

COLLANA DELLA RIVISTA DI DIRITTO ROMANO
SAGGI

SCRIPTA EXTRAVAGANTIA
STUDI IN RICORDO
DI
FERDINANDO ZUCCOTTI

A cura di Iole Fagnoli



— Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto —

ISBN 978-88-5513-130-8 - ISSN 2499-6491 - <https://doi.org/10.7359/1247-2024-studi-zuccotti>

Copyright 2024

LED Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto

Via Cervignano 4 - 20137 Milano

Catalogo: www.lededizioni.com

I diritti di riproduzione, memorizzazione e archiviazione elettronica, pubblicazione con qualsiasi mezzo analogico o digitale (comprese le copie fotostatiche, i supporti digitali e l'inserimento in banche dati) e i diritti di traduzione e di adattamento totale o parziale sono riservati per tutti i paesi.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume o fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano
e-mail autorizzazioni@clearedi.org - sito web www.clearedi.org

I costi di pubblicazione di questo volume sono stati sostenuti da:

Romanistisches Institut Universität Bern

Fondi di dotazione

Dipartimento di Diritto Privato e Storia del Diritto - Università degli Studi di Milano

Fondi di ricerca Saverio Masuelli

Dipartimento di Giurisprudenza - Università degli Studi di Torino

Gianfranco Mozzali

Claudio Felisari

Elena Babanicas

Flora Maria Piccinini

Donatella e Guia Busdraghi

Stampa: Litogi

Sommario

<i>Iole Fagnoli</i> Ferdinando Zuccotti o della stravaganza del diritto	11
<i>Saverio Masuelli (a cura di)</i> Pubblicazioni di Ferdinando Zuccotti	25
<i>Francesco Arcaria</i> Il <i>praetor</i> nel terzo libro del <i>De omnibus tribunalibus</i> di Ulpiano	33
<i>Pierfrancesco Arces</i> L'archetipo delle <i>Istituzioni</i> di Gaio è dunque solo vana immaginazione?	49
<i>Stefano Barbati</i> La ' <i>vetus atque usitata exceptio</i> ' – ' <i>cuius pecuniae dies fuisset</i> ' – di Cic. <i>De orat.</i> 1.168: un rimedio a disposizione dell'attore per evitare la <i>pluris petitio tempore</i> nel processo <i>per legis actiones</i>	67
<i>Mariagrazia Bianchini</i> A proposito di <i>manumissio a non domino</i>	101
<i>Maria Luisa Biccari</i> Minime riflessioni sulla servitù a margine di alcuni testi plauziani	109
<i>Pierangelo Buongiorno</i> Aspetti della repressione del falso a Roma tra tarda repubblica e primo principato	123
<i>Piera Capone</i> Profili della conflittualità fra vicini in una <i>controversia</i> di Seneca il Vecchio	145
<i>Valeria Carro</i> Gli usi civici tra passato e presente: un patrimonio di valori antichi	167

<i>Cosimo Cascione</i> Pretori nelle XII Tavole?	185
<i>Luca Castellani</i> Diritto commerciale uniforme e circolazione dei modelli giuridici: realtà e sfide	191
<i>Luca Ceglia</i> L'interpretazione di D. 18.1.65 (Iavol. 11 epist.): un'ipotesi di censura sabiniana	201
<i>Giovanna Coppola Bisazza</i> La funzione attribuita alla cultura umanistica e tecnica tra Teodosio II e Giustiniano	233
<i>Martino Emanuele Cozzi</i> «Una tesi un poco eterodossa». L'usucapione nel pensiero di Ferdinando Zuccotti	249
<i>Salvatore Antonio Cristaldi</i> <i>Manumissio</i> del minore di trent'anni e acquisto della condizione di <i>servus Caesaris</i>	265
<i>Matteo De Bernardi</i> Sulle lezioni del prof. Franco Pastori alla Statale di Milano	281
<i>Elio Dovero</i> Il <i>furor</i> eversivo degli eutichiani e il rimedio normativo	297
<i>Francesco Fasolino</i> Il diritto in funzione dell'uomo: riflessioni minime sullo studio della storia del diritto	317
<i>Riccardo Fercia</i> Trebazio e il comodato di <i>pondera iniqua</i>	323
<i>Monica Ferrari</i> Una famiglia ai margini dell'Impero: diritto e vita quotidiana nei Papiri Eufratensi	343
<i>Thomas Finkenauer</i> <i>Religio iudicis vel praetoris</i>	363
<i>Lorenzo Franchini</i> Caratteri e metodi della prima giurisprudenza laica: sintesi e pensieri sparsi	393

<i>Aleksander Grebieniow</i> Tracce di patti successori nell'editto di Giustiniano ' <i>De Armeniorum successione</i> ' del 535	425
<i>Giovanni Gulina</i> Un istituto sopravvissuto a se stesso. Riflessioni sulla <i>noxae deditio</i>	441
<i>Francesca Lamberti</i> <i>Isenatus consulta</i> Persiciano, Claudiano e Calvisiano in tema di matrimoni tra "anziani"	469
<i>Paola Lambrini</i> La proprietà delle terre nell'arcaico ordinamento romano alla luce di Dionigi di Alicarnasso	493
<i>Francesco Lucrezi</i> Repressione criminale e «categorie sistematiche». Ricordo di Ferdinando Zuccotti	505
<i>Carla Masi Doria</i> Cornelia, madre o tribù?	511
<i>Saverio Masuelli</i> Ricerche in tema di <i>cautio fructuaria</i>	517
<i>Valerio Massimo Minale</i> Il cavallo nell' <i>Ekloge</i> isaurica	533
<i>Carlo Pelloso</i> Sul significato di <i>quirites</i> e sulle formule ' <i>populus Romanus quiritium</i> ' e ' <i>populus Romanus quirites</i> '	539
<i>Carmela Pennacchio</i> Follia e matrimonio: maneggiare con cura. ' <i>Quid enim tam humanum est, quam ut fortuitis casibus mulieris maritum vel uxorem viri participem esse?</i> '	557
<i>Ivano Pontoriero</i> Pena convenzionale e interessi nella tradizione romanistica	577
<i>Francesca Pulitanò</i> Ferdinando Zuccotti e il dibattito attuale sull' <i>agere per sponsonem</i>	603

<i>Francesca Reduzzi Merola</i> Una controversia di Seneca il Vecchio e i divieti matrimoniali tra ingenuae e liberti	623
<i>Giunio Rizzelli</i> Ferdinando e <i>La paelex</i> . Un ricordo	627
<i>Antonio Saccoccio</i> <i>Periculum evictionis</i> nel diritto romano	635
<i>Maria Virginia Sanna</i> Ancora sul <i>partus ancillae</i>	665
<i>Roberto Scevola</i> Sulla configurazione del <i>crimen ambitus</i> fino all'età sillana: la centralità della <i>lex Cornelia Baebia</i> (181 a.C.)	679
<i>Raffaella Siracusa</i> La nozione di <i>universitas</i> in una prospettiva storico-comparatistica	705
<i>Mario Varvaro</i> Vat. Fr. 92, l' <i>indefensio</i> e la natura restitutoria degli interdetti <i>Quem fundum</i> e <i>Quem usum fructum</i>	725
<i>Gloria Viarengo</i> Giustizia familiare e giustizia pubblica a Roma: un tentativo di sintesi alla luce delle ricerche più recenti	743
<i>Silvia Viaro</i> ' <i>Si volet, suo vivito</i> '. Considerazioni sulla condizione dell' <i>'addictus</i> ' nelle XII Tavole	767
<i>Andreas Wacke</i> Jesus Christus als Angeklagter vor Pontius Pilatus in der Historienmalerei	811
<i>Adolfo Wegmann Stockebrand</i> Rilievi minimi su <i>re contrahere</i> e <i>credere</i> nelle <i>res cottidianae</i>	831
<i>Lorenzo Lanti - Manfredi Zanin (a cura di)</i> Indice delle fonti	853

Periculum evictionis nel diritto romano*

1. La questione – 2. Il *periculum evictionis* in *Fragmenta Vaticana* 12 – 2.1. Il testo – 2.2. Problemi testuali – 2.3. Il contenuto del testo – 2.3.1. *Ante pretium solutum* – 2.3.2 *Usucapio frustra complebitur* – 2.3.3. *Cum in ipso contractus limine periculum dominii immineat* – 2.3.4. Il *periculum evictionis* secondo *Papiniano* – 3. Il *periculum evictionis* nella cancelleria di Diocleziano – 3.1. Il testo – 3.2. Problemi testuali – 3.3. Il contenuto della Costituzione – 3.3.1. Diocleziano o Giustiniano? – 3.3.2. *Iudex tibi quae ex emptione veniunt praestari providebit* – 3.3.3. [...] *si satis ei non offeratur* – 4. *Papiniano* nel *Digesto* – 5. Conclusioni.

1. Come è noto, la garanzia per evizione comporta una responsabilità del venditore nel caso in cui, essendo stata trasferita una cosa altrui, l'effettivo proprietario la rivendichi vittoriosamente¹.

La vittoria processuale appare costituire il discrimine al quale collegare il momento di concretizzazione della responsabilità evizionale. Il giurista Paolo, infatti, nel commentare l'*ob evictionem se obligare*, dà per scontato che la responsabilità del venditore si attivi solo quando l'evizione sia realmente avvenuta.

D. 19.4.1 pr. (Paul. 32 ad ed.): [...] itaque, si evicta res non sit, [venditor] nihil debet.

Una costituzione di Settimio Severo e Caracalla del 210 chiarisce opportunamente che il venditore *auctor* non può essere chiamato in giudizio dal compratore evitto, se non dopo tale momento (*quamdiu [res] evicta non est*).

*) Mi è particolarmente grato dedicare questo breve contributo alla memoria di Ferdinando Zuccotti, al quale devo riconoscenza per gli inizi della mia carriera. Pubblico qui, rivisto, il testo del saggio *Periculum evictionis: una figura intermedia tra garanzia per l'evizione e garanzia per i vizi*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 34, 2022, p. 35 ss., con alcuni aggiustamenti e cambiamenti che, anche evitando ripetizioni e/o sciogliendo ambiguità, spero rendano più chiaro il mio pensiero.

¹) Nel diritto italiano, tale responsabilità si estende al risarcimento del danno ai sensi dell'art. 1479 c.c. (vd. l'art. 1483), oppure al rimborso della somma pagata dal compratore evitto al terzo proprietario, oltre agli interessi e alle spese, in caso di cd. evizione invertita (vd. l'art. 1486).

C.I. 8.44(45).3 (a. 210) Impp. Severus et Antoninus AA. Aureliano: Qui rem emit, et post possidet, quamdiu evicta non est, auctorem suum propterea, quod aliena vel obligata res dicatur, convenire non potest.

Questa soluzione, però, non si pone in contrasto con l'affermazione, contenuta in una serie di altre fonti, per cui il compratore, convenuto da un terzo in rivendica ma non ancora condannato, possa legittimamente rifiutarsi di pagare il prezzo ancora non corrisposto: altro è, infatti, non poter convenire in evizione il venditore fino al verificarsi della stessa, altro è rifiutarsi di corrispondere il prezzo dovuto in attesa di tale completamento². Ovviamente questa possibilità sussiste allorché ci si trovi in presenza di una reale minaccia del concretizzarsi dell'evizione, di una sorta di *periculum evictionis* che non costituisce un mero sospetto («ein blosser Verdacht [...] reicht nicht»), ma dia piuttosto vita a una preoccupazione fondatamente verificabile («eine erweislich gegründete Besorgnis»)³.

2. Il *periculum evictionis* in *Fragmenta Vaticana* 12

2.1. Una tale fattispecie risulta da almeno una trilogia di testi, ovverosia un passo di Papiniano, trådito dai *Fragmenta Vaticana* ma anche dai *Digesta* giustinianeî e una costituzione della cancelleria di Diocleziano⁴. La soluzione varia, e non di poco, tra i tre testi, pur rimanendo comune a tutti il principio per cui il compratore, di fronte ad una concreta (nel senso sopra chiarito) minaccia di evizione, può sospendere il pagamento del prezzo.

Cominciamo dal primo testo, nel quale la dottrina ha voluto vedere la concessione da parte del giurista al compratore di una eccezione, che è stata chiamata *exceptio imminens evictionis*⁵, con la quale egli possa legittimamente rifiutarsi di pagare il prezzo dovuto, dopo l'inizio di una azione di rivendica sulla cosa da parte di un terzo, e finché continui a pendere *in limine contractus* il *periculum* del concretizzarsi dell'evizione.

Vat. Fr. 12: Ante pretium solum dominii quaestione mota pretium emptor restituere non cogetur, tametsi maxime fideiussores evictionis offerantur, cum ignorans

²) Lo chiariva già H. DONELLUS, *Commentaria in Codicem Iustiniani*, in *Opera omnia*, IX, Florentiae, 1846, ad h.l., c. 1684.

³) Cfr. in questo senso già C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld. Ein Kommentar*, 20/II, Erlangen, 1819, p. 369.

⁴) Secondo E. SECKEL-E. LEVY, *Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht*, in *ZSS RA*, 47, 1927, p. 236 s. tale possibilità sarebbe stata preclusa fino al periodo tardo-classico («spätclassische Zeit»), quando sarebbe stata introdotta da Papiniano e da Diocleziano.

⁵) Cfr., ad es., J. GINESTA-AMARGÓS, *Exceptio imminens evictionis*, in *BIDR*, 92-93, 1989-1990, p. 311 ss. Però né Papiniano, né Diocleziano fanno parola di una tale eccezione, limitandosi a concedere al compratore la facoltà di rifiutare il pagamento del prezzo.

possidere coeperit. Nam usucapio frustra complebitur anticipata lite nec oportet evictionis securitatem praestari, cum in ipso contractus limine domini periculum immineat.

2.2. Il testo, proprio perché letto in sinossi con gli altri due sopra citati, è stato oggetto di numerosi e pesanti attacchi non solo nel periodo del cd. interpolazionismo: ad esempio, ancora di recente Wolfgang Ernst ha affermato che esso, nella sua forma attuale, appare grossolano nella decisione e nel fondamento⁶.

Ma già in precedenza non erano mancati i rilievi. Secondo Beseler il testo sarebbe quasi del tutto guasto, ricostruito da un ignoto compilatore o commentatore dei *Vaticana Fragmenta*⁷ con stile bizantino («bluhmenreicher Stil») sulla base dei corrispondenti testi del Codice e del Digesto, dei quali sarebbe «ein Amalgam»⁸.

In particolare, lo studioso lancia i suoi strali contro il ‘*restituere*’, che nel corrispondente testo del Digesto si trova mutato in ‘*solvere*’ e che, a suo avviso, sarebbe imputabile alla mano dell’autore dei *Vaticana Fragmenta*, il quale avrebbe altresì alterato la parte finale del frammento (da *nec oportet* alla fine), per trasferire qui il concetto che Diocleziano racchiude nelle parole ‘*immineat evictio*’, tradendo così un vivace intento di variazione, ma lasciando una espressione (*dominii periculum*) a suo avviso insensata⁹. Invece, a giudizio di Rabel, seguito sul punto da Ernst, ‘*restituere*’ sarebbe uno Schreibfehler in luogo di ‘*solvere*’¹⁰, mentre secondo Ginesta Amargos esso rappresenterebbe il frutto dell’intervento della cancelleria di Diocleziano, e, in particolare, di un Ermogeniano «papinianizzante» (lo studioso

⁶) Così alla lettera si veda W. ERNST, *Rechtsmängelhaftung*, Tübingen, 1995, p. 62.

⁷) I *VF*, infatti, apparterrebbero al genere dei «collective Works» e farebbero pensare ad un’opera in cui l’edizione originaria sarebbe stata poi integrata in tempi diversi e da mani diverse: M. DE FILIPPI, *Fragmenta Vaticana. Storia di un testo normativo*², Bari, 1998, p. 17.

⁸) Cfr. G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römische Rechtsquellen*, in *ZSS RA*, 66, 1948, p. 373; contrario F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen, 1960, p. 358, il quale giustamente osserva che il testo della costituzione di Diocleziano (si veda *infra*, § 3) presenta una soluzione giuridica opposta a quella del Papiniano dei *Vaticana*, ma una terminologia assolutamente sovrapponibile (dalla *mota quaestio* al *limen contractus*: si veda meglio *infra* sul punto), così che Beseler è costretto (arbitrariamente secondo Wieacker: «willkürlich») a ipotizzare che dapprima la cancelleria di Diocleziano avrebbe modificato il testo di Papiniano, e poi un più tardo «Papinianbearbeiter» sarebbe a sua volta intervenuto sul riscritto.

⁹) Cfr. G. BESELER, *Romanistische Studien*, in *TR*, 8, 1926, p. 284, ID., *Miszellen – Einzelne Stellen*, in *ZSS RA*, 46, 1926, p. 270. Propone questa medesima ricostruzione S. SOLAZZI, *Glosse a Gaio*, in *Scritti di diritto romano in onore di C. Ferrini*, Milano, 1946 io cito da *Scritti di diritto romano*, VI, (*Ultimi scritti – Glosse a Gaio - «Notae»*), Napoli, 1972, p. 474 nt. 135, secondo il quale il redattore dei *VF* avrebbe copiato Diocleziano.

¹⁰) Cfr. E. RABEL, *Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte*, I, *Geschichtliche Studien über den Haftungserfolg*, Leipzig, 1902, p. 82 nt. 2, il quale, in verità, accompagna l’ipotesi con un punto di domanda; W. ERNST, *Rechtsmängelhaftung*, cit., p. 62 nt. 269.

parla di «refundición de un autor papinianizante»¹¹. A mio avviso, l'argomento usato da questi studiosi, cioè il fatto che la locuzione 'pretium restituere' si trovi raramente nelle fonti nel significato di adempiere/pagare il prezzo¹², può essere facilmente ribaltato: infatti, anche a voler trascurare l'obiezione che bisognerebbe spiegare chi e perché avrebbe introdotto nel testo la parola suppostamente errata, si potrebbe controbattere che tale espressione si trova nelle fonti, sebbene raramente. Possiamo quindi affermare che qui 'restituere' rappresenti una sorta di volgarizzazione di 'solvere' da intendersi, però, nell'accezione del verbo tedesco «zahlen»¹³.

Dubbi sono stati sollevati anche a proposito delle parole 'cum ignorans possidere coeperit', le quali costituirebbero solo una osservazione marginale («beiläufige Bemerkung») di Papiniano, a significare che la proponibilità di una questione sulla minacciata evizione sarebbe ipotizzabile solo nel caso in cui non fosse già chiaro fin dall'inizio che si sia comprata una cosa altrui¹⁴. A questo proposito, si è giunti ad affermare che le parole 'cum ignorans', poste *supra versum* nel manoscritto, rappresenterebbero un maldestro riempimento di una lacuna del testo («ungeschickte Lückenfüllung») da parte del compilatore dell'opera¹⁵. Mi pare, al contrario, che queste parole rivestano un ruolo fondamentale nel ragionamento condotto dal giurista. Infatti, apprendiamo da C.I. 8.44(45).27 (a. 294) *Impp. Diocl. et Maxim. AA. et CC. Theophilo* che la conoscenza dell'altruità della cosa comprata, ove non accompagnata da un patto espresso di prestare l'evizione, comportava una tacita rinuncia alla garanzia da parte del compratore (il quale *contra iuris poscit rationem*), così che egli, ancorché evitto, avrebbe comunque dovuto pagare il prezzo¹⁶.

¹¹) J. GINESTA-AMARGÓS, *Exceptio imminetis evictionis*, cit., p. 321, il quale si spinge financo a dire – in maniera oserei dire del tutto azzardata – che qualsiasi congettura che ipotizzi l'intervento sul testo di una terza persona diversa da Ermogeniano «resulta un tanto alambicada». Nessuna prova però offre lo studioso di come, quando e perché Ermogeniano (anche supponendo che ci sia lui dietro la costituzione di Diocleziano: si veda *infra*, nt. 72 sul punto) avrebbe posto in essere il supposto intervento.

¹²) HEUMANN-SECKEL, *Handlexicon zu den Quellen des römischen Recht*⁹, Jena, 1926, s.v. *restituere* 4, p. 516.

¹³) È questa l'opinione di F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, cit., p. 357, per A. GUARINO, *Giusromanistica elementare*, Napoli, 1989, p. 121 la giusta resa in italiano potrebbe essere «mettere a disposizione del venditore i soldi del prezzo». Per alcuni usi di 'restituere' nel senso di 'solvere' cfr., ad esempio D. 42.1.41.1 (Paul. 14 quaest.), D. 45.1.82.1 (Ulp. 78 ad ed.). Secondo Buchholtz, peraltro (*infra*, nt. 25), Papiniano qui con il *restituere* intenderebbe riferirsi non al semplice pagamento del prezzo, ma a quest'ultimo *cum omni sua causa* (principalmente le *usurae*). Infine, per la locuzione *quae ex empto veniunt* di C.I. 8.44.24.1: si veda *infra*, 3.3.2.

¹⁴) Così si veda P.G.E. PUGGÉ, *Bemerkungen zu der von Hr. Prf. Buchholz besorgten Ausgabe der Vaticana Fragmenta*, in *Rhein. Mus.*, 3, 1829, p. 440.

¹⁵) Così cfr. G. BESELER, *Miszellen*, cit., p. 270.

¹⁶) Cfr. A. GUARNERI CITATI, *Gli effetti del pactum de non praest. evict. e la regola creditorem evict. non debere*, in *AUPA*, 8, 1921, p. 432.

Secondo altri studiosi, il riferimento all'impossibilità di usucapire il bene sarebbe un contributo del redattore dei *Vaticana Fragmenta*, perché egli lavorerebbe in un momento storico in cui l'*usucapio* come istituto giuridico è al tramonto¹⁷; proseguendo su questa linea, infine, è stata considerata imprecisa l'espressione '*usucapio complebitur*'¹⁸. Entrambi i rilievi, però, non paiono avere argomenti convincenti dalla loro parte.

Wieacker, poi, ha ipotizzato che, mentre la prima parte del passo sarebbe genuinamente papiniana, la struttura sintattica della seconda parte ('*nam immineat*') non ne permetterebbe l'attribuzione al giurista classico: essa sarebbe il frutto di una revisione «papinianizzante» operata subito dopo la redazione del responso contenuto in C.I. 8.44.24 pr., con il quale il testo qui in questione presenta numerose assonanze linguistiche e non solo¹⁹.

Infine, la lettura '*periculum domini*', invece di '*periculum domini*' è difesa da alcuni studiosi, i quali però danno un senso alla parte finale che non mi sento di condividere²⁰; allo stesso modo, neanche la locuzione '*in ipso contractus limine*', che a mio avviso costituisce un punto cardine dell'intero testo (si veda *infra*, 2.3.3) è stata risparmiata da chi la ha reputata poco chiara²¹.

Diffusa, invece, in dottrina è l'opinione che il testo si presenti come sostanzialmente genuino.

¹⁷) Discute questa possibilità W. ERNST, *Rechtsmängelhaftung*, cit., p. 65, il quale, però, la nega. Ora: è vero che in età tardo classica l'*usucapio* classica va incontro a un rapido declino, e viene assimilata alla prescrizione, che domina il campo con la *longi temporis praescriptio*: cfr. M. KASER, *Römisches Privatrecht*², 2, München, 1975, p. 285 s.; però merita altresì segnalare, con E. LEVY, *West Roman Vulgar Law. The Law of Property*, Philadelphia, 1951, p. 179, che il termine *usucapio* comincia a non trovarsi più nelle costituzioni imperiali solo dopo Diocleziano. A. GUARINO, *Giusromantica elementare*, cit., p. 121 reputa per questo possibile un rimaneggiamento da parte di «qualcuno fra i suoi [di Papiniano] numerosi lettori e ammiratori postclassici».

¹⁸) Cfr. F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, cit., p. 359, secondo il quale *usucapio* qui dovrebbe significare non «usucapione» (*Ersitzung*), ma «tempo dell'usucapione» (*Ersitzungszeit*), ciò che rivelerebbe un intervento sul testo; concorda H.P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Recht*, Hamburg, 1965, p. 56 nt. 6; contrari G. KLINGENBERG, *Die Ersitzung während des Eigentumsprozesses*, in *Vestigia iuris romani. Festschrift für Gunter Wesener zum 60. Geburtstag am 3. Juni 1992* (cur. G. KLINGENBERG, J.M. RAINER, H. STIEGLER), Graz, 1992, p. 243 nt. 19 ed W. ERNST, *Rechtsmängelhaftung*, cit., p. 65 nt. 285.

¹⁹) Cfr. F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, cit., p. 357 ss. Per il pensiero di questo a. si veda meglio *supra*, nt. 8; invece, sulle assonanze terminologiche tra questo testo e la costituzione diocleziana torno più nel dettaglio *infra*, 3.1.

²⁰) Mi riferisco in particolare alla acuta costruzione di Ernst, sulla quale vedi abbondantemente *infra*, 2.3.3. Per la lettura *domini*, cfr. F. PRINGSHEIM, *Eigentumsübergang beim Kauf*, in *ZSS RA*, 50, 1930, p. 434; F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, cit., p. 358. Al contrario, S. SOLAZZI, *Glosse a Gaio*, cit., p. 474 nt. 135 difende espressamente la lettura *dominii*.

²¹) Cfr. F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, cit., p. 358.

2.3. Il contenuto del testo

2.3.1. In esordio, il giurista chiarisce che tutta la vicenda affrontata debba svolgersi prima del pagamento del prezzo da parte del compratore: *ante pretium solutum*. La precisazione è tutt'altro che irrilevante, stante il fatto che, come ci informa Ermogeniano, il compratore, una volta pagato il prezzo e convenuto in rivendica da un terzo, può chiamare in giudizio il venditore a *rem defendere* e non per farsi restituire l'importo pagato²².

D. 21.2.74.2 (Hermog. 2 iur. epit.): Mota quaestione interim non ad pretium restituendum, sed ad rem defendendam venditor conveniri potest.

Del resto, se è vero che di una responsabilità per evizione può parlarsi solo allorché la cosa venduta sia stata (trasferita e poi) sottratta al compratore dal terzo vittorioso in rivendica (sempre che, come è ovvio, il compratore non abbia preferito pagare l'*aestimatio* e tenere la cosa), le fonti richiedono altresì, per il concretizzarsi di una tale responsabilità, che il compratore abbia pagato il prezzo (o abbia fornito garanti in tal senso).

D. 19.1.11.2 (Ulp. 32 ad ed.): Et in primis 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.

Quindi, da un lato, una vera e propria responsabilità per evizione si verifica solo se il venditore ha trasferito la cosa al compratore, il quale, dal canto suo, ha pagato il prezzo; dall'altro lato, una volta che egli lo abbia fatto e sia stato convenuto in rivendica da un terzo, non può ripetere la somma versata, ma può soltanto chiamare a propria difesa il venditore.

La questione qui esaminata si pone in un punto intermedio tra questi due casi, perché la *res* è stata trasferita, ma il corrispettivo non è stato ancora pagato e, in aggiunta, il rischio del concretizzarsi dell'evizione risulta «aggravato» dall'esperienza dell'azione giudiziale da parte del terzo. È quindi evidente che non possa applicarsi in pieno la disciplina dell'evizione, perché non solo il compratore non ha pagato il dovuto, ma essa non si è ancora tecnicamente concretizzata, esistendo solo un *periculum*.

Coerente, quindi, appare la valutazione di Papiniano, che consente al compratore di sospendere il pagamento del prezzo, reputando, con un giudizio di op-

²²) Erra, quindi, a mio avviso J. GINESTA-AMARGÓS, *Exceptio imminetis evictionis*, cit., p. 318, quando afferma che se il prezzo è stato pagato, il compratore potrebbe rivolgersi con una *condictio* contro il venditore per far valere un «puro vizio giuridico», per sanzionare così un arricchimento ingiustificato a cui andrebbe incontro il venditore.

portunità (sul punto si veda meglio *infra*, 2.3.3), che la prestazione di (ulteriori) garanti da parte del venditore non sia idonea a riequilibrare il sinallagma contrattuale, nel caso in cui l'evizione poi si verifichi.

2.3.2. Papiniano, invero con la complessità espositiva e di pensiero che di solito lo contraddistingue²³, afferma in questo passaggio che se in una compravendita, prima del pagamento del prezzo, venga intentata giudizialmente una controversia (*quaestione mota*) da un terzo²⁴, il quale rivendichi come propria la cosa acquistata, il compratore, perfino nel caso in cui (*tametsi maxime*)²⁵ gli vengano offerti dei fideiussori a garanzia dell'adempimento del venditore²⁶, non potrà essere costretto a

²³) «Papinianresponesen enthalten auf engem Raum ein Höchstmaß an juristischer Informationen»: cfr. D. LIEBS, *Römische Rechtsgutachten und Responsorum libri*, in *Strukturen der Mündlichkeit in der römischen Literatur* (cur. G. VOGT-SPIRA), Tübingen, 1990, p. 91, a giudizio del quale il parere qui riportato sarebbe «nicht ohne Pathos ausgedrückt».

²⁴) La gl. *Quaestione mota* intende questa espressione nel senso di una richiesta stragiudiziale, traendone, nell'ottica di una lettura armonizzante, un argomento in favore di una lettura processualmente orientata dell'*in limine contractus*' di C.I. 8.44.24. La *communis opinio* però non si discosta dal riferimento della locuzione a una lite già intentata e così interpretano il passo anche i Basilici: cfr. Bas. 19.6.12.1 (Hb., II, p. 282 = Bas. 19.6.13[12] Schelt. A/III, 936). A mio avviso, il *quaestione mota* non può che collegarsi all'*anticipata lite* successiva, facendo così riferimento alla *litis contestatio* del processo formulare, a cui è legato tutto il ragionamento seguente sull'inutilità dell'eventuale completamento dell'usucapione. Nel periodo tardoclassico, la *litis contestatio* indica solo il momento di inizio della trattazione della causa davanti al giudice, approssimativamente coincidente con la *contradictio* del convenuto non confesso alla *narratio* dell'attore (cfr. C.I. 3.9.1(a. 202) *Immp. Severus et Antoninus AA. Valenti*, C.I. 3.1.14.4 (a. 530) *Imp. Iustinianus A. Iuliano pp.*); essa subisce una sorta di scissione (Zerspaltung: cfr. M. WLASSAK, *Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht der Römer*, 1, Wien, 1917, p. 143 nt. 3) così che alcuni suoi effetti vengono collegati già all'atto introduttivo del giudizio; cfr. M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², München, 1996, p. 490 e *infra*, nt. 87.

²⁵) *Tametsi maxime* è locuzione assente nella letteratura non giuridica. Arbitrario è però il tentativo di Huschke di sostituire *nisi a tametsi*: Così A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, III/2, Leipzig, 1908, cito dalla rist. Aalen, 1965, III, § 333, p. 87 nt. 2. *Tametsi maxime* ricorre nel Digesto altre quattro volte, oltre che in questo testo, tutte riconducibili alla «scuola» di Cervidio Scevola, cioè tre volte in Papiniano, D. 20.1.3.1 (Pap. 20 quaest.), D. 28.6.41.6 (Pap. 6 resp.), e D. 36.3.1 (Pap. 28 quaest.), e una in Trifonino D. 49.15.12.3 (Tryph. 4 disp.). Per tale ragione, mi appare da rifiutare la lettura '*tametsi maximi*' che si legge in qualche autore dell'Ottocento (si veda per es. l'edizione dei *VF* di Buchholtz (*Iuris civilis anteiustiniani Vaticana Fragmenta et codice rescripto ab Angelo Maio edita*, istr. A.A. DE BUCHHOLTZ Regimonti Borussorum, 1828, *ad h.l.*, 13), seguita ancora da P.G.E. PUGGÉ, *Bemerkungen*, cit., p. 439, ma anche, *ex multis*, da E. COSTA, *Papiniano. Studio di storia interna del diritto romano*, 4, Bologna, 1899, p. 113), alla luce della quale Papiniano avrebbe inteso così qualificare come *maximi* i *fideiussores* richiamati nel testo. In ogni caso, in tutte le occorrenze della locuzione, la traduzione qui offerta («perfino nel caso in cui [...]») appare più che sostenibile. Migliorabile sul punto, quindi, appare la trad. cur. da S. SCHIPANI (vol. 4) e da me e A. PETRUCCI (vol. 5.1).

²⁶) Non si capisce perché, secondo M. DE FILIPPI, *Fragmenta Vaticana*², cit., p. 113, il sogget-

pagare il prezzo²⁷, qualora la *res* sia stata a lui trädita ed egli abbia iniziato a possederla in buona fede²⁸. Infatti, anche qualora egli dovesse usucapire dopo la *litis contestatio* (*anticipata lite*)²⁹, lo farebbe inutilmente (*frustra*), incombendo comunque su di lui il rischio di perdere la proprietà della cosa consegnatagli³⁰.

Ci muoviamo senza dubbio nell'alveo del processo formulare, l'unico nel quale il ragionamento condotto dal giurista acquista senso.

to della frase '*tametsi-offerantur*' debba essere il compratore, ciò che priverebbe il passaggio di qualsiasi significato logico, come peraltro riconosce la stessa a.

²⁷) Taluno ha voluto vedere in ciò un diritto di ritenzione del prezzo da parte del compratore: già C.F. GLÜCK, *Pandekten*, 20/II, cit., p. 371 parlava di un *Retentionsbefugnis*, ma poi cfr. C.W. SCHENK, *Die Lehre von dem Retentionsrechte nach gemeinem Recht*, Jena, 1837, p. 2 nt. 2 e 218, W.A.F. CRAMER, *Bemerkungen über das s.g. Retentionsrecht*, in *Archiv für die Civilistische Praxis*, 37, 1854, p. 416, H. ZAUN, *Beiträge zur Lehre vom Retentionsrecht*, in *Arch. f. prakt. Rechtsw.*, 4, 1857, p. 404, G. SEMERARO, *La dottrina del jus retentionis nei suoi principi e nelle sue applicazioni alla legislazione civile italiana*, Napoli, 1875, p. 156, F. REGELSBERGER, *Pandekten*, 1, Regelsberger, 1893, § 193, p. 687 nt. 2, E. COSTA, *L'exceptio doli*, Bologna, 1897, p. 74, A. BECHMANN, *Der Kauf*, cit., § 333, p. 88; G. KLINGENBERG, *Die Ersitzung während des Eigentumsprozesses*, cit., p. 243; *contra*, si veda già G.C. GROSKOPFF, *Zur Lehre von Retentionsrechte*, Oldenburg, 1858, p. 52. Mancano qui, però, i requisiti della *retentio*, la quale tecnicamente consiste nella «giuridica possibilità di subordinare la riconsegna o il rilascio di una *res* non ritenuta in garanzia, all'effettivo soddisfacimento da parte dell'altro di una propria pretesa creditoria connessa con la *res* medesima»: cfr. E. NARDI, *Studi sulla ritenzione in diritto romano*, I, *Fonti e casi*, Milano, 1947, p. 3.

²⁸) A mio avviso non coglie nel segno H.P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma* cit., p. 56 nt. 6, secondo il quale la questione qui verteva intorno alla presenza o meno della *fides bona* in capo al compratore ai fini del concretizzarsi dell'usucapione, questione a proposito della quale i giuristi discutevano se dovesse essere presente al momento della perfezione del contratto o in quello della *traditio* (si veda D. 41.3.10 pr. (Ulp. 16 ad ed.), dove viene riportato il dibattito che vede vincenti le opinioni di Sabino e Cassio). Infatti, Papiniano ha qui cura di precisare che l'*usucapio* si completa, per quanto in maniera non utile (*frustra*): si veda subito appresso.

²⁹) Non corretto appare sul punto H.P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma* cit., p. 56 nt. 6, quando afferma che la lite sulla proprietà impedisce il completamento dell'usucapione («der Gedanke, dass ein Eigentumsstreit nach Erwerb der Sache die Ersitzung hindern [...]»); cfr., infatti, W. ERNST, *Rechtsmängelhaftung*, cit., p. 62. È appena il caso di precisare che la minaccia (il *periculum evictionis*) sarebbe sventata dal compimento utile dell'usucapione, che metterebbe al sicuro il compratore. Allo stesso modo, ma non è questo il caso, il *periculum* non sussisterebbe più in caso di perimento non imputabile della cosa: cfr. C.I. 8.44.26 (a. 294) *Impp. Diocl. et Max. AA et CC Neoni e D. 21.2.21 pr.* (Ulp. 29 ad Sab.).

³⁰) Afferma E. COSTA, *Papiniano*, cit., p. 114 che «già per quell'*anticipata lis* manca l'*habere licere* essenziale al contratto, e la possibilità persino di arrivarvi per via della *usucapio*»; nello stesso senso si veda anche E. NARDI, *Studi sulla ritenzione*, cit., p. 251 s., secondo il quale i testi qui in questione non significherebbero altro che la concessione dell'*exceptio inadimplenti contractus*. J. GINESTA-AMARGÓS, *Exceptio imminenti evictionis*, cit., p. 317 ritiene che Papiniano reputasse sostanzialmente inutile la garanzia in quanto completata l'usucapione cadrebbe anche l'*ob evictionem garantire* del venditore e, con essa, l'eventuale obbligazione dei fideiussori, che sarebbe a quella accessoria. Non irilevante appare poi l'osservazione di A. BECHMANN, *Der Kauf*, cit., § 333, p. 87 nt. 4 che in alcuni documenti stipulatori veniva espressamente garantita la possibilità di usucapire.

Infatti, le fonti chiariscono senza ombra di dubbio che, nel caso di esperimento della rivendica da parte di un terzo in diritto romano classico, la *litis contestatio* non avrebbe mai interrotto il decorso del tempo utile ad usucapire³¹. Così l'usucapiente, che al momento della *litis contestatio* stessa non avesse ancora portato a compimento il tempo utile a usucapire, sarebbe stato comunque condannato, anche qualora fosse trascorso il tempo previsto. Infatti, l'usucapione completata dopo la *litis contestatio* non sarebbe stata opponibile al *dominus* evincente per il cd. principio conservativo legato della *litis contestatio*³² e, di conseguenza, essa si sarebbe completata inutilmente.

Un testo di Gaio chiarisce bene questa situazione.

D. 6.1.18 (Gai. 6 ad ed. prov.): Si post acceptum iudicium possessor usu hominem cepit, debet eum tradere eoque nomine de dolo cavere: periculum est enim ne eum vel pigneraverit vel manumiserit.

Dice il giurista antoniniano che se il possessore, nel corso del processo di rivendica e prima della sentenza a lui sfavorevole, non abbia completato il periodo dell'usucapione, è tenuto a ritrasferire il bene al rivendicante vincitore, prestando altresì una garanzia (*cautio*) di non comportarsi dolosamente: egli stesso, infatti, nel frattempo potrebbe aver pignorato la cosa o liberato gli schiavi venduti. Se egli, invece, nel medesimo momento (cioè nell'intervallo tra la *litis contestatio* e la sentenza) ha completato il periodo dell'usucapione deve semplicemente rilasciare la cosa al vero *dominus*³³.

Per tale ragione, cioè per il fatto che il compratore non potrebbe comunque opporre al terzo l'usucapione (eventualmente) intervenuta *post litem contestatam*, quest'ultima, che avrebbe posto il compratore al riparo dal rischio dell'evizione, si colora della caratteristica dell'inutilità (*frustra*).

³¹) Cfr. D. 41.4.2.21 (Paul. 54 ad ed.): *Si rem alienam emero et, cum usucaperem, eandem rem dominus a me petierit, non interpellari usucapionem meam litis contestatione*. Molto lontana dalla comprensione della problematica giuridica appare M. DE FILIPPI, *Fragmenta Vaticana*², cit., p. 113, nel momento in cui afferma essere «piuttosto banale l'osservazione che l'usucapione si è interrotta per l'insorgenza di una controversia sul dominio».

³²) Spiega chiaramente la questione E. GRÜBER, *Über den Einfluss der Eigentumsklage auf die Ersitzung nach römischen Recht*, München, 1875, p. 3: «Allein da die Begründung der klägerische Behauptung lediglich nach dem Zeitpunkte dieses prozessualen Akten zu beurtheilen ist, so wird der Beklagte, wenn der Kläger damals wirklich Eigentümer war, in der gleichen Weise zu verurtheilen sein, mag er im Laufe der Prozesses ersessen hat oder nicht». Cfr. anche F. BETANCOURT, *La stipulatio iudicialis de dolo en el derecho romano clasico*, in *AHDE*, 49, 1979, p. 173 ss., H. COING, *Die clausula doli im klassischen Recht*, in *Festschrift Fritz Schulz*, 1, Weimar 1951, p. 100.

³³) Per questi profili, si veda G. KLINGENBERG, *Die Ersitzung während des Eigentumsprozesses*, cit., p. 243 ss.

2.3.3. Papiniano aggiunge poi che non apporterebbe alcun giovamento (*nec oportet*) l'eventuale prestazione di una garanzia da parte del venditore (*securitas evictionis*), il quale promettesse di tenere indenne il compratore per il caso in cui si realizzi effettivamente la minacciata evizione, perché il rischio costituito dall'affermarsi del diritto del terzo proprietario continuerebbe a incombere sul contratto di compravendita ancora non eseguito (*in ipso contractus limine dominii periculum imminet*).

Su quale sia il momento indicato da Papiniano con l'espressione '*limen contractus*', la dottrina dibatte da secoli. Posto che il *limen contractus* non può in alcun modo riferirsi alla «natura stessa del contratto»³⁴, secondo Baldo, la locuzione indicherebbe l'intervallo temporale «ante perfectionem contractus, in ingressu contractus»³⁵; mentre a giudizio di Donello il riferimento qui sarebbe al «tempus quo nondum emptio ex utraque parte impleta est, id est res nondum a venditore tradita et pretium a venditore numeratum»³⁶. Ma le critiche a tale interpretazione non si sono fatte attendere³⁷, alcuni ritenendo indicato dal giurista il tempo precedente al pagamento del prezzo³⁸ e, più esattamente, il momento precedente il pagamento del prezzo, ma successivo alla consegna della cosa³⁹.

Recentemente è stato invece avanzato un differente tentativo di spiegazione. Infatti, secondo Wolfgang Ernst, Papiniano con le parole *in ipso contractus limine* si starebbe riferendo non al contratto di compravendita, ma alla garanzia «aggiuntiva» nella forma della *satisfactio*, cioè di una prestazione di garanti da parte del venditore, che egli (Papiniano) reputerebbe inutile⁴⁰. Infatti – continua Ernst –

³⁴) Come vorrebbe invece M. DE FILIPPI, *Fragmenta Vaticana*², cit., p. 113.

³⁵) Cfr. BALDUS UBALDI, *In sextum Codicis librum Commentaria*, ad C.I. 8.44.24, cito dalla ed. Venetiis, 1615, IV, c. 169.

³⁶) Cfr. H. DONELLUS, *Commentaria in Codicem Iustiniani*, cit., ad h.l., c. 1583.

³⁷) Cfr. H. PISTORIS, (Hartmann Pistoris, 1543-1603), *Opera omnia, hoc est Quaestionum juris tam romani quam Saxonici libri quatuor*, Lipsiae et Francofurti, 1679, Lib. III, qu. 6, p. 959: «evictio in limine contractus tum recte dicatur imminere quando priusquam pretium solutum est, lis vel quaestio mota fuit... Quod notandum est contra Baldus»; A.W. TOLLING, *Disputatio juridica inauguralis de evictionis et duplae stipulatione*, Amstel. Batavorum, 1721, p. 25: «per limen contractus intelligendum est non illud tempus, quando contractus nondum est perfectus et absolutus, ut volunt Baldus et alii, sed totum illud tempus, quod inter perfectam venditionem et pretii numerationem praeter labitur».

³⁸) Cfr. F. ONNEZIUS PANCORVINUS, (Francisco Oñez, XVI sec.), cap. 30, cito dalla ed. In Urbe divi Dominici Calciatensis (La Rioja), 1601, *Observationes in non pauca iuriconsultorum responsa septuaginta capitibus conclusae*, 129: «limen contractus intelligo quando ante pretium numeratum lis emptoris mota est».

³⁹) Cfr. in questo senso, oltre agli aa. cit. *supra* alla nt. 37, A. DE SOUSA DE MACEDO (cur., 1606-1682), *Decisiones supremi senatus justitiae Lusitaniae et supremi consilii fisci ac patrimonii regis*, Lisbona, 1660, dec. 26, p. 123: «limen contractus dicitur dum pretium non est solutum, quamvis res sit tradita».

⁴⁰) Potrebbe trattarsi di quella che A.M. GIOMARO, *Cautiones iudiciales e officium iudicis*,

una tale garanzia, prestata dopo la *litis contestatio*, avrebbe un effetto diverso rispetto alla garanzia evizionale che incombe sul venditore alla stipula del contratto, in quanto ai garanti che intervenissero *post litem contestatam* sarebbe preclusa la possibilità di influire in qualsiasi modo nella fase *in iure*. Papiniano, così, con queste parole intenderebbe affermare che il contratto concluso da tali garanti costituirebbe un puro farsi carico del rischio («eine reine Risikoübernahme»), cioè esso non sarebbe altro che una assunzione del *periculum domini(i)*, al contrario di una «normale» garanzia per evizione, in cui il promittente ha la possibilità di scongiurare il pericolo del concretizzarsi dell'evizione⁴¹.

Però, anche a voler tralasciare il fatto che il giurista si riferisca qui alla *fideiussio* con una espressione generica (*securitas*), mentre il tenore del discorso porta a ricondurre il termine *contractus* alla *emptio venditio* di cui si sta discutendo, non si comprenderebbe perché tali fideiussori non possano consapevolmente accollarsi una responsabilità calcolata sull'intero rischio. Essi, infatti, non garantiscono che il compratore non soccomba nel giudizio di rivendica intentato da un terzo, come invece fa il venditore, il quale per questo non può essere privato della possibilità di difendere il compratore eventualmente convenuto, ma garantirebbero il venditore, per il caso in cui tale evizione, divenuta ora una minaccia reale, si concretizzi. In altre parole, tali fideiussori, non sono garanti «dell'evizione», cioè non promettono che essa non si verifichi, ma lo sono «per il caso di evizione», limitandosi a promettere, nell'interesse del venditore, che il compratore sarebbe ristorato nel caso in cui risulti soccombente in giudizio. Inoltre, se Papiniano avesse voluto negare ai fideiussori la possibilità di assumere un «puro» rischio, non si vede perché lo avrebbe dovuto qualificare *periculum domini(i)*, né perché il *limen contractus* sia qualificato dal pronome '*ipse*' (= lo stesso, il medesimo): l'*ipse limen*, a mio avviso, non può che essere quello stesso perimetro del contratto (di compravendita) su cui continuerebbe ad incombere (e così ci spieghiamo anche l'uso del verbo '*immineo*'), lo stesso rischio di evizione. Il testo, cioè, sembra far riferimento (per quanto in maniera poco limpida) piuttosto a una situazione che non cambierebbe a seguito della prestazione della garanzia, cioè la sussistenza del rischio costituito dal proprietario (*periculum domini*) che risultasse vincitore nella rivendica. Infine, se fosse vera la ricostruzione di Ernst, ci aspetteremmo di trovare nel testo un rifiuto più netto di qualsiasi utilità della *sponsio* fideiussoria: al contrario, il '*nec oportet*' della fonte, che a mio avviso a torto Wieacker vorrebbe espungere a favore di '*nec sufficit*'⁴², rimanda a una valutazione di opportunità, piuttosto che non di utilità/inutilità.

Milano, 1982, p. 231 nt. 41 definisce «promessa aggiuntiva che aggrava la posizione obbligatoria per l'evizione già esistente nella persona del venditore».

⁴¹) Cfr. W. ERNST, *Rechtsmängelhaftung*, cit., p. 62 ss.

⁴²) F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, cit., p. 358 scrive che al posto di *nec oportet* dovremmo trovare *nec sufficit*.

Per tali ragioni, appare più convincente, a mio avviso, identificare nella compravendita il *contractus* nel cui *limen* continuerebbe secondo il giurista a incombere il *periculum dominii* anche qualora il venditore offrisse dei garanti, come opina la dottrina maggioritaria dalla Glossa in poi⁴³. Però, la locuzione non deve nemmeno necessariamente far riferimento all'inizio del contratto, momento per il quale i giuristi avevano a disposizione una serie di altri termini che troviamo con una certa frequenza all'interno del Digesto (*initium, ingressus, exordium, terminus, principium* ecc.) ma potrebbe evocare l'idea del «confine», per essere così collegato alla «frontiera esterna» del contratto, al suo limite, al suo perimetro, cioè, in altre parole, al contratto concluso, ma solo parzialmente adempiuto⁴⁴.

Così, la locuzione *cum in ipso contractus limine domini periculum immineat* non significherebbe «poiché al momento stesso della conclusione del contratto (e non solo quando l'evizione si verifica) esiste il rischio che un terzo sia proprietario»⁴⁵, perché nella fattispecie qui in questione la situazione è completamente diversa rispetto al tempo della conclusione del contratto, non solo perché c'è stato l'adempimento di una delle due parti (il venditore), ma anche perché il rischio di evizione è diventato più concreto con l'esperimento della rivendica da parte di un terzo.

In limine contractus, quindi, indicherebbe il momento in cui, dopo che il venditore ha eseguito la sua prestazione, «die Eviktion noch vor erlegtem Kaufpreise bevorsteht»⁴⁶. Infatti, solo in tal caso si pone un problema giuridico al compratore, il quale si vede richiesto il pagamento del prezzo proprio perché il venditore ha adempiuto alla sua prestazione, e per questo non è chiaro se si possa invocare il sinallagma contrattuale, nella forma dell'*exceptio non adimpleti contractus*. A mio avviso, quindi, il giurista, nell'affrontare il caso di un «aggravamento» del rischio di evizione, compie un giudizio di opportunità, valutando meno vantaggioso per il compratore l'offerta di una garanzia in caso di sconfitta processuale rispetto alla ri-

⁴³) Per il riferimento al contratto di compravendita che non sarebbe ancora adempiuto A. BECHMANN, *Der Kauf*, cit., § 333, p. 87 e nt 4: «Gemeint ist ein Vertrag, der noch nicht einmal vollständig von beiden Seiten erfüllt ist».

⁴⁴) Così si veda anche C.F. GLÜCK, *Pandekten*, 20/II, cit., p. 370: «vor ganzlicher Vollziehung des Vertrags».

⁴⁵) Cfr. in questo senso, riallacciandosi implicitamente alle sopra (ntt. 35 e 36) riferite ricostruzioni di Baldo e di Donello, F. PRINGSHEIM, *Eigentumsübergang beim Kauf*, cit., p. 434 s., il quale sostiene che in questo caso il rischio di evizione per il compratore avrebbe lo stesso livello del momento di conclusione del contratto. È peraltro evidente che di una responsabilità per evizione può parlarsi solo in tanto in quanto il possesso della cosa sia stato trasferito: cfr. per le fonti G. GUIDA, *La tutela del compratore in caso di evizione fra garanzia e responsabilità. Soluzioni giurisprudenziali romane e problemi teorici attuali*, Napoli, 2013, p. 156 ss.

⁴⁶) Così cfr. IO.CHR. MANN, *Commentatio juris civilis de obligatione auctorum intuitu evictionis imminens*, Halae Magdeb., 1766.

tenzione del prezzo dovuto: da qui il *nec oportet* del testo⁴⁷.

2.3.4. In sostanza, nonostante il ragionamento di Papiniano in *VF* 12 sia a volte contorto e la forma non appaia limpida, non pare potersi revocare in dubbio che per il diritto classico la prestazione dei fideiussori non avrebbe giovato al compratore in caso di minaccia concreta di evizione⁴⁸.

Siamo di fronte ad una sorta di «ultrattività» o, meglio, di «preattività» della garanzia per evizione, alla luce della quale il venditore è chiamato a rispondere prima del suo concretizzarsi e con modalità differenti da quelle previste per questo tipo di garanzia, modalità che si limitano a prevedere la possibilità per il compratore di sospendere il pagamento del prezzo. E Papiniano reputa tale eventualità non superabile nemmeno attraverso la promessa da parte del venditore di un ristoro per mezzo di garanti, forse anche per il timore di favorire liti imbastite appositamente con persone compiacenti a scopo dilatorio⁴⁹. La soluzione, per quanto giudicata «ingiusta e innaturale»⁵⁰, mi pare sia tutt'altro che priva di una sua logica interna.

Questo diritto di sospendere il pagamento del prezzo integrava, evidentemente, un rimedio peculiare per questo caso di minacciata evizione, non estensibile ad altre ipotesi di evizione, che, invece, prevedevano la tutela solo del compratore che avesse pagato il prezzo: il riferimento di Papiniano ad '*eius evictionis*' mi pare eloquente in questo senso⁵¹.

Chiaramente diverso, poi, era il caso, affrontato da Scevola, in cui le parti pattuissero che, allorché ci fosse il sospetto che sarebbe stata intentata una causa (*cum suspicaretur... controversiam moturam*), il compratore avrebbe potuto trattenere una piccola parte del prezzo, finché il venditore non gli avesse prestato dei garanti⁵². Infatti, qui l'assunzione della garanzia è decisa volontariamente dal comprato-

⁴⁷) All'«opportunità» fa riferimento di recente anche G. GUIDA, *La tutela del compratore*, cit., p. 159.

⁴⁸) Così si veda H.P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma*, cit., p. 56.

⁴⁹) Un tale preoccupazione è ben presente agli interpreti moderni: cfr. R. CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques (exceptio non adimpleti contractus) et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, Paris, 1914, p. 46. Per un cenno a proposito del pensiero di Papiniano, cfr. S. VIARO, *L'eccezione di inadempimento nell'emptio venditio*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano* (cur. L. GAROFALO), 1, Padova, 2007, p. 856 s.; sul punto si veda anche *infra*, nt. 72.

⁵⁰) «Unbillig und unnatürlich»: si veda P.G.E. PUGGÉ, *Bemerkungen* cit., 440, il quale riferisce di aver mutuato questa idea da un dialogo avuto con Johann Christian Hasse, cofondatore insieme a lui del *Rheinische Museum*.

⁵¹) Lo notava già I. CUIACIUS, *In Responsa Aemilii Papiniani iurisconsultorum coryphaei recitationes accuratissimae a multis multum expetitae*, Lib. III ad D. 18.6.19.1, cito dall'ed. Francofurti, 1595, c. 119 C.

⁵²) *Scaev. 7 dig. D. 18.5.10.1: Emptor praediorum cum suspicaretur Numeriam et Semproniam controversiam moturas, pactus est cum venditore, ut ex pretio aliqua summa apud se maneret, donec*

re, e non viene a lui imposta⁵³. Inoltre la lite non è ancora intentata, ma ne è solo previsto l'impianto.

La dottrina ha rivendicato, anche e soprattutto sulla base di questo testo, l'esistenza già in diritto classico di un rimedio appositamente concesso al convenuto, denominandolo *exceptio imminetis evictionis*. In effetti, il 'non cogetur' e il 'pretium restituere' lasciano supporre una richiesta alla quale non si viene «costretti» ad adempiere. Però, a mio avviso, non possiamo dirci certi che il giurista identifichi una *exceptio*, da qualificare come una *exceptio doli* piuttosto che come una *exceptio imminetis evictionis*, locuzione che non ricorre nelle fonti⁵⁴. Infatti, non possiamo escludere che egli ritenesse sufficientemente tutelato il compratore per mezzo del diniego dell'*actio venditi* al venditore⁵⁵.

3. Il *periculum evictionis* nella cancelleria di Diocleziano

3.1. Lo stesso caso del responso papiniano si trova affrontato in un testo risalente alla cancelleria di Diocleziano e Massimiano e conservato nel Codice giustiniano, laddove, però, il compratore può essere costretto, in caso di *periculum evictionis*, a pagare il prezzo qualora il venditore offra di fornirgli dei garanti.

C.I. 8.44(45).24 (a. 294-305) Impp. Diocletianus et Maximianus AA et CC Eutychio: Si post perfectam venditionem, ante pretium numeratum, rei venumdatae mota fuerit quaestio, vel mancipia venumdata proclament in libertatem, cum in ipso limine contractus immineat evictio, emptorem, si satis ei non offeratur, ad totius vel residui pretii solutionem non compelli, iuris auctoritate monstratur. 1. Unde cum parte pretii numerata, domus, quam emisti, tibi velut pignoris iure obligatae ne ad emptionem accederes, denuntiatum ab aliquo proponas, iudex tibi quae ex emptione veniunt praestari providebit.

Afferma l'imperatore che se dopo la conclusione della vendita, ma prima del pagamento del prezzo, venga intentata una rivendica o una *causa liberalis* sui servi venduti, la *auctoritas iuris* impone che il compratore non possa essere costretto al

emptori fideiussor daretur a venditore.

⁵³) Così si veda già E.I. BEKKER, *Zur Lehre von der Evictionsleistung*, in *Jahrb. des gem. deutschen Rechtes*, 6, 1863, p. 326.

⁵⁴) Già la glossa '*non compelli*' al *Codex* ritiene che qui fosse in questione l'*exceptio doli* e così con decisione ('*nempe*') si veda anche I. CUIACIUS, *In Responsa Aemilii Papiniani* cit., Lib. III ad D. 18.6.19.1, c. 119 B; ma anche H. DONELLUS, *Commentaria in Codicem Iustiniani*, cit., ad *h.l.*, c. 1584; e poi C.F. GLÜCK, *Pandekten*, 20/II, cit., p. 370; e P.G.E. PUGGÉ, *Bemerkungen* cit., p. 439; E. COSTA, *L'exceptio doli*, cit., p. 74.

⁵⁵) Si veda H.P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Recht*, Hamburg, 1965, p. 58, W. ERNST, *Rechtsmängelhaftung*, cit., p. 62.

pagamento dell'intero prezzo o del residuo, a meno che non gli venga prestata garanzia.

Nel § 1 Diocleziano precisa meglio la sua decisione, applicandola al caso concreto a lui sottoposto (da qui l'*unde* che si legge nel testo, ma anche il *proponas* che troviamo subito dopo): se qualcuno denuncia al compratore la presenza di pegni sulla casa acquistata, il giudice provvederà affinché al compratore pervenga tutto ciò che gli spetta in base alla compravendita conclusa (*quae ex emptione veniunt praestari providebit*). È possibile che ciò rappresenti il frutto di un allargamento da parte di Diocleziano della protezione accordata al compratore⁵⁶.

La terminologia impiegata è troppo simile a quella riscontrabile nel testo di Papiniano appena esaminato (dall'*ante pretium numeratum/solutum*, alla *quaestio mota*; dal *non cogetur/compelli* al *limen contractus* ecc.) per non ritenere che si tratti in realtà della stessa questione⁵⁷. Non mi pare condivisibile l'obiezione di Ernst⁵⁸, secondo il quale i due casi sarebbero diversi, perché mentre nel brano papiniano contro il compratore è già stata intentata un'azione, qui a lui è stata semplicemente notificata da un terzo (*denuntiatum ab aliquo*)⁵⁹ l'esistenza di un pegno sulla cosa. Certamente altro è l'esperimento di una rivendica rispetto alla scoperta dell'esistenza di pegni sulla cosa, ma da ciò non si può inferire la conseguenza che «nur Beginn des Processes, gebe diese Befugnis»⁶⁰.

A mio avviso, infatti, la conoscenza dell'esistenza del diritto reale di pegno a favore di un terzo ha giuridicamente la stessa consistenza dell'esperimento di un'azione in rivendica⁶¹, perché in entrambi i casi il rischio paventato dal compra-

⁵⁶ Così cfr. A. BECHMANN, *Der Kauf*, cit., § 333, p. 88, del quale, però, non mi pare condivisibile l'opinione che l'*unde* sia «nicht ganz logisch».

⁵⁷ Si veda già E. RABEL, *Haftung des Verkäufers*, cit., p. 83 ed E. ALBERTARIO, *Il rimborso delle spese fatte dal compratore intorno alla res evicta*, in *AG*, 93, 1925, p. 12; non dissimile sul punto F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, cit., p. 358.

⁵⁸ W. ERNST, *Rechtsmängelhaftung*, cit., p. 70.

⁵⁹ Merita appena segnalare che questa *denuntiatio* non costituisce la *denuntiatio litis*, con la quale il venditore veniva notificato dal compratore, convenuto in rivendica, della proposizione della lite a pena di perdita dell'azione contro il venditore stesso (cfr. C.I. 8.44(45).8 (a. 222) Imp. Alex. A. Clementio: *Emptor fundi, nisi auctori aut heredi eius denuntiaverit, evicto praedio neque ex stipulatu neque ex dupla neque ex empto actionem contra venditorem vel fideriussores eius habet*). Sul punto cfr. (però con focus esclusivamente sul tardo antico) U. VINCENTI, *Gli effetti della denuntiatio litis nel processo di rivendica tardo imperiale*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana. IX Convegno internazionale*, Napoli, 1993, p. 365 ss.

⁶⁰ Così si veda invece E.I. BEKKER, *Zur Lehre von der Evictionsleistung*, cit., p. 323 ss., per questo criticato da B. WINDSCHEID-TH. KIPP, *Lehrbuch des Pandektenrechts*², 2, Frankfurt am Main, 1906 (rist. Aalen², 1984), § 389, p. 655 nt. 8f, il quale argomenta proprio da questo testo. Per l'allargamento della protezione del compratore da parte di Diocleziano, cfr. anche August Bechmann (*supra*, nt. 56).

⁶¹ Merita appena ricordare che la scoperta (non la semplice «denuncia») dell'esistenza di un diritto reale di garanzia sulla cosa può da solo legittimare il compratore ad agire per l'evizione: lo ri-

tore è quello della perdita della cosa acquistata, eventualità prospettabile nelle due fattispecie, legate tra loro da un possibile progressivo concretizzarsi dell'evizione⁶².

3.2. Il testo ha subito una lunga serie di attacchi, sia per rilievi stilistici, sia per ragioni legate al fatto che, come tosto vedremo, la soluzione che qui si legge è la medesima che troviamo adottata in un frammento del Digesto (D. 18.6.19.1), in cui però la soluzione appena vista nel Papiniano dei *Vaticana Fragmenta* si trova modificata nel senso accolto nella costituzione qui in commento.

Dal primo punto di vista, cioè per la forma e l'euritmia del rescritto, alcuni hanno ritenuto interpolate le parole '*vel mancipia vendita proclamant in libertatem*'⁶³, che avrebbero formato oggetto di altro rescritto⁶⁴. Nulla impedisce, però, che l'imperatore abbia qui raccolto due casi che meritavano a suo avviso la medesima soluzione, l'uno relativo all'acquisto di alcuni fondi per i quali si comunicasse al compratore l'esistenza di un diritto di pegno di un terzo, l'altro relativo all'acquisto di alcuni servi, i quali rivendicassero di essere in realtà uomini liberi⁶⁵.

caviamo e contrario dal sopra cit. C.I. 8.44(45).3, laddove il *quod aliena vel obligata res dicatur, convenire non potest* implica, appunto, che se la *res* non '*dicatur*', ma '*sit*' *obligata* il compratore posso agire. Sul punto, cfr. G. CENERI, *Studi di diritto romano. Diritto delle obbligazioni*, 1, Bologna, 1856, p. 119.

⁶²) Per questa argomentazione, si veda ora S. CACACE, *Il pericolo di rivendica*, Milano, 2022, p. 26 ss. ed EAD., *L'art. 1481 c.c. italiano e il pericolo di rivendica. Ricostruzione storica e spunti di comparazione: dal Code civil des français al Código civil chileno*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, 43, 2022, p. 77 ss., la quale, richiamando altresì Troplong, afferma: «certo è che il riconoscimento di una «crainte légitime d'éviction» non può tradursi nella tutela di qualsivoglia timore, inteso in senso meramente soggettivistico, bensì avviene a séguito di un accertamento giudiziale sulla base di riferimenti oggettivi, quale è, in prima battuta, l'esistenza sull'immobile acquistato di iscrizioni ipotecarie».

⁶³) Sul '*proclamare in/ad libertatem*' si veda G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà in diritto romano*, Napoli, 1961, p. 181 ss. Secondo O. GRADENWITZ, *Textkritisches*, in *ZSS RA*, 14, 1893, p. 118 s. i sospetti si dovrebbero appuntare sulla *proclamatio in* (più di *ad*) *libertatem*, mentre per M. KASER, *Rec. di G. Franciosi, Il processo*, cit., in *ZSS RA*, 79, 1962, p. 397 nt. 29 entrambe le locuzioni non sarebbero classiche, sebbene la questione meriterebbe un approfondimento.

⁶⁴) Cfr. così A. GUARNERI CITATI, *Gli effetti del pactum de non praest. evict. e la regola creditorem evict. non debere*, in *AUPA*, 8, 1921, p. 437 nt. 2, secondo il quale la prova dell'interpolazione si troverebbe nella sconcordanza di tempo dei verbi (*fuert mota quaestio; proclamant mancipia in libertatem*). Per l'interpolazione, si veda anche E. ALBERTARIO, *Le classicisme de Diocletien*, in *SDHI*, 2, 1937, p. 117, ripubblicato con il titolo *La romanità di Diocleziano*, in *Studi di diritto romano. Storia, metodologia, esegesi*, 5, Milano, 1937, p. 199. Secondo E. NARDI, *Studi sulla ritenzione*, cit., p. 254, seguito sul punto, tra i tanti, da R. REGGI, *Liber homo bona fide serviens*, Milano, 1958, p. 269 s. e nt. 163, sarebbero interpolate le parole '*post perfectam emptionem*', l'inciso '*vel-in libertatem*' e le parole '*totius vel residui*' e andrebbe aggiunto un '*non*' prima di '*offeratur*' con aggiunta di un '*<tamet>si*' (*tametsi satis ei offeratur*).

⁶⁵) Così si veda già H.P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma*, cit., p. 57, a giudizio del quale non si vede ragione perché la cancelleria di Diocleziano non possa aver aggiunto al caso di Papiniano,

Del resto, la questione dell'*evictio in libertatem* del servo comprato era stata già affrontata in un rescritto del 239 a.C. dall'imperatore Gordiano III.

C.I. 8.44(45).12 (a. 239) Imp. Gordianus A. Philippo: Sive in libertatem evictus est servus quem mercatus es, sive cum comparares convenit, si qua quaestio eius nomine relata esset, etsi necdum evictus esset, ut pretium recuperares, praeses provinciae, quod tibi praestandum animadverterit, restitui iubebit.

Gordiano stabilisce che in una tale evenienza il prezzo pagato (comprensivo di eventuali possibili integrazioni, a discrezione dell'organo giudicante: *quod praeses provinciae tibi praestandum animadverterit*) possa essere restituito al compratore sia in caso di conseguimento della libertà da parte del servo, sia nel caso del sopravvenire di una causa giudiziale (*quaestio*), e in tale ipotesi addirittura prima del compimento dell'evizione (*si servus [...] etsi necdum evictus esset*), ma solo se questa occorrenza fosse stata oggetto di una apposita pattuizione tra le parti⁶⁶.

Dubbi sono stati sollevati anche sulle parole '*totius vel residui*', perché – così si è detto – il pagamento parziale del prezzo sarebbe in contraddizione con l'attacco del fr., in cui si dice semplicemente '*ante pretium numeratum*', e la parola '*residui*' costituirebbe l'«appiccio» per il successivo § 1, in cui si parla di un pagamento parziale⁶⁷.

Certamente non è passato inosservato nemmeno il silenzio di Diocleziano sulle questioni inerenti il vano completamento dell'usucapione, che invece il Papiniano dei *VF* affrontava⁶⁸.

Il punto più controverso riguarda la frase '*si satis ei non offeratur*', che ribalta la decisione papiniana sul punto, affermando che il compratore deve corrispondere il prezzo, qualora il venditore gli offra dei garanti.

Secondo taluni, Diocleziano doveva seguire il diritto classico, e la novità sarebbe stata introdotta dai compilatori, i quali avrebbero inserito nel testo l'inciso

ammesso che lo conoscesse, l'ipotesi del servo e abbia invece dovuto ripetere il responso di questo giurista parola per parola. A suo avviso, non basta a corroborare l'interpolazione nemmeno il cambio del verbo (*fuert/proclament*: si veda *supra* nt. precedente), sebbene sia sospetto.

⁶⁶) Cfr. sul punto R. REGGI, *Liber homo bona fide serviens*, cit., p. 269.

⁶⁷) A. GUARNERI CITATI, *Gli effetti del pactum de non praest. evict.*, cit., p. 437 nt. 2. Concorde in questa correzione anche E. ALBERTARIO, *Il rimborso delle spese*, cit., p. 12. Invece, secondo H.P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma*, cit., p. 57 il fatto che il § 1 attacchi con l'ipotesi del pagamento parziale dimostrerebbe la genuinità delle parole '*vel residui pretii*' del pr.

⁶⁸) Secondo S. ROMANO, *Nuovi studi sul trasferimento della proprietà e il pagamento del prezzo nella compravendita romana*, Padova, 1937, p. 97 il brano sull'usucapione sarebbe stato cancellato dai compilatori in quanto essi avrebbero esteso a tutte le vendite il regime classico vigente per la *traditio*, esigendo così il pagamento del prezzo per il passaggio della proprietà e, di conseguenza, non ammettendo l'usucapione del compratore se non quando sussistessero gli stessi requisiti.

‘*si satis ei non offeratur*’⁶⁹ o ne avrebbero modificato la struttura⁷⁰. Afferma ad esempio Emilio Albertario che il costrutto ‘*cum in ipso limine contractus immincat evictio*’ del rescritto diocleziano assomiglia troppo alle parole ‘*cum in ipso contractus limine domini periculum immincat*’ per non pensare che l’imperatore avesse presente il testo papiniano e adottato la stessa motivazione, in quanto optava per la stessa soluzione⁷¹.

Invece, secondo altri studiosi Diocleziano avrebbe introdotto la novità per cui il venditore poteva ottenere il pagamento del prezzo in caso di minaccia di evizione purché offrisse garanzie al riguardo e i compilatori avrebbero rimaneggiato soltanto il testo di Papiniano conservato nel Digesto (D. 18.6.19.1) per armonizzarlo con tale innovazione⁷².

⁶⁹) Cfr. P.G.E. PUGGÉ, *Bemerkungen*, cit., p. 440; E. COSTA, *Papiniano*, cit., p. 115; J. PARTSCH, *Das Dogma des Synallagma im römischen und byzantinischen Recht*, in *Aus nachgelassenen und kleineren verstreuten Schriften*, Berlin, 1932, p. 47 nt. 115 (si tratta di una collazione di due manoscritti dell’a. risalenti agli anni 1912-1913 raccolti da E.H. KADEN e pubblicati postumi nella raccolta citata); F. HAYMANN, *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht – II. Periculum est emptoris*, in *ZSS RA*, 41, 1920, p. 143 nt. 1, E. ALBERTARIO, *Rec. di R. Taubenschlag, Das römische Privatrecht*, cit., in *AG*, 92, 1924, p. 106, ID., *Il rimborso delle spese*, cit., p. 12, ID., *Le classicisme de Diocletien*, cit., p. 117 (= *La romanità di Diocleziano* cit., p. 199); S. ROMANO, *Nuovi studi sul trasferimento della proprietà*, cit., p. 96 e nt. 1, F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, cit., p. 357 s., A.M. GIOMARO, *Cautiones iudiciales*, cit., p. 171 nt. 12; M. DE FILIPPI, *Fragmenta Vaticana*², cit., p. 114 secondo la quale – ma non si capisce perché – i compilatori giustinianeî avrebbero avuto una edizione dei *Responsa* papinianeî che «riportava il brano in maniera più corretta».

⁷⁰) Cfr. A. GUARNERI CITATI, *Gli effetti del pactum de non praest. evict.*, cit., p. 437; con cui concorda S. ROMANO, *Nuovi studi sul trasferimento della proprietà*, cit., p. 96 (*tametsi*), secondo il quale la cancelleria diocleziana avrebbe seguito sul punto il responso originale papiniano, affermando l’inefficacia della *satisfatio* per costringere il compratore al pagamento del prezzo, così che si dovrebbe sostituire al ‘*si satis*’ un ‘*etsi satis ei non offerantur*’, ribaltando di fatto il senso del rescritto.

⁷¹) E. ALBERTARIO, *Il rimborso delle spese* cit., p. 12, ID., *La romanità* cit., p. 199.

⁷²) Cfr. R. TAUBENSCHLAG, *Das römische Privatrecht zur Zeit Diokletians*, in *Bulletin de l’Académie Polonaise des Sciences et des Lettres*, Cracoviae, 1919-1920, io cito da *Opera minora*, 1, Warszawa, 1959, p. 7 nt. 26, il quale si limita però a dire che Diocleziano avrebbe usato i *Responsa* di Papiniano; più decisamente in favore dell’intervento si pronunciano, ad esempio, O. LENEL, *Palinogenesia iuris civilis*, *Pap.* 478, c. 895 nt. 2, H. DERNBURG, *Pandekten, Obligationenrecht*⁷, 2, Berlin, 1903, § 97, p. 268 nt. 13, C. BERTOLLINI, *Appunti didattici di diritto romano – Università di Torino Anno scolastico 1906-1907*, Torino, 1907, p. 604 nt. 4, A. BECHMANN, *Der Kauf*, cit., § 333, p. 88; H.P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma*, cit., p. 57; B. BIONDI, *Contratto e stipulatio. Corso di lezioni*, Milano, 1953, p. 259 nt. 2, É. CUQ, *Manuel des institutions juridiques des romains*, Paris, 1928, p. 473 nt. 3, J. GINESTA-AMARGÓS, *Exceptio imminenti evictionis*, cit., p. 322, G. GUIDA, *La tutela del compratore*, cit., p. 159. Più complessa appare l’ipotesi prospettata da W. ERNST, *Rechtsmängelhaftung*, cit., p. 70 s. Secondo questo studioso, la soluzione della Costituzione qui in esame, geneticamente legata a D. 21.2.74.2, frammento del quale abbiamo riferito, sarebbe frutto del pensiero di Ermogeniano, al tempo componente della cancelleria imperiale: in questo passo il giurista si sarebbe limitato a negare il diritto del compratore a chiedere la restituzione del prezzo pagato nel caso in cui contro di lui sia stata intentata un’azione di rivendica da parte di un terzo; nel caso previsto nella

3.3. Il contenuto della costituzione

3.3.1. A me pare che la seconda ricostruzione sia la più persuasiva. Già Kaser nota, convincentemente, che raramente i compilatori si discostano di propria iniziativa dalle conclusioni dei classici: solitamente, essi si appoggiano a una soluzione già proposta da un giurista (in questo caso dalla cancelleria imperiale), preferendola a quella di altro giurista (in questo caso Papiniano), allargandone o restringendone magari il campo di operatività, fino a farlo coincidere con la soluzione voluta⁷³. Non ostante a questa ipotesi devono essere valutate le parole ‘*iuris auctoritate monstratur*’, perché è bene possibile che con esse Diocleziano abbia voluto richiamare proprio l’autorità di Papiniano, alla cui opinione, quindi, avrebbe inteso mostrarsi coerente⁷⁴, seppure allargandone lo spettro, in maniera da prevedere la possibilità per il venditore di richiedere il prezzo previa prestazione di garanti, in ragione di un diverso inquadramento dogmatico di questa fattispecie, sul quale si veda meglio *infra*.

In definitiva, quindi, nel pr. Diocleziano avrebbe offerto in linea di principio la stessa soluzione che l’*auctoritas iuris* di Papiniano gli aveva fornito: nel caso in cui il compratore, dopo la conclusione del contratto e prima di aver adempiuto, scopra l’esistenza sulla cosa traditagli di pegni non denunciati dal venditore, si ha un serio concretizzarsi del rischio di evizione, in tutto paragonabile alla situazione che si determina in caso di avvio un processo di rivendica da parte di un terzo. In entrambi i casi, all’acquirente è consentito in via di eccezione di non pagare il prezzo dovuto. Se, però, il venditore gli fornisce garanti idonei, un tale *periculum* è considerato da Diocleziano quasi come una sorta di vizio della *res emptā*, al quale possono efficacemente fare fronte i garanti forniti dal venditore, a fronte della

costituzione, Ermogeniano avrebbe ulteriormente precisato che il venditore potrebbe comunque richiedere il pagamento del prezzo (in quanto qui non ci troveremo di fronte all’esperienza di un’azione, ma solo all’emersione di un pegno), e l’introduzione dei garanti sarebbe ascrivibile ai compilatori. Secondo P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*⁴, Paris, 1906, p. 566 nt. 2 (ma *contra* cfr. W. ERNST, *Rechtsmängelhaftung*, cit., p. 68) il responso di Papiniano avrebbe lasciato aperta la possibilità per il compratore di usare in maniera fraudolenta il tempo, cosa a cui Diocleziano avrebbe inteso porre rimedio. In effetti, ho già segnalato il rischio, sottolineato da alcuni studiosi (si veda *supra*, nt. 49) e da non sottovalutare, di azioni intentate fraudolentemente al solo scopo di favorire il compratore e fargli guadagnare tempo.

⁷³) Cfr. M. KASER, *Zur Methodologie der römischen Rechtsquellenforschung*, Wien, 1972, p. 30 s.

⁷⁴) Così si veda F. HAYMANN, *Textkritische Studien*, cit., p. 143 nt. 1, G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, in *ZSS RA*, 66, 1948, p. 373, mentre invece secondo A. MAGDELAINE, «*Jus respondendi*» (*suite*), in *RHDFE*, 28, 1950, p. 158 nt. 3 il sintagma, che egli afferma essere di uso piuttosto diffuso già a partire da Cicerone, non indicava tanto il prestigio del diritto, ma piuttosto la sua autorità ufficiale e la sua forza costrittiva. Secondo E. RABEL, *Haftung des Verkäufers*, cit., 1902, p. 84 *iuris auctoritas* farebbe qui riferimento all’«Eviktion Geltende Ordnung».

prestazione dei quali, quindi, il compratore non può esimersi dal pagare il prezzo.

Le modalità con le quali l'imperatore si esprime spingono a credere che in questo caso l'intento prefisso si sarebbe realizzato non attraverso la concessione di una eccezione, ma piuttosto mediante il diniego dell'azione, o la subordinazione della concessione dell'azione.

3.3.2. Molto generica è la frase finale del § 1, dove si legge che il giudice costringerà il venditore a dare al compratore tutto ciò che gli spetta in base alla compravendita (*iudex tibi quae ex emptione veniunt praestari providebit*).

Taluni, affidandosi a una lettura congiunta di pr. e § 1, ritengono che qui l'imperatore si stesse riferendo alla garanzia per il caso di concretizzarsi dell'evizione, garanzia che verrebbe assicurata al compratore o subordinando la concessione dell'azione a una tale evenienza, oppure in via di eccezione⁷⁵. Però una tale opinione mi pare non tenga conto del fatto che, se nel pr. l'imperatore afferma la regola generale, per cui il venditore può costringere il compratore a versare il prezzo se gli offra opportune garanzie, nel § 1, invece, sta trattando il caso propostogli, che riguarda la scoperta dell'esistenza di pegni sulla cosa acquistata⁷⁶. In una simile evenienza è ben possibile che la cancelleria abbia usato una espressione volutamente generica, atta a indicare la concessione di una *actio*⁷⁷, con lo scopo preciso di costringere il venditore a liberare il fondo dai pegni⁷⁸.

⁷⁵) Già la Glossa, nel *casus* premesso *ad h.l.*, interpreta il '*providebit*' finale nel senso di un obbligo imposto dal giudice al venditore attore di prestare una *satisfactio* che garantisca il compratore per il caso in cui l'evizione si concretizzi: *iudex praecipiet tibi ut satisfacis de domo me indemnem conservare, si domus evincatur*. Lo stesso si legge alla gl. *Providebit: scilicet per fideiusoriam satisfactio-nem, ut dixi*. Anche secondo H. DONELLUS, *Commentaria in Codicem Iustiniani, Opera omnia*, IX, Florentiae, 1846, *ad h.l.*, c. 1586 al compratore non verrebbe concesso uno strumento positivo, ma solo l'eccezione nel caso in cui gli venga chiesto il pagamento del prezzo, e con la locuzione *praestari quae ex emptione veniunt* l'imperatore intenderebbe riferirsi alla *satisfactio evictionis nomine*. La stessa opinione si trova difesa da C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung*, cit., p. 371 nt. 78; mentre in senso contrario W. ERNST, *Rechtsmängelhaftung*, Tübingen, 1995, p. 69, afferma che se così fosse non si capirebbe perché la garanzia così ben illustrata nel pr. venga indicata qui con una espressione che a lui pare «vaga».

⁷⁶) Per tale ragione non mi sento di condividere l'opinione di H.P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Recht*, Hamburg, 1965, p. 57, il quale riteneva che tutto il rescritto ruotasse intorno all'azione contro il compratore per il pagamento del prezzo, così che gli appariva difficile ipotizzare che l'imperatore, nella prima parte del rescritto si occupasse di un rimedio con cui il compratore si potesse difendere e nella seconda parlasse, invece, di un rimedio di attacco, invertendo di fatto i ruoli.

⁷⁷) Così J. PARTSCH, *Das Dogma des Synallagma*, cit., p. 30 nt. 64 e p. 47 nt. 115, il quale vede nel *iudex tibi praestari* [...] *provideri* una condanna.

⁷⁸) Per il riferimento di questa locuzione a un'*actio empti* si veda anche E. RABEL, *Haftung des Verkäufers*, cit., p. 83. Ora, se è vero che C.I. 8.44.5 (a. 212) Imp. Antonin. A. Patroinae fa riferimento alla possibilità che il compratore, il quale scopra dei pegni sulla cosa acquistata possa conseguire,

La genericità, poi, potrebbe spiegarsi con il fatto che l'imperatore intendesse così raggiungere un duplice obiettivo: infatti, il risultato, 'nascosto' in qualche modo nel '*providebit*' finale, poteva essere ottenuto dal giudice sia concedendo al compratore un mezzo di attacco (l'*actio empti*), sia concedendogli un mezzo di difesa, una *exceptio (doli?)*. Nella prima ipotesi, il venditore avrebbe potuto evitare la condanna liberando i pegni o fornendo i garanti; nella seconda ipotesi, la dazione dei garanti si sarebbe configurata come una sorta di condizione di procedibilità alla quale il giudice avrebbe dovuto assoggettare l'esperibilità dell'*actio venditi*, mandando in caso contrario assolto il compratore⁷⁹. In sostanza, appare logico supporre che, di fronte alla minaccia di assolvere il convenuto o di rifiuto dell'azione, l'imperatore ritenesse sufficientemente tutelato il convenuto compratore, nel caso in cui il venditore promettesse di ristorarlo di tutto ciò che gli sarebbe spettato in base al contratto affetto da evizione.

Non condivido, però, l'opinione recentemente espressa di chi ha ipotizzato che il compratore volesse qui chiedere la risoluzione del contratto, ma l'imperatore gli avrebbe risposto negativamente, rinviandolo esclusivamente a ciò che gli spetta in base a esso⁸⁰: la lettera stessa del testo non mi pare confortare una tale ipotesi, soprattutto alla luce del fatto che il '*providebit*' sembra introdurre un rimedio favorevole, e non ostile, al compratore.

3.3.3. Ma il vero punto della questione per noi rilevante è il motivo per il quale Diocleziano avrebbe «aggiustato» la decisione di Papiniano in relazione ai garanti, ammettendo il venditore a richiedere giudizialmente il prezzo a fronte della prestazione della garanzia.

Non è mancato chi ha tentato di «sminare» la portata innovativa di queste parole, ipotizzando che i compilatori avrebbero aggiunto il '*non*', originariamente non presente nel testo della costituzione, ma il tentativo non ha avuto successo⁸¹.

Secondo Archi, la questione esaminata già da Papiniano si riferiva a una *res mancipi*, non mancipata ma soltanto trädita dal venditore in conseguenza del mancato pagamento del prezzo⁸². Sulla base dello stesso presupposto Rabel

con l'*actio empti, ut ea a venditore liberentur*, ma ciò può avvenire, precisa la fonte, quando le cose comprate non siano ancora state trädite al compratore.

⁷⁹) Di «condizione negativa del legittimo rifiuto dell'adempimento» parla M. TALAMANCA, s.v. *Vendita (dir. rom.)*, cit., c. 400 nt. 1008.

⁸⁰) Si veda in questo senso W. ERNST, *Rechtsmängelhaftung*, cit., p. 69 s., il quale arriva a supporre, ma sulla base di labilissimi appigli, che il compratore pretenderebbe di considerare come arra il pagamento parziale già effettuato.

⁸¹) Per l'interpolazione cfr. F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, cit., p. 365, *contra*, si veda M. KASER, *Zur Methodologie*, cit., p. 32 nt. 51.

⁸²) Secondo G.G. ARCHI, *Il trasferimento della proprietà nella compravendita romana*, Padova, 1934, p. 138 nt. 2, nella *quaestio* sottoposta a Papiniano il compratore non avrebbe per questo

ipotizzava ulteriormente che la soluzione tramandata in *VF* si riferisse all'*actio auctoritatis*, rispetto alla quale l'*indefensio* del venditore avrebbe prodotto l'*exceptio inadimpleti contractus* da parte del compratore; al contrario, la soluzione difesa da Diocleziano prenderebbe in considerazione l'esperimento dell'*actio empti*, in relazione alla quale il verificarsi della *litis contestatio* avrebbe obbligato a concedere una sorta di 'aiuto provvisorio', cioè quella che potremmo qualificare come *exceptio imminensis evictionis*⁸³.

A mio avviso un passaggio decisivo va riscontrato nel mutato ruolo della *litis contestatio* in rapporto all'usucapione, la quale, a sua volta, è stata ormai di fatto assimilata alla *longi temporis praescriptio*⁸⁴. Infatti, le fonti testimoniano che, proprio a partire dal III sec. d.C., la *litis contestatio* interrompe il decorso dell'usucapione⁸⁵, facendo così venire meno anche quell'effetto che noi definiamo conservativo⁸⁶. In tal modo, il compratore potrebbe stavolta utilmente usucapire, seppure sul pre-

acquisito il *dominium ex iure Quiritium*, così che la *quaestio domini* non lo avrebbe minacciato in quanto *dominus*, ma in quanto possessore di buona fede dotato di *iusta causa traditionis*; *contra*, si veda però S. ROMANO, *Nuovi studi sul trasferimento della proprietà e il pagamento del prezzo nella compravendita romana*, Padova, 1937, p. 95., secondo il quale il testo avrebbe avuto comunque ad oggetto una *res mancipi*, ma questa era stata mancipata e la proprietà era passata. La questione era complicata ulteriormente dal fatto che una parte della dottrina del tempo (si veda per es. S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*² [rist. a cura di L. CAPOGROSSI COLOGNESI, Roma, 2002], I, Roma, 1928, p. 661 e nt. 2), dottrina peraltro non condivisa da Archi proprio sulla base del testo qui in commento (si veda invece gl. *ante pretium* a C. 8.44.24), affermava che l'usucapione *pro emptore* richiedesse il pagamento del prezzo.

⁸³) Cfr. E. RABEL, *Haftung des Verkäufers*, cit., 1902, p. 84 ss., il quale parla di «Zubilligung provvisorischer Rechtsmittel». Anche questa soluzione non trova il conforto di Ernst, il quale la giudica priva di sostegno nei testi.

⁸⁴) Su questo processo di compenetrazione tra *usucapio* e *longi temporis praescriptio*, basti qui il rinvio a J. PARTSCH, *Die longi temporis praescriptio im klassischen römischen Recht*, Leipzig, 1906, p. 145 ss., mentre successivamente sull'istituto è tornato anche D. NÖRR, *Die Entstehung der longi temporis praescriptio. Studien zum Einfluss der Zeit im Recht und zur Rechtspolitik in der Kaiserzeit*, Köln und Opladen, 1969, p. 74 ss.

⁸⁵) Cfr., tra le molte fonti, C.I. 7.33.2 (a. 293) Impp. Diocl. et Max. AA: *Longi temporis praescriptio his, qui bona fide coeptam possessionem continuatam nec interruptam inquietudine litis tenuerunt, solet patrocinari*. Ma si veda anche C.I. 3.19.2.1 (a. 331) Imp. Costantinus A. ad universos provinciales, C.I. 3.33.26 (a. 294) Impp. Diocl. et Max. AA: et CC. Heliodoro, C.I. 7.33.10 (a. 294) Impp. Diocl. et Max. AA. et CC. Regino. In dottrina, cfr. sul punto G. KLINGENBERG, *Die Ersetzung während des Eigentumsprozesses*, cit., p. 237 s.

⁸⁶) In questo stesso senso si veda anche J. GINESTA-AMARGÓS, *Exceptio imminensis evictionis*, cit., p. 322, il quale, però, imputa a Giustiniano il mutamento della soluzione sul punto. Sul cambiamento del ruolo e della funzione della *litis contestatio* nel periodo tardo classico si veda chiaramente M. KASER-K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², cit., p. 490, A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Torino, 1975, p. 130 s., secondo il quale nel processo tardoclassico «si conserva ancora il nome di *litis contestatio* al momento di inizio della trattazione della causa [...] ma a siffatta *litis contestatio* si ricollega ormai solo l'effetto di determinare il momento iniziale della durata del processo».

supposto che il decorso dell'intero periodo di tempo previsto abbia ricominciato a calcolarsi dal momento dell'inizio della lite.

Così Diocleziano può affermare che, non essendo il compratore privo della possibilità di acquistare in modo sicuro la proprietà, non ha senso impedire al venditore di richiedere il pagamento del prezzo fino al termine della lite o, addirittura, fino al compimento dell'usucapione, che potrebbe avvenire dopo il decorso di un periodo di tempo decisamente ormai lungo⁸⁷.

Però l'imperatore concede questa possibilità al venditore soltanto a condizione che egli garantisca al compratore che, nel caso in cui l'evizione si compia, egli sia ristorato di tutto ciò che gli sarebbe spettato in ragione della compravendita, allorché, invece, l'evizione non si fosse realizzata. Potremmo così azzardare l'ipotesi che il *quae ex emptione veniunt* del § 1, rimbalzi in qualche modo anche sul '*si satis ei (non) offeratur*' del pr., così che Diocleziano costringerebbe i garanti a rifondere al compratore, concretamente poi evitto, non solo il prezzo pagato, ma anche eventuali interessi moratori o tutto ciò che rientrerebbe in quello che oggi chiameremmo «interesse positivo».

Ma c'è un altro punto che merita di essere chiarito. Corretta in questo modo la *sententia* di Papiniano, cioè dopo aver stabilito che il compratore non debba pagare il prezzo nel caso in cui venga instaurata da un terzo una *quaestio* sulla proprietà della cosa comprata, a meno che il venditore non gli presti la descritta garanzia, Diocleziano allarga lo spettro della sua decisione, applicandola verosimilmente al caso concreto che gli era stato sottoposto. Così decide che il *periculum evictionis* sussista non solo nel caso di *quaestio mota*, ma anche nel caso di *denuntiatio* dell'esistenza di pegni, e anche allorché il compratore abbia già pagato una parte: pure a questo compratore, infatti, egli concede di non sospendere il pagamento della parte di prezzo ancora dovuta, a meno che il venditore non gli offra una garanzia adeguata, cioè una garanzia che copra *quae ex emptione veniunt*.

Lo spettro del *periculum evictionis* sembra così allargarsi, spostandosi dall'area dogmatica dell'evizione fino all'area del vizio. Per questo, mentre la garanzia per l'evizione sarebbe azionabile solo dopo il pagamento del prezzo, se la cosa comprata è affetta da un «vizio» costituito dall'incombere del pericolo di perderne la proprietà, il compratore può legittimamente rifiutare il pagamento del prezzo, anche qualora ne abbia già versato una parte, a meno che il venditore non offra una adeguata garanzia di ristoro, che sia in grado di annullare l'incidenza di un tale vizio.

⁸⁷) Secondo H. DERNBURG, *Pandekten, Obligationenrecht*⁷, 2, Berlin, 1903, § 97, p. 268 nt. 13 la breve durata dei processi al tempo di Papiniano ne avrebbe giustificato il diverso responso, mentre Diocleziano, venuto meno questo presupposto, non avrebbe visto alcuna ragione per negare al venditore il diritto di pretendere il prezzo, previa garanzia.

4. Lo stesso testo di *VF* 12 e il medesimo caso affrontato da Diocleziano si trovano riportati nel Digesto giustiniano, laddove, però, a fronte del mantenimento della stessa soluzione giuridica di base offerta dal Papiniano dei *Vaticana Fragmenta* (il compratore non può essere costretto a pagare il prezzo nel caso in cui un terzo lo abbia convenuto in rivendica), viene accolto l'«aggiustamento» in merito ai fideiussori, la cui prestazione da parte del venditore viene qui giudicata idonea a imporre al compratore di pagare il prezzo, seguendo la linea in precedenza già tracciata da Diocleziano.

D. 18.6.19(18).1 (Pap. 3 resp.): Ante pretium solutum domini quaestione mota pretium emptor solvere non cogetur, nisi fideiussores idonei a venditore eius evictionis offerantur.

Stante al tenore attuale del testo, Papiniano affermerebbe che dopo l'instaurazione del giudizio (*quaestione mota*) il compratore non può essere costretto a pagare il prezzo, a meno che il venditore non gli offra garanti adeguati, i quali rispondano per il caso di evizione.

Si tratta, in tutta evidenza, del medesimo testo tradito nei *VF*, dal quale, però, da un lato è sparita la menzione dell'inutilità dell'eventuale completamento dell'usucapione *anticipata lite*, dall'altro, direi quasi coerentemente, si ribalta la decisione in merito alla necessità dei fideiussori, pur rimanendo ferma la scelta di base in merito alla possibilità per il compratore di rifiutare l'adempimento.

Certo è possibile un cambio di opinione di Papiniano, e che questa mutata opinione del giurista sia finita nel Digesto⁸⁸. Credo però più probabile che i commissari, nel cancellare il richiamo al completamento dell'usucapione, abbiano modificato anche la decisione in merito ai garanti (mentre il passo dei *VF* parlava di '*securitas evictionis*', qui il riferimento è chiaro ai *fideiussores*), definiti peraltro '*idonei*'⁸⁹, affermando così che il venditore potrebbe utilmente esperire l'*actio*

⁸⁸) Così Buchholz (supra nt. 25), 13 in nota. Del resto, Papiniano non era nuovo a cambi di opinione, che però si premurava di dichiarare: cfr. D. 18.7.6.1 (Pap. 27 quaest.): *nobis aliquando placebat* [...]; cfr. I. CUIACIUS, *Observationum et emendationum*, Lib. II, cap. 37, cito da *Opera omnia*, III, Neapoli, 1758, c. 52. In ogni caso, P.G.E. PUGGÉ, *Bemerkungen*, cit., p. 441, si pronuncia contro l'ipotesi del cambio di opinione, anche perché l'*inscriptio* del Digesto e dei *VF* mostra come si tratti della stessa opera e dello stesso libro; poco probabile ritiene questa ipotesi anche K.A.D. UNTERHOLZNER, *Lehre des römischen Recht von der Schuldverhältnissen* II, Leipzig, 1840, § 481, p. 294 nt. f.

⁸⁹) Per l'interpolazione delle parole '*idonei a venditore eius*' si veda però già E. NARDI, *Studi sulla ritenzione*, cit., p. 250. Secondo H.P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Recht*, Hamburg, 1965, p. 56, il riferimento alla «idoneità» dei garanti sarebbe il «marchio di fabbrica» dei giustiniani, i quali avrebbero qui inteso attuare la decisione imperiale del 382; lo studioso invoca la differenza che si coglie tra (*Impp. Gratianus Valentinianus et Theodosius AAA. Floro pp.*) C.Th. 1.2.8 e C. 1.19.4 laddove il testo giustiniano, a

venditi qualora offerisse tale manleva⁹⁰.

È stato affermato che i compilatori avrebbero abbellito (*verschönt*) il testo di Papiniano, per renderlo maggiormente rispondente ai canoni dell'equità naturale (*natürliche Billigkeit*)⁹¹.

Secondo Guarneri Citati, il riferimento papiniano originario al *periculum dominii* sarebbe stato tramutato dai giustiniani in semplice 'evictio' (*eius evictionis*), parola verso la quale essi avrebbero manifestato un particolare trasporto⁹².

Secondo Partsch⁹³, l'intervento dei compilatori troverebbe la sua giustificazione nel fatto che nel diritto giustiniano il *synallagma* nell'*emptio venditio* sarebbe stato inteso in senso più rigido, cioè in tanto il compratore può pretendere *traditio* e responsabilità per evizione, in quanto il venditore abbia una valida (*wirksame*) *actio venditi*. Ma a parte i rilievi sopra (nt. 82) esposti sul titolo *pro emptore*, resta il fatto che, nel caso qui in questione, non solo una delle prestazioni (la *traditio*) era in realtà già stata eseguita dal venditore, ma anche che, a stretto rigore, il compratore non stava chiedendo di azionare la responsabilità per evizione della controparte, peraltro ancora non verificatasi, ma semplicemente di non pagare il prezzo, stante il *periculum* che questa si realizzasse. Inoltre, il ventilato spostamento del *synallagma* sul piano delle azioni non corrisponde alla costruzione che di esso troviamo nei giuristi romani, i quali lo riferivano o alle obbligazioni (Labeone) o alle «prestazioni» (Aristone).

Secondo Guida, l'intervento dei compilatori si spiegherebbe nell'ottica di rendere coerente la questione qui esaminata con il principio *periculum est emptoris*, che avrebbe trovato una definitiva affermazione solo con Giustiniano⁹⁴.

differenza del primo, contiene un richiamo alla '*idonea fideiussio*': l'argomento non mi pare avere alcuna consistenza. Secondo Beseler, poi, la parola '*idonei*' andrebbe inserita anche nel testo di *V.F.*, forse al posto di '*evictionis*': si veda G. BESELER, *Romanistische Studien*, in *TR*, 8, 1928, p. 284.

⁹⁰) Ampiamente condivisa l'interpolazione dell'inciso '*nisi-offerantur*': cfr., in aggiunta agli aa. indicati *supra*, alle nt. 69 e 70, *ex multis*, F. HAYMANN, *Textkritische Studien*, cit., p. 143, E. COSTA, *Papiniano*, cit., p. 114, E. NARDI, *Studi sulla ritenzione*, cit., p. 250 s., dove cfr. il rimando ad altra letteratura conforme, A. CALONGE, *Evicción. Historia del concepto y análisis de su contenido en el Derecho romano*, Salamanca, 1968, p. 68 e nt. 180.

⁹¹) Si veda P.G.E. PUGGÉ, *Bemerkungen*, cit., p. 440 (si veda anche *supra*, nt. 50); contrario W. ERNST, *Rechtsmängelhaftung*, cit., p. 68, secondo il quale il testo non offrirebbe appigli per una tale lettura.

⁹²) Cfr. A. GUARNERI CITATI, *Gli effetti del pactum de non praest. evict.*, cit., 437 nt. 2; non calzante mi pare la ulteriore considerazione di questo a. che non si potrebbe parlare a stretto rigore di *periculum dominii*, perché il compratore non era ancora proprietario: a tacer d'altro, è proprio quella l'espressione che usa Papiniano nei *Vaticana Fragmenta*.

⁹³) J. PARTSCH, *Das Dogma des Synallagma*, cit., p. 47 nt. 115.

⁹⁴) G. GUIDA, *La tutela del compratore*, cit., p. 160 s. Meno convincente appare l'altro argomento addotto da questo studioso, facente leva sul fatto che Papiniano avrebbe valutato la prestazione dei fideiussori come una condizione non sufficiente per paralizzare la pretesa del venditore. Al contrario, egli ritiene possibile che al tempo di Giustiniano venuta meno la differenza tra *ius civile* e

A mio avviso, i compilatori hanno semplicemente scelto la soluzione di Dioleziano, sussistendo ai loro tempi una situazione non dissimile da quella che aveva convinto l'imperatore ad operare il cambio di soluzione, e modificato di conseguenza nel Digesto il testo di Papiniano.

L'operazione, però, non può essere considerata priva di rimbalzi dogmatici, sui quali mi soffermerò nelle poche seguenti pagine conclusive.

5. Mi pare evidente che sulla questione qui considerata assistiamo ad una evoluzione di pensiero da parte dei giuristi romani, tale da indurre e far sottintendere anche un diverso inquadramento giuridico della fattispecie.

Originariamente, a Papiniano (è il testo dei *Vaticana Fragmenta*) si presenta una questione in tema di *periculum evictionis*, nella forma, però, di un pericolo concreto, non solamente minacciato in astratto e concretizzatosi nell'esperienza di una rivendica da parte di un terzo dopo la consegna della *res empti*, ma prima del pagamento del prezzo da parte dell'acquirente.

Papiniano, pur nella consapevolezza che si tratta di un problema «diverso dall'evizione in senso stretto»⁹⁵, inquadra la fattispecie all'interno della tematica dell'evizione e consente al compratore di non pagare il prezzo che fosse per avventura ancora dovuto, reputando, allo stesso tempo, inutile (*frustra*) l'eventuale compimento dell'usucapione, a causa dell'effetto conservativo della *litis contestatio*, e non necessaria e opportuna (*nec oportet*) la prestazione di una garanzia aggiuntiva da parte del compratore, da attivarsi nel caso in cui l'evizione si fosse poi veramente concretizzata.

La sospensione del pagamento del prezzo, in ottemperanza alla massima per cui *plus cautionis in re est, quam in persona*, D. 50.17.25 (Pomp. 11 ad Sab.), viene considerata da Papiniano strumento più efficace della prestazione di garanti, che per questo egli non ammette. Tale visione appare non trascurare il sinallagma funzionale che permea la compravendita romana. Del resto, già Giuliano e Pomponio avevano affermato che non si può sostenere che ottemperi all'obbligazione di *possessionem tradere* il venditore che consegni una cosa tale che *quis eam iure avocaverit*⁹⁶.

ius honorarium ed «essendosi modificata la struttura processuale, non dovendosi più coordinare i rimedi propri dei due sistemi di tutele, si sia ritenuto sufficiente il ricorso allo strumento fideiussorio, per garantire il venditore [compratore?]».

⁹⁵ Così cfr. M. TALAMANCA, s.v. *Vendita (dir. rom.)*, cit., c. 400 nt. 1008.

⁹⁶ Cfr. D. 19.1.11.13 (Ulp. 32 ad ed.): *Idem Neratius ait venditorem in re tradenda debere praestare emptori, ut in lite de possessione potior sit; sed Iulianus libro quinto decimo digestorum probat nec videri traditum, si superior in possessione emptor futurus non sit [...]*; D. 19.1.3 pr. (Pomp. 9 ad Sab.): *Ratio possessionis, quae a venditore fieri debeat, talis est, ut si quis eam possessionem iure avocaverit, tradita possessio non intellegatur*.

In tal caso, infatti, è ragionevole supporre che Papiniano ritenesse il compratore sufficientemente garantito dal mancato pagamento del prezzo dovuto. Qualora, poi, egli avesse malauguratamente già pagato il prezzo dovuto, le fonti testimoniano come tale prezzo non fosse ripetibile (*supra*, 2.3.1). Ma anche qui la spiegazione non è difficile da cogliere: il compratore evitto, infatti, avrebbe avuto comunque a disposizione la garanzia per evizione, al tempo del giurista ormai divenuta un *naturale negotii*, a cui il venditore era vincolato già dal momento della conclusione del contratto.

Con la cancelleria di Diocleziano assistiamo verosimilmente a uno scivolamento dogmatico del *periculum evictionis* verso l'area del vizio⁹⁷. Del resto, la duttilità dell'*actio empti* aveva consentito ai giuristi romani di estendere la tutela in caso di vizi anche a situazioni di *periculum*, come il pericolo di fuga legato al *servus fugitivus*⁹⁸.

Così, si potrebbe ipotizzare che l'imperatore, di fronte a un *periculum evictionis* seriamente concretizzatosi (e consistente o nell'instaurarsi di una causa, o nella scoperta di pegni insistenti sull'immobile acquistato), permettesse al venditore di chiedere il pagamento del prezzo a fronte della prestazione di fideiussori.

Tale forma di garanzia, non necessaria se la problematica veniva inquadrata in termini di evizione, acquistava invece un senso pregnante se si riteneva giuridicamente «viziato» il bene relativamente al quale improvvisamente venisse alla luce una questione in tema di evizione. Infatti, il bene acquistato, sul quale si scoprisse l'esistenza di pegni ignoti al momento della conclusione del contratto o per il quale sopravvenisse una controversia giudiziale che avrebbe potuto condurre alla perdita dello stesso, poteva essere anche ritenuto affetto da un vizio giuridico⁹⁹. In tale caso, però, non erano applicabili i rimedi propri dei vizi, cioè l'*actio redhibitoria* o la *quanti minoris*: infatti, il compratore evitto non avrebbe avuto nulla da restituire, né avrebbe avuto senso permettergli di chiedere la riduzione del prezzo per un bene che gli era stato sottratto o avrebbe potuto esserlo in caso di sconfitta processuale.

⁹⁷) Cfr. in questo senso già E. ECK, *Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigentums nach Römischem und gemeinem Deutschen Recht. Festschrift im Auftrage der Juristen-Fakultät Halle-Wittenberg*, Halle, 1874, p. 34; *contra*, cfr. però A. BECHMANN, *Der Kauf*, cit., § 333, p. 89 nt. 2.

⁹⁸) Sul punto, cfr. N. DONADIO, *La tutela del compratore tra actiones aediliciae e actio empti*, Milano, 2004, p. 121 ss.

⁹⁹) Secondo W. ERNST, *Rechtsmängelhaftung*, cit., p. 73 la necessità di ricorrere ai garanti non costituirebbe la reazione all'inquadramento del *periculum evictionis* nella sfera del vizio, ma rappresenterebbe solo una assicurazione per il compratore nella situazione di incertezza, per il caso eventuale che egli perda la cosa in favore di un terzo e debba poi agire in regresso contro il venditore. Ma riconoscere una tale assicurazione, a mio avviso, altro non significa che ammettere che nel bene comprato si rivelava insito un difetto, che potenzialmente lo avrebbe reso inidoneo all'uso per il quale era stato acquistato, cioè un vizio.

Per tale ragione, diviene sensato pretendere dal venditore la prestazione di una garanzia, con la quale egli assicuri al compratore una manleva, nel caso in cui si dimostri che il paventato vizio (cioè il pericolo che l'evizione si verifichi effettivamente) affetti realmente la cosa comprata. E trattandosi di un potenziale vizio 'so-praggiunto' e concretizzatosi solo dopo la conclusione del contratto, e, soprattutto, trattandosi di un «difetto» della cosa, la cui natura di «vizio» era in fase di affermazione da parte della giurisprudenza, pareva più sicuro confortare il compratore con la prestazione di una garanzia aggiuntiva, anziché limitarsi a rimandarlo alle stipulazioni (*simplae, duplae, habere licere*) con le quali usualmente si garantiva l'acquirente.

Per converso, a fronte della prestazione di una tale garanzia, alla luce della quale il compratore sarebbe stato ristorato da un terzo nel malaugurato caso del compimento dell'evizione, era giocoforza ammettere il venditore a chiedere il pagamento del prezzo. Ed è esattamente questa la soluzione che leggiamo nella sopra esaminata costituzione di Diocleziano, nella quale la cancelleria imperiale così inquadra la problematica giuridica.

Questo inquadramento è stato poi cavalcato dalla Pandettistica, la quale ha così ritenuto di individuare già nel diritto romano classico (almeno in Diocleziano) i germi di quella che è stata definita '*exceptio imminetis evictionis*'¹⁰⁰, avvicinandola, in maniera quasi naturale, all'*exceptio inadimpleti contractus*, sulla quale nel frattempo si veniva concentrando l'attenzione¹⁰¹. Si riconosceva così al compratore il diritto di rifiutare il pagamento del prezzo di fronte alla minaccia di una evizione, al punto che il diritto contemporaneo, almeno fino a Pothier¹⁰², avrebbe co-

¹⁰⁰) Così cfr. F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, cit., p. 357, il quale attribuisce a Rabel (si veda nt. seguente) il merito di aver individuato il punto di svolta. Significativo è quanto scrive Wieacker: «die später sog. *exceptio imminetis evictionis* ist seit Rabel als Markstein auf den Weg der letzten Klassiker vom Eviktionsprinzip zur schlichten Rechtsmängelhaftung erkannt». Radicalmente contrario, invece, W. ERNST, *Rechtsmängelhaftung*, cit., p. 61, per le ragioni sopra esposte nel testo.

¹⁰¹) Cfr. ad es. in questo senso espressamente E.I. BEKKER, *Zur Lehre von der Evictionsleistung*, cit., p. 323. Per E. RABEL, *Haftung des Verkäufers*, cit., p. 82 ss. la cd. *exceptio imminetis evictionis* doveva avere nel diritto classico lo stesso ruolo della *exceptio non adimpleti contractus*, perché nel diritto romano si trovava l'idea che faceva saltare la parentela della responsabilità del venditore con l'evento di evizione, creando così un'altra ragione di responsabilità (Haftungsgrund), cioè il vizio giuridico come causa del non adempimento. Recentemente, il brillante studio di S. VIARO, *L'eccezione di inadempimento* cit., p. 856 s. contesta che possa costruirsi sulla base di questo testo un rapporto sinallagmatico tra garanzia per evizione e pagamento del prezzo, in quanto il diritto di rifiutare il pagamento è attestato solo quando sorge una disputa sul diritto di proprietà del venditore, così che tale interdipendenza rimarrebbe solo eventuale e non operante prima di quel momento; in senso radicalmente contrario, peraltro, si veda nello stesso volume T. DALLA MASSARA, *Garanzia per evizione e interdipendenza delle obbligazioni nella compravendita romana*, p. 308.

¹⁰²) Sul punto si veda S. CACACE, *Il pericolo di rivendica*, cit., p. 26 ss., secondo la quale un punto di svolta potrebbe essere rappresentato dall'affermarsi del principio del consenso traslativo.

sì costruito questo istituto.

Tale ricostruzione, però, non era priva di punti deboli, perché essa offriva facilmente il fianco alla critica per cui tale «vizio» (*Rechtsmängel*) si poteva far valere soltanto in via di eccezione, ma esso non avrebbe dato luogo né alla restituzione del prezzo eventualmente pagato, né ad una richiesta di risarcimento del danno o *quanti minoris*¹⁰³.

I compilatori giustinianeï, spostato ormai il polo dogmatico del *periculum evictionis* dal campo dell'evizione a quello del vizio, sono quasi costretti a modificare il testo di Papiniano nel momento in cui lo accolgono nel Digesto, permettendo al venditore di chiedere al compratore l'adempimento della sua obbligazione, qualora offra la ricordata garanzia.

Questo diverso inquadramento del *periculum evictionis* verrà poi elaborato e assimilato dalla tradizione giuridica successiva, e penetrerà in diverse forme e modi nelle codificazioni europee¹⁰⁴ e latinoamericane¹⁰⁵.

Ma questa è un'altra storia, che altri e meglio di quanto saprei fare io hanno già raccontato o sapranno raccontare¹⁰⁶.

¹⁰³) È stato affermato, ma in maniera non del tutto persuasiva, che il diverso inquadramento giuridico in chiave di vizio non sarebbe riuscito a far perdere a *periculum evictionis* il suo originale legame con la tematica dell'evizione: cfr. W. ERNST, *Rechtsmängelhaftung*, cit., p. 61.

¹⁰⁴) Il riferimento è principalmente agli artt. 1653 e 1481 ss. dei Cc. francese e italiano, ma anche all'art. 1502 del Cc. spagnolo. Secondo W. ERNST, *Rechtsmängelhaftung*, cit., p. 73, l'estensione dell'*exceptio imminentis evictionis* anche ai casi in cui ci sia una preoccupazione per una lite futura avrebbe finito per mascherare sotto mentite spoglie un vizio. Al contrario, secondo S. CACACE, *Il pericolo di rivendica*, cit., p. 247 ss., il pericolo di rivendica, alla luce della disciplina dettata dall'art. 1481 Cc. it. 1942, si concretizzerebbe in una tutela dilatoria, «avente lo scopo di far ricadere sul venditore alcune conseguenze negative della sopravvenuta contestazione del terzo», in una chiave di lettura che la studiosa avvicina alla autotutela.

¹⁰⁵) Cfr. sul punto J. GINESTA-AMARGÓS, *Exceptio imminentis evictionis*, cit., p. 323, il quale richiama il *Proyecto* di García Goyena come punto di ingresso di questa soluzione in America Latina.

¹⁰⁶) Si vedano i lavori sopra (nt. 62) citati di Simona Cacace.

