

COLLANA DELLA RIVISTA DI DIRITTO ROMANO

<http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano>

DIRETTORE

Ferdinando Zuccotti

COLLANA DELLA RIVISTA DI DIRITTO ROMANO
SAGGI

Mariateresa Carbone

L'EMERSIONE
DELL' «EMPTIO» CONSENSUALE
E LE «LEGES VENDITIONIS»
DI CATONE



— Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto —

ISBN 978-88-7916-839-7 - ISSN 2499-6491

Copyright 2017

LED Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto

Via Cervignano 4 - 20137 Milano

Catalogo: www.lededizioni.com

I diritti di riproduzione, memorizzazione elettronica e pubblicazione con qualsiasi mezzo analogico o digitale (comprese le copie fotostatiche 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/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 riproduzioni 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: AIDRO, Corso di Porta Romana n. 108 - 20122 Milano
E-mail segreteria@aidro.org <<mailto:segreteria@aidro.org>>
sito web www.aidro.org <<http://www.aidro.org/>>

Il volume è stato stampato con il finanziamento del Dipartimento di Scienze Giuridiche, Storiche, Economiche e Sociali dell'Università Magna Græcia di Catanzaro e sottoposto a duplice referaggio anonimo con esito positivo

In copertina:

La raccolta delle olive. Mosaico (prima metà del III sec.)

da una serie che illustra i lavori agricoli lungo il corso dell'anno, da Saint Romain-en-Gal, Francia.

Museo Nazionale delle Antichità, St-Germain-en-Laye, Francia.

© LessingImages, Vienna

Stampa: Digital Print Service

Premessa	p.	11
----------------	----	----

PARTE PRIMA
L'IPOTIZZATA ORIGINE DELL' «EMPTIO-VENDITIO»
NELL'AMBITO DELLA «JURISDICTIO PEREGRINA»
E I CONNESSI PROBLEMI

Introduzione	p.	19
--------------------	----	----

I.	LA REALIZZAZIONE DELLA ESIGENZA ECONOMICA DELLO SCAMBIO NELL'EPOCA DELLA ASSERTITA INESISTENZA DELL' «EMPTIO» CONSENSUALE		
1.	Il presunto ricorso alla ' <i>mancipatio</i> ' e alla doppia ' <i>traditio</i> ' contestuale: difficoltà irrisolte	p.	23
2.	L'interferire del problema della vendita a credito e il ruolo della ' <i>verborum obligatio</i> ': difficoltà irrisolte	"	29
II.	IL RITENUTO ORIGINARIO RICONOSCIMENTO DELL' «EMPTIO» CONSENSUALE NELL'AMBITO DELLA «JURISDICTIO PEREGRINA» E LE RELATIVE DIFFICOLTÀ		
1.	Premessa	p.	41
2.	Profili sostanziali	"	41
3.	Profili processuali	"	43
4.	Gli orientamenti minoritari sulle origini dell' ' <i>emptio</i> ' e le connesse criticità		60
5.	Considerazioni conclusive della prima parte		63

PARTE SECONDA
L' «EMPTIO VENDITIO» NEL «DE AGRICULTURA»
DI CATONE

Introduzione	p.	67
I. IL CONTRATTO DI VENDITA DELLE OLIVE ANCORA SULL'ALBERO		
1. Caratteristiche della fattispecie contrattuale: premessa	p.	71
2. Tipologia degli effetti	”	74
3. Atto produttivo dell'efficacia	”	75
4. Modalità di tutela	”	89
II. ALTRE «LEGES VENDITIONIS» DI CATONE		
1. Il contratto di vendita dell'uva da raccogliere	p.	101
2. Il contratto di vendita del vino nelle botti	”	105
3. Il contratto di vendita del pascolo invernale	”	115
4. Il contratto di vendita dei prodotti delle pecore	”	127
5. Considerazioni conclusive della seconda parte	”	132
Considerazioni finali	p.	135
Indice delle fonti	p.	139
Indice degli Autori	”	143

*L'emersione dell'«emptio» consensuale
e le «leges venditionis» di Catone*

a Vittorio

Premessa

Le origini dell'*emptio-venditio* hanno da sempre attratto gli studiosi di diritto romano tanto da dar luogo ad una «specie di genere letterario», secondo una felice espressione di Carlo Augusto Cannata¹, sempre più spesso richiamata nei lavori dedicati all'argomento².

Le ragioni di un tale interesse, credo, vadano ricercate in alcune delle caratteristiche peculiari che l'istituto presenta e che ne hanno permesso lo sviluppo e la diffusa applicazione nel mondo antico.

Anzitutto la consensualità, o meglio, la circostanza che all'accordo, comunque espresso, venisse attribuita efficacia obbligatoria, con tutte le conseguenze e le problematiche connesse al riconoscimento di un tale tipo di effetti³. In un mondo ancora dominato dalle forme e dai poteri diretti sulle cose, la compravendita appariva uno strumento particolarmente moderno e all'avanguardia. Una modernità che consentì, soprattutto grazie al richiamo alla *bona fides* contenuto nelle formule predisposte a sua difesa, di tutelare progressivamente i più ampi e disparati interessi dei contraenti, emersi nelle diverse situazioni concrete, anche in seguito alla conclusione del contratto.

Altra accattivante peculiarità dell'*emptio* consensuale era costituita dalla sua estrema originalità rispetto alle forme degli scambi attestate negli altri paesi del Mediterraneo⁴.

Nonostante ciò, considerate le caratteristiche del processo privato ro-

¹) *La compravendita consensuale romana: significato di una struttura*, in «Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica», II, Milano, 1991, p. 413.

²) Cfr., esemplificativamente, C. CASCIONE, *Consensus. Problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche*, Napoli, 2003, p. 224, L. GAGLIARDI, *Prospettive in tema di origine della compravendita consensuale romana*, in «La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano» – cur. L. Garofalo –, I, Padova, 2007, p. 109, A. CORBINO, *La risalenza dell'emptio-venditio consensuale e i suoi rapporti con la mancipatio*, in «Iura», LXIV, 2016, p. 11 nt. 2.

³) Sul punto cfr., tra gli altri, J.G. WOLF, *Per una storia dell'emptio venditio*, in «Iura», LII, 2001, p. 32 s.

⁴) Cfr., *infra*, parte I, cap. II, § 2.

mano arcaico⁵, si è stati indotti a ritenere l'*emptio-venditio* «una invenzione» non solo relativamente tarda (III secolo a.C.) ma anche sorta per soddisfare le esigenze del commercio internazionale e, soltanto in un secondo tempo, recepita nei rapporti *inter cives*⁶.

Dunque, a differenza di altri importanti istituti di *ius gentium* – quali, ad esempio, la *traditio* e la *stipulatio* –, creati e utilizzati prima *inter cives* e poi successivamente estesi⁷ ai rapporti con e tra i *peregrini*, per l'*emptio-venditio* si sarebbe verificato il processo inverso: escogitata inizialmente per il commercio internazionale, solo in seguito sarebbe stata applicata tra Romani. Ovviamente l'ipotesi non implica il mancato ricorso dei *cives* allo scambio di cosa contro prezzo nell'età precedente all'ipotizzato riconoscimento della compravendita consensuale: piuttosto si sostiene che all'uopo fossero utilizzati altri strumenti; anche se poi, in concreto, si continua a discutere in merito alle modalità seguite dai *cives* per realizzare soprattutto la vendita a credito⁸.

Nel primo decennio di questo secolo, però, qualche autorevole studioso, trattando delle origini dell'*emptio*, ha fornito alcuni spunti di riflessione che inducono a ritornare sull'argomento.

Mi riferisco, sotto il profilo sostanziale, a quanto è stato molto acutamente evidenziato da Cosimo Cascione in riferimento a un passo di Volusio Meciano⁹. Il giurista, incidentalmente, informa che il *nummus peregrinus* era considerato *loco mercis*¹⁰. L'affermazione appena riferita porta il romanista napoletano a propendere per una nascita «strettamente romano-italica» dell'*emptio*¹¹ in base alla seguente considerazione: se la moneta straniera non era, ancora nel II secolo d.C., considerata *pretium*, come può continuare a sostenersi che la compravendita consensuale abbia ricevuto il suo primo riconoscimento in quei mercati dove il denaro utilizzato non rappresentava il *pretium*, elemento essenziale del contratto di vendita per la giurisprudenza romana¹²?

⁵ Sul punto cfr. quanto si evidenzierà *infra*, parte I, cap. II, § 4 in fine.

⁶ Per la letteratura maggioritaria che sostiene tale tesi cfr. *infra*, parte I, § I. *Introduzione*.

⁷ Molto probabilmente considerata la loro duttilità, da intendere come facilità di comprendere il loro funzionamento.

⁸ Come si evidenzierà nel corso del presente lavoro: cfr. *infra*, parte I, cap. I, §§ 1-2.

⁹ *Consensus. Problemi di origine*, cit., p. 393 ss.

¹⁰ Cfr. Vol. Maec., *assis distr.* 13: «...*Victoriatius enim nunc tantundem valet, quantum quinarius olim, ac peregrinus nummus loco mercis, ut nunc tetradrachmum et drachma, habebatur*»; cfr. A. RUGGIERO, *L. Volusio Meciano tra giurisprudenza e burocrazia*, Napoli 1983, p. 83. Su Volusio Meciano si veda, oltre al contributo appena citato, A. MAGIONCALDA, *Osservazioni sulla carriera di Volusio Meciano*, in «Materiali per una storia della cultura giuridica», XXXVI.2, 2006, p. 467 ss.

¹¹ *Consensus. Problemi di origine*, cit., p. 397.

¹² Cfr., sul punto, D. 18.1.1, D. 19.4.1.pr. e *Iust.inst.* 3.23.2.

Dal punto di vista processuale altro spunto interessante di riflessione è stato fornito da Silvia Viaro¹³. La studiosa ha messo in evidenza come già le XII Tavole prevedessero la tutela della *pactio* in caso di *membrum ruptum*¹⁴. La disposizione ammetteva evidentemente la possibilità di agire per ottenere il rispetto dell'accordo raggiunto. Ora – rileva Viaro – se la procedura arcaica assicurava, nella fattispecie, tutela al mero patto, non si vede motivo di escluderne il ricorso per l'accordo di vendita. La possibilità sembrerebbe confermata – continua l'autrice – dalla circostanza, prevista nel codice decemvirale¹⁵, di agire con la *legis actio per pignoris capionem* per ottenere il *pretium* di un animale destinato al sacrificio. Sembrerebbe, quindi, potersi indirettamente dedurre che le XII Tavole conoscessero, almeno *in nuce*, l'esistenza di negozi di scambio idonei a creare un'obbligazione in capo all'acquirente¹⁶. Da ulti-

¹³) *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, Padova, 2011, p. 222 ss.

¹⁴) *Tab.VIII.2*.

¹⁵) Come si evince da Gai., *inst.* 4.28: '*Lege autem introducta est pignoris capio veluti lege XII tabularum adversus eum, qui hostiam emisset nec pretium redderet, item adversus eum, qui mercedem non redderet pro eo iumento, quod quis ideo locasset, ut inde pecuniam acceptam in dapem, id est in sacrificium, impenderet*'. Per un quadro della letteratura sul testo cfr., da ultimo: CORBINO, *La risalenza dell'emptio-venditio*, cit., p. 12 ss.

¹⁶) *Corrispettività e adempimento*, cit., p. 206 ss. Ovviamente contro la possibilità di adurre il passo gaiano, appena citato nel testo, a sostegno del riconoscimento di negozi consensuali ad efficacia obbligatoria si levano autorevoli voci: M. TALAMANCA, *Le Dodici Tavole e i negozi obbligatori*, in «Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti» – cur. M. Humbert –, Pavia, 2005, p. 344 s. L'illustre maestro evidenzia al proposito come la *pignoris capio* sia mezzo straordinario che «presuppone l'assenza dell'*oportere* sul piano del diritto civile, e che viene generalmente concessa allo scopo di proteggere interessi che non si esauriscono nel mero aspetto privatistico» e precisa che la notizia data da Gaio non permetterebbe «alcuna introspezione sulla struttura dei negozi che ne stanno alla base» la cui applicazione generale sarebbe comunque esclusa dalla particolarità dello scopo perseguito (p. 345 e nt. 42). Ma già l'ammettere che gli interessi protetti non si esaurissero in quelli meramente privatistici, credo significhi implicitamente riconoscere che questi ultimi ricorressero e di conseguenza risulterebbe difficile comprendere perché tali interessi non avrebbero dovuto ricevere tutela. Inoltre pare evidente che la particolarità dello scopo caratterizzante il negozio giustifichi il ricorso alla tutela esecutiva, ma non può assolutamente dimostrare che alla vendita o alla locazione non si ricorresse generalmente anche quando non avessero finalità sacre. In altri termini quanto affermato in Gai., *inst.* 4.28, rimanendo scevri da pregiudizi, potrebbe indurre a ritenere che se in alcune ipotesi le prestazioni, caratterizzate da finalità sacre e scaturenti da contratti come l'*emptio* e la *locatio*, avrebbero ricevuto una tutela forte come quella esecutiva è conseguenziale dedurre che, qualora non fossero ricorse tali finalità, venisse almeno assicurata per l'adempimento delle medesime prestazioni la normale tutela cognitoria. L'interpretazione appena prospettata sembrerebbe, sia pure molto cautamente, condivisa da D. NÖRR, *Osservazioni in tema di terminologia giuridica predecemvirale e di ius mercatorum mediterraneo: il primo trattato cartaginese-romano*, in «Le Dodici Tavole», cit., p. 186. Oltre a Gai., *inst.* 4.28, Silvia Viaro (*Corrispettività e adempimento*, cit., p. 208 ss.) adduce altri tre passi che a suo giudizio indurrebbe-

mo Alessandro Corbino ha riaperto la questione adducendo, a favore della risalenza dell'*emptio* consensuale in epoca almeno decemvirale, non solo il passo di Gaio già richiamato all'uopo dalla Viaro¹⁷, ma anche una serie di altri dati tra i quali, in particolare, le pratiche negoziali presupposte dai trattati di età proto-repubblicana¹⁸, nonché la struttura degli atti traslativi, in particolare della *mancipatio*, che, secondo l'autore, apparirebbero *ab origine* idonei a dare espressione non solo ad attribuzioni spontanee ma anche ad accordi di scambio attuati sia attraverso prestazioni contestuali sia attraverso prestazioni reciproche da eseguirsi in tempi distinti¹⁹.

Da un punto di vista più generale, collegato al profilo della tutela, appaiono altrettanto interessanti le osservazioni formulate da Javier Paricio, giunto a sostenere come molto probabile un'origine civilistica dei *iudicia bonae fidei*²⁰. Nel riesaminare le tesi prospettate a metà del secolo scorso da alcuni tra i più autorevoli studiosi dell'argomento²¹, il romanista spagnolo ha sotto-

ro a domandarsi se i decemviri avessero tenuto presente nella codificazione del V secolo «un modello di vendita distinto dalla *mancipatio*, addirittura forse già indicato come *emptio*». Le fonti riportate al proposito sono D. 40.7.29.1, *Tit. Ulp.* 2.3-4 e D. 40.7.25 e riguardano tutte «lo schiavo manomesso sotto condizione sospensiva, ovvero lo *statuliber*».

¹⁷) CORBINO, *La risalenza dell'emptio-venditio*, cit., p. 12 ss.

¹⁸) Il riferimento riguarda il primo trattato tra Roma e Cartagine e il *foedus Cassianum*: A. CORBINO, *La risalenza dell'emptio-venditio*, cit., p. 61 ss. L'autore mette in risalto che da questi trattati si evince chiaramente la notorietà ai Romani (e il loro aderire alle stesse) di pratiche internazionali diverse da quella che si vorrebbe essere stata, al tempo, l'unica da loro conosciuta. Ne conseguirebbe, evidenzia Corbino, se fosse nel vero la dottrina che nega la risalenza dell'*emptio venditio* consensuale, che i Romani, mentre avrebbero (ancora per secoli) negato ogni possibilità in patria (*inter cives*) di concludere accordi con accreditamento della prestazione corrispettiva, avrebbero – già nel VI secolo a.C. – praticato all'estero relazioni d'affari che quella possibilità invece ammetteva. Secondo l'autore non si vedrebbero davvero le ragioni di un tale discriminato trattamento: «I *cives* avrebbero goduto insomma di una singolare minore libertà commerciale di quella riconosciuta agli stranieri, per i quali erano aperte invece le possibilità del contratto obbligatorio, ben più attente e adattabili alle esigenze specifiche delle parti di quelle consentite dal negozio a necessaria 'realità contestuale'. Così, testualmente, in *op. ult. cit.*, p. 78.

¹⁹) CORBINO, *La risalenza dell'emptio-venditio*, cit., p. 9. Per la dimostrazione di quest'ultima affermazione cfr. p. 85 ss.

²⁰) *Sobre el origen y la naturaleza civil de los bonae fidei iudicia*, in «Estudios B.M.R. Yanes», II, Burgos, 2000, p. 187 ss., ora anche in *Genesis e struttura dei «bonae fidei iudicia»*, in «Processo civile e Processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico», Milano, 2011, p. 210 ss. Condiviso da A. CASTRO, *Emptio venditio y consensus contribución al estudio del origen y fundamentos de la compravenda romana: contrato-fin y contrato-medio*, in «Juris Vincula. Studi M. Talamanca», II, Napoli, 2001, p. 49 nt. 95.

²¹) In particolare i contributi fondamentali in argomento richiamati da Paricio sono: G. BROGGINI, *Index arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln-Graz, 1957, p. 124 s., L. LOMBARDI, *Dalla fides alla bona fides*, Milano, 1961, p. 165 ss., e F.

lineato la sostanziale appartenenza al più antico *ius civile* della maggior parte dei rapporti successivamente tutelati dai *iudicia bonae fidei*, nonché della *fides* che li caratterizzava²². Al contempo Paricio ha evidenziato che la presenza in tali formule dell'*oportere* e l'assenza, per la più antica categoria di esse, di un editto promissorio costituiscono rilevanti ostacoli alla loro presunta origine pretoria²³. Inoltre – ha proseguito l'autore – i sostenitori dell'origine onoraria di tali *iudicia* hanno grosse difficoltà a spiegare come ne sia avvenuta la recezione nel *ius civile*²⁴. D'altra parte anche Roberto Fiori ha espresso forti e fondati dubbi sulla effettiva realizzazione della «recezione civilistica» dei *iudicia bonae fidei*²⁵.

Tenuto conto di tutto quanto premesso mi è parso interessante ritornare sulla questione procedendo nei termini seguenti.

La prima parte della presente ricerca sarà destinata a valutare se in effetti ricorrano ed, eventualmente, quali siano le criticità presentate dalla ricostruzione proposta dalla maggioranza degli autori sulle origini dell'*emptio*; mentre, la seconda, si occuperà di esaminare i primi contratti di vendita pervenuti in modo completo e cioè appunto i formulari catoniani, per verificare se, partendo dall'analisi concreta delle singole fattispecie contrattuali, possano scaturire alcuni spunti interessanti, idonei ad aprire qualche ulteriore prospettiva d'indagine relativamente alle caratteristiche originarie presentate dalla compravendita e soprattutto dalle corrispondenti modalità di tutela.

Nelle maggior parte delle ultime ricerche specifiche sull'origine dell'*emptio-venditio*, infatti, tale profilo appare alquanto trascurato nonostante costituisca l'ostacolo principale²⁶ al riconoscimento alla vendita e agli altri contratti consensuali di una risalenza civilistica riconosciuta, invece, ai restanti istituti di *ius gentium* quali, come si accennava, la *traditio* o la *stipulatio*.

WIEACKER, *Zum Ursprung der 'bonae fidei iudicia'*, in «ZSS.», LXXX, 1963, p. 9 ss.

²²) *Genesi e struttura dei «bonae fidei iudicia»*, cit., p. 210.

²³) *Genesi e struttura dei «bonae fidei iudicia»*, cit., p. 211. La romanità della *fides bona*, la mancata ricorrenza delle *formulae in factum* e la presenza nei *iudicia bonae fidei* dell'*oportere* hanno indotto anche Federica Bertoldi (*La lex Iulia iudiciorum privatorum*, Torino, 2003, p. 96 ss.) a concludere a favore dell'origine civilistica degli stessi.

²⁴) *Genesi e struttura dei «bonae fidei iudicia»*, cit., p. 211.

²⁵) '*Ius civile*', '*ius gentium*', '*ius honorarium*': il problema della «recezione» dei '*iudicia bonae fidei*', in «BIDR.», CI-CII, 1998-1999 (ma 2005), p. 165 ss.

²⁶) Così, autorevolmente, TALAMANCA, *Le Dodici Tavole e i negozi obbligatori*, cit., p. 345 e, più di recente, L. FRANCHINI, *La recezione nel 'ius civile' dei 'iudicia bonae fidei'*. *Questioni di metodo e di merito*, Napoli, 2015, p. 127 e nt. 22, ove cita altri autori che hanno evidenziato la circostanza.

Parte Prima

*L'ipotizzata origine dell' «emptio-venditio»
nell'ambito della «iurisdictio peregrina»
e i connessi problemi*

Introduzione

Come si è accennato in premessa, secondo l'opinione che è divenuta progressivamente prevalente, la compravendita consensuale obbligatoria avrebbe ricevuto la sua prima tutela ad opera del *praetor peregrinus*, nell'ambito dei rapporti oggetto della sua *iurisdictio*, già nel III secolo a.C.²⁷. L'esigenza del riconoscimento sarebbe stata determinata dalla necessità di assicurare idonea tutela allo sviluppo dei commerci internazionali. La preclusione agli stranieri dei negozi dello *ius civile* avrebbe indotto, in particolare, il pretore peregrino a concedere, in forza del suo *imperium*, azioni idonee a garantire l'adempimento degli obblighi assunti dalle parti. Il magistrato giurisdicente sarebbe, pertanto, giunto a tutelare anche un semplice accordo, unico strumento idoneo a ren-

²⁷) Cfr., tra gli altri, V. SCIALOJA, *Compra-vendita (Esegesi del tit. I, lib.XVIII del Digesto)* – lezioni stenografate e compilate dal dott. Pulvirenti –, Roma, 1907, p. 185 ss., C. LONGO, *Corso di diritto romano. Parte generale: Fatti giuridici, negozi giuridici, atti illeciti. Parte speciale. la compravendita*, Milano, 1937, p. 283 ss., M. HORVAT, *Osservazioni sulla buona fede nel diritto romano obbligatorio*, in «Studi V. Arangio-Ruiz», I, Napoli, 1954, p. 423 ss., V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*² I., rist., Napoli, 1978, p. 82; C.A. MASCHI, *Impostazione storica della compravendita e della permuta nel libro 33 'ad edictum' di Paolo*, in «Studi P. De Francisci», II, Milano, 1956, p. 369 s., G.I. LUZZATTO, *L'art. 1470 c.c. e la compravendita consensuale romana*, in «Rivista trimestrale di diritto processuale civile», XIX, 1965, p. 897, L. AMIRANTE, *L'origine dei contratti di buona fede*, in «Atti del Seminario sulla problematica contrattuale», I, Milano, 1988, p. 81 ss., G. PUGLIESE, *Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano*, in «Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica», I, Milano, 1991, p. 35 ss., M. TALAMANCA, *'Vendita (diritto romano)'*, in «ED.», XLVI, Milano, 1993, p. 303 ss., e CASTRO, *Emptio venditio y consensus contribución al estudio del origen y fundamentos de la compravendita romana*, cit., p. 26 ss. In realtà quest'ultimo autore, pur riconoscendo un ruolo determinante alla *iurisdictio* del *praetor peregrinus* per il sorgere della compravendita consensuale, ritiene fattori altrettanto determinanti a tal fine anche l'attività del *praetor urbanus* e della giurisprudenza laica (cfr. in particolare p. 58 s.). Condividono, invece, senza dubbio, l'opinione dominante J. BELDA MERCADO, *Evolución histórico-jurídica hacia la consensualidad en la emptio venditio romana*, in «Anuario da Faculdade de dereito Universidade da Coruña», VI, 2002, p. 174 ss., GAGLIARDI, *Prospettive in tema di origine della compravendita consensuale*, cit., p. 126 ss., C.A. CANNATA, *Qualche considerazione sui primordi della compravendita romana*, in «Seminarios Complutenses de Derecho Romano», XXII, 2009, p. 14 s., e FRANCHINI, *La recepción nel 'ius civile' dei 'iudicia bonae fidei'*, cit., p. 120.

dere possibile lo stabilirsi di un rapporto tra soggetti di differente nazionalità e, quindi, di diversa lingua, tradizione e consuetudini commerciali²⁸. Solo di seguito, tra la fine del III e l'inizio del II secolo a.C.²⁹, il *praetor urbanus*, sull'esempio del collega, avrebbe esteso le medesime azioni ai rapporti *inter cives*³⁰. Dopo questo iniziale riconoscimento onorario, la tutela suddetta sarebbe stata formalmente recepita anche dallo *ius civile*.

Questa impostazione, però, comporta una serie di difficoltà.

Attribuendo le origini dell'*emptio consensu contracta* a un'età relativamente recente, si pone il problema di chiarire attraverso quali strumenti giuridici sarebbe stata realizzata *inter cives*, prima della recezione del contratto consensuale, la esigenza economica dello scambio di cosa e prezzo³¹. Esigenza difficilmente sconosciuta in età anteriore a quella della ritenuta origine del nostro contratto³².

²⁸) Le fonti che proverebbero l'origine dell'*emptio consensu contracta* nell'ambito della *iurisdictio peregrina* si identificano con quelle che ne sottolineano l'appartenenza allo *ius gentium*. In questo senso cfr., per tutti, TALAMANCA, 'Vendita', cit., p. 310 e in particolare nt. 58, dove i passi in questione sono espressamente indicati. Di recente Gagliardi (*Prospettive*, cit., p. 123 ss.) ha sostenuto che, oltre al passo di Paolo (D. 18.1.1) sull'*origo emendi vendendique*, attestante in modo espresso l'*emptio* di *ius gentium*, sarebbero tre caratteristiche di questo contratto a confermarne il sorgere nell'ambito della *iurisdictio peregrina* – consensualità, obbligazione del venditore di *possessionem tradere* e assenza di garanzia automatica per l'evizione – e ne spiega le ragioni.

²⁹) In realtà Arangio-Ruiz (*La compravendita*, I, cit., p. 73) aveva spostato molto in avanti (150 a.C.) la recezione dell'*emptio* tra i *cives*, in quanto riteneva che non potesse essere avvenuta prima della *Lex Aebutia*, che, com'è noto, si sostiene emanata più o meno in quest'epoca. Cfr., per tutti, lo studio, seppur datato, rimasto fondamentale in questo senso: P.F. GIRARD, *La date de la loi Aebutia*, in «ZSS.», XIV, 1893, p. 11 ss., nonché, dello stesso autore, *Nouvelles observations sur la date de la Loi Aebutia*, in «ZSS.», XXIX, 1908, p. 113 ss., ora in *Mélanges de droit romain*, I, Paris, 1912, p. 67 ss.

³⁰) Le fonti che testimonierebbero l'avvenuta recezione *inter cives* dell'*emptio*, sia pure rilevante *iure praetorio*, sarebbero rappresentate da un passo di Celso – D. 19.1.38.1 – e dai noti formulari di Catone (*agr.* 146-150). In questo senso, tra gli altri, LONGO, *Corso*, cit., p. 304 ss., TALAMANCA, 'Vendita', cit., p. 310 ss., e CANNATA, *Qualche considerazione*, cit., p. 14 nt. 3, che al proposito richiama però solo D. 19.1.38.1. Secondo Mario Talamanca sarebbe necessario operare, con riferimento alla detta estensione, una distinzione tra consensualità e mera consensualità: cfr., sul punto, *op. ult. cit.*, p. 311.

³¹) Soprattutto con riguardo alla necessità di un eventuale accreditamento di una delle due prestazioni.

³²) Che vi fosse una tale esigenza già in epoca arcaica è invero convincimento unanime, tanto che anche i sostenitori dell'opinione prevalente hanno avvertito il bisogno di stabilire in che modo essa venisse soddisfatta. Sulla necessità di porsi un tale quesito si veda, tra gli altri, CASCIONE, *Consensus*, cit., p. 230. Sull'introduzione della moneta coniatata in Roma implicante necessariamente l'esistenza dello scambio di merce contro prezzo cfr. la letteratura citata sempre da CASCIONE, *Consensus*, cit., p. 229 e nt. 45.

Inoltre, considerato che le *actiones ex empto* ed *ex vendito* risultano *in ius conceptae*³³, si pone l'ulteriore problema³⁴ di individuare gli strumenti processuali attraverso i quali si sia avuto il riconoscimento del nostro contratto nell'ambito della *iurisdictio* pretoria, prima *peregrina* poi *urbana*, nonché quello di stabilire come se ne sia verificata la recezione nello *ius civile*.

³³) Cfr. Gai., *inst.* 4.47, ove si fa riferimento alla *formula in ius* dell'*actio depositi* di buona fede, la quale, com'è noto, presenta la medesima struttura delle *actiones empti-venditi*. Sulla ricostruzione delle formule appena citate cfr., per tutti, D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, Como, 1992, p. 46 ss.

³⁴) Oggetto peraltro di vivace dibattito dottrinale, come si evidenzierà *infra*, parte I, cap. II, § 3.

I.

La realizzazione della esigenza economica dello scambio nell'epoca della asserita inesistenza dell'«emptio» consensuale

1. Il presunto ricorso alla 'mancipatio' e alla doppia 'traditio' contestuale: difficoltà irrisolte

L'opinione attualmente dominante ritiene che, alle origini, in Roma esistesse solo la vendita a contanti, la quale si sarebbe realizzata con la *mancipatio* per le *res mancipi*³⁵ e – almeno secondo alcuni autori³⁶ – con la doppia *traditio* con-

³⁵) Cfr. O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig, 1901, p. 612, R. LEONHARD, 'Emptio venditio', in A. PAULY, G. WISSOWA, «Real-Encyclopädie der klassischen Altertumswissenschaft», V, Stuttgart, 1905, c. 2536, E. CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, Paris, 1928, p. 453, P.F. GIRARD, F. SENN, *Manuel élémentaire de droit romain*⁸, Paris, 1929, p. 568, C. LONGO, *Corso*, cit., p. 285, C. FERRINI, *Sull'origine del contratto di vendita in Roma*, in «Opere», III, Milano, 1929, p. 49, R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 1948, p. 130, P. JÖRS, W. KUNKEL, *Römisches Privatrecht*, Berlin-Göttingen-Heidelberg, 1949, p. 226, Ph. MEYLAN, *La genèse de la vente consensuelle romaine*, in «T.», XXI, 1953, p. 129 ss., F. PRINGSHEIM, *L'origine des contrats consensuel*, in «RHDFE.», XXXII, 1954, p. 490, ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, I, cit., p. 18 ss., M. KASER, *Das römische Privatrecht*, München, 1955, p. 456, MASCHI, *Impostazione storica della compravendita*, cit., p. 365, F. GALLO, *In tema di origine della compravendita consensuale*, in «SDHI.», XXX, 1964, p. 304, C. TOMULESCU, *Paul. D. 18.1.1 pr. e la mancipatio (Considérations économiques et juridiques)*, in «RIDA.», XVIII, 1971, p. 711 ss., A. BURDESE, 'Vendita (diritto romano)', in «NNDI.», XX, Torino, 1975, p. 595, M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 582 (e, successivamente, in 'Vendita', cit., p. 304), PUGLIESE, *Compravendita e trasferimento*, cit., p. 27, CANNATA, *La compravendita consensuale romana: significato di una struttura*, cit., p. 414, A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*⁴, Torino, 1993, p. 451, A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹⁰, Napoli, 1994, p. 893, M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*², Palermo, 1994, p. 479, J.G. WOLF, *Per una storia dell'emptio venditio*, cit. p. 30 nt. 2, S. RONCATI, *Pagamento del prezzo e trasferimento della proprietà nella compravendita dell'età repub-*

testuale per le *res nec Mancipi*.

Questa funzione originaria della *mancipatio* viene desunta dal rituale descritto da Gaio³⁷, in cui i gesti e le parole richiamano esplicitamente la realizzazione dello scambio di una cosa contro ciò che un tempo costituiva il prezzo³⁸.

Per quanto riguarda invece la doppia *traditio* contestuale, si è sostenuto, innanzitutto, che ragioni di ordine logico³⁹ inducono a ipotizzarne l'utilizzazione come forma di compravendita delle *res nec Mancipi*⁴⁰.

blicana, in «Minima epigrafica et papirologica», IX, 2006, p. 83 s., e GAGLIARDI, *Prospettive in tema di origine della compravendita consensuale*, cit., p. 109 (ove alla nt. 9 ampia bibliografia sul tema); un accenno in tal senso anche in BELDA MERCADO, *Evolución histórico-jurídica*, cit., p. 164. Ulrich von Lübtow (*Studien zum altrömischen Kaufrecht*, in «Festschrift P. Koschaker», II, Weimar, 1939, p. 127), invece, ipotizza, per la realizzazione della compravendita reale, l'espletamento di due *mancipationes*, una delle quali avrebbe avuto a oggetto l'*aes*.

³⁶) LEONHARD, *Emptio-venditio*, cit., c. 2536, CUQ, *Manuel*, cit., p. 453, LONGO, *Corso*, cit., 287, MONIER, *Manuel*, cit., p. 130, JÖRS, KUNDEL, *Römische Privatrecht*, cit., p. 226, MEYLAN, *La genèse*, cit., p. 129 e p. 148, PRINGSHEIM, *L'origine des contracts*, cit., p. 490, ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, I, cit., p. 39 ss., KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., p. 455 s., BURDESE, *Vendita*, cit., p. 595, TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 582, e 'Vendita', cit., p. 304, in particolare nt. 5, BURDESE, *Manuale*, cit., p. 451, GUARINO, *Diritto*, cit., p. 893, MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 479 nt. 135, CASTRO, *Emptio venditio y consensus contribución al estudio del origen y fundamentos de la compravendita romana*, cit., p. 35 s. e nt. 53, RONCATI, *Pagamento del prezzo*, cit., p. 83 s., GAGLIARDI, *Prospettive in tema di origine della compravendita consensuale*, cit., p. 110 s., e CANNATA, *Qualche considerazione*, cit., p. 17.

³⁷) Cfr. Gai., *inst.* 1.119.

³⁸) Se la *mancipatio* non fosse stata alle origini effettivamente una compravendita «a pesanti» – l'espressione è di ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, I, cit., p. 34 – rimarrebbe inspiegabile perché, per creare *ex novo* un negozio formale ed astratto, si fosse fatto ricorso alla finzione di un negozio concreto: così LONGO, *Corso*, cit., p. 286 nt. 1. In effetti una risposta molto originale al quesito appena prospettato è stata proposta da A. CORBINO, *Il formalismo negoziale nell'esperienza romana*, Torino, 1994, p. 20 ss. e in particolare p. 61 s.

³⁹) Consistenti nella presunzione di armonia del sistema (data l'esistenza di una forma solenne di vendita reale contestuale per le *res Mancipi*) e nell'impossibilità di ammettere che in quel periodo così risalente vi fossero altri strumenti di realizzazione dello scambio, quali la vendita consensuale o il *do ut des*. In questo senso LONGO, *Corso*, cit., p. 286, MASCHI, *Impostazione storica*, cit., p. 366, e PUGLIESE, *Compravendita e trasferimento della proprietà*, cit., p. 33.

⁴⁰) In tal senso viene addotto D. 18.1.1.pr. (Paul. 33 *ad ed.*): 'Origo emendi vendendique a permutationibus coepit. Olim enim non ita erat nummus, neque aliud merx aliud pretium vocabatur. Sed unusquisque secundum necessitatem temporum ac rerum utilibus inutilia permutabat, quando plerumque evenit, ut quod alteri superest alteri desit. Sed quia non semper nec facile concurrebat, ut, cum tu haberes quod ego desiderarem, invicem haberem quod tu accipere velles, electa materia est, cuius publica ac perpetua aestimatio difficultatibus permutationum aequalitate quantitatis subveniret. Eaque materia forma publica percussa usum dominiumque non tam ex substantia praebet quam ex quantitate, nec ultra merx utrumque, sed alterum pretium vocatur'. Cfr. MASCHI, *Impostazione storica*, cit., p. 367,

A prescindere, comunque, dalla effettiva identificazione originaria tra *mancipatio* e vendita⁴¹, resta il fatto che la *mancipatio* si presenta all'epoca delle XII Tavole, o in un periodo di poco successivo e comunque ben prima della fine del III secolo a.C., come un negozio ormai astratto⁴². Trasformatasi da *venditio* in *imaginaria venditio*, la *mancipatio*, però, diveniva anche inidonea all'espletamento della sua funzione originaria⁴³. Una volta che il versamento effettivo del prezzo non faceva più parte del rituale, mancava uno strumento tecnico che ne avesse potuto assicurare il successivo pagamento⁴⁴.

A ciò si aggiunga che, secondo quanto notato anche da alcuni sostenitori

CANNATA, *La compravendita consensuale*, cit., p. 414, ID., *Qualche considerazione*, cit., p. 16 ss., e MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 479 nt. 135. Ma in effetti la prospettiva all'interno della quale Paolo si muove appare essere causale e non si vede invero da dove risulti che la riferita *permutatio* implichi necessariamente contestualità. A conferma del rilievo sta il fatto che il giurista riferendosi al presente avverte: «i due oggetti dello scambio sono nella compravendita diversamente nominati, rispettivamente merce e prezzo». Non si può per questo concludere che Paolo volesse dire che lo scambio tra merce e prezzo dovesse essere necessariamente contestuale.

⁴¹ Occorre, infatti, avvertire che sul punto si riscontra qualche opinione discorde, per la quale cfr. SCIALOJA, *Compra-vendita*, cit., p. 159, Fernand De Visscher, nell'intervento riferito in M. AMELOTTI, *VII Congresso internazionale della 'Société d'histoire des droits de l'Antiquité*, in «SDHL», XVIII, 1952, p. 401, e CORBINO, *Il formalismo negoziale*, cit., p. 21 ss. Per un panorama critico di quanto è stato sostenuto nella letteratura della prima parte del secolo, più direttamente impegnata sul problema, si veda ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, I, cit., p. 25 ss. (in particolare p. 26 nt. 2).

⁴² Questo si sarebbe verificato in conseguenza della creazione dell'*aes signatum* e, successivamente, della moneta (così già KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, cit., p. 612), elementi entrambi determinanti il venir meno dell'effettiva pesatura del bronzo e, quindi, il mutamento di natura dell'atto. Staccatosi invero il pagamento del prezzo dal rituale, ne divenne possibile la riduzione ad una somma irrisoria (*nummus unus*) e si aprì la strada alla utilizzazione della *mancipatio* per cause che non comportassero un pagamento effettivo (donazione, costituzione di dote, garanzia). Così LONGO, *Corso di diritto romano*, cit., p. 286, VON LÜBTOW, *Studien*, cit., p. 127 ss., MEYLAN, *La genèse*, cit., p. 141 ss. e p. 160, PRINGSHEIM, *L'origine*, cit., 490, PUGLIESE, *Compravendita e trasferimento*, cit., p. 29, e CANNATA, *La compravendita consensuale*, cit., p. 418.

⁴³ Da quest'epoca in avanti la *mancipatio* della cosa e la *traditio* del prezzo comportavano lo stesso tipo di difficoltà poste, come si vedrà a momenti nel testo, dall'utilizzazione della doppia *traditio* contestuale al fine di realizzare, per l'epoca precedente alla recezione *inter cives* dell'*emptio* consensuale, la funzione socio-economica della vendita. Si tratta di difficoltà che appaiono, come è già stato autorevolmente rilevato, difficilmente superabili. In questo senso, tra gli altri, SCIALOJA, *Compra-vendita*, cit., p. 160, e TALAMANCA, *'Vendita'*, cit., p. 304.

⁴⁴ Che tale pagamento potesse essere eseguito spontaneamente o promesso (tramite ad esempio una *stipulatio pretii*) non rileva, in quanto in entrambi i casi ciò sarebbe dipeso dalla volontà del *mancipio accipiens* e non gli si sarebbe potuto imporre nulla in tal senso.

dell'ipotesi in questione⁴⁵, non risultano fonti dalle quali possa desumersi l'applicazione della doppia *traditio* a scopo di compravendita mentre almeno due delle tre disposizioni decemvirali relative alla materia della vendita⁴⁶ escluderebbero l'effettuazione di uno scambio contestuale delle prestazioni⁴⁷.

Ma anche al di là di questo rilievo, comunque non secondario, è sotto il profilo strettamente giuridico che parrebbe doversi riconoscere che lo scambio «Zug um Zug» non avrebbe garantito il perseguimento dello scopo della vendita. Resta oscuro infatti quale strumento avrebbe potuto utilizzare il *tradens* nell'ipotesi in cui l'*accipiens*, dopo aver ricevuto la merce (o il denaro), non avesse eseguito, per un qualche motivo, la propria prestazione⁴⁸.

Non molti sono gli autori che si sono preoccupati di rispondere all'interrogativo appena prospettato e comunque le ipotesi proposte non appaiono del tutto soddisfacenti.

Le vie battute per trovare una risposta al problema sono state sostanzialmente tre.

Alcuni studiosi hanno sostenuto che in capo all'*accipiens* sorgesse una responsabilità da furto, perseguibile con la relativa azione penale⁴⁹. L'impostazione, però, non è stata, a ragione, condivisa perchè, in epoca decemvirale, la causa per la quale la *traditio* fosse stata effettuata non avrebbe potuto non avere rilevanza⁵⁰.

⁴⁵ In questo senso ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, I, cit., p. 41.

⁴⁶ Riferite rispettivamente in Gai., *inst.* 4.28 (cfr. *supra*, nt. 15) e in *Iust. inst.* 2.1.41: 'Sed si quidem ex causa donationis aut dotis aut qualibet alia ex causa tradantur, sine dubio transferuntur: venditae vero et traditae non aliter emptori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato. Quod cavetur quidem etiam lege duodecim tabularum: tamen recte dicitur et jure gentium, id est jure naturali, id effici. sed si is, qui vendidit, fidem emptoris secutus fuerit, dicendum est statim rem emptoris fieri'. Anche Silvia Viaro (*Corrispettività e adempimento*, cit., 206 s.) adduce Gai., *inst.* 4.28, come testimonianza di una vendita in cui l'esecuzione di almeno una delle due prestazioni veniva differita. In senso simile già NÖRR, *Osservazioni*, cit., p. 185 s.

⁴⁷ Questo lo osservava già Vittorio Scialoja (*Compra-vendita*, cit., p. 160 s.) il quale concludeva come, per la fase più antica del diritto romano, non manchi «qualche indizio che lo scambio di cosa con denaro poteva anche avvenire non presentemente e che il diritto ne difendesse l'adempimento integrale e definitivo».

⁴⁸ Il medesimo interrogativo se lo poneva già Vittorio Scialoja (*Compra-vendita*, cit., p. 160).

⁴⁹ In questo senso si sono espressi in particolare gli studiosi del secolo scorso. Per un panorama delle opinioni allora sostenute cfr. VON LÜBTOW, *Studien zum altrömischen Kaufrecht*, cit., p. 131 ss. Anche Vincenzo Arangio-Ruiz (*La compravendita in diritto romano*. II. rist., Napoli, 1980, p. 285) ha ritenuto che, in alcuni casi potesse applicarsi l'*actio furti*. Nello stesso senso, ma con qualche perplessità, si è espresso Dieter Nörr in *Osservazioni*, cit., p. 186.

⁵⁰ A tal proposito Ulrich von Lübtow (*Studien*, cit., p. 132 ss.) ha, invero, notato

Secondo altri autori, invece, il venditore che avesse effettuato la *traditio*, nell'ipotesi di mancato versamento del prezzo (o di mancata prestazione di opportune garanzie), avrebbe potuto rivendicare la cosa che, in base al principio espresso in *Iust. inst.* 2.1.41, sarebbe rimasta sua, nonostante l'avvenuta consegna⁵¹. La soluzione prospettata, però, anche a prescindere dall'effettiva risalenza all'epoca decemvirale del principio suddetto⁵², risolve il problema in maniera non del tutto soddisfacente. Il riconoscimento della mera azione di rivendica a chi si fosse spogliato volontariamente del possesso della cosa, infatti, avrebbe al più assicurato una tutela restitutoria, ma non il conseguimento della controprestazione⁵³.

come non si sarebbe potuto parlare, al riguardo, di furto, considerato che nella fattispecie un soggetto aveva liberamente consegnato una cosa ad un altro, e quindi la *res* non poteva considerarsi *furtiva*, con conseguente inapplicabilità dell'*actio furti*.

⁵¹) Questi autori hanno, invero, ritenuto che il principio attestato in *Iust. Inst.* 2.1.41 (cfr. *supra*, nt. 46), secondo il quale il trasferimento del *dominium venditionis causa* era subordinato all'effettivo pagamento, fosse stato introdotto proprio per risolvere la questione sopra prospettata. In questo senso, tra gli altri, A. EXNER, *Die Lehre vom Rechtserwerb durch Tradition*, Wien, 1867, p. 338 ss., A. PERNICE, *Marcus Antistius Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, I, Halle, 1873, p. 461, KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, cit., p. 612; LEONHARD, *Emptio-venditio*, cit., c. 2535, GIRARD, SENN, *Manuel*, cit., p. 312 s., PUGLIESE, *Compravendita e trasferimento*, cit., p. 32 s., e CANNATA, *Qualche considerazione*, cit., p. 13 ss. Invece Ernst Immanuel Bekker (*Die Aktionen des römischen Privatrechts*, I, Berlin, 1871, p. 148 nt. 45) riteneva che al venditore fosse spettato da sempre, in caso di mancato pagamento, un eventuale diritto alla restituzione della cosa e che probabilmente, alle origini, si era in dubbio se farlo valere mediante la *rei vindicatio* o la *condictio* e che successivamente, con l'introduzione del principio contenuto in *Iust. inst.* 2.1.41, si optò per il primo degli strumenti indicati.

⁵²) A favore dell'autenticità si è schierata la maggior parte degli studiosi dell'Ottocento e solo alcuni autori nei primi decenni del secolo scorso (per un quadro della letteratura in argomento cfr. *infra*, nt. 268) mentre di recente la tesi dell'autenticità di *Iust. inst.* 2.1.41 sta tornando a riscuotere un certo consenso (cfr., tra gli altri, M. MARRONE, *Trasferimento della proprietà della cosa venduta e pagamento del prezzo*, in «Vendita e trasferimento della proprietà», cit., II, p. 486, V. MAROTTA, *Tutela dello scambio e commerci mediterranei in età arcaica*, in «Ostraka», V, 1996, p. 23 nt. 113, CANNATA, *Qualche considerazione*, cit., p. 19 ss., VIARO, *Corrispettività e adempimento*, cit., p. 193 ss., e S. RONCATI, *Emerere, Vendere, Tradere. La lunga storia della regola di I.2.1.41 nel diritto romano e nella tradizione romanistica*, Napoli, 2015, p. 7 ss.).

⁵³) Senza dire che l'accettazione dell'impostazione appena riferita contrasta per un verso con la costruzione della *mancipatio* e della *traditio* quali negozi astratti, per l'altro, implica che la *causa venditionis* dovesse avere, in epoca decemvirale, giuridica rilevanza (cfr. su quest'ultimo punto MARRONE, *Trasferimento*, cit., p. 486, e CANNATA, *Qualche considerazione*, cit., p. 16, e, su entrambi i rilievi, CORBINO, *Il formalismo*, cit., p. 35 s., e *La risalenza dell'emptio-venditio*, cit., 80 ss.). Infatti è anche per queste ultime osservazioni che la maggior parte degli studiosi ha considerato non autentico il principio contenuto *Iust. inst.* 2.1.41. Secondo Silvia Viaro (*Corrispettività e adempimento*, cit., p. 222 ss.), invece, il principio decemvirale cui ci si è appena riferiti avrebbe subordinato al pagamento del prezzo o alla *sponsio pretii* – in origine probabilmente prestata da un terzo – la «legittimazione ad

Secondo un terzo orientamento il problema di realizzare lo scambio prima del riconoscimento dell'*emptio* avrebbe trovato agevole soluzione perché la vendita avrebbe ricevuto ben presto riconoscimento sotto forma di contratto reale. L'opinione è stata sostenuta da Alfred Pernice⁵⁴, secondo il quale dall'adempimento «Zug um Zug» si sarebbe passati, in una fase successiva, alla consegna della cosa senza contestuale versamento del prezzo, sostituito dalla prestazione di garanzia («*pro eo satis facere*»)⁵⁵. La tesi di Pernice, però, oltre a non essere condivisibile per una serie di fondate ragioni⁵⁶ non risulterebbe so-

emere» e cioè ad apprendere la *res nec mancipi* da parte del compratore. Per conseguire tale apprensione si sarebbe dovuto ammettere che l'acquirente o avrebbe potuto agire con la *legis actio sacramenti in personam*, o almeno, non avrebbe risposto di *furtum* se avesse provveduto «da sé ad *emere* la cosa venduta sottraendola al venditore». L'ultima alternativa appena prospettata sembra, però, difficilmente immaginabile nel mondo del diritto. Non ritengo infatti che possa assumere rilievo giuridico la circostanza che un compratore, solo nell'ipotesi in cui riesca a sottrarre la cosa di soppiatto al venditore o qualora venga in possesso per caso, sarà al sicuro in quanto non gliene sarà richiesta la restituzione. Sarebbe, infatti, come riconoscere una tutela *ex post* soltanto a chi si dimostra particolarmente scaltro o fortunato! Mentre la prima delle due alternative prospettate da Silvia Viaro, e cioè il riconoscimento della possibilità di agire con la *legis actio generalis* in forza dell'accordo di vendita seguito dall'avvenuto pagamento, o dalla prestazione di opportuna garanzia, pone ingiustificatamente le due parti contrattuali in posizioni differenti. Più precisamente non si vede perché solo al compratore e non anche al venditore dovrebbe essere riconosciuto il diritto ad agire per ottenere l'adempimento.

⁵⁴) *Labeo. Römisches Privatrecht*, cit., I, p. 456 ss. Pernice è seguito da Paul Huvelin (voce *Obligatio*, in C. DAREMBERG, E. SAGLIO, «Dictionnaire des antiquités grecques et romaines, d'après les textes et les monuments», IV, Paris, 1907, p. 138, *L'arbitrium litis aestimandae et l'origine de la formule*, in «Mélanges J.C. Gérardin», Paris, 1907, p. 319 ss, *Cours élémentaire de droit romain*, II. *Les obligations*, Paris, 1929, p. 89 ss.) che estende la tesi in esame a tutte le *obligationes consensu contractae*. Hanno sostenuto la precedenza di una struttura reale della vendita anche Henii Vincent (*Droit des édiles, étude historique et économique des prescriptions édili-ciennes sur la vente et la garantie*, Paris, 1922, p. 132), ed Emilio Costa (*Storia del diritto romano*², Torino, 1925, p. 387). Per Ulrich von Lübtow (*Studien zum altrömische Kaufrecht*, cit., p. 136), invece, l'obbligo alla controprestazione sarebbe in origine sorto non solo dalla dazione della *res* ma anche dal collegamento con la promessa formale di chi avrebbe dovuto in seguito eseguire. Accenni di una precedenza del contratto reale si hanno anche in JÖRS, KUNKEL, *Römisches Privatrecht*, cit., p. 227, e, sia pure da una prospettiva in gran parte diversa, in MAROTTA, *Tutela dello scambio*, cit., p. 23 s.

⁵⁵) PERNICE, *Labeo*, cit., I, p. 458 ss.

⁵⁶) Per la dettagliata esposizione delle quali cfr. PERNICE, *Parerga*, in «ZSS», IX, 1888, p. 222 s. nt. 4, KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, cit., p. 612, SCIALOJA, *Compravendita*, cit., p. 168 ss., GIRARD, SENN, *Manuel*, cit., p. 569 s. in particolare nt. 3, FERRINI, *Sull'origine del contratto*, cit., p. 51 e p. 75, LONGO, *Corso*, cit., p. 289 s., MONIER, *Manuel*, cit., p. 131, ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, I, cit., p. 47 ss., PRINGSHEIM, *L'origine des contracts*, cit., p. 489, LUZZATTO, *L'art. 1470 c.c.*, cit., p. 910 s., A. WATSON, *The Law of the ancient Romans*, Dallas, 1970, p. 66, CANNATA, *La compravendita consensuale romana*, cit., p. 415, TALAMANCA, *Vendita*, cit., p. 305 s., BELDA MERCADO, *Evolución histórico-jurídica*,

stenibile neanche sotto il profilo processuale. Solo Paul Huvelin, infatti, ipotizza coerentemente che il venditore avesse a tutela del proprio diritto una *condictio*⁵⁷. Una simile circostanza, però, non sembra testimoniata dalle fonti⁵⁸.

Ma, pur prescindendo dalle obiezioni mosse contro le ipotesi appena indicate, bisogna ammettere che né l'*actio furti*⁵⁹, né l'azione di rivendica, né la *condictio* sarebbero stati strumenti idonei a far conseguire al *tradens* l'adempimento della controprestazione⁶⁰. Nessuna delle soluzioni offerte riesce, quindi, a superare, in modo soddisfacente, la difficoltà relativa all'effettiva idoneità della doppia *traditio* contestuale (o della *mancipatio-traditio* per le *res mancipi*) a realizzare, sotto il profilo giuridico, la funzione socio-economica della vendita.

2. L'interferire del problema della vendita a credito e il ruolo della 'verborum obligatio': difficoltà irrisolte

Altro problema che l'opinione prevalente deve necessariamente affrontare, come si è accennato sopra⁶¹, riguarda i mezzi con cui, prima della diffusione dell'*obligatio consensu contracta*, si sopperiva alle esigenze dell'accreditamento del-

cit., p. 165 s., e CASCIONE, *Consensus*, cit., p. 233 nt. 60.

⁵⁷) Così in particolare si tratterebbe di una *condictio* basata sull'arricchimento senza causa: cfr. in *Obligatio*, cit., p. 138, e in *Cours élémentaire*, cit., p. 91 s.

⁵⁸) Ciò veniva già rilevato da Raymond Monier (*Manuel*, cit., p. 131 nt. 2). Si deve anche aggiungere che, molto probabilmente, il sistema delle *condictiones*, per il periodo precedente al riconoscimento dell'*emptio* consensuale, non si era ancora sviluppato. Sul punto cfr. TALAMANCA, 'Vendita', cit., p. 306 nt. 22 e p. 305 nt. 16, condiviso da CASCIONE, *Consensus*, cit., p. 234.

⁵⁹) O in ogni caso un'azione rientrante nell'ambito della responsabilità da delitto.

⁶⁰) In effetti Huvelin non chiarisce che cosa avrebbe potuto richiedersi, se cioè la restituzione della propria prestazione o la controprestazione, mentre gli altri sostenitori della originaria struttura reale della compravendita suppongono la possibilità della parte adempiente di richiedere la controprestazione. Ma contro questa impostazione va osservato che la *condictio* è una tipica azione di restituzione non utilizzabile per richiedere qualcosa di diverso da quanto si è consegnato in precedenza: sul punto cfr., per tutti, MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 215 ss.

⁶¹) E com'è esplicitamente ammesso dai suoi più autorevoli sostenitori: in quanto «riesce difficile ammettere, in linea di esigenze economiche, che fino a quel momento (*scil.* tramonto del III secolo a.C.) non si sia potuto far sorgere a carico di taluno l'impegno a fornire una cosa di cui attualmente gli mancasse la disposizione, con o senza anticipazione totale o parziale del prezzo; ed altrettanto ripugna, anche in confronto di accenni che troveremo nella letteratura giuridica e non giuridica, l'ammettere che in dottrina si sia prodotto di un colpo, sotto l'influenza del commercio internazionale, il cambiamento di fronte che ha trasportato la compravendita dall'ambiente dei diritti reali e del relativo trasferimento a quello delle obbligazioni». Così ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, I, cit., p. 46.

l'una o dell'altra prestazione»⁶².

Già dall'Ottocento si è in genere sostenuto⁶³ che tra cittadini romani tale esigenza venisse solitamente realizzata tramite la *stipulatio pretii* oppure, se avessero dovuto essere accreditate entrambe le prestazioni, attraverso reciproche *verborum obligationes*⁶⁴.

«L'argument capital» a favore di questa opinione consisterebbe, secondo Paul Frédéric Girard, nella circostanza che il ricorso a tali strumenti sarebbe stato certamente possibile fin da epoca abbastanza risalente e che si sarebbe reso indispensabile fino a quando l'accordo informale non avrebbe assunto efficacia obbligatoria⁶⁵. Anche nelle fonti, comunque, sarebbero ri-

⁶² TALAMANCA, 'Vendita', cit., p. 304.

⁶³ Cfr. E.I. BEKKER, *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, cit., p. 156 ss., R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, II, t. 2 (4), Leipzig, 1883, p. 549, e III, t. 1 (5) Leipzig, 1888, p. 146 ss. e p. 201 ss., LEONHARD, *Emptio-venditio*, cit., c. 2536, GIRARD, SENN, *Manuel*, cit., p. 570 in particolare nt. 1, VON LÜBTOW, *Studien zum altrömischen Kaufrechts*, cit., p. 134, ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, I, cit., p. 57 ss., PRINGSHEIM, *L'origine des contracts*, cit., p. 490, GALLO, *In tema di origine della compravendita*, cit., p. 305, BURDESE, *Vendita*, cit., p. 595, PUGLIESE, *Compravendita e trasferimento della proprietà*, cit., p. 34, TALAMANCA, 'Vendita', cit., p. 306, MAROTTA, *Tutela dello scambio*, cit., p. 43, CASTRO, *Emptio venditio y consensus*, cit., p. 42 s., GAGLIARDI, *Prospettive*, cit., p. 129, e VIARO, *Corrispettività*, cit., p. 230.

⁶⁴ Per completezza occorre far presente che buona parte dei sostenitori di questa ipotesi (ed in particolare BEKKER, *Die Aktionen*, cit., p. 158 s., VON JHERING, *Geist des römischen Rechts*, cit., t. 2 (4), cit., p. 549, e III, t. 1 (5), cit., p. 146 ss. e 201 ss., LEONHARD, *Emptio venditio*, cit., c. 2536, GIRARD, SENN, *Manuel*, cit., p. 570 in particolare nt. 1, F. DE ZULUETA, *The Roman Law of Sale*, Oxford, 1945, p. 5 s., D. DAUBE, *Novation of Obligations Giving a Bonae Fidei Iudicium*, in «ZSS.», LXVI, 1948, p. 102 s., M. TALAMANCA, *Contributo allo studio delle vendite all'asta nel mondo classico*, Roma, 1954, p. 110 ss., A. WATSON, *The Origin of Consensual Sale: A Hypothesis*, in «T.», XXXII, 1964, p. 245 ss. e, in una certa misura, BURDESE, *Vendita*, cit., p. 595) ritengono l'*emptio* consensuale stessa originatasi dalla prassi delle reciproche *verborum obligationes* nelle quali precedentemente veniva versato l'intero accordo. Le ragioni addotte per giustificare la progressiva rilevanza del consenso, non formalizzato verbalmente, risultano differenti. Sul punto cfr. LEONHARD, *Emptio venditio*, cit., c. 2536, e WATSON, *The Origin of Consensual Sale*, cit., p. 251. I motivi per i quali questa tesi non convince sono stati abbondantemente evidenziati: cfr. G. PADELLETTI, *Storia del diritto romano. Manuale ad uso delle scuole. Con note di P. COGLIOLO*, Firenze, 1886, p. 270, FERRINI, *Sull'origine*, cit., p. 74, LONGO, *Corso*, cit., 292, MONIER, *Manuel*, cit., p. 132, MEYLAN, *La genèse*, cit., p. 152, PRINGSHEIM, *L'origine*, cit., p. 489 s., F. CANCELLI, *L'origine del contratto consensuale di compravendita nel diritto romano. Appunti esegetico-critici*, Milano 1963, p. 125, LUZZATTO, *L'art. 1740 c.c.*, cit., p. 918, CANNATA, *La compravendita*, cit., p. 415 nt. 3, e CASTRO, *Emptio venditio y consensus*, cit., p. 55.

⁶⁵ *Manuel*, cit., p. 570 nt. 1. Inoltre una conferma alla tesi in esame si è voluta trovare addirittura nello stesso nome doppio («emptio-venditio») che successivamente designò il contratto di compravendita, come se tale duplicità indicasse due distinte stipulazioni necessarie alla sua conclusione per il periodo precedente al riconoscimento dell'*emptio consen-*

scontrabili tracce dell'utilizzazione della *stipulatio* per rendere giuridicamente perseguibile l'accreditamento di una o di entrambe le prestazioni scaturenti da un accordo di vendita.

Al riguardo vengono presi in considerazione⁶⁶, due passi del *De Re Rustica* di Varrone e precisamente: *r. rust.* 2.3.5⁶⁷ e 2.4.5⁶⁸.

Come si desume, dal tenore letterale delle fonti appena addotte, si tratta sì di formule stipulatorie, ma aventi ad oggetto le tipiche garanzie negoziali per i vizi e per l'evizione⁶⁹ e non l'accordo fondamentale⁷⁰, la cui conclusione, invece, è data per presupposta⁷¹. In questo senso, infatti, depone l'assenza

su contracta. Così VON JHERING, *Geist*, cit., III t. 1 (5), p. 202 ss. Ma si è obiettato che la doppia denominazione dipende dalla diversa natura delle prestazioni dei contraenti e dalla conseguente opportunità di definire il contratto dal punto di vista di entrambe le parti (in questo senso SCIALOJA, *Compra-vendita*, cit., p. 181, e MONIER, *Manuel*, cit., p. 132). Già August Bechmann (*Der Kauf nach gemeinem Recht*, I. *Geschichte des Kaufs im römischen Recht*, Erlagen, 1876, p. 463) lo aveva imputato al «pedantischen Neigung der späteren republikanischen Zeit». Edouard Cuq (*Manuel*, cit., p. 454 s. nt. 11) ha sostenuto, invece, che sia stato necessario accompagnare il termine «emptio» con «venditio» in quanto il primo non aveva significato tecnico, derivando da «emere» che significava «prendere».

⁶⁶ Secondo GIRARD, SENN, *Manuel*, cit., p. 570 nt. 1. Le fonti indicate attesterebbero l'uso di «concludere la vente consensuelle elle-même par des interrogations».

⁶⁷ «De emptione aliter dico atque fit, quod capras sanas sanus nemo promittit. Numquam enim sine febris sunt. Itaque stipulantur paucis exceptis verbis, ac Manilius scriptum reliquit sic: 'Illasce capras hodie recte esse et bibere posse habereque (recte) licere, haec spondesne?' ...».

⁶⁸ «Emi solent sic: 'Illasce suas sanas esse habereque recte licere noxisque praestari neque de pecore morbozo esse spondesne?' Quidam adiciunt perfunctas esse a febris et a foria ...».

⁶⁹ La dottrina è unanime nel considerare i passi varroniani appena richiamati come esempi di stipulazioni di garanzia: cfr. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, II, cit., p. 333, U. VON LÜBTOW, *Cato leges venditioni et locationi dictae*, in «Eos», XLVIII, 1956 («Symbolae R. Taubenschlag»), III, p. 261, A. WATSON, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford, 1965, p. 85, M. TALAMANCA, *Costruzione giuridica e strutture sociali fino a Quinto Mucio*, in «Società romana e produzione schiavistica», III, Bari, 1981, p. 19, T. DALLA MASSARA, *Garanzie per evizione e interdipendenza delle obbligazioni nella compravendita romana*, in «La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano», Padova, 2007, II, p. 289, R. ORTU, *Garanzia per evizione: 'stipulatio habere licere' e 'stipulatio duplae'*, ivi, p. 329 ss., con approfondita analisi del loro contenuto.

⁷⁰ Secondo quanto è stato, peraltro, osservato da Filippo Cancelli (*L'origine*, cit., 116). Anche per Luigi Labruna (*Plauto, Manilio, Catone: fonti per lo studio dell'«emptio» consensuale?*, in «Admnicula», III, Napoli, 1995, p. 191 s.) nei passi in esame, non vi è «alcuna traccia» utilizzabile per comprovare l'uso della doppia stipulazione contestuale al fine di concludere l'accordo fondamentale del negozio di vendita. Interessanti sul punto le considerazioni di Cascione (*Consensus*, cit., p. 282 nt. 212).

⁷¹ Questo apparirebbe in modo molto più evidente da una valutazione complessiva di tutti i formulari varroniani in materia di vendita, soprattutto se si facesse riferimento al primo e più completo di essi (Varr., *r. rust.* 2.2.5-6): sul quale cfr. M. CARBONE, «*Tanti sunt mi emptae?*» «*Sunt.*» Varr. de re rust. 2.2.5, in «SDHI», LXXI, 2005, p. 387 ss. con ampia discussione della letteratura in argomento.

nei luoghi citati dell'indicazione dell'atto, o degli atti, miranti rispettivamente a rendere manifesta la volontà di vendere e di comprare. Nelle fattispecie, infatti, risulta implicitamente richiamato⁷², lo scambio di battute consigliato nel primo formulario, quello relativo all'acquisto delle oves: 'Tanti sunt mi emptae?' - 'Sunt'⁷³. La conferma si desume dall'attacco iniziale delle stipulazioni di garanzia appena riportate⁷⁴, caratterizzato dal pronome dimostrativo ('illasce capras ... illasce sues'), comprensibile solo se si considera sostanzialmente riferito, proprio com'è nella vendita delle pecore, alla precedente domanda 'Tanti sunt mi emptae?'⁷⁵.

Pertanto l'unico elemento desumibile da Varr., *r. rust.* 2.3.5 e 2.4.5, è che il venditore, nel concludere il contratto di vendita, soleva impegnarsi mediante *sponsio* per i vizi e per l'evizione⁷⁶. La circostanza, però, non può essere assolutamente considerata prova del ricorso alla *verborum obligatio* per perfezionare l'accordo di vendita perché, nel periodo di sicura rilevanza dell'*emptio consensu contracta*, le garanzie indicate venivano considerate naturalmente indipendenti dal contratto in questione e dovevano essere concluse a parte, appunto mediante apposite *stipulationes*⁷⁷.

⁷² Secondo quanto è stato rilevato con qualche perplessità: TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 63 nt. 102. Del resto la ragione per la quale Varrone avrebbe indicato le modalità consigliate per la manifestazione del consenso solo con riferimento alla vendita delle pecore parrebbe comprensibilissima ove si rifletta sulla circostanza che si sarebbe trattato sempre delle medesime, mentre risulterebbe variabile soltanto il contenuto delle stipulazioni di garanzia in quanto dipendente dalle caratteristiche dell'animale oggetto di acquisto. L'osservazione è stata già formulata da Philippe Meylan (*Le rôle de la bona fides dans le passage de la vente au comptant à la vente consensuelle à Rome*, in «Aequitas und bona fides. Festgabe A. Simoni», Basel, 1955, p. 249 s. nt. 4). Sia pure con riferimento specifico ai formulari di Manilio, anche Mario Talamanca (*Costruzione giuridica*, cit., p. 19 e p. 308 nt. 16) ha affermato come il carattere particolareggiato degli stessi fosse strettamente collegato alle differenti caratteristiche dell'oggetto venduto.

⁷³ Cfr. Varr., *r. rust.* 2.2.5: cfr. *infra*, nt. 75.

⁷⁴ Cfr. *supra*, nt. 67 e 68.

⁷⁵ Varr., *r. rust.* 2.2.5-6: 'Cum emptor dixit 'Tanti sunt mi emptae?' et ille respondit 'Sunt' et expromisit nummos, emptor stipulatur prisca formula sic: 'Illasce oves, qua de re agitur, sanas recte esse, uti pecus ovillum, quod recte sanum est extra luscam surdam minam, id est ventre glabro, neque de pecore morbooso esse habereque recte licere, haec sic recte fieri spondesne?'.

⁷⁶ A questo proposito risulta interessante l'osservazione di Filippo Cancelli (*L'origine*, cit., p. 121) volta a sottolineare come Varrone affermi che le stipulazioni relative ai contratti di vendita avvengano *in emendo* (cioè al momento della vendita) e non *ad emendum* (cioè al fine di comprare, di concludere la vendita); cfr. Varr., *r. rust.* 2.8.3: '... Quos (scil. asinos) emimus item ut equos stipularumque in emendo ac facimus in accipiendo idem, quod dictum est in equis'.

⁷⁷ In questo senso, per citare soltanto la manualistica, TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., p. 589 ss., BURDESE, *Manuale*, cit., p. 457, GUARINO, *Diritto privato*, cit., p. 902 ss., e MARRONE, *Istituzioni*, cit., p. 485.

Altra fonte addotta⁷⁸ per documentare l'uso di concludere la compravendita tramite reciproche *stipulationes* è un passo di Giuliano riportato in D. 18.1.41.pr. (Iul. 3 *ad Urs. Fer.*)⁷⁹. Probabilmente la circostanza che il giurista, nel dare il *responsum*, ha fatto riferimento ad un contratto di vendita concluso verbalmente⁸⁰ ha portato a ipotizzare l'uso della *stipulatio* a questi fini. Ma nella fattispecie in esame le domande formulate astrattamente dal giurista non sono *stipulationes*⁸¹. Il tenore delle interrogazioni è, invece, analogo⁸² a quello dello scambio di battute riportato da Varrone⁸³ che, com'è generalmente riconosciuto, non è una *stipulatio*⁸⁴. Del resto, una ulteriore conferma del fatto che l'intera fattispecie non sottintende il ricorso a promesse verbali è data dalla circostanza che nel passo è discussa espressamente la possibilità di esperire un'*actio ex empto*⁸⁵. Né d'altra parte il semplice fatto che la vendita

⁷⁸) GIRARD, SENN, *Manuel*, cit., p. 570 nt. 1.

⁷⁹) *'Cum ab eo, qui fundum alii obligatum habebat, quidam sic emptum rogasset, ut esset is sibi emptus, si eum liberasset, dummodo ante kalendas Iulias liberaret, quaesitum est, an utiliter agere possit ex empto in hoc, ut venditor eum liberaret. respondit: videamus, quid inter ementem et vendentem actum sit. nam si id actum est, ut omni modo intra kalendas Iulias venditor fundum liberaret, ex empto erit actio, ut liberet, nec sub condicione emptio facta intellegatur, veluti si hoc modo emptor interrogaverit: «erit mihi fundus emptus ita, ut eum intra kalendas Iulias liberet», vel «ita, ut eum intra kalendas a Titio redimas». si vero sub condicione facta emptio est, non poterit agi, ut condicio impleatur'.*

⁸⁰) Cioè tramite domanda e risposta come si desume dal tenore dell'*interrogatio* dell'*emptor*.

⁸¹) E infatti non viene adoperato alcun verbo proprio delle *verborum obligationes*: cfr. Gai., *inst.* 3.92-93.

⁸²) Come ha evidenziato David Daube in *Slightly Different*, in «Iura», XII, 1961, p. 106: «The parties apparently employ the antiqua formula of sale mentioned by Varro: the buyer *fundum emptum rogat*, asks the object into purchase». Sottolineano tale somiglianza anche M. PENNITZ, *Das Periculum rei venditae: ein Beitrag zum «aktionenerrechtlichen Denken» im römischen Privatrecht*, Wien-Köln-Weimar, 2000, p. 198 nt. 5, CASCIONE, *Consensus*, cit., p. 286, e VIARO, *Corrispettività*, cit., p. 24 nt. 6.

⁸³) Cfr. *supra*, nt. 75.

⁸⁴) Sul punto cfr., CARBONE, «*Tanti sunt mi emptae?*» «*Sunt.*» *Varr. de re rust.* 2.2.5, cit., p. 387 ss., cui adde RONCATI, *Pagamento del prezzo*, cit., p. 88, e VIARO, *Corrispettività*, cit., p. 30 s. nt. 18-20. In particolare Stefania Roncati (*Pagamento del prezzo*, cit., p. 88), con riferimento allo scambio di battute consigliato da Varrone per la conclusione della vendita, ha rilevato: «Tale formula non mascherava – né al tempo di Varrone né prima di lui – il requisito di una forma necessaria all'atto ... si trattava di una formula d'uso, costruitasi nella prassi, ovviamente dietro suggerimento dei giuristi, sul modello della forma della *stipulatio*, con una domanda e una risposta affermativa avente la funzione di rederne certi gli effetti per le persone comuni». Mentre ancora Barbara Biscotti (*Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall'epoca arcaica all'editto giuliano*, Milano, 2002, p. 158) considera il «*Tanti sunt mi emptae?*» - «*Sunt?*» una *stipulatio*. Ma le ragioni che non consentono di condividere tale conclusione, come si è accennato all'inizio della presente nota, sono già state evidenziate: cfr. CARBONE, «*Tanti sunt mi emptae?*» «*Sunt.*», cit., 387 ss.

⁸⁵) Lo rileva lo stesso Vincenzo Arangio-Ruiz (*Diritto puro e diritto applicato negli obbli-*

si concludeva tramite interrogazioni può essere considerato un «residuo storico»⁸⁶ del periodo nel quale queste domande e risposte avevano la forma della *stipulatio*. Lo strumento verbale è invero uno dei mezzi anche ai nostri giorni più utilizzati per raggiungere l'accordo contrattuale⁸⁷. Già Scialoja metteva in evidenza come formule orali utilizzate per la conclusione di un contratto di vendita e attestate, oltre che in D. 18.1.41.pr., anche in altri passi dei *Digesta*⁸⁸ «si spiegano diversamente che come residui di antiche stipulazioni»⁸⁹: si tratta, infatti, di forme tipizzate di manifestazione del consenso alla vendita.

La fonte ritenuta⁹⁰ testimonianza esplicita del ricorso alla doppia contestuale *stipulatio* per la realizzazione della vendita a credito è D. 45.1.35.2⁹¹. Il

ghi del venditore romano, in «Festschrift P. Koschaker», II, Weimar, 1939, p. 161 nt. 29) e, nel medesimo senso anche David Daube (*Slightly Different*, cit., p. 107).

⁸⁶ L'espressione è di Filippo Cancelli (*L'origine*, cit., p. 116).

⁸⁷ In riferimento a D. 18.1.41.pr. sempre Filippo Cancelli ha notato che «interrogare è il modo unico, in pratica, di *legem dicere*: venendo le parti a trattare, per concludere un negozio di vendita, l'accordo non si può altrimenti fissare, che chiedendo, *interrogare*, l'*emptor* al venditore se accetta questa o codesta modalità negoziale» (*L'origine*, cit., p. 116). Cascione (*Consensus*, cit., p. 287 ss.) ha messo in risalto come «per i Romani era quasi naturale obbligarsi attraverso la struttura linguistica di domanda e risposta» e, a conferma, ha richiamato alcuni versi di una commedia plautina (*Epid.* 471-472) molto vicini al «contesto varroniano»: sul quale cfr. *supra*, in questo stesso paragrafo.

⁸⁸ L'autore fa riferimento, al proposito, a D. 18.1.7.2, D. 18.1.34.6, D. 18.1.64, D. 18.6.8.1 e Gai., *inst.* 3.140 (*Compra-vendita*, cit., p. 181). Alcuni di questi passi sono indicati al medesimo fine, tra gli altri, da KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., p. 456 nt. 2, DAUBE, *Slightly Different*, cit., p. 106 nt. 45, B. SCHMIDLIN, *Les deux modèles de la formation du contrat en droit naturel et en droit pandectiste*, in «Incontro con Giovanni Pugliese. 18 aprile 1991», Milano, 1992, p. 33 nt. 2, e CASCIONE, *Consensus*, cit., p. 282 ss.

⁸⁹ «Somigliano indubbiamente alla stipulazione, ma non più nè meno di quello che vi somigliano le trattative indispensabili per la formazione di qualsiasi accordo contrattuale: nessuna attestazione che queste domande e risposte dovessero seguire in un determinato ordine, come nella stipulazione»: così in *Compra-vendita*, cit., p. 181 s. In termini simili a quelli di Scialoja si è espresso molto succintamente Monier, *Manuel*, cit., p. 132. Già August Bechmann (*Der Kauf*, cit., p. 462 ss.) aveva messo in risalto la ricorrenza, in materia di compravendita, di formule verbali, dichiarative della volontà negoziale, che ben si differenziano per struttura ed effetti dalle formule stipulatorie.

⁹⁰ Il primo ad avervi fatto riferimento è stato Paul Friederic Girard (*Manuel*, cit., p. 570 nt. 1). In seguito, con ulteriori approfondimenti, anche Vincenzo Arangio-Ruiz (*Diritto puro*, cit., p. 161 nt. 29, e *La compravendita*, I, cit., p. 68 ss.), J.H. MICHEL. *L'influence de la lex venditionis sur les règles du contrat de vente*, in «RIDA.», XIII, 1966, p. 329 nt. 11, e M. TALAMANCA, *Conventio e stipulatio*, in «Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea», Napoli, 1991, p. 171, e «Vendita», cit., p. 306 nt. 25).

⁹¹ D. 45.1.35.2 (Paul. 12 *ad Sab.*): «*Si in locando conducendo, vendendo emendo ad interrogationem quis non responderit, si tamen consentitur in id, quod responsum est, valet quod actum est, quia hi contractus non tam verbis quam consensu confirmantur*».

passo, però, come credo di aver dimostrato a sufficienza⁹², appare, più probabilmente, essere testimonianza dell'utilizzazione⁹³ della *verborum obligatio* per rivestire una delle prestazioni già scaturenti dall'*emptio* e non dell'assorbimento dell'intera *conventio* che il contratto appena nominato presuppone.

L'ultima fonte addotta⁹⁴ a dimostrazione del ricorso alla doppia contestuale *stipulatio* per la realizzazione della vendita ad efficacia obbligatoria è un famosissimo passo di Alfeno, D. 17.2.71.pr. (Paul. 3 *epit. Alfeni dig.*)⁹⁵. Il testo in questione rileva, ai fini della presente indagine, solo per la fattispecie che il giurista prospetta in via astratta⁹⁶. Si ritiene, infatti, che il frammento testimoni l'uso e quindi la possibilità, per i cittadini romani, di concludere doppie e reciproche stipulazioni che, grazie alla *conceptio verborum* indicata da Alfeno, fossero in grado di assorbire interamente la *conventio* sottostante⁹⁷, facendo giocare «nella produzione delle rispettive *obligationes verbis contractae* anche i profili derivanti dall'interdipendenza delle prestazioni»⁹⁸. Sennonchè dal pas-

⁹² M. CARBONE, *D. 45,1,35,2 (Paul.12 ad Sab.) e l'uso della verborum obligatio per realizzare la vendita a credito*, in «Seminarios Complutenses de Derecho Romano», XIX, 2016, p. 365 ss. cui si rimanda anche per gli opportuni riferimenti bibliografici.

⁹³ Come altri passi dei Digesta di seguito citati: cfr. *infra*, nt. 108.

⁹⁴ Così, per primo, Arangio-Ruiz (*La compravendita*, I, cit., p. 63 ss.), poi Michel (*L'influence de la lex venditionis*, cit., p. 329 nt. 11) e Talamanca (*Vendita*, cit., p. 306).

⁹⁵ *Duo societatem coierunt, ut grammaticam docerent et quod ex eo artificio quaestus fecissent, commune eorum esset: de ea re quae voluerunt fieri in pacto convento societatis proscripserunt, deinde inter se his verbis stipulati sunt: 'haec, quae supra scripta sunt, ea ita dari fieri neque advesus ea fieri? si ea ita facta non erunt, tum viginti milia dari?' quaesitum est, an, si quid contra factum est, societatis actione agi posset. respondit, si quidem pacto convento inter eos de societate facto ita stipulati essent 'haec ita dari fieri spondes?', futurum fuisse, ut, si novationis causa id fecissent, pro socio agi non possit, sed tota res in stipulationem translata videretur. sed quoniam non ita essent stipulati 'ea ita dari fieri spondes?' sed 'si ea ita facta non essent, decem dari?' non videri sibi rem in stipulationem pervenisse, sed dumtaxat poenam (non enim utriusque rei promissorem obligari, ut ea daret faceret et, si non fecisset, poenam sufferret) et ideo societatis iudicio agi posse.*

⁹⁶ *'Si quidem pacto convento inter eos de societate facto ita stipulati essent 'haec ita dari fieri spondes?', futurum fuisse, ut, si novationis causa id fecissent, pro socio agi non possit, sed tota res in stipulationem translata videretur'.*

⁹⁷ Cfr. *supra*, nt. 94.

⁹⁸ L'ultimo rilievo è di Mario Talamanca (*Vendita*, cit., p. 306). In pratica, come ha sostenuto Vincenzo Arangio-Ruiz (*La compravendita*, I, cit., p. 66), nella fattispecie teoricamente prospettata dal giurista repubblicano «il contratto di società non sarebbe sorto come tale ma avrebbe formato, con tutte le conseguenze del regime proprio del contratto consensuale, l'oggetto della duplice stipulazione». Nello stesso senso: MICHEL, *L'influence*, cit., p. 329 nt. 11. Sempre Mario Talamanca (*Società [diritto romano]*, in «ED.», XLII, Milano, 1990, p. 818 nt. 42) definisce le reciproche stipulazioni riferite in questo brano del passo di Alfeno «modelli alternativi» all'*obligatio consensu contracta* (così anche in *La tipicità dei contratti*, cit., p. 104). Occupandosi del passo in un contesto del tutto differente, Giuseppina Sacconi (*Ricerche sulla stipulatio*, Napoli, 1989, p. 162) fa notare che il particolare

so risulta espressamente che non solo la fattispecie concretamente realizzata, ma anche quella ipotizzata dal giurista in via alternativa, parte da un presupposto imprescindibile: «*si quidem pacto convento inter eos de societate facto ita stipulati essent ...*». Non sembra dunque potersi mettere in discussione⁹⁹ che la conclusione del contratto consensuale di società costituisca, nella fattispecie, «il punto di partenza»¹⁰⁰. Va, infatti, considerato come oggetto principale del *responsum* sia la possibilità, o meno, di esperire l'*actio pro socio*, la cui esistenza, quindi, per la fase precedente all'intervento della *stipulatio*, non può che darsi per presupposta¹⁰¹.

Pertanto D. 17.2.71.pr. testimonia l'uso o, forse, la possibilità di «trasfondere» in reciproche *verborum obligationes* le prestazioni scaturenti dal contratto consensuale già concluso e efficace, ma non quella di utilizzarle in via alternativa, per far sorgere gli effetti propri delle *obligationes consensu contractae*¹⁰².

tenore della *stipulatio* «*haec ita dari fieri spondes?*» non fa alcuna allusione ad un vincolo *ex societate*. Tale stipulazione sembrerebbe perciò, anche per l'autrice, «fare piuttosto riferimento alle singole pattuizioni intercorse tra le parti alle quali non è improbabile che si dia in tal modo per la prima volta efficacia obbligatoria». Secondo Barbara Biscotti (*Dal pacere*, cit., p. 199 ss.) D. 17.2.71.pr. testimonierebbe una fase in cui il *pactum conventum* va sganciandosi dalla *stipulatio* ma non la abbandona del tutto, non solo come clausola di stile ma perché garantisce una tutela più sicura rispetto a quella nascente dal *iudicium de societate* che, sempre secondo l'autrice, non sarebbe ancora l'*actio pro socio* ma una sua protoforma.

⁹⁹) Anche quando l'inciso «*si novationis causa id fecissent*» venga considerato, secondo l'opinione prevalente (cfr. sul punto «Index interpolationum», I, Weimar, 1929, c. 305, e ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, I, cit., p. 64 nt. 3), un'aggiunta successiva. Contro questa opinione si sono, peraltro, schierati autorevoli studiosi: P. FREZZA, *rec. a D. SIMON, Studien zur Praxis der Stipulationsklausel*, München, 1964, in «BIDR.», LXVIII, 1965, p. 360, R. KNÜTEL, *Stipulatio poenae. Studien zur römischen Vertragstrafe*, Köln-Wien, 1976, p. 68, F. STURM, *Il pactum e le sue molteplici applicazioni*, in «Contractus e pactum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana», Napoli, 1990, p. 166 nt. 64, e BISCOTTI, *Dal pacere*, cit., p. 216 ss.

¹⁰⁰) Così André Magdelain (*Le consensualisme dans l'edit du preteur*, Paris, 1958, p. 15), che sottolinea l'attacco iniziale del passo: «*Duo societatem coierunt ...*» nonché il successivo inciso «*... pacto convento inter eos de societate facto*». Per Barbara Biscotti (*Dal pacere*, cit., p. 205 ss.), invece, la fonte del rapporto non va individuata nel «*coire societatem*» ma nel «*pactum conventum proscribere*».

¹⁰¹) Del resto, sarebbe stato privo di significato ipotizzare una fattispecie astrattamente non coincidente nei presupposti di fatto con quella concretamente realizzata. Alfenone fa notare che il *responsum* dipende esclusivamente dal tipo di *conceptio verborum* utilizzata. In questo senso si è espressa più o meno esplicitamente tutta la letteratura che ha studiato il testo fermando l'attenzione in particolare sul tenore delle varie formule stipulatorie ivi contenute (cfr. *supra*, nt. 98).

¹⁰²) D'altra parte il passo non sembra poter attestare l'astratta potenzialità della doppia reciproca *stipulatio* a produrre, per il periodo precedente alla rilevanza delle *obligationes consensu contractae*, effetti analoghi a quelli scaturenti dai contratti consensuali. La circostanza, infatti, che le parti risultino, nella fattispecie (e cioè prima di travasare i loro ri-

In conclusione, per quanto riguarda le risultanze testuali, già August Bechmann¹⁰³ faceva notare che un esempio di compravendita conclusa attraverso due stipulazioni non è stato mai individuato. Lo stesso Vincenzo Arangio-Ruiz ha ammesso che, nonostante l'immensa estensione che avrebbe dovuto avere l'*emptio* versata nelle *verborum obligationes*¹⁰⁴, non ne è pervenuto un esemplare ridotto alle sole promesse stipulatorie *hinc inde*¹⁰⁵. Si tratta

spettivi obblighi in *verborum obligationes*), già reciprocamente obbligate, avrebbe evitato i problemi che la struttura unilaterale della *stipulatio* comporta allorché si intende utilizzarla come strumento genetico di obbligazioni essenzialmente sinallagmatiche. Cfr. sul punto *infra*, di seguito nel testo.

¹⁰³) *Der Kauf*, cit., p. 160: la medesima osservazione viene formulata da CUQ, *Manuel*, cit., p. 454 nt. 10, MONIER, *Manuel*, cit., p. 132, e CANCELLI, *L'origine*, cit., p. 123.

¹⁰⁴) Sempre a sostegno della idoneità della *stipulatio* a essere utilizzata come strumento per realizzare la vendita a credito, prima del riconoscimento dell'*emptio consensu contracta*, Arangio-Ruiz cita una serie di fonti per dimostrare «l'elegante facilità con la quale i Romani deducebant in stipulationem situazioni anche intricatissime di debito e di credito». Al proposito l'autore ha sia commentato alcuni documenti della prassi giuridica (la *donatio Flavii Syntrophii*, in «CIL.», VI. 10239, la tavoletta ercolanense n. IV edita da G. PUGLIESE CARRATELLI in «La parola del passato», I, 1946, p. 380), sia indicato alcuni passi dei *Digesta* (D. 32.37.3, D. 45.1.122.2, D. 46.4.18.1). Ora che, grazie alla *stipulatio*, si riuscisse ad assicurare tutela alle fattispecie più disparate è un dato fuori discussione, ma è l'utilizzabilità dello strumento in questione al fine di realizzare la vendita a credito a suscitare perplessità. Se così fosse stato perché non ne sarebbero pervenute dirette testimonianze allo stesso modo di quel che è accaduto per le fattispecie citate dal medesimo Arangio-Ruiz? Sempre a sostegno della tesi il maestro napoletano ha riportato un passo di Aulo Gellio, *noct. Att.* 4.4.2 (cfr. *La compravendita*, I, cit., p. 63). Il testo riguarda la conclusione degli *sponsalia* tramite una coppia di *verborum obligationes* e viene addotto in quanto un giurista come Servio Sulpicio non avrebbe esitato a definire '*contractus*' quanto era stato perfezionato tramite due atti giuridici tecnicamente unilaterali. Si tratterebbe dunque della prova che i Romani percepivano l'esistenza del collegamento tra le due *stipulationes*. In effetti, nonostante i rilievi formulati al riguardo da Cancelli (*L'origine*, cit., p. 126), il passo sembrerebbe confermare il dato che ne ha determinato il richiamo. Per accogliere siffatta conclusione, però, bisognerebbe rimettere in discussione i risultati conseguiti dalla maggior parte degli studiosi circa l'astrattezza sostanziale e processuale della *sponsio* arcaica. Per un quadro sintetico della letteratura sul passo di Gellio citato cfr. A.S. SCARCELLA, *Libertà matrimoniale e stipulatio poenae*, in «SDHI.», LXVI, 2000, p. 149 nt. 6. L'autrice peraltro precisa come non vi sia accordo sul significato attribuibile al termine '*contractus*' nella fonte richiamata.

¹⁰⁵) *La compravendita*, I, cit., p. 72 nt. 3. Nello stesso senso, più di recente, BELDA MERCADO, *Evolución histórico-jurídica*, cit., p. 169. Per la verità Vincenzo Arangio-Ruiz aveva affermato che il «concorso fra la *verborum obligatio* e il contratto consensuale si legge correntemente nei papiri greci d'Egitto, a partire dal momento in cui, per effetto della testimonianza elargita con la costituzione caracalliana del 212, il diritto romano cominciò ad essere per quanto era possibile osservato quale diritto vigente» (*La compravendita*, I, cit., p. 70 s.) In proposito va osservato, però, come non si tratti mai di un contratto di compravendita «nello stadio anteriore ad ogni atto di adempimento», secondo quanto annota,

di circostanza particolarmente significativa, ove si consideri la diffusa sussistenza delle varie formule in Roma antica, nonostante il venir meno della loro necessità o utilità¹⁰⁶. Non va, inoltre, trascurato come il ricorso alla *stipulatio* per altri fini sia documentata da numerosissime testimonianze¹⁰⁷.

Ma, anche a prescindere dall'assenza di riscontri testuali¹⁰⁸, resta, in ogni caso, che la fruibilità della *verborum obligatio* come strumento giuridico per la realizzare la vendita a credito parrebbe esporsi a rilievi non meno gravi di quelli opposti all'ipotesi della doppia *traditio* contestuale quale possibile precedente *inter cives* dell'*emptio* consensuale. E' stato, del resto, ripetutamente osservato, che la struttura stessa della *stipulatio*, contratto unilaterale astratto e formale, è difficilmente idonea a realizzare lo scopo conseguito da un negozio causale, bilaterale e sinallagmatico¹⁰⁹.

del resto, lo stesso Arangio-Ruiz solo qualche pagina dopo (*op. ult. cit.*, p. 72 nt. 3). Anche in tal caso quindi, la clausola stipulatoria non avrebbe la funzione di assorbire globalmente la *conventio* ma quella, semplicemente, di rafforzare l'una o l'altra delle obbligazioni nascenti dal contratto.

¹⁰⁶ FERRINI, *Sull'origine*, cit., p. 74.

¹⁰⁷ Cfr., a titolo meramente esemplificativo, oltre alle fonti citate *supra*, nt. 104, Plaut. *Aul.* 255-6, *Curc.* 661-675, *Poen.* 1156-7, *Trin.* 573-5, 1133 e 1157-58, Cic. *Verr.* II.3.57.132, II.3.59.135, II.5.54.141, Liv., *urb. cond.* 39.43.5, Val. Max., *mem.* 2.8.2, Cic. *off.* 3.19.77, Gell., *noct. Att.* 14.2.26 (così CANCELLI, *L'origine*, cit., p. 123 ss.).

¹⁰⁸ Da ultimo Mario Talamanca ha sostenuto che spunti a favore del ricorso alla *stipulatio* per realizzare la vendita a credito possono trarsi dalla circostanza che in epoca classica risulti usuale per le parti addivenire a «stipulazioni che sostituiscono, in tutto o in parte, od eventualmente si aggiungono, al regime delle *actiones empti e venditi*» («Vendita», cit., p. 307 nt. 30). Sennonché, nei passi citati, non sembra emergere mai l'uso di sostituire completamente, attraverso il ricorso alla *verborum obligatio*, «il regime delle *actiones empti e venditi*». La *stipulatio* viene, invece, utilizzata soltanto per novare o garantire una delle prestazioni sorgenti dal contratto – di solito quella relativa al pagamento del prezzo (D. 21.2.68.pr., C.I. 4.28.3, D. 44.1.14, D. 44.4.17.2, D. 14.6.3.3, D. 18.5.3, D. 2.14.47.pr.) ma a volte quella riguardante il «*vacuum possessionem tradere*» (D. 22.1.4.pr.-1, D. 19.1.3.1) – oppure per estinguerle con *acceptilatio* (D. 46.4.23, D. 18.5.5.pr.). Ora, secondo quanto ha fatto notare Scialoja (*Compra-vendita*, cit., p. 182), la circostanza che «i Romani usavano di stipulare per convertire le azioni nascenti da altri contratti (non solo dalla compravendita ma dal mutuo per esempio) in obbligazioni *ex stipulatu* non significa che l'obbligazione derivasse dalla stipulazione». Spesso le fonti dimostrano che l'opportunità di ricorrere alla *verborum obligatio* sia stata determinata dalla necessità di assicurare la produzione di determinati effetti. Inoltre, da alcuni dei passi citati, si evince chiaramente che quando l'*obligatio verbis* riveste una delle prestazioni scaturenti dal contratto di vendita ne stravolge la natura (cfr. D. 18.5.3, D. 44.1.14, D. 19.1.3.1, D. 22.1.4.pr.-1). Tale circostanza, quindi, sembra costituire, piuttosto che un elemento di conferma, un dato contrario all'idoneità della *stipulatio* di realizzare pienamente gli effetti propri del contratto di vendita.

¹⁰⁹ BECHMANN, *Der Kauf*, cit., p. 457. A tal proposito Otto Karlowa afferma: «Dass die Stipulationsform nicht ausreicht, um jenen synallagmatischen Geschäfts in sich aufzunehmen, liegt auf der Hand» (*Römische Rechtsgeschichte*, cit., p. 613). Il rilievo è condivi-

Secondo quanto ha osservato Contardo Ferrini: «Quale mezzo di coazione ci sarebbe stato contro la parte che non avesse voluto promettere? Evidentemente nessuno. Poichè non è mai stato sostenuto che potesse avere efficacia coattiva un *pactum de stipulando*: tanto varrebbe sostenere addirittura l'efficacia diretta del contratto consensuale»¹¹⁰.

so da molti autori: LONGO, *Corso*, cit., p. 292, FERRINI, *Sull'origine del contratto*, cit., p. 72, MONIER, *Manuel*, cit., p. 131, MEYLAN, *La genèse*, cit., p. 152 s., CANCELLI, *L'origine del contratto*, cit., p. 117, LUZZATTO, *L'art. 1470 c.c.*, cit., p. 916, CANNATA, *La compravendita consensuale*, cit., p. 415 nt. 13, e BELDA MERCADO, *Evolución histórico-jurídica*, cit., p. 169 s.

¹¹⁰) *Sull'origine*, cit., p. 73. Anche a voler ipotizzare, invero, la conclusione di due stipulazioni contestuali e reciprocamente condizionate, questo avrebbe comportato la necessità di adempiere alla propria prestazione prima di poter richiedere l'altra, e dunque si sarebbe stati costretti a «procurare un vantaggio certo alla controparte in cambio dell'incerto esito dell'azione». Così LONGO, *Corso*, cit., p. 293, e, nello stesso senso, LUZZATTO, *L'art. 1470 c.c.*, cit., p. 917. Nel tentativo di superare l'obbiezione Arangio-Ruiz (*La compravendita*, I, cit., p. 60 nt. 3) afferma che «nessun giudice romano si sarebbe rifiutato a prendere preventivamente atto, p.es., della buona volontà del venditore di consegnare la cosa, salvo ad imporgliene la consegna (con ogni cautela) solo un momento prima di pronunciare la condanna del compratore al pagamento del prezzo». Si è tentato anche di determinare la formulazione della promessa verbale più idonea a far acquistare giuridica rilevanza all'accordo di vendita: sul punto cfr. JHERING, *Geist*, III t. 1 (5), cit., p. 201 ss., e i connessi rilievi di ARANGIO RUIZ, *op. ult. cit.*, p. 61, e VON LÜBTOW, *Cato leges*, cit., p. 412. L'orientamento attualmente prevalente ha ritenuto quali formule più adatte all'uopo le *stipulationes in faciendis*: ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, I, cit., p. 61 (in particolare nt. 2), e TALAMANCA, *Vendita*, cit., p. 306, in particolare nt. 26. Mario Talamanca richiama al proposito il tenore della *stipulatio* riportata in D. 17.2.71.pr.: *'haec quae supra scripta sunt, ea ita dari fieri neque adversus ea fieri?'*. Ma anche nella fattispecie si sarebbe posto, in sostanza, il problema del collegamento sinallagmatico.

II.

Il ritenuto originario riconoscimento dell'«emptio» consensuale nell'ambito della «iurisdictio peregrina» e le relative difficoltà

1. Premessa

Ma anche a voler considerare superabili le difficoltà evidenziate nel precedente capitolo, l'orientamento prevalente, cioè quello indirizzato a ipotizzare le origini *peregrinae* dell'*emptio* consensuale, deve affrontare altre questioni, strettamente collegate al suo originario riconoscimento e alla sua successiva recezione nello *ius civile*.

In primo luogo vi è la necessità di spiegare, dal punto di vista del diritto sostanziale, come si sia passati dalle pratiche civilistiche sopra menzionate alla compravendita consensuale.

In secondo luogo bisogna indicare quale sia stato lo strumento che, nell'ambito della *iurisdictio peregrina* prima e *urbana* poi, venne utilizzato per assicurare originaria tutela all'*emptio consensu contracta*.

2. Profili sostanziali

Per quanto riguarda la prima questione prospettata, si sostiene¹¹¹ che l'efficacia obbligatoria dell'accordo sia stata riconosciuta *inter cives* sulla spinta della rilevanza acquistata nell'ambito dei rapporti sottoposti alla *iurisdictio* del *praetor peregrinus*. La necessità di riconoscere efficacia al consenso per le con-

¹¹¹) Cfr. *supra*, nt. 27.

trattazioni tra e con gli stranieri si giustificerebbe, secondo Vittorio Scialoja, col fatto che avrebbero dovuto potersi perfezionare anche *inter absentes* e «tra assenti è impossibile la compravendita mediante ... la stipulazione»¹¹².

Contro questa ipotesi sono state, però, avanzate le seguenti osservazioni: se effettivamente la struttura della futura compravendita romana fosse sorta nell'ambiente dei traffici mediterranei, ne rimarrebbe inspiegata l'assoluta diversità rispetto alle forme di contratto attestate nel mondo ellenistico¹¹³, che ne avrebbero dovuto costituire il modello¹¹⁴. Inoltre si è messo in risalto come l'ipotesi di ritenere lo sviluppo dell'*emptio* consensuale determinato dall'incontro con i *peregrini* non spieghi perché il medesimo effetto non si provocò nei loro ordinamenti¹¹⁵. Nella medesima prospettiva risulta difficile anche comprendere come mai le caratteristiche principali dell'*emptio*, e cioè la

¹¹²) *Compravendita*, cit., p. 186. Anche LEONHARD, *Emptio venditio*, cit., c. 2536, evidenzia le esigenze che resero necessario il superamento della forma stipulatoria, pur se non ne sottolinea l'attestazione nell'ambito dei rapporti internazionali.

¹¹³) Che la compravendita costituisca nei diritti greci contratto reale ne ha dato ampia dimostrazione F. PRINGSHEIM, *The greek Law of Sale*, Weimar, 1950, p. 90 ss. Per un accenno in tal senso si veda di recente CORBINO, *La risalenza dell'emptio-venditio*, cit., p. 84. Più in generale BELDA MERCADO, *Evolución histórico-jurídica*, cit., p. 163 nt. 17, ha evidenziato che nella maggioranza degli ordinamenti giuridici del mondo antico, specialmente in quelli dell'Oriente mediterraneo (neobabilonese, egiziano, israeliano) non era conosciuta la vendita consensuale ma «la transmisión de la propiedad por compravenda es dominada costantemente por la noción de venta al contado».

¹¹⁴) Così M. SARGENTI, *Problemi della responsabilità contrattuale*, in «SDHI.» XX, 1954, p. 233, e, in senso simile, LUZZATTO, *L'art. 1470 c.c.*, cit., p. 922.

¹¹⁵) In tal senso MEYLAN, *La genèse*, cit., p. 149 ss. GALLO, *In tema di origine della compravendita*, cit., p. 307 ss., ha, poi, formulato contro la tesi in esame, un'ulteriore osservazione. Considerato che anche i *peregrini* avrebbero potuto obbligarsi mediante *stipulatio* (cfr. Gai., *inst.* 3.93) e tenuto presente che *inter cives* la *stipulatio* sarebbe stata lo strumento sostitutivo dell'*emptio* prima del suo riconoscimento, perché mai sarebbe stato necessario «per soddisfare le esigenze del commercio internazionale» creare la compravendita consensuale? A rigor di logica, infatti, anche i *peregrini* avrebbero potuto utilizzare il medesimo strumento. La plausibilità del rilievo è subordinata al fatto che già per l'epoca del supposto riconoscimento dell'*emptio*, la *verborum obligatio* fosse stata estesa ai *peregrini*. L'ipotesi sembrerebbe accolta, in quanto vi è relativo accordo tra gli autori nel considerare avvenuta la predetta estensione già nei decenni finali del III secolo a.C.: cfr., tra gli altri, W. KUNKEL, *Fides als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht*, in «Festschrift P. Koschaker» II, Weimar, 1939, p. 13 ss., e MAROTTA, *Tutela dello scambio*, cit., p. 47 nt. 236 ed ivi ulteriore letteratura. Contra TALAMANCA, 'Vendita', cit., p. 310 nt. 57, che critica l'idea di Filippo Gallo. Alan Watson (*The origin*, cit., p. 248) ha, al proposito, fatto notare che l'affermazione, secondo cui l'*emptio* consensuale è stata introdotta a favore dei *peregrini* perché questi non avrebbero potuto avere a che fare con negozi *stricti iuris*, appare difficilmente ammissibile, considerato che – se gli stranieri non fossero stati in grado di concludere le *stipulationes* per i vizi e per l'evizione – non avrebbero goduto di una ragionevole protezione.

consensualità e l'obbligatorietà, risultino precipuamente romane¹¹⁶.

3. Profili processuali

Una ulteriore difficoltà per l'opinione prevalente sulle origini dell'*emptio* sorge, come si è accennato, allorché si tratti di individuare quale possa essere stato in concreto il primo strumento utilizzato per assicurare tutela al contratto in questione.

Sul punto sono state avanzate sostanzialmente due ipotesi¹¹⁷.

a) *Possibilità di un'originaria tutela 'in factum'*. Secondo un primo orientamento l'*actio empti* sarebbe stata in origine un'*actio in factum*¹¹⁸. L'ipotesi viene gene-

¹¹⁶) L'originalità dell'*emptio* consensuale romana è riconosciuta unanimemente: cfr., tra gli altri PRINGSHEIM, *L'origine des contracts*, cit., p. 475, A. WATSON, *The Law of the ancient Romans*, cit., p. 66, LUZZATTO, *L'art. 1470 c.c.*, cit., p. 923 ss., BURDESE, *Vendita*, cit., p. 595, e TALAMANCA, *'Vendita'*, cit., p. 310, cfr. anche MAROTTA, *Tutela dello scambio*, cit., p. 44, e CASTRO, *Emptio venditio*, cit., p. 58 s. Erwin Seidl (*Zur Beurkundung des Konsensualvertrages*, in «Studi E. Albertario» I, Milano, 1953, p. 109) aveva, più in generale, già messo in risalto che di solito gli ordinamenti antichi, ad esclusione del romano, richiedevano l'esecuzione di una prestazione per rendere perseguibile una controprestazione. Per questi diritti dunque il semplice consenso non era rilevante. In effetti a sostegno della provenienza dell'*emptio consensu contracta* dai rapporti tra e con i *peregrini* l'orientamento dominante ne sottolinea l'espressa appartenenza allo *ius gentium* (si vedano in questo senso H.A. KRÜGER, *Zur Geschichte der Entstehung der bonae fidei iudicia*, in «ZSS.», XI, 1890, p. 191 ss., LONGO, *Corso*, cit., p. 297 ss., e MASCHI, *Impostazione storica*, cit., p. 369). Non è possibile in questa sede affrontare la complessa problematica riguardante questo settore dell'ordinamento giuridico romano, ma appare sufficiente richiamare le osservazioni di ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., 55, di LUZZATO, *L'art. 1470*, cit., p. 924 e di quanti ritengono che molti negozi definiti di *ius gentium* erano istituti romani applicabili pure ai *peregrini* (cfr. MEYLAN, *La genèse*, cit., p. 174, VON LÜBTOW, *Cato leges*, cit., p. 433, e GALLO, *In tema*, cit., p. 317). In quest'ottica dunque si è rilevato che l'appartenenza allo *ius gentium* dell'*emptio* non ne giustifica l'origine nell'ambito della *iurisdictio peregrina* (L. LOMBARDI, *Il concetto di ius gentium*, Roma, 1947, p. 369, PRINGSHEIM, *L'origine des contracts*, cit., p. 476, e GALLO, *In tema di origine della compravendita*, cit., p. 307 nt. 31 e p. 316 ss.). A ciò si aggiunga che i primi giuristi i quali attribuiscono la maggior parte dei contratti consensuali allo *ius gentium* sono Gaio, Ulpiano e Paolo e quindi, pur se queste fonti fossero genuine, «liegen sie also etwa drei Jahrhunderte nach der vermutlichen Entstehung der *b.f.i.* aus dem Fremdenrecht der Republik; zudem in einer Zeit, welche sie längst ins *ius civile* rezipiert sah» (così WIEACKER, *Zum Ursprung*, cit., p. 9 ss. e in particolare p. 11).

¹¹⁷) Secondo Roberto Fiori (*'Ius civile', 'ius gentium'*, cit., p. 165 ss.) le tesi prospettate in argomento sarebbero tre in quanto sarebbe opportuno distinguere tra coloro che ritengono l'*arbitrium ex fide bona* originato nella *iurisdictio peregrina* e Franz Wieacker per il quale, invece, tale strumento processuale ha trovato sviluppo nella *iurisdictio urbana*.

¹¹⁸) Le ragioni che avrebbero portato successivamente dalle *actiones in factum* ai *iudi-*

ralmente sostenuta in base alla circostanza che, per alcuni *iudicia bonae fidei* è provata la precedenza di una tutela onoraria del tipo appena accennato¹¹⁹.

Ma a questo proposito è stato osservato che l'esistenza di tali tipi di *actiones* non è attestata in alcun modo, né da una perdurante duplicità di formule, come invece per le azioni di comodato e di deposito¹²⁰, né da qualsiasi accenno nelle fonti o da qualunque traccia nella successiva evoluzione della *formula*¹²¹.

b) *Possibilità di una tutela attraverso un 'arbitrium ex fide bona'*. Secondo un altro orientamento l'*actio empti* avrebbe implicato fin dal suo sorgere una formula basata direttamente sull'*oportere ex fide bona*, intesa quale criterio normativo¹²².

cia bonae fidei sono state evidenziate da M. WŁASSAK, *Zur Geschichte der negotiorum gestio*, Iena, 1879, p. 153 ss.

¹¹⁹) L'ipotesi è stata considerata sostenibile da M. WŁASSAK, *Römische Prozessgesetze*, II, Leipzig, 1891, p. 301, L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht*, Leipzig, 1908, p. 50, H. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des Römischen Rechts*, II, München-Leipzig, 1912, p. 48 nt. 39, A. MAGDELAIN, *Les actiones civiles*, Paris, 1954, p. 47, TALAMANCA, 'Vendita', cit., p. 305 nt. 14 e p. 309 nt. 56, e WOLF, *Per una storia*, cit., p. 48 e nt. 55. In particolare André Magdelain aveva, in un primo tempo, ipotizzato che l'editto promissorio dei *iudicia bonae fidei*, tutelanti i contratti consensuali, sarebbe stato l'*edictum de pactis*. Per le fondate critiche a una tale ipotesi: cfr., per tutti, A. BURDESE, *rec. a* MAGDELAIN, *Le consensualisme*, in «Iura», X, 1959, p. 214 ss., e TALAMANCA, *La storia dell'«edictum de pactis»*, in «Labeo», IV, 1960, p. 280 ss. D'altra parte questa tesi, rimasta sostanzialmente isolata, è stata poi abbandonata dallo stesso autore, come si desume dalla sua pubblicazione postuma: *De la royauté et du droit de Romulus à Sabinus*, Roma, 1995, p. 163 ss., ove si esclude categoricamente la possibilità che i *iudicia bonae fidei* fossero introdotti da un '*iudicium dabo*'.

¹²⁰) Ancor oggi è oggetto di discussione l'individuazione delle diverse funzioni svolte dalla tutela *in factum* rispetto a quella *in ius*: sul punto si veda, da ultimo, la letteratura citata da FRANCHINI, *La recezione nel 'ius civile'*, cit., p. 132 ss..

¹²¹) P. DE FRANCISCI, *Iudicia bonae fidei, editti e formulae in factum*, in «Studi Senesi», XXIV, Torino, 1906, p. 346 ss., FERRINI, *Sull'origine*, cit., p. 76, MEYLAN, *La genèse*, cit., p. 160 nt. 44, ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, I, cit., p. 56 nt. 2, e *Il mandato in diritto romano*, cit., p. 46, SARGENTI, *Problemi*, cit., p. 232, e G. SCHERILLO, *Legis actio per iudicis arbitre postulationem e processo formulare*, in «Sein und Werden im Recht. Festgabe U. von Lübtow», Berlin, 1970, p. 316. Condividono questi rilievi MAROTTA, *Tutela dello scambio*, cit., p. 38, PARICIO, *Genesi e struttura dei «bonae fidei iudicia»*, cit., p. 209 ss., BERTOLDI, *La lex Iulia iudiciorum*, cit., p. 97, CASTRO, *Emptio venditio y consensus*, cit., p. 49 nt. 95, CASCIONE, *Consensus*, cit., p. 345 s., e, con ricchezza di argomentazioni, FIORI, 'Ius civile', cit., p. 170 ss., e FRANCHINI, *La recezione*, cit., p. 7 nt. 7, con ulteriori indicazioni bibliografiche. Contro l'orientamento sostenitore della precedenza delle *formulae in factum* ai *iudicia bonae fidei* si schiera anche Okko Behrends (*Dalla mediazione arbitrale alla protezione giudiziaria. Genesi e vicende delle formulae di buona fede e delle cd. formulae in factum conceptae*, in «Diritto e giustizia nel processo. Prospettive storiche, costituzionali e comparatistiche» – *cur.* C. Cascione e C. Masi Doria –, Napoli, 2002, p. 199 ss.) ipotizzando, addirittura, un processo inverso e precisamente che le *formulae in factum*, almeno per quei rapporti per i quali sono attestate, siano successive ai «mezzi fondati sulla buona fede giusnaturalistica» (p. 219 ss.).

¹²²) Così, in un primo tempo, KRÜGER, *Zur Geschichte der Entstehung*, cit., p. 192 s. e,

Il pretore avrebbe assicurato in pratica tutela «a doveri già in sé perfetti, come se le norme che li avevano posti fossero almeno paragiuridiche»¹²³.

Nell'ambito dell'indirizzo prospettato alcuni studiosi hanno ipotizzato una prima fase nella quale le controversie, inerenti al contratto in oggetto, venivano consensualmente devolute ad arbitri privati, con la redazione del relativo incarico destinato a divenire il modello della successiva formula pretoria¹²⁴.

nello stesso senso, KUNKEL, *Fides als schöpferisches*, cit., p. 6 ss., condiviso da G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, III: *La genesi del processo formulare*, Bologna, 1950, p. 17 nt. 2 e p. 143. Sempre nella prospettiva che la *bona fides*, inserita *ab origine* nella formula, costituisse «base giuridica per dare riconoscimento e tutela ai contratti consensuali» si esprime Marijan Horvat (*Osservazioni sulla buona fede*, cit., p. 436 ss.). Franz Wieacker (*Zum Ursprung*, cit., p. 32 ss.), invece, si discosta parzialmente dall'orientamento qui riferito in quanto ritiene che lo scopo precipuo della nuova creazione non era tanto di cercare un fondamento accessorio ad obblighi altrimenti non perseguibili, ma di permettere una valutazione più elastica degli stessi a livello processuale. A sua volta Mario Talamanca (in «Lineamenti di storia del diritto romano»², Milano, 1989, p. 158 ss.) sostiene che la *fides bona* coincidesse con il dovere di correttezza, riconosciuto in un determinato ambiente (traffici internazionali). Cfr. anche le successive osservazioni in 'Vendita', cit., p. 309 in particolare nt. 56. Pure André Magdelain (*De la royauté*, cit., p. 163 ss.) considera la buona fede fonte dei *iudicia bonae fidei*. Un accenno in tal senso era già rintracciabile in *Les actiones civiles*, Paris, 1954, p. 42 ss. Nello stesso senso, più di recente, PARICIO, *Genesi e struttura*, cit., p. 210 s., il quale ritiene, però, la *fides* facente parte dello *ius civile*.

¹²³) Così, testualmente, G. PUGLIESE, *rec. a* MAGDELAIN, *Les actions civiles*, cit., in «SDHI.» XX, 1954, p. 381.

¹²⁴) L'ipotesi è stata avanzata da Luigi Lombardi che ha fatto presente come siano le stesse caratteristiche della *bona fides* a far risalire le formule in questione ad *arbitria* privati, dove le parti conferivano all'*arbitrator* l'incarico di giudicare i loro rispettivi obblighi secondo il modello che offriva «alla *fides* di ciascuno la *fides* del *bonus vir*». Da qui trarrebbe origine la qualifica di *bona* per la nozione in questione (*Dalla fides alla bona fides*, Milano, 1961, p. 183 ss.). Un accenno alla probabilità che i *iudicia bonae fidei* trovassero «forse addirittura radice» negli *arbitria privata* si riscontra già in SARGENTI, *Problemi della responsabilità*, cit., p. 240, e, con maggiore approfondimento, in G. BROGGINI, *Iudex arbitrator*, cit., p. 218 ss. Condividono l'opinione di Lombardi, relativamente all'origine privatistica dei *iudicia* in questione, anche altri studiosi come MONIER, *Manuel*, cit., p. 134 ss., AMIRANTE, *L'origine dei contratti di buona fede*, cit., p. 86, MAROTTA, *La tutela dello scambio*, cit., p. 30 ss., e M. MARRONE, *Sull'arbitrato privato nell'esperienza giuridica romana*, in «Rivista dell'arbitrato», VI, 1996, p. 1 ss. In particolare Valerio Marotta descrive tutti i passaggi che avrebbero portato dalla prassi arbitrale, fondata in prima battuta sull'accordo tra le parti di rivolgersi ad un terzo per una valutazione solo rispetto al *quantum*, alla tutela che permetteva di adire unilateralmente il pretore e implicava anche una decisione rispetto all'*an* del rapporto (cfr. *op. ult. cit.*, p. 37 s.). A differenza dei precedenti autori Barbara Biscotti (*Dal pacere*, cit., p. 232 ss. e in particolare p. 299 ss.) ipotizza una originaria formula contenente proprio le parole caratteristiche dell'*arbitrium ex compromisso*. Nello stesso senso BEHRENDT, *Dalla mediazione*, cit., p. 213, che però prospetta per l'*actio empti* una diversa evoluzione (p. 244 ss. e p. 278). Almeno a partire dal I secolo a.C. tale formula sarebbe stata proposta nell'albo pretorio e concessa a richiesta di una parte dal magistrato giurisdicente (*Dal pacere*, cit., p. 316). Non condivi-

La recezione pretoria di queste formule dovette avvenire quando la prassi si era sufficientemente consolidata. Ciò spiegherebbe la mancanza dell'editto promissorio «e la ben nota illogicità della loro redazione»¹²⁵.

Ma l'orientamento appena prospettato è stato sottoposto a critiche di non poco rilievo.

Contro la possibilità di considerare la buona fede la fonte delle obbligazioni scaturenti dai rapporti tutelati dai *iudicia bonae fidei*, Voci ha fatto notare che «un dovere morale riconosciuto come obbligo giuridico è ... un obbligo giuridico posto dalla fonte normativa che gli assicura la sanzione»¹²⁶. Dunque, a prescindere dal fatto che implicino la tutela di valori riconosciuti già a livello morale, le azioni aventi origine onoraria non avrebbero potuto che essere fondate su un '*iudicium dabo*'¹²⁷.

Ma l'ostacolo maggiore all'accoglimento di questo secondo orientamento proviene dalla stessa struttura della formula proposta come originaria¹²⁸. Si renderebbe difficile, infatti, spiegare come detta formula, senza su-

dono l'origine privatistica degli *arbitria* in questione André Magdelain (*Les actiones*, cit., p. 45) e Franz Wieacker (*Zum Ursprung*, cit., p. 36 s.).

¹²⁵ Così LOMBARDI *Dalla fides*, cit., p. 191. Anche per Valerio Marotta (*Tutela*, cit., p. 37 s.) la struttura della formula con *demonstratio* dei *iudicia bonae fidei* confermerebbe la tesi secondo la quale alle origini il giudizio dell'*arbiter* avrebbe riguardato solo il *quantum*. L'incoerenza strutturale di tale tipo di *formulae* consisterebbe nella circostanza che mentre in apertura l'esistenza del rapporto è data per presupposta, nella *condemnatio* è conferito all'*iudex* il potere di pronunciarsi anche sull'effettiva ricorrenza di esso (cfr. sul punto il fondamentale, anche se datato, contributo di V. ARANGIO-RUIZ, *Le formule con demonstratio e la loro origine*, in «Studi economico-giuridici», IV.2, 1912, p. 75 ss., poi in *Rivista*, Roma, 1946, p. 28 ss.)

¹²⁶ «Certo i Romani potrebbero essere stati di idee diverse dalle nostre: ma allora bisognerebbe dimostrare dove abbiano espresso queste idee. Sta di fatto che in quegli imperfetti elenchi di fonti che si trovano in Cicerone (*top.* 5.28; *de inv.* 2.32.65-67; *Auct. ad Her.* 2.13.19), si incontra l'*aequitas*, ma non la *fides*» così P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1954, p. 308, e, in senso simile, L. FRANCHINI, *Osservazioni in merito alla recezione nel 'ius civile' dei 'iudicia bonae fidei'*, in «Actio in rem' e 'actio in personam'», II, Padova, 2011, p. 145 s. Pasquale Voci conclude che se il pretore si fosse sentito vincolato da una fonte diversa dal suo editto questa fonte non avrebbe potuto essere che lo *ius civile*. Al proposito Luigi Lombardi (*Dalla fides*, cit., p. 188) ha rilevato che alla *fides bona* non può essere riconosciuta la medesima forza dello *ius civile* in quanto, finché il pretore non concede l'azione, non fa sorgere alcuna pretesa giuridica né a livello processuale «né di carattere più sostanziale». Riflessioni simili vengono formulate da Roberto Fiori (*Ius civile'*, cit., p. 175 s.): «un principio etico come la *fides* o è giuridico o è extra-giuridico ma non può essere una via di mezzo tra i due».

¹²⁷ Secondo André Magdelain: «Un principe éthique ne peut pas jouer le rôle d'un *iudicium dabo*» (*Le consensualisme*, cit., p. 90). Valutazioni sostanzialmente simili in Pugliese (*rec.* a MAGDELAIN, cit., p. 381) e Lombardi (*Dalla fides*, cit., p. 187 ss.).

¹²⁸ Barbara Biscotti (*Dal pacere*, cit., p. 232 ss.) ipotizza, come si è appena rilevato,

bire alcun cambiamento nella sua struttura o nel suo tenore, possa essere stata considerata dapprima introdotta dal pretore e poi *in ius concepta*¹²⁹. D'altra parte il termine 'oportere', contenuto nelle azioni da ultimo citate, ha da sempre qualificato obblighi di natura civilistica¹³⁰. In effetti, proprio con riferimento alla valenza civilistica del termine 'oportere', quanti seguono l'orientamento in questione hanno sostenuto che sarebbe stata appunto la clausola *ex fide bona* a «snaturarlo», dimostrandone l'introduzione da parte del pretore¹³¹. Ma secondo Franz Wieacker se la *bona fides* avesse costituito alle origini la fonte del dovere, non appena i rapporti tutelati dai *iudicia bonae fidei* fossero stati riconosciuti dallo *ius civile* l'«*ex fide bona*» qualificante l'*oportere* sarebbe dovuta sparire dalla *formula*¹³². La permanenza della clausola in questione risulta, però, giustificata dall'orientamento dominante in base alla circostanza che la locuzione avrebbe subito nel tempo un cambiamento di funzione. Sarebbe passata da fondamento a misura dell'*oportere*¹³³. Ma all'evoluzione prospettata

che, in origine, gli *arbitria ex fide bona* fossero caratterizzati da una formula diversa che richiama le parole contenute nell'arbitrato compromissorio. Presupposto fondamentale, per sostenere questa idea, sarebbe la tecnicità del termine '*arbitrium*' rilevabile nel linguaggio ciceroniano, come richiamante solo il tipo di procedura caratterizzata dal preliminare accordo tra le parti. Ma è proprio questo assunto che non mi pare possa condividersi: se già il codice decemvirale prevedeva una serie di *arbitria* giudiziali (sul punto cfr. B. ALBANESE, *Sulla sententia di Sesto Elio in D. 19.1.38*, ora in *Scritti giuridici*, IV, Torino, 2006, p. 945) non si vede perché l'oratore avrebbe potuto utilizzare il termine anzidetto solo per indicare gli *arbitria ex compromisso*.

¹²⁹) In pratica la medesima formula che i giuristi classici considerarono, per come si presentava, appartenente allo *ius civile*, sarebbe, per i sostenitori dell'opinione in questione, una creazione tutta pretoria (sul punto cfr. *infra*, nt. 181). Il rilievo diventa ancor più pregnante se si fa riferimento alla duplicità di struttura delle azioni di deposito e di comodato, contraddistinte da formule *in ius conceptae* allorché assunsero la medesima struttura degli altri *iudicia bonae fidei* più antichi.

¹³⁰) Secondo quanto riconoscono anche alcuni dei sostenitori dell'origine onoraria dei *iudicia bonae fidei*. Cfr., sul punto, KUNKEL, *Fides*, cit., p. 11; MAGDELAIN, *Les actions*, cit., p. 54 ss., ed ora, ovviamente, con maggior vigore in *De la royauté*, cit., p. 166, PUGLIESE, *rec. a* MAGDELAIN, cit. p. 380 s.; WIEACKER, *Zum Ursprung*, cit., p. 33, TALAMANCA, *Lineamenti*, cit., p. 158 ss., e PARICIO, *Genesi e struttura*, cit., p. 211. .

¹³¹) Cfr., per tutti, KUNKEL, *Fides*, cit., p. 4 ss.

¹³²) *Zum Ursprung*, cit., p. 35 nt. 117.

¹³³) La mutata funzione avrebbe anche consentito, in prosieguo di tempo, di considerare civile l'*oportere ex fide bona*. Cfr., sul punto, con gran vigore KRÜGER, *Zur Geschichte*, cit., p. 195. L'impostazione è pienamente condivisa da Marijan Horvat (*Osservazioni*, cit., p. 426 ss. ed in particolare p. 427 nt. 8, ove altra letteratura), e ora anche da André Magdelain (*De la royauté*, cit., p. 170 s.). Mario Talamanca (in «Lineamenti di storia del diritto romano», cit., p. 158 ss.) sul punto sostiene che le *formulae* in questione abbiano subito una eterogenesi di significato. All'inizio l'accento era posto sull'«*ex fide bona*», intesa quest'ultima come dovere di correttezza, riconosciuto in un determinato ambiente (traffici internazionali), con valenza diversificante rispetto all'*oportere* civilistico, mentre succes-

Wieacker ha replicato: se è possibile, come lo è, concepire l'*ex fide bona* contenuto nella formula non come fondamento ma come misura dell'*oportere* nulla esclude che tale fosse proprio la sua funzione originaria. Pertanto il richiamo alla *bona fides* non sarebbe stato necessariamente indice di «snaturamento» dell'*oportere* civile¹³⁴.

Com'è evidente dunque, sia la tesi della precedenza di una *formula in factum* a quella in *ius*, caratterizzata dall'*oportere ex fide bona*, sia l'idea secondo la quale tale tipo di *oportere* ricorresse già nella originaria azione introdotta dal pretore, si espongono a considerevoli obiezioni¹³⁵.

c) *Difficoltà che comunque si oppongono all'ipotesi di un'originaria tutela onoraria.* A prescindere da quale fosse stato in concreto il primo strumento utilizzato dal pretore a tutela dell'*emptio consensu contracta*, contro l'origine onoraria dell'*actio empti* restano in ogni caso ulteriori difficoltà.

La prima nasce dai riscontri testuali che dovrebbero avvalorarla. Al proposito vengono generalmente addotti due passi ciceroniani.

Il primo è un brano contenuto nel trattato sui doveri morali e precisamente:

Cic., *off.* 3.15.61: Atque iste dolus malus et legibus erat vindicatus (ut in tutela duodecim tabulis, circumscriptio adulescentium lege Plaetoria) et sine lege

sivamente furono considerate formule *in ius conceptae* in quanto l'accento venne posto sul termine '*oportere*' con valenza unificante rispetto alle altre azioni civili. Cfr. le successive osservazioni in '*Vendita*', cit., p. 309 in particolare nt. 56. Condivide «quasi del tutto» le argomentazioni svolte sull'origine dei *iudicia bonae fidei* da Mario Talamanca FRANCHINI, *La recezione*, cit., p. 6. In proposito Franz Wieacker (*Zum Ursprung*, cit., p. 35 nt. 117) aveva rilevato che l'ipotizzato cambiamento di funzione dell'*ex fide bona* ne avrebbe almeno dovuto provocare lo spostamento dall'*intentio* alla *condemnatio*.

¹³⁴) *Zum Ursprung*, cit., p. 35 nt. 117. A sostegno della tesi, secondo la quale la *bona fides* fosse sin dalle origini misura e non fondamento dell'*oportere*, si è espresso Luigi Lombardi (*Dalla fides*, cit., p. 184 ss.). Anche Vincenzo Mannino (*Brevi notazioni a margine dell'arbitrato boni viri*, cit., p. 425 ss.) ritiene preferibile l'ipotesi che la *bona fides* indichi esclusivamente la misura del dovere giuridico e non il suo fondamento. Mentre per Roberto Fiori (*Ius civile*', cit., p. 175) la *bona fides* inserita nell'*intentio* della formula dimostrerebbe che non si tratti di «un semplice parametro di quantificazione ma esprime il fondamento dell'obbligo e perciò stesso i suoi limiti quantitativi, la sua misura».

¹³⁵) Occorre infine accennare a quanto sostenuto da M. KASER, *Das altrömische Ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen, 1949, p. 290 ss., e BROGGINI, *Iudex arbiterve*, cit., p. 189 e p. 227 ss. Per gli autori nominati lo strumento processuale protoforma dei *iudicia bonae fidei* sarebbe consistito in *arbitria* modellati *ad exemplum legis actionis per arbitri postulationem*. Sostanzialmente però, anche tali *arbitria* avrebbero avuto origine onoraria in quanto, fondati sulla *bona fides* e non sulla legge e dunque non avrebbero potuto che «appoggiarsi» sull'*imperium* del pretore. La tesi prospettata da Max Kaser e Gerardo Broggin si espone quindi alle medesime difficoltà incontrate dall'ipotizzata origine pretoria dei *iudicia bonae fidei*.

iudiciis, in quibus additur 'ex fide bona'¹³⁶.

Dopo aver preso in considerazione alcuni esempi di comportamenti fraudolenti, giudicati deprecabili dal punto di vista etico, Cicerone avverte che 'iste dolus malus' era perseguito in via giudiziaria sia sulla base di specifici provvedimenti legislativi¹³⁷, sia, *sine lege*, nei *iudicia* nei quali era aggiunta la clausola 'ex fide bona'. Ebbene, per i sostenitori dell'origine onoraria dei *iudicia bonae fidei*, la notazione testimonierebbe che le *formulae* con *l'oportere ex fide bona*, in quanto prive di un fondamento legislativo ('*sine lege*'), non sarebbero state alle origini in *ius*, e quindi sarebbero state necessariamente introdotte dal pretore¹³⁸.

Contro questa impostazione, però, è stato rilevato come lo stesso Gaio, quando tratta della *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* (*inst.* 4.17a) e della *legis actio per manus iniectionem* (*inst.* 4.21) ne specifica l'esperibilità soltanto nelle

¹³⁶ Si è riportato il testo secondo l'edizione C.F.W. MÜLLER, *M. Tullii Ciceronis scripta quae manserunt omnia*, III, Lipsiae, 1898, p. 109, ancorché sia oggi opinione largamente prevalente che ivi si sarebbe dovuto parlare di 'Lex Laetoria' e non 'Plaeoria'. Cfr., per tutti, S. DI SALVO, «Lex Laetoria», Napoli, 1979, p. 54 ss.

¹³⁷ Tra parentesi l'oratore fa riferimento esemplificativamente alla legge delle XII Tavole in tema di tutela e alla *Lex Plaetoria* (cfr., però, la nota precedente) per l'inganno perpetrato nei confronti degli adolescenti.

¹³⁸ Così MAGDELAIN, *Les actions*, cit., p. 44 s., VON LÜBTOW, *Cato leges*, cit., p. 409, CANCELLI, *L'origine*, cit., p. 157 nt. 391, WIEACKER, *Zum Ursprung*, cit., p. 5 ss., e M. KASER, 'Ius honorarium' und 'ius civile', in «ZSS.», CI, 1984, p. 30 nt. 127. Per Barbara Biscotti (*Dal pacere*, cit., p. 331) la precisazione '*sine lege*' di Cic., *off.* 3.15.61 «si attaglia» agli *arbitria ex fide bona* in quanto essi – rispetto ai *iudicia* tradizionali dello *ius civile* i quali (derivati tutti da *legis actiones*) vantano una diversa origine – si sarebbero formati sulla base della struttura del procedimento arbitrale compromissorio. Secondo Roberto Fiori (*Ius civile*', cit., p. 190 s.), invece, quando i Romani distinguono tra *l'oportere ex fide bona* e semplice *oportere* e quando parlano dei *iudicia bonae fidei* come *sine lege iudicia*, fanno una contrapposizione, non una differenza. Una simile interpretazione del passo in questione, però, si basa sul presupposto – affermato per la prima volta da Wolfgang Kunkel (*Fides*, cit., p. 3) ed approfondito da Max Kaser (*Mores maiorum*, in «ZSS.», LIX, 1939, e *Altrömische Ius*, cit., p. 91 e p. 290), da André Magdelain (*Les actions*, cit., p. 13 e p. 44 ss.) e da Franz Wieacker (*Zum Ursprung*, cit., p. 5 ss.) – che tutte le azioni civili formulari fossero già esperibili nel sistema delle *legis actiones* e quindi si sarebbero necessariamente basate su una legge. Secondo questo orientamento avrebbero avuto fondamento, o comunque riconoscimento legale, non solo le *legis actiones* intese come *modi agendi* e quindi dal punto di vista processuale, ma anche le singole pretese che avrebbero potuto far valere. Questo dato risulta abbastanza pacifico sebbene si è concordi nel ritenere che almeno le più antiche *legis actiones* trovassero la loro origine nei *mores* e fossero state solo successivamente riconosciute dalle leggi delle XII Tavole. Sul punto cfr., per tutti, E. BETTI, 'Processo civile (diritto romano)', in «NNDI.», XIII, Torino, 1966, p. 1105, G. PUGLIESE, 'Azione (diritto romano)', in «NNDI.», II, Torino, 1968, p. 25, e M. TALAMANCA, 'Processo civile (diritto romano)', in «ED.», XXXVI, Milano, 1987, p. 8 nt. 55.

ipotesi espressamente previste dalla legge¹³⁹, mentre quando si occupa della *legis actio sacramento* (inst. 4.13) e della più tarda *legis actio per conditionem* (inst. 4.17b) non formula alcuna precisazione al riguardo¹⁴⁰, anzi definisce la prima 'actio generalis', proprio in quanto volta a far valere pretese per le quali la legge non aveva stabilito che si sarebbe potuto agire altrimenti¹⁴¹. D'altra parte sono stati evidenziati vari casi di *oportere* attinenti a «rapporti che paiono sufficientemente antichi da ricadere nell'ambito di una *legis actio*» e tuttavia non «previsti e riconosciuti da nessuna legge»¹⁴². Dunque, si è concluso, non dovrebbe potersi dubitare che «il carattere generale del *sacramentum* ed il carattere astratto della *condictio* avevano lasciato aperto un varco al lavoro dei *mores* e dei giuristi, i quali, operando nell'ambito dello schema alquanto largo delineato dalle leggi istitutive di tali *modi agendi*, poterono farvi rientrare un discreto numero di nuove azioni concrete»¹⁴³.

¹³⁹) «Ita ageretur lex inussisset ...» e, rispettivamente, «... lege (aliqua) cautum est?».

¹⁴⁰) Con analoghi rilievi Roberto Fiori (*Ius civile*, cit., p. 189) evidenzia come «la *lex publica* è uno strumento normativo relativamente recente, sorto all'inizio del V secolo a.C.; per cui è impensabile che tutto lo *ius civile* antico (e le pretese da esso derivanti) discenda da *leges*». I Romani – continua Fiori – non percepiscono un diritto legislativo a sé stante; il parametro di riferimento della formazione decemvirale è lo *ius*.

¹⁴¹) Così PUGLIESE, *rec.* a MAGDELAIN, *Les actions civiles*, cit., p. 377 ss., e M. BALZARINI, *Considerazioni in tema di 'iudicia legitima'*, in «Studi E. Volterra», III, Milano, 1971, p. 461 s.

¹⁴²) Al proposito sono state menzionate azioni con le quali si faceva valere l'*oportere* sorgente dal puro mutuo, dallo *ius iurandum liberti*, dalla *dotis dictio*, nonché l'*actio ad exhibendum* e la rivendica di servitù o usufrutto. Così Pugliese (*op. ult. cit.*, p. 378, in particolare nt. 2) seguito da Balzarini (*Considerazioni*, cit., p. 461 s.). Al riguardo va notato però, al di là delle discussioni circa il fondamento dei singoli rapporti sopra elencati, che i sostenitori della tesi del necessario fondamento legale delle pretese azionabili nella procedura per *legis actiones* hanno ritenuto che, anche nell'ipotesi di mancanza di notizie circa il loro fondamento legale, questo debba in ogni caso essere presunto (cfr. sul punto KUNKEL, *Fides*, cit., p. 2 e p. 4 nt. 4). La presunzione sarebbe giustificata data la scarsità di fonti risalenti quel periodo (così MAGDELAIN, *Les actions*, cit., p. 44 nt. 1).

¹⁴³) PUGLIESE, *rec.* a MAGDELAIN, cit., p. 379. Considerazioni simili in FIORI, *Ius civile*, cit., p. 188 ss. Né contro tali rilievi si è ritenuto che potesse essere addotto Gai., *inst.* 4.11 (così invece KUNKEL, *Fides*, cit., p. 3 nt. 3, MAGDELAIN, *Les actions*, cit., p. 36 ss., e WIEACKER, *Zum Ursprung*, cit., p. 7) E' stato osservato, infatti, che, se anche l'esempio indicato dal giurista faccia riferimento a «i *verba* dell'azione», la confusione fatta costantemente da Gaio tra questi *verba* e quelli della procedura permette di ritenere che il rigoroso modellarsi dei *modi agendi* sul tenore delle leggi fosse richiesto specificamente per i soli *verba* della procedura, e che la regola non valesse per gli altri *verba* se non quando (come nel caso delle *arbores succisae*) la stessa o un'altra legge fornisce il fondamento alla pretesa sostanziale». Così, testualmente, PUGLIESE, *op. ult. cit.*, p. 380. A conferma dell'idea che i *mores* e l'*interpretatio prudentium* siano fonti creatrici di «azioni intese in senso sostanziale», Marco Balzarini (*Considerazioni*, cit., p. 458 s.) ha richiamato un passo di Pomponio contenuto in D. 1.2.2.7 nel quale si afferma «*angescente civitate, quia deerant quaedam genera agendi, non post multum temporis spatium Sextus Aelius alias actiones composuit et librum populo dedit*».

Inoltre parrebbe risultare, dal seguito del brano, che Cicerone, nel trattare della perseguibilità o meno di comportamenti fraudolenti, non ritenga il termine '*lex*' equivalente a '*ius civile*'. Infatti, solo nei paragrafi successivi a *off.* 3.15.61 l'oratore, per evidenziare l'irrelevanza per il diritto di alcuni atteggiamenti ritenuti dolosi '*naturae lege*', afferma: '*Hoc*' (*scil.* il tendere le reti alla selvaggina, l'offrire in vendita una casa senza dichiararne i difetti) '*... neque aut lege sanciri aut iure civili*' (*off.* 3.17.69)¹⁴⁴.

Pertanto, pur ammettendo che il '*sine lege*' di *off.* 3.15.61 si riferisca ai *iudicia in quibus additur 'ex fide bona'*¹⁴⁵, non se ne può dedurre che questi ultimi¹⁴⁶ non si siano potuti far valere nella procedura *per legis actiones*. Potrebbe essere che nel sistema appena nominato «non una legge, ma la consuetudine e l'opera della giurisprudenza» abbiano fatto «riconoscere tali azioni»¹⁴⁷.

L'uso del verbo '*componere*' non potrebbe, a giudizio dell'autore, «lasciar adito a dubbi circa l'attività effettivamente creativa attribuita da Pomponio a Sesto Elio». L'osservazione riceverebbe conferma dalla circostanza «che il medesimo verbo viene utilizzato poche righe innanzi con riferimento alle statuizioni delle XII Tavole: ... *lege XII tabularum ex his fluere coepit ius civile, ex isdem legis actiones compositae sunt*». Sulle modalità seguite da Sesto Elio per «integrare il limitato strumentario processuale e negoziale della città» cfr. F. D'IPPOLITO, *Del fare diritto nel mondo romano*, Torino, 2000, p. 2 ss.

¹⁴⁴ Cfr., in questo senso F. CANCELLI, '*Iudicia legitima*', '*arbitria honoraria*' e '*advocatio*' di 'pro Quinto Roscio Comoedo', 5,15 nel sistema lessicale-giuridico di Cicerone, in «La giustizia tra i popoli nell'opera e nel pensiero di Cicerone», Roma, 1993, p. 167. Sul significato attribuibile all'espressione '*iure civili*' in Cic., *off.* 3.17.69, cfr. G. FALCONE, *Il rapporto ius gentium ius civile e la societas vitae in Cic., off.* 3, 69-70, in «AUPA.», LVI, 2013, p. 259 ss.

¹⁴⁵ Contro questa interpretazione Pietro De Francisci (*Iudicia bonae fidei*, cit., p. 350 nt. 1) aveva già ben messo in risalto come l'espressione '*sine lege*', più che ai *iudicia in quibus additur 'ex fide bona*', appare riferirsi al *dolus* che, mentre in alcuni casi era reso perseguibile grazie ad appositi provvedimenti legislativi emanati *ad hoc* ('*et legibus erat vindicatus ...*'), in altri veniva perseguito senza la necessità di una previsione legislativa, ma grazie al tenore proprio di determinate formule processuali che ne consentivano al giudice l'accertamento. Già anche H. PFLÜGER, *Zur Lehre vom Erwerb des Eigentums nach römischem Recht*, München-Leipzig, 1937, p. 57 nt. 20, BALZARINI, *Considerazioni*, cit., p. 467 nt. 57, LOMBARDI, *Dalla fides*, cit., p. 187, G. GROSSO, *Spunti e riflessioni su 'Cic., Pro Q. Rosc. Com. 5,15', sui 'iudicia legitima' da Cicerone a Gaio, e sull'origine dei 'bonae fidei iudicia'*, in «Studi A. Segni», II, Milano, 1967, p. 494 nt. 23, e BERTOLDI, *La lex Iulia iudiciorum privatorum*, cit., p. 99; in termini probabilistici, FIORI, '*Ius civile*', cit., p. 190 e nt. 111. Mentre a favore del riferimento del '*sine lege*' ai *iudicia bonae fidei* si è espresso Filippo Cancelli (*Iudicia legitima*, '*arbitria honoraria*', cit., p. 167 nt. 19).

¹⁴⁶ O, eventualmente, i loro precedenti.

¹⁴⁷ Così testualmente FERRINI, *Sull'origine del contratto*, cit., p. 77. Nello stesso senso si era espresso già Pietro De Francisci (*Iudicia bonae fidei*, cit., p. 350 nt. 1). D'altronde che vi siano altri autori che considerano i *iudicia bonae fidei* di «natura civile» ma fondati *ab antiquo sui mores* o sull'*interpretatio* e non sulla *lex* lo evidenzia anche Lorenzo Franchini (*La recezione*, cit., p. 19 nt. 42). Pure secondo Xavier Paricio (*Genesi e struttura*, cit., p. 209 ss.) la mancanza di fondamento legale per i *iudicia bonae fidei* non ne implica il necessario basarsi sull'*imperium* pretorile.

L'espressione 'sine lege' contenuta in Cic., *off.* 3.15.61, e riferita ai *iudicia in quibus additur 'ex fide bona'*, non sembra, quindi, probante al fine di dimostrare l'origine pretoria dei *iudicia bonae fidei*.

La seconda fonte che si è ritenuto deponesse in tal senso è un passo tratto dall'orazione *pro Q. Roscio Comoedo*¹⁴⁸:

Cic., *Rosc. Com.* 5.15: Quid ergo est? Quod et reus is est cui et pecunia levissima et existimatio sanctissima fuit semper, et iudex est is quem nos non minus bene de nobis existimare quam secundum nos iudicare velimus, et advocatio ea est quam propter eximium splendorem ut iudicem unum vereri debeamus, perinde ac si in hanc formulam omnia iudicia legitima, omnia arbitria honoraria, omnia officia domestica conclusa et comprehensa sint, perinde dicemus ...

La distinzione operata da Cicerone tra *iudicia legitima* e *arbitria honoraria*¹⁴⁹ ha indotto a ritenere che la prima espressione faccia riferimento alle azioni fondate sullo *ius civile*¹⁵⁰, mentre la seconda a quelle basate sull'*imperium* del pretore, e tra queste, in particolare, ai *iudicia bonae fidei*¹⁵¹.

¹⁴⁸) Per le più importanti edizioni di questa orazione ciceroniana cfr. BISCOTTI, *Dal pacere*, cit., p. 264 nt. 104.

¹⁴⁹) L'orientamento tradizionale aveva invece ritenuto che la contrapposizione in oggetto fosse in linea di massima corrispondente a '*iudicia legitima*' - '*iudicia imperio continentia*' (Gai., *inst.* 4.103 ss.), relativa, cioè, alla procedura e non al fondamento sostanziale dell'azione: così A.H.J. GREENIDGE, *The legal Procedure of Cicero's Time*, Oxford, 1901, p. 172, E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*², Bologna, 1927, II, p. 35 e in particolare nt. 3, G. PUGLIESE, *Figure processuali ai confini tra 'iudicia publica' e 'iudicia privata'*, in «Studi S. Solazzi», Napoli, 1948, p. 392 nt. 1, ID., *rec.* a MAGDELAIN, *Les actions*, cit., p. 375 s., VON LÜBTOW, *Cato leges*, cit., p. 409, BALZARINI, *Considerazioni*, cit., p. 465 ss., e F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, München, 1988, p. 437 nt. 41. Ma il fatto che non possa esservi alcun collegamento tra Gai., *inst.*, 4.103, e il passo ciceroniano in esame era già stato affermato da MITTEIS, *Römisches Privatrecht*, cit., p. 47 nt. 18, F. BONIFACIO, «*Iudicium legitimum*» e «*iudicium imperio continens*», in «Studi V. Arangio-Ruiz», II, Napoli, 1953, p. 221, M. KASER, *Die Lex Aebutia*, in «Studi E. Albertario», II, Milano, 1953, 34 nt. 3, MAGDELAIN, *Les actions*, cit., p. 10 s., BROGGINI, *Iudex*, cit., p. 213, e CANCELLI, '*iudicia legitima*', '*arbitria honoraria*', cit., p. 194 ss. Ludwig Mitteis (*Römisches Privatrecht*, cit., p. 47 nt. 18), poi, seguito da Paul Frédéric Girard (*Nouvelles observations*, cit., p. 158 nt. 1), ha ritenuto che in Cic., *Rosc. Com.* 5.15, la contrapposizione tra i mezzi civili e pretorii riguardi soltanto gli attributi *legitima* ed *honoraria*, mentre quella tra *iudicia* ed *arbitria* si riferisca alla differenza tra le azioni di stretto diritto e quelle che ammettono una larga discrezionalità da parte dell'organo giudicante.

¹⁵⁰) Secondo alcuni autori, sarebbero soltanto le azioni aventi fondamento nella legge, e proprio per questo definite da Cicerone '*iudicia legitima*' (sul punto si veda, per tutti, MAGDELAIN, *Les actions*, cit., p. 10 s.).

¹⁵¹) O. KARLOWA, *Römische Zivilprozess zur Zeit der Legisactionen*, Berlin, 1872, p. 127 s., PFLÜGER, *Zur Lehre vom Erwerb des Eigentums*, cit., p. 56 s., KASER, *Das altrömische Ius*, cit., p. 93 e p. 290 s., ID., *Die Lex Aebutia*, cit., p. 33 s. e p. 42, MAGDELAIN, *Les actions*, cit., p. 10 s., BROGGINI, *Iudex arbitere*, cit., p. 210 ss., e KASER, '*Ius honorarium*', cit., p. 30.

A sostegno di tale interpretazione, alcuni studiosi¹⁵² hanno richiamato Cic., *off.* 3.15.61. Il ritenere i *iudicia bonae fidei*, ivi considerati, *sine lege*¹⁵³ ne proverebbe l'inclusione negli *arbitria honoraria*, anziché nei *iudicia legitima* menzionati in Cic., *Rosc. Com.* 5.15. A ulteriore conferma si è pure addotto Cic., *off.* 3.17.70, dove, con riguardo ai *iudicia bonae fidei*, viene adoperata l'espressione 'arbitria'¹⁵⁴.

Le fonti appena citate, però, non pare forniscano elementi di prova decisivi. Quanto alla prima si è appena evidenziato che, pur riferendo il 'sine lege' ai *iudicia bonae fidei*, resta tuttavia la non divisibilità dell'idea che tali *iudicia* non fondati su una *lex*¹⁵⁵ siano necessariamente basati sull'*imperium* pretorile¹⁵⁶. Quanto alla seconda credo sia sufficiente rilevare, che Cicerone, per riferirsi ai *iudicia bonae fidei*, utilizza più spesso il termine 'iudicia' anziché 'arbitria'¹⁵⁷.

Condividono questa opinione BONIFACIO, «*Iudicium legitimum*», cit., p. 220 s., M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza*, in «AUPA», XXIV, 1955, p. 548 s., C. GIOFFREDI, '*Iudicium legitimum*', in *Nuovi studi di diritto greco e romano*, Roma, 1980, p. 209 ss., MAROTTA, *Tutela*, cit., p. 54, FRANCHINI, *La recezione*, cit., p. 15 s., e GROSSO, *Spunti e riflessioni*, cit., p. 486 ss. Balzarini ha ricollegato la locuzione *arbitria honoraria* alle azioni di buona fede ma specificando: «sost'ultima non sta a significare «che le azioni di buona fede debbano ritenersi di origine sostanziale pretoria; pretorii erano unicamente i mezzi mediante i quali esse venivano fatte valere in giudizio: i *iudicia bonae fidei*, appunto» (così in *Considerazioni*, cit., p. 476). Barbara Biscotti (*Dal pacere*, cit., p. 259) sembrerebbe attribuire alla locuzione 'arbitria honoraria' il significato di giudizi che nel corso del I secolo si fossero trasformati da espressioni dell'autonomia privata in forme di tutela riconosciute dallo *ius honorarium*.

¹⁵² BONIFACIO, «*Iudicium legitimum*», cit., p. 221, BROGGINI, *Iudex arbitere*, cit., p. 214 nt. 40, C. GIOFFREDI, '*Iudicium legitimum*', cit., p. 210, C.C. TURPIN, *Bonae fidei iudicia*, in «*Cambridge Law Journal*», XXIII, 1965, p. 267, FRANCHINI, *La recezione*, cit., p. 19, e BISCOTTI, *Dal pacere*, cit., p. 258 s. L'autrice rinvia anche a Auct. ad Her., *rbet.* 2.13.20 che contiene una espressione analoga 'sine legibus') riferita ai *pacta* che sarebbero strettamente collegati all'evoluzione dei *iudicia bonae fidei* (p. 258 ss.).

¹⁵³ Cfr. *supra*, p. 48.

¹⁵⁴ In proposito pare interessante notare come Quinto Mucio avesse più che altro incentrato l'attenzione (in particolare la produzione scritta) su istituti di *ius civile*, come evidenzia da ultimo Lorenzo Franchini (*La recezione*, cit., p. 22 nt. 53).

¹⁵⁵ Sulla circostanza che il 'sine lege', nel contesto richiamato, assuma significato ristretto mi pare non possa dubitarsi. Infatti l'espressione viene contrapposta alla *Lex Laetoria* e alle XII Tavole, entrambe leggi in senso stretto.

¹⁵⁶ In quanto, com'è stato appena evidenziato (cfr. *supra*, in questo stesso paragrafo), avrebbero potuto trovare fondamento sulle altre fonti dello *ius civile*.

¹⁵⁷ Come ha evidenziato Filippo Cancelli in '*Iudicia legitima*', '*arbitria honoraria*', cit., p. 165 ss., p. 181, p. 190 s. e p. 214 s. Si considerino, ad esempio, Cic., *nat. deor.* 3.74 ('*Sesum ait praetor. Quid ut indicetur? ... tot iudicia, tutelae, mandati, pro socio, fiduciae, reliqua quae ex empto aut vendito aut conducto aut locato contra fidem fiunt, ...*'), Cic., *top.* 17.66 (*In omnibus igitur eis iudiciis, in quibus ex fide bona est additum ...*), Cic., *off.* 3.15.61 ('*et sine lege iudiciis in quibus additur 'ex fide bona'*'). Inoltre anche nel seguito di Cic., *off.* 3.17.70, sempre in riferimento agli *arbitria bonae fidei* e sempre citando Quinto Mucio, l'oratore utilizza l'espressione '*iudicia contraria*': così già BERTOLDI, *La lex Iulia*, cit., p. 96.

Inoltre nella stessa *Pro Roscio Comoedo*, addirittura poco dopo Cic., *Rosc. Com.* 5.15, l'oratore definisce espressamente alcune azioni di buona fede 'iudicia' e non 'arbitria'¹⁵⁸, e tra dette azioni rientra proprio l'*actio pro socio*, che avrebbe costituito per l'oratore¹⁵⁹ il punto di riferimento concreto di *omnia arbitria honoraria*¹⁶⁰.

Ma che l'espressione appena riferita non possa essere intesa come comprendente tutte le azioni fondantesi sull'*imperium* pretorile appare dimostrato soprattutto dalla circostanza che l'uso di tale termine per definirle rimarrebbe ingiustificato, ove si consideri che non in tutte le *actiones honorariae* era riscontrabile un'ampia possibilità di valutazione idonea a giustificare l'appellativo di 'arbitria'¹⁶¹.

A prescindere comunque da tali rilievi, che porrebbero già in discussione la possibilità di inserire i *iudicia bonae fidei* nella categoria degli *arbitria honoraria*, non sembra che Cicerone con le espressioni 'omnia iudicia legitima, omnia arbitria honoraria' abbia voluto contrapporre le azioni aventi fondamento nello *ius civile* a quelle basantesi sull'*imperium* pretorio. A riguardo credo sia sufficiente considerare l'inciso 'perinde ac si in hanc formulam omnia iudicia legitima, omnia arbitria honoraria, omnia officia domestica conclusa et comprehensa sint, perinde dicemus' nel contesto dell'orazione. Solo poco prima Cicerone aveva contrapposto il *iudicium* all'*arbitrium*, identificando il primo con l'azione esperita da Fannio nel processo in corso¹⁶² e il secondo con la formula dell'arbitrato *ex compromisso*¹⁶³, intercorso tra le parti per la medesima pretesa¹⁶⁴.

¹⁵⁸ Cic., *Rosc. Com.* 6.17: 'Si qua enim sunt privata iudicia summae existimationis et paene dicam capitis, tria haec sunt, fiduciae, tutelae, societatis'. In senso simile BERTOLDI, *La lex Iulia*, cit., p. 96.

¹⁵⁹ Almeno a giudizio di alcuni autori: cfr. PFLÜGER, *Zur Lehre*, cit., p. 57, KASER, *Das altrömische Ius*, cit., p. 290, ID., *Die Lex Aebutia*, cit., p. 34, A. BISCARDI, *rec.* a G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, III. *La genesi del processo formulare*, in «Iura», II, 1951, p. 306, e GROSSO, *Spunti e riflessioni*, cit., p. 489.

¹⁶⁰ Si tenga pure presente che nel seguito dell'orazione l'*actio pro socio* è sempre definita 'iudicium' e mai 'arbitrium': cfr. *Rosc. Com.* 9.25-26.

¹⁶¹ Al proposito Filippo Cancelli ha efficacemente notato che «i provvedimenti pretorî giudiziari si dissero *actiones*, assai di rado *iudicia*, e mai *arbitria*» (così in '*Iudicia legitima*', '*arbitria honoraria*', cit., p. 164, nonché, oltre, p. 185 ss.).

¹⁶² Che si tratti di un'*actio certae creditae pecuniae* con relativa *sponsio certae partis*, non si è, a quanto pare, mai dubitato (cfr. tra gli altri CANCELLI, '*Iudicia legitima*', cit., p. 149, MAGDELAIN, *De la royauté*, cit., p. 164, e FIORI, '*Ius civile*', cit., p. 180).

¹⁶³ Così già M. WLASSAK, *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren*, in «ZSS.», XXVIII, 1907, p. 110 nt. 2, MAGDELAIN, *De la royauté*, cit., p. 164, CANCELLI, '*Iudicia legitima*', '*arbitria honoraria*', cit., p. 181, e T. DALLA MASSARA, *Reciproche relazioni e integrazioni tra arbitrato e 'iudicium': un itinerario nella giurisprudenza classica*, in «Il giudice privato nel processo civile romano», Padova, 2012, p. 138 nt. 65. Che proprio questo fosse il si-

Dunque l'affermazione finale è evidentemente da ricollegare a tutto il precedente ragionamento dell'oratore¹⁶⁵.

Come aveva già notato Moritz Wlassak¹⁶⁶, la contrapposizione è la medesima prospettata da Cicerone all'inizio. Ai poteri circoscritti, accordati dalla formula dell'*actio certae creditae pecuniae*, si contrappongono quelli più ampi na-

gnificato attribuito ad '*arbitria*' in *Rosc. Com.* 5.15 sembra evidente, considerato che i *verba* '*quantum aequius et melius est dari*' sono i medesimi di quelli che Cicerone richiama espressamente come contenuto della *stipulatio* compromissoria in concreto conclusasi tra le parti ('*quantum aequius et melius sit dari repromittique*'). Né mi pare che ciò possa essere escluso dalla circostanza che l'oratore riferirebbe nel passo da ultimo citato sostanzialmente l'*intentio* dell'*actio pro socio* (così, invece, TALAMANCA, *Ricerche in tema di 'compromissum'*, Milano, 1958, p. 23 s., e, più di recente, BEHREND, *Dalla mediazione*, cit., p. 213 ss.); questa, infatti, sarebbe stata caratterizzata, secondo quanto informa lo stesso Cicerone (*off.* 3.17.70), dalla clausola *ex fide bona* e non dall'*aequius melius*'. Considerazioni simili in BISCOTTI, *Dal pacere*, cit., p. 288 nt. 160, e in BERTOLDI, *La lex Iulia iudiciorum*, cit., p. 91 s.

¹⁶⁴) In questo senso depone, direi indiscutibilmente, tutto il § 12 dell'orazione in esame. Per una ricostruzione di tutta la vicenda intercorsa tra Fannio e Roscio che conferma anche quanto si è appena affermato cfr., tra gli autori che se ne sono occupati da ultimi, BISCOTTI, *Dal pacere*, cit., p. 264 ss., BERTOLDI, *La lex Iulia iudiciorum*, cit., p. 86 ss., e FIORI, *Ius civile*, cit., p. 179 ss.

¹⁶⁵) Cicerone, infatti, si era diffuso nell'indicare le differenze tra questi due modi di risolvere le controversie, evidenziandone la dipendenza dalle parole contenute nelle rispettive formule. Quella dell'*actio certae creditae pecuniae* limitava i poteri del giudice al rigoroso accertamento dell'esistenza del credito nei precisi termini indicati, tanto che qualsiasi discrepanza avrebbe comportato il rigetto della domanda, mentre la formula dell'*arbitrato* gli conferiva il più ampio potere di decidere '*quantum aequius et melius est dari*' con riferimento a tutti gli aspetti della fattispecie sottoposta al suo esame: cfr. Cic., *Rosc. Com.* 4.10-12 (ha sottolineato questo aspetto da ultimo DALLA MASSARA, *Reciproche relazioni e integrazioni tra arbitrato e iudicium*, cit., p. 138: l'autore deduce la medesima idea da altri passi ciceroniani – *Verr.* II.2.27 e *ad fam.* 12.30.5 – e rileva che sarebbe stata ripresa da Sen., *ben.* 3.75). Dalle premesse appena riferite Cicerone trae la conseguenza che, dovendosi nel giudizio in corso applicare i criteri relativi all'*actio certae creditae pecuniae*, l'assoluzione del suo cliente si poteva ottenere per il solo fatto che Fannio non asseriva di avere dato il denaro, né era riuscito a provare di aver compiuto una *expensilatio*, né di aver ricevuto una *stipulatio*. L'oratore precisa che, se in quel momento avesse posto fine all'arringa, avrebbe svolto sufficientemente il proprio compito; e ciò, in particolare, con riguardo alla causa, alla formula, alle penalità connesse e allo stesso giudice, in quanto messo in grado di emettere una sentenza favorevole al proprio assistito: cfr. Cic., *Rosc. Com.* 4.13. È a questo punto che Cicerone avverte come sia sua intenzione, tenuto conto della personalità del rappresentato, di quella del giudice, nonché dell'assemblea dei presenti, di trattare la questione, come se nella formula fossero ricompresi '*omnia iudicia legitima, omnia arbitria honoraria, omnia officia domestica*'.

¹⁶⁶) *Der Gerichtsmagistrat*, cit., p. 110 nt. 2: così anche MAGDELAIN, *De la royauté*, cit., p. 164 s. ed in particolare nt. 42, e BERTOLDI, *La lex Iulia iudiciorum*, cit., p. 103. Moritz Wlassak, però, ha successivamente condiviso la tesi in questa sede criticata secondo la quale la locuzione '*arbitria honoraria*' si sarebbe riferita alle azioni pretorie in contrapposizione alle civili (cfr. *infra*, nt. 173).

scenti dalla *formula* dell'arbitrato stragiudiziale. L'oratore afferma che avrebbe trattato la questione come se nella formula fossero idealmente¹⁶⁷ ricompresi tutti i possibili criteri di giudizio¹⁶⁸ tenuti presenti dai giudici nei processi ordinari, dagli arbitri *ex compromisso*¹⁶⁹ e da quanti sono chiamati a risolvere una controversia a livello privato e familiare¹⁷⁰.

¹⁶⁷ Già Pugliese (*rec.* a MAGDELAIN, *Les actions*, cit., p. 375) aveva fatto notare come l'affermazione ciceroniana non potesse intendersi con rigorosa precisione tecnica. Gli *officia domestica* non sarebbero potuti essere, infatti, in nessun modo, *comprehensa in hanc formulam*. Anche Federica Bertoldi (*La lex Iulia*, cit., p. 95) sottolinea che la distinzione ciceroniana coincide con un momento di enfasi retorica e che l'oratore desidera essere esauriente e comprendere tutte le forme processuali socialmente rilevanti. L'autrice è d'accordo con Giovanni Pugliese nel ritenere che «proprio l'ultimo termine della triade conferma che la progressione era retorica».

¹⁶⁸ In altri termini, come ha acutamente messo in evidenza Roberto Fiori, l'intento dell'oratore è di «inserire virtualmente nel giudizio ogni aspetto della questione concretamente discussa e di far rientrare nella formula non solo i contenuti portati in sede giurisdizionale ma anche in sede arbitrale e domestica» (*Ius civile*', cit., p. 185). In senso simile si vedano già BALZARINI, *Considerazioni*, cit., p. 456, e BERTOLDI, *La lex Iulia*, cit., p. 104 nt. 166. Anche Filippo Cancelli (*Iudicia legitima*, 'arbitria honoraria', cit., p. 189) aveva rilevato che Cicerone stia «valutando indicazioni di giudizio contenute o contenibili in una formula già data, per dimostrare la correttezza morale dell'assistito» e a conferma di ciò formula interessanti considerazioni (p. 190).

¹⁶⁹ Si discute se effettivamente potesse riconoscersi in linea di principio una maggiore discrezionalità dell'*arbitrator ex compromisso* rispetto a quella dell'organo giudicante nei processi ordinari (cfr. TALAMANCA, *Ricerche*, cit., p. 24 ss, e BONIFACIO, 'Compromesso (diritto romano)', in «NNDI.», III, Torino, 1967, p. 785). La circostanza che nella fattispecie in discorso i margini di valutazione dell'uno e dell'altro fossero del tutto diversi risulta evidente, oltre che dal passo sopra riportato (*Rosc.Com.* 4.10-12), anche dall'immediato seguito di esso (§ 12-13): '... *Quis in hanc rem fuit arbiter? Utinam is quidem Romae esset! Romae est. Utinam adesset in iudicio! Adest. Utinam sederet in consilio C. Pisonis! Ipse C. Piso est. Eundemne tu arbitrum et iudicem sumebas? Eidem et infinitam largitionem remittebas et eundem in angustissimam formulam sponsionis concludebas? Quis umquam ad arbitrum, quantum petiit, tantum abstulit? Nemo; quantum enim aequius esset sibi dari, petiit. De quo nomine ad arbitrum adisti, de eo ad iudicem venisti! Ceteri cum ad iudicem causam labefactari animadvertunt, ad arbitrum confugiunt, hic ab arbitro ad iudicem venire est ausus! Qui cum de hac pecunia tabularum fide arbitrum sumpsit, indicavit sibi pecuniam non deberi*'.

¹⁷⁰ Anche secondo Federica Bertoldi con '*officia domestica*' l'oratore avrebbe voluto richiamarsi alle procedure di sanzione familiare, di tradizione assai antica (*La lex Iulia*, cit., p. 104) e a conferma rimanda all'espressione '*iudicium domesticum*' che compare in Cic., *Pison.* 40.97. Per Barbara Biscotti (*Dal pacere*, cit., p. 253) Cicerone avrebbe inteso l'espressione appena riferita come quei «buoni uffici», risolutori e soprattutto mediatori, cui i Romani spesso ricorrevano affidandoli ad amici o persone notabili. Si trattava di qualcosa in parte simile a ciò che oggi si chiama arbitraggio. Alcuni autori ritengono che con la locuzione '*omnia officia domestica*' Cicerone intenda riferirsi all'*arbitrium ex compromisso* già intercorso tra le parti (cfr. *Rosc. Com.* 4.12-13): così PFLÜGER, *Zur Lehre vom Erverbe*, cit., p. 56 ss., e KASER, *Die Lex Aebutia*, cit., p. 34. Gerardo Brogginì (*Index arbiterve*, cit., p. 216) ritiene che questa opinione trovi chiara conferma in un passo della *Pro Caecina*, il 2.6.

La conferma che con la locuzione 'arbitria honoraria' Cicerone si sia voluto riferire ai criteri di giudizio arbitrali potrebbe riscontrarsi nella circostanza, già da tempo sottolineata, che l'espressione 'arbiter honorarius', quando ricorre nelle fonti ciceroniane¹⁷¹, ha sempre il significato di arbitro scelto dalle parti¹⁷² per risolvere la controversia in via extragiudiziale¹⁷³.

In definitiva, entrambi i passi ciceroniani (Cic., *off.* 3.15.61 e *Rosc. Com.* 5.15) addotti a dimostrazione testuale dell'origine pretoria dei *iudicia bonae fidei* non sembrano, effettivamente probanti¹⁷⁴.

Peraltro, anche a prescindere dalla difficoltà di individuare sul piano testuale elementi che testimonino in tal senso¹⁷⁵, resta sempre la necessità¹⁷⁶ di

¹⁷¹) Cfr. Cic., *Tusc.* 5.41.120, e *fat.* 17.39. Con riferimento ai passi citati Federica Bertoldi (*La lex Iulia iudiciorum*, cit., p. 103) precisa che l'espressione 'arbiter honorarius' assume il significato di 'arbiter ex compromisso' in senso metaforico.

¹⁷²) Non si tratta mai di organo ufficiale nominato dal pretore per assicurare tutela grazie a una *formula* fondata sul suo *imperium* magistratuale. Addirittura l'uso di 'honorarius' per «pretorio», com'è stato già messo in evidenza da Filippo Cancelli, non solo risulta sconosciuto a Cicerone ma «non se ne potrebbe addurre un solo esempio letterario» (così in *Iudicia legitima*, 'arbitria honoraria', cit., p. 178). L'autore aveva in precedenza avvertito che anche l'interpretazione filologica unanime «si è liberata per i testi di Cicerone di *praetorius* per *honorarius* dell'*arbiter*, non meno che di *praetoria* per *honoraria* di *arbitria*» e si congeda nel credere che «l'onoratezza dell'*arbiter* sia quella espressa ossia conferitagli dalla scelta delle parti» (*op. ult. cit.*, p. 174 ss.). Che 'honorarius' per 'praetorius' sia estraneo non solo a Cicerone ma anche alle altre fonti letterarie lo rileva pure Roberto Fiori (*Ius civile*, cit., p. 183). Federica Bertoldi (*La lex Iulia*, cit., p. 101) ha, in proposito, precisato che l'aggettivo 'honorarius' per 'praetorius' ricorre nelle fonti giuridiche in un periodo molto successivo a Cicerone.

¹⁷³) Così, già M. Wlassak, 'Arbiter', in A. PAULY, G. WISSOVA «Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft», III, Stuttgart, 1895, c. 408, e *Der Gerichtsmagistrat*, cit., p. 110 nt. 2, il quale però in *Die klassische Prozessformel*, I, Wien-Leipzig, 1924, p. 18, nonostante il corretto collegamento effettuato tra le espressioni ciceroniane 'arbiter honorarius' ed 'arbitria honoraria', afferma che quest'ultima locuzione faccia invece riferimento alle azioni pretorie in contrapposizione a quelle civili. Condivide pienamente, invece, la prima opinione di Moritz Wlassak, André Magdelain (*De la royauté*, cit., p. 165). Anche per Filippo Cancelli (*Iudicia legitima*, cit., p. 186) sarebbe «naturale far dipendere, o comunque correlare, il valore di *arbitria honoraria* dall'*arbiter honorarius* dello stesso Cicerone, anziché dall'*honorarius* per *praetorius* a lui estraneo» (p. 164). Roberto Fiori (*Ius civile*, cit., p. 183), da parte sua, rileva che dai testi ciceroniani sopra riportati (cfr. *supra*, nt. 74) il significato di 'arbiter honorarius' risulta essere quello di chi aderisce spontaneamente alla richiesta delle parti in assenza di *insum iudicandi* conferitogli dal pretore. Questo arbitro è 'honorarius' perché in quanto *bonus vir* sente come vincolante il compito di giudicare richiesto dalle parti. Il suo è un dovere civico, di classe, simile a quello che impone di soccorrere i propri amici; non sarebbe un caso infatti che in Cic., *Caec.* 2.6, l'oratore definisca l'arbitrato 'honoraria opera amici'.

¹⁷⁴) Questo Roberto Fiori (*Ius civile*, cit., p. 185) lo afferma espressamente con riferimento a Cic., *Rosc.* 5.15.

¹⁷⁵) André Magdelain (*Les actions*, cit., p. 49 ss.) aveva indicato altre due fonti a te-

spiegare come sia avvenuta la recezione di tali *iudicia* da parte dello *ius civile*. Molti autori si sono impegnati a prospettare soluzioni in proposito¹⁷⁷ e della questione si è da ultimo occupato Lorenzo Franchini¹⁷⁸.

stimonianza dell'origine onoraria dell'*oportere ex fide bona*: un passo ciceroniano contenuto in una lettera ad Attico (6.1.15), e i modelli di formule *fiticiae* contenuti nella *Lex Rubria de Gallia Cisalpina*, cap.XX (cfr. «FIRA.», Firenze, 1968, I, n. 19, p. 171 s.); ma, a parte le critiche molto convincenti mosse sul punto da Pasquale Voci (*Istituzioni*, cit., p. 308 s.) e da Luigi Lombardi (*Dalla fides*, cit., p. 186 ss. e p. 203 ss.), la circostanza che lo studioso francese, ritornando sull'argomento (cfr. *supra*, nt. 119 in fine), abbia escluso l'origine onoraria dei *iudicia bonae fidei*, rende superflua la valutazione dei testi da lui in un primo tempo adottati all'uopo. Mario Talamanca in un primo tempo aveva affermato: «Si tenga presente che – per un'efficacia dei *iudicia bonae fidei* che si svolgesse esclusivamente sul piano del diritto onorario – non si hanno tracce nelle fonti» (*'Processo'*, cit., p. 32 nt. 223); ma poi, in *Il riordinamento augusteo*, cit., p. 169 ss.- ha ritenuto che la conferma testuale dell'origine pretoria dei *iudicia bonae fidei* potesse trarsi da Cic., *orat.* 1.168. Sulle ragioni che non consentono di utilizzare la fonte citata al fine per il quale è stata adottata si vedano le puntuali considerazioni di FIORI, *'Ius civile'*, cit., p. 185 ss., cui *adde* anche FRANCHINI, *Osservazioni*, cit., p. 134 nt. 33.

¹⁷⁶) Difficoltà che non sfugge agli stessi sostenitori della tesi prospettata. Sul punto, cfr., per tutti, WIEACKER, *Zum Ursprung*, cit., p. 37 s.

¹⁷⁷) Le ipotesi prospettate al riguardo sono state le più varie: cfr., tra gli altri, KRÜGER, *Geschichte der Quellen*, cit., p. 49. Si vedano KUNKEL, *Fides*, cit., p. 6 ss., KASER, *Mores maiorum*, cit., p. 71, MAGDELAIN, *Les actions*, cit., p. 54 (che ha poi cambiato opinione: cfr. ID., *De la royauté*, cit., 163 ss.), PUGLIESE, *rec.* a MAGDELAIN, *Les actions*, cit., p. 381, TALAMANCA, *'Vendita'*, cit., p. 309 s. nt. 56; accenni in tal senso già in ID., *'Processo civile'*, cit., p. 32, *La tipicità*, cit., p. 48 nt. 47 e p. 99, e MAROTTA, *Tutela*, cit., p. 63 ss. Per un quadro abbastanza aggiornato della letteratura sul punto si veda in ogni caso FRANCHINI, *La recezione*, cit., p. 5 ss.

¹⁷⁸) L'autore ritiene necessario distinguere due tipi di recezione dei *iudicia bonae fidei*: quella realizzatasi a livello processuale, sicuramente avvenuta tramite la legge (*La recezione*, cit., p. 37 ss.) e quella sostanziale, che sarebbe stata determinata soprattutto dal diritto consuetudinario. In tal senso deporrebbero due dati: anzitutto la circostanza dell'assoluta assenza di testimonianze riguardanti altri fattori di produzione normativa relativi a questo fenomeno, e, in secondo luogo, qualche «sparuta» testimonianza attestante l'importanza dell'uso ai fini della recezione. In particolare, di un uso che, indotto dal pretore, avrebbe determinato una situazione di *ius receptum* tratterebbe D. 27.4.1.pr.; mentre del *mos*, come produttivo di regole tradizionali venute in considerazione nei *iudicia bonae fidei*, riferirebbe D. 21.1.31.20. Ora, per quanto riguarda il primo dato addotto da Lorenzo Franchini, mi limito a rilevare la pericolosità di desumere conclusioni e *silentio*. Con riferimento, invece, a quelle che lo stesso autore definisce «sparute testimonianze» non riesco proprio a capire perché deporrebbero a favore del diritto consuetudinario come fonte per la recezione dei *iudicia bonae fidei* nel *ius civile*. Nella prima, D. 27.4.1.pr. (Ulp. 36 *ad ed.*) Ulpiano ci informa che il pretore propose nell'editto il *iudicium contrarium tutelae* e lo introdusse nell'uso per rendere responsabile anche il pupillo nei confronti del tutore e così ottenere che i tutori, sentendosi garantiti nella gestione dell'amministrazione, accettassero più facilmente l'onere di assumere una tutela. Dalla fonte citata credo si desuma chiaramente che sin da quando il *iudicium contrarium tutelae* venne proposto nell'editto sia stato considerato *in ius*.

Le spiegazioni proposte, però, non sono apparse convincenti per una serie di ragioni¹⁷⁹ e soprattutto perché i sostenitori dell'origine pretoria dei *iudicia bonae fidei*, in particolare quanti ipotizzano come originaria la formula caratterizzata dall'*oportere ex fide bona*, sono costretti ad affermare che gli indizi utilizzati per dimostrare l'origine magistratuale di tali *iudicia* sarebbero stati gli stessi che, fraintesi, avrebbero portato i giuristi classici a classificare le azioni in discorso come civili¹⁸⁰. Ma è proprio il supposto fraintendimento che risulta effettivamente poco credibile¹⁸¹.

Ulpiano, infatti, sembra proprio voler dar conto della prima introduzione di tale azione – non a caso il suo frammento è quello posto dai compilatori in apertura del titolo dedicato *iudicium contrarium tutelae* – e precisa che, sin da quando l'azione venne utilizzata, il pupillo si è considerato civilmente obbligato (*civiliter obligetur*). La fonte in esame potrebbe forse deporre nel senso indicato da Franchini solo nell'ipotesi in cui si trovasse una qualche testimonianza precedente a D. 27.4.1.pr. che dimostrasse una prima efficacia onoraria del *iudicium contrarium tutelae*. Ma, per le ragioni indicate appena sopra, ritengo molto difficile che un tale indizio testuale si reperisca. Per quanto riguarda la seconda fonte addotta, D. 21.1.31.20, enunciante il principio dell'integrazione della disciplina dei rapporti tutelati dai *iudicia bonae fidei* attraverso l'uso e la consuetudine, non comprendo perché da essa possa desumersi una precedente rilevanza onoraria dell'*actio ex empto* e una sua successiva recezione civile grazie al *mos* o alla *consuetudo*.

¹⁷⁹) Innanzitutto, dato che il fenomeno descritto dovrebbe essersi verificato in epoca abbastanza tarda, almeno posteriore alla *Lex Aebutia*, risulta singolare l'assenza di tracce (così, già, SARGENTI, *Problemi*, cit., p. 233: ma lo riconosce anche FRANCHINI, *Osservazioni*, cit., p. 117). Prima di tale provvedimento legislativo, infatti, l'unico processo fondato sul *ius civile* sarebbe stato quello *per legis actiones* e dunque le pretese esperibili esclusivamente attraverso la procedura formulare non avrebbero potuto assolutamente considerarsi civili. Su queste problematiche si vedano, tra gli altri, MAROTTA, *Tutela*, cit., p. 48 ss., e FIORI, *Ius civile*, cit., p. 178 s. Inoltre, considerato che la gran parte degli autori ha ritenuto che il processo di «recezione civilistica» dei *iudicia bonae fidei* sia verificato in maniera lenta quasi impercettibile, Mario Talamanca ha osservato come «la trasformazione dei *iudicia bonae fidei* in *actiones* con *intentio iuris civilis*» non sia assolutamente potuta avvenire «in virtù di una lenta assimilazione», in quanto, «a parte l'inverisimiglianza in sé di siffatte insensibili trasformazioni», ciò sarebbe escluso dalla considerazione che «trattandosi di *actiones in personam*, l'essere qualificate di diritto pretorio o di diritto civile aveva, per le azioni di buona fede, una portata pratica in ordine alla consunzione processuale». In altri termini non si sarebbe potuti «insensibilmente» passare «dalla consunzione *ope exceptionis* a quella *ipso iure* quando il rapporto dedotto in giudizio fosse un *iudicium bonae fidei*»: Cfr. TALAMANCA, *La storia dell'«edictum de pactis*», cit., p. 281. La difficoltà messa in luce da Mario Talamanca è stata sottolineata anche da MAROTTA, *Tutela*, cit., 50, e da FRANCHINI, *Osservazioni*, cit., p. 152.

¹⁸⁰) WIEACKER, *Zum Ursprung*, cit., p. 37 s. Rilievi simili in BURDESE, *rec.* a MAGDE-LAIN, *Le consensualisme*, cit., p. 215.

¹⁸¹) «Aber soll man wirklich den frühklassischen Juristen zutrauen, sie hätten auf dem Weg zu ihrer höchsten Blüten, in voller Kenntnis der früheren Rechtsliteratur (wie wir sie bei ihnen sicher voraussetzen dürfen) und also aller Details der Entwicklung des Ediktes und des Formularprozesses, allesamt und einhellig jemals den wahren Lauf der Begebenheiten aus dem Auge verloren?»: così, magistralmente, WIEACKER, *Zum Ur-*

Ancorché prevalente, dunque, l'orientamento esaminato non supera le difficoltà riguardanti sia la forma di realizzazione della vendita *inter cives* prima della recezione dell'*emptio* consensuale sia l'assenza nelle fonti di tracce valutabili, a livello processuale e a livello sostanziale, dell'origine *ex iurisdictioe peregrina* o anche soltanto onoraria del contratto menzionato.

4. Gli orientamenti minoritari sulle origini dell'«emptio» e le connesse criticità

Le difficoltà opposte all'orientamento prevalente motivano ipotesi minoritarie che convergono nel riscontrare, all'interno dello *ius civile* stesso, istituti o elementi dalla cui evoluzione si sarebbe pervenuti alla compravendita consensuale obbligatoria.

Tra le più importanti ricordiamo, anzitutto, la tesi della derivazione dell'*emptio* dalle vendite pubbliche¹⁸².

Nonostante la teoria non sia rimasta del tutto isolata – in questo senso va senza dubbio segnalato il tentativo di Filippo Cancelli¹⁸³ – contro di essa

sprung, cit., p. 38. Infatti l'illustre romanista tedesco, seppure propenda per l'origine onoraria dei *iudicia bonae fidei*, nel momento in cui poi affronta il problema della loro recezione nel *ius civile*, finisce con l'ammettere che anche la vendita e la locazione – sia pure come «materieller Institutionen» – hanno avuto il loro immediato riconoscimento nell'ambito civilistico, attraverso l'opera creatrice della giurisprudenza (*op. ult. cit.*, 40). Condivide fondatamente l'idea di Franz Wieacker che non si possa esser trattato di un errore, FIORI, 'Ius civile', cit., p. 176 s., e nello stesso senso FRANCHINI, *Osservazioni*, cit., p. 152 (ove alla nt. 94 ulteriore bibliografia sul punto) per il quale, infatti, il fenomeno della recezione deve essere stato consapevole (cfr. *supra*, nt. 227).

¹⁸²) Theodor Mommsen ha per primo sostenuto che la vendita consensuale romana avesse tratto origine dai «contratti» di diritto pubblico (*Die römische Anfänge von Kauf und Miethe*, in «ZSS.», VI, 1885, p. 260 ss., ora in *Gesammelte Schriften*, III, Berlin, 1907, p. 132 ss.). Hanno ripreso la tesi mommseniana A. CHAUSSE, *Les singularités de la vente romaine*, in «RHDFE.», XXIII, 1899, p. 513 ss., e CUQ, *Mannel*, cit., p. 453. Da parte sua Raymond Monier (*Mannel*, cit., p. 133 ss.) ha sostenuto che il progressivo riconoscimento della consensualità sia avvenuto parallelamente nelle vendite pubbliche e in quelle tra privati, mentre secondo Fritz Pringsheim (*L'origine*, cit., p. 489) l'influenza dei contratti pubblici per il sorgere dell'*emptio* consensuale ha inciso esclusivamente sulla forma ma non sulla sinallagmaticità del contratto in questione.

¹⁸³) *L'origine del contratto consensuale di compravendita nel diritto romano*, cit., p. 1 ss. L'ipotesi in questione è stata considerata in gran parte fondata da GALLO, *In tema di origine*, cit., p. 304 ss., e da MAROTTA, *Tutela dello scambio*, cit., p. 44. Anche Cosimo Cascione (*Consensus*, cit., p. 254 ss.) sulla base di quanto può dedursi da Liv., *urb. cond.* 40.43.1 – in relazione alla richiesta dei *praecones* cumani di vedersi riconosciuto lo *ius vendendi* – ritiene che l'ipotesi mommseniana trovi un riscontro non nel senso però «di una immediata de-

si sono mosse critiche di grande rilievo¹⁸⁴.

Medesima sorte ha avuto l'ipotesi di sviluppo dell'*emptio* dalla solenne *mancipatio*, sostenuta con particolare vigore da Philippe Meylan¹⁸⁵. In una prospettiva simile si sono mossi anche Fritz Pringsheim¹⁸⁶ e Carlo Augusto Cannata¹⁸⁷, per i quali la vendita consensuale sarebbe stato il prodotto di una riflessione avente ad oggetto l'evoluzione di tale *gestum per aes et libram*¹⁸⁸.

Pure alla tesi in questione, però, sono state mosse numerose obiezioni difficilmente superabili¹⁸⁹.

Infine, secondo un orientamento minoritario, la compravendita avrebbe avuto direttamente origini civilistiche¹⁹⁰.

rivazione dal pubblico al privato» ma nel senso di una rassomiglianza e cioè di una influenza del carattere dei contratti pubblici sul successivo riconoscimento della forma consensuale all'*emptio*.

¹⁸⁴) Per una esposizione dettagliata di esse, si vedano SCIALOJA, *Compra-vendita*, cit., p. 166, FERRINI, *Sull'origine*, cit., p. 66 s., ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, I, cit., p. 50 s., MEYLAN, *La genèse*, cit., p. 149, SARGENTI, *Problemi della responsabilità*, cit., p. 233, GALLO, *In tema di origine*, cit., p. 300 ss., LUZZATTO, *L'art.1470 c.c.*, cit., p. 908 ss., TALAMANCA, *'Vendita'*, cit., p. 309, e BELDA MERCADO, *Evolución histórico-jurídica*, cit., p. 172.

¹⁸⁵) *La genèse*, cit., p. 129 ss. Già Ulrich von Lübtow (*Studien*, cit., p. 129 ss.) aveva accennato allo svilupparsi della vendita consensuale dalla doppia *mancipatio* che, secondo la sua isolata opinione, avrebbe realizzato la compravendita reale delle origini. Il doppio nome dell'*emptio venditio* richiamerebbe appunto l'esistenza, in precedenza, di due contratti unilaterali («Gib- und Nimm-Verträge») che esistevano l'uno accanto all'altro ma erano indipendenti, anche se collegati perché fondati sulla idea della reciprocità.

¹⁸⁶) *L'origine des contrats consensuels*, cit., p. 491 ss..

¹⁸⁷) *La compravendita consensuale romana*, cit., p. 425.

¹⁸⁸) All'inizio di questo secolo Joseph Georg Wolf (*Per la storia dell'emptio venditio*, cit., p. 30 ss.) ha riproposto l'idea della derivazione dell'*emptio venditio* non proprio dalla *mancipatio* ma dalla vendita a contanti. Secondo lo studioso tedesco, recentemente scomparso, anche la vendita a consegna differita sarebbe stata una vendita in contanti. L'accordo, però, non avrebbe rappresentato esclusivamente, come nell'ipotesi di scambio contestuale, lo scopo della *traditio*, ma avrebbe svolto anche una seconda funzione. L'ordinamento giuridico, infatti, «oppure, almeno all'inizio, il *praetor*» avrebbe conferito protezione legale all'accordo. Joseph Georg Wolf, dunque, per spiegare come in concreto si sia passati dalla vendita in contanti alla vendita consensuale si allinea, sia pure in termini probabilistici (*Per la storia dell'emptio venditio*, cit., p. 48 e nt. 56), alle posizioni prevalenti volte a individuare le origini dell'*emptio venditio* nella prassi della *iurisdictio peregrina*. L'ipotesi, quindi, non sfugge alle perplessità evidenziate nella prima parte del presente lavoro.

¹⁸⁹) Per le quali cfr. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, I, cit., p. 53 s., SARGENTI, *Problemi*, cit., p. 234, MASCHI, *Impostazione storica*, cit., p. 368 nt. 4, LUZZATTO, *L'art.1470 c.c.*, cit., p. 913 ss., BELDA MERCADO, *Evolución histórico-jurídica*, cit., p. 173, TALAMANCA, *'Vendita'*, cit., p. 308 ss. e nt. 47 ss., GAGLIARDI, *Prospettive*, cit., p. 123 e, in senso simile, CASCIONE, *Consensus*, cit., p. 239, sia pure con riferimento specifico alle ipotesi ricostruttive di Fritz Pringsheim e di Carlo Augusto Cannata.

¹⁹⁰) BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinen*, cit., p. 467 ss., F.L. KELLER, A. WACH, *Der römische Civilprocess und die Actionen*⁶, Leipzig, 1883, p. 81 ss., FERRINI, *Sull'origine*, cit., p.

Questa tesi, come riconoscono alcuni sostenitori dell'indirizzo prevalente¹⁹¹, non andrebbe incontro a nessuna delle obiezioni mosse alle ipotesi in precedenza citate, e, soprattutto, alle critiche formulate contro l'orientamento maggioritario. Se così fosse stato, infatti, verrebbe meno la necessità di ipotizzare teoricamente quali sarebbero potuti essere gli istituti utilizzati nel diritto arcaico per realizzare la funzione socio-economica della vendita¹⁹², e si giustificerebbe anche la presenza, nella procedura formulare, di una azione direttamente *in ius concepta* a tutela del contratto in questione¹⁹³.

Si tratta di una prospettiva che non si è ritenuto tuttavia di poter seguire.

Vi osterebbero ragioni varie¹⁹⁴ tra cui soprattutto il problema di individuare quale avrebbe potuto essere, nella procedura arcaica, il *modus agendi* esperibile all'uopo.

Già nell'Ottocento August Bechmann¹⁹⁵ aveva ritenuto che la *legis actio* idonea allo scopo sarebbe stata la *sacramenti in personam*. Ma contro questa eventualità si è fatto osservare come lo schema processuale appena riferito non fosse adatto a tutelare una pretesa *incerta* quale era, almeno nel sistema formulare, quella caratteristica dell'*actio empti*¹⁹⁶.

I sostenitori delle origini civilistiche dell'*emptio* hanno ripiegato perciò sulla *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*¹⁹⁷. La presenza dell'*arbitrator* avrebbe garantito, infatti, l'esercizio di maggiori poteri discrezionali e, probabilmente, avrebbe anche permesso di perseguire un *incertum*. Ma dopo la pubblicazione nel 1933 del papiro contenente Gai., *inst.* 4.17a, questo non è risultato ulteriormente sostenibile. Gaio, infatti, afferma «*per iudicis postulationem*

76, nonché, sia pure incidentalmente, SARGENTI, *Problemi*, cit., p. 234, e, da ultimo, SCHERILLO, *Legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, cit., p. 317. Cui *adde* gli autori il cui pensiero è stato riportato nella premessa introduttiva al presente lavoro (cfr., *supra*, p. 13 ss.)

¹⁹¹) ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., I, p. 54, e TALAMANCA, «*Vendita*», cit., p. 304.

¹⁹²) Esigenza, come si è visto (cfr. *supra*, p. 20 e nt. 32), sicuramente attestata per l'epoca arcaica.

¹⁹³) Cfr. *supra*, p. 21 e nt. 33.

¹⁹⁴) Sulle quali si vedano LONGO, *Corso*, cit., p. 296, GIRARD, SENN, *Manuel*, cit., p. 569 in particolare nt. 1, ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., I, p. 56, MASCHI, *Impostazione*, cit., p. 368 nt. 4, e LUZZATTO, *L'art. 1470 c.c.*, cit., p. 920. La fondatezza di alcuni dei rilievi prospettati, però, potrebbe essere messa in dubbio dalle considerazioni formulate da FERRINI, *Sull'origine*, cit., p. 53 s., e da SARGENTI, *Problemi*, cit., p. 234.

¹⁹⁵) *Der Kauf nach gemeinen*, cit., p. 469. Nello stesso senso si è espresso Contardo Ferrini (*Sull'origine del contratto*, cit., p. 76).

¹⁹⁶) Così, con particolare approfondimento, KASER, *Das altrömische Ius*, cit., p. 291, nonché MAGDELAIN, *Les actions*, cit., p. 45 nt. 1, e PUGLIESE, *Il processo civile romano. Il processo formulare*, I, Milano, 1963, p. 46 in particolare nt. 62.

¹⁹⁷) In questo senso KELLER, WACH, *Der römische Civilprozess*, cit., p. 81 ss., e, da ultimo, SCHERILLO, *Legis actio*, cit., p. 317.

agebatur, si qua de re ut ita ageretur lex iussisset?. Le ipotesi di esperibilità di tale *modus agendi* avrebbero dovuto, quindi, essere previste dalla legge. Queste vengono di seguito indicate, ma tra di loro non si riscontra la vendita¹⁹⁸.

5. Considerazioni conclusive della prima parte

Il lungo e complesso cammino intrapreso dalla fine dell'Ottocento e che continua ad alimentare un vivace ed ininterrotto dibattito non è giunto a far luce sui problemi fondamentali relativi ai tempi e alle modalità di riconoscimento dell'*emptio consensu contracta* nell'ordinamento giuridico romano.

Non appaiono dunque esaustive né l'opinione prevalente, né le contrapposte tesi minoritarie.

L'ipotesi che il principale strumento del commercio poté trovare adeguata configurazione giuridica solo in età relativamente recente, induce innanzitutto a immaginare che per l'epoca precedente i Romani abbiano soddi-

¹⁹⁸) Cfr. KASER, *Das altrömische Ius*, cit., p. 291, MAGDELAIN, *Les actions*, cit., p. 45 nt. 1, PUGLIESE, *Il processo formulare*, II, cit., p. 26 ss. e 46. Contro la possibilità di riscontrare nel sistema delle *legis actiones* uno strumento a tutela dell'*emptio* si sono espressi anche O. KARLOWA, *Römische Civilprozess zur Zeit der Legisactionen*, Berlin, 1872, p. 142, GIRARD, SENN, *Manuel*, cit., p. 571, in particolare nt. 3, LONGO, *Corso*, cit., p. 302 nt. 1, ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., I, p. 56 nt. 2, TALAMANCA, *'Vendita'*, cit., p. 305 in particolare nt. 12, e MAROTTA, *Tutela dello scambio*, cit., p. 55 e nt. 285. Per la verità c'è chi ha sostenuto che l'elencazione riferita da Gaio nel passo sopra citato delle Istituzioni debba ritenersi avente valore esemplificativo e non tassativo. Si veda, in tal senso la letteratura citata da M. VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote*, I. *La formula dell'actio rei uxoriae*, Torino, 2006, p. 89 nt. 213. Contro la tutelabilità del contratto in questione nel sistema delle *legis actiones* è stato inoltre rilevato: «l'*oportere ex fide bona* non esprimeva, nell'epoca a cui ci riferiamo, una vera e propria *obligatio*, in quanto non era un vincolo di *ius civile*, e quindi già solo per questa ragione non doveva apparire suscettibile di essere processualmente enunciato nel formulario di una *legis actio*»: così, testualmente, PUGLIESE, *Il processo formulare*, II.1, cit., p. 46. Anche André Magdelain (*Les actions*, cit., p. 45 nt. 1) ha sottolineato che nella antica procedura orale non vi sarebbe stata traccia di un '*oportere ex fide bona*'. Del resto che la clausola *ex fide bona* qualificante l'*oportere* ne avrebbe compromesso la valenza civilistica è stato già messo in evidenza (cfr. *supra*, p. 46 ss.). Nonostante questi rilievi, di recente Alessandro Corbino (*La risalenza dell'emptio-venditio*, cit., p. 28 ss.) si è espresso a favore dell'idea che ai rapporti successivamente tutelati dall'*oportere ex fide bona* si potesse assicurare tutela nel sistema processuale arcaico: anche se l'autore stesso riconosce «che mancano elementi per poter affermare come sicura l'esistenza di una *legis actio* in grado di esprimere l'*intentio* propria di una pretesa incerta destinata ad una valutazione da compiersi *ex fide bona*» (p. 59). D'altra parte, nel medesimo contributo, il romanista catanese aveva rilevato come due «non marginali» testimonianze lo inducessero ad ipotizzare «che l'attore potesse dedurre, in relazione alle concrete circostanze del caso, anche affermazioni *ex empto di certum*» (p. 56 nt. 203).

sfatto l'esigenza economica dello scambio attraverso pratiche giuridiche in grado di rispondere solo in parte agli interessi coinvolti. *Mancipatio* e doppia *traditio* sarebbero stati i canali di espressione per le transazioni contestuali con le connesse difficoltà di cui si è detto¹⁹⁹. Mentre si sarebbe fatto ricorso alla *stipulatio* per il semplice accreditamento di una o di entrambe le prestazioni, nonostante, anche qui, i conseguenti e non irrilevanti problemi²⁰⁰.

Ma l'opinione dominante non comporta difficoltà unicamente di carattere storico.

L'evenienza di una originaria tutela dell'*emptio consensu contracta*, puramente onoraria e sorgente nell'ambito della *iurisdictio peregrina*, pone il problema di spiegare come mai il contratto in esame presenti caratteristiche tipicamente romane, e comunque estranee a quelle riscontrabili negli altri ordinamenti dell'area mediterranea. Si tratta di circostanza più volta rilevata, ma rimasta sempre priva di una risposta appagante²⁰¹. D'altronde non risulta nell'esperienza successiva alcuna traccia di tali origini onorarie, al contrario di quanto può osservarsi per vicende caratterizzate da una evoluzione analoga a quella supposta per l'*emptio venditio*²⁰².

Va d'altra parte osservato che anche le tesi minoritarie, partendo dall'idea di dover trovare in ambito civilistico adeguate soluzioni alternative, si espongono a critiche di non minore rilievo e lasciano aperti problemi forse ancora più gravi di quelli posti dall'opinione dominante.

Di fronte a questo stato di cose mi è parso interessante ritornare sulla questione con alcune considerazioni esclusivamente concentrate sull'analisi dei primi contratti di vendita pervenuti in modo completo e cioè appunto i formulari catoniani. L'idea è quella di esaminare le modalità di perfezionamento, il tipo di effetti, gli strumenti predisposti per garantirne l'adempimento, per verificare se, l'analisi concreta delle singole fattispecie contrattuali possa contribuire a far luce almeno su alcuni dei tanti interrogativi posti dal fenomeno dell'emersione della compravendita consensuale nell'ordinamento romano.

¹⁹⁹) Cfr. *supra*, p. 25 ss.

²⁰⁰) Cfr. *supra*, p. 31 ss.

²⁰¹) Cfr. *supra*, p. 42 ss.

²⁰²) Cfr. *supra*, p. 44 ss.

Parte Seconda

L'«emptio venditio» nel «De Agricultura» di Catone

Introduzione

Le prime «operazioni di vendita» che ci sono giunte pressoché complete sono contenute nei *cap.* 146-150 del *De agricultura*²⁰³ di Catone²⁰⁴, noto «esperto di diritto»²⁰⁵.

Nel diciannovesimo secolo, e nella prima metà del Novecento, la natura di tali *leges* è stata oggetto di discussione. Secondo una opinione ormai superata si trattava sostanzialmente di consigli che il *dominus fundi* e titolare dell'azienda

²⁰³) Per un quadro della linea espositiva seguita e degli argomenti trattati nel *De agricultura* da Catone cfr. M. LAURIA, 'Cato de agri cultura', in «SDHI.», XLIV, 1978, p. 9 ss. Sulle finalità che il Censore intendeva perseguire con quest'opera e su tutto ciò che da essa si desume riguardo allo sviluppo agricolo economico dei fondi rustici a quell'epoca e sui risvolti politici si vedano, tra gli altri, H. GUMMERUS, *Der römische Gutsbetrieb als wirtschaftlicher Organismus nach den Werken des Cato, Varro und Columella*, in «Klio», V, Leipzig, 1906, rist. Aalen, 1979, p. 1 ss., C. CASTELLO, *Nuovi spunti su problemi di storia, economia e diritto desunti dal De Agri cultura di Catone*, in «Studi G. Donatuti», I, Milano, 1973, p. 237 ss., nonché, in «Società romana e produzione schiavistica» (cur. A. Giardina, A. Schiavone), Bari, 1981, I, i contributi di M. MAZZA, *Terre e lavoratori nelle Sicilie tardorepubblicane* (p. 19 ss.), A. GIARDINA, *Allevamento ed economia della selva in Italia meridionale: trasformazioni e continuità* (p. 87 ss.), M. FREDERIKSEN, *I cambiamenti delle strutture agrarie nella tarda repubblica: la Campania* (p. 265 ss.), M. CORBIER, *Proprietà e gestione della terra: grande proprietà fondiaria ed economia contadina* (p. 427 ss.), e L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Proprietà agricola e lavoro subordinato nei giuristi e negli agronomi latini tra Repubblica e Principato* (p. 445 ss.), cui adde L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Padroni e contadini nell'Italia repubblicana*, Roma, 2012, p. 139 ss.

²⁰⁴) Marco Porcio Catone, nato nel 234 a.C., fu console nel 195, censore nel 184 e morì nel 149. Cicerone lo definì 'iuris civilis omnium peritissimus' (orat. 1.37.171), Cornelio Nepote 'peritus iuriconsultus' (Cato 3.1) e Pomponio lo ha inserito nella sua lista cronologica dei giureconsulti romani dopo Sesto Elio e prima di Publio Mucio (D. 1.2.2.38). Sulla vita e l'opera di questo insigne giurista dell'età repubblicana è sufficiente rinviare alla monografia di D. KIENAST, *Cato der Zensor*, Darmstadt, 1979, cui adde la bibliografia citata da R. ORTU, *Garanzia per evizione: 'stipulatio habere licere' e 'stipulatio duplae'*, in «La compravendita», II, cit., p. 326 nt. 38, e da P. CUGUSI, M.T. SBLENDORIO CUGUSI, *Introduzione*, in «Opere di Marco Porcio Catone Censore», I, Torino, 2001, p. 10 nt. 6.

²⁰⁵) Così, testualmente, A. BURDESE, *Catone e la vendita del vino*, in «SDHI.», LXVI, 2000, p. 269, il quale rinvia a conferma della sua affermazione ad alcune delle fonti citate nella nota precedente e rileva che proprio per questo i formulari sono probabilmente derivati dalla prassi negoziale: «piuttostoché creati dallo stesso Catone, pur tuttavia non possono essere stati da lui recepti senza il suo vaglio di esperto di diritto e come tali vanno interpretati».

agricola, più anziano e dunque maggiormente esperto, dava ai suoi più giovani colleghi²⁰⁶. Secondo, invece, l'orientamento ormai prevalente, le *leges venditionis* riportate nel *De agricultura* sono veri e propri modelli di contratto pronti per essere conclusi. Si è posto, infatti, in evidenza come si tratti tecnicamente di progetti di *proscriptiones*²⁰⁷.

La circostanza ne lascia inalterata l'utilità al fine di verificare quali fossero le caratteristiche e la disciplina della vendita *inter cives*²⁰⁸ a cavallo tra il III e il II secolo a.C.²⁰⁹. Si ritiene, infatti, che il procedimento seguito nell'*auctio* privata

²⁰⁶ Così E.I. BEKKER, *Ueber die 'leges locationis' bei 'Cato de re rustica'*, in «ZRG.» III, 1864, p. 433. KARLOWA, *Der römische Civilprozess*, cit., p. 134, in un primo tempo (cfr. la nota successiva) ha sostenuto che i formulari di Catone contenevano spesso consigli e che, più che contratti pronti per essere conclusi, erano schemi abbastanza generali che avrebbero potuto essere maggiormente articolati. Come contratti schematici li ha intesi pure V.A. GEORGESCO, *Essai d'une théorie générale des leges privatae*, Paris, 1932, p. 112, mentre M. SARGENTI, *Il 'De agri cultura' di Catone e le origini dell'ipoteca romana*, in «SDHI.», XXII, 1956, p. 160 nt. 2, ritornando all'idea originaria espressa da Ernst Immanuel Bekker, ha ritenuto che si trattasse soltanto «di suggerimenti ed indicazioni, non di semplici schemi contrattuali, da riempire, puramente, con i nomi delle parti». In senso simile cfr. A. D'ORS, *El contrato catoniano sobre el rebano de ovejas (Cat., 'agr.' 150)*, in «BIDR.», XCI, 1988, p. 447 s.: l'autore, però, si esprime in tal senso esclusivamente con riferimento al formulario di cui si è occupato nell'articolo appena menzionato, considerandolo come una serie di consigli.

²⁰⁷ Tra i primi a sottolineare tale carattere fu August Bechmann (*Der Kauf*, cit., p. 528 s.) e nello stesso senso si sono espressi gran parte degli studiosi successivi: KARLOWA, *Römische Recht*, cit., II, p. 629, M. VOIGT, *Römische Rechtsgeschichte*, I, Leipzig, 1892, p. 317 nt. 46, ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, I, cit., p. 75, M. TALAMANCA, *Contributi allo studio delle vendite all'asta nel mondo classico*, Roma, 1954, p. 110, e, poi, in *Costruzione giuridica e strutture sociali fino a Quinto Mucio*, in «Società romana e produzione schiavistica», cit., III, p. 18 e p. 310 nt. 26, nonché di recente in *La tipicità dei contratti romani tra conventio e stipulatio sino a Labeone*, in «Atti del Convegno internazionale di Copanello», IV, 1990, p. 51 nt. 56, e '*Vendita*', cit., p. 306 nt. 27, F. CANCELLI, *Studi sui censores e sull'arbitratus della lex contractus*², Milano, 1960, p. 102 ss. e 112 ss., e *L'origine*, cit., p. 75 e p. 120, G. THIELMANN, *Die römische Privatauktion zugleich ein Beitrag zum römische Bankierrecht*, Berlin, 1961, p. 45 e p. 48 nt. 14, VON LÜBTOW, *Cato leges*, cit., p. 301 ss., GALLO, *In tema di origine*, cit., p. 309 ss., LABRUNA, *Plauto, Manilio, Catone*, cit., p. 196 s., A. MAGDELAIN, *De la royauté et du droit de Romulus à Sabinus*, Roma, 1995, p. 171 nt. 58, J. DE CHURRUCÁ, «*Pignus*», in «Derecho romano de obligaciones. Homenaje J.L. Murga Gener», Madrid, 1994, p. 360 ss., R. CARDILLI, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C. – II sec. d.C.)*, Milano, 1995, p. 64, MAROTTA, *Tutela*, cit., p. 44, BURDESE, *Catone e la vendita*, cit., p. 269 ss., e VIARO, *Corrispettività*, cit., p. 187. Per quanto riguarda la letteratura occupatasi dei formulari catoniani sia in generale sia con riferimento a specifici aspetti cfr. VIARO, *op. ult. cit.*, p. 188 nt. 56.

²⁰⁸ Cfr., da ultimo, per tutti, CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 64, cui *adde* ORTU, *Garanzia per evizione*, cit., p. 326 nt. 39.

²⁰⁹ I risultati raggiunti dalla ricerca di Santo Mazzarino (cfr. *Introduzione al de agri cultura di Catone*, Roma, 1952, p. 85 ss., e i suoi *Prolegomena* alla teubneriana, «M. Porci Catonis De Agri cultura ad fidem Florentinis codicis deperdit iteratis curis edidit Mazzarino», Stuttgart, 1962: si vedano anche le recensioni di A. SALVATORE, in «Maia», VII,

abbia avuto come unico scopo quello di individuare nel migliore offerente la controparte contrattuale²¹⁰. Per il resto l'intera operazione, dal perfezionamento all'esecuzione e alla tutela, risulta soggetta alla disciplina privata²¹¹.

1955, p. 231 s., di S. HEDBERG, in «Gnomon», XXXVI, 1964, p. 43 ss., e di R. MARTIN, in «REL.», XLII, 1964, p. 537 ss.), secondo i quali tutta l'opera catoniana pervenutaci sarebbe in sostanza fedele al modello originario risalente all'inizio del II secolo a.C., sono accolti unanimemente dalla letteratura romanistica più recente: cfr., tra gli altri, SARGENTI, *Il 'De agri cultura'*, cit., p. 160 nt. 2 e p. 182, VON LÜBTOW, *Cato leges*, cit., p. 257 ss., CANCELLI, *Studi*, cit., p. 112 nt. 1, P. THIELSCHER, *Des Marcus Cato Belehrung über die Landwirtschaft*, Berlin, 1963, p. 343 ss., L. LABRUNA, *Plauto, Manilio, Catone*, cit., p. 192 ss. e in particolare p. 194, TALAMANCA, *Costruzione giuridica*, cit., p. 17, e 'Vendita', cit., p. 311, e BURDESE, *Catone e la vendita*, cit., p. 269 ss. Alberto Burdese in proposito richiama l'ipotesi, prospettata per primo da Luigi Labruna, secondo la quale Catone sembra aver utilizzato una raccolta di formule negoziali e forse anche processuali di Manio Manilio, ma ritiene che si potrebbe anche pensare all'esistenza di risalenti formulari utilizzati nella prassi in qualche primordiale archetipo «al quale avrebbero attinto tanto Catone quanto Manio Manilio». Come clausole risalenti al III secolo a.C., soltanto raccolte e rielaborate da Catone, le considerava già FREZZA, *I formulari catoniani e le forme della protezione del credito pignoratizio*, in «Studi E. Betti», II, Milano, 1962, p. 435. Mentre A. ARCANGELI, *I capitoli del De a.c. relativi ai contratti agrari*, in «Studi P. Zanzucchi», Milano, 1927, p. 83 ss. e in particolare p. 85, ha ritenuto che i *cap.* 144-150 provengano con tutta probabilità da una raccolta di *leges* del II secolo a.C., o di Manilio o di altri, con qualche aggiunta o modificazione soprattutto dei nomi propri per adattarla al caso concreto, e che si tratterebbe comunque di aggiunte contemporanee o di poco posteriori a Catone (per gli argomenti addotti a sostegno di una tale conclusione cfr. ARCANGELI, *I capitoli*, cit., p. 74 ss.). Seguono l'orientamento largamente prevalente riferito all'inizio della presente nota anche ORTU, *Garanzia per evizione*, cit., p. 326 nt. 39, e VIARO, *Corrispettività*, cit., p. 187.

²¹⁰ In questo senso KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, cit., p. 629, TALAMANCA, *Contributi*, cit., p. 105 (e, successivamente anche in *Costruzione giuridica*, cit., p. 18 ss.), VON LÜBTOW, *Cato leges*, cit., p. 301 ss., e GALLO, *In tema di origine*, cit., p. 309. Per la verità BURDESE, *Catone e la vendita*, cit., p. 273, con riferimento alla circostanza che l'uso di formale *stipulatio* sembra fosse richiesto per i soli obblighi della controparte compratrice (sul punto cfr. *infra*, cap. I, § 3) precisa che resta pur sempre il fatto del ricorso all'asta e dunque a un procedimento stabilito in cui si estrinseca l'accordo contrattuale e che segna il momento della conclusione del contratto.

²¹¹ Cfr., sul punto, TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani*, cit., p. 52 ss. In questa prospettiva il termine 'lex', che introduce ciascun formulario, va inteso nel senso di 'lex contractus', in particolare di 'lex venditionis-emptionis', e cioè, sostanzialmente, dell'insieme delle clausole che compongono il contratto di compravendita. Catone indica a quali condizioni è opportuno che il *dominus* proceda nella vendita dei suoi prodotti. D'altronde con il medesimo significato il termine 'lex' ricorre anche in Varrone (si veda M. CARBONE, «Tanti sunt mi emptae?» «Sunt.» Varr. *de re rust.* 2,2,5, cit., p. 388 ss., con ulteriore letteratura sull'argomento) e si riscontra pure in seguito (cfr. D. 18.1.22, D. 19.2.29 e D. 19.2.30.3, riportati *infra*, p. 85). Ovviamente si tratta di disposizioni che seppur predisposte dal venditore per acquistare efficacia devono esser accettate dall'acquirente tramite l'*addictio*. Sarà il perfezionamento dell'accordo ad assicurare il loro rispetto e, quindi, il compimento delle relative operazioni.

I.

Il contratto di vendita delle olive ancora sull'albero

1. Caratteristiche della fattispecie contrattuale: premessa

La prima e più articolata *lex venditionis* è quella relativa alla vendita dell'*olea pendens*²¹²:

agr. 146.1-3: Oleam pendentem hac lege venire oportet: olea pendens in fundo Venafro venibit. Qui oleam emerit, amplius quam quanti emerit omnis pecuniae centesima accedet, (praeconium praesens SS.L), et oleum (romanici p. ∞ D, viridis p.CC), oleae (caducae M L, strictivae M X: modio oleario mensum dato), unguinis p.X. ponderibus modisque domini dato *ἴρι priῖ* primae cotulas duas.

Dies argento: ex K. Nov. mensum X; oleae legendae faciendae, quae locata est, et si emptor locarit, Idibus solvito. Recte haec dari fierique satisque dari domino, aut cui iuserit, promittito satisque dato arbitrato domini. Donicum solutum erit aut ita satis datum erit, quae in fundo inlata erunt, pigneri sunt. Ne quid eorum de fundo deportato; si quid deportaverit domini esto.

Vasa, torcula, funes, scalas, trapetos, si quid et aliud datum erit, salva recte reddito, nisi quae vetustate fracta erunt. Si non reddet, aequom solvito. Si emptor legulis et factoribus, qui illic opus fecerint, non solverit, cui dari oportebit, si dominus volet, solvat. Emptor domino debeto et id satis dato, proque ea re ita uti s.s. e. item pignori sunt.

Catone indica a quali condizioni sia opportuno (*oportet*)²¹³ che il *dominus fundi*²¹⁴ proceda alla vendita delle olive²¹⁵ sull'albero. L'autore consiglia di con-

²¹² Dei formulari si riporta l'edizione della Teubner curata da Mazzarino che si è avuta già occasione di citare: cfr. *supra*, nt. 209.

²¹³ Sul significato da attribuirsi al termine '*oportet*' nei formulari catoniani cfr. É. JAKAB, *Vinum effundere in Ulp. D. 18.6.1-3*, in «ZSS.», CLXVI, 1999, p. 77 s., e BURDESE, *Catone e la vendita*, cit., p. 270.

²¹⁴ Nel precisare che il *De Agricultura* di Catone appare indirizzato a dare consigli al proprietario di un fondo agricolo di rilevanti ma non eccessive dimensioni, BURDESE,

cludere l'affare fissando innanzitutto a carico del compratore l'obbligo di pagare, entro un dato termine, non solo il prezzo ma anche le spese d'asta²¹⁶ e il banditore. Inoltre fissa anche l'obbligo di consegnare al venditore determinate quantità di vari tipi di olio, di olive e di grasso²¹⁷, di *promittere* (nei confronti del *dominus*, o di chi altri gli sarà indicato) di dare e fare tutto *recte* e di garantirlo secondo le modalità richieste dal *dominus*²¹⁸. In secondo luogo sta-

Catone e la vendita, cit., p. 269, sottolinea che le *leges venditionis* sono da intendersi dettate nell'interesse del *dominus fundi*.

²¹⁵) L'attenzione particolare che Catone dedica nel corso della sua opera alla coltivazione dell'olivo e poi, come vedremo (cfr. *infra*, parte II, cap. II §§ 1-2), della vite, dimostra che queste coltivazioni erano ritenute da lui le più meritevoli di cure, rispetto a quelle di ogni altro tipo, per l'alto reddito che avrebbero potuto assicurare ai proprietari se gestite con oculatezza: così CASTELLO, *Nuovi spunti su problemi di storia, economia*, cit., p. 240.

²¹⁶) Così già KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, cit., p. 618 e p. 629, che aveva appunto considerato questa somma «als Ausrufergebühr». In effetti si è discusso a chi spettasse l'*accessio centesimae*, in ogni caso ricollegabile all'*auctio*. Secondo alcuni studiosi, per i quali le vendite all'asta catoniane non prevedevano l'intervento di un *coactor argentarius*, l'*accessio* sarebbe diretta esclusivamente a coprire le spese d'asta, ed era dovuta al *praeco* (così ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, I, cit., p. 76, TALAMANCA, *Contributi*, cit., p. 111 s., e *La tipicità*, cit., p. 51 nt. 58, LABRUNA, *Plauto, Manilio, Catone*, cit., p. 197 e p. 215 s. nt. 141, e CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 80): per altri invece si tratterebbe proprio della mercede del *coactor* soprannominato (cfr. VON LÜBTOW, *Cato leges*, cit., p. 308 nt. 12 e p. 346 ss., e THIELMANN, *Die römische Privatauktion*, cit., p. 46).

²¹⁷) ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, I, cit., p. 75 s., che come si vedrà (cfr. *infra*, nt. 226), considera questo negozio simile ad una compravendita *rei speratae*, e sostiene che il passo '*Romanici ... - ... unguinis p. X*' indichi il prezzo base per le varie qualità di olive. È però preferibile, per una serie di fondate ragioni (sulle quali cfr. TALAMANCA, *Contributi*, cit., p. 109 nt. 2) l'interpretazione seguita nel testo, che è poi quella dominante, secondo la quale appunto la parte del formulario in questione riferisce le ulteriori prestazioni accessorie che l'*emptor* deve al *dominus*, oltre al pagamento del prezzo, del *praeco* e delle spese d'asta (sul punto si veda, per tutti, CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 80).

²¹⁸) L'espressione '*arbitratu domini*', ricorrente nelle due *leges* immediatamente precedenti e relative alla locazione d'opera per la raccolta e la lavorazione dell'olio, è stata al centro di un vivace dibattito. Secondo alcuni autori (F. SCHULZ, *rec.* a «Studi P. Zanzucchi», cit., in «ZSS», XLVIII, 1928, p. 690 ss., G. GROSSO, *Il fr. 77 D. 17.2 e i formulari di locazioni del 'de agri cultura' di Catone*, in «SDHI», III, 1937, p. 440 ss., e *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*³, Torino, 1966, p. 112 s.) tale locuzione provverebbe che già in epoca alto-repubblicana era ammessa la possibilità, per una delle parti contrattuali, di determinare, o meglio, di contribuire a determinare, sia pure nel rispetto dei parametri del '*bonus vir*' e solo con riferimento a specifiche fattispecie, il contenuto di una delle prestazioni scaturenti dal contratto o, come nel nostro caso, le modalità di prestazione della garanzia. Secondo, invece, altri autori, (E. ALBERTARIO, *Contratti agrari nel de agri cultura di Catone*, in *Studi di diritto romano*, VI, Milano, 1953, p. 289, VON LÜBTOW, *Cato leges*, cit., p. 404, CANCELLI, *Studi*, cit., p. 106 ss., e P. VOCI, *Le obbligazioni romane. Il contenuto dell'obligatio*, I, Milano, 1969, p. 199 s.) Catone nelle sue *leges* avrebbe tracciato proprio una linea di confine tra l'*arbitratu domini* e quello *boni viri*, e la

bilisce che, fino a quando il compratore non abbia provveduto al pagamento o non abbia dato garanzia nei modi suddetti, tutto quello che sia stato trasportato nel fondo si consideri in pegno, e che niente possa essere portato via altrimenti diventerà del *dominus*²¹⁹. Inoltre tutti gli attrezzi prestati dal *dominus* per la raccolta delle olive (vasi, torchi, funi etc.) devono esser restituiti integri²²⁰, salvo che qualcosa si sia rotto per vetustà²²¹. In caso di mancata restituzione dovrà pagarsi l'*aequom*. Infine, nell'ipotesi di mancato pagamento da parte del compratore di quanti hanno effettuato la raccolta e la torchiatura delle olive, si riconosca la facoltà al *dominus* di procedere personalmente al pagamento²²². Il compratore, in questo caso, rimarrà obbligato nei suoi confronti e dovrà per il debito prestare garanzia; e le cose di cui sopra si è scritto si riterranno pignorate anche a tal titolo.

Si tratta di una *lex venditionis* abbastanza complessa, che non produce solo le obbligazioni principali dell'*emptio* – consegna della *merx* e pagamento del *pretium* – ma anche altri obblighi strettamente connessi al «mondo dell'agricoltura»²²³. Il modello contrattuale proposto, infatti, tiene conto del ricorrere, ac-

previsione del primo, lungi dal costituire uno strumento per la determinazione di uno degli elementi della prestazione, avrebbe semplicemente implicato l'attribuzione di poteri di controllo della parte contrattuale sulle modalità di svolgimento dell'opera o sulla correttezza delle garanzie, che avrebbero inciso dunque su prestazioni già determinate. Sull'oggetto dell'*arbitratus domini* nelle *leges* di cui ai *cap.* 144-145 di Catone cfr., più di recente, M. HUMBERT, *Deux notes en marge de l'arbitrage romain*, in «Iuris vincula. Studi M. Talamanca», IV, Napoli, 2001, p. 404 ss., secondo il quale il potere del *dominus* supererebbe la direzione della condotta e si spingerebbe fino al controllo di conformità del compito eseguito dalla controparte. La sanzione di questo potere arbitrale consisterebbe addirittura nella possibilità di trattenere in parte o totalmente la mercede. Sulla differenza tra l'*arbitrium ex compromisso* con funzione decisoria e l'arbitraggio diretto a svolgere l'integrazione di taluni elementi del regolamento contrattuale volutamente lasciati indeterminati al momento della conclusione del contratto cfr. T. DALLA MASSARA, *Reciproche relazioni e integrazioni tra arbitrato e iudicium: un itinerario nella giurisprudenza classica*, cit., p. 115 ss. nt. 4, con ulteriore letteratura in argomento.

²¹⁹⁾ Si discute tra gli autori su quali sarebbero state le conseguenze se quanto costituito in pegno, *invecta et illata*, venisse portato via prima che il compratore avesse adempiuto o almeno garantito le sue obbligazioni. Sul punto cfr. *infra*, in questo paragrafo e in particolare nt. 276.

²²⁰⁾ Sul significato e la portata del '*fracta esse*' cfr., da ultimo, CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 75.

²²¹⁾ Secondo CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 75 e 83, la vetustà delle scale sarebbe dal punto di vista probatorio facilmente accertabile con la semplice presentazione dell'attrezzo alla controparte.

²²²⁾ CASTELLO, *Nuovi spunti*, cit., p. 256, evidenzia che nella fattispecie prevista, e cioè quando alla *venditio olae legendae* si affianca una *locatio olae legendae faciundae*, l'*emptor* si avvale del lavoro di terzi che possono venir soddisfatti dal proprietario, al quale, in tal caso, verranno riconosciute maggiori garanzie di quelle che sono a lui concesse nell'ipotesi più semplice.

²²³⁾ Cfr., sul punto, CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 83.

canto alla causa tipica della compravendita, anche di ulteriori interessi quali, ad esempio, quello del *dominus fundi* di tenere per sé una parte dell'olio prodotto o quello dell'*emptor* di provvedere, direttamente o indirettamente, alla raccolta ed alla lavorazione delle olive acquistate²²⁴.

Nonostante, però, ci si trovi di fronte ad un quadro molto più complesso, e quindi implicante la necessità di procedere con maggiore cautela, va sottolineato che il tipo contrattuale presentato è definito dalla fonte stessa una vendita²²⁵.

Appare pertanto utile verificare quali sono le caratteristiche presentate dal modello contrattuale in esame.

2. Tipologia degli effetti

In primo luogo risulta interessante l'oggetto della vendita: l'*olea pendens*. La circostanza, infatti, che le olive vengano acquistate quando non sono ancora suscettibili di rapporti giuridici autonomi, in quanto attaccate alla cosa madre, depone nel senso che si tratti della vendita di una *res futura*²²⁶, dunque avente

²²⁴ Cfr. CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 84 e nt. 53, ove vengono indicate le clausole del formulario in questione da cui può desumersi che anche l'*emptor* può svolgere in proprio o subappaltando l'attività di raccolta e di spremitura delle olive.

²²⁵ Questa circostanza è sottolineata da VON LÜBTOW, *Cato leges*, cit., p. 241 ss., e nello stesso senso si è espresso TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 66. Quest'ultimo nel notare che l'aspetto più problematico sarebbe rappresentato dal «fatto che il contratto non ha ad oggetto una cosa futura il cui venir in essere dipenda dal venditore (o, in ogni modo, avvenga senza la cooperazione del compratore): è l'*emptor* che deve qui produrre l'olio che viene venduto allo stato di olive da raccogliere e da oleificare sul fondo, onde il *dominus fundi* e venditore non è soltanto obbligato a trasferire il prodotto, ma altresì a mettere il fondo a disposizione per la raccolta e l'oleificazione, e a fornire gli attrezzi necessari compresi i frantoi. Nelle fonti giuridiche che riguardano la compravendita di cose future, non emergono tematiche del genere e non possiamo sostituirci ai *prudentes* nel giudicare se un siffatto assetto d'interessi potesse rientrare o meno nello schema della compravendita. Quanto risulta, comunque, è che, al tempo di Catone non sorgevano problemi in proposito». Le difficoltà appena rilevate si superano considerando oggetto della vendita i frutti pendenti, secondo quanto per altro comunemente si ritiene e come, del resto, risulta dall'espressione letterale utilizzata nella *lex* in questione («*Oleam pendentem hac lege venire oportet*»).

²²⁶ Nello stesso senso KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, cit., p. 613 s. Si discute al proposito se si tratti più precisamente di un'*emptio* avente un regime analogo a quello della *rei speratae*, come è sembrato preferire ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, I, cit., p. 75 s., o di un contratto simile all'*emptio spei*, per il quale sembra optare TALAMANCA, *Contributi*, cit., p. 109 nt. 2, e *La tipicità*, cit., p. 66. Quest'ultimo autore aveva, almeno in un primo tempo, sottolineato che «l'alea del compratore è ridotta (anzi normalmente esclusa) dal

necessariamente effetti obbligatori²²⁷. D'altra parte anche la controprestazione principale, ossia il pagamento del prezzo, è previsto convenzionalmente che avvenga in tempo successivo alla conclusione del contratto ('*Dies argento ex K.Nov. mensum X oleae legendae faciendae, quae locata est, et si emptor locarit, Idibus solvito*'). Infine pure le cosiddette *accessiones* in natura al prezzo, collegate al venire in essere dell'*olea*, non potranno che esser oggetto di consegna futura.

3. Atto produttivo dell'efficacia

Altro particolare interessante per la ricostruzione della vendita *inter cives* a cavallo tra il III ed il II secolo a.C. è la circostanza che, per acquistare efficacia obbligatoria tra le parti, l'intera *lex venditionis* sembra dover essere semplicemente accettata dalla controparte. Trattandosi in particolare di vendite all'asta, pare sufficiente che vi sia stata l'*addictio* del *praeco* in risposta alla richiesta del miglior offerente. L'atto avrebbe garantito l'avvenuto raggiungimento dell'accordo²²⁸.

Alcuni autori, pur riconoscendo rilevanza giuridica all'accordo manifestatosi nell'*addictio*, sottolineano che non si possa parlare nella fattispecie di compravendita meramente consensuale, in quanto sarebbe stato il procedi-

fatto che la vendita avviene immediatamente prima del raccolto» (così in *Contributi*, cit., p. 109 nt. 2). Per la configurazione di questa vendita in termini di *emptio spei* si è espresso anche CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 107 e nt. 120, cui *adde* M. PENNITZ, *Die Gefahrtragung beim Weinverkauf in klassischen römischen Recht*, in «I.», LXII, 1994, p. 257, che argomenta dall'*'omnis pecunia centesima'*. Martin Pennitz (*Das Periculum rei venditae*, cit., 341 s.) ha successivamente sul punto precisato che questi contratti di cosa futura hanno finalità speculativa nel senso che il prezzo di mercato della merce acquistata sarebbe stato più alto di quello convenuto nella fattispecie. In conformità a quanto detto sia nella vendita del *olea pendens* che in quella successiva del *vinum pendens* non vi sarebbe da parte del venditore alcuna assunzione di rischio, che sarebbe appunto, com'è nell'*emptio spei*, a carico del compratore, a differenza di ciò che si verifica nella vendita del *vinum in dolis* ove l'acquirente almeno si risparmia la preoccupazione dell'eventuale acidità o muffa del vino (cfr. *infra*, parte II, cap. II, § 2)

²²⁷ Così già KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, cit., p. 613. Anche CUQ, *Manuel*, cit., p. 454 e nt. 2, sottolinea che vendite aventi oggetti di tal tipo furono possibili soltanto quando si separò l'accordo sulla vendita dalla sua realizzazione. E, nello stesso senso, si sono espressi VON LÜBTOW, *Cato leges*, cit., p. 366, CANCELLI, *L'origine*, cit., p. 123, e GALLO, *In tema di origine*, cit., p. 309. Mario Talamanca ha sostenuto che uno dei contesti in cui è cominciata *inter cives* l'estensione della vendita consensuale ad efficacia obbligatoria sia stato proprio, come dimostrerebbero i formulari di Catone, quello relativo alla vendita di «prodotti naturali futuri» (così in '*Vendita*', cit., p. 311 nt. 71).

²²⁸ Cfr., in questo senso, tra gli altri, KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, cit., p. 630, VON LÜBTOW, *Cato leges*, cit., p. 368, e TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 60.

mento seguito nell'*auctio* a garantire quel minimo di pubblicità e formalità che avrebbe consentito di riconoscere rilevanza all'accordo, non manifestatosi tramite reciproche *verborum obligationes*²²⁹. In effetti per poter verificare l'assunto occorrerebbe, ove ne ricorresse la possibilità, individuare come si concludevano i contratti di vendita non all'asta in età catoniana. Purtroppo, com'è noto, risalgono a quell'epoca soltanto i formulari in questione²³⁰. Non è pertanto possibile giungere ad alcuna verificabile deduzione sul punto. La circostanza che l'*addictio* costituisse il momento perfezionativo del consenso non depone, però, né in un senso né nell'altro. Se, infatti, da una parte non può escludersi che l'*auctio* privata abbia costituito il «quid di intermedio»²³¹ nel passaggio dalla *verborum obligatio* al mero consenso, dall'altra deve ammettersi che anche nell'epoca di pieno riconoscimento dell'*emptio* consensuale l'accordo, nelle vendite all'asta private, si intendeva perfezionato al momento dell'accettazione da parte del *praeco* della migliore offerta.

A prescindere da questo aspetto, ciò che ha fatto ritenere alla maggior parte degli studiosi la rilevanza *consensu* della *lex venditionis* dell'*olea pendens* è stata la mancanza di qualsiasi riferimento diretto, o indiretto, alla necessità che quest'ultima dovesse, per diventare giuridicamente perseguibile, chiudersi

²²⁹) Così in particolare GALLO, *In tema*, cit., p. 309 ss. e p. 311 nt. 63, la cui opinione è seguita su questo punto da TALAMANCA, '*Vendita*', cit., p. 311 e nt. 75, e ritenuta «particolarmente meritevole di attenzione» da MAROTTA, *Tutela*, cit., p. 44 nt. 221. Condivide il pensiero di Filippo Gallo anche BURDESE, *Catone e la vendita*, cit., p. 272 ss. in particolare p. 275 nt. 39. L'illustre maestro al proposito ritiene che il riconoscimento dell'*emptio consensu contracta* all'epoca dei formulari catoniani fosse ancora in fase di assettamento, come sarebbe dimostrato non solo dal formalismo verbale di *promissio* e *satisfactio* richiesto per l'assunzione degli impegni della controparte compratrice, ma pure da tutte le altre garanzie, anche di natura reale, previste nel formulario: in questo contesto avrebbe assunto enorme importanza la circostanza che la vendita si sarebbe dovuta concludere attraverso un procedimento formale prestabilito, l'*auctio*. A sua volta CANCELLI, *L'origine*, cit., p. 75 e 120 ss., che non crede alla precedenza della prassi delle reciproche *verborum obligationes* ai fini della conclusione della vendita, ritiene in maniera più rigida che l'*auctio* testimoniata da Catone fosse a quel tempo l'unica forma di vendita conosciuta accanto agli arcaici *actus legitimi*. Contro quest'ultimo modo di vedere cfr. le critiche di GALLO, *In tema*, cit., p. 313 nt. 56, nonché quanto sarà immediatamente detto nel testo.

²³⁰) Per la verità in D. 19.1.38.1 è contenuto un parere di Sesto Elio e Livio Druso, appartenente dunque allo stesso arco di tempo, in materia di vendita di schiavi. Esso è testimonianza, secondo l'opinione dominante (cfr., per tutti, CASCIONE, *Consensus*, cit., p. 305 ss.) dell'esistenza *inter cives* dell'*emptio consensu contracta*, ma l'ipotesi dell'*auctio* non può essere esclusa *a priori*, considerato che dal passo pare non si possano desumere indizi che consentano in qualche modo di stabilire quale sia stato in effetti il procedimento seguito per la conclusione del contratto. Questa fonte non risulta, quindi, rilevante ai fini della questione appena sopra prospettata.

²³¹) L'espressione è riportata da GALLO, *In tema*, cit., p. 305 s.

con una clausola stipulatoria generale²³². A tal proposito Ludwig Mitteis²³³ e poi Carlo Longo²³⁴ hanno rilevato che l'omissione catoniana risulterebbe altrimenti del tutto incomprensibile, in quanto ci si sarebbe dimenticati di avvertire il lettore dell'aspetto più importante²³⁵.

Nonostante detto silenzio, alcuni autori hanno ritenuto che il contratto in questione avrebbe acquistato efficacia obbligatoria solo se travasato in reciproche *stipulationes*²³⁶.

A sostegno dell'ipotesi è stata richiamata la clausola '*recte ... domini*'²³⁷,

²³²) Così: BECHMANN, *Der Kauf*, cit., p. 531 ss., L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht*, Leipzig, 1908, p. 48 nt. 22, KARLOWA, *Civilprozess*, cit., p. 135 s., PERNICE, *Labeo*, cit., p. 458 s. nt. 16, G. PADELLETTI, *Storia del diritto romano. Manuale ad uso delle scuole. Con note di P. COGLIOLO*, cit., p. 270, CUQ, *Manuel*, cit., p. 454 nt. 10, MONIER, *Manuel élémentaire*, cit., p. 134, LONGO, *Corso*, cit., p. 304, FERRINI, *Sull'origine*, cit., p. 63, KASER, *Das altrömische Ius*, cit., p. 296, VON LÜBTOW, *Cato leges*, cit., p. 365 ss., G. THIELMANN, *Die römische Privatauktion*, cit., p. 85 ss., e A. WATSON, *The Origin of Consensual Sale: A Hypothesis*, in «I.», XXXII, 1964, p. 253 nt. 17. Anche VOCI, *Le obbligazioni*, cit., p. 200 nt. 35, ha sottolineato, sia pure con riferimento specifico alle *leges locationis*, che non vi è in questi testi alcuna prova esplicita per la *stipulatio*. Nel senso dell'inesistenza nei formulari catoniani di clausole stipulatorie generali si è espressa pure B. PARSY MAGDELAIN, *Caton et le «fructus ovium»*, in «Labeo», XXXV, 1989, p. 346.

²³³) *Römische Recht*, cit., p. 48 nt. 22.

²³⁴) *Corso*, cit., p. 304.

²³⁵) Nello stesso senso si sono poi espressi VON LÜBTOW, *Cato leges*, cit., p. 367, e CANCELLI, *L'origine*, cit., p. 121.

²³⁶) Così BEKKER, *Ueber die 'leges locationis'*, cit., p. 442, e *Die Aktionen*, cit., p. 157 e nt. 71, GIRARD, SENN, *Manuel*, cit., 571 nt. 3, e ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, I, cit., p. 75 s., seguito, in un primo tempo, da TALAMANCA, *Contributi*, cit., p. 110 nt. 2 e p. 112. Condividono la tesi stipulatoria SARGENTI, *Il 'De agri cultura'*, cit., p. 179 s., e LABRUNA, *Plauto, Manilio, Catone*, cit., p. 197 e p. 217 nt. 146; anche MAROTTA, *Tutela*, cit., p. 44, esclude la possibilità che «l'accordo avesse di per sé carattere vincolante», mentre MAGDELAIN, *De la royauté*, cit., p. 173 s., sostiene che la necessità di impegnarsi tramite *stipulatio* gravasse esclusivamente sul compratore, e ciò sarebbe stato giustificato dalla condizione di inferiorità nella quale questa parte contrattuale versava rispetto al *dominus*-venditore, il quale invece sarebbe stato tenuto a rispettare il contratto solo in forza della *fides*. Secondo CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 81, la *stipulatio* sarebbe stata necessaria per «da nascita di un *oportere*». Di recente sembra non escludere la necessità di ricorrere alla *stipulatio* per dare rilievo agli schemi contrattuali contenuti nel *De Agricultura* CAPOGROSSI COLOGNESI, *Padroni e contadini*, cit., p. 152 ss. e in particolare p. 154 nt. 44, ove addirittura ammette un impiego particolare della *mancipatio*.

²³⁷) In questo senso si era espresso BEKKER, *Ueber die 'leges locationis'*, cit., p. 442, e poi SARGENTI, *Il 'De agri cultura'*, cit., p. 180. Pure SCIALOJA, *Compra-vendita*, cit., p. 163 s., per la presenza di tale clausola, aveva manifestato delle perplessità sulla rilevanza del mero consenso. Mentre l'opinione prevalente è nel senso che essa – pure se al tempo di Catone aveva ad oggetto soltanto alcuni obblighi del compratore – costituirebbe comunque una testimonianza del periodo più antico in cui la vendita consensuale in generale (e l'*actio* privata in particolare) «non era ancora, senza il cappello di clausole stipulatorie,

che, come si è già accennato, prevede l'assunzione tramite promessa verbale di alcuni obblighi dell'aggiudicatario²³⁸.

Non sembra, però, trattarsi di una clausola stipulatoria avente a oggetto l'intero contenuto del contratto.

Innanzitutto la disposizione si riferisce esclusivamente a obblighi del compratore. Manca, pertanto, qualsiasi accenno a una *stipulatio* assunta dal *dominus*²³⁹. In particolare è stata rilevata la totale assenza di una *stipulatio* mediante la quale il venditore si sarebbe impegnato a consegnare il prodotto venduto²⁴⁰, nonostante che la prestazione potesse essere adempiuta soltanto dopo il momento conclusivo del contratto, avendo la vendita in questione a oggetto una *res futura*²⁴¹. Occorre, però, tener presente che spesso l'*emptor*, provvedendo direttamente o mediante subappalto alla raccolta e alla spremitura dell'*olea*, veniva a trovarsi in possesso della *res* venduta senza la necessità che ne avvenisse la materiale consegna. In questo caso, però, l'obbligo di consegna sarebbe, molto probabilmente, consistito nel mettere a disposizione del compratore il fondo, perchè questi potesse procedere alle attività suaccennate. D'altra parte sembra non potersi dubitare che, accanto a questa possibilità, fosse anche prevista, come ipotesi altrettanto ricorrente, quella di estraneità del compratore dell'*olea* allo svolgimento delle attività sopra indicate²⁴². In tal caso, dunque, l'obbligo di consegnare la *merx* sarebbe, appunto, gravato sul *dominus*, o su chi da questi fosse stato autorizzato alla *traditio* del prodotto.

I sostenitori della tesi stipulatoria hanno tentato di superare il rilievo relativo all'assenza di riferimenti all'obbligo di stipulare del venditore, giustificandone la mancanza col fatto che la preoccupazione di Catone era quella

produttiva di effetti giuridici» (così GALLO, *In tema di origine*, cit., p. 313, e, sia pure in termini più problematici, essenzialmente anche TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 60).

²³⁸) 'Recte haec dari fierique satisque dari domino, aut cui inserit, promittito satisque dato arbitratu domini'.

²³⁹) Questo viene riconosciuto anche, tra gli altri, da TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 58, MAGDELAIN, *De la royauté*, cit., p. 173 s., e VIARO, *Corrispettività*, cit., p. 189.

²⁴⁰) L'inesistenza di *stipulationes* volte a garantire la consegna della cosa è stata sottolineata da CUQ, *Manuel*, cit., p. 454 nt. 10, da MONIER, *Manuel*, cit., p. 134, e da WATSON, *The origins*, cit., p. 253 nt. 17.

²⁴¹) Cfr. *supra*, nt. 226.

²⁴²) A prova di ciò è sufficiente sottolineare il rinvio che viene fatto all'*emptor* in Cato, *agr.* 144.1 e 145.2, in quanto dimostra che il *redemptor* avrebbe potuto benissimo essere persona diversa da 'quis oleam emerit', ma soprattutto l'esplicita specificazione contenuta in Cato, *agr.* 146.3, dove i termini fissati per il pagamento variano a secondo di chi avrà locato l'attività di raccolta e di spremitura delle olive: 'Dies argento: ex K. Nov. mensum X; oleae legendae faciendae, quae locata est, et si emptor locarit, Idibus solvito'.

di dare consigli al *dominus* dell'azienda e non alla controparte²⁴³. La ricorrenza della *stipulatio* reciproca sarebbe stata, invece, sottintesa, dovendosi ritenere scontato che nessun compratore si sarebbe obbligato tramite *promissio* nel caso in cui il venditore non fosse stato immediatamente disposto a fare altrettanto²⁴⁴. Una tale motivazione non si è ritenuta, però, del tutto soddisfacente. Si è rilevato, infatti, che lo scopo del lavoro di Catone è «ein viel zu vages Argument»²⁴⁵ per presumere la ricorrenza di una promessa formale del *dominus*, della quale non vi è traccia nel formulario. In ogni caso ritengo che l'unilateralità della prospettiva catoniana sia soprattutto smentita dalla previsione espressa, non nella *lex* in esame ma in quelle seguenti, di precisi obblighi a carico del *dominus*²⁴⁶.

In ogni caso, a prescindere dalla mancanza della previsione della *promissio* del venditore, va rilevato, contro la tesi stipulatoria, che la clausola '*recte ... domini*' non può considerarsi neanche comprensiva di tutti gli obblighi dell'aggiudicatario. Ciò appare deducibile già dalla posizione assunta all'interno del formulario in questione. La clausola appare, infatti, inserita a metà della *lex venditionis* dell'*olea pendens*, e si riferisce, quindi, soltanto agli obblighi dell'aggiudicatario già menzionati e non a quanto viene disposto nel seguito. Per evitare un tale rilievo Ferdinand Kniep²⁴⁷ ha sostenuto che le clausole successive alla stipulatoria sono state aggiunte in un secondo tempo al formulario originale²⁴⁸. A tal proposito, però, Ulrich von Lübtow ha fatto notare

²⁴³) In questo senso si è espresso BEKKER, *Ueber die 'leges locationis'*, cit., p. 443 s.

²⁴⁴) Così ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, I, cit., p. 77.

²⁴⁵) VON LÜBTOW, *Cato leges*, cit., p. 375.

²⁴⁶) Al proposito, per rinviare alle ipotesi più chiare, è sufficiente richiamare le clausole di cui ai *cap.* 147.1 e 148.2, che stabiliscono l'obbligo del *dominus* di garantire il *locus vinis* fino al primo dell'ottobre successivo (sul punto cfr. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 66 nt. 115) nonché la disposizione del *cap.* 148.2, con cui si sancisce che il *dominus*, ove gli sia espressamente richiesto, deve giurare di aver misurato in maniera esatta, e infine la clausola 2 del *cap.* 149.2, con la quale tra l'altro si dispone a carico del venditore del *pabulum hibernum* di pagare i danni eventualmente provocati all'*emptor* durante il periodo di durata del contratto. Sul contenuto di tutte le clausole appena richiamate si veda più approfonditamente *infra*, cap. II, §§ 1-3.

²⁴⁷) *Gai institutionum commentarius tertius*, II, Jena, 1917, p. 282.

²⁴⁸) TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 62 nt. 97, ha prospettato l'ipotesi che l'intera clausola alla quale ci si sta riferendo nel testo – comprensiva dunque anche della parte relativa al *pignus* sugli *inlata* – «sembrerebbe terminare il capitolato d'incanto» e ciò perché, sia Cato, *agr.* 149 che 150, si chiudono sostanzialmente – a parte la disposizione finale sulla competenza del *cap.* 149, che secondo l'autore non rilevarebbe – con la previsione del *pignus*. In questa prospettiva le clausole successive a quella in esame darebbero l'impressione di essere state aggiunte posteriormente, e ciò per la rinnovata previsione della *satisdatio* e del *pignus* e soprattutto perché non è ricordato in esse, rispetto alla prece-

come non esistano elementi in grado di giustificare l'affermazione, in quanto le clausole successive risultano a tutela di interessi rilevanti che, altrimenti, resterebbero privi di considerazione²⁴⁹.

La parzialità della clausola, infatti, è stata sottolineata dalla maggioranza degli autori che si sono occupati dei formulari catoniani²⁵⁰. Va inoltre rilevato come si potrebbe addirittura discutere se possa considerarsi oggetto della *promissio* l'obbligo principale dell'*emptor*, il pagamento del prezzo. Nelle clausole ove sono elencate tutte le obbligazioni del compratore che dovranno costituire oggetto di *stipulatio*, il riferimento al prezzo è, infatti, formulato in maniera indiretta:

Cato, *agr.* 146.1-2: ... Qui oleam emerit, amplius quam quanti emerit omnis pecuniae centesima accedet, (praconium praesens SS.L) et oleum (romanici ∞ D. ...

Dies argento ex K.Nov. mensum X oleae legendae faciendae, quae locata est, et si emptor locarit, Idibus solvito. Recte haec dari fierique satisque dari domino, aut cui iusserit, promittito ...

Letteralmente «Chi comprerà l'oliva: oltre al prezzo» (letteralmente «a quanto avrà comprato») «accederà una maggiorazione dell'uno per cento dell'intera somma, per il presente bando 50 sesterzi; e olio: del Romanico 500 libbre ... etc.». Dunque, almeno secondo la struttura della clausola, sembrerebbe che contenuto della promessa nella disposizione sia soltanto ciò che costituisce l'oggetto di 'accedet', ossia la centesima e tutto quanto vien dopo, non invece il 'quanti emerit', che parrebbe piuttosto richiamato unicamente per ricordare che viene aggiunto a quanto ulteriormente richiesto all'aggiudicatario. In effetti già Alfred Pernice aveva sostenuto, sia pure in modo molto incidentale²⁵¹, che la clausola in questione riguardava appunto la garanzia del pagamento del prezzo

dente, l'obbligo del 'promittere'.

²⁴⁹⁾ Cato *leges*, cit., p. 368.

²⁵⁰⁾ Che la clausola stipulatoria si riferisca soltanto ad alcune obbligazioni scaturenti dal contratto lo hanno evidenziato BECHMANN, *Der Kauf*, cit., p. 531 s., KARLOWA, *Der römische Civilprozess*, cit., p. 135 s., PERNICE, *Labeo*, I, cit., p. 458 s. nt. 16, CUQ, *Manuel*, cit., p. 454 nt. 10, con molte perplessità SCIALOJA, *Compra-vendita*, cit., p. 163 s., MONIER, *Manuel*, cit., p. 134, FERRINI, *Sull'origine*, cit., p. 63, VON LÜBTOW, *Cato leges*, cit., p. 365 ss., CANCELLI, *L'origine*, cit., p. 122 nt. 308, e THIELMANN, *Die römische Privatauktion*, cit., p. 85 ss. La parzialità del ricorso all'*obligatio verbis* nei formulari catoniani è stata rilevata anche da PARSY MAGDELAIN, *Caton et 'fructus ovium'*, cit., p. 346, e da CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 66. Per la «omnicomprensività» degli obblighi, in favore del proprietario delle olive sembra propendere TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 61, condiviso da VIARO, *Corrispettività*, cit., p. 188 s. e nt. 57.

²⁵¹⁾ Tale osservazione, infatti, si ritrova alla fine di una lunga nota (*Labeo*, I, cit., p. 459 nt. 16).

e tutte le altre obbligazioni appena elencate, tranne il pagamento del prezzo.

Ma, pur accogliendo l'interpretazione prevalente secondo la quale avrebbe costituito oggetto della *promissio* anche l'obbligazione principale dell'aggiudicatario²⁵², ciò non escluderebbe che essa potesse aver rilievo già a livello meramente consensuale. Infatti, perfino in epoca classica, quando ormai la vendita era sicuramente da più secoli un contratto consensuale, è testimoniato il ricorso alla *stipulatio* del prezzo²⁵³, che avveniva per ovvi motivi di opportunità; ma, soprattutto, rimarrebbe la parzialità della clausola stipulatoria, sopra rilevata.

Stando così le cose, come aveva puntualmente notato Alfred Pernice «die Clausel bei Cato Recte-domini beweist gegen die Stipulatio, nicht dafür»²⁵⁴. La circostanza che Catone abbia disposto, con riferimento ad alcuni obblighi di una sola delle parti²⁵⁵, l'assunzione tramite promessa verbale rende difficilmente condivisibili le ragioni addotte da Vincenzo Arangio-Ruiz²⁵⁶ per giustificare la totale mancanza di un qualsiasi accenno diretto o indiretto alla necessità che l'intero affare dovesse essere travasato in reciproche stipulazioni; e infatti risultano, a questo punto, poco convincenti sia l'affermazione secondo la quale a Catone non sarebbe interessato indicare il ricorso allo strumento stipulatorio quale mezzo per rendere giuridicamente rilevanti gli impegni assunti, sia quella secondo cui i consigli catoniani sarebbero stati soprattutto di carattere economico²⁵⁷. A ciò si aggiunga che, secondo quanto è stato osservato²⁵⁸, se tutto fosse stato comunque versato in una *stipulatio*, che significato avrebbe avuto specificarlo esclusivamente con riferimento a determinati impegni? E, ancora: perché non si sarebbe fatto luogo ad un'unica promessa verbale? Vincenzo Arangio-Ruiz, in effetti, ha affermato che in questo caso si sarebbe fatta menzione delle *verborum obligationes* «solo perché si è voluto suggerire al proprietario di esigere una idonea garanzia personale»²⁵⁹.

²⁵²) Per citare soltanto alcuni autori cfr. CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 80, MAGDE-LAIN, *De la royauté*, cit., p. 173, e BURDESE, *Catone e la vendita del vino*, cit., p. 272.

²⁵³) Così WATSON, *The origins*, cit., p. 253 nt. 17.

²⁵⁴) *Labeo*, cit., p. 459 nt. 16.

²⁵⁵) Cfr. *supra*, in questo stesso paragrafo.

²⁵⁶) *La compravendita*, I, cit., p. 75 s.

²⁵⁷) In critica a questa seconda ragione addotta da Vincenzo Arangio-Ruiz, CANCELLI, *L'origine*, cit., p. 121, aveva anche fatto presente che Varrone, il quale al pari di Catone ha scritto un manuale non giuridico ma di tecnica e di economia agricola, non avrebbe ritenuto superfluo ricordare ai lettori che si dovesse stipulare in questo o in quell'altro modo. Cfr., esemplificativamente, Varr., *re rust.* 2.2.5, 2.3.5, 2.4.5, 2.5.11.

²⁵⁸) PERNICE, *Labeo*, I, cit., p. 459 nt. 16, VON LÜBTOW, *Cato leges*, cit., p. 367 s., e CANCELLI, *L'origine*, cit., p. 122.

²⁵⁹) *La compravendita*, I, cit., p. 76. Anche CANCELLI, *L'origine*, cit., p. 122 nt. 308, ritiene che la *satisfactio* e la *promissio* previste nella clausola in questione «riguardino solo le

Sennonché la circostanza che nella clausola ‘*recte ... domini*’ il ‘*satisdato*’ è previsto come successivo alla semplice promessa (‘*recte haec dari fierique satisque dari domino, aut cui iusserit, promittito satisque dato arbitrato domini*’) parrebbe rendere poco credibile l’idea che anche quest’ultima fosse prevista ai soli fini di garanzia²⁶⁰. Per la verità a tal proposito Ulrich von Lübtow, pur partendo da un punto di vista opposto rispetto a quello di Vincenzo Arangio-Ruiz, ritiene, come quest’ultimo, che la clausola in questione si sia prevista ai soli fini di garanzia, e rileva che la specificazione del ‘*promittito*’ si sia considerata necessaria in quanto la *satisdatio* avrebbe, all’epoca, potuto garantire solo *obligationes verbis contractae*²⁶¹. Al riguardo, però, Filippo Gallo ha osservato, sia pure con riferimento alla funzione originaria della clausola²⁶², come sia veramente poco credibile la necessità di una tale indicazione: sarebbe stato proprio «il giusto rilievo dell’Arangio-Ruiz, secondo cui l’uso delle *verborum obligationes* costituiva l’abbiacci dell’uomo d’affari» a contraddire la spiegazione sopra riferita «provando che, per tale scopo, sarebbe stato sufficiente menzionare nella clausola la *satisdatio* (e cioè appunto suggerire al *dominus* di esigere quest’ultima)»²⁶³. A conferma di questa osservazione depona la circostanza che sia più giù, nello stesso formulario, sia negli altri, oggetto successivo di esame, pur prevedendosi la prestazione di una garanzia per altre obbligazioni, non vi è alcun accenno a un preliminare ‘*promittere*’²⁶⁴.

garanzie per la retta esecuzione degli impegni e prestazioni dell’*emptor-conductor*». In merito all’interpretazione esclusivamente in termini di garanzia prospettata da Vincenzo Arangio-Ruiz si veda anche la critica mossagli da GALLO, *In tema*, cit., p. 310 s. nt. 44.

²⁶⁰) Altri autori hanno sottolineato la ricorrenza nella stessa clausola rispettivamente sia del ‘*promittito*’ che del ‘*satisdato*’. In particolare oggetto di discussione dottrinale è stato il rapporto tra il ‘*satisdari promittito*’ e il ‘*satisdato*’ (per un quadro delle diverse opinioni, cfr. VON LÜBTOW, *Cato leges*, cit., p. 307, GALLO, *In tema*, cit., p. 310 ss., M. KASER, *Die Stipulationsklausele ‘quanti ea res erit’*, in «ZSS.», XC, 1973, p. 214, TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 52 e p. 59 s., e CARDILLI, *L’obbligazione*, cit., p. 81) nonché il problema se la *promissio* in questione era una *stipulatio certi* o *incerti* (sul punto cfr. F. STURM, *Stipulatio Aquiliana*, München, 1972, p. 343 s., e CARDILLI, *L’obbligazione*, cit., p. 66 s. e nt. 9, con bibliografia).

²⁶¹) *Cato leges*, cit., p. 307 ss. e 349. Condivide questa spiegazione di Ulrich von Lübtow PARSY MAGDELAIN, *Caton*, cit., p. 346 s. e nt. 2.

²⁶²) L’illustre maestro torinese, infatti, ha ritenuto la spiegazione appena riferita «probabilmente esatta per il tempo di Catone» (*In tema*, cit., p. 312).

²⁶³) *In tema di origine*, cit., p. 312. In effetti questi rilievi critici portano Filippo Gallo ad attribuire alla clausola stipulatoria in questione una funzione originaria, alla quale sopra si è già fatto cenno, che, sempre per i motivi indicati in precedenza in questo stesso paragrafo, non ci sembra possibile condividere (cfr. *supra*, p. 76 ss.).

²⁶⁴) La mancanza del ‘*promittere*’ accanto al secondo ‘*satisdare*’ di Cato, *agr.* 146, è stata già sottolineata da TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 62 nt. 97, che ha per questo ipotizzato la risalenza delle due clausole in questione a epoche diverse (cfr. *supra*, nt. 248).

Si leggano al proposito, nel *De agricultura* di Catone,

146.3: ... Si emptor legis et factoribus, qui illic opus fecerint, non solverit, cui dari oportebit, si dominus volet, solvat: emptor domino debet et id satis dato, proque ea re ita uti s.s. e item pignori sunt.

149.2: ... Domicum pecuniam satisfecerit aut delegarit, pecus et familia, quae illic erit, pignori sunt.

150.2: ... donec domino satisfecerit aut solverit, pignori esto.

Come può desumersi dalla semplice lettura delle clausole appena riportate si prevede nella prima un *satisdare* non preceduto da alcuna *promissio*, e nelle successive due un *satisfacere* senza alcun riferimento all'assunzione *verbis* delle obbligazioni che si intendono garantire.

Certamente ciò fa sorgere la necessità di domandarsi come mai venisse consigliato il ricorso alla *stipulatio* solo per quei determinati obblighi di pagamento. Una risposta abbastanza convincente potrebbe probabilmente essere quella data da August Bechmann²⁶⁵: la clausola stipulatoria avrebbe avuto il compito di sanzionare il diritto a quelle prestazioni accessorie che, non essendo comprese nel prezzo in senso proprio, non sarebbero state perseguibili con l'*actio venditi*. E infatti oggetto della *promissio* sono, molto probabilmente, come si è sopra accennato²⁶⁶, le *accessiones* al prezzo e cioè le spese d'asta, la senzeria al banditore, la consegna di determinate quantità di vari tipi di olio, di olive e di grasso e, infine, i termini entro i quali deve effettuarsi il pagamento²⁶⁷.

²⁶⁵) *Der Kauf*, cit., p. 532 ss.

²⁶⁶) Cfr. *supra*, in questo stesso paragrafo, in particolare p. 79.

²⁶⁷) In sintonia con questo modo di ragionare risulta FERRINI, *Sull'origine*, cit., p. 63, secondo il quale appunto veniva consigliata la *stipulatio* quando «si esorbitava da quanto (soprattutto a quei tempi) costituiva oggetto del contratto», ma essa comunque sarebbe stata utilizzata per raggiungere altri fini, mai per il semplice rinforzo di quanto contenuto nel contratto. GALLO, *In tema di origine*, cit., p. 313, invece, da parte sua ritiene che proprio la caratteristica della clausola appena posta in evidenza nel testo, e cioè la ricorrenza e della *promissio* e della *satisdatio*, sarebbe testimonianza del tempo in cui era necessario il ricorso alla *stipulatio* per dare rilevanza all'affare. Nello stesso senso si esprime Mario Talamana, il quale ribadisce la non contemporaneità tra il *promittere* ed il *satisdare*, concludendo che il primo difficilmente si sarà potuto attuare in un momento diverso da quello dell'*addictio* e che dunque, avendo ad oggetto l'assunzione solenne degli obblighi sorgenti dall'aggiudicazione, «si adatta ad una situazione in cui all'accordo delle parti in sé considerato, quale viene constatato attraverso lo svolgimento dell'*actio*, non venivano ricondotti effetti obbligatori, o era dubbio che lo fossero ed in quali limiti» (così, testualmente, in *La tipicità*, cit., p. 59 s., ma sostanzialmente già in *Costruzione giuridica*, cit., p. 312 nt. 31). Ma è molto discutibile che la clausola in questione possa effettivamente, considerata la sua «parzialità», deporre in tal senso (sul punto cfr. *supra*, in questo stesso paragrafo).

Ove poi si opti per l'interpretazione meno restrittiva della clausola 'recte ... domini', e cioè quella secondo la quale la *stipulatio* e la collegata *satisfactio* avrebbero dovuto avere ad oggetto anche l'obbligazione principale relativa al pagamento del prezzo, la previsione di entrambe potrebbe spiegarsi non solo nella prospettiva di assicurare una garanzia al *dominus* ma, eventualmente, anche in quella di consentire all'*emptor* di diventare immediatamente proprietario dell'*olea* all'atto della raccolta, effetto il cui realizzarsi in via preventiva sarebbe risultato indispensabile considerata la destinazione del prodotto alla successiva spremitura²⁶⁸.

²⁶⁸) L'adesione all'interpretazione appena prospettata è strettamente collegata al problema dell'autenticità del principio contenuto in *Iust. inst.* 2.1.41, in base al quale la *traditio venditionis causa* avrebbe prodotto effetti traslativi solo con il versamento del prezzo o la prestazione di opportune garanzie; l'orientamento attualmente prevalente si è espresso in tal senso almeno per l'epoca alto-repubblicana. In particolare, come si è accennato nella prima parte di questo lavoro (cfr. *supra*, nt. 52) per l'autenticità si sono espressi gli studiosi dell'Ottocento e solo alcuni autori nei primi decenni del secolo scorso: cfr., tra gli altri, BECHMANN, *Der Kauf*, cit., p. 50 ss., 342 ss. e p. 503 nt. 2, C. APPLETON, *L'époque classique le transfert de la propriété de la chose vendue et livrée était il subordonné, en règle, au paiement du prix?*, in «RHD.», VII, 1928, p. 11 ss. e 173 ss., ed E. SCHÖNBAUER, *Zur Frage des Eigentumsüberganges beim Kauf*, in «ZSS.», LII, 1932, p. 195 ss. Sembrerebbe essere solo possibilista GALLO, *In tema di origine*, cit., p. 304. Sempre nel corso del Novecento si sono registrate sull'interpretazione di *Iust. inst.* 2.1.41 opinioni diverse: secondo alcuni autori l'effetto traslativo sarebbe stato subordinato all'effettivo pagamento solo in caso di *mancipatio* (cfr. in questo senso J.C. NABER, *Observatiunculae de iure romano*. IV, *Ad regulam XII Tabularum rerum venditorum alienationem inbibentem, donec pretio satisfactum sit*, in «Mnemosyne», n.s., XVIII, 1890, p. 149 ss., E. ALBERTARIO, *Il momento del trasferimento della proprietà nella compravendita romana* (1929), in *Studi di diritto romano* III, Milano, 1936, p. 425 ss., e G.G. ARCHI, *Il trasferimento della proprietà nella compravendita romana*, Padova, 1934, p. 69). Altri autori hanno, invece, sostenuto che tale regola avrebbe riguardato da sempre esclusivamente la *traditio*: così MITTEIS, *Römisches Privatrecht*, cit., p. 187 nt. 73, Ph. MEYLAN, *Le paiement du prix et le transfert de la propriété de la chose vendue en droit romain classique*, in «Studi P. Bonfante», I, Milano, 1930, p. 451 ss., S. ROMANO, *Nuovi studi sul trasferimento della proprietà e il pagamento del prezzo nella compravendita romana*, Padova, 1937, p. 110, e R. ALVAREZ, *Note intorno a D. 18.1.53*, in «BIDR.», LXXXII, 1979, p. 119. C'è poi chi, come C. LONGO, *Passaggio della proprietà e pagamento del prezzo nella vendita romana*, in «BIDR.», XLV, 1938, p. 15 ss., sostiene che, considerato lo stato attuale delle fonti e della riflessione dottrinale, non è possibile pervenire sul punto a soluzioni soddisfacenti. La letteratura maggioritaria, infine, sia pure con varietà di atteggiamento, nega l'autenticità al passo delle *Institutiones* giustinianee: cfr. F. PRINGSHEIM, *Der Kauf mit fremdem Geld*, Leipzig, 1916, p. 50 ss., G. BESELER, *Eigentumsübergang und Kaufpreiszahlung*, in «Acta Congressus Iuridici Internationalis», I, Roma, 1935, p. 333 ss., e A. BISCARDI, *Sulla genesi della norma giustiniana in materia di trasferimento della cosa venduta*, in «RIDA.», II, 1953, p. 271 e ss. (quest'ultimo autore però ammette la possibilità che la norma in questione vigesse nel diritto arcaico quando ancora la compravendita consensuale non era conosciuta – cfr. *op. cit.*, p. 276 – e, al tempo stesso fornisce alla nt. 1 un quadro abbastanza completo della bibliografia sull'argomento partendo dalla pandettistica). Sempre a favore dell'opinione prevalente si sono espressi M. KASER,

Accanto a questi, che costituiscono i dati più importanti a favore della tesi secondo la quale la *lex venditionis* dell'*olea pendens* testimonia l'esistenza dell'*emptio consensu contracta*, ve n'è un altro di non poco rilievo, messo in luce da Otto Karlowa²⁶⁹: la stessa forma della *lex* riportata, nonché, più in generale, quella delle altre *leges venditionis* e *locationis* contenute in questi capitoli del *De agricultura*, esclude che si tratti di formulari di stipulazione; e ciò in quanto essa si presenta del medesimo tenore di quella riscontrabile nelle *leges locationis* e *venditionis* riportateci nei *Digesta*, e dunque appartenenti ad un periodo in cui non vi erano dubbi circa la rilevanza del consenso²⁷⁰. Si vedano a titolo meramente esemplificativo i seguenti passi:

D. 18.1.22 (Ulp. 28 *ad Sab.*): Hanc legem venditionis 'si quid sacri vel religiosi est, eius venit nihil' ...;

D. 19.2.29 (Alf. 7 *dig.*): In lege locationis scriptum erat: 'redemptor silvam ne caedito neve cingito neve deurito neve quem cingere caedere urere sinito' ...;

D. 19.2.30.3 (Alf. 3 *dig. a Paul. epit.*): Qui aedem faciendam locaverat, in lege dixerat: 'quoad in opus lapidis opus erit, pro lapide et manu pretio dominus redemptori in pedes singulos septem dabit' ...

Altro elemento interessante, desumibile sempre dal formulario in questione, consiste nell'esplicita previsione, per ben due volte, della costituzione di una

Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht, Weimar, 1943, p. 111 ss., e ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, II, cit., p. 276 ss. Si sono ancora occupati di *Inst. inst.* 2.1.41 F. DE VISSCHER, *Auctoritas et mancipium*, in «SDHI.», XXII, 1956, p. 87ss., R. FEENSTRA, *Fidem emptoris sequi*, in «Studi U.E. Paoli», Firenze, 1956, p. 273 ss., M. KASER, *Zur iusta causa traditionis*, in «BIDR.», LXIV, 1961, p. 61 ss., J.A.C. THOMAS, *Institutes 2.1.41 and the passage of property on sale*, in «The South African Law Journal», XC, 1973, p. 149 ss., A. CLAUS, *Genüllkürte Stellvertretung im Römischen Privatrecht*, Berlin, 1973, p. 30 ss., A.M. HONORÉ, *Sale and the transfer of Ownership: The Compiler's Point of View*, in «Studies in Justinian's Institutes J.A.C. Thomas», London, 1983, p. 56 ss., R.D. VRIESENDORP, *Die Paradoxe von Inst. 2.1.40-41*, in «Subseciva Groningana», II, 1985, p. 59 ss., e, da ultimo, S. RONCATI, *Pagamento del prezzo e trasferimento della proprietà*, cit., p. 92, ed EAD., *Emere, Vendere, Tradere*, cit., p. 7 ss. Quest'ultimo contributo si segnala per l'analisi dettagliata della letteratura in argomento.

²⁶⁹) *Der römische Civilprozess*, cit., p. 135 s.

²⁷⁰) Un ulteriore rilievo formulato contro l'idea che sarebbe stato in ogni caso necessario, ai fini della rilevanza dell'affare, la conclusione di reciproche *stipulationes*, riguarderebbe la difficoltà ad ammettere che, conclusosi l'incanto, qualora l'aggiudicatario si fosse rifiutato di stipulare «tutta la lunga e non di rado dispendiosa procedura di avvisi e di banditori», si sarebbe svolta invano per il mancato perfezionarsi del suo *iter* (così CANCELLI, *L'origine*, cit., p. 121).

garanzia reale²⁷¹ a tutela di diversi crediti del *dominus* fino a quando essi non saranno adempiuti o altrimenti garantiti:

Cato, *agr.* 146.2-3: *Donicum solutum erit aut ita satis datum erit, quae in fundo inlata erunt, pigneri sunt. Ne quid eorum de fundo deportato: si quid deportaverit, domini esto ... emptor domino debeto et si id satis dato, proque ea re ita uti s.s. e. item pignori sunt.*

Il ricorrere, in fonti così risalenti, di tale tipo di garanzia ha lasciato stupiti molti studiosi²⁷². Nonostante ciò, l'opinione attualmente prevalente è nel senso che si tratti di una forma, sia pure embrionale, di *conventio pignoris*²⁷³; si ammette cioè che, in base all'accordo non rivestito di alcuna forma specifi-

²⁷¹) L'opinione prevalente, specialmente presso gli studiosi meno recenti, identificava il pegno sugli *inlata* previsto da Catone con l'ipoteca del successivo svolgimento storico; altri studiosi, invece, hanno optato per la tesi che Catone abbia suggerito a garanzia del *dominus fundi* uno strumento di carattere possessorio rapportabile, sia pur embrionalmente, alla più tarda configurazione della *datio* o della *conventio pignoris*. Per una articolata analisi critica delle diverse opinioni cfr. SARGENTI, *Il 'De agri cultura'*, cit., p. 162 ss.

²⁷²) Già BEKKER, *Ueber die 'leges locationis'*, cit., p. 445, definiva queste costituzioni in pegno di una «strana specie» («seltsamer»): ciò che in particolare lo stupiva era la sanzione prevista, ossia il trasferimento di proprietà; ma, su questo punto, si veda comunque quanto si dirà *infra*, nt. 276 s. Per KARLOWA, *Der römische Civilprozess*, cit., p. 142, invece, la singolarità di questo pegno sarebbe consistita nel fatto che avrebbe preceduto la prestazione delle altre garanzie. Ma le maggiori attestazioni di stupore per la previsione della garanzia in questione sono formulate da SARGENTI, *Il 'De agri cultura'*, cit., p. 163 ss. e p. 182 s., il quale, perciò, giunge addirittura a negare la ricorrenza della stessa come garanzia reale (cfr., infatti, *infra*, nt. 274). VIARO, *Corrispettività*, cit., p. 190, sul punto rileva che l'istituto descritto da Catone risulta ancora sprovvisto delle caratteristiche peculiari del pegno che avrebbero garantito la piena soddisfazione del creditore (*lex commissoria* e *ius vendendi*) e finiva per risolversi nel diritto di tenersi o prendersi in ostaggio i beni del debitore, diritto tutelato tramite l'autorizzazione di azioni di forza (sul punto cfr. *infra*, nt. 276). Alla previsione di questo primitivo diritto di pegno si ricorreva quando la *stipulatio* non fosse ancora stata prestata.

²⁷³) Si parla di forma embrionale di *conventio pignoris* in quanto il fattore della *traditio* delle cose sul fondo, che permette di individuare su cosa si costituisce il *pignus*, ricorda quello della *datio* caratteristico del *pignus datum*: il possesso delle cose stesse rimane però al debitore pure se il creditore potrà su di esse esercitare un certo controllo (così, sostanzialmente, A. BURDESE, «Pegno (diritto romano)», in «ED.», XXXII, Milano, 1982, p. 662 ss., nonché V. GIUFFRÈ, *L'emersione dei «iura in re aliena» ed il dogma del «numero chiuso»*, Napoli, 1992, p. 117). Herbert Felix Jolowicz e Barry Nicholas (*Historical Introduction to the Study of Roman Law*, Cambridge, 1972, p. 304), considerano Cato, *agr.* 146.3, la testimonianza più risalente della *conventio pignoris*, dopo aver evidenziato che in queste fattispecie gli *invecta et illata* sarebbero dovuti rimanere necessariamente nel possesso del debitore perché solo così egli avrebbe potuto svolgere il suo lavoro (p. 303). Sul valore assunto rispettivamente nella fattispecie dalla *traditio* e dalla *deportatio* cfr. già BEKKER, *Ueber die 'leges locationis'*, cit., p. 445.

ca²⁷⁴, sorgesse a favore del *dominus* un diritto di pegno sulle cose trasportate nel fondo. Non sappiamo quali fossero effettivamente le facoltà riconosciute al creditore pignoratizio in quell'epoca²⁷⁵; l'unica cosa che viene dallo stesso formulario negoziale specificata è che nulla di ciò che è costituito in pegno possa essere portato via dal fondo; nell'ipotesi in cui qualcuno violi tale divieto, la cosa portata via *'domini esto'*. E' discusso che cosa effettivamente comportasse una tale previsione²⁷⁶; comunque, quale che sia il significato che le

²⁷⁴) Non sono ovviamente mancati autori che hanno affermato la necessità che la *conventio pignoris* in questione per acquistare rilevanza giuridica avrebbe dovuto costituire oggetto di promessa verbale: così ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, I, cit., p. 77, e, con particolare convinzione, SARGENTI, *Il 'De agri cultura'*, cit., p. 179 ss. L'impossibilità di condividere una tale opinione era già stata rilevata da TALAMANCA, *Contributi*, cit., p. 109 s. nt. 2 in fine, il quale aveva fatto notare sia che «in nessuna fonte romana si trova una garanzia reale assunta per stipulazione» sia che, nel formulario in questione la clausola stipulatoria *'recte haec dari fierique'* più volte richiamata (cfr. *supra*, in questo paragrafo e nt. 248) si trova prima della disposizione del *pignus* sugli *invecta* e sugli *inlata*. Anche VON LÜBTOW, *Cato leges*, cit., p. 309, ha criticato l'opinione riferita all'inizio della presente nota per mancanza di prove. In sintonia con Mario Talamanca pure P. FREZZA, *I formulari catoniani e le forme della protezione del creditore pignoratizio*, cit., p. 436 (ora in *Scritti*, II, Roma, 2000, p. 385 ss.), rileva come non sia pensabile che il diritto di proprietà su una cosa possa essere l'effetto di un atto obbligatorio.

²⁷⁵) L'opinione prevalente, infatti, è nel senso che in un primo tempo il pegno non avrebbe adempiuto di per sé ad una «funzione satisfattiva» ma semplicemente avrebbe permesso, come nella *legis actio per pignoris capionem*, di «prendere in ostaggio» i beni del debitore per esercitare su quest'ultimo una pressione psicologica al fine di ottenere l'adempimento: così BURDESE, *'Pegno'*, cit., p. 662 ss. Ovviamente l'eventuale funzione satisfattiva del *pignus* previsto da Catone dipende dall'interpretazione che si dà al *'domini esto'*, su cui si veda la nota successiva.

²⁷⁶) Le opinioni prospettate al proposito dagli studiosi vanno dall'interpretazione letterale del *'domini esto'*, che determinerebbe l'automatico acquisto del diritto di proprietà sulle cose pignorate, portate via dal fondo, al «riconoscimento empirico, a titolo più descrittivo che rafforzativo della situazione pignoratizia dell'autorizzazione pattizia ...» a operare una sorta di *pignoris capio* o atto unilaterale e stragiudiziale di forza, cui conseguirà, se necessario, un divieto interdittale del magistrato a che esso sia impedito, per impossessarsi dei pegni» (così BURDESE, *'Pegno'*, cit., p. 664). Molto vicino a questa interpretazione della clausola in esame appare Paolo Frezza. La facoltà riconosciuta al *dominus* di impadronirsi unilateralmente della cosa sottratta sarebbe tecnicamente – per FREZZA, *I formulari catoniani*, cit., p. 437 ss. – una facoltà pattizia di *pignoris capio* esercitabile su oggetti determinati all'atto in cui venivano deportati dal fondo e l'esercizio di essa non avrebbe comportato *crimen vis*. Dunque la convenzione espressa con le parole *'domini esto'* sarebbe una *traditio* della cosa pignorata sospensivamente condizionata alla *deportatio*: ove la *deportatio* si verifici il creditore è autorizzato a impossessarsi della cosa come se gli fosse stata consegnata. Questa interpretazione della clausola *'domini esto'* sarebbe avvalorata, secondo Frezza, dalla circostanza che può assumere lo stesso significato sia per le *res Mancipi* che per quelle *nec Mancipi*, mentre l'effetto reale la *deportatio* l'avrebbe potuto avere solo con riferimento a queste ultime. In ogni caso, per un quadro delle diverse opinioni sul signifi-

si intenda attribuire, non può dubitarsi che il creditore pignoratorio possa vantare sulle cose portate via dal fondo una «situazione di tipo reale»²⁷⁷.

Tutto ciò sembra costituire un ulteriore elemento a favore della rilevanza dell'accordo informale ai fini della conclusione della vendita dell'*olea pendens*. Infatti sarebbe altrimenti veramente strano dover ammettere²⁷⁸ che dall'accordo, sia pure seguito dall'effettivo trasporto delle cose sul fondo (*traditio* e successiva *deportatio*)²⁷⁹, nascesse addirittura un effetto reale, per assicurare tutela a una fattispecie consensuale non produttiva, però, di effetti obbligatori. E, ponendosi nella stessa prospettiva, riesce difficile condividere l'idea di quanti, pur riconoscendo la rilevanza della *conventio* ai tempi di Catone, sostengono che, nel periodo in cui essa non era ancora riconosciuta, il *pignus* sugli *in-lata* avrebbe costituito uno strumento indiretto per garantire l'adempimento degli obblighi dell'aggiudicatario²⁸⁰. Un tale modo di argomentare si scontrerebbe infatti con la medesima difficoltà sopra accennata.

cato attribuito alla disposizione richiamata, cfr. BEKKER, *Ueber die 'leges locationis'*, cit., p. 445, SARGENTI, *Il 'De agri cultura'*, cit., p. 179 ss., GIUFFRÈ, *L'emersione*, cit., p. 114 ss., e CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 82 nt. 49, con ulteriore bibliografia.

²⁷⁷) Anche chi, come GIUFFRÈ, *L'emersione*, cit., p. 114, dà alla disposizione '*domini esto*' l'interpretazione più attenuata, e cioè che essa implichi semplicemente una tutela interdittale tendente a garantire al *dominus* il possesso *erga omnes* delle cose oppignorate, è d'accordo nell'affermare che questa assicurasse «di fatto una 'realità' alla situazione del creditore».

²⁷⁸) In questo senso MAROTTA, *Tutela*, cit., p. 43.

²⁷⁹) La circostanza che la *conventio pignoris* fosse seguita da questo «comportamento» (trasporto delle cose sul fondo) ritengo costituisca un particolare importante. L'effetto reale, quale che sia la portata che gli si voglia attribuire (cfr. *supra*, nt. 276 s.), viene ricollegato a una fattispecie che, sebbene abbia alla base un accordo, riguarderà solo quegli oggetti che dopo la *conventio* il *conductor/emptor* trasporterà concretamente sul fondo e che tenterà, prima ancora di aver pagato o garantito, di portar via. Questo non è un particolare trascurabile, in quanto credo costituisca il *plus* che potrebbe giustificare il sorgere dell'effetto reale rispetto alla mera efficacia obbligatoria scaturente dalla *conventio*. Tale particolare, infatti, è stato sottolineato da una parte degli autori (cfr. *supra*, nt. 276). In altri termini è pur vero che gli *invecta et inlata* non sono consegnati al *locator-venditor*, ma, dopo il trasporto sul fondo, vengono a trovarsi «nella sua sfera di appartenenza»: l'atto del trasportare può a tutti gli effetti essere considerato equivalente a una *datio*, comportamento al quale i romani generalmente attribuiscono un importante significato nel senso che lo considerano idoneo a perfezionare determinate fattispecie dalle quali sarebbero potuti scaturire effetti favorevoli per una parte senza la necessità che questa versi un qualche corrispettivo. Ciò accade, infatti, nella maggior parte dei contratti reali, strutturalmente concepiti a titolo gratuito.

²⁸⁰) Così TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 60.

4. Modalità di tutela

Per completare l'analisi del formulario in questione sotto il profilo che qui interessa occorre domandarsi: qual è il tipo di tutela che risulta essere assicurato alla fattispecie contrattuale conclusa secondo il modello indicato da Catone?

Moltissimi sono gli autori che si sono posti questo problema e lo hanno risolto nei modi più vari.

In via preliminare occorre osservare che non sono mancati coloro i quali hanno addirittura dubitato dell'azionabilità di tale fattispecie, considerandola un affare la cui esecuzione era rimessa alla reciproca fiducia o era comunque garantita esclusivamente tramite strumenti indiretti. Un accenno in questo senso sembra riscontrarsi in Valerio Marotta, il quale, escludendo che al tempo di Catone l'accordo avesse di per sé carattere vincolante, ha ritenuto appunto che la prassi avesse escogitato mezzi di coazione indiretta, quale il *pignus* sugli *inlata* previsto dal formulario in questione²⁸¹.

All'interno invece dell'orientamento prevalente, che si è espresso per la perseguibilità della fattispecie contrattuale in esame, coloro per i quali sarebbe stato necessario il ricorso a reciproche *stipulationes* affinché l'accordo acquistasse rilevanza giuridica²⁸² hanno ritenuto ovviamente che la tutela ve-

²⁸¹ *Tutela*, cit., p. 43. A parte quanto si dirà più avanti circa il tenore di Cato, *agr.* 146 (cfr. *infra*, p. 91 s. e nt. 292), mi limito a richiamare al proposito le perplessità già espresse circa la possibilità di sostenere che dal consenso nascesse addirittura un effetto reale, per assicurare tutela ad una fattispecie di accordo cui non si sarebbe riconosciuta però la capacità di produrre effetti obbligatori (si veda *supra*, in questo stesso capitolo, p. 77 ss.). Mario Talamanca, da parte sua, pur ritenendo che per l'epoca di Catone bisogna ammettere l'esistenza di strumenti diretti a tutela della fattispecie analizzata (cfr. *infra*, p. 90 nt. 287) ha sostenuto che il formulario in questione – e, come si vedrà, anche gli altri oggetto di successivo esame – sarebbero testimonianza di un periodo in cui all'irrelevanza dell'accordo si sofferiva tramite il ricorso a vari mezzi quali l'*obligatio verborum* e il *pignus* (*La tipicità*, cit., p. 57, e *'Vendita'*, cit., p. 306 s. e p. 311 nt. 72). Condivide l'opinione appena riferita CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 68. Secondo HUBERT, *Deux notes en marge de l'arbitrage*, cit., p. 407, invece, la circostanza che il *conductor* abbia aderito alle clausole della *lex* predisposta dal *locator*, col rinvio agli arbitrati rispettivamente del *dominus* o del *bonus vir*, significherebbe che egli ha rinunciato all'esperimento dell'azione giudiziale corrispondente. Per lo studioso francese solo nella *lex* relativa alla vendita del pascolo (Cato, *agr.* 149), in via del tutto eccezionale e solo a tutela del diritto del *dominus* di impadronirsi degli *in-necta* e degli *illata* nell'ipotesi di mancato pagamento, è prevista la possibilità di adire il tribunale ordinario. Al di fuori di questa ipotesi nessun *inducium* è possibile perché gli *arbitratus* catoniani sarebbero una sorta di arbitrati compromissori che escluderebbero il ricorso alla giustizia ordinaria (*Deux notes*, cit., p. 409 ss.).

²⁸² Cfr. *supra*, nt. 237.

nisse assicurata tramite un'*actio ex stipulatu*²⁸³.

Vi sono poi i sostenitori della rilevanza *consensu* del contratto concluso in base al modello suggerito da Catone.

Secondo un orientamento dottrinale oramai minoritario la tutela sarebbe stata assicurata nella procedura *per legis actiones*. In particolare per Ulrich von Lübtow sarebbe stata all'uopo utilizzata la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*; il pretore avrebbe nominato un *arbiter* o un *iudex* a seconda che la pretesa fatta valere dalla parte in giudizio fosse stata un *certum* o un *incertum*²⁸⁴.

Invece in base alla tesi più recente le *leges venditionis* catoniane avrebbero goduto già della tutela formulare, ovviamente rilevante sul piano dello *ius honorarium*²⁸⁵, grazie a quelle che sono state definite le «protoforme»²⁸⁶ dei *iudicia bonae fidei*²⁸⁷.

Una posizione, poi, rimasta isolata, era stata assunta in merito da Otto Karlowa²⁸⁸. Secondo l'illustre maestro tedesco le pretese nascenti da queste fattispecie contrattuali si sarebbero fatte valere nell'ambito di uno *iurgium*. Tale istituto sarebbe stato uno strumento di risoluzione delle controversie cui si sarebbe ricorso al di fuori delle forme del processo ordinario e cioè del si-

²⁸³) Così BEKKER, *Ueber die 'leges locationis'*, cit., p. 444, il quale, in effetti, si riferisce in particolare alle *leges locationis* e non a quelle *venditionis*, e, nello stesso senso, GIRARD, SENN, *Mannuel*, cit., p. 571 e nt. 4. Anche MAGDELAIN, *De la royauté*, cit., p. 173 s., ha sostenuto la necessità che soltanto il compratore si obbligasse tramite promessa verbale ed ha, al proposito, specificato che l'*actio* nascente da essa, a tutela del pagamento del prezzo, sarebbe stata una *actio incerti ex stipulatu*. Secondo CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 100 s., per il sorgere dell'*oportere* sarebbe stato indispensabile il ricorso all'assunzione di *obligationes verbis contractae* e ciò risulterebbe essere avvenuto nel formulario in questione solo per le pretese di *dare certum*, che di conseguenza avrebbero ricevuto tutela nella procedura *per legis actiones*, in un primo tempo attraverso la *legis actio sacramenti in personam*, poi con quella *per iudicis arbitrive postulationem*, e infine mediante la *legis actio per conditionem*, «per i debiti di *certa credita pecunia* e di *certa res* comunque sorti».

²⁸⁴) *Cato leges*, cit., p. 406 s.

²⁸⁵) Così TALAMANCA, *Costruzione giuridica*, cit., p. 311 s. nt. 31, e *La tipicità*, cit., p. 56 s. e nt. 80.

²⁸⁶) L'espressione è di Talamanca, *'Vendita'*, cit., p. 309.

²⁸⁷) Sul punto TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 54 nt. 71, sottolinea che, per quanto riguardava il *conductor-emptor*, i *iudicia bonae fidei* avrebbero rappresentato – nei limiti in cui fossero già azionabili – l'unica forma di tutela giudiziaria, considerato che sia in questo come negli altri formulari non si fa cenno di alcuna forma specifica di assunzione degli impegni da parte del *dominus*. Il fatto che l'adempimento delle obbligazioni dell'aggiudicatario fosse garantito attraverso un numero maggiore di strumenti (*verborum obligatio, satisfactio, pignus*) rispetto all'unico previsto per quelle a carico del *dominus*, troverebbe giustificazione nella posizione socialmente ed economicamente più forte rivestita dall'ultimo dei soggetti nominati (*op. ult. cit.*, p. 57 nt. 82).

²⁸⁸) *Der römische Civilprozess*, cit., p. 140 ss.

stema delle *legis actiones*. Il titolare della *iurisdictio* avrebbe nominato un *arbiter* senza istruirlo in maniera formale²⁸⁹. Ma, in base a quanto evidenziato da studi successivi, sembra doversi ragionevolmente concludere che lo *iurgium*, come procedura apposita, non è mai esistito²⁹⁰.

L'analisi della *lex venditionis* dell'*olea pendens*, credo, permette di ipotizzare, come sufficientemente probabile, un contratto il cui adempimento è garantito attraverso strumenti diretti.

A favore della perseguibilità della fattispecie negoziale in questione depone, infatti, la circostanza che il compratore assume, mediante *stipulatio*, alcuni impegni, che dunque diventano per questo sicuramente perseguibili. Ora, quale soggetto si sarebbe obbligato giuridicamente all'esecuzione di una prestazione per ottenere una controprestazione non parimenti garantita? Proprio in base a questo ragionamento alcuni autori addirittura suppongono l'esistenza di una *stipulatio* del *dominus*; ma si è già rilevato perché una tale presunzione risulti, stando alla fonte, difficilmente sostenibile²⁹¹.

Sono, però, soprattutto le espressioni imperative riguardanti gli obblighi dell'aggiudicatario a essere difficilmente comprensibili se non nella prospettiva dell'azionabilità dell'affare concluso²⁹². Pur ammettendo che la maggior parte di esse riguardino obblighi oggetto di promessa verbale e/o garantiti da *satisfactio* e, fino a quando questa non venga prestata, dal *pignus* sugli *inlata*, ve ne è al-

²⁸⁹) A tal proposito KARLOWA, *Der römische Civilprozess*, cit., p. 140 s., precisa che alle origini la discrezionalità dello *ius dicens*, o dell'*arbiter* da lui nominato, era molto ampia e ciò spiega perché le parti cercavano di limitarla prevedendo un maggior numero di clausole: mentre poi, con l'andar del tempo, alcune di esse si considerarono sottintese. Forse può essere inserito all'interno di questo orientamento HUMBERT, *Deux notes en marge de l'arbitrage*, cit., p. 407 ss., il quale, sia pure riferendosi esplicitamente alle *leges locationis* catoniane (Cato, *agr.* 144-145), con riferimento alla perseguibilità di esse precisa che l'adesione da parte del *conductor* alle clausole predisposte dal *locator* e rinviati agli *arbitratus* sia *domini* che *boni viri* implicherebbe la rinuncia all'esperimento di qualsiasi azione giudiziale. Tali clausole avrebbero funzionato come le attuali clausole compromissorie, mentre solo la *lex* del *cap.* 149 avrebbe previsto, in via del tutto eccezionale, e in un caso particolare, la possibilità di ricorrere al tribunale ordinario (sul punto cfr. *infra*, nt. 398). Ma nelle *leges* catoniane, come si desume chiaramente da un loro esame, gli *arbitratus* non solo sono previsti esclusivamente con riferimento a singole pretese ma non presentano neanche le caratteristiche proprie degli *arbitria ex compromisso* (cfr. al proposito *infra*, nt. 370), e per questo la tesi dello studioso francese appare difficilmente condivisibile.

²⁹⁰) Sul punto cfr., per tutti, G. FALCONE, *Iurgium*, 'lis', 'vicinitas': un'interpretatio ciceroniana tra politica e diritto (*Cic. Rep. IV.8*), in «AUPA.», XLIII, 1995, p. 477 ss.

²⁹¹) Sul punto cfr. *supra*, parte II, cap. II, § 3.

²⁹²) Nel senso che il 'dato' ed il 'solvito', considerata la loro forma imperativa, esprimano un dover essere giuridico si veda TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 53 nt. 63.

meno una, e precisamente quella di Cato, *agr.* 146.3²⁹³, a tutela del cui obbligo non è prevista alcuna garanzia, né tanto meno l'assunzione tramite *stipulatio*²⁹⁴.

Alcuni autori mettono in risalto, come testimonianza dell'esistenza di una tutela diretta, più che la disposizione appena menzionata, la successiva, ove si prevede la possibilità, da parte del *dominus* e in caso di inerzia dell'aggiudicatario, di pagare la mercede agli operai e il conseguente diritto al rimborso da parte di questi²⁹⁵.

Una volta ammessa dunque, stando al tenore del formulario di cui al *cap.* 146, la perseguibilità diretta degli obblighi da esso nascenti, si tratta di capire se dalla stessa fonte possano desumersi elementi indicativi circa gli effettivi strumenti a tal fine utilizzati.

L'unica tesi proposta che dall'esame fin qui condotto della *lex venditionis* dell'*olea pendens* risulta essere smentita è quella secondo la quale la tutela di tutte le obbligazioni nascenti dalla fattispecie contrattuale sarebbe stata assicurata attraverso l'*actio ex stipulatu*.

L'esperibilità di questo mezzo processuale, infatti, avrebbe implicato il preventivo ricorso a stipulazioni generali reciproche di cui il formulario²⁹⁶ non solo non contiene traccia, ma sembra addirittura presentare elementi che ne escluderebbero l'esistenza.

Per quanto riguarda gli altri orientamenti prospettati, va notato come, soprattutto in epoca meno recente, si tendesse a escludere la perseguibilità attraverso le azioni di buona fede, in quanto il tenore estremamente detta-

²⁹³) «*Vasa, torcula, funes, scalas, trapetos, si quid et alius datum erit, salva recte reddito, nisi quae vetustate fracta erunt. Si non reddet, aequom solvito*».

²⁹⁴) Anche Mario Talamanca ha messo in risalto che nella clausola riportata nella nota precedente «non si formula alcuna sanzione per l'obbligo ivi descritto» (così in *La tipicità*, cit., p. 52).

²⁹⁵) Più in particolare secondo questi autori la tutelabilità in via d'azione dell'ampia gamma di pattuizioni accessorie, riscontrabili nella *lex* in questione, come in quelle precedenti e successive, dipenderebbe «forse, non tanto dalla consapevole utilizzazione del principio – formalizzato in un periodo molto più tardo – per cui i *pacta in continentis* concorrono a *formare ipsam actionem*, quanto per l'appunto da una tendenza a proteggere il contenuto dell'accordo fra le parti indipendentemente da una rigorosa individuazione dei vari tipi di contratto» (così TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 69, il cui rilievo è pienamente condiviso da MAROTTA, *Tutela*, cit., p. 45). Valerio Marotta ritiene che la tutela di questi *pacta*, con contenuto positivo ed aventi funzione determinativa di un concreto *dare* o *facere*, si sarebbe coordinata con la regola per la quale l'azione doveva competere *ex re tradita* ed unicamente *ei qui tradiderit*. Non vedo, però, come dal presente formulario possa desumersi che la tutela sarebbe spettata solo «*ei qui tradiderit*», considerato che l'adempimento di entrambe le obbligazioni principali è previsto doversi realizzare in un momento successivo rispetto alla conclusione del negozio.

²⁹⁶) Come si è visto nel corso del § 3 di questo capitolo

gliato della *lex venditionis* in questione non avrebbe avuto ragion d'essere se la valutazione del comportamento delle parti si fosse poi fatta sul parametro della *bona fides*²⁹⁷.

L'argomento non è, però, forse di per sé decisivo. Nulla esclude, infatti, che le parti ritenessero comunque più opportuno, a fini cautelari, fissare il contenuto dei rispettivi impegni. Nel formulario di vendita dell'*olea pendens* vi è, però, qualcosa di più della semplice ed esplicita indicazione delle diverse obbligazioni da adempiere. Si tratta di un particolare che, finora, non mi pare sia stato evidenziato. E' contenuto in quella clausola accessoria rispetto all'oggetto principale del contratto, sopra riportata²⁹⁸, e nella quale si prevede a carico dell'aggiudicatario l'obbligo, in caso di mancata restituzione degli attrezzi forniti dal *dominus* per la raccolta e la oleificazione, di pagare il valore degli stessi (*'aequom solvito'*)²⁹⁹. E' sintomatico che, proprio nell'unica ipotesi in cui si profila l'eventualità di una obbligazione diretta a un dare *incertum*, si avverta la necessità di indicare anche contrattualmente il criterio di valutazione per determinarla. Si ha, quindi, l'impressione di trovarsi di fronte ad un sistema di tutela che non sembra avere a disposizione, già nella formula dell'azione, un

²⁹⁷) Così BEKKER, *Ueber die 'leges locationis'*, cit., p. 437 e p. 442, e GIRARD, SENN, *Manuel*, cit., p. 571 nt. 4, i quali, contro l'ipotesi della ricorrenza dei *iudicia bonae fidei*, sottolineano anche che al tempo di Catone il processo si svolgeva per *legis actiones* e cioè tramite strumenti che non conoscevano le azioni di buona fede. Condivide il rilievo espresso nel testo FERRINI, *Sull'origine*, cit., p. 63. Contro la perseguibilità attraverso i *iudicia bonae fidei* all'epoca di Catone VON LÜBTOW, *Cato leges*, cit., p. 377 nt. 63, fa notare che l'unico posto in cui compare la *bona fides* nel *De agricultura* è nel cap. 14.3. In quel contesto, però, essa non avrebbe nulla a che vedere con la locazione di buona fede (così anche BECHMANN, *Der Kauf*, cit., p. 618, e PERNICE, *Labeo*, cit., II 12, p. 159: *contra* H. KRÜGER, *Zur Geschichte der Entstehung der bonae fidei iudicia*, cit., p. 184) ma sarebbe stata richiamata come *virtus* del *dominus bonus* nel senso che questi avrebbe dovuto pagare con monete di buona qualità e non falsificate. Lo studioso tedesco comunque non ritiene che l'esplicita formulazione dei singoli patti sia da sola argomento convincente per escludere la tutela delle *leges* catoniane attraverso i *iudicia bonae fidei*. Anche HUMBERT, *Deux notes en marge de l'arbitrage romain*, cit., p. 408, sembra ritenere che la buona fede sia lontana dalle forme di *arbitratus* previste dalle *leges* catoniane.

²⁹⁸) Cato, *agr.* 146.3: cfr. *supra*, nt. 293.

²⁹⁹) Qui il termine '*aequom*' significa anzitutto «equivalente» in quanto strettamente collegato al valore degli oggetti (*vasa, torcula, funes etc.*) che il *dominus fundi* ha dato in prestito all'acquirente dell'*olea* per raccoglierla e produrla e che non vengono restituiti integri per cause diverse dalla rottura per vetustà. Ciò non esclude però che tale «equivalente» debba esser determinato e, infatti, nella clausola avente contenuto analogo a quella in esame e relativa alla *locatio* dell'*olea* è previsto un *arbitratus* come strumento per la determinazione del valore delle scale. Questo significa che l'*'aequae'* di Cato, *agr.* 144.2, come l'*'aequom'* di Cato, *agr.* 146.3, giocano ovviamente il ruolo di criterio di valutazione per la determinazione del valore degli oggetti corrotti. Per i collegamenti esistenti tra le due clausole appena citate cfr., anche, *infra*, p. 97 ss.

criterio di valutazione qual è appunto la *bona fides* nei relativi *iudicia*.

Una osservazione di questo genere, dunque, permette di sollevare qualche perplessità sulla possibilità che la tutela delle obbligazioni sorgenti *consensu* dal formulario in esame venisse effettivamente assicurata tramite le azioni formulari di buona fede. Appare, invece, maggiormente plausibile la tesi secondo la quale il sistema processuale a tutela alle *auktiones* catoniane sarebbe stato la procedura *per legis actiones*. In un sistema processuale in cui la clausola *ex fide bona* non fosse prevista ancora nei *certa verba* dell'*actio*, infatti, risulterebbe più comprensibile non solo la necessità delle parti di prevedere espressamente l'adempimento di eventuali prestazioni accessorie, ma anche l'opportunità di stabilire il criterio di valutazione nell'ipotesi in cui si fosse trattato di pretese per le quali fosse necessaria la determinazione.

Un indizio che depone a favore di questo tipo di osservazione ritengo possa desumersi da un passo di Ulpiano riportato in

D. 19.2.19.2 (Ulp. 32 *ad ed.*) Illud nobis videndum est, si quis fundum locaverit, quae soleat instrumenti nomine conductori praestare, quae si non praestet, ex locato tenetur. Et est epistula Neratii ad Aristonem dolia utique colono esse praestanda et praelum et trapetum instructa funibus, si minus, dominum instruere ea debere: sed et praelum vitiatum dominum reficere debere. Quod si culpa coloni quid eorum corruptum sit ex locato eum teneri. Fiscos autem, quibus ad premendam oleam utimur, colonum sibi parere debere Neratius scripsit: quod si regulis olea prematur, et praelum et suculam et regulas et tympanum et cocleas³⁰⁰ quibus relevatur praelum dominum parare oportere. Item aenum, in quo olea calda aqua lavatur, ut cetera vasa olearia dominum praestare oportere, sicuti dolia vinaria, quae ad praesentem usum colonum picare oportebit. 'Haec omnia sit sunt accipienda, nisi si quid aliud specialiter actum sit'.

Il giurista riprende il contenuto di una lettera di Nerazio Prisco³⁰¹ ad Aristo-

³⁰⁰) Su questo termine si veda quanto evidenziato da R. KNÜTEL, *Das Gutachten des Neraz bei Ulpian D. 19,2,19,2*, in «Au-delà des frontières. Melanges W. Wolodkiewicz», I, Varsovie, 2000, p. 398 ss. Del contributo di Knütel esiste anche una traduzione spagnola – *El dictamen de Neracio en Ulpiano D. 19,2,19,2* – in «Seminarios Complutenses de Derecho Romano», XVI, 2004, p. 29 ss.

³⁰¹) Nerazio Prisco, insigne giurista dell'età di Traiano, era un profondo conoscitore non solo degli aspetti giuridici ed economici delle problematiche relative al latifondo ma anche della conduzione delle aziende agricole. Sul punto cfr. V. SCARANO USSANI, *Empiria e dogmi. La scuola proculiana fra Nerva e Adriano*, Torino, 1989, p. 26 s., con ulteriore bibliografia alla nt. 24. È discusso se lo fosse per esperienza diretta o perché avesse letto molte opere agronomiche: si vedano, con diversità di posizioni, A. STEINWENTER, *Fundus cum instrumento: eine agrar- und rechtsgeschichtliche Studie*, in «Akademie der Wissenschaften in Wien. Philosophisch-Historische Klasse», CCXXI, 1942, p. 34, T. MAYER-MALY, *Locatio*

ne³⁰² nella quale vengono indicati, con dovizia di particolari³⁰³, quali sono gli attrezzi che il *dominus fundi* è tenuto a prestare al conduttore³⁰⁴ proprio per la raccolta e la spremitura delle olive. Subito dopo si precisa che se qualcosa di quanto prestato ‘*corruptum sit*’³⁰⁵ per colpa del conduttore allora questi ‘*ex lo-*

Conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht, Wien, 1956, p. 122, B.W. FRIER, *Law, Technology, and Social Change: The Equipping of Italian Farm Tenancies*, in «ZSS.», XCVI, 1979, p. 212, V. SCARANO USSANI, *Empiria e dogmi*, cit., p. 27, e KNÜTEL, *Das Gutachten des Neraz*, cit., p. 406 s.

³⁰²⁾ Anche Aristone, com'è noto, fu giurista di altissimo livello e collega di Nerazio nel *consilium* di Traiano, e probabilmente tra i due è esistito un epistolario: cfr. V. SCARANO USSANI, *Diritto e politica nell'origine della 'bonorum distractio ex senatusconsulto'*, in «Labeo», XXII, 1976, p. 194 nt. 45, e *Empiria e dogmi*, cit., p. 26 nt. 22, con le fonti che testimoniano il carteggio. FRIER, *Law, Technology*, cit., p. 205, precisa come non vi sia ragione di dubitare della circostanza che Aristone si fosse rivolto al suo collega, perché questi era considerato un esperto in materia: si discute se si fosse trattato di una risposta formale, avente valore di *responsum*, o di una informazione giuridica tra amici. Per un quadro delle diverse opinioni cfr. KNÜTEL, *Das Gutachten des Neraz*, cit., p. 407 nt. 77.

³⁰³⁾ Per una descrizione attenta dei singoli attrezzi utilizzati per la raccolta e la spremitura delle olive nonché per la loro evoluzione nel tempo, si vedano FRIER, *Law, Technology, and Social Change*, cit., p. 204 ss., SCARANO USSANI, *Empiria e dogmi*, cit., p. 27 ss., e KNÜTEL, *Das Gutachten des Neraz*, cit., p. 391 ss. e nt 3 con ulteriore bibliografia. Gli attrezzi si ritiene generalmente facciano parte dell'*instrumentum fundi*: sul concetto e le diverse tipologie di questo genere di *instrumentum* si vedano STEINWENTER, *Fundus*, cit., p. 34 ss., FRIER, *Law, Technology*, cit., p. 209 ss., F. DE MARTINO, *Coloni in Italia*, in «Labeo», XLI, 1995, p. 59 s. nt. 95, M.A. LIGIOS, *Interpretazione giuridica e realtà economica dell' 'instrumentum fundi' tra il I sec. a.C. e il III sec. d.C.*, Napoli, 1996, p. 25 ss., e L. CAPOGROSSI COLOGNESI, «*Instrumenta*» e *fisionomia dell'assetto agrario*, in «Labeo», XLVI, 2000, p. 103 ss.

³⁰⁴⁾ Il testo al proposito riporta l'espressione ‘*ex locato tenetur*’, ma come fa notare giustamente FRIER, *Law, Technology*, cit., p. 204 nt. 3, si tratta di un errore comune per ‘*ex conducto*’. Altri autori ritengono anche che il ‘*tenetur*’ vada emendato in ‘*teneatur*’: cfr. sul punto KNÜTEL, *Das Gutachten des Neraz*, cit., p. 391 nt. 3 e p. 406 nt. 70. Sull'obbligo del locatore di fornire almeno un certo tipo di attrezzi e sulla circostanza di sopportarne la perdita o il deterioramento nell'ipotesi in cui esso sia determinato da cause naturali si veda KNÜTEL, *Das Gutachten des Neraz*, cit., p. 392 e 407. Per il movente che spingeva a prevedere una tale disciplina più favorevole ai coloni cfr. SCARANO USSANI, *Diritto e politica nell'origine*, cit., p. 195. Non vi è dubbio che fosse possibile variare questa disciplina attraverso reciproci accordi come quello che avrebbe previsto la possibilità per il conduttore di prendere in consegna l'attrezzatura fornita dal locatore previa stima e questo gli avrebbe consentito l'opzione al termine del contratto tra il restituirla in buone condizioni o il pagarne la stima (cfr. D. 19.2.3 e D. 19.2.54). Su questa possibilità cfr. FRIER, *Law, Technology*, cit., p. 217. Quanto premesso permette molto sommessamente di prospettare l'eventualità che anche ai tempi di Catone le parti avrebbero potuto, all'atto della consegna degli attrezzi, fissarne preventivamente il valore (*aestimatio*) e evitare così, in caso di rottura «colpevole» di dover ricorrere all'*arbitratus*.

³⁰⁵⁾ Per il significato onnicomprensivo che la locuzione verbale ‘*corruptere*’ assunse progressivamente cfr. A. CORBINO, *Il danno qualificato e la lex Aquilia?*, Padova, 2008, p. 98 ss., e D. DALLA, *Corruptere nelle fonti giuridiche: percorsi vari al seguito di un vocabolo*, in «Studi F.

cato teneri' e cioè appunto ne dovrà rispondere in base all'azione contrattuale³⁰⁶. Com'è evidente la fattispecie prospettata ha un contenuto analogo alla clausola prevista in Cato, *agr.* 146.3³⁰⁷, ove si prevede che tutto quanto fornito dal *dominus fundi* ('*vasa, torcula, funes, scalas, trapetos, si quid et aliud datum erit*') debba essere restituito integro ('*salva recte reddito*') tranne per l'ipotesi '*quae vetustate fracta erunt*'³⁰⁸. In D. 19.2.19.2, però, a differenza che nella disposizione catoniana, per la determinazione del valore delle cose danneggiate per colpa del conduttore si fa direttamente riferimento all'azione contrattuale e non c'è traccia di alcun rinvio al criterio dell'equità richiamato invece in Cato, *agr.* 146.3 ('*Si non reddet, aequom solvito*')³⁰⁹. Questo mi pare costituisca un elemento abbastanza significativo a favore dell'ipotesi che l'*'aequom solvito*' sia una clausola necessaria per la determinazione di una pretesa nel sistema processuale più antico, considerato che, in una fattispecie analoga, vigente il processo formulare, viene naturalmente previsto il ricorso all'azione contrattuale.

A questo punto, però, occorre fare una precisazione.

Quale avrebbe potuto essere in concreto, nella procedura *per legis actiones*, il *modus agendi* idoneo a tutelare le pretese scaturenti dalla fattispecie contrattuale in esame?

L'unica *legis actio* a cui si possa fondatamente pensare pare sia quella *sacramenti in personam*³¹⁰.

Senonché questa sarebbe stata caratterizzata, secondo l'opinione unanime³¹¹, solo da una pretesa certa, e dunque avrebbe potuto tutelare soltanto prestazioni determinate nel loro ammontare.

In effetti tutte le obbligazioni previste nel formulario in questione sono

Guizzi», Torino, 2013, I, p. 236 ss.

³⁰⁶) Per un'approfondita esegesi del passo che si ritiene giunto indenne da interpolazioni post-classiche, almeno per quanto riguarda il contenuto dell'*epistula Neratii*, costituente la parte interessante ai nostri fini, cfr. FRIER, *Law, Technology*, cit., p. 204 ss., e SCARANO USSANI, *Empiria e dogmi*, cit., p. 26 ss. con ulteriore bibliografia alla nt. 23.

³⁰⁷) Tra l'altro gli attrezzi cui si riferisce Nerazio in D. 19.2.19.2, in base all'attenta disamina fatta da KNÜTEL, *Das Gutachten des Neraz*, cit., p. 392 ss., sembrano per la gran parte avere le medesime caratteristiche di quelli descritti da Catone nella clausola appena sopra citata.

³⁰⁸) Per il collegamento tra '*frangere*' e '*corrumpere*' cfr. la letteratura richiamata *supra*, nt. 305.

³⁰⁹) Come si è visto *supra*, p. 93 s.

³¹⁰) Si è già detto (cfr. *supra*, p. 62 s.) perché Gai., *inst.* 4.17a, indurrebbe ad escludere l'utilizzabilità all'uopo della *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*.

³¹¹) Così, con particolare approfondimento, KASER, *Das altrömische Ius*, cit., p. 291, nonché MAGDELAIN, *Les actions*, cit., p. 45 nt. 1, e G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II.1, cit., p. 46 e in particolare nt. 62.

determinate³¹². Solo nell'ipotesi in cui gli attrezzi forniti dal padrone non fossero stati in tutto o in parte restituiti, per cause diverse dalla loro rottura per vetustà, si sarebbe dovuto pagare, come si è sopra accennato³¹³, l'equivalente del loro valore. Sarebbe sorta quindi una pretesa indeterminata perchè sarebbe stato necessario stabilire l' 'aequom'. Quale avrebbe potuto essere lo strumento all'uopo utilizzato?

Secondo Ulrich von Lübtow la clausola 'si non reddet, aequom solvito' riprodurrebbe quella prevista in una fattispecie analoga nel formulario del *cap.* 144 relativo all'*olea legenda*. A suo avviso quest'ultima si sarebbe dovuta ricostruire nel modo seguente: 'si non erunt redditae, aequom³¹⁴ viri boni arbitrato deducetur'³¹⁵; di conseguenza Cato, *agr.* 146.3 avrebbe avuto il seguente tenore 'si non reddet, aequom viri boni arbitrato solvito'³¹⁶.

Se si seguisse l'opinione di quest'autore, il problema sarebbe risolto in quanto la pretesa incerta sarebbe stata preliminarmente determinata *arbitrato boni viri*³¹⁷, per cui sarebbe stato possibile agire in giudizio facendo valere una pretesa certa e di conseguenza la *legis actio sacramenti in personam* sarebbe, anche in tal caso, risultata esperibile.

A ben vedere però la clausola dell'*olea legenda*, facente riferimento effettivamente a una fattispecie analoga a quella di Cato, *agr.* 146.3, secondo la lettura maggiormente condivisibile, viene così ricostruita nella parte che ci

³¹² E' sufficiente rileggere il formulario di cui in Cato, *agr.* 146, sopra esaminato, per rendersene conto. Il compratore sarà tenuto, infatti, a pagare il prezzo fissato, le spese d'asta e del banditore, nonché a consegnare determinate quantità e qualità di olive e di olio etc. Si tratta, insomma, di tutta una serie di prestazioni ben precisate nel loro ammontare. Anche l'obbligazione del venditore è certa nel suo contenuto: dovrà consentire al compratore di impadronirsi di tutto l'olio prodotto tranne quelle quantità che quest'ultimo si sia impegnato a consegnargli.

³¹³ Cfr., *supra*, parte II, cap. I, § 1.

³¹⁴ Invece di 'aequom' J. SVENNUNG, *Annotationes criticae in Catonem*, in «Eranos», XXXII, 1934, p. 20, legge 'aeque', così come R. GOUJARD, *Introduction*, in «Caton de l'agriculture», Paris («Les Belles Lettres»), 1975, p. 50, ma per il resto condividono la ricostruzione proposta dagli autori citati nella nota successiva. Mentre P. THIELSCHER, *Des Marcus Cato Belehrung über die Landwirtschaft*, cit., p. 345, legge 'eaeque' invece di 'aeque' e inserisce una 'n' in 'deducetur', trasformandolo nella terza persona plurale 'deduce<n>tur'.

³¹⁵ Così in *Cato leges*, cit., p. 378 s. nt. 66. Questa ricostruzione era già stata proposta da T. MOMMSEN, *Die römische Anfänge von Kauf und Miethe*, in «ZSS.», VI, 1885, p. 265, e condivisa da E. HAULER, *Zu Cato Schrift über das Landwesen*, Wien 1896, p. 1 ss., Cardilli, *L'obbligazione*, cit., p. 71, e GOUJARD, *Introduction*, in «Caton de l'agriculture», cit., p. 4 nt. 25.

³¹⁶ *Cato leges*, cit., p. 379 nt. 66. Secondo lo studioso tedesco la sigla 'u b a' (cfr. *Prob.*, *not.* 5.4) sarebbe stata soppressa da un copista che non l'aveva compresa.

³¹⁷ Sull'*arbitratus boni viri* nelle *leges* catoniane e sulle problematiche ad esso connesse si veda *infra*, nt. 369 s.

interessa: *'si non erunt reddet eaeque³¹⁸ arbitrato reducetur'*³¹⁹. Non conterebbe quindi il rinvio al *bonus vir*, già ritenuto da alcuni autori giustamente superfluo³²⁰, ma richiamerebbe esplicitamente il ricorso allo strumento dell'*arbitratus* per la determinazione dell'*'eaeque'*.

Dunque, pur seguendo questa più accreditata ricostruzione della clausola contenuta in Cato, *agr.* 144.2 e sempre presupponendo con von Lübtow che Cato, *agr.* 146.3 vada ricostruita tenendo presente Cato, *agr.* 144.2, il problema sarebbe ugualmente risolto, l'*'aequom'* sarebbe determinabile attraverso un *arbitratus* e di conseguenza la *legis actio sacramenti in personam* potrebbe essere idoneamente esperita.

D'altra parte a favore di questa interpretazione deporrebbero due dati.

In primo luogo la circostanza che per la determinazione di tutte le altre eventuali pretese *incertae* (nell'*an* e nel *quantum*), prese in considerazione nelle *leges locationis et venditionis* di Catone, lo strumento previsto è l'*arbitratus*³²¹.

In secondo luogo perché, altrimenti, bisognerebbe spiegare come mai per la determinazione del valore delle scale nella *lex* dell'*olea legenda* si sarebbe ritenuto necessario o, quanto meno, opportuno ricorrere all'*arbitratus* mentre nella fattispecie analoga contemplata nella *lex* relativa alla vendita non lo si sarebbe fatto³²².

Dal punto di vista testuale, però, il rinvio all'*arbitratus* manca in Cato,

³¹⁸) In effetti gli autori citati *supra*, nt. 316, leggono *'aequom'* proprio basandosi sul collegamento di Cato, *agr.* 144.2 con il *cap.* 146.3.

³¹⁹) Così, per tutti, MAZZARINO, in «M. Porci Catonis De Agri cultura», cit., p. 97, ove dalla nota di commento si desume che il riferimento al *'viri boni'* appare in tutte le edizioni che lo inseriscono tra parentesi uncinate, perché si tratta appunto di una integrazione, mentre il rinvio all'*'arbitratus'* si legge chiaramente nel testo. Sono state proposte anche ricostruzioni della clausola parzialmente diverse: *Incundus* (ed. Aldina, Venezia, 1514) per esempio propone *'si non erunt, reddet aequas, aut arbitrato deducetur'*. La ricostruzione viene condivisa da BEKKER, *Ueber die 'leges locationis'*, cit., p. 424, che, però, fa precedere *'arbitrato'* da *'boni viri'*.

³²⁰) Così BROGGINI, *Index arbitere*, cit., p. 181, secondo il quale l'assenza del rinvio al *'bonus vir'* sarebbe in questo caso integrato dal richiamo all'*'aequom'* in quanto criterio di determinazione del *bonus vir*. A mio parere, invece, il motivo per cui nella fattispecie si rimanda all'*aequitas* e non al *bonus vir* va individuato nella circostanza che in questa ipotesi si tratta di stabilire il valore di qualcosa di esistente, cioè di un oggetto, e quindi si parte da un punto di riferimento concreto. Quando, invece, come negli altri casi, occorre valutare i danni conseguenti a un dato comportamento o la *qualitas* di un oggetto, allora si ricorre all'*arbitratus boni viri*. Secondo CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 74 nt. 28, l'*'aequom'* non esprime il semplice controvalore della scala rotta, come invece vorrebbe D. FLACH, *Römische Agrargeschichte*, München, 1990, p. 137, ma la proporzione tra il *deducere* e il valore dell'attrezzo al momento della rottura, ed è quindi il criterio per l'*aestimatio* del *quantum* da dedurre.

³²¹) Cfr. Cato, *agr.* 144.3, 145.3, 148.1, 149.2 e 150.2.

³²²) Si sarebbe trattato soltanto di una *'a'*.

agr. 146.3. Pertanto o si ammette che, per le ragioni appena sopra evidenziate, sia implicitamente sottinteso³²³, o deve supporre l'esistenza a livello giudiziale ufficiale di uno strumento simile all'*arbitratus* che avrebbe consentito appunto la determinazione della pretesa³²⁴. Altrimenti, per tutto quanto premesso, il ricorrere nella *lex* del cap. 146 di una pretesa di tal tipo porterebbe a escludere la perseguibilità della fattispecie negoziale in esame nel sistema delle *legis actiones*.

Per adesso pare opportuno sospendere il giudizio e valutare quanto potrà desumersi dall'analisi delle altre *leges venditionis*.

³²³) D'altra parte la clausola analoga che prevede l'*arbitratus* è di poco precedente.

³²⁴) In questa prospettiva sembra porsi CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 74 nt. 28, secondo il quale la circostanza che il '*solvere aequum*' ricorra in questo caso senza la mediazione dell'*arbitratus boni viri*, come accade nella *lex* di cui in Cato, agr. 144 (cfr. *supra*, p. 97), non permette di essere sicuri circa la natura extragiudiziale di questi arbitrati. Sul punto si veda quanto si dirà *infra*, nt. 370. Che la procedura arcaica avesse a disposizione uno strumento, l'*arbitrium*, per la determinazione di pretese incerte penso non possa essere posto in discussione. Il problema è che si ritiene generalmente che il ricorso a esso sarebbe stato possibile solo nelle ipotesi espressamente previste (cfr. Gai., *inst.* 4.17a). In questo caso, però, credo sia possibile ipotizzare che il ricorso all'*arbitrium* potrebbe considerarsi legittimato dall'accordo delle parti che lo hanno *ex ante* esplicitamente previsto.

II.

Altre «leges venditionis» di Catone

1. Il contratto di vendita dell'uva da raccogliere

Molto più breve del precedente, il formulario contrattuale per la vendita del *vinum pendens*³²⁵:

Cato, *agr.* 147: Hac lege vinum pendens venire oportet: vinaceos inlutos et faecem relinquito. Locus vinis ad K. Octob. primas dabitur; si non ante ea³²⁶ exportaveris, dominus vino quid volet faciet. Cetera lex, quae oleae pendenti.

Ivi si dispone soltanto che siano lasciate al *dominus* le vinacce non asciugate, e le fecce³²⁷; che si provveda a ritirare il vino entro le calende di ottobre, altrimenti il padrone ne potrà fare quel che vorrà³²⁸; e, infine, si rinvia per quant'altro alla *lex venditionis* dell'*olea pendens*.

Nonostante la concisione del modello contrattuale prospettato è possi-

³²⁵) Sulla ragione che spinge Catone a trattare in particolare di questo tipo di prodotto cfr. *supra*, nt. 215.

³²⁶) In C.G. BRUNS, *Fontes Iuris Romani Antiqui*⁷ (cur. O. Gradenwitz), Tübingen, 1909, rist. Aalen, 1969, II, *Scriptores*, p. 49 nt. 8) si è espunto 'ea': con questa correzione sembrerebbe essere d'accordo BURDESE, *Catone e la vendita*, cit., p. 271.

³²⁷) Probabilmente sarebbe stata possibile una utilizzazione di questi residui della spremitura: così BURDESE, *Catone e la vendita*, cit., p. 271: la previsione di tale disposizione contrattuale permette implicitamente di dedurre che la raccolta e la spremitura dell'uva siano già state espletate e che la loro realizzazione sia stata effettuata dal compratore dell'uva come risulta per il caso affine dell'*olea pendens*.

³²⁸) BURDESE, *Catone e la vendita*, cit., p. 270, ribadisce che entrambe le statuizioni previste dal formulario in esame sono concepite nell'interesse del *dominus fundi* e ciò risulterebbe anche dalla diversità delle formule verbali usate: l'indicativo futuro per il venditore e l'imperativo futuro per il compratore. La differenza dei modi verbali utilizzati era stata collegata da Vincenzo Arangio-Ruiz (*La compravendita*, I, cit., p. 75) al fatto che si trattasse di vendita agli incanti piuttosto che di formulari privati, ma ciò secondo Alberto Burdese (*op. ult. cit.*, p. 271 nt. 11) non esclude che la posizione del venditore risulti preminente rispetto a quella del compratore.

bile fare alcuni importanti rilievi. Innanzitutto oggetto della vendita in esame è, come nella fattispecie precedente, una *res* non ancora staccata dalla cosa madre, cioè una *res futura*³²⁹. Il contratto in esame non potrà, quindi, che produrre effetti obbligatori. Del resto l'efficacia obbligatoria è dimostrata anche dalla indicazione del termine fino al quale il *dominus* dovrà garantire il *locus vinis* ed entro il quale il compratore dovrà procedere a ritirare il vino prodotto, per l'evidente necessità che le botti siano disponibili per l'imminente successiva vendemmia (*Locus vinis ad K. Octob. primas dabitur*)³³⁰.

Ma qual è la fonte di questi effetti appena evidenziati?

In questo caso, a differenza della *lex venditionis* precedente, manca qualsiasi riferimento alla necessità di ricorrere all'assunzione di alcuni obblighi tramite promessa verbale. E' vero che l'ultima disposizione della *lex* in esame rinvia esplicitamente a quanto predisposto nel precedente formulario e quindi anche, com'è stato rilevato³³¹, alla clausola stipulatoria '*recte ... domini*' ivi

³²⁹) Sul punto cfr. quanto si è detto *supra*, nt. 226, cui *adde* BURDESE, *Catone*, cit., p. 270. L'autore, con riferimento specifico al formulario in esame, ritiene trattarsi di vendita del vino futuro che sarà prodotto con l'uva ancora da raccogliere ma, al proposito, lascia aperte entrambe le possibilità: l'alea del contratto potrebbe riguardare solo la qualità del vino (*emptio rei speratae*) o anche la quantità (*emptio spei*), qualora il prezzo fosse fissato a corpo anziché in funzione della quantità prodottasi, come invece risulta espressamente previsto nella vendita del vino *in dolis*. Nella quale, come si vedrà a breve (cfr. *infra*, § 2) «viene minutamente regolata la misurazione del vino venduto».

³³⁰) Da tale disposizione si desume evidentemente che il *dominus* è tenuto a garantire al compratore il posto dove tenere il vino fino al momento immediatamente precedente alla successiva vendemmia, periodo in cui, come si è appena accennato nel testo, le botti gli serviranno di nuovo: ed è per questo che, in caso di mancato ritiro, gli viene riconosciuta la possibilità di fare ciò che vorrà del vino, fermo restando l'obbligo della controparte compratrice di adempiere comunque la sua prestazione. Per queste esatte osservazioni cfr. BURDESE, *Catone e la vendita*, cit., p. 271. Mentre per la considerazione di questa clausola come da aggiungere necessariamente alla vendita del vino o da ritenere implicita anche quando non espressamente prevista, cfr. M.M. BENÍTEZ LÓPEZ, *La venta de vino y otras mercancías en la jurisprudencia romana*, Madrid, 1994, p. 175.

³³¹) In questo senso si sono espressi ARANGIO RUIZ, *La compravendita*, I, cit., p. 76, SARGENTI, *Il 'De agri cultura'*, cit., p. 180, TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 52 s., e BURDESE, *Catone e la vendita*, cit., p. 271 ss. Mario Talamanca, con riferimento al rinvio generico contenuto nelle ultime disposizioni delle *leges* di cui ai *cap.* 147 e 148, ha precisato che mentre la clausola '*recte ... domini*' di Cato, *agr.* 146.2, sarebbe «puntualmente trasferibile» alla *lex* in questione, quelle che la precedono lo sarebbero soltanto in modo analogico. Un riferimento più preciso sarebbe, invece, ipotizzabile per le clausole finali. Da parte sua Alberto Burdese (*Catone*, cit., p. 271) si è posto più in generale il problema di capire i termini del richiamo alla *lex oleae pendentis*: tale rinvio, infatti, potrebbe essere inteso o come riferito a singole clausole applicabili per intero alla fattispecie del *vinum pendens* (e tale potrebbe essere soltanto la clausola relativa all'adempimento degli obblighi, non direttamente ivi descritti, del compratore), oppure al complesso del formulario richiamato,

contenuta. Tale richiamo però non costituisce prova contro la generale rilevanza della *conventio* in quanto, proprio dall'analisi della clausola ora menzionata nel suo contesto originario, si sono desunti elementi miranti più a confermare che a smentire la perseguibilità delle obbligazioni sorte dall'accordo manifestatosi nell'*addictio*³³².

A sostegno della circostanza che il ricorrere della *stipulatio pretii* nella vendita dell'uva pendente non avrebbe implicato assolutamente la mancata rilevanza dell'intero affare *consensu* può citarsi anche un passo di Giuliano, che prospetta una fattispecie analoga:

D. 19.1.25 (Iul. 54 *dig.*) Qui pendentem vindemiam emit, si uvam legere prohibeatur a venditore, adversus eum petentem pretium exceptione uti poterit «si ea pecunia, qua de agitur, non pro ea re petitur, quae venit neque tradita est». ceterum post traditionem sive lectam uvam calcare sive mustum evehere prohibeatur, ad exhibendum vel iniuriarum agere poterit, quemadmodum si aliam quamlibet rem suam tollere prohibeatur.

All'epoca di questo giurista l'*emptio* consensuale era pienamente riconosciuta, ciononostante si era ritenuto opportuno ricorrere alla *stipulatio pretii* da parte del compratore, com'è attestato dal tenore dell'*exceptio mercis non traditae* che fa riferimento a «*ea pecunia*»³³³. Questo depone a favore dell'idea che tale promessa verbale sarebbe stata utile per il perseguimento di scopi diversi dalla necessità di far acquistare giuridica rilevanza all'obbligo di pagamento del prezzo³³⁴.

In conclusione anche il modello contrattuale avente ad oggetto il *vinum pendens* sembra perfezionarsi *consensu*.

Sotto il profilo del tipo di tutela assicurata, non pare che il formulario in questione permetta di desumere qualcosa di più rispetto a quanto osservato in precedenza.

Indubbiamente viene rafforzata l'idea della perseguibilità dell'intero affare, in quanto la specificazione perentoria che, in caso di mancato ritiro del vino

ma ovviamente solo in quanto applicabile per analogia di contenuto (per esempio la clausola riguardante la restituzione degli attrezzi), o anche soltanto perché facente riferimento a schemi astratti comuni (quale potrebbe essere il ricorso alla vendita per bando d'asta). Secondo Alberto Burdese quest'ultima interpretazione della clausola di rinvio sarebbe quella da preferire in quanto «*cetera lex*» corrisponde a «da restante parte» del formulario per la quale soltanto, dunque, si rinvierebbe alla vendita dell'*olea pendens*.

³³² Cfr. *supra*, p. 78.

³³³ Sul punto, cfr., per tutti, M. TALAMANCA, *Contributi allo studio delle vendite all'asta*, cit., p. 123 nt. 3, cui *adde* VIARO, *Corrispettività*, cit., p. 135 s. e nt. 38 ove ulteriore letteratura.

³³⁴ Per un quadro della letteratura sul passo che presenta diversi profili interessanti cfr. VIARO, *Corrispettività*, cit., p. 136 ss.

da parte dell'aggiudicatario entro le calende di ottobre – ‘*dominus vino quid volet faciet*’³³⁵ – sarebbe difficilmente comprensibile se non nella prospettiva che prima di quel termine il *dominus* debba ritenersi direttamente obbligato a mantenere a disposizione il vino nelle sue botti consentendone il ritiro al compratore in qualsiasi tempo. Secondo Mario Talamanca³³⁶, la clausola di rinvio all'*olea pendens*, che permetterebbe di richiamare nel presente formulario, come si è appena ricordato, la clausola stipulatoria – contenente la garanzia personale – nonché il *pignus* in funzione vicariante di quest'ultima, confermerebbe la tendenza a trasferire su un diverso piano il momento di rilevanza giuridica del negozio. Ma ciò avverrebbe, come mette in luce lo stesso autore³³⁷, soltanto a tutela degli obblighi dell'aggiudicatario³³⁸: il che è indice del fatto che la tutela delle obbligazioni scaturenti dal contratto in questione non poteva realizzarsi esclusivamente attraverso l'*actio ex stipulatu* o altri strumenti indiretti.

Infine, nella breve *lex* in esame è anche riscontrabile la tendenza a stabilire con precisione le rispettive pretese. Ciò potrebbe costituire un dato a favo-

³³⁵) BURDESE, *Catone*, cit., p. 275 nt. 36, mette in parallelo il contenuto di questa disposizione che viene ripetuta anche nel formulario successivo con quanto disposto da D. 18.6.1.4, ove sono richiamati i *veteres* identificabili con i giuristi del II secolo a.C. La necessità di misurare il vino prima di gettarlo via è, anche in tal caso, indispensabile per determinare il prezzo dovuto dal compratore: così già S. RICCOBONO JR., *Profilo storico della mora nel diritto romano (fino all'età degli Antonini)*, in «AUPA.», XXIX, 1964, p. 126 ss., che indica diffusamente la *ratio* di questa originaria disciplina dettata in ipotesi di *mora creditoris*. In D. 18.6.1.3 Ulpiano riconosce la liceità dell'*effusio*, previa *denuntiatio*, a non avvenuta misurazione. Per questo Éva Jakab (*Vinum*, cit., p. 79 ss.) parla di due diversi modelli di vendita, riferiti a Catone e Ulpiano.

³³⁶) *Costruzione giuridica*, cit., p. 312 nt. 31.

³³⁷) TALAMANCA, *Costruzione giuridica*, cit., p. 312 nt. 31.

³³⁸) In proposito, però, Mario Talamanca, nel suo lavoro successivo sui formulari catoniani (*La tipicità*, cit., p. 58), ha sottolineato che il *redemptor* avrebbe comunque goduto di una posizione di fatto più avvantaggiata rispetto a quella del *dominus fundi*. Egli, infatti, si sarebbe trovato per primo in possesso dell'uva e quindi non sarebbe stato sprovvisto di qualsiasi mezzo di coazione nel periodo precedente al riconoscimento dei contratti consensuali. Indubbiamente – continua al riguardo Talamanca – la posizione di fatto del *redemptor* sarebbe dipesa da una disponibilità iniziale del *dominus* a rispettare il contratto, ma d'altra parte non avrebbero dovuto «presentarsi di frequente, sul piano della prassi, situazioni in cui il proprietario fondiario recedesse ingiustificatamente dall'impegno assunto mediante l'*addictio*, ché non ne aveva neppure interesse»: basti pensare «alle scadenze che il normale decorrere degli eventi dell'anno agricolo poneva al proprietario». Mi permetto di esprimere qualche perplessità circa l' idoneità di quest'ultimo rilievo a mettere al sicuro l'aggiudicatario dai recessi ingiustificati del *dominus*. Mi pare ovvio, infatti, che questi avrebbe potuto in concreto non rispettare l'accordo sancito nell'*actio*, anche solo nell'ipotesi in cui avesse successivamente trovato un'offerta migliore. Se poi tutto ciò poteva avvenire per via della diversa posizione sul piano economico-sociale dei *redemptores* rispetto ai proprietari fondiari è un altro discorso.

re del sottinteso riferimento al sistema processuale più arcaico piuttosto che all'*arbitrium bonae fidei* formulare, anche se non si può escludere che tale precisione sia prevista a fini cautelari o addirittura per limitare la discrezionalità dell'*arbiter* nel processo formulare.

2. Il contratto di vendita del vino nelle botti

La *lex venditionis* successiva ha per oggetto il vino già prodotto, in particolare il vino doliare³³⁹, che va distinto da altri tipi di vendita di vino³⁴⁰:

Cato, *agr.* 148. 1-2: Vinum in doliis hoc modo venire oportet: vini in culleis sing. quadragenae et singulae urnae dabuntur. Quod neque aceat neque muceat, id dabitur. In triduo proximo viri boni arbitrato degustato; si non ita fecerit, vinum pro degustato erit. Quot dies per dominum mora fuerit, quo minus vinum degustet, totidem dies emptori procedent.

Vinum accipito ante K. Ian. Primas; si non ante acceperit,³⁴¹ dominus vinum admetietur. Quod admensus erit, pro eo dominus rem solvito; si emptor postularit, dominus ius iurandum dabit verum fecisse. Locus vinis ad K. Octobres primas dabitur; si ante non deportaverit, dominus vino quid volet faciet. Cetera lex, quae oleae pendenti.

Il modello di contratto consigliato indica innanzitutto il fatto che il *dominus* darà quarantuno *urnae* di vino per ogni culleo³⁴²; che il vino non dovrà essere

³³⁹) Questo, evidenzia BURDESE, *Catone*, cit., p. 273, presuppone un minimo di stagionatura del prodotto, almeno trenta giorni dalla vendemmia, che permettano la fermentazione. Dovrebbe trattarsi, dunque, del vino novello, non più allo stato di mosto, in quanto non avrebbe senso una *degustatio* effettuata in relazione a quest'ultimo (p. 276). PENNITZ, *Die Gefabrtragung*, cit., p. 257 s., è di diverso avviso: l'asta sarebbe dovuta avvenire prima del processo di fermentazione in quanto il venditore avrebbe garantito per la qualità del vino, la *degustatio* successiva alla consegna sarebbe avvenuta non per normale controllo ma come modo eventuale di eliminare una lite. Non condivide questa interpretazione BURDESE, *Catone*, cit., p. 276 nt. 41, che esclude il risalire a Catone – come invece vorrebbe JAKAB, *Vinum effundere*, cit., p. 84 e 109 s. – di un modello di formulario relativo alla vendita del mosto.

³⁴⁰) Cfr. sul punto quanto specificato da VON LÜBTOW, *Cato leges*, cit., p. 396.

³⁴¹) BRUNS, *Fontes Iuris Romani Antiqui*, cit., p. 50, attribuisce l'inciso '*si non ante acceperit*' alla clausola precedente '*vinum ... - ... primas*', mentre l'opinione prevalente è nel senso che esso si riferisca alla clausola successiva (sul punto cfr. per tutti VON LÜBTOW, *Cato leges*, cit., p. 397, cui *adde* BURDESE, *Catone e la vendita*, cit., p. 274).

³⁴²) Generalmente si ritiene che l'aggiunta di un'urna alle 40 necessarie a formare un *culleus* fosse prevista a scomputo delle perdite verificabili durante il travaso (cfr. in questo senso, tra gli altri, VON LÜBTOW, *Cato leges*, cit., p. 398, THIELSCHER, *Des Marcus*

né *acidum* né *mucidum*; fissa i termini e le modalità per la degustazione di esso³⁴³ nonché le disposizioni da osservare in ipotesi di ritardo nello svolgimento di tale attività³⁴⁴; stabilisce il tempo massimo entro il quale il vino deve essere preso in consegna dal compratore nonché il dovere del *dominus*, in caso di mancato ritiro entro il termine stabilito³⁴⁵ (*mora accipiendi*), di procedere alla misurazione³⁴⁶. Da tale operazione dipenderà il preciso ammontare

Cato, cit., p. 354, FLACH, *Römische Agrargeschichte*, cit., p. 146, CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 86, BENÍTEZ LÓPEZ, *La venta*, cit., p. 188, e BURDESE, *Catone e la vendita*, cit., p. 273, il quale precisa che i cullei dovranno essere presumibilmente di proprietà del compratore). Sulla misurazione del vino cfr. anche Cato, *agr.* 154, per la cui interpretazione si veda BENÍTEZ LÓPEZ, *La venta de vino*, cit., p. 188 s.

³⁴³) Si discute come avrebbe dovuto intendersi l'attività di degustazione rispetto alla fattispecie contrattuale in esame: cfr. sul punto, per gli autori meno recenti, KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, cit., p. 627 s., con ampia discussione e critica delle precedenti opinioni, e per l'orientamento attuale, TALAMANCA, *'Vendita'*, cit., p. 423 s., e BENÍTEZ LÓPEZ, *La venta*, p. 140 ss., la quale evidenzia le diverse conseguenze a seconda se non si fosse potuto procedere alla *degustatio* per il compratore o per il venditore. BURDESE, *Catone e la vendita*, cit., p. 273 s. e nt. 30, fornisce anche un quadro sintetico delle diverse interpretazioni date all'inciso *'in triduo proximo'*.

³⁴⁴) Il pericolo della acidità del vino era a carico del venditore, ma se, come in questo caso, si fosse previsto un termine entro il quale si sarebbe dovuto procedere alla degustazione e poi non la si fosse effettuata, il rischio sarebbe passato al compratore (cfr. VON LÜBTOW, *Cato leges*, cit., p. 400 s.) tranne che, ovviamente, ciò si fosse verificato per causa imputabile al *dominus* (cfr. BENÍTEZ LÓPEZ, *La venta de vino*, cit., p. 140). Si veda altresì BURDESE, *Cato*, cit., p. 274, il quale precisa che la previsione di considerare il vino per degustato nel caso di ritardo è una applicazione della tecnica della *fictio* «ben nota al diritto come alla religione romana». Sempre con riferimento alla *degustatio* BURDESE, *op. ult. cit.*, p. 274, ipotizza che non potesse ovviamente avvenire prima della conclusione del processo di fermentazione, per cui il bando d'asta sarebbe stato effettuato solo in seguito per permettere all'aspirante compratore, dopo aver degustato il vino, di formulare la sua offerta per aggiudicarsi l'asta. Martin Pennitz (*Das Periculum*, cit., p. 304 nt. 103) sottolinea che il vino inacidito o ammuffito, a differenza ad esempio di una pecora segnata dall'età, non è più vino adatto alla vendita e di conseguenza non può essere considerato *merx* e, a conferma richiama Plin., *hist. nat.* 14.20.26 [131], cosa diversa sarebbe nell'ipotesi di un mero deterioramento di esso (*'vinum asperum'*). Lo studioso tedesco continua sottolineando che è proprio grazie alla clausola inserita in Cat., *agr.* 148.1, che il venditore assume «das Risiko von *acor* und *mucor* auf sich» e sul punto è interessante anche quanto evidenzia più avanti (*op. ult. cit.*, p. 308 nt. 116).

³⁴⁵) Come risulta dal formulario il termine ultimo sarebbe stato presumibilmente quello delle più vicine Calende di gennaio.

³⁴⁶) Nel senso che, nella fattispecie, è la *mora accipiendi* a legittimare l'*admensio* da parte del *dominus*: si vedano KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, cit., p. 617, VON LÜBTOW, *Cato leges*, cit., p. 397, RICCOBONO, *Profilo storico della disciplina della mora*, cit., p. 139 s., e CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 87 s. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, cit., p. 617, in proposito faceva notare che nella vendita del vino *in dolis* la quantità complessiva del venduto e con essa l'importo complessivo del prezzo (cfr. la nota seguente) sarebbero

del prezzo³⁴⁷ e, di conseguenza, la possibilità, forse, di richiederne il pagamento³⁴⁸. Se il compratore lo richiederà il *dominus* presterà giuramento³⁴⁹ di

stati resi certi soltanto dopo l'effettiva misurazione, con la conseguenza che prima di tale operazione il rischio di una perdita sarebbe caduto sul venditore mentre dopo di essa sul compratore. L'operazione di misurazione sarebbe avvenuta molto probabilmente attraverso il travaso in altri recipienti dello stesso *dominus* o del compratore: cfr., sul punto, E. JAKAB, *Vinum effundere*, cit., p. 100, ID., *Risikomanagement beim Weinkauf. Periculum und Praxi im imperium Romanum*, München, 2009, p. 71 e BURDESE, *Catone e la vendita*, cit., p. 274.

³⁴⁷) In pratica nella vendita del *vinum in dolis* il complessivo ammontare del prezzo era, come si è appena accennato, sconosciuto al momento della conclusione del contratto, con l'asta si sarebbe fissato infatti quello corrispondente ad un'unità di misura, molto probabilmente il *culleus* (cfr. *cap.* 148.1). Ciononostante però ci si trovava di fronte ad una *obligatio certa*, in quanto esso sarebbe stato automaticamente determinato all'atto della misurazione. Sul punto cfr. VON LÜBTOW, *Cato leges*, cit., p. 366 ss., THIELSCHER, *Des Marcus Cato*, cit., p. 355, RICCOBONO, *Profilo storico della disciplina della mora*, cit., p. 140, MAGDALEIN, *De la royauté*, cit., p. 173, e BENÍTEZ LÓPEZ, *La venta*, cit., p. 176. Èva Jakab (*Risikomanagement beim Weinkauf*, cit., p. 71) precisa che la misurazione avrebbe avuto anche un altro importante effetto: il passaggio del *periculum* all'*emptor*.

³⁴⁸) Almeno secondo l'opinione prevalente: sul punto cfr. CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 88. In effetti era stata ipotizzata anche un'altra lettura della clausola '*pro eo resolutio*', e cioè '*pro eo dominus rem resolutio*', di cui si era proposta la seguente interpretazione: verificatasi la *mora accipiendi* il venditore, dopo aver misurato il vino, lo vende ad altri e dà il ricavato al compratore, e con questa consegna egli sarà definitivamente liberato: in pratica si sarebbe trattato di una vendita coattiva che anche i classici consigliavano al venditore perché si evitasse il versamento del vino (si veda D. 18.6.1.3). Ma VON LÜBTOW, *Cato leges*, cit., p. 366 ss. e 397, ha indicato precisamente le ragioni che non consentono di accettare una tale ricostruzione: innanzitutto il *dominus* avrà proceduto quasi certamente alla vendita del vino in botti per evitare la vendita al dettaglio e sarebbe stato molto improbabile che lui, proprio nell'ipotesi in cui il compratore fosse in mora, si sottoponesse spontaneamente e gratuitamente a quest'ultimo tipo di vendita. A ciò si aggiunga che nel seguito del formulario si prevede, per il caso di mancato ritiro, la facoltà del *dominus* di fare del vino ciò che vuole, e questo appare in netto contrasto con l'ipotetico obbligo in precedenza predisposto di procedere alla vendita coattiva in favore del compratore. Condivide quanto rilevato da Ulrich von Lübtow BURDESE, *Catone e la vendita*, cit., p. 274. Più di recente, però, è stato notato da Èva Jakab (*Risikomanagement beim Weinkauf*, cit., p. 66 ss.) che, seguendo la lettura della clausola proposta dal Bruns ('*pro eo [dominus] resolutio*'), sarebbe da preferire l'attribuzione alla disposizione in esame del seguente significato: il *dominus*, una volta che abbia proceduto alla misurazione del vino, sia liberato. L'interpretazione, infatti, tiene conto del senso assunto da *resolvere* nel linguaggio tecnico-giuridico che è più spesso quello di «liberare», «sciogliere» piuttosto che «pagare»; inoltre ciò parrebbe ricevere conferma dalla circostanza che il soggetto appena nominato è il *dominus* e non l'acquirente. La misurazione costituirebbe in altri termini l'adempimento dell'obbligazione da parte del venditore che dopo tale operazione, quindi, non potrà più essere convenuto per la consegna della merce.

³⁴⁹) BURDESE, *Catone e la vendita*, cit., p. 274, sottolinea anche a tal proposito che la prestazione del giuramento, essendo un obbligo riguardante il *dominus*, è espressa all'indicativo futuro.

aver proceduto correttamente alla misurazione. Si fissa altresì il termine, l'ottobre successivo³⁵⁰, entro il quale il vino deve essere materialmente ritirato dal compratore, altrimenti il *dominus* potrà farne ciò che vorrà³⁵¹; per il resto, si rinvia a quanto stabilito nella *lex venditionis* dell'*olea pendens*³⁵².

Innanzitutto, con riferimento al modello contrattuale appena esaminato, è interessante sottolineare la differenza tra l'oggetto della vendita in questione e quello della fattispecie precedente. Entrambi vengono indicati con il medesimo termine '*vinum*' ma individuano la *merx* in due fasi totalmente differenti della sua esistenza: potremmo dire «in potenza» e «in atto». Ciò dà luogo alla proposizione di due modelli contrattuali quasi completamente diversi, perché non coincidono gli interessi in gioco ai quali bisogna assicurare tutela nelle due ipotesi. Nel primo caso l'*emptor* assume, la stragrande maggioranza delle volte, un ruolo da protagonista nella fase di raccolta e di lavorazione del frutto (*vinum pendens*): quindi devono essere disciplinate tutte quelle situazioni che si creano di conseguenza tra quest'ultimo e il *dominus fundi*³⁵³. Nel secondo caso, invece, il modello proposto è molto più conforme al «tipo» vendita³⁵⁴; viene fornito un prodotto finito, consistente nel vino contenuto nei *dolia*³⁵⁵.

³⁵⁰) BENÍTEZ LÓPEZ, *La venta*, cit., p. 176, sottolinea come la data dell'ottobre successivo era collegata alla circostanza che le botti avrebbero dovuto essere libere per il vino nuovo. Nello stesso senso già RICCOBONO, *Profilo storico della mora*, cit., p. 141 s. e, più di recente JAKAB, *Risikomanagment beim Weinkauf*, cit., p. 71, l'autrice precisa come la disposizione in discorso assicura al compratore lo stoccaggio gratuito nella cantina del venditore fino al primo ottobre, nel senso appunto che questi avrebbe potuto usufruire della possibilità di portare via il vino acquistato nel corso dell'anno in piccole dosi.

³⁵¹) L'esistenza della facoltà riconosciuta al venditore, in caso di prolungata mora del compratore di fare del vino ciò che vuole, dunque anche di versarlo, per liberare le botti, viene ribadita anche in epoca classica (D. 18.6.1.4) come sottolinea BENÍTEZ LÓPEZ, *La venta*, cit., p. 176. Secondo CASTELLO, *Nuovi spunti*, cit., p. 258, in questo formulario, a differenza che negli altri, risulta tenuto in maggior conto l'interesse di entrambe le parti anziché quello preminente del *dominus fundi*: lo attesterebbero, ad esempio, le disposizioni date per accertare la qualità e la bontà del prodotto nonché i criteri per misurarlo.

³⁵²) GOUJARD, *Introduction*, in «Caton de l'agriculture», cit., p. 97, ritiene che la clausola di rinvio vada espunta. Secondo BURDESE, *Catone e la vendita*, cit., p. 275 s., il richiamo avrebbe riguardato tutte quelle garanzie ulteriori – *promissio, satisdatio*, garanzie reali – a tutela degli obblighi della controparte, anche se il *pignus conventum* su *invecta et inlata* avrebbe trovato maggiore applicazione nelle due fattispecie contrattuali precedenti nelle quali il compratore avrebbe dovuto svolgere attività lavorativa sul campo del *dominus*. Anche le ultime clausole relative al formulario dell'*olea pendens* potrebbero essere dovute a una stratificazione successiva e quindi non sarebbero applicabili alla vendita del vino doliare, e ciò pure per la stessa struttura del contratto: sul punto cfr., in ogni caso, BURDESE, *op. ult. cit.*, p. 276.

³⁵³) In questo senso è immaginabile una maggiore applicabilità delle clausole relative all'*olea pendens*.

³⁵⁴) Ciò viene sottolineato anche da TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 66.

³⁵⁵) Si discute, al proposito, se si tratti di una vendita di *genus* limitato, compreso in

Gli unici aspetti ulteriori che si tende a disciplinare con precisione sono quelli strettamente legati ad assicurare una certa qualità della *merx* al compratore, nonché la disponibilità dei recipienti al venditore per consentirgli, al momento opportuno, di poter procedere alla vendemmia successiva³⁵⁶.

Ciò che va nella fattispecie sottolineato è che, nonostante il prodotto sia finito, cioè non si tratti, come nelle ipotesi precedenti, di *res futurae*, il tenore del contratto dimostra come dalla sua conclusione sorgano a carico di entrambe le parti una serie di obblighi³⁵⁷, quali quelli che possono chiaramente evincersi dalle singole disposizioni del formulario sopra indicate³⁵⁸. Dunque anche in tal caso l'esecuzione delle prestazioni è differita e il negozio di vendita produce effetti obbligatori.

Per quanto riguarda poi la fonte delle obbligazioni nascenti dalla conclusione del contratto in questione, occorre notare che, anche nella fattispecie negoziale in esame, non c'è traccia del ricorso all'assunzione di esse tramite promessa verbale³⁵⁹. Considerato, però, che l'ultima disposizione della *lex venditionis* del *vinum in dolis* rinvia, come quella della *lex* precedente, al formulario dell'*olea pendens*, pure in tal caso si è ritenuta implicitamente ri-

una determinata provvista (per esempio quattro delle botti contenute in un determinato luogo che verranno individuate al momento della consegna) o *per aversionem*, e quindi riferentesi a tutto il vino contenuto nella cantina del *dominus*, o riguardante delle botti che vengono individuate dalle parti all'atto della conclusione del contratto. Cfr. sul punto quanto sostenuto da VON LÜBTOW, *Cato leges*, cit., p. 366, RICCOBONO, *Profilo storico della disciplina della mora*, cit., p. 139, e TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 66. Più in generale con riferimento a queste diverse possibilità di vendita del vino doliare si veda TALAMANCA, *'Vendita'*, cit., p. 360 ss.

³⁵⁶) Una disposizione del medesimo contenuto era, come si è notato, predisposta anche nel formulario precedente: cfr. *supra*, nt. 330. BURDESE, *Catone e la vendita*, cit., p. 272 s., rileva che non si tratta di una erronea ripetizione della clausola sul presupposto che nel secondo formulario le calende di gennaio già compaiono come termine *ad quem* per l'asportazione del vino. Si tratta di due termini differenti che hanno diversità di funzioni, dunque perfettamente compatibili. L'ultimo indicato deve essere rispettato per garantire il posto al vino prodotto dalla vendemmia successiva e per questo, in caso di mancato rispetto, è prevista una conseguenza tanto grave (*'dominus vino quid volet facito'*) mentre il compratore sarà comunque tenuto al pagamento, come risultava anche dal formulario precedente. Nello stesso senso si vedano gli autori citati da Alberto Burdese alla nt. 157, ove, a conferma della finalità della clausola in esame, si rinvia a D. 18.6.1.4: il passo, per il caso di vendita di *vinum doliare*, nell'ipotesi di mancata indicazione del termine per la consegna, prevede come fissato quello della vendemmia successiva, entro il quale le botti vanno liberate.

³⁵⁷) Già GALLO, *In tema*, cit., p. 309 nt. 37, aveva evidenziato tale circostanza.

³⁵⁸) Cfr. *supra*, all'inizio di questo paragrafo.

³⁵⁹) Ciò era già stato messo in risalto da MONIER, *Manuel*, cit., p. 134, che in proposito evidenziava come una tale mancanza si riscontrasse nonostante che la consegna della *merx* avrebbe dovuto aver luogo dopo un po' di tempo rispetto alla conclusione del contratto.

chiamata la clausola stipulatoria ivi contenuta³⁶⁰. Ma, in proposito, oltre a richiamare quanto in precedenza osservato sulla portata di un tale rinvio³⁶¹, è opportuno riflettere su quale avrebbe potuto essere in concreto, in questa ipotesi, l'oggetto della *verborum obligatio*; e ciò perché la vendita in esame risulta essere di gran lunga diversa dalla fattispecie precedente, che era senza dubbio molto più simile per struttura ed interessi in gioco alla vendita dell'*olea pendens*. Già Mario Talamanca si è posto l'interrogativo appena prospettato ed ha concluso che, nella vendita del vino *in dolis*, oggetto del *promittere* e del *satisdare* sarebbe potuto essere esclusivamente il pagamento del prezzo³⁶², anche se, in questo caso, tale obbligo sarebbe stato sufficientemente garantito dalla circostanza che «in mancanza del contestuale pagamento» il *dominus fundi* avrebbe potuto rifiutare la consegna del vino³⁶³. In realtà tale interpretazione dà per scontato che la clausola stipulatoria abbia nel suo contesto originario a oggetto anche l'obbligazione appena sopra menzionata, mentre si è visto prima come su ciò sia possibile esprimere qualche perplessità³⁶⁴. Questo non significherebbe d'altra parte non riconoscerle alcuna funzione, in quanto non si vede perché la *promissio* ivi richiamata non avrebbe potuto avere a oggetto esclusivamente l'obbligo di pagare le spese d'asta e la senseria al *praeco*.

In conclusione, però, pur ritenendo che la clausola stipulatoria abbia, nella fattispecie, il contenuto più ampio che le si possa ragionevolmente concedere, non accoglierebbe tutte le varie obbligazioni previste dal lungo for-

³⁶⁰ Sul punto si veda la letteratura citata *supra*, nt. 331, cui *adde* BURDESE, *Catone e la vendita*, cit., p. 275. In proposito TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 53 nt. 65, fa notare come fosse difficile riferire la clausola di rinvio ad una disposizione diversa da quella stipulatoria, per cui il richiamo non potrebbe riguardare, neanche in via analogica, «la clausola che fissa i criteri per la scadenza dell'obbligazione di pagare il prezzo (...) essenzialmente collegata alle modalità del raccolto e della oleificazione».

³⁶¹ Cfr. *supra*, parte II, cap. II, § 1 e nt. 331 s.

³⁶² *La tipicità*, cit., p. 53. Per CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 85 s. e 88, la clausola di rinvio dovrebbe ritenersi relativa «soprattutto alla garanzia del pagamento del corrispettivo da parte dell'*emptor*» e nella sua ricostruzione solo l'assunzione di tale garanzia formale avrebbe vincolato l'aggiudicatario in termini di *oportere*.

³⁶³ TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 53 nt. 66, continua osservando che, probabilmente, il *dominus* sarebbe stato nella fattispecie particolarmente interessato alla prontezza della controparte nel ritirare il vino stesso: dunque la *verborum obligatio* dell'aggiudicatario implicitamente richiamata dall'ultima disposizione del formulario avrebbe potuto, in astratto, avere questo oggetto. Il fatto, però, che nell'ultima parte della *lex* in questione si faccia riferimento proprio a questa obbligazione dell'aggiudicatario, senza disporre il ricorso all'assunzione di essa tramite *stipulatio*, ma per stabilire che, in caso appunto di mancato ritiro, il '*dominus vino quid volet faciet*', permette di nutrire qualche dubbio in più circa l'astratta possibilità sopra prospettata.

³⁶⁴ Cfr. *supra*, parte II, cap. I, § 3.

mulario a carico di entrambe le parti, e ciò implica conseguentemente che se si ritiene che esse rilevino, rileveranno *consensu*.

Dal punto di vista del tipo di tutela, ricevono poi ulteriore conferma i rilievi formulati con riferimento alla *lex* precedente.

A favore della tutelabilità dell'affare depone soprattutto il contenuto di alcune delle sue clausole, come quelle che prescrivono al compratore di pagare al venditore tanto vino quanto questi ne ha effettivamente misurato (*'dominus vinum admetietur. Quod admensus erit, pro eo dominus rem solvito'*)³⁶⁵ o che prevedono, in caso di mancato ritiro del vino entro il termine prefissato, *'dominus vino quid volet faciet'*³⁶⁶.

Ma, una volta ammesso che al negozio in esame fosse assicurata tutela, appare di particolare importanza la previsione di tutta una serie di strumenti tendenti ad evitare la necessità di ricorrere, in caso di controversia, a valutazioni discrezionali.

In questa prospettiva potrebbe già essere interpretata la prima clausola del formulario in questione e cioè quella con la quale il venditore si impegna a dare quarantuno urne di vino per ogni culleo, così da evitare problemi circa la quantità di vino che può eventualmente andar perduto durante l'operazione di versamento dello stesso³⁶⁷.

Nel medesimo senso sembra poi deporre la previsione che la *degustatio* debba essere effettuata *arbitratu boni viri*. Il degustare implica infatti, necessariamente, una valutazione diretta appunto all'accertamento della *qualitas* dell'oggetto della vendita³⁶⁸. Il ricorso all'*arbitratus* – a prescindere dall'obbligo di effettuarlo la stessa parte o un terzo³⁶⁹ – ne avrebbe assicurato la determi-

³⁶⁵ Sul punto cfr. *supra*, nt. 329.

³⁶⁶ Tale disposizione era presente anche nella *lex* precedente: cfr. KARLOWA, *Der römische Zivilprozess*, cit., p. 137.

³⁶⁷ Cfr. *supra*, nt. 342.

³⁶⁸ La *degustatio*, solitamente prevista nel tipo di vendita in esame, ha la funzione di accertare che il vino non sia né *acidum* né *mucidum* e cioè di stabilire che esso sia effettivamente vino e come tale idoneo a costituire oggetto del contratto. Su tale attività e sul connesso *periculum acoris et mucoris* si è sviluppato un cospicuo filone dottrinale. Per una sufficiente indicazione bibliografica sul punto cfr. CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 86 s. e in particolare nt. 60, cui *adde* JAKAB, *Risikomanagement beim Weinkauf*, cit., p. 58 ss.

³⁶⁹ Si è discusso abbastanza per stabilire se l'*arbitratus boni viri* cui fa relativamente spesso riferimento Catone sia compito di un terzo o di una delle parti (per un quadro della letteratura sull'argomento cfr. CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 69 nt. 16). Dai formulari in questione, però, non pare risulti a chi in concreto sarebbe spettato svolgere tali tipi di *arbitratus*: la circostanza che in alcune ipotesi si faccia esplicitamente riferimento all'*arbitratus* di una delle parti (cfr. *supra*, nt. 218, e soprattutto nelle *leges locationis*: Cato, *agr.* 144.1, 144.2 e 145.1) e, in altre, a quello di un terzo (Cato, *agr.* 144.1 e 145.1) esclude la possibilità di affermare che Catone, nel consigliare la determinazione di una eventuale

nazione in base a parametri prefissati contrattualmente³⁷⁰.

Infine, nello stesso ordine di idee sembra porsi l'obbligo di giurare, gravante sul *dominus*, allorché, nell'ipotesi di *mora accipiendi*, abbia proceduto personalmente alle operazioni di misurazione del vino. La circostanza che questi, ove gli fosse stato richiesto, avrebbe dovuto giurare di aver misurato il vino in modo corretto³⁷¹ testimonierebbe la tendenza ad evitare la necessità

pretesa *arbitratu boni viri*, avesse inteso riferirsi semplicemente all'una od all'altra delle ipotesi prospettate e dimostra invece che l'intenzione è solo quella di assicurare che in tali casi la valutazione venga fatta rispettando determinati parametri obbiettivi. In sintonia con questo modo di vedere si è espresso CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 69 nt. 16, il quale ha affermato che il problema relativo a chi in concreto avesse avuto il compito di effettuare tale tipo di *arbitratus* «perde molta della sua importanza se si tiene conto che, anche nel caso di *arbitrium* di parte, l'adeguamento al modello del '*bonus vir*' tende a diminuirne la possibile 'parzialità' della valutazione fatta, accentuandone la natura di criterio 'obbiettivo'». Secondo ALBERTARIO, *Contratti agrari*, cit., p. 289 s., sarebbe totalmente da escludere che l'*arbitratus boni viri* possa essere espletato dalla parte in quanto l'*arbitratus domini* non viene mai in considerazione quando si tratta di determinare la qualità dell'oggetto venduto o la misura della prestazione e quindi lo esclude, considerato che l'*arbitratus boni viri* di Catone è previsto proprio in ciascuna di queste ipotesi. Questa osservazione, però, ha tutta l'aria di essere una petizione di principio, anche se prevedere, nelle ipotesi prospettate, un *arbitrium* della parte senza precisare che dovesse attenersi al criterio del *bonus vir* non avrebbe senso. Tale precisazione però permette, nell'ipotesi in cui si ritenga che la parte non abbia rispettato i criteri del *bonus vir*, di poter impugnare l'*arbitratus*. Ho l'impressione che, soprattutto riguardo all'*arbitratus boni viri* per la *degustatio* del vino, sia la parte compratrice ad avere l'onere di effettuarlo e questo non solo perché la locuzione verbale è coniugata all'imperativo futuro (*'degustato'*), modo solitamente utilizzato per indicare gli obblighi del compratore, ma anche perché viene fissato un termine perentorio entro il quale la degustazione deve necessariamente essere effettuata per evitare conseguenze particolarmente dannose per il compratore (cfr. *supra*, nt. 344).

³⁷⁰ L'*arbitratus boni viri* richiamato da Catone appartiene indubbiamente a quella categoria di *arbitria* cui le parti ricorrono al fine di determinare uno degli elementi incerti della fattispecie contrattuale. Anche se non è mancato chi, come CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 99 s. nt. 100, ha parlato, sia pure con esclusivo riferimento agli *arbitratus boni viri* della *lex* di cui in Cato, *agr.* 149, di forme di tutela extra-giudiziali, la maggior parte degli autori ha escluso che si tratti di *arbitria ex compromisso*. Ulrich von Lübtow (*Cato leges*, cit., p. 405) ha fugato ogni dubbio al proposito, indicando in modo specifico le ragioni di una tale conclusione: innanzitutto ciò si desume dalla circostanza dell'indicazione dei parametri cui l'*arbitrator* deve attenersi, appunto quelli del *bonus vir*, mentre si sa che la «sentenza arbitrale» è assolutamente discrezionale; in secondo luogo il rispetto di quest'ultima, non essendo garantito dallo Stato, è assicurato da entrambe le parti tramite reciproche stipulazioni di penali, ma di esse non appare traccia nei modelli contrattuali in esame. Infine von Lübtow, dopo aver escluso la ricorrenza degli *arbitria ex compromisso*, rifiuta anche l'ipotesi che si tratti di arbitrati giudiziali esperiti su richiesta di una o di entrambe le parti, ma non motiva questa sua conclusione.

³⁷¹ TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 53 nt. 64, ritiene che oggetto del giuramento del venditore è l'aver proceduto ad una corretta vinificazione (*'verum fecisse'*).

di dover accertare a livello giudiziale l'effettiva quantità di vino venduto³⁷², perché collegata all'esatto ammontare del prezzo³⁷³.

Certamente bisogna ammettere che le disposizioni appena evidenziate, se da una parte potrebbero essere state dettate dalla necessità di dover far valere in giudizio una pretesa certa, considerata la circostanza del trovarsi nel sistema delle *legis actiones*³⁷⁴, dall'altra potrebbero essere giustificate da un punto di vista cautelare, tendente ad assicurare, nonostante l'esistenza dei *iudicia bonae fidei* potenzialmente idonei ad effettuare le valutazioni sopra indicate, una più pronta e veloce risoluzione delle eventuali controversie³⁷⁵.

Vi sono però al proposito alcune osservazioni che rendono meno probabile questa seconda ipotesi.

Le fonti successive a Catone che si occupano di questo tipo di vendita e richiamano espressamente alcune delle disposizioni del modello contrattuale in esame³⁷⁶, non prevedono mai che la *degustatio* debba avvenire *arbitratu boni viri* né che al *dominus* possa esser richiesto, se ha proceduto personalmente alla misurazione del vino, di giurare di aver misurato in maniera corretta. Ora se gli strumenti appena menzionati fossero stati effettivamente previsti a scopo cautelare, non si vede perché la giurisprudenza non avrebbe dovuto continuare a consigliarli e le parti a ricorrervi; la loro assenza, invece, risulterebbe più facilmente comprensibile nella prospettiva, sottolineata sia pure parzialmente da Ulrich von Lübtow, secondo la quale l'utilizzazione non se ne sarebbe più resa necessaria una volta che al *index* fosse stato direttamente ed automaticamente riconosciuto il potere di controllare gli elementi ontologicamente incerti che la vendita del vino nei *dolia* solitamente presentava. Questo si sarebbe verificato appunto solo con l'introduzione delle azioni formulari di

³⁷²) In proposito risulta molto interessante sottolineare che il ricorso al giuramento per realizzare analoghe finalità si riscontra più volte nelle *leges locationis* immediatamente precedenti: cfr. Cato, *agr.* 144.2, 144.5 e 145.3. Tali clausole sono poi molto più esplicite ai nostri fini in quanto esse dispongono espressamente che il rifiuto di giurare comporterà conseguenze ben precise senza la necessità di effettuare ulteriori accertamenti in sede processuale.

³⁷³) E la conseguente possibilità di richiederne il pagamento: su questo punto cfr. *supra*, nt. 365.

³⁷⁴) Infatti si è già a suo tempo accennato (cfr. *supra*, p. 62 s.) la ragione per cui l'unica *legis actio* che può prevedersi a tutela della vendita è la *sacramenti in personam*, caratterizzata, stando alle fonti in nostro possesso (Val. Prob., *not.* 4.1), da pretesa *certa*.

³⁷⁵) Per esempio CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 87, sottolinea come la degustazione, fatta appunto *arbitratu boni viri*, soddisfi un comune interesse delle parti distribuendo tra loro il *periculum* ed evitando appunto il sorgere di contrasti al riguardo.

³⁷⁶) Cfr., sul punto, in particolare i frammenti 1-6 di D. 18.6 (*De periculo et commodo rei venditae*).

buona fede³⁷⁷. In effetti nelle fonti successive a Catone non appare mai, con riferimento ai contratti tutelati da *actiones bonae fidei*, che le parti abbiano stabilito esplicitamente che la determinazione di uno degli elementi del contratto tra loro concluso venga effettuata *arbitratu boni viri*; piuttosto è la giurisprudenza che avverte la necessità di precisare che, nell'ipotesi in cui, nei negozi in questione, fosse stato previsto espressamente all'uopo l'*arbitrium* di una delle parti contrattuali, avrebbe dovuto necessariamente intendersi come *arbitrium boni viri* (cfr. D. 18.1.7.pr.). Il medesimo principio poi si tende ad estenderlo anche nell'ipotesi di *arbitrium* espressamente deferito ad un terzo (cfr. D. 17.2.76-78). Spesso, per giustificare questo criterio interpretativo, si richiama la circostanza del riferimento a un contratto tutelato da un *iudicium bonae fidei*³⁷⁸. Mentre l'esplicita previsione che un dato elemento debba essere determinato *arbitratu boni viri* si riscontra nei modelli di stipulazioni pretorie, in particolare nella *cautio fructuaria*, e cioè proprio in quei rapporti tutelati da azioni *stricti iuris*³⁷⁹. Non potrebbe anche tale ultima circostanza considerarsi indicativa al fine di escludere che la tutela dei contratti catoniani fosse già assicurata tramite azioni di buona fede?

In conclusione, le osservazioni evincibili dal formulario appena esaminato depongono forse in maniera più decisa a favore dell'opinione minoritaria secondo la quale la tutela dei contratti catoniani sarebbe stata assicurata già dalla procedura *per legis actiones*. La *lex* di cui al *cap.* 148, infatti, sembrerebbe testimoniare alcuni dei mezzi che la giurisprudenza cautelare avrebbe proposto per consentire, tenuto conto delle esigenze presentate dall'affare in concreto nonché dei diversi interessi delle parti, l'esperimento di *modi agendi* caratterizzati da una pretesa determinata come sarebbero stati quelli disponibili nel *lege agere*.

³⁷⁷) L'illustre studioso tedesco ha infatti messo in evidenza che se in diritto classico la *degustatio* del compratore fosse sembrata ingiusta al *dominus* l'avrebbe potuta immediatamente fare esaminare dal giudice, mentre ciò non sarebbe stato possibile nella procedura *per legis actiones* (*Cato leges*, cit., p. 403). In realtà vi è anche chi sostiene che la *degustatio* fosse normalmente rimessa all'*arbitrium merum* del compratore (così R. YARON, *Sale of Wine*, in «Studies in Roman Law of Sale F. de Zulueta», Oxford, 1959, p. 75) e dunque non suscettibile di controllo giudiziale, ma l'opinione prevalente la intende come un'attività da svolgersi nel rispetto di parametri obbiettivi essendo diretta ad accertare, come risulta chiaramente dalle fonti, il fatto che il vino non sia diventato «sour or musty» (così A. WATSON, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford, 1965, p. 97).

³⁷⁸) Si veda, oltre alla fonte da ultimo citata, D. 19.2.24.pr. e D. 50.17.22.1.

³⁷⁹) Cfr., sul punto, VOGLI, *Le obbligazioni*, cit., p. 194 s.

3. Il contratto di vendita del pascolo invernale

Più articolato rispetto ai formulari riguardanti la vendita del vino si presenta quello contenuto in:

Cato, *agr.* 149.1-2: Qua lege pabulum hibernum venire oporteat. Qua vendas finis dicit. Pabulum frui occipito ex Kal. Septembribus: prato sicco decedat, ubi pirus florere coeperit; prato inriguo, ubi super inferque vicinus p(ro)mittet, tum decedito, vel diem certam utrique facito; cetero pabulo Kal. Martiis cedito. Bubus domitis binis, cantherio uni, cum emptor pascet, domino pascere recipitur; holeris, asparagis, lignis, aqua, itinere, actu domini usioni recipitur. Si quid emptor aut pastores aut pecus emptoris domino damni dederit, b(oni) v(iri) arbitrato resolvat. Si quid dominus aut familia aut pecus emptori damni dederit, viri boni arbitrato resolvetur. Donicum pecuniam solverit aut satisfecerit aut delegarit, pecus et familia, quae illic erit, pigneri sunt. Si quid de iis rebus controversiae, erit Romae iudicium fiat.

La *lex venditionis* appena riportata riguarda la vendita del pascolo invernale o meglio, utilizzando un'espressione moderna, la cessione del «diritto di pascolare il bestiame» durante la stagione invernale. Data la particolarità dell'oggetto venduto, che implica sostanzialmente l'uso del fondo su cui cresce l'erba per un determinato periodo di tempo, la qualificazione della fattispecie come «vendita» ha fatto discutere³⁸⁰. L'opinione prevalente si è espressa nel senso che la terminologia utilizzata da Catone nel contesto è «senza ondeggiamenti» quella dell'*emptio-venditio*³⁸¹ e dunque essa, stando alle fonti disponibili, rappresenterebbe la soluzione cautelare più antica³⁸².

³⁸⁰) ARANGIO RUIZ, *La compravendita*, I, cit., p. 75 nt. 1, ha sottolineato che una fattispecie di questo tipo sarebbe stata in diritto classico piuttosto una locazione. Nello stesso senso si è espresso TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 55 nt. 74, per il quale «il contenuto dell'assetto d'interessi predisposto sembrerebbe adattarsi meglio allo schema della *locatio-conductio* che a quello della vendita», e a conferma di ciò sarebbe sufficiente richiamare la locuzione '*pabulum conducere*', contenuta in D. 33.7.12.8, propria del linguaggio dei giuristi classici.

³⁸¹) Così, testualmente TALAMANCA, *op. ult. cit.*, p. 66 e nt. 116.

³⁸²) In questo senso si è pronunciato CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 88 ss., il quale al contempo ha notato come il rapporto tra vendita e locazione abbia «rappresentato per la stessa giurisprudenza classica talvolta un problema (cfr. D. 19.2.2.1) non mancando al riguardo rapporti tra gli stessi usi dei termini». Secondo lo studioso romano la circostanza che il disporre dei frutti di una cosa sia configurabile dai giuristi successivi sia come *locatio* della cosa fruttifera (D. 19.2.19.1, D. 33.7.12.8) che come vendita dei frutti (D. 18.1.78.3, D. 18.1.80.2) non è ragione sufficiente per dubitare della tecnicità dei formulari catoniani. Probabilmente la qualificazione della fattispecie in termini di *emptio-venditio* si sarà verificata in quanto l'attenzione della giurisprudenza cautelare sia stata attratta, più che dalla

A prescindere comunque da tale problematica, per consentire al compratore di impossessarsi dell'oggetto acquistato deve cedersi il fondo per un determinato periodo dell'anno. Occorre anzitutto indicare i confini del pascolo³⁸³. Poi Catone si preoccupa di fissare con precisione i termini, rispettivamente iniziale e finale, del godimento. Il compratore potrà cominciare a pascolare il proprio bestiame dalle calende di settembre e sarà obbligato ad andar via, se si tratta di prato secco, quando il pero comincia a fiorire mentre, se si tratta di prato irriguo, quando i confinanti superiori ed inferiori comincino a deviare l'acqua³⁸⁴, salvo che non si concordi in entrambi i casi un diverso termine. Per gli altri tipi di pascolo il termine finale saranno le calende di marzo³⁸⁵. Subito dopo vengono inserite nel modello contrattuale predi-

fruzione limitata del fondo, dalla destinazione del *pabulum hibernum* come *fructus* dell'agjudicatario, e l'acquisto definitivo dei frutti avrà posto qualche problema iniziale alla configurazione della fattispecie contrattuale in termini di *locare*. Contro una precisa tipizzazione di Cato, *agr.* 149, in termini di vendita si è espresso di recente MAROTTA, *Tutela*, cit., p. 45 e nt. 226, che ha messo in evidenza come il formulario in questione, probabilmente nell'indice, veniva definito '*lex pabulo locando*'.

³⁸³) Due dati mi inducono a pensare che la clausola '*qua vendas finis dicitur*' disponesse l'obbligo del venditore di dichiarare i «limiti spaziali» del fondo (così, tra gli altri, CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 90) piuttosto che quelli temporali, come preferisce BEKKER, *Ueber die 'leges locationis'*, cit., p. 433. Il primo è la circostanza che sono le clausole immediatamente successive (cfr. *infra*, di seguito nel testo e nt. 384 s.) a occuparsi di indicare esplicitamente i termini temporali del godimento. Il secondo è che la locuzione verbale '*dicitur*' viene utilizzata da Catone quando si tratta di pronunciare qualcosa in modo solenne e formale – come dimostrano due passi di poco precedenti quello oggetto attuale di esame (cfr. *agr.* 140.1 e 141.2) – ed è molto più consono all'ordinamento romano che una dichiarazione resa con *verba* formali abbia a oggetto i confini spaziali di un fondo piuttosto che quelli temporali del suo godimento.

³⁸⁴) Per Paolo Cugusi e Maria Teresa Sblendorio Cugusi *promitto* «è impiegato qui, etimologicamente (*pro-mitto*), con il valore di *foras produco*» (p. 245 nt. 149). Per Bekker (*Ueber 'leges locationis'*, cit., p. 433) non sarebbe corretta l'espressione '*permittel*', in quanto non si capirebbe perché mai il venditore dovrebbe far dipendere il periodo del diritto del compratore dalla volontà dei vicini; secondo lo studioso tedesco avrebbe dovuto leggersi '*promittel*', dando così al contesto il senso seguente: compratore usa il mio fondo come *pabulum hibernum* fino a che i miei vicini usano i loro fondi nella stessa maniera; quando essi condurranno fuori le loro greggi, parti! Mentre per Cardilli, che condivide la lettura comunemente proposta cioè '*permittel*', il termine finale per il prato irriguo dipenderebbe dalla decisione dei vicini di aprire le paratie per far scorrere l'acqua sul fondo del *dominus* (*L'obbligazione*, cit., p. 90) e in questo senso si richiama all'opinione già espressa dal Flach (*Römische Agrargeschichte*, cit., p. 147).

³⁸⁵) Sempre Bekker (*Ueber 'leges locationis'*, cit., p. 433) considera l'espressione '*cetero pabulo*' poco chiara, ed al proposito sente la necessità di specificare che Catone la riferisce per formulare al riguardo giusto un esempio non perché comprenda tutte le ipotesi di *pabulum hibernum*; essa, quindi, avrebbe potuto riferirsi al prato di felci, ma per quello secco varrebbe il termine della fioritura del pero.

sposto una serie di clausole per consentire al *dominus fundi* di continuare ad usufruire del fondo anche nel periodo di durata del contratto, sia pure entro limiti determinati. In questo senso si assicura al proprietario il diritto di pascolare un paio di buoi e un cavallo, nonché di prelevare gli ortaggi, gli asparagi, la legna e l'acqua, di esercitare l'*iter* e l'*actus*³⁸⁶. Con riferimento a queste disposizioni Mario Talamanca ha osservato che esse potrebbero interpretarsi sia come tendenti a fissare ulteriori obbligazioni dell'*emptor*, oltre al pagamento del prezzo, sia – da un punto di vista dogmatico – come delimitazioni della portata dell'obbligazione del venditore. «Ad ogni modo esse evidenziano come l'*emptor* ottenga, nella prospettazione delle parti, una disponibilità del fondo che permetterebbe di escluderne l'uso da parte del *dominus*, anche quando ciò non pregiudicasse l'utilizzazione del fieno venduto»³⁸⁷.

Successivamente, posto che lo svolgimento di attività nel medesimo luogo potrebbe comportare a carico dell'una e dell'altra parte produzione di danni³⁸⁸, si prevede, nell'eventualità che questi vengano effettivamente arrecati, a favore dell'una e/o dell'altra parte il diritto di ricorrere ad un *arbitratus boni viri* per la determinazione del *quantum* da pagare a titolo risarcitorio³⁸⁹. In tal caso, fino a quando non si sarà pagato o non si sarà garantito il pagamento o quest'ultimo non sarà stato delegato³⁹⁰, il *pecus* e la *familia* che si troveranno

³⁸⁶) Questa disposizione viene spesso riportata nei lavori riguardanti la risalenza di alcuni tipi di servitù in quanto costituisce una delle più antiche testimonianze in cui ricorrono i termini che, sicuramente in seguito, verranno utilizzati per individuarle. Varie, però, sono le ragioni che inducono gli autori ad attribuire a tali locuzioni significati diversi, per alcuni ancora lontani dalla configurazione come *iura praediorum*. Per un quadro delle diverse opinioni si vedano L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei «iura praediorum» nell'età repubblicana*, II, Milano, 1976, p. 191 s., A. CORBINO, *Ricerche sulla configurazione originaria delle servitù*, I, Milano, 1981, p. 104 ss. e 134, e 'Servitù (diritto romano)', in «ED.», XLII, Milano, 1990, p. 243 ss., CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 91, e R. BASILE, 'Usus servitutis' e tutela interdittale, Milano, 2012, p. 176 s., con ulteriore letteratura sul punto alla nt. 27.

³⁸⁷) Così TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 67 nt. 120.

³⁸⁸) Questa circostanza è stata messa in risalto da CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 91.

³⁸⁹) Per CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 92, la ragione di una espressa previsione di clausole così ampie dal punto di vista dei potenziali agenti sarebbe comprensibile nonostante la tutela del *damnum iniuria datum*. In primo luogo il rapporto instauratosi tra i due soggetti e la intensità di occasioni avrebbe sollecitato a regolare bilateralmente quanto altrimenti avrebbe costituito un eventuale perfezionamento della fattispecie sopra nominata. In secondo luogo «forse» la natura dell'attività da cui il danno sarebbe scaturito, «cioè il *pasculum frui* concordato dalle parti, potrebbe aver portato ad escludere la qualificazione di questi danni in termini di *iniuria*». Tutto ciò avrebbe giustificato il ricorso da parte della giurisprudenza cautelare ad un soluzione che soddisfacesse l'aspettativa di entrambi i contraenti all'integrità delle proprie cose «evitando incertezze di qualifica del danno».

³⁹⁰) Sul significato assunto in questo contesto dalla *delegatio* si veda W. ENDEMANN,

sul fondo costituiranno garanzia reale per il soddisfacimento delle obbligazioni del compratore nonché di quella solo eventuale del *dominus*³⁹¹. Infine si stabilisce che, qualora sorga controversia su qualsiasi di queste cose il giudizio si terrà a Roma.

Anche il modello contrattuale prospettato sembra confermare le caratteristiche già sopra evidenziate del contratto di vendita.

Innanzitutto l'efficacia obbligatoria. L'adempimento dell'obbligazione del venditore, data la particolarità dell'oggetto venduto, implica necessariamente l'obbligo di mantenere un determinato comportamento nel futuro, come testimonia, del resto, pure l'esigenza di fissare con precisione i termini iniziale e finale del contratto³⁹². D'altra parte, anche la problematica sopra prospettata circa l'ipotesi che la fattispecie in questione potesse, almeno nel periodo classico, essere qualificata come *locatio-conductio rei* dimostra la naturale idoneità della stessa a produrre effetti obbligatori.

In secondo luogo, nella *lex venditionis* appena presentata vi è l'assenza di qualsiasi rinvio all'assunzione di obblighi tramite promesse verbali. La mancanza risulta, in questa sede, più significativa rispetto a quella registrata nelle due precedenti *leges venditionis*, in quanto nella fattispecie non si trova neanche il generico rinvio alla *lex* sull'*olea pendens* e dunque alla clausola stipulatoria ivi contenuta³⁹³. A ciò si aggiunga che il termine '*dicito*', ricorrente nella prima di-

Der Begriff der Delegatio im klassischen römischen Recht, Marburg, 1959, p. 4 s. e 31.

³⁹¹) Non appare chiaro come può essere che quest'ultima obbligazione sia garantita con beni dello stesso creditore. JOLOWICZ, NICHOLAS, *Historical introduction*, cit., p. 304, sottolineano l'analogia tra la clausola in discorso e quelle di Cato, *agr.* 149 e 146, entrambe contenenti una *conventio pignoris*. Per CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 92 nt. 76, il pegno sembrerebbe garantire soltanto l'eventuale obbligo di risarcire il danno potenzialmente gravante su entrambe le parti contrattuali, e ciò perché la menzione della *familia*, che non può che essere del *dominus*, impedisce di considerare questa clausola relativa all'obbligo gravante sull'aggiudicatario di pagare il corrispettivo e impone di collegarla esclusivamente alle clausole che prevedono l'obbligo di risarcire i danni che le parti potrebbero arrecarsi nello svolgimento dell'attività prevista nel contratto. Questo rilievo non sembra essere decisivo contro l'ipotesi secondo la quale il *pignus* sul bestiame dell'aggiudicatario era destinato a garantire, oltre all'obbligo di risarcimento di eventuali danni, anche l'obbligazione principale, cioè il pagamento del prezzo.

³⁹²) Cfr. *supra*, nt. 383 s..

³⁹³) Ovviamente una tale assenza non viene tenuta presente dai sostenitori della tesi stipulatoria (cfr., per tutti, SARGENTI, *Il 'De agri cultura'*, cit., p. 180). Essa è stata invece sottolineata da TALAMANCA, *Costruzione giuridica*, cit., p. 312 nt. 31, e *La tipicità*, cit., p. 55, il quale ha affermato in proposito che dall'aggiudicazione sarebbero sorti diritti che avrebbero potuto farsi valere in giudizio – come risulta dalla clausola sulla competenza territoriale (sulla quale si veda *infra*, p. 119 ss.) – «indipendentemente dalla circostanza che le parti avessero versato le prestazioni in una *verborum obligatio*». In precedenza l'autore aveva notato che la conversione dell'obbligazione da parte dell'aggiudicatario in una *verborum obligatio* sarebbe

sposizione della *lex* in questione³⁹⁴, costituisce un'ulteriore indizio a favore della mancanza di formalità con cui venivano fissate le restanti pattuizioni. Tale locuzione verbale, infatti, sottintende, come si è detto³⁹⁵, una dichiarazione formale avente evidentemente ad oggetto solo i *fnes*. Questo dimostra che Catone quando doveva specificare la necessità di seguire una data forma lo faceva esplicitamente. Ciò permette di ipotizzare che quando l'autore non precisa nulla lo fa perché nulla c'è da precisare. Quanto appena evidenziato induce a concludere, ancora una volta, per la rilevanza del semplice consenso ai fini del perfezionamento dell'affare. D'altronde anche nella fattispecie negoziale in questione ritorna la *conventio pignoris* che costituisce, per le ragioni sopra prospettate, un ulteriore dato a favore dell'efficacia obbligatoria dell'accordo³⁹⁶.

Sotto il profilo della tutela, il *cap.* 149 del *De Agricultura* risulta essere molto interessante. Esso si chiude, come si è già accennato, con una clausola che fissa, in caso di controversia, la «competenza»³⁹⁷ del pretore romano: '*Si quid de iis rebus controversiae erit, Romae iudicium fiat*'. Si tratta, quindi, di una deroga convenzionale alla naturale competenza territoriale³⁹⁸ ed è ovvio che una di-

potuta servire, nella fattispecie, soltanto a permettere la *satisfactio*, in quanto a quell'epoca la garanzia personale poteva essere assunta solo a favore di *obligationes verbis contractae* (*Costruzione giuridica*, cit., p. 312 nt. 31). VIARO, *Corrispettività*, cit., p. 187 nt. 55, pur rilevando l'assenza del rinvio in questo caso alla *lex* sull'*olea pendens*, contenuto, invece, nelle due *leges* immediatamente ad essa successive, ritiene che «lo schema predisposto per la vendita del *pabulum hibernum* e quello concernente l'alienazione dei *fructus ovium* contengano previsioni assai simili» e a tal proposito rinvia rispettivamente a Cato, *agr.* 149.7-8 e 150.7.

³⁹⁴) Sulle due possibili diverse interpretazioni di essa si veda *supra*, nt. 383.

³⁹⁵) Cfr. *supra*, nt. 383 s.

³⁹⁶) Cfr. *supra*, parte II, cap. I, § 3.

³⁹⁷) Com'è noto il termine '*competentia*', nel senso di competenza giurisdizionale, non appare nelle fonti romane, almeno con riferimento alla procedura *per legis actiones* ed a quella *per formulas*. L'espressione tecnica utilizzata per indicare che un dato magistrato fosse competente a decidere su una determinata controversia era '*eius de ea re iurisdictio est*' (sul punto cfr., per tutti, PUGLIESE, *Il processo civile romano*, cit., I, p. 165, e II, p. 140 s.).

³⁹⁸) Che questa fosse la finalità della clausola in questione non è stato messo generalmente in dubbio: piuttosto, mentre in un primo tempo si riteneva che la deroga avrebbe escluso la naturale competenza del *praefectus iure dicundo*, in un secondo tempo ci si è prospettati l'ipotesi che essa abbia potuto anche riferirsi a quella del magistrato municipale (cfr. M. WLASSAK, *Der Judikations-befehl der römischen Prozesse*, Vienna, 1921, p. 91 ss., VON LÜBTOW, *Cato leges*, cit., p. 345 nt. 7, PUGLIESE, *Il processo*, cit., II, p. 167, W. SIMSHÄUSER, *Iuridici und Municipalgerichtsbarkeit in Italien*, München, 1973, p. 188 s., e K. ZIEGLER, *Kompetenzvereinbarungen im römischen Zivilprozessrecht*, in «Festschrift M. Kaser», München, 1976, p. 558. Secondo HUMBERT, *Deux notes*, cit., p. 407 s. nt. 36, invece, non vi sarebbe alcuna ragione di pensare che si tratti di una deroga all'ordinaria competenza territoriale: secondo lo studioso francese, infatti (come si è accennato *supra*, nt. 281) nei formulari catoniani le parti, attraverso una serie di clausole compromissorie, avrebbero rinunciato a rivolgersi alla giustizia ordinaria, e quindi, al di fuori dell'ipotesi espressamente prospettata in Cato,

sposizione di tal tipo implichi l'esistenza di una azione giudiziaria.

Sebbene vi sia stato chi, come Ernst Immanuel Bekker, abbia tentato di limitare il più possibile l'efficacia di tale clausola, sostenendo che vada riferita soltanto alle controversie sorte in materia di pegno³⁹⁹, la maggioranza degli autori, invece, ha ritenuto che la disposizione in esame riguardi l'intera *lex*⁴⁰⁰.

In questo senso sembrano, invero, deporre tre dati.

Anzitutto l'uso del plurale '*de iis rebus*' sarebbe difficilmente comprensibile se riferito solo alla penultima clausola del formulario.

In secondo luogo l'interpretazione restrittiva porterebbe a conseguenze difficilmente giustificabili. Si dovrebbe concludere, infatti, per l'esistenza di una tutela in via ordinaria per questioni sorte in materia di garanzie reali, collegate, però, a eventuali obbligazioni accessorie di un affare principale, che, invece, non sarebbe direttamente perseguibile.

Infine, le controversie in materia di *pignus* sugli *inlata* sarebbero potute sorgere anche con riferimento alle fattispecie contrattuali concluse per la vendita dell'*olea pendens* e dei prodotti delle pecore⁴⁰¹, e non si capirebbe perché, in tal caso, Catone non abbia previsto una analoga deroga⁴⁰².

Le critiche appena riferite contro l'interpretazione di Bekker possono

agr. 149.2, nessun giudizio sarebbe stato possibile.

³⁹⁹) E cioè quelle relative esclusivamente alla disposizione immediatamente precedente (BEKKER, *Ueber die 'leges locationis'*, cit., p. 445). A tale proposito lo studioso tedesco ha ipotizzato che forse tale deroga sarebbe stata prevista dalle parti in quanto a Roma l'editto pretorio sarebbe stato emanato in precedenza. Più di recente anche HUMBERT, *Deux notes*, cit., p. 407, si è pronunciato per l'efficacia eccezionale di tale clausola alle sole controversie sorte in relazione al «*de droit du dominus de saisir les invecta et illata lorsque le fourage n'est pas payé*».

⁴⁰⁰) Così, in critica a Ernst Immanuel Bekker, già KARLOWA, *Der römische Civilprozess*, cit., p. 137 ss.: e, nello stesso senso, PADELLETTI, *Storia del diritto privato romano*, cit., p. 270. Anche JOLOWICZ, NICHOLAS, *Historical introduction*, cit., p. 304, sembrano riferire all'intera *lex* la clausola derogativa della competenza, anche se, con riferimento a tale disposizione, di seguito precisano: «But there is nothing to show against whom the pledgee could proceed, or by what remedy». CANCELLI, *Studi*, cit., p. 118, ritiene addirittura che questa clausola dimostri la possibilità di richiedere al giudice di controllare l'*arbitratus domini* sulle garanzie di cui alla *lex* 146.2.

⁴⁰¹) Cfr. *infra*, parte II, cap. II, § 4.

⁴⁰²) In proposito BEKKER, *Ueber die 'leges locationis'*, cit., p. 444 s., sostiene che nulla può essere desunto: apparirebbero infatti arrischiate entrambe le conclusioni, sia quella secondo la quale, in base ad un principio analogico, tutte le controversie in materia di *pignus* si sarebbero dovute svolgere a Roma, sia quella per cui l'esplicita menzione della deroga solo nel nostro caso, dimostrerebbe il contrario, e cioè che essa varrebbe solo per la fattispecie per cui è prevista. Le osservazioni appena formulate sono indizi della difficoltà cui si espone la tesi bekkeriana.

considerarsi estensibili in via analogica anche a Riccardo Cardilli⁴⁰³. Secondo lo studioso romano la clausola derogativa della competenza territoriale si riferirebbe esclusivamente agli obblighi pecuniari imposti dall'*arbitratus boni viri*⁴⁰⁴. Ora sia il tenore generale della disposizione in esame, sia l'impossibilità di ammettere l'esclusiva perseguibilità di obblighi accessori rispetto all'affare principale⁴⁰⁵, sia la difficoltà di spiegarne la mancanza nelle altre ipotesi in cui le *leges* catoniane prevedono la ricorrenza dell'*arbitratus boni viri*⁴⁰⁶, tendono parimenti a escluderne l'accettabilità.

Tutte queste osservazioni fanno apparire molto più convincente l'opinione prevalente secondo la quale, come si è sopra accennato, la disposizione sulla competenza territoriale si riferirebbe alle possibili controversie sorgenti nell'ambito dell'esecuzione dell'intero affare.

La clausola sulla deroga alla competenza territoriale, quindi, costituirebbe non soltanto una prova difficilmente confutabile a favore della tutelabilità diretta della vendita del pascolo⁴⁰⁷, ma anche per quella di tutti i capitolati di vendita finora esaminati. Risulterebbe, infatti, assolutamente ingiustificato, credo, ritenere che questa *lex*, avente caratteristiche e struttura analoghe alle precedenti e alla successiva, fosse la sola a ricevere tutela⁴⁰⁸. In altri termini

⁴⁰³) *L'obbligazione*, cit., p. 92 e p. 100 nt. 100.

⁴⁰⁴) Si sarebbe trattato di obblighi che, non essendo garantiti formalmente, non avrebbero goduto di tutela in termini di *oportere*. Probabilmente la perseguibilità di essi sarebbe stata assicurata da *iudicia imperio continentia*, cui si sarebbe ricorso nelle ipotesi in cui le forme di autotutela o quelle di tutela extra-giudiziale si fossero dimostrate insufficienti. Al riguardo, sia pure soltanto in via di ipotesi, Riccardo Cardilli (*Le obbligazioni*, cit., p. 100 nt. 100) riterrebbe «difficile pensare già ad un *iudicium bonae fidei*, che imporrebbe di considerare anche questi 'obblighi' tutelati come *oportere*».

⁴⁰⁵) In effetti, secondo quanto può desumersi dalla nota precedente sembrerebbe che Cardilli non escluda *a priori* la perseguibilità delle obbligazioni principali nascenti dalla fattispecie contrattuale in questione, anche se egli, affermando che la tutela in termini di *oportere* sarebbe stata assicurata esclusivamente agli obblighi garantiti formalmente, cioè tramite *stipulatio*, implicitamente la esclude. Nel formulario in esame, infatti, come si è già in precedenza messo in evidenza (cfr. *supra*, all'inizio del presente paragrafo e nt. 393), manca qualsiasi rinvio all'assunzione formale delle obbligazioni principali da esso nascenti.

⁴⁰⁶) Cato, *agr.* 144.2, 144.3, 145.3 e 148.1.

⁴⁰⁷) In questo senso TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 55. Del resto, anche in questa *lex*, come nelle precedenti, vi sono delle espressioni, come il '*resolvetur*' e il '*resolvat*', che deporrebbero in ogni caso per la coercibilità dell'affare: così VON LÜBTOW, *Cato leges*, cit., p. 375.

⁴⁰⁸) Pervengono alle medesime conclusioni anche quegli autori che si sono espressi per la riferibilità della clausola sulla competenza territoriale all'intero formulario (cfr. *supra*, nt. 400). CASCIONE, *Consensus*, cit., p. 252 ss., per spiegare come mai l'unica clausola sulla competenza si trovi nel formulario di cui al *cap.* 149, ritiene non impossibile ipotizzare che tale disposizione fosse in origine successiva a Cato, *agr.* 150, e che dunque si sarebbe trovata alla fine di tutti i formulari e avrebbe avuto una valenza generale. Tale presuppo-

rimarrebbe incomprensibile il motivo per cui alla vendita del pascolo sarebbe assicurata tutela, mentre a quella dell'olio o del vino non lo sarebbe. Tale conclusione rende opportuno, però, tentare di capire come mai si sia avvertita la necessità di prevedere questa clausola derogativa della competenza solo con riferimento al modello contrattuale in esame. Purtroppo, dato il periodo di riferimento, siamo quasi del tutto disinformati sui criteri che regolavano l'esercizio della *iurisdictio* da parte dei *praefecti iure dicundo* e/o dei magistrati municipali rispetto a quella del pretore romano, e quindi, in proposito, non si può che avanzare solo una ipotesi. La risposta al quesito appena prospettato dovrebbe ricercarsi in qualcosa che riguardi in modo specifico questo tipo di vendita, a differenza di quelle in precedenza esaminate. In questa prospettiva potrebbe acquistare rilievo l'oggetto, cioè il *pabulum hibernum*, che è, come si è sottolineato⁴⁰⁹, strettamente collegato al fondo. Potrebbe immaginarsi, quindi, che proprio perché quest'ultimo si trovava al di fuori dei confini dell'Urbe sarebbe stato necessario stabilire espressamente che il processo dovesse svolgersi a Roma e non dinanzi al *praefectus iure dicundo* o al magistrato municipale competente per il territorio in cui si trovava l'immobile. L'ipotesi appena prospettata troverebbe conforto in due dati: il primo che, per il periodo più antico, l'unico caso a nostra conoscenza in cui il processo si sarebbe dovuto svolgere in un determinato luogo sarebbe stato quello in cui la controversia avesse riguardato la signoria di beni immobili. In tal caso era lì che il magistrato, su richiesta dell'attore, si sarebbe dovuto recare, per assistere alla *manum consertio*⁴¹⁰. Il secondo dato è che l'unica ipotesi in cui le fonti, relativamente risalenti, si riferiscono a una fattispecie nella quale il convenuto si impegna spontaneamente a comparire in giudizio a Roma, riguarda proprio una controversia avente ad oggetto il possesso di un immobile che si trovava, appunto, al di fuori dei confini dell'Urbe⁴¹¹. E' interessante tener presente

sto spostamento condurrebbe per lo studioso napoletano a due risultati: eviterebbe la peculiarità della clausola, dato che altrimenti rimarrebbe incomprensibile la deroga di competenza solo per la vendita del pascolo, e darebbe una visione organica dei rimedi processuali compresi in questa parte dell'opera catoniana. I dati che potrebbero giustificare l'ipotesi prospettata sarebbero legati, per Cascione, alle difficoltà relative alla tradizione manoscritta e alla ordinata costituzione del trattato catoniano, che fanno sorgere dubbi di lettura, in particolare riguardanti l'ultimo formulario, quello relativo alla vendita del *fructus ovium*. Le ragioni addotte per giustificare lo spostamento non appaiono, però, particolarmente convincenti: per questo, come si vedrà di seguito nel testo, sembra preferibile battere un'altra strada al fine di giustificare la presenza della clausola sulla deroga della competenza territoriale solo nel formulario relativo alla vendita del pascolo.

⁴⁰⁹) Cfr. *supra*, all'inizio di questo paragrafo.

⁴¹⁰) Cfr. sul punto, per tutti, PUGLIESE, *Il processo*, cit., I, p. 42 ss. e 138.

⁴¹¹) Cfr. Cic., *Tull.* 8.20.

che entrambi i dati si riferiscono alla procedura *per legis actiones*⁴¹².

Il fatto poi che si ritenga opportuno fissare la competenza a Roma potrebbe considerarsi un elemento a favore della circostanza che si tratti di operazioni *inter cives* e comunque di persone sicuramente residenti nella capitale; altrimenti quale sarebbe stata l'utilità di tale deroga?⁴¹³

Un ulteriore elemento a favore dell'ipotesi che si tratti di contratti tra *cives* deriva dal fatto che le fonti attestanti il *vadimonium Romam promissum*⁴¹⁴, cioè la promessa del convenuto di comparire in giudizio a Roma – avente quindi il medesimo risultato della clausola contrattuale in discorso – fanno riferimento a controversie *inter cives* di competenza del *praetor urbanus*⁴¹⁵.

⁴¹² Cfr. *infra*, nt. 415.

⁴¹³ La *lex venditionis* in esame era, anche in tal caso, proposta dal *dominus*, per cui si afferma generalmente che fosse il proprietario terriero, appunto in quanto residente a Roma, a preferire lo «stadträmisches Gericht»: così M. TALAMANCA, *rec.* a SIMSHÄUSER, *Iuridici und Munizipalgerichtsbarkeit*, cit., in «BIDR.», LXXVII, 1974, p. 511; cfr. anche ZIEGLER, *Kompetenzvereinbarungen*, cit., p. 559. Mentre Wilhelm Simshäuser, pur raffigurandosi il *dominus fundi* come residente a Roma, ritiene che la clausola in questione esprima, oltre che l'assoluta libertà di derogare convenzionalmente alla competenza per valore, la tendenza di entrambe le parti a preferire il tribunale romano, ma non ne specifica la ragione. Secondo Cosimo Cascione (*Consensus*, cit., p. 253 s.), invece, sarebbe stato opportuno optare per il pretore romano perché avrebbe dato garanzia di applicazione costante di un diritto in piena evoluzione. Infatti, i rapporti nascenti dalle *leges* catoniane avrebbero creato grosse difficoltà di inquadramento giuridico presso gli organi della giurisdizione municipale e per questo si consigliava all'agricoltore di recarsi a Roma in caso di controversia.

⁴¹⁴ Per le quali cfr. PUGLIESE, *Il processo*, cit., II, p. 167 s.

⁴¹⁵ Così chiaramente in Cic., *Verr.* 2.5.13.34: «*unum illud, quod ita fuit illustre notumque omnibus ut nemo tam rusticanus homo L. Lucullo <et> M. Cotta consulibus Romam ex ullo municipio vadimonii causa venerit, quin sciret iura omnia praetoris urbani nutu atque arbitrio Chelidonis meretriculae gubernari*». La circostanza che, secondo l'affermazione dell'oratore, chiunque fosse venuto a Roma *vadimonii causa* sarebbe stato a conoscenza dei «criteri» in base ai quali il pretore urbano avrebbe esercitato la sua *iurisdictio*, dimostra appunto la competenza del magistrato appena nominato. In Cic., *Tull.* 8.20, poi, il «*vadimonium Romam promissum*» viene prestato da Tullio dopo aver espletato la *deductio moribus*, e si discute se detto rituale, di cui siamo a conoscenza solo grazie a testimonianze ciceroniane, sostituisse nell'*agere per sponsonem* la funzione che nella *legis actio sacramenti in rem* aveva il «*manum conserere*» o se servisse ad introdurre la *legis actio* appena nominata oppure se, come sembra molto più probabile, introducesse il procedimento interdittale, precedendo l'emanazione dell'interdetto *uti possidetis* (sul punto cfr., tra gli altri, E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, cit., I, p. 125 e II, p. 16, con fonti e bibliografia, G. NICOSIA, *Studi sulla «deiectio»*, Milano, 1965, p. 34 ss., G. FALCONE, *Ricerche sull'origine dell'interdetto Uti possidetis*, in «AUPA.», XLIV, 1996, p. 252 ss., L. GUTIÉRREZ MASSON, *La ritualización de la violencia en derecho romano arcaico*, in «Index», XXVIII, 2000, p. 257 ss., D. NÖRR, *Zum Interdiktenverfahren in Irni und anderswo*, in «*Iuris vincula*», cit., VI, p. 85 ss., e J. PLATSCHEK, *Überlegungen zur vis ac deductio*, in «*Fides Humanitas Ius. Studi L. Labruna*», VI, Napoli, 2007, p. 4395 ss.). Quale che sia l'opinione preferita, il *vadimonium*, compiuto nel corso dell'esperimento di una *legis actio*, non avrebbe

Grazie alla deroga convenzionale sulla competenza territoriale, dunque, le tesi che rimangono potenzialmente accoglibili sono quelle che ipotizzano una tutela dei contratti catoniani assicurata o tramite la procedura *per legis actiones* o attraverso le azioni formulari caratterizzate dall'*oportere ex fide bona*.

In effetti dall'esame della *lex* del *cap.* 149 non è possibile trarre alcun elemento che consenta, almeno con un certo grado di probabilità, di optare per uno dei due orientamenti appena prospettati. Ciò perché anche in questo formulario il contenuto delle obbligazioni delle parti è fissato con estrema precisione, e, nell'unica ipotesi in cui si sarebbe potuta presentare una pretesa «incerta» si sente la necessità di specificarne contrattualmente non solo la presa in considerazione di essa, ma anche lo strumento per la sua determinazione che è, ancora una volta, l'*arbitratus boni viri*⁴¹⁶. Tutto ciò, come si è più volte ribadito, si presta ad una duplice interpretazione. La prima, secondo la quale le parti, avendo la necessità di agire per far valere una richiesta certa, si fossero preoccupate di stabilire con precisione ogni cosa, compresi gli eventuali *arbitratus boni viri* per «quantizzare» le pretese indeterminabili *ex ante*⁴¹⁷; la seconda, in base alla quale il formulario sarebbe stato così predisposto per consentire, pur esistendo i *iudicia bonae fidei*, una più veloce e rapida risolutio-

potuto che assicurare la presentazione delle parti dinanzi al pretore urbano. La *lex Rubria de Gallia Cisalpina* (21.22, in «FIRA», I, Firenze, 1968², n. 19, p. 174) prevede l'imposizione del '*vadimonium Romam promissum*' da parte del magistrato municipale dinanzi al quale fosse stata proposta una controversia per materia o per valore di competenza esclusiva del pretore di Roma (cfr. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., p. 259 ss. e 268): anche in questo caso dunque si sarebbe trattato di liti *inter cives* per le quali sarebbe stato competente il *praetor urbanus*.

⁴¹⁶) Su cosa fosse questo strumento e sulle discussioni ad esso connesse cfr. *supra*, nt. 369 s..

⁴¹⁷) Secondo VON LÜBTOW, *Cato leges*, cit., p. 379 ss., si sarebbe trattato di un arbitrato extragiudiziale per mezzo del quale sarebbe stato possibile determinare il *quantum* del danno senza la necessità di aprire un processo ed in particolare di ricorrere alla *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*, e che avrebbe previsto la nomina di un *arbitrator* da parte del pretore. Il ricorso ad un terzo sarebbe stato determinato dalla necessità di evitare che la giurisprudenza, e quindi il giudice, considerasse invalida la fissazione unilaterale del danno. Probabilmente se il *iudex* fosse stato in grado, già ai tempi di Catone, di valutare che la determinazione fosse avvenuta secondo i criteri del *bonus vir* non sarebbe stato necessario l'intervento di un terzo, ma questo controllo non era possibile perché in quei tempi non esistevano ancora i *iudicia bonae fidei*, per cui non ci sarebbe stata altra possibilità che farsi determinare l'ammontare del danno da parte di un terzo il cui *arbitrium*, se anche non direttamente valutabile, avrebbe offerto maggiori garanzie (VON LÜBTOW, *op. ult. cit.*, p. 404 ss.). La previsione di questo *arbitrator* extragiudiziale avrebbe altresì permesso di far valere nello stesso processo l'eventuale contropotesa, poiché altrimenti la controparte avrebbe dovuto agire autonomamente (p. 421).

ne delle controversie⁴¹⁸.

Vi è però un ulteriore rilievo da fare.

In effetti la clausola sulla competenza territoriale, avente molto probabilmente⁴¹⁹, efficacia generale, sembra ammettere che, anche qualora fossero sorte questioni relative alla determinazione delle pretese incerte attraverso gli *arbitratus boni viri*, sarebbe stato possibile rivolgersi all'organo predisposto a livello ufficiale all'esercizio della *iusdictio*.

A tal proposito Gerardo Brogginì ha affermato che una simile clausola testimonierebbe il passaggio dall'*arbitratus boni viri* extragiudiziale all'*arbitrium bonae fidei* giudiziale⁴²⁰: se il convenuto non si fosse sottoposto all'*arbitrium* privato, previsto spesso nelle *leges* catoniane, l'attore avrebbe potuto ottenere, in virtù di questa apposita clausola contrattuale, un *arbitrium* giudiziale attraverso una «nichtgesetzliche *postulatio arbitri*»⁴²¹.

⁴¹⁸) Molto interessante risulta essere quanto viene messo in risalto da CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 105 s., relativamente alla *ratio* che ha spinto la giurisprudenza cautelare a consigliare le parti a ricorrere allo strumento dell'*arbitratus boni viri* rispetto ad altri mezzi parimenti idonei ad assicurare, nell'ipotesi in cui si fosse verificato un inadempimento, il pagamento di una data somma di denaro, come ad esempio le *stipulationes poenales*. La scelta di ricorrere ad un *arbitratus boni viri* sarebbe stata condizionata dal fatto che, nella fattispecie in questione, non sarebbe stato conforme né agli interessi del *dominus* né a quelli dell'aggiudicatario prevedere fin dall'inizio una pena pecuniaria come conseguenza dell'inadempimento di questi «obblighi»: «In sostanza, quella dell'*arbitratus boni viri* si sarebbe dimostrata la soluzione più adatta alle ipotesi segnalate, perché relative a conseguenze dell'inadempimento di incerta determinazione al momento della nascita del vincolo».

⁴¹⁹) Come si è sottolineato *supra*, in questo stesso paragrafo, p. 120 ss.

⁴²⁰) Già BEKKER, *Die Aktionen*, cit., p. 167 s., sia pure riferendosi agli *arbitratus boni viri* previsti nelle *leges locationis* (Cato, *agr.* 144.2-3 e 145.3), aveva ipotizzato che le origini dei *iudicia bonae fidei* andassero ricercate proprio in essi. La congettura proposta però è del tutto diversa da quella di Brogginì (cfr. la nota seguente). Ernst Immanuel Bekker, partendo dalla netta distinzione in due fasi del processo romano arcaico, ha affermato che gli accordi su tali tipi di *arbitratus*, diretti sostanzialmente a determinare la misura della prestazione, avrebbero rilevato nella fase *apud iudicem*: in particolare, da quando era sorto l'uso di dare al *iudex* istruzioni scritte, era stato più facile indicare proprio in esse che la determinazione della pretesa sarebbe dovuta avvenire ispirandosi al modello del *bonus vir* nell'ipotesi in cui a livello contrattuale le parti avessero appunto previsto l'*arbitratus boni viri*. Come si è già messo in evidenza (cfr. *supra*, parte II, cap. I § 4) anche altri autori hanno sostenuto che le origini dei *iudicia bonae fidei* debbano ricollegarsi agli *arbitratus boni viri* previsti da Catone. L'orientamento appena richiamato però sembra considerare tali strumenti come idonei a garantire tutela all'intero affare scaturente dai formulari in questione: dall'analisi fin qui condotta risulta invece chiaramente che gli *arbitratus boni viri* avrebbero avuto solo il compito di determinare eventuali pretese ontologicamente incerte e mai quello di assicurare l'esecuzione delle obbligazioni principali nascenti dall'*emptio*. L'accessorietà di tali *arbitria* rispetto al contenuto fondamentale del contratto è stata, sia pure in modo molto incidentale, già rilevata in dottrina (cfr. *infra*, nt. 454).

⁴²¹) *Iudex arbitere*, cit., p. 218. Con questo Brogginì non intende affermare che si

Ora, anche a prescindere dalla ricorrenza della clausola sulla competenza territoriale, bisognerebbe ammettere che la previsione contrattuale degli *arbitratus boni viri* in tanto avrebbe in concreto soddisfatto i contrapposti interessi delle parti in quanto il rispetto di tale clausola fosse stato effettivamente garantito a livello ufficiale; e ciò sia che si opti per l'orientamento minoritario secondo cui l'*arbitratus boni viri* avrebbe dovuto essere effettuato da una delle parti, sia che si preferisca l'opinione prevalente per la quale esso sarebbe stato svolto da un terzo all'uopo nominato⁴²².

Nel primo caso, infatti, è difficile pensare che l'altra parte si sarebbe sentita sufficientemente garantita dalla semplice circostanza che il *dominus* avrebbe operato la valutazione seguendo determinati parametri, appunto quelli del *bonus vir*, ove non fosse stato poi possibile verificare che questi fossero stati effettivamente rispettati.

Mentre, nel secondo caso, occorrerebbe chiedersi: cosa sarebbe successo se le parti non si fossero accordate sul terzo che avrebbe dovuto in concreto svolgere tale *arbitratus*?

Proprio tali rilievi potrebbero indurre a considerare più fondata la tesi in base alla quale la tutela ai contratti derivanti dalle *leges* catoniane fosse assicurata attraverso i *iudicia bonae fidei* formulari, nei quali al *index* era appunto riconosciuta la possibilità, ove ne ricorresse la necessità, di fare anche da *arbiter*.

D'altro canto però è opportuno domandarsi: può escludersi, *a priori*, che la procedura *per legis actiones*, la quale ben conosceva l'*arbitrium* come stru-

tratti di un procedimento delle *legis actiones*: l'*arbiter* sarebbe stato richiesto «nach dem Muster des Postulationsverfahrens» (p. 218 nt. 3).

⁴²² Sul punto cfr. *supra*, nt. 369. Secondo Cosimo Cascione (*Consensus*, cit., p. 253 s.) gli *arbitria* del *bonus vir* previsti nei formulari di Catone (il riferimento in particolare sarebbe a quelli riguardanti il trasferimento delle *res Mancipi* e *nec Mancipi*, ma non mi sembra che siano previsti *arbitria* al riguardo) sarebbero stati «il mezzo imposto dal venditore al compratore per giuridicizzare rapporti di fatto che stavano, in quanto tali, fuori dal diritto». Si sarebbe trattato quindi di arbitrati privati, il che sarebbe stato comprensibile, secondo Cascione, seguendo la proposta di spostamento dell'ordine dei capitoli catoniani da lui ipotizzata (e per la quale cfr. *supra*, nt. 408), che avrebbe previsto l'inserimento della clausola sulla competenza territoriale, contenuta in Cato, agr. 149, alla fine dei formulari. In questa prospettiva – per lo studioso napoletano – tutte le controversie previste da Catone, per le quali ci sarebbe stato bisogno di un controllo autoritativo del pretore romano, sarebbero state instaurate a Roma «con discussione *in iure* e delega della decisione ad un *vir bonus*» scelto, questa volta, autoritativamente dal magistrato giudicante. I rapporti nascenti dalle *leges venditionis* avrebbero, probabilmente, creato difficoltà di inquadramento giuridico al tempo di Catone presso gli organi della giurisdizione municipale: per questo, conclude Cascione, il consiglio dato all'agricoltore sarebbe rapportabile allo sviluppo della *iurisdictio* pretoria tra il III ed il II secolo a.C.

mento per la determinazione di pretese incerte⁴²³, ammettesse la possibilità, per le parti che si fossero in tal senso espressamente accordate, di richiedere un *arbitrium boni viri* giudiziale?

Non credo lo si possa fare. Ritengo invece sia plausibile ipotizzare che l'aver previsto contrattualmente lo strumento per la determinazione dell'eventuale pretesa incerta legittimi la possibilità di richiederlo anche attraverso le vie ordinarie⁴²⁴.

4. Il contratto di vendita dei prodotti delle pecore

L'ultima *lex venditionis* di cui tratta Catone riguarda i prodotti del gregge:

Cato, *agr.* 150.1-2: Fructus ovium hac lege venire oportet: in singulas casei p. IS (dimidium aridum), lacte feriis quod mulserit dimidium et praeterea lactis urnam unam. Hisce legibus, agnus diem et noctem qui vixerit, in fructum; et Kal. Iun. emptor fructu decedat: si interkalatum erit, K. Mais. Agnos XXX ne amplius promittat. Oves, quae non pepererint, binae pro singulis in fructu cedent. †die†⁴²⁵ lanam et agnos vendat, menses X ab coactore releget. Porcos serarios in oves denas singulos pascat. Conductor duos menses pastorem praebat: donec domino satisfecerit aut solverit, pignori esto.

Nel modello contrattuale appena riportato vengono fissate le condizioni alle quali è opportuno procedere alla vendita del *fructus ovium* da parte del proprietario del gregge. Innanzitutto si stabiliscono determinate quantità di latte e di formaggio che il compratore dovrà consegnare al *dominus* per ogni capo⁴²⁶. Si indica poi quale sia la vitalità richiesta perché un agnello possa con-

⁴²³ Sul punto non penso possano avanzarsi seri dubbi: si vedano BROGGINI, *Index arbiterve*, cit. p. 1 ss. (con ampia bibliografia sull'argomento) nonché PUGLIESE, *Il processo civile*, I, cit., p. 169 ss.

⁴²⁴ Che il *lege agere* prevedesse in varie ipotesi, sia pure legislativamente stabilite, il ricorso all'*arbitrium* per la determinazione delle pretese incerte è cosa universalmente riconosciuta: cfr., per tutti, PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I, cit., p. 173 ss.

⁴²⁵ Si è ritenuto che forse nel testo originale si leggesse '*ex quo die*'. Cfr. BRUNS, *Fontes Iuris Romani Antiqui*, cit., II, p. 51 nt. 3. Tale integrazione andrebbe preceduta per alcuni autori anche dal termine '*argentum*': così VON LÜBTOW, *Cato leges*, cit., p. 348, THIELMANN, *Die römische Privatauktion*, cit., p. 46, e THIELSCHER, *Des Marcus Cato*, cit., p. 150.

⁴²⁶ Si trattava, molto probabilmente, di *accessiones* in natura al prezzo: così TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 54, MAGDELAIN, *De la royauté*, cit., p. 173, e CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 93. Quest'ultimo sottolinea al proposito che la concorrenza delle offerte d'asta si sarebbe giocata, anche in questo caso come nelle vendite dei frutti pendenti, solo sulla somma di denaro, in quanto, essendo l'ammontare delle prestazioni in natura

siderarsi frutto⁴²⁷, e il termine fino al quale l'emptor potrà percepire i prodotti del gregge. Segue una clausola con la quale si invita, secondo l'opinione prevalente⁴²⁸, il compratore⁴²⁹ a promettere *verbis* non più di trenta agnelli⁴³⁰. Si

da corrispondere al *dominus* già fissato nella *lex venditionis*, chi sarebbe stato disposto a corrispondere al maggior prezzo si sarebbe aggiudicata l'*auctio*.

⁴²⁷) Sembra che la disposizione in questione sia stata spostata dal luogo in cui era prevista in origine: probabilmente essa si riferiva in qualche modo alle previsioni della clausola relativa alla *promissio* avente appunto ad oggetto gli agnelli (così TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 54 nt. 69, e D'ORS, *El contrato*, cit., p. 452: *contra* CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 95) nonché alla possibilità di ritenere feconda la pecora se l'agnello da essa partorito fosse vissuto almeno il minimo previsto (cfr. D'ORS, *loc. ult. cit.*, e CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 93 s.). Più in particolare Cardilli (*op. cit.*, p. 95) mette in risalto come la clausola in questione «dimostri di distribuire tra le parti il pericolo della *mors agni*, separando il problema della vitalità dell'agnello da quello della sua semplice nascita». Addirittura FLACH, *Römische Agrargeschichte*, cit., p. 148, ricollega la clausola in questione anche alla prima disposizione della *lex*, nel senso che l'agnello vissuto un giorno e una notte possa considerarsi animale suscettibile di fornire una unità delle prestazioni in natura ivi previste, ma questa interpretazione sembrerebbe esclusa dal tenore del formulario, dal quale pare si evinca chiaramente che il corrispettivo in natura è collegato esclusivamente ai capi dati all'inizio del rapporto: in questo senso cfr. CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 95. Per completezza occorre ricordare l'opinione di chi ha addirittura ritenuto la disposizione relativa alla vitalità degli agnelli aggiunta in età successiva, ossia J.P. RICHTER, *Gegenständliches Denken archaisches Orden. Untersuchungen zur Anlage von Cato 'de agricultura'*, Heidelberg, 1978, p. 146: tale affermazione non sembra però potersi giustificare considerato che la clausola in esame assume nel contesto un suo significato (così CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 96).

⁴²⁸) Cfr. la bibliografia richiamata *infra*, nt. 430.

⁴²⁹) Vi è stato anche chi ha ritenuto che fosse il *dominus* («*lessor*») ad obbligarsi per non più di trenta agnelli: così W.D. HOOPER, H.B. ASH, *Cato and Varro on agriculture*⁷, Cambridge-London, 1993, p. 135; si è detto che, secondo questa interpretazione, la *promissio* avrebbe la finalità di assicurare un profitto supplementare all'acquirente: così GOUJARD, *Introduction*, cit., p. 303. Ma la vendita del *fructus ovium* sembrerebbe, come quelle che l'hanno preceduta, un'*emptio* di tutta la *res futura* che si produrrà, per cui è piuttosto difficile in questa prospettiva immaginare la ricorrenza di «*accessiones alla merx*». CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 96, da parte sua definisce l'interpretazione secondo la quale sarebbe il venditore il soggetto di '*promittat*' una incomprensione dell'interprete.

⁴³⁰) Molti sono stati gli studiosi che si sono domandati quale fosse la ragione per cui si fosse prevista una promessa di tal contenuto. Per alcuni autori questa *stipulatio* avrebbe dovuto garantire al *dominus* trenta agnelli appunto al fine di reintegrare il gregge con nuovi animali: così VON LÜBTOW, *Cato leges*, cit., p. 347, e THIELSCHER, *Des Marcus Cato*, cit., p. 360. Secondo TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 54, questa promessa dell'aggiudicatario sembra in apparenza un'*ulteriore accessio* al prezzo risultante dall'*auctio*. Ma l'interpretazione più convincente in proposito è quella prospettata da D'ORS, *El contrato*, cit., p. 452 s.: la finalità di tale *promissio* tenderebbe a limitare la possibilità del compratore di sostituire le pecore ricevute con agnelli da lui stesso acquistati. In sintonia con lo studioso spagnolo risulta essere anche CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 97 s., che sottolinea la necessità di prevedere un limite massimo di agnelli da restituire per evitare che un eccessivo ringiovanimento del gregge ne diminuisca il valore complessivo. Mentre vi è addi-

stabilisce ancora che le pecore *quae non pepererint* debbano calcolarsi due per una ai fini delle *accessiones* al prezzo che l'*emptor* deve, come si è detto, fornire per ciascun capo⁴³¹. Chiudono poi la *lex venditionis* in esame una serie di disposizioni che riferiscono ulteriori obblighi dell'*emptor*. In realtà il contenuto della prima di esse è tuttora al centro di un vivace dibattito e viene addirittura prospettata l'ipotesi che si riferisca al *dominus*⁴³². Le due successive, invece, prevedono, sicuramente a carico dell'aggiudicatario, sia l'obbligo di allevare ogni dieci pecore un porcellino nutrito con siero⁴³³, sia di fornire un pastore per i due mesi posteriori alla fine del contratto⁴³⁴, in modo tale che venga assicurata la custodia del gregge per tutto l'arco dell'anno⁴³⁵. Infine si costituisce, a garanzia dei crediti del *dominus* e fino a quando non vengano soddisfat-

ritura chi ritiene che la promessa dei trenta agnelli venisse fatta dall'aggiudicatario non nei confronti del *dominus* ma del *coactor*, come FLACH, *Römische Agrargeschichte*, cit., p. 149 s.

⁴³¹) In questo senso si veda CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 93 s., il quale spiega anche le ragioni di tale disposizione. Secondo D'ORS, *El contrato*, cit., p. 452, le pecore infconde sarebbero contate due per una anche ai fini della restituzione del gregge. Lo stesso autore ritiene che l'inciso '*ex quo die*', generalmente inserito dagli editori nella disposizione successiva (cfr. *supra*, nt. 425), si riferisca alla clausola in questione ed assuma, nel contesto, il significato di indicare la fine del contratto, momento nel quale soltanto si sarebbe potuto stabilire il numero delle pecore infconde, di cui una ogni due sarebbe rimasta al compratore.

⁴³²) Per citare soltanto la letteratura più recente: TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 54 e nt. 70, PARS MAGDELAIN, *Caton*, cit., p. 347 s., A. D'ORS, *El contrato*, cit., p. 448 e 450, e CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 96. In stretto collegamento con la discussa interpretazione di detta clausola è il problema di quale fosse la funzione svolta in questa sede dal *coactor*: cfr. sul punto KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, cit., p. 631, TALAMANCA, *Contributi*, cit., p. 111, e *La tipicità*, cit., p. 54 e nt. 70, VON LÜBTOW, *Cato leges*, cit., p. 347, LABRUNA, *Plauto, Manilio, Catone*, cit., p. 215 s. nt. 141, THIELMANN, *Die römische Privatauktion*, cit., p. 46 e nt. 39 e p. 107, D'ORS, *El contrato*, cit., p. 456, PARS MAGDELAIN, *Caton*, cit., p. 346 ss., e CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 96.

⁴³³) Sul significato e la portata di questa disposizione cfr. D'ORS, *El contrato*, cit., p. 454.

⁴³⁴) Il fatto che in questa disposizione l'aggiudicatario venga definito '*conductor*' ha permesso di prospettare l'ipotesi che essa derivi dall'inserimento in una *lex venditionis* di una clausola presa da una *proscriptio* diversamente orientata. Questa variazione nella denominazione è apparsa significativa ma, si è osservato, come non sia possibile «sapere se la differenza riscontrata si esaurisca a livello di terminologia, o se, invece, denunci un'incertezza sul piano dell'individuazione delle fattispecie considerate» (così TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 67 e nt. 119). Sia per MAROTTA, *Tutela*, cit., p. 45 nt. 226, che per PARS MAGDELAIN, *Caton*, cit., p. 346, l'appellativo di '*conductor*' dato all'*emptor* testimonierebbe l'ondeggiamento di tali qualifiche a quell'epoca. Mentre in precedenza FERRINI, *L'origine*, cit., p. 70 s., aveva giustificato l'uso di questo termine per i rimaneggiamenti subiti dall'opera catoniana, avvenuti in tempi in cui erano cambiate le idee su questi contratti: infatti, a secondo il tipo di elemento accentuato, la fattispecie si sarebbe potuta considerare una compravendita o una locazione.

⁴³⁵) Cfr. sul punto D'ORS, *El contrato*, cit., p. 450 s., e CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 99.

ti⁴³⁶, un *pignus*⁴³⁷, come nei precedenti formulari.

Pur se il contenuto della *lex venditionis* appena esaminata, soprattutto quello di alcune delle sue clausole⁴³⁸, è oggetto delle più diverse interpretazioni, è possibile trarre anche da essa conferma di alcune caratteristiche che il contratto di vendita indubbiamente presenta già a cavallo tra il III e il II secolo a.C.⁴³⁹.

L'oggetto, il *fructus onium* appunto, è, come l'*olea pendens* e il *vinum pendens*, una *res futura*⁴⁴⁰; al momento della conclusione del contratto non esiste *in re*

⁴³⁶) Per quanto riguarda in particolare il 'satisfecerit', D'ORS, *El contrato*, cit., p. 457 s., rileva che esso riguarda le obbligazioni di *facere*, da identificarsi, nel formulario in questione, con l'obbligo di fornire il pastore per due mesi successivi dalla scadenza del contratto ('*praebeat*'), con quello di allevare con il siero dei porcellini ('*pascal*'), e, a rigore, con quello di restituire il gregge sussistente, che non ha smesso di appartenere al concedente. Ad esse infatti non si sarebbe potuta riferire la *solutio*, la quale implicherebbe necessariamente un *dare certum*.

⁴³⁷) TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 54 e nt. 6, osserva che dalla *lex* in questione non risulta quali siano le cose costituite in pegno e tende ad escludere la possibilità che tale garanzia reale gravi sul pastore cui ci si riferisce nella clausola precedente; nello stesso senso si è espresso D'ORS, *El contrato*, cit., p. 450, il quale addirittura prospetta l'ipotesi che la garanzia reale prevista avesse ad oggetto tutti i beni dell'affittuario: mentre l'opinione prevalente è nel senso che fosse il pastore a costituire oggetto del pegno (così, relativamente di recente, GIUFFRÈ, *L'emersione*, cit., p. 114, e CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 99, ma già BURDESE, *Pegno*, cit., p. 664).

⁴³⁸) Cfr. in particolare all'inizio del presente paragrafo. Secondo D'ORS, *El contrato*, cit., p. 447, la difficoltà del testo sarebbe presentata non tanto dalla interpretazione delle singole clausole quanto dal disordine nel quale esse appaiono: egli infatti (p. 448) propone al proposito un ordine nel quale esse si sarebbero succedute, che risulta abbastanza diverso dall'originale. Sulla necessità di una risistemazione complessiva esprime perplessità CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 93 e nt. 80.

⁴³⁹) Secondo alcuni autori, come già accennato (cfr. *supra*, parte II, cap. II, § 3 e nt. 380), il formulario in esame dimostrerebbe, al pari del precedente, l'esistenza all'epoca di Catone di un mescolamento di concetti tra il «tipo» locazione e il «tipo» vendita (sul punto, cfr., per tutti, D'ORS, *El contrato*, cit., p. 449). Secondo Mario Talamanca ciò sembrerebbe denunciare una non «rigorosa individuazione del tipo di contratto tutelato» sia nella prassi che nella *iurisdictio* pretoria (*La tipicità*, cit., p. 67 e nt. 119, e, in termini meno probabilistici, MAROTTA, *Tutela*, cit., p. 45 e nt. 226), e questo fenomeno sarebbe testimonianza del trovarsi in un'epoca di transizione in cui «i contenuti negoziali che venivano ormai strutturandosi come *obligationes consensu contractae* erano stati, precedentemente, oggetto di *verborum obligationes* per le quali non si ponevano problemi di tipicità» (TALAMANCA, *op. ult. cit.*, p. 68).

⁴⁴⁰) Così PARSI MAGDELAIN, *Caton*, cit., p. 346, e D'ORS, *El contrato*, cit., p. 449. Secondo CAPOGROSSI COLOGNESI, *Padroni*, cit., p. 153 nt. 51, invece, lo schema della vendita di cosa futura avrebbe avuto poco a che fare con la sostanza del rapporto descritto da Catone, e a suo giudizio sarebbe più corretto parlare della locazione di un gregge per il periodo di pascolo invernale ove il corrispettivo apparirebbe costituito dal versamento di una parte dei prodotti caseari e del latte, oltre che da un certo numero di agnelli. Inoltre la circostanza che venga fissato un numero massimo di agnelli da promettere al locatore fa concludere a Luigi Capogrossi Colognesi che si tratti di un gregge già determinato nel

rum natura, ma verrà in essere solo successivamente. Il contratto concluso, dunque, non avrebbe potuto che produrre effetti obbligatori. Nel medesimo senso depongono anche altri elementi. La previsione esplicita del termine finale⁴⁴¹ dimostra come, per tutto il tempo dalla conclusione del contratto fino a quella data, il negozio produce i suoi effetti consentendo all'aggiudicatario di percepire il prodotto delle pecore⁴⁴². Le *accessiones* al prezzo⁴⁴³, cioè le prestazioni in natura, potranno essere eseguite dal compratore soltanto in un tempo successivo, appunto quando i frutti del gregge verranno in essere⁴⁴⁴.

Ma qual è la fonte di tali effetti?

Pure in questo caso la risposta può difficilmente essere ricercata fuori dalla *conventio* tra le parti. Manca, infatti, qualsiasi riferimento da cui possa desumersi che l'intero affare dovesse essere concluso tramite promesse stipulatorie generali e reciproche e si registra l'assenza, come per la *lex* precedente, di un rinvio esplicito alla vendita dell'*olea pendens* che avrebbe potuto implicare almeno il richiamo alla clausola stipulatoria ivi contenuta⁴⁴⁵. La circostanza poi che nel modello contrattuale proposto, come nella *lex* del *cap.* 146, venga espressamente consigliata l'assunzione di un impegno tramite promessa verbale ('*Agnos XXX ne amplius promittat*')⁴⁴⁶ non fa che confermare la generale rilevanza dell'accordo⁴⁴⁷ manifestatosi nell'*auctio*, in quanto è prova, ancora

numero.

⁴⁴¹) '... *et Kal. Iun. emptor fructu decedat, si interkalatum erit K. Mais*'.

⁴⁴²) PARSY MAGDELAIN, *Caton*, cit., p. 346.

⁴⁴³) È opinione prevalente (cfr., da ultimo, CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 96 e, con letteratura, nt. 86) che l'obbligazione principale dell'aggiudicatario, ossia il pagamento del prezzo, venisse adempiuta solo in un secondo tempo, e cioè quando quest'ultimo avesse a sua volta riscosso il prezzo della vendita dei prodotti del gregge. In questo senso deporrebbe la disposizione '*die ... - ... releget*', che però comporta, come si accennava, complessi problemi di interpretazione (cfr. *supra*, nt. 432).

⁴⁴⁴) Secondo CARDILLI, *L'obbligazione* cit., p. 94, l'unica prestazione in natura che avrebbe potuto essere adempiuta nel corso del contratto sarebbe potuta essere quella relativa alla consegna della metà del latte munto nelle ferie, in quanto, per quanto riguarda l'esatto ammontare delle altre *accessiones* in natura, il prezzo si sarebbe potuto stabilire solo quando si fosse stati certi sul numero delle pecore feconde e su quello delle sterili, considerato quanto si evince da Cato, *agr.* 150.2, per la cui interpretazione cfr. *supra*, nt. 426 ss.

⁴⁴⁵) Ciò è stato messo in risalto anche da TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 54, il quale, molto cautamente, rileva che tale mancanza «potrebbe indurre a ritenere che non tutte le obbligazioni nascenti dall'aggiudicazione dovessero esser versate in una *stipulatio*». Mentre CAPOGROSSI COLOGNESI, *Padroni e contadini*, cit., p. 154 nt. 52, è «indotto a immaginare un negozio di trasferimento della proprietà futura (*traditio*?) collegato ad una *stipulatio* riferita agli altri obblighi ... ed al pagamento del prezzo».

⁴⁴⁶) Per lo scopo perseguito dalla *stipulatio* in questione cfr. *supra*, nt. 429 s.

⁴⁴⁷) Anche D'ORS, *El contrato*, cit., p. 450, sottolinea che di *stipulatio* nel formulario in questione se ne parla soltanto in una disposizione determinata, per cui non è necessa-

una volta, che Catone era solito indicare, ove ne ricorresse la necessità, che un determinato impegno avrebbe dovuto essere assunto tramite *stipulatio*⁴⁴⁸.

Per quanto riguarda infine il tipo di tutela, la *lex venditionis* sul *fructus ovium* non fornisce dati ulteriori o diversi rispetto alle riflessioni che le altre *leges* ci hanno consentito di formulare. Riceve conferma soltanto la tendenza a stabilire tutto con estrema precisione: il che, nella fattispecie, assicura la possibilità di far valere in giudizio direttamente pretese certe⁴⁴⁹. Ma questo semplice dato, come si è più volte sottolineato durante l'esame delle *leges* di Catone, non permette di pervenire a conclusioni univoche.

Anche dopo l'esame dell'ultimo formulario, dunque, rimangono potenzialmente ammissibili sia la perseguibilità del contratto in questione nella procedura per *legis actiones* sia quella attraverso le azioni formulari di buona fede.

5. Considerazioni conclusive della seconda parte

Dall'esame dei formulari catoniani riceve conferma l'idea della vigenza *inter cives* dell'*emptio* consensuale a efficacia obbligatoria, già a cavallo tra il III e il II secolo a.C.⁴⁵⁰.

Molto più problematico è, invece, capire quale fosse il sistema processuale che assicurava tutela ad un contratto così concluso.

Si è detto che l'opinione prevalente è nel senso di riconoscere il ricorso all'*actio empti* formulare di buona fede, rilevante a quel tempo solo nell'ambito dello *ius honorarium*⁴⁵¹. Una tale conclusione, in effetti, in base all'analisi ap-

rio pensare che tutti gli obblighi dell'aggiudicatario entrassero a far parte di questa stipulazione o di un'altra a essa aggiunta, ma che piuttosto essi sarebbero stati convenuti senza forma, pure se proprio questa informalità avrebbe reso necessaria la previsione della garanzia. Secondo l'illustre studioso spagnolo (*El contrato*, cit., p. 449), infatti, non si sarebbe potuto parlare di contratto consensuale in quanto le obbligazioni dell'*emptor* sorgerebbero soltanto nel momento in cui si fosse ricevuto il gregge. Ma egli non illustra le ragioni che portano a una tale conclusione.

⁴⁴⁸ Cfr. sul punto quanto è stato detto *supra*, parte II, cap. I, § 3, cui *adde* VIARO, *Corrispettività e adempimento*, cit., p. 189.

⁴⁴⁹ Per D'ORS, *El contrato*, cit., p. 449 s., sebbene non si conosca effettivamente l'azione a tutela delle obbligazioni sorgenti dalla consegna del gregge, si potrebbe pensare che essa sia la *legis actio sacramenti in personam* e, nel caso in cui fosse intervenuta una *stipulatio*, ci sarebbe potuta essere una *arbitri postulatio* come precedente delle future azioni contrattuali di buona fede.

⁴⁵⁰ La consensualità dell'*emptio* testimoniata dai formulari catoniani è stata di recente ribadita da S.VIARO, *Corrispettività e adempimento*, cit., p. 189.

⁴⁵¹ Cfr. sul punto quanto è stato detto *supra*, p. 90.

pena fatta, non può escludersi. Occorre, però tener presente la tendenza riscontrata sia di indicare con precisione le singole pretese, sia di evitare il ricorso a valutazioni discrezionali da parte del giudice⁴⁵², sia di prevedere espressamente le ipotesi in cui si sarebbero potute far valere pretese indeterminate, e – trattandosi sempre di indeterminabilità *ex ante* – la previsione specifica degli strumenti direttamente idonei alla loro liquidazione *ex post* e dei criteri di valutazione da applicare per effettuarla. Elementi tutti che potrebbero essere considerati indici di un sistema di tutela ancora primitivo, e cioè della procedura *per legis actiones*, implicante la necessità di far valere le pretese nascenti da queste fattispecie contrattuali attraverso richieste determinate nell'ammontare, per le ragioni evidenziate in precedenza⁴⁵³.

L'obiezione consistente nella presunta inesistenza, a livello di *legis actiones*, di un'azione idonea a tutelare un *incertum* qual era la pretesa *ex emptio* almeno nel successivo processo formulare, risulterebbe in pratica svanire: l'esame dei formulari catoniani sembra dimostrare che le pretese scaturenti dai contratti di vendita conclusi a cavallo tra il III e II secolo a.C. sono tutt'altro che tendenti a un *incertum*, anzi appaiono proprio predisposti al fine di consentire la richiesta di un *certum*. A ciò si aggiunga che la clausola derogativa della competenza territoriale, prevista dalla *lex venditionis* avente a oggetto il pascolo, sembra trovare logica spiegazione proprio se collegata all'uso del processo arcaico.

Si deve notare però, come del resto è stato messo in rilievo durante l'esame delle *leges* in questione, che, sia pure per una sola pretesa, del tutto eventuale, contrattualmente prevista e sicuramente accessoria rispetto alle obbligazioni fondamentali nascenti dall'*emptio*⁴⁵⁴, sembrerebbe esserci la necessità di ipotizzare l'esistenza di uno strumento in grado di determinarla. Si tratta appunto della richiesta dell'equivalente del valore degli strumenti (*vasa, torcula, funes etc.*) prestati dal *dominus fundi* all'*emptor* dell'*olea* nell'ipotesi in cui

⁴⁵² Che avveniva, come si è in precedenza evidenziato (cfr. *supra*, parte II, cap. I, § 4 e cap. II, § 2) attraverso l'uso di vari mezzi.

⁴⁵³ Cfr. *supra*, parte I, cap. II, § 4 in fine.

⁴⁵⁴ In questo senso sembra deporre l'osservazione di Mario Talamanca (*La tipicità*, cit., p. 66 s. nt. 115 e 120) secondo il quale sia la clausola che prevede l'eventuale risarcimento per la rottura degli attrezzi in Cat., *agr.* 146, sia le disposizioni di Cat., *agr.* 149, che fissano l'obbligo delle parti di risarcire i danni eventualmente cagionati a cose o a persone nello svolgimento delle attività stabilite contrattualmente e cioè le uniche *leges* che prevedono proprio pretese indeterminabili *ex ante* «sembrerebbero essere al di fuori di una immediata connessione con il contenuto tipico dell'*emptio venditio*». Anche MEYLAN, *La genèse*, cit., p. 160 nt. 44, aveva in precedenza fatto notare che gli arbitrati privati previsti nelle *leges* catoniane sembravano riferirsi tutti a dei punti secondari della vendita.

non vengano restituiti in maniera integra per cause diverse dalla vetustà. Com'è stato a suo tempo rilevato, però, anche l'«*aequom solvito*» contenuto in Cat., agr. 146.3, si sarebbe dovuto molto probabilmente determinare attraverso un *arbitratus*. Ciò si desumerebbe, oltre che dal rilievo generale secondo il quale è questo lo strumento di solito utilizzato nelle *leges* catoniane per la valutazione delle pretese incerte⁴⁵⁵, soprattutto dalla circostanza, già sottolineata da Ulrich von Lübtow⁴⁵⁶, che la clausola corrispondente nella *lex* sull'*olea legenda*⁴⁵⁷ prevede appunto esplicitamente l'*arbitratus* per la determinazione del valore delle scale che non siano state restituite per ragioni diverse dalla vetustà⁴⁵⁸.

⁴⁵⁵) Com'è stato possibile evincere dall'analisi dei formulari appena effettuata.

⁴⁵⁶) Cfr. *supra*, nt. 315 s.

⁴⁵⁷) Cat., agr. 144.5.

⁴⁵⁸) E comunque per la determinazione dell'*aequom* è legittimo ipotizzare che le parti avessero a disposizione anche altri strumenti contrattuali.

Considerazioni finali

In conclusione l'analisi dei primi contratti di vendita credo abbia messo in evidenza un dato sul quale non mi pare si sia finora riflettuto, ossia la possibilità che le richieste nascenti dalle fattispecie in esame fossero predisposte per concretizzarsi in una pretesa certa, potenzialmente tutelabile di conseguenza anche attraverso il *modus agendi* generale previsto nella procedura arcaica: la *legis actio sacramenti in personam*. Ora mi sembra che questo costituisca uno spunto interessante su cui riflettere e lavorare, considerato che, secondo quanto si è rilevato in chiusura della parte iniziale del presente lavoro⁴⁵⁹, l'ostacolo principale al riconoscimento di una risalenza civilistica all'*emptio-venditio* si è ritenuto generalmente fosse costituito proprio dall'impossibilità di individuare uno strumento idoneo ad assicurarle tutela nel processo *per legis actiones*.

La circostanza che le prime operazioni di vendita caratterizzate da consensualità ed efficacia obbligatoria si prestino in concreto ad essere teoricamente tutelabili attraverso la *legis actio sacramenti in personam*⁴⁶⁰ può forse considerarsi un ulteriore elemento, accanto a quelli cui si accennava nella prima parte di questo lavoro⁴⁶¹, che giustificherebbe la riapertura del problema dell'originario ambito di riconoscimento e tutela dell'*emptio consensu contracta* nell'ordinamento romano.

La plausibilità della ricostruzione prospettata, infatti, aumenta ove si consideri che l'orientamento secondo cui i *iudicia bonae fidei* in generale e l'*actio empti* in particolare siano sorti nella *iurisdictio peregrina*, non prima del III secolo a.C., non supera, come ci si è sforzati di evidenziare, varie difficoltà. Anzitutto gli strumenti ipotizzati per soddisfare, per l'epoca precedente al presunto riconoscimento dell'*emptio*, l'esigenza economica dello scambio di cosa e prezzo sembra siano stati solo in parte in grado di rispondere agli interessi coinvolti; e in

⁴⁵⁹ Si veda *supra*, nt. 198.

⁴⁶⁰ Infatti, secondo quanto si è ritenuto di poter desumere dalle *notae* di Valerio Probo (4.1), l'affermazione dell'attore nella *legis actio sacramenti in personam* sarebbe stata '*Aio te mihi dare oportere*': dunque quanto richiesto avrebbe dovuto essere certo e determinato nel suo ammontare.

⁴⁶¹ Cfr., *supra*, p. 25 ss.

ogni caso, soprattutto il ricorso alla *verborum obligatio* per l'accreditamento di entrambe le prestazioni, non risulta attestato dalle fonti nonostante il largo uso che se ne dovrebbe necessariamente ipotizzare. A ciò si aggiunga che lo scambio di battute consigliato da Varrone per la conclusione della vendita, che si ha fondate ragioni per ritenere abbastanza risalente, non può essere considerato, secondo quanto sottolineato in precedenza⁴⁶², una formula stipulatoria ma una forma «cristallizzata» di manifestazione del consenso.

In secondo luogo l'evenienza di una originaria tutela dell'*emptio consensu contracta*, puramente onoraria e sorgente nell'ambito della *iurisdictio peregrina*, pone il problema di spiegare come mai presenti caratteristiche tipicamente romane, e comunque estranee a quelle riscontrabili negli altri ordinamenti dell'area mediterranea, oltre a scontrarsi con l'inesistenza nelle fonti di tracce della origine *ex iurisdictione peregrina* od anche soltanto onoraria di tali giudizi e della loro sola successiva «recezione civilistica».

In sintesi, per tutte le ragioni esposte nel corso del presente lavoro, l'ipotesi secondo la quale l'*emptio consensu contracta* a cavallo tra il III ed il II secolo a.C. ricevesse tutela nel sistema delle *legis actiones* prima ancora che nella procedura formulare pare quindi, credo, legittimamente prospettabile e comunque meritevole di ulteriori approfondimenti.

⁴⁶²) Cfr. *supra*, nt. 84, e nel medesimo senso PENNITZ, *Das Periculum*, cit., 300 e nt. 89.

Indici

Un ringraziamento veramente sentito va a mio padre per il fondamentale aiuto nella redazione degli indici.

Indice delle fonti

GAII INSTITUTIONES

1.119	24 nt. 37.
3.92	33 nt. 81.
3.93	33 nt. 81; 42 nt. 115.
3.140	34 nt. 88.
4.11	50 nt. 143.
4.17a	49; 62; 96 nt. 310; 99 nt. 324.
4.17b	50.
4.21	49.
4.28	13 nt. 15; 13 nt. 16; 26 nt. 46.
4.47	21 nt. 33.
4.103	52 nt. 149.

LEX XII TABULARUM

VIII.2	13nt. 14.
--------	-----------

TITULI EX CORPORE ULPIANI

2.3-4	14 nt. 16.
-------	------------

* * *

CODEX REPETITAE PRAELECTIONIS

4.28.3	38 nt. 108.
--------	-------------

DIGESTA

1.2.2.7	50 nt. 143.
1.2.2.38	67 nt. 204.
2.14.47.pr.	38 nt. 108.
14.6.3.3	38 nt. 108.
17.2.71.pr.	35; 36; 36 nt. 98; 39 nt. 110.
17.2.76-78	114.
18.1.1.pr.	24 nt. 40.
18.1.1	12 nt. 12; 20 nt. 28.
18.1.7.pr.	114.
18.1.7.2	34 nt. 88.
18.1.22	85; 69 nt. 211.

18.1.34.6	34 nt. 88.
18.1.41.pr.	33; 34; 34 nt. 87.
18.1.64	34 nt. 88.
18.1.78.3	115 nt. 382.
18.1.80.2	115 nt. 382.
18.5.3	38 nt. 108.
18.5.5.pr.	38 nt. 108.
18.6.1.3	104 nt. 335; 107 nt. 348.
18.6.1.4	104 nt. 335; 108 nt. 351; 109 nt. 356.
18.6.1-6	113 nt. 376.
18.6.8.1	34 nt. 88.
19.1.3.1	38 nt. 108.
19.1.25	103.
19.1.38.1	20 nt. 30; 76 nt. 230.
19.2.2.1	115 nt. 382.
19.2.3	95 nt. 304.
19.2.24.pr.	114 nt. 378.
19.2.19.1	115 nt. 382.
19.2.19.2	94; 96; 96 nt. 307.
19.2.29	69 nt. 211; 85.
19.2.30.3	69 nt. 211; 85.
19.2.54	95 nt. 304.
19.4.1.pr.	12 nt. 12.
21.1.31.20	58 nt. 178; 59 nt. 178.
21.2.68.pr.	38 nt. 108.
22.1.4.pr.-1	38 nt. 108.
27.4.1.pr.	58 nt. 178; 59 nt. 178.
32.37.3	37 nt. 104.
33.7.12.8	115 nt. 380.
40.7.25	14 nt. 16.
40.7.29.1	14 nt. 16.
44.1.14	38 nt. 108.
44.4.17.2	38 nt. 108.
45.1.35.2	34; 34 nt. 91.
45.1.122.2	37 nt. 104.
46.4.18.1	37 nt. 104.
46.4.23	38 nt. 108.
50.17.22.1	114 nt. 378.

IUSTINIANI INSTITUTIONES			
2.1.41	26 nt. 46; 27; 27 nt. 51; 27 nt. 52; 27 nt. 53; 84 nt. 268; 85 nt. 268.	148.2	79 nt. 246; 105.
3.23.2	12 nt. 12.	149	20 nt. 30; 67; 69 nt. 209; 79 nt. 248; 89 nt. 281; 91 nt. 289; 112 nt. 370; 116 nt. 382; 118 nt. 391; 119; 121 nt. 408; 124; 126 nt. 422; 133 nt. 454.
	* * *	149.1	115.
auctor ad Herennium		149.2	79 nt. 246; 83; 98 nt. 321; 115; 119 nt. 393; 120 nt. 398.
<i>rhetorica</i>		150	20 nt. 30; 67; 69 nt. 209; 79 nt. 248; 121 nt. 408.
2.13.19	46 nt. 126.	150.1	127.
213.20	53 nt.152.	150.2	83; 98 nt. 321; 119 nt. 393; 127; 131 nt. 444.
Cato			
<i>de agricultura</i>		Cicero	
144	69 nt. 209; 73 nt. 218; 91 nt. 289; 97; 99 nt. 324.	<i>pro Caecina</i>	
144.1	78 nt. 242; 111 nt. 369.	2.6	56 nt. 170; 57 nt. 173.
144.2	93 nt. 299; 98; 98 nt. 318; 111 nt. 369; 113 nt. 372; 121 nt. 406; 125 nt. 420.	<i>epistulae ad Atticum</i>	
144.3	98 nt. 321; 121 nt. 406; 125 nt. 420.	6.1.15	58 nt. 175.
144.5	113 nt. 372; 134 nt. 457.	<i>epistulae ad familiares</i>	
145	69 nt. 209; 73 nt. 218; 91 nt. 289.	12.30.5	55 nt. 165.
145.1	111 nt. 369.	<i>de fato</i>	
145.2	78 nt. 242.	17.39	57 nt. 171.
145.3	98 nt. 321; 113 nt. 372; 121 nt. 406; 125 nt. 420.	<i>de inventione</i>	
146	20 nt. 30; 67; 69 nt. 109; 82 nt. 264; 89 nt. 281; 92; 97 nt. 312; 99; 118 nt. 391; 131; 133 nt. 454.	2.32.65-67	46 nt. 126.
146.1	71; 80.	<i>de natura deorum</i>	
146.2	71; 80; 86; 102 nt. 331; 120 nt. 400.	3.74	53 nt. 157.
146.3	71; 78 n.242; 83; 86 e nt. 273; 92; 93 nt. 298; 93 nt. 299; 96; 97; 98; 98 nt. 318; 99; 134.	<i>de officiis</i>	
147	20 nt. 30; 67; 69 nt. 209; 101; 102 nt. 331.	3.15.61	48; 49 nt. 138; 51; 52; 53; 53 nt. 157; 57.
147.1	79 nt. 246.	3.17.69	51; 51 nt. 144.
148	20 nt. 30; 67; 69 nt. 209; 102 nt. 331; 114; 128 nt. 427.	3.17.70	53; 53 nt. 157; 55 nt. 163.
148.1	98 nt. 321; 105; 106 nt. 344;	3.19.77	38 nt. 107.
		<i>de oratore</i>	
		1.37.171	67 nt. 204.
		1.37.168	58 nt. 175.

<i>pro Pisone</i>			
40.97	56 nt. 170.		
<i>pro Roscio comoedo</i>			
4.10	55 nt. 165; 56 nt. 169.		
4.11	55 nt. 165; 56 nt. 169.		
4.12	55 nt. 165; 56 nt. 169; 56 nt. 170.		
4.13	55 nt. 165; 56 nt. 169; 56 nt. 170.		
5.15	52; 52 nt. 149; 53; 54; 55 nt. 163; 57; 57 nt. 174.		
6.17	54 nt. 158.		
9.25-26	54 nt. 160.		
<i>topica</i>			
5.28	46 nt. 126.		
17.66	53 nt. 157.		
<i>pro Tullio</i>			
8.20	122 nt. 411; 123 nt. 415.		
<i>In Verrem</i>			
2.2.27	55 nt. 165.		
2.3.57.132	38 nt. 107.		
2.3.59.135	38 nt. 107.		
2.5.13.34	123 nt. 415.		
2.5.54.141	38 nt. 107.		
Gellius			
<i>noctes Atticae</i>			
4.4.2	37 nt. 104.		
14.2.26	38 nt. 107.		
Livius			
<i>ab Urbe condita</i>			
39.43.5	38 nt. 107.		
40.43.1	60 nt. 183.		
Plauto			
<i>Aulularia</i>			
255-256	38 nt. 107.		
<i>Curculio</i>			
661-675	38 nt. 107.		
		<i>Epidicus</i>	
		471-472	34 nt. 87.
		<i>Poenulus</i>	
		1156-1157	38 nt. 107.
		<i>Trinummus</i>	
		573-575	38 nt. 107.
		1133	38 nt. 107.
		1157-1158	38 nt. 107.
		Probus	
		<i>notae</i>	
		4.1	113 nt. 374; 135 nt. 460.
		5.4	97 nt. 316
		Seneca	
		<i>de beneficiis</i>	
		3.75	55 nt. 165.
		Valerius Maximus	
		<i>memorabilia</i>	
		2.8.2	38 nt. 107.
		Varro	
		<i>de re rustica</i>	
		2.2.5	31 nt. 71; 32 nt. 73; 32 nt. 75; 81 nt. 257.
		2.2.6	31 nt. 71; 32 nt. 75.
		2.3.5	31; 32; 81 nt. 257.
		2.4.5	31; 32; 81 nt. 257.
		2.8.3	32 nt. 76.
		2.5.11	81 nt. 257.
		* * *	
		«CORPUS INSCRIPTIONUM LATINARUM»	
		VI.10239	37 nt. 104.
		«LEX RUBRIA DE GALLIA CISALPINA»	
		XX	58 nt. 175.

Indice degli Autori

- ALBANESE, B.: 47 nt. 128.
ALBERTARIO, E.: 72 nt. 218; 84 nt. 268; 112 nt. 369.
ALVAREZ, R.: 84 nt. 268.
AMELOTTI, M.: 25 nt. 41.
AMIRANTE, L.: 19 nt. 27; 45 nt. 124.
APPLETON, C.: 84 nt. 268.
ARANGIO-RUIZ, V.: 19 nt. 27; 20 nt. 29; 23 nt. 35; 24 nt. 36; 24 nt. 38; 25 nt. 41; 26 nt. 45; 26 nt. 49; 28 nt. 56; 29 nt. 61; 30 nt. 63; 31 nt. 69; 33 nt. 85; 34 nt. 90; 35 nt. 94; 35 nt. 98; 36 nt. 99; 37; 37 nt. 104; 37 nt. 105; 38 nt. 105; 39 nt. 110; 43 nt. 116; 44 nt. 121; 46 nt. 125; 61 nt. 184; 61 nt. 189; 62 nt. 191; 63 nt. 198; 62 nt. 194; 68 nt. 207; 72 nt. 216; 72 nt. 217; 74 nt. 226; 77 nt. 236; 79 nt. 244; 81; 81 nt. 257; 82; 82 nt. 259; 85 nt. 268; 87 nt. 274; 101 nt. 328; 102 nt. 331; 115 nt. 380.
ARCANGELI, A.: 69 nt. 209.
ARCHI, G.G.: 84 nt. 268.
ASH, H.B.: 128 nt. 429.
- BALZARINI, M.: 50 nt. 141; 50 nt. 142; 50 nt. 143; 51 nt. 145; 52 nt. 149; 53 nt. 151; 56 nt. 168.
BASILE, R.: 117 nt. 386.
BECHMANN, A.: 31 nt. 65; 34 nt. 89; 37; 38 nt. 109; 61 nt. 190; 62; 68 nt. 207; 77 nt. 232; 80 nt. 250; 83; 84 nt. 268; 93 nt. 297.
BEHRENDTS, O.: 44 nt. 121; 45 nt. 124; 55 nt. 163.
BEKKER, E.I.: 27 nt. 51; 30 nt. 63; 30 nt. 64; 68 nt. 206; 77 nt. 236; 77 nt. 237; 79 nt. 243; 86 nt. 272; 86 nt. 273; 88 nt. 276; 90 nt. 283; 93 nt. 297; 98 nt. 319; 116 nt. 383; 116 nt. 384; 116 nt. 385; 120; 120 nt. 399; 120 nt. 400; 120 nt. 402; 125 nt. 420.
- BELDA MERCADO, J.: 19 nt. 27; 24 nt. 35; 28 nt. 56; 37 nt. 105; 39 nt. 109; 42 nt. 113; 61 nt. 184; 61 nt. 189.
BENÍTEZ LÓPEZ, M.M.: 102 nt. 330; 106 nt. 342; 106 nt. 343; 106 nt. 344; 107 nt. 347; 108 nt. 350; 108 nt. 351.
BERTOLDI, F.: 15 nt. 23; 44 nt. 121; 51 nt. 145; 53 nt. 157; 54 nt. 158; 55 nt. 163; 55 nt. 164; 55 nt. 166; 56 nt. 167; 56 nt. 168; 56 nt. 170; 57 nt. 171; 57 nt. 172.
BETTI, E.: 49 nt. 138.
BISCARDI, A.: 54 nt. 159; 84 nt. 268.
BISCOTTI, B.: 33 nt. 84; 36 nt. 98; 36 nt. 99; 36 nt. 100; 45 nt. 124; 46 nt. 128; 49 nt. 138; 52 nt. 148; 53 nt. 151; 53 nt. 152; 55 nt. 163; 55 nt. 164; 56 nt. 170.
BONIFACIO, F.: 52 nt. 149; 53 nt. 151; 53 nt. 152; 56 nt. 169.
BROGGINI, G.: 14 nt. 21; 45 nt. 124; 48 nt. 135; 52 nt. 149; 52 nt. 151; 53 nt. 152; 56 nt. 170; 98 nt. 320; 125; 125 nt. 420; 125 nt. 421; 127 nt. 423.
BRUNS, C.G.: 101 nt. 326; 105 nt. 341; 107 nt. 348; 127 nt. 425.
BURDESE, A.: 23 nt. 35; 24 nt. 36; 30 nt. 63; 30 nt. 64; 32 nt. 77; 43 nt. 116; 44 nt. 119; 59 nt. 180; 67 nt. 205; 68 nt. 207; 69 nt. 209; 69 nt. 210; 71 nt. 213; 71 nt. 214; 76 nt. 229; 81 nt. 252; 86 nt. 273; 87 nt. 275; 87 nt. 276; 101 nt. 326; 101 nt. 327; 101 nt. 328; 102 nt. 329; 102 nt. 330; 102 nt. 331; 103 nt. 331; 104 nt. 335;

- 105 nt. 339; 105 nt. 341; 106 nt. 342;
106 nt. 343; 106 nt. 344; 107 nt. 346;
107 nt. 348; 107 nt. 349; 108 nt. 352;
109 nt. 356; 110 nt. 360; 130 nt. 437.
- CANCELLI, F.: 30 nt. 64; 31 nt. 70; 32
nt. 76; 34 nt. 86; 34 nt. 87; 37 nt.
103; 37 nt. 104; 38 nt. 107; 39 nt.
109; 49 nt. 138; 51 nt. 144; 51 nt.
145; 52 nt. 149; 53 nt. 157; 54 nt.
161; 54 nt. 162; 54 nt. 163; 56 nt.
168; 57 nt. 172; 57 nt. 173; 60; 68
nt. 207; 69 nt. 209; 72 nt. 218; 75
nt. 227; 76 nt. 229; 77 nt. 235; 80
nt. 250; 81 nt. 257; 81 nt. 258; 81
nt. 259; 85 nt. 270; 120 nt. 400.
- CANNATA, C.A.: 11; 19 nt. 27; 20 nt.
30; 23 nt. 35; 24 nt. 36; 25 nt. 40; 25
nt. 42; 27 nt. 51; 27 nt. 52; 27 nt. 53;
28 nt. 56; 30 nt. 64; 39 nt. 109; 61;
61 nt. 189.
- CAPOGROSSI COLOGNESI, L.: 67 nt. 203;
77 nt. 236; 95 nt. 303; 117 nt. 386;
130 nt. 440; 131 nt. 445.
- CARBONE, M.: 31 nt. 71; 33 nt. 84; 35
nt. 92; 69 nt. 211.
- CARDILLI, R.: 68 nt. 207; 68 nt. 208; 72
nt. 216; 72 nt. 217; 73 nt. 220; 73
nt. 221; 73 nt. 223; 74 nt. 224; 75
nt. 226; 77 nt. 236; 80 nt. 250; 81
nt. 252; 82 nt. 260; 88 nt. 276; 89
nt. 281; 90 nt. 283; 97 nt. 315; 98
nt. 320; 99 nt. 324; 106 nt. 342; 106
nt. 346; 107 nt. 348; 110 nt. 362;
111 nt. 368; 111 nt. 369; 112 nt.
369; 112 nt. 370; 113 nt. 375; 115
nt. 382; 116 nt. 383; 116 nt. 384;
117 nt. 386; 117 nt. 388; 117 nt.
389; 118 nt. 391; 121; 121 nt. 404;
121 nt. 405; 125 nt. 418; 127 nt.
426; 128 nt. 427; 128 nt. 429; 128
nt. 430; 129 nt. 431; 129 nt. 432;
129 nt. 435; 130 nt. 437; 130 nt.
438; 131 nt. 443; 131 nt. 444.
- CASCIONE, C.: 11 nt. 2; 12; 20 nt. 32;
28 nt. 56; 29 nt. 58; 31 nt. 70; 33 nt.
82; 34 nt. 87; 34 nt. 88; 44 nt. 121;
60 nt. 183; 61 nt. 189; 76 nt. 230; 121
nt. 408; 122 nt. 408; 123 nt. 413; 126
nt. 422.
- CASTELLO, C.: 67 nt. 203; 72 nt. 215;
73 nt. 222; 108 nt. 351.
- CASTRO, A.: 14 nt. 20; 19 nt. 27; 24 nt.
36; 30 nt. 63; 30 nt. 64; 43 nt. 116;
44 nt. 121.
- CHAUSSE, A.: 60 nt. 182.
- CLAUS, A.: 85 nt. 268.
- COGLIOLO, P.: 30 nt. 64; 77 nt. 232.
- CORBIER, M.: 67 nt. 203.
- CORBINO, A.: 11 nt. 2; 13 nt. 15; 14; 14
nt. 17; 14 nt. 18; 14 nt. 19; 24 nt.
38; 25 nt. 41; 27 nt. 53; 42 nt. 113;
63 nt. 198; 95 nt. 305; 117 nt. 386.
- COSTA, E.: 28 nt. 54; 52 nt. 149; 123 nt.
415.
- CUGUSI P.: 67 nt. 204; 116 nt. 384.
- CUQ, E.: 23 nt. 35; 24 nt. 36; 31 nt. 65;
37 nt. 103; 60 nt. 182; 75 nt. 227; 77
nt. 232; 78 nt. 240; 80 nt. 250.
- DALLA, D.: 95 nt. 305.
- DALLA MASSARA, T.: 31 nt. 69; 54 nt.
163; 55 nt. 165; 73 nt. 218.
- DAUBE, D.: 30 nt. 64; 33 nt. 82; 34 nt.
85; 34 nt. 88.
- DE CHURRUCA, J.: 68 nt. 207.
- DE FRANCISCI, P.: 44 nt. 121; 51 nt.
145; 51 nt. 147.
- DE MARTINO, F.: 95 nt. 303.
- DE VISSCHER, F.: 25 nt. 41; 85 nt. 268.
- DE ZULUETA, F.: 30 nt. 64.
- D'IPPOLITO, F.: 51 nt. 143.
- DI SALVO, S.: 49 nt. 136.
- D'ORS, A.: 68 nt. 206; 128 nt. 430; 128
nt. 427; 129 nt. 431; 129 nt. 432; 129
nt. 433; 129 nt. 435; 130 nt. 436; 130
nt. 437; 130 nt. 438; 130 nt. 439; 130
nt. 440; 131 nt. 447; 132 nt. 447; 132
nt. 449.
- ENDEMANN, W.: 117 nt. 390.
- EXNER, A.: 27 nt. 51.
- FALCONE, G.: 51 nt. 144; 91 nt. 290;
123 nt. 415.
- FEENSTRA, R.: 85 nt. 268
- FERRINI, C.: 23 nt. 35; 28 nt. 56; 30 nt.
64; 38 nt. 106; 39; 39 nt. 109; 44 nt.
121; 51 nt. 147; 61 nt. 184; 61 nt.
190; 62 nt. 194; 62 nt. 195; 77 nt.

- 232; 80 nt. 250; 83 nt. 267; 93 nt. 297; 129 nt. 434.
- FIORI, R.: 15; 43 nt. 117; 44 nt. 121; 46 nt. 126; 48 nt. 134; 49 nt. 138; 50 nt. 140; 50 nt. 143; 51 nt. 145; 54 nt. 162; 55 nt. 164; 56 nt. 168; 57 nt. 172; 57 nt. 173; 57 nt. 174; 58 nt. 175; 59 nt. 179; 60 nt. 181.
- FLACH, D.: 98 ngt.320; 106 nt. 342; 116 nt. 384; 128 nt. 427; 129 nt. 430.
- FRANCHINI, L.: 15 nt. 26; 19 nt. 27; 44 nt. 120; 44 nt. 121; 46 nt. 126; 48 nt. 133; 51 nt. 147; 53 nt. 151; 53 nt. 152; 53 nt. 154; 58; 58 nt. 175; 58 nt. 177; 58 nt. 178; 59 nt. 178; 59 nt. 179; 60 nt. 181.
- FREDERIKSEN, M.: 67 nt. 203.
- FREZZA, P.: 36 nt. 99; 69 nt. 209; 87 nt. 274; 87 nt. 276.
- FRIER, B.W.: 95 nt. 301; 95 nt. 302; 95 nt. 303; 95 nt. 304; 96 nt. 306.
- GAGLIARDI, L.: 11 nt. 2; 19 nt. 27; 20 nt. 28; 24 nt. 35; 24 nt. 36; 30 nt. 63; 61 nt. 189.
- GALLO, F.: 23 nt. 35; 30 nt. 63; 42 nt. 115; 43 nt. 116; 60 nt. 183; 61 nt. 184; 68 nt. 207; 69 nt. 210; 75 nt. 227; 76 nt. 229; 76 nt. 231; 78 nt. 237; 82; 82 nt. 259; 82 nt. 260; 82 nt. 263; 83 nt. 267; 84 nt. 268; 109 nt. 357.
- GEORGESCO, V.A.: 68 nt. 206.
- GIARDINA, A.: 67 nt. 203.
- GIOFFREDI, C.: 53 nt. 151; 53 nt. 152.
- GIRARD, P.F.: 20 nt. 29; 23 nt. 35; 27 nt. 51; 28 nt. 56; 30; 30 nt. 63; 30 nt. 64; 31 nt. 66; 33 nt. 78; 34 nt. 90; 52 nt. 149; 62 nt. 194; 63 nt. 198; 77 nt. 236; 90 nt. 283; 93 nt. 297.
- GIUFFRÈ, V.: 86 nt. 273; 88 nt. 276; 88 nt. 277; 130 nt. 437.
- GOUJARD, R.: 97 nt. 314; 97 nt. 315; 108 nt. 352; 128 nt. 429.
- GREENIDGE, A.H.J.: 52 nt. 149.
- GROSSO, G.: 51 nt. 145; 53 nt. 151; 54 nt. 159; 72 nt. 218.
- GUARINO, A.: 23 nt. 35; 24 nt. 36; 32 nt. 77.
- GUMMERUS, H.: 67 nt. 203.
- GUTIÉRREZ MASSON, L.: 123 nt. 415.
- HAULER, E.: 97 nt. 315.
- HEDBERG, S.: 69 nt. 209.
- HONORÉ, A.M.: 85 nt. 268.
- HOOPER, W.D.: 128 nt. 429.
- HORVAT, M.: 19 nt. 27; 45 nt. 122; 47 nt. 133.
- HUMBERT, M.: 73 nt. 218; 89 nt. 281; 91 nt. 289; 93 nt. 297; 119 nt. 398; 120 nt. 399.
- HUVELIN, P.: 28 nt. 54; 29 nt. 60.
- JAKAB, É.: 71 nt. 213; 104 nt. 335; 105 nt. 339; 107 nt. 346; 107 nt. 347; 107 nt. 348; 108 nt. 350; 111 nt. 368.
- JHERING, R. von: 30 nt. 63; 30 nt. 64; 31 nt. 65; 39 nt. 110.
- JOLOWICZ, F.: 86 nt. 273; 118 nt. 391; 120 nt. 400.
- JÖRS, P.: 23 nt. 35; 24 nt. 36; 28 nt. 54.
- KARLOWA, O.: 23 nt. 35; 25 nt. 42; 27 nt. 51; 28 nt. 56; 38 nt. 109; 52 nt. 151; 63 nt. 198; 68 nt. 206; 68 nt. 207; 69 nt. 210; 72 nt. 216; 74 nt. 226; 75 nt. 227; 75 nt. 228; 77 nt. 232; 80 nt. 250; 85; 86 nt. 272; 90; 91 nt. 289; 106 nt. 343; 106 nt. 346; 111 nt. 366; 120 nt. 400; 129 nt. 432.
- KASER, M.: 23 nt. 35; 24 nt. 36; 34 nt. 88; 48 nt. 135; 49 nt. 138; 52 nt. 149; 52 nt. 151; 54 nt. 159; 56 nt. 170; 58 nt. 177; 62 nt. 196; 63 nt. 198; 77 nt. 232; 82 nt. 260; 84 nt. 268; 85 nt. 268; 96 nt. 311.
- KELLER, F.L.: 61 nt. 190; 62 nt. 197.
- KIENAST, D.: 67 nt. 204.
- KNIEP, F.: 79.
- KNÜTEL, R.: 36 nt. 99; 94 nt. 300; 95 nt. 301; 95 nt. 302; 95 nt. 303; 95 nt. 304; 96 nt. 307.
- KRÜGER, H.A.: 43 nt. 116; 44 nt. 119; 44 nt. 122; 47 nt. 133; 58 nt. 177; 93 nt. 297.
- KUNKEL, W.: 23 nt. 35; 24 nt. 36; 28 nt. 54; 42 nt. 115; 45 nt. 122; 47 nt. 130; 47 nt. 131; 49 nt. 138; 50 nt. 142; 50 nt. 143; 58 nt. 177.
- LABRUNA, L.: 31 nt. 70; 68 nt. 207; 69 nt. 209; 72 nt. 216; 77 nt. 236; 129

- nt. 432.
LAURIA, L.: 67 nt. 203.
LEONHARD, R.: 23 nt. 35; 24 nt. 36; 27 nt. 51; 30 nt. 63; 30 nt. 64; 42 nt. 112.
LIGIOS, M.A.: 95 nt. 303.
LOMBARDI, L.: 14 nt. 21; 43 nt. 116; 45 nt. 124; 46 nt. 125; 46 nt. 126; 46 nt. 127; 48 nt. 134; 51 nt. 145; 58 nt. 175.
LONGO, C.: 19 nt. 27; 20 nt. 30; 23 nt. 35; 24 nt. 36; 24 nt. 38; 24 nt. 39; 25 nt. 42; 28 nt. 56; 30 nt. 64; 39 nt. 109; 39 nt. 110; 43 nt. 116; 62 nt. 194; 63 nt. 198; 77; 77 nt. 232; 84 nt. 268.
LUZZATTO, G.I.: 19 nt. 27; 28 nt. 56; 30 nt. 64; 39 nt. 109; 39 nt. 110; 42 nt. 114; 43 nt. 116; 45 nt. 122; 54 nt. 159; 61 nt. 184; 61 nt. 189; 62 nt. 194.
MAGDELAIN, A.: 36 nt. 100; 44 nt. 119; 45 nt. 122; 45 nt. 123; 46 nt. 124; 46 nt. 127; 47 nt. 130; 47 nt. 133; 49 nt. 138; 50 nt. 141; 50 nt. 142; 50 nt. 143; 52 nt. 149; 52 nt. 150; 52 nt. 151; 54 nt. 162; 54 nt. 163; 55 nt. 166; 56 nt. 167; 57 nt. 173; 57 nt. 175; 58 nt. 177; 59 nt. 179; 59 nt. 180; 62 nt. 196; 63 nt. 198; 68 nt. 207; 77 nt. 236; 78 nt. 239; 81 nt. 252; 90 nt. 283; 96 nt. 311; 127 nt. 426.
MAGIONCALDA, A.: 12 nt. 10.
MANTOVANI, D.: 21 nt. 33.
MAROTTA, V.: 27 nt. 52; 28 nt. 54; 30 nt. 63; 42 n.115; 43 nt. 116; 44 nt. 121; 45 nt. 124; 46 nt. 125; 53 nt. 151; 58 nt. 177; 59 nt. 179; 60 nt. 183; 63 nt. 198; 68 nt. 207; 76 nt. 229; 77 nt. 236; 88 nt. 278; 89; 92 nt. 295; 116 nt. 382; 129 nt. 434; 130 nt. 439.
MARRONE, M.: 23 nt. 35; 24 nt. 36; 25 nt. 40; 27 nt. 52; 27 nt. 53; 29 nt. 60; 32 nt. 77; 45 nt. 124; 53 nt. 151.
MARTIN, R.: 69 nt. 209.
MASCHI, C.A.: 19 nt. 27; 23 nt. 35; 24 nt. 39; 24 nt. 40; 43 nt. 116; 61 nt. 189; 62 nt. 194.
MAYER-MALY, T.: 94 nt. 301.
MAZZA, M.: 67 nt. 203.
MAZZARINO, S.: 68 nt. 209; 71 nt. 212; 98 nt. 319.
MEYLAN, P.: 23 nt. 35; 24 nt. 36; 25 nt. 42; 30 nt. 64; 32 nt. 72; 39 nt. 109; 42 nt. 115; 43 nt. 116; 44 nt. 121; 61; 61 nt. 184; 84 nt. 268; 133 nt. 454.
MICHEL, J. H.: 34 nt. 90; 35 nt. 94; 35 nt. 98.
MITTEIS, L.: 44 nt. 119; 52 nt. 149; 77; 77 nt. 232; 84 nt. 268.
MOMMSEN, T.: 60 nt. 182; 97 nt. 315.
MONIER, R.: 23 nt. 35; 24 nt. 36; 28 nt. 56; 29 nt. 58; 30 nt. 64; 31 nt. 65; 34 nt. 89; 37 nt. 103; 39 nt. 109; 45 nt. 124; 60 nt. 182; 77 nt. 232; 78 nt. 240; 80 nt. 250; 109 nt. 359.
MÜLLER, C. F. W.: 49 nt. 136.
NABER, J.C.: 84 nt. 268.
NICHOLAS, B.: 86 nt. 273; 118 nt. 391; 120 nt. 400.
NICOSIA, G.: 123 nt. 415.
NÖRR, D.: 13 nt. 16; 26 nt. 46; 26 nt. 49; 123 nt. 415.
ORTU, R.: 31 nt. 69; 67 nt. 204; 68 nt. 208; 69 nt. 209.
PADELLETTI, G.: 30 nt. 64; 77 nt. 232; 120 nt. 400.
PARICIO, X.: 14; 15; 44 nt. 121; 45 nt. 122; 47 nt. 130; 51 nt. 147.
PARSI MAGDELAIN, B.: 77 nt. 232; 80 nt. 250; 82 nt. 261; 129 nt. 432; 129 nt. 434; 130 nt. 440; 131 nt. 442.
PENNITZ, M.: 33 nt. 82; 75 nt. 226; 105 nt. 339; 106 nt. 344; 136 nt. 462.
PERNICE, A.: 27 nt. 51; 28; 28 nt. 54; 28 nt. 55; 28 nt. 56; 77 nt. 232; 80; 80 nt. 250; 81; 81 nt. 258; 93 nt. 297.
PFLUGER, H.: 51 nt. 145; 52 nt. 151; 54 nt. 159; 56 nt. 170.
PLATSCHEK, J.: 123 nt. 415.
PRINGSHEIM, F.: 23 nt. 35; 24 nt. 36; 25 nt. 42; 28 nt. 56; 30 nt. 63; 30 nt. 64; 42 nt. 113; 43 nt. 116; 60 nt. 182; 61; 84 nt. 268.
PUGLIESE, G.: 19 nt. 27; 23 nt. 35; 24 nt. 39; 25 nt. 42; 27 nt. 51; 30 nt. 63;

- 45 nt. 123; 46 nt. 127; 47 nt. 130; 49 nt. 138; 50 nt. 141; 50 nt. 142; 50 nt. 143; 52 nt. 149; 56 nt. 167; 58 nt. 177; 62 nt. 196; 63 nt. 198; 96 nt. 311; 119 nt. 397; 119 nt. 398; 122 nt. 410; 123 nt. 414; 124 nt. 415; 127 nt. 423; 127 nt. 424.
- PUGLIESE CARRATELLI, G.: 37 nt. 104.
- RICCOBONO, S. (jr): 104 nt. 335; 106 nt. 346; 107 nt. 347; 108 nt. 350; 109 nt. 355.
- RICHTER, J.P.: 128 nt. 427.
- ROMANO, S.: 84 nt. 268.
- RONCATI, S.: 23 nt. 35; 24 nt. 36; 27 nt. 52; 33 nt. 84; 85 nt. 268.
- RUGGIERO, A.: 12 nt. 10.
- SACCONI, G. : 35 nt. 98.
- SALVATORE, A. : 68 nt. 209.
- SARGENTI, M.: 42 nt. 114; 44 nt. 121; 45 nt. 124; 59 nt. 179; 61 nt. 184; 61 nt. 189; 62 nt. 190; 62 nt. 194; 68 nt. 206; 69 nt. 209; 77 nt. 236; 77 nt. 237; 86 nt. 271; 86 nt. 272; 87 nt. 274; 88 nt. 276; 102 nt. 331; 118 nt. 393.
- SBLENDORIO CUGUSI, M.T.: 67 nt. 204; 116 nt. 384.
- SCARANO USSANI, V.: 94 nt. 301; 95 nt. 301; 95 nt. 302; 95 nt. 303; 95 nt. 304; 96 nt. 306.
- SCARCELLA, S.A.: 37 nt. 104.
- SCHERILLO, G.: 44 nt. 121; 62 nt. 190; 62 nt. 197.
- SCHMIDLIN, B.: 34 nt. 88.
- SCHÖNBAUER, E.: 84 nt. 68.
- SCHULZ, F. : 72 nt. 218.
- SCIALOJA, V.: 19 nt. 27; 25 nt. 41; 25 nt. 43; 26 nt. 47; 26 nt. 48; 28 nt. 56; 31 nt. 65; 34; 38 nt. 108; 42; 61 nt. 184; 77 nt. 237; 80 nt. 250.
- SEIDL, E. : 43 nt. 116.
- SENN, F.: 23 nt. 35; 27 nt. 51; 28 nt. 56; 30; 30 nt. 63; 30 nt. 64; 62 nt. 194; 63 nt. 198; 90 nt. 283; 93 nt. 297.
- SIMSHÄUSER, W. : 119 nt. 398; 123 nt. 413;
- STEINWENTER, A.: 94 nt. 301; 95 nt. 303.
- STURM, F.: 36 nt. 99; 82 nt. 260.
- SVENNUNG, J.: 97 nt. 314.
- TALAMANCA, M.: 13 nt. 16; 15 nt. 26; 19 nt. 27; 20 nt. 28; 20 nt. 30; 23 nt. 35; 24 nt. 36; 25 nt. 43; 28 nt. 56; 29 nt. 58; 30 nt. 62; 30 nt. 63; 30 nt. 64; 31 nt. 69; 32 nt. 72; 32 nt. 77; 34 nt. 90; 35 nt. 94; 35 nt. 98; 38 nt. 108; 39 nt. 110; 42 nt. 115; 43 nt. 116; 44 nt. 119; 45 nt. 122; 47 nt. 130; 47 nt. 133; 49 nt. 138; 55 nt. 163; 56 nt. 169; 58 nt. 175; 58 nt. 177; 59 nt. 179; 61 nt. 184; 61 nt. 188; 62 nt. 191; 63 nt. 198; 68 nt. 207; 69 nt. 209; 69 nt. 210; 69 nt. 211; 72 nt. 216; 72 nt. 217; 74 nt. 225; 74 nt. 226; 75 nt. 227; 75 nt. 228; 76 nt. 229; 77 nt. 236; 78 nt. 237; 78 nt. 239; 79 nt. 246; 79 nt. 248; 80 nt. 250; 82 nt. 260; 82 nt. 264; 83 nt. 267; 87 nt. 274; 88 nt. 280; 89 nt. 281; 90 nt. 285; 90 nt. 286; 90 nt. 287; 91 nt. 292; 92 nt. 294; 92 nt. 295; 102 nt. 331; 103 nt. 333; 104; 104 nt. 337; 104 nt. 338; 106 nt. 343; 108 nt. 354; 109 nt. 355; 110; 110 nt. 360; 110 nt. 363; 112 nt. 371; 115 nt. 380; 115 nt. 381; 117; 117 nt. 387; 118 nt. 393; 121 nt. 407; 123 nt. 413; 127 nt. 426; 128 nt. 427; 128 nt. 430; 129 nt. 432; 129 nt. 434; 130 nt. 437; 130 nt. 439; 131 nt. 445; 133 nt. 454.
- THIELMANN, G.: 68 nt. 207; 72 nt. 216; 77 nt. 232; 80 nt. 250; 127 nt. 425; 129 nt. 432.
- THIELSCHER, P.: 69 nt. 209; 97 nt. 314; 105 nt. 342; 107 nt. 347; 127 nt. 425; 128 nt. 430.
- THOMAS, J.A.C.: 85 nt. 268.
- TOMULESCU, C.: 23 nt. 35.
- TURPIN, C.C.: 53 nt. 152.
- VARVARO, M.: 63 nt. 198.
- VIARO, S.: 13; 13 nt. 16; 14; 26 nt. 46; 27 nt. 52; 27 nt. 53; 28 nt. 53; 30 nt. 63; 33 nt. 82; 33 nt. 84; 68 nt. 207; 69 nt. 209; 78 nt. 239; 80 nt. 250; 86 nt. 272; 103 nt. 333; 103 nt. 334; 119 nt. 393; 132 nt. 448; 132 nt. 450.

- VINCENT, H.: 28 nt. 54.
- VOCI, P.: 46; 46 nt. 126; 58 nt. 175; 72 nt. 218; 77 nt. 232; 114 nt. 379.
- VON LÜBTOW, U.: 24 nt. 35; 25 nt. 42; 26 nt. 49; 26 nt. 50; 28 nt. 54; 30 nt. 63; 31 nt. 69; 39 nt. 110; 43 nt. 116; 49 nt. 138; 52 nt. 149; 61 nt. 185; 68 nt. 207; 69 nt. 209; 69 nt. 210; 72 nt. 216; 72 nt. 218; 74 nt. 225; 75 nt. 227; 75 nt. 228; 77 nt. 232; 77 nt. 235; 79; 79 nt. 245; 80 nt. 250; 81 nt. 258; 82; 82 nt. 260; 82 nt. 261; 87 nt. 274; 90; 93 nt. 297; 97; 98; 105 nt. 340; 105 nt. 341; 105 nt. 342; 106 nt. 344; 106 nt. 346; 107 nt. 347; 107 nt. 348; 109 nt. 355; 112 nt. 370; 113; 119 nt. 398; 121 nt. 407; 124 nt. 417; 127 nt. 425; 128 nt. 430; 129 nt. 432; 134.
- VRIESENDORP, R.D.: 85 nt. 268.
- WACH, A.: 61 nt. 190; 62 nt. 197.
- WATSON, A.: 28 nt. 56; 30 nt. 64; 31 nt. 69; 42 nt. 115; 43 nt. 116; 77 nt. 232; 78 nt. 240; 81 nt. 253; 114 nt. 377.
- WIEACKER, F.: 15 nt. 21; 43 nt. 116; 43 nt. 117; 45 nt. 122; 46 nt. 124; 47; 47 nt. 130; 48; 48 nt. 133; 49 nt. 138; 50 nt. 143; 52 nt. 149; 58 nt. 176; 59 nt. 180; 59 nt. 181; 60 nt. 181.
- WLASSAK, M.: 44 nt. 118; 44 nt. 119; 54 nt. 163; 55; 55 nt. 166; 57 nt. 173; 119 nt. 398.
- WOLF, J.G.: 11 nt. 3; 23 nt. 35; 44 nt. 119; 61 nt. 188.
- YARON, R.: 114 nt. 377.
- ZIEGLER, K.: 119 nt. 398; 123 nt. 413.

COLLANA DELLA RIVISTA DI DIRITTO ROMANO

<http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano>

DIRETTORE
Ferdinando Zuccotti

- Pierfrancesco Arces, *Studi sul disporre mortis causa. Dall'età decemvirale al diritto classico*. 2013
Atti del Convegno «Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico» in memoria di Arnaldo Biscardi (Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001). 2011
- Basilicorum Libri LX, Tomus I (lib. I-XII continens)*. Edidit C.G.E. Heimbach, Lipsiae 1833.
Ristampa digitale a cura di Michele Antonio Fino. Prefazione di Fausto Gorla. 2002
- Basilicorum Libri LX, Tomus II (lib. XIII-XXIII continens)*. Edidit C.G.E. Heimbach, Lipsiae 1840.
Ristampa digitale a cura di M.A. Fino. 2003
- Basilicorum Libri LX, Supplementa Editionis Basilicorum Heimbachianae*. Ediderunt C.E. Zachariae a Lingenthal, Lipsiae 1846, e E.C. Ferrini et J. Mercati, Lipsiae-Mediolani 1897.
Ristampa digitale a cura di M. Miglietta. 2008
- Mariateresa Carbone, *L'emersione dell'«emptio» consensuale e le «leges venditionis» di Catone*. 2017
- Paola Ombretta Cuneo, *Anonymi Graeci Oratio Funeris in Constantinum II*. 2012
- Lucia Di Cintio, *L'«Interpretatio Visigothorum» al «Codex Theodosianus». Il libro IX*. 2013
- Lucia Di Cintio, *Nuove ricerche sulla «Interpretatio Visigothorum» al «Codex Theodosianus». Libri I-II*. 2016
- Filippo Gallo, *L'interpretazione del diritto è «affabulazione»? 2005*
- Lauretta Maganzani, *La «diligentia quam suis» del depositario dal diritto romano alle codificazioni nazionali. Casi e questioni di diritto civile nella prospettiva storico-comparatistica*. 2006
- Gianluca Mainino, *Studi sul caput XXI della Lex Rubria de Gallia Cisalpina*. 2012
- Annamaria Manzo, *«Magnum munus de iure respondendi substinebat». Studi su Publio Rutilio Rufo*. 2016
- Raffaella Siracusa, *La nozione di «universitas» in diritto romano*. 2016
- Ferdinando Zuccotti, *Sacramentum Civitatis. Diritto costituzionale e ius sacrum nell'arcaico ordinamento giuridico romano*. 2016

Il catalogo aggiornato di LED - Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto è consultabile all'indirizzo web <http://www.lededizioni.com>, dove si possono trovare informazioni dettagliate sui volumi: di tutti si può consultare il sommario, di alcuni si danno un certo numero di pagine in lettura, di altri è disponibile il testo integrale. Tutti i volumi possono essere acquistati on line.