sia compresa anche quella di una sua parte.

A questo punto dell'analisi compiuta sarebbe ipotizzabile che Paolo, in D. 21, 2, 56, 2, abbia voluto riportare un principio applicabile esclusivamente in materia di vendita di schiavi. Se, però, si riflette sulla natura del bene evitto, ovvero lo schiavo, cioè un bene formato da parti indivise, si potrebbe estendere tale principio a tutti i beni aventi questa caratteristica, ovvero ai beni indivisibili.

Si considerino, ora, gli effetti che l'evizione di una parte indivisa può produrre sui suddetti beni: essa non fa venir meno né la detenzione né il possesso sul bene medesimo, non diminuendo, quindi, il *rem habere licere* che viene

garantito dalla *stipulatio*, pur producendo una sensibile diminuzione del valore economico del diritto del compratore. Dopo l'evizione di una parte indivisa, si produce sul bene una situazione paragonabile al condominio, limitando il diritto dell'un proprietario quello dell'altro e viceversa. A questo punto il compratore che ha subito l'evizione, come del resto l'originario proprietario risultante vincitore nella rivendica, possono far cessare una siffatta situazione mediante l'*actio communi dividundo*: trattandosi di bene indivisibile, uno dei due, o più comproprietari, otterrà la proprietà dell'intero bene, indennizzando l'altro, o gli altri comproprietari, in ragione della propria quota; invece, trattandosi di beni divisibili ogni comproprietario avrà diritto ad una parte della stessa, direttamente proporzionale alla propria quota. Soltanto a questo punto è concepibile ed, anzi, necessario, poter permettere all'acquirente di agire per evizione contro il venditore: nel primo caso tale azione è esperibile, a mio parere, non soltanto nel caso in cui il bene, dopo l'esercizio dell'*actio communi dividundo*, venga assegnato ad un terzo, in quanto il primo soggetto subisce la perdita totale del proprio *habere licere* sul bene, ma anche nel caso in cui il compratore, a seguito della suddetta azione, risulti aggiudicatario del bene acquistato, in quanto deve essere indennizzato dal proprio dante causa delle spese sostenute per ottenere un diritto pieno sul bene[278]; nel secondo caso, invece, il compratore potrà agire *ex stipulatu* per ottenere la restituzione di una somma proporzionale alla quota del bene evitta. Questa impostazione trova conferma in un passo di Ulpiano, in cui ne viene espressamente affermata l'esperibilità, in caso di assegnazione del bene acquistato, a seguito di *actio communi dividundo*, ad un terzo:

> D. 21, 2, 34, 1 (Pomp. 27 *ad Sab.*): *Si communi dividundo mecum actum esset et adversario servus adiudicatus sit, quia probavit eum communem esse, habebo ex duplae stipulatione actionem, quia non interest, quo genere iudicii evincatur, ut mihi habere non liceat.*

[278] cfr. parzialmente in accordo con tale tesi: SCIALOIA, *L'actio ex stipulatu in caso di evizione parziale e la L. 64 D. de evictionibus 21, 2*, cit., 29 ss.

Riconsiderando gli esiti dell'analisi finora svolta, ne emerge la seguente ricostruzione concernente l'esperibilità dell'*actio ex stipulatu* in caso di evizione parziale.

Nel caso in cui nella *stipulatio duplae* fosse contenuto un espresso riferimento relativo a una simile fattispecie: *nulla quaestio*, sia per quanto riguarda i beni divisibili che gli indivisibili, in quanto è possibile agire immediatamente *ex stipulatu.* Nel caso, invece, non fosse presente una simile clausola nella *stipulatio* bisogna distinguere: nel caso di beni indivisibili è necessario il previo esperimento dell'*actio communi dividundo,* indispensabile per stabilire a chi spetti il bene e per la determinazione della somma dovuta dal venditore; nel caso, invece, di beni divisibili, sono possibili due strade alternative, potendo il compratore, o agire direttamente con l'*actio ex stipulatu*, essendo facilmente determinabile la somma su cui calcolare la responsabilità del venditore[279], essendo questa direttamente proporzionale alla parte del bene evitta, o esperire prima l'*actio communi dividundo*, per la determinazione precisa dell'importo e, poi, l' *actio ex stipulatu* per ottenere tale cifra[280].

10. *Ancora su D. 21, 2, 64 pr.– 4 .*

E' possibile tornare ora su D. 21, 2, 64 pr.– 4 (Pap. 7 *quaest.*)[281]. Riguardo questo passo bisogna notare come all'inizio presenti un'espressione particolare:

---

[279] In questo senso G.R. POTHIER, *Trattato della Vendita*[2], Livorno, 1841, 466, n.140.

[280] Tale tesi non trova neppure smentita in un passo di Giuliano, di seguito riportato, in quanto non è detto che esso si riferisca espressamente all'*actio ex stipulatu* ed essendo plausibile che l'espressione *partem dimidiam* si riferisca ad un bene divisibile. Il passo è: D. 21, 2, 39, 2 (Iulian. 57 *dig.*): *Si a me bessem fundi emeris, a titio trientem, deinde partem dimidiam fundi a te quis petierit: si quidem ex besse quem a me acceperas semis petitus fuerit, titius non tenebitur, si vero triens quem titius tibi tradiderat et sextans ex besse quem a me acceperas petitus fuerit, titius quidem pro triente, ego pro sextante evictionem tibi praestabimus.*

[281] Si riporta il testo per facilitarne l'analisi: D. 21, 2, 64 pr.– 4 (Pap. 7 *quaest*.): *Ex mille iugeribus traditis ducenta flumen abstulit. si postea pro indiviso ducenta evincantur, duplae stipulatio pro parte quinta, non quarta praestabitur: nam quod perit, damnum emptori, non venditori attulit. si totus fundus quem flumen deminuerat evictus sit, iure non deminuetur evictionis obligatio, non magis quam si incuria fundus aut servus traditus deterior factus sit: nam et e contrario non augetur quantitas evictionis, si res melior fuerit effecta. 1. Quod si modo*

si postea pro indiviso ducenta evincantur. Se si collega, infatti, *pro indiviso* a *ducenta*, non sembra ottenersi un'espressione logica, ma se lo si riferisce a *evincantur,* può ricavarsi che l'evizione è avvenuta per effetto di un diritto su una quota indivisa, fatto valere al fine di ottenere i duecento iugeri del fondo inizialmente indiviso. Applicando questo principio ai vari casi proposti da Papiniano, sembra raggungersi un risultato coerente con il quadro sopra delineato. Nel primo caso prospettato, una volta ottenuta la determinazione materiale dell'ampiezza della parte di terreno evitta e facendosi riferimento all'estensione del bene al momento dell'acquisto, risulta evidente che il venditore dovrà subire una condanna al *duplum* calcolata su un quinto del prezzo indicato nella *stipulatio*[282].

La stessa *ratio* è rinvenibile negli esempi seguenti. Anche nel caso in cui un'evizione totale avvenga dopo la diminuzione subita dal fondo a causa dell'opera di un fiume, infatti, è perfettamente coerente che non si tenga conto di tale diminuzione, dovendosi far esclusivamente riferimento all'estensione del fondo al momento dell'acquisto: se si sottraesse la parte distrutta del fondo si creerebbe una disparità netta di trattamento tra i due casi differenti di evizione, in quanto produrrebbe una diminuzione della responsabilità del venditore, che, invece, non si verificherebbe in caso di evizione parziale. Tutto ciò trova una

---

terrae integro qui fuerat traditus ducenta iugera per alluvionem accesserunt ac postea pro indiviso pars quinta totius evicta sit, perinde pars quinta praestabitur, ac si sola ducenta de illis mille iugeribus quae tradita sunt fuissent evicta, quia alluvionis periculum non praestat venditor. 2. Quaesitum est, si mille iugeribus traditis perissent ducenta, mox alluvio per aliam partem fundi ducenta attulisset ac postea pro indiviso quinta pars evicta esset: pro qua parte auctor teneretur. dixi consequens esse superioribus, ut neque pars quinta mille iugerum neque quarta debeatur evictionis nomine, sed perinde teneatur auctor, ac si de octingentis illis residuis sola centum sexaginta fuissent evicta: nam reliqua quadraginta, quae universo fundo decesserunt, pro rata novae regionis esse intellegi. 3. Ceterum cum pro diviso pars aliqua fundi evincitur, tametsi certus numerus iugerum traditus sit, tamen non pro modo, sed pro bonitate regionis praestatur evictio. 4. Qui unum iugerum pro indiviso solum habuit, tradidit, secundum omnium sententias non totum dominium transtulit, sed partem dimidiam iugeri, quemadmodum si locum certum aut fundum similiter tradidisset.

[282] Tale percentuale si ottiene facendo il rapporto tra la parte materiale, effettivamente evitta, ovvero duecento iugeri, e l'ampiezza dell'intera superficie al momento dell'acquisto, non rilevando assolutamente la parte sottratta dall'opera del fiume, in quanto si tratta di evento verificatosi dopo l'acquisto.

spiegazione coerente nel fatto che il tutto, o una sua parte, costituiscono delle grandezze fisiche, materialmente determinate, che possono subire degli aumenti o decrementi, dovuti a fattori non attribuibili al venditore, ma che non intaccano la parità di natura tra le due grandezze. Tralasciando gli altri due casi[283], presentati da Papiniano, riguardo l'evizione *pro indiviso*, sono da considerarsi, in conclusione, i casi di evizione *pro diviso:* in tali casi giustamente, trattandosi di parte dotata di una propria individualità, e, quindi, valutabile più per la sua qualità che per la sua quantità, bisognerà calcolare il suo preciso valore al momento della vendita. Questo criterio, come visto, non può applicarsi nel caso di diritto *pro indiviso*, perché nella necessaria fase di divisione le parti contraenti bilanceranno la quantità con la qualità per ottenere parti eque.

Si può, quindi, considerando sempre il caso che non siano intervenute specifiche convenzioni tra le parti, concludere affermando che in materia di *actio ex stipulatu,* lo stato del bene al momento della vendita costituiva la base di calcolo per determinare la responsabilità del venditore; la suddetta azione era sempre concedibile nel caso di evizione di parti materiali della cosa; tale azione, infine, non era concessa per l'evizione di quote indivise tanto di cose indivisibili, quanto di cose divisibili, se prima non ne fosse stata compiuta la divisione.

[283] Nel paragrafo 1 e 2 vengono, infatti, esaminati altri casi in cui viene applicata la percentuale del quinto. Nel primo un soggetto ottiene, mediante evizione la quinta parte di un fondo che si era accresciuto a 1200 iugeri, ovvero 250 iugeri, che costituirebbero un quarto dell'estensione iniziale del fondo acquistato: bisogna, però, considerare che dei 250 iugeri 50 sono il frutto dell'alluvione, riducendosi, quindi, la parte evitta a 200 iugeri, che costituiscono un quinto del fondo originario, quinto su cui si calcola il *duplum*. Nel secondo caso, invece, il fondo acquistato subisce, prima, un decremento di duecento iugeri, poi, un incremento corrispondente. Del terreno originario rimarrebbero, quindi, 800 iugeri, su cui avviene l'evizione di 200 iugeri. In questo caso, però, bisogna calcolare che dei 200 iugeri soltanto 160 appartengono al bene originariamente acquistato, essendo stati quei 40 aggiunti dall'alluvione: il *duplum* dovrà essere calcolato sui 4/25 dei 1000 iugeri originari.

CAPITOLO QUARTO

ACTIO EMPTI E RESPONSABILITA' PER EVIZIONE

SOMMARIO: 1. L'affermazione dell'*ob evictionem se obligare* e le premesse dell'applicazione dell'*actio empti* come rimedio generale contro l'evizione. – 2. Il progressivo affermarsi dell'*actio empti* quale rimedio autonomo e generale contro l'evizione. – 3. *Actio empti* e rapporti con gli strumenti concorrenti di tutela. – 4. *Actio empti* ed evizione nel pensiero di Giavoleno ed Ulpiano. – 5. La 'svolta' giulianea. – 6. La poliedricità dell'*actio empti* in relazione all'evizione. – 7. Il *pactum de non praestanda evictione*.

1. *L'affermazione dell'*ob evictionem se obligare *e le premesse dell'applicazione dell'actio empti come rimedio generale contro l'evizione.*

In D. 19, 4, 1 pr. (Paul. 32 *ad ed.*)[284], su cui si è concentrata l'attenzione nel capitolo II, Paolo individua, tra gli elementi che vengono a connotare la responsabilità del venditore, l'*ob evictionem se obligare.*

Occorre ora verificare quale sia stata l'evoluzione che ha portato all'emersione della garanzia per evizione quale elemento essenziale del contratto consensuale di compravendita.

Come messo in luce dal Talamanca[285], infatti, si è trattato presumibilmente di un percorso abbastanza lungo, nel quale la riflessione paolina costituisce una delle tappe finali e i cui esiti non possono, senza dubbio, essere riferiti all'epoca in cui è stato delineato lo schema contrattuale dell'*emptio venditio*, che risale a circa cinque secoli prima della testimonianza di Paolo. In questo senso milita, in vero, anche la considerazione che le fonti, che ci testimoniano il fenomeno in

[284] *[…] multum differunt praestationes. Emptor enim, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito, venditori sufficit ob evictionem se obligare, possessionem tradere et purgari dolo malo: itaque, si evicta res non sit, nihil debet; […].*

[285] Cfr. in questo senso TALAMANCA, voce *Vendita,* cit., 393.

oggetto, riportano i pareri di giuristi, Giuliano, Paolo e Ulpiano[286], non appartenenti al primo periodo classico.

Sembra, quindi, ragionevole ritenere – in prima approssimazione – che nel sistema della compravendita consensuale, che, gradualmente, prende il posto del sistema reale di vendita, la disciplina della garanzia per evizione riprenda, almeno iniziamente, le linee generali delineatesi in riferimento al modello più risalente.

Nel sistema precedente – con specifico riferimento alla vendita di *res nec mancipi* – si era diffuso il principio che la garanzia contro l'evizione non costituisse elemento essenziale del contratto di vendita, lasciandosi alla determinazione delle parti la scelta discrezionale sull'eventuale inserimento inserimento di tale garanzia, nelle varie forme analizzate nelle pagine precedenti,

[286] Si indicano, per fornire un riscontro testuale a quanto sopra affermato, i passi in cui viene riconosciuta l'applicabilità dell'*actio empti* per costringere l'acquirente a compiere una stipulazione di garanzia, ponendosi tale fase, come si vedrà, ad un livello intermedio tra la fase in cui l'obbligazione di garanzia costituiva soltanto un'obbligazione accessoria e la fase in cui costituisce elemento essenziale. Ciò testimonia, ancor di più, come non sia possibile risalire troppo indietro con la collocazione temporale di tale ultima fase. I passi in questione sono: D. 19, 1, 11, 8–10 (Ulp. 32 *ad ed*.): *Idem neratius, etiamsi alienum servum vendideris, furtis noxisque solutum praestare te debere ab omnibus receptum ait et ex empto actionem esse, ut habere licere emptori caveatur, sed et ut tradatur ei possessio. 9. Idem ait non tradentem quanti intersit condemnari: satis autem non dantem, quanti plurimum auctorem periclitari oportet. 10. Idem neratius ait propter omnia haec satis esse quod plurimum est praestari, id est ut sequentibus actionibus deducto eo quod praestitum est lis aestimetur.*D. 19, 1, 11, 13 (Ulp. 32 *ad ed*.): *Idem neratius ait venditorem in re tradenda debere praestare emptori, ut in lite de possessione potior sit: sed iulianus libro quinto decimo digestorum probat nec videri traditum, si superior in possessione emptor futurus non sit: erit igitur ex empto actio, nisi hoc praestetur.* D. 19, 1, 13, 17 (Ulp. 32 *ad ed*.): *Idem celsus libro eodem scribit: fundi, quem cum titio communem habebas, partem tuam vendidisti et antequam traderes, coactus es communi dividundo iudicium accipere. si socio fundus sit adiudicatus, quantum ob eam rem a titio consecutus es, id tantum emptori praestabis. quod si tibi fundus totus adiudicatus est, totum, inquit, eum emptori trades, sed ita, ut ille solvat, quod ob eam rem titio condemnatus es. sed ob eam quidem partem, quam vendidisti, pro evictione cavere debes, ob alteram autem tantum de dolo malo repromittere: aequum est enim eandem esse condicionem emptoris, quae futura esset, si cum ipso actum esset communi dividundo. sed si certis regionibus fundum inter te et titium iudex divisit, sine dubio partem, quae adiudicata est, emptori tradere debes.* D.12, 2, 13, 3 (Ulp. 22 *ad ed.*): *Si quis iuraverit vendidisse me ei rem centum, ex empto agere poterit, ut ei cetera praestentur, id est res tradatur et de evictione caveatur: an tamen ad pretium consequendum ex venditio conveniri possit, videndum. et si quidem et de hoc ipso iuratum est, quod pretium solutum est, nulla pro pretio actio superest: si vero hoc non fuerit iuratum, tunc consequens est de pretio eum teneri.*

all'interno del contratto di vendita, specie quando ne fossero oggetto beni di elevato valore[287].

Nel periodo classico, la suddetta responsabilità può essere esclusa sia per quanto riguarda le *res mancipi* che per quanto riguarda le *res nec mancipi*. Nel primo caso, infatti, essendo, ormai, la *mancipatio* divenuto un atto meramente astratto, in quanto la causa del trasferimento della proprietà era inserita nel contratto consensuale, l'*obligatio auctoritatis*, ad essa collegata, poteva essere esclusa espressamente dalle parti, mediante lo strumento della *mancipatio nummo uno*, che, di fatto, eliminava qualsiasi responsabilità del venditore. Nel caso, invece, di vendita di *res nec mancipi*, tale garanzia, a differenza del caso precedente, poteva nascere esclusivamente mediante un comportamento attivo delle parti contraenti, volto all'inserimento di un'apposita *stipulatio* all'interno dell'atto traslativo.

«In uno scenario del genere, è improbabile che – una volta esteso ai rapporti fra i *cives* lo schema della compravendita consensuale – un obbligo comunque configurato del venditore in ordine all'evizione sia sorto in relazione a compravendite *hinc inde* attuato con il trasferimento della cosa ed il pagamento del prezzo: dove la garenzia per l'evizione non sorgesse automaticamente dall'atto librale, si sarà continuato a richiedere al compratore l'iniziativa di pretendere la *stipulatio de evictione*»[288].

Delineato questo quadro generale bisogna, ora, chiedersi in quale modo si sia superata questa impostazione, ovvero come si sia fatta strada l'idea che il venditore fosse tenuto a garantire contro l'evizione. A questo riguardo è stata

---

[287] «Le tre forme di *verborum obligatio* che abbiamo studiato … erano, come si è accennato, rimedi escogitati dalla giurisprudenza per essere messi a disposizione dei compratori diligenti che non volessero pagare la cosa senza garantirsi contro l'evizione. Il compratore negligente, che non avesse esatto dal venditore il formale impegno, era pur sempre tutelato, se vi era stata *mancipatio*, dal regime legale dell'*auctoritas*, ma se invece aveva ricevuto la cosa per semplice *traditio*, il che era inevitabile in caso di *res nec mancipi*, non aveva più nulla da pretendere dal venditore che per sua parte avesse incassato il prezzo. Ciò corrisponde, del resto, ad una tendenza generale del diritto romano, benchè non siano stati i giureconsulti romani a formulare l'adagio *diligentibus iura succurrunt*» cfr. ARANGIO RUIZ, *Compravendita*, cit., 345.

[288] TALAMANCA, voce *Vendita,* cit., 394.

concentrata l'attenzione sulla compravendita in cui fosse previsto il differimento dell'obbligo di consegnare il bene acquistato[289].

In tale ambito può essere accaduto che, in un primo tempo, il compratore prendesse l'iniziativa di prevedere una specifica clausola con la quale obbligare il venditore a fornire la garanzia per evizione al momento della consegna del bene: nel caso in cui tale soggetto si rifiutasse di eseguire quest'ulteriore obbligo, il compratore avrebbe potuto esperire l'*actio empti*.

Di conseguenza, in altri termini, in una prima fase, accanto all'obbligo di trasmettere il possesso della cosa, deve essere sorto quello, sempre posto a carico del venditore, di assumere la garanzia contro l'evizione in una delle varie forme stipulatorie elaborate dalla giurisprudenza. In tale contesto il compratore poteva esigere, mediante l'*actio empti*, che il venditore prestasse la menzionata garanzia: una suggestione in questo senso è fornita anche dal famoso passo di Paolo[290], nel quale si utilizza, appunto, la formula '*obligare*'.

Non essendo naturalmente coercibile, anche in via giudiziale, l'assunzione da parte del venditore, mediante *stipulatio*[291], di questa forma di garanzia, il

---

[289] Cfr. TALAMANCA, *loc. ult. cit.*

[290] D. 19, 4, 1 pr.

[291] Più problematico è, senza dubbio, ipotizzare anche un'evoluzione concernente lo specifico strumento stipulatorio in concreto ottenibile. In un primo momento, il compratore avrebbe potuto richiedere la partecipazione del venditore esclusivamente alla *stipulatio habere licere*; in un secondo, invece, in particolari ipotesi, si sarebbe potuto pretendere la *stipulatio duplae*. In questi termini, da ultimo, DALLA MASSARA, *Garanzia per evizione,* cit., 301 ss. La dottrina tradizionale, in vero, nutre dubbi sulla possibilità di evidenziare una simile evoluzione. Al riguardo, in particolare, non si manca, condivisibilmente, di mettere in luce come in un solo passo si trovi il riferimento alla prima delle due forme di stipulazione sopra richiamate: D. 19, 1, 11, 8 (Ulp. 32 *ad ed*.): *Idem Neratius, etiamsi alienum servum vendideris, furtis noxisque solutum praestare te debere ab omnibus receptum ait et ex empto actionem esse, ut habere licere emptori caveatur, sed et ut tradatur ei possessio.*In tale passo, Ulpiano riporta il pensiero di Nerazio, giurista dell'età di Traiano. Poco tempo dopo Gaio afferma che è possibile richiedere la stipulazione più adatta al tipo di bene oggetto di vendita: D. 21, 2, 6 (Gai10 *ad ed. provinc*.): *Si fundus venierit, ex consuetudine eius regionis in qua negotium gestum est pro evictione caveri oportet.* I passi che si riferiscono alla *stipulatio duplae* risalgono tutti all'epoca dei Severi, come ad esempio: D. 21, 2, 37, 1 (Ulp. 32 *ad ed*.): *Quod autem diximus duplam promitti oportere, sic erit accipiendum, ut non ex omni re id accipiamus, sed de his rebus, quae pretiosiores essent, si margarita forte aut ornamenta pretiosa vel vestis serica vel quid aliud non contemptibile veneat. per edictum autem curulium etiam de servo cavere venditor iubetur.* Tali riferimenti testuali non appaiono probanti, in quanto: in primo luogo i passi sono veramente troppo esigui per poter dimostrare che

compratore poteva, comunque, ottenere la condanna pecuniaria del suo dante causa. Di un utilizzo in questo senso, appare testimone lo stesso Ulpiano[292], secondo cui il giudice avrebbe dovuto condannare il venditore, che non avesse voluto assumere la garanzia in forma stipulatoria, fingendo che si fosse già verificata l'evizione: considerando, quindi, l'interesse del compratore a conservare la cosa, oppure, nei casi in cui sarebbe stata obbligatoria la *stipulatio duplae*[293], al pagamento direttamente del doppio del prezzo ottenuto.

Il risultato ottenuto in questa prima fase di sviluppo dell'utilizzo dell'*actio empti* è sicuramente molto importante per il compratore, in quanto è messo nelle condizioni di ottenere una garanzia, che, fino a poco tempo prima, per la maggior parte dei beni, poteva essere assunta esclusivamente grazie alla sua accettazione volontaria da parte del venditore.

La tutela del compratore non era, però, ancora completa, potendo egli rimanerne privo nel caso in cui il venditore non avesse assunto inizialmente tale garanzia e l'evizione fosse sopraggiunta prima che fosse stata intentata l'*actio empti*.

---

inizialmente dovesse essere prestata esclusivamente la prima forma di *stipulatio*; in secondo luogo, invece, Ulpiano si riferisce alla *stipulatio duplae* esclusivamente per i beni più preziosi, quali, ad esempio, le perle e gli abiti di lusso, non potendosi da ciò inferire che si tratti di una prassi generalmente diffusa. In questi termini cfr. ARANGIO RUIZ, *Compravendita*, cit., 347 e per un approfondimento su D. 21, 2, 37, 1 cfr.*infra* paragrafo seguente.

[292] D. 19, 1, 11, 9–11 (Ulp. 32 *ad ed.*) *Idem ait non tradentem quanti intersit condemnari: satis autem non dantem, quanti plurimum auctorem periclitari oportet. Idem neratius ait propter omnia haec satis esse quod plurimum est praestari, id est ut sequentibus actionibus deducto eo quod praestitum est lis aestimetur. Idem recte ait, si quid horum non praestetur, cum cetera facta sint, nullo deducto condemnationem faciendam*.

[293] I casi nei quali sul venditore graverebbe l'obbligo specifico di assumere la garanzia esclusivamente nella formula della *stipulatio duplae*, ci sono ricordati da Ulpiano in D. 21.2.37.1 (Ulp. 32 *ad ed.*) *Quod autem diximus duplam promitti oportere, sic erit accipiendum, ut non ex omni re id accipiamus, sed de his rebus, quae pretiosiores essent, si margarita forte aut ornamenta pretiosa vel vestis serica vel quid aliud non contemptibile veneat. Per edictum autem curulium etiam de servo cavere venditor iubetur.* In merito all'indicazione ulpianea tra le *res pretiosiores* di una sola tipologia di *res mancipi*, ovvero gli schiavi, è stato precipuamente osservato dall'Arangio-Ruiz, che pur facendo ciò «una certa impressione … conviene da una parte tenere conto di ciò che una menzione della categoria *res mancipi*, se per caso Ulpiano la faceva, non poteva essere riprodotta nel Digesto che non conosceva più l'antica distinzione, e ricordare, dall'altra parte, i documenti che ci mostrano come anche per gl'immobili e per gli animali fosse in uso la *stipulatio duplae*», così ID., , *Compravendita*, cit., 347.

Per questa ragione si può, fondatamente, ipotizzare una seconda fase di sviluppo, nella quale l'*actio empti* diviene immediatamente applicabile per ottenere direttamente dal venditore un ristoro in caso di evizione[294].

2. *Sul rilievo dell'obbligo imposto dagli edili curuli di garantire mediante* stipulatio duplae.

Discusso è se un ruolo propulsivo in questo senso possa essere stato svolto dall'obbligo imposto al venditore dagli edili curuli in materia di vendita di schiavi, di garantire, mediante assunzione nella forma della *stipulatio duplae*, contro l'evizione ed i vizi della cosa, facendo sì che tale garanzia da elemento accessorio possa essere divenuto elemento essenziale della compravendita.

Al riguardo assoluta centralità riveste il seguente passo di Ulpiano

> D. 21, 2, 37, 1 (Ulp. 32 *ad ed.*): *Quod autem diximus duplam promitti oportere, sic erit accipiendum, ut non ex omni re id accipiamus, sed de his rebus, quae pretiosiores essent, si margarita forte aut ornamenta pretiosa vel vestis serica vel quid aliud non contemptibile veneat. per edictum autem curulium etiam de servo cavere venditor iubetur.*

In tale passo, infatti, è rinvenibile un evidente collegamento tra *stipulatio duplae* ed editto degli edili, in quanto nell'ultima parte è espressamente affermato che '*per edictum autem curulium etiam de servo cavere venditor*

[294] Lo stabilire un ordine cronologico tra le due fasi sopra esposte deriva esclusivamente da ragioni di ordine logico, in quanto non sono riscontrabili dati testuali che avvalorano tale classificazione. Si potrebbe tranquillamente arrivare a concludere che le due fasi siano state contemporanee, in quanto abbiamo una testimonianza del giurista Giavoleno, sicuramente contemporaneo di Nerazio, a cui, allo stato delle fonti, è attribuibile la prima fase dello sviluppo sopra esposto: D. 21, 2, 60 (Iavol. 2 *ex plaut.*): *Si in venditione dictum non sit, quantum venditorem pro evictione praestare oporteat, nihil venditor praestabit praeter simplam evictionis nomine et ex natura ex empto actionis hoc quod interest.* Se si ammette che l'ultima frase, da *ex natura* in poi, sia stata interpolata, si può arrivare addirittura a ritenere che in un determinato periodo il compratore, che non avesse agito tempestivamente per ottenere la prestazione della garanzia da parte del venditore, avrebbe potuto ottenere, attraverso l'*actio empti*, esclusivamente il prezzo pagato, salvo naturalmente il caso in cui il venditore fosse in dolo.

iubetur'. Facendo leva[295] sul richiamo ulpianeo all'editto degli edili, il Girard ha ritenuto[296] che lo stesso, oltre a contenere l'obbligo di assunzione della garanzia per i vizi, avrebbe previsto anche l'obbligo per il venditore di promettere, in caso di evizione, il pagamento del doppio del prezzo. Con la conseguente possibilità di esperire l'*actio redibitoria* da parte del compratore dinnanzi agli edili, entro due mesi dalla vendita, per riottenere indietro quanto pagato, nel caso in cui il venditore si fosse rifiutato di prestare le stabilite *stipulationes* di garanzia[297]. La plausibilità di questa ricostruzione è stata isolatamente criticata da una parte

[295] Ulteriori testimonianze in questo senso sono presumibilmente fornite da Paolo, Ulpiano e Gaio:D. 21, 2, 35 (Paul. 2 *ad ed. aedil. curul.): Evictus autem a creditore tunc videtur, cum fere spes habendi abscisa est: itaque si serviana actione evictus sit, committitur quidem stipulatio: sed quoniam soluta a debitore pecunia potest servum habere, si soluto pignore venditor conveniatur, poterit uti doli exceptione.* D.21, 2, 41pr. (Paul. 2 *ad ed. aedil. curul.): Si ei cui vendidi et duplam promissi, cum ipse eadem stipulatione mihi cavisset, heres exstiterim, evicto homine nulla parte stipulatio committitur: neque enim mihi evinci videtur, cum vendiderim eum, neque ei cui me promissorem praestarem, quoniam parum commode dicar ipse mihi duplam praestare debere.* D.21, 2, 56 pr. (Paul. 2 *ad ed. aedil. curul.): Si dictum fuerit vendendo, ut simpla promittatur, vel triplum aut quadruplum promitteretur, ex empto perpetua actione agi poterit. non tamen, ut vulgus opinatur, etiam satisdare debet qui duplam promittit, sed sufficit nuda repromissio, nisi aliud convenerit.* D. 21, 2, 55, 1 (Ulp. 2 *ad ed. aedil. curul.): Praesenti autem venditori denuntiandum est: sive autem absit, sive praesens sit et per eum fiat quo minus denuntietur, committetur stipulatio.* D. 21, 2, 57pr. (Gai 2 *ad ed. aedil. curul.):Habere licere rem videtur emptor et si is, qui emptorem in evictione rei vicerit, ante ablatam vel abductam rem sine successore decesserit, ita ut neque ad fiscum bona pervenire possint neque privatim a creditoribus distrahi: tunc enim nulla competit emptori ex stipulatu actio, quia rem habere ei licet.* D. 21, 2, 57, 1 (Gai 2 *ad ed. aedil. curul.): Quod cum ita est, videamus, num et si ab eo qui vicerit donata legatave res fuerit emptori, aeque dicendum sit ex stipulatu actionem non nasci, scilicet si antequam abduceret vel auferret donaverit aut legaverit: alioquin semel commissa stipulatio resolvi non potest.*

[296] L'approfondimento sul ruolo dell'editto degli edili in relazione all'affermarsi di un obbligo di garantire contro l'evizione è frutto principalemtente della riflessione del GIRARD, *Études historiques sur la formation du système de la garantie d'éviction en droit romain*, cit.,116 ss.

[297] Come ci ricorda Gaio, in D. 21, 1, 28 (Gai 1 *ad ed. aedil. curul.*): *Si venditor de his quae edicto aedilium continentur non caveat, pollicentur adversus eum redhibendi iudicium intra duos menses vel quanti emptoris intersit intra sex menses.* Il giurista esplicitamente afferma che, nel caso in cui il venditore non presti le garanzie contenute nell'editto, il compratore potrà agire, nei due mesi seguenti la vendita, con l'azione redhibitoria, oppure entro sei mesi con le altre azioni collegate alla vendita. Com'è noto in dottrina si è profondamente discusso sulla natura e sulla funzione di tale azione: in questa sede ci si limita a rinviare all'approfondita disanima condotta da L. MANNA, *Actio redhibitoria e responsabilità per i vizi della cosa nell'editto de mancipiis vendundis*, Milano, 1994, 217 ss.

della dottrina[298], che ha messo in discussione, in vero non persuasivamente, la 'genuinità' del testo ulpianeo[299]. A ciò può aggiungersi, anticipando quanto verrà approfondito nel paragrafo successivo, che la postulata[300] centralità anche a questi fini della buona fede, non si ponga in contrasto con il rilievo che presumibilmente ha avuto l'opera degli edili curuli, rafforzandone, invece, la persuasività e l'applicazione generalizzata. Gli esiti di questo percorso evolutivo mi sembrano felicemente compendiati in un passo di Ulpiano

> D. 21, 1, 31, 20 (Ulp. 1 *ad ed. aedil. curul*.): *Quia adsidua est duplae stipulatio, idcirco placuit etiam ex empto agi posse, si duplam venditor mancipii non caveat: ea enim, quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei iudiciis debent venire.*

Nel passo risulta evidente la stretta connessione, nel caso in cui '*si duplam venditor mancipii non caveat',* tra esperibilità dell'*actio empti*, giustificata in base alla natura di buona fede del relativo giudizio, e prassi commerciale, nonché permette di evidenziare come la vera svolta in materia si sia avuta con l'affermazione degli *iudicia ex fide bona*: «la giurisprudenza trasse dal principio stesso della *fides* la regola che in forza dell'accordo sulla cosa e sul prezzo il compratore avesse diritto ad essere garantito»[301].

Tale acquisizione, comunque, doveva essere già avvenuta non molto tempo dopo l'estensione del contratto consensuale di compravendita ai cittadini romani,

---

[298] Si fa riferimento alla tesi del Sargenti, secondo cui testualmente «per sostenere che gli edili abbiano resa obbligatoria anche questa, si deve ricorrere a congetture fondate su elementi piuttosto fragili e malsicuri. Nessuno, peraltro, si è proposto quello che dovrebbe essere il quesito fondamentale in materia: come, cioè, venisse assicurata, nell'editto edilizio, la pretesa obbligatorietà della *stipulatio duplae*», cfr. SARGENTI, *L'evizione nella compravendita romana,* cit., 114. In estrema sintesi tale tesi si fonda sulla presunta inesistenza, - a differenza di quanto previsto in materia di garanzia contro i vizi, dove, in caso di mancata dichiarazione dei vizi Gaio espressamente riporta che l'editto prevedeva l'esperimento dell'*actio redhibitoria* – di un'analoga previsione edittale in materia di evizione.

[299] Non mancandosi anche di definire l'intera struttura del passo «sconclusionata». Per un approfondimento sulle critiche testuali che l'Autore ritiene di muovere al passo di Ulpiano, appare opportuno rinviare direttamente alla sede di trattazione, cfr. SARGENTI, *L'evizione nella compravendita romana,* cit., 115 ss.

[300] SARGENTI, *loc. ult. cit.*

[301] ARANGIO RUIZ, *Compravendita*, cit., 346.

ovvero intorno al I secolo a. C., mentre una precisa distinzione tra l'obbligo di *possessionem tradere* e quello di *evictionem se obligare* si può essere diffuso anche in seguito.

3. *In particolare sulla distinzione tra l'obbligo di* possessionem tradere *e quello di* evictionem se obligare.

Questa distinzione sottende una specifica riflessione sulla corretta perimetrazione dell'obbligazione di *possessionem tradere.* Riflessione che, senza dubbio, appare compiuta all'epoca di Giuliano, che, come ci ricorda Ulpiano[302], critica Nerazio, affermando che non possa ritenersi correttamente adempiuta da parte del venditore l'obbligazione di trasferire il possesso se '*superior in possessione emptor futurus non sit'*.

Un ulteriore elemento che, senza dubbio, ha consentito la definitiva e completa autonomizzazione delle due obbligazioni, è la correlativa differenziazione nell'esperibilità dell'*actio empti*. Nello specifico, come appena visto, almeno nell'impostazione giulianea, l'obbligazione di *possessionem tradere* può ritenersi non corretamente adempiuta e legittimare il ricorso all'*actio empti* nel caso in cui, pur essendo stata eseguita la consegna materiale del bene, il compratore non abbia ciononostante conseguito l'*in bonis habere* Al contrario, la medesima azione contrattuale, volta all'assunzione da parte del venditore della garanzia contro l'evizione, non poteva più essere esperita nel caso in cui fosse *medio tempore* sopravvenuta l'evizione stessa[303].

Volendo, quindi, perimetrare l'ambito operativo delle due suddette prestazioni[304], che vengono ad innervare l'obbligazione generale di *praestare*

---

[302] D. 19, 1, 11, 13 (Ulp. 32 *ad ed*.): *Idem Neratius ait venditorem in re tradenda debere praestare emptori, ut in lite de possessione potior sit: sed Iulianus libro quinto decimo digestorum probat nec videri traditum, si superior in possessione emptor futurus non sit: erit igitur ex empto actio, nisi hoc praestetur.*

[303] Cfr. TALAMANCA, voce *Vendita,* cit., 395.

[304] Sul problema specifico cfr. in part. RICCA BARBERIS, *Sulla natura della garanzia per evizione*, cit., 3 ss., e, per gli sviluppi della dottrina più recente, VACCA, *La garanzia per evizione*

rem[305], può ritenersi che la prima si sostanzi nel semplice *tradere*, mentre la seconda assicura il perdurare dell'*habere licere* sul bene acquistato[306].

---

e le obbligazioni del venditore nel sistema romano e nel sistema del codice civile italiano, cit., 272 ss.

[305] Che, come visto nei paragrafi precedenti, è frutto dell'elaborazione compiuta dalla giurisprudenza classica e «pur non richiedendo il trasferimento del *dominium ex iure Quiritium,*…, implica che il compratore di buona fede sia posto nella posizione di far valere il suo acquisto,…, *erga omnes*, per effetto del trasferimento compiuto dal venditore, implica cioè che il venditore "assicuri" al compratore l'acquisizione definitiva del bene in dipendenza dell'atto di trasferimento». Così VACCA, *La garanzia per evizione e le obbligazioni del venditore nel sistema romano e nel sistema del codice civile italiano*, cit., 281 ss.

[306] Il Bekker (Id., *Zur Lehre von der Evictionsleistung,* in *Jahrbuch des gemeinem deutschen Rechts,* 6 (1863), 231 ss.) ha ritenuto, invece, partendo da una ricostruzione in termini di *dare* dell'obbligazione del venditore, che, non essendo l'evizione, in sostanza, altro che un inadempimento di tale obbligazione di dare, ciò vorrebbe dire che nell'obbligazione di cui essa è inadempimento non si potrebbero distinguere due obblighi diversi. L'obbligazione di dare, infatti, continuerebbe ad essere sempre la stessa, ma assumerebbe l'aspetto di un obbligo di garantire dall'evizione, perché, verificandosi quest'ultima, si verrebbe a distruggere l'illusione che si sia adempiuto a quell'obbligazione. L'evizione, essendo manifestazione dell'inadempimento alla propria prestazione di dare da parte del venditore, renderebbe necessario che egli compia di nuovo tale prestazione. L'evizione, cioè, secondo l'orientamento in rassegna, fa della prestazione del venditore una prestazione puramente apparente, e l'azione che da essa deriva non è un'azione nuova, diversa da quella derivante dall'inadempimento in genere, ma è l'azione che in caso di inadempimento si dirige all'adempimento dell'obbligazione. Ciò porta alla conseguenza che l'evizione produce gli stessi effetti della mora, in quanto in entrambe il debitore, non avendo fatto ciò che doveva, deve necessariamente adempiere alla sua obbligazione originaria. Per la tesi considerata, quindi, non costituisce una differenza rilevante tra evizione e mora il fatto che la prima, a differenza della seconda, non si manifesta nel momento stabilito per l'adempimento, ma in un momento successivo, consentendo, quindi, al creditore un certo periodo in cui può godere del bene acquistato: è vero, infatti, che in questo periodo il creditore si giova di un vantaggio a lui non dovuto, ma ne subisce anche un danno, in quanto non è messo nelle condizioni di richiedere la prestazione realmente dovuta. In primo luogo l'opinione del Bekker non può essere accolta già nel suo assunto di base, ovvero nel ricostruire in termini di *dare* e non di *facere* l'oggetto dell'obbligazione del venditore. Ciò in quanto «la particolare struttura dell'obbligazione di *praestare rem* … è in realtà collegata alla dualità fra *in bonis* e *dominium*: non si poteva configurare un'obbligazione di «dare», in quanto ciò avrebbe comportato la necessità della trasmissione del *dominium ex iure Quiritium*, e si configurò allora l'obbligazione di *facere*, avente per contenuto la trasmissione di una situazione reale processualmente inattaccabile da parte del terzo». Così VACCA, *La garanzia per evizione e le obbligazioni del venditore nel sistema romano e nel sistema del codice civile italiano*, cit., 285. Ugualmente criticabile appare, in vero, nello specifico, l'equiparazione tra due obbligazioni funzionalmente diverse: un conto, infatti, è non compiere la consegna del bene, che costituisce l'obbligazione principale del venditore, un conto è non garantire contro un'eventuale evizione. Nel primo caso non sarebbe neppure ipotizzabile un contratto di compravendita privo di tale obbligazione. Nel secondo caso, invece, è sicuramente ipotizzabile, anzi, possiamo dire, per un lungo periodo, ha costituito la regola, un contratto di compravendita privo dell'obbligazione di garantire contro

Ciò, senza dubbio, ci consente di iniziare a focalizzare l'attenzione sull'autonomia, all'interno della più ampia obbligazione del venditore, dell'obbligo specifico di garantire contro l'evizione. La specificità e l'autonomia di questo obbligo rispetto a quello di trasferire il bene, possono essere riscontrate in un passo di Ulpiano, in cui viene ribadito che, essendo l'*actio ex empto* concessa sia per garantire l'*habere licere* sul bene acquistato sia per ottenere il trasferimento del bene acquistato, si tratta di due fattispecie autonome:

> D. 19, 1, 11, 8 (Ulp. 32 *ad ed.*): *Idem Neratius, etiamsi alienum servum vendideris, furtis noxisque solutum praestare te debere ab omnibus receptum ait et ex empto actionem esse, ut habere licere emptori caveatur, sed et ut tradatur ei possessio.*

Riportando quest'ultima considerazione nell'alveo del discorso precedente, concernente l'individuazione degli esatti contorni dell'obbligazione gravante sul venditore, appare opportuno delimitare l'autonomia che è riconosciuta all'obbligo specifico di garantire contro l'evizione. Tale garanzia, infatti, seppur logicamente autonoma rispetto all'obbligo di trasferire il possesso del bene, non lo è funzionalmente: entrambi concorrono al corretto adempimento dell'obbligazione gravante sul venditore di assicurare l'efficacia *erga omnes* del trasferimento del bene, ovvero il più volte richiamato *praestare rem*. Ciò che, invece, correttamente mette in luce l'autonomia dell'elemento garanzia per evizione, in riferimento agli altri che fanno sorgere nel giudizio *ex empto* una responsabilità per il venditore è l'essere una forma di 'responsabilità oggettiva':

---

l'evizione, che può essere configurata come obbligazione accessoria. Non bisogna, poi, dimenticare che, mentre l'obbligazione di consegnare la cosa può autonomamente sorgere senza che sia accompagnata da quella di prestare la garanzia in esame, non è, invece, vero il contrario, in quanto non è concepibile garantire un bene contro l'evizione, quando non ne è stata compiuta la consegna. In secondo luogo anche partendo dall'erroneo presupposto che l'evizione costituisca inadempimento dell'obbligazione di *dare*, essa, comunque, non costituisce inadempimento dell'obbligazione di *possessionem tradere*: ammettendo, infatti, che, in seguito ad evizione, l'obbligazione di *dare* rimanga inadempiuta, in quanto l'obbligo di *praestare* la cosa è stato adempiuto solo in maniera apparente, ciò non si verifica, invece, per l'obbligazione di consegnare, in quanto una consegna effettiva del bene è stata fatta dal venditore.

come meglio si vedrà nel proseguo dell'analisi, è, infatti, sufficiente per farla sorgere in capo al venditore che il compratore perda la disponibilità del bene a seguito di una pretesa vittoriosamente avanzata da un terzo, rimanendosi, quindi, al di fuori della necessità di «provare un inadempimento imputabile al venditore»[307].

Un tale assunto verrà, ora, verificato passando ad analizzare con quale azione e con quali limiti tale obbligo può essere fatto valere nei confronti del venditore, oltre che come lo stesso si relazioni con gli altri strumenti già previsti per tutelare il compratore contro l'evizione.

4. *Il progressivo affermarsi dell'*actio empti *quale rimedio autonomo e generale contro l'evizione.*

Nel paragrafo precedente si è cercato di individuare il percorso che ha portato all'affermazione generale di un obbligo di garantire contro l'evizione, ovvero il procedimento mediante il quale tale fattispecie è divenuta rilevante nel caratterizzare la responsabilità che contrattualmente viene a gravare sul venditore[308].

Come risulta dal paragrafo precedente, in dottrina il percorso evolutivo che ha reso possibile un simile esito appare sostanzialmente condiviso.

Di contro, uguale certezza non è rinvenibile in relazione all'individuazione delle conseguenze che tale evoluzione ha comportato sul 'sistema' della garanzia fino a quel momento operante, con immediate ricadute in punto di tutela, ovvero nell'individuazione dell'ambito applicativo dell'*actio empti*[309]. Una riflessione

[307] VACCA, *La garanzia per evizione e le obbligazioni del venditore nel sistema romano e nel sistema del codice civile italiano*, cit., 286.

[308] Ha parlato, di recente, di 'contrattualizzazione' il DALLA MASSARA, *Garanzia per evizione e interdipendenza delle obbligazioni nella compravendita romana*, cit., 303.

[309] La bilateralità tipica della compravendita consensuale si rinviene anche nelle forme di tutela apprestate dall'ordinamento romano: ad ognuna delle parti compete una propria azione così come ognuna delle parti è obbligata in modo diverso dall'altra. Legittimato ad adire il giudice con l'*actio empti* è il compratore, mentre soggetto passivo è il venditore. La formula concessa dal pretore nell'Editto è: *C. Aquilius iudex esto.* Quod *A. Agerius* de *N. Negidio* hominem *quo de agitur* emit*, qua de re agitur,* quidquid ob eam rem dare facere oportet ex fide bona, eius *C.*

sul punto, come appare evidente, non può prescindere da un immediato confronto con gli altri rimedi previsti dall'ordinamento romano in caso di evizione, anche se ci si riserva di tornare sul punto nel capitolo successivo.

All'analisi dei menzionati contrasti interpretativi, deve essere anteposta una premessa metodologica che, a mio avviso, pur correndo il rischio di anticipare alcune delle conclusioni che dovrebbero porsi come conseguenza dell'analisi che si è in procinto di svolgere, riveste precipua importanza, in quanto permette di leggere il suddetto dibattito da un'angolatura diversa.

Più nello specifico, la panoramica che si compirà sulle opinioni dei *prudentes* che si sono occupati dell'ambito di applicazione dell'*actio empti* in materia di evizione, a mio modo di vedere, renderà evidente come la problematica in esame deve aver costituito fonte di vivo dibattito tra i giuristi romani, venendosi ad affermare dei diversi filoni interpretativi, poi cristallizzatisi al momento della codificazione giustinianea.

In altre parole, in via di prima approssimazione, può affermarsi che per taluni giureconsulti romani l'*actio empti* fosse considerata un vero e proprio "strumento di garanzia". Attraverso tale azione, infatti, il compratore avrebbe potuto ottenere dal venditore sia le consuete *stipulationes* di garanzia (*duplae* o *habere licere*)[310] sia, in caso si fosse già verificata l'evizione, un risultato analogo a quello conseguibile se fossero state interposte le suddette *stipulationes*, ovvero l'ottenimento del prezzo o di un suo multiplo[311]. In altri giuristi, talvolta

---

Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato: si non paret absolv*ito.* Legittimato, invece, ad agire con l'*actio venditi* è il venditore: soggetto passivo è ovviamente il compratore. La formula concessa dal Pretore è la seguente: *C. Aquilius iudex esto.* Quod *A. Augerius* de *N. Negidio* hominem *quo de agitur* emit, *qua de re agitur,* quidquid ob eam rem N. Negidium A.Agerio dare facere oportet ex fide bona eius *C. Aquilius* iudex N. negidium A. Augerio condemnato; si non paret absolv*ito.* (MANTOVANI, *Le formule,* cit., 199).

[310] D. 19, 1, 11, 9–11 (Ulp. 32 *ad ed.*): *Idem ait non tradentem quanti intersit condemnari: satis autem non dantem, quanti plurimum auctorem periclitari oportet. Idem neratius ait propter omnia haec satis esse quod plurimum est praestari, id est ut sequentibus actionibus deducto eo quod praestitum est lis aestimetur. Idem recte ait, si quid horum non praestetur, cum cetera facta sint, nullo deducto condemnationem faciendam.*

[311] D. 21, 2, 8 (Iulian. 15 *dig.*): *Venditor hominis emptori praestare debet, quanti eius interest hominem venditoris fuisse. quare sive partus ancillae sive hereditas, quam servus iussu emptoris adierit, evicta fuerit, agi ex empto potest: et sicut obligatus est venditor, ut praestet licere habere*

anche coevi ai precedenti, può, invece, verificarsi l'utilizzo dell'azione contrattuale come strumento di reazione ad una situazione che viene considerata quale vero e proprio inadempimento.

Tali diversi filoni interpretativi hanno convissuto parallelamente a fianco della più generale evoluzione propria del contratto consensuale di compravendita, non potendosi, invece, ipotizzare che l'uno si collochi come antecedente dell'altro. Per questo motivo, le diverse impostazioni proposte dalla dottrina attuale e che ora si passerà ad analizzare possono essere lette come tra di loro complementari, in quanto mettono in evidenza le diverse "sfaccettature" di questo esempio di *ius controversum*.

5. Actio empti *e rapporti con gli strumenti concorrenti di tutela.*

Come anticipato, il tema si interseca con quello, ancor più complesso, volto a stabilire quale fosse la frequenza con la quale si faceva ricorso al suddetto strumento: viene, infatti, in rilievo una variabile non oggettivamente valutabile, ovvero quale fosse nella pratica il ricorso ai rimedi alternativi quali l'*auctoritas* o le diverse forme di *stipulationes*. Ritenere più o meno ampio l'utilizzo di quest'ultimi strumenti, in vero, non vuol dire altro che ampliare o ridurre i casi in cui era necessario ricorrere all'azione contrattuale.

Come sarà a breve evidente, un'immediata riprova di ciò è data proprio dall'esame della dottrina: da un lato[312], infatti, non si è mancato di ritenere che l'ambito applicativo dell'*actio empti* fosse ridotto, ipotizzando un perdurante e largo ricorso allo strumento stipulatorio; dall'altra[313], si è giunti, di contro, a ridurre tale ambito applicativo, supponendo, invece, una perdurante e diffusa utilizzazione della *mancipatio* e, quindi, della connessa *actio auctoritatis*. Soltanto un'attenta disamina delle fonti disponibili, nell'ottica ora evidenziata,

---

hominem quem vendidit, ita ea quoque quae per eum adquiri potuerunt praestare debet emptori, ut habeat.

[312] Si fa riferimento, in particolare, alla tesi dell'Arangio-Ruiz, su cui cfr. *infra* in questo stesso paragrafo.

[313] E' la teoria sostenuta dall'Ankum, su cui cfr. *infra* in questo stesso paragrafo.

può permettere di chiarire alcuni dei profili problematici ora evidenziati, che spesso sono stati affrontati con un approccio, a mio avviso, talvolta aprioristicamente influenzato.

E', senza dubbio, frutto della dottrina tradizionale, l'aver valorizzato nelle fonti l'utilizzo dell'*actio empti* in funzione di garanzia[314]. La lettura in questo senso delle fonti in materia è, forse, influenzata dall'idea, *rectius* dall'assunto che «conformemente alla tendenza conservativa della prassi romana, l'ammissione dell'*actio empti* nelle funzioni vedute non ridusse per nulla la diffusione delle *verborum obligationes:* queste rimasero in uso non soltanto per tutta l'età classica, ma anche in epoca postclassica, fino alla compilazione di Giustiniano ed oltre»[315]. In questo senso militerebbe[316], del resto, la circostanza che in concreto le parti, nel caso di vendita di beni di grande valore, difficilmente avrebbero omesso di apporre le dovute stipulazioni; di converso, nel caso di vendita di *res mancipi* tra cittadini romani, difficilmente si sarebbe evitato di compiere la *mancipatio,* con il nascere della relativa *obligatio auctoritatis.* Nella stretta connessione tra *actio empti* e stipulazioni di garanzia si può, senza dubbio, collocare un'importante testimonianza di Ulpiano, che riporta un'opinione di Nerazio

> D. 21, 2, 37, 2 (Ulp. 32 *ad ed*.): *Si simplam pro dupla per errorem stipulatus sit emptor, re evicta consecuturum eum ex empto Neratius ait, quanto minus stipulatus sit, si modo omnia facit emptor, quae in stipulatione continentur: quod si non fecit, ex empto id tantum consecuturum, ut ei promittatur quod minus in stipulationem superiorem deductum est.*

[314]Non a caso, in vero, lo stesso Arangio Ruiz intitola il paragrafo concernente l'esperibilità dell'*actio empti* in relazione all'evizione proprio «l'*actio empti* in funzione di garanzia», cfr. ARANGIO RUIZ, *Compravendita*, cit., 345.

[315] ARANGIO RUIZ, *Compravendita*, cit., 352.

[316] ARANGIO RUIZ, *Compravendita*, cit., 350 ss.

Nell'ottica di Nerazio, il compratore, che abbia per sbaglio accettato una *stipulatio simplae*, anziché la *duplae*, può agire, al momento dell'evizione, con l'*actio empti*, per ottenere il doppio del prezzo pagato.

E' evidente, a mio avviso, che in questo caso la determinazione del *quantum* ottenibile dal compratore venga a prescindere da una valutazione in concreto dell'*id quod interest*: l'azione contrattuale risulta connotata da una chiara funzione di garanzia, analoga, del resto, a quella che caratterizza lo strumento stipulatorio voluto dal compratore e che, per errore, non è stato ottenuto.

L'attenta valorizzazione della circostanza concreta che il compratore abbia espressamente richiesto al venditore di essere tutelato mediante *stipulatio*, giustifica, a mio avviso, l'adesione di Ulpiano all'impostazione di Nerazio. All'epoca di Ulpiano, infatti, come vedremo nei prossimi paragrafi e come del resto più volte accennato, risulta possibile l'esperimento diretto dell'*actio empti* per l'ottenimento dell'*id quod interest.* Proprio, però, la scelta a monte del compratore per uno strumento di tutela di 'garanzia in senso tecnico', quale la *stipulatio duplae*, che, in concreto non può trovare diretta applicazione a causa del menzionato errore dell'acquirente stesso, comporta la logica conseguenza che il giurista utilizzi lo strumento contrattuale per dare attuazione al programma contrattuale, che le parti avrebbero voluto attuare.

Per quanto qui interessa, la testimonianza ulpianea evidenzia chiaramente il ruolo importante che riveste, come anticipato, l'autonomia delle parti nella scelta del sistema di tutela contro l'evizione, che possono, attraverso l'apposizione di una *stipulatio*, derogare al regime connesso all'esperimento dell'*actio empti.*

Nel limitare il ricorso all'azione contrattuale, può ipotizzarsi che un ruolo può presumibilmente essere stato giocato anche dall'*auctoritas*[317]. Merita, infatti, attenta considerazione la tesi dell'Ankum, che giunge a ritenere l'*actio empti*, in caso di evizione, un'azione sussidiaria, in quanto, in diritto romano classico, il

[317] La valorizzazione di tale strumento di garanzia anche per il periodo classico si deve essenzialmente alla riflessione di H. ANKUM, *Alcuni problemi concernenti la responsabilità per evizione del venditore nel diritto romano classico*, in *Atti Acc. Peloritana dei Pericolanti*, 58 (1989), Messina, 1991, 5 ss..; H. ANKUM, *Pomponio, Juliano y la responsabilidad del vendedor por eviccion con la actio empti*, in *RIDA***,** 39 (1992), 57 ss..

compratore avrebbe potuto ed, anzi, nella grande maggioranza dei casi doveva, esercitare l'*actio de auctoritate*, nel caso in cui il bene acquistato fosse stato un fondo italico, mancipato, non *nummo uno*, oppure l'*actio ex stipulatu*, nel caso in cui le parti avessero stipulato un'apposita clausola in materia di evizione. Ad eccezione del caso di dolo del venditore, il compratore non avrebbe, quindi, avuto la possibilità di richiedere, con l'*actio empti,* l'*id quod interest* al suo dante causa: ciò troverebbe un riscontro in una costituzione di Diocleziano e Massimiliano. Si veda

> C. 8, 44, 23: *Cum successores etiam venditoris pro evictione teneri possint ... Quod sive praesentibus ... sive absentibus, postea quanti tua interest rem evictam non esse teneri, non quantum pretii nomine dedisti, si aliud non placuit, publice notum est.*

La costituzione ricorda come anche i successori del venditore possano essere tenuti a titolo di evizione. Al fine di specificare la responsabilità in cui gli eredi possono incorrere, si richiama il principio da ritenersi pacifico, che l'eventuale risarcimento deve essere commisurato, non avendo riguardo al prezzo che è stato pagato, ma all'interesse che non sia evitto il bene, salvo che '*aliud non placuit*'.

Il dato testuale più interessante di questa testimonianza è, secondo l'Ankum, il carattere sussidiario che sembrerebbe essere attribuito all'*actio empti*, che potrebbe essere esperita per l'ottenimento dell'*id quod interest* esclusivamente *si aliud non placuit,* ovvero se non ci sono rimedi alternativi. A mio avviso, però, questa fonte non aggiunge molto a quanto già ricavabile anche da D. 21, 2, 37, 2, considerato poco sopra. Sintetizzando quanto sarà più diffusamente trattato nel capitolo V, infatti, l'affermazione in astratto della derogabilità della disciplina ormai generale in base alla quale l'*actio empti* risulta esperibile per l'ottenimento dell'*id quod interest*, appare pienamente coerente con la tutela della volontà delle parti contrattuali che possono, come visto, voler regolare in modo differente il regime della responsabilità per evizione. Nulla ci dice, però, in concreto su quanto fosse diffuso il ricorso a forme diverse di tutela. E nulla, *a fortiori*,

testimonia in riferimento all'utilizzo della *mancipatio,* al fine di ottenere la correlata garanzia per evizione.

A ciò deve aggiungersi, richiamando quanto precedentemente visto, che neppure l'ipotizzabilità di un obbligo di mancipare il bene, potrebbe militare in favore di un ampio ricorso all'*auctoritas* nel periodo coevo all'emanazione di C. 8, 44, 23. Pur ritenendo, a mio avviso, che un tale obbligo abbia inizialmente arricchito il contenuto dell'obbligazione di *praestare rem* e, anzi, abbia anche contribuito alla formalizzazione di tale obbligazione, non può trascurarsi, come efficacemente messo in luce dal Pugliese, che «in pratica tuttavia poteva accadere che le formalità della *mancipatio,* le quali richiedevano la partecipazione di sei estranei, cittadini romani e puberi, in molti casi forse da compensare con una mercede o una mancia, apparissero troppo complicate se non costose, in rapporto al valore o alla natura delle cose vendute. Anche le *res mancipi*, specie le mobili, potevano essere di modesto valore e, comunque, il compratore, anche per altre ragioni, poteva non avere interesse ad una loro *mancipatio*, e accontentarsi della semplice *traditio*. Questa rinuncia alla *mancipatio* (di regola, certo, non pattuita, bensì attuata di fatto) dovette diventare più frequente … quando il pretore con l'*exceptio doli* o *rei venditae et traditae* … e l'*actio publiciana* … conferì al compratore … una posizione quasi equivalente … a quella del compratore, a cui il bene venduto fosse stato invece mancipato»[318].

Volgendosi, dunque, al 'diritto applicato', nell'accezione che dello stesso fornisce il Pugliese[319], a mio avviso, è possibile, dunque, evidenziare un'applicazione più ampia dell'*actio empti* di quella ipotizzata dall'Ankum.

---

[318] così PUGLIESE*, Sull'obbligazione di «mancipare» nella compravendita romana*, cit., 536. La lunga citazione testuale si giustifica non solo per la precipuità e la chiarezza della medesima, ma soprattutto perché proviene dall'Autore che, come sopra visto, ha più valorizzato anche nel periodo classico il ruolo della *mancipatio*, dimostrando l'esistenza dell'obbligo di compierla in caso di vendita di *res mancipi.*

[319] PUGLIESE*, Sull'obbligazione di «mancipare» nella compravendita romana*, cit., 536. Tale definizione, come ricorda lo stesso Autore, è esattamente opposta rispetto a quella formulata da V. ARANGIO-RUIZ, *Diritto puro e diritto applicato nella compravendita romana*, in *Festschrift Koschaker*, Weimar, 1939, II, 150 ss.

In secondo luogo, sempre rimanendo sul piano del 'diritto applicato', è possibile ipotizzare, una volta che come si è visto si afferma la possibilità di esperire direttamente l'*actio empti* in caso di evizione, anche una progressiva riduzione del ricorso alla *stipulatio duplae*. Una volta, infatti, che il compratore risulta, comunque, tutelato in riferimento all'evizione, è presumibile che il venditore cercasse di non addivenire alla suddetta stipulazione, in quanto come, precipuamente rilevato dal Talamanca, «salvo casi eccezionali, è difficile che l'*id quod interest* potesse andare oltre il doppio del prezzo»[320].

Merita, infine, di essere valorizzata in questa sede[321] un'ulteriore intuizione del Talamanca[322], che riguarda i rapporti tra strumento stipulatorio di garanzia e impiego dell'*actio empti.* Nello specifico si individua nell'evoluzione che ha subito la *stipulatio habere licere* – da strumento di garanzia pura e semplice di un fatto oggettivo, che poteva essere posto in essere anche da un terzo ad istituto che viene a perdere qualsivoglia riferimento alla responsabilità per evizione – un chiaro indice del progressivo e sempre maggiore ricorso all'azione contrattuale in relazione all'evizione. In altre parole, la *stipulatio habere licere* viene radicalmente modificata per evitare la sua scomparsa, inevitabile in quanto con la diretta esperibilità dell'*actio empti* il compratore è messo in condizione di ottenere in via diretta un risultato analogo. Con l'immediata conseguenza, per quanto qui nello specifico interessa, che si può affermare, senza dubbio, un progressivo minor ricorso allo strumento stipulatorio, certo per quanto riguarda la *stipulatio habere licere*, più difficile da valutare per quanto attiene alla *stipulatio duplae*.

Riservandoci, comunque, di tornare sul tema del concorso dei rimedi esperibili in caso evizione[323], in questa sede preme evindeziare come gli spazi di

---

[320] Cfr. TALAMANCA, voce *Vendita,* cit., 400 (nota 1005), che rileva tale circostanza in relazione al vantaggio, che aveva il compratore nell'utilizzare appunto tale strumento di garanzia.

[321] Su questo profilo cfr. diffusamente Capitolo II § 4.

[322] Cfr. TALAMANCA, voce *Vendita,* cit., 397.

[323] Una ricostruzione dei diversi rimedi esperibili in epoca classica dal compratore in caso di evizione è stata compiuta di recente da J. BELDA MERCADO, *La obligación de garantía por evicción del comprador en el derecho romano clásico*, in *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2004, 119 ss.

operatività dell'*actio empti* appaiono più ampi di quelli ipotizzati dalla dottrina tradizionale. Di questo mi pare evidente indice la stessa elaborazione svolta dalla giurisprudenza romana e che ora si passerà ad esaminare.

6. Actio empti *ed evizione nel pensiero di Giavoleno e Pomponio.*

Al riguardo, la prima testimonianza dell'impiego dell'*actio empti* in funzione di garanzia, ovvero come rimedio per ottenere in via diretta il ristoro in caso di evizione del bene, può essere presumibilmente ascritta a Giavoleno

> D. 21, 2, 60 (Iav. 2 *ex Plautio*): *Si in venditione dictum non sit, quantum venditorem pro evictione praestare oporteat, nihil venditor praestabit praeter simplam evictionis nomine et ex natura ex empto actionis hoc quod interest.*

Il giurista afferma, infatti, che, nel caso in cui non fosse stata assunta in forma stipulatoria la garanzia per evizione, il venditore risulta tenuto, comunque, alla restituzione del prezzo in favore del compratore. Nella chiusa del frammento da '*et ex natura*' si aggiunge anche che il venditore può essere tenuto all'*id quod interest*, considerata la natura - di buona fede - del giudizio *ex empto*.

Il frammento della cui genuinità si è discusso[324], ma che appare sostanzialmente affidante nel suo complesso, come sottolineato dal Talamanca[325], letto in connessione con D. 41, 3, 23, 1 (Iavol. 9 *epist.*)[326], testimonia, in vero, la possibilità del compratore di convenire in giudizio il venditore, in caso di evizione, direttamente con l'*actio empti*. Un ulteriore elemento merita di essere evidenziato[327]: Giavoleno giustifica la concessione dell'azione contrattuale

---

[324] In questo senso da ultimo BELDA MERCADO, *La obligación de garantía por evicción*, cit., 313 ss.

[325] Cfr. TALAMANCA, voce *Vendita,* cit., 395.

[326] *Si autem columna evicta fuerit, puto te ex empto cum venditore recte acturum et eo genere rem salvam habiturum*. Nel passo viene, infatti, concessa l'actio empti per l'evizione di una colonna facente parte di un edificio oggetto di vendita.

[327] Valorizzato, da ultimo, anche da DALLA MASSARA, *Garanzia per evizione e interdipendenza delle obbligazioni nella compravendita romana*, cit., 304.

proprio valorizzando il contenuto, in termini di '*praestare*' del'obbligazione gravante sul venditore.

Se, dunque, sembra abbastanza certo ritenere che il giurista abbia concesso l'azione contrattuale in funzione di garanzia, alcune incertezze permangono sull'individuazione del ristoro conseguibile con tale strumento. La dottrina tradizionale, infatti, ritiene frutto di interpolazione il riferimento alla possibilità di ottenere l'*id quod interest,* che sarebbe stato maldestramente inserito dai compilatori giustinianei per adattare il frammento al nuovo regime dell'*actio empti*[328]. Giavoleno, dunque, avrebbe inteso il ricorso all'azione contrattuale come strumento limitato esclusivamente ad ottenere un risultato analogo a quello conseguibile con l'inserimento di una *stipulatio.*

A mio avviso, il riferimento all'esperibilità dell'*actio empti* potrebbe essere ritenuto genuino, se si valorizza il riferimento alla '*natura*' del giudizio: la possibilità di ottenere la restituzione del prezzo, non viene ad escludere che con l'*actio empti* possa essere anche conseguito l'*id quod interest*, ove ne ricorrano i relativi presupposti. Si pensi al caso emblematico del venditore in dolo.

L'ulteriore approfondimento sulla diretta esperibilità dell'*actio empti* in caso di evizione è stato, senza dubbio, compiuto da Pomponio[329]. Al riguardo merita di essere preliminarmente richiamato

---

[328] Cfr. in questo senso E. ALBERTARIO, *Il rimborso delle spese fatte dal compratore*, in *Studi di Diritto Romano*, III, Milano 1936, 490 nt. 2; A. CALONGE, *Eviccion historia del concepto y analis de su contenido en el derecho romano clasico*, Salamanca, 1968, 35. ANKUM, *Pomponio, Juliano y la responsabilidad del vendedor por eviccion con la actio empti*, cit., 75 ss.

[329] Il ruolo di questo giurista nella 'contrattualizzazione' della garanzia per evizione è stato evidenziato, di recente, dall'Ankum, che ha messo in discussione la paternità giulianea di tale innovazione, generalmente riconosciuta dalla dottrina. Ciò è evidente nelle parole dell'Autore «segùn la teoria dominante, expuesta por la gran mayorìa de los romanistas, Juliano fue el primer jurista clàsico que, en caso de eviccìon, dio al comprador la *actio empti* para la indemnizaciòn de danos dicho en términos romanos: el *id quod interest*, sin necesitad de hablar de dolo del vendedor. … Todos lo hemos tomado unos de otros y, como espero poder demostrar en esto artìculo, erròneamente», cfr. ANKUM, *Pomponio, Juliano y la responsabilidad del vendedor por eviccion con la actio empti,* cit., 55.

D. 21, 2, 16 pr. (Pomp. 9 *ad Sab.*): *Evicta re vendita ex empto erit agendum de eo quod accessit, quemadmodum ea quae empto fundo nominatim accesserunt si evicta sint, simplum praestatur.*

Pomponio afferma che, nel caso venga evitta la cosa venduta, si deve esperire l'*actio empti* riguardo a ciò che per accessione è stato aggiunto al bene; allo stesso modo, nel caso in cui le cose aggiunte per accessione a un fondo sono state espressamente menzionate al momento della vendita, se vengono evitte, il venditore è tenuto a prestare il *simplum.* Questo frammento è stato sospettato di aver subito un rimaneggiamento giustinianeo[330].

Ciò ha portato l'Ankum[331] a fornire una lettura profondamente diversa del testo sostituendo '*re*' con *'ancilla*'[332].

Nello specifico, dunque, Pomponio avrebbe trattato il tema della possibilità o meno di esperire l'*actio empti* in relazione all'evizione dell'accessione di una schiava: questa fattispecie sarebbe stata avvicinata all'evizione di un'accessione di una parte di un fondo, nel quale caso sarebbe sufficiente prestare il *simplum.*

Non mi sembra che vi siano elementi idonei ad avvalorare questa ricostruzione, essendo il discorso di Pomponio perfettamente coerente anche nella versione pervenutaci. Il dato, senza dubbio, da evidenziare è la menzionata concessione diretta dell'*actio empti* per la restituzione del prezzo[333].

---

[330] Un indice in questo senso sarebbe dato dal fatto che nell'attuale stesura si parla prima dell'accessione di un bene in generale e, poi, si richiama *ad adiuvandum* il caso di un bene specifico, il *fundum*, con un'evidente inversione del percorso argomentativo.

[331] cfr. ANKUM, *Pomponio, Juliano y la responsabilidad del vendedor por eviccion con la actio empti*, cit., 69 nota 27.

[332] Dal che il passo risulterebbe *Evicta [re] <ancilla> vendita ex empto erit agendum de eo quod accessit, quemadmodum ea quae empto fundo nominatim accesserunt si evicta sint, simplum praestatur.*

[333] Discutibili, a mio avviso, appaiono gli ulteriori elementi, che, secondo l'Ankum, potrebbero trarsi dal frammento. In particolare, l'inferire una sottintesa applicabilità dell'*actio ex stipulatu* o dell'*actio de auctoritate* per il bene principale dalla circostanza che Pomponio si limita esclusivamente a considerare quale rimedio sia apprestabile per l'evizione dell'accessione e non del bene principale. Con l'ulteriore conseguenza che, nel caso in cui l'evizione dei due beni avvenisse contemporaneamente, l'*actio empti* non troverebbe applicazione, in quanto la disciplina prevista per il bene principale attrarrebbe sicuramente sotto il suo ambito di applicazione anche la parte accessoria. cfr. ANKUM, *Pomponio, Juliano y la responsabilidad del vendedor por eviccion con la actio empti*, cit., 69 ss.

Continuando ad esaminare il pensiero di questo giurista, si veda

D. 18, 1, 66, pr.–1 (Pomp. 31 *ad Q. Muc*.): *In vendendo fundo quaedam etiam si non dicantur, praestanda sunt, veluti ne fundus evincatur aut usus fructus eius, quaedam ita demum, si dicta sint, veluti viam iter actum aquae ductum praestatum iri: idem et in servitutibus urbanorum praediorum.1.Si cum servitus venditis praediis deberetur nec commemoraverit venditor, sed sciens esse reticuerit et ob id per ignorantiam rei emptor non utendo per statutum tempus eam servitutem amiserit, quidam recte putant venditorem teneri ex empto ob dolum.*

Pomponio evidenzia un criterio per graduare la responsabilità del venditore. Distingue, infatti, un primo gruppo di ipotesi, rispetto alle quali il venditore è tenuto a garantire il compratore, indipendentemente da un'apposita assunzione di responsabilità. Tra queste ipotesi cita in via esemplificativa l'evizione del bene. Negli altri casi, invece, sussiste la responsabilità del venditore solo in caso di sua assunzione espressa della stessa. Si richiama, in particolare, il caso in cui fosse stata garantita la presenza di talune servitù prediali, quali la *via*, l'*actum*, l' *aquae ductum*[334]. Lo stesso discorso, per il giurista, vale anche in riferimento

[334] Al riguardo, giova comunque ricordare come sin dalla fine della repubblica l'*actio empti* fosse stata concessa nei casi in cui la cosa venduta fosse stata gravata da vincoli, come, ad esempio, una servitù, che potevano causare la perdita o la limitazione del diritto acquistato dal compratore appare testimoniato da diverse fonti. In questi casi le decisioni vengono tutte motivate facendo riferimento alla buona fede, come causa idonea a giustificare il ricorso all'*actio empti.* A questo proposito esemplificativa è una decisione del giurista Scevola, che opera in pieno periodo repubblicano: D. 21, 2, 69, 3 (Scaev. 2 *quaest*.): *Quid ergo, qui iussum decem dare pronuntiat viginti dare debere, nonne in condicionem mentitur? verum est hunc quoque in condicionem mentiri et ideo quidam existimaverunt hoc quoque casu evictionis stipulationem contrahi: sed auctoritas servii praevaluit existimantis hoc casu ex empto actionem esse, videlicet quia putabat eum, qui pronuntiasset servum viginti dare iussum, condicionem excepisse, quae esset in dando.* Il passo riporta anche il pensiero del giurista Servio, ma da molti Autori (cfr., per tutti, GIRARD, *l'«auctoritas» et l'action «auctoritatis», Inventare d'interpolations,*243 nota 1) è stato ritenuto oggetto di profondi rimaggettamenti da parte dei compilatori giustinianei, in quanto affermante un principio che non si riteneva potesse essere stato proprio della giurisprudenza repubblicana. Tralasciando le altre questioni concernenti la ricostruzione del testo, che non investono la parte di nostro interesse, merita di essere richiamata l'attenzione su quanto viene affermato dal giurista Servio: il principio fondamentale, secondo cui l'*actio empti* possa essere concessa anche indipendentemente dall'*actio ex stipulatu*, pur nel caso di concorso delle due azioni. Applicazioni

alle servitù urbane. Pomponio, nel proseguo del frammento specifica il discorso relativo alle servitù, ricordando come se era prevista, a vantaggio dei fondi venduti, una servitù ed il venditore non ne aveva fatta menzione, ma consapevolmente aveva taciuto e per questo, a causa della mancata conoscenza del bene, il compratore avesse perso questa servitù, stante il non uso per il tempo stabilito, alcuni giustamente ritengono che il venditore sia tenuto in base all'azione contrattuale della vendita, a titolo di dolo.

La parte di questo passo di nostro interesse è, ovviamente, la prima, in cui viene chiaramente affermata l'esistenza di una responsabilità per evizione, che riguarda beni per cui essa non è stata espressamente assunta.

In base a queste due testimonianze mi sembra che possa affermarsi che, senza dubbio, Pomponio abbia contribuito, prima di Giuliano [335] ,

---

di questo principio possono essere trovate in vari passi del Digesto, di cui si riportano i principali:D. 21, 2, 54, 1 (Gai 28 *ad ed. provinc*.): *Si heres statuliberum, qui sub condicione pecuniae dandae liber esse iussus est, vendiderit et maiorem pecuniam in condicione esse dirit quam dare ei iussus est, ex empto tenetur, si modo talis est condicio, ut ad emptorem transiret, id est si heredi dare iussus est servus: nam si alii dare iussus, quamvis veram pecuniae quantitatem dirit, tamen, si non admonuerit alii dare iussum, evictionis nomine tenebitur.* Nel frammento sicuramente sarebbe da ritenersi genuina l'affermazione della responsabilità *ex empto*, mentre si dovrebbe ritenere il frutto dell'opera di qualche annotatore il riferimento seguente introdotto dall'espressione *si modo.* Ultreriori ed ultime conferme di tale applicazione dell'*actio empti* si ritengono rinvenibili in: D. 19, 1, 6, 9 (Pomp. 9 *ad Sab.*): *Si venditor sciens obligatum aut alienum vendidisset et adiectum sit " neve eo nomine quid praestaret", aestimari oportet dolum malum eius, quem semper abesse oportet in iudicio empti, quod bonae fidei sit.* D.19, 1, 52, 1 (Scaev. 7 *dig*.): *Praedium aestimatum in dotem a patre filiae suae nomine datum obligatum creditori deprehenditur: quaesitum est, an filius, qui hereditatem patris retinet, cum ab ea se filia abstinuisset dote contenta, actione ex empto teneatur, ut a creditore lueret et marito liberum praestaret. respondit teneri.* Bisogna innanzitutto premettere che anche in questi due passi l'intervento dei compilatori non è stato assolutamente irrilevante: se prendiamo, ad esempio, in considerazione il primo dei due passi, sicuramente è stato aggiunto dai compilatori giustinianei il riferimento all'esclusione di validità del patto di non prestare per l'evizione e l'inesatta frase *aestimari oportet dolum malum eius, quem semper abesse [..]*. In entrambi i casi, però, si può ritenere sicura la concessione dell'*actio empti* nel caso in cui il venditore non possa garantire l'*habere licere* in quanto ha alienato un bene gravato da pegno o appartenente ad altro soggetto.

[335] L'anteriorità del pensiero di Pomponio rispetto a quello di Giuliano è dimostrabile in base al periodo di redazione delle relative opere. Il primo passo di Pomponio è tratto da uno dei 35 o 36 libri *ad Sabinum*: quest'opera, infatti, è stata composta durante l'impero di Adriano e prima dei *Digesta* di Giuliano. Questa anteriorità troverebbe riscontro in un'annotazione del Lenel, secondo cui i *libri ad Sabinum conscripti sunt hi libri imperante Hadriano, antequam Iulianus digesta sua fecisset* (cfr. LENEL, *Pal.*, cit., II, col. 86 n. 6). Ulteriore prova sarebbe data dal fatto che

all'affermazione della diretta esperibilità dell'*actio empti* in caso di evizione, ma che, come ora vedremo, la definitività di tale acquisizione e la sua sistematizzazione non possa che riferirsi a Giuliano stesso.

7. *La 'svolta' giulianea.*

Si deve, senza dubbio, alla riflessione condotta da Letizia Vacca[336] la piena valorizzazione del pensiero di Giuliano in relazione all'individuazione dell'ambito di applicazione dell'*actio empti*, in materia di evizione.

A differenza, infatti, di Pomponio che si pone in linea di continuità con l'impostazione che presumibilmente può, come visto, farsi risalire a Giavoleno, Giuliano[337] afferma che il compratore possa agire *ex empto* per ottenere il risarcimento dell'interesse a non essere privato del bene acquistato, che è

Giuliano, nel trentacinquesimo libro della sua opera cita il quinto libro dell'opera di Pomponio. Il secondo passo è tratto, invece, da uno dei 39 *libri ad Quintum Mucium,* composti probabilmente sotto l'impero di Antonino Pio. L'anteriorità di tale opera, rispetto a quella di Giuliano, sarebbe testimoniata dal fatto che Pomponio non cita mai le opinioni di Giuliano, mentre cita abbondantemente le opere di: Proculo, Celso, Aristone e Labeone. In questi termini cfr. ANKUM, *Pomponio, Juliano y la responsabilidad del vendedor por eviccion con la actio empti,* cit., 73 ss.

[336] VACCA, *Sulla responsabilità ex empto del venditore nel caso di evizione secondo la giurisprudenza tardo–classica*, cit., *passim*; VACCA, *Ancora sull'estensione dell'ambito di applicazione dell'actio empti in età classica*, cit., *passim*; VACCA, *La garanzia per evizione e le obbligazioni del venditore nel sistema romano e nel sistema del codice civile italiano*, cit., *passim*.

[337] Una prima apertura rispetto alla tesi rigida mantenuta sul punto dalla dottrina tradizionale è ascrivibile al Sargenti, secondo cui il ruolo dell'*actio empti* non si sarebbe, però, limitato a costringere il venditore a prestare la *stipulatio*: «a differenza di ciò che ritiene la dottrina dominante, essa ha anche concorso con l'*actio ex stipulatu*, o addirittura è stata ritenuta esperibile in luogo di questa, nei casi in cui la *stipulatio* non era stata interposta o non poteva considerarsi *commissa*, per consentire al compratore di ottenere il pagamento dell'*id quod interest,* o, almeno in certi casi, la restituzione del prezzo», cfr. SARGENTI, *L'evizione nella compravendita romana,* cit., 118. La tesi richiamata non appare, però, convincente là dove si afferma che «nell'età adrianea,…, quando il venditore non ha fatto acquistare l'*habere licere*, in quanto ha venduto una cosa non sua, non importa se scientamente o meno, sia stata, poi, questa, acquistata o no ad altro titolo dal compratore, si è ritenuta applicabile l'*actio empti* per ottenere l'*id quod interest*, o, in casi particolari, come quelli dell'acquisto della cosa ad altro titolo, la restituzione del prezzo pagato», cfr. SARGENTI, *L'evizione nella compravendita romana,* cit., 126. In questo modo, infatti, si oscurano gli elementi ricavabili proprio dal pensiero dei giuristi di quel periodo, che permettono – come sopra evidenziato – di individuare un contenuto più ampio dell'obbligazione del venditore, ovvero il *praestare rem*.

concetto diverso dall'agire per ottenere il valore del bene evitto, che costituisce il criterio applicato da Pomponio[338].

Nell'ottica giulianea, che può cogliersi a pieno nella prospettiva del *praestare rem* quale contenuto dell'obbligazione del venditore, muta il titolo per il quale quest'ultimo è chiamato a rispondere in caso di evizione: non più in qualità di garante, ma in qualità di debitore inadempiente all'obbligazione principale di *praestare rem.*

In altre parole, la concessione al compratore dell'*actio empti* non costituisce «una soluzione "anomala", valutabile isolatamente nell'ambito dell'elaborazione casistica dei criteri di responsabilità del venditore, ma vada inquadrata nella più matura individuazione del contenuto complessivo delle obbligazioni del venditore, in considerazione del risultato che egli è tenuto ad assicurare al compratore quale corrispettivo del prezzo; in altri termini, in considerazione della realizzazione della causa sinallagmatica dell'accordo, che comporta l'acquisto definitivo del bene al compratore, dipendente dal trasferimento del venditore, quale corrispettivo del pagamento del prezzo» [339].

Questa impostazione trova, a mio avviso, sicuro riscontro nelle fonti. In particolare viene in primo luogo all'attenzione

> D. 30, 84, 5 (Iulian. 33 *dig.*): *Qui servum testamento sibi legatum, ignorans eum sibi legatum, ab herede emit, si cognito legato ex testamento egerit et servum acceperit, actione ex vendito absolvi debet, quia hoc iudicium fidei bonae est et continet in se doli mali exceptionem. quod si pretio soluto ex testamento agere instituerit,*

[338] Con le precisazioni ora viste, senza dubbio, mi sembra condivisibile il tentativo di rivalutazione dell'importanza del pensiero di Pomponio posta in essere dall'Ankum, secondo cui, in particolare, «Juliano fué un jurista tan grande que no queda danada su grandeza no reconocéndole la mejora de la posiciòn del comprador en caso de evicciòn. La figura de Pomponio se engrandece. No era un pedante mediocre, como a menudo se la imagina, sino jurista extremadamente fructifero, distinguido poe su creatividad y originalidad, que a finales de la primera mitad del secolo II d. C., mejorò considerablemente la posiciòn del comprator y del arrendatario rustico y urbano en casos de evicciòn», cfr. ANKUM, *Pomponio, Juliano y la responsabilidad del vendedor por eviccion con la actio empti,* cit., 84.

[339] VACCA, *Sulla responsabilità ex empto del venditore nel caso di evizione secondo la giurisprudenza tardo–classica*, cit., 302.

hominem consequi debebit, actione ex empto pretium reciperabit, quemadmodum reciperaret, si homo evictus fuisset. quod si iudicio ex empto actum fuerit et tunc actor compererit legatum sibi hominem esse et agat ex testamento, non aliter absolvi heredem oportebit, quam si pretium restituerit et hominem actoris fecerit.

In questo passo Giuliano considera tre casi diversi. Nella prima parte il giurista si occupa di un compratore che, non sapendo di aver ricevuto per legato uno schiavo, lo compra, ma, non essendo ancora stata effettuata la consegna ed il pagamento del prezzo ed essendo il compratore venuto a conoscenza della disposizione testamentaria, ottiene lo schiavo stesso attraverso l'azione *ex testamento,* non potendo, invece, l'erede agire *ex empto*, data la natura di buona fede dell'azione. Nella seconda parte viene presentato il caso di un compratore, che scopre di aver ricevuto per testamento lo schiavo precedentemente acquistato, dopo aver già pagato il prezzo pattuito: in questo caso Giuliano ritiene che al compratore possa essere concessa sia l'*actio ex testamento*, al fine di conseguire il trasferimento dello schiavo, sia l'*actio ex empto*, per la restituzione del prezzo pagato, come se avesse agito nel caso in cui lo schiavo gli fosse stato evitto. Nell'ultimo caso, infine, il giurista ritiene che l'erede–venditore non possa essere assolto finchè non restituisca il prezzo ottenuto dalla vendita dello schiavo all'acquirente–legatario, che ha agito prima *ex empto* e, poi, *ex testamento.*

Nella prima parte del testo, Giuliano richiama un principio già comunemente accolto dalla giurisprudenza romana [340] , ovvero quello dell'inesigibilità, da parte del venditore, del prezzo in caso di acquisto *ex alia causa,* mentre, nella seconda parte del testo, viene ad applicare tale principio ad alcune fattispecie ritenute analoghe. Occorre fermare l'attenzione sulla seconda

[340] Cfr., ad esempio, la ricostruzione di Celso in D. 21, 2, 29 pr. (Pomp. 11 *ad Sab*.): *Si rem, quam mihi alienam vendideras, a domino redemerim, falsum esse quod nerva respondisset posse te a me pretium consequi ex vendito agentem, quasi habere mihi rem liceret, celsus filius aiebat, quia nec bonae fidei conveniret et ego ex alia causa rem haberem*. Sulla tematica dell'aquisto ex alia causa e per il necessario approfondimento bibliografico si rinvia senz'altro alla recente analisi di P.LAMBRINI, *Compravendita e acquisto 'ex alia causa' del bene comprato*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. GAROFALO, I, Padova, 2007, 101 ss..

delle soluzioni proposte dal giurista: citando come esempio dell'uso dell'*actio empti* per recuperare il prezzo pagato, il caso dell'evizione, il giurista costruisce un importante parallelo tra le due fattispecie. Come la buona fede contrattuale impone al venditore, per ristabilire «la simmetria delle obbligazioni sinallagmatiche contrattuali»[341], di dover restituire, nel giudizio intentato dal compratore con l'*actio empti,* il prezzo ottenuto, in quanto l'acquisto del bene è avvenuto *ex alia causa*, così sembrerebbe che la *ratio* dell'applicazione dell'*actio empti,* in caso di evizione, debba necessariamente essere la stessa, in quanto, anche in questo caso, la buona fede impone la restituzione del prezzo, per ristabilire l'equilibrio delle prestazioni tra le parti contrattuali[342].

Il passo, che si inserisce in un contesto omogeneo di testimonianze[343], mette in luce come il presupposto della concessione dell'*actio empti*, in caso di evizione, non sia la semplice responsabilità per garanzia, riconducibile all'originaria garanzia stipulatoria per evizione, ma «era individuato in una circostanza valutabile ai fini della determinazione della responsabilità contrattuale analogalmente al caso di *concorsum causarum*»[344]. In entrambe le ipotesi precedentemente esposte, ovvero l'evizione ed il *concorsum causarum*, non possono allora non vedersi che due casi di inadempimento contrattuale, potendo essere, dunque, richiesta o la risoluzione del contratto, o la condanna alla restituzione del prezzo od, infine, all'*id quod interest*.

Il pensiero di Giuliano, con riferimento in particolare alle conseguenze derivanti dall'inadempimento contrattuale, viene chiarito da un frammento di

---

[341] VACCA, *Sulla responsabilità ex empto del venditore nel caso di evizione secondo la giurisprudenza tardo–classica*, cit., 307.

[342] Altro passo, sempre in materia di *concursum causarum*, nel quale risulta evidente tale principio è: D. 21, 2, 9 (Paul. 76 *ad ed*.): *Si vendideris servum mihi titii, deinde titius heredem me reliquerit, sabinus ait amissam actionem pro evictione, quoniam servus non potest evinci: sed in ex empto actione decurrendum est.* Paolo afferma decisamente l'applicazione dell'*actio empti* nel caso in cui nel caso in cui un venditore vende un bene non proprio, che, però, viene acquistato, *ex alia causa*, dal compratore: il giurista conferma una decisione di Sabino il quale aveva affermato l'applicazione dell' *actio pro evictione*, ritenendo, evidentemente, che le due fattispecie fossero strutturalmente simili.

[343] Cfr. testi riportati nelle note precedenti.

[344] VACCA, *Sulla responsabilità ex empto del venditore nel caso di evizione secondo la giurisprudenza tardo–classica*, cit., 309.

Paolo, nel quale viene appunto riportata l'opinione del primo giurista[345]. Esaminiamo il caso su cui è chiamato ad esprimersi il giurista. Tizio lascia tre schiavi, di nome Stico, Panfilo ed Arescusa, in legato, con il fedecommesso di

[345] D. 19, 1, 43 (Paul. 5 *quaest.*): *Titius cum decederet, seiae stichum pamphilum arescusam per fideicommissum reliquit eiusque fidei commisit, ut omnes ad libertatem post annum perduceret. cum legataria fideicommissum ad se pertinere noluisset nec tamen heredem a sua petitione liberasset, heres eadem mancipia sempronio vendidit nulla commemoratione fideicommissae libertatis facta: emptor cum pluribus annis mancipia supra scripta sibi servissent, arescusam manumisit, et cum ceteri quoque servi cognita voluntate defuncti fideicommissam libertatem petissent et heredem ad praetorem perduxissent, iussu praetoris ab herede sunt manumissi. arescusa quoque nolle se emptorem patronum habere responderat. cum emptor pretium a venditore empti iudicio arescusae quoque nomine repeteret, lectum est responsum domitii ulpiani, quo continebatur arescusam pertinere ad rescriptum sacrarum constitutionum, si nollet emptorem patronum habere: emptorem tamen nihil posse post manumissionem a venditore consequi. ego cum meminissem et iulianum in ea sententia esse, ut existimaret post manumissionem quoque empti actionem durare, quaero, quae sententia vera est. illud etiam in eadem cognitione nomine emptoris desiderabatur, ut sumptus, quos in unum ex his quem erudierat fecerat, ei restituerentur. idem quaero, arescusa, quae recusavit emptorem patronum habere, cuius sit liberta constituta? an possit vel legatariam quae non liberavit vel heredem patronum habere? nam ceteri duo ab herede manumissi sunt. respondi: semper probavi iuliani sententiam putantis manumissione non <amitti empti actionem etsi actio ex stipulatu propter evictionem> amittitur eo modo. de sumptibus vero, quos in erudiendum hominem emptor fecit, videndum est: nam empti iudicium ad eam quoque speciem sufficere existimo: non enim pretium continet tantum, sed omne quod interest emptoris servum non evinci. plane si in tantum pretium excedisse proponas, ut non sit cogitatum a venditore de tanta summa (veluti si ponas agitatorem postea factum vel pantomimum evictum esse eum, qui minimo veniit pretio), iniquum videtur in magnam quantitatem obligari venditorem,* D. 19, 1, 45 (Paul. *5 quaest.*): *Idque et iulianum agitasse africanus refert: quod iustum est: sicut minuitur praestatio, si servus deterior apud emptorem effectus sit, cum evincitur. Illud expeditius videbatur, si mihi alienam aream vendideris et in eam ego aedificavero atque ita eam dominus evincit: nam quia possim petentem dominum, nisi impensam aedificiorum solvat, doli mali exceptione summovere, magis est, ut ea res ad periculum venditoris non pertineat. quod et in servo dicendum est, si in servitutem, non in libertatem evinceretur, ut dominus mercedes et impensas praestare debeat. quod si emptor non possideat aedificium vel servum, ex empto habebit actionem. in omnibus tamen his casibus, si sciens quis alienum vendiderit, omnimodo teneri debet. Superest tertia deliberatio, cuius debet esse liberta arescusa, quae recusat emptorem. et non sine ratione dicetur eius debere effici libertam, a quo vendita est, id est heredis, quia et ipse ex empto actione tenetur: sed hoc ita, si non arescusa elegerit emptoris patronatum: tunc etenim et illius remanet liberta et ille ex empto actionem non habet, quia nihil eius interest, cum eam libertam habet.* Su cui cfr., per i necessari riferimenti bibliografici, D. NÖRR, *Alla ricerca della vera filosofia. Valori etico-sociali in Giulio Paolo (a proposito di D. 19.1.43 s.; 1.1.11; 45.1.83; 46.3.98.8; 18.1.34.1-2),* in D. MANTOVANI, A. SCHIAVONE (a cura di), *Testi e problemi del giusnaturalismo romano,* CEDANT, Pavia, 2007, 521 ss.; ID., *Römisches Recht: Geschichte und Geschichten. Der Fall Arescusa et alii (Dig. 19,1,43 sq.)*, München, 2005, 79 ss.

manometterli dopo un anno, a Seia, che, non accettando il fedecommesso, permette all'erede di vendere gli schiavi a Sempronio, senza, però, menzionare l'esistenza del fedecommesso. Sempronio, dopo alcuni anni, manomette la sola Arescusa, ma, essendo gli altri due venuti a conoscenza dell'esistenza del fedecommesso, vengono manomessi dall'erede, in quanto obbligato dal pretore. Arescusa, in seguito a tale scoperta, rifiuta di accettare come suo patrono Sempronio. Nonostante il parere discorde di Ulpiano, Paolo, rifacendosi alla decisione di Giuliano, precedentemente esaminata, ritiene che non solo il compratore abbia diritto ad agire *ex empto* per la vicenda della schiava Arescusa, ma anche per ottenere un risarcimento per le spese sostenute nell'educare uno degli altri due schiavi. Il giurista ritiene che siano risarcibili anche queste ultime spese, perché, agendo a causa dell'evizione, il compratore non ha diritto soltanto ad ottenere il prezzo pagato, ma anche il risarcimento della lesione dell'interesse dello stesso a non vedersi privato del possesso dello schiavo. Lo stesso principio è applicabile anche nei casi, riportati nella continuazione del passo, ovvero nel caso di vendita di un fondo non appartenente al venditore, su cui il compratore costruisce un edificio, subendone, poi, l'evizione e nel caso di vendita di uno schiavo non appartenente al venditore.

Il passo, che, senza dubbio è stato rimaneggiato in alcuni passaggi[346], testimonia, però, chiaramente come per Giuliano la corretta individuazione dell'ambito di applicazione dell'*actio empti*, nonché della misura dell'*aestimatio litis*, non potesse che essere condotta se non facendo riferimento ai criteri di determinazione della responsabilità contrattuale del venditore. Con la conseguenza, in tema di *aestimatio litis,* dell'utilizzo di un diverso criterio di determinazione dell'ammontare della condanna del venditore, a seconda che quest'ultimo fosse consapevole o meno, al momento della vendita, dell'alienità del bene venduto.

Questo criterio, d'altra parte, risulta esplicitato in un passo di Ulpiano, nel quale viene ripreso il pensiero di Giuliano. Si veda

[346] Si tratta, in particolare della parte finale del fr. 43, che non rileva direttamente in questa sede e su cui si rinvia ad ARANGIO RUIZ, *Compravendita*, cit., 235 ss.

D. 19, 1, 13 pr. (Ulp. 32 *ad ed.*): *Iulianus libro quinto decimo inter eum, qui sciens quid aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex empto: ait enim, qui pecus morbosum aut tignum vitiosum vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex empto actione praestaturum, quanto minoris essem empturus, si id ita esse scissem: si vero sciens reticuit et emptorem decepit, omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor trarit, praestaturum ei: sive igitur aedes vitio tigni corruerunt, aedium aestimationem, sive pecora contagione morbosi pecoris perierunt, quod interfuit idonea venisse erit praestandum.*

Dalla lettura del passo[347] risulta chiaramente che lo stesso si occupa esplicitamente di vizi della cosa e non di evizione: Ulpiano, però, nel proseguo del passo[348] dichiara espressamente che gli stessi principi sono utilizzabili anche in materia di evizione, paragonando quest'ultima al caso in cui il vizio della cosa sia particolarmente grave ('*quasi evictionis nomine tenetur venditor*'). Tralasciando di analizzare il caso specifico affrontato dal giurista, se ne può provare a tratteggiare la *ratio* ispiratrice, che si riassume nel ritenere che nel caso in cui il venditore sia consapevole del vizio del bene venduto è tenuto a risarcire l'interesse del compratore a non subire un danno dal comportamento scorretto del primo soggetto; nel caso in cui, invece, il venditore non sia consapevole del vizio, bisogna distinguere a seconda della gravità del vizio stesso.

Mentre nel caso in cui il vizio non si presenti grave, il venditore non dovrà rispondere *ex empto*, invece nel caso il vizio sia assai grave, a tal punto da essere equiparabile ad un'evizione del bene, il venditore è tenuto a restituire la differenza di prezzo tra quanto effettivamente pagato e quanto il compratore

[347] Su cui si rinvia, da ultimo, anche per i necessari ragguagli bibliografici, a L. SOLIDORO MARUOTTI, *«... Si vero sciens reticuit et emptorem decepti ...» (D. 19.1.13 pr.): vizi di fatto, vizi di diritto e reticenza del venditore*, in *Fides humanitas ius. Studii in onore di L. Labruna*, VIII, Napoli, 2007, 5269 ss.; N. DONADIO, *La tutela del compratore tra actiones aediliciae e actio empti*, Milano, 2004, 294 ss.

[348] D. 19, 1, 13, 1 (Ulp. 32 *ad ed.*): *Item qui furem vendidit aut fugitivum, si quidem sciens, praestare debebit, quanti emptoris interfuit non decipi: si vero ignorans vendiderit, circa fugitivum quidem tenetur, quanti minoris empturus esset, si eum esse fugitivum scisset, circa furem non tenetur: differentiae ratio est, quod fugitivum quidem habere non licet et quasi evictionis nomine tenetur venditor, furem autem habere possumus*.

avrebbe pagato, se fosse stato a conoscenza, al momento dell'acquisto, del vizio, non avendo il secondo soggetto conseguito l'*habere licere* sul bene acquistato.

Non può, dunque, che discenderne, come chiaramente messo in luce da Letizia Vacca che «la giurisprudenza tardo–classica, prendendo spunto da alcune soluzioni di Giuliano, era arrivata ad individuare nel caso di evizione una ipotesi in relazione alla quale trovavano applicazione i criteri generali di determinazione della responsabilità contrattuale del venditore e del suo contenuto patrimoniale valutabili nell'ambito dell'*iudicium empti.* Questi criteri comportavano che in tutti i casi in cui l'inadempimento … era dovuto ad una condotta riconducibile al dolo contrattuale, il venditore sarebbe stato tenuto a reintegrare l'interesse patrimoniale del compratore ad avere tale piena disponibilità; laddove, invece, risultava comunque oggettivamente lesa la sinallagmaticità delle prestazioni … nell'ambito del *iudicium empti* poteva ottenersi o la restituzione in tutto o in parte del prezzo pagato o l'eccezione alla richiesta di pagamento, ristabilendo così l'equilibrio delle prestazioni conforme alla buona fede oggettiva rilevante processualmente»[349].

8. *Le diverse funzioni dell'*actio empti *in relazione all'evizione.*

La corretta valorizzazione del pensiero di Giuliano[350] permette, poi, di leggere in una diversa ottica soluzioni interpretative a lui successive e rispetto alle quali la dottrina tradizionale si è mostrata fortemente critica.

---

[349] VACCA, *Sulla responsabilità ex empto del venditore nel caso di evizione secondo la giurisprudenza tardo–classica*, cit., 317 ss.

[350] Non può non evidenziarsi, seppure in modo incidentale, come la forza espansiva dei principi eleborati da Giuliano abbia investito anche i negozi che tradizionalmente sono avvicinati alla vendita, prima tra tutti la permuta. In questo senso può, senza dubbio, richiamarsi un passo di Paolo: D. 19, 4, 1, 1 (Paul., 32 *ad ed.*) *Unde si ea res, quam acceperim vel dederim, postea evincatur, in factum dandam actionem respondetur*. Il giurista affronta il profilo della tutela esperibile dal permutante, che avesse subito l'evizione del bene ottenuto dall'altra parte, dopo aver eseguito la propria prestazione. Quest'ultimo elemento è centrale e va valorizzato: l'adempimento della propria obbligazione da parte di colui che subisce l'evizione permette di ritenere che il contratto produca effetti obbligatori, a differenza del caso in cui a monte la permuta non potesse essere ritenuta perfezionata a causa dell'altruità del bene.Ciò posto è evidente come la concessione da parte di Paolo di un'azione *in factum* non possa che essere

Emblematiche, in vero, appaiono al riguardo le parole dell'Arangio-Ruiz, che, in relazione all'affermazione del principio che la responsabilità per evizione deve considerarsi elemento naturale del contratto di compravendita, afferma che ne costituisce «molto più dubbio corollario … la tendenza ad estendere la responsabilità del venditore oltre i limiti nei quali la conteneva l'interpretazione dell'*habere licere* delle stipulazioni»[351].

Con la conseguenza che i frammenti, nei quali è possibile leggere che qualora il compratore avesse ricevuto la proprietà della cosa acquistata, grazie ad altro titolo, quale, ad esempio, una donazione, il venditore avrebbe perso non soltanto l'azione per ottenere il prezzo, nei casi questo non fosse stato ancora pagato, ma sarebbe stato anche costretto a restituire quanto ottenuto dal compratore, nel caso in cui quest'ultimo avesse già pagato, non potrebbero che essere interpolati e frutto di «una tendenza postclassica»[352]. Al riguardo

---

giustificata dalla necessità di ripristinare l'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni. Che un tale principio fosse affermato da Giuliano anche in relazione alla permuta è testimoniato da D. 2, 14, 7, 2 (Ulp. 4 *ad ed.*): *Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. Ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc sunallagma esse et hinc nasci civilem obligationem. Et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo Sunallagma dicit, unde haec nascitur actio.* Nella parte finale del frammento, può vedersi come Giuliano, nel caso '*dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas*', conceda un'*actio in factum concepta* per l'evizione di Stico che segue la manomissione di Panfilo. L'anello di congiunzione tra l'elaborazione giulianea e l'affermazione di Paolo in D. 19, 4, 1, 1 è rinvenibile in D. 19, 5, 5, 2 (Paul. 5 *quaest.*): *At cum do ut facias, si tale sit factum, quod locari solet, puta ut tabulam pingas, pecunia data locatio erit, sicut superiore casu emptio: si rem do, non erit locatio, sed nascetur vel civilis actio in hoc quod mea interest vel ad repetendum condictio. Quod si tale est factum, quod locari non possit, puta ut servum manumittas, sive certum tempus adiectum est, intra quod manumittatur idque, cum potuisset manumitti, vivo servo transierit, sive finitum non fuit et tantum temporis consumptum sit, ut potuerit debueritque manumitti, condici ei potest vel praescriptis verbis agi: quod his quae diximus convenit. Sed si dedi tibi servum, ut servum tuum manumitteres, et manumissisti et is quem dedi evictus est, si sciens dedi, de dolo in me dandam actionem iulianus scribit, si ignorans, in factum civilem*. Il frammento testimonia, infatti, come Paolo conoscesse e condividesse il pensiero giulianeo concernente la fattispecie in analisi. Sul punto cfr. da ultimo SCIANDRELLO, *Studi sul contratto estimatorio e sulla permuta nel diritto romano*, cit., 274 ss., che conduce un'approfondita analisi dei testi qui richiamati e a cui si rinvia per il necessario approfondimento bibliografico.

[351] ARANGIO RUIZ, *Compravendita*, cit., 350.

[352] ARANGIO RUIZ, *Compravendita*, cit., 351.

l'Arangio-Ruiz cita come emblematiche di questa 'torsione' due testimonianze riconducibili al pensiero di Paolo

> Paul. Sent. 2, 17, 8: *Fundum alienum mihi vendidisti: postea idem ex causa lucrativa meus factus est: competit mihi adversum te ad pretium recuperandum actio ex empto.*
>
> D. 21, 2, 9 (Paul. 76 *ad ed.*): *Si vendideris servum mihi Titii, deinde Titius heredem me reliquerit, sabinus ait amissam actionem pro evictione, quoniam servus non potest evinci: sed in ex empto actione decurrendum est.*

Nello specifico l'Autore rileva la distonia che questi passi presenterebbero rispetto ai principi sanciti dalla giurisprudenza classica in relazione all'operare delle stipulazioni di garanzia, che non potevano ritenersi '*commissae*', nel caso in cui il compratore avesse ricevuto il bene anche per altro titolo. Per quanto riguarda, in particolare, la testimonianza tratta dalle *Pauli Sententiae*, nelle quali, in vero, l'opposto principio è affermato in modo più evidente, l'Arangio-Ruiz ritiene che il riferimento all'esistenza di un processo di rivendica intentato dal terzo proprietario debba essere ritenuto «sottinteso»[353]. In merito a D. 21, 2, 9 osserva, invece, che il passo risulta pesantemente rimaneggiato, sia in relazione all'espressione '*actio pro evictione*', che deve aver sostituito la definizione tecnica data dal giureconsulto allo specifico rimedio processuale esperibile[354], sia per quanto attiene l'ultima frase, '*sed in ex empto actione decurrendum est*', che si presenterebbe fortemente sgrammaticata[355].

---

[353] ARANGIO RUIZ, *Compravendita*, cit., 351.

[354] Il Lenel ritiene che il riferimento originario non potesse che essere all'*auctoritatem,* cfr. LENEL, *Pal.*, cit., I, col. 1094 nt. 8, mentre ritiene genuina l'ultima parte del frammento su cui si concentrano le critiche della dottrina riportata nella nota seguente. Né, in vero, vi sono elementi per escludere definitivamente la genuinità dell'espressione. Non si è mancato, infatti, di ribadirne la sua classicità, ipotizzandone un utilizzo «per richiamare, in maniera atecnica, ma comprensiva di ogni possibile eventualità, le varie azioni a disposizione del compratore evitto», cfr. LAMBRINI, *Compravendita e acquisto 'ex alia causa',* cit., 769.

[355] In questo senso cfr. anche C. FERRINI, *Manuale di Pandette*, Milano, 1908, 691 nt. 3; A.PERNICE, *Labeo*. *Romisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, II.I, Halle, 1873-1900, 268, nt. 2.

A mio avviso, invece, differentemente da quanto ritiene l'Arangio-Ruiz, i due frammenti appaiono perfettamente coerenti con il pensiero della giurisprudenza classica[356], se li si legge in connessione con le testimonianze giulianee sopra esaminate. L'applicazione in D. 21, 2, 9 dei principi sanciti da Giuliano in D. 30, 84, 5 (Iulian. 33 *dig.*), appare evidente: con la conseguenza, che, se da un lato, come ritiene la dottrina tradizionale l'inciso '*sed in ex empto actione decurrendum est*' può apparire da un punto di vista formale essere stato oggetto di qualche intervento compilatorio, magari per abbreviare il pensiero di Paolo, dall'altro mi sembra che lo stesso possa essere pacificamente attribuito, nel suo contenuto sostanziale, all'elaborazione di tale giurista. Ciò, in quanto appare più che plausibile che Paolo si sia limitato a richiamare il pensiero di un giurista di quasi un secolo prima, Giuliano, senza sentire la necessità di motivare o di chiarire il principio riaffermato.

Può, dunque, a mio parere, ritenersi in prima approssimazione che il rimedio *actio empti* venisse utilizzato sia in funzione di garanzia – in tutti i casi in cui si utilizza l'azione contrattuale al fine di far assumere la garanzia per evizione in forma stipulatoria o per ottenere un effetto ad essa equivalente – sia per far valere la responsabilità per inadempimento, a seguito della 'contrattualizzazione' della responsabilità per evizione.

Tale differenziazione, per vero, corrisponde alla diversa forza espansiva che i giuristi romani riconoscevano al principio di buona fede nel plasmare la struttra contrattuale. Come osservato da Dalla Massara, la buona fede nel suo «ruolo normativo» ha comportato l'«attrazione delle *stipulationes* nel regime dell'*emptio venditio*» ed, in una diversa lettura, ha fatto sì che «la garanzia dell'*emptio venditio*» non venisse considerata «staticamente … bensì proprio all'interno dello schema del sinallagma»[357].

---

[356] In questo senso è stato, di recente, affermato che «appare, però, difficile negare che l'idea in esso enunciata risalga al pensiero dei giuristi dell'età del Principato, dal momento che lo stesso concetto viene ribadito in molti testi della cui classicità non si può dubitare», così LAMBRINI, *Compravendita e acquisto 'ex alia causa',* cit., 769.

[357] cfr. DALLA MASSARA, *Garanzia per evizione e interdipendenza delle obbligazioni nella compravendita romana*, cit., 307.

A ciò si può aggiungere, come già anticipato all'inizio di questo paragrafo, che non si tratta di due momenti che si collocano tra loro come cronologicamente successivi. Come testimonia, infatti, D. 21, 2, 37, 2 (Ulp. 32 *ad ed*.) sopra esaminato, pur in un momento, in cui senza dubbio risulta attestato il ricorso all'azione contrattuale per far valere direttamente la responsabilità per evizione, nondimeno – tenendo conto delle peculiarità del caso concreto portato all'attenzione del giurista – si è utilizzata la suddetta azione in funzione di 'garanzia'.

Queste prime "suggestioni", – su cui si tornerà anche nel prossimo capitolo – sembrano, per vero, trovare sicura conferma ampliando lo spettro di analisi ad una fattispecie specifica concernente la responsabilità in parola, ovvero il c.d. *pactum de non praestanda evictione*, che verrà esaminato nel prossimo paragrafo.

9. *Il* pactum de non praestanda evictione.

Come messo in luce da un'autorevole prospettiva interpretativa [358], corollario dell'impostazione – diffusasi nella giurisprudenza romana a partire dal periodo classico – della qualificazione della garanzia per evizione quale elemento «naturale» del contratto consensuale di compravendita, sarebbe stato la diffusione nella pratica di un *pactum de non praestanda evictione*, volto ad escludere consensualmente tale effetto, che, altrimenti, sarebbe divenuto automatico per le parti stesse.

Il passo principale[359] da esaminare per quanto riguarda questo istituto è tratto da un'opera di Ulpiano. Si veda

[358] ARANGIO RUIZ, *Compravendita*, cit., 350. Nello stesso senso, di recente, DALLA MASSARA, *Garanzia per evizione e interdipendenza delle obbligazioni nella compravendita romana*, cit., 308 ss.

[359] La letteratura su questo passo è, senza dubbio, imponente. Per un primo approccio si rinvia a: GLUCK, *Commentario alle Pandette*, cit., 225 e ss.; RICCA BARBERIS, *Efficacia giuridica del patto de non praestanda evictione*, cit., 3 ss.; nonché, da ultimo, con ampia bibliografia A. MOHINO MANRIQUE, *Pactos en el contrato de compraventa en interés del vendedor*, Madrid, 2006, 335 ss.

D. 19, 1, 11, 18 (Ulp. 32 *ad ed.*): *Qui autem habere licere vendidit, videamus quid debeat praestare. et multum interesse arbitror, utrum hoc polliceatur per se venientesque a se personas non fieri, quo minus habere liceat, an vero per omnes. nam si per se, non videtur id praestare, ne alius evincat: proinde si evicta res erit, sive stipulatio interposita est, ex stipulatu non tenebitur, sive non est interposita, ex empto non tenebitur. sed iulianus libro quinto decimo digestorum scribit, etiamsi aperte venditor pronuntiet per se heredemque suum non fieri, quo minus habere liceat, posse defendi ex empto eum in hoc quidem non teneri, quod emptoris interest, verum tamen ut pretium reddat teneri. ibidem ait idem esse dicendum et si aperte in venditione comprehendatur nihil evictionis nomine praestatum iri: pretium quidem deberi re evicta, utilitatem non deberi: neque enim bonae fidei contractus hac patitur convenitone, ut emptor rem amitteret et pretium venditor retineret. nisi forte, inquit, sic quis omnes istas supra scriptas conventiones recipiet, quemadmodum recipitur, ut venditor nummos accipiat, quamvis merx ad emptorem non pertineat, veluti cum futurum iactum retis a piscatore emimus aut indaginem plagis positis a venatore, vel pantheram ab aucupe: nam etiamsi nihil capit, nihilo minus emptor pretium praestare necesse habebit: sed in supra scriptis conventionibus contra erit dicendum. nisi forte sciens alienum vendit: tunc enim secundum supra a nobis relatam iuliani sententiam dicendum est ex empto eum teneri, quia dolo facit.*

Occorre premettere che il passo è stato al centro di un fortissimo contrasto interpretativo nella dottrina più risalente, che nell'individuazione della corretta interpretazione del pensiero sia di Ulpiano che di Giuliano[360] si è fortemente divisa[361].

[360] Una diversa linea di pensiero ritiene che, in realtà, il pensiero di Giuliano non sia "originale", ma il frutto dell'operato dei Compilatori giustinianei. «La giurisprudenza classica dunque non conobbe l'inefficacia del patto di non prestare l'evizione, ove il venditore non ignorasse l'alienità, della cosa. Pel diritto classico una tale pattuizione era pienamente valida, anche in quel caso. Lo stesso si ripeta di quelle altre clausole, che abbiamo esaminate nel corso di questo scritto. Come s' è già. detto, è, per lo meno, assai probabile che il diritto ante giustinianeo derivasse la loro assoluta efficacia dal principio, che versa in colpa il compratore, il quale non s'avvede del vizio (nel diritto o della cosa) che affetta l'oggetto, nonostante la dichiarazione (che questa non sia esplicita non monta) del venditore, la quale gli rende ciò possibile e facile. Questa considerazione difatti non poteva non escludere il dolo dell'alienante, giusta la norma, largamente riconosciuta, del diritto romano classico, che l'azione contro il venditore a causa del dolo non dovesse ammettersi, quando l'acquirente conoscesse o potesse conoscere anche lui il vizio

Si è trattato, senza dubbio, di un intenso dibattito dottrinario[362], il cui "eco" sembra essersi notevolmente affievolito nel secolo scorso: in questo senso potrebbero aver militato le scelte codificatorie a partire da quella francese, che facendo propria «l'opinione allora dominante nei pratici»[363], hanno sancito espressamente che il patto in parola – distinguendolo dalla vendita "a proprio rischio e pericolo" – non esclude l'obbligo alla restituzione del prezzo[364].

---

afficiente la cosa. Il diritto giustinianeo, invece, perde di vista questo elemento della colpa con cui è presumibile che abbiano operato i giuristi classici, ed afferma, seguendo una spiccata tendenza che lo trae a considerare rigorosamente la bona fides secondo i principi della morale più rigida, la responsabilità piena del venditore, sciente, malgrado il *pactum d. n. p. e.*», così A. DE MEDIO, *Il patto di non prestare l'evizione e il dolo del venditore nel diritto romano classico*, in *BIDR*, XVI (1904), 87 ss.

[361] Si è in particolare osservato che «tra coloro che limitavano l'efficacia del *pactum*, ammettendo per lo meno l'obbligo alla restituzione del prezzo, e coloro che esentavano il venditore di buona fede da ogni responsabilità, si agitava in fondo la perenne lotta tra l'equità … e il diritto, tra le ragioni di mitezza e di equilibrio patrimoniale e di logica giuridica: lotta che si rinnova nella storia letteraria del diritto romano dai due primi corifei e rappresentanti di questa opposizione, l'equo Martino e il severo Bulgaro, fino agli ultimi pratici del diritto romano», così GLUCK, *Commentario alle Pandette*, cit., 248, nota *o)*. Rifacendosi ad un criterio *lato sensu* quantitativo è stato altresì osservato come mentre «per lo passato infatti si può ben dire che anche nella presente questione l'opinione che ammetteva la restituzione del prezzo, abbia avuto la palma, in quanto prevalse negli scrittori più popolari e diffusi, dal Cuiacio al Voet e al De Luca, nella giurisprudenza, e ottenne passaggio nei Codici moderni», invece «in tempi più recenti pochi scrittori l'hanno sostenuta», così GLUCK, *Commentario alle Pandette*, cit., 249, nota *o)*, mentre la maggior parte l'ha criticata, cfr. in via esemplificativa, WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette,*cit., §391.

[362] Gli ultimi "alfieri" di questo dibattito si trovano tra fine '800 e inizi del secolo scorso. A favore della tesi più risalente, cfr. in part.: A. DOVERI, *Istituzioni di diritto romano*^{2}, II, Firenze, 1866, 163; *contra* L. ARNDTS, *Trattato delle Pandette*, trad.it. a cura di Serafini, II, Bologna, 1873, 218, nota 6; A. DERNBURG, *Diritto delle Obbligazioni,* trad.it. a cura di Cicala, Torino, 1903, 417; G. IMPALLOMENI, *Nota sulla limitazione della garanzia per l'evizione nelle legislazioni dalla romana derivata*, in *Sein und Werden im Rech, Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 70. Geburtstag am 21. August 1970*, a cura di G. BECKER E L. S. VON CAROLSFELD, Berlino, 1970, 599.

[363] GLUCK, *Commentario alle Pandette*, cit., 251, nota *o)*

[364] Art. 1628 code civil: Quoiqu'il soit dit que le vendeur ne sera soumis à aucune garantie, il demeure cependant tenu de celle qui résulte d'un fait qui lui est personnel : toute convention contraire est nulle.Art. 1629 code civil: Dans le même cas de stipulation de non–garantie, le vendeur, en cas d'éviction, est tenu à la restitution du prix, à moins que l'acquéreur n'ait connu lors de la vente le danger de l'éviction ou qu'il n'ait acheté à ses périls et risques.; su cui il Troplong (*Il diritto civile spiegato secondo l'ordine del codice, Della vendita*, Palermo, 1847, 303 e ss.), osserva che «Vediamo le modificazioni cui va soggetta l'estensione ordinaria dell'obbligazione di garantire. … Talvolta esse lo dispensano espressamente da ogni indennizzazione e restituzione di denaro, imperrocchè ordinariamente il venditore, quantunque

Per vero, l'analisi del suddetto passo sembra continuare a rivestire un precipuo rilievo, in quanto – alla luce delle indicazioni ricavate dall'analisi svolta nel paragrafo precedente – il pensiero di Giuliano può assumere ben altra rilevanza se contestualizzato all'interno dell'impostazione seguita da questo giurista. In altre parole, non sembra condivisibile l'impostazione di una parte della dottrina tradizionale, secondo cui l'obbligo della restituzione del prezzo può costituire «una opportuna conciliazione legislativa per ragioni di equità e di compensazione patrimoniale tra le due parti, ma non è cosa che si possa affatto indurre dai principi più generali relativi all'evizione, ai contratti, alla buona fede»[365].

In via preliminare è necessario, però, cercare di ricostruire il lungo ragionamento compiuto da Ulpiano, nell'affrontare il tema generale dell'obbligo di garantire per evizione proprio del venditore.

Ulpiano, che come si è ricavato dall'analisi precedentemente condotta, scrive in un periodo nel quale la garanzia per evizione era già elemento naturale

---

abbia stipulato di non garantire, è obbligato alla restituzione del prezzo … Giusta l'art. 1628 quantunque venga detto che il venditore non verrà sottoposto ad alcuna garanzia, egli rimane contuttociò sempre tenuto di quella che risulta da un fatto suo personale.Perchè sarebbe contrario alla buona fede che il venditore, dopo aver lucrato nella vendita, imponesse al compratore il carico dei suoi propri fatti e gli trasmettesse delle cagioni di molestia derivati da lui, mentrechè gli spetta l'obbligo specialmente di proteggerlo. Qualunque sia il potere delle parti quando esse contrattano, non è in loro facoltà il dar luogo al dolo nelle loro stipulazioni. La buona fede deve presiedere alle medesime, né vi si può introdurre la frode impunemente». Art.1485 c.c. it. 1865: nello stesso caso di stipulata esclusione della garantia, il venditore, accadendo l'evizione, è tenuto alla restituzione del prezzo, eccetto che il compratore fosse consapevole del pericolo dell'evizione all'atto della vendita o avesse comprato a suo rischio e pericolo; E. PACIFICI–MAZZONI, *Il codice civile italiano commentato con la legge romana, le sentenze dei dottori e la giurisprudenza,* XII, *Trattato della vendita*, 456: «Quando l'anzidetta clausola esoneratrice della garantia per evizione sia efficace, il venditore rimane nondimeno obbligato alla restituzione del prezzo: perciocché l'ha ricevuto senza causa; né per certo all'anzidetta clausola può attribuirsi il significato di una liberalità, dappoichè in definitva, venuta meno la causa onrosa della vendita per la evizione, il venditore non potrebbe ritenere il prezzo se non per causa lucrativa (art. 1485). L'effetto di tale clausola adunque consiste nel liberare il venditore dall'obbligo di dare al compratore tutte le altre prestazioni a cui altrimenti per diritto comune sarebbe tenuto, cioè di restituire i frutti, rimborsare le spese di qualunque specie, e risarcire altri e maggiori danni». Nello stesso senso, E.GIANTURCO, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Firenze, 1911, 223.

[365] Gluck, *loc.ult.cit*.

del contratto di vendita[366], si occupa inizialmente degli effetti che l'assunzione in forma stipulatoria [367] della garanzia per evizione comporta sul regime di esperibilità dell'*actio empti.* Il giurista esamina, in particolare, il caso in cui con *stipulatio* il venditore si sia obbligato a rispondere soltanto per gli atti provenienti o da lui stesso o dai suoi aventi causa.

Tale *stipulatio* viene a produrre, agli occhi del giurista, un duplice effetto: da un lato, rende rilevanti i soli casi di evizione che provengano dal venditore e dai suoi eredi, dall'altro, seppur indirettamente, viene conseguentemente a limitare la garanzia che può essere fatta valere dal compratore, che nel caso in cui l'evizione provenga da terzi, non potrà rivolgersi per far valere la responsabilità contrattuale del venditore, che *'ex empto non tenebitur'*. Ne deriva, quindi, che, almeno per Ulpiano, attraverso uno strumento pattizio può incidersi sulla disciplina contrattuale, limitando la responsabilità del venditore, che ben potrà – in caso di evizione proveniente da un terzo – non restituire quanto ricevuto dal compratore a titolo di prezzo[368].

---

[366] Induce a ritenere, come del resto abbiamo visto nelle pagine precedenti, che tale giurista non ritenesse assolutamente necessario, per il sorgere della responsabilità in questione un esplicito *pactum de praestanda evictione* il fatto che il giurista utilizza, in riferimento tanto all'*actio empti* che all'*actio ex stipulatu*, il verbo *polliceri*, che «indica essenzialmente la determinazione contrattuale che foggia o modifica la garanzia sancita dalla legge» cfr. RICCA BARBERIS, *Efficacia giuridica del patto de non praestanda evictione*, cit., 26.

[367] Tradizionalmente si ritiene che il riferimento contenuto in questa prima parte del passo sia alla *stipulatio habere licere*, a cui si riferirebbe Ulpiano con l'espressione *'qui autem habere licere vendidit, videamus quid debeat praestare'*. Come, però, acutamente rilevato dal Talamanca, non si può escludere che il pensiero di Ulpiano avesse di mira un ambito più ampio. In questo senso milita, senza dubbio, l'osservazione che non vi erano motivi per i quali i Compilatori giustinianei avrebbero dovuto espungere il richiamo diretto ad un istituto quale la *stipulatio habere licere*, di cui si trovano, come visto, molteplici testimonianze nel Digesto. cfr. TALAMANCA, voce *Vendita,* cit., 398 nt. 986.

[368] Pur dinnanzi alla chiara affermazione in questo senso di Ulpiano, '*nam si per se , non videtur id praestare, ne alius evincat proinde si evicta res erit, sive stipulatio interposita est, ex stipulatu non tenebitur, sive non est interposita, ex empto non tenebitur*', va segnalato come il Ricca Barberis, sfruttando uno spunto di Pothier, ha ritenuto che il giurista, pur escludendo sia l'esperibilità dell'*actio ex stipulatu* che di quella *ex empto* non volesse precludere al compratore la possibilità di riconseguire, comunque, quanto pagato. Ciò in quanto fin da «quel periodo di tempo in cui la ragion d'essere della garanzia era riposta in una clausola speciale, così da apparire come una prestazione accessoria, il silenzio delle parti, escludendola, lasciava sempre salva al compratore la "condictio" per ripetere la prestazione da lui fatta», cfr. RICCA BARBERIS, *Efficacia giuridica del patto de non praestanda evictione*, cit., 28; nello stesso senso G.R.

Nel proseguo del passo, Ulpiano ricorda la diversa opinione di Giuliano, non a caso introdotta con '*sed Iulianus*'. Quest'ultimo afferma, infatti, che il *pactum de non praestanda evictione*[369], sia nel caso in cui sia espresso, sia nel caso che sia tacito, mentre impedisce al compratore di richiedere l'*id quod interest*, invece '*verum tamen ut pretium reddat teneri'*.

Questa decisione viene giustificata con il ricorso al generale principio di buona fede, che regge l'intera materia contrattuale: non è, infatti, ammissibile che il venditore mantenga il denaro ricevuto, quando il compratore perde il bene acquistato. Giuliano conclude il suo pensiero, affermando che, nel caso in cui si ritenga che tale patto escluda interamente la responsabilità del venditore, ci si troverebbe di fronte ad una vera e propria *emptio spei*.

Com'è evidente le posizioni di Ulpiano e di Giuliano ora esposte appaiono difficilmente conciliabili. Non a caso, la parte finale del frammento, introdotta da '*sed in supra scriptis conventionibus contra erit dicendum*', in cui sembrerebbe, in prima approssimazione, che nuovamente Ulpiano torni ad esporre il proprio

---

POTHIER, *Trattato della Vendita*[2], Livorno, 1841, 483, n.186. Tale argomentare non può essere assolutamente condiviso, in quanto preliminarmente non può non ricordarsi come l'utilizzo della condictio postulerebbe un modello di trasferimento astratto, modello che non si attaglia a quello romano più avvicinabile a quello causale (cfr. VACCA, *Annotazioni in tema di vendita e trasferimento della proprietà*, cit., 174 ss.). Nello specifico il ricorso alla condictio appare giustificabile, infatti, esclusivamente quando un bene sia pervenuto nel patrimonio dell'accipiens 'sine causa', ovvero quando la causa contrattuale rectius sinallagmatica non risulti effettivamente valida ed efficacia, ad esempio nel caso di errore sulla causa stessa. Con l'immediata conseguenza che la condictio «non trova applicazione per la ripetizione del pagamento del corrispettivo nei contratti tipici sinallagmatici; in questa fattispecie il pagamento, al momento in cui è effettuato è sempre cum causa, nel senso che è comunque giustificato dalla 'causa tipica' di quell'accordo». Così L. VACCA, *Osservazioni in tema di 'condictio' e arricchimento senza causa nel diritto romano classico*, in *L'arricchimento senza causa. Atti del Convegno dell'Università degli Studi Roma Tre. Roma, 24 e 25 ottobre 2003*, a cura di V. MANNINO, Torino, 2005, 7 ss. [ora in *Appartenenza e circolazione dei beni. Modelli classici e giustinianei*, a cura di L.VACCA, Padova, 2006, 573 ss. e da cui citato, in part. 594 s.]. Nello stesso senso cfr. da ultimo le precipue osservazioni in relazione a D. 19,2,19,6 (Mel.-Ulp. 32 *ad ed*.), svolte da B. CORTESE, *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato. Modelli storici, tradizione romanistica e problemi attuali*, Padova, 2009, 191 ss.

[369] Tale espressione, utilizzata spesso in questo paragrafo non è rintracciabile nelle fonti classiche; Giuliano, per riferirsi alla convenzione in parola, ne descrive gli effetti: *etiamsi aperte venditor pronuntiet per se heredemque suum non fieri, quo minus habere liceat, posse defendi ex empto eum in hoc quidem non teneri, quod emptoris interest, verum tamen ut pretium reddat teneri.*

pensiero, ha dato vita ad un acceso dibattito intepretativo[370]. In primo luogo, perché, come chiaramente messo in luce dal Talamanca, non vi sono elementi idonei ad attribuire la paternità del pensiero esposto a Giuliano[371] o ad Ulpiano. La chiusa del passo, infatti, «ha tutta l'aria d'esser un intervento risolutore dei compilatori a tagliare una più articolata discussione»[372].

Nonostante questa prima difficoltà interpretativa, non sono mancati i tentativi volti a coordinare le impostazioni dei due giuristi, giungendo a ritenere che Ulpiano farebbe propria la motivazione di Giuliano, non accettandone, però, pienamente le conclusioni, limitatamente alla configurabilità di un' *emptio spei*[373].

A mio avviso, una corretta esegesi del passo richiede di separare due piani differenti. L'evidenza dell'intervento compilatorio sulla parte finale del passo

[370] Per un approfondimento del quale si rinvia, senz'altro, all'approfondita disamina condotta da ultimo da MOHINO MANRIQUE, *Pactos en el contrato de compraventa en interés del vendedor*, cit., 342 ss.

[371] Riguardo la tesi attribuibile a questo giurista, va ricordato come il Kaser abbia ritenuto che non sia originale il riferimento, contenuto nel passo, all'esperibilità dell'*actio empti* per la restituzione del prezzo. Tale riferimento sarebbe il frutto di un intervento giustinianeo, che avrebbe espunto l'originario ottenimento dell'*id quod interest.* Cfr. M.KASER, , *Das Ziel der actio empti nach Eviktion*, in *ZSS*, 54 (1934), 164. Questa ricostruzione, a mio avviso, non è condivisibile, in quanto, come sopra si cercherà di dimostrare, l'esperimento dell'azione contrattuale per l'ottenimento della restituzione del prezzo è la sola opzione compatibile con il principio di buona fede, che Giuliano viene a richiamare come fondamento della propria opinione.

[372] TALAMANCA, voce *Vendita,* cit., 398 nt. 994.

[373] La non accettazione delle sole conclusioni di Giuliano apparirebbe evidente, osservando che l'espressione con la quale Ulpiano dimostra di non accettare le conclusioni di Giuliano, ovvero *sed in supra scriptis conventionibus contra erit dicendum*, è posizionata subito dopo l'affermazione della configurabilità dell'*emptio spei* e non è seguita da una propria teoria: se, invece Ulpiano non si fosse trovato d'accordo con l'intero pensiero espresso da Giuliano avrebbe sicuramente fornito una propria motivazione e al posto di quel *sed* avrebbe sicuramente messo un *et* che avrebbe chiaramente indicato in maniera più netta la riferibilità all'insieme del pensiero prima esposto. Cfr. in questo senso: RICCA BARBERIS, *Efficacia giuridica del patto de non praestanda evictione*, cit., 31. *Contra:* GLUCK, *Commentario alle Pandette*, cit., 229, che osserva come la «retta opinione» sia quella che «sostiene che Ulpiano ha rigettato l'opinione di Giuliano, approvandola nel solo caso in cui il venditore sia in dolo. Fuori di questo egli assolve il venditore da ogni responsabilità per l'evizione, anche quanto alla restituzione del prezzo ricevuto, qualora all'atto della conclusione del contratto abbia pattuito di non esser tenuto per l'evizione. Questa retta opinione era già stata ritenuta da parecchi antichi giuristi. … Se non che l'esperienza insegna quanto sia difficile estirpare vecchi e radicati errori, e dare adito alla voce della verità negl'intelletti accecati dai pregiudizi».

rende, infatti, impraticabile qualsiasi tentativo volto a ricostruire se e come Ulpiano abbia tentato di superare il contrasto con l'opinione di Giuliano. Allo stato attuale, dunque, non può che, da un lato, mettersi in luce quali siano le posizioni di partenza dei due giuristi, dall'altro come le stesse siano state 'ricomposte' dai compilatori giustinianei.

In relazione al primo profilo, l'evidente inconciliabilità delle due impostazioni può essere pienamente giustificata, tenendo conto dei risultati sopra esposti concernenti un documentato ampliamento dell'applicazione dell'*actio empti*[374]. In altre parole, una volta verificato che tale azione risulta esperibile anche come rimedio per tutelare il *synallagma* contrattuale e che tale funzione ha convissuto con quella più tradizionale di garanzia, storicamente connessa con l'istituto in esame, potrebbe riscontrarsi, nel passo in commento, niente più che una riproposizione di questi due filoni interpretativi, che, come visto, hanno caratterizzato la parte finale della storia dell'istituto in esame. La posizione di Ulpiano è, infatti, perfettamente coerente con la lettura della suddetta azione in termini di strumento di "garanzia in senso tecnico", che, dunque, può essere esclusa concordemente dalle parti. Viceversa, la posizione di Giuliano è perfettamente in linea con la visione che questo giurista aveva del suddetto strumento, ovvero con il mutamento di titolo della responsabilità gravante sul venditore.

Venendo al secondo profilo evidenziato, un'utile chiave di lettura del tentativo dei giuristi successivi per ricomporre il suddetto contrasto interpretativo e che ha portato all'intervento manipolatorio della parte finale del passo, può essere tratto dai Basilici[375]. Secondo questa interpretazione, infatti, nel caso in cui il venditore si fosse limitato a garantire il fatto proprio e dei propri eredi, configurandosi, quindi, un patto di non garanzia implicito, venendo in essere un'evizione, avrebbe dovuto restituire il prezzo. Nel caso inverso di patto esplicito, invece, il venditore sarebbe risultato definitivamente liberato, a meno

[374] cfr. paragrafi precedenti.

[375] Non è mancato chi, a mio parere erroneamente, ha definito «strano» questo tentativo: cfr. IMPALLOMENI, *Nota sulla limitazione della garanzia per l'evizione nelle legislazioni dalla romana derivata*, cit., 599, nota 8

che il venditore non fosse stato consapevole, al momento della vendita, dell'altruità del bene. La distinzione tra patto implicito e patto esplicito per escludere l'evizione mi sembra che possa ben mettere in luce l'intervento che è stato compiuto sul frammento, nella parte introdotta da '*sed in supra scriptis conventionibus contra erit dicendum*'.

Mentre, infatti, si ritiene di far propria l'impostazione ulpinaea in relazione al caso in cui '*aperte in venditione comprehendatur nihil evictionis nomine praestatum iri',* non ritenendosi esperibile l'*actio empti* per la restituzione del prezzo, invece si corregge il pensiero di Ulpiano, in relazione al caso in cui '*aperte venditor pronuntiet per se heredemque suum non fieri'*, prevedendosi che il venditore sarebbe stato tenuto *ex empto*, alla restituzione del prezzo, nel caso in cui '*sciens alienum vendit*'[376]. Appare chiara la *ratio* che ispira la suddetta correzione: tenuto conto dell'ambiguità che connota tale tipologia di clausola e dei principi tradizionali in materia di dolo contrattuale[377], risulta pienamente

[376] Un diverso tentativo di sintesi della suddetta contrapposizione è stata fatta, da ultimo, dal Talamanca. Secondo l'Autore, «probabilmente, Ulpiano faceva una differenza tra le due *supra scriptae conventiones*, cui, non troppo elegantemente, allude la parte finale del passo, nella *recensio* giustinianea. Tenendo conto del concorrente regime in materia di *emptio spei*, nonché del perdurare incontrastato della disciplina evizionale propria delle vendite effettuate dal creditore pignoratizio, non è accettabile che fosse prevalsa l'interpretazione nel senso dell'invalidità del *pactum de non praestanda evictione* -: stante l'insospettibilità formale del passo almeno fino a *retineret*, può apparire invece più probabile che Giuliano assumesse una posizione particolare al proposito, ammettendo l'*actio ex empto* per la restituzione del prezzo. Per la giurisprudenza successiva, anche per Ulpiano, a me sembra più sensata una valutazione che, tenendo conto del quadro complessivo, facesse al proposito una distinzione. Per quanto riguarda l'esplicito *pactum de non praestanda evictione*, ci si sarebbe attenuti all'opinione corrente per cui il venditore era comunque responsabile, per *dolus in contraendo*, se avesse scientemente venduta una cosa altrui, di cui non poteva disporre … L'opinione di Giuliano, invece, poteva trovare ingresso, sul piano dell'interpretazione secondo buona fede, nell'altra – e più ambigua – clausola in cui *venditor pronuntiet per se heredemque suum non fieri, quo minus habere liceat*, dove sarebbe stato più facile pervenire ad un'interpretazione, fondata sulla natura di buona fede dell'azione e del contratto, per cui, nel caso di evizione, il venditore avrebbe dovuto, comunque, restituire il prezzo», così M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, a cura di L.GAROFALO, IV, Padova, 2003, 244.

[377] E' evidente, infatti, come il patto non avrebbe potuto produrre alcun effetto nel caso in cui il venditore fosse stato in dolo, come è argomentabile, ad esempio, da un passo di Paolo, D. 19, 1, 45[377]: *Idque et iulianum agitasse africanus refert: quod iustum est: sicut minuitur praestatio, si*

conforme al principio di buona fede ritenere esperibile la suddetta azione, per tutelare il compratore, che sarebbe potuto essere tratto in inganno dal contenuto della menzionata clausola.

Il tentativo di sistematizzazione operato dai giuristi bizantini, in merito all'efficacia del *pactum de non prestanda evictione*, nonché quelli più tardi compiuti dagli autori più recenti volti a coordinare il pensiero di Ulpiano con quello di Giuliano, hanno rischiato di non far emergere l'impostazione fortemente innovativa del secondo giurista ed, in particolare, le ricadute sistematiche ad essa connesse.

---

servus deterior apud emptorem effectus sit, cum evincitur. Illud expeditius videbatur, si mihi alienam aream vendideris et in eam ego aedificavero atque ita eam dominus evincit: nam quia possim petentem dominum, nisi impensam aedificiorum solvat, doli mali exceptione summovere, magis est, ut ea res ad periculum venditoris non pertineat. quod et in servo dicendum est, si in servitutem, non in libertatem evinceretur, ut dominus mercedes et impensas praestare debeat. quod si emptor non possideat aedificium vel servum, ex empto habebit actionem. in omnibus tamen his casibus, si sciens quis alienum vendiderit, omnimodo teneri debet. Superest tertia deliberatio, cuius debet esse liberta arescusa, quae recusat emptorem. et non sine ratione dicetur eius debere effici libertam, a quo vendita est, id est heredis, quia et ipse ex empto actione tenetur: sed hoc ita, si non arescusa elegerit emptoris patronatum: tunc etenim et illius remanet liberta et ille ex empto actionem non habet, quia nihil eius interest, cum eam libertam habet. Il giurista, infatti, afferma chiaramente – nella parte finale del passo – che il venditore, nel caso in cui abbia consapevolmente venduto un bene altrui, '*omnimodo teneri debet*'. Viene, quindi, esclusa la rilevanza di qualsiasi elemento che possa, in qualche modo, limitare la responsabilità del venditore[377]. Si tratta, del resto, di un'applicazione del più generale principio in base al quale nessuno può tentare di rendere lecito, eliminando da prima le conseguenze giuridiche che ne sarebbero derivate, il proprio comportamento doloso. Tale principio è espresso da molti giuristi, tra cui a titolo meramente esemplificativo possono ricordarsi: D. 2, 14, 27, 3 (Paul. 3 *ad ed.*): *Illud nulla pactione effici potest, ne dolus praestetur: quamvis si quis paciscatur ne depositi agat, vi ipsa id pactus videatur, ne de dolo agat: quod pactum proderit.* D. 19, 1, 6, 9 (Pomp. 9 *ad Sab.*): *Si venditor sciens obligatum aut alienum vendidisset et adiectum sit " neve eo nomine quid praestaret", aestimari oportet dolum malum eius, quem semper abesse oportet in iudicio empti, quod bonae fidei sit.* D. 50, 17, 23 (Ulp. 29 *ad Sab.*): *Contractus quidam dolum malum dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. dolum tantum: depositum et precarium. dolum et culpam mandatum, com modatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta: in his quidem et diligentiam. societas et rerum communio et dolum et culpam recipit. sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit (vel plus vel minus) in singulis contractibus: nam hoc servabitur, quod initio convenit (legem enim contractus dedit), excepto eo, quod celsus putat non valere, si convenerit, ne dolus praestetur: hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est: et ita utimur. animalium vero casus mortesque, quae sine culpa accidunt, fugae servorum qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur.*

Va, comunque, ricordato come l'importanza del pensiero di Giuliano è stata ben colta da alcuni dei Commentatori medioevali. Il Cuiacio[378], nel commentare il passo in esame, ne forza il contenuto, omettendo, in pratica, di dar rilievo all'opinione di Ulpiano. Secondo il Cuiacio, infatti, colui che non è consapevole dell'altruità e non è in dolo, essendo evitto un bene da un soggetto estraneo, è tenuto a restituire soltanto il prezzo al compratore, non anche risarcire l'utilità, ovvero l'interesse, che talvolta supera il prezzo. Alla base di questa affermazione vi è il richiamo alla natura di buona fede del contratto di vendita, che non sopporta che vi sia un accordo in forza del quale il compratore perda il bene ed il venditore mantenga il prezzo. Ne consegue, quindi, che in tutte le suddette pattuizioni limitative della responsabilità del venditore, ovvero sia in quella che limita la responsabilità al venditore e agli eredi, sia in quella che la esclude totalmente, la cui *ratio* non è avvicinabile a quella propria dell'*emptio spei*, in quanto si acquista un bene determinato, un oggetto specifico, che viene evitto da un estraneo, non è equo che il compratore subisca anche il danno derivante dal pagamento del prezzo ed il venditore si giovi del suddetto danno provocato al compratore. Deve, conseguentemente, riconoscersi il seguente valore alle suddette pattuizioni: il venditore, se il bene viene evitto da un estraneo, non è responsabile in riferimento all'*id quod interest*, ma soltanto per il prezzo dato dal compratore; nel caso in cui lo abbia già conseguito, lo deve restituire, o, se non lo ha ancora ottenuto, non è tenuto a ritirarlo.

---

[378] *… ignorans, qui dolo malo caret, re ab extraneo evicta, pretium tantum restituire debet empori, non etiam utilitatem, id est, quod interest, quod interdum egreditur pretium rei, quia ut ait, nec bonae fidei contractus, qualis est hic, qui est in manu, patitur, ut hac conventione emptor rem amittat, & venditor pretium lucrifacit: hac, inquam, conventione nihil evictionis nominie prestitum iri. Nec mover debemus, quod etiam hic ostenditur ex juliano, eo quo valet conventio, qua hoc agitur nominatim, ut venditor pretium accipiat & retineat, etiamsi merx….In his omnibus conventionibus [sia quella che limita la responsabilità al venditore e agli eredi, sia quella che la esclude totalmente], de quibus precipue agitur hoc loco, longe alia intervenit ratio, quam in emptione alae. Emitur enim his casibus res certa, corpus certum, quo evicto ab extraneo, equum non est etiam emptorem pretii damnum facere, venditorem damno emptoris adolescere. Conventionenum illarum vis haec est, ut venditor, re evicta ab extraneo, non teneatur in id quod interest, non etiam ut & pretium empori, quod accepit, restituire, vel etiam quod nondum accepit, remittere non teneatur. ….* cfr. I. CUJACII, *Tolosatis Opera ad parisiensem Fabrotianam editionem diligentissime exacta in tomos XIII. distributa auctiora atque emendatiora*, Tomo 7, Prati, 1837–44, 742.

Nello stesso senso si muove anche il Donello[379], secondo cui la pattuizione in esame non può essere intesa così da non obbligare i contraenti a restituire il prezzo: ciò sarebbe, infatti, in contrasto con la natura di buona fede del contratto e con l'equità, che non tollerano un accordo in base al quale il compratore possa perdere il bene ed il venditore trattenere il prezzo.

Ai fini della presente analisi, non può che nuovamente evidenziarsi l'assoluta centralità della prima parte di D. 19, 1, 11, 18. Tale frammento, infatti, costituisce, liberato dalle incertezze derivanti dai tentativi sistematizzanti condotti dai giuristi successivi, una chiara testimonianza della poliedricità con la quale i giuristi romani, nell'epoca tardo-classica guardassero al fenomeno della responsabilità del venditore in caso di evizione. L'importanza ricostruttiva di questo frammento non si ferma qui, a mio avviso, in quanto costituisce la dimostrazione di quanto si è cercato di rendere evidente nei paragrafi precedenti: l'*actio empti*, a seconda dell'angolo visuale proprio del singolo giurista, è stata vista sia come strumento di garanzia che come strumento per far valere la responsabilità contrattuale del venditore. Non è, dunque, ipotizzabile una visione meramente 'evolutiva' della tutela contro l'evizione, in quanto come testimonia la contrapposizione tra Giuliano ed Ulpiano, tale profilo ha costituito oggetto di continuo ed ineliminabile *ius controversum*. Non a caso, infatti, tutti i tentativi successivi di *reductio ad unitatem* delle impostazioni rappresentate da Giuliano ed Ulpiano hanno dato vita a più di un'aporia: a monte è mancata una chiara percezione delle differenti posizioni 'dogmatiche' di partenza, che sono ora, invece, ben evidenti grazie agli studi più recenti, che hanno messo in luce i tratti fortemente peculiari che hanno caratterizzato l'opera di Giuliano[380].

---

[379] *…recte conventio superior ita accepta est, ut non viderentur contrahentes de pretio etiam non reddendo sensisse, quia a bonae fidei contractus natura & aequitatae esset alienum. Et hoc est pro ratione huius sententiae eo loco adsertur; neque enim bonae fidei contractum hac pati conventione, ut emptor rem amittitur, & pretium venditor retineret*. Cfr. H.DONEAU, *Opera omnia*, Tomo 3, Lucae, 1762–70, 784–786.

[380] Il riferimento non può che essere alle opere di Letizia Vacca, che hanno costituto, senza dubbio, la base di ogni tentativo volto a cogliere la polidriecità delle soluzioni dei giuristi del periodo classico, che sopra si è cercato di mettere in luce.

Un ultimo elemento merita di essere valorizzato. Si tratta della stretta connessione, la cui profondità è stata già colta dal Cuiacio e dal Donello, tra strumenti di tutela contro l'evizione e buona fede, che appare evidente nel pensiero di Giuliano. Su ciò si tornerà diffusamente nel capitolo quinto.

CAPITOLO QUINTO

L'OPERARE DELLA GARANZIA PER EVIZIONE: CONCORSO DI AZIONI E PRESUPPOSTI APPLICATIVI

SOMMARIO: 1. Una prima sintesi sul modello romano: ricostruzione dei rapporti tra i vari mezzi di tutela contro l'evizione ed indicazione delle differenze tra gli stessi. – 2. I presupposti della responsabilità per evizione in diritto romano: in particolare sulla necessità della messa a disposizione del bene da parte del venditore e sul rilievo del rischio di imminente evizione. - 3. I requisiti che devono caratterizzare l'evizione al fine di far sorgere la responsabilità in capo al venditore.

1. *Una prima sintesi sul modello romano: ricostruzione dei rapporti tra i vari mezzi di tutela contro l'evizione ed indicazione delle differenze tra gli stessi*.

Nei capitoli precedenti si sono analizzati i vari strumenti, che progressivamente sono stati introdotti nel sistema romano, almeno fino al periodo giustinianeo, a favore del compratore, per ottenere una tutela contro l'evizione del bene comprato.

Come dovrebbe essere emerso da quanto finora detto, sul piano interpretativo riveste particolare delicatezza il profilo dell'individuazione dei criteri che permettono di coordinare questi rimedi. Ciò risulta necessario, non solo per tentare di fornire un quadro di insieme della suddetta garanzia, ma anche per far emergere le conseguenze che, in punto di tutela, possono derivare dalla scelta di uno strumento al posto di un altro.

Cominciamo, quindi, ad esaminare, in primo luogo, il quadro disciplinatorio che si trova davanti un compratore, ad esempio, della fine del I secolo a. C.

Bisogna premettere che le situazioni astrattamente ipotizzabili sono molteplici, dovendosi considerare in primo luogo il tipo di bene oggetto di vendita ed in secondo luogo lo '*status civitatis*' delle parti.

Schematizzando dobbiamo esaminare i seguenti casi differenti, diversamente combinabili tra di loro: per quanto riguarda l'aspetto oggettivo, acquisto di *res mancipi*, acquisto di *res nec mancipi*, acquisto di bene già esistente o che deve ancora venire ad esistenza, negozio concluso da compratore e venditore romano, negozio compiuto da compratore o venditore, di cui uno romano e l'altro straniero, distinguendo se dotato o meno di *ius commercii* ed, infine, se la parte contraente conclude il contratto in nome proprio o come *procurator* di altri. Ammettiamo, per iniziare, che il compratore sia un cittadino romano o uno straniero dotato di *ius commercii*, interessato ad un bene appartenente ad un altro cittadino romano. Nel caso, in cui il bene da acquistare sia una *res mancipi*, probabilmente il compratore avrebbe richiesto il compimento della *mancipatio*, dalla quale automaticamente discende – con tutte le cautele segnalate – l'*obligatio auctoritatis*[381], che garantisce a tale soggetto, in caso di evizione, a titolo di sanzione originariamente penale, attraverso l'esperimento dell'*actio auctoritatis*, di ottenere il *duplum* del prezzo pagato.

Nell'ipotesi in cui il compratore avesse voluto ottenere una garanzia ancora più estesa avrebbe potuto richiedere al venditore di stipulare una *satisdatio secundum mancipium*: in questo modo, oltre al venditore, il compratore poteva contare su uno più coobbligati solidali.

Abbiamo configurato, in questo modo, il caso più semplice, in quanto, fino a quando la *mancipatio* ha rappresentato lo strumento di trasferimento reale delle *res mancipi*, escludendo l'*obligatio de auctoritate* si escludeva qualsiasi tipo di responsabilità; dal momento in cui la *mancipatio* assume carattere di negozio astratto, collegato ad una vendita consensuale, che rappresenta il vero contratto di vendita, l'escludere la garanzia nascente dall'atto astratto di trasferimento, non vuol dire affatto che il compratore non possa richiedere la restituzione del prezzo, attraverso l'esperimento dell'*actio empti*, in quanto viene meno la corrispettività delle prestazioni.

L'utilizzo della *mancipatio* e della correlata *auctoritas*, non esclude, poi, il contemporaneo ricorso alle stipulazioni di garanzia: «vi sarebbe qui il concorso,

[381] Su cui cfr. Capitolo I.

dovuto alla volontà delle parti, tra due forme di garanzia con portata – necessariamente od eventualmente – diversa, ed in base a ciò poteva porsi la questione se le parti non avessero voluto, pattiziamente, derogare al regime dell'*auctoritas*: di tali problemi non siamo, però, in alcun modo informati»[382].

Continuando a trattare il tema della vendita di *res mancipi*, vediamo che cosa succede nel caso in cui una od entrambe le parti non siano cittadine romane: in questo caso la garanzia per evizione, non potendo sorgere quale effetto del negozio mancipatorio, deve essere prevista espressamente in un patto accessorio, collegato alla vendita.

Riguardo la vendita di *res mancipi* occorre ricordare un'ultima variante, derivante da una particolare situazione soggettiva: il caso del *procurator*. Quest'ultimo soggetto, nel caso in cui alieni un bene, eseguendo le disposizioni del *dominus*, non può porre in essere la *mancipatio*, in quanto non è il proprietario del bene: per ovviare a questa problematica, si è ipotizzato che nello stesso editto del pretore fosse imposto a tale soggetto di assumersi la responsabilità contro l'evizione, mediante la *satisdatio secundum mancipium*[383]. Nel caso in cui, infine, si trattasse di vendita di cosa futura o di cosa non ancora del proprietario, appartenente alla categoria delle *res mancipi*, non potendo essere posto in essere il negozio mancipatorio, il compratore poteva ottenere l'assunzione della garanzia mediante le stipulazioni sopra ricordate.

Passiamo, ora, ad analizzare cosa sarebbe successo al nostro compratore, nel caso in cui avesse voluto comprare un bene appartenente alla categoria delle *res nec mancipi*. Mentre, come abbiamo visto finora, in caso di vendita di una *res mancipi*, l'assunzione di garanzia contro l'evizione dipendeva dal compimento della *mancipatio*, per quanto riguarda, invece, le *res nec mancipi*, la situazione, per lungo tempo, si presentò diversa. La semplicità del meccanismo di trasferimento previsto per questa categoria di beni, infatti, mi sembra militare, come visto, per l'esclusione di una forma di garanzia concernente questi beni prima dell'introduzione dell'*emptio venditio* consensuale. Soltanto in relazione ai

[382] TALAMANCA, voce *Vendita,* cit., 399.
[383] Su cui cfr. Capitolo III §§ 1 ss.

beni di maggior valore, può ritenersi plausibile che le parti potessero far riferimento alla *stipulatio habere licere,* la cui maggiore risalenza appare attestata nelle fonti.

Lo strumento di tutela stipulatorio prende definitivamente piede con l'introduzione del contratto consensuale di vendita.

Purtroppo, allo stato delle fonti[384], non è possibile dire con precisione in quali casi fosse utilizzato l'uno o l'altro dei due strumenti: in quest'ambito deve aver giocato un ruolo fondamentale la *consuetudo regionis*[385]. Il compratore avrebbe, poi, potuto limitare la responsabilità del venditore, acconsentendo all'utilizzo di una *stipulatio simplae*, che è nata, appunto, per limitare la responsabilità derivanti dalle due citate *stipulationes*. Come precedentemente messo in luce[386], la *stipulatio duplae* ha svolto un ruolo fondamentale nell'ambito dell'attività commerciale romana a tal punto da essere utilizzata per rafforzare l'obbligo di garantire contro l'evizione direttamente nascente dalla *mancipatio*, sopravvivere ed avere ancora diffusa applicazione anche nel periodo in cui la garanzia suddetta era divenuta elemento naturale del contratto consensuale di vendita ed, infine, trovare applicazione, nei documenti della pratica, anche dopo la fine dell'Impero Romano d'Occidente.

Prima di passare ad analizzare se e come il quadro fin qui sviluppato sia mutato con la giurisprudenza innovativa di Giuliano e dei giuristi a lui contemporanei, è necessario vedere che differenze intercorrono tra i due rimedi processuali utilizzabili per far valere questo complesso sistema di garanzia: l'*actio de auctoritate* e l'*actio ex stipulatu*.

---

[384] Una delle poche testimonianze è data dal seguente passo, nel quale vengono indicate le *res pretiosiores* come oggetto tipico di applicazione della *stipulatio duplae:* D. 21, 2, 37, 1 (Ulp. 32 *ad ed.*): *Quod autem diximus duplam promitti oportere, sic erit accipiendum, ut non ex omni re id accipiamus, sed de his rebus, quae pretiosiores essent, si margarita forte aut ornamenta pretiosa vel vestis serica vel quid aliud non contemptibile veneat. per edictum autem curulium etiam de servo cavere venditor iubetur.*

[385] D. 21, 2, 6 (Gai 10 *ad ed. provinc.*): *Si fundus venierit, ex consuetudine eius regionis in qua negotium gestum est pro evictione caveri oportet*.

[386] Cfr. in part. Capitolo III § 6.

Si è già ricordato il ruolo e le caratteristiche della prima; per quanto riguarda, invece, la seconda, va detto che con essa si potevano far valere tutti i tipi di stipulazioni sopra ricordate, dalla *satisdatio secundum mancipium* alla *stipulatio habere licere*. Bisogna a questo punto interrogarsi sulle differenze in punto di tutela che poteva avere il compratore romano, se avesse acquistato un bene mediante *mancipatio* o se viceversa avesse ottenuto una garanzia mediante *stipulatio*.

Ritengo[387] che le due posizioni presentino una serie di differenze, a volte anche molto importanti, che è necessario richiamare tutte insieme al fine di avere un quadro completo. Una prima differenza risulta evidente da quanto finora detto: mentre l'*actio de auctoritate* competeva unicamente al compratore di una *res mancipi*, originariamente la *stipulatio de evictione*[388] riguardava invece esclusivamente le *res nec mancipi*. Una seconda differenza può essere rinvenuta nella determinazione della condanna del venditore che non fosse riuscito ad impedire l'evizione del bene venduto: nel caso di *actio de auctoritate* la condanna può essere solo nella misura fissa del *duplum* del prezzo pagato, mentre, agendo *ex stipulatu*, la condanna dipenderà da quanto espressamente pattuito nella *stipulatio* conclusa dalle parti, variando dalla semplice restituzione del prezzo al doppio o del prezzo o del valore della cosa al momento dell'evizione.

Ulteriore differenza si ha nel caso in cui il compratore rivenda, a sua volta, il bene acquistato: nel caso in cui lo abbia acquistato mediante *mancipatio* ed il suo avente causa subisca l'evizione del bene, potrà agire contro il suo venditore, in quanto risulta evidente che questo soggetto gli aveva mancipato un bene non suo; nel caso, invece, fosse tutelato *ex stipulatu*, non potrà pretendere nulla dal suo venditore, fintantochè egli non abbia pagato il suo compratore, potendo

[387] Cfr. nello stesso senso: ANKUM, *Alcuni problemi concernenti la responsabilità per evizione del venditore nel diritto romano classico*, cit., 6 ss.

[388] Indichiamo con tale espressione riassuntivamente le tre stipulazioni prima analizzate: *duplae, habere licere, simplae.*

l'*actio ex stipulatu* essere esperita soltanto in regresso[389]. Un'ultima differenza riguarda la durata dell'obbligo del venditore di prestare la garanzia: nel caso di *obligatio auctoritatis* vi era la prescrizione decemvirale, che ne fissava la durata in due anni, tranne i casi eccezionali di *aeterna auctoritas*; nel caso, invece, di venditore che assume l'obbligo di garanzia mediante *stipulatio*, non troviamo un limite per l'esperibilità dell'azione da parte del compratore.

Passiamo, ora, ad analizzare come cambia il quadro dei rimedi, esperibili dal compratore in caso di evizione, in relazione all'evoluzione subita dal contratto consensuale di compravendita, nel momento in cui l'obbligo di garantire passa da elemento accessorio e facoltativo ad elemento naturale.

Occorre, infatti, vedere come l'*actio empti* si integri nel contesto dei rimedi già normalmente esperibili in caso di evizione: quale azione sarà tenuto ad utilizzare un ipotetico compratore nella Roma del II secolo d. C.? Si tratta di un problema estremamente delicato, in quanto, purtroppo, non abbiamo fonti che si occupino in specifico della questione, che è, quindi, lasciata alla ricostruzione dell'interprete[390].

Richiamando in modo sintetico alcune considerazioni svolte nel capitolo precedente, il progressivo ampliamento dell'ambito applicativo dell'azione contrattuale può essere stato determinato dai seguenti elementi.

In primo luogo, in relazione al concorso con l'*actio auctoritatis*[391], va ricordato il solco che progressivamente si apre tra 'diritto puro' e 'diritto

---

[389] D. 21, 2, 1 (Ulp. 28 *ad Sab.*): *Sive tota res evincatur sive pars, habet regressum emptor in venditorem. sed cum pars evincatur, si quidem pro indiviso evincatur, regressum habet pro quantitate evictae partis: quod si certus locus sit evictus, non pro indiviso portio fundi, pro bonitate loci erit regressus. quid enim, si quod fuit in agro pretiosissimum, hoc evictum est, aut quod fuit in agro vilissimum? aestimabitur loci qualitas, et sic erit regressus.*

[390] Anche autorevole dottrina, sembra mantenere un atteggiamento abbastanza dubbioso in materia: da una parte, infatti, è portato ad accettare la tesi della generale applicabilità dell'*actio empti* in funzione di garanzia, dall'altra, però, non nasconde che, purtroppo i riscontri testuali non forniscono alcun dato certo. Cfr. TALAMANCA, voce *Vendita,* cit., 400 e ivi specialmente nota 1006.

[391] In relazione al periodo classico giova ricordare come il contenuto ipotizzato della relativa formula potesse essere «*Si paret Numerium Negidium Aulo Agerio hominem Stichum mancipio dedisse neque de ea re auctoritatem recte praestavisse, quamobrem Numerium Negidium Aulo Agerio damnum pro auctore decidere oportet, quanti ea res mancipio data est, tantae pecuniae*

duplum iudex condemnato, si non paret absolvito». Con riferimento alla quale, lo stesso Girard, che ne ha proposto questa ricostruzione, ha osservato «assurément ce sont là des conjectures et non des certitudes», cfr. ID., *L'«auctoritas» et l'action «auctoritatis», Inventare d'interpolations*, cit., 305. Su questa ricostruzione concorda, comunque, anche la dottrina tradizionale, cfr. per tutti ARANGIO RUIZ, *Compravendita*, cit., 320 nota 2. In questo periodo non sembrano riscontrabili delle caratteristiche differenti rispetto al periodo precedente: ciò perché si tratta di un'azione che, dopo una lunga evoluzione, aveva raggiunto la sua forma definitiva e che, anzi, in questo periodo storico perde progressivamente il suo ruolo fondamentale, soppiantata, in un primo tempo, dall'actio ex stipulatu, esperibile in dipendenza delle stipulazioni che le parti cominciano ad utilizzare sempre più di frequente, ed, in seguito, dall'utilizzo dell'actio empti. In via meramente incidentale, può segnalarsi come parte della dottrina - ANKUM, *L'actio de auctoritate et la restitutio in integrum dans le droit romain classique*, cit., 14 ss. - sia giunta a ritenere che in talune fonti si configurerebbe una concessione utiliter della suddetta azione da parte del pretore. Frutto della giurisprudenza equitativa del pretore, l'actio auctoritatis utilis, avrebbe tutelato l'acquirente contro fatti di evizione provocati dall'esperimento di azioni o rimedi introdotti successivamente alla definitiva formalizzazione della disciplina della mancipatio. Una simile possibilità appare, invero, controversa, tenuto specificamente conto dell'origine dell'azione e della rigidità dei relativi presupposti. A ciò deve aggiungersi, come sarà evidente nei capitoli seguenti, che la riflessione della giurisprudenza coeva ai frammenti presi in considerazione dall'Ankum, appare univocamente indirizzata ad ampliare l'ambito di applicazione dell'azione contrattuale, l'actio empti. Il ricorso a quest'ultima azione sembrerebbe, allora, rendere meno plausibile l'ipotizzato sforzo interpretativo volto all'emersione dell'actio auctoritatis utilis. La nozione di auctoritas continuava, comunque, ad essere nota anche ai giuristi dell'ultimo periodo dell'esperienza romana. Testimonianza ne sono: Vat. Frag., 10: *Iniquam sententiam evictae rei periculum venditoris non spectare placuit neque stipulationem auctoritatis committere*; Rubrica Paul. Sent. 5, 10: *De contrahenda auctoritate*. Il primo frammento (su cui cfr. in particolare G. PUGLIESE, *Note sull'ingiustizia della sentenza nel diritto romano*, in *Studi in onore di E. Betti*, III, Milano, 1962, 763) riporta il pensiero di Papiniano. Appare probabile che il pensiero originale del giurista fosse contenuto nella prima parte del passo, avendo poi il compilatore dei Fragmenta Vaticana esteso il medesimo principio ad altri casi ritenuti analoghi. La prima parte del frammento viene ricondotta - cfr. H.ANKUM, *Alla ricerca della repromissio e della satisdatio secundum mancipium*, in *Atti Acc. Rom. Costant. 4° Conv. Inter*., Perugia, 1981, 762 nota 75 - all'actio de auctoritate, in quanto in un precedente passo tratto dalla medesima opera lo stesso giurista si riferiva ad una condanna in duplum, che come visto caratterizza la suddetta azione. Si tratta di Vat. Frag., 8: *Evictione citra dolum emptoris et iudicis iniuriam secuta duplum empti iudicio secundum legem contractus praestabitur.* Tralasciando di soffermarsi sulla fondatezza di tale estensione, merita attenzione l'opera compiuta dal compilatore della raccolta in esame. La volontà di estendere il principio già riconosciuto da Papiniano appare innegabile, anche alla luce della stessa formulazione dell'aggiunta realizzata. Ciò posto, occorre soffermarsi sul come una simile estensione viene concretamente eseguita: si utilizza l'espressione stipulationem auctoritatis. Tale espressione testimonia, a mio parere, un ampliamento del "significante" connesso alla parola auctoritas: questo termine, infatti, come confermato dalla rubrica di Paul. Sent. 5, 10, *De contrahenda auctoritate*, deve aver indicato almeno a partire dal IV secolo d.C. non soltanto la forma di garanzia connessa alla mancipatio, ma qualsiasi forma di garanzia contro l'evizione. Un corrispondente uso che si potrebbe definire "atecnico" del termine auctor – utilizzato quale termine per indicare il garante per evizione indipendemente dalla fonte da cui derivi tale obbligo di garanzia – è rinvenibile almeno in altri due frammenti. Cfr. D. 21, 2, 64 ,2

applicato', nell'accezione datane dal Pugliese[392], in relazione all'obbligo di compiere la *mancipatio* del bene venduto. Nello specifico in favore del graduale minor ricorso alla *mancipatio* e, quindi, alla relativa garanzia per evizione, devono aver contribuito sicuramente la difficoltà ed il costo imposti dal rigido formalismo connotante tale istituto, nonché la progressiva equiparazione, a livello di tutela, tra proprietà quiritaria e c.d. 'proprietà pretoria'.

In secondo luogo, in relazione alla *stipulatio duplae,* la generalizzazione della possibilità di ottenere comunque per il compratore l'*id quod interest* mediante il semplice ricorso all'azione contrattuale, deve aver spinto i venditori a cercare, nella pratica, di limitare appunto il ricorso alla garanzia stipulatoria, senza dubbio, più onerosa.

In terzo luogo, la delineata evoluzione che ha subito la *stipulatio habere licere* – da strumento di garanzia pura e semplice di un fatto oggettivo, che poteva essere posto in essere anche da un terzo ad istituto che viene a perdere qualsivoglia riferimento alla responsabilità per evizione – appare un chiaro indice del sempre maggiore ricorso all'azione contrattuale in relazione all'evizione.

In altre parole, la *stipulatio habere licere* viene radicalmente modificata per evitare la sua scomparsa, inevitabile in quanto con la diretta esperibilità

(Papin. 7 *quaest.*): *Quaesitum est, si mille iugeribus traditis perissent ducenta, mox alluvio per aliam partem fundi ducenta attulisset ac postea pro indiviso quinta pars evicta esset: pro qua parte auctor teneretur. dixi consequens esse superioribus, ut neque pars quinta mille iugerum neque quarta debeatur evictionis nomine, sed perinde teneatur auctor, ac si de octingentis illis residuis sola centum sexaginta fuissent evicta: nam reliqua quadraginta, quae universo fundo decesserunt, pro rata novae regionis esse intellegi*; C. 4.48.1: *Post perfectam venditionem omne commodum et incommodum, quod rei venditae contingit, ad emptorem pertinet. auctor enim ex his tantum causis suo ordine tenetur, quae ex praecedente tempore causam evictionis parant, et ita, si ei denuntiatum est, ut causae agendae adesset, et non absente emptore contra eum pronuntiatum est*. Nonché nei commenti dei giuristi culti in relazione al suddetto termine, nei due unici casi in cui lo stesso è rimasto nel Digesto. Si vedano in relazione a D. 21, 2,76 (Venul. 17 *stip.*) sub "*auctoritatem*": *est actio competens in venditorem evictionis nomine; sub "id est": auctoritas, actio pro evictione*.

[392] PUGLIESE, *Sull'obbligazione di «mancipare» nella compravendita romana*, cit., 536. Tale definizione, come ricorda lo stesso Autore, è esattamente opposta rispetto a quella formulata da V. ARANGIO-RUIZ, *Diritto puro e diritto applicato nella compravendita romana*, in *Festschrift Koschaker*, Weimar, 1939, II, 150 ss.

dell'*actio empti* il compratore è messo in condizione di ottenere in via diretta un risultato analogo. Con l'immediata conseguenza, per quanto qui nello specifico interessa, che si può affermare, senza dubbio, un progressivo minor ricorso allo strumento stipulatorio, certo per quanto riguarda la *stipulatio habere licere*, più difficile da valutare per quanto attiene alla *stipulatio duplae*.

Dal che se ne potrebbe ricavare una prima, certamente semplicistica, ma al contempo erronea indicazione: il graduale affermarsi della possibilità di esperire direttamente l'azione contrattuale in caso di evizione avrebbe, in un certo senso, necessariamente portato alla desuetudine degli altri strumenti. Tale soluzione, sembra, però, contrastare, almeno parzialmente, con i pochi dati testuali di cui disponiamo.

Questi ultimi che abbiamo, in parte, già esaminato nel corso della trattazione, sono costituiti essenzialmente da alcuni documenti di vendita risalenti anche alla fine dell'Impero Romano d'Occidente[393], nei quali è espressamente affermato l'uso della *stipulatio duplae*, e da alcuni passi del Digesto, a cui si aggiunge una Costituzione di Diocleziano[394], in cui, sembrerebbe espresso il concorso quale regime tipico regolante le varie azioni esistenti in materia. Concentriamo l'attenzione su tali ultime testimonianze. Si leggano in primo luogo

> D. 21, 2, 27 (Pomp. 11 *ad Sab*.): *Hoc iure utimur, ut exceptiones ex persona emptoris obiectae si obstant, venditor ei non teneatur, si vero ad personam venditoris respicient, contra: certe nec ex empto nec ex stipulatione duplae nec simplae actio competit emptori, si exceptio ei ex facto ipsius opposita obstiterit.*

> D. 21, 2, 18 (Paul. 5 *ad Sab*.): *Sed et si exceptio omissa sit aut opposita ea nihilo minus evictus sit, ex duplae quoque stipulatione vel ex empto potest conveniri.*

[393] Per queste testimonianze e per un'analisi completa si rimanda Capitolo III § 8.
[394] Diocl. e Max. C. 8, 44, 25: cfr. *infra* in questo stesso paragrafo.

Nel primo dei due frammenti Pomponio, nel trattare del diverso rilievo in tema di responsabilità per evizione delle eccezioni opponibili al venditore e di quelle opponibili al solo compratore[395], afferma espressamente come non competa al compratore né l'azione contrattuale di compravendita né quella concernente la stipulazione del doppio, se gli viene opposta un'eccezione *ex facto ipsius*.

Allo stesso modo Paolo afferma che, nel caso il compratore avesse diligentemente ottenuto l'inserimento nella formula dell'*exceptio doli* contro il venditore che avesse successivamente rivendicato il servo venduto[396], se ciononostante sia stato evitto il bene, il venditore può essere convenuto anche in base alla stipulazione del doppio o in base all'azione contrattuale di compravendita.

Da entrambi i testi sembra dedursi una prima traccia[397] dell'ammissibilità del concorso tra l'*actio ex stipulatione duplae* o *simplae* e l'*actio ex empto*. Ancor più chiara in questo senso è una Costituzione di Diocleziano

> C. 8, 44, 25: *Imperatores Diocletianus, Maximianus: Si tibi liberam saturninus condicionem eius ignorans distraxit ac nunc eam defendit in libertatem, hac libera pronuntiata venditorem vel ex stipulatione duplae, quantum in hanc deductum est, vel empti actione quanti tua interest convenire potes.*

La costituzione viene ad individuare quale tutela possa essere concessa ad un acquirente di una schiava, il cui venditore, ignorando al momento della vendita la condizione di libera successivamente ne patrocina vittoriosamente la libertà. Al riguardo si ritiene che il compratore possa convenire in giudizio il venditore o in base alla stipulazione del doppio, avendo riguardo all'ammontare

---

[395] Sul tema generale delle eccezioni opponibili dal garante, cfr. l'approfondita analisi di V. MANNINO, *L'estensione al garante delle eccezioni del debitore principale nel diritto romano classico*, Torino, 1992.

[396] La contestualizzazione del frammento è fornita da LENEL, *Pal.*, cit., I, 1266 n. 1718.

[397] TALAMANCA, voce *Vendita,* cit., 400, nota 1006.

in essa previsto, o con l'azione contrattuale della compravendita, in relazione all'interesse leso.

In tale costituzione appare, in modo forse più esplicito, la possibilità di utilizzare tanto l'*actio empti*, quanto l'*actio ex stipulatu*. Dal complesso delle testimonianze riportate, può poi ipotizzarsi che venga a configurarsi un concorso puramente elettivo. Si tratta evidentemente di un'ipotesi ricostruttiva, data la laconicità delle testimonianze su tale profilo, che, però, non contengono alcun elemento testuale che permette di escludere tale ipotesi.

La possibilità del concorso elettivo si presenta, a mio avviso, come quella più rispondente alla realtà concreta degli scambi.

Come abbiamo più volte avuto modo di vedere in precedenza, infatti, le stipulazioni di garanzia hanno svolto un ruolo fondamentale nella pratica commerciale, in quanto, per prime, hanno permesso di tutelare il compratore al di fuori dei rigidi schemi propri della *mancipatio*. E' naturale, quindi, che tali duttili strumenti si siano rapidamente diffusi in tutto l'Impero, entrando a far parte, come clausole consuetudinarie, della maggior parte dei contratti di vendita. Proprio questa loro diffusione ha contribuito, del resto, a far ritenere ai giuristi che tale garanzia dovesse essere considerata un elemento naturale del contratto.

Non è, quindi, concepibile che le suddette *stipulationes* possano scomparire da un momento all'altro dal panorama giuridico romano. In questo quadro, allora, il concorso tra i vari rimedi contro l'evizione può essere visto come scelta consapevole della giurisprudenza romana allo scopo di favorire il più possibile la libertà contrattuale delle parti[398]. Ecco, dunque, che l'*actio empti*, pur avendo natura di rimedio tendenzialmente generale, in quanto utilizzabile dal compratore in modo diretto, senza, cioè, la necessità di aver precedentemente pattuito l'inserimento di qualche apposita stipulazione, deve essere visto, nella realtà

[398] Paolo, ad esempio, ammette la possibilità di contrarre addirittura una *stipulatio* in cui sia prevista una responsabilità, a carico del venditore, di quattro volte il prezzo pagato dal compratore: D. 21, 2, 56 pr. (Paul. 2 *ad ed. aedil. curul.*): *Si dictum fuerit vendendo, ut simpla promittatur, vel triplum aut quadruplum promitteretur, ex empto perpetua actione agi poterit. non tamen, ut vulgus opinatur, etiam satisdare debet qui duplam promittit, sed sufficit nuda repromissio, nisi aliud convenerit.*

pratica quotidiana, come uno strumento ulteriore per stabilire in maniera differente la responsabilità del venditore. Non, quindi, un'azione accessoria, come ritiene l'Ankum, ma un rimedio ulteriore, con portata tendenzialmente generale, potendo esclusivamente essere in parte limitato attraverso il *pactum de non praestanda evictione*. La maggior riprova di tale ricostruzione è, a mio modo di vedere, contenuta soprattutto nei documenti della pratica sopra esposti: l'accuratezza con cui, ad esempio, nei papiri greci[399], è indicato l'ammontare su cui calcolare il *quantum* di responsabilità del venditore, ed il suo discostarsi dai classici sistemi di calcolo, contenuti nel Digesto, testimoniano come nella pratica si ponesse grande attenzione a questa problematica e come, di volta in volta, venisse scelta la clausola più adatta alla situazione concreta.

2. *I presupposti della responsabilità per evizione in diritto romano: in particolare sulla necessità della messa a disposizione del bene da parte del venditore e sul rilievo del rischio di imminente evizione*.

Nel paragrafo precedente si è visto come, nell'epoca tardo classica, il sistema giuridico romano prevedesse una numerosa serie di rimedi alternativi al fine di garantire il compratore contro i rischi di un'evizione del bene acquistato.

Appare, ora, opportuno cominciare a verificare se sia possibile identificare presupposti comuni[400] a tutti questi strumenti tra loro alternativi: non

[399] Si riporta qui il pezzo riguardante specificatamente la garanzia per evizione (tratto da DE RUGGIERO, in *I papiri greci e la stipulatio duplae*, cit., 93 ss.):

garantendo
io venditore e i miei aventi causa te acquirente e i tuoi aventi causa
con la più ampia garanzia e in ogni modo contro chiunque si opponga o lo contenda;
altrimenti (dovrò) pagarti il prezzo doppio e duple tutte le altre spese e le sportule, e nessun danno sia arrecato a te o ai tuoi aventi causa,
essendo valida e stabile per ogni rispetto questa vendita,
presentata all'archivio pubblico e quivi registrata.

[400] Su tale tema cfr. in particolare: TALAMANCA, voce *vendita*, cit., 400 ss.; CALONGE, *Eviccion historia del concepto y analis de su contenido en el derecho romano clasico*, cit., 63 ss.; GIRARD,

bisogna, infatti, dimenticare che, partendo da presupposti diversi, tali istituti conducono tutti allo stesso risultato, ovvero fornire una tutela al compratore, che può essere più o meno estesa a seconda del mezzo prescelto.

Un primo presupposto comune può essere identificato nella messa a disposizione del bene, da parte del venditore, affinché su di esso il compratore possa esercitare l'*habere licere*.

Se, infatti, il venditore non consegna il bene acquistato, avremo inadempimento di un'altra obbligazione del contratto consensuale di vendita: l'obbligo di *possessionem tradere*.

Questo presupposto è ricavabile solo in modo indiretto dalle fonti: in esse, infatti, si rinvengono passi concernenti questioni più specifiche, come l'analisi dei modi di effettuazione della *traditio*, che potevano essere ritenuti idonei al trasferimento dell'*habere licere* sul bene acquistato.

E' evidente come ciò presupponga nei giuristi romani che la *traditio* dovesse essere già stata posta in essere per far sorgere la responsabilità in parola. Emblematiche, in questo senso, sono senza dubbio, due testimonianze, la prima di Celso, la seconda di Marcello

> D. 21, 2, 62 pr. (Cels. *27 dig.*): *Si rem quae apud te esset vendidissem tibi: quia pro tradita habetur, evictionis nomine me obligari placet.*

> D. 21, 2, 61 (Marcel. *8 dig.*): *Si quod a te emi et titio vendidi, voluntate mea titio tradideris, de evictione te mihi teneri, sicuti si acceptam rem tradidissem, placet.*

La testimonianza celsina[401] è chiara nell'affermazione che, nel caso in cui il compratore avesse acquistato dal venditore la proprietà di un bene già nella sua

---

Études historiques sur la formation du système de la garantie d'éviction en droit romain, cit., 63 ss.

[401] Deve preliminarmente ricordarsi come i frammenti siano stati tra loro avvicinati dal Girard, in quanto entrambi avrebbero fatto riferimento all'*actio auctoritatis*: l'espressione '*evictionis nomine*' presente nel passo di Celso e quella '*de evictione*' contenuta in quello di Marcello avrebbero sostituito l'originaria espressione '*auctoritatis nomine victi*'. In questo caso la

disponibilità, nasce la responsabilità per evizione in capo a quest'ultimo, in quanto la *res* '*pro tradita habetur*'. Dal che si evince che una *traditio brevi manu* viene a configurare per Celso una modalità di effettuazione della *traditio* idonea a ritenere adempiuta l'obbligazione di *possessionem tradere*, gravante sul venditore, e, quindi, a far nascere la responsabilità per evizione.

Uguale conseguenza è ricavabile dal passo di Marcello, che si occupa del caso in cui l'obbligazione di *possessionem tradere* venga adempiuta mediante *iussum* ad un terzo di consegnare il bene.

Entrambe le testimonianze, dunque, appaiono perfettamente coerenti con il regime dell'*emptio venditio* consensuale e con il sistema delle obbligazioni, che si è precedentemente tentato di delineare. Non appaiono, di contro, coerenti con la disciplina che connota l'*obligatio auctoritatis* ed il correlativo negozio di trasferimento: il compimento dell'atto librale, infatti, è di per sé sufficiente a trasferire il potere sul bene dal venditore all'acquirente, potendo quest'ultimo, subito dopo quest'atto, agire con la *rei vindicatio* contro l'eventuale terzo possessore del bene[402].

Questione strettamente connessa al profilo ora analizzato, è se fosse o meno ammissibile ritenere che il compratore, pur avendo ottenuto il possesso del bene, potesse rifiutarsi di pagare il prezzo, ritenendo imminente un rischio di perderlo per evizione.

Questa tematica, che è affrontata in dottrina[403] in relazione al tema più generale della configurabilità – quale strumento di tutela del sinallagma

---

proposta emendativa del Girard non mi sembra condivisibile, tenuto conto delle peculiarità che, senza dubbio, caratterizzano proprio l'*actio auctoritatis* in relazione allo specifico profilo disciplinatorio in analisi e su cui si tornerà a breve. Cfr. GIRARD, *l'«auctoritas» et l'action «auctoritatis», Inventare d'interpolations,*cit., 166 nt. 2

[402] In questo senso TALAMANCA, voce *Vendita,* cit., 401 specie nt.1011, secondo cui, in particolare non appare convincente l'argomentazione - sintetizzata nella necessità «della *traditio* per un motivo storico (essersi cioè formata l'*auctoritas* stessa in un periodo in cui la consegna della cosa, anche immobile, era contestuale alla *mancipatio*)» - con cui il Girard cerca di superare la sopra riportata obiezione. Per l'argomentazione proposta da quest'ultimo Autore, cfr. GIRARD, *l'«auctoritas» et l'action «auctoritatis», Inventare d'interpolations,*cit., 214 s.

[403] Si rinvia sul punto, anche per i necessari ragguagli bibliografici, al recente studio di S. VIARO, *L'eccezione di inadempimento nell''emptio venditio'*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano,* a cura di L. GAROFALO, I, Padova, 2007, 789 ss.

funzionale – dell'eccezione di inadempimento, riconosciuta a ciascuna delle parti di un contratto bilaterale, al fine di rifiutare il proprio adempimento nel caso non fosse stata eseguita l'obbligazione gravante sulla controparte, viene qui richiamata esclusivamente in relazione all'ipotizzabilità di una sorta di 'ultrattività' della responsabilità per evizione.

L'individuazione dei limiti entro i quali il compratore avrebbe potuto giovarsi di tale rimedio cautelativo tocca da vicino il tema dei presupposti della responsabilità per evizione, in quanto deve essere coordinata con principi certi in questo ambito – su cui torneremo a breve – come quello che richiede, ai fini di far valere la responsabilità del venditore, che il bene oggetto di vendita sia stato realmente evitto[404].

Questa problematica è affrontata in tre passi differenti:

> D. 18, 6, 19, 1 (Pap. *3 resp.*): *Ante pretium solutum dominii quaestione mota pretium emptor solvere non cogetur, nisi fideiussores idonei a venditore eius evictionis offerantur.*
>
> C. 8, 44, 24 pr.: *Imperatores Diocletianus, Maximianus: Si post perfectam venditionem ante pretium numeratum rei venum datae mota fuerit quaestio vel mancipia venum data proclament in libertatem, cum in ipso limine contractus immineat evictio, emptorem, si satis ei non offeratur, ad totius vel residui pretii solutionem non compelli iuris auctoritate monstratur.*
>
> Vat. Frag., 12 (Pap. *3 resp.*): *Ante pretium solutum dominii quaestione mota pretium emptor <restituere> non cogetur tametsi maxime fideiussores evictionis offerantur cum ignorans possidere coeperit. Nam usucapio frustra complebitur anticipata lite nec oportet evictionis securitatem praestari cum in ipso contractus limine domini(i) periculum immineat.*

[404] Il principio è stato già richiamato in relazione all'operatività della garanzia assunta in forma stipulatoria (cfr. Capitolo III § 7) e su di esso si tornerà a breve. Per un primo confronto, si riporta un frammento di Ulpiano, nel quale tale principio è chiaramente rinvenibile D. 21, 2, 16, 1 (Pomp. 9 *ad Sab.*): *Duplae stipulatio committi dicitur tunc, cum res restituta est petitori, vel damnatus est litis aestimatione, vel possessor ab emptore conventus absolutus est.*

Nel primo passo riportato, Papiniano considera il caso in cui, perfezionatosi un contratto di compravendita, ma non essendo ancora stato pagato il prezzo, sorga una *quaestio dominii*. Il giurista afferma che il compratore, non può essere obbligato a pagare il prezzo del bene, ad eccezione del caso in cui il venditore presti dei fideiussori, per garantire in caso di evizione.

La *ratio,* che è sottesa al ragionamento di Papiniano, si collega alla problematica del *periculum emptoris*. Come riconosciuto pacificamente in dottrina[405], è manifesta la non classicità della testimonianza frutto evidente della 'sensibilità' giustinianea rispetto alla struttura stessa del contratto di compravendita, non a caso testimoniata dalla piena coerenza con il principio del *periculum emptoris* [406] affermatosi definitivamente appunto solo con Giustiniano[407].

Questa impostazione trova i suoi prodromi, senza dubbio, nella costituzione degli imperatori Diocleziano e Massimiano riportata per seconda. In essa è

[405] In questo senso cfr., da ultimo, J. GINESTA-AMARGÓS, "*Exceptio imminentis evictionis*", in *BIDR*, 31-32 (1989-1990), 311 ss.; VIARO, *L'eccezione*, cit., 856 s.

[406] Com'è noto i limiti dell'applicazione del principio '*periculum emptoris*', nonché i motivi stessi dell'affermazione di tale principio sono fortemente dibattuti in dottrina. Al riguardo non può non rinviarsi per un approfondimento su tale complesso argomento alla recente disamina condotta da M. SCOGNAMIGLIO, *Note su sinallagma condizionale e 'periculum rei venditae'*, in in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano,* a cura di L. GAROFALO, I, Padova, 2007, 173 ss., a cui si rinvia anche per i necessari riferimenti bibliografici sul punto, nonché a E. BETTI, *'Periculum'. Problemi del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustinianeo*, in *Studi in onore di P. De Francisci,* I, Milano, 1956, 131 ss.; D. PAGSLEY, *D. 19, 1, 50: 'periculum emptoris'*, in *The Irish Jurist*, VII, n.s., 1972, 381 ss.; G. MAC CORMACK, *'Periculum'*, in *ZSS*, 46 (1979), 129 ss.; W. ERNST, *'Periculum est emptoris'*, in *ZSS*, 49 (1982), 216 ss.; L.MANNA, *Sul significato di Vat. Frag. 16 in tema di 'periculum rei venditae'*, in *Atti del seminario sulla responsabilità contrattuale in diritto romano (Milano 7-9 aprile 1987)*, II, Milano, 1990, 251 ss.; M.TALAMANCA, *Considerazioni sul 'periculum rei venditae'*, in *Sem. Compl.*, VII, 1995, 217 ss.; E.C. SILVEIRA MARCHI, *'Periculum rei venditae' e 'periculum dotis aestimatae'*, in *Labeo*, 47 (2001), 384 ss.

[407] Costituisce, senza dubbio, uno dei pochi dati certi, in relazione all'affermarsi di un principio così controverso. Al riguardo è chiaro il Talamanca, ove afferma che «nelle *Institutiones* imperiali è, si può dire, ufficialmente, accolto il *periculum emptoris*, ricondotto ad unità di sistema con la problematica del *commodum* e dell'*incommodum* (I., 3, 23, 3)». Cfr. TALAMANCA, voce *Vendita,* cit., 461.

espressamente affermato che il compratore, contro il quale è promossa una *quaestio dominii* successivamente al perfezionamento del contratto di vendita*,* '*si satis ei non offeratur, ad totius vel residui pretii solutionem*'*,* può legittimamente rifiutarsi di pagare il prezzo, tenuto conto dell'imminente pericolo di evizione.

Nel terzo passo riportato troviamo lo stesso responso di Papiniano, inserito nei *Vaticana Fragmenta,* ma riportato alla sua 'classicità': a differenza del parere che abbiamo precedentemente analizzato, proveniente dal Digesto, in questo caso è espressamente affermato che neppure la prestazione di fideiussori è sufficiente ad obbligare il compratore a pagare il prezzo.

La necessità dell'intervento compilatorio, che ha stravolto com'è evidente il pensiero originario di Papiniano in D. 18, 6, 19, 1, può preliminarmente giustificarsi richiamando la circostanza che, all'epoca di Giustiniano non esiste più la differenza tra *ius civile* ed *ius honorarium* ed è modificato anche la responsabilità fideiussoria[408]: essendo, probabilmente, nel pensiero originale di Papiniano, indicato nell'*exceptio* il rimedio processuale esperibile dal compratore per opporsi alla pretesa di *ius civile* del venditore di ottenere il prezzo ed essendo la prestazione di fideiussori vista dal pretore come condizione inidonea a paralizzare l'azione di *ius civile,* si può ritenere che essendosi modificata la struttura processuale, non dovendosi più coordinare i rimedi propri dei due sistemi di tutele, si sia ritenuto sufficiente il ricorso allo strumento fideiussorio, per garantire il venditore.

Al di là dell'evidente differenza di regime tra periodo classico e post-classico/giustinianeo, che, senza dubbio, emerge da una mera comparazione dei tre frammenti, occorre, a mio avviso evidenziare, in primo luogo, come la fattispecie che giustifica la possibilità del compratore di sospendere il pagamento

[408] Non si è mancato di evidenziare come appunto, in relazione all'evoluzione della disciplina della *fideiussio,* si sia avuto «un mutamento decisivo solo al livello storico di Giustiniano, il quale, nel 531 d. C., sulla base dell'equiparazione dei *fideiussores* alle figure di garanti da *mandatum pecuniae credendae*, nega l'effetto estintivo della *litis contestatio* con uno dei debitori rispetto agli altri coobligati ed estende il regime alle obbligazioni solidali, ponendo sullo stesso piano i debitori da stipulazione e quelli da qualsiasi altro fatto generatore di obbligazione», cfr. V. MANNINO, *La fideiussione, l'accessorietà e il fenomeno delle garanzie autonome*, in *Questioni di diritto*, a cura di V. MANNINO, Milano, 2007, 117.

del prezzo, non è un generico rischio di evizione, ma l'essere una '*dominii quaestione mota'*. A ciò si deve aggiungere che tale azione giudiziaria deve essere stata intrapresa in un lasso temporale decisamente ridotto come quello intercorrente tra perfezionamento del contratto e pagamento del prezzo, che, di norma, senza dubbio, o è contestuale alla vendita o la segue di poco.

Ne deriva che difficilmente nella soluzione di Papiniano è rinvenibile il configurarsi di un rapporto sinallagmatico tra garanzia per evizione e il versamento del prezzo[409]. Più convincentemente, a mio avviso, tenuto conto degli elementi fattuali ora evidenziati, la *ratio* del responso è rinvenibile più nella valorizzazione dell'inadempimento dell'obbligazione di messa a disposizione del bene, che nel ricorso alla responsabilità per evizione. In questo modo – considerando il fatto evittivo incidente tra conclusione del contratto e pagamento del prezzo come non corretto adempimento dell'obbligazione di trasferimento dell'*habere licere* sul bene – si riconduce tale fattispecie sotto la 'vigenza' del principio esaminato all'inizio del paragrafo, ovvero quello che ancòra la nascita della responsabilità per evizione al fatto che la *res* compravenduta '*pro tradita habetur'* come ci ricorda Celso in D. 21, 2, 62 pr., precedentemente esaminato.

In questo senso mi sembra possa militare un'ulteriore considerazione. A questo fine è necessario richiamare all'attenzione un frammento di Ulpiano, che è stato già oggetto di analisi nel capitolo precedente:

> D. 19, 1, 11, 2 (Ulp. *32 ad ed.*) *Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere <et, si mancipi est, mancipio dare>: quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum, si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat, si modo*

[409] Ad un'analoga conclusione perviene VIARO, *L'eccezione*, cit., 857, sulla base di due argomenti: «anzitutto, che il diritto di rifiutare il pagamento è attestato dal giureconsulto soltanto quando sorga una disputa circa il diritto di proprietà del compratore, sicchè l'interdipendenza sarebbe destinata a rimanere soltanto eventuale, e non operante prima di quel momento; in secondo luogo, che la regola secondo cui sarebbe consentito di non pagare, ove vi fosse pericolo di evizione, avrebbe potuto praticamente condurre ad abusi, *sub specie* di processi simulati imbastiti dall'acquirente con persone compiacenti allo scopo di ritardare l'adempimento».

pretium est numeratum aut eo nomine satisfactum. emptor autem nummos venditoris facere cogitur[410]

La parte di nostro interesse è, senza dubbio, quella finale, nella quale il giurista afferma che '*tantum evictionis nomine venditorem obligat, si modo pretium est numeratum aut eo nomine satisfactum*'. Nelle parole di Ulpiano risulta evidente, dunque, nel caso di vendita non immediatamente traslativa della proprietà, ai fini del riconoscimento della tutela contro l'evizione in capo al compratore, che quest'ultimo abbia provveduto a versare il prezzo concordato o abbia fornito garanti in tal senso[411]. Il principio ora richiamato appare avere,

[410] Si riporta la versione del testo proposta da PUGLIESE, *Sull'obbligazione di «mancipare» nella compravendita romana*, cit., 533 nt. 26.

[411] Il tema è vicino, ma autonomo rispetto a quello della rilevanza del pagamento del prezzo rispetto al trasferimento della proprietà della cosa venduta. La circostanza che il pagamento del prezzo non possa essere considerata sempre necessaria per il trasferimento della proprietà non toglie che, viceversa, come ci ricorda Ulpiano, esso lo sia per far sorgere la responsabilità per evizione. Anche su questo diverso profilo, com'è noto, deve registrarsi un ampio dibattito dottrinario, che non può che richiamarsi in modo estremamente sintetico in questa sede. Testimonianza fondamentale a riguardo è costituita da I. 2, 1, 41: *Sed si quidem ex causa donationis aut dotis aut qualibet alia ex causa tradantur, sine dubio transferentur: venditae vero et traditae non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato. quod cavetur quidem etiam lege duodecim tabularum: tamen recte dicitur et iure gentium, id est iure naturali, id effici. sed et si is qui vendidit fidem emptoris secutus fuerit, dicendum est, statim rem emptoris fieri.* In esso, sulla scia di alcune testimonianze classiche [tra le più significative, D. 18, 1, 53 (Gai, 28 *ad ed. prov.*); D. 40, 12, 38, 2 (Paul. 15 *resp.*); D. 14, 4, 5, 18 (Ulp. 32 *ad. ed.*)], si subordina il trasferimento della proprietà della cosa venduta al pagamento del prezzo, salvo che il venditore '*fidem emptoris sequi*'. Tale principio viene fatto risalire alle stesse XII Tavole, che avrebbero subordinato il trasferimento della proprietà al pagamento del prezzo o alla circostanza che il compratore avesse *'alio modo ... satisfecerit'* il venditore, prestandogli idonee garanzie. E' evidente come il richiamo alla codificazione decenvirale, ad opera delle Istituzioni giustinianee, risulti vuotato di molto del suo contenuto, proprio attraverso il riferimento alla sufficienza della '*fidem emptoris*'. La sufficienza di tale elemento sembrerebbe riconducibile a un diverso filone interpretativo emerso in una parte della giurisprudenza classica che, nell'elaborazione del regime della compravendita consensuale, optò per la sufficienza della *traditio* del bene ai fini del trasferimento del dominio bonitario [in questo senso cfr. principalmente Gai 2, 20; D. 18, 1, 74 (Papin. 1 *defin.*); D. 41, 1, 9, 3-6 (Gai, 2 *rer. cott.*); D. 41, 1 13 pr. (Nerat. 6 *reg.*)]. Il quadro delle fonti è complesso ed il coordinamento delle stesse non si presenta agevole. Sul punto si rinvia, in particolare, all'efficace tentativo ricostruttivo avanzato da M. MARRONE, *Trasferimento della proprietà della cosa venduta e pagamento del prezzo*, in *AUPA*, 42 (1992), 183 ss., nonché a ALBERTARIO, *Il momento del trasferimento della proprietà nella compravendita romana,* cit., 243 ss.; ARCHI, *Il trasferimento della proprietà nella compravendita romana,* cit., 42; C. LONGO,

nelle parole del giurista, portata generale. Il Betti[412], invece, seguito anche di recente da una parte della dottrina[413], limita l'affermazione ulpianea alla sola *obligatio auctoritatis*, in quanto legge la prima parte dell'inciso in analisi, come '*tantum <auctoritatis> [evictionis] nomine venditorem obligat'*. La proposta emendativa non appare, in vero, convincente in quanto si pone in contrasto con la prima parte del frammento, la cui rivisitazione, come visto[414], con l'aggiunta di *<et, si mancipi est, mancipio dare>* appare necessitata al fine di evitare la distonia che altrimenti connoterebbe l'utilizzo del verbo '*praestare*' riferito al solo *tradere*[415]. Il riferimento, infatti, alla sola *obligatio auctoritatis*, finirebbe per non coprire i casi di vendita di *res nec mancipi.* Condivisibile appare, invece, l'individuazione proprio nel regime dell'*obligatio auctoritatis* dell'emersione di quest'ulteriore presupposto per far sorgere la responsabilità per evizione. Se, infatti, non fosse stato effettuato il pagamento del prezzo, difficilmente si sarebbe potuta calcolare la condanna *in duplum* del venditore, che non fosse riuscito a difendere la titolarità del bene, messa in discussione dalla rivendica del terzo.

Ciò posto, appare plausibile che il presupposto del pagamento del prezzo, originariamente previsto in relazione alla *mancipatio*, si sia poi esteso anche agli altri rimedi contro l'evizione, come chiaramente ci attesta Ulpiano. Il riconoscimento di un tale presupposto sembra corroborare l'ipotesi, sopra avanzata, che il rischio di un'imminente evizione, manifestatosi prima del

---

Passaggio della proprietà e pagamento del prezzo nella vendita romana, in *BIDR*, 17 (1938), 15 ss.; C. ARNÒ, *Il passaggio della proprietà nella compra-vendita romana*, in *Atti della Regia Accademia delle scienze di Torino. Parte morale*, 74 (1939), 575 ss.; più di recente cfr. CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, cit., 24 ss., con ampia ed esauriente bibliografia.

[412] E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano,* II.1, Padova, 1960, 198 ss.

[413] VIARO, *L'eccezione*, cit., 855.

[414] cfr. *supra* Capitolo II, § 4.

[415] Come già evidenziato, il verbo *praestare* presuppone, senza dubbio, che oltre a *tradere* dovesse essere inserito un altro verbo, in quanto altrimenti il giurista si sarebbe limitato a scrivere *«Et in primis ipsam rem tradere venditorem oportet»*, in questo senso PUGLIESE, *Sull'obbligazione di «mancipare» nella compravendita romana*, cit., 533 nt. 26; LENEL, *Pal.*, cit., II, col. 630 nt. 1, che esplicita il contenuto alla *mancipatio* utilizzando le seguenti parole: «*et, si mancipi est, mancipare».*

pagamento del prezzo, non faccia scattare la peculiare responsabilità per evizione del venditore, ma possa iscriversi nel più generale quadro della responsabilità comunque gravante sul venditore.

In generale, dunque, può ritenersi che la responsabilità per evizione comincia a gravare sul venditore soltanto a seguito di un effettivo trasferimento del bene al compratore, che, a sua volta, deve aver trasferito il prezzo.

3. *I requisiti che devono caratterizzare l'evizione al fine di far sorgere la responsabilità in capo al venditore*.

Verificati nel paragrafo precedente i presupposti che fanno nascere in capo al venditore l'obbligo di garantire per l'evizione, occorre, ora, verificare in concreto quando il compratore poteva far valere tale responsabilità. Al riguardo appare sufficiente una veloce rassegna di tali ulteriori presupposti, in quanto gli stessi non presentano profili problematici, ma risultano necessari appunto per evidenziare come in concreto i rimedi contro l'evizione operassero.

In primo luogo e ciò vale per tutti gli strumenti di garanzia, l'evizione deve essere dichiarata giudizialmente[416]. Questo principio si trova espressamente enunciato in un passo di Paolo[417], che nega che la garanzia per evizione possa essere fatta valere nel caso di decisione pronunciata da un *arbiter ex compromisso*, nonché in una Costituzione di Diocleziano[418].

Non è, poi, necessario che sia il compratore a dover necessariamente subire l'evizione nella posizione di convenuto processuale: «si può avere, infatti, una sorta di evizione, per così dire,"invertita", allorché il compratore si sia trovato –

---

[416] Per un approfondimento di questo presupposto, in materia di *stipulatio duplae*, cfr. 3.3 in questo stesso capitolo.

[417] D. 21, 2, 56, 1 (Paul. 2 *ad ed. aedil. curul*.): *Si compromisero et contra me data fuerit sententia, nulla mihi actio de evictione danda est adversus venditorem: nulla enim necessitate cogente id feci.*

[418] C. 8, 44, 17: Imperatores Diocletianus, Maximianus: *Si, cum quaestio tibi super eo quem comparaveras commoveretur, auctorem tuum certum fecisti nec citra iudicis disceptationem eum quem emeras tradidisti, praeses provinciae in damnis, quae te tolerasse meministi, medelam iuris adhibebit.*

senza sua colpa – nella condizione di dover esercitare un'azione petitoria e riesca in essa sconfitto; in tal modo … i giuristi romani equiparavano tendenzialmente all'habere licere la possibilità di esperire vittoriosamente l'azione petitoria stessa»[419]. Tale presupposto ci è ricordato da Giuliano[420]. Il giurista, puntualizza, infatti, come al fine di valutare i rimedi esperibili dall'acquirente, che non è sufficiente che il terzo '*servum petierit*', ma che '*ideo victus sit*'.

Per far scattare la responsabilità del venditore, rispetto a tutte le tipologie di garanzia, è poi necessario che il compratore, a seguito dell'evizione, perdesse la definitiva disponibilità del bene: non è, cioè, sufficiente, per far sorgere la responsabilità del venditore, la mera condanna in giudizio, essendo, invece, necessario che il compratore restituisca il bene al legittimo proprietario o paghi la *condemnatio* pecuniaria. Una riprova in questo senso è fornita da Ulpiano[421], che nel riportare l'opinione di Giuliano, occupandosi di una *stipulatio duplae*, afferma esplicitamente che non è possibile parlare di evizione nel caso in cui '*neque corpus neque pecunia emptori absit*'. Non si può, quindi, ritenere sufficiente, per citare in giudizio il venditore, una semplice condanna del compratore, se, ad essa, non segua la fase esecutiva.

---

[419] TALAMANCA, voce *Vendita,* cit., 401.

[420] D. 21, 2, 39, 1 (Iulian. 57 *dig.*): *Si servus tuus emerit hominem et eundem vendiderit titio eiusque nomine duplam promiserit et tu a venditore servi stipulatus fueris: si titius servum petierit et ideo victus sit, quod servus tuus in tradendo sine voluntate tua proprietatem hominis transferre non potuisset, supererit publiciana actio et propter hoc duplae stipulatio ei non committetur: quare venditor quoque tuus agentem te ex stipulatu poterit doli mali exceptione summovere. alias autem si servus hominem emerit et duplam stipuletur, deinde eum vendiderit et ab emptore evictus fuerit: domino quidem adversus venditorem in solidum competit actio, emptori vero adversus dominum dumtaxat de peculio. denuntiare vero de evictione emptor servo, non domino debet: ita enim evicto homine utiliter de peculio agere poterit: sin autem servus decesserit, tunc domino denuntiandum est*.

[421] D. 21, 2, 21, 2 (Ulp. 29 *ad Sab.*): *Et ideo ait, si emptor hominis mota sibi controversia venditorem dederit procuratorem isque victus litis aestimationem sustulerit, stipulationem duplae non committi, quia nec mandati actionem procurator hic idemque venditor habet, ut ab emptore litis aestimationem consequatur: cum igitur neque corpus neque pecunia emptori absit, non oportet committi stipulationem: quamvis, si ipse iudicio accepto victus esset et litis aestimationem sustulisset, placeat committi stipulationem, ut et ipse iulianus eodem libro scripsit. neque enim habere licet eum, cuius si pretium quis non dedisset, ab adversario auferretur: prope enim hunc ex secunda emptione, id est ex litis aestimatione emptori habere licet, non ex pristina*.

E', infine, necessario, ad eccezione dell'*actio auctoritatis*[422], che la perdita del bene o la condanna pecuniaria del compratore vengano valutate non in astratto, ma in concreto.

Il venditore poteva provare, per ridurre o eliminare la propria responsabilità, che, nonostante il compratore avesse subito un'evizione, quest'ultima, non aveva creato in concreto alcun effetto. Al riguardo può citarsi, in via esemplificativa, un responso di Gaio[423], concernente il caso di un proprietario che ha vittoriosamente agito in rivendica contro l'attuale possessore del bene, che lo aveva acquistato *a non domino* da un terzo. Il proprietario, però, muore subito dopo la pronuncia della sentenza, senza lasciare eredi ed i suoi beni diventano vacanti, non essendo presi dal fisco né rivenduti dai creditori del defunto. Tale circostanza comporta, per Gaio, che il compratore non possa agire per evizione contro il suo dante causa in quanto, seppure condannato, non ha subito in concreto la perdita del bene acquistato, essendo quest'ultimo rimasto vacante.

Per quanto riguarda, infine, alcuni presupposti specifici, che completano quelli generali sopra esposti, si rimanda all'esame che di essi si è fatto nel corso dell'analisi dei singoli rimedi contro l'evizione[424].

---

[422] Come abbiamo visto precedentemente, infatti, la responsabilità per il venditore, in questo caso, sorge automaticamente con il rifiuto di prestare l'assistenza processuale al compratore oppure con la semplice condanna di quest'ultimo.

[423] Riportata in D. 21, 2, 57 pr. (Gai 2 *ad ed. aedil. curul.*): *Habere licere rem videtur emptor et si is, qui emptorem in evictione rei vicerit, ante ablatam vel abductam rem sine successore decesserit, ita ut neque ad fiscum bona pervenire possint neque privatim a creditoribus distrahi: tunc enim nulla competit emptori ex stipulatu actio, quia rem habere ei licet*.

[424] Per quanto riguarda, in particolare, la sentenza di condanna dovuta alla negligenza del compratore, la sentenza ingiusta e la perdita del bene dovuta esclusivamente al comportamento del compratore, si rimanda alla trattazione svolta in materia di *actio ex stipulatu* nel Capitolo III, § 7. Per quanto riguarda, invece, l'obbligo di *denuntiatio* si rimanda alla specifica trattazione che di esso si è fatta in relazione ai singoli rimedi analizzati, aggiungendo qui alcune particolarità proprie di tale obbligo, in relazione all'*actio empti*, che non era stata trattata nel paragrafo ora richiamato. L'obbligatorietà per il compratore di compiere tale atto, che, come nel caso dell'*actio stipulati,* ha la funzione di permettere al venditore di esercitare il proprio diritto di partecipare al giudizio concernente il bene acquistato, è espressamente prevista in: C. 8, 44, 20pr.: *Imperatores Diocletianus, Maximianus Si parentes vestri mancipia venumdederunt quaestioque dominii mota est, emptoribus adesse ac defendere causam non prohibemini. Quod si eis haec iam evicta sunt, instauratio litis ex persona vestra, si appellationem non interposuistis, contra ius desideratur. Empti sane iudicio pro evictione si conveniri coeperitis, nec vobis, ut defendatis, negotium denuntiatum probetur, intellegitis, quatenus vosmet ipsos tueri debeatis.* La configurabilità di tale

Bisogna, in conclusione, aggiungere una precisazione su un tema concernente la portata generale della garanzia per evizione: l'evizione parziale del bene. Il problema è stato lungamente affrontato trattando dell'*actio ex stipulatu*: in tale sede si era giunti alla conclusione che, sempre che non ci fossero state precise pattuizioni in materia previste dalle parti contrattuali, era possibile agire direttamente con tale azione esclusivamente in caso di evizione di *pars pro diviso*, mentre per quanto riguarda la *pars pro indiviso* era necessario esperire, prima di tale azione, l'*actio communi dividundo*. Nella stessa sede eravamo giunti alla conclusione che tale problematica non si presentava in caso di *actio empti*, in quanto dalle fonti appare evidente come tale azione sia normalmente esperibile anche in questo caso: non resta, dunque, che rimandare all'analisi svolta in quella sede con due precisazioni. La prima è che anche per quest'ultima azione valevano gli stessi criteri di determinazione della condanna stabiliti per l'*actio ex stipulatu*, ovvero: nel caso di *pars pro indiviso* si faceva riferimento alla proporzione della parte evitta, rifacendosi all'estensione o alla grandezza originaria del bene; per quanto riguarda la *pars pro diviso*, invece, si prendeva in considerazione il valore intrinseco della specifica parte evitta. La seconda precisazione da fare, necessaria per fornire un quadro generale della questione, concerne l'azionabilità dell'*obligatio auctoritatis* in questo caso specifico: non abbiamo testimonianze dirette in materia, ma autorevole dottrina[425] è per la soluzione positiva.

---

atto come onere per il compratore, come nel caso dell'*actio ex stipulatu*, è espressamente in: D. 21, 2, 29, 2 (Pomp. 11 *ad Sab.*): *Quolibet tempore venditori renuntiari potest, ut de ea re agenda adsit, quia non praefinitur certum tempus in ea stipulatione, dum tamen ne prope ipsam condemnationem id fiat.* Sempre riguardo la *denuntiatio*, ma questa volta soltanto riguardo l'azione in esame, è ammesso che le parti possano consensualmente derogare a tale obbligo: D. 21, 2, 63 pr. (Modest. 5 *resp.*): *Herennius modestinus respondit non obesse ex empto agenti, quod denuntiatio pro evictione interposita non esset, si pacto ei remissa esset denuntiandi necessitas.*

[425] TALAMANCA, voce *Vendita,* cit., 406.

CAPITOLO SESTO

LA COMPILAZIONE GIUSTINIANEA E L'INFLUENZA SULLE CODIFICAZIONI MODERNE

SOMMARIO: 1. L'oscuramento giustinianeo dell'articolazione delle soluzioni classiche e le sue conseguenze sulla riflessione successiva. - 2. Un punto di osservazione privilegiato: la codificazione italiana del 1942 e la disciplina della garanzia per evizione. - 3. Garanzia per evizione e disciplina contenuta nel codice civile del 1865: le criticità interpretative della dottrina italiana in merito all'obbligazione di dare e l'evizione quale mera perdita del possesso. - 4. La riflessione dottrinale alla vigilia della Codificazione del 1942: sulla riconducibilità dell'evizione nell'ambito della responsabilità per inadempimento contrattuale. - 5. La disciplina contenuta nel codice civile del 1942 ed il delinearsi dell'attuale contrasto interpretativo. In particolare sull'approfondimento interpretativo in merito all'aspetto causale della vendita. - 5.1 Evizione e responsabilità contrattuale. La tesi di Bianca - 5.2 Evizione e responsabilità pre-contrattuale. - 6. La garanzia per evizione nell'applicazione giurisprudenziale: fondamento e presupposti applicativi. - 7. La nuova disciplina della vendita di beni di consumo: un nuovo tassello nell'elaborazione della nozione di responsabilità in materia di compravendita. - 7.1 La tesi di Nicolussi: la garanzia quale assunzione di un 'rischio'. - 7.2 La prospettiva 'rimediale'. 8. Il nodo dommatico della 'garanzia'.

1. *L'oscuramento giustinianeo dell'articolazione delle soluzioni classiche e le sue conseguenze sulla riflessione successiva.*

Nei capitoli precedenti si è cercato di porre in evidenza l'evoluzione che hanno subito le forme di garanzia contro l'evizione, in stretta connessione con le modifiche che hanno interessato, in primo luogo, il modello stesso della vendita, con il passaggio dalla *mancipatio* all'*emptio venditio* consensuale.

La complessità delle soluzioni elaborate dalla giurisprudenza romana, non è stata colta dalla riflessione giuridica successiva, per quanto riguarda in specie il tema dell'evizione.

In questo senso l'intervento giustinianeo deve aver giocato un ruolo fondamentale.

Richiamando in modo estremamente sintetico un'evoluzione, senza dubbio, complessa, ma che, per quanto ora si dirà, non interseca direttamente l'oggetto della presente analisi, all'epoca di Giustiniano si è cercato un recupero, in termini di 'diritto puro' del modello classico della vendita, mantenendo la distinzione tra atto ad effetti obbligatori, ovvero l'*emptio venditio*, e successivo atto ad effetto reale, adattando tale modello alla mutata realtà. Com'è noto, infatti, Giustiniano non solo ha proceduto all'eliminazione della distinzione fra *res mancipi* e *res nec mancipi*[426] - con le conseguenti ricadute in termini di strumenti di trasferimento delle due categorie di beni, venendo meno l'*in iure cessio* e la *mancipatio* e rimanendo la *traditio* l'unico atto traslativo -, ma ha anche posto fine alla distinzione fra *in bonis* e *dominium*, con conseguenti ricadute sia in termini di funzione e struttura dell'*usucapio*, sia in riferimento al connesso regime dell'*actio Publiciana*[427]. In tale contesto, dunque, la *traditio*

[426] C. 7, 25, 1 Imperator Justinianus: *Antiquae subtilitatis ludibrium per hanc decisionem expellentes nullam esse differentiam patimur inter dominos, apud quos vel nudum ex iure quiritium vel tantummodo in bonis reperitur, quia nec huiusmodi esse volumus distinctionem nec ex iure quiritum nomen, quod nihil aenigmate discrepat nec umquam videtur neque in rebus apparet, sed est vacuum et superfluum verbum, per quod animi iuvenum, qui ad primam veniunt legum audientiam, perterriti ex primis eorum cunabulis inutiles legis antiquae dispositiones accipiunt. Sed sit plenissimus et legitimus quisque dominus sive servi sui sive aliarum rerum ad se pertinentium* (a.530-531), su cui cfr. L.VACCA, voce *Usucapione (dir. rom.)*, in *Enc. dir*., XLV, Milano, 1992, 989 ss. [ora in *Appartenenza e circolazione dei beni. Modelli classici e giustinianei*, a cura di L.VACCA, Padova, 2006, in part. 242 nota 133]; ID., *La riforma di Giustiniano in materia di usucapio e longi tempori praescriptio fra concezioni dommatiche classiche e prassi postclassica*, in *BIDR*, XXXV-XXXVI, 1998, 147 ss. [ora in *Appartenenza e circolazione dei beni. Modelli classici e giustinianei*, a cura di L.VACCA, Padova, 2006, 445 ss., e da qui citato in part. 476 nota 66].

[427] L. VACCA, *Il c.d. duplex dominium e l'actio Publiciana*, in *La proprietà e le proprietà*, *Atti del Convegno della Società italiana di Storia del diritto. Pontignano 30 settembre-3 ottobre 1985*, a cura di E. CORTESE, Milano, 1988, 39 ss. [ora in *Appartenenza e circolazione dei beni. Modelli classici e giustinianei*, a cura di L.VACCA, Padova, 2006, 129 ss.]; ID., *La riforma*, cit., in *Appartenenza*, cit., in part. 476 ss.; cfr. anche ID., '*Dominium', 'in bonis', proprietà provinciale*, in *Atti del Convegno Internazionale di Diritto romano. Città, territorio, diritto privato nei primi due secoli dell'Impero, Copanello 5-8 giugno 2002* [ora in *Appartenenza e circolazione dei beni. Modelli classici e giustinianei*, a cura di L.VACCA, Padova, 2006, 621 ss.]; C. A. CANNATA, *Materiali per un corso di Fondamenti del Diritto europeo*, I, Torino, 2005, 39 ss.

rimane l'unico atto traslativo, come ben è testimoniato da D. 19, 1, 11, 2[428], nella versione "aggiornata" dai compilatori giustinianei: essa, infatti, «se il venditore aveva la proprietà, rendeva il compratore possessore e proprietario, mentre, se non l'aveva, lo rendeva soltanto possessore, salva la responsabilità per evizione»[429] .

Per quanto riguarda, invece, il 'diritto applicato', è ugualmente noto come, in primo luogo, si tenti di sfumare, presumibilmente sotto la spinta della prassi ellenistica e come effetto del 'volgarismo giuridico', la separazione, netta come visto in astratto, tra effetti obbligatori connessi al consenso e effetti reali dell'atto di trasferimento ovvero la *traditio*, mediante una 'spiritualizzazione' di quest'ultima, facendo sempre più ricorso alla *traditio brevi manu*, a quella *longa manu* e al *constitutum possessorium*.

In secondo luogo, l'influenza della prassi è determinante nell'introduzione di un diverso modello di vendita, la c.d. '*venditio in scriptis*', che come emblematicamente evidenziato dalle stesse Istituzioni di Giustiniano (3, 23)[430], viene affiancata al modello classico dell'*emptio venditio*, ora definita '*venditio sine scriptis*'. La *venditio in scriptis* trova la propria completa disciplina in una

---

[428] D. 19, 1, 11, 2 (Ulp. 32 *ad ed*.) *Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere: quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum, si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat, si modo pretium est numeratum aut eo nomine satisfactum. emptor autem nummos venditoris facere cogitur*. Su cui cfr. diffusamente Capitolo II, § 4.

[429] PUGLIESE, *Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano*, cit., 73.

[430] Cfr. in part. 3, 23, pr. *Emptio et venditio contrahitur, simulatque de pretio convenerit, quamvis nondum pretium numeratum sit ac ne arra quidem data fuerit. nam quod arrae nomine datur argumentum est emptionis et venditionis contractae. sed haec quidem de emptionibus et venditionibus quae sine scriptura consistunt obtinere oportet: nam nihil a nobis in huiusmodi venditionibus innovatum est. in his autem quae scriptura conficiuntur non aliter perfectam esse emptionem et venditionem constituimus, nisi et instrumenta emptionis fuerint conscripta vel manu propria contrahentium, vel ab alio quidem scripta, a contrahente autem subscripta et, si per tabellionem fiunt, nisi et completiones acceperint et fuerint partibus absoluta. donec enim aliquid ex his deest, et poenitentiae locus est et potest emptor vel venditor sine poena recedere ab emptione. ita tamen impune recedere eis concedimus nisi iam arrarum nomine aliquid fuerit datum: hoc etenim subsecuto, sive in scriptis sive sine scriptis venditio celebrata est, is qui recusat adimplere contractum, si quidem emptor est, perdit quod dedit, si vero venditor, duplum restituere compellitur, licet nihil super arris expressum est*. Su cui ci si limita a rinviare in questa sede a TALAMANCA,voce *Vendita*, cit., 469 ss.

costituzione del 528 d.C., C. 4, 21, 17[431]. Prescindendo da una disanima della disciplina specifica di questa nuova forma di vendita, ciò che preme evidenziare in questa sede, riprendendo le efficaci parole del Talamanca, è che «non v'è dubbio, né ci sembra possa venir seriamente contestato, che la *venditio in scriptis* disciplinata in C. 4, 21, 17, è una vendita con effetti traslativi. V'è nella costituzione una evidente connessione fra la configurazione della vendita in cui, pur in virtù dell'accordo fra le parti, l'*instrumentum* viene ad assumere carattere costitutivo e l'efficacia reale che, implicitamente, si assume per l'*instrumentum emptionis,* ed al tutto si coordina la rilevanza riconosciuta al contratto arrale, il che rende impossibile sottrarsi alla conclusione che l'imperatore sostanzialmente recepisse le istanze di una prassi, la quale tendeva a non riconoscere … l'*obligatio consensu contracta*, sia sotto il profilo della consensualità che sotto quello del carattere obbligatorio del negozio»[432].

[431] *Contractus venditionum vel permutationum vel donationum, quas intimari non est necessarium, dationis etiam arrarum vel alterius cuiuscumque causae, illos tamen , quos in scriptis fieri placuit, transactionum etiam, quas instrumento recipi convenit, non aliter vires habere sancimus, nisi instrumenta in mundum recepta subscriptionibusque partium confirmata et, si per tabellionem conscribantur, etiam ab ipso completa et postremo a partibus absoluta sint, ut nulli liceat prius , quam haec ita processerint, vel a scheda conscripta, licet litteras unius partis vel ambarum habeat, vel ab ipso mundo, quod necdum est impletum et absolutum , aliquod ius sibi ex eodem contractu vel transactione vindicare: adeo ut nec i llud in huiusmodi venditionibus liceat dicere, quod pretio statuto necessitas venditori imponitur vel contractum venditionis perficere vel id quod emptoris interest ei persolvere. 1. Quae tam in postea conficiendis instrumentis quam in his, quae iam scripta nondum autem absoluta sunt, locum habere praecipimus, nisi iam super his transactum sit vel iudicatum, quae retractari non possunt: exceptis emptionalibus tantum instrumentis iam vel in scheda vel in mundo conscriptis, ad quae praesentem sanctionem non extendimus, sed prisca iura in his tenere concedimus. 2. Illud etiam adicientes, ut et in posterum, si quae arrae super facienda emptione cuiuscumque rei datae sunt sive in scriptis sive sine scriptis, licet non sit specialiter adiectum, quid super isdem arris non procedente contractu fieri oporteat, tamen et qui vendere pollicitus est, venditionem recusans in duplum eas reddere cogatur, et qui emere pactus est, ab emptione recedens datis a se arris cadat, repetitione earum deneganda.*

[432] Così TALAMANCA,voce *Vendita,* cit., 469 s.

Ciò che al riguardo preme sottolineare[433] è che gli interventi giustinianei vengono calati a fianco della disciplina classica della vendita, i cui principi sono ugualmente mantenuti all'interno del Digesto.

Si tratta di una mera giustapposizione, in quanto i compilatori giustinianei non fanno altro che affiancare un modello di vendita ad un altro, senza premurarsi di verificare se le soluzioni, dogmaticamente coerenti in relazione al modello classico della vendita, potessero 'funzionare' anche in riferimento al nuovo modello.

Le difficoltà interpretative che sorgono in relazione a questo complesso quadro disciplinatorio sono emblematicamente rappresentate anche dal mero confronto tra I. 3, 23[434] e D. 19, 4, 1 pr. (Paul. 32 *ad ed*.)[435], che dimostrano l'inconciliabilità di due modelli profondamente diversi di vendita, che, però, grazie al complesso della compilazione giustinianea risultano contemporaneamente in vigore.

A mio avviso, chiaro esempio delle difficoltà interpretative in cui si sono dibattuti i compilatori giustinianei nel tentativo di far convivere modelli dogmaticamente non riducibili ad unità è proprio il regime della garanzia per evizione.

La difficoltà di cogliere le peculiarità, che hanno connotato l'operatività dei singoli rimedi contro l'evizione, mi pare possa essere ben dimostrata dal silenzio che le Istituzioni di Giustiniano riservano a tale istituto. Silenzio che appare ancor più significativo se lo si confronta all'insolita lunghezza che viene riservata in I. 3, 23 alla disamina del regime della vendita, che, in taluni passaggi, non disdegna neppure un approccio casistico, dilungandosi anche diffusamente sulla disputa tra Sabino e Cassio in merito al rapporto tra vendita e permuta. Silenzio, infine, che sembra connotare anche le costituzioni

---

[433] In questo senso non può che rinviarsi alle recentissime osservazioni di L. VACCA, *'Emptio venditio' e 'iusta causa traditionis. (A proposito di alcuni libri recenti)*, in *SDHI*, 2011, in corso di pubblicazione.

[434] Riportato in parte in nota 429.

[435] […] *multum differunt praestationes. Emptor enim, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito, venditori sufficit ob evictionem se obligare, possessionem tradere et purgari dolo malo: itaque, si evicta res non sit, nihil debet;* […], su cui cfr. diffusamente Capitolo II, *passim*.

riconducibili a Giustiniano[436], che, quando si trovano ad occuparsi di evizione, si limitano ad un riferimento alla fattispecie – con espressioni come, ad esempio, '*evictionis nomine*'[437] – senza indicazione del rimedio esperibile.

Esito primo dell'evidenziata mancanza di coordinamento del quadro disciplinatorio nel periodo giustinianeo è, senza dubbio, anche in relazione all'evizione, che «il *Corpus Juris*, nel momento della sua 'riscoperta scientifica', nel momento in cui cioè i '*doctore*s' 'interpretarono' l'insieme delle soluzioni giurisprudenziali e normative espresse nel *Corpus juris* per elaborare una nuova scienza del diritto diretta anche a dare risposta coerente ai problemi della prassi, si trovarono di fronte testi che potevano spesso apparire contraddittori e inconciliabili.

L'*interpretatio* che si innestò su questi tesi, nel dare spiegazione di queste contraddizioni seguì percorsi differenziati, a seconda anche che si ritenesse 'utile' per la prassi e conforme allo specifico intesto storico-culturale in cui gli stessi giuristi operavano, valorizzare maggiormente l'uno o l'altro testo, l'uno o l'altro modello»[438].

Emblematiche, in questo senso, sono le glosse[439] relative al frammento D. 21, 2, 76 (Venul. 17 *stip*.)[440], che avevamo già richiamato,

> sub *"auctoritatem": est actio competens in venditorem evictionis nomine*
> sub *"id est": auctoritas, actio pro evictione*

[436] C. 3, 28, 36, 1; C. 3, 28, 36, 1A; C. 6, 43, 3, 3; C. 7, 17, 2, 3; C. 7, 37, 3 pr.; C.7, 37, 3, 1A.
[437] C. 6, 43, 3, 3.
[438] Come precipuamente rilevato, in relazione al connesso profilo dell'inquadramento della *traditio* in relazione al quadro disciplinatorio declinato da Giustiniano, da VACCA, *'Emptio venditio' e 'iusta causa traditionis*, cit., n. 7
[439] *Corpus iuris civilis, cum notis integris ... Dionisii Gothofredi ... J. Cujacii ... Antonii Anselmo*, Amstelodami, 1663.
[440] D. 21, 2, 76 (Venul. 17 *stip*.): *Si alienam rem mihi <tradideris> [fuit mancipio dederis] et eandem pro derelicto habuero, amitti auctoritatem, <id est actionem pro evictione>, placet*. Su cui si rinvia al Capitolo II, § 2.

Il frammento richiamato di Venuleio è, a sua volta, rappresentativo della difficoltà dei Giustinianei di padroneggiare istituti, che fanno riferimento ad un contesto disciplinatorio, che è stato dagli stessi, come visto, profondamente modificato: in esso, infatti, non solo si connette l'*auctoritas* alla *traditio*, ma la stessa viene indicata come rimedio generale contro l'evizione ('*id est actionem pro evictione*')[441]. La rappresentazione che, dunque, si trovano dinnanzi i '*doctores*' medioevali non è che una 'istantanea' molto sfocata del complesso e coerente quadro disciplinatorio elaborato dalla giurisprudenza romana fino al periodo postclassico. Non può, conseguentemente, sorprendere la generalizzazione compiuta nelle glosse sopra riportate e la considerazione unitaria del fenomeno evittivo, che copre le differenze disciplinatorie peculiari dei singoli rimedi sopra esaminati[442].

[441] A meno che, naturalmente, non si ritenga – considerando genuino il testo di D. 21, 2, 76 - di condividere la tesi secondo cui «agli atti ed ai negozi traslativi del *dominium* – quindi non solo all'*emptio venditio* con efficacia obbligatoria, ma anche alla *mancipatio* e alla *traditio rei* con effetti reali immediati – inerisce naturalmente l'*auctoritas, id est actio pro evictione* D. 21, 2, 76 (Venul. 17 *stip*.), allora è ragionevole ritenere che l'evizione, cui fa riferimento PS. 2.17.3, inerisca alla vendita in sé come scambio vicendevole». Così ROMEO, *L'appartenenza*, cit., 154 s.

[442] Né, infine, può sorprendere come taluni degli aspetti più peculiari della disciplina per evizione, come ad esempio l'ipotizzata originaria natura penale dell'*auctoritas* riaffiori anche successivamente alla caduta dell'Impero romano d'Occidente. Nello specifico, nella Legge Salica (XLVII, 2) era specificamente prevista una 'composizione' nel caso in cui il compratore non fosse stato difeso, contro la rivendica avanzata da un terzo, dal proprio venditore, che era, dunque, considerato alla stregua di un «delinquente». Si veda, in particolare, il seguente frammento: *et si quis commonitus fuerit et eum sunnis non tenuerit et ad placitum venire distulerit, tunc ille qui cum eum negotiavit mittat tres testes quomodo ei nunciasset ut ad placitum veniret et alteros tres quod publicae ab eo negociasset. Istud si fecerit, exuit se de latrorinio. Et ille qui non venerit super quem testes juravenunt, ille erit latro illius qui agnoscit, et pretium reddat ille qui cum illo negociavit, et ille secundum Iegem conponat ille qui res suas agnoscit. Ista omnia in illo mallo debent fieri ubi ille est gamallus super quem res illa primitus fuit agnita aut intertiata. Quod si trans Legerem aut Carbonaria mannent cum quibus res illa agnoscitur, LXXX noctis lex ista custodiatur.* Su cui cfr. E. BESTA, *Le obbligazioni nella storia del diritto italiano,* Padova, 1936, 204. Un'approfondita disamina sulle problematiche connesse all'individuazione del modello di vendita nell'epoca medioevale è rinvenibile in G. ASTUTI, *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*. *Parte generale*, I, Milano, 1952, 350 ss.

2. *Un punto di osservazione privilegiato: la codificazione italiana del 1942 e la disciplina della garanzia per evizione.*

Al fine di verificare come le soluzioni elaborate dalla giurisprudenza romana, attraverso il filtro giustinianeo, siano state recepite e abbiano influenzato le codificazioni moderne ed il relativo dibattito dottrinale, un punto di osservazione privilegiato appare essere l'attuale disciplina prevista in materia di garanzia per evizione dal codice civile italiano[443].

[443] Occorre fin da subito precisare come alla base di questo approfondimento non vi sia l'idea di «ricostruire in modo più o meno superficiale "genealogie" di alcuni istituti attuali» – nella specie la garanzia per evizione – «in una visione maldestramente "evoluzionista" del diritto», bensì quella secondo cui «la storia del diritto deve avere anche piena consapevolezza del presente e anzi deve porsi l'obiettivo di contribuire a formare la consapevolezza del moderno giurista europeo per la costruzione del futuro» cfr. L. VACCA, *Cultura giuridica e armonizzazione del diritto europeo*, in *Europa e dir. priv.*, 7 (2004), 65-66. La riflessione dei giuristi romani «tanto più se considerata unitamente all'opera delle molte generazioni di giureconsulti che, a partire dai glossatori, proprio alla medesima hanno fatto capo, costituisce un immenso bacino, al quale è possibile attingere per conoscere come questioni che continuamente si aprono a livello di interpretazione e costruzione normativa … siano state impostate e trattate da chi si è distinto per la costante ricerca della razionalità non disgiunta dall'equità … Ma conoscere il pensiero classico, con gli svolgimenti e le distorsioni di cui è stato protagonista lungo i secoli, spinti da ragioni di convenienza speculativa e pratica, significa anche e soprattutto perpetuare un metodo che contribuisce a mantenere il diritto nell'alveo della scienza, impedendone il declinare verso quello che Luigi Capogrossi Colognesi chiama un «empirismo quotidiano fatto di regole e provvedimenti, dimentico di ogni teoria», verso cioè un sistema amorfo di decisioni legislative e giudiziarie, privo di una logica interna»: L. GAROFALO, *Scienza giuridica, Europa, Stati: una dialettica incessante*, in *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica,* a cura di L. GAROFALO, Padova, 2005, 133 e ss.. E' stato, d'altronde, rilevato come permanga netta «l'esigenza di mettere a frutto la conoscenza storica per fornire al futuro operatore del diritto … strumenti tecnici utili alla comprensione del diritto presente e per agevolare l'individuazione dei meccanismi più idonei alla costruzione del diritto futuro. Ciò finirà per legare il passato al presente e al futuro. Lungo questa via, peraltro, è il fenomeno giuridico ad acquistare una dimensione più alta, grazie al corto circuito fra scienza e storia, "quali termini di un unico processo conoscitivo, dalle caratteristiche proprie", inevitabilmente proiettato alla comprensione e costruzione attuale della giuridicità» cfr. V. MANNINO, *Considerazioni intorno a una presunta pandettistica di ritorno*, in *Europa e dir. priv.*, 8 (2005), 385-386. Deve, quindi, condividersi quella tesi che individua l'essenza dell'approccio storico «nel riconoscimento spassionato del valore e delle peculiarità di ogni epoca. Ciò su cui si deve enfaticamente insistere, tuttavia, è la comprensione della connessione vitale che unisce il passato al presente; poiché senza tale comprensione, non saremmo soltanto incapaci di osservare la forma esterna della nostra condizione giuridica, ma neppure di afferrarne l'intima sostanza. In questo senso, ritengo, il diritto romano può ancora servire come sottostante teoria generale del diritto privato europeo»:

Occorre ricordare che l'art. 1476 del codice civile italiano elenca come obbligazioni principali del venditore quella di consegnare la cosa al compratore, quella di fargli acquistare la proprietà della cosa o il diritto, se l'acquisto non è effetto immediato del contratto, e quella di garantire il compratore dall'evizione e dai vizi della cosa. Negli articoli seguenti troviamo la disciplina particolareggiata di tali obbligazioni: in particolare sono dedicati alla disciplina dell'evizione gli artt. 1483-1488 c.c..

La stessa collocazione sistematica di quest'ultime disposizioni all'interno della disciplina della compravendita, appare valorizzare il ruolo dell'istituto regolato: la garanzia in esame, infatti, costituisce una delle obbligazioni principali del compratore, la sua esclusione pattizia, ai sensi degli artt.1487-1488 c.c., non può esimere, a pena di nullità, il venditore dalla responsabilità per un'evizione derivante da un fatto suo proprio, e, comunque, nonostante tale esclusione, il compratore può lo stesso pretendere dal venditore la restituzione del prezzo pagato ed il rimborso delle spese[444] .

L'estremo interesse che questa disciplina riveste ai nostri fini è data dalla lettura delle conclusioni di uno dei più importanti civilisti italiani, il Gorla, che con la sua opera ha sicuramente influenzato la redazione del vigente codice civile[445]. Secondo tale autorevole Autore, «la garanzia per evizione, ricevuta

---

R. ZIMMERMANN, *Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi*, in *Riv. dir.civ.*, 47 (2001), I, 762-763.

[444] Il venditore risulta esente da tale seconda forma di responsabilità esclusivamente nel caso previsto dall'art. 1488, comma 2, c.c., ovvero nel caso di vendita convenuta a rischio e pericolo del compratore.

[445] L'influsso del pensiero di tale Autore sui redattori del codice civile del 1942 è stato da ultimo autorevolmente messo in luce da: L. VACCA, *La garanzia per evizione e le obbligazioni del venditore nel sistema romano e nel sistema del codice civile italiano,*in *Scintillae Iuris, Studi in memoria di G. Gorla,* Tomo II, Milano, 1994, 1135 ss. (da ultimo in L. VACCA, *Appartenenza e circolazione dei beni. Modelli classici e giustinianei*, Padova, 2006, 259 ss. da qui citato). In particolare «la costruzione teorica di Gorla dava una risposta dommaticamente e storicamente coerente alla maggior parte dei problemi che travagliavano la dottrina del momento, e in molti casi non solo anticipava le soluzioni del legislatore del '42, ma poneva l'accento su alcune implicazioni necessariamente collegate all'idea che anche nel sistema del contratto consensuale ad effetti reali si dovesse configurare un'obbligazione del venditore a «trasferire la proprietà», nel senso di obbligazione di far acquisire il diritto sulla cosa in dipendenza dell'atto di trasferimento compiuto dal venditore. In particolare, il riconoscimento, sancito nel nuovo Codice

senza beneficio d'inventario dal sistema romano e risultato di una ingenua sovrapposizione di due sistemi, se era spiegabile nella vendita romana e nella vendita reale *stricto sensu*, nelle quali non esisteva l'obbligazione di dare la proprietà, appare oggi come un eccesso di tutela per il compratore, una supergaranzia. Può imporsi pertanto il problema di politica legislativa di sopprimere o la garanzia o l'obbligazione di dare la proprietà. Dal punto di vista pratico, dal punto di vista dell'intento delle parti, che concepiscono il diritto come mezzo di tutela del possesso, io sarei per la seconda soluzione, per un ritorno al sistema romano»[446].

Rinviando al capitolo successivo per un approfondimento sul punto, in questa sede ci si può limitare a ricordare come questa opzione dommatica si fondi su un ipotizzato parallelismo tra compravendita, così come normata nel Codice civile del 1865[447], e compravendita romana: entrambe condividerebbero

---

civile, della validità della vendita di cosa altrui, e l'espressa configurazione fra le obbligazioni del venditore di quella di trasferire la proprietà, introducevano esplicitamente la distinzione tra un contratto in cui gli effetti reali discendevano da un atto di trasferimento contestuale all'accordo, e un contratto in cui l'atto di trasferimento poteva essere differito» cfr. VACCA, *La garanzia per evizione e le obbligazioni del venditore nel sistema romano e nel sistema del codice civile italiano,* cit., 272.

[446] G. GORLA, *La compravendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da G. VASSALLI, Torino, 1937, 97. Tali "dubbi" sono stati, in un certo senso, "amplificati" da una parte della dottrina, che non esita a definire l'istituto in esame come un "relitto della tradizione romanistica, trasportato di peso nel diritto moderno": A. DE MARTINI, voce *Evizione,* in *NNDI*, VI, Torino, 1964, 1051. Altra parte della dottrina, non nasconde, invece, come gli interrogativi da sciogliersi riguardo tale istituto siano molteplici. Secondo LUMINOSO (cfr. Id., *La compravendita*, Torino, 1998, 214 e ss.), ad esempio «il primo interrogativo da sciogliere concerne la determinazone della valenza sistematica degli stessi [ovvero degli istituti di garanzia come disciplinati dagli artt. 1478-1497 c.c.] Si tratta, in particolare, di capire se l'avere il legislatore dettato in materia di vendita delle norme specifiche, significhi che con le stesse si è inteso introdurre altrettante deviazioni, o addirittura eccezioni, rispetto ai principi comuni sulla responsabilità per inadempimento, e prima ancora di chiarire se gli istituti corrispondenti possano o no essere ricondotti all'istituto della responsabilità contrattuale. … Giova avvertire immediatamente che dottrina e giurisprudenza sono ben lontane dall'aver raggiunto, con riguardo ai problemi ora ricordati, conclusioni univoche ed appaganti. Tutta la materia è oggetto di continui ripensamenti e riflessioni».

[447] Per una più agevole lettura, si riportano gli articoli del codice civile del 1865, che regolano la materia in esame. Art. 1125: Nei contratti che hanno per oggetto la traslazione della proprietà o di altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmette e si acquista per effetto del consenso legittimamente manifestato, e la cosa rimane a rischio e pericolo dell'acquirente, quantunque non ne sia seguita la tradizione. Art. 1447: La vendita è un contratto, per cui uno si obbliga a dare una

la natura obbligatoria, dovendosi, dunque, distinguere logicamente dall'atto traslativo di adempimento, sia del denaro che della cosa. La possibilità di "spiritualizzare" quest'ultimo atto consentirebbe che lo stesso possa essere posto in essere contestualmente al contratto, nel caso, ad esempio, di vendita di cosa certa già in proprietà del venditore. Si avrebbe, dunque, non fusione dei due atti, ma mera contestualità tra atto obbligatorio – da intendersi quale "negozio obbligatorio sinallagmatico" - e atto traslativo di adempimento, ovvero "l'atto di disposizione di un diritto, sia mediante trasferimento che mediante oneramento, e così nelle due forme di successione, traslativa o costitutiva". Com'è evidente, alla base di questa ricostruzione[448] vi è l'assunto che l'obbligazione nascente dal contratto di compravendita, a carico del venditore, sia quella di *dare* in senso tecnico la proprietà: nascendo, infatti, tale obbligazione dal contratto, esso non può essere anche l'atto traslativo, in quanto sarebbe illogico ritenere che la fonte dell'obbligo adempia all'obbligazione stessa. «Vi potrà essere al massimo la notata contestualità o unità formale dei due atti»[449].

Con l'immediata conseguenza, in punto di responsabilità per evizione, che la relativa garanzia non può che distinguersi dall'obbligazione di dare il diritto: sarebbe errato, infatti, ritenere che essa venga assorbita nell'obbligazione suddetta, in quanto, mentre la prima riguarda la privazione del possesso, ovvero un avvenimento futuro ed incerto, i rimedi contro l'inadempimento della seconda riguardano, invece, la mancata trasmissione del diritto, ovvero un atto a cui è tenuto il venditore. Al fine, dunque, dell'esperibilità di questo rimedio da parte

---

cosa e l'altro a pagarne il prezzo. Art. 1448: La vendita è perfetta fra le parti, e la proprietà si acquista di diritto dal compratore riguardo al venditore, al momento in cui si è convenuto sulla cosa e sul prezzo, quantunque non sia seguita la tradizione della cosa né sia pagato il prezzo. Art. 1462: Il venditore ha due obbligazioni principali, quella di consegnare e quella di garantire la cosa che vende. Art. 1481: La garantia che il venditore deve al compratore ha due oggetti; il primo riguarda il pacifico possesso della cosa venduta; il secondo riguarda i vizi o i difetti occulti della medesima. Art. 1482: Quantunque nel caso di vendita non siasi stipulata la garantia, il venditore è tenuto di diritto a garantire il compratore dall'evizione che lo priva di tutto o di parte della cosa venduta, ed altresì dai pesi che si pretendono gravarla e che non furono dichiarati nel contratto.

[448] Per un approfondimento sul punto si rinvia a GORLA *La compravendita e la permuta*, cit., 6 e ss.

[449] GORLA, *La compravendita e la permuta*, cit., 6

del compratore, risulterebbe del tutto irrilevante che il venditore abbia trasmesso il diritto di proprietà: ciò che conta è che venga fornita la prova della privazione del possesso dovuta all'accertamento di un diritto prevalente da parte di un terzo. Se si esaminano, invece, i presupposti in base ai quali è esperibile l'azione di inadempimento, essi sono costituiti essenzialmente dalla prova della mancata trasmissione del diritto. I due tipi di tutela differiscono ulteriormente sotto due ulteriori profili: la misura dell'indennità conseguibile da parte del compratore, stabilita in misura fissa in caso di esperimento della tutela fornita dalla garanzia per evizione, ancorata per l'*an* ed il *quantum* ad un giudizio di responsabilità, nel caso di inadempimento all'obbligazione di dare; gli effetti che si producono sul sinallagma contrattuale, in quanto l'inadempimento può comportare, a differenza della garanzia, la risoluzione del contratto.

Stante l'asserita non riconducibilità della garanzia per evizione alle sanzioni contro l'inadempimento dell'obbligo di dare e, conseguentemente, come prima ricordato, il suo essere una 'supergaranzia'[450], si deve, dunque, ritenere che l'istituto in esame costituisca una sorta di «relitto della tradizione romanistica» [451], pedissequamente mantenuto nel nostro ordinamento dal Legislatore del 1942?

La risposta a tale interrogativo presuppone che si analizzi più in profondità il tema della 'garanzia', individuando i termini dell'attuale dibattito sull'istituto in esame, anche alla luce delle recenti innovazioni di derivazione europea[452], al fine anche di "tracciare i confini" all'interno dei quali l'analisi stessa deve essere condotta. Confini che, per vero, sembrano tuttora rimanere molto incerti, in quanto «sulla natura della garanzia, in realtà, mancano soluzioni chiare: suggestioni storiche e concettuali concorrono a rendere questo problema uno dei momenti di più incerta comprensione nello studio della vendita»[453].

---

[450] GORLA, *La compravendita e la permuta*, cit., 96.
[451] DE MARTINI, voce *Evizione,* cit., 1051.
[452] Cfr. *infra* § 7.
[453] C. M. BIANCA, *La vendita e la permuta*[2], in *Trattato di di diritto civile italiano* fondato da G.VASSALLI, VII, Torino, 1993, 699.

3. *Garanzia per evizione e disciplina contenuta nel codice civile del 1865: le criticità interpretative della dottrina italiana in merito all'obbligazione di dare e l'evizione quale mera perdita del possesso.*

Com'è evidente dalle brevi notazioni precedenti, il problema della garanzia per evizione risulta strettamente connesso a quello concernente la struttura della compravendita e più specificamente a quello concernente la configurabilità in generale di un'obbligazione del venditore di far avere al compratore la proprietà. Tali tematiche risultano centrali già nell'elaborazione dottrinaria [454] sotto l'imperio del codice civile del 1865: una ricognizione, seppur cursoria, degli stessi appare imprescindibile[455].

Com'è noto il codice civile del 1865 identificava all'art. 1447 il contenuto della prestazione del venditore nell'obbligarsi «a dare una cosa»: il dibattito dottrinale si è subito incentrato sull'analisi di tale obbligazione alla luce del disposto del seguente art. 1448, secondo cui «la proprietà si acquista di diritto dal compratore riguardo al venditore, al momento in cui si è convenuto sulla cosa e sul prezzo, quantunque non sia seguita la tradizione della cosa né sia pagato il prezzo». La dottrina si è divisa sulla funzione di tale obbligazione, al fine di giustificarla alla luce del principio consensualistico[456], che, come ora abbiamo visto, risulta espressamente sancito dal codice. Parte della dottrina[457] ha identificato l'operatività di tale obbligazione nelle situazioni in cui non è possibile l'immediato trasferimento della proprietà del bene venduto. Secondo l'impostazione in commento, «l'obbligazione del venditore di trasferire al

[454] Cfr. D. GALDI, *Contratti di vendita e permuta*, Napoli^2, 1891; G. BOGGIO, *Della evizione negli atti traslativi di diritti e specialmente nella vendita - studio teorico-pratico*, Torino, 1894; E. SALVI, *Teorica dell'evizione nel diritto romano e nel diritto patrio*, Bari, 1903; C. L. GASCA, *Trattato della compra-vendita*, Roma, 1905; E. BENEDETTINI, *Della evizione*, Torino, 1912.

[455] Un'attenta ricognizione della dottrina dell'epoca è stata compiuta, in particolare, da L. CABELLA PISU, *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali,* Milano, 1983, 1 e ss..

[456] Per un approfondimento su tale principio e per i necessari riferimenti bibliografici si rinvia a P.M.VECCHI, *Il principio consensualistico. Radici storiche e realtà applicativa*, Torino, 1999, *passim*.

[457] *Ex pluribus*: E.PACIFICI-MAZZONI*, Il codice civile italiano commentato*[8]*,* a cura di VENZI, XII, *Trattato della vendita*, I, Torino, 1929.

compratore la proprietà della cosa non è stata considerata dal nostro legislatore come elemento essenziale alla esistenza della vendita. … Il trasferire la proprietà è obbligazione diretta del venditore, giusta la nostra legge. Ma ciò non è tutto. La vendita trasferisce essa la proprietà, senza che si aggiunga altro fatto, senza cioè che della cosa venduta debba il venditore fare la tradizione, o il compratore debba o render certa e computabile riguardo ai terzi la data della scrittura privata del suo acquisto, o pagare il prezzo al venditore»[458].

Per quanto riguarda l'obbligazione specifica del venditore, si osserva che «il dare è qui adopeato nello stretto senso tecnico che aveva appresso i Romani, di trasferire cioè la proprietà; l'espressione si obbliga di dare, non vuol già dire che il venditore deve eseguire qualche altro atto per trasferire la proprietà al compratore, mentre, invece, gliela trasferisce col solo consentire nella vendita». Tale espressione può, infine, riferirsi «ai casi in cui la traslazione della proprietà non può compiersi nell'atto stesso della vendita, ed il venditore perciò assume l'obbligo di farla avere al compratore: ciò, quando ne siano obbietto cose determinate, e nella vendita commerciale anche quando ne formi materia cosa altrui»[459]. Alla luce di tale ricostruzione, l'ambito di applicazione della garanzia per evizione risulta ristretto ai casi in cui il compratore venga privato del pacifico godimento del bene acquistato, per fatto del venditore o di terzi[460].

Secondo un'altra impostazione[461], invece, «il verbo dare usato dal legislatore esprime qualcosa di più della semplice consegna, quantunque questa pur si contenga in quello; esprime, cioè, l'atto per il quale una cosa esce dal mio patrimonio per entrare in quello di un altro. Questo passaggio o trasferimento della cosa da una in altra persona è conseguenza diretta ed immediata del consenso manifestato dalle parti, quindi dell'obbligazione sorta tra le medesime in dipendenza del consenso stesso; ond'è che, dopo manifestato il consenso, null'altro resta a fare alle parti perché il voluto trasferimento si compia. L'obbligazione pertanto di dare,…, non può intendersi nel senso che il venditore,

[458] PACIFICI-MAZZONI, *Il codice civile italiano commentato*, cit., 8.
[459] PACIFICI-MAZZONI, *Il codice civile italiano commentato*, cit., 31.
[460] PACIFICI-MAZZONI, *Il codice civile italiano commentato*, cit., 417 e ss.
[461] F. RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*[2], VII, Torino, 1886, 166 e ss.

il quale ha già prestato il suo consenso, abbia ancora a compiere qualche cosa per ispogliarsi del suo dominio e trasferirlo nell'acquirente; ma, ritenendo tale trasferimento come già verificatosi per effetto del solo consenso, le obbligazioni assunte dal venditore sono precisamente quelle che si riferiscono e che dipendono dal trasferimento di dominio, considerato già dalla legge come un fatto giuridico compiuto. Il compratore pertanto … può dire al venditore: adempi l'obbligazione da te assunta come conseguenza di questo trasferimento già verificatosi, e quindi consegnami la cosa alienata e guarentiscimi dalle molestie alle quali a riguardo di essa posso trovarmi esposto» [462].

Le due tesi sopra testualmente richiamate, sono, senza dubbio, paradigmatiche del dibattito dottrinale italiano negli anni immediatamente seguenti l'emanazione del codice del 1865. Pur presentando due diverse interpretazioni del contenuto dell'obbligazione del venditore di dare la proprietà (da intendersi, secondo la prima impostazione, come obbligazione rilevante esclusivamente nei casi in cui il trasferimento della proprietà non può compiersi immediatamente, e, secondo la seconda impostazione, come mera obbligazione di consegna del bene), non differiscono, però, sull'identificazione del contenuto della garanzia in esame, in quanto, anche secondo l'ultima impostazione esaminata, esso si identifica nel garantire al compratore «il pacifico possesso e godimento della cosa venduta»[463].

Il dibattito dottrinario di questo periodo si articola anche su un altro profilo problematico concernente la struttura della compravendita: l'ammissibilità o meno della vendita di cosa altrui. Sebbene, infatti, l'art. 1459 c.c. ne sancisse la nullità, la dottrina, cercando di coniugare tale previsione con quella antitetica presente nell'art. 59 del codice di commercio, giunse dapprima a ritenere tale vendita annullabile[464] ed, infine, ad ammetterne senza limiti la sua convalida[465].

---

[462] RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, cit., 168 e ss.

[463] RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, cit., 282; nello stesso senso E. GIANTURCO, *Istituzioni di diritto civile italiano*, Firenze, 1911, 222.

[464] In questo senso T. CUTURI, *Vendita, cessione e permuta*, Napoli, 1891, 25

[465] E.PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di diritto civile italiano*[5], a cura di G.VENZI, Firenze, 1921, 205, nota 3.

Agli inizi del 1900, la dottrina italiana, sotto l'influenza di quella tedesca, cerca di giungere ad una "sistematizzazione scientifica" della struttura della compravendita: viene a tal fine formalizzata la differenza tra vendita immediatamente traslativa e vendita obbligatoria, ricomprendendo in tale seconda categoria la vendita disciplinata dal codice di commercio[466].

4. *La riflessione dottrinale alla vigilia della Codificazione del 1942: sulla riconducibilità dell'evizione nell'ambito della responsabilità per inadempimento contrattuale.*

Particolare attenzione deve, senza dubbio, essere dedicata ai risultati raggiunti dalla dottrina italiana alla vigilia della codificazione del 1942, in quanto costituiscono le basi su cui si fondano le ricostruzioni della dottrina attuale.

In questo contesto, se da un lato risulta ormai perfettamente elaborata la distinzione tra vendita immediatamente traslativa e vendita meramente obbligatoria, dall'altro residuano ancora molti dubbi sulla generale configurabilità di un'obbligazione del venditore di far avere al compratore la proprietà del bene acquistato. Tale incertezza non può, naturalmente, non riflettersi anche sulla natura e sulla funzione della garanzia per evizione: preso come presupposto generale dalla dottrina maggioritaria che l'evizione si verifichi nel caso in cui vi sia uno spossessamento causato dal mancato acquisto del diritto di proprietà sul bene[467], soltanto la configurazione di un'obbligazione di trasferire la proprietà risulta idonea a sorreggere una ricostruzione della garanzia in esame in chiave di inadempimento contrattuale[468]. Accogliendo tale

[466] Per un quadro globale sulla problematica in esame e per i necessari riferimenti bibliografici, si rinvia a:A.DE GREGORIO, voce *Vendita,* in *NDI,* XII, Torino, 1940, 887 e ss.

[467] In questo senso E. GIANTURCO, *Contratti speciali*, II, *Compravendita*, Napoli, 1905, 247; M. RICCA-BARBERIS, *L'ambito dell'obbligo della garanzia per evizione*, in *Riv. dir. civ*., 7 (1915), 582; GORLA, *La compravendita e la permuta*, cit., 94.

[468] «L'obbligo di garantire dall'evizione è parallelo a quello di consegnare la cosa. Sebbene entrambe queste obbligazioni facciano capo alla medesima obbligazione di dare, tuttavia l'una è diversa dall'altra. … L'evizione è bensì un inadempimento dell'obbligazione di dare, ma non

impostazione, si otterrebbe anche un'ulteriore forma di tutela in favore del compratore che ha subito l'evizione: trovando applicazione la disciplina generale dell'inadempimento contrattuale, avrebbe potuto richiedere anche l'adempimento della sua obbligazione al venditore, sostanziantesi nella liberazione da pesi e diritti altrui[469].

Deve, comunque, riconoscersi come una siffatta configurazione si basi su fondamenta anch'esse tutt'altro che pacifiche: ritenere l'evizione una forma di inadempimento presuppone, infatti, la possibilità di aderire esclusivamente alla teoria che configura l'inadempimento in chiave oggettiva. Ciò in quanto l'irrilevanza della colpa quale presupposto per il sorgere delle azioni di garanzia, non può certamente essere considerato compatibile con un inadempimento inteso anche in via latamente soggettiva[470].

D'altronde, è necessario rilevare come contro la ricostruzione, che riconduce nella categoria dell'inadempimento la garanzia per evizione, si levarono molteplici interventi critici da larga parte della dottrina[471], volti prevalentemente

---

ogni inadempimento di quest'obbligazione si sostanzia in un'evizione. L'inadempimento di questa obbligazione può anche consistere nella mancata consegna della cosa, e se l'evizione è un inadempimento dell'obbligazione di dare, non è un inadempimento dell'obbligazione di consegnare» M. RICCA BARBERIS, *Sulla natura della garanzia per evizione*, Napoli, 1915, 6.

[469] In questo senso: A. DE GREGORIO, *Corso di diritto commerciale,* II, Città di Castello, 1932, 167 e ss.

[470] Non è naturalmente questa la sede per poter tentare anche solo di sfiorare la questione se la responsabilità per l'inadempimento dell'obbligazione debba essere considerata come «immediatamente collegata al momento oggettivo dell'inadempienza» (così G. OSTI, *La revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in OSTI, *Scritti giuridici*, I, Milano, 1973, 167) oppure, viceversa, nel senso che «il debitore risponde» solo «perché in colpa» (cfr. C. M. BIANCA, *La responsabilità*, in *Diritto civile*, V, Milano, 1994, 17). La dottrina sul punto, com'è noto, è, infatti, sterminata. In via meramente orientativa possono ricordarsi le opere di A. TABET, *L'inadempimento contrattuale per stato di necessità*, in *Foro It*., IV, 76 (1951), 199 ss.; M. GIORGIANNI, *L'inadempimento. Corso di diritto civile*, Milano, 1975[3]; G. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, *Il comportamento del debitore*, in *Tratt. dir. civ. e comm*.,diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, 1984; G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore* (artt. 1218 – 1228), in *Comm. cod. civ*., diretto da P. SCHLESINGER, Milano, 1987; A. DI MAJO, *La responsabilità contrattuale*, Torino, 2002. Un'attenta e approfondita disamina dei profili menzionati è stata compiuta, di recente, da F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Napoli, 2011, 594 ss., a cui si rinvia, senza dubbio, anche per i necessari riferimenti bibliografici.

[471] Possono qui soltanto brevemente richiamarsi le molteplici ricostruzioni alternative proposte da altra parte della dottrina al fine di ricostruire la natura della garanzia in esame al di fuori della

a far rilevare come il ritenere la garanzia per evizione uno strumento iscrivibile nella generale tutela contro l'inadempimento, non ne possa assolutamente spiegare le peculiarietà proprie della sua disciplina[472].

5. *La disciplina contenuta nel codice civile del 1942 ed il delinearsi dell'attuale contrasto interpretativo. In particolare sull'approfondimento interpretativo in merito all'aspetto causale della vendita.*

Dalla lettura della disciplina introdotta in materia dal legislatore del 1942, appare chiaro che in essa da un lato vengano recepite integralmente le soluzioni prospettate dalla dottrina prevalente, come, ad esempio, la netta distinzione tra le due *species* vendita immediatamente traslativa e vendita obbligatoria, all'interno dell'ormai definitivamente unificato – con l'eliminazione della distinzione tra vendita commerciale e vendita civile – *genus* della compravendita; dall'altro, per quanto concerne i profili rimasti problematici nel dibattito dottrinale, venga riprodotta quasi integralmente, salvo alcuni miglioramenti nell'esposizione, la disciplina precedente[473]. Un esempio paradigmatico di tale secondo modo di procedere seguito dai compilatori del codice vigente è dato senza dubbio dalla

---

disciplina dell'inadempimento. Base di partenza pressochè comune di tali impostazioni è la negazione dell'esistenza di un obbligo del venditore di far avere la proprietà (si veda tra tutti: L. CARIOTA-FERRARA, *I negozi sul patrimonio altrui,* Padova, 1936, 223 e ss.). Al fine poi di identicare la natura dell'istituto in parola, parte della dottrina pone l'accento sulla mancata realizzazione della vendita sotto il profilo causale (in questo senso: G. STOLFI, *Diritto civile,* IV, Torino, 1934, 209 e ss.), parte della dottrina la ritiene un'assunzione del rischio relativo al mancato soddisfacimento dell'interesse del compratore (cfr. G. P. CHIRONI, *Colpa extracontrattuale,* II, Torino, 1906, 605 e ss.), parte della dottrina la fonda sulla teoria della presupposizione, così come formulata dal Windscheid (cfr. G. PULVIRENTI, *Fondamento, natura e limiti dell'azione redibitoria nel diritto civile e commerciale italiano,* in *Foro it.*, 34 (1909), I, c. 574 e ss.), da altra parte della dottrina, infine, si cerca di ricondurre tale analisi nella teoria della *culpa in contrahendo*, formulata dallo Jhering (cfr. G. P. CHIRONI, *Colpa contrattuale*, Torino, 1897, 114 e ss.). Tuttavia anche queste ricostruzioni alternative hanno prestato il fianco ad una serie di profonde obiezioni per la cui analisi si rinvia senz'altro a: CABELLA PISU, *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali,* cit., 47 e ss.

[472] Per tale critica non si può non rinviare all'approfondita analisi compiuta dal Gorla i cui risultati sono sommariamente richiamati all'inizio di questo Capitolo.

[473] Questo modo di procedere del legislatore del 1942 è stato efficaciemente segnalato da: CABELLA PISU, *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali,* cit., 54 e ss.

disciplina formulata per la garanzia per evizione, sulla cui natura, come si è appena visto, permanevano forti contrasti in dottrina: essa si presenta assolutamente analoga a quella precedente, se si eccettua l'abolizione del collegamento della garanzia in parola al pacifico possesso.

I primi tentativi ricostruttivi, compiuti dalla dottrina subito dopo l'emanazione dell'attuale codice civile, hanno tentato tutti «una ricostruzione unitaria del fenomeno garanzia[474], riconducendolo in prevalenza alla più generale teoria dell'inadempimento contrattuale»[475]. Primo esponente di tale impostazione è il Rubino[476], la cui ricostruzione risulta interamente volta a configurare la garanzia per evizione quale strumento di reazione al fatto, da intendersi in chiave esclusivamente oggettiva, ovvero prescindendosi integralmente dalla valutazione della colpa del venditore, della rottura del sinallagma funzionale: la risoluzione del contratto ex art. 1484 c. c., che per l'Autore costituirebbe il rimedio principale e caratteristico della garanzia in esame, non sarebbe altro che un caso di risoluzione per impossibilità sopravvenuta della prestazione[477].

---

[474] Intendendosi sia la garanzia per evizione che quella per vizi

[475] CABELLA PISU, *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali*, cit., 61.

[476] D. RUBINO, *La compravendita,* nel *Trattato di dir. civ. e comm.* diretto da A. CICU e F. MESSINEO, Milano, rist. 1972, 629 e ss.

[477] Ripercorriamo brevemente le premesse su cui si basa la ricostruzione in parola. In primo luogo, nonostante il preciso dato testuale del codice, viene negata l'esistenza di un'obbligazione autonoma di garantire contro l'evizione, in quanto si ritiene che una maggiore tutela per il compratore possa essere raggiunta attraverso una diversa configurazione dell'obbligazione principale del venditore e la conseguente responsabilità. La suddetta obbligazione viene identificata in quella di far acquistare il diritto di proprietà al compratore: potendo, però, tale obbligazione essere tecnicamente configurabile soltanto nella vendita obbligatoria, è necessario porre l'attenzione, negli altri casi di vendita immediatamente traslativa, alla fase dell'attribuzione patrimoniale, derivandosi da ciò che la corrispettività sarebbe da identificarsi in tale vendita tra due attribuzioni egualmente patrimoniali, ovvero, da un lato il pagamento del prezzo da parte del compratore, dall'altro il trasferimento del diritto, compiuto dal venditore attraverso la prestazione del mero consenso. Da ciò si potrebbe, dunque, dedurre che la garanzia per l'evizione opererebbe come strumento di tutela contro la mancata o inesatta prestazione a cui è tenuto il venditore e non, quindi, come strumento di reazione contro l'inadempimento di un'obbligazione.

Tale ricostruzione, anche autorevolmente sostenuta[478], seppure sia stata oggetto di forti critiche soprattutto per quanto concerne il profilo dell'individuazione della prestazione di trasferire la proprietà del bene venduto[479], suscita un vivo interesse, in quanto si pone «come momento di passaggio, di evoluzione dalla teoria tradizionale della garanzia come reazione ad un inadempimento contrattuale verso una diversa impostazione, tendente a dare oggettivamente risalto all'inattuazione della vendita sotto il profilo causale (della quale l'inadempimento è solo uno dei possibili aspetti)»[480].

---

[478] P. GRECO-G. COTTIMO, *Della vendita*[2]*,* in *Commentario del codice civile* a cura di A. SCIALOJA-G. BRANCA, Bologna-Roma, 1981, 128 e ss.. Sembra necessario, al fine di identificare i punti di contatto con la tesi prospettata dal Rubino, analizzare, seppure per sommi capi, la tesi di tali Autori, che inizia con l'individuazione dei differenti rimedi in caso di inadempimento delle obbligazioni previste dall'art. 1476 a carico del venditore: nel caso di violazione delle prime due obbligazioni, ovvero quella di consegnare il bene e quella di farne acquistare la proprietà, si ha applicazione della disciplina dettata dagli artt. 1453 e ss., nel caso, invece, di violazione della terza obbligazione, ovvero quella di garantire contro l'evizione ed i vizi, si ha applicazione degli artt. 1483 e ss. e 1490 e ss. Una simile differenzaizione, se da un lato dovrebbe risultare utile al fine di sottolineare gli elementi che differenziano la disciplina della garanzia da quella dell'inadempimento, dall'altra, «non dovrebbe tuttavia implicare, per ciò stesso, una contrapposizione della prima alla seconda. …D'altro canto la garanzia, e la responsabiluità, per evizione, prevedendo tra l'altro, sotto determinate condizioni, la risarcibilità dell'intero "interesse positivo", possono considerarsi, alla luce dell'art. 1476 e delle norme che lo seguono, una proiezione dell'inadempimento, da parte del venditore, dell'obbligazione contrattuale di procurare la proprietà della cosa» (GRECO-COTTIMO, *Della vendita,*cit., 130 e ss.). La garanzia per evizione costituisce, dunque, uno dei tre effetti principali del contratto di vendita e l'automatismo del suo operare risulta agevolmente spiegabile se si pensa che concerne fatti anteriori alla stipulazione del contratto stesso. «In essa la responsabilità del venditore, entro determinati limiti, rimane adunque svincolata dall'estremo della colpa;si traduce, sotto questo profilo, in una sorta di responsabilità obiettiva, che ha luogo perché un risultato non si è realizzato, a prescindere da ogni questione di imputabilità al debitore: anche se, neppure sotto questo riflesso, la garanzia, pur rappresentandone una specificazione e in parte una deviazione, non paia contrapporsi alla disciplina dell'inadempimento una volta che si ammetta, .., che questa presenta cospicue connotazioni di obiettività» cfr. GRECO-COTTIMO, *Della vendita,* cit., 13.

[479] Tali critiche sono incisavemente esposte in part. da CABELLA PISU, *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali,* cit., 63 e ss., che si chiede: "perché, ad esempio, costruire un'obbligazione di far avere il diritto su una cosa libera da vincoli …, prestando così il fianco a facili critiche, quando poi, proprio perché avverte l'insufficienza di tale ricostruzione, egli collega il sorgere della garanzia all'inesatta esecuzione di una prestazione contrattuale che non sempre e non necessariamente ha per oggetto quell'obbligazione? E perché insistere sulla natura di sanzione della garanzia, quando finisce con il configurare il rimedio tipico, la risoluzione, come reazione restitutoria all'oggettiva rottura del sinallagma funzionale …?"

[480] CABELLA PISU, *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali*, cit., 64.

Maggiore attenzione a questo profilo, ovvero quello dell'inattuazione della vendita sotto il profilo causale, è stata dedicata da altra parte della dottrina[481], che individua il fondamento della garanzia per evizione in una responsabilità per inattuazione dell'effetto reale[482]. Una simile forma di responsabilità, certamente di tipo contrattuale, differisce dall'inadempimento, in quanto si basa sulla violazione di un dovere di comportamento del venditore e genera un diritto di ottenere un risarcimento in capo all'acquirente, dovuto alla mancata diligenza nell'accertare l'esistenza o la misura della propria legittimazione[483]. La garanzia per evizione, dunque, non costituisce l'oggetto di un'obbligazione propria del venditore, ma, configurando una delle possibili manifestazioni della responsabilità per mancata attuazione dell'effetto reale, un particolare effetto negoziale scaturente dalla circostanza che «normalmente l'intento delle parti non è diretto al nudo acquisto della proprietà, bensì all'acquisto del diritto come strumento per la realizzazione di una specifica utilità, e per una specifica utilizzazione della cosa»[484]. In definitiva, secondo questa impostazione, comportando l'intenzione delle parti una dilatazione della causa propria della compravendita, non ritenendosi sufficiente per il compratore il mero

[481] E. RUSSO, *La responsabilità per inattuazione dell'effetto reale*, Milano, 1965; ID., *Evizione e garanzia*, Milano, 1965;

[482] RUSSO, *La responsabilità per inattuazione dell'effetto reale*, cit., 5, 163, 171 e ss.

[483] RUSSO, *La responsabilità per inattuazione dell'effetto reale,* cit., 208 e ss., 287 e ss. Esaminiamo l'*iter* logico seguito dall'Autore al fine di giungere alle seguenti conclusioni. Il punto di partenza della sua analisi è costituito da un'approfondita disamina del disposto dell'art. 1489 c.c., che viene identificato sia come fonte di un'azione immediata dovuta alla scoperta di un vizio del diritto, sia di un'azione successiva dovuta al verificarsi di un fatto evizionale, scaturente dall'accertamento giudiziale del diritto prevalente del terzo (RUSSO, *La responsabilità per inattuazione dell'effetto reale,* cit., 11 e ss.).Tale articolo, dunque, contiene gli strumenti di reazione contro due differenti «patologie contrattuali», tra loro, però, collegate. La ricostruzione viene allargata dall'Autore anche alla vendita di cosa altrui e, punto che presenta in questa sede l'interesse maggiore, all'evizione, tra le quali sussisterebbe lo stesso rapporto esistente tra le due «patologie contrattuali» sopra identificate: è, allora, possibile trattare congiuntamente questi diversi profili, in quanto costituenti insieme una particolare responsabilità contrattuale del venditore (RUSSO, *La responsabilità per inattuazione dell'effetto reale,* cit., 139 e ss.).

[484] RUSSO, *Evizione e garanzia,* cit., 152.

trasferimento del diritto, la garanzia in esame non costituisce altro che un dovere strumentale di protezione, posto dalla volontà delle parti a carico del venditore[485].

Appare evidente come le interpretazioni dottrinali finora esaminate siano tutte accomunate dal tentativo di ricostruire la garanzia per evizione in chiave marcatamente oggettiva, ovvero come reazione ad un inadempimento del venditore[486].

[485] RUSSO, *Evizione e garanzia,* cit., 159 e ss. L'importanza della ricostruzione elaborata dal Russo ed i suoi rapporti con quella precedente del Rubino (per la quale si rinvia *retro* in questo stesso paragrafo) sono efficaciente messi in luce da altra parte della dottrina, secondo cui «la costruzione di Russo presenta innovazioni assai più profonde ed estese di quella, che potrebbe parere solo terminologica, concretantesi nella sostituzione di un' "inattuazione dell'effetto reale" ad una "irregolarità dell'attribuzione patrimoniale". Infatti la responsabilità per inattuazione dell'effetto reale è presentata come un tipo a sé stante di responsabilità contrattuale, basata su presupposti diversi dalla responsabilità per inadempimento (che in casi particolari può eventualmente concorrere con essa) e tale da riassorbire in sé anche un profilo precontrattuale; non si pone quindi per l'autore un problema di estensibilità o meno dei rimedi contro l'inadempimento al campo della responsabilità per inattuazione dell'effetto reale, ma piuttosto un problema di elaborazione di un sistema di responsabilità contrattuale generalizzabile a tutti i contratti traslativi» (CABELLA PISU, *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali,* cit., 66).

[486] Le tesi sopra esaminate debbono ritenersi soltanto indicative di questo filone interpretativo, non potendosi in questa sede esaminare tutte le diverse *species* appartenenti allo stesso. Non si può, comunque, non ricordare che, nel suo complesso, almeno fino all'elaborazione di Bianca, che si esaminerà tra breve *infra* nel testo, tale tesi risulta essere stata prevalente in dottrina e autorevolmente sostenuta, ad esempio dal De Martini, che, in chiave riassuntiva afferma che la garanzia per evizione non costituisce una forma di «responsabilità per inadempimento, e nemmeno di "garanzia" in senso proprio. Si tratta, invece, di una responsabilità che l'ordinamento giuridico addossa in linea obbiettiva al venditore, in caso di mancata attuazione del contratto di vendita, dipendente dalla sussistenza di vizi del diritto attribuito al compratore, che siano sfociati in un fatto di evizione. … La fattispecie sanzionata dalla "garanzia per evizione" è, adunque, complessa e consta: a) della mancata attribuzione della proprietà, con conseguente difetto di attuazione della causa della vendita (per rottura del sinallagma funzionale); b) di un fatto di affermazione concreta (esercizio o riconoscimento necessitato) del diritto altrui in conseguenza del difetto [sub a)]. … Così la garanzia per evizione, tanto parziale che totale, si pone sullo stesso piano della garanzia per vizi, di cui all'art. 1490, della garanzia per mancanza di qualità di cui all'art.1497, e, dall'altro lato, della risoluzione per inadempimento, per impossibilità sopravvenuta e per eccessiva onerosità, nel quadro di una figura più generale di scioglimento del rapporto per mancata attuazione, imputabile o non imputabile, della causa del negozio». Cfr. DE MARTINI, voce *Evizione,* cit.,1055 e ss.

5.1. *Evizione e responsabilità contrattuale. La tesi di Bianca*

Recentemente, invece, una parte della dottrina ha cercato di utilizzare nella materia *de qua* le conclusioni raggiunte dal Giorgianni in materia di responsabilità contrattuale, proponendo una ricostruzione in chiave soggettiva dell'istituto in esame[487]. Risulta, dunque, utile affrontare l'analisi di tale filone interpretativo, che, senza dubbio, ha il merito di aver introdotto una chiave di lettura sicuramente innovativa dell'istituto in questione, comportando , quanto meno, l'esigenza di una rimeditazione critica dell'intera materia.

L'impostazione in esame, prende le mosse dalla critica dell'orientamento largamente prevalente secondo cui «l'evizione costituirebbe un'ipotesi di inadempimento particolarmente qualificato da un atto di accertamento o di fissazione del diritto del terzo che renderebbe definitiva l'inesecuzione del contratto»[488]. A tal fine da un lato si fa notare come la disciplina normativa tenga distinto l'inadempimento per alienità del bene rispetto all'evizione[489], non essendo, dunque, «consentito ridurre l'elemento caratterizzante dell'evizione alla certezza dell'inadempimento»[490], dall'altro si fa inoltre notare che, se realmente l'evizione rappresentasse tale certezza, allora essa dovrebbe ravvisarsi anche nello stesso accertamento giudiziale dell'inadempimento, ma ciò non è concepibile in quanto tale accertamento «attiene semplicemente alla verifica del fondamento della domanda del compratore mentre secondo la disciplina della vendita l'evizione è uno dei fatti sui quali può o deve essere fondata la domanda del compratore»[491]. Allo stesso modo, secondo l'impostazione in esame, non può neppure essere accolta la ricostruzione che vede nell'evizione la definitiva inesecuzione del contratto: da un lato, infatti, l'inadempimento può rivestire il

[487] Si tratta della tesi sostenuta da BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., 828 e ss.
[488] BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., 833.
[489] Cfr. art. 1479 e 1483 c.c.
[490] BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., 833.
[491] BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., 834. L'Autore fa inoltre notare l'obbligo, a carico del venditore, di risarcire il danno dell'evizione costituisca un'ulteriore dimostrazione del fatto che «l'evizione è il fatto dedotto in giudizio e oggetto di accertamento: ma non consiste essa stessa nell'accertamento giudiziale».

carattere di definitività senza che vi sia stata evizione, dall'altro l'evizione non pregiudica definitivamente la possibilità di un ulteriore adempimento[492].

Al fine di identificare la fattispecie di evizione, si mette in risalto come, alla luce dell'attuale quadro normativo, essa non possa identificarsi né in uno spossessamento del bene né in un'ipotesi di mancato trasferimento del diritto, ma «nell'intervento rivendicativo o espropriativo in senso ampio»[493] del terzo ex art. 1483 c.c. . Tale intervento, non costituendo la vendita un contratto di durata, ma un'operazione traslativa, non rappresenta un inadempimento del venditore di un suo non sussistente obbligo di tutelare il godimento del bene da parte del compratore, ma una violazione del suo impegno traslativo, che provoca l'evizione. Da ciò si può, dunque, ricavare che essendo l'evizione un fatto «distinto ed ulteriore rispetto all'inadempimento», ma causato da tale inadempimento e «che pone un'ulteriore ragione di tutela del compratore, il suo significato deve allora essere riportato semplicemente ad un evento dannoso»[494]. In conclusione, in quanto evento lesivo, l'evizione è fonte del diritto del compratore ad ottenere il risarcimento del danno, quantificabile in base ai criteri generali stabiliti per il danno da risoluzione del contratto, ed escludibile in caso di prova da parte del venditore della mancanza di sua colpa[495]. La disciplina della garanzia per evizione sarebbe, dunque, secondo l'impostazione in esame, semplicemente una forma di responsabilità contrattuale, di cui risultano applicabili i generali criteri di imputazione e di commisurazione[496].

---

[492] Ciò trova una conferma nella disciplina della vendita di cosa altrui: in essa, infatti, «il compratore può impedire al venditore l'ulteriore adempimento appunto mediante la domanda di risoluzione del contratto. Ma questo è un effetto della domanda del compratore e non può quindi costituire fatto di evizione per la considerazione, sopra richiamata, che l'evizione appartiene ai fatti sui quali la domanda è fondata e non un risultato della domanda stessa». BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., 834.

[493] BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., 835.

[494] BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., 837.

[495] Tale esclusione, naturalmente, non fa venir meno il diritto del compratore ad ottenere tutti i rimborsi conseguenti alla risoluzione del contratto, comprensivi anche delle spese sotenute per la stipula del contratto stesso.

[496] Per parte della dottrina anche questa ricostruzione non va esente da critiche in quanto «assomiglia molto, negli obbiettivi e nei mezzi, all'analoga operazione a suo tempo perseguita dal Rubino: "la violazione dell'impegno traslativo" è una versione perfezionata della

5.2. *Evizione e responsabilità pre-contrattuale.*

Le teorie sinora esaminate hanno centrato tutte la loro attenzione sul momento esecutivo della vicenda traslativa, ritenendo che a partire da tale momento si configuri la responsabilità per evizione a carico del compratore. Di contro, un diverso filone interpretativo – a cui non può non farsi riferimento per ragioni di completezza – inaugurato nel periodo immediatamente precedente l'emanazione dell'attuale codice civile con riferimento alla sola fattispecie della vendita di cosa altrui[497] e poi autorevolmente ripreso in epoca più recente[498], non ha mancato di concentrare l'attenzione sul profilo della responsabilità precontrattuale. Si è, in particolare, visto nell'art. 1338 c.c. l'unico fondamento della responsabilità per evizione, che andrebbe intesa come responsabilità a carico del venditore, il quale ha consapevolmente contrattato in una situazione di nullità dovuta all'inesistenza dei presupposti per l'esercizio dei poteri negoziali[499].

"irregolarità dell'attribuzione patrimoniale" e tende a recuperare sul piano metagiuridico quel profilo obbligatorio che Rubino aveva avuto tanta difficoltà a ricostruire sul piano giuridico; ed anche la proposta di Bianca non va esente da critiche sotto questo profilo, perché non chiarisce attraverso quali meccanismi giuridici l'impegnatività sociale diventi impegno (dovere? obbligo?) giuridico. Bianca … nega che la garanzia presenti rilevanti peculiarità rispetto alla garanzia contrattuale, ma per far ciò arriva anche a forzare il dato positivo» cfr. CABELLA PISU, *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali,* cit., 83.

[497] L. MENGONI, *Risolubilità della vendita di cosa altrui e acquisto «a non domino»*, in Riv.dir. comm., 47 (1949), I, 276 e ss.

[498] S. ROMANO, *Vendita. Contratto estimatorio*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da G. GROSSO e F. SANTORO PASSARELLI, V, Milano, 1960, 217 e ss.; G. VISINTINI, *La reticenza nella formazione dei contratti,* Padova 1972, 155 e ss. Si deve, però, segnalare come l'ultima Autrice richiamata abbia fatto propria la tesi in esame con esclusivo riferimento alla garanzia per vizi, non essendosi direttamente occupata di quella per evizione.

[499] ROMANO, *Vendita. Contratto estimatorio*, cit., 217 e ss.

6. *La garanzia per evizione nell'applicazione giurisprudenziale: fondamento e presupposti applicativi.*

Il rapidissimo *excursus* fin qui proposto[500] dimostra come il quadro che si presenta all'interprete sia tuttora fluido. Il problema di fondo per un qualsivoglia tentativo di identificazione della natura della garanzia per evizione è costituito dall'estrema laconicità e neutralità del dato normativo in materia. Occorre, dunque, al fine di meglio inquadrare l'istituto in esame, incentrare l'analisi sulle conclusioni raggiunte in materia dal "formante" giurisprudenziale: in questo modo sarà poi possibile riscontrare la "tenuta" sul piano del diritto applicato dei filoni dottrinali testè esaminati.

Nell'esaminare, seppur brevemente[501], l'applicazione che ha avuto l'istituto della garanzia per evizione nella prassi giurisprudenziale, sembra utile separare fin dall'inizio due distinti profili d'analisi: da un lato i presupposti che danno vita alla fattispecie evizione, dall'altro le conseguenze che da tale evizione discendono in termini di risultati e di tutele ottenibili dal compratore. Si sono separati tali due profili in quanto, mentre per quanto concerne il primo la giurisprudenza si può dire assolutamente costante sin dal periodo immediatamente seguente all'entrata in vigore dell'attuale codice civile, invece uguale monolicità non è riscontrabile nell'analisi del secondo profilo. Riguardo a quest'ultimo si è avuto, anche in questi ultimi anni, una profonda evoluzione, soprattutto per quanto concerne la quantificazione del risarcimento ottenibile dal compratore ed, ancora più a monte, per quanto concerne la titolarità in capo a quest'ultimo di un diritto ad ottenere un vero e proprio risarcimento oppure una semplice restituzione di quanto pagato.

Al fine di svolgere in modo razionale tale analisi, è opportuno iniziare ad esaminare il primo profilo sopra segnalato, ovvero l'identificazione dei

---

[500] Una ricognizione ragionata delle diverse impostazioni ricostruttive proposte dalla dottrina è stata, di recente, posta in essere da P.CORRIAS, *La garanzia in generale*, in *Codice della vendita*, a cura di V. BUONOCORE – A.LUMINOSO, Milano, 2005, 374 ss.

[501] Una disanima dei principi giurisprudenziale nella materia *de qua* è stata, da ultimo, compiuta da V.TAGLIAFERRI, *Vendita, permuta, leasing. Percorsi giurisprudenziali*, Milano, 2010, 44 ss.

presupposti della fattispecie evizionale. In primo luogo non è assolutamente necessario che sia avvenuta la trasmissione del possesso da parte del venditore, in quanto «l'evizione è costruita in funzione dell'attuale funzione della vendita che è quella di attribuire la proprietà, non solo il possesso della cosa»[502]. In secondo luogo è, invece, necessario che l'evizione assuma caratteri di definitività, ovvero che «il diritto trasmesso al compratore venga definitivamente meno o risulti inefficacemente acquistato per incompatibilità col diritto certo del terzo»[503]. In terzo luogo è, infine, necessario che la causa di evizione sia preesistente alla vendita[504].

---

[502] In questo modo Cass., 24 maggio 1966, n. 1328, in *Foro it.,* 65 (1967), I, 64. Uguale principio è riscontrabile sin da una sentenza del 1947 della stessa Suprema Corte: Id., 15 marzo 1947, n. 382, in *Mass. Foro it.*, 1947.

[503] Cass., 7 giugno 2001, n. 7678, in *Giur. It.*,152 (2002), 483. Anche in questo caso si tratta di un presupposto *juris receptum*: la decisione ora citata, infatti, ribadisce un orientamento pacifico (nello stesso senso si veda *ex plurimis:* Cass., 14 luglio 1975, n.2782; Id., 12 febbraio 1968, n. 476). In relazione a tale presupposto sembra utile presentare anche una breve esemplificazione giurisprudenziale di casi in cui si è esclusa, per mancanza di questo presupposto, il verificarsi della fattispecie evizionale. Nella sentenza del 2001, sopra citata, si è escluso che diano luogo ad evizione «i provvedimenti aventi natura cautelare ed, in particolare, il sequestro attuato per fini penali, ancorchè ad istanza di colui che vanti sul bene un diritto incompatibile con quello acquisito dal compratore, poiché tale provvedimento costituisce soltanto pericolo di evizione, destinato a concretarsi solo se sopravvengano definitivi provvedimenti di confisca o di restituzione al terzo offeso dal reato». Sempre in materia *lato sensu* penalistica, conseguenze opposte sono state raggiunte in relazione all'istituto della confisca della cosa compravenduta, a norma dell'art. 240 c.p.: in questo caso, infatti, l'acquisto del bene da parte dello Stato risulta definitivo, travolgendo definitivamente l'acquisto del compratore (in questo senso Cass., 27 gennaio 1998, n. 792, in *Mass. Giur. it.*, 1998). Se, invece, si torna in campo prettamente civilistico, può essere interessante segnalare come, partendo dalla premessa che «l'operatività della garanzia per evizione, in base alle norme di legge, deve essere collegata all'esperimento con successo da parte di un terzo dell'azione di rivendica, e cioè al fatto che il compratore dopo la stipula del contratto di vendita, venga ad essere privato della proprietà del bene acquistato, ad opera di un terzo che, attraverso l'esperimento dell'azione di revindica, provi di essere proprietario in tutto o in parte del bene rivendicato», giunge alla conclusione che «l'esperimento dell'azione di regolamento dei confini, non comportando la risoluzione di un contrasto sui titoli di proprietà ma solo sull'estensione della stessa, non consente di far valere la garanzia per evizione, proprio perché non è avvenuta alcuna perdita del diritto di proprietà dell'acquirente» (Cass., 22 novembre 1999, n. 12947, in *Mass. Giur. it.,* 1999). Uguali conclusioni sono pacificamente raggiunte anche dalla giurisprudenza di merito. Si veda, ad esempio, la recente sentenza del Tribunale di Termini Imerese, 17 febbraio 2003, n. 94 (in *Giur. It.*, 155 (2003), 1384 e ss., con mia nota), che ribadisce la sopra esposta ricostruzione.

[504] Questo requisito, seppure constantemente applicato in giurisprudenza, ha dato vita a diverse questioni problematiche. In primo luogo ci si è chiesti se possa operare la garanzia per evizione

Per quanto concerne, invece, il secondo profilo sopra identificato, ovvero quello che riguarda l'individuazione della natura giuridica dell'istituto in esame, esso si trova dibattuto in giurisprudenza, soprattutto per quanto riguarda l'aspetto delle conseguenze sui rimedi esperibili dal compratore. Al fine di analizzare tali profili, occorre esaminare in che modo la giurisprudenza identifichi il fondamento della garanzia per evizione, potendo, in tal modo, individuarne anche la natura giuridica.

Per quanto riguarda tale profilo, la giurisprudenza, fin dall'entrata in vigore dell'attuale codice civile, ha ritenuto che «la garanzia di cui all'art. 1483 c.c., invero, opera indipendentemente dalla sussistenza della colpa del venditore e, quindi, non è esclusa neppure dalla conoscenza, da parte del compratore, della possibile causa di futura evizione, giacchè gli effetti di tale garanzia conseguono al mero fatto obiettivo della perdita del diritto acquistato, che, facendo venir meno la ragione giustificatrice della controprestazione, altera l'equilibrio del sinallagma funzionale, con la conseguente necessità che vi sia posto rimedio mediante ripristino della situazione economica dell'acquirente qual era prima dell'acquisto»[505].

---

nel caso in cui il compratore perda il diritto acquisito a causa dell'avvenuta usucapione da parte di un terzo: la giurisprudenza è decisamente orientata a negare che possa costituire titolo idoneo a far valere la responsabilità in oggetto (cfr. in questo senso Cass., Sez. Un., 26 gennaio 1995, n.945, in *Mass. Foro it.*, 1995). Soluzioni opposte sono raggiunte dalla giurisprudenza nel caso di immobile oggetto di alienazioni plurime: il venditore che alieni successivamente lo stesso immobile ad un terzo che provveda a trascrivere per primo l'acquisto, risponde comunque verso il primo compratore per evizione, quando questa derivi da un fatto suo proprio (in questo senso Trib. Cagliari, 17 ottobre 1997, in *Riv. Giur. Sarda*, 12 (1997), 447). Ulteriore fattispecie, che ha dato vita ad un netto contrasto giurisprudenziale, è costituita dalla configurabilità, in termini di evizione, dell'intervenuta espropriazione del bene in ossequio di un piano regolatore preesistente alla stipula del contratto di vendita. La giurisprudenza era, fino a poco tempo fa, concorde nell'ammettere che il compratore, nel caso si fosse concretamente verificata l'espropiazione del bene acquistato, in forza del piano regolatore generale preesistente alla vendita, aveva diritto ad ottenere il risarcimeto del danno da evizione (da ultimo Cass., 6 giugno 1997, n.2323, in *Gius. Civ.,* 28 (1978), I, 1350). Recentemente, invece, la Suprema Corte, partendo dalla premessa che le prescrizioni di tale piano regolatore generale, nel caso in cui siano regolarmente approvate e pubblicate, avendo valore di prescrizioni di ordine generale, devono qualificarsi come oneri non apparenti,la cui conoscenza è presunta in assoluto, ha affermato che tale fattispecie non possa configurarsi come evizione (Cass., 19 gennaio 2001, n.793).

[505] Cass., 6 novembre 1986, n. 6491, in *Foro it.*, 113 (1988), I, 245. Nello stesso senso da ultimo Cass., 7 giugno 2000, n. 7718.

Ritenuto, dunque, che la garanzia in esame possa operare anche in caso di evizione incolpevole, occorre, ora, analizzare come la giurisprudenza configuri la responsabilità del venditore in questo caso e quale tipo di "ristoro"[506] venga concesso al compratore. A tal fine sembra opportuno ritornare brevemente all'analisi del disposto dell'art. 1483 c.c.: tale norma, infatti, prevede espressamente che il venditore è tenuto a risarcire il danno, subito dal compratore a causa dell'evizione totale del bene acquistato, a norma dell'art. 1479 c.c., oltre all'obbligo di corrispondergli il valore dei frutti che questi sia tenuto a restituire a colui dal quale è evitto e le spese processuali sopportate. L'ultima disposizione statuisce, invece, che, salvo il disposto dell'articolo 1223 c.c., il venditore è, comunque, tenuto a restituire all'acquirente il prezzo ottenuto, oltre al rimborso degli oneri sopportati da quest'ultimo per la stipula del contratto e delle spese necessarie e utili fatte per la cosa; nel caso, infine, in cui il venditore fosse stato in mala fede, dovrebbe rimborsare anche le spese voluttuarie sostenute dal compratore per migliorare il bene acquistato.

Alla luce di tale dato normativo, risulta assolutamente giustificabile l'impostazione consolidata della giurisprudenza[507], che, mentre ricollega all'evizione incolpevole l'obbligo del venditore di risarcire il danno nei limiti dell'interesse negativo[508], invece nel caso di accertamento del comportamento

[506] Si utilizza questo termine generico, in quanto non è assolutamente pacifica in giurisprudenza l'individuazione dell'obbligazione, che viene posta in capo al venditore, in caso di evizione, oscillandosi tra risarcimento e mera restituzione.

[507] Cass., 16 luglio 2001, n. 9642, in *Giust. civ. Mass*. 2001, 1403: Il compratore evitto ha diritto ad essere risarcito dal venditore dal danno subito sia per la lesione dell'interesse negativo che per la lesione dell'interesse positivo. Nella prima ipotesi, poiché il diritto al risarcimento sorge in conseguenza del mero fatto della perdita del bene acquistato, che, facendo venir meno la ragione giustificatrice della controprestazione, altera l'equilibrio del sinallagma funzionale, occorre porvi rimedio mediante il ripristino della situazione economica dell'acquirente quale era prima dell'acquisto, in tal caso è irrilevante l'eventuale buona fede dell'alienante; nella seconda ipotesi, invece, in caso di lucro cessante, l'acquirente, per ottenere il risarcimento, deve provare non solo il danno subito ma anche la colpa di parte venditrice. Nello stesso senso: Cass., 6 gennaio 1982, n.5, in *Rep. Foro it.,* 1982; Id., 16 maggio 1981, n.3249, in *Rep. Foro it.,* 1981; Id.,10 marzo 1979, n. 1511, in *Rep. Foro it.,* 1979; Id., 18 maggio 1971, n. 1494, in *Rep. Foro it.,* 1971.

[508] Cass., 6 novembre 1986, n. 6491, in *Giust. civ. Mass.,* 1986 «ai sensi dell'art. 1483 cod. civ., la garanzia per evizione - che sanziona l'inadempimento, da parte del venditore, dell'obbligazione di cui all'art. 1476, n. 2, cod. civ. - impone al venditore medesimo di risarcire il danno nei limiti

doloso o colposo[509] dell'alienante pone in capo all'acquirente il diritto al risarcimento integrale del danno, comprensivo del lucro cessante, rappresentato dalla differenza tra il valore della cosa al momento del contratto ed il maggior valore della medesima al momento dell'evizione[510]. Maggiori problematiche risultano, invece, connesse all'identificazione dei precisi parametri commisurativi dell'interesse negativo, del titolo in base al quale debba essere corrisposta la corrispondente somma al compratore[511].

Dalla breve analisi condotta della giurisprudenza, sembra, quindi, ricavabile un primo dato, che può costituire un utile "spunto" per l'analisi da compiere: da una giurisprudenza ormai pacifica, nella garanzia per evizione viene visto,

---

del cosiddetto interesse negativo (costituito dalla restituzione del prezzo e dal rimborso delle spese della vendita), tranne che si accerti aver l'alienante agito con dolo o colpa, nel qual caso l'acquirente ha invece diritto al risarcimento integrale del danno, comprensivo anche del lucro cessante»

[509] La colpa e, quindi, *amplius* il dolo, risultano, comunque, esclusi nel caso in cui il venditore abbia informato il compratore dell'esistenza di una controversia circa la proprietà del bene venduto. In questo senso: Cass., 6 gennaio 1982, n.5, *cit.*

[510]Cass., 5 aprile 1989, in *Giust. civ*., 38 (1989), I,1557:« Nel caso in cui il compratore chieda la risoluzione di un contratto di vendita di quota sociale per inadempimento del venditore e la condanna del predetto al risarcimento del danno, questo, individuato nella differenza tra il valore commerciale della quota sociale ed il prezzo convenuto (nella specie non corrisposto), deve essere determinato con riferimento al momento in cui il compratore ha proposto la domanda di risoluzione, perché in detto momento egli, rinunciando a richiedere l'adempimento del venditore, rende definitivo l'inadempimento di quest'ultimo».

[511] Cass., 18 giugno 1980, n. 3884, in *Giust. civ. Mass*.,1980: «In materia di evizione totale la restituzione del prezzo e il rimborso delle spese fatte per il contratto, di cui agli 1483 e 1479 comma 2 c.c., sono debiti di valuta, insuscettibili di rivalutazione, in quanto tali rimborsi non escludono l'ulteriore risarcimento del danno quando nel comportamento dell'alienante si riscontrino effettivamente gli estremi della colpa, la quale, secondo i principi generali delle obbligazioni, si presume fino a prova contraria». Cass., 13 febbraio 1988, n. 1557, in *Giust. civ. Mass.*, 1988: «Nell'ipotesi di inadempimento del venditore il quale abbia in parte ricevuto il prezzo, il danno emergente è rappresentato non dal valore del bene che non è entrato nel patrimonio dell'acquirente, ma dalla parte del prezzo versata dall'acquirente alla controparte in conseguenza della vendita. Nella stessa ipotesi il mancato guadagno è invece rappresentato dalla differenza tra il valore dell'immobile al momento in cui sarebbe entrato nel patrimonio dell'acquirente, se il contratto fosse stato adempiuto, ed il prezzo pattuito che sarebbe stato pagato dall'acquirente stesso e tale momento si identifica con quello dell'avvenuta restituzione dell'acconto versato (non già con quello in cui l'inadempimento del venditore è divenuto definitivo, rilevante nel diverso caso in cui il compratore non abbia versato, nemmeno in parte, il prezzo).

indipendemente dal singolo fatto evizionale, uno strumento idoneo al ripristino del sinallagma funzionale.

7. *La nuova disciplina della vendita di beni di consumo: un nuovo tassello nell'elaborazione della nozione di responsabilità in materia di compravendita.*

Al dibattito dottrinario e giurisprudenziale, sinora solamente tratteggiato, è stato dato nuovo impulso, da ultimo, con il recepimento della Direttiva comunitaria 1999/44, attuato con il d.lgs. 24/2002, che ha inserito, all'interno del Codice civile, gli articoli che vanno dal 1519 *bis* al 1519 *nonies*[512]. Tale novella, infatti, «da tutti invocata come occasione per "razionalizzare" la disciplina della garanzia nella vendita e tentare di ricomporre le contraddizioni palesatesi negli orientamenti dottrinali e nelle "fughe" della giurisprudenza, è parsa invece restituire nuovo vigore … all'antico e mai sopito dilemma tra *garanzia* e *responsabilità (da inadempimento) contrattuale*»[513]. Il Legislatore è, poi, nuovamente tornato sulla materia *de qua*: le disposizioni aggiunte negli articoli sopra menzionati del Codice Civile sono state trasposte nel Codice del Consumo[514], contenuto nel Decreto Legislativo 6 settembre 2005, n. 206.

Proprio quest'ultimo profilo impone che si ponga al centro dell'analisi che segue anche tale precipua materia, che, in prima approssimazione, sembrerebbe, invece, estranea all'oggetto dell'analisi stessa. Per vero, un elemento milita in

[512] Le suddette disposizioni si trovavano raccolte sotto un unico titolo: "della vendita dei beni di consumo". Quest'ultimo è stato collocato di seguito alle norme relative alla garanzia per vizi o mancanza di qualità delle cose vendute: come, però, è stato, anche, di recente, osservato, è mancata «la più modesta, indispensabile opera di coordinamento almeno tra le nuove regole di fonte comunitaria e quelle sopravvissute, del diritto interno riferibili alla stessa vendita di cose mobili o agli altri contratti cui la nuova disciplina si applica». R. ALESSI, *L'attuazione della direttiva nel diritto italiano: il dibattito e la sua impasse*, in *La vendita di beni di consumo*, a cura di R. ALESSI, Milano, 2005, 4.

[513] Alessi, *L'attuazione*, cit., 5.

[514] Su questo «iter abbastanza singolare», cfr. in particolare S. PATTI, *La vendita di beni di consumo*, in *Obbl. e Contr*., 4 (2008), 680 ss.; ID., *Metodo e tendenze del diritto civile in Europa*, in *Scienza giuridica e prassi. Convegno Aristec. Palermo 26-28 novembre 2009*, a cura di L. VACCA, Napoli, 2011, 341 ss. Al fine di una più semplice comprensione, si è ritenuto preferibile riportare nel testo la duplice numerazione (Codice Civile e Codice del Consumo).

questo senso: non si è mancato, infatti, di ritenere che la nozione di «difetto di conformità» su cui ruota l' art. 1519 *ter* c.c.(art. 130 Codice del Consumo) possa contenere anche i cosiddetti «vizi giuridici» o «irregolarità giuridiche» del bene, tra cui spicca sicuramente l'altruità della cosa consegnata al consumatore[515].

Alla base delle diverse ricostruzioni proposte dalla dottrina, che, come visto, oscillano tra i due "poli" della garanzia e della responsabilità, vi è senza dubbio il disposto del 1 comma dell'art. 1519 *ter* c.c. (art. 130 Codice del Consumo), nella parte in cui statuisce che «il venditore deve consegnare al consumatore beni conformi al contratto»[516]. Da parte di alcuni Autori[517], infatti, attraverso una

[515] In questo senso P. M. VECCHI, *Commento al comma 1 art.1519-ter (Conformità al contratto)*, in *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, a cura di L. GAROFALO-V. MANNINO-E. MOSCATI-P. M. VECCHI, Padova, 2003, 161 ss. A favore di questa ricostruzione, si osserva, in via preliminare, come essa recepisca «uno degli intenti del legislatore comunitario», ovvero quello di «semplificare la disciplina delle garanzie nei contratti con i consumatore», attraverso il «superamento della distinzione tra responsabilità per i difetti materiali e quella per la sussistenza di diritti e pretese altrui, come del resto confermato dal modo in cui la direttiva è stata attuata in Austria e in Germania». Si osserva, poi, come, accogliendo quest'interpretazione, «diviene irrilevante anche un'ulteriore questione, che nei diritti nazionali sovente pone difficoltà, vale a dire quella della qualificazione nel senso di vizio giuridico o di irregolarità giuridica della non rispondenza della cosa venduta a criteri normativi imperativi».Da ultimo, quindi, si dovrebbe ritenere che «la conformità al contratto si mostra così aver riguardo ad ogni caratteristica fisica, economica o giuridica della cosa venduta, come generalmente viene affermato dai commentatori della nuova disciplina tedesca, e come accadeva già nel diritto prussiano e nel vecchio diritto austriaco». Nello stesso senso, ma in via dubitativa, cfr. A. ZACCARIA-G. DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, Padova, 2002, 40, in cui si osserva, in particolare, come «l'esclusione dei vizi giuridici in senso stretto dal concetto di difetto di conformità non può, comunque, non lasciare perplessi, per due ordini di ragioni. In primo luogo, si finisce per trovarsi in presenza di un impianto normativo, sotto il profilo sistematico, assurdamento spezzato in due: da una parte la garanzia per evizione, dall'altra, per quanto concerne le caratteristiche materiali del bene, in luogo della garanzia per vizi e mancanza di qualità, una obbligazione di consegnare beni conformi al contratto. In secondo luogo, vi sono casi in cui la presenza anche soltanto di un vizio giuridico apparirebbe pienamente idonea a far cadere la presunzione di conformità di cui al co. 2°». *Contra* A. LUMINOSO, *La compravendita*, Torino, 2003, 115 ss.

[516] Per un approfondimento sul principio della conformità al contratto di vendita si rinvia, in particolare, a S. PATTI, *La vendita dei beni di consumo, la conformità al contratto di vendita stabilito all'art. 129, commi 1° e 2°, del del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206*, in *Nuove Leggi Civ. Comm*., 29 (2006), 362 ss.; ID., *Sul superamento della distinzione tra vizi e aliud pro alio datum nella direttiva 1999/44/CE*, in *Riv. dir. civ.*, II, 48 (2002), 623 ss.

[517] G. AMADIO, *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, in *Riv. dir. civ*., 47 (2001), I, 863 e ss.; G. DE CRISTOFARO, *La nuova disciplina codicistica dei contratti per la fornitura di beni mobili conclusi da consumatori con professionisti (Prima parte)*, in *Studium iuris*, 8 (2002), 1174 e ss.

valorizzazione del suddetto inciso normativo, si è configurata una "obbligazione di conformità", gravante sul venditore, al cui inadempimento è connessa l'esperibilità dei rimedi apprestati dalla Novella legislativa[518].

Più nello specifico tale impostazione prende le mosse dalla considerazione che esiste nella disciplina della vendita un "nodo teorico", che impedisce la razionalizzazione del regime della garanzia. Esso è individuato nell'integrale «inconciliabilità tra il dogma del consenso traslativo e la costruzione delle situazioni giuridiche soggettive gravanti sul venditore (in ordine alle qualità e vizi delle cose) in termini di condotta obbligatoria»[519]. La posizione del venditore, dunque, in qualunque modo essa venga configurata, alla luce del quadro normativo ante Direttiva 1999/44, si esaurirebbe nel momento in cui si perfeziona il trasferimento. Al contrario, tale Direttiva «sembra porre a carico del venditore *un'obbligazione* avente a oggetto esattamente il modo d'essere del bene compravenduto»[520]. Da questa «piccola (ma copernicana) rivoluzione», da un lato, risulterebbe ampliato il contenuto della prestazione traslativa, in quanto comprendente anche il «modo d'essere della cosa», dall'altro dovrebbe diversamente qualificarsi il «mezzo tecnico della sua realizzazione», in quanto, abbandonato lo schema della garanzia, sarebbe «ricondotto al piano della prestazione dovuta, e dunque dell'obbligazione in senso tecnico». In tale ottica

[518] I rimedi, di cui può giovarsi il consumatore, in caso di difetto di conformità del bene, previsti dall'art. 1519 *quater* c.c. (ora art. 130 comma 3 e ss. Codice del Consumo) sono: la riparazione del bene, la sua sostituzione, la riduzione adeguata del prezzo e la risoluzione del contratto. Per quanto attiene i primi due rimedi, è rimessa al compratore la scelta dell'uno o dell'altro con il solo limite che «il rimedio richiesto sia oggettivamente impossibile o eccessivamente oneroso rispetto all'altro». Soltanto nei casi in cui nessuno di tali rimedi sia possibile o il venditore non vi abbia provveduto «entro un congruo termine», il compratore è legittimato a richiedere la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto. Quest'ultimo rimedio, risulta, però, precluso al consumatore nel caso in cui il difetto di conformità sia «di lieve entità». Per un'analisi più specifica di questi profili cfr. L. GAROFALO, *L'attuazione della direttiva 1999/44/CE in Italia*, in *Strutture e forme di tutela contrattuali*, a cura di V. MANNINO, Padova, 2004, 193 e ss.; E. MOSCATI, *Art. 1519-quater (diritti del consumatore). Commi 1-6*, in *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, a cura di L. GAROFALO - V. MANNINO - E. MOSCATI - P. M. VECCHI, Padova, 2003, 286 e ss.; L. GAROFALO, *Art. 1519-quater (diritti del consumatore). Commi 7-10*, in *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, a cura di L. GAROFALO - V. MANNINO - E. MOSCATI - P. M. VECCHI, Padova, 2003, 353 e ss.

[519] AMADIO, *Difetto*, cit., 879.

[520] AMADIO, *Difetto*, cit., 880.

sarebbero pienamente giustificabili talune previsioni codicistiche, come l'irrilevanza della colpa al fine dell'esperimento delle azioni edilizie. Tale "incongruenza" troverebbe la propria chiarificazione nella natura del rimedio: «in quanto azione di adempimento, la pretesa alla regolarizzazione è misura di tutela satisfattoria che prescinde, ovviamente, dalla colpa del debitore, essendo questi tenuto in ogni caso ad adempiere "per il solo fatto che la prestazione è oggettivamente possibile"»[521].

Questa ricostruzione troverebbe un'ulteriore e decisiva conferma, spostandosi sul piano "rimediale"[522]: l'aver attribuito, infatti, al compratore il diritto alla riparazione o alla sostituzione del bene, inteso quale pretesa alla realizzazione dell'originario interesse dedotto in contratto, «sembra cancellare "con un tratto di penna" l'affermata incompatibilità logica tra responsabilità del venditore in ordine al modo d'essere del bene e prestazione coercibile»[523].

7.1. *La tesi di Nicolussi: la garanzia quale assunzione di un 'rischio'.*

Esaminando, invece, l'opposto orientamento – volto alla riconduzione della materia *de qua* alla categoria della garanzia – esso prende ugualmente le mosse dalla nozione di "conformità al contratto", che, però, viene declinata in modo esattamente contrario, sulla base di una serrata critica dell'orientamento precedente.

---

[521] AMADIO, *Difetto*, cit., 881.

[522] In realtà «se ci si libera per un'istante dalle suggestioni del discorso dogmatico, la genesi del problema qualificatorio, incentrato sulla (vana) ricerca dello schema dell'obbligazione, facilmente disvela la propria matrice culturale: si tratta, in larga misura, della *forma mentis* tipica del *civil lawyer*, legato all'esigenza di simmetria costruttiva che impone, già sul piano metodico, l'instaurazione di una costante corrispondenza tra figure di qualificazione normativa del comportamento e tecniche volte alla loro realizzazione. Ciò fa sì che l'istanza di tutela civile resti imprigionata dall'esigenza di ascrivere a diritto soggettivo ogni posizione o pretesa che aspiri ad essere tutelata davanti ai giudici»; e rende difficile, se non impossibile, una prospettiva di indagine che si limiti alla (o, comunque, muova dalla) considerazione dei rimedi, e alla ricostruzione "in concreto" del grado di tutela assicurato all'interesse in gioco». AMADIO, *Difetto*, cit., 883.

[523] AMADIO, *Difetto*, cit., 883.

In primo luogo, si osserva come appaia contraddittorio richiamare la responsabilità da inadempimento, senza, conseguentemente, applicarne la relativa disciplina: si finirebbe, quindi, per «ridurre la questione a una meramente nominalistica», creando una «responsabilità da inadempimento, ma senza l'inadempimento» e, quindi, una «responsabilità senza responsabilità», in quanto, essendo la conseguenza propria di quest'ultima il risarcimento, tale strumento, invece, non risulterebbe contemplato tra quelli predisposti dalla Direttiva in esame[524].

In secondo luogo, l'impostazione criticata finirebbe per riesumare il «mostriciattolo» potheriano della «obbligazione di far avere la cosa utilmente»: l'inconsistenza logica della quale, nel caso della vendita di cose individuate, sarebbe stata dimostrata dalla dottrina «fin dal diritto romano»[525]. In particolare viene richiamato il noto passo di Ulpiano – D. 21, 2, 31[526] – nella parte in cui sarebbe impossibile dedurre in obbligazione di consegnare un cavallo sano, quando lo stesso è, invece, malato: in altre parole, «il concetto di obbligazione implica la possibilità di tenere il comportamento dedotto in essa come mezzo per realizzare il risultato in grado di soddisfare l'interesse del creditore»[527]. In caso contrario, ovvero quando una parte si obbliga a prescindere dal fatto che l'oggetto dell'obbligazione sia possibile o meno, «non assume una vera e propria obbligazione, ma una garanzia», costituente un vizio «che accolla il rischio di eventi in base a una qualifica o a uno stato di cose senza il medio di un dovere possibile»[528].

---

[524] A. NICOLUSSI, *Difetto di conformità e garanzie in forma specifica, in La vendita di beni di consumo*, a cura di R. ALESSI, Milano, 2005, 79.

[525] Nicolussi, *Difetto*, cit., 79.

[526] D. 21, 2, 31 (Ulp. 42 *ad Sab.*): *Si ita quis stipulanti spondeat " sanum esse, furem non esse, vispellionem non esse" et cetera, inutilis stipulatio quibusdam videtur, quia si quis est in hac causa, impossibile est quod promittitur, si non est, frustra est. sed ego puto verius hanc stipulationem " furem non esse, vispellionem non esse, sanum esse" utilem esse: hoc enim continere, quod interest horum quid esse vel horum quid non esse. sed et si cui horum fuerit adiectum " praestari", multo magis valere stipulationem: alioquin stipulatio quae ab aedilibus proponitur inutilis erit, quod utique nemo sanus probabit*.

[527] NICOLUSSI, *Difetto*, cit., 80.

[528] NICOLUSSI, *Difetto*, cit., 82.

Per quanto riguarda, nello specifico, il contenuto della garanzia, esso non andrebbe ricostruito avendo come modello la garanzia edilizia – ed rimedi ad essa connessa –, ma ben potrebbe essere arricchito, «accollando al venditore i costi di riparazione e di sostituzione in alternativa alla restituzione risolutoria e alla riduzione del prezzo» in quanto «la garanzia, quale struttura neutra relativamente agli effetti, non implica necessariamente un effetto restitutorio»[529].

7.2. *La prospettiva 'rimediale'.*

Proprio sul fronte della compatibilità del rimedio ripristinatorio con il modello della garanzia, sono stati sollevate alcune obiezioni da altra parte della dottrina[530].

Secondo tale impostazione, infatti, scopo della garanzia non è quello di ottenere l'esatta esecuzione della prestazione dedotta in contratto, ma quello di «riequilibrare, nei limiti del possibile, i termini dello scambio», dovendosi, dunque, ritenere «fuori dalla garanzia sia i rimedi di tipo satisfattivo, come quelli aventi carattere risarcitorio»[531]. La scelta del principio della conformità al contratto – e dei relativi rimedi garantiti al consumatore – sembrerebbe, quindi, segnalare «la prevalenza di un approccio tendenzialmente contrattuale e negoziale», abbandonando definitivamente l'«approccio per c.d. oggettuale proprio del concetto romanistico di "vizio"»: dovrebbe, dunque, ritenersi il diritto al ripristino di un bene conforme non abbia funzione riparatoria, ma «attuativa di una promessa e quindi del contratto»[532]. Il diritto al ripristino costituirebbe, quindi, quell'«onda lunga» di quanto pattuito dalle parti, che è in grado di superare i limiti posti dalla nozione di obbligazione di «derivazione romanistica», limiti che si estrinsecano nella secca alternativa tra riduzione del prezzo e restituzione. Tale innovazione sarebbe, del resto, pienamente coerente

[529] NICOLUSSI, *Difetto*, cit., 91.
[530] A. DI MAJO, *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo*, in *Europa e dir. priv*., I, 5 (2002), 1 e ss.
[531] DI MAJO, *Garanzia*, cit., 3.
[532] DI MAJO, *Garanzia*, cit., 19.

con l'evoluzione, che ha caratterizzato i sistemi di civil law, tendente a superare «il limite romanistico della ricomposizione (solo) pecuniaria», attraverso un'applicazione generalizzata del principio dell'adempimento in natura[533].

Di contro si è, però, di recente osservato come la ricostruzione in termini di responsabilità contrattuale dell'istituto in analisi presuppone che il venditore sia gravato da un'obbligazione «di verifica e di eventuale ripristino della conformità dei beni commerciati»: soltanto attraverso tale strumento, infatti, sarebbe possibile garantire la necessaria simmetria tra oggetto dell'obbligazione inattuata – ovvero quella di fornire beni conformi al contratto – e contenuto dell'azione di adempimento. Ma la volontà di gravare di tale obbligazione il venditore non risulterebbe né dall'atto comunitario né da quello di attuazione del legislatore italiano, in quanto verrebbe a gravarsi ogni singolo venditore dell'obbligo di porre in essere una costante e continuativa opera di controllo sul singolo bene venduto, volta ad appurare la sua concreta conformità al contratto[534].

Sarebbero, dunque, in primo luogo, ragioni di efficienza del mercato[535], che imporrebbero di non ricondurre la materia in esame nella categoria della responsabilità contrattuale. A queste, per vero, si aggiungerebbero altre due fondamentali obiezioni: da un lato, la previsione legislativa di un termine biennale di durata della garanzia stride con la configurabilità in capo al venditore di un obbligo di condotta volto alla conformità del bene venduto, in quanto tale conformità sembra essere sottratta «alla sfera di dominio e di intervento preventivo del venditore»; dall'altro lato, dal dato normativo sembrerebbe essere escluso qualsivoglia limite alla responsabilità del venditore, configurandosi una «responsabilità assoluta», sganciata «dal limite invalicabile dell'impossibilità della prestazione, cui invece non è assoggettata la garanzia»[536]. Di nuovo, dunque, il dato testuale e le finalità perseguite dal legislatore comunitario militerebbero per la necessità di continuare sulla strada della garanzia e non

[533] Di MAJO, *Garanzia*, cit., 19.
[534] S. MAZZAMUTO, *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo*, in *Europa e dir. priv*., 7 (2004), 1103.
[535] Per un'analisi delle quali cfr. MAZZAMUTO, *Equivoci*, cit., 1106 e ss.
[536] MAZZAMUTO, *Equivoci*, cit., 1108-1109.

dell'inadempimento: tale strada, però, costituirebbe, in realtà, un "vicolo cieco", in quanto la vera prospettiva «entro cui si è mosso il legislatore comunitario», che «risulta inequivocabilmente da vari "segni" presenti nella direttiva 1999/44/CE», è quella di configurare in capo al venditore un'unica obbligazione «comprensiva della prestazione di consegna del bene venduto e di garantire la conformità di quest'ultima al contratto»[537].

In primo luogo militerebbe in tal senso l'art. 2 par.1 della suddetta direttiva – sostanzialmente riportato nel nostro art. 1519 –*ter* comma 1 c.c. (art. 130 comma 1 Codice del Consumo) -, secondo cui «il venditore deve consegnare al consumatore beni conformi al contratto di vendita». In secondo luogo, espresso riferimento alla necessità che il bene di consumo sia conforme al contratto, è rinvenibile nel sesto e nel settimo considerando della medesima direttiva, quale scopo dell'armonizzazione delle discipline proprie dei singoli Paesi europei. In terzo luogo, un espresso riferimento alla qualificazione in termini di inadempimento per la mancata prestazione di un bene conforme al contratto è presente in varie disposizioni normative: in particolare, si pone attenzione, oltre al già ricordato art. 1519–*ter* comma 1 c.c. (art. 130 comma 1 Codice del Consumo), sul disposto dell'art. 1519-*sexies* (art. 132 comma 1 Codice del Consumo), nel quale si afferma in «modo altrettanto inequivocabile» che «il venditore è responsabile», in base al disposto dell'art. 1519-*quater* (art. 130 Codice del Consumo), «per il difetto di conformità al contratto manifestato dal bene di consumo acquistato»[538].

8. *Il nodo dommatico della 'garanzia'.*

Come si è cercato brevemente di mettere in evidenza, il dibattito dottrinario intorno al tema della qualificazione dommatica della garanzia connessa alla

[537] V. MANNINO, *Le tutele per le anomalie del bene venduto fra antico e postmoderno, in La vendita di beni di consumo*, a cura di R. ALESSI, Milano, 2005, 199.
[538] MANNINO, *Le tutele*, cit., 200.

compravendita – oscillando tra i due opposti della garanzia in senso tecnico e della responsabilità da inadempimento – è, dunque, tutt'altro che sopito[539].

Una diversa chiave di lettura di tale dibattito, a mio avviso, può essere fornita richiamando le conclusioni raggiunte dalla giurisprudenza romana nella materia *de qua*, non foss'altro che per i continui riferimenti – spesso tra loro contraddittori - che alla stessa vengono compiuti, da ultimo, dagli attuali commentatori della Direttiva comunitaria 99/44[540].

Come visto, infatti, , dall'analisi delle fonti romane, sembra, invece, potersi far emergere «un riflessione giurisprudenziale che, superato il regime delle specifiche garanzie, utilizza ancora una volta la duttilità del giudizio di buona fede», per formalizzare dei principi, che «risultano forse più "semplici, ma in definitiva più coerenti, più "moderni", e soprattutto più duttili per la valutazione della "gravità" dell'inadempimento nei singoli casi e per la determinazione delle conseguenze di esso in base alla "riprovevolezza" della condotta del debitore,

---

539 Un mero indice quantitativo della centralità del tema è dato, senza dubbio, anche dal numero di contributi, che ad ormai nove anni dal recepimento della Direttiva, continuano a "scandagliare" l'argomento. Tra i più recenti cfr., in via esemplificativa: E. BARCELLONA, *Le tutele dell'acquirente nella vendita di beni di consumo tra responsabilità, garanzia ed esatto adempimento*, in Contr. Impr., 2009, 171 ss.; A. FERRARIO-P. MARIOTTI, *La tutela dell'acquirente di beni immobili, mobili e di consumo : questioni processuali*, Milano, 2009; M.P. MANTOVANI, *La vendita dei beni di consumo*, Napoli, 2009; D. E. CUTUGNO, *La tutela dell'acquirente di beni immobili, mobili e di consumo : percorsi giurisprudenziali*, Milano, 2009; G. CAPILTI, *La direttiva sulla vendita dei beni di consumo al vaglio della Corte di giustizia*, in *Contratti*, 2008, 734 ss.; M. RABITTI, *Garanzie convenzionali nella vendita dei beni di consumo tra promessa al pubblico e repole di formazione del contratto*, in *Contr. Impr.*, 2008, 945 ss.; A. SCARPA, *La vendita dei beni di consumo: la conformità al contratto e i diritti del consumatore tra codice del consumo e codice civile*, in *Giurisprudenza di merito*, 2008, 3038 ss.; S. PATTI, *La vendita di beni di consumo,* in *Obbligazioni e contratti*, 4 (2008), 680 ss. Un richiamo a parte merita, senza dubbio, l'approfondita e recentissima disanima condotta da F.PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale,* Napoli, 2011, 245 ss., a cui si rinvia sin d'ora anche per i ncessari approfondimenti bibliografici sul tema.

540 In quest'ottica, quindi, non dovrebbe risultare "peregrina" una «riflessione stratigrafica di cui non può non essere attore anche il giurista dotato di specifiche conoscenze storiche» alla luce di una «dogmatica giuridica, intesa come scienza del diritto, che non rinunci a nessuna delle sue radici, riaffermandone anche nella specie – al di là dei confini disciplinari divenuti ormai canonici – il ruolo decisivo nell'organizzazione coerente e razionale del dato normativo: due connotazioni che , più in generale, sono essenziali – è opportuno sottolinearlo – per dare scientificità allo studio della fenomenologia giuridica, rendendolo riconoscibile e, quindi, controllabile». MANNINO, *Le tutele*, cit., 178.

delle norme del nostro codice», che, quindi, sembrano determinate da «un fraintendimento delle soluzioni dei giuristi romani, o almeno da un appiattimento di queste soluzioni in un sistema che ne tradisce la logica»[541]

[541] VACCA, *Risoluzione e sinallagma contrattuale nella giurisprudenza romana dell'età classica*, cit., 413.

CAPITOLO SETTIMO

LA GARANZIA PER EVIZIONE TRA 'GARANZIA' E 'RESPONSABILITA''

SOMMARIO: 1. I due principali modelli moderni di lettura della garanzia per evizione: "garanzia in senso tecnico" o "responsabilità da inadempimento contrattuale", un necessario approfondimento. – 2. la tesi della "garanzia in senso tecnico". – 3. la ricostruzione in termini di "responsabilità da inadempimento contrattuale". – 4. Spunti ricostruttivi e suggestioni derivanti dal modello romano. – 5. Il substrato storico preso come base dell'attuale dibattito dottrinale: un necessario approfondimento. - 6. Buona fede e garanzia per evizione.

1. *I due principali modelli moderni di lettura della garanzia per evizione: "garanzia in senso tecnico" o "responsabilità da inadempimento contrattuale", un necessario approfondimento.*

Per tentare di rispondere agli interrogativi sollevati nel capitolo precedente e soprattutto di «mettere a fuoco quali insegnamenti possano ricavarsi dalla … riflessione dei *prudentes*» [542], è necessario ritornare ad esaminare più diffusamente i due poli dell'attuale dibattito in materia di garanzia connessa alla compravendita, concentrandosi sul pensiero di quelli che se ne possono ritenere, a mio avviso, i due principali "alfieri", ovvero il Gorla ed il Rubino. Un'analisi in questo senso appare propedeutica a fissare i confini del successivo approfondimento, condotto nel seguito del capitolo, volto a rintracciare le motivazioni storiche di tale contrapposizione, ripercorrendo, dunque, a ritroso il percorso finora compiuto. Al riguardo una precisazione metodologica appare, in vero, necessitata. La successiva analisi non potrà che essere condotta in forma cursoria. Non può, infatti, in questa sede neppure ipotizzarsi di affrontare *funditus* un argomento così dogmaticamente complesso, come quello del

[542] GAROFALO, *Scienza giuridica, Europa, Stati: una dialettica incessante*, cit., 133.

rapporto tra garanzia e responsabilità, che continua ad essere oggetto di precipuo approfondimento da parte della civilistica attuale[543]. Più semplicemente, scopo di un'analisi storica può essere quello di andare a ritroso a verificare se un qualche elemento utile di discussione possa essere rinvenuto nell'ordinamento, in cui gli istituti attualmente controversi sono stati 'forgiati'. Ciò comporta, però, che seppur in modo che può, senza dubbio, apparire superficiale agli occhi di un civilista, si cerchi di delineare un punto di partenza ed un punto di arrivo della ricerca storica mediante delle coordinate attuali, azzardando se mai delle suggestioni che tale percorso può produrre. Si tratta, evidentemente, di mere suggestioni che non hanno alcuna valenza neopandettista o 'evoluzionista'.

In via incidentale può allora allora iniziare a rilevarsi come, in Germania, uguale contrasto interpretativo – declinabile nei due poli della Erfüllungstheorie e della Gewährleistungstheorie[544] – sia stato superato soltanto a seguito della Riforma dello Schuldrecht avvenuta nel 2001. Nel procedere all'adeguamento della disciplina della vendita ai principi contenuti nella Direttiva 99/44/CE, si è, infatti, intrapresa una strada totalmente diversa rispetto a quella italiana e di altri paesi dell'Unione europea[545], trasformandola nettamente.

---

[543] Chiara espressione dell'attenzione che la civilistica attuale continua a riservare al tema richiamato è, senza dubbio, il poderoso lavoro di F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale,* Napoli, 2011, che ben manifesta il livello di approfondimento necessario ad affrontare simili problematiche.

[544] Su cui cfr. da ultimo R. CALVO, *Vendita e responsabilità per vizi materiali. I. Dai fondamenti storico-comparativi alla disciplina codicistica sulle garanzie*, Napoli, 2007, 17 ss.

[545] Emblematico è stato anche il recepimento della Direttiva in Francia, dove a lungo si è oscillato tra una soluzione analoga a quella tedesca, ovvero di ampia modifica della disciplina della vendita ed una soluzione "minimale". Su tale dibattito cfr. in part. V.MANNINO, *L'attuazione della Direttiva 1999/44/CE in Francia*, in *Europa dir. priv.*, 2003, 394 ss. Alla fine ha prevalso la seconda opzione e si è proceduto ad una modifica della sola disciplina della vendita di beni mobili contenuta nel code de la consommation, lasciando inalterato il classico sistema delle tutele contenute nel Code civil (se si eccettua la modifica del termine di decandeza – portato a due anni – dell'azione di garanzia, di cui all'art. 1648 code civil). Si vedano, in part., S. PELET, *L'impact de la directive 99/44/CE relative à certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation sur le droit français*, in *Rev. eur.dr. consom.*, 2000, 41 ss.; G. VINEY, *Quel domaine assigner à la loi de transposition de la directive européenne sur la vente?*, in *Sem. jur.*, 2002, I, 1497 ss.; O.TOURNAFOND, *De la transposition de la directive du 25 mai 1999 à la réforme du code civil*, in Dalloz, 2002, 2883 ss.; P.PUGUI, *Application au contract d'enterprise de la nouvelle garantie de conformité: évolution ou révolution?*, in *Rev. contr.*, 2005, 963 ss.; D. MAINGUY, *L'ordonnance du 17 féuvrier 2005 sur la garantie de conformité:*

Com'è stato attentamente messo in luce, infatti, «la trasformazione è consistita nell'abbandono del sistema delle garanzie e nell'assunzione delle qualità materiali e giuridiche della cosa nel contenuto dell'impegno contrattuale del venditore»[546]. In altre parole, nel ridisegnare l'obbligazione gravante sul venditore[547], si è previsto che lo stesso sia obbligato a consegnare la cosa e a trasferirla in proprietà, nonché a procurarla priva di vizi materiali e giuridici[548]. In questo modo, ovvero gravando il venditore di un Leistungspflicht avente ad oggetto la fornitura di un bene in uno stato conforme al contratto[549], si è posto fine ai problemi di coordinamento[550] tra il sistema delle garanzie e la disciplina generale dell'inadempimento contrattuale. In via meramente incidentale può rilevarsi come l'intervento legislativo in parola sia stato "salutato" come il definitivo abbandono dei modelli del diritto romano in favore di quello delineato dalla Convenzione di Vienna sulla vendita[551], considerata «ripetutamente e giustamente una combinazione riuscita fra modelli e principi anglo-americani ed europei, grazie alle sue soluzioni moderne ed idonee all'economia di

---

aux regrets s'ajoutent le regrets, in *Rev. contr.*, 2005, 947 ss.; E.M. LOMBARDI, *L'ordonnance n.2005-136 e l'applicazione in Francia della Direttiva 99/44/CE «su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo»*, in *Riv. dir. civ.*, 52 (2006), I, 701 ss.

[546]C. M. BIANCA, *La nuova disciplina della compravendita: osservazioni generali*, in *La Riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, a cura di G. CIAN, Padova, 2004, 180.

[547] Al riguardo deve ricordarsi che, comunque, «il BGB tedesco … prevede l'obbligazione del venditore di trasferire la proprietà (§ 433) ma non la responsabilità per evizione (un discorso diverso andrebbe però fatto sulla giurisprudenza)», così efficacemente CANNATA, *Labeone*, cit., 40 nt. 15.

[548]§ 433, comma 1° BGB.

[549]S. GRUNDMANN, *La disciplina della vendita dopo la riforma dello "Schuldrecht"in Germania – da un ius commune romano a un ius commune americano-europeo?*, in *Annuario di diritto tedesco*, a cura di S. PATTI, 2002, 90 ss.

[550] LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts[13]*, Besonder Teil, 1. Halbband, München, 1986, 66 ss.

[551] La cui disciplina, per quanto qui interessa, ruota intorno al disposto dell'art. 35, che prevede a carico del venditore l'obbligazione di consegnare beni "conformi" alle determinazioni quantitative, qualitative e descrittive cfr. S.FERRERI, voce *Vendita internazionale di beni mobili*, in *Dig. disc.priv.*, *sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, 703 ss.; C. M.BIANCA, *Conformità dei beni e diritti dei terzi. Art. 35*, *Convenzione sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, in C.M. BIANCA (a cura di), *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 12 (1989), 147 ss.; da ultimo E.G.BAGNASCO, *La vendita interna e internazionale*, Padova, 2006.

mercato»[552]. Anticipando quanto verrà approfondito nel presente capitolo, può sommessamente farsi presente come dietro simili affermazioni sembra celarsi una non approfondita conoscenza del modello romano e della ricchezza delle soluzioni nel medesimo sviluppatesi (basta pensare, ad esempio, alla raffinata elaborazione dell'obbligazione di *praestare rem*[553]) .

2. *La tesi della "garanzia in senso tecnico".*

Tornando entro i "confini nazionali" ed alla disputa che al loro interno ancora si agita, il Gorla introduce la trattazione concernente l'inquadramento della garanzia per evizione, premettendo un'indicazione dei casi nei quali sussiste un'impossibilità di soddisfare un dato interesse utilizzando lo "strumento" obbligazione, dovendosi, invece, ricorrere al "modello" garanzia.

Vi sarebbe, in primo luogo, un caso di impossibilità materiale, ogni volta che venga a configurarsi un'impossibilità originaria della prestazione: in questo caso, al momento in cui viene riconosciuta la conseguente nullità del contratto, la garanzia «assicura l'interesse negativo»[554].

In secondo luogo sarebbe ipotizzabile un'impossibilità «pratica», tutte le volte in cui chi si potrebbe obbligare non lo vuole, preferendo garantire un'indennità nel caso in cui «il suo atto non dia il risultato voluto»[555].

Infine, potrebbe configurarsi un'impossibilità «giuridica» quando l'ordinamento giuridico non riconosca o un determinato contratto obbligatorio o la sola obbligazione avente ad oggetto un determinato interesse perseguito delle parti. Interessanti ai nostri fini sono gli esempi che vengono forniti di questi casi di impossibilità giuridica: per quanto concerne il primo, si fa espressamente riferimento alla garanzia per evizione nella «primitiva *mancipatio*»; per quanto

[552] GRUNDMANN, *La disciplina della vendita dopo la riforma dello "Schuldrecht"in Germania – da un ius commune romano a un ius commune americano-europeo?*, cit., 82.
[553]Su cui cfr. Capitolo II.
[554] GORLA, *La compravendita e la permuta*, cit., 88.
[555] GORLA, *La compravendita e la permuta*, cit., 88.

attiene al secondo, invece, si richiama «la garanzia nella vendita del diritto romano classico»[556].

Salvo i casi sopra esposti, la garanzia non necessariamente postula l'assenza di un'obbligazione: può ben aversi, infatti, una «supergaranzia» che affianca l'obbligazione. Si ricorrerebbe a quest'ultima ogniqualvolta il creditore, «oltre a provvedersi con la obbligazione per la soddisfazione del suo interesse»[557], voglia ottenere una garanzia contro un fatto difficilmente evitabile dall'obbligato, prescindendosi, quindi, dalla verifica dell'eventuale inadempimento a quest'ultimo imputabile. In questa fattispecie viene ricondotta la garanzia per evizione. Pur essendo, infatti, il venditore obbligato a «procurare la proprietà» al compratore, permane il pericolo del «fatto materiale della evizione»: per evitare, quindi, tutti i rischi connessi all'accertamento della responsabilità per inadempimento della suddetta obbligazione, il compratore utilizzerebbe questa forma di «supertutela»[558].

Venendo alla struttura del negozio di garanzia, consistendo essa nella promessa di un'indennità nel caso si verifichi la situazione di fatto dannosa, ben potrebbe essere accostata al contratto di assicurazione: la garanzia, dunque, è «una promessa accessoria d'assicurazione contro alcuni rischi insiti nel contratto o nell'atto di contrarre»[559]. Potrebbe, quindi, parlarsi di una «garanzia della prestazione», che si contrapporrebbe alla categoria della «garanzia dell'obbligazione»[560], nella quale si presuppone l'obbligazione, venendosi a rafforzare l'aspetto sanzionatorio connesso all'inadempimento.

Per quanto attiene, invece, al contenuto della garanzia, possono enuclearsi tre ipotesi differenti. Può, infatti, costituirne oggetto sia la prestazione di una somma di denaro, il cui ammontare può essere già prefissato oppure può essere determinabile al momento dell'evento, sia la sostituzione o la riparazione della

[556] GORLA, *La compravendita e la permuta*, cit., 88.
[557] GORLA, *La compravendita e la permuta*, cit., 89.
[558] GORLA, *La compravendita e la permuta*, cit., 89.
[559] GORLA, *La compravendita e la permuta*, cit., 90.
[560] Questa categoria verrebbe a comprendere le forme di garanzia reale e personale, ovvero il pegno e la fideiussione.

prestazione divenuta difettosa, sia, infine, «la semplice restituzione in pristino»[561]. Viceversa, non può costituire oggetto della garanzia l'evitare che si verifichi l'evento dannoso e, conseguentemente, il cercare di procurare l'evento favorevole al compratore: esistendo quest'obbligazione, «emerge il concetto di responsabilità per inadempienza e scompare quello di garanzia»[562].

Ciò posto, risulterebbe che «garanzia e responsabilità sono antitetiche», in quanto – essendosi ricostruita la garanzia come la «negazione» dell'obbligazione e, quindi, della responsabilità per inadempimento - «quando non si verifichi il risultato oggetto della garanzia, il garante non è inadempiente, perché egli non aveva il dovere di procurare quel risultato; anzi proprio perché non ne aveva il dovere, si è data la garanzia»[563].

Una volta ricostruiti in questi termini i rapporti tra garanzia e inadempimento, ne vengono tratte alcune conseguenze. In primo luogo, la quantificazione del «sacrificio» del garante risulta antecedentemente al suo verificarsi nel negozio di garanzia, a dispetto di quanto, invece, accade per la responsabilità da inadempimento contrattuale, in cui il *quantum* è stabilito *ex post* in base ai principi che reggono la materia. In secondo luogo, nell'ambito della garanzia è del tutto indifferente il comportamento tenuto dal garante, non essendo quest'ultimo gravato da alcun obbligo di impedire che si verifichi l'evento: «ciò che conta è che obbiettivamente si sia o meno ottenuto quel risultato»[564]. In terzo luogo, la conoscenza da parte del garante dell'esistenza del fatto dannoso non risulta equiparabile al dolo nell'inadempimento, «per ciò stesso che non v'è inadempimento»[565].

Da ultimo vengono tratteggiati i rapporti tra garanzia e contratto al quale accede: la prima, non facendo parte del contenuto del secondo, può essere presente anche quando quest'ultimo manchi. Ancora una volta per esemplificare questa caratteristica viene fatto riferimento al diritto romano: in particolare viene

[561] GORLA, *La compravendita e la permuta*, cit., 90.
[562] GORLA, *La compravendita e la permuta*, cit., 90.
[563] GORLA, *La compravendita e la permuta*, cit., 91.
[564] GORLA, *La compravendita e la permuta*, cit., 92.
[565] GORLA, *La compravendita e la permuta*, cit., 92.

ripresa la *mancipatio* – quale «vendita reale in senso tecnico» - a cui è connessa la garanzia, senza che vi sia un contratto[566]. La garanzia, dunque, nascerebbe «accanto» al contratto: o quale *naturale negotii* – quindi come garanzia legale che deriva «dal fatto volontario di concludere il contratto», ovvero «*ex re*»[567] - o quale contenuto di una specifica stipulazione tra le parti.

3. *La ricostruzione in termini di "responsabilità da inadempimento contrattuale".*

Secondo la seconda impostazione sopra richiamata, per individuare il corretto inquadramento della garanzia per evizione – e, più in generale, del complessivo fenomeno garanzia connesso alla compravendita – è imprescindibile focalizzare l'attenzione su quale sia la funzione fondamentale della vendita: essa si sostanzierebbe nel «fare acquistare definitivamente al compratore il diritto venduto»[568]. Nel caso ciò non avvenga, per esempio in caso di perdita del diritto acquistato successivamente alla vendita, il venditore deve risponderne indipendentemente dalla sua colpa. Per comprendere in base a che cosa quest'ultimo sia ritenuto responsabile, è necessario rifarsi alla causa stessa del suddetto contratto: essa, individuabile nello scambio di un diritto contro un prezzo, non andrebbe "letta" solo nel momento statico «della conclusione del contratto, ma anche nel momento dinamico dell'esecuzione di esso»[569]. In altre parole, il dato legislativo valorizzerebbe il sinallagma funzionale e non solo quello genetico[570]: la "rottura" del primo, fa venire meno la causa che giustifica il conseguimento di tutto o di una frazione del prezzo da parte del venditore.

Una prima conferma di questa ricostruzione si ricaverebbe dal combinato disposto degli artt. 1483, comma 1, e 1479, comma 2, c.c.: l'inciso "salvo il

[566] GORLA, *La compravendita e la permuta*, cit., 92.
[567] GORLA, *La compravendita e la permuta*, cit., 93.
[568] RUBINO, *La compravendita,* cit., 629.
[569] RUBINO, *La compravendita,* cit., 629.
[570] Per un approfondimento di queste nozioni, anche in riferimento all'esperienza romana, cfr. paragrafo seguente.

disposto dell'art. 1223" con cui inizia la disposizione da ultimo richiamata andrebbe interpretata nel senso che, in caso di evizione, trovino sempre applicazione la risoluzione del contratto e la conseguente restituzione del prezzo, mentre per conseguire il pieno risarcimento del danno risulterebbe necessario rifarsi alla disciplina generale (art. 1223 c.c.), dovendosi, quindi, procedersi ad accertare in concreto la sussistenza di una colpa iscrivibile in capo al venditore.

La garanzia, dunque, in quanto «rimedio» apprestato dall'ordinamento «contro il perturbamento verificatosi nell'equilibrio sinallagmatico del contratto»[571], non può costituire un'obbligazione primaria a se stante, come, invece, statuito dall'art. 1477 c.c.: ciò in quanto, dovendosi garantire l'adempimento di un'obbligazione in capo allo stesso garante, «sarebbe inutile ricorrere alla costituzione di una nuova obbligazione (di garanzia) a carico dello stesso garante, perché, siccome il nuovo mezzo giuridico adoperato sarebbe tecnicamente del medesimo tipo del primo, non raggiungerebbe lo scopo di rafforzare la posizione del creditore»[572]. Un simile rafforzamento sarebbe, al contrario, possibile rendendo più stringente la responsabilità del debitore in relazione all'obbligazione che si vuole garantire, ovvero ritenendo quest'ultimo responsabile anche prescindendo da un accertamento della sua colpa: esempio paradigmatico sarebbe appunto rappresentato dalla garanzia per evizione.

A questo punto risulta imprescindibile individuare l'obbligazione che deve essere in tal modo garantita: essa si sostanzierebbe in quella di «far acquistare il diritto al compratore». Si tratterebbe di un'obbligazione dal contenuto complesso, comprendente non solo l'immediato acquisto del diritto, ma anche – per quel che per noi maggiormente interessa – «l'obbligo di far acquistare il diritto su una cosa esente da vincoli … che possano in seguito causare la perdita del diritto da parte del compratore»[573], che si affianca a quello di farlo acquistare su un bene esente da vizi. Anzi, sarebbe proprio la garanzia con i suoi rimedi espressamente previsti a connotare implicitamente l'intero contenuto

[571] RUBINO, *La compravendita,* cit., 631.
[572] RUBINO, *La compravendita,* cit., 632.
[573] RUBINO, *La compravendita,* cit., 634.

dell'obbligazione complessa gravante sul venditore. In altre parole, proprio la previsione della garanzia permetterebbe di verificare come il venditore non abbia correttamente adempiuto alla propria obbligazione con la sola trasmissione della proprietà sul bene dedotto in contratto: permane, infatti, l'obbligo che il bene sia esente da vizi materiali, nonché gravato da vincoli di espropiabilità o da altri diritti.

Ciò, conseguentemente, renderebbe possibile ricavare come la garanzia per evizione possa al contempo presupporre sia un inadempimento totale che un inesatto adempimento della suddetta obbligazione: nel primo caso, in sostanza, il compratore non ha mai acquistato la proprietà del bene, che risulta di un terzo; nel secondo caso, invece, il compratore acquista la proprietà del bene, ma il bene è gravato da un vincolo di espropriabilità, che alla fine conduce alla perdita dello stesso da parte dell'acquirente.

Per superare l'obiezione – più argomentabile in relazione alla garanzia per vizi che a quella per evizione[574] – connessa al sostenere, «da un lato che l'obbligazione inadempiuta sorge dal contratto, e dall'altro che l'inadempimento di essa si è verificato già prima del contratto»[575], stante l'impossibilità di concepire logicamente un inadempimento che non sia seguente o contemporaneo al momento in cui nasce l'obbligazione che risulta non adempiuta, viene puntualizzato come il «vero perno della garanzia» sia «il concetto di attribuzione patrimoniale»[576]. La garanzia si configura, dunque, come sanzione a fronte della mancata realizzazione dell'attribuzione patrimoniale fondamentale gravante sul venditore, ovvero il far acquistare al compratore il diritto esente da vincoli di espropriabilità o limitato da altri diritti. Ciò troverebbe fondamento nel fatto che l'attuale codice civile, come del resto anche quello del 1865, richiede in generale

[574] Nella garanzia per evizione, infatti, «il fatto che mette in moto la garanzia è posteriore alla conclusione del contratto, in quanto … non basta l'alienità del diritto o l'esistenza di vincoli di espropriabilità ma occorre che segua l'evizione». Discorso diverso deve, invece essere fatto in relazione sia alla garanzia per vizi – stante la necessaria preesistenza degli stessi alla vendita – sia alla vendita di cosa altrui con buona fede del compratore, stante la contemporaneità tra inadempimento e stipulazione del contratto. Cfr. RUBINO, *La compravendita,* cit., 637 e ss.

[575] RUBINO, *La compravendita,* cit., 638.

[576] RUBINO, *La compravendita,* cit., 639.

il sinallagma appunto tra attribuzioni patrimoniali, potendo consistere l'una o entrambe nella produzione di un effetto reale, ovvero nell'immediato trasferimento della proprietà in forza del semplice consenso. Per questa via sarebbe possibile superare l'obiezione sopra esposta, in quanto l'eventuale inadempimento risulta contemporaneo alla conclusione del contratto, stante il suo riferimento non ad un'obbligazione, ma ad un'attribuzione patrimoniale, che dovrebbe essere anch'essa coeva alla stipula del contratto.

Passando a verificare quali siano i «rimedi» offerti dalla garanzia al compratore, ovvero le «sanzioni in cui essa si sostanzia»[577], essi sono essenzialmente: la restituzione integrale o parziale del prezzo, il rimborso delle spese effettuate per il contratto e di quelle necessarie o utili fatte per il bene acquistato, il rimborso del valore dei frutti restituiti a colui che evince il bene ed, infine, la restituzione delle spese effettuate per sostenere il giudizio di evizione. Per quanto attiene, invece, al risarcimento del maggior danno, quest'ultimo rimane fuori dal campo della vera e propria garanzia, in quanto presuppone l'accertamento della colpa del venditore. La funzione della garanzia è, quindi, quella di porre il compratore in una «posizione economicamente equivalente a quella in cui si sarebbe trovato se non avesse stipulato il contratto, o se lo avesse stipulato al prezzo adeguato all'effettivo minor valore della cosa»[578]: è volta, cioè, a risarcire al compratore il solo interesse negativo, ovvero «l'interesse che … il compratore avrebbe avuto a non concludere il contratto»[579]. Tale limitazione dipende dal fatto che la garanzia va a coprire un fatto non colposo del venditore: la mancanza della colpa in capo a quest'ultimo preclude, come visto, il risarcimento ulteriore. Ciononostante il venditore non può integralmente ritenere il prezzo, «perché ne mancherebbe la giustificazione, essendo mancato il conseguimento (esatto) della controprestazione»[580].

[577] RUBINO, *La compravendita,* cit., 643.
[578] RUBINO, *La compravendita,* cit., 643.
[579] RUBINO, *La compravendita,* cit., 643.
[580] RUBINO, *La compravendita,* cit., 644.

4. *Il substrato storico preso come base dell'attuale dibattito dottrinale: un necessario approfondimento.*

Dopo aver esemplificativamente richiamato i due poli del dibattito che ha diviso la dottrina italiana in merito all'inquadramento dogmatico della garanzia per evizione, un tentativo di cogliere i fondamenti storici di tale netta contrapposizione, può essere compiuto ritornando ad esaminare lo svolgimento storico che ha connotato nell'esperienza giuridica romana la garanzia in parola.

La necessità di un simile approccio trova conforto anche dal taglio che le principali trattazioni civilistiche hanno fornito all'argomento in analisi: non mancano [581], infatti, anche nelle opere più recenti "tralatizi" riferimenti all'esperienza giuridica romana, che spesso non sembrano coglierne la complessità d'impostazione.

A questo fine giova soffermarsi su alcuni passaggi della premessa storica con cui il Bianca inizia l'analisi dell'istituto in parola. «L'idea originaria della garanzia per evizione fu espressa nel sistema della vendita romana, che intendeva la pretesa del compratore non al formale trasferimento del diritto ma al

[581] In questo contesto deve segnalarsi la recentissima opera di E. RUSSO, *Vendita e consenso traslativo*, in *Il Codice Civile Commentario*, fondato e già diretto da P. Schlesinger e continuato da F. D. Busnelli, Milano, 2010. Tale opera si segnala per l'attenzione che dedica all'esperienza giuridica romana, non mancandosi anche un'approfondita disamina della *mancipatio* e dell'*auctoritas*. Essa è anche testimonianza dell'interesse che gli studiosi di diritto civile continuano ad avere nei confronti dell'esperienza giuridica romana, nella quale riconoscono gli elementi genetici degli istituti che devono interpretare ed applicare. Questo interesse deve, a mio avviso, spingere ad un maggiore e approfondito 'confronto' tra romanisti e civilisti. In questo senso il testo di Russo appare, di contro, emblematico della mancanza di tale confronto. La ricordata attenzione all'esperienza romana, infatti, si scontra con una quasi completa chiusura nei confronti dei risultati raggiunti in materia dalla romanistica degli ultimi cinquant'anni. A titolo di esempio può richiamarsi l'adesione alla tesi della natura esclusivamente obbligatoria della *mancipatio* più antica (cfr. ID., *op. ult. cit.,* 50 ss.), che porta l'Autore, obliterate le più recenti riflessioni sul contenuto dell'obbligazione del venditore in termini di *praestare rem*, ad individuare una discutibile continuità tra «*mancipatio* e *emptio venditio*», che «non va affermata sulla base di qualificazioni dogmatiche di comodo attribuite agli atti funzionalmente traslativi, ma deve essere rilevata sulla base delle strutture essenziali delle vicende di alienazione che sono comuni ai due tipi di atti, e che si fondano sulla trasmissione del possesso garantito. Se si attribuisce alla *mancipatio* una efficacia obbligatoria, lo svolgimento verso l'*emptio venditio* appare lineare», cfr. ID., *op. ult. cit.,* 72 s.

conseguimento dell'effettiva disponibilità della cosa. In tale sistema la lesione del diritto del compratore venne quindi essenzialmente ravvisata nella sottrazione del bene. La garanzia per evizione nacque appunto dall'esigenza di tutelare il compratore contro la perdita del possesso. … Mediante la garanzia per evizione, più precisamente, non si trattava senz'altro di far salvo il possesso della cosa venduta contro qualsiasi ingerenza altrui, lecita o illecita. Si trattava piuttosto di assicurare all'acquirente un titolo di godimento opponibile ai terzi: il compratore era evitto in quanto non aveva potuto efficacemente opporre il suo acquisto al terzo rivendicante. In tal modo l'evizione mostrava chiaramente di ricollegarsi ad una deficienza dell'acquisto. La garanzia si strutturò in origine come promessa accessoria del venditore di pagare un determinato indennizzo per il caso di evizione. Successivamente, la garanzia si ritenne implicita nel contratto di vendita, ma conservò ugualmente il carattere di un obbligo di indennizzo collegato all'obiettivo verificarsi del fatto dannoso. Il carattere, cioè, di una promessa assicurativa, ossia di un'assunzione di rischio»[582].

Non si è mancato di riprendere una simile impostazione anche in tempi più recenti. Si è rilevato, infatti, come la garanzia per evizione «nata in diritto romano per tutelare il compratore contro la perdita del possesso … assolve oramai alla finalità di assicurare protezione al compratore quando questi venga privato su iniziativa di un terzo del diritto venduto»[583].

In entrambi i casi, seppure con un'intensità diversa, appaiono ancora risuonare le affermazioni fatte dalla dottrina all'indomani della codificazione del 1865, quando era pacifico individuare il contenuto della garanzia, nell'apprestare una tutela per «il pacifico possesso e godimento della cosa venduta»[584].

Ciò, sicuramente non a caso. Se si prendono in considerazione, come appena fatto, infatti, i principali contributi in materia, anche in quelli in cui espressamente si afferma che «un'indagine sulla garanzia può portare a risultati attendibili e ad un'esatta comprensione dei termini del problema solo se si

[582] BIANCA, *La vendita e la permuta*, cit., 742-743.
[583] LUMINOSO, *La compravendita*, cit., 228.
[584] RICCI, *Corso teorico-pratico di diritto civile*, cit., 282; nello stesso senso GIANTURCO, *Istituzioni di diritto civile italiano,* cit., 222.

tengono adeguatamente presenti i motivi storici dell'attuale configurazione dell'istituto» nella quale «è facile rintracciare schemi e terminologie ereditate dal diritto romano»[585], ci si ferma a considerare quest'ultima esperienza come "filtrata" dalla dottrina, che si ritiene abbia principalmente influenzato le codificazioni europee ottocentesche. Coerentemente si è ritenuto «necessario analizzare l'elaborazione dottrinale dei commentatori di quel *code* e, prima ancora, l'opera di quei giuristi cui si attribuisce la «paternità» del *code* medesimo; *ma a questo punto il cammino a ritroso può fermarsi, senza che sia necessario risalire fino al diritto giustinianeo né tanto meno fino a ricostruire il sistema romano classico: basta infatti aver presente l'uso che del corpus iuris facevano i singoli giuristi francesi che influenzarono i codificatori, e che risulta appunto dalle loro opere*»[586].

Per vero, la linea di continuità, ad esempio, tra la riflessione di Domat e di Pothier e la nostra dottrina successiva all'emanazione del Codice civile del 1865 è evidente. Nel pensiero del primo Autore, senza dubbio legato ai principi romanistici, pur risultando l'efficacia traslativa del contratto di vendita fortemente mitigata dalla subordinazione all'effettiva consegna del bene, è chiara l'individuazione nel pacifico godimento del contenuto della garanzia per evizione, che è definita «la sûreté que doit tout vendeur pour maintenir l'acheteur en la libre possession et jouissance de la chose vendue et pour faire cesser l'eviction»[587]. Nel solco della tradizione romanistica si colloca anche Pothier[588], maggiormente attento a coniugare i principi di tale esperienze con quelli propri della prassi francese a lui contemporanea. Ne deriva la configurazione della vendita come non immediatamente traslativa, ma costruita intorno all'obbligazione del venditore di trasferire e garantire il possesso del bene al

---

[585] L. CABELLA PISU, *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali*, Milano, 1983, 3 s.

[586] così CABELLA PISU, *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali*, cit., 5 (corsivo aggiunto).

[587] J. DOMAT, *Les lois civiles dans leur ordre naturel; le droit public et legum delectus*, Paris, 1735, 80.

[588] Com'è stato anche di recente evidenziato, il pensiero di Pothier è largamente influenzato dal Vinnio, cfr. R.FERCIA, *«Quia vendidit, dare promisit»*, Cagliari, 2009, 99 ss.

compratore[589], che, quindi, non potrà agire contro il venditore *a non domino* in buona fede per far valere il mero difetto di titolarità[590]. In questo contesto ricostruttivo, si ritiene che l'azione, connessa all'obbligazione di garantire contro l'evizione, possa essere esperita esclusivamente al momento del verificarsi dell'evizione stessa. Ciò che merita di essere particolarmente evidenziato è che tale azione viene qualificata *ex empto*: Pothier, dunque, colloca la responsabilità per evizione sul piano dell'inadempimento contrattuale oggettivo, ovvero lo stesso su cui colloca il mancato adempimento dell'obbligazione di consegnare il bene[591] . Mentre, com'è noto[592], il Legislatore del Code civil si discosterà dalla ricostruzione di Pothier, creando l'obbligazione di "livrer la chose"[593], gli

[589] In altre parole nel pensiero di Pothier «si ravvisa testualmente … sia l'idea della sufficienza del mero *transferre velle* perché la *traditio* produca l'effetto traslativo … sia l'idea che il venditore è tenuto (anche) a *dare* … L'una e l'altra … sono frutto dell'elaborazione dommatica di uno schema medioevale che ha agganciato per secoli *stipulatio* e *venditio* come *causa vera vel putativa* del trasferimento della proprietà per atto tra vivi: entrambe, cioè, nelle logiche del diritto comune danno inizio alla vicenda traslativa, in modo tale da creare sia l'apertura verso l'idea dell'atto traslativo astratto, sia i presupposti per un'interferenza tra *dare* e *possessionem tradere* tanto significativa da portare i giuristi a riconoscere l'obbligazione del venditore come arricchita dal contenuto della prima», così FERCIA, *«Quia vendidit, dare promisit»*, cit., 107.

[590] Diverso il caso in cui il venditore sia in mala fede: in questo caso l'acquirente potrà agire contro il venditore per far valere il dolo contrattuale, cfr. J.R.POTHIER, *Traité du contrat de vende*, in *Oeuvres*, a cura di DUPIN, I, Brulles, 1831, 340 ss.

[591] J.R. POTHIER, *Traité du contrat de vende*, cit., 333.

[592] Un'attenta analisi della genesi delle disposizioni in materia di vendita contenute nel Code civil è compiuta da U. PETRONIO, *"Ménin aeide thea": Alcune considerazioni sull'assolutismo giuridico,* in *Rivista critica del diritto privato*, 21 (2003), 456 ss.; per quanto concerne la profonda differenza tra modello alla fine recepito nella codificazione francese e modello romano, così come filtrato anche nella riflessione del Pothier non si può che rinviare all'attenta e recentissima disamina di L. VACCA, *'Emptio venditio' e 'iusta causa traditionis. (A proposito di alcuni libri recenti)*, in *SDHI*, 2011, in corso di pubblicazione.

[593] cui «è impedito l'effetto di obbligare al trasferimento della proprietà attribuendole direttamente l'effetto di trasferirla», così C. A. CANNATA, *Il trasferimento della proprietà per atto tra vivi*, in *Materiali per un corso di Fondamenti del Diritto europeo*, I, Torino, 2005, 16, che richiama come emblematico di tale tesi l'art. 1138 Code civil, secondo cui «L'obligation de livrer la chose est parfaite par le seul consentement des parties contractantes. Elle rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant où elle a dû être livrée, encore que la tradition n'en ait point été faite, à moins que le débiteur ne soit en demeure de la livrer; auquel cas la chose reste aux risques de ce dernier». Soltanto nel c.c. italiano del 1865 l'effetto reale del contratto sarà collegato direttamente al consenso all'art. 1125: «Nei contratti che hanno per oggetto la traslazione della proprietà o di altro diritto, la proprietà o il diritto si trasmette e si acquista per effetto del consenso legittimamente manifestato, e la cosa rimane a rischio e pericolo dell'acquirente, quantunque non ne sia seguita la tradizione», cfr. C.M.BIANCA, *Diritto civile. IV*

rimarrà, invece, fedele per quanto riguarda il contenuto della garanzia per evizione, che *ex* art. 1625 si concretizza nella *possession paisible del la chose vendeu.* L'attaccamento alla ricostruzione potheriana dell'evizione come mero spossessamento è evidente anche nella Scuola dell'Esegesi, tanto che si è correttamente osservato come fosse «accettata come naturale, la concezione dell'evizione come perdita della cosa, piuttosto che come perdita del diritto sulla cosa»[594].

L'ulteriore apporto che va richiamato per delineare gli antecedenti dell'odierno dibattito italiano è quello fornito dalla Pandettistica. Sempre muovendosi sul terreno dell'inadempimento contrattuale, si ancòra l'oggetto dell'obbligazione della garanzia per evizione alla presenza di «vizi del diritto» trasmesso. In questa prospettiva appare emblematico quanto affermato dal Windscheid, secondo cui il venditore è chiamato a rispondere «se il vizio di diritto della condizione, nella quale egli ha posto il compratore, conduce a che gli venga tolto il possesso della cosa». Tale vizio «deve fondarsi in un difetto nel procacciare la cosa per parte del venditore» e a conseguenza dello stesso «deve essere stato tolto al compratore il possesso della cosa»[595]. La completa attrazione della responsabilità per evizione nel campo della responsabilità contrattuale è compiuta successivamente dallo Jhering. L'Autore, infatti, cita l'evizione come esempio dell'assunto, secondo cui «*l'obbligazione alla prestazione dell'*id quod interest … *è ai loro occhi* [dei giuristi romani] *condizionata dal punto di vista*

Il contratto, Milano, 2000[2], 528 ss., a cui si rinvia anche per i necessari riferimenti bibliografici, nonché P.M.VECCHI, *Il principio consensualistico. Radici storiche e realtà applicativa*, Torino, 1999, 38 ss.

[594] CABELLA PISU, *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali*, cit., 32, a cui si rinvia per i necessari approfondimenti bibliografici.

[595] B.WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, trad.it. a cura di C. Fadda e P.E.Bensa, II, Torino, 1930, 509 s. Nello stesso senso si afferma che «il venditore oltre all'obbligo di consegnare la cosa ha quello ancora di garantire che il compratore potrà ritenerla per virtù della compera», così L.ARNDT, *Trattato delle Pandette*, trad.it. a cura di F.Serafini, II, Bologna, 1875[2], 243; oppure, sempre in via esemplificativa, si è ritenuto che «il venditore ha soddisfatto anzitutto alla sua obbligazione mediante al tradizione della cosa venduta. Ma in seguito può risultare, che il suo diritto non era sufficiente per procurare al compratore la durevole signoria giuridica sulla cosa: allora sorgono altre obbligazioni. Il caso principale è quello dell'evizione, cioè della privazione della cosa comprata in conseguenza di sentenza passata in giudicato», in questi termini A.DERNBURG, *Diritto delle obbligazioni*, trad.it. a cura di F.B.Cicala, Torino, 1903, 409.

della colpa»[596]. In particolare, in relazione all'evizione, afferma che «chi vende una cosa, deve essere certo che gli appartenga; se egli si inganna al riguarda, ciò costituisce motivo per la contestazione … della obbligazione alla prestazione dell'*id quod interest*. Qualora non vi sia spazio per questa contestazione, viene meno anche tale obbligazione, e al suo posto subentra un obbligo più lieve: la restituzione del prezzo d'acquisto»[597].

Queste sono, dunque, sicuramente con una certa approssimazione, le "chiavi di lettura", che anche la più attenta dottrina civilistica italiana ha continuato ad utilizzare per scandagliare la fase genetica della garanzia in esame ed, in special modo, il suo fondamento. L'angolo visuale prescelto[598] appare, però, parziale, in

---

[596] R.VON JHERING, *Il momento della colpa nel diritto privato romano*¸ trad.it. a cura di F.Fusillo, Napoli, 1990, 42

[597] JHERING, *Il momento della colpa nel diritto privato romano*¸ cit., 43 s. Come chiaramente evidenziato da CABELLA PISU, *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali*, cit., 50, la dottrina italiana si è basata su tale ricostruzione, mitigandone gli aspetti più critici, come quelli connessi alla *culpa in re ipsa*, anche per fondare la responsabilità per evizione gravante sul venditore. In questo filone interpretativo merita di essere ricordato, senza dubbio, il pensiero del Chironi che evidenzia come, mediante la teorica della *culpa in contraendo* sia possibile dare rilievo all'obbligazione «di *garantire* ch'è per necessità contenuta nel rapporto contrattuale; … così, chi intende trasferire o costituire un diritto su di una cosa o rispetto a una cosa, deve garantire la verità, la serietà del diritto che trasmette, o che deve avere per la efficacia del rapporto intorno al quale si consente. E com'è contrattuale l'obbligazione di garantire considerata in quel primo aspetto, a maggior titolo lo è in quest'ultimo: la sicurezza delle contrattazioni, la buona fede che deve presiedere nello stipularle e nell'eseguirle, impongono si debba fortemente ritenere che il succedente in un diritto, o in una utilità che a questo si riferisca, abbia il diritto ch'è dedotto nel negozio; perciò è contrattuale … l'obbligazione del venditore di garantire il compratore … per l'evizione», cfr. G.P.CHIRONI, *La colpa nel diritto civile italiano. Colpa contrattuale*, Torino, 1897[2], 114 s.

[598] Nel leggere, ad esempio, le trattazioni concernenti la vendita citate nelle note precedenti appare evidente come manchi una chiara attenzione alla presenza, più volte evidenziata, non solo di modelli di vendita diversi (*mancipatio*, *emptio venditio*), ma anche di forme alternative di garanzia contro l'evizione (*auctoritas*, *satisdatio*, *stipulatio duplae*, etc.). Emblematicamente si può far riferimento a ARNDT, *Trattato delle Pandette*, 244. Nel trattare dell'ammontare «della prestazione per l'evizione sofferta» viene fatto riferimento nel testo alla sola *actio empti* «come inerente alla natura del contratto». Soltanto in nota (8) viene fatto riferimento alla circostanza che «i Romani solevano farsi promettere il doppio del prezzo di compera mediante la *stipulatio duplae* … Di qui nasceva un'*actio ex stipulatu* … con requisiti ed effetti più rigorosi di quelli propri dell'*actio ex emto. Ma i principi che il Diritto Romano traeva dalla natura rigorosa di quella azione, come quelli che derivavano dalla consuetudine della stipulatio duplae, ora non hanno più alcun valore pratico*» (corsivo aggiunto). Ecco, dunque, che si compie una vera e propria inversione descrittiva del modello romano: come visto nei capitoli precedenti, infatti, nella realtà romana il ricorso diretto all'*actio empti* in caso evizione risulta essere un rimedio

quanto non viene a considerare l'esperienza romana *nella sua dimensione storica*. Sembra, infatti, che, per quanto riguarda lo specifico istituto in analisi ci sia fermati a considerare soltanto uno dei diversi modi di essere della garanzia in parola ed estrapolatolo si sia del tutto oscurata la "ricchezza" di rimedi ed il diverso atteggiarsi degli stessi, che, invece, ha caratterizzato l'esperienza romana nella sua evoluzione. La sopradetta lettura in un certo senso parziale del fenomeno in analisi ha costituito il terreno ideale per l'acutizzarsi dei contrasti interpretativi sopra delineati.

5. *Spunti ricostruttivi e suggestioni derivanti dal modello romano.*

Ciò, senza dubbio, risulterà più chiaro tornando ad esaminare l'evoluzione che l'istituto della garanzia per evizione ha subito nella suddetta esperienza.

Ritornando alla formalizzazione di tale garanzia in seno alla *mancipatio*, quale *auctoritas*, occorre in primo luogo segnalare come proprio un attento riferimento a questo istituto possa, pur con le problematicità connesse alla sua ricostruzione[599], fornire una prima indicazione della mancata comprensione dell'evoluzione storica dell'istituto in analisi, che appare caratterizzare gli studi sopra ricordati. La *mancipatio*, infatti, era una «compravendita a contanti (o come la chiamano i tedeschi, *Barkauf*) avente diretta efficacia traslativa. Si effettuava uno scambio immediato di cosa contro prezzo, il quale produceva essenzialmente, anche se non esclusivamente, effetti reali»[600]. Pur potendosi in parte condividere che la stessa finisca per essere la «negazione del contratto, poiché essa consiste e si esaurisce in quello scambio attuale: l'accordo che lo

introdotto nella fase più recente e, forse, di applicazione non così frequente nella pratica, dove prevaleva il ricorso alla *stipulatio duplae.* E' chiaro, naturalmente, che la tesi descrittiva dell'Arndt è pienamente giustificata dalla finalità ricognitiva di individuare il diritto ancora applicabile nell'epoca a lui contemporanea. Ciò non toglie, però, che si fornisca allo studioso moderno un quadro involontariamente distorto del modello storico di riferimento dell'istituto; tale esito risulta, poi, aggravato dalla constatazione già evidenziata nel testo che, nell'approcciare le origini dell'istituto in commento, la dottrina civilistica italiana tradizionalmente si è basata su tale opere, in quanto ritenute le dirette ispiratrici delle principali codificazioni europee.

[599] Su cui cfr. Capitolo I.

[600] PUGLIESE, *Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano*, cit., 40.

precede o lo accompagna ha un mero valore di fatto, cioè riproduttivo della causa … di ciascun trasferimento, la quale consiste nel trasferimento altrui»[601], con la stessa viene a trasferirsi immediatamente la proprietà del bene compravenduto: la garanzia accede ad un atto che, quindi, non esaurisce i suoi effetti nella trasmissione del mero possesso come, invece, farebbe il successivo contratto consensuale. Ciò posto si ricava che la garanzia per evizione, almeno nella sua forma originaria sia sorta per fornire tutela ad un soggetto che avrebbe dovuto già aver acquistato la proprietà del bene oggetto di vendita. Se, quindi, deve prescindersi dal valutarsi il fenomeno sul piano contrattuale (*rectius* della responsabilità contrattuale) – come risulta plausibile stante la risalenza dell'istituto e le delineate origini dell'*auctoritas*[602] – quest'ultima appare l'archetipo della «garanzia della prestazione»[603], ovvero di una forma *lato sensu* assicurativa contro l'evento rivendicazione operata da un terzo ai danni dell'acquirente. Insomma il caso emblematico di garanzia per evizione nell'accezione gorliana, stante anche l'ipotesi che ravvisa il fulcro di tale forma di garanzia più nell'obbligo di rivalsa[604], che nell'assistenza processuale. La sussunzione nella suddetta categoria risulta, poi, agevolata sia dalla considerazione della condanna, in quanto quella al *duplum* è, senza dubbio, connotata dall'essere una «prestazione di una somma di denaro, la cui misura» è «fissata preventivamente» [605]. Per quanto riguarda, invece, la posizione dell'*auctor*, non erroneamente potrebbe ritenersi che costituisca per lui soltanto un «onere» il cercare di evitare «l'evento dannoso … al fine di sottrarsi al pagamento dell'indennità»[606].

L'inquadramento prospettato dell'*auctoritas* in termini di «garanzia della prestazione»[607] risulta ulteriormente chiaro se si segue l'evoluzione che l'istituto in analisi ha avuto e ci si sofferma sugli strumenti che vengono allo stesso

[601] GORLA, *La compravendita e la permuta*, cit., 3.
[602] Cfr. Capitolo I § 3.
[603] Su cui cfr. paragrafo precedente.
[604] GIRARD, *L'«auctoritas» et l'action «auctoritatis», Inventare d'interpolations*,cit., 270 ss.
[605] GORLA, *La compravendita e la permuta*, cit., 90.
[606] GORLA, *La compravendita e la permuta*, cit., 90.
[607] Su cui cfr. paragrafo precedente.

affiancati: mi riferisco, in particolare, alla *satisdatio* e alla *repromissio secundum mancipium*[608]. In entrambe, l'aspetto garanzia appare nettamente prevalente: nella *satisdatio*, infatti, il *fidepromissor* e successivamente il *fideiussor* non possono che assicurare il pagamento dell'indennità sopra vista, essendo ontologicamente impossibile che sugli stessi possa gravare un'obbligazione di impedire l'evento evizione; discorso non diverso vale anche per il secondo istituto citato, in quanto lo stesso non potrebbe far sorgere una responsabilità dissimile da quella connessa alla figura che viene a sostituire, cioè l'*auctoritas.*

Nella stessa ottica appare estensibile il discorso in riferimento agli altri strumenti stipulatori, la cui applicazione ha caratterizzato, per quanto concerne i rimedi contro l'evizione, la prima evoluzione del contratto consensuale di compravendita. Ciò, senza dubbio, appare pacifico per quanto concerne la *stipulatio duplae*[609]: in questo caso, infatti, il venditore si impegnava, se si fosse verificato un evento evizionale, a restituire fino al doppio del prezzo ottenuto. Anche qui la funzione indennitaria/assicurativa dell'istituto appare evidente, così come non muta la posizione del venditore, in capo al quale sussiste un mero onere di attivarsi per evitare, attraverso la partecipazione al giudizio di rivendica, il perfezionarsi dell'evizione.

Discorso più complesso deve essere condotto in riferimento alla *stipulatio habere licere*, anche in relazione alle evidenziate difficoltà di ricostruirne a pieno la disciplina[610]. In questa figura, infatti, sembrerebbe scomparire il concetto di garanzia e cominciare ad emergere quello di responsabilità per inadempienza[611]: a differenza della *stipulatio duplae* nella quale «il mancato *habere licere* rappresentava il contenuto della promessa stipulatoria di pagare il doppio del prezzo ricevuto (era cioè *in condicione*)», in questo caso, invece, viene a costituire «l'oggetto immediato dell'obbligazione del venditore (e, quindi, *in obligatione*)»[612]. Un ulteriore indice del distacco che si verificherebbe con questo

[608] Cfr. Capitolo III § 1.
[609] Cfr. Capitolo III §§ 5 ss.
[610] Cfr. Capitolo III §§ 5 ss.
[611] GORLA, *La compravendita e la permuta*, cit., 90.
[612] TALAMANCA, voce *Vendita,* cit., 391.

istituto dal modello della garanzia può individuarsi nella commisurazione della condanna del venditore nel caso di mancato adempimento alla propria obbligazione di garantire l'*habere licere*: si ipotizza, infatti, il ricorso alla valutazione dell'*id quod interest*, cioè un criterio che è alieno dall'individuazione a priori dell'ammontare del sacrificio imposto al venditore, che, invece, come visto, costituisce uno dei connotati della garanzia in senso proprio. In vero, la stessa evoluzione che questa *stipulatio* subisce, a seguito dell'utilizzo dell'*actio empti* in funzione di rimedio contro l'evizione, rinvenibile in un passo di Paolo[613], sembra militare per un progressivo assorbimento della stessa nella suddetta forma di responsabilità, venendosi a connotare quale vera e propria «obbligazione di mezzi»[614].

Già, dunque, rimanendo al di fuori delle problematiche connesse all'ambito di applicazione dell'*actio empti* nella materia in oggetto, può ricavarsi come la giurisprudenza romana abbia affrontato il problema della prospettazione di adeguati strumenti di tutela in favore del compratore in modo variegato. Tale varietà di approccio è, senza dubbio, amplificata se si torna a considerare in questa prospettiva il ricorso all'*actio empti*, mettendo ben a fuoco l'evoluzione del ricorso a questo strumento.

Come già sottolineato[615], infatti, questa azione è stata letta in modo diverso dai giuristi romani, le cui differenze di approccio non sembrano essere state completamente valorizzate dalla dottrina tradizionale. Per vero, appare abbastanza evidente come nella prima fase di applicazione di questa azione in riferimento all'evizione essa operasse come strumento di garanzia: apice di questo utilizzo è la sua esperibilità in sostituzione di quelle *stipulationes*, che in una prima fase obbligavano a porre in essere. In questo contesto prevale ancora

---

[613] D. 45, 1, 83 pr. (Paul. 72 *ad ed.*): *Inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur. itaque alius pro alio promittens daturum facturumve eum non obligatur: nam de se quemque promittere oportet. et qui spondet " dolum malum abesse afuturumque esse", non simplex abnutivum spondet, sed curaturum se, ut dolus malus absit: idemque in illis stipulationibus "habere licere" item "neque per te neque per heredem tuum fieri, quo minus fiat"*. Su cui cfr. § 3.2

[614] TALAMANCA, voce *Vendita,* cit., 391.

[615] Cfr. Capitolo IV §§ 3 ss.

l'ottica della garanzia in senso proprio. Ciò appare evidente in D. 21, 2, 37, 2 (Ulp. 32 *ad ed.*)[616], ove si può verificare come l'azione fosse stata concessa per ottenere un ristoro pari a quello garantito nel caso in cui fosse intercorsa tra le parti una *stipulatio duplae*. Non appare neppure da ignorare come una simile impostazione fosse sostenuta da un giurista, Nerazio, che storicamente si colloca in un'epoca precedente a quella, ad esempio, di Giuliano sul cui pensiero tornerò tra breve.

I germi di un diverso approccio possono essere individuati valorizzando il riferimento alla *stipulatio habere licere* compiuto da alcuni giuristi per parametrare l'ammontare della condanna per il venditore convenuto con l'*actio empti*: il riferimento ad un simile paradigma, infatti, appare denotare un'apertura verso il modello della responsabilità contrattuale. Non è forse un caso che il riferimento a questa *stipulatio* si trovi in un passo di Giuliano[617]: come già segnalato si deve proprio a questo giurista l'affinamento di un nuovo modello di rimedio contro l'evizione.

Alla base di questa diversa impostazione vi è, senza dubbio, la riflessione condotta dalla giurisprudenza romana sull'operare del sinallagma contrattuale e la progressiva formalizzazione dell'obbligazione di *praestare rem* in capo al venditore.

Per quanto attiene al primo profilo, già in prima approssimazione, infatti, può rilevarsi come la corretta individuazione dei limiti in cui opera la dipendenza tra le obbligazioni o le prestazioni si rifletta sulla responsabilità gravante sul debitore: «se il sinallagma è genetico, il rischio è del creditore; se funzionale, del debitore». Nel primo caso basta «il rapporto tra le due obbligazioni, l'un

---

[616] D. 21, 2, 37, 2 (Ulp. 32 *ad ed.*): *Si simplam pro dupla per errorem stipulatus sit emptor, re evicta consecuturum eum ex empto neratius ait, quanto minus stipulatus sit, si modo omnia facit emptor, quae in stipulatione continentur: quod si non fecit, ex empto id tantum consecuturum, ut ei promittatur quod minus in stipulationem superiorem deductum est.*

[617] D. 21, 2, 8 (Iulian. 15 *dig.*): *Venditor hominis emptori praestare debet, quanti eius interest hominem venditoris fuisse. quare sive partus ancillae sive hereditas, quam servus iussu emptoris adierit, evicta fuerit, agi ex empto potest: et sicut obligatus est venditor, ut praestet licere habere hominem quem vendidit, ita ea quoque quae per eum adquiri potuerunt praestare debet emptori, ut habeat.*

contraente deve eseguire la propria obbligazione, nonostante che la controprestazione sia divenuta impossibile successivamente, appunto perché al momento del contratto sussisteva il rapporto di dipendenza necessario e sufficiente (quello fra le due obbligazioni)». Nel secondo caso, invece, «il creditore non sopporta il rischio, non deve cioè la sua prestazione, quando l'altra parte non abbia effettivamente eseguito la propria, a nulla rilevando (se non per la questione dei danni) la causa per cui quest'ultima prestazione si è resa impossibile»[618].

Un approfondimento sull'effettivo ambito di operare del *synallagma* nell'esperienza giuridica romana[619], nonché in termini più specifici in relazione alla compravendita[620], appare prescindere dal tema di analisi che si sta affrontando. Giova, però, puntualizzare come, seppure con diversità di accenti, venga riconosciuto l'«operatività – oggettiva – del sinallagma funzionale»[621] nell'ambito dell'esecuzione del suddetto contratto. Una tale operatività sarebbe, però, stato il frutto di una progressiva evoluzione a partire dal sinallagma genetico; evoluzione che si sarebbe manifestata nell'«ambiente economico» prima che in quello «giuridico»: già nel diritto romano classico tale processo sarebbe prossimo alla conclusione, divenendo «le tendenze alla funzionalità del sinallagma nella vendita … prevalenti»[622], pur rimanendo le stesse «al livello di una considerazione casistica», senza potersi ritenere che «lo schema concettuale in questione sia stato coscientemente utilizzato dai giuristi romani»[623].

Diretta conseguenza di una simile riflessione portata avanti dalla giurisprudenza romana, è il formalizzarsi dell'obbligazione di *praestare rem*, che

---

[618] G. GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934, 99.

[619] Per un inquadramento generale del tema cfr. F. GALLO, *Ai primordi del passaggio della sinallagmaticità dal piano delle obbligazioni a quello delle prestazioni*, in *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, a cura di A. BURDESE, Padova, 2006, 159 ss.

[620] Cfr da ultimo A. RODEGHIERO, *In tema di sinallagma funzionale nella compravendita romana classica*, in *BIDR*, 40 (2006), 551 ss.: Id., *Sul sinallagma genetico nell'emptio venditio classica*, Padova, 2004.

[621] TALAMANCA, voce *Vendita,* cit., 374.

[622] GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, cit., 107.

[623] TALAMANCA, voce *Vendita,* cit., 375.

come precedentemente messo in luce[624], è stato il frutto di una maturazione di una parte della stessa sulla struttura del contratto consensuale di vendita. Essendosi, dunque, focalizzata l'attenzione sulla tutela dell'equilibrio contrattuale, si sono costituite le fondamenta sulle quali Giuliano (o per alcuni aspetti Pomponio[625]) ha potuto "rileggere" l'utilizzo dell'*actio empti* in materia di evizione, completando con sicurezza almeno il primo giurista il percorso iniziato attraverso il riferimento alla *stipulatio habere licere*. A questo punto appare possibile comparare direttamente questo modello "giulianeo" dei mezzi di tutela contro l'evizione, con quello che il Rubino[626] ha ritenuto di poter individuare nell'attuale quadro normativo: appaiono significative – a mio parere – le somiglianze, da un lato, dell' obbligazione di *praestare rem* con «l'obbligo di far acquistare il diritto su una cosa esente da vincoli … che possano in seguito causare la perdita del diritto da parte del compratore»[627], dall'altra, la *ratio* che connoterebbe la sanzione per l'inadempimento di quest'ultimo obbligo – ovvero l'apprestare un rimedio «contro il perturbamento verificatosi nell'equilibrio sinallagmatico del contratto»[628] – appare un'ottima chiave di lettura delle motivazioni alla base delle decisioni assunte da Giuliano.

Quest'ultimo passaggio ha reso, forse, evidente, attraverso un confronto diretto che può apparire, senza dubbio, "azzardato"[629] una delle prime conclusioni cui ha mirato l'analisi condotta: mettere in luce come l'acceso dibattito, che continua a divedere l'attuale dottrina civilistica, in realtà, non vada

[624] Su cui cfr. Capitolo II, § 5.
[625] Su cui cfr. Capitolo IV, § 6 .
[626] Su cui cfr. paragrafo precedente.
[627] RUBINO, *La compravendita,* cit., 634.
[628] RUBINO, *La compravendita,* cit., 631.
[629] Al quale potrebbe aggiungersi quello con il modello del 'contratto a tratto successivo', al quale è stato ricondotto, di recente, lo schema del contratto di compravendita di beni mobili a seguito dell'introduzione della disciplina della garanzia per difetto di conformità. Tale modello «si può concepire anche in assenza di un vincolo obbligatorio e in connessione invece alla garanzia, quale effetto giuridico principale del contratto. La protrazione nel tempo del contratto di vendita di beni di consumo è affidata, per l'appunto, al meccanismo della garanzia in forma specifica, che, in prima battuta, conferisce al compratore la sicurezza della conformità del bene mediante la previsione dell'insorgenza, in seconda battuta, di un'obbligazione di ripristino», così efficacemente F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale,* Napoli, 2011,375.

che a riprodurre su un piano sincronico i diversi orientamenti interpretativi che i *prudentes* romani hanno elaborato in riferimento a strumenti di garanzia diversi, che in alcune epoche di tale esperienza si sono trovati a convivere contemporaneamente, dando vita alla pluralità di "rimedi" nel corso dell'analisi evidenziata. Il Codice civile italiano del 1942, così come il precedente, nel recuperare l'istituto della garanzia per evizione ha voluto apprestare una forma di tutela, che, però, nella sua evoluzione storica si è caratterizzata dal poter essere connotata da una pluralità di strumenti attuativi: una parte di questi è riemersa in sede di commento della disciplina. Con la differenza, però, che, mentre nell'esperienza giuridica romana la pluralità di soluzioni era diretta conseguenza della pluralità di rimedi, dovuti a loro volta ad una complessità degli strumenti attraverso cui si realizzava il passaggio della proprietà, attualmente tale pluralità investe la disciplina pensata come unitaria e contenuta negli artt. 1483 e ss. c.c.

Da qui la riscontrata inconciliabilità delle diverse impostazioni prospettate dalla dottrina attuale, che spesso non ha colto – come precedentemente visto – la complessità del modello storico di riferimento, nel quale, comunque, si riscontrano delle tensioni interpretative ogniqualvolta si toccano profili che possono essere propri sia della prospettiva "garanzia in senso tecnico" sia di quella "garanzia responsabilità": emblematico è il caso del *pactum de non praestanda evictione*[630].

Del resto, offre più di una suggestione dell'effettiva complessità del modello di riferimento anche la Rubrica scelta dai Compilatori per il Titolo (21, 2) del Digesto contenente i passi in materia di garanzia per evizione: *De evictionibus et duplae stipulatione.* La scelta dell'iniziale plurale potrebbe sottointendere la consapevolezza di questa pluralità di rimedi, stante la sostanziale e pacifica unicità del fatto evittivo.

Appare, poi, importante segnalare nuovamente come tale garanzia sia stata collegata nell'esperienza romana anche ad una pluralità di modelli di vendita diversi: dall'originaria vendita reale alla vendita consensuale, con la complessa obbligazione gravante sul venditore di *praestare rem*. Dovrebbero, dunque,

[630] Cfr. Capitolo IV § 9.

essere rimeditate le obiezioni rivolte all'utilità di tale strumento di garanzia, formulate basandosi sulla considerazione che quest'ultima fosse concepibile e fosse sorta esclusivamente in un modello di vendita obbligatoria, in cui il venditore fosse obbligato a trasferire esclusivamente il possesso del bene venduto. Quest'ultima mi pare una visione parziaria dell'elaborazione che la giurisprudenza romana ha compiuto in relazione al modello vendita.

La centralità dello strumento di tutela in esame è, del resto, ben testimoniata dalla più recente giurisprudenza, le cui conclusioni, a mio avviso, necessitano di precipuo approfondimento, in quanto permettono di meglio apprezzare, anche al di fuori dello specifico ambito della vendita, il contenuto e l'attualità dell'obbligazione di *praestare rem*. Mi riferisco, in particolare, all'impostazione pretoria, nata all'indomani della famosa sentenza delle Sezioni Unite del 2006[631], che ha ridisegnato il contenuto del contratto preliminare. Merita preliminarmente di essere richiamato un passaggio centrale dell'appena richiamata pronuncia delle Sezioni Unite, che rende immediatamente evidente l'assonanza con l'obbligazione di *praestare rem*: «il contratto preliminare non è più visto come un semplice *pactum de contrahendo*, ma … il suo oggetto è non solo e non tanto un *facere*, consistente nel manifestare successivamente una volontà rigidamente predeterminata quanto alle parti e al contenuto, ma anche e soprattutto un sia pure futuro *dare*: la trasmissione della proprietà, che costituisce il risultato pratico avuto di mira dai contraenti». Con la conseguenza che, nel caso in cui il bene non appartenga al promittente, tale finalità può essere raggiunta anche mediante il trasferimento diretto della cosa dal terzo al promissario, il quale ottiene così ciò che gli era dovuto, indipendentemente dall'essere stato o meno consapevole della non appartenenza della cosa a chi si era obbligato ad alienargliela. Ebbene proprio in relazione a tale fattispecie, la Cassazione, più di

[631] Cass. civ., Sez. Un., 18 maggio 2006, n. 11624, in *Vita not.*, 58 (2006), 802 ss. Un'approfondita disamina della pronuncia è condotta, da ultimo, da F. PIRAINO, *Adempimento e responsabilità contrattuale,* cit., 270 ss., a cui si rinvia anche per l'inquadramento della complessa problematica dei rapporti tra azione di adempimento e contratto preliminare di vendita.

recente[632], ha ritenuto che il promittente possa essere gravato dalla garanzia per evizione in favore del promissario, nel caso in cui tale trasferimento abbia avuto luogo in conseguenza di una attività svolta dal promittente, ovvero quando vi siano stati dei rapporti tra questi e il terzo proprietario del bene e l'adempimento da parte di quest'ultimo sia conseguenza degli obblighi assunti nei confronti del promittente venditore. In questo modo mi sembra la Cassazione abbia dato prova della vitalità e dell'utilità che lo strumento di tutela in analisi ancora riveste per l'acquirente, ritenendone utile una sua estensione, in via analogica, anche al contratto preliminare, prodromico alla vendita.

6. *Buona fede e garanzia per evizione*.

Un ulteriore elemento merita di essere approfondito. La valorizzazione sopra segnalata del sinallagma contrattuale, la cui tutela ha costituito la *ratio* di diversi interventi di giuristi romani, è «resa possibile dal rilievo processuale della buona fede, la cui determinazione concreta è affidata all'interpretazione dei giuristi nella valutazione dell'interdipendenza delle obbligazioni reciproche»[633]. Il riconoscimento della centralità [634] della buona fede è, senza dubbio, fondamentale.

In via preliminare perché permette di introdurre una diversa chiave di lettura del fenomeno garanzia, che si è prepotentemente imposta all'attenzione degli studiosi della materia, fin dalla sua prima formalizzazione. Si fa riferimento alla

[632] Cass. civ., 23 novembre 2007, n. 24448, in *Riv. Notariato,* 62 (2008), 3, 648 ss., con nota di Di Pinto.

[633] VACCA, *La garanzia per evizione e le obbligazioni del venditore nel sistema romano e nel sistema del codice civile italiano*, cit., 289.

[634] In questo senso appare emblematico quanto, di recente, affermato dal dalla Massara, secondo cui «la buona fede, nel suo ruolo normativo, senza dubbio contribuì significativamente a modellare il regime dell'evizione», cfr. T. DALLA MASSARA, *Per una ricostruzione delle strutture dell'evizione*, in *Studi in onore di Antonino Metro*, a cura di C. RUSSO RUGGERI, Milano, 2010, 114.

prospettiva rimediale, a cui si era fatto brevemente cenno nel capitolo precedente in sede di impostazione del tema di ricerca.

Alla base di questa nuova lettura[635] vi sono la volontà di evidenziare come la «funzione storica dell'ordinamento giuridico» sia anche quella di «fornire risposte positive ove violazioni siano realizzate»[636], nonché «un'idea del contratto "espansa", nel senso che esso diviene un "luogo" di regole meritevoli di autonoma considerazione e disciplina: ben al di là, quindi, della sua tradizionale configurazione come fonte di diritti ed obblighi, ma anche del convincimento che tutto quanto segue alla conclusione del contratto riguardi esclusivamente la teoria dell'obbligazione»[637]. Un simile ampliamento della funzione del contratto richiederebbe l'individuazione di meccanismi atti a consentirne l'integrazione e la conservazione nella fase esecutiva «dando corpo al "rimedio" e alla "strategia rimediale", quali strumento e tecnica per realizzare la ricomposizione dell'ordine contrattuale quando risulti compromesso»[638]. Di converso si sottolinea come un simile strumento debba trovare applicazione anche nel caso in cui si «vogliano contrastare gli esiti del contratto una volta dissolto, evitando ingiustificati arricchimenti e, in definitiva, risultati iniqui»[639].

In generale, quindi, il rimedio verrebbe ad accrescere le tutele previste nel caso in cui un diritto non trovi soddisfazione o un obbligo non venga adempiuto, essendo connesso ad un interesse a cui l'ordinamento, comunque, riconosce una protezione base: la strategia rimediale, dunque, «non riguarda l'*an* della

---

635 D. MESSINETTI, *Processi di formazione della norma e tecniche «rimediali» della tutela giuridica*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia, Convegno di studio in onore del Prof. A. Falzea*, Milano, 2004, 199 ss.; I. PAGNI, *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Milano, 2004, 73 ss..

636 A. DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa e dir. priv*, 8 (2005), 341.

637 V.MANNINO, *Considerazioni sulla "strategia rimediale": buona fede ed exceptio doli generalis*, in *Europa e dir. priv*., 9 (2006), 1283.

638 MANNINO, *Considerazioni sulla "strategia rimediale": buona fede ed exceptio doli generalis*, cit., 1291.

639 MANNINO, *Considerazioni sulla "strategia rimediale": buona fede ed exceptio doli generalis*, cit., 1291.

protezione, bensì esclusivamente le modalità attraverso cui quest'ultima si applichi, ossia il *quomodo*»[640].

Volendo rapportare il rimedio al diritto, entrambi vengono ritenuti «strumenti per dare rilevanza giuridica ai vari ordini di interessi giuridicamente rilevanti o no»[641], pur presentando un metodo di produzione differente: i primi – almeno nel principale modello nel quale trovano sicura applicazione, ovvero il Common Law[642] - «nascono dalle pronunce dei giudici e in questo caso essi "*pre-cedono"* i diritti (*ubi remedium ibi jus*)», venendosi quest'ultimi a cristallizzarsi attorno ai «rimedi»[643]; il metodo di produzione dei secondi (cioè i diritti), invece, risulta ancorato – negli altri modelli - «alla legge sostantiva ossia alla norma attributiva di un diritto (ad es., norma che riconosce la proprietà o il diritto di autore)», a cui si contrappone il ventaglio degli «interessi "meramente patrimoniali" la cui emersione è affidata invece alla libera contrattazione (contratti e diritti di credito)»[644].

Un simile approccio (rimediale) troverebbe applicazione anche sul versante della caducazione del contratto. In particolare si osserva come la restituzione abbia «natura di vero e proprio "rimedio" al dissolvimento del contratto, al quale non si applicano i principi delle obbligazioni … ma *quelli contrattuali del sinallagma "*a segno invertito". … La restituzione, dunque, si appalesa quale presupposto della risoluzione e non già quale mero effetto e/o conseguenza di essa, usando il linguaggio delle obbligazioni. Ma ciò significa che sulla natura astratta della singola obbligazione, considerata avulsa dalla finalità di ristabilire l'equilibrio contrattuale, sia pure "a segno invertito", prevale questa finalità, così da giustificare come il principio di corrispettività si estenda anche ai rimedi restitutori conseguenti alla risoluzione del contratto. Il rimedio, in tal caso, è direttamente "a ridosso" del contratto e delle esigenze poste dal suo

[640] MANNINO, *Considerazioni sulla "strategia rimediale": buona fede ed exceptio doli generalis*, cit., 1292
[641] DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, cit., 341.
[642] F.H. LAWSON, *Remedies of English Law*[2], Butterworths, 1980; U. MATTEI, *Il diritto soggettivo*, in *Trattato di diritto civ.*, a cura di R. SACCO, II, Torino, 2001, 107 ss..
[643] DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, cit., 342.
[644] DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, cit., 342.

dissolvimento, nonostante l'effetto retroattivo della dissoluzione.Il medio delle obbligazioni e delle conseguenti responsabilità viene messo da parte»[645].

Attraverso il riferimento ai rimedi potrebbe, dunque, ipotizzarsi un nuovo approccio al contratto, in modo che quest'ultimo possa realizzare con «l'ausilio dei rimedi, anche effetti distributivi adeguati sul piano delle relazioni sociali. L'occhio è dunque rivolto al contratto come enunciazione di funzioni e di risultati, più che alle singole situazioni soggettive di cui i contraenti diventano i titolari. … Il contratto è un programma di azione e di risultati, non è una fattispecie conchiusa. Ecco dunque uno spazio, nel quale trova collocazione il metodo che utilizza il linguaggio dei "rimedi" e dal quale possono trarsi vantaggi»[646].

La lunga citazione pare giustificata dall'importanza che una simile impostazione potrebbe rivestire ai fini di una complessiva riconsiderazione della materia in analisi. Le suggestioni che dalla stessa provengono sono forti, in quanto la riconduzione dell'inquadramento della garanzia – e più nello specifico della garanzia per evizione – al "rimedio" cancellerebbe con un sol tratto di penna ogni questione concernente la sua natura.

Un approfondimento sulla possibile lettura in chiave rimediale delle soluzioni elaborate dai *prudentes* romani appare imprescindibile. Si è rilevato[647], infatti, come quest'ultimi, nello stimare se competesse o meno una determinata azione, non solo valutavano le conseguenze giuridiche derivanti dai fatti addotti, ma contemporaneamente «li assumevano come veri, con un'anticipazione dell'esito favorevole derivante dalla loro prova»[648]. Nel caso quest'ultima verifica avesse avuto un esito sfavorevole, si concludeva nel senso che si fosse agito *non recte*. Ciò ha consentito di utilizzare, da un lato, «il linguaggio delle azioni piuttosto che quello dei diritti, da altro lato l'accentuazione del piano

[645] DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, cit., 359.
[646] DI MAJO, *Il linguaggio dei rimedi*, cit., 363.
[647] MANNINO, *Considerazioni sulla "strategia rimediale": buona fede ed exceptio doli generalis*, cit., 1295 ss.
[648] MANNINO, *Considerazioni sulla "strategia rimediale": buona fede ed exceptio doli generalis*, cit., 1296.

fattuale implicava – in una prospettiva moderna – un approccio rimediale»[649]. Una simile prospettiva risulta, invece, del tutto «evanescente» negli attuali sistemi di *civil law*, in cui «la prevalenza assorbente» discendente dal connesso approccio sostanzialistico, «si pone come un diaframma espanso che ne impedisce la percezione sul piano della ricostruzione storica», venendosi a perdere «la verisimile funzionalità anche del processo come momento utilizzabile per dare corpo all'approccio rimediale piuttosto che all'esigenza propria di attuazione del diritto soggettivo»[650]. Dovendosi, da ultimo, considerare come il piano dei rimedi vada considerato «distinto dal diritto sostanziale e dal diritto processuale», non potendosi, però, conseguentemente non ammettere che «il rimedio, per essere concretamente tale, deve agire a tutto campo»[651]. Il banco di prova di una simile impostazione è costituito, senza dubbio, dal rilievo che la buona fede ha nell'ordinamento giuridico romano, soprattutto alla luce delle idee di Pedio, così come approfondite da Ulpiano nel famosissimo D. 2, 14, 1, 3 (Ulp. 4 *ad ed.*)[652]. Circoscrivendo questo approfondimento alla sola categoria contrattuale nella quale è inseribile l'*emptio venditio*, ovvero quella protetta da giudizi di buona fede, nel caso in cui si producesse una discrasia tra quanto originariamente previsto e quanto successivamente realizzatosi, era sempre possibile un intervento integrativo delle parti volto a modificare l'originaria *conventio* «assieme all'atto contrattuale che ne rappresentava la traduzione», venendosi ad incidere direttamente sul

[649] MANNINO, *Considerazioni sulla "strategia rimediale": buona fede ed exceptio doli generalis*, cit., 1296.
[650] MANNINO, *Considerazioni sulla "strategia rimediale": buona fede ed exceptio doli generalis*, cit., 1296.
[651] MANNINO, *Considerazioni sulla "strategia rimediale": buona fede ed exceptio doli generalis*, cit., 1296.
[652] *Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt. adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.* Su cui cfr da ultimo anche L. GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, in *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana, a cura di* A. BURDESE, Padova, 2006, 339 ss.

contenuto dell'obbligazione e potendosi, in sede processuale, «dare attuazione piena all'accordo modificato, senza problema alcuno»[653]. Nel caso, invece, fosse intervenuto direttamente il giudice, non essendo le parti addivenute al suddetto accordo modificativo, dovendo, comunque, «dare attuazione alla *bona fides*, ossia agli interessi conformi alla correttezza commerciale», era tenuto a giungere ad una «valutazione del dovere giuridico del convenuto equitativamente sostenibile»[654]. Volendo, per un momento, verificare questo orientamento alla luce delle fonti analizzate in materia di evizione, un ottimo riscontro del ruolo centrale svolto dalla buona fede è, senza dubbio, rinvenibile in D. 19, 1, 11, 18 (Ulp. 32 *ad ed.*)[655]: emblematica in questo senso non può che essere l'affermazione di Giuliano «*neque enim bonae fidei contractus hac patitur convenitone, ut emptor rem amitteret et pretium venditor retineret*»[656]. Ciò ancora una volta testimonia «l'emersione e la percezione da parte dei *prudentes* romani di una diversità degli interessi manifestabili dalla realtà e che erano stati

[653] MANNINO, *Considerazioni sulla "strategia rimediale": buona fede ed exceptio doli generalis*, cit., 1300.

[654] MANNINO, *Considerazioni sulla "strategia rimediale": buona fede ed exceptio doli generalis*, cit., 1301.

[655] *Qui autem habere licere vendidit, videamus quid debeat praestare. et multum interesse arbitror, utrum hoc polliceatur per se venientesque a se personas non fieri, quo minus habere liceat, an vero per omnes. nam si per se, non videtur id praestare, ne alius evincat: proinde si evicta res erit, sive stipulatio interposita est, ex stipulatu non tenebitur, sive non est interposita, ex empto non tenebitur. sed iulianus libro quinto decimo digestorum scribit, etiamsi aperte venditor pronuntiet per se heredemque suum non fieri, quo minus habere liceat, posse defendi ex empto eum in hoc quidem non teneri, quod emptoris interest, verum tamen ut pretium reddat teneri. ibidem ait idem esse dicendum et si aperte in venditione comprehendatur nihil evictionis nomine praestatum iri: pretium quidem deberi re evicta, utilitatem non deberi: neque enim bonae fidei contractus hac patitur convenitone, ut emptor rem amitteret et pretium venditor retineret. nisi forte, inquit, sic quis omnes istas supra scriptas conventiones recipiet, quemadmodum recipitur, ut venditor nummos accipiat, quamvis merx ad emptorem non pertineat, veluti cum futurum iactum retis a piscatore emimus aut indaginem plagis positis a venatore, vel pantheram ab aucupe: nam etiamsi nihil capit, nihilo minus emptor pretium praestare necesse habebit: sed in supra scriptis conventionibus contra erit dicendum. nisi forte sciens alienum vendit: tunc enim secundum supra a nobis relatam iuliani sententiam dicendum est ex empto eum teneri, quia dolo facit.*

[656] Su cui cfr. in particolare L.VACCA, *Buona fede e sinallagma*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, a cura di L. GAROFALO, IV, Padova, 2003, 349 s., che evidenzia come nel pensiero di Giuliano «l'operatività del sinallagma rileva nel momento dello svolgimento del contratto … [e] impone che si mantenga l'equilibrio fra le prestazioni».

enucleati interessi corrispondenti all'esigenza di correggere l'equilibrio contrattuale. Inoltre, quando tale emersione si verificasse, *gli interessi si traducevano in strumenti che, oggi, definiremmo come rimedi*»[657] .

Alla luce dell'attuale quadro normativo sia nazionale che internazionale[658], si evince, poi, come anche adesso la buona fede, stante la sua «polifunzionalità» sembra «idonea a parametrare l'ingresso di un rimedio che possa sovrapporsi al "programma contrattuale" come originariamente concordato dalle parti del contratto»[659].

Se, dunque, le attrattive che suscita l'emersione del "rimedio"[660], quale *tertium* sia rispetto al diritto soggettivo che all'azione[661], appaiono innegabili, si manifestano alcune criticità, su cui è opportuno soffermarsi.

Giova, in via preliminare, sottolineare come l'analisi condotta ha posto in luce come almeno una parte della giurisprudenza romana abbia avuto di mira, stante l'evoluzione dei prevalenti valori economico-sociali, il rafforzamento del contenuto del diritto del compratore, «assorbendo nella tutela dell'azione contrattuale … la garanzia per evizione», attraverso «un'attenta e corente serie di soluzioni casistiche, che determinavano in concreto le implicazioni della rilevanza processuale della *bona fides* contrattuale»[662].

---

[657] MANNINO, *Considerazioni sulla "strategia rimediale": buona fede ed exceptio doli generalis*, cit., 1301. (Corsivo nostro)

[658] MANNINO, *Considerazioni sulla "strategia rimediale": buona fede ed exceptio doli generalis*, cit., 1305 ss..

[659] MANNINO, *Considerazioni sulla "strategia rimediale": buona fede ed exceptio doli generalis*, cit., 1310.

[660] Merita segnalare che una simile terminologia è rinvenibile anche in una fonte romana in materia di evizione. Si veda nuovamente C. 8, 44, 17: *Imperatores Diocletianus, Maximianus: Si, cum quaestio tibi super eo quem comparaveras commoveretur, auctorem tuum certum fecisti nec citra iudicis disceptationem eum quem emeras tradidisti, praeses provinciae in damnis, quae te tolerasse meministi, medelam iuris adhibebit.* In questo passo, infatti, espressamente si fa riferimento a *medelam iuris*, ovvero propriamente ad un rimedio di diritto

[661] S. MAZZAMUTO, *Il diritto civile europeo e i diritti nazionali: come costruire l'unità nel rispetto della diversità*, in *Contratto e impr.*, 2 (2005), 535

[662] L. VACCA, *Actio e diritto subiettivo. Riflessioni sul pensiero di Giovanni Pugliese in materia di rapporti fra diritto e processo*, in *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo*, a cura di L.VACCA, Padova, 2008, 248.

In concreto, dunque, è mediante una «nuova valutazione del contenuto del diritto del compratore» che si modifica l'«estensione della tutela», al fine di tenere conto dell'evoluzione sopra segnalata. Non ci troviamo, quindi, di fronte ad un sistema connotato da diritti e mezzi di tutela predeterminati[663], ma a un «sistema che si forma attraverso "il giudizio di rilevanza degli interessi che si intendono proteggere" in rapporto a determinati casi concreti, affidato nel sistema romano alla valutazione tecnica dei giuristi e reso operativo dalla *iurisdictio* del magistrato»[664].

Questa puntualizzazione sul metodo proprio dei giuristi romani permette di liberare l'interpretazione delle soluzioni da quest'ultimi raggiunte dalle rigidità derivanti dalla visione pandettistica del sistema romanistico basata sul diritto giustinianeo, che ha in parte oscurato «il diritto romano della scienza giuridica classica»[665].

Stante queste brevi puntualizzazione sul rapporto tra azione e diritto soggettivo nell'esperienza giuridica romana, è apparso «in un certo senso paradossale che una parte della moderna dottrina civilistica invochi un avvicinamento al common law e al suo "approccio rimediale" come reazione alla concezione romanistica dell'ordinamento quale "sistema dei diritti soggettivi"». Ciò in quanto non può che mostrarsi una «certa cautela nel recepire in un ordinamento di tipo sistematico-normativo, quale quello dei paesi di civil law, un

---

[663] Il rapporto tra diritto soggettivo sostanziale e potere processuale di agire è stato efficacemente sintetizzato dal Pugliese: «Direi che era un rapporto virtuale, nel senso che nelle *legis actiones* implicanti un giudizio e nel processo formulare l'attore esperiva validamente una delle azioni tipiche, solo se affermava nell'intentio di essere titolare del diritto sostanziale, che essa serviva a fare valere; e nel senso inoltre simmetricamente, che nessun diritto soggettivo sostanziale e nessuna pretesa ad esso inerente erano concepibili, se fra le azioni tipiche riconosciute dalle varie fonti non se ne trovava una specificamente adatta alla sua tutela. Nell'agire concreto questa actio poteva apparire fondata solo se i fatti su cui si fondavano il diritto e la corrispondente pretesa nei confronti dell'avversario, risultassero veri e provati all'organo giudicante, che doveva pronunziare la sentenza» cfr. G. PUGLIESE, *Aspetti del rapporto fra diritto e processo in Roma antica*, in *Seminarios Complutenses de derecho romano*, VI, 1994, 27.

[664] VACCA, *Actio e diritto subiettivo. Riflessioni sul pensiero di Giovanni Pugliese in materia di rapporti fra diritto e processo*, cit., 248.

[665] VACCA, *Actio e diritto subiettivo. Riflessioni sul pensiero di Giovanni Pugliese in materia di rapporti fra diritto e processo*, cit., 249.

paradigma interpretativo e costruttivo "esterno"», proprio dell'ordinamento di Common law, «che si sostanzia quasi esclusivamente in "rimedi"»[666]. In vero, come in un modello "casistico-processuale"[667] il diritto di agire non viene ad essere l'unica espressione del diritto soggettivo, così in un modello "normativo"[668] la norma che riconosce un diritto soggettivo non risulta esaustiva di tutti i limiti di tutela che connotano il suddetto diritto. I connotati propri di qualsiasi diritto soggettivo, infatti, risultano modificati ogni volta che l'ambito di protezione viene di volta in volta modificato dall'interpretazione della dottrina o dalla giurisprudenza. Viene, però, limpidamente messo in luce come «questa constatazione non elimina la considerazione che i casi concreti, che trovano tutela attraverso la concessione di nuovi "rimedi" presuppongono che l'"ordinamento", sia esso di tipo normativo o di tipo giurisprudenziale casistico, abbia per il fatto stesso di avere concesso tutela, modificato l'estensione e/o la configurazione degli interessi protetti con il diritto soggettivo previsto dalla norma»[669]. Il vero problema si pone, dunque, a monte ed investe il momento della costruzione del sistema, non esistendo alcun ordinamento che, da un lato, possa essere eretto in via alternativa o interamente su norme o sulle decisioni dei giudici, dall'altro, che possa prevedere interamente «i "bisogni di tutela che emergono dalla prassi e che quindi devono trovare riconoscimento nella concessione di un "rimedio"»[670].

---

[666] VACCA, *Actio e diritto subiettivo. Riflessioni sul pensiero di Giovanni Pugliese in materia di rapporti fra diritto e processo*, cit., 258.

[667] Tale sistema può essere descritto mediante «"schemi d'azione" o addirittura mediante insiemi di sentenze e si costruisce mediante introduzione di nuovi schemi di azione ovvero mediante sentenze che sanciscono il riconoscimento di nuovi diritti». Cfr. VACCA, *Actio e diritto subiettivo. Riflessioni sul pensiero di Giovanni Pugliese in materia di rapporti fra diritto e processo*, cit., 258.

[668] Questo sistema «tende a rappresentare e definire preliminarmente i diritti e, correlativamente, i 'rimedi' per i casi in cui si riconosce lesione di tali diritti» Cfr. VACCA, *Actio e diritto subiettivo. Riflessioni sul pensiero di Giovanni Pugliese in materia di rapporti fra diritto e processo*, cit., 258.

[669] VACCA, *Actio e diritto subiettivo. Riflessioni sul pensiero di Giovanni Pugliese in materia di rapporti fra diritto e processo*, cit., 258-259.

[670] VACCA, *Actio e diritto subiettivo. Riflessioni sul pensiero di Giovanni Pugliese in materia di rapporti fra diritto e processo*, cit., 259.

Alla luce di queste considerazioni appare chiaro che, pur costituendo "l'analisi rimediale"[671] «una "metodologia" utile ad evidenziare la complessità non solo del diritto in sé come "ordinamento dato" ma soprattutto del rapporto dinamico fra diritto e prassi»[672], essa presenta il rischio di una «generalizzazione del "rimedio" a casi … che presentano problemi affatto differenti»[673], ogni volta in cui la *ratio* che connota il nuovo rimedio non venga coordinata con quelle proprie delle soluzioni precedentemente consolidatesi.

Ciò posto, considerato anche che «il ricorso alle azioni di adempimento o a carattere inibitorio, al ricorso ad azioni di risoluzione o ad eccezioni di inadempimento», non paiono concretizzare «una finalità propriamente rimediale» – in quanto connotate «da un evidente arricchimento del giudizio di responsabilità» connesso «all'esigenza di tutela di diritti e obblighi derivanti dal contratto e assunti come giuridicamente rilevanti»[674] – e a fronte dell'espresso disposto dell'art. 1476, comma 1, n.3 c.c.[675], non appare, in definitiva, possibile suggerire una lettura in chiave rimediale della garanzia per evizione, pur con le interessanti suggestioni connesse ad una simile chiave di lettura (sopra evidenziate).

Ciò non toglie, tuttavia, che la forza espansiva della buona fede che connota la fase storico-genetica della garanzia in esame, specie nella "maturità

---

671 Si precisa come questo tipo di analisi ponga «in primo piano l'analisi concreta del diritto, ma indubbiamente " … il rischio principale sta nell'uso delle categorie e dei concetti contrassegnato da un affievolimento e decostruzione del loro rapporto con la ratio sistematica che deve fare da necessario supporto.". Se la concessione del rimedio, sia essa normativa o giurisprudenziale, deve essere sempre correlata alla ratio generale del sistema di riferimento, questa correlazione e l'analisi di essa non può che avvenire mediante una scienza giuridica forte, in grado di elaborare la risposta 'giusta'- nel senso di corrispondente insieme alla razionalità e all'equità – per la specifica esigenza di tutela, coordinandola con le 'rationes' espresse nelle altre norme e/o nelle precedenti decisioni giurisprudenziali». Cfr. VACCA, *Actio e diritto subiettivo. Riflessioni sul pensiero di Giovanni Pugliese in materia di rapporti fra diritto e processo,* cit., 259.

672 VACCA, *Actio e diritto subiettivo. Riflessioni sul pensiero di Giovanni Pugliese in materia di rapporti fra diritto e processo*, cit., 260.

673 VACCA, *Actio e diritto subiettivo. Riflessioni sul pensiero di Giovanni Pugliese in materia di rapporti fra diritto e processo*, cit., 260.

674 MANNINO, *Considerazioni sulla "strategia rimediale": buona fede ed exceptio doli generalis*, cit., 1313.

675 Le obbligazioni principali del compratore sono: … 3) quella di garantire il compratore dall'evizione e dai vizi.

strutturale" raggiunta nel pensiero giulianeo, possa riemergere in una diversa "lettura" dell'attuale quadro disciplinatorio.

Si è, infatti, condivisibilmente sottolineato come anche nell'attuale disciplina codicistica il «fondamento della garanzia è, dunque, la buona fede nella esecuzione del contratto»[676]. In questo senso, la garanzia viene ad integrare l'efficacia reale del contratto, facendo sì che il compratore possa conseguire tutte le utilità programmate. Alla base di tale valorizzazione vi è la constatazione che l'effetto reale non sia da solo sufficiente a realizzare «l'intento pratico» dell'acquirente, ovvero l'acquisto della proprietà. La certezza dell'acquisto, infatti, consegue soltanto al suo perfezionarsi a titolo originario, ovvero mediante usucapione. Il principio di buona fede, allora, «consente di porre il risultato del negozio nell'effettivo acquisto delle utilità programmate, e, nel contempo, è la base per ammettere una possibile dissociazione tra attuazione o adempimento degli effetti giuridici principali e soddisfazione degli interessi dedotti in contratto»[677]. Vi è anche un ulteriore passaggio che merita di essere valorizzato, in quanto porta nuovamente in luce un elemento fondamentale dell'essenza della responsabilità per evizione. Se si guarda al contenuto della garanzia contro l'evizione – essenzialmente declinabile nell'astensione dal fatto proprio e nella difesa in giudizio – se ne può evincere che «non sia una vera e propria obbligazione»[678], in quanto i suoi elementi caratterizzanti non sono autonomamente azionabili in giudizio né tantomeno hanno un contenuto patrimoniale. Ciò naturalmente non vuol dire condurre la relativa responsabilità al di fuori del rapporto obbligatorio, ma di contro, attraverso un recupero del principio della buona fede, valorizzarne la natura di vero e proprio «obbligo di protezione»[679], volto al perseguimento del «risultato utile» sopra delineato.

---

[676] E.RUSSO, *Evizione e garanzia*, Milano, 1965, 169. La tesi è stata, di recente, ripresa dall'Autore in RUSSO, *Vendita e consenso traslativo*, cit., 189 ss.

[677] RUSSO, *Evizione e garanzia*, 167.

[678] RUSSO, *Evizione e garanzia*, 156 ss.

[679] Recuperandone la definizione bettiana, si potrebbe inquadrare tra gli «obblighi generali di conservazione dell'interesse della controparte, che si chiamano con un'espressione ormai tecnica obblighi di protezione (*schtzpflitchen*) e sono rivolti a prevenire ed allontanare danni dalla sfera di interessi della controparte; giacchè per il solo fatto che esiste un rapporto di obbligazione l'una

parte viene a contatto con la sfera giuridica dell'altra e ha la possibilità di pregiudicarla». cfr. E. BETTI, *Teoria generale dell'obbligazione*, I, Milano, 1953, 99. Tale ricostruzione è stata al centro di una profonda riflessione da parte della dottrina civilistica italiana. Un'attenta disamina di tale dibattito è stata compiuta da ultimo da P.M.VECCHI, *Buona fede e relazioni successive all'esecuzione del rapporto obbligatorio*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, a cura di L. GAROFALO, IV, Padova, 2003, 353 ss., che evidenzia, in particolare, come «appare così necessario, affinchè la salvaguardia si possa porre ad oggetto di un dovere di protezione, che essa assuma la necessaria determinatezza attraverso la connessione al rapporto obbligatorio e, più specificamente, alla sua esecuzione: connessione che si traduce nell'inserimento funzionale e cronologico dell'esigenza di protezione nel momento attuativo del programma obbligatorio, venendone ad integrare il contenuto imperativo arricchendolo di posizioni doverose». Dovendo, quindi, i doveri integrativi e di protezione essere «legati da un nesso funzionale all'esecuzione del rapporto obbligatorio, questo stesso carattere consente anche di precisare quali comportamenti siano dovuti successivamente ad essa»: tra questi, senza dubbio, quello del debitore che «continua ad essere obbligato a far sì che il creditore mantenga l'utilità ricevuta con l'esecuzione della prestazione o comunque dell'impegno contrattuale, di modo che il primo sarà responsabile per il pregiudizio rappresentato dalla perdita della prestazione stessa o del suo valore economico imputabile al debitore», così VECCHI, *op. ult. cit.*, 397 ss.; la poliedricità dell'operare del principio di buona fede è stata da ultimo evidenziata da P.GALLO, *Contratto e buona fede. Buona fede in senso oggettivo e trasformazioni del contratto*, Torino, 2009, 397 ss.

CONCLUSIONI

Parziali conclusioni sono state, in vero, già proposte nel corso dei singoli capitoli. In questa sede mi pare, allora, che si debba soltanto evidenziare come – a seguito dell'analisi condotta – appaia chiaro che l'attuale dibattito concernente l'inquadramento e la funzione della garanzia per evizione, nella sua rigidità, risulti connotato da una non piena comprensione del modello storico di riferimento.

Come, infatti, si è cercato di evidenziare nel corso dell'analisi nel sistema romano si possono rintracciare più modelli diversi di garanzia per evizione, o, se si vuole, più "rimedi" diversi contro quest'ultima. Tale pluralità appare poter essere pienamente letta attraverso le categorie proprie dell'attuale riflessione giuridica, potendosi rinvenire nelle soluzioni elaborate dai *prudentes* romani esempi sia di figure di "garanzia in senso tecnico" che di utilizzo dell'azione contrattuale per reagire ad una rottura del *sinallagma* contrattuale. Su questa ricchezza di soluzioni è stata poggiata l'attuale disciplina legislativa (come, del resto, quella del Codice civile del 1865). Nonostante tale regolamentazione, continuano a farsi sentire – talvolta inconsapevolmente – le "onde lunghe" della riflessione dei giuristi romani, che hanno plasmato l'istituto in esame. Non si tratta certamente di un caso isolato: uno stesso tentativo di soffocamento di pulsioni interpretative differenti proprie della giurisprudenza romana è stata magistralmente segnalata, da ultimo, nel corso di una lezione svoltasi per il Corso di Dottorato in Comparazione giuridica e storico giuridica – curriculum diritto romano e metodo comparativo dell'Università degli Studi di Ferrara dal Prof. Luigi Garofalo, in relazione alla definizione di contratto, di cui all'art. 1321 c.c.[680].

[680] "*I contratti innominati tra giurispudenza romana e legislazione attuale"*, svoltasi in data 20 novembre 2006, presso l'Aula Magna della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Ferrara.

Pur, quindi, ritenendosi che non sia possibile individuare quale sia la chiave di lettura preferibile della fattispecie in esame, avendo la disciplina codicistica prodotto solo un momentaneo appiattimento delle due impostazioni che hanno "camminato" parallelamente nel corso dell'ultima parte dell'esperienza giuridica romana, può, da ultimo, segnalarsi come si sia prodotta un'inversione di rilievo tra le due costruzioni. Se, infatti, storicamente nel sistema romano il modello più diffuso di garanzia per evizione è stato nella pratica quello di "garanzia in senso tecnico", a partire dall'*auctoritas* per finire con il larghissimo utilizzo della *stipulatio duplae*, anche oltre alla caduta dell'Impero Romano d'Occidente, trovando spazio solo nell'approfondita riflessione di alcuni giuristi, primo tra tutti Giuliano, la riconduzione di tale fattispecie all'interno della responsabilità per inadempimento, oggi la situazione si è decisamente capovolta.

Di contro, l'impostazione dell'attuale giurisprudenza, invero, sembra essere sorretta dalla medesima *ratio* posta alla base delle proprie decisioni da Giuliano. E' pacifico, come già precedentemente visto, infatti, che «gli effetti di tale garanzia conseguono al mero fatto obiettivo della perdita del diritto acquistato, che, facendo venir meno la ragione giustificatrice della controprestazione, altera l'equilibrio del sinallagma funzionale, con la conseguente necessità che vi sia posto rimedio mediante ripristino della situazione economica dell'acquirente qual era prima dell'acquisto»[681].

La valorizzazione di tale *ratio* permette, infine, anche di rispondere ad uno degli interrogativi sollevati dal Gorla, concernente l'"attualità" di tale strumento di tutela, alla luce dell'odierno sistema di compravendita. In diritto romano come nell'attuale, il compratore che subisca l'evizione, al fine di conseguire il risarcimento del danno deve provare solo un fatto già giuridicamente certo, ovvero la «prevalenza della posizione possessoria di un terzo sulla cosa venduta», mentre nel caso voglia ottenere la risoluzione del contratto deve

[681] Cass., 6 novembre 1986, n. 6491, in *Foro it.*, 113 (1988), I, 245. Nello stesso senso da ultimo Cass., 16 luglio 2001, n. 9642, in *Giust. civ.*, 2001, I, 2949; Cass., 22 giugno 2006, n. 14431, in *Mass. Giust. Civ.*, 2006, 6.

dimostrare un inadempimento imputabile al venditore[682]. «Questo diverso regime processuale della azione per la garanzia e della azione generale di responsabilità caratterizza … la specificità della responsabilità per evizione rispetto agli altri casi di responsabilità contrattuale. L'esigenza di particolare tutela del compratore per l'ipotesi di perdita della disponibilità della cosa a seguito della pretesa vittoriosamente avanzata da un terzo può infatti proporsi» anche quando l'obbligazione del venditore sia configurata, non solo come obbligazione di «trasferire» il bene (*facere praestare*), ma anche come obbligazione di «trasferire la proprietà» del bene: «in entrambi i casi l'intervenuta evizione incide oggettivamente sull'equilibrio delle prestazioni corrispettive, in entrambi i casi il compratore evitto che agisce per il risarcimento del danno è facilitato dalla circostanza che non deve provare la responsabilità del venditore»[683].

Un punto, però, mi pare fermo. La pluralità di letture che oggi connota l'istituto in esame e che risulta giustificata facendosi riferimento all'evoluzione avuta nel modello storico di riferimento non può, a mio avviso, mettere in ombra il ruolo imprescindibile che la buona fede continua a svolgere come fondamento

[682] Pur con l'agevolazione in punto di onere probatorio derivante dai nuovi principi pretori dettati dalle Sezioni Unite nel 2001, secondo cui il creditore che agisca per la risoluzione contrattuale, per il risarcimento del danno, ovvero per l'adempimento deve soltanto provare la fonte (negoziale o legale) del suo diritto ed il relativo termine di scadenza, limitandosi alla mera allegazione della circostanza dell'inadempimento della controparte, mentre il debitore convenuto è gravato dell'onere della prova del fatto estintivo dell'altrui pretesa, costituito dall'avvenuto adempimento, ed eguale criterio di riparto dell'onere della prova deve ritenersi applicabile al caso in cui il debitore convenuto per l'adempimento, la risoluzione o il risarcimento del danno si avvalga dell'eccezione di inadempimento ex art. 1460 (risultando, in tal caso, invertiti i ruoli delle parti in lite, poiché il debitore eccipiente si limiterà ad allegare l'altrui inadempimento, ed il creditore agente dovrà dimostrare il proprio adempimento, ovvero la non ancora intervenuta scadenza dell'obbligazione). Anche nel caso in cui sia dedotto non l'inadempimento dell'obbligazione, ma il suo inesatto adempimento, al creditore istante sarà sufficiente la mera allegazione dell'inesattezza dell'adempimento (per violazione di doveri accessori, come quello di informazione, ovvero per mancata osservanza dell'obbligo di diligenza, o per difformità quantitative o qualitative dei beni), gravando ancora una volta sul debitore l'onere di dimostrare l'avvenuto, esatto adempimento. In questi termini, cfr. Cass. civ., Sez. Un., 30 ottobre 2001, n. 13533, in *Nuova giur. civ. commentata,* 18 (2002), I, 349 ss., con nota di Meoli.

[683] VACCA, *La garanzia per evizione e le obbligazioni del venditore nel sistema romano e nel sistema del codice civile italiano*, cit., 285 ss.

stesso del concreto operare di tale forma di garanzia. La buona fede oggettiva[684], alla cui tutela sono ispirate le decisioni della giurisprudenza romana più evoluta, appare costituire il fondamento ultimo dell'attuale sistema di "rimedi" predisposti in caso di evizione, nonché l'unica in grado di sorreggere le concrete decisioni assunte nella materia *de qua* dalla nostra giurisprudenza.

[684] Definita icasticamente come «diatesi d'onestà» e caratterizzata da «una funziona squisitamente dinamica, che ne giustifica la collocazione, come luogo d'elezione, nel diritto delle obbligazioni o, più precisamente, dell'autonomia negoziale: è questo comportamento, da determinarsi di volta in volta dal giudice, che viene imposto come modello a chi si trova in determinate situazioni», così M.TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, a cura di L.GAROFALO, IV, Padova, 2003, 14.

INDICE DEGLI AUTORI

ALBANESE 8, 13, 17, 25, 28

ALBERTARIO 5, 141, 187

ALCIATI 52

ALESSI 223, 227, 230

AMADIO 224, 225, 226

AMBROSINO 7

AMIRANTE 7, 10, 85

ANKUM 6, 7, 27, 30, 31, 59, 73, 74, 75, 76, 77, 78, 79, 81, 84, 134, 136, 137, 138, 141, 142, 145, 146, 173, 175, 180

APPLETON 55

ARANGIO RUIZ 6, 7, 8, 13, 31, 41, 43, 46, 47, 48, 49, 50, 52, 56, 58, 59, 60, 62, 71, 73, 74, 75, 77, 81, 84, 85, 87, 88, 89, 91, 93, 96, 97, 104, 105, 123, 125, 128, 135, 150, 153, 154, 156, 175

ARCHI 5, 16, 187

ARNDTS 48, 158

ARNO 188

AVONZO 6

BAGNASCO 235

BARCELLONA 231

BARTOLUS 52

BECHMANN 60, 61

BEHRENDS 6

BEKKER 78, 130

BELDA MERCADO 139, 140

BENEDETTINI 205

BENVENISTE 8, 42

BETTI . 7, 41, 50, 175, 184, 188, 269

BIANCAV, 193, 204, 209, 214, 215, 216, 217, 235, 243, 244, 246

BIONDI 5, 59

BISCARDI 7, 10

BONFANTE 5, 16, 23, 46, 48, 61

BRASIELLO 16

BRETONE 6, 16

BURDESE 48, 55, 164, 254, 262, 263, 269, 274

CABELLA PISU 205, 210, 211, 212, 214, 217, 245, 247, 248

CALONGE 43, 85, 93, 141, 180

CALVO 234

CANCELLI 6, 46

CANNATA 6, 16, 25, 27, 28, 36, 39, 40, 47, 51, 53, 54, 55, 60, 66, 69, 87, 194, 235, 246

CAPOGROSSI COLOGNESI 15, 16, 17, 19, 33, 37, 48, 78, 200

CARANDINI 15, 19

CARD BOURNE 12

CARDILLI 6

CARIOTA-FERRARA 210

CASINOS MORA 7, 9, 29, 31

CASTRO 46

CENDERELLI 86, 104
CERAMI 10
CHIRONI 34, 210, 248
COLEMAN-NORTON 12
CORBINO 6
CORRIAS 218
CRISTALDI 48, 49, 50, 55, 57, 61, 65, 66, 67, 68, 69, 188
CUJACIUS 8, 48, 166, 198
CUTURI 207
DALLA MASSARA 2, 39, 258
DE BUJAN 47, 48
DE CRISTOFARO 224
DE FRANCISCI 5, 16, 34, 93, 103, 184
DE GREGORIO 208, 209
DE LA ROSA 52
DE MARTINI 202, 204, 214
DE MARTINO 15, 19, 32, 33
DE ROBERTIS 6
DE RUGGIERO 94, 180
DE SIMONE 101
DE VISSCHER 7, 9, 20
DE ZULUETA 61
DERNBURG 48, 158, 247
DI MAJO 209, 228, 229, 259, 260, 261
DOMAT 245
DOMINGO 7, 9
DONADIO 151
DONEAU 167
DONELLUS 48, 52
DOVERI 158
ECK 68
FASCIONE 62
FENOCCHIO 25
FERCIA 68, 245, 246
FERRERI 235
FERRINI 154
FINO 49
FRANCIOSI 7, 20, 21, 38, 39, 109
FUENTESECA 7, 11, 12, 17, 108
GAGLIARDI 5, 46
GALDI 205
GALGANO 2
GALLO 6, 48, 50, 55, 254, 269
GARCÍA GARRIDO 16
GAROFALO 5, 6, 46, 49, 62, 69, 86, 147, 164, 182, 184, 200, 225, 233, 262, 263, 269, 271, 274
GASCA 205
GIANTURCO 159, 207, 208, 244
GIOFFREDI 7, 30
GIORGIANNI 209, 215
GIRARD 7, 8, 23, 24, 26, 27, 29, 30, 36, 39, 40, 43, 60, 61, 77, 83, 85, 88, 89, 95, 96, 97, 104, 127, 143, 175, 180, 181, 182, 250
GLÜCK 5, 48, 108, 110, 156, 158, 159, 162

GORLA 201, 202, 203, 204, 208, 210, 233, 236, 237, 238, 239, 250, 251, 254, 272
GOTHOFREDUS 48
GROSSO 217
GRUNDMANN 235, 236
GUARINO 7, 16
HUSSERL 5
HUVELIN 10
IGLESIAS 7, 9
IMPALLOMENI 158, 163
JHERING 16, 19, 23, 32, 34, 210, 247, 248
JOHNSON 12
KARLOWA 78
KASER 6, 12, 25, 26, 41, 48, 60, 95, 106, 162
KOBLER 61
LAMBRINI 147, 154, 155
LANZA 10
LARENZ 235
LAWSON 260
LENEL 14, 47, 50, 63, 77, 83, 103, 144, 154, 178, 188
LEVY-BRÜHL 19, 32
LOMBARDI 235
LONGO 16, 19, 32, 61, 187
LUMINOSO 202, 218, 224, 244
LUPOI 74
MAC CORMACK 184
MAGDELAIN 7, 21, 38
MAINGUY 234
MAINZ 61
MANFREDINI 24, 62
MANNA 127, 184
MANNINO 7, 8, 9, 42, 77, 161, 178, 185, 200, 225, 230, 231, 234, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 267
MANTOVANI. 61, 107, 133, 149, 231
MARIOTTI 231
MARRONE 6, 187
MASCHI 6
MATTEI 260
MAYER-MALY 13
MAZZAMUTO 229, 264
MENGONI 217
MESSINETTI 259
METRO 1, 2, 10, 39, 109, 258
MEYLAN 6, 46, 50, 85, 88
MOHINO MANRIQUE 156, 162
MOMMSEN 5, 7, 46
MOSCATI 225
NATOLI 209
NICOLUSSI ..... V, 193, 226, 227, 228
NOAILLES 17, 19, 36
NÖRR 149
ORESTANO 10
ORTU 86, 88, 93, 95, 105, 106
OSTI 209
PACIFICI-MAZZONI 205, 206, 207
PAGNI 259

PAGSLEY 184
PANTALEONI 7
PASTORI 88
PATTI 223, 224, 231, 235
PELET 234
PELLECCHI 61
PELLOSO 25
PEPPE 10, 74
PERNICE 154
PEROZZI 5, 16, 22, 61
PEZZANA 93
PICCINILLI 16
PIRAINO 209, 231, 234, 255, 257
PLACENTINUS 48, 52
POTHIER 48, 52, 96, 118, 160, 245, 246
POWELL 7
PUGLIESE 6, 16, 25, 28, 36, 41, 46, 49, 57, 58, 59, 61, 63, 64, 65, 68, 108, 138, 175, 176, 187, 188, 195, 249, 264, 265, 266, 267
PUGSLEY 6, 7, 27
PUGUI 234
PULVIRENTI 49, 210
RABEL 14, 48
RABITTI 231
RICCA BARBERIS 129, 156, 160, 162, 209
RICCI 206, 207, 244
RODEGHIERO 254
ROMANO 7, 32, 41, 51
ROMEO ... 15, 34, 57, 63, 64, 78, 199
ROSSETTI 24, 62, 69
RUBINO 211, 212, 214, 216, 233, 239, 240, 241, 242, 255
RUSSO 1, 2, 39, 213, 214, 243, 258, 268
SALVI 205
SANGUINETTI 89, 91
SARGENTI 7, 14, 27, 43, 57, 81, 82, 89, 90, 93, 97, 101, 103, 128, 145
SCEVOLA 6, 143
SCHIAVONE 19, 149
SCHLOSSMANN 55
SCIALOJA.. 49, 50, 55, 108, 111, 117
SCIANDRELLO 50, 53, 153
SCOGNAMIGLIO 184
SILVEIRA MARCHI 184
SOLIDORO MARUOTTI 151
STOLFI 210
STURM 6, 46
TABET 209
TAGLIAFERRI 218
TALAMANCA 6, 26, 32, 33, 46, 47, 49, 50, 52, 53, 56, 59, 60, 61, 62, 68, 88, 89, 91, 96, 105, 106, 121, 123, 124, 129, 139, 140, 160, 162, 164, 171, 174, 178, 180, 182, 184, 190, 192, 195, 196, 251, 252, 254, 274
THORMANN 40
TOMULESCU 7
TOURNAFOND 234

VACCA I, 6, 7, 16, 24, 35, 36, 38, 40, 47, 50, 56, 57, 65, 67, 68, 69, 70, 77, 129, 130, 132, 145, 146, 148, 152, 161, 167, 194, 197, 198, 200, 201, 223, 232, 246, 258, 263, 264, 265, 266, 267, 273

VECCHI 205, 224, 225, 247, 269

VIARO 182, 184, 186, 188

VINEY 234

VISINTINI 209, 217

VOCI 6, 11, 18, 24, 84

VOLTERRA 7, 62

WACKE 5, 60

WATSON 7

WINDSCHEID 5, 68, 158, 210, 247

ZAMORANI 19, 32, 35

ZIMMERMANN 24, 48, 49, 201

INDICE DELLE FONTI

I. OPERE E COMPILAZIONI PREGIUSTINIANEE, GIUSTINIANEE E BIZANTINE

Corpus Iuris Civilis

a) Institutiones

3, 23 197

b) Digesta

1, 2, 2, 3-4 35
2, 14, 27, 3 165
12, 2, 13, 3 122
12, 4, 16 50
17, 7, 1 ..... 10, 13, 38
18, 6, 19, 1 ..... 183, 185
19, 1, 11, 13 ..... 122, 129
19, 1, 11, 18 ..... 157, 167, 263
19, 1, 11, 2 .. II, 46, 62, 66, 186, 195
19, 1, 11, 8 ..... 122, 124, 131
19, 1, 13 pr. 151
19, 1, 13, 1 ..... 122, 151
19, 1, 13, 17 122
19, 1, 43 149
19, 1, 52, 1 144
19, 1, 6, 9 ..... 144, 165
19, 4, 1 pr. 49, 56, 121, 124, 197
21, 1, 28 127
21, 1, 31, 20 128
21, 2, 196 108, 109, 110, 112, 116, 142, 174, 177, 183
21, 2, 13 108
21, 2, 14 110
21, 2, 15 pr. 109
21, 2, 16 pr. 142
21, 2, 16, 1 ..... 96, 183
21, 2, 18 177
21, 2, 21, 1 96
21, 2, 21, 2 190
21, 2, 21, 3 100
21, 2, 25 97
21, 2, 27 177
21, 2, 29 pr. 147
21, 2, 29, 1 99
21, 2, 29, 2 192
21, 2, 31 227
21, 2, 34 ..... 98, 117
21, 2, 34, 1 117
21, 2, 35 127
21, 2, 36 114
21, 2, 37, 1 ..... 124, 126, 172

21, 2, 37, 2 ..... 135, 137, 156, 253
21, 2, 39, 1 ..... 102, 190
21, 2, 39, 2 ..... 112, 118
21, 2, 4 pr. 8, 13, 38
21, 2, 40 75
21, 2, 41pr. 127
21, 2, 42 113
21, 2, 43 ..... 75, 113
21, 2, 44 113
21, 2, 45 112
21, 2, 5 28, 75, 98, 99, 113, 116, 127, 144, 179, 189, 191
21, 2, 53 75
21, 2, 54, 1 144
21, 2, 55 pr. 99
21, 2, 55, 1 127
21, 2, 56 pr. 127, 179
21, 2, 56, 1 189
21, 2, 56, 2 ..... 113, 116
21, 2, 56, 3 98
21, 2, 57 pr. 191
21, 2, 57, 1 127
21, 2, 59 28
21, 2, 6 III, 28, 73, 98, 100, 108, 109, 111, 112, 118, 124, 126, 140, 143, 172, 175, 181, 186, 192
21, 2, 60 ..... 126, 140
21, 2, 61 181
21, 2, 62 pr. 181, 186
21, 2, 62, 1 28
21, 2, 63 pr. 192
21, 2, 63, 1 100
21, 2, 63, 2 100
21, 2, 64 pr. III, 73, 108, 109, 111, 118
21, 2, 64, 1 111
21, 2, 66 pr. 98
21, 2, 69, 3 143
21, 2, 8 ..... 133, 253
21, 2, 9 ..... 148, 154, 155
22, 1, 4 pr. 58
26, 8, 8 9
30, 84, 5 ..... 146, 155
41, 3, 10, 2 115
41, 3, 23 pr.–1 114
45, 1, 38 pr. 88
45, 1, 5 pr. 83
45, 1, 75, 7 91
45, 1, 83 pr. 90, 252
45, 1, 85, 5 28
50, 16, 72 116
50, 16, 73 81
50, 17, 23 165

c) Codex

8, 44, 17 ..... 189, 264
8, 44, 20pr. 191
8, 44, 23 ..... 137, 138
8, 44, 24 pr. 183
8, 44, 25 ..... 177, 178

Gai Institutiones

1, 119 36

2, 42 13

2, 45 38

2, 65 38

4, 131 ..... 58, 60, 62

Lex XII Tabularum

VI, 3 ..... 10, 12, 13, 35

VI, 4 35

Pauli Sententiae

1, 13 a, 4 57

2, 17, 1–3 ..... 13, 29, 25, 38

2, 17, 3 57

2, 17, 8 154

Vaticana Fragmenta

1 ..... 13, 75, 175, 183

8 175

10 ..... 13, 75, 175

12 183

II-FONTI NON GIURIDICHE

Augustus

a) Res Gestae

34, 3 10

Cicero

a) Orationes

De haruspicum responso

7, 14 19

pro Caecina

19, 54 13

26, 74 22

in Verrem

2, 40, 97 9

b) Epistulae

ad Atticum

5, 1 ..... 74, 82

c) Opera Politica

de legibus

2, 12, 31 12

de re publica

2, 32, 56 10

2, 36, 61 10

d) Opera Rhetorica

topica

4, 23 ..... 10, 12

Dio Cassius

historia romana

55, 3, 4 8

Gellius

noctes atticae

2.6.15-16 27

17, 7, 1 ..... 10, 13, 38

Livius

ab urbe condita

1, 17, 10 10

4, 6 33

8, 12, 15 10

Probus

De notis iuris

4, 7 ..... 25, 30

Varro

de re rustica

2, 2, 6 86

2, 3, 5 ..... 86, 87

2, 4, 5 8

BIBLIOGRAFIA

ALBANESE B., *PSI XIV, 1449 (ULP. 32 ad ed.) e le testimonianze ulpianee già note*, in *Studi in onore di B. Biondi*, Milano, 1965, 3 ss.

ALBANESE B., *Osservazioni sull'istituto del fundus fieri e sui municipia fundana*, in *Studi mem. Donatuti*, 1, Milano, 1973

ALBANESE B., *Sull'intervento dell'«auctor» nella «legis actio sacramenti in rem»*, in *Labeo*, 41 (1995), 341 ss.

ALBANESE B., *Usus auctoritas fundi in XII Tab. 6,3 secondo le testimonianze di Cicerone*, in *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo*, 45 (1998), 7 ss.

ALBERTARIO E., *Il rimborso delle spese fatte dal compratore intorno alla res evicta*, Modena, 1925.

ALBERTARIO E., *Il momento del trasferimento della proprietà nella compravendita romana*, Pavia, 1929.

ALESSI R., *L'attuazione della direttiva nel diritto italiano: il dibattito e la sua impasse*, in *La vendita di beni di consumo*, a cura di R. ALESSI, Milano, 2005, 3 ss.

ALPA G., *I diritti dei consumatori e il 'Codice del consumo' nell'esperienza italiana,* in *Contratto e impresa*, 11 (2006), 1 e ss.

AMADIO G., *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, in *Riv. dir.civ.*, 47 (2001), I, 863 e ss.

AMBROSINO R., *Le applicazioni innovative della mancipatio*, Milano, 1950.

AMIRANTE L., *Il concetto unitario dell'auctoritas*, in *Studi in onore di S. Solazzi,* Napoli, 1948, 375 ss.

AMIRANTE L., *Rec. Levy-Bruhl Auctoritas et usucapion*, in *Iura*, 1 (1950), 525 ss.

ANKUM H., *L'actio auctoritatis appartenant à l'acheteur mancipio accipiens a-t-elle existé?*, in *Atti Acc. Rom. Costant., III Conv. Int*., Perugia, 1979, 3 ss.

ANKUM H., *L'actio de auctoritate et la restitutio in integrum dans le droit romain classique*, in *Maior Viginti quinque annis Essays in commemoration of the sixth lustrum of the Institute for legal history of the University of Utrecht*, Van Gorcum, Assen, 1979, 1 ss.

ANKUM H., *Alla ricerca della repromissio e della satisdatio secundum mancipium*, in *Atti Acc. Rom. Costant., IV Conv. Inter.*, Perugia, 1981, 741 ss.

ANKUM H., *Alcuni problemi concernenti la responsabilità per evizione del venditore nel diritto romano classico*, in *Atti Acc. Peloritana dei Pericolanti*, 58 (1989), Messina, 1991, 5 ss.

ANKUM H., *Die verschiedenen Bedeutungen des Ausdrucks in bonis alicuius esse / in bonis habere im klassischen römischen Recht*, in *ZSS***,** 107 (1990), 155 ss.

ANKUM H., *Pomponio, Juliano y la responsabilidad del vendedor por eviccion con la actio empti*, in *RIDA***,** 39 (1992), 57 ss.

APPLETON CH., *L'obligation de transférer la propriété dans la vente romaine. Fr. 16 D. De cond. causa data XII*, 4, in *NRHDFE,* 30 (1906), 742 e ss.

ARANGIO RUIZ V., *Diritto puro e diritto applicato nella compravendita romana*, in *Festschrift Koschaker*, Weimar, 1939, II, 150 ss.

ARANGIO RUIZ V., *La compravendita in diritto romano*, Napoli, 1954.

ARANGIO RUIZ V., *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Napoli, 1958.

ARCHI G., *Il trasferimento della proprietà nella compravendita romana*, Padova, 1934.

ARCHI G., *Il concetto della proprietà nei diritti del mondo antico*, in *Riv. trim. dir. proc. civ*., 12 (1958), 1200 ss.

ARNDTS L., *Trattato delle Pandette*, trad.it. a cura di Serafini, II, Bologna, 1873.

ARNÒ C., *La teorica del periculum rei venditae*, Torino, 1897.

ARNÒ C., *Il passaggio della proprietà nella compra-vendita romana*, in *Atti della Regia Accademia delle scienze di Torino. Parte morale*, 74 (1939), 575 ss.

ASTUTI G., *I contratti obbligatori nella storia del diritto italiano*. *Parte generale*, I, Milano, 1952

AVONZO F., *Diritto romano e diritto privato, letture da F.K. von Savigny*, Torino, 1995.

BAGNASCO E.G., *La vendita interna e internazionale*, Padova, 2006.

BARCELLONA E*., Le tutele dell'acquirente nella vendita di beni di consumo tra responsabilità, garanzia ed esatto adempimento*, in *Contr. Impr*., 14 (2009), 171 ss.

BECHMANN A., *Der Kauf nach gemeinem Recht*, I, Erlangen, 1876.

BEHRENDS O., *Iusta causa traditionis*, in *Tradere ed altri studi*, a cura di L. LABRUNA, Napoli, 1998, 36 ss.

BEKKER E. I., *Zur Lehre von der Evictionsleistung, in Jahrbuch des gemeinem deutschen Rechts*, 6 (1863), 231 ss.

BEKKER E. I., *Die Aktionen des romischen Privatrechts*, I, Berlin, 1871

BENEDETTINI E., *Della evizione*, Torino, 1912.

BELDA MERCADO J., *La obligación de garantía por evicción del comprador en el derecho romano clásico*, in *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2004, 119 ss.

BENVENISTE, *Il vocabolario delle istituzioni indoeuropee*, II, *Potere, diritto, religione* (trad.it.), Torino, 1976.

BERNHÖFT J., *Beitrag zur Lehre vom Kaufe*, in *Jahrbücher für die Dogmatik (Jherings Jahrb.)*, 14 (1855), 182 ss.

BESTA E., *Le obbligazioni nella storia del diritto italiano,* Padova, 1936.

BETTI E., *Sul valore dogmatico della categoria "contrahere" in giuristi proculeiani e sabiniani*, in *BIDR.* 28 (1915), 24 ss.

BETTI E., *Istituzioni di diritto romano*, I, Padova,1942.

BETTI E., *Teoria generale dell'obbligazione*, I, Milano, 1953.

BETTI E., *'Periculum'. Problemi del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustinianeo*, in *Studi in onore di P. De Francisci*, I, Milano, 1956, 131 ss.

BIANCA C.M., *La responsabilità*, in *Diritto civile*, V, Milano, 1994.

BIANCA C.M., *La vendita e la permuta*, in *Trattato di di diritto civile italiano* fondato da G.VASSALLI, 2ª ed., VII, Torino, 1993.

BIANCA C.M., *Conformità dei beni e diritti dei terzi. Art. 35*, *Convenzione sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, in C.M. BIANCA (a cura di), *Convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1989, 147 ss.

BIANCA C.M., *La nuova disciplina della compravendita: osservazioni generali*, in *La Riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?*, a cura di G. CIAN, Padova, 2004, 180 ss.

BIONDI B., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1965.

BIONDI B., *La vendita di cose fuori di commercio*, in *Studi in on. Riccobono*, Palermo, 1934, 3 ss.

BISCARDI A., *Auctoritas patrum*, in *BIDR***,** 48 (1941), 503 ss.

BOGGIO G., *Della evizione negli atti traslativi di diritti e specialmente nella vendita - studio teorico-pratico*, Torino, 1894.

BONFANTE P., *La derelizione di res mancipi nel diritto classico*, in *RISG*, 17 (1894), 128 ss.

BONFANTE P., *Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana*, Torino, 1926.

BONFANTE P., *Istituzioni di diritto romano*, 10ª ed., Roma, 1934.

BONFANTE P., *Storia del diritto romano*, I, ristampa della 4ª ed., in *Opere complete di Pietro Bonfante*, a cura di G. BONFANTE e G. CRIFÒ, Milano, 1959.

BONFANTE P., *Corso di diritto romano, II – la proprietà,* parte II*,* ristampa Iª ed., in *Opere complete di Pietro Bonfante*, a cura di G. BONFANTE e G. CRIFÒ, Milano, 1966.

BONFANTE P., *Corso di diritto romano, II – la proprietà,* parte II*,* ristampa Iª ed., in *Opere complete di Pietro Bonfante*, a cura di G. BONFANTE e G. CRIFÒ, Milano, 1968.

BRASIELLO U., *La proprietà nella sua estensione*, Milano, 1954.

BRETONE M., *Fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Bari, 2001.

BRETONE M., *Il trasferimento della proprietà*, in *LABEO*, 3 (1957), 132 ss.

BURDESE A., voce *vendita (diritto romano)*, in *NNDI*, XX, 1975, 594 ss.

BURDESE A., *La proprietà e le proprietà nell'esperienza giuridica romana*, in *SDHI*, 55 (1989), 411 ss.

BURDESE A., *Su alcune testimonianze celsine*, in *Mélanges en l'honneur de C. A. Cannata,* Bâle-Genève-Munich, 1999, 1 ss.

CABELLA PISU L., *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali,* Milano, 1983.

CALONGE A., *Eviccion historia del concepto y analis de su contenido en el derecho romano clasico*, Salamanca, 1968.

CALVO R., *Vendita e responsabilità per vizi materiali. I. Dai fondamenti storico-comparativi alla disciplina codicistica sulle garanzie*, Napoli, 2007.

CAMODECA G., *Le emptiones con stipulatio duplae dell'archivio puteleolano dei sulpicii*, in *LABEO***,** 33 (1987), 167 ss.

CANCELLI F., *Origine del contratto consensuale*, Milano, 1962.

CANNATA C.A., *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, Milano, 1968.

CANNATA C.A., *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*, 2ª ed., I, Torino, 1976.

CANNATA C.A., *La compravendita consensuale romana: significato di una struttura*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, I, *Atti del Congresso Internazionale, 17-21 aprile 1990, Pisa-Viareggio-Lucca*, a cura di L. VACCA, Milano, 1991, 73 ss.

CANNATA C.A.*, "Qui prior vindicaverat": la posizione delle parti nella "legis actio sacramento in rem"*, in *Melanges Felix Wubbe*, Fribourg, 1993, 83 ss.

CANNATA C.A.*, «Quando in iure te conspicio»*, in *Diritto e processo nell'esperienza romana. Atti del seminario torinese (4-5 dicembre 1991) in memoria di Giuseppe Provera*, Napoli, 1994.

CANNATA C.A., *Sul problema della responsabilità nel Diritto Privato Romano. Materiali per un Corso di Diritto Romano,* Catania, 1996.

CANNATA C.A. , *Per una storia della scienza giuridica europea. I Dalle origini all'opera di Labeone*, Torino, 1997.

CANNATA C.A., *Corso di istituzioni di diritto romano*, I, Torino, 2001.

CANNATA C.A., *Il trasferimento della proprietà per atto tra vivi*, in *Materiali per un corso di Fondamenti del Diritto europeo*, I, Torino, 2005.

CANNATA C.A., *Labeone, Aristone e il sinallagma*, in *Iura,* 58 (2010), 33 ss.

CAPILTI G., *La direttiva sulla vendita dei beni di consumo al vaglio della Corte di giustizia*, in *Contratti*, 2008, 734 ss.

CAPOGROSSI COLOGNESI L., *La struttura della proprietà e la formazione dei iura praediorum nell'età repubblicana*, I, Milano, 1969.

CAPOGROSSI COLOGNESI L., *La terra in Roma antica*, *I età arcaica*, Roma, s.d.

CAPOGROSSI COLOGNESI L., voce *Proprietà in generale: diritto romano, in voce proprietà*,in *E.D.*, XXVII, Milano, 1993, 160 ss.

CAPOGROSSI COLOGNESI L., *Proprietà e diritti reali. Usi e tutela della proprietà fondiaria nel diritto romano*, Roma, 1999.

CAPOGROSSI COLOGNESI L., *Diritto e potere nella storia di Roma*, Napoli, 2007.

CARANDINI A., *Remo e Romolo. Dai rioni dei Quiriti alla città dei Romani (775/750 – 700/675 a.C.)*, Torino, 2006.

CARANDINI A., *La leggenda di Roma*, Milano, 2006.

CARANDINI A., *Sviluppo e crisi delle manifatture rurali e urbane*, in *Merci, mercati e scambi nel Mediterraneo*, a cura di A. GIARDINA e A. SCHIAVONE, Roma, 1981.

CARDILLI R., *L'obbligazione di praestare e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, Milano, 1995.

CARIOTA-FERRARA L., *I negozi sul patrimonio altrui,* Padova, 1936.

CASINOS MORA F.J., *La notion romana de auctoritas y la responsabilidad por auctoritas*, Granada, 2000.

CASINOS MORA F.J., *Auctoritas rerum decemviralis*, in *RIDA*, 50 (2003), 47 SS.

CASTRO A., *'Emptio venditio' y 'consensus'. Contribución al estudio del origen y fundamentos de la compraventa romana: contrato-fin y contrato-medio*, in *'Iuris vincula'. Studi in onore di Mario Talamanca*, II, Napoli, 2001, 11 ss.

CENDERELLI A., *Varroniana: istituti e terminologia giuridica nelle opere di M. Terenzio Varrone*, Milano, 1973.

CERAMI P., *Potere e ordinamento nell'esperienza costituzionale romana*, Torino, 1996.

CHIRONI G.P., , *La colpa nel diritto civile italiano. Colpa contrattuale*, Torino, 1897[2]

CHIRONI G.P., *Colpa extracontrattuale,* II, Torino, 1906.

CORBINO A., *Il rituale della mancipatio nella descrizione di Gaio,* in *SDHI,* 42 (1976), Roma, 173 ss.

CORRIAS P., *La garanzia in generale*, in *Codice della vendita*, a cura di V. BUONOCORE – A.LUMINOSO, Milano, 2005, 374 ss.

CORTESE B., *Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato. Modelli storici, tradizione romanistica e problemi attuali*, Padova, 2009.

COUDERT J., *Recherches sur les stipulations et les promesses pour autrui en droit romain,* Nancy, 1957.

CRISTALDI S.A., *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, Milano, 2008.

CUJACII I., *Tolosatis Opera ad parisiensem Fabrotianam editionem diligentissime exacta in tomos XIII. distributa auctiora atque emendatiora*, Tomo 7, Prati, 1837-44.

CUTUGNO D.E., *La tutela dell'acquirente di beni immobili, mobili e di consumo : percorsi giurisprudenziali*, Milano, 2009.

CUTURI T., *Vendita, cessione e permuta*, Napoli, 1891.

DALLA D.-LAMBERTINI R., *Istituzioni di diritto romano*, 3ª ed., Torino, 2006.

DALLA MASSARA T., *Alle origini della causa. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova, 2004, 233 ss.

DALLA MASSARA T., *Garanzia per evizione e interdipendenza delle obbligazioni nella compravendita romana*, in *La compravendita e l'interdipedenza delle obbligazioni*, a cura di L. GAROFALO, II, Padova, 2007, 308.

DALLA MASSARA T., *Per una ricostruzione delle strutture dell'evizione*, in *Studi in onore di Antonino Metro*, a cura di C. RUSSO RUGGERI, Milano, 2010, 11 ss.

DE BUJAN F., *"Pecunia numerata* en función de precio en la *emptio venditio* romana", in *Estudios Alvarez Suárez*, Madrid, 1978, 127 ss.

DE BUJAN F., *El precio como elemento comercial en la emptio venditio romana,* Madrid, 1982.

DE BUJAN F., *"La compraventa"*, in *Derecho romano de obligaciones. Estudios Murga Gener,* Madrid, 1994, 549 ss.

DE BUJAN F., *Sistema Contractual Romano*, Madrid, 2004[2], 148 ss.

DE BUJAN F., *De los arbitria bonae fidei pretorios a los iudicia bonae fidei civiles*, in *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 8 (2004), 331 ss.

DE CRISTOFARO G., *La nuova disciplina codicistica dei contratti per la fornitura di beni mobili conclusi da consumatori con professionisti (Prima parte)*, in *Studium iuris*, 8 (2002), 1174 ss.

DE FRANCISCI P., *Studii sopra le azioni penali e la loro in trasmissibilità passiva*, Milano, 1912.

DE FRANCISCI P., *Il trasferimento della proprietà*, Padova, 1924.

DE GREGORIO A., *Corso di diritto commerciale,* II, Città di Castello, 1932.

DE GREGORIO A., voce *Vendita,* in *NDI,* XII, Torino, 1940, 887 ss.

DE MARTINO F., *La gens, lo Stato e le classi in Roma antica*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, IV, Napoli, 1953, 25 ss.

DE MARTINO F., *Storia della Costituzione romana*, I, Napoli, 1951.

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

DE RUGGIERO R., *I papiri greci e la stipulatio duplae*, in *BIDR***,** 14 (1902), 93 ss.

DE SIMONE M., *Litis aestimatio e actio pigneraticia in rem. A proposito di D. 20.1.21.3*, in *AUPA*, 51 (2006), 150 ss.

DE VISSCHER F., *Le rôle de l'auctoritas dans la mancipatio*, Parigi, 1933.

DE ZULUETA F., *The Institutes of Gaius*, Oxford, 1946.

DERNBURG A., *Diritto delle Obbligazioni,* trad.it. a cura di Cicala, Torino, 1903.

DI MAJO A., *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo*, in *Europa e dir. priv.*, 5 (2002), 1 ss.

DI MAJO A., *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa e dir. priv*, 8 (2005), 341 ss.

DI MAJO A., *La responsabilità contrattuale*, Torino, 2002.

DOMINGO R., *Teoria dell' auctoritas*, Pamplona, 1987.

DONADIO N., *La tutela del compratore tra actiones aediliciae e actio empti*, Milano, 2004.

DONEAU H., *Opera omnia*, Tomo 3, Lucae, 1762-70

DOVERI A., *Istituzioni di diritto romano*, II, 2° ed., Firenze, 1866

ECK W., *Die Verflichtung des Verkaufers zur Gewahrung des Eigentums*, Halle, 1874.

ERNST W., *'Periculum est emptoris'*, in *ZSS*, 49 (1982), 216 ss.

FENOCCHIO M.A., *Sulle tracce del delitto di furtum. Genesi sviluppo vicende*, Napoli, 2008.

FERCIA R., *«Quia vendidit, dare promisit»*, Cagliari, 2009.

FERRARIO A.- MARIOTTI P., *La tutela dell'acquirente di beni immobili, mobili e di consumo : questioni processuali*, Milano, 2009.

FERRINI C., *Manuale di Pandette*, Milano, 1908.

FINO M.A., *Quale interdipendenza delle obbligazioni se "emptione dominium transfertur?Per una storia del "synallagma" funzionale dell' "emptio venditio" durante l'età tardo antica*, in *La compravendita e l'interdipedenza delle obbligazioni*, a cura di L. GAROFALO, I, Padova, 2007, 865 ss.

FRANCIOSI G., *«Auctoritas» e «Usucapio»*, in *LABEO*, 3 (1963), 6 ss.

FUENTESECA P., *Trasferimento della proprietà e auctoritas nella vendita romana*, in *Vendita e trasferimento della proprietà, I, Atti del Congresso Internazionale, 17-21 aprile 1990, Pisa-Viareggio-Lucca*, a cura di L. VACCA, Milano, 1991, 73 ss.

FUENTESECA M., *¿existió la denominada actio incerti ex stipulatu?*, in *Revista Internacional De Derecho Romano*, 2008, 268 ss.

GAGLIARDI L., *Prospettive in tema di origine della compravendita consensuale romana*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano,* a cura di L. GAROFALO, I, Padova, 2007, 101 ss.

GALDI D., *Contratti di vendita e permuta*, Napoli^2, 1891

GALGANO F., *Diritto civile e commerciale*, I, Padova, 1990.

GALGANO F., *Le anime moderne del diritto privato romano,* in *Contratto e impresa/Europa*, 15 (2010), 141 ss.

GALLO F., *Studi sul trasferimento della proprietà in diritto romano,* in *memorie dell'istituto giuridico*, serie II, memoria XCI, Torino, s.d.

GALLO F., *Il principio emptione dominium trasferentur nel diritto pregiustinianeo*, Milano, 1960.

GALLO F., *In tema di origine della compravendita consensuale*, in *SDHI*, 30 (1964), 299 ss.

GALLO F., *Synallagma e conventio nel contratto*, *Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne*, II, Torino, 1995

GALLO F., *Ai primordi del passaggio della sinallagmaticità dal piano delle obbligazioni a quello delle prestazioni*, in *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana,* a cura di A.BURDESE, Padova, 2006, 159 ss.

GALLO F., *Contratto e buona fede. Buona fede in senso oggettivo e trasformazioni del contratto*, Torino, 2009

GAROFALO L., *Art. 1519-quater (diritti del consumatore). Commi 7-10*, in *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, a cura di L. GAROFALO - V. MANNINO - E. MOSCATI - P. M. VECCHI, Padova, 2003, 353 e ss.

GAROFALO L.*, Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, in *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana, a cura di* A. BURDESE, Padova, 2006, 339 ss.

GAROFALO L., *L'attuazione della direttiva 1999/44/CE in Italia*, in *Strutture e forme di tutela contrattuali*, a cura di V. MANNINO, Padova, 2004, 172 ss.

GAROFALO L., *Scienza giuridica, Europa, Stati: una dialettica incessante*, in *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica,* a cura di L. GAROFALO, Padova, 2005, 133 e ss.

GAROFALO L., *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, in *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana, a cura di* A. BURDESE, Padova, 2006, 339 ss.

GARRIDO G., *Diritto privato romano*, 2 ed., Padova, 1996.

GASCA C. L., *Trattato della compra-vendita*, Roma, 1905.

GIANTURCO E., *Contratti speciali, II, Compravendita,* Napoli, 1905.

GIANTURCO E., *Istituzioni di diritto civile italiano*, Firenze, 1911.

GINESTA AMARGOS J., *Exceptio imminentis evictionis*, in *BIDR***,** 92-93 (1989-1990), 311 ss.

GIOFFREDI C., *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, 1955.

GIOMARO A. M., *Cautiones iudiciales e officium iudicis*, Milano, 1982.

GIORGIANNI M., *L'inadempimento, Corso di diritto civile*, 3a ed., Milano, 1975

GIRARD P. F., *Melanges de droit romain, il droit privè et procèdure*, Parigi, 1923.

GIRARD P. F., *Manuel eléméntairede droit romain*[8]*,* Paris, 1929.

GLÜCK F., *Commentario alle Pandette*, vers.it. a cura di P. Cogliolo e C. Fadda, XXI, Milano, 1898.

GLÜCK F., *Commentario alle Pandette*, XVIII, vers.it. a cura di P. COGLIOLO e C. FADDA, Milano, 1901.

GORLA G., *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934.

GORLA G., *La compravendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da G.VASSALLI, Torino, 1937.

GRECO P.- COTTIMO G., *Della vendita,* in *Commentario del codice civile* a cura di A. SCIALOJA-G. BRANCA, 2ª ed., Bologna-Roma, 1981.

GROSSO G., *Corso di diritto romano. Le cose*, Torino, 1941.

GROSSI P., *La proprietà e le proprietà nell'officina dello storico*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 17 (1988), Milano, 1988, 359 ss.

GRUNDMANN S., *La disciplina della vendita dopo la riforma dello "Schuldrecht"in Germania – da un ius commune romano a un ius commune americano-europeo?*, in *Annuario di diritto tedesco*, a cura di S. PATTI, 2002, 90 ss.

GUARINO A., *Notazioni romanistiche*, I, Napoli, 1948.

GUARINO A., *Diritto privato romano*, 2 ed., Napoli, 1997.

GUARNIERI CITATI A., *Gli effetti dell' evizione nei rapporti tra l'aggiudicatario e i creditori*, Milano, 1920.

HOFMANN F., *Periculum beim Kaufe*, Wien, 1870.

HUSSERL G., *Mancipatio*, in *ZRG RA,* 50 (1930), 478 ss.

HUVELIN P., *Études sur le furtum dans le très ancien droit romain, I. Les sources*, Parte I, Paris-Lyon 1915 (rist. an. Roma 1968).

IGLESIAS J., *Sobre el derecho romano y la « auctoritas»*, in *St. on. de Francisci*, I, Milano, 1956, 117 ss.

IMPALLOMENI G., *Nota sulla limitazione della garanzia per l'evizione nelle legislazioni dalla romana derivata*, in *Sein und Werden im Rech, Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 70. Geburtstag am 21. August 1970*, a cura di G. BECKER e L. S. VON CAROLSFELD, Berlino, 1970, 599 ss.

JHERING R. VON, *Esprit du droit romain*, trad. Meulenaere, IV, Paris, 1880.

JHERING R. VON, *Geist des römischen Rechts auf verschiedenen Stufen seiner Entwicklung,* 2.2, 5a ed., Leipzig, 1898.

JHERING R. VON, *Il momento della colpa nel diritto privato romano*¸ trad.it. a cura di F.Fusillo, Napoli, 1990.

KARLOWA, *Der römische Civilprozess zur Zeit der Legisactionen*, Berlin, 1872

KASER M., *Das Ziel der actio empti nach Eviktion*, in *ZSS*, 54 (1934), 164 ss.

KASER M., *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, Graz, 1956.

KASER M., *Die römische Eviktionshaftung nach Weiterverkauf*, in *Fest. von Lübtow. Sein und Werden im Recht*, 1970.

KASER M., *Das römisches Privatrecht*[2], I, Munchen, 1971.

KNÜTEL R., *La* causa *nella dottrina dei patti*, in *Causa e contratto*, in *Causa e contratto nella prospettiva storicocomparatistica, II Congresso Inter nazionale ARISTEC, Palermo, 7-8 giugno 1995*, a cura di L. VACCA, Torino 1997, 135

KUPISCH B., *In integrum restitutio und vindicatio utilis bei Eigentumsubertragungen in klassischen römischen recht*, Berlin-New York, 1974.

LAMBRINI P., *Compravendita e acquisto 'ex alia causa' del bene comprato*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. Garofalo, I, Padova, 2007, 101 ss.

LANZA C., *Auctoritas principis*, I, Milano, 1996.

LAWSON F.H., *Remedies of English Law*, 2 ed., Butterworths, 1980.

LENEL O., *Das Edictum perpetuum*, 3ª, Leipzig, 1927.

LEVY E., *Verkauf und Übereignung*, in *Iura*, 14 (1963), 1 ss.

LOMBARDI E.M., *L'ordonnance n.2005-136 e l'applicazione in Francia della Direttiva 99/44/CE «su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo»*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, I, 701 ss.

LONGO A., *La 'mancipatio'*, Firenze, 1887.

LONGO C., *Le cose, la proprietà e i suoi modi di acquisto*, Milano, 1938.

LONGO C., *Passaggio della proprietà e pagamento del prezzo nella vendita romana*, in *BIDR*, 17 (1938), 15 ss.

LUMINOSO A., *La compravendita*, Torino, 2003.

LUZZATTO G. I., *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale*, I, Milano, 1938.

MAC CORMACK G. *'Periculum'*, in *ZSS*, 46 (1979), 129 ss.

MAGDELAIN A., *Auctoritas rerum*, Bruxelles, 1950.

MAGDELAIN A., *L'acte per aes et libram et l'auctoritas*, in *RIDA***,** 28 (1981), 127 ss.

MAGNUS, *De evictionibus in legatis et in donatione praestanda,* Regimontii Pr., 1873.

MAINGUY D., *L'ordonnance du 17 féuvrier 2005 sur la garantie de conformité: aux regrets s'ajoutent le regrets*, in *Rev. contr.*, 2005, 947 ss.

MAINZ CH., *Cours de droit romain*[4], Bruxelles, 1887.

MANFREDINI A.D., *Contributi allo studio dell' «Iniuria» in età repubblicana*, Milano, 1977.

MANNA L., *Sul significato di Vat. Frag. 16 in tema di 'periculum rei venditae'*, in *Atti del seminario sulla responsabilità contrattuale in diritto romano (Milano 7-9 aprile 1987)*, II, Milano, 1990, 251 ss.

MANNA L., *Actio redhibitoria e responsabilità per i vizi della cosa nell'editto de mancipiis vendundis*, Milano, 1994.

MANNINO V., *L'«Auctoritas patrum»*, Milano, 1979.

MANNINO V., *L'estensione al garante delle eccezioni del debitore principale nel diritto romano classico*, Torino, 1992.

MANNINO V., voce *Garanzie dell'obbligazione*, in *Dig. Disc. Priv., sez.civ.,* , VIII, Torino, 1992, 615 ss.

MANNINO V., *Ancora sugli effetti della lex Publia Philonis de patrum auctoritate e della lex Maenia*, in *Iura*, 45 (1994), 104 ss.

MANNINO V., *L'attuazione della Direttiva 1999/44/CE in Francia*, in *Europa dir. priv.*, 2003, 394 ss.

MANNINO V., *Fideiussione e accessorietà*, in *La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica*. *Atti V Convegno Internazionale Aristec Salisburgo 13-15 settembre 2001*, a cura di L. Vacca, Torino, 2003, 55 ss.

MANNINO V., *Considerazioni intorno a una presunta pandettistica di ritorno*, in *Europa e dir. priv.*, 8 (2005), 365 ss.

MANNINO V., *Le tutele per le anomalie del bene venduto fra antico e postmoderno,* in *La vendita di beni di consumo*, a cura di R.ALESSI, Milano, 2005, 195 ss.

MANNINO V., *Considerazioni sulla "strategia rimediale": buona fede ed exceptio doli generalis*, in *Europa e dir. priv*, 9 (2006), 1283 ss.

MANNINO V., *L'idea di sovranità e la «constitutio» nella Roma repubblicana*, in *Cinquanta anni della Corte Costituzionale della Repubblica italiana, Tradizione romanistica e costituzione*, diretto da L.LABRUNA, Napoli, 2006, 594 e ss.

MANNINO V., *La fideiussione, l'accessorietà e il fenomeno delle garanzie autonome*, in *Questioni di diritto*, a cura di V. MANNINO, Milano, 2007, 117 ss.

MANNINO V., *Sovranità dei moderni e modelli di governo dei romani*, in *Studi in onore di Antonio Metro*, IV, Milano, 2010, 25 ss.

MANTHE U., *Gaius Institutiones*, Stuttgart, 2004.

MANTOVANI D., *Le formule del processo privato romano*, Padova, 1999.

MANTOVANI M.P., *La vendita dei beni di consumo*, Napoli, 2009.

MARRONE M., *Trasferimento della proprietà della cosa venduta e pagamento del prezzo*, in *AUPA*, 42 (1992), 183 ss.

MASCHI C. A., *Impostazione storica della compravendita e della permuta nel libro 33 ad edictum di Paolo*, Milano, 1954.

MATTEI U., *Il diritto soggettivo*, in *Trattato di diritto civ.*, a cura di R. SACCO, II, Torino, 2001, 107 ss.

MAZZAMUTO S., *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo*, in *Europa e dir. priv.*, 7 (2004), 1029 ss.

MAZZAMUTO S., *Il diritto civile europeo e i diritti nazionali: come costruire l'unità nel rispetto della diversità*, in *Contratto e impr.*, 2 (2005), 523 ss.

MENGONI L., *Risolubilità della vendita di cosa altrui e acquisto «a non domino»*, in *Riv.dir. comm.*, 47 (1949), I, 276 e ss.

MESSINETTI D., *Processi di formazione della norma e tecniche «rimediali» della tutela giuridica*, in *Scienza e insegnamento del diritto civile in Italia, Convegno di studio in onore del Prof. A. Falzea*, Milano, 2004, 199 ss.

MEYLAN P., *La «satisdatio secundum mancipium»*, in *RHDFE*, 26 (1948), 4 ss.

MEYLAN P., *Nouvelle explication de Celse, D.12.4.16*, in *Iura,* 20 (1969), 287 ss.

METRO A., *Exceptio doli e iudicia bonae fidei*, in *φιλία. Scritti per G. Franciosi*, a cura di F.M. d'Ippolito, III, Napoli, 2007, 1738 ss.

MOHINO MANRIQUE A., *Pactos en el contrato de compraventa en interés del vendedor*, Madrid, 2006.

MOMMSEN T., *Die rom. Anfange von Kaus und Miethe*, in *ZSS*, 6 (1885), 260 ss.

MOMMSEN T., *Die rom. Anfange von Kaus und Miethe,* in *ZSS*, VI, 1885, 260 ss.

MOSCATI E., *Art. 1519-quater (diritti del consumatore). Commi 1-6*, in *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, a cura di L.GAROFALO-V.MANNINO-E.MOSCATI-P.M.VECCHI, Padova, 2003, 286 ss.

NATOLI G., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, *Il comportamento del debitore*, in *Tratt. dir. civ. e comm.*,diretto da A.CICU E F.MESSINEO, Milano, 1984.

NICOLUSSI A., *Difetto di conformità e garanzie in forma specifica*, in *La vendita di beni di consumo*, a cura di R.ALESSI, Milano, 2005, 79 ss.

NOAILLES P., *L'auctoritas dans la loi des douze tables*, in *Fas et jus études de droit romain*, Paris, 1948.

NOAILLES P., *Du droit sacré au Droit civil. Cours de Droit Romain Approfondi (1941-1942),* Paris 1949.

NÖRR D., *Alla ricerca della vera filosofia. Valori etico-sociali in Giulio Paolo (a proposito di D. 19.1.43 s.; 1.1.11; 45.1.83; 46.3.98.8; 18.1.34.1-2),* in D. NÖRR D., *Römisches Recht: Geschichte und Geschichten. Der Fall Arescusa et alii (Dig. 19,1,43 sq.)*, München, 2005.

ORESTANO R., *Il «problema delle persone giuridiche» in diritto romano*, I, Torino, 1968.

ORTU R., *Garanzia per evizione: "stipulatio habere licere" e "stipulatio duplae"*, in *La compravendita e l'interdipedenza delle obbligazioni*, a cura di L. Garofalo, II, Padova, 2007, 313 ss.

OSTI G., *La revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in OSTI, *Scritti giuridici*, I, Milano, 1973, 167 ss.

PACIFICI-MAZZONI E.*, Il codice civile italiano commentato,* 8ª ed., a cura di G. VENZI, vol. XII, *Trattato della vendita*, I, Torino, 1929.

PACIFICI-MAZZONI E., *Istituzioni di diritto civile italiano*, 5ª ed., a cura di G.VENZI, Firenze, 1921.

PAGNI I., *Tutela specifica e tutela per equivalente*, Milano, 2004.

PAGSLEY D., *D. 19, 1, 50: 'periculum emptoris'*, in *The Irish Jurist*, VII, n.s., 1972, 381 ss.

PALAZZOLO N., *Evizione della cosa locata e responsabilità del locatore*, in *BIDR*, 68 (1965), 3 ss.

PALMIERI A., *Arriva il codice del consumo: riorganizzazione (tendenzialmente) completa tra addii ed innovazioni,* in *Foro it.,* V, 131 (2006), 76 e ss.

PANTALEONI D., *Della auctoritas patrum nell'antica Roma sotto le sue diverse forme*, Torino, 1884.

S. PELET, *L'impact de la directive 99/44/CE relative à certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation sur le droit français*, in *Rev. eur.dr. consom.*, 2000, 41 ss.

PATTI S., *Sul superamento della distinzione tra vizi e aliud pro alio datum nella direttiva 1999/44/CE*, in *Riv. dir. civ.*, II, 48 (2002), 623 ss.

PATTI S.*, La vendita dei beni di consumo, la conformità al contratto di vendita stabilito all'art. 129, commi 1° e 2°, del del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206*, in *Nuove Leggi Civ. Comm*., 29 (2006), 362 ss.

PATTI S.*, La vendita di beni di consumo* in *Obbligazioni e Contratti*, 4 (2008) 680 ss.

PATTI S.*, Metodo e tendenze del diritto civile in Europa*, in *Scienza giuridica e prassi. Convegno Aristec. Palermo 26-28 novembre 2009*, a cura di L. VACCA, Napoli, 2011, 341 ss.

PELLECCHI L., *La praescriptio. Processo, diritto sostanziale, modelli espositivi*, Padova, 2003.

PELLOSO C., *Studi sul furto nell'antichità mediterranea*, Padova, 2008

PEPPE L., *La vastità del fenomeno fiduciario nel diritto romano: una prima riflessione*, in *Le situazioni affidanti*, a cura di M. LUPOI, Torino, 2006, 21 ss.

PERNICE A., *Labeo*. *Romisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, II.I, Halle, 1873-1900.

PEROZZI S., *Istituzioni di diritto romano*[2], Roma, 1928.

PEROZZI S., *La tradizione*, in *Annali Perugia*, 1 (1880), 3 ss.

PEZZANA A., *La cautio de evictione nelle compravendite ravennati*, in *St. on. De Francisci*, I, 1956, Milano, 185 ss.

PICCINILLI C., *Studi e ricerche intorno alla definizione: dominium est ius utendi et abutendi re sua, quatenus iuris ratio patitur*, Firenze, 1886 (da ultimo in *Antiqua*, 4, Napoli, 1980).

PIRAINO F., *Adempimento e responsabilità contrattuale,* Napoli, 2011.

POTHIER G.R., *Trattato della Vendita*, 2ª ed.it., Livorno, 1841.

POWELL R., *Eviction In Roman Law And English Law*, in *Studies In The Roman Law of Sale*, 1959, 78 ss.

PRINGSHEIM F., *The Greek Law Of Sale*, Weimar, 1950.

PUCHTA G., *System und Geschichte des römischen Privatrechts*, in *Cursus der Institutionen der römischen Rechts*, a cura di P. KRÜGER, Leipzig, 1881, 359 ss.

PUGLIESE G., *Il processo civile romano,I, Le legis actiones*, Roma, 1962.

PUGLIESE G., *Note sull'ingiustizia della sentenza nel diritto romano*, in *Studi in onore di E. Betti*, III, Milano, 1962, 763 ss.

PUGLIESE G.– SITZIA F.-VACCA L., *Istituzioni di diritto romano*, 3 ed., Torino, 1991.

PUGLIESE G., *Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano,* in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica,* Atti del Congresso Internazionale, 17-21 aprile 1990, Pisa-Viareggio-Lucca, I, a cura di L. VACCA, Milano, 1991, 25 ss. (da ultimo in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica, Materiali per un corso di diritto romano*, a cura di L. VACCA, Torino, 1997, 39 ss.).

PUGLIESE G., *Sull'obbligazione di «mancipare» nella compravendita romana*, in , in *Études offertes à Pierre Jaubert. Liber Amicorum*, Bordeaux, 1992, 597 ss. [da ultimo in G. PUGLIESE, *Scritti giuridici (1985-1995)*, a cura di L. VACCA, Napoli, 2007, 523 ss.].

PUGLIESE G., *Aspetti del rapporto fra diritto e processo in Roma antica*, in *Seminarios Complutenses de derecho romano*, VI, 1994, 27 ss.

PUGSLEY D., *D. 19. 1. 50: periculum emptoris*, in *The Irish Iurist*, 1972, 381 ss.

PUGSLEY D., *The roman law of property and obligations*, Cape Town, 1972.

PUGSLEY D.,*Quod autem valet mancipatio*, in *Americans are aliens and other essays on Roman Law*,1989.

PUGUI P., *Application au contract d'enterprise de la nouvelle garantie de conformité: évolution ou révolution?*, in *Rev. contr.*, 2005, 963 ss.;

PULVIRENTI G., *Fondamento, natura e limiti dell'azione redibitoria nel diritto civile e commerciale italiano,* in *Foro it.*, 34 (1909), I, 574 ss.

RABEL E., *Die Haftung des Verkaufers wegen Hangels im Rechte*, Leipzig, 1902.

RABEL E., *Grundzüge des römisches Privatrechts*, Basel, 1955[2]

RABITTI M., *Garanzie convenzionali nella vendita dei beni di consumo tra promessa al pubblico e repole di formazione del contratto*, in *Contr. Impr.*, 2008, 945 ss.

RICCA BARBERIS M., *Efficacia giuridica del patto de non praestanda evictione*, Roma, 1903.

RICCA BARBERIS M., *Sulla natura della garanzia per evizione*, Napoli, 1915.

RICCA-BARBERIS M., *L'ambito dell'obbligo della garanzia per evizione,* in *Riv. dir. civ.,* 7 (1915), 582 ss.

RICCI F., *Corso teorico-pratico di diritto civile*, VII, 2ª ed., Torino, 1886.

RODEGHIERO A*., In tema di sinallagma funzionale nella compravendita romana classica*, in *BIDR*, 40 (2006), 551 ss.

RODEGHIERO A., *Sul sinallagma genetico nell'emptio venditio classica*, Padova, 2004.

ROMANO G., *Nota sulla tutela del contraente evitto nell'ambito dei c.d. contratti innominati. Il caso dell'actio auctoritatis*, in *Diritto@Storia*, 9 (2010).

ROMANO S., *Pagamento del prezzo e trasferimento della proprietà nella compravendita romana*, Perugia, 1934.

ROMANO S., *Vendita. Contratto estimatorio*, in *Trattato di diritto civile italiano*, diretto da G. GROSSO E F. SANTORO PASSARELLI, V, Milano, 1960

ROMEO S., *L'appartenenza e l'alienazione in diritto romano. Tra giurisprudenza e prassi*, Milano, 2010.

ROSSETTI G., *Problemi e prospettive in tema di «struttura» e «funzione» delle azioni penali private,* in *BIDR*, 97 (1994), 343 ss.

ROSSETTI G., *Interdipendenza delle obbligazioni e "risoluzione" della "emptio venditio": alcune soluzioni casistiche della giurisprudenza classica*, in *La compravendita e l'interdipedenza delle obbligazioni*, a cura di L. GAROFALO, II, Padova, 2007, 28 ss.

ROSSI CARLEO L., *La codificazione di settore: il Codice del Consumo*, in *Rassegna dir. civ.*, 26 (2005), 879 e ss.

RUBINO D., *La compravendita,* nel *Trattato di dir. civ. e comm.* diretto da A.CICU e F.MESSINEO, Milano, rist. 1972.

RUSSO E., *Evizione e garanzia,* Milano, 1965.

RUSSO E., *La responsabilità per inattuazione dell'effetto reale,* Milano, 1965.

RUSSO E., *Vendita e consenso traslativo*, in *Il Codice Civile Commentario*, fondato e già diretto da P. Schlesinger e continuato da F. D. Busnelli, Milano, 2010.

SACCONI G., *Ricerche sulla stipulatio*, Napoli, 1989.

SALVI E., *Teorica dell'evizione nel diritto romano e nel diritto patrio*, Bari, 1903

SANFILIPPO C., *Istituzioni di diritto romano*, Messina, 1996.

SARGENTI M., *L'evizione nella compravendita romana*, Milano, 1960.

SARGENTI M., *La satisdatio secundum mancipium e la stipulatio habere licere nel quadro della garanzia per evizione nella compravendita romana*, in *BIDR* 65 (1962), Milano, 1962.

SARGENTI M., *Per una revisione della nozione dell'auctoritas come effetto della mancipatio*, in *Studi in onore di E. Betti*, IV, Milano, 1962, 18 ss.

SARGENTI M., *Rec. Calonge, Eviccion historia del concepto y analis de su contenido en el derecho romano clasico*, in *Iura*, 20 (1969), 579 ss.

SCARPA A., *La vendita dei beni di consumo: la conformita' al contratto e i diritti del consumatore tra codice del consumo e codice civile*, in *Giurisprudenza di merito*, 2008, 3038 ss.

SCEVOLA R., '*Venditio nummo uno*', in *La compravendita e l'interdipedenza delle obbligazioni*, a cura di L. GAROFALO, I, Padova, 2007, 413 ss.

SCHERILLO S., *Corso di istituzioni di diritto romano*,Milano, s. d.

SCIALOJA V., *L'actio ex stipulatu in caso di evizione parziale e la L. 64 D. de evictionibus 21, 2*, Siena, 1882.

SCIALOJA V., *Compra-vendita*, lezioni stenografate e compilate dal dott. G.Pulvirenti, A.A. 1906-07

SCIALOJA V., *La l. 16 dig. de cond. causa data 12,4 e l'obbligo di trasferire la proprietà nella vendita romana*, in *BIDR.* 19 (1907), 161 ss.

SCIANDRELLO E., *Studi sul contratto estimatorio e sulla permuta nel diritto romano*, Trento, 2011.

SCOGNAMIGLIO M., *Note su sinallagma condizionale e 'periculum rei venditae'*, in in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano,* a cura di L. GAROFALO, I, Padova, 2007, 173 ss.

SERRAO F., *Diritto privato, Economia e Società nella storia di Roma*, I^2, Napoli, 1999

SILVEIRA MARCHI E.C., *'Periculum rei venditae' e 'periculum dotis aestimatae'*, in *Labeo*, 47 (2001), 384 ss.

SOLIDORO MARUOTTI L., *«.. Si vero sciens reticuit et emptorem decepti ..» (D. 19.1.13 pr.): vizi di fatto, vizi di diritto e reticenza del venditore*, in *Fides humanitas ius. Studii in onore di L. Labruna*, VIII, Napoli, 2007, 5269 ss.

STOLFI G., *Diritto civile,* IV, Torino, 1934.

STURM F., *Origine et évolution de la mancipation : Synthèse rétrospective de l'enseignement de Philippe Meylan* , in *Melanges P. Piotet*, Bern, 1990.

TABET A., *L'inadempimento contrattuale per stato di necessità*, in *Foro It.*, 76 (1951), IV, 199 ss.

TAGLIAFERRI V., *Vendita, permuta, leasing. Percorsi giurisprudenziali*, Milano, 2010

TALAMANCA M., *L'arra della compravendita in diritto romano ed in diritto greco*, Milano, 1953.

TALAMANCA M., *L'origine della sponsio e della stipulatio*, in *LABEO*, 9 (1963), 96 ss.

TALAMANCA M., *Conventio e stipulatio nel sistema dei contratti romani*, in *Le droit romain et sa reception en Europe*, Varsavia, 1973, 195 ss.

TALAMANCA M., *La tipicità dei contratti romani fra conventio e stipulatio fino a Labeone,* in *«contractus e pactum»* Napoli, 1987, 35 ss.

TALAMANCA M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990. TALAMANCA M., *Conventio e stipulatio*, in *«Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea»*, *Atti del Convegno di Diritto romano, Siena 14-15 aprile 1989*, Napoli, 1991, 164 ss.

TALAMANCA M., voce *Vendita in generale: a) Diritto romano*, in *E.D.*, XLVI, Milano, 1993, 303 ss.

TALAMANCA M., *Considerazioni sul 'periculum rei venditae'*, in *Sem. Compl.*, VII, 1995, 217 ss.

TALAMANCA M., *Considerazioni sul "periculum rei venditae"*, in *Fundacion Seminario de Derecho romano "Ursicino Alvarez"*, Madrid, 1996, 217 ss.

TALAMANCA M., *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, a cura di L.GAROFALO, IV, Padova, 2003, 14 ss.

THOMAS J., *Celsus: Sale and the passage of property*, in *Studies de Zulueta*, 1959, 160 ss.

THORMANN K. F., *Auctoritas (Ein Beitrag zum römischen Kausfsrechte)* , in *Iura,* 5 (1954), 6 ss.

TOMULESCU C. S., *La «mancipatio» nelle commedie di Plauto*, in *LABEO***,** 17 (1971), 284 ss.

TOURNAFOND O., *De la transposition de la directive du 25 mai 1999 à la réforme du code civil*, in Dalloz, 2002, 2883 ss.

VACCA L., *Derelictio e traditio in incertam personam*, in *Scritti in onore di Domenico Barillaro*, Milano, 1982, 87 ss.

VACCA L., *Delitti privati e azioni penali nel Principato,* in *Aufstieg und Niedergang der rom. Welt,* 14, Berlin-New York, 1982 223 e ss.

VACCA L., *Il c.d. duplex dominium e l'actio Publiciana*, in *La proprietà e le proprietà, Atti del Convegno della Società italiana di Storia del diritto. Pontignano 30 settembre-3 ottobre 1985*, a cura di E. CORTESE, Milano, 1988, 39 ss. [ora in *Appartenenza e circolazione dei beni. Modelli classici e giustinianei*, a cura di L.VACCA, Padova, 2006, 129 ss.].

VACCA L., *La giurisprudenza romana nel sistema delle fonti del diritto romano*, Torino, 1989.

VACCA L., *Duplex dominium e actio Publiciana*, in *La proprietà e le proprietà*, a cura di E. CORTESE, Milano, 1988 (da ultimo in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica, Materiali per un corso di diritto romano*, a cura di L. VACCA, Torino, 1997, 88 ss.).

VACCA L., *Iusta causa e bona fides nell'usucapio romana a proposito del titolo pro suo*, in *Sodalitas, Scritti in on. di A Guarino*, Napoli, s.d., 1955 ss.

VACCA L., *Ancora sull'estensione dell'ambito di applicazione dell'actio empti in età classica*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica, Materiali per un corso di diritto romano*, a cura di VACCA L., Torino, 1997, 221 ss.

VACCA L., *Annotazioni in tema di vendita e trasferimento della proprietà,*in *Incontro con Giovanni Pugliese,* 18 aprile 1991, Milano, 1992 [da ultimo in *Appartenenza e circolazione dei beni. Modelli classici e giustinianei*, a cura di L.VACCA, Padova, 2006, 167 ss.].

VACCA L., voce *Usucapione, a) diritto romano*, in *E.D.*, XLVII, Milano, 1993, 989 ss.

VACCA L *La garanzia per evizione e le obbligazioni del venditore nel sistema romano e nel sistema del codice civile italiano,*in *Scintillae Iuris, Studi in memoria di G. Gorla,* Tomo II, Milano, 1994, 1135 ss. (da ultimo in L. VACCA, *Appartenenza e circolazione dei beni. Modelli classici e giustinianei*, Padova, 2006, 259 ss.).

VACCA L., *Sulla responsabilità «ex empto» del venditore nel caso di evizione secondo la giurisprudenza tardo-classica*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica, Materiali per un corso di diritto romano*, a cura di VACCA L., Torino, 1997, 193 ss.

VACCA L., *Profili della risoluzione nella compravendita e nella locazione fra storia e comparazione*, in *Europa e dir. priv.*, 2 (1998), Milano, 493 ss.

VACCA L., *La riforma di Giustiniano in materia di usucapio e longi tempori praescriptio fra concezioni dommatiche classiche e prassi postclassica*, in *BIDR*, XXXV-XXXVI, 1998, 147 ss. [ora in *Appartenenza e circolazione dei beni. Modelli classici e giustinianei*, a cura di L.VACCA, Padova, 2006, 445 ss.].

VACCA L., "*Actiones poenales*" *e "actiones quibus res persequimur"*, in *Iura,* 49 (1999), 41 ss.

VACCA L., *Risoluzione e sinallagma contrattuale nella giurisprudenza dell'età classica*, in *Il contratto inadempiuto. Realtà e tradizione del diritto contrattuale europeo (III Congr. Intern. ARISTEC. Ginevra 24-27 settembre 1997)*, Torino, 1999, 23 ss. [ora in L. VACCA, *Garanzia e responsabilità. Concetti moderni e dogmatiche attuali*, Padova, 2010, 113 ss.].

VACCA L., *'Dominium', 'in bonis', proprietà provinciale*, in *Atti del Convegno Internazionale di Diritto romano. Città, territorio, diritto privato nei primi due secoli dell'Impero, Copanello 5-8 giugno 2002* [ora in *Appartenenza e circolazione dei beni. Modelli classici e giustinianei*, a cura di L.VACCA, Padova, 2006, 621 ss.]

VACCA L., *Buona fede e sinallagma*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, a cura di L.GAROFALO, IV, Padova, 2003, 349 ss.

VACCA L., *Cultura giuridica e armonizzazione del diritto europeo*, in *Europa e dir. priv.*, 7 (2004), 65 ss.

VACCA L., *Osservazioni in tema di 'condictio' e arricchimento senza causa nel diritto romano classico*, in *L'arricchimento senza causa. Atti del Convegno dell'Università degli Studi Roma Tre. Roma, 24 e 25 ottobre 2003*, a cura di V. MANNINO, Torino, 2005, 7 ss. [ora in *Appartenenza e circolazione dei beni. Modelli classici e giustinianei*, a cura di L.VACCA, Padova, 2006, 573 ss.]

VACCA L., *Actio e diritto subiettivo. Riflessioni sul pensiero di Giovanni Pugliese in materia di rapporti fra diritto e processo*, in *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo*, a cura di L.VACCA, Padova, 2008, 248 ss.

VACCA L., *'Emptio venditio' e 'iusta causa traditionis. (A proposito di alcuni libri recenti)*, in *SDHI*, 2011, in corso di pubblicazione.

VECCHI P.M., *Il principio consensualistico. Radici storiche e realtà applicativa*, Torino, 1999.

VECCHI P.M., *Commento al comma 1 art.1519-ter (Conformità al contratto)*, in *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, a cura di L.GAROFALO-V.MANNINO-E.MOSCATI-P.M.VECCHI, Padova, 2003.

VECCHI P.M., *Buona fede e relazioni successive all'esecuzione del rapporto obbligatorio*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese*, a cura di L.GAROFALO, IV, Padova, 2003, 353 ss.

VIARO S., *L'eccezione di inadempimento nell''emptio venditio'*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano,* a cura di L. GAROFALO, I, Padova, 2007, 789 ss.

VINEY G., *Quel domaine assigner à la loi de transposition de la directive européenne sur la vente?*, in *Sem. jur.*, 2002, I, 1497 ss.

VISINTINI G., *Inadempimento e mora del debitore (artt. 1218 – 1228)*, in *Comm. cod. civ.*, diretto da P.SCHLESINGER, Milano, 1987.

VISINTINI G., *La reticenza nella formazione dei contratti,* Padova 1972.

VOCI P., *Modi di acquisto della proprietà*, Milano, 1952.

VOCI P., *Azioni penali e azioni miste*, in *SDHI*, 66 (1998), 1 ss.

VOCI P., *Azioni penali in concorso tra loro*, in *SDHI*, 67 (1999), 1 ss.

VOCI P., *Istituzioni di diritto romano*, 6ª ed., Milano, 2004.

VOLTERRA E., voce *Mancipatio*, in *NNDI*, X, Torino, 1964, 97 ss.

WACKE A., *Die verschuldete Eviktion*, in *Fs. Niederlander*, 1991, 141 ss.

WATSON A., *Rome of XII Tables*, New York, 1975.

WATSON A., *The Law Of Obligations In The Later Roman Republic*, Aalen, 1984.

WINDSCHEID B., *Diritto delle Pandette*, II, trad.it. Fadda e Bensa, Torino, 1925.

WINKEL L., *Bemerkugen zu Paulus D. 21, 2, 41, 2*, in *ZSS***,** 102 (1985), 482 ss.

WOLF J.G., *Per una storia della 'emptio venditio': l'acquisto in contanti quale sfondo della compravendita romana. Una lezione*, in *Iura*, LII (2001), 30 ss.

ZACCARIA A.- DE CRISTOFARO G., *La vendita di beni di consumo*, Padova, 2002.

ZAMORANI P., *Plebe Genti Esercito, una ipotesi sulla storia di Roma (509-339 a.C.),* Milano, 1987.

ZIMMERMANN R., *The law of obligations: Roman foundations of the civilian tradition*, Oxford, 1996

ZIMMERMANN R., *Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi*, in *Riv. dir.civ.*, 47 (2001), I, 703 ss.

ZUCCOTTI F., *Congettura sulle origini della stipulatio*, in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano,* II, Milano, 1987, 51 ss.