

Labeone e l'estensione della «redhibitio» all'«actio empti»

1. Premessa – 2. Le ragioni che hanno portato all'introduzione della redibitoria e la *ratio* dell'estensione della *redhibitio* all'*actio empti* – 3. Veridicità dell'attribuzione a Labeone dell'estensione della *redhibitio* all'*actio* contrattuale di buona fede: conferma nel *modus operandi* del giurista – 4. Il regime postclassico della *redhibitio* nel libro siro-romano di diritto: prova della classicità dell'*actio empti* a fini redibitori – 5. Il meccanismo della *redhibitio* nell'*actio empti* all'interno del processo formulare e il sistema delle *cautiones*: spunti di riflessione.

1. Un argomento affascinante che, pur avendo destato la curiosità e l'interesse di vari studiosi¹, ancora oggi rimane privo di uno studio approfondito e di una soluzione solidamente provata, è costituito senza dubbio dal significato dell'estensione della *redhibitio* all'*actio empti*, dal momento a cui far risalire tale innovazione e, soprattutto, dall'individuazione del meccanismo che nel giudizio di buona fede avrebbe consentito di conseguire quel risultato, che nella redibitoria edilizia era reso possibile dalla clausola arbitraria.

L'idea di svolgere una ricerca in tale direzione è nata dalla lettura dell'esordio del titolo XXI.1. del Digesto, in cui, prima di riportare il testo dell'editto '*de mancipiis vendundis*' nella redazione giuliana, Ulpiano esporrebbe la seguente affermazione: '*Labeo scribit edictum aedilium curulium de venditionibus rerum esse tam earum quae soli sint quam earum quae mobiles aut se moventes*'².

Stando dunque all'esordio della *sedes materiae* Labeone avrebbe scritto che l'editto degli edili curuli riguardava le vendite di cose immobili ('*eorum quae soli sint*'), mobili ('*eorum quae mobiles*') o se moventi ('*se moventes*')³.

¹) Si vedano in particolare A. DE SENARCLENS, *L'extension de l'édit des édiles aux ventes de toute espèce de choses*, in «RH.», VI, 1927, p. 385 ss., R. MONIER, *La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine*, Paris, 1930, p. 186 ss., W. FLUME, *Miszellen. Zum römischen Kaufrecht*, in «ZSS.», LXVII, 1934, p. 335, G. IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, Padova, 1955, p. 265 ss., V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*², Napoli, 1954, rist. 1990, II, p. 397 ss., A.M. HONORÉ, *The History of Aedilician Actions from Roman to Roman-Dutch Law*, in «Studies in the Roman Law of Sales (Dedicated to the Memory of Francis de Zulueta)», Oxford, 1959, rist., Aalen, 1977, p. 137 ss., A. PEZZANA, *Sull'actio empti come azione di garanzia in alcuni testi di Cicerone*, in «BIDR.», LXII, 1959, p. 185 ss., ID. *Azioni di garanzia per i vizi della cosa in diritto bizantino*, in «Synteleia Arangio-Ruiz», II, Napoli, 1964, p. 648 ss., D. MEDICUS, *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes*, Köln-Graz, 1962, p. 140 ss., H. HONSELL, *Quod interest im bonae fidei iudicium. Studien zum römischen Schadensersatzrecht*, München, 1969, p. 1969, p. 83 ss., A. WATSON, *Sellers' Liability for Defects: Aedilician Edict and Praetorian Law*, in «Jura», XXXVIII, 1987, p. 171, M. TALAMANCA, *Vendita (diritto romano)*, in «ED.», XLVI, 1993, p. 445 ss., L. VACCA, *Ancora sull'estensione dell'ambito di applicazione dell'actio empti in età classica*, in «Jura», XLV, 1994, p. 59 ss., C. BALDUS, *Una azione experiri debet? Zur Klagenkonkurrenz bei Sachmängeln im römischen Kaufrecht*, in «Orbis Iuris Romani», V, 1999, p. 20 ss., e N. DONADIO, *La tutela del compratore tra actiones aediliciae e actio empti*, Milano, 2004, p. 210 ss.

²) Per l'interpolazione del paragrafo si veda «Index Interpolationum» (II, Weimar, 1931, c. 1) *ad h.l.*

³) Sul passo (D. 21.1.1.pr.), con particolare riferimento alle *res 'se moventes'*, si veda il recente articolo di C. LANZA, *D. 21.1.: Res se moventes e morbus vitiumve*, in «SDHI.», 2003, p. 1 ss. Sull'ambito di applicazione delle disposizioni edilizie, si vedano F. KNIEP, *Praescriptio und Pactum*, Jena, 1891, p. 163 ss., H. VINCENT, *Le droit des édiles. Études historique et économique des prescriptions édificiennes sur la vente et la garantie*, Paris, 1955, p. 28 ss., A. DE SENARCLENS,

L'interpretazione tradizionale della dottrina si impernia sulla convinzione che il passo sia interpolato, dal momento che, contemplando il *principium* del frammento «una fattispecie più ampia rispetto a quella del successivo § 1, riferendosi il primo alla vendita di cose di qualunque tipo ed il secondo alla vendita dei soli *mancipia*»⁴, la paternità della frase «*tam earum quae soli sint quam earum quae mobiles aut se moventes*» sarebbe da attribuirsi ai compilatori e alla necessità di estendere il valore delle norme edilizie alle vendite aventi per oggetto merci di qualsivoglia tipologia. Sulla base di questa impostazione, pertanto, viene anche ritenuto che, nel passo in esame, non sia genuino nemmeno il riferimento che «Labeone farebbe a generiche *res* (*edictum aedilium de venditione rerum esse*) piuttosto che, come sarebbe logico, ai *mancipia* e – al più – ai *umenta*»⁵.

Di conseguenza, la dottrina che accetta tale impostazione arriva alla conclusione di ritenere che in D. 21.1.1.pr. di labeoniano ci sia ben poco, anche perché, diversamente, si dovrebbe ammettere già per l'inizio dell'età classica l'estensione dell'editto edilizio a tutti i tipi di vendita⁶.

Effettivamente, anche andando a leggere il testo dell'editto edilizio tramandatoci da Aulo Gellio (*noct. Att.* 4.2.1.)⁷, le uniche disposizioni, che da esso apprendiamo, riportate peraltro in una forma alquanto stringata, sono quelle inerenti alle vendite di *mancipia*. In questo senso, quindi, è irrealistico pensare che Labeone abbia voluto asserire che l'editto edilizio si riferiva sin dall'origine a

L'extension de l'édit des édiles aux ventes de toute espèce de chose, cit., p. 385 ss., MONIER, *La garantie contre les vices*, cit. 161 ss., IMPALLOMENI, *L'editto*, cit., p. 165 ss., e L. MANNA, *Actio redhibitoria e responsabilità per i vizi della cosa nell'editto de mancipiis vendundis*, Milano, 1994, p. 1 ss.

⁴) Si veda MANNA, *op. cit.*, p. 2.

⁵) Cfr. MANNA, *op. cit.*, p. 3.

⁶) Secondo la MANNA, *Actio redhibitoria*, cit., p. 3, il testo più antico sarebbe quello riportato da Gell., *noct. Att.* 4.2.1. L'autrice condivide le conclusioni di IMPALLOMENI, *L'editto*, cit., p. 265 ss., il quale, a differenza di quanto sostenuto in questo articolo, sostiene che l'estensione dell'ambito di applicazione dell'editto edilizio sia un'innovazione voluta da Giustiniano e, pertanto, D. 21.1.1.pr. sarebbe compilatorio «nella seconda parte, che non può essere stata scritta da Ulpiano» (IMPALLOMENI, *op. cit.*, p. 266), anche considerato che spesso nel Digesto i testi con cui iniziano i titoli sono interpolati. Inoltre, prosegue l'autore, se «gli editti *de mancipiis* e *de iumentis* fossero stati applicati anche ai beni immobili, l'estensione sarebbe stata dai mobili agli immobili e mai viceversa dagli immobili ai mobili, come invece parrebbe proprio dire il fr. 1 pr. Finalmente, la mancanza assoluta di casistica per le vendite di altre cose (mobili od immobili) che non siano schiavi od animali, conferma ancora la mano di Triboniano». Il fatto, poi, che, all'interno del *Corpus Iuris*, ci siano due testi (Ulp. 8 *disp.*, D. 21.1.49 e C.I. 4.58.4), che trattano della redibizione di un fondo per vizio occulto dello stesso, non proverebbe alcunché, dal momento che questi, secondo l'autore, sono interpolati. Impallomeni continua il discorso, osservando che la soluzione da lui proposta è avvalorata da tutta una serie di frammenti appositamente rimaneggiati allo scopo di estendere l'ambito di applicazione della redibitoria, quali D. 5.3.20.19 (Ulp. 15 *ad ed.*), D. 50.16.195.3 (Ulp. 46 *ad ed.*), D. 21.1.31.9 (Ulp. 1 *ed. aed. cur.*), D. 21.1.33.1 (Ulp. 1 *ed. aed. cur.*), D. 21.1.34.pr. (Afr. 4 *quaest.*) e D. 21.1.43.10 (Paul. 1 *ed. aed. cur.*). Inoltre, D. 21.1.61 (Ulp. 80 *ad ed.*), sarebbe stato manomesso dai giustiniani nello spirito, dal momento che, inserendolo all'interno della *sedes materiae*, il riferimento in esso non è tanto all'azione civile, quanto alla *quanti minoris* edilizia, ammissibile, dunque, anche nel caso di vendite di immobili. Infine, conclude l'autore, «nella Compilazione, sono stati usati due testi, fr. 19.2 e 23.4, che nel nuovo sistema diretto alla fusione del diritto civile con l'onorario acquistano un significato tutto nuovo, carico di nuove conseguenze giuridiche... Dai due frammenti, presi così assieme, si deduce che ormai le azioni edilizie sono praticamente azioni contrattuali nascenti dalla compravendita, ed hanno quindi applicazione generale: il pensiero di Ulpiano viene pertanto tutto svisato» (cfr. IMPALLOMENI, *op. cit.*, p. 270 s.). Su D. 21.1.1.pr. si vedano anche L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I, Leipzig, 1908, p. 55 nt. 37, M. WLAŚAK, *Zur Geschichte der Negotiorum Gestio*, Jena, 1879, p. 171, A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, III.2, Leipzig, 1876, rist. Aalen 1965, p. 116, F. HAYMANN, *Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache*, Berlin, 1912, p. 37 e 103 ss., O. LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leipzig, 1927, rist. Aalen 1985, p. 554 nt. 2, E. SECKEL, E. LEVY, *Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht*, in «ZSS.», LX, 1927, p. 125 nt. 1, MONIER, *La garantie*, cit., p. 162 s., W. W. BUCKLAND, P. STEIN, *A Text-book of Roman Law from Augustus to Justinian*³, Cambridge, 1963, p. 489 nt. 16, e MANNA, *Actio redhibitoria*, cit., p. 1ss. Su D. 21.1.49 cfr. IMPALLOMENI, *L'editto*, cit., p. 266 s., P. MADER, *Mortuus redhibetur? Eine Untersuchung zum aedilizischen Sachmängelrecht*, in «ZSS.», CXIV, 1984, p. 220 nt. 81, in cui si ritiene il frammento interpolato, e WATSON, *Sellers' Liability*, cit., p. 171 nt. 9. Su C. 4.58.4 si vedano IMPALLOMENI, *L'editto*, cit., p. 266 s., e MANNA, *Actio redhibitoria*, p. 91 nt. 49. La tesi dell'interpolazione di D. 21.1.1.pr. trova, inoltre, due sostenitori alquanto autorevoli, ossia LENEL, *Das Edictum*, cit., p. 554, e ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., II, p. 395 ss.

⁷) *An edictum aedilium curulium, qua parte de mancipiis vendundis cautum est, scriptum sic fuit: 'Titulus servorum singulorum scriptus sit curato ita ut intellegi recte possit quid morbi vitium cuique sit, quis fugitivus errore sit nocere solutus non sit'*.

tutti i tipi di vendita.

Il punto, però, sul quale ci discostiamo dalla dottrina tradizionale concerne proprio il significato da attribuire al *principium* di D. 21.1.1: a nostro parere, infatti, esso va letto non tanto come un'affermazione di Labeone nel senso appena esposto (ché, se così fosse, ne sarebbe incontestabile l'interpolazione), quanto piuttosto come una risposta, data per la prima volta dal giurista, circa la possibilità di estendere anche alle vendite aventi un oggetto diverso dai *mancipia* e *iumenta* non tanto l'editto edilizio in sé (come troviamo scritto in D.21.1.1.pr.), quanto piuttosto il contenuto principale del medesimo (richiamato quindi attraverso il generico riferimento all'*edictum aedilium curulium*), cioè l'efficace rimedio della *redhibitio*, inizialmente introdotto solo per le vendite di *mancipia* e, poi, di *iumenta*: ciò sarebbe stato reso possibile non da un'applicazione estensiva della redibitoria, ma dall'estensione della *redhibitio* all'*actio empti* di buona fede.

E che il senso da attribuire all'esordio della *sedes materiae* sia quello appena esposto risulta chiaramente da un indizio formale. Infatti, se il *principium* fosse davvero tutto interpolato non si capirebbe il motivo per il quale i giustinianeî avrebbero dovuto attribuire a Labeone un pensiero, che molto più semplicemente, avrebbero potuto riferire, ad esempio, ad Ulpiano, autore dell'opera dalla quale è stato escerpito il passo in esame. E' quindi molto probabile che il giurista augusteo abbia asserito qualcosa che poteva prestarsi alla generalizzazione contenuta nell'esordio della *sedes materiae*, ove il richiamo generico all'editto edilizio⁸ è stato sostituito a ciò che Labeone dovette aver realmente asserito, ossia che la *redhibitio* – tramite l'*actio empti* – trovava applicazione anche per vendite aventi un oggetto diverso da quello contemplato dalle disposizioni degli edili curuli.

Chiarito quanto sopra, ci si può domandare quali fossero le vendite per le quali Labeone propose, per la prima volta, di estendere il rimedio della redibizione; a tal fine è, però, necessario fare un passo indietro e andare a leggere alcuni passi del *de officiis* di Cicerone, dai quali emerge come al tempo dell'Arpinate fosse particolarmente sentita l'esigenza di tutela per i vizi della *merx* in ipotesi che non rientravano nella tutela edilizia, in quanto riguardanti compravendite di immobili (ossia di '*res quae soli sint*' per usare un'espressione che ritroveremo in D. 21.1.1.pr.).

I luoghi da considerare sono i seguenti:

Cic., *off.* 3.16.65-67: Ac de iure quidem praediorum sanctum apud nos est iure civili, ut in iis vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori. Nam, cum ex duodecim tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitatus esset, dupli poenam subiret, a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta; quicquid enim esset in praedio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatum dictum esset, praestari oportere. Ut, cum in arce augurium augures acturi essent iussissentque Ti. Claudium Centumalum, qui aedes in Caelio monte habebat, demoliri ea, quorum altitudo officeret auspiciis, Claudius proscrispsit insulam [vendidit], emit P. Calpurnius Lanarius. Huic ab auguribus illud idem denuntiatum est. Itaque Calpurnius cum demolitus esset cognossetque Claudium aedes postea proscrispsisset, quam esset ab auguribus demoliri iussus, arbitrum illum adegit, QUICQUID SIBI DARE FACERE OPORTERET EX FIDE BONA. M. Cato sententiam dixit, huius nostri Catonis pater (ut enim ceteri ex patribus, sic hic, qui illud lumen progenuit, ex filio est nominandus) – is igitur iudex ita pronuntiavit: 'cum in vendendo rem eam scisset et non pronuntiasset, emptori damnum praestari oportere'. Ergo ad fidem bonam statuit pertinere notum esse emptori vitium, quod nosset venditor...

Cic., *off.* 3.17.71: Quocirca astutiae tollendae sunt eaque malitia, quae volt illa quidem videri se esse prudentiam, sed abest ab ea distatque plurimum. Prudentia est enim locata in dilectu bonorum et malorum, malitia, si omnia, quae turpia sunt, mala sunt, mala bonis ponit ante. Nec vero in praediis solum ius civile ductum a natura malitiam fraudemque vindicat, sed etiam in mancipiorum venditione venditoris fraus omnis excluditur. Qui enim scire debuit de sanitate, de fuga, de furtis, praestat edicto aedilium.

Il primo dei passi riportati, dopo aver esordito con l'affermazione in base alla quale nella vendita di

⁸) Questo ci sembra dimostrato anche dall'uso del verbo '*esse*', che tradisce il fatto che Labeone deve aver affermato qualcosa di diverso rispetto alla circostanza che l'editto edilizio riguardava tutti i tipi di vendita: se così fosse avvenuto, infatti, sarebbe stato impiegato un verbo diverso dal generico '*esse*'.

praedia devono essere dichiarati i *vitia* che sono noti al venditore, asserisce la responsabilità di quest'ultimo, puntualizzando che '*quicquid enim esset in praedio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere*'. Subito dopo al paragrafo successivo, viene prospettata l'ipotesi di colui, che, dopo aver ricevuto l'ordine di demolire alcune parti di certe sue case, decide di venderle, tacendo, però, sull'ordine di demolizione; in tale circostanza viene nuovamente ribadita la responsabilità del *venditor* che, non avendo dichiarato, all'atto della vendita, quelli che a tutti gli effetti sono dei vizi giuridici della cosa, sarà tenuto al risarcimento del danno: ciò perché, come si esplicita al § 67, è conforme alla buona fede che sia reso noto al compratore il vizio conosciuto dal venditore.

Appare, quindi, evidente dalla fonte ora riportata come al tempo di Cicerone fosse piuttosto sentita l'esigenza di tutela dell'*emptor* per ipotesi di vizi – se pure giuridici – relativi agli immobili.

Il secondo dei passi è, poi, di particolare importanza, perché, oltre a ribadire la necessità che nella vendita dei *praedia* vengano punite le frodi dei venditori, prospetta una sorta di parallelismo con le vendite dei *mancipia* – tutelate quindi dall'editto edilizio – per le quali ribadisce il medesimo principio appena citato per gli immobili.

Quanto sino ad ora esposto pare condurre alla conclusione che al tempo di Cicerone⁹, in cui gli editti edilizi *de mancipiis vendundis* e *de iumentis vendundis* erano già stati pubblicati, iniziava ad essere sentita con particolare vigore l'esigenza di una tutela incisiva per i vizi della *merx* anche in riferimento a vendite che non rientravano nell'ambito di applicazione delle disposizioni edilizie, quali, ad esempio, quelle di immobili. La risposta a tale esigenza, che nel *de officiis* non si esprime esplicitamente se non nella possibilità di intentare contro il venditore dolosamente reticente l'*actio empti* per il risarcimento del danno, suggerisce l'eventualità di un ampliamento della tutela edilizia, nel senso di estensione della *redhibitio*, anche a vendite diverse da quelle dei *mancipia*, che dallo stesso Cicerone sono richiamate al § 71, per ribadire, anche in questo contesto, oltre che in quello concernente le *emptiones et venditiones* di *praedia*, la necessità di scoraggiare le frodi dei venditori.

Ora, ritornando al significato da attribuire al *principium* di D. 21.1.1, crediamo che quanto contenuto nei passi del *de officiis* possa aiutare a comprendere che cosa deve aver affermato Labeone, qualche tempo dopo Cicerone, circa la possibilità di ottenere la *redhibitio* in relazione a vendite non di *mancipia*. Infatti, attestata la forte esigenza di tutela per vizi nelle compravendite di immobili già al tempo dell'Arpinate, considerato l'esordio della *sedes materiae*, che estende il contenuto dell'editto edilizio in primo luogo alle *res quae soli sint*, riteniamo verosimile e coerente con l'*excursus* delineato affermare che sia da attribuire al giurista augusteo l'estensione della *redhibitio* all'*actio empti* proprio in riferimento agli immobili: una volta aperta la strada a tale estensione, sarebbe stato facile applicare il contenuto dell'editto edilizio, ossia la redibizione, anche alle vendite di tutte le altre cose mobili diverse da *mancipia* e *iumenta*.

Ciò, del resto, spiegherebbe perché in D. 21.1.1.pr., invece di trovare l'affermazione in base alla quale Labeone scrisse che la *redhibitio* trovava applicazione anche per vendite diverse da quelle di *mancipia* e *iumenta* (come in realtà egli dovette suggerire), l'estensione attribuita al giurista è riferita in modo generico all'*edictum aedilicium*.

Secondo noi, dunque, le conclusioni della dottrina tradizionale in merito all'estensione della *redhibitio* all'*actio empti* vanno riconsiderate in questa prospettiva, soffermandosi sia sullo studio delle risposte date da Labeone all'esigenza di tutelare situazioni nuove, prive sino a un certo momento di rilievo giuridico, al fine di dimostrare come l'attribuzione al giurista di questa estensione sia coerente con il suo generale *modus operandi*, sia sull'esegesi di D. 19.1.11.3 (Ulp. 32 *ad ed.*: '*... redhibitionem quoque contineri empti iudicio ...*'), in cui, essendo attribuito a Labeone e Sabino il riconoscimento del fatto che la *redhibitio* è contenuta nell'*actio ex empto*, si trova un elemento che è in grado di supportare

⁹) Per un commento ai luoghi ora considerati del *de officiis* si vedano MONIER, *La garantie contre les vices*, cit., p.113 ss., E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, I, Roma, 1964, p. 192 s., H. ASHTON HOLDEN, *M. Tulli Ciceronis De Officiis Libri Tres*, rist. Amsterdam, 1966, p. 397 s., e A.R. DYCK, *A Cometary on Cicero, De Officiis*, The University of Michigan Press, 1996, p. 575 s. Sul § 67 cfr., inoltre, M. TALAMANCA, *La 'bona fides' nei giuristi romani: «Laeformel» e valori dell'ordinamento*, in «Studi A. Burdese», IV, Padova, 2003, p. 143 ss.

la tesi appena esposta circa la risalenza dell'estensione della *redhibitio* all'*actio empti* già agli inizi del I secolo d.C.

Si deve comunque dare atto del fatto che anche gli studi più recenti, pur avendo rivalutato la genuinità di D. 19.1.11.3 – tradizionalmente ritenuto interpolato –, hanno al contrario continuato a ritenere spurio D. 21.1.1.1.pr. Troveremo, pertanto, autori che si soffermano ampiamente sulla genuinità di D. 19.1.11.3¹⁰, senza però né prendere in considerazione D. 21.1.1.pr. né tentare di avvalorare la genuinità del frammento in questione mettendolo in relazione con l'esordio di D. 21.1; a nostro parere è invece importante mettere a confronto i due passi, dal momento che il contenuto di D. 19.1.11.3 – in cui è, come già precisato, dato per pacifico il fatto che l'*actio empti* conteneva la redibizione a partire dal tempo di Labeone e Sabino – consente di comprendere meglio il criptico esordio della *sedes materiae*. Nel corso di queste note, dunque, sosterremo la classicità dell'estensione della *redhibitio* all'*actio empti*, anche sulla base della nuova lettura del *principium* di D.21.1.1 appena esposta.

Prima di dimostrare l'assunto si ritiene, però, necessario fare un passo indietro per cercare di comprendere i motivi che hanno portato alla concessione della *redhibitoria* edilizia, al fine di individuare, poi, quelli che hanno a loro volta giustificato l'estensione della *redhibitio* all'*actio empti*.

E' a tal fine importante individuare l'ambito di applicazione dell'editto edilizio soprattutto al tempo di Labeone, dal momento che proprio i limiti dello stesso avrebbero portato il giurista a proporre l'estensione della *redhibitio* all'*actio empti*.

A questo proposito è d'aiuto la lettura di alcuni luoghi del *de re rustica* varroniano, dai quali si viene a conoscenza di un ampio uso di stipulazioni di garanzia ancora in un momento in cui l'editto edilizio era già stato pubblicato. Ciò, dunque, potrebbe essere un indice dell'originario ristretto ambito di applicazione dei rimedi edilizi, peraltro rivelatisi molto efficaci in relazione alle vendite per cui furono concessi, come dimostra il grande interesse rivolto ad essi soprattutto dalla giurisprudenza classica.

2. Ai fini appena espressi, si possono dunque leggere alcuni frammenti del *de re rustica* di Varrone, dai quali, come già anticipato, si viene a conoscenza di un diffuso impiego delle stipulazioni di garanzia per i vizi della *merx*, sia, come vedremo, in un tempo piuttosto remoto, sia in un periodo (quello in cui visse Varrone) nel quale l'editto edilizio (per lo meno quello *de mancipiis vendundis*) – tradizionalmente datato intorno al II secolo a.C.¹¹ – era già stato pubblicato.

Queste due informazioni sono importanti per la presente ricerca, da un lato, perché, consentendo di conoscere il sistema di garanzia anteriore alla pubblicazione dell'editto *de mancipiis vendundis*¹², aiutano a comprendere i punti deboli del suddetto sistema che hanno portato alla concessione della *redhibitoria* prima e della *quanti minoris* poi, dall'altro perché, documentando l'uso di *stipulationes* in concomitanza con la tutela edilizia, aiutano a cogliere i limiti insiti nella medesima: è infatti noto che essa fu introdotta solo per le vendite concluse nei mercati aventi ad oggetto *mancipia e iumenta*¹³.

¹⁰ Si vedano, in particolare, VACCA, *Acora sull'estensione*, cit., p. 60 ss., e DONADIO, *loc. cit.*

¹¹ Per l'argomento si vedano, in generale, IMPALLOMINI, *L'editto degli edili curuli*, cit., p. 92 ss., e MANNA, *Actio redhibitoria*, cit., p. 11 ss.

¹² Anche alcune commedie di Plauto (in particolare *Merc.* 416-420 e *Mil.* 727-729) indicano la risalenza del problema legato alla garanzia per i vizi della cosa comprata. Sul dibattito intorno all'attendibilità delle notizie contenute nelle opere di Plauto, cfr. E.I. BEKKER, *De emptione et venditione quae Plauti fabulis fuisse probetur*, Berolini, 1853, E. COSTA, *Il diritto privato romano nelle commedie di Plauto*, 1890, rist. 1968, W. KUNKEL, *Fides als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht*, in «Festschrift P. Koschaker», Weimar, 1939, II, p. 1 ss., F. PRINGSHEIM, *The Greek Law of Sale*, Weimar, 1950, p. 419, U.E. PAOLI, *Nota giuridica su Plauto (Plauto, Persa, vv. 67-71)*, in «Jura», IV 1953, p. 174 ss., Th. MOMMSEN, *Römische Geschichte*, Berlin, 1881, trad. it. – *Storia di Roma antica* –, Firenze, 1960, I, p. 1090, S. MAZZARINO, *Storia romana e storiografia moderna*, 1954, p. 38 ss., M. TALAMANCA, *Contributi allo studio delle vendite all'asta nel mondo classico*, Roma, 1954, p. 33 ss., F. CANCELLI, *L'origine del contratto consensuale di compravendita nel diritto romano. Appunti esegetico-critici*, Milano, 1963, e L. LABRUNA, *Plauto, Manilio, Catone: premesse allo studio dell' 'emptio' consensuale*, in «Studi E. Volterra», V, Milano, 1971, p. 23 ss. (= *Labeo*, XIV, 1968, p. 24 ss.).

¹³ Per quello che riguarda la competenza degli edili curuli, cfr. A. GUARINO, *L'editto edilizio e il diritto onorario*, in «Labeo», I, 1955, p. 295 ss. (= ID., *Pagine di diritto romano*, IV, Napoli, 1994, p. 267 ss.), M. KASER, *Die Jurisdiktion*

Rimanevano, pertanto, escluse da essa sia le compravendite stipulate al di fuori dei mercati, sia quelle concluse in questi ma aventi ad oggetto cose diverse da schiavi e *iumenta*.

Ciò premesso, si possono leggere i passi del *de re rustica* utili al presente studio:

Varr., *r. rust.* 2.2.5-6: In emptionibus iure utimur eo, quod lex praescripsit. In ea enim alii plura, alii pauciora excipiunt: quidam etiam pretio facto in singulas oves, ut agni cordi duo pro una ove adnumerentur, et si quoi vetustate dentes absunt, item binae pro singulis ut procedant. De reliquo antiqua fere formula utuntur. Cum emptor dixit 'Tanti sunt mi emptae?' et ille respondit 'Sunt' et expromisit nummos, emptor stipulatur prisca formula sic: 'Ilasce oves, qua de re agitur, sanas recte esse, uti pecus ovillum, quod recte sanum est extra luscam surdam minam, id est ventre glabro, neque de pecore morbosum esse habereque recte licere, haec sic recte fieri spondesne?' ...

Varr., *r. rust.* 2.5.10-11: ... Eos cum emimus domitos, stipulamur sic: 'Illosce boves sanos esse noxisque praestari? cum emimus indomitos, sic: 'Illosce iuvenco 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 ...

Varr., *r. rust.* 2.10.5: In horum (sc. *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.

Marco Terenzio Varrone, che come è noto visse nell'arco del primo secolo a.C., trascorse gli ultimi anni della sua vecchiaia dedicandosi intensamente alla composizione delle sue opere erudite, tra le quali si annovera il *de re rustica*, pubblicato nel 37 a.C. Il secondo libro, dal quale sono tratti i frammenti riportati e che è dedicato all'allevamento del bestiame, è preceduto da un proemio nel quale viene fatto l'elogio del piccolo contadino dei tempi antichi accompagnato da un lamento retorico e moralistico per lo spopolamento delle campagne e la decadenza dei costumi, anticipando così l'ideologia augustea volta a celebrare il piccolo proprietario italico; questa, però, appare in evidente contrasto con quella che era la realtà sociale ed economica, che, invece, l'erudito dimostra di conoscere molto bene. L'esposizione, infatti, è improntata a una grande concretezza e a un pragmatismo tipicamente romano; il possidente terriero per cui Varrone scrive è il latifondista, padrone di immensi poderi e di numerose e splendide *villae*, alla cui gestione provvede mediante un gran numero di sottoposti e servendosi di innumerevoli schiavi¹⁴.

Dato quindi atto dell'attendibilità delle notizie riportate da Varrone, è arrivato il momento di soffermarsi sul primo dei passi considerati, all'interno del quale si tratta della compravendita di pe-

der kaurulischen Adilen, in «Melanges Ph. Meylan», I, Lausanne, 1963, p. 173 ss. (= ID., *Ausgewählte Schriften*, II, Napoli, 1976, p. 477 ss.), E. BETTI, «*Jurisdictio praetoris*» e potere normativo, in «Labeo», XIV, 1968, p. 7 ss., F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*², II, Napoli, 1973, p. 239 ss., M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², München, 1996, p. 174 ss., F. GALLO, *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto. Corso di diritto romano*, Torino, 1997, in particolare p. 20 e p. 105. Si veda, inoltre, Cic., *leg.* 3.3.7. Sul problema connesso alla competenza in relazione alle vendite di schiavi stipulate al di fuori dei mercati preme sottolineare che la questione prospettata è duplice. Da un lato, infatti, essa si pone in riferimento alle vendite di schiavi stipulate al di fuori dei mercati, dall'altro, però, essa riguarda anche le vendite sui mercati di merci diverse da schiavi e animali. Secondo l'opinione di Th. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*³, II.1, Basel, 1952, p. 504, fu proprio la competenza specifica degli edili a giustificare l'esclusione dell'applicazione dell'editto edilizio alle locazioni, che in quanto tali non venivano concluse nei mercati. Bisogna, infine, ricordare che l'*actio empti*, invece, si intentava davanti al tribunale del pretore. Si veda F. SCHULZ, *Classical roman Law*, Oxford, 1951, p. 14 e 535 ss. Cfr. altresì quanto argomentato da L. GAROFALO, *Studi sull'azione redibitoria*, Padova, 2000, in particolare p. 36 s. Per quello che riguarda la sopravvivenza della magistratura degli edili curuli si rimanda a DE MARTINO, *Storia*, cit., IV, p. 631, ove l'autore sottolinea che «L'esistenza degli edili curuli e plebei è ancora attestata in iscrizioni del 2° e del 3° secolo, ma nel tardo impero questi magistrati non si ritrovano tra quelli menzionati nelle costituzioni imperiali ...».

¹⁴ Su Varrone si veda H. SCHANZ, C. HOSIUS, *Geschichte der römischen Literatur bis zum Gesetzgebungswerk des Kaisers Justinians*, München, I, 1959, p. 573 s., G. CAVALLIO, P. FEDELI, A. GIARDINA, *Lo spazio letterario di Roma antica*, I, *La produzione del testo*, Roma, 1989, p. 198 ss., M. VON ALBRECHT, *Geschichte der römischen Literatur*, I, Bern, 1992, p. 472 ss., e I. LANA, E.V. MALTESE, *Storia della civiltà letteraria greca e latina*, II, *Dall'ellenismo all'età di Traiano*, Torino, 1998, p. 589 ss.

core; in esso Varrone richiama in due punti un'antica formula: dapprima riportando le parole solenni pronunciate dalle parti (*'tanti sunt mi emptae?' et ille respondit 'sunt' et expromisit nummos'*), e poi richiamando una clausola usata per garantire della sanità degli animali comprati, per introdurre la quale viene impiegata l'espressione *'prisca formula'*.

Il dato che sicuramente non lascia indifferenti è costituito dal fatto che l'erudito pare riferirsi a un tempo piuttosto lontano nel passato, nel punto in cui, richiamando la formula impiegata per garantire che gli animali comprati sono sani, usa l'aggettivo *'priscus'*, che non solo nel contesto in questione è sinonimo di «antico»¹⁵, ma anche in un senso più generale è collegato ad un tempo alquanto remoto¹⁶.

La dottrina¹⁷ sembra, inoltre, abbastanza concorde nell'affermare che le stipulazioni ora considerate e che, come si è visto, avevano ad oggetto la sanità dell'animale venduto, risalgono ad un'età in cui non sussisteva ancora la tutela edilizia¹⁸: del resto, proprio l'assenza di quelle formule, dettate successivamente dagli edili curuli, avrebbe fatto sentire l'opportunità e l'utilità di ricorrere a queste *stipulationes*, che, come si vedrà, non mancheranno di essere documentate nello stesso diritto edilizio, nel punto in cui il testo dell'editto *de mancipiis vendundis* richiama *'... quod dictum promissumve fuerit cum veniret ...'*¹⁹.

Un elemento a favore di quanto appena asserito circa la risalenza di queste stipulazioni sembra essere confermato dal contenuto del secondo brano del *de re rustica* riportato (2.5.10-11), in cui la formula usata per garantire della sanità dell'animale comprato è riportata all'autorità del giurista Manilio, nel punto in cui si spiega che *'... paulo verbosius hac, qui Manili actiones secuntur lanii, qui ad cultrum bovem emunt ...'*.

Sappiamo che Manilio²⁰ – ricordato da Pomponio, inoltre, tra coloro *'qui fundaverunt ius civi-*

¹⁵ «Th.L.L.», X.2, sv. *'priscus'*, c. 1372, ll. 59 ss.

¹⁶ Æ FORCELLINI, *Lexicon Totius Latinitatis*, Padova, 1827-1831 (rist. 1965), III, sv. *'priscus'*, p. 866, dove tale aggettivo è spiegato nei seguenti termini: «(a pris, ut prior, primis, etc.) antiquus, vetustus, cuscus, antico, vecchio, prisco, ἀρχαῖος. Proprie dicitur fere de iis, quae multo ante nos tempore fuerunt». Si veda altresì A. WALDE, J.B. HOFMANN, *Letinisches etymologisches Wörterbuch*⁵, Heidelberg, 1972, II, sv. *'priscus'*, p. 362.

¹⁷ Cfr. in particolare ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, II, cit., p. 355 e IMPALLOMENI, *L'editto*, cit., p. 100 ss. Cfr. recentemente E. JAKAB, *Praedicere und cavere beim Marktkauf. Sachmängel im griechischen und römischen Recht*, München, 1997, p. 157 ss., la quale (p. 162) sostiene che «Die Stipulationsformulare Varros konnten aber keineswegs unmittelbar vom Edikt dekretiert worden sein. Dagegen spricht vor allem die Tatsache, daß die Garantiestipulationen nicht nur beim Kauf von Sklaven- und Zugtieren, sondern auch bei Kleintieren, Schafen, Ziegen, sogar Hunden in gleicher Weise verwendet wurden, obwohl die letzten zu Varros Zeit noch keineswegs unter das Edikt fallen konnten ...».

¹⁸ IMPALLOMENI, *L'editto*, cit., p. 100, inoltre, a sostegno dell'affermazione formulata nel testo ricorre al seguente argomento analogico: «l'editto *de iumentis vendundis* è posteriore a Cicerone, mentre le stipulazioni a garanzia dei vizi occulti, nelle vendite di bestiame (tra i quali i giumenti e i *pecora*), erano praticate già prima di Manilio».

¹⁹ D. 21.1.1.1 (Ulp. 1 *ed. aed. cur.*). Sul testo dell'editto contenuto nel frammento si vedano A.F. RUDORFF, *Edicti perpetui quae reliqua sunt*, Leipzig, 1869, p. 271, BECHMANN, *Der Kauf*, cit., I, p. 400, C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Helffeld*, Erlangen, 1790-1892, trad. it. – *Commentario alle Pandette* –, Milano, 1888-1909, XXI, 1898 (*cur.* F. SERAFINI), p. 14 (cfr. *ivi*, p. 12 ss., la nota [b] di S. PEROZZI), O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig, 1901, p. 1289, VINCENT, *Le droit des édiles*, cit., p. 35 ss., LENEL, *Das Edictum*, cit., p. 554 ss., MONIER, *La garantie*, cit., p. 32 ss., M. KASER, *Zum Ediktsstil* in «Festschrift F. Schulz», II, Weimar, 1951, p. 21 ss. (= ID., *Ausgewählte Schriften*, Napoli, 1976, I, p. 207 ss.), F. PRINGSHEIM, *The Decisive Moment for Aedilician Liability*, in «RIDA.», I, 1952, p. 545 ss. (= ID., *Gesammelte Abhandlungen*, II, Heidelberg, 1961, p. 171 ss.), ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, II, cit., p. 353 ss., A. GUARINO, *L'editto edilizio e il diritto onorario. Postilla: ancora sull'editto edilizio*, cit., p. 295, IMPALLOMENI, *L'editto*, cit., p. 39 ss., E. VOLTERRA, *Intorno all'editto degli edili curuli*, in «Scritti U. Borsari», Padova, 1955, 19 ss. (= ID., *Scritti giuridici*, IV, Napoli, 1993, p. 483 ss.), e *Ancora sull'editto degli edili curuli*, in «Iura», VII, 1956, p. 141 ss., GUARINO, *Ancora sull'editto edilizio*, cit., p. 352 ss., A. PEZZANA, *Recensione a Impallomeni e Volterra*, in «Iura», VII, 1956, p. 249 ss., HONORÉ, *The History of the Aedilician Actions*, cit., p. 132 ss., e MANNA, *Actio redhibitoria*, cit., Milano, 1994, p. 1 ss.

²⁰ La JAKAB, *Praedicere*, cit., p. 161, dopo aver ricordato che Pomponio inserisce Manilio tra quei giuristi che fondarono il *ius civile*, spiega che «er ist bekannt als Autor eines Formularbuches über Kaufgeschäfte: *Venialium vendendorum leges*. Varro bestätigt, daß in jenem Werk von Manilius für verschiedene Kauftypen verschiedene Formulare vorgeschlagen wurden. In diese Musterformulare ist bei Viehkäufen die Stipulation des Verkäufers über die Gesundheit und Freiheit von *noxā* immer selbstverständlich eingebaut».

le²¹ – compose una collezione di *formulae*²², che rimase in uso fino alla fine della Repubblica e che viene, appunto, richiamata dallo stesso Varrone. La dottrina ha, perciò, ritenuto non solo che nelle *leges rerum vendundarum*²³ di questo giurista venissero riportate le redazioni più note ed applicate delle stipulazioni di garanzia²⁴, ma anche che queste fossero praticate già prima di Manilio, dal momento che i formulari da lui redatti e riportati da Varrone²⁵ «presuppongono una prassi precedente, che gli servisse di criterio e di guida per poter stabilire quali difetti andassero presi in considerazione per certi animali, e quali per altri»²⁶. Sulla base di tali osservazioni, pertanto, gli studiosi²⁷ hanno dedotto che, al pari di quanto accadde per le vendite di giumenti e di *pecora*, dovette avvenire per quelle di schiavi, nel senso che, in un primo tempo, si usò garantire della sanità dei *mancipia* tramite le stipulazioni, mentre, in un secondo momento, gli edili emanarono l'editto *de mancipiis vendundis* sulla denuncia dei vizi²⁸.

Ancora un dato si può ricavare da *r. rust.* 2.5.10-11.

Varrone, infatti, sottolineando che, quando gli animali venivano comprati per essere sacrificati davanti agli altari, non si era soliti garantire sulla sanità degli stessi, dimostra che le stipulazioni di garanzia – così come si vedrà anche per le azioni edilizie – servivano solo per il compratore che faceva uso lavorativo della cosa.

La prassi di garantire anche della sanità dello schiavo tramite stipulazioni di garanzia è poi documentata dal terzo passo sopra riportato, nel luogo in cui si precisa che «*in horum emptione ... et stipulatio intercedere, sanum esse, furtis noxisque solutum*».

Sembra, dunque, che, oltre al tenore delle *stipulationes* richiamate da Varrone, nelle quali non solo si garantisce in relazione a quei vizi, che saranno poi ripresi nel testo dell'editto stesso – ossia che l'animale o lo schiavo non è *morbosus* e che è *noxis solutus* –, l'uso dell'espressione «*prisca formula*» e il collegamento con le formule raccolte da Manilio facciano propendere per la risalenza ad un periodo abbastanza remoto di questa forma di garanzia, che rimase in uso ancora dopo la pubblicazione dell'editto edilizio. Del resto, il fatto che le stipulazioni di garanzia continuarono ad essere usate nonostante la tutela edilizia è confermato proprio dal tipo di vendite di cui parla Varrone, ossia quelle di schiavi e animali, che in parte coincidono con quelle, concluse nei mercati, prese in considerazione dagli edili curuli. Per quello che riguarda le *emptiones et venditiones* di animali, infatti, bisogna sottolineare che rientravano inizialmente nella tutela edilizia solo quelle di *iumenta*, ma che la disciplina fu poi estesa anche ai *pecora*²⁹, nei quali vengono incluse tanto le pecore quanto i *boves*, di cui tratta Varrone.

²¹) D. 1.2.2.39 (Pomp. *l.s. ench.*). Ricordiamo, inoltre, che Manilio fu console nel 149 a.C. Cfr. F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*², Oxford, 1953, trad. it. – *Storia della giurisprudenza romana* –, Firenze, 1968, p. 90. Sul giurista si veda anche W. KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung der römischen Juristen*², Weimar, 1967, p. 11.

²²) SCHULZ, *Storia*, cit., p. 165 precisa che l'esistenza di una simile letteratura, oltre che dal fatto che il *de re rustica* di Varrone fa uso sia di collezioni posteriori che di quella di Manilio, è attestata anche da Cic. *leg.*, 1.4.14, nonché dal fatto che i formulari conservati nel *de agri cultura* di Catone provengono da qualche collezione di cui non si conosce l'autore e che, forse, era anonima (così SCHULZ, *loc. ult. cit.*).

²³) A questo proposito si deve precisare che Varrone non asserisce che tale formula fu introdotta da Manilio – console nel 149 a.C. –, ma si limita semplicemente a dare atto del fatto che già il giurista la inseriva nei suoi formulari; ciò starebbe, pertanto, ad indicare la risalenza della stessa. Si vedano sul punto KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung*, cit., p. 11 ed ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, II, p. 334 nt. 1.

²⁴) ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, II, p. 355 s.

²⁵) Non solo nei testi citati nel presente paragrafo, ma anche in altri luoghi del *de re rustica*, quali 2.3.5, 2.4.4, 2.6.3, 2.7.6 e 2.9.7.

²⁶) IMPALLOMENE, *L'editto*, cit., p. 100. *Contra*, cfr. A. DE SENARCLENS, *La date de l'édit des édiles de mancipiis vendundis*, in «T.», IV, 1923, p. 389 ss., il quale sostiene che, dal momento che le fonti non attestano che Manilio abbia formulato il testo di una stipulazione per le vendite di schiavi, soltanto dopo questo giurista si sia iniziato a praticare una simile stipulazione.

²⁷) IMPALLOMENE, *op. cit.*, p. 100.

²⁸) Condividono l'opinione, in base alla quale le stipulazioni di garanzia venivano praticate ancor prima dell'intervento edilizio, P. JÖRS, W. KUNKEL, L. WENGER, *Römisches Privatrecht*³, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1949, p. 234.

²⁹) Si veda sul punto D. 21.1.38.4-6 (Ulp. *2 ed. aed. cur.*).

E' pertanto evidente come la tutela edilizia non si sia sostituita alle stipulazioni di garanzia, che come si è visto erano in uso prima di essa e hanno continuato ad esserlo dopo di essa non solo – come è ovvio – per le vendite (ad esempio quelle di cani)³⁰ che non rientravano nella tutela edilizia, ma anche per quelle contemplate dall'editto edilizio, ma piuttosto si è affiancata a queste *stipulationes* per colmare le lacune della prassi negoziale.

Ciò, del resto, è conforme alla storia della compravendita che appare più che altro come la storia dei rimedi escogitati per supplire alle sue manchevolezze³¹. Una prova di tale affermazione è offerta dallo stesso testo dell'editto edilizio, che troviamo nel Digesto, in cui esso appare come l'insieme di disposizioni che si sono aggiunte a un nucleo originario, come sembrano dimostrare le numerose rubriche dello stesso³².

E', inoltre, sufficiente confrontare la testimonianza di Varrone con quella contenuta nelle Pandette, per accorgersi come nel testo dell'editto ci si sia preoccupati di provvedere in modo alquanto particolareggiato, affinché lo schiavo venduto fosse immune sia dalle malattie corporali sia dai difetti dell'animo, in relazione ai quali si è addirittura specificato quali fossero quelli che avevano un rilievo a fini redibitori; parimenti anche per le vendite di *iumenta* il testo dell'editto ha esteso la garanzia per i vizi anche all'ipotesi in cui l'*emptor* dovesse essere tutelato nel suo diritto di comprare l'animale bardato di tutti quegli *ornamenta* con i quali era stato esposto nel mercato.

Sembra, quindi, potersi affermare, che le disposizioni dell'editto, anche per il richiamo contenuto in quello *de mancipiis vendundis* ai *'dicta et promissa'*, siano il completamento di una precedente e, in un certo senso, lacunosa prassi negoziale³³. Allo stesso tempo, però, il continuo impiego delle stipulazioni di garanzia³⁴ nonostante la tutela edilizia rivela i limiti intrinseci dell'editto degli edili curuli valevole solo per le vendite di *mancipia* e *iumenta* avvenute nei mercati.

Si deve, a questo punto, ancora precisare che il risultato che si poteva conseguire intentando l'*actio ex stipulatu* era ben diverso da quello, come vedremo più vantaggioso per l'*emptor*, raggiungibile con le azioni edilizie e, in particolare, con la redibitoria³⁵. Infatti, se è vero che con l'*actio ex stipulatu* il compratore godeva di una tutela incisiva³⁶, è altrettanto vero che essa non garantiva di per sé il recupero integrale del prezzo, né tanto meno consentiva il meccanismo della redibizione, nel senso

³⁰) R. rust. 2.9.7: *'Sequitur quantum de emptione: sit alterius, cum a priore domino secundo traditus est. De sanitate et noxa stipulationes fiunt eadem, quae in pecore, nisi quod hic utiliter exceptum est ...'*

³¹) F. GALLO, *Il principio «emptio dominium transfertur» nel diritto pregiustiniano*, Milano, 1960, p. 17 e nt. 6.

³²) Cfr. LENEL, *Das Edictum*, cit., p. 562 ss..

³³) L'idea di un completamento del regime civilistico relativo all'*emptio venditio* sembra, inoltre, essere confermato anche dalla storia della responsabilità per evizione, sulla quale cfr. ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, II, p. 309 ss. Per le fonti si veda il titolo D. 21.2. Inoltre, confrontando D. 21.1.1.1 con il testo più antico e stringato dell'editto *de mancipiis vendundis* contenuto in Gell., *noct. Att.* 4.2.1 (*'In edicto aedilium curulium, qua parte de mancipiis vendundis cautum est, scriptum sic fuit: Titulus servorum singulorum scriptus sit curato ita ut intellegi recte possit quid morbi vitivae cuique sit, qui fugitivus errore sit noxave solutus non sit'*), risulta evidente che il diritto edilizio si è andato evolvendo nel corso del tempo. Si veda altresì, GALLO, *Il principio*, cit., p. 17 e nt. 6.

³⁴) Una testimonianza importante dell'impiego nella prassi delle stipulazioni di garanzia, in un momento in cui sicuramente l'editto edilizio era già stato pubblicato, è offerto dalle *Tabulae Pompeianae* dell'archivio puteolano dei Sulpicii – in particolare da *TPSulp.* 42, ll. 1-3; *TPSulp.* 43, ll. 1-5 – in cui è documentato l'uso della *stipulatio duplae*, che, secondo G. CAMODECA, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum (TPSulp.)*. Edizione critica dell'archivio puteolano dei Sulpicii, I, Roma, 1999, p. 115, sarebbe stata impiegata per dare garanzia al compratore sia per i vizi occulti, nella sola misura, però, dell'*id quod interest*, sia per l'evizione, nella misura del doppio del prezzo. Cfr. altresì, P. GRÖSCHLER, *rec. a CAMODECA, Tabulae Pompeianae Sulpiciorum*, cit., in «Iura», LI, 2000, p. 125 ss.

³⁵) Lo stesso ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, II, p. 361, ha, infatti, sottolineato come l'*actio ex stipulatu* portasse solo ad un risarcimento del danno. Inoltre HONSELL, *Quod interest in bonae-fidei-iudicium*, cit., p. 62 ss., osserva che, nel caso in cui il venditore avesse esplicitamente garantito mediante un'apposita *stipulatio* l'assenza di vizi determinati (ad esempio, che il servo *'sanum esse, furem non esse'*), la corrispondente *actio ex stipulatu* avrebbe avuto per oggetto l'*'id quod interest emptoris servus sanum esse, furem non esse'*, come risulta da D. 21.2.31 (Ulp. 42 ad Sab.); secondo l'autore, tale interesse poteva andare anche al di là dell'obiettiva differenza tra prezzo e valore.

³⁶) E che la *stipulatio* offriva all'*emptor* una valida protezione è dimostrato dal fatto che ancora nel testo dell'editto *de mancipiis vendundis* sono richiamati i *dicta et promissa*.

che non permetteva la restituzione dello schiavo³⁷, di cui l'*emptor* aveva tutto l'interesse a liberarsi, dal momento che veniva a trovarsi nella condizione di aver comprato un servo per un determinato uso³⁸, per il quale a causa del vizio non poteva in realtà impiegarlo: il risultato era quindi lo svantaggio per il compratore conseguente sia al rischio di non recuperare del tutto il prezzo pagato a suo tempo per lo schiavo, sia al dover comunque tenere presso di sé un *servus*, che, non potendo essere usato, costituiva solo un costo.

Chiarito quindi che prima dell'intervento edilizio era possibile avere una tutela in materia di vizi della *merx*, ricorrendo alle stipulazioni di garanzia, evidenziati i limiti delle stesse e precisato che l'uso delle stesse rimase nonostante l'editto edilizio, bisogna passare a considerare quale poteva essere la tutela offerta in proposito dall'azione contrattuale di buona fede, ossia dall'*actio empti*³⁹.

Una fonte che offre un indizio importante su cosa il compratore potesse conseguire, intendendo l'*actio empti propter vitium*, è costituita dal già ricordato *de officiis* ciceroniano – in particolare da 3.16.66 –, ove, se pur in riferimento a una vendita che certamente non rientrava nell'ambito di applicazione dell'editto degli edili curuli e in relazione a una materia per certi versi analoga a quella dei vizi della cosa⁴⁰, viene affermata la possibilità di intentare l'*actio empti* in caso di reticenza dolosa del venditore⁴¹, al fine di poter ottenere il risarcimento del danno. Inoltre l'affermazione «*cum in vendendo rem eam scisset et non pronuntiasset, emptori damnum praestari oportere*», che chiude il § 66, è riportata dopo che l'oratore ha richiamato M. Catone, nei termini seguenti: «*M. Cato sententiam dixit, huius nostri Catonis pater*⁴² (*ut enim ceteri ex patribus, sic hic, qui illud lumen progenuit, ex filio est nominandus*) – *is igitur iudex ita pronuntiavit ...*».

Di conseguenza, il dato che si apprende è che, in un periodo piuttosto risalente, nel quale, però, l'editto edilizio, o per lo meno quello *de mancipiis vendundis*, doveva già essere stato pubblicato⁴³, viene riconosciuta la possibilità di intentare l'*actio empti*, per la reticenza dolosa del venditore, e che ciò è asserito non solo in riferimento a vendite che hanno un oggetto diverso da quello delle compravendite disciplinate successivamente dagli edili curuli, ma anche in riferimento a situazioni, che

³⁷ Secondo la ricostruzione di CAMODECA, *op. cit.*, p. 115, di alcune tavole dell'archivio puteolano dei Sulpicii, la stipulazione di garanzia era circoscritta all'*id quod interest*.

³⁸ In molti luoghi della *sedes materiae* viene posta in risalto la rilevanza che nella compravendita assume l'impiego per il quale l'*emptor* ha comprato il servo, al punto che la stessa possibilità di intentare la *redhibitoria* per un *morbosus* o un *vitium animi*, rientrante tra quelli indicati nell'editto, è subordinata all'incisività di questi sulla possibilità di impiego dello schiavo. Ciò in particolare si desume da D. 21.1.1.8 (Ulp. 1 *ed. aed. cur.*): «*Proinde si quid tale fuerit vitii sive morbi, quod usum ministeriumque hominis impediatur, id dabit redhibitioni locum, dummodo meminerimus non utique quodlibet quam levisimum efficere, ut morbosus vitiosusve habeatur. proinde levis febricula aut vetus quartana, quae tamen iam sperni potest, vel vulnusculum modicum nullum habet in se delictum, quasi pronuntiatum non sit: contemni enim haec potuerunt, exempli itaque gratia referamus, qui morbosus vitiosusque sunt*». Si vedano anche, a titolo d'esempio, D. 21.1.11 (Paul. 11 *ad Sab.*) e D. 21.1.12.1 (Ulp. 1 *ed. aed. cur.*). Inoltre, che la garanzia per vizi in genere sia concessa a chi deve far uso della cosa comprata è documentato, come si è visto, anche dal *de re rustica* di Varrone.

³⁹ Sulla formula di questa cfr. LENEL, *Das Edictum*, cit. p. 299 e D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle Istituzioni di diritto romano*², Padova, 1999, p.53.

⁴⁰ Qui si tratta infatti di vizi giuridici della cosa, mentre la disciplina edilizia, oltre a concernere un altro tipo di vendite, riguarda i vizi corporali e dell'animo. Si deve, però, notare la tendenza, anche per quello che concerne l'editto edilizio, a dare rilievo anche ad alcuni vizi giuridici, come sembrano dimostrare i frammenti della *sedes materiae* in cui si estende la possibilità di agire con la *redhibitoria* anche al caso di compravendita di uno schiavo che «*capitalem fraudem admiserit, mortis consciscendae sibi causa quid fecerit, inve harenam depugnandi causa ad bestias intromissus fuerit ...*». Cfr. D. 21.1.1.1 (Ulp. 1 *ed. aed. cur.*).

⁴¹ Nel paragrafo seguente (il 67) Cicerone esordisce, affermando che «*Ergo ad fidem bonam statuit pertinere notum esse emptori vitium, quod nosset venditor*».

⁴² Ossia, l'Uticense. Cfr. L. FERRERO, N. ZORZETTI (cur.), *Opere politiche e filosofiche di M. Tullio Cicerone*², I, Torino, 1974, p. 795 nt. 47.

⁴³ Si veda PEZZANA, *Sull'actio empti in alcuni testi di Cicerone*, cit., p. 189, in cui l'autore sottolinea che «... il passo di Cicerone è di grande importanza, in quanto fornisce la prova che già intorno al 100 a.C. si era ammessa la possibilità di esperire l'azione contrattuale in un caso di *dolus in contrahendo*. E' tuttavia da notare, a proposito della determinazione dei limiti del riconoscimento di tale *dolus*, che nella fattispecie riferita da Cicerone non era stato sottaciuto un vizio attinente allo stato fisico della cosa, ma al suo stato giuridico; si trattava insomma di una situazione simile a quella dell'evizione».

parte della dottrina ⁴⁴ ha ritenuto non coincidere con quella che si concretizza nell'esistenza di vizi della cosa ⁴⁵.

E', quindi, evidente, da un lato, che l'esigenza di tutela per i vizi (se pur giuridici) della *merx* era sentita anche al di fuori dell'ambito di applicazione dell'editto edilizio in relazione a vendite che non rientravano nella giurisdizione degli edili curuli, dall'altro, che l'impiego dell'*actio empti propter vitium* – ancora nel I secolo a.C. – era limitata al risarcimento del danno.

Inoltre, mentre alcuni autori ⁴⁶, sulla base dei testi considerati, hanno ritenuto che già nell'ultimo secolo della Repubblica si fosse giunti ad una concezione del *dolus in contrahendo* sufficientemente ampia da comprendere il malizioso silenzio del venditore circa i vizi della cosa, alcuni hanno invece sostenuto, anche con il supporto di altri passi del *de officiis* ⁴⁷, non solo che al tempo di Cicerone l'azione contrattuale non fosse ancora data contro il venditore dolosamente reticente in ordine ai vizi della cosa, ma anche che, se non sussiste la prova che a ciò si sia giunti nell'epoca immediatamente successiva a questa, è comunque certo che «quest'estensione dell'azione contrattuale dovette esser opera della prima giurisprudenza classica, in conseguenza dell'estensione del contenuto giuridico dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede e conseguentemente del campo di applicazione dei *indicia bonae fideis*» ⁴⁸.

Dalla fonte ora considerata si apprende, dunque, in primo luogo, che l'azione contrattuale *propter vitium* nell'ultimo secolo della repubblica era esperibile per ottenere il risarcimento del danno e, in secondo luogo, che essa poteva essere intentata solo in caso di dolo del venditore, come sembrano confermare anche alcuni frammenti del Digesto che si richiamano alla '*scientia venditoris*' ⁴⁹.

Questi, pertanto, i limiti della garanzia per vizi offerta dall'*actio empti*.

Bisogna, però, precisare che proprio l'*actio empti propter vitium* sembra caratterizzata da una progressiva evoluzione, nel senso che non solo alcuni passi del titolo del Digesto dedicato alle azioni *empti et venditi* pongono il problema relativo alla possibilità di intentare l'azione contrattuale nei confronti di un venditore di buona fede ⁵⁰, richiamando altresì, per il caso del *venditor ignorans*, situazioni disciplinate dall'editto edilizio, ma anche nel senso che ad un certo punto si ammise che essa comprendesse persino la *redhibitio*.

Si deve, d'altra parte, tenere presente che, se in un primo momento l'*actio ex empto* intentata per il vizio della *merx* era circoscritta al risarcimento del danno e al dolo del venditore, essa, però, non aveva i limiti caratteristici delle azioni edilizie, che, in quanto tali, potevano essere intentate solo davanti al tribunale degli edili curuli per quelle vendite che rientravano nel ristretto ambito della giurisdizione edilizia ed erano subordinate a rigorosi termini processuali ⁵¹.

E', pertanto, verosimile che proprio l'azione contrattuale di buona fede, esperibile per tutti i

⁴⁴ In questo senso cfr. PEZZANA, *op. cit.*, p. 190.

⁴⁵ IMPALLOMENE, *L'editto*, cit., p. 243 ha, invece, osservato che quanto descritto nei paragrafi del *de officiis* ora in questione consente, almeno per analogia, di desumere il regime classico della compravendita in materia di difetti occulti.

⁴⁶ BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, III, 2, cit., p. 163, MONIER, *La garantie*, cit., p. 117, ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, II, cit., p. 212 ss., e IMPALLOMENE, *L'editto*, cit., p. 243.

⁴⁷ In particolare 3.13.54; 3.23.91, in cui si tratta della garanzia per i vizi della cosa.

⁴⁸ PEZZANA, *op. cit.*, p. 197.

⁴⁹ Sul rilievo della *scientia venditoris* e del dolo del medesimo, al fine di far valere con l'*actio empti* una sua responsabilità per i vizi della *merx*, cfr. D. 18.1.43.2 (Flor. 8 *inst.*): '*Dolum malum a se abesse praestare venditor debet, qui non tantum in eo est, qui fallendi causa obscure loquitur, sed etiam qui insidiosae obscure dissimulat*'; D. 19.1.4.pr. (Paul. 5 *ad Sab.*): '*Si servum mihi ignorantem, sciens furem vel noxium esse, vendideris, quamvis duplam promiseris, teneris mihi ex empto, quanti mea intererit scisse, quia ex stipulatu eo nomine agere tecum non possum, antequam mihi quid abesset*'.

⁵⁰ In particolare si veda D. 19.1.13.pr.-1 (Ulp. 32 *ad ed.*), in cui è riportato il pensiero di Giuliano circa la possibilità di intentare l'*actio empti* anche in presenza di un *venditor ignorans*.

⁵¹ Cfr. D. 21.1.19.6 (Ulp. 1 *ed. aed. cur.*): '*Tempus autem redhibitionis sex menses utiles habet: si autem mancipium non redhibeatur, sed quanto minoris agitur, annus utilis est. sed tempus redhibitionis ex die venditionis currit aut, si dictum promissumve quid est, ex eo ex quo dictum promissumve quid est*'. J. CUIACIUS, *Opera ad parisiensem fabrotianam editionem diligentissime exacta.*, Prato, 1839, IX, c. 2587, osserva che '*multum autem distat actio redhibitoria civilis ab aedilitia; nam civilis est perpetua ... Aedilitia est temporalis, id est semestris*'.

tipi di vendita, davanti al tribunale del pretore, sia stata vista come il mezzo processuale più adatto a ricomprendere in essa in determinati casi i vantaggi del sistema di garanzia per vizi escogitato dagli edili curuli.

Chiariti, dunque, quali erano gli strumenti processuali ai quali il compratore poteva ricorrere in presenza di vizi occulti della *merx* a prescindere dall'intervento edilizio e quali erano i limiti degli stessi, è facilmente comprensibile il motivo per il quale venne introdotta la redibitoria, cioè di fornire una tutela incisiva all'*emptor*, consentendogli di liberarsi di uno schiavo o di un animale che non era per lui di alcuna utilità e di recuperare al contempo il prezzo pagato.

Bisogna, inoltre, precisare che il periodo al quale risale l'intervento edilizio è con ogni probabilità il II secolo a.C., un contesto – quindi – in cui il numero degli schiavi ebbe modo di crescere notevolmente in seguito al verificarsi delle guerre puniche: è, pertanto, ovvio che la prima tutela specifica in tema di vizi occulti della cosa comprata sia sorta in relazione alle *emptiones et venditiones* di servi⁵². Del resto che fosse già particolarmente sentita l'esigenza di una tutela specifica per la compravendita di schiavi (e anche di animali) in riferimento a determinati vizi è testimoniato – come abbiamo visto – dalle stesse formule varroniane, che risalirebbero ad epoca assai antica e che fanno menzione di quei difetti poi ripresi nel testo dell'editto *de mancipiis vendundis*.

Risulta quindi dai frammenti di commento alle norme del testo edittale, che la tutela introdotta dagli edili curuli trova la sua ragion d'essere nel fatto che l'*emptor* ha comprato uno schiavo per un certo uso al quale è risultato poi inadatto in seguito al vizio non dichiarato dal venditore⁵³. In tale ipotesi, laddove appunto l'impossibilità di impiego dello schiavo fosse totale, il compratore agiva con la redibitoria – azione arbitraria – che gli consentiva non solo di ottenere la restituzione del prezzo pagato, ma anche di liberarsi dello schiavo dandolo indietro al venditore.

Letto in questi termini, il meccanismo della *redhibitio* offriva una tutela molto forte per l'*emptor*, ma circoscritta alle vendite di *mancipia* e *iumenta* concluse nei mercati⁵⁴.

Pertanto, di fronte a una tutela il cui buon funzionamento è dimostrato sia dall'ampliamento del testo dell'editto *de mancipiis vendundis* con l'aggiunta di nuove rubriche, sia dal commento dei giuristi, che sottolineano la necessità di estendere tale protezione anche ai *vitia animi* non rientranti tra quelli indicati come rilevanti dagli edili curuli, si pose l'esigenza di poter ottenere qualcosa di analogo non solo per le vendite di *mancipia* e *iumenta* concluse al di fuori dei mercati, ma anche per le *emptiones et venditiones* aventi ad oggetto cose diverse: ed è, per l'appunto, in un contesto simile che deve essere collocata l'estensione della *redhibitio* all'*actio empti*⁵⁵.

3. A questo punto, dopo aver evidenziato i vantaggi e i limiti della tutela edilizia stando alle informazioni che si ricavano dalle opere di Varrone e Cicerone – entrambi vissuti prima di Labeone –, è

⁵² Su questo punto cfr. GALLO, *L'officium del pretore*, cit., p. 105, il quale sottolinea che proprio l'intensificarsi dei traffici commerciali, «le ingenti ricchezze che potevano creare i traffici e gli affari, i grandi mercati di schiavi e animali procurarono sì nuovo benessere, ma allentarono l'antica correttezza contadina negli scambi. Forse così la tutela contro i raggiri nei negozi e contro i vizi occulti nelle vendite di schiavi e animali. Per i primi provvide il pretore con l'*exceptio* e l'*actio doli*; per i secondi, gli edili curuli, ai quali spettava la giurisdizione sui mercati, con le azioni *redibitoria* e *quanti minoris*. Il passaggio dall'inesistenza all'esistenza avvenne in relazione a casi concreti ...».

⁵³ Lo stesso rilievo che l'editto edilizio dà in generale al *morbus* in quanto tale è subordinato, nei commenti dei giuristi, alla sua influenza sulla possibilità di impiego dello schiavo. Si veda in particolare D. 21.1.7 (Ulp. 1 ed. aed. cur.).

⁵⁴ Cfr. sul punto, in particolare, SCHULZ, *Classical Roman Law*, cit., p. 536 ss., DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, II, cit., p. 204 e p. 237, KASER, *Die Jurisdiktion*, cit., p. 173 ss., G. NICOSIA, *Giurisdizione nel diritto romano*, in «Digesto⁴. Discipline privatistiche. Sezione civile», IX, Torino, 1993, p. 126, e F. SERRAO, *Impresa, mercato, diritto. Riflessioni minime*, in «Mercati permanenti e mercati periodici nel mondo romano. Atti degli incontri capresi di storia dell'economia antica», Bari, 2000, p. 37 ss. Si veda, inoltre, ARANGIO-RUIZ, *op. cit.*, II, p. 361, il quale sottolinea che mentre le azioni di diritto civile si intentavano davanti al tribunale del pretore, dinanzi al quale si proponevano anche le azioni da lui introdotte, le azioni edilizie non potevano essere intentate davanti al tribunale del pretore urbano o peregrino, né, al contempo, si poteva agire con l'*actio empti* davanti al tribunale degli edili curuli.

⁵⁵ CUIACIUS, *op. cit.*, VII, c. 1200 osserva che «*Multo plures sunt causae redhibitionis iure civili receptae, quam iure honorario ...*».

possibile passare a dimostrare come l'attribuzione a questo giurista, espressa in D. 19.1.11.3, della riconosciuta possibilità di ottenere la *redhibitio* tramite l'*actio empti* non sia per nulla casuale, dal momento che, come già anticipato, ciò trova conferma nell'esordio della *sedes materiae*, laddove lo si legga come una riconosciuta possibilità di chiedere la redibizione in riferimento a vendite aventi per oggetto cose diverse da schiavi e animali, non intentando la redibitoria edilizia, ma l'*actio empti*; sarebbe, pertanto, questo il senso da attribuire all'affermazione originaria del giurista, secondo il quale la redibizione (che costituiva l'innovazione principale dell'editto degli edili curuli), avrebbe trovato applicazione anche per le vendite aventi ad oggetto cose diverse da *mancipia* e *iumenta*.

Tale conclusione può ora essere ulteriormente suffragata, sia confrontando l'esordio della *sedes materiae* con D. 19.1.11.3 (Ulp. 32 *ad ed.*), sia individuando il denominatore comune delle risposte date da Labeone all'esigenza di tutelare situazioni nuove, prive sino a un certo momento di rilievo giuridico.

A questo fine, dunque, è ora il caso di dedicare un po' di attenzione al frammento del titolo '*de actionibus empti venditi*', cui si è già accennato precedentemente⁵⁶, partendo dalla lettura non solo del paragrafo citato, ma anche di quello che lo precede e di quello che lo segue:

(Ulp. 32 *ad ed.*) D. 19.1.11.2-4: 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. Redhibitionem quoque contineri empti iudicio et Labeo et Sabinus putant et nos probamus. Animalium quoque venditor cavere debet ea sana praestari, et qui iumenta vendidit solet ita promittere 'esse bibere, ut oportet'.

Nel passo, dopo aver fatto riferimento alle obbligazioni del venditore, si afferma che già Labeone e Sabino ritenevano che la redibizione rientrasse nel giudizio *ex empto* e che il venditore di animali era tenuto a garantire della sanità degli stessi. Secondo la ricostruzione di Otto Lenel, inoltre, tra D. 19.1.11.pr.-2 e D. 19.1.11.3 si troverebbero due testi, ossia D. 21.2.4 e D. 21.2.37, relativi alla garanzia per evizione⁵⁷.

Stando a un recente orientamento dottrinale⁵⁸, che si pone in netta antitesi rispetto alla dottrina tradizionale⁵⁹, il testo del fr. 11 § 3 sarebbe classico, dal momento che, almeno sulla base delle testimonianze della giurisprudenza adrianea, sarebbe stato possibile intentare l'*actio empti* per determinati vizi della cosa⁶⁰. Inoltre, è stato osservato che l'argomentazione di Ulpiano, nella sequenza dei frammenti proposta dal Lenel, tenderebbe a evidenziare «che nell'ambito del *iudicium empti*, in assenza di espresse pattuizioni, trovano comunque tutela tutte le situazioni che vengono ad incidere negativamente sul contenuto 'naturale' del rapporto. Fra queste vi sono appunto i vizi della cosa che danno luogo a *redhibitio*. E' probabile che a questo punto sia intervenuto un raccorciamento compilatorio della casistica che il giurista portava ad esplicitazione di questa affermazione, come sembra

⁵⁶ Cfr. *supra*, § 1.

⁵⁷ Si veda O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, Leipzig, 1889, rist. Graz, 1960, II, cc. 630-631 nn. 930-931.

⁵⁸ Cfr., in particolare, VACCA, *Ancora sull'estensione*, cit., p. 66.

⁵⁹ Si vedano soprattutto FLUME, *Zum römischen Kaufrecht*, cit., p. 328 ss., e ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, II, cit., p. 241 ss. e p. 398 s., il quale nota come sia proprio la posizione del paragrafo a dimostrare il fatto che esso sia rimaneggiato; in precedenza, inoltre, l'autore, richiamando *Paul. Sent.*, 2.17.6, ha avuto modo di ribadire che in riferimento al discorso sull'esercizio dell'*actio empti* «da frase *nisi paratis sit eum redhibere* si rivelasse spropositata per il fatto che la facoltà di chiedere, anziché *id quod interest*, la rescissione della compravendita sembra data non al compratore ma al venditore; ma a questo punto ci possiamo rendere ragione dell'avvenuto mutamento nel campo di applicazione delle azioni, in quanto l'azione contrattuale poteva portare essa stessa a quella *redhibitio* che in epoca classica aveva dovuto essere domandata con l'azione apposita da portare alla giurisdizione degli edili». Si veda sul punto anche IMPALLOMENE, *L'editto*, cit., p. 241 ss.

⁶⁰ In questo caso, l'esperibilità dell'*actio empti* per i vizi sarebbe stata concessa sia «in concorso alternativo con le azioni edilizie laddove queste risultavano applicabili, sia anche per estendere la tutela dall'azione *redibitoria* e *quantum minoris* ad alcune ipotesi non tutelate secondo il regime edilizio. (così VACCA, *op. cit.*, p. 65 nt. 58). Sul punto si rimanda a TALAMANCA, *Vendita*, cit., p. 445 s. Si veda, poi, MANNA, *Actio redibitoria*, cit., p. 114 ss.

dimostrato dal brusco passaggio, nel paragrafo successivo, alle specifiche garanzie che il venditore deve o suole espressamente prestare nelle vendite di animali. Dal prosieguo del discorso risulta peraltro evidente che i casi di vizi per i quali con l'*actio empti* si poteva ottenere la *redhibitio* coincidevano, di massima, con i casi tutelati anche con la specifica edilizia, e che ciò era pacifico già secondo la giurisprudenza del I secolo d.C.»⁶¹.

Si è, dunque, visto che la dottrina più recente, a differenza di quella tradizionale orientata invece verso l'interpolazione di D. 19.1.11.3, ha sostenuto l'estensione della redibizione all'*actio ex empto* già per l'età adrianea.

Da queste osservazioni si intende appunto prendere le mosse, al fine di dimostrare come tale estensione debba essere invece, secondo noi, riportata addirittura all'inizio del I secolo d.C., attribuendo a Labeone la riconosciuta possibilità di ottenere la *redhibitio* intentando l'*actio empti*; infatti, sulla base di D. 19.1.11.3, l'esordio della *sedes materiae* va letto nel senso di riconoscere la possibilità di chiedere la redibizione in riferimento a vendite aventi per oggetto cose diverse da schiavi e animali, non intentando la redibitoria edilizia, ma l'*actio empti* a fini redibitori.

Insomma, non si crede certo che Labeone volesse dire che originariamente le disposizioni edilizie valessero per tutti i tipi di vendita, ma non si ritiene neppure che siano stati i compilatori a riferire al giurista augusteo una simile affermazione, dal momento che risulta in linea con il *modus operandi* labeoniano adattare soluzioni create per una determinata situazione a ipotesi nuove senza peraltro dover ricorrere a strumenti processuali diversi da quelli già esistenti. E' quindi molto probabile che egli abbia asserito realmente che la *redhibitio* si applicasse anche a vendite diverse da quelle di *mancipia* e *iumenta*, senza però arrivare a concedere la redibitoria, appannaggio esclusivo della giurisdizione edilizia, ma l'*actio empti*: essa, infatti, essendo un *bonae fidei iudicium*, ben poteva comprendere la redibizione, rientrando questa in quell'estensione della buona fede cui la dottrina, come si vedrà in seguito, fa riferimento per ammettere tale possibilità.

Tenteremo, quindi, di dimostrare come tale ampliamento dell'*actio empti* sia realisticamente attribuibile a Labeone attraverso lo studio del suo *modus operandi*.

Il dato da cui prendere le mosse pare proprio essere quell'atteggiamento labeoniano di «innovatore nel solco della tradizione» che la dottrina non ha mancato di evidenziare in tema sia di difesa dell'autonomia negoziale e di tutela delle convenzioni atipiche, sia di *actio aquae pluviae arcendae*.

In riferimento al primo punto, è utile partire dall'osservazione di Filippo Gallo, in base alla quale il periodo in cui Roma era diventata uno dei più importanti centri mercantili è quello compreso tra la fine della repubblica e l'inizio del principato⁶², quando, in conseguenza proprio di tale sviluppo, si richiese «in campo giuridico, insieme a strumenti formali (*in primis*, quello assai duttile, nei limiti del formalismo, rappresentato dalla *stipulatio*) un congruo spazio all'autonomia negoziale. Tuttavia proprio Augusto, in consonanza con l'ideologia ispiratrice del principato, operò una chiusura contro di essa. Diversamente dall'imperatore e dai suoi consiglieri giuridici, Labeone⁶³ percepì, in materia, i bisogni profondi ed emergenti dalla società. La sua elaborazione in campo contrattuale era

⁶¹) Cfr. VACCA, *op. cit.*, p. 66.

⁶²) *Synallagma e conventio nel contratto*, I, Torino, 1992, p. 161, in cui l'autore sottolinea che in questo periodo «si erano avute grandi accumulazioni di ricchezze; alla tradizionale economia agricola si erano affiancate, sotto l'incalzare di nuove esigenze, fiorenti attività commerciali e finanziarie, le quali diedero luogo alla formazione di una nuova classe sociale: quella dei cavalieri. E' stato detto che essa costituì una potentissima 'aristocrazia del denaro', a lato di quella terriera formata dalla nobiltà senatoria, che peraltro non disdegnava inserimenti più o meno occulti in lucrose operazioni commerciali e finanziarie». Cfr. anche A. GUARINO, *Storia del diritto romano*¹⁰, Napoli, 1994, p. 168, e F. GALLO, *Negotiatio e mutamenti giuridici nel mondo romano*, in «Imprenditorialità e diritto nell'esperienza storica. Erice, 22-25 novembre 1988», Palermo, 1992, p. 133 ss.

⁶³) Sulla vita di questo giurista si vedano A. PERNICE, *Marcus Antistius Labeo. Das römische Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, I, Halle, 1873, p. 7 ss., P. JÖRS, s.v. 'Antistius', in A. PAULY, G. WISSOWA, «Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft», I, Stuttgart, 1894, c. 2548 ss., KUNKEL, *Herkunft und soziale Stellung*, cit., p. 114, e M. BRETONI, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*², Napoli, 1982, p. 129 ss.

volta ad appagare esigenze della accennata realtà economico sociale del suo tempo»⁶⁴.

Di conseguenza egli⁶⁵, per quei negozi che, secondo lui, erano contratti, ma per i quali l'editto non prescriveva *formulae*, oppure per i quali le *formulae* previste non potevano essere applicate, non propose l'introduzione di un'azione nuova⁶⁶, ma «con la fattiva concretezza del giurista»⁶⁷ e «senza rotture nelle linee del diritto applicato al suo tempo»⁶⁸, si avvale dello strumento della *praescriptio* e ne propose un uso del tutto nuovo, suggerendo di *agere praescriptis verbis*⁶⁹: in tale modo, «la *praescriptio*, anteposta alla formula e introdotta *more solito* dalle parole 'ea res agatur' o 'agetur', individuava e delimitava l'oggetto della lite, sostituendo in pari tempo la *demonstratio* nell'enucleazione della *causa petendae*»⁷⁰.

Un modo di procedere analogo di «innovatore nel solco della tradizione» si riscontra anche, come già anticipato, nell'apporto di Labeone in tema di *actio aquae pluviae arcendae*, della quale egli ammise l'esperibilità anche per ripristinare il buon funzionamento delle opere legittimate dalla *lex agri* o dalla *vetustas*, passando dal concetto di *manu facere* dannoso a quello di *opus manu factum*, ossia il risultato di un'attività umana staccato dalla persona dell'autore, che non sempre è il convenuto di questa azione. Ciò si traduce nel fatto che, senza apportare alcuna modifica alla formula dell'azione, in questa, inserendo il richiamo all'*opus factum* senza riferirlo al convenuto, viene spezzato il nesso di causalità tra la realizzazione dell'*opus* e il danno derivante dall'*aqua pluvia*. Così facendo, Labeone, attento alle nuove esigenze, riuscì anche in tale circostanza a soddisfare queste ultime, rimanendo pur sempre «nel solco della tradizione e servendosi degli strumenti giuridici che l'ordinamento gli appresta»⁷¹.

A questo punto, dato atto di quello che è stato l'atteggiamento di Labeone, sia in tema di tutela delle convenzioni atipiche, sia in materia di *actio aquae pluviae arcendae*, si prospetta la plausibilità di un riscontro di esso anche in tema di estensione della redibizione, tramite l'*actio empti*, alle vendite aventi ad oggetto cose diverse da *mancipia* e *iumenta*, riconoscendo la verosimiglianza che la denunciata interpolazione⁷² di (Ulp. 1 *ed. aed. cur.*) D. 21.1.1.pr. debba essere letta in un modo nuovo, proprio alla luce di quanto sino ad ora evidenziato e di un confronto con (Ulp. 32 *ad ed.*) D. 19.1.11.3 (in cui, ricordiamolo, si legge che '*Redhibitionem quoque contineri empti iudicio et Labeo et Sabinus putant et nos probamus*').

Soccorre ancora, per vero, qualche altra argomentazione.

⁶⁴) Così GALLO, *Synallagma e conventio*, I, cit., p. 161.

⁶⁵) Il giurista, seguendo una prospettiva puramente processuale, prese le mosse dal rilievo circa la mancanza o la non spettanza di azione per certe situazioni, in modo che il punto di partenza della sua attività innovatrice poteva essere costituito sia dalla considerazione di convenzioni atipiche prive di appositi *iudicia*, sia di convenzioni tipiche, per le quali, però, lo strumento processuale previsto non risultava esperibile a causa dello stato del diritto in vigore, sia, da ultimo, di convenzioni pur sempre tipiche, ma per le quali la tutela processuale prevista risultava inadeguata. Cfr. GALLO, *op. ult. cit.*, p. 191 ss.

⁶⁶) Cfr. GALLO, *op. ult. cit.*, p. 224, il quale sottolinea come Labeone non avrebbe potuto né introdurre una nuova azione, né tanto meno suggerirne l'introduzione al pretore, considerato che egli era consapevole del fatto che, «nonostante l'alta considerazione goduta presso i contemporanei per la sua preparazione scientifica, tale proposta non avrebbe avuto successo, perché contrastante con la corrente dei giuristi in linea con l'ideologia del principato e perciò graditi all'imperatore».

⁶⁷) GALLO, *op. ult. cit.*, p. 224.

⁶⁸) GALLO, *op. ult. cit.*, p. 230.

⁶⁹) Cfr. sul punto GALLO, *Synallagma*, I, cit., p. 223 ss.

⁷⁰) GALLO, *op. ult. cit.*, p. 230.

⁷¹) F. SITZIA, *Ricerche in tema di «actio aquae pluviae arcendae». Dalle XII Tavole all'epoca classica*, Milano, 1977, p. 203. Viene, inoltre, puntualizzato dall'autore (p. 202 nt. 112 e p. 204 nt. 117) che a Labeone vengono spesso riferite delle soluzioni che, pur essendo, in realtà, il risultato degli studi di più di una generazione di giuristi, trovano in questo giurista la loro formulazione definitiva. Inoltre, aggiunge l'autore, anche quando un principio si afferma in modo definitivo in un'epoca posteriore a Labeone, spesso si tratta di un principio che si è andato elaborando per lungo tempo e le cui basi possono essere colte nella giurisprudenza repubblicana.

⁷²) Su D. 21.1.1.pr. cfr. R.J. POTHIER, *Pandectae iustinianae in novum ordinem digestae cum legibus codicis et novellis*, Paris, 1748-1752, trad. it. – *Le Pandette di Giustiniano disposte in nuovo ordine* –, III, Venezia, 1834, p. 8 nt. 3.

Abbiamo già sottolineato che Labeone, essendo vissuto e avendo operato nel primo periodo del principato, pur avversando il nuovo assetto costituzionale creato da Augusto, ha sempre dimostrato una grande attenzione, in base a quello che le fonti documentano, per le esigenze del suo tempo, senza mai arrivare, però, a una rottura con la tradizione, all'interno della quale, invece, si è sempre mosso anche quando ha apportato importanti e radicali innovazioni.

E', di conseguenza, poco credibile che un giurista così attento e così «devoto» alla tradizione abbia effettivamente potuto asserire che l'editto degli edili curuli, che egli, oltre a tutto doveva conoscere molto bene, dal momento che ne scrisse un commento⁷³, si riferisse alle vendite «*tam earum quae soli sint quam earum quae mobiles aut se moventes*»⁷⁴.

Quello, che, invece, è credibile che sia stato suggerito dal giurista è l'ampliamento dell'ambito di applicazione delle disposizioni contenute all'interno dell'editto edilizio, attraverso l'estensione della *redhibitio* all'*actio empti*, in modo tale che fosse possibile anche per i tipi di vendita diversi da quelli di *mancipia* e *iumenta* avvalersi dei vantaggi introdotti originariamente solo per questi ultimi in tema di garanzia per i vizi occulti della *merx*.

Va, del resto, puntualizzato che l'efficacia incontestata delle disposizioni edilizie⁷⁵, dettate, come si è visto, intorno al II secolo a.C., non può aver lasciato indifferente la giurisprudenza, che, come dimostrato da alcuni frammenti di commento al testo dell'editto, ha tentato di estenderne la

⁷³) LENEL, *Palingenesia*, I, cit., c. 544 n. 297, dove alla nt. 2 viene precisato che «*Labeo videtur proprios ad edictum aedilium scripsisse commentarios*». Inoltre, anche SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, cit., p. 338, precisa che Labeone scrisse sull'editto edilizio un commento autonomo, del quale, però, si possiedono solo delle citazioni e il cui titolo non viene mai ricordato; nonostante questo, continua l'autore, è certo che il giurista scrisse quest'opera. Si veda anche C. FERRINI, *Le scuole di diritto in Roma antica*, in *Opere*, II, Milano, 1929, p. 1 ss. E', dunque, presumibile che, se Labeone commentò l'editto, conoscesse molto bene il contenuto di questo, al punto da, non solo, come è ovvio, sapere che esso era rivolto ai venditori di schiavi e animali, ma anche saper padroneggiare i principii ivi contenuti e proporre una loro applicazione anche al di fuori dell'ipotesi originaria per la quale furono dettati dagli edili curuli.

⁷⁴) D'altra parte è risaputo – ed è impensabile che Labeone non ne fosse a conoscenza, considerato che, ancora molto tempo dopo il periodo in cui egli visse, ciò era noto, come si apprende dallo stesso Gell., *noct. Att.*, 4.2.1 – che questi magistrati avevano giurisdizione sui mercati, dove si solevano stipulare le compravendite di schiavi e animali, e che, di conseguenza, il loro intervento avrebbe potuto riguardare solo tale ambito. In realtà quest'aspetto merita di essere precisato, dal momento che non ci si può non domandare se, in relazione alle compravendite di schiavi e animali avvenute al di fuori dei mercati, fossero comunque competenti gli edili curuli, oppure se, in questo caso, non si potesse far altro che agire davanti al pretore. All'interrogativo ora posto, che porta alla nostra attenzione un problema non di poco conto, si può tentare di fornire una soluzione prendendo le mosse proprio dalla testimonianza più antica del contenuto dell'editto *de mancipiis vendundis* riportata in Gell., *noct. Att.*, 4.2.1. Qui, infatti, come già sottolineato, si richiama una particolare modalità di messa in vendita degli schiavi, consistente nell'esposizione del *titulus*, che non compare più nel testo dell'editto tramandatoci all'interno delle Pandette. E' pertanto evidente che, se l'esposizione dei *mancipia* correati di un apposito cartello corrisponde a quanto avveniva nell'ambito dei mercati, il primigenio intervento edilizio deve aver riguardato solo ed esclusivamente tali vendite, che, pertanto, dovevano essere le uniche in relazione alle quali era consentito intentare la redibitoria, ovviamente davanti agli edili. Per le compravendite di servi stipulate al di fuori dei mercati, invece, non pare che l'*emptor* potesse avvalersi di tale facoltà. Non è, però, da escludersi che, nel momento in cui nel testo dell'editto non fu più inserito il richiamo al *titulus*, ma venne semplicemente specificato che le disposizioni in esso contenute erano destinate ai venditori di *mancipia*, si sia riconosciuta la possibilità per l'*emptor* di ottenere la redibizione anche in occasione di vendite di schiavi stipulate al di fuori dei mercati. Ciò, del resto, non esclude che una prima tutela per questa categoria di *emptiones et venditiones* sia avvenuta proprio attraverso l'estensione della *redhibitio* all'*actio empti*. Per tali aspetti, con particolare riferimento alla circostanza che l'editto riferito da Aulo Gellio contiene un richiamo, che può solo riferirsi alle vendite concluse nei mercati, cfr. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, cit., p. 503 s., nonché BECHMANN, *Der Kauf*, cit., I, p. 412, WLASSAK, *Zur Geschichte der Negotiorum Gestio*, cit., p. 168 nt. 24, G. HANAUSEK, *Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Waare*, Berlin, 1883, I, p. 20, KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, cit., II, p. 1298, e HAYMANN, *Die Haftung*, cit., p. 22. Si vedano altresì, IMPALLOMENI, *L'editto*, cit., p. 133 ss., MANNA, *Actio redibitoria*, cit., p. 1 ss. e JAKAB, *Praedicere un cavere*, cit., p. 40 s.

⁷⁵) Si evidenzia tra l'altro l'attualità della tutela concessa con l'editto edilizio, sottolineando come ancora oggi nel nostro codice civile l'art. 1492 faccia riferimento agli strumenti introdotti dagli edili curuli, nel punto in cui, al comma 1, dispone che «Nei casi indicati dall'art. 1490 il compratore può domandare a sua scelta la risoluzione del contratto ovvero la riduzione del prezzo, salvo che, per determinati vizi, gli usi escludano la risoluzione». Va comunque, per completezza, dato atto che in seguito alla legge di attuazione della direttiva CE. 1999/94 si pongono attualmente numerosi problemi di coordinamento tra la nuova disciplina e quella codicistica.

portata, in particolar modo in riferimento alla dibattuta possibilità di agire con l'*actio redibitoria* anche per quei vizi dell'animo non espressamente contemplati nel testo edittale⁷⁶.

Inoltre, la grande importanza del tema, che ha portato i giuristi classici al tentativo di interpretare il contenuto dell'editto cercando di evidenziare i principii cui attenersi per stabilire se, nei vari casi concreti, fosse possibile o meno intentare le azioni edilizie, non può non aver condotto alla considerazione che, anche in relazione alle vendite di altre merci, poteva prospettarsi il caso di vizi occulti, che non consentissero all'*emptor* un uso ottimale della cosa, con la pratica conseguenza di arrecare a questi un serio pregiudizio di natura economica.

Che una simile esigenza prima o poi sia stata avvertita è chiaramente provato dal fatto che, secondo l'opinione pressoché unanime della dottrina⁷⁷, in diritto giustiniano la redibizione era contemplata anche per questi altri casi, nonostante il fatto che i frammenti di commento al testo dell'editto edilizio e riportati nella *sedes materiae* si riferiscano a vendite di schiavi o animali; la dottrina più recente è, poi, andata oltre ammettendo che tale estensione⁷⁸ fosse già riconosciuta dalla giurisprudenza del I secolo d.C.⁷⁹.

Si deve, a questo punto, precisare che potrebbe obiettarsi che tutte le opinioni dei giuristi riportate nel titolo '*de aedilicio edicto et redibitione et quanti minoris*', riguardando solo vendite di *mancipia* e *iumenta*, potrebbero indurre a pensare che, se effettivamente il dibattito si è svolto solo intorno a questa categoria di *emptiones et venditiones*, effettivamente l'estensione delle disposizioni edilizie, in origine inerenti solo a queste ultime, sia avvenuta molto tardi.

A nostro parere, però, ciò non prova nulla per due motivi: in primo luogo, il fatto che i giuristi abbiano commentato solo casi di vendite di schiavi e animali non milita contro l'estensione della redibizione, che, altrimenti, dovrebbe negarsi anche per il periodo giustiniano⁸⁰, quando è, invece, pacifica, anche se la *sedes materiae* è permeata da commenti di tale contenuto; in secondo luogo, inoltre, il tenore di questi escerti dimostra semplicemente che l'editto degli edili curuli è stato dettato in origine per le vendite di competenza di questi magistrati aventi ad oggetto *mancipia* e *iumenta*, senza che ciò abbia, però, impedito una sua estensione anche ad altre *emptiones et venditiones*.

A nostro modo di vedere, dunque, e a differenza di quanto argomentato dalla recente dottrina, non solo al tempo di Adriano, ma già molto prima, ossia agli inizi de I secolo d.C. e, precisamente, a partire da Labeone, si ammise la possibilità di *redhibere* in relazione alle vendite di merci diverse da *mancipia* e *iumenta*, anche se rimane da chiarire come ciò potesse in pratica avvenire, dal momento che sembra molto improbabile che ci sia stata un'estensione dell'ambito di applicazione della redibitoria, essendo essa da intentare davanti al tribunale degli edili curuli, la cui giurisdizione era limitata, almeno inizialmente, a quanto veniva stipulato nei mercati⁸¹.

L'ipotesi più credibile è quella in base alla quale proprio la natura di buona fede dell'*actio empti* avrebbe consentito di ricomprendere in essa la *redhibitio*, nel senso che, laddove la cosa fosse praticamente priva di valore a causa del suo vizio (con la conseguenza che l'*emptor* non potesse, a causa

⁷⁶ Sul tentativo da parte dei giuristi di estendere la rilevanza dei *vitia animi* in tema di redibizione, si rimanda a un precedente lavoro: E. PARLAMENTO, «*Servus melancholicus*». I «*vitia animi*» nella giurisprudenza classica, in «RDR», I, 2001, p. 325 ss.

⁷⁷ Si veda IMPALLOMENI, *L'editto*, cit., p. 265 ss.

⁷⁸ Nel senso di estensione del fine delle azioni edilizie attraverso l'*actio empti*.

⁷⁹ Cfr. VACCA, *Ancora sull'estensione*, cit., p. 66.

⁸⁰ E' interessante notare come quanto affermato nel testo trovi un'indiretta conferma proprio nel tenore della rubrica di D. 21.1, che, specificando che l'argomento ivi trattato è '*de aedilicio edicto et redibitione et quanti minoris*', sembra quasi volutamente non limitare il discorso all'azione redibitoria, che, infatti, non viene richiamata, a differenza di quanto accade per l'estimatoria, proprio come a voler ammettere che ormai l'azione edilizia non è più l'unico strumento processuale, con il quale poter realizzare la *redhibitio*. Altrettanto interessante è, inoltre, la rubrica di Bas. 19.10 – titolo corrispondente a D. 21.1 – che recita: *περὶ ἀγορανόμου παραγγελίας, καὶ περὶ ἀναιδωτέου πράγματος, καὶ περὶ ἀναλύσεως πράξεως καὶ ἥττονος τιμῆς διδομένης* – '*de Edicto Aedilicio, et de re redhibenda, et de rescindenda venditione et minori pretio dato*', dalla quale sembrerebbe desumersi una differenza di regime tra la redibizione e la risoluzione del contratto.

⁸¹ Sull'argomento si rinvia *supra*, § 2 nt. 13.

dello stesso, fare un uso ottimale della *res*, sino alla situazione estrema di un'impossibilità totale di impiego della stessa), il giudice, dovendo condannare a ciò che il convenuto avesse dovuto dare o fare in base alla buona fede⁸², avrebbe potuto, sulla base dei suoi ampi poteri discrezionali, pronunciare una sentenza di condanna pari all'ammontare del prezzo pagato⁸³.

E' evidente, quindi, come anche in questo caso l'innovazione elaborata nel rispetto della tradizione precedente, avvalendosi degli strumenti processuali esistenti senza arrivare a snaturare gli stessi, sia conforme al modo di procedere labeoniano, al quale, pertanto, si ritiene che debba essere attribuita l'estensione della redibizione nei termini sopra descritti.

Alla luce di quanto esposto, dunque, è possibile prospettare, sulla base delle fonti a disposizione, che la situazione, nell'epoca che sta a cavallo tra il I secolo a.C. e il I secolo d.C., fosse la seguente: possibilità di intentare l'*actio redibitoria*, davanti agli edili curuli, in relazione alle vendite di schiavi e animali effettuate nei mercati per i vizi indicati nel testo dell'editto edilizio; facoltà di agire, davanti al pretore, con l'*actio empti*, a fini redibitori per i vizi occulti nel caso di vendite di merci diverse da *mancipia* e *iumenta*; tentativo da parte di alcuni giuristi di ammettere, ovviamente solo nell'ipotesi di *emptio venditio* di servi, la redibizione anche per quei vizi dell'animo non espressamente indicati nel testo editto, ma così invasivi da incidere sul normale rendimento dello schiavo⁸⁴.

4. Nel paragrafo appena concluso si è argomentato che il riferimento a Labeone dell'estensione della *redhibitio* all'*actio empti* non deve ritenersi casuale, in quanto trova conferma nella corrispondenza tra le varie risposte date dal giurista per tutelare in diversi campi le nuove esigenze emergenti nella realtà del suo tempo. Se, però, è verosimile che sia stato proprio Labeone ad affermare l'applicabilità alle vendite aventi un oggetto diverso da *mancipia* e *iumenta* del principale sistema di difesa introdotto dall'editto edilizio, asserendo che «*redhibitionem contineri empti iudicio*», e se si è sostenuto che, di conseguenza, l'estensione della redibizione all'*actio empti* sarebbe classica, riteniamo che un importante indizio di quanto appena concluso si possa ancora trovare nel libro siro-romano di diritto

⁸²) Per la formula dell'*actio ex empto* si vedano LENEL, *Das Edictum*, cit., p. 299, e MANTOVANI, *Le formule*, cit., p. 53.

⁸³) Un modo di proceder analogo è documentato anche in tema di *actio quanti minoris* in D. 21.1.43 (Paul. 1 *ed. aed. cur.*), dove Paolo tratta del caso in cui, essendo lo schiavo lunatico o furioso, questo è privo di valore per il *dominus*. Pertanto, pur avendo intentato l'estimatoria, sarà comunque possibile arrivare allo stesso risultato, che si sarebbe ottenuto agendo con la redibitoria.

⁸⁴) Cfr., soprattutto, D. 21.1.4.3 (Ulp. 1 *ed. aed. cur.*). A questo proposito, è interessante anche D. 19.1.11.5 (Ulp. 32 *ad ed.*): «*Si quis virginem se emere putasset, cum mulier venisset, et sciens errare eum venditor passus sit, redhibitionem quidem ex hac causa non esse, verum tamen ex emptio competere actionem ad resolvendam emptionem, et pretio restituto mulier reddatur*». Il frammento è interessante, dal momento che, se pur per un'ipotesi non rientrante nella previsione edittole sul *morbus vitiumve* e neppure implicante la redibizione, come si legge nel testo stesso, documenta un impiego particolare dell'*actio empti*, in risposta alla necessità di trovare una soluzione conforme al *bonum et aequum*; il caso ivi considerato è quello di un *emptor* che, credendo di comprare una *virgo*, compra, invece, una *mulier* da un venditore, che, *sciens*, ossia al corrente dell'errore della controparte, non dice nulla, lasciando, così, che il compratore concluda il contratto, sulla base di questa sua erronea convinzione, se pur non dovuta a dolo del venditore. Il passo è stato, di recente, oggetto di indagine da parte della VACCA, *Ancora sull'estensione*, cit., p. 67, la quale asserisce che la soluzione riportata nel testo debba essere considerata genuina, dopo aver osservato che «questo tipo di errore secondo i principii generali, per un verso, in quanto *error in qualitate* e non in *substantia*, non è causa di nullità del contratto, per altro verso non verte su un *vitium* tutelabile con la *redibitoria* edilizia. Secondo il tenore attuale del testo, il giurista rileva che in questo caso specifico è tuttavia esperibile l'*actio empti* per risolvere la compravendita, e ottenuta la restituzione del prezzo dovrà essere restituita la schiava». L'autrice, inoltre, reputa che nella fattispecie contemplata nell'escerto sopra riportato la condizione di *mulier* della schiava comprata doveva, con ogni probabilità, essere considerata «essenziale alla determinazione causale, con la conseguenza che l'errore su di essa veniva ad incidere sull'assetto fondamentale di interessi che il compratore intendeva realizzare attraverso quel negozio, assetto fondamentale la cui tutela, come si è visto, era imposta dall'interpretazione del contratto secondo buona fede, ed era tecnicamente resa possibile dall'utilizzazione della flessibilità della *condemnatio* dell'azione contrattuale, nonché dall'ampiezza dell'*officium iudicis* nella fase di decisione della controversia»: tutto ciò, evidentemente, ai fini di risolvere la questione in base ai criteri del *bonum* e dell'*aequum*.

to, il cui contenuto è essenzialmente di diritto romano⁸⁵. E', infatti, utile andare a leggere i passi di questa fonte in cui si parla di *redhibitio*, allo scopo di trovare una conferma del sistema classico (non giustiniano quindi) della responsabilità per i vizi della *merx*, attraverso un confronto con quello postclassico emergente appunto dai luoghi in questione, e in particolare da:

39: Si emerit vir servum tamquam servum bonum, qui non sit fugitivus, tempus dat ei (νόμος) ad probandum eum sex menses dierum; si non placuit ei, antequam impleatur tempus mensium, licet emptori ex νόμοις redhibere servum et tradere eum domino suo priori et recipere ab eo τιμήν quam dedit. Si vero fugerit ei puer, quem emerat tamquam servum bonum, antequam completi sint sex menses et quaerit eum is qui eum emit, adprehendit et tradit ei, qui vendidit eum, et petit ab eo τιμήν quam dedit pro eo servo. ...⁸⁶.

Corrispondente a:

35: [1] Wenn ein Mann einen Sklaven als «guten Sklaven» kauft, daß er kein Ausreisser sei, erlaubt ihm der Kauf, daß er ihn sechs Monate lang prüfe.

[2] Wenn er ihm nicht gefällt, bevor die Zeit der Monate abgelaufen ist, kann der Käufer aufgrund der Gesetze den Sklaven zurückgeben und ihn seinem früheren Herrn wieder übergeben und von ihm den Kaufpreis (τιμή), den er gegeben hat, nehmen.

[3] Wenn ihm aber eine Junge, der als «guter Sklave» gekauft wurde, entflieht, bevor die sechs Monate abgelaufen sind, soll jener, der ihn gekauft hat, ihn suchen, ergreifen und jenem übergeben, der ihn verkauft hat, und von ihm den Kaufpreis (τιμή) fordern, den er für jenen Sklaven gegeben hat⁸⁷.

Prima di considerare quello che la dottrina ha osservato circa la fonte, è opportuno esporne il contenuto. Nella parte iniziale si prospetta l'ipotesi della vendita di un servo '*tamquam servum bonum, qui non sit fugitivus*', ossia di uno schiavo che si trovi in buone condizioni⁸⁸; in questo caso il compratore avrà sei mesi di tempo per verificare che effettivamente il *mancipium* sia tale e, nella circostanza in cui non si tratti di un *servus bonus*, gli sarà consentito prima che siano trascorsi i sei mesi di *redhibere* il servo e, quindi, di consegnarlo ('*tradere*') al suo precedente proprietario e recuperare il prezzo a suo tempo pagato per lo stesso. Se, poi, prima che siano trascorsi sei mesi, sarà fuggito via dal compratore lo schiavo, che questi aveva comprato come '*servus bonus*', e l'*emptor* l'avrà cercato, ripreso e consegnato al venditore, a costui potrà chiedere la restituzione del prezzo corrisposto per il servo in questione.

A questo punto, premesso che parrebbe sussistere una restrizione dell'ambito di applicazione della redibitoria al solo caso del servo fuggitivo, è opportuno andare a considerare un altro luogo del libro siro-romano di diritto, che gli studiosi hanno posto in stretta connessione con quello appena considerato. In particolare, il Memmer⁸⁹ ha sottolineato il parallelismo tra quello da lui indicato come il § 39 a, che va da '*si emerit*' fino a '*pro eo servo*', e il paragrafo che egli riporta come § 113.a – e che corrisponde al § 113 nella versione del Ferrini – in cui si fa riferimento al caso in cui un uomo compri uno schiavo con *καλή αίρεσις*⁹⁰, ossia, secondo l'autore, «schöner Vertrag». Se entro sei mesi, che è il termine (*προθεσμία*) stabilito dalle leggi (*νόμοι*), il compratore avrà riscontrato che il servo è afflitto da una malattia o che è posseduto da un demonio⁹¹, potrà restituire il *mancipium* al venditore.

⁸⁵ Cfr. GUARINO, *Storia del diritto romano*, cit., p. 564.

⁸⁶ «FIRA.», II², Firenze, 1968, p. 770 s.

⁸⁷ Quella riportata è la traduzione contenuta nell'edizione più recente di W. SELB, H. KAUFHOLD, *Das syrisch-römische Rechtsbuch*, II, Wien, 2002, p. 58 ss.

⁸⁸ Sembra, in realtà, dal testo che la circostanza che lo schiavo sia in buone condizioni sia limitata al suo non essere fuggitivo.

⁸⁹ M. MEMMER, *Der 'schöne Kauf' des 'guten Sklaven'. Zum Sachmängelhaftung im Syrisch-römischen Rechtsbuch*, in «ZSS.», CXX, 1990, p. 1 ss.

⁹⁰ Nella versione del FERRINI («FIRA.», II, cit., p. 770 s.), si trova invece scritto *καλή πρόσει* che viene tradotto con '*pulchrum pactum*'.

⁹¹ MEMMER, *op. cit.*, p. 6.

Non si può fare a meno di notare la singolarità della fonte considerata, nel punto in cui viene sottolineata la rilevanza del fatto che il venditore «in dem Sklaven etwas findet ... oder einen Dämon»⁹²: sul significato di quest'ultimo richiamo sarà ora il caso di soffermarci brevemente, leggendo il prosieguo del § 39 – che Memmer indica come 39.b – e il § 113 a della versione del Ferrini, corrispondente al 113.b nella traduzione dello studioso tedesco⁹³.

Per comodità espositiva riportiamo ora la traduzione dei due luoghi citati, sia nella versione latina curata dal Ferrini, sia in quella tedesca più recente di Selb e Kaufhold:

39: ... Si vero emerit vir puerum servum simpliciter, sive bonum sive malum, eo pacto ne homo revertatur contra socium suum⁹⁴, quae vocatur graece ἀπλή ὄνη, et voluerit is qui emit reddere eum ei qui vendidit, non permittit ei νόμος ut reddat eum et non potest reddere eum, nisi invenerit in eo servo diabolium. Si vero apparuerit in eo servo daemon, volueritque (reddere eum), redhibet eum ei qui vendidit eum.

35: [4] Wenn aber ein Mann einen Jungen als Sklaven «einfach» kauft, sei er gut oder schlecht, mit der Abmachung, dass keiner sich gegen seinen Partner wende, was griechisch «haplḗ onē» (ἀπλή ὄνη) genannt wird, und der, welcher gekauft hat, ihn dem, der verkauft hat, zurückgeben will, erlaubt ihm das Gesetz nicht, daß er ihn zurückgebe. Und er kann ihn nicht zurückgeben, außer wenn er in dem Sklaven einen Dämon gefunden hat. Wenn sich aber in dem Sklaven ein böser Geist zeigt und er ihn zurückgeben will, gibt er ihn demjenigen, der ihn verkauft hat, zurück.

113 a: Si vero emerit vir servum vel ancillam κακή πρόσει⁹⁵ et ἀπλή ὄνη, quod interpretatur *pactum malum* et *venditio simplex*, sine redhibitione, et voluerit vir qui emit redhibere eum servum eamve ancillam, non potest, quoniam pacto malo emit. Si vero invenerit in eo servo vel ancilla diabolium, licet ei redhibere et sumere argentum suum⁹⁶.

101: [4] Wenn aber ein Mann einen Sklaven oder eine Sklavin «kaké haíresis» (κακή αἵρεσις) und «haplḗ oné» (ἀπλή ὄνη) kauft, übersetzt «schlechter Vertrag» und «einfacher Kauf», ohne daß er zurückgebe(n kann), und der Mann, der gekauft hat, den Sklaven oder die Sklavin zurückgeben will, kann er es nicht, weil er mit «schlechtem Vertrag» gekauft hat.

[5] Wenn er aber in dem Sklaven oder der Sklavin einen Dämon findet, kann er zurückgeben und sein Geld nehmen.

Nei luoghi trascritti vediamo come assuma un'importanza preponderante la circostanza che l'*emptor* riscontri nello schiavo comprato un '*diabolium*'. Si prospetta infatti, nei paragrafi in questione, l'ipotesi della compravendita di un servo o di una schiava senza la possibilità per il compratore di ricorrere alla *redhibitio*, alla quale lo stesso ha rinunciato in forza di un *pactum malum* e di una *venditio simplex*. Laddove, pertanto, l'*emptor* voglia restituire il servo, non potrà farlo, dal momento che «mit schlechtem Vertrag gekauft hat»⁹⁷. E del resto, che fosse esclusa la *redhibitio* nel caso di *simplaria venditio*, ossia quando ricorresse una compravendita nella quale il venditore dichiarasse in modo generale di non assumersi alcuna garanzia per i vizi occulti⁹⁸, è testimoniato anche dal Digesto, in cui si trova la seguente affermazione:

D. 21.1.48.8 (Pomp. 23 *ad Sab.*): Simpliarum venditionum causa ne sit redhibitio, in usu est⁹⁹.

⁹²) SELB, *op. cit.*, p. 143.

⁹³) MEMMER, *op. cit.*, p. 4 s.

⁹⁴) Il SELB, *op. cit.*, p. 97 sottolinea che l'espressione in questione e che egli traduce come «sei erg ut oder schlecht, mit der Abmachung, dass keiner sich gegen seinen Partner wende» non è nient'altro che la clausola τοῦτοιο τοῦτοιο ἀναπόριφο. Su tale clausola nei papiri greco egizi si veda la tesi di dottorato di L. DORNER, *Zur Sachmängelhaftung beim gräko-ägyptischen Kauf*, p. 117 ss.

⁹⁵) Sia MEMMER, *loc. ult. cit.*, sia SELB, *op. cit.*, p. 143 riportano invece κακή αἵρεσις.

⁹⁶) Nell'ultima edizione di SELB, *op. cit.*, p. 143, il paragrafo riportato nel testo – compresi quelli che FERRINI, *op. cit.*, p. 793, indicava come §§ 113 e 113 b – è il 101.

⁹⁷) Si veda SELB, *op. cit.*, p. 143.

⁹⁸) IMPALLOMENE, *L'editto*, cit., p. 20 ss. Ciò era considerato equiparabile all'evidenza del vizio.

⁹⁹) Sul passo si veda in particolare IMPALLOMENE, *L'editto*, cit., p. 21 ss.

Il passo ora riportato riguarda uno dei casi, in cui, appunto, viene esclusa la responsabilità del venditore per vizi occulti, dal momento che la dichiarazione di non assumere garanzia per questi ultimi esime il venditore di buona fede da ogni responsabilità. Tale dichiarazione può essere poi limitata solo a determinati difetti – come nel caso prospettato da D. 21.1.14.9¹⁰⁰ – oppure può essere generale come nell'ipotesi alla quale accenna D. 21.1.48.8, in cui il richiamo alla *simplaria venditio* è stato interpretato come un riferimento all'ipotesi, nella quale il *venditor* espressamente dichiara di non voler garantire per i vizi occulti della *merx*. In tale circostanza, dunque, l'*emptor* che voglia comunque concludere la compravendita lo fa a proprio rischio e pericolo e, di conseguenza, gli è negata la tutela edilizia, nel senso che «la responsabilità del venditore viene a cessare *ope exceptionis*»: infatti, il vizio espressamente denunciato di per sé legittimerebbe il compratore all'azione, che però viene bloccata dall'eccezione della controparte¹⁰¹.

Precisato ciò, è possibile approfondire quanto emerge dalle citate fonti postclassiche in merito alla *venditio simplex*, in cui, come abbiamo visto in relazione alle disposizioni edilizie, era generalmente esclusa la possibilità di ricorrere alla redibizione. Il libro siro-romano di diritto, però, sul punto si discosta parzialmente da quanto sino ad ora asserito, dal momento che, per l'ipotesi in cui l'*emptor* avesse riscontrato nello schiavo un '*diabolum*', allora avrebbe potuto far uso della *redhibitio*, nonostante si trattasse di una *simplaria venditio*: è dunque il caso di soffermarsi sul significato di questa disposizione, al fine di comprendere se l'ammissione, in tale circostanza, della *redhibitio* stia ad indicare la facoltà di agire comunque con la redibitoria, oppure, come invece si è portati a ritenere, testimoni la possibilità di ottenere la *redhibitio* tramite l'*actio empti*.

Il Selb¹⁰², nel far notare come il diritto alla restituzione dello schiavo che sia posseduto da un demone perduri anche «beim einfachen Kauf», ossia nell'ipotesi di *simplex venditio*, traduce il termine 'Dämon' con 'Epilepsie', cioè epilessia.

E' senza dubbio interessante il richiamo all'epilessia come fattore rilevante ai fini di ottenere la redibizione, in un caso in cui diversamente ciò non sarebbe stato possibile; la tendenza a dare rilievo giuridico alla stessa, in tema di responsabilità del venditore per vizi occulti, non è un caso isolato, in quanto è frequente il richiamo a tale malattia anche in alcuni documenti della prassi negoziale, all'interno dei quali, oltre al riferimento all'editto edilizio e ai soli vizi dell'animo da questo considerati, è presente anche l'espresso richiamo all'epilessia stessa della quale si garantisce appunto l'assenza¹⁰³. Se, quindi, da un lato si può evidenziare la tendenza a reputare rilevante l'epilessia¹⁰⁴ ai fini redibitori, non ritenendo sufficiente farla rientrare nella più generale accezione di '*morbus*' e preferendo, al contrario, farne espressa menzione, dall'altro non si può non osservare come in diritto postclassico sembri sussistere un tentativo di estensione della *redhibitio* ad ipotesi nelle quali di norma essa era esclusa. Tale tendenza si pone, inoltre, senza soluzione di continuità rispetto al tentativo di estendere

¹⁰⁰ 'Si venditor nominalim exceperit de aliquo morbo et de cetero sanum esse dixerit aut promiserit, standum est eo quod convenit (remittentibus enim actiones suas non est regressus dandus), nisi sciens venditor morbum consulto reticuit: tunc enim dandam esse de dolo malo replicationem'.

¹⁰¹ Cfr. IMPALLOMENI, *L'editto*, cit. p. 20 ss.

¹⁰² *Op. cit.*, p. 97.

¹⁰³ SELB, *op. cit.*, p. 97, fa inoltre notare che «Memmer weist hier überzeugend auf eine weitere Parallele in den gräko-ägyptischen Papyri hin, wo es heisst: ἀναπόριφον πλὴν νόσου καὶ ἐπιφίης». Inoltre, il riferimento esplicito all'epilessia, si trova nell'*Emptio puellae pampbilica* del 151 d.C. (cfr. «FIRA.», III, § 133, p. 428, ll. 5 ss.), ove è indicata come *morbus comitialis*, nell'*Emptio pueri* del 142 d.C. in cui la garanzia circa il fatto che lo schiavo non è epilettico è indicata con l'espressione '... *caducum non esse*' (cfr. «FIRA.», III, § 88, p. 285 ss., ll. 5 ss.), e, infine, in un papiro d'Egitto pubblicato in «Papyri Greek and Egyptian edited by Various Hands in Honour of Eric Gardiner Turner», London, 1981, n. 22, in cui si garantisce che la schiava venduta è immune da epilessia usando la seguente espressione μήτε δροπετικὸν ἱερὸς τε νόσου ἔκτός. Per la traduzione del documento si rimanda a L. MIGLIARDI ZINGALE, *Vita privata e vita pubblica nei papiri d'Egitto. Silloge di documenti greci e latini dal I al IV secolo d.C.*, Torino, 1992, p. 58 ss.

¹⁰⁴ Secondo DORNER, *Zur Sachmängelhaftung beim gräko-ägyptische Kauf*, cit., p. 141, ciò sarebbe da ricondurre a un'influenza orientale. Il MEMMER, *op. cit.*, p. 16, dal canto suo reputa che questa supposizione trovi conferma nel libro siro-romano di diritto.

la redibizione portato avanti da alcuni giuristi classici in ordine al rilievo giuridico da dare ai vizi dell'animo non espressamente indicati nel testo dell'editto.

E', del resto, verosimile che la possibilità di *redhibere* il servo, nel quale si sia riscontrato un '*diabolum*', in un'ipotesi di *simplaria venditio* si riferisca alla possibilità di intentare l'*actio empti* a fini redibitori e non invece la *redhibitoria*. Infatti, mentre la prima parte del § 39 della traduzione del Ferrini – corrispondente a quella del § 35 della versione di Selb e Kaufhold –, richiamando il caso del servo fuggitivo e il termine processuale dei sei mesi, entro i quali l'azione edilizia doveva essere intentata, è evidente che faccia riferimento per l'appunto all'azione redibitoria, la seconda parte del medesimo paragrafo, in cui si prospetta la possibilità di *redhibere* lo schiavo «indemoniato», non contiene più alcun riferimento ad elementi – ossia ai vizi indicati nel testo dell'editto, come era il caso dello schiavo fuggitivo, o a termini processuali – che inducano a pensare alla *redibitoria*¹⁰⁵

Si può dunque asserire che la tendenza a dare rilievo all'epilessia¹⁰⁶, che trova sostegno e conferma anche nella prassi negoziale, è un indice evidente del tentativo di superare i limiti propri della tutela edilizia, attraverso l'estensione della *redhibitio* all'*actio empti*, come prova in modo decisivo l'assenza del richiamo ai termini processuali (ai quali era, invece, subordinata l'*actio redhibitoria*) nel punto appena considerato.

Il fatto che, poi, una fonte postclassica pregiustiniana, quale il libro siro-romano di diritto, documenti questa estensione della *redhibitio*, unitamente alla circostanza che non solo alcuni documenti della prassi negoziale danno rilievo redibitorio all'epilessia¹⁰⁷, ma anche molti frammenti di D. 21.1. di commento alle disposizioni edilizie cercano di allargare l'ambito di applicazione delle medesime, suggerendo l'impiego della *redhibitio*¹⁰⁸ – e non della *redhibitoria* – per tutta una serie di ipotesi altrimenti escluse dalla tutela edilizia, è una conferma del dato che sicuramente tale estensione non è da attribuire ai giustiniani.

Infatti, come si è già avuto modo di spiegare in un precedente lavoro¹⁰⁹, l'esigenza di estendere la redibizione sia ai vizi dell'animo non considerati dall'editto edilizio nell'ambito delle vendite di *mancipia* e *iumenta*, sia a vendite aventi ad oggetto qualunque tipo di merce, ha trovato una risposta non tanto in un'applicazione più allargata dell'*actio redhibitoria*, quanto piuttosto nella possibilità di conseguire con l'*actio empti* di buona fede il medesimo risultato del giudizio redibitorio.

5. A questo punto, dopo aver sostenuto l'attendibilità del riferimento a Labeone dell'estensione della *redhibitio* all'*actio empti* e premesso che l'argomento del presente paragrafo è attualmente oggetto di una separata ricerca, ancora in fase di approfondimento, è possibile fornire una prima risposta al quesito circa il modo in cui sarebbe stato possibile attuare il meccanismo della redibizione nell'ambito del processo formulare con l'azione contrattuale di buona fede. Infatti, anche la dottrina più recente, pur sostenendo la genuinità di D. 19.1.11.3, in cui, come si è visto, si riporta a Labeone e Sabino l'affermazione in base alla quale '*... redhibitionem quoque contineri empti iudicio*', non ha dato una risposta alla domanda, limitandosi, al contrario, ad asserire che, «proprio sulla falsariga del meccanismo dell'*actio redhibitoria*, i giuristi possono aver ammesso un simile risultato nel contesto del *iudicium bonae fidei* grazie all'elasticità della formula e degli ampi poteri ivi riconosciuti al *iudex* ...»¹¹⁰.

Senonché il dato – non indifferente – che è stato trascurato riguarda la circostanza che, men-

¹⁰⁵) Precisiamo, inoltre, che l'*actio empti* concessa a fini redibitori, infatti, non era vincolata alla prescrizione processuale. Cfr. CUIACIUS, *op. cit.*, IX, c. 2587.

¹⁰⁶) Su quest'ultimo aspetto si rimanda a F. ZUCCOTTI, «*Furor haereticorum*». *Studi sul trattamento giuridico della follia e sulla persecuzione dell'eterodossia religiosa nella legislazione del tardo impero romano*, Milano, 1992, p. 97 s.

¹⁰⁷) Cfr. *supra*, nt. 103.

¹⁰⁸) Si vedano, in particolare, D. 21.1.1.9-11 (Ulp. 1 *ed. aed. cur.*), D. 21.1.2 (Paul. 1 *ed. aed. cur.*), D. 21.1.3 (Gai. 1 *ed. aed. cur.*), D. 21.1.4.pr.-4. Per il dibattito giurisprudenziale sul rilievo redibitorio dei *vitia animi* cfr. soprattutto C. RUSSO RUGGERI, *Viviano giurista minore?*, Milano, 1997, p. 34 ss. e 143 ss., E. STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum» di Pomponio*, II, *Contesti e pensiero*, Milano, 2001, p. 456 ss., e PARLAMENTO, «*Servus melancholicus*», *cit.*, p. 325 ss.

¹⁰⁹) PARLAMENTO, «*Servus melancholicus*», *cit.*, p. 343 s.

¹¹⁰) Cfr. DONADIO, *op. cit.*, p. 220.

tre nella redibitoria edilizia il meccanismo (nella fase *apud iudicem*) della doppia restituzione era reso possibile dalla presenza nella formula della clausola arbitraria¹¹¹, l'*actio empti* mancava, invece, di quest'ultima.

E', inoltre, noto che nel processo formulare la condanna poteva solo essere pecuniaria¹¹²; l'attore poteva, pertanto, confidare o nello spontaneo adempimento da parte del convenuto o, qualora l'azione fosse stata munita di clausola arbitraria, nell'invito ad adempiere rivolto dal giudice al convenuto medesimo, che avrebbe quindi potuto evitare la condanna nel caso in cui avesse ottemperato.

Se, dunque, nell'azione contrattuale di buona fede il convenuto – venditore di una *merx* affetta da un vizio occulto – poteva, di fatto, venire condannato, qualora il valore della *res* fosse pari a zero a causa del difetto¹¹³, a una somma corrispondente al prezzo pagato dall'*emptor*, bisogna domandarsi dove in tutto ciò si potesse configurare la redibizione, ossia la restituzione della cosa comprata seguita dalla restituzione del prezzo¹¹⁴: come poteva infatti il giudice indurre l'attore a restituire la *merx*?

Si deve, però, precisare che la risposta al quesito, dal momento che non si sa molto circa la fase *apud iudicem* nel processo formulare, non è delle più semplici e, pertanto, può solo basarsi su delle congetture, che cercheremo di suffragare con il supporto di alcune fonti dalle quali è possibile desumere degli indizi, che rendano verosimile quanto verrà ora proposto.

Va, innanzitutto, sottolineato che nella redibitoria edilizia la parte della clausola arbitraria rivolta all'attore ha un tenore diverso da quella rivolta al convenuto: mentre il significato di quest'ultima, infatti, è conforme a quello di ogni azione arbitraria e consiste in un onere imposto a carico del destinatario del comando a tutela di un interesse della controparte, il senso di quella rivolta all'attore è parzialmente diverso, dal momento che essa protegge non solo un interesse del venditore a riprendersi la *res*, ma anche quello dell'*emptor* a liberarsi della merce per lui inutilizzabile. Di conseguenza la struttura stessa della formula, in cui la condanna è verosimile che sia al doppio¹¹⁵, trova la sua *ratio* proprio nella volontà di far sì che il venditore, per evitare di essere assoggettato a una condanna di una certa gravità, faccia in modo di permettere la buona riuscita del meccanismo della doppia restituzione, accettando di riprendersi la cosa e restituendo il prezzo.

Nella formula dell'*actio empti* però mancano sia la clausola arbitraria, sia il riferimento alla condanna al doppio.

Ciò, a nostro modo di vedere, non è, in ogni caso, di ostacolo alla realizzazione del meccanismo della *redhibitio*, dal momento che la *condemnatio* della stessa impone al giudice di condannare

¹¹¹) Nonché dalla minaccia alla condanna al doppio, che, a nostro parere, si trovava già a partire dalla prima concessione dell'azione edilizia. Su tale aspetto si veda D. 21.1.45 (Gai. 1 *ed. aed. cur.*): in relazione al quale, però, le posizioni della dottrina sono alquanto discordanti. Cfr. HANAUSEK, *Die Haftung des Verkäufers*, cit., p. 25 ss., E. CUQ, *Manuel des institutions juridiques des romains*, I, Paris, 1891, p. 469 nt. 3, L. BEAUCHET, *Histoire du droit privé de la république athénienne*, IV, Paris, 1897, p. 151 ss., BECHMANN, *Der Kauf*, cit., p. 136, W.W. BUCKLAND, *Roman Law of Slavery. The Condition of the Slave in Private Law from Augustus to Justinian*, Cambridge, 1908, p. 64 ss., O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig, 1901, p. 1295 ss., VINCENT, *Le droit des édiles*, cit., p. 93 ss., LENEL, *Das Edictum*, cit., p. 556 ss., H. SIBER, *Römische Privatrecht*, Berlin, 1928, p. 202 ss., A. DE SENARCLENS, *La duplex condemnatio de l'action redhibitoire*, in «Studi Bonfante», III, Milano, 1930, p. 108 ss., J. PAOLI, *Les infitendo crescit in duplum*, Paris, 1933, p. 188, A. PEZZANA, *D. 21.1.45: contributi alla dottrina romana dell'actio redibitoria*, in «RISG.», V, 1951, in particolare p. 290 ss., SCHULZ, *Classical roman Law*, cit., p. 537, ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., II, p. 371 ss., con bibliografia, IMPALLOMENI, *L'editto*, cit., p. 128 ss., 175 ss. e 234 s., M. MORABITO, *Ricerche sulla schiavitù attraverso il discorso dei giuristi nel Digesto*, in «Index», VIII, 1978-79, p. 281 e 286 nt. 11, GIOMARO, «*Cautiones iudiciales*», cit., p. 122 ss., MANNA, *Actio redibitoria*, cit., p. 223 ss., e GAROFALO, *Studi sull'azione redibitoria*, cit., p. 1 ss. In generale sulla formula della *redibitoria* si rimanda a LENEL, *Das Edictum*, cit. p. 559 ss. e a MANTOVANI, *Le formule*, cit., p. 113 s.

¹¹²) Sulla *condemnatio* pecuniaria cfr. L. WENGER, *Zu drei Fragen aus dem römischen Zivilprozessrecht*, in «ZSS.», LXXII, 1939, p. 315 ss., e U. VON LÜBTOW, *Ursprung und Entwicklung der condemnatio pecuniaria*, in «ZSS.», LXXXI, 1951, p. 320 ss.

¹¹³) Per un caso analogo, riferito però alla *quanti minoris*, cfr. D. 21.1.43.6 (Paul 1 *ed. aed. cur.*).

¹¹⁴) Sul significato di '*redhibere*' si veda D. 21.1.21.pr. (Ulp. 1 *ed. aed. cur.*): '*Redhibere est facere, ut rursus habeat venditor quod habuerit, et quia reddendo id fiebat, idcirco redhibitio est appellata quasi redditio*'.

¹¹⁵) Cfr. *supra*, nt. 111.

‘quidquid ob eam rem Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona’¹¹⁶. E’, infatti, riconosciuto dalla dottrina che nei *iudicia bonae fidei* il giudice, nel singolo caso concreto, godesse di un ampio margine di libero apprezzamento¹¹⁷: in relazione alla compravendita «ciò risulta con particolare evidenza per la determinazione delle obbligazioni del venditore; la particolare elasticità dell’*officium iudicis* nel valutare l’*oportere ex fide bona* ha infatti permesso ai giureconsulti di valutare caso per caso la corrispondenza del comportamento delle parti ai criteri che via via venivano individuati per dare contenuto concreto al principio generale della *bona fides*»¹¹⁸.

Del resto, se in un *iudicium* non di buona fede come l’*actio redhibitoria* il giudice poteva far sì che venisse attuato il meccanismo della doppia restituzione, in modo tale che – prima di pronunciare la sentenza – ciascuna delle parti si venisse a trovare in una situazione corrispondente a quella in cui si trovava prima della conclusione del contratto di compravendita¹¹⁹, appare strano che all’interno di un’azione di buona fede il giudice avesse poteri inferiori. Ed, in effetti, lo Schulz¹²⁰, dopo avere trattato delle azioni arbitrarie, sostiene che «in the *bonae fidei iudicia* ... the judge was equally allowed to order specific performance before condemning the defendant to pay money. Thus the result is that in classical law the judge is as a rule entitled to order specific restitution or performance».

Pertanto, oltre al fatto che il giudice, in forza dei poteri conferitigli dal riferimento alla buona fede¹²¹, poteva tener conto nella sentenza del comportamento delle parti nel valutare la somma a cui condannare il convenuto, ci sembra plausibile che la buona fede potesse permettergli, prima di pronunciare la sentenza¹²², sia di indurre le parti a compiere ciò che egli ritenesse conforme alla *bona fides*¹²³, sia di favorire l’iniziativa delle parti stesse, imponendo, ad esempio, la prestazione di *cau-*

¹¹⁶ Per la formula dell’*actio empti* si rimanda a LENEL, *Das Edictum*, cit., p. 299, e MANTOVANI, *Le formule*, cit., p. 53.

¹¹⁷ G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*², Torino, 1990, p. 305.

¹¹⁸ PUGLIESE, *op. cit.*, p. 565. In particolare, sull’*oportere ex fide bona*, cfr. TALAMANCA, *La ‘bona fides’ nei giuristi romani*, cit., p. 38 ss.

¹¹⁹ Non a caso ciò viene paragonato all’*in integrum restitutio*. Cfr. D. 21.1.21.7 e D. 21.1.60.

¹²⁰ *Classical Roman Law*, cit., p. 39.

¹²¹ Sul punto si veda M. HORVAT, *Osservazioni sulla «bona fides» nel diritto romano obbligatorio*, in «Studi V. Arancio Ruiz», I, Napoli, 1952, p. 423 ss., M. TALAMANCA, *Processo civile (diritto romano)*, in «ED.», XXXVI, 1987, p. 64 ss. (in particolare p. 68).

¹²² Sulla sentenza si ritiene opportuno ricordare anche la particolare opinione di J. VÁŽNÝ, *Osservazioni sulla sentenza e la res iudicata*, in «BIDR.», XLVII, 1940, p. 108 ss., il quale partendo dalla posizione di E. BETTI, *Diritto romano*, I, Padova, 1935, p. 617 ss. sull’antitesi tra il *iudicare* e il *condemnare*, dopo aver ribadito la netta separazione concettuale tra la ‘*sententia*’ (termine equivalente, secondo l’autore, a ‘*indicatio*’), intesa come decisione, e la condanna o l’assoluzione, si sofferma a lungo sulle azioni *in rem*, al fine di dimostrare (p. 125) come «il parere del giudice sulla sussistenza o insussistenza del diritto, dedotto in giudizio, faccia oggetto della speciale pronunciazione» (‘*sententia*’), che, a differenza della condanna che ha un carattere costitutivo, ha invece un carattere declaratorio. Ciò premesso, alla domanda su quale influenza abbia la declamazione positiva pronunciata dal giudice sulla persona del convenuto, l’autore precisa che (p. 129) «Nelle azioni *in personam*, tale questione, naturalmente, non ha ragione d’essere: l’accertamento positivo del *si paret* delle azioni *in personam* appare direttamente constatazione del *dare oportere* del debitore. Invece nelle azioni *in rem* ... appare molto importante la questione ...». In queste, infatti, il parere del giudice circa la spettanza, ad esempio, della proprietà di un fondo all’attore implica la sussistenza dell’obbligo primario del convenuto, riferito al momento della *litis contestatio*, di restituire, quando, però, l’attore stesso, nel processo formulare, altro non può chiedere che la condanna del convenuto. Pertanto (p. 132) «constatata la proprietà dell’attore, con riguardo al momento della *litis contestatio*, si constata, di nuovo con riferimento al tempo della *litis contestatio*, che vi sono certi obblighi del convenuto, eventualmente ampliati, diminuiti, modificati ... dalla *litis contestatio* alla *res iudicata*», ossia al parere del giudice circa il diritto dedotto in giudizio: ed è inerente all’*officium iudicis* esaminare minutamente l’esistenza e il contenuto di questi obblighi. Di conseguenza, nel caso di *restitutio* da parte del convenuto si avrà l’assoluzione di quest’ultimo.

¹²³ Sul concetto generale di ‘buona fede’ si veda G. GROSSO, *Buona fede (diritto romano)*, in «ED.», V, Milano, 1959, p. 661 ss., il quale sottolinea che «La *fides bona*, come principio normativo, assunto nell’*intentio* della formula di dati giudizi, la cui pretesa traeva da essa fondamento e regola, aveva un suo individuato carattere tecnico, che la distingueva tanto dall’*aequitas* ... quanto dal *bonum et aequum*... La *fides bona* che dominava i *bonae fidei iudicia* importava tutto un regime che caratterizzava i rapporti che vi trovavano sanzione ...». Sui *bonae fidei iudicia* cfr. altresì KUNKEL, *Fides als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht*, cit., p. 1 ss., SCHULZ, *Classical Roman Law*, cit. p. 35 ss., F. WIEACKER, *Zum Ursprung der bonae fidei iudicia*, in «ZSS.», XCIII, 1963, p. 1 ss., A. WILINSKI, *Zur «litis aestimatio» in den «bonae fidei iudicia»*, in «Index», III, 1972, p. 443 ss., M. KASER, *Das römische Privatrecht*², I, München, 1971, p. 485 ss., e

tiones, qualora una di esse ne avesse fatto richiesta.

In relazione a quanto sino ad ora sostenuto, andiamo a vedere se può essere d'aiuto quanto troviamo asserito da Gaio nel passo che segue:

Gai, *inst.* 4.114: Superest ut dispiciamus, si ante rem iudicatam is cum quo agitur post acceptum iudicium satisfaciat actori, quid officio iudicis conveniat, utrum absolvere, an ideo potius damnare, quia iudicii accipiendi tempore in ea causa fuerit, ut damnari debeat. Nostri praeceptores absolvere eum debere existimant, nec interesse cuius generis sit iudicium; et hoc est quod vulgo dicitur Sabino et Cassio placere omnia iudicia absolutoria esse. <Diversae scholae auctoribus de strictis iudiciis contra placuit>; de bonae fidei iudiciis autem idem sentiunt, quia in eiusmodi iudiciis liberum est officium iudicis. Tantundem et de in rem actionibus putant, quia formulae verbis id ipsum exprimitur ... sunt etiam in personam tales actiones in quibus exprimitur ... actum fuit ¹²⁴.

La fonte rileva per il riferimento alla libertà di apprezzamento del giudice all'interno dei giudizi di buona fede. Ci si deve, a questo proposito, domandare, se il richiamo, all'interno della fonte, ai giudizi di buona fede nei quali '*liberum est officium iudicis*' ¹²⁵ possa costituire un indizio di quello che il giudice in un *bonae fidei iudicium* avesse la facoltà di fare prima della pronuncia della sentenza.

Premesso che il passo riguarda la disputa tra Sabiniani e Proculiani intorno al dovere da parte del giudice di tenere conto o meno dell'adempimento del convenuto dopo la *litis contestatio* ¹²⁶, è interessante ricordare in merito l'opinione del Carcaterra, il quale spiega che nei giudizi di buona fede per la valutazione pecuniaria è significativo il richiamo al '*quidquid*'. «E poiché esso va oltre ogni riferimento temporale, il giudice è già condotto per via di una *interpretatio* ed esplicitazione dei *verba formulae* a superare i vincoli formali e temporali della *litis contestatio*; in fondo, così come il giudice dell'*actio furti* e di un *iud. arbitrarium*, supera i limiti temporali della *litis contestatio*, per l'esplicito tenore delle relative formule; ugual valore ha il *quidquid*. Ma c'è di più: la formula prescrive che la decisione debba essere ispirata e governata dalla buona fede. Anche qui il *index* farà ricorso alla *interpretatio*, una *interpretatio plenior*, più viva, che vada dunque allo spirito, ai fini sostanziali ...» ¹²⁷.

recentemente C. A. CANNATA, *Bona fides e strutture processuali*, in «Studi A. Burdese», cit., I, p. 257 ss., F. GALLO, *Bona fides e ius gentium*, ivi, II, p. 115 ss., M. TALAMANCA, *La 'bona fides' nei giuristi romani*, cit., IV, p. 1 ss., M. J. SCHERMAIER, *Bona fides im römischen Vertragsrecht*, in «Studi A. Burdese», cit., III, p. 387 ss.

¹²⁴) Sul passo si vedano M. KASER, *Oportere und ius civile*, in «ZSS.», XCVI, 1966, p. 24 nt. 115, A. CARCATERA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli, 1964, p. 87 ss., ID., *Ancora sulla 'fides' e sui 'bonae fidei iudicia'*, in «SDHI.», XXXIII, 1967, p. 72, GIOMARO, «*Cautiones iudiciales*», cit., p. 260 ss., e C.A. CANNATA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, I, Torino, 2001, p. 148 ss., il quale sottolinea che «il processo formulare è un meccanismo delicato; il fatto che esso si presenti come via per un esito alternativo – la condanna pecuniaria del convenuto o la sua assoluzione – non rappresenta che l'aspetto esteriore di una struttura assai più ricca. Lo scopo dell'attore, che intenta un'azione non è quello di far condannare il convenuto a pagargli una somma di denaro, ma quello di costringere il convenuto a dargli soddisfazione della lesione che il suo diritto ha sofferto...». Si veda altresì il recente lavoro di F. ZUCCOTTI, *Vivagni III*, «*Omnia iudicia absolutoria esse*», in «RDR.», III, 2003.

¹²⁵) CANNATA, *Bona fides*, cit., p. 259, sottolinea che «... il *index* di un *iudicium bonae fidei* è *liberum* rispetto alla formula ed al suo tenore. Ma una libertà rispetto alla formula, per i principi del processo formulare, non può a sua volta provenire che dal tenore stesso della formula, perché è dalla formula che il giudice trae i suoi poteri. E, che cosa v'è, dunque, nella formula dei *iudicia bonae fidei*, che rende il giudice libero rispetto al tenore della formula stessa? Evidentemente ciò che, nella formula, fa del *iudicium* un *iudicium bonae fidei*, e quindi l'*intentio* fondata nella *bona fides*: '*quidquid ob eam rem Nm Nm Ao Ao dare facere oportet ex fide bona*'».

¹²⁶) A questo proposito la GIOMARO, *op. cit.*, p. 261, sottolinea come dalla fonte emerga il tentativo della giurisprudenza di dare rilevanza alla *solutio* effettuata dopo la *litis contestatio* «nell'unico modo possibile che, essendosi ormai nella fase *in iudicio* del processo, è quello di attribuire al giudice una certa ampiezza di discrezionalità nella valutazione del fatto. Così i Sabiniani dicono *omnia iudicia absolutoria esse*. Ma anche secondo i Proculiani, che nella testimonianza di Gaio si fanno interpreti del pensiero più rigoroso della giurisprudenza preclassica, la *solutio post iudicium acceptum* acquista efficacia liberatoria nelle azioni *in rem*, per il fatto che nel testo della formula si fa espresso riferimento all'*officium iudicis*, e nelle azioni di buona fede, che lasciano al giudice altrettanta discrezionalità di intervento e di giudizio, grazie al richiamo formulare alla *fides*; e a queste devono essere equiparate ... tutte le altre azioni *in personam* in cui espressamente si faccia appello all'*officium iudicis*».

¹²⁷) CARCATERA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, cit., p. 88 s.

Ora, premesso che si è già sottolineato come sia documentato dalle fonti – e in particolare dalla lettura parallela di D. 19.1.11.3 e di D. 21.1.1.pr. – la possibilità di intentare l'azione contrattuale di buona fede a fini redibitori, è interessante osservare che anche i commentatori, in particolare il Cuiacio, spiegano che «*l. ait competere actionem ex empto: igitur actione ex empto agitur ad redhibitionem: agitur ex empto ad dissolvendam venditionem*», talvolta, quindi, prosegue il Cuiacio, il venditore «*agit actione ex empto, ut res restituatur: actione ex empto agitur, ut res redhibeatur ob morbum vel vitium latens . . .*»¹²⁸.

A questo punto, al fine di prospettare una soluzione circa il modo in cui conseguire la *redhibitio* nell'*actio empti* formulare, è utile innanzitutto ribadire che nella redibitoria edilizia la realizzazione della doppia restituzione è resa possibile dalla presenza nella formula del doppio ordine di restituzione contenuto nella clausola arbitraria, che, invece, come già precisato, manca nell'azione contrattuale di buona fede: in quest'ultima, però, si è visto come proprio la presenza del richiamo alla buona fede consenta al giudice un certo margine di discrezionalità, che poteva anche tradursi nel favorire l'iniziativa delle parti. Ritornando, dunque, a Gai., *inst.* 4.114, si può desumere che nei giudizi di buona fede, proprio in virtù della libertà di apprezzamento riservata al giudice dal richiamo alla *bona fides*, questi potesse non solo assolvere il convenuto, che avesse adempiuto dopo la *litis contestatio*, ma anche, qualora il giudice valutasse incompleto l'adempimento del convenuto, imporre a quest'ultimo la prestazione di una *cautio*, in modo che questi si impegnasse a soddisfare pienamente la pretesa attorea. Allo stesso modo, qualora, prima di adempiere dopo la *litis contestatio*, il convenuto esigesse a sua volta dall'attore la prestazione di una *cautio*, il giudice avrebbe potuto favorire l'iniziativa della parte, imponendo la prestazione della suddetta promessa, come riteniamo dovesse accadere nell'ipotesi dell'*actio empti* intentata a fini redibitori. In tale circostanza, infatti, è credibile che il convenuto disposto a restituire il prezzo, prima della sentenza ma dopo la *litis contestatio*, potesse a buon diritto pretendere che l'attore si impegnasse a restituirgli la *merx*¹²⁹.

In questa prospettiva, dunque, al fine di conseguire la *redhibitio* nell'ambito del *iudicium ex empto* formulare sembra plausibile l'ipotesi del ricorso a *cautiones iudiciales*¹³⁰ di restituzione, nel senso che il convenuto venditore, vedendosi esposto alla condanna di restituire tutto il prezzo o addirittura una somma maggiore, poteva pretendere la restituzione della *merx* da parte dell'*emptor*: in un contesto simile, il potere del giudice di favorire l'iniziativa delle parti si traduce nell'imposizione al compratore di una *cautio* di restituzione. L'impiego di queste ultime è del resto documentato in alcuni luoghi del Digesto in riferimento ad azioni sia *in rem*¹³¹ sia *in personam*¹³².

¹²⁸) *Op. cit.*, VIII, c. 356.

¹²⁹) Uno dei testi da cui si può desumere l'elasticità del giudice, nell'ambito delle azioni di buona fede, nel valutare il comportamento delle parti ai fini di pronunciare o meno l'assoluzione del convenuto è D. 19.2.9.pr. (Ulp 32 ad ed.): «*Si quis domum bona fide emptam vel fundum locaverit mihi isque sit evictus sine dolo malo culpaque eius, Pomponius ait nibilo minus eum teneri ex conducto ei qui conduxit, ut ei praestetur frui quod conduxit licere. plane si dominus non patitur et locator paratus sit aliam habitationem non minus commodam praestare, aequissimum esse ait absolvi locatorem*». Nel passo si discute sulla responsabilità del locatore verso il conduttore, nel caso in cui il primo, pur senza dolo o colpa, abbia subito l'evizione della casa o del fondo acquistato e poi locato. In tale circostanza, il locatore sarà assolto, qualora, pur non potendo più garantire il *frui licere* dell'abitazione per la difforme volontà del *dominus*, ne metta a disposizione del conduttore un'altra dalle caratteristiche equivalenti; il giudice potrà dunque assolvere, perché, in forza della buona fede, ha la possibilità di valutare l'idoneità di una prestazione diversa dall'originaria a soddisfare le pretese dell'attore. Sulla fonte si veda in particolare STOLFI, *Studi sui «libri ad edictum»*, cit., p. 182 s. e nt. 190, ove ampia bibliografia.

¹³⁰) Su di esse A. MOZZILLO, «*Stipulatio pretoria*», in «*NNDI.*», XVIII, Torino, 1971, p. 452 nt. 6, fa notare che le fonti presentano una molteplicità di casi nei quali la *cautio* viene imposta dal giudice nella seconda fase del processo. Per quello che riguarda il sistema delle *cautiones* di restituzione cfr. D. 20.1.16.3 (Marc. *l.s. ad form. Hypoth.*), sul quale si rimanda al commento di GIOMARO, *op. cit.*, p. 45 ss.

¹³¹) Sul punto la GIOMARO, *op. cit.*, p. 44 s., proprio a proposito della possibilità di ricorrere a una *cautio* di restituzione nelle azioni *in personam*, si sofferma su D. 6.1.68 (Ulp. 51 ad ed.) – «*Qui restituere iussus iudici non paret contentens non posse restituere, si quidem habeat rem, manu militari officio iudicis ab eo possessio transfertur et fructuum dumtaxat omnisque causae nomine condemnatio fit. si vero non potest restituere, si quidem dolo fecit quo minus possit, is, quantum adversarius in litem sine ulla taxatione in infinitum iuraverit, damnandus est. si vero nec potest restituere nec dolo fecit quo minus possit, non pluris quam quanti res est, id est quanti adversarii interfuit, condemnandus est. haec sententia generalis est et ad omnia, sive interdicta sive actiones in rem*».

Può, però, a questo punto stupire che venga imposta una cauzione all'attore. A questo proposito, soccorre quanto contenuto nel titolo del Digesto dedicato all'editto edilizio, ove l'uso di *cautiones* poste a carico dell'attore è documentato proprio in relazione alla redibitoria, allorché, ad esempio per l'ipotesi di fuga dello schiavo senza colpa del compratore, l'onere di restituzione è da reputarsi assolto in seguito alla prestazione di una *cautio* da parte dell'attore medesimo conosciuta come *'de servo perseguendo et restituendo'*, in forza della quale l'*emptor* si impegnava a proseguire le ricerche dello schiavo e a restituirlo, ove in futuro ne avesse realizzato la cattura¹³³.

L'episodio appena ricordato non è, però, l'unico caso di impiego di una cauzione a carico dell'attore.

Un altro esempio lo troviamo, infatti, in D. 13.6.1.13.pr. (Pomp. 11 *ad Sab.*)¹³⁴, in cui viene presentata la situazione in cui la cosa data in comodato e non restituita, non trovandosi sul luogo della lite, non può essere resa dal comodatario, che, pertanto, viene condannato; all'attore, però, viene imposta dal giudice – prima della sentenza – una *cautio* con la quale avrebbe dovuto impegnarsi a restituire la *res*, dopo averla ritrovata. L'imposizione da parte del giudice all'attore vittorioso della *cautio de restituendo* viene spiegata dalla dottrina¹³⁵ con l'osservazione che il soccombente, dopo il pagamento della *litis aestimatio*, è divenuto proprietario della cosa.

Anche questa ipotesi, dunque, serve a dimostrare quanto fosse ampia, nel processo formulare¹³⁶, la latitudine di apprezzamento consentita al giudice, che poteva – come abbiamo visto – imporre cauzioni anche all'attore, anche al fine di favorire, come abbiamo prospettato, l'iniziativa delle parti.

Ora traendo le fila del ragionamento sino a questo momento condotto e proponendoci di ritornare in futuro sull'argomento, si può abbozzare l'idea che nel *iudicium empti ex bona fide*, il giudice prima di pronunciare la sentenza – su richiesta del convenuto – potesse imporre una *cautio* al compratore-attore per la restituzione della *merx*: una volta prestata, la sentenza, se il convenuto non avesse restituito il prezzo o se non si fosse impegnato a farlo, sarebbe stata di condanna in base a un criterio di buona fede, che, nella determinazione della *summa condemnationis*, poteva essere corrispondente all'importo del prezzo pagato al venditore, oppure poteva tener conto di tutte le circostanze al fine di riportare le parti in una situazione analoga a quella anteriore alla conclusione della compravendita; se, invece, dopo la prestazione della *cautio* da parte dell'attore per la restituzione della *merx*, il convenuto si fosse a sua volta impegnato a restituire il prezzo o l'avesse restituito, la sentenza sarebbe stata di assoluzione, sempre in forza della buona fede.

sive in personam sunt, ex quibus arbitrato iudicis quid restituitur, locum habet' –, e precisa che, anche se il passo non fa esplicito riferimento alla *cautio*, varrebbe anche per quest'ultima la generalizzazione in esso enunciata con le parole *'haec sententia generalis est et ad omnia sive interdicta, sive actiones in rem sive in personam sunt, ex quibus arbitrato iudicis quid restituitur, locum habet'*. Sulla possibilità di ricorrere a *cautiones* nelle azioni reali, l'autrice, *op. cit.*, p. 39, osserva che «In occasione di una rivendica, o genericamente di azioni reali ... si trova documentata nelle fonti una *cautio de restituendo* che il convenuto sarebbe obbligato a prestare *officio iudicis* nei casi in cui, essendo egli disposto a restituire in seguito all'invito a lui rivolto con la clausola arbitraria, non avesse tuttavia la possibilità di effettuare sul momento la *restitutio*, pur senza una sua responsabilità al riguardo». Tra le fonti, che sono portate ad esempio, ricordiamo D. 6.1.11 (Ulp. 16 *ad ed.*): *'Nisi si malit petitor suis impensis et periculo ibi, ubi indicatur, rem restitui: tunc enim de restitutione cum satisfactione cavebitur'*. Sul *insum de restituendo* nella rivendica si veda la formula di questa azione in LENEL, *Das Edictum*, cit., p. 185 s., e in MANTOVANI, *Le formule*, cit., p. 37 s.

¹³²) GIOMARO, *op. cit.*, p. 44 s.

¹³³) D. 21.1.21.3 (Ulp. 1 *ed. aed. cur.*): *'Idem ait futuri temporis nomine cautionem ei, qui sciens vendidit, fieri solere, si in fuga est homo sine culpa emptoris et nibilo minus condemnatur venditor: tum enim cavere oportere, ut emptor hominem persequatur et in sua potestate redactum venditori reddat'*. Cfr. GAROFALO, *Studi sull'azione redibitoria*, cit., p. 64 ss.

¹³⁴) *'Is qui commodatum accepit si non apparentis rei nomine commodati condemnatur, cavendum ei est, ut repertam dominus ei praestet'*.

¹³⁵) GIOMARO, *Cautiones iudiciales*, cit., p. 65.

¹³⁶) La conferma della classicità delle *cautiones iudiciales* e, soprattutto, della *cautio de restituendo*, si troverebbe, secondo GIOMARO, *op. cit.*, p. 52, nella circostanza che in età giustiniana quest'ultima si presenta in modo del tutto diverso, dal momento che essa è una promessa non più di restituzione, ma di pagare la *litis aestimatio* nel caso in cui non si possa o non si voglia effettuare la restituzione entro il tempo stabilito (cfr. *Iust. inst.* 4.17.2). *Contra*, si veda L. CHIAZZESE, *Iusiurandum in litem*, Milano, 1958, p. 34 ss.