

Mariateresa Carbone

«Hac lege ... venire oportet» Alcune riflessioni sui formulari di vendita di Catone

1. Introduzione - 2. I capitoli di vendita di Catone - 3. Il contratto di vendita delle olive sull'albero - 4. Il contratto di vendita dell'uva pendente - 5. Il contratto di vendita del vino nelle botti - 6. Il contratto di vendita del pascolo invernale - 7. Il contratto di vendita dei prodotti delle pecore - 8. Conclusioni

1. Introduzione

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 ef-

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. di 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.

fetti³. 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 è costituita dalla sua estrema originalità rispetto alle forme degli scambi attestate negli altri paesi del Mediterraneo⁴.

Nonostante ciò, considerate le caratteristiche del processo privato romano arcaico⁵, si è stati indotti a ritenere l'*emptio-venditio* «una invenzione»

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

⁴ Che la compravendita sia stata strutturata nei diritti greci come un contratto reale ne ha dato ampia dimostrazione Fritz Pringsheim: *The greek Law of Sale*, Weimar, 1950, specie p. 90 ss., e, recentissimamente, per un richiamo in tal senso si veda CORBINO, *La risalenza dell'emptio-venditio*, cit., p. 84 nt. 309. Più in generale Javier Belda Mercado ha evidenziato che nella maggioranza degli ordinamenti giuridici del mondo antico, specialmente in quelli dell'Oriente mediterraneo (neobabilonense, egiziano, israeliano) non era conosciuta la vendita consensuale ma «la transmisión de la propiedad por compravenda es dominada constantemente por la noción de venta al contado» (così in *Evolución histórico-jurídica hacia la consensualidad en la emptio venditio romana*, in «Anuario da Faculdade de direito Universidade da Coruña», VI, 2002, p. 163 nt. 17). Già Erwin Seidl (*Zur Beurkundung des Konsensualvertrages*, in «Studi E. Albertario», I, Milano, 1953, p. 109) aveva messo in risalto che solitamente 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. D'altra parte l'originalità dell'*emptio* consensuale romana è riconosciuta unanimemente: cfr., tra gli altri, F. PRINGSHEIM, *L'origine des contrats consensuels*, in «RHD.», XXXII, 1954, p. 475, A. WATSON, *The Law of the ancient Romans*, Dallas, 1970, p. 66, I. LUZZATTO, *L'art. 1470 c.c. e la compravendita consensuale romana*, in «Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile», XIX, 1965, p. 923 ss., A. BURDESE, «Vendita (diritto romano)», in «NNDI.», XX, Torino, 1975, p. 595, M. TALAMANCA, voce «Vendita (diritto romano)», in «ED.», XLVI, Milano, 1993, p. 310, V. MAROTTA, *Tutela dello scambio e commerci mediterranei in età arcaica e repubblicana*, in «Ostraka», V, 1996, p. 44, A. CASTRO, *Emptio venditio y consensus contribución al estudio del origen y fundamentos de la compravenda romana: contrato-fin y contrato-medio*, in «Iuris Vincula. Studi M. Talamanca», II, Napoli, 2001, p. 58 s., e CORBINO, *La risalenza dell'emptio-venditio*, cit., p. 98 e nt. 354.

⁵ Nell'Ottocento August Bechmann aveva ritenuto che la *legis actio* idonea a tutelare le pretese nascenti dall'*emptio-venditio* sarebbe stata la *sacramenti in personam* (*Der Kauf nach gemeinem Recht*, I, Erlangen, 1876, p. 469 e, nello stesso senso, C. FERRINI, *Sull'origine del contratto di vendita in Roma*, in *Opere*, III, Milano, 1929, p. 76). Ma contro questa idea si è fatto osservare come lo schema processuale appena riferito non fosse idoneo ad assicurare tutela a una pretesa *incerta* qual era, almeno nel sistema formulare, quella caratterizzante l'*Pactio empti*, così, con particolare approfondimento: M. KASER, *Das altrömische Ius. Studien zur Rechtsvorstellung und Rechtsgeschichte der Römer*, Göttingen, 1949, p. 291, nonché A.

non solo relativamente tarda (III secolo a.C.) ma anche sorta per soddisfare le esigenze del commercio internazionale e solo in seguito recepta nei rapporti *inter cives*⁶.

MAGDELAIN, *Les actions civiles*, Paris, 1954, p. 45 nt. 1, e G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, II. *Il processo formulare*, I, Milano, 1963, p. 46 in particolare nt. 62. Considerata, quindi, l'ampia discrezionalità di giudizio propria delle *formulae ex fide bona* i sostenitori delle origini civilistiche dell'*emptio* ritennero che la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* fosse stata più idonea all'uopo (si veda, in questo senso, F.L. VON KELLER, A. WACH, *Der römische Civilprozess und die Actionen*⁶, Leipzig, 1883, p. 81 ss., e, da ultimo, G. SCHERILLO, *Legis actio per iudicis arbitrive postulationem e processo formulare*, in «Sein und Werden im Recht. Festgabe U. von Lübtow», Berlin, 1970, p. 317). La presenza dell'*arbitr* 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 il passo delle Istituzioni giainae corrispondente al § 17 del IV libro, non risulta ulteriormente sostenibile che la *legis actio per iudicis arbitrive postulationem* sia stato lo schema processuale arcaico a tutela dell'*emptio*. Gaio, infatti, afferma '*per iudicis postulationem 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 nel seguito del passo gaiano indicate, ma tra di loro non si riscontra la vendita (KASER, *Das altrömische Ius*, cit., p. 291, MAGDELAIN, *Les actions*, cit., p. 45 nt. 1, e PUGLIESE, *Il processo civile*, cit., p. 26 ss. p. 46). Inoltre, contro la tutelabilità del contratto in questione nel sistema delle *lege agere*, va aggiunta un'ulteriore obiezione: «*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 civile*, cit., p. 46. Al proposito André Magdelain (*Les actions*, cit., p. 45 nt. 1) aveva altresì sottolineato che nella antica procedura orale non vi era traccia di un *oportere ex fide bona*. Anzi proprio la clausola *ex fide bona* qualificante l'*oportere* ne avrebbe compromesso la valenza civilistica (sul punto cfr. per tutti, W. KUNKEL, *Fides als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht*, in «Festschrift P. Koschaker», II, Weimar, 1939, p. 4 ss.). In ogni caso contro la possibilità di riscontrare nel sistema delle *legis actiones* uno strumento a tutela dell'*emptio* si sono espressi anche O. KARLOWA, *Der römische Civilprozess zur Zeit der Legisactionen*, Berlin, 1872, p. 142, P.F. GIRARD, F. SENN, *Manuel élémentaire de droit romain*⁸, Paris, 1929, p. 571 in particolare nt. 3, C. LONGO, *Corso di diritto romano. Parte generale: Fatti giuridici, negozi giuridici, atti illeciti. Parte speciale: la compravendita*, Milano, 1937, p. 302 nt. 1, V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*², I, rist. Napoli, 1978, p. 56 nt. 2, TALAMANCA, '*Vendita*', cit., p. 305 in particolare nt. 12, e MAROTTA, *Tutela dello scambio*, cit., p. 55 e nt. 285. A favore della tutelabilità nella procedura *per legis actiones* di domande di *incertum* da valutare *ex fide bona* si è espresso molto di recente CORBINO, *La risalenza dell'emptio-vendito*, cit., p. 22 ss.

⁶ Cfr., tra gli altri, V. SCIALOJA, *Compra-vendita* (Essegesi del tit. I, lib.XVIII del Digesto), lezioni stenografate e compilate dal dott. G. Pulvirenti, Roma, 1907, p. 185 ss., LONGO, *Corso di diritto romano*, cit., p. 283 ss., M. HORVAT, *Osservazioni sulla buona fede nel diritto romano obbligatorio*, in «Studi V. Arangio-Ruiz», I, Napoli, 1954, p. 423 ss., ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, I, cit., 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., LUZZATTO, *L'art. 1470 c.c. e la compravendita*, cit., p. 897, L. AMIRANTE, *L'origine dei contratti di buona fede*, in «Atti Seminario sulla problematica contrattuale», I,

Dunque, a differenza di altri importanti istituti di *ius gentium* – quali, ad esempio, la *traditio* e la *stipulatio* – che si ritiene generalmente siano stati 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 strumenti⁸; anche se poi, in concreto, si continua a di-

Milano, 1987, 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., TALAMANCA, 'Vendita', cit., p. 303 ss., e CASTRO, *Emptio venditio y consensus*, 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 *op. cit.*, p. 58 s.). Condividono, invece, senza dubbio l'opinione dominante: BELDA MERCADO, *Evolución histórico-jurídica hacia la consensualidad en la emptio venditio romana*, cit., p. 174 ss., GAGLIARDI, *Prospettive in tema di origine della compravendita consensuale romana*, 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., L. FRANCHINI, *Osservazioni in merito alla recezione nel 'ius civile' dei 'iudicia bonae fidei'*, in «Actio in rem' e 'Actio in personam'» (cur. L. Garofalo), II, Padova, 2011, p. 219 nt. 307, e ID., *La recezione nel 'ius civile' dei 'iudicia bonae fidei'. Questioni di metodo e di merito*, Napoli, 2015, p. 120.

⁷) Data la loro duttilità, da intendere, ritengo, come facilità di comprendere il loro funzionamento.

⁸) L'opinione attualmente dominante ritiene che, alle origini, in Roma esistesse solo la vendita a contanti, che si sarebbe realizzata con la *mancipatio* per le *res mancipi* e – almeno secondo alcuni autori – con la doppia *traditio* contestuale per le *res nec mancipi*. Sul punto cfr. O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig, 1901, p. 612, R. LEONHARD, 'Emptio venditio', in A. PAULY, G. WISSOVA, «Real-Encyclopädie der classischen Altertumswissenschaft», V, Stuttgart, 1905, c. 2536, E. CUQ, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, Paris, 1928, p. 453, GIRARD, SENN, *Manuel élémentaire*, cit., p. 568, LONGO, *Corso*, cit., p. 285, FERRINI, *Sull'origine del contratto di vendita*, cit., 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, P. MEYLAN, *La genèse de la vente consensuelle romaine*, in «T.», XXI, 1953, p. 129 ss., PRINGSHEIM, *L'origine des contrats consensuels*, cit., p. 490, ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, I, cit., p. 18 ss., M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, 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, 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', cit., p. 595, M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 582 (e, successivamente, in 'Vendita', cit., 304), PUGLIESE, *Compravendita e trasferimento*, cit., p. 27, CANNATA, *La compravendita consensuale romana*, 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*

scutere in merito alle modalità seguite dai *cives* per realizzare soprattutto la vendita a credito⁹.

romano², Palermo, 1994, p. 479, 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 repubblicana*, in «Minima epigrafica et papirologica», IX, 2006, p. 83 s., 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 –, mentre U. VON LÜBTOW, *Studien zum altrömischen Kaufrecht*, in «Festschrift P. Koschaker», II, cit., p. 127, ipotizza invece, per la realizzazione della compravendita reale, l'espletamento di due *mancipationes*, una delle quali avrebbe avuto a oggetto l'ae.

⁹ Già dall'Ottocento si è in genere sostenuto (cfr.: E.I. BEKKER, *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, I, Berlin, 1871, p. 156 ss., R. VON JHERING, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung*, II, Leipzig, 1883, p. 549, e III, Leipzig, 1888, p. 146 ss. e 201 ss., LEONHARD, 'Emptio-venditio', cit., c. 2536, GIRARD, SENN, *Manuel*, cit., p. 570 e 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 contribución al estudio del origen*, cit., p. 42 s., GAGLIARDI, *Prospettive*, cit., p. 129, S. VIARO, *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, Padova, 2011, p. 230) che tra cittadini romani tale esigenza venisse solitamente realizzata tramite la *stipulatio pretii* oppure, nell'ipotesi di accreditamento di entrambe le prestazioni, attraverso reciproche *verborum obligationes*. «L'argument capital» a favore di questa opinione sarebbe consistito, per Paul Frédéric Girard (*Manuel*, cit., p. 570 nt. 1), nella circostanza che il ricorso a tali strumenti sarebbe stato certamente possibile fin da epoca abbastanza risalente. Secondo gran parte degli autori poco sopra citati sarebbero riscontrabili nelle fonti tracce dell'utilizzazione della *stipulatio* per rendere giuridicamente perseguibile l'accreditamento di una o di entrambe le prestazioni scaturenti da un accordo di vendita. Sennonché dai passi all'uopo indicati 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, oppure per estinguerle con *acceptilatio*. Ora, secondo quanto ha fatto notare Vittorio 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». Il ricorso alla *stipulatio* per rafforzare o novare le singole prestazioni scaturenti dal contratto consensuale si sarebbe potuto realizzare per le più diverse ragioni. 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 e 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. Per quanto riguarda le risultanze testuali, già August Bechmann (*Kauf nach gemeinen Recht*, cit., p. 160) faceva notare che un esempio di compravendita conclusa attraverso due stipulazioni non è stato mai indivi-

Relativamente di recente, però, qualche autorevole studioso, nel trattare 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 Meciano¹⁰. Il giurista, incidentalmente, informa che il *nummus peregrinus* era considerato *loco mercis*¹¹. L'affermazione appena riferita porta Cascione a propendere per una nascita «strettamente romano-italica» dell'*emptio*¹² in base alla seguente considerazione: se la moneta peregrina 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

duato (e, nello stesso senso, CUQ, *Manuel*, cit., p. 454 nt. 10, MONIER, *Manuel élémentaire*, cit., p. 132, e F. CANCELLI, *L'origine del contratto consensuale di compravendita nel diritto romano. Appunti esegetico-critici*, Milano, 1963, p. 123). Lo stesso Vincenzo Arangio-Ruiz (*La compravendita*, cit., I, p. 72 nt. 3) ha ammesso che, nonostante l'immensa estensione che avrebbe dovuto avere l'*emptio* versata nelle *verborum obligationes*, non ne è pervenuto un esemplare ridotto alle sole promesse stipulatorie *binc inde* (così di recente anche BELDA MERCADO, *Evolución histórico-jurídica*, cit., p. 169). Si tratta di una circostanza particolarmente significativa, ove si consideri la diffusa sussistenza delle varie formule in Roma antica, nonostante il venir meno della loro necessità o utilità. Non va, inoltre, trascurato come il ricorso alla *stipulatio* per altri fini sia documentata da numerosissime testimonianze. Ma anche a prescindere dall'assenza di riscontri testuali, resta, in ogni caso, che la fruibilità della *verborum obligatio* come strumento giuridico per la realizzare la vendita a credito parrebbe esporsi a rilievi difficilmente superabili. La struttura stessa della *stipulatio*, contratto unilaterale, astratto e formale, è difficilmente idonea a realizzare lo scopo conseguito dalla vendita, negozio causale, bilaterale e sinallagmatico (in questo senso, tra gli altri, BECHMANN, *Kauf nach gemeinen Recht*, cit., p. 457, 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*, p. 415 nt. 13, BELDA MERCADO, *Evolución histórico-jurídica*, cit., p. 169 s.). Secondo quanto ha osservato Contardo Ferrini (*Sull'origine*, cit., p. 73): «Quale mezzo di coazione ci sarebbe stato contro la parte che non avesse voluto promettere? Evidentemente nessuno. Poiché non è mai stato sostenuto che potesse avere efficacia coattiva un *pactum de stipulando*: tanto varrebbe sostenere addirittura l'efficacia diretta del contratto consensuale». 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.

¹⁰ *Consensus. Problemi di origine*, cit., p. 393 ss.

¹¹ Cfr. Vol. Maec. *assis distr.* 45: «... *Victoriatius enim nunc tantundem valet quantum quinarius, olim ut peregrinus nummus loco mercis, ut nunc tetradrachmum et dragma, habebatur*» (cfr. A. RUGGIERO, *L. Volusio Meciano tra giurisprudenza e burocrazia*, Napoli, 1983, p. 87).

¹² *Consensus. Problemi di origine*, cit., p. 397.

essenziale del contratto di vendita per la giurisprudenza romana¹³?

Dal punto di vista processuale altro spunto interessante di riflessione è stato fornito da Silvia Viaro¹⁴. La studiosa ha messo in evidenza come già le XII Tavole prevedessero la tutela della *pactio* in caso di *membrum ruptum*¹⁵. 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 decemvirale, come si evince da Gai., *inst.* 4.28¹⁶, 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, quanto meno *in nuce*, l'esistenza di negozi di scambio idonei a creare un'obbligazione in capo all'acquirente¹⁷. Da ultimo Alessandro Corbino ha riaperto la que-

¹³) Cfr., sul punto, D. 18.1.1, D. 19.4.1.pr. e *Iust. inst.* 3.23.2.

¹⁴) *Corrispettività*, cit., p. 222 ss.

¹⁵) *Tab.* VIII.2.

¹⁶) 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*'. Sul testo cfr., da ultimo, CORBINO, *La risalenza dell'emptio-venditio*, cit., p. 12 ss.

¹⁷) *Corrispettività e adempimento*, cit., p. 206 ss. Oltre a Gai., *inst.* 4.28, Silvia Viaro adduce altri tre passi che a suo giudizio indurrebbero 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 indicate al proposito sono D. 40.7.29.1, *ep. Ulp.* 2.3-4 e D. 40.7.25 e riguardano tutte «lo schiavo manomesso sotto condizione sospensiva», ossia «lo *statuliber*» (*Corrispettività e adempimento*, cit., p. 208 ss.). Ovviamente contro la possibilità di addurre il passo gaiano, appena citato nel testo, a sostegno del riconoscimento di negozi consensuali ad efficacia obbligatoria si levano autorevoli voci: cfr. 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 (*op. ult.* cit., p. 345 e nt. 42). Ma già l'ammettere che gli interessi perseguiti non si esaurissero nel mero interesse privatistico, credo significhi dover necessariamente riconoscere che questo interesse ricorra e rimarrebbe difficile comprendere perché non debba aver ricevuto 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

stione adducendo, a favore della risalenza dell'*emptio* consensuale in epoca almeno decemvirale, non solo il passo di Gaio già richiamato all'uopo dalla Viaro¹⁸, ma anche una serie di altri dati: tra questi l'autore si riferisce in particolare alle pratiche negoziali presupposte dai trattati di età proto-repubblicana (primo trattato tra Roma e Cartagine e *foedus Cassianum*)¹⁹, nonché alla struttura degli atti traslativi, e soprattutto alla *mancipatio*, che 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 distinti²⁰.

Da un punto di vista più generale appaiono altrettanto interessanti le osservazioni formulate, relativamente di recente, da Javier Paricio, giunto a sostenere come molto probabile un'origine civilistica dei *iudicia bonae fidei*²¹. Nel riesaminare le tesi prospettate a metà del secolo scorso da alcuni tra i più autorevoli studiosi dell'argomento, il romanista spagnolo ha sottolineato la sostanziale appartenenza al più antico *ius civile* della maggior parte dei rap-

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. Questa interpretazione 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.

¹⁸) CORBINO, *La risalenza dell'emptio-venditio*, cit., p. 12 ss.

¹⁹) Si veda 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 (*op. ult.* cit., p. 78) 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'».

²⁰) CORBINO, *La risalenza dell'emptio-venditio*, cit., p. 9. Per la dimostrazione di quest'ultima affermazione cfr. *ivi*, p. 85 ss.

²¹) *Sobre el origen y la naturaleza civil de los bonae fidei iudicia*, in «Estudios R. Yanes», II, Burgos, 2000, p. 187 ss.: cfr. ora la versione italiana – *Genesi e struttura dei «bonae fidei iudicia»* – in «Processo civile e Processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico. In memoria di Arnaldo Biscardi. Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001», Milano, 2011, p. 210 ss. Impostazione condivisa da CASTRO, *Emptio venditio y consensus contribución al estudio del origen y fundamentos de la compravenda romana*, cit., p. 49 nt. 95.

porti successivamente tutelati dai *iudicia bonae fidei*, nonché della *fides* che li caratterizzava²². Al contempo Paricio ha evidenziato come la presenza in tali formule dell'*oportere* e l'assenza, per la più antica categoria di esse, di un editto promissorio costituiscano 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, da ultimo, 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 con alcune considerazioni esclusivamente concentrate sull'analisi dei primi contratti di vendita pervenutici in modo completo e cioè appunto i formulari catoniani.

L'idea è quella di riesaminare la loro struttura, le singole clausole da essi previste, per verificare se, partendo dall'analisi concreta dei singoli negozi, possano scaturire alcuni interessanti spunti idonei ad aprire qualche ulteriore prospettiva d'indagine relativamente alle caratteristiche originarie presentate dalla compravendita e soprattutto dalle sue modalità di tutela.

Nelle 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 attribuita, invece, agli altri istituti appartenenti allo *ius gentium* quali, come si accennava, la *traditio* o la *stipulatio*.

²²) *Genesi e struttura dei «bonae fidei iudicia»*, cit., p. 210. In particolare i contributi fondamentali in argomento richiamati da Xavier 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. WIEACKER, *Zum Ursprung der 'bonae fidei iudicia'*, in «ZSS.», LXXX, 1963, p. 9 ss. I quali tutti – evidenzia Xavier Paricio (*loc. ult. cit.*) –, per trovare una spiegazione alla supposta «recezione civilistica» dei *iudicia bonae fidei*, sottolineano l'appartenenza all'antico *ius civile* della maggior parte dei rapporti che da essi verranno tutelati.

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, FRANCHINI, *La recezione nel 'ius civile'*, cit., p. 12 s. e nt. 24, ove si citano altri autori che hanno evidenziato la circostanza.

2. I capitoli di vendita di Catone

Le *leges venditionis* sono contenute nei *cap.* 146-150 del *De agricultura*²⁷ di Catone²⁸, noto «esperto di diritto»²⁹.

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 agricola, più anziano e dunque maggiormente esperto, dava ai suoi più giovani colleghi³⁰. Secondo, invece, l'orientamento ormai prevalente, le *leges venditionis*

²⁷ 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 tardo repubblicane* (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.

²⁸ 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 iurisconsultus*' (*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.

²⁹ 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 recepiti senza il suo vaglio di esperto di diritto e come tali vanno interpretati».

³⁰ 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

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*³¹.

La circostanza ne lascia inalterata l'utilità al fine di verificare quali fossero le caratteristiche e la disciplina della vendita *inter cives*³² a cavallo tra il III e il II secolo a. C.³³. Si ritiene, infatti, che il procedimento seguito nell'*actio* privata

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 rebaño 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.

³¹) Tra i primi a sottolineare tale carattere fu August Bechmann (*Kauf*, cit., p. 528 s.) e nello stesso senso si sono espressi gran parte degli studiosi successivi: KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, cit., II, p. 629, M. VOIGT, *Römische Rechtsgeschichte*, I, Leipzig, 1892, p. 317 nt. 46, ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., I, 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 Labone*, 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*, rist. 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, U. VON LÜBTOW, *Cato leges venditionis et locationis dictae*, in «Eos», III, 1956, p. 301 ss., GALLO, *In tema di origine*, cit., p. 309 ss., LABRUNA, *Plauto, Manilio, Catone: fonti per lo studio dell'«emptio» consensuale?*, in «Admnicula», III, Napoli, 1995, p. 196 s., A. MAGDELAIN, *De la royauté et du droit de Romulus à Sabinus*, Roma, 1995, p. 171 nt. 58, J. DE CHURRUCA, «*Pignus*», in «Derecho romano de obligaciones. Homenaje J.L. Murga Gener», Madrid, 1994, p. 360 ss., CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., 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.

³²) Cfr., da ultimo, per tutti, CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 64, cui *adde* ORTU, *Garanzia per evizione*, cit., p. 326 nt. 39.

³³) 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 perditis iteratis curis edidit Mazzarino», Stuttgart, 1962: si vedano anche le recensioni di A. SALVATORE, in «Maia», VII, 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.,

abbia avuto come unico scopo quello di individuare nel migliore offerente la controparte contrattuale³⁴. Per il resto l'intera operazione, dal perfezionamento all'esecuzione e alla tutela, risulta soggetta alla disciplina privata³⁵.

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*, cit., 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.

³⁴) 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*, § 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.

³⁵ 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, in «SDHI.», LXXI, 2005, 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. 19.2.30.2, riportati *infra*, § 3 nel testo dopo la nt. 94). 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.

3. Il contratto di vendita delle olive sull'albero

La prima e più articolata *lex venditionis* è quella relativa alla vendita dell'*olea pendens*³⁶:

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 modiisque domini dato tri pri tri 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, aequum 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*)³⁷ che il *dominus fundi*³⁸ proceda alla vendita delle olive³⁹ sull'albero. L'autore consiglia di concludere 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'asta⁴⁰ e il

³⁶) Dei formulari si riporta l'edizione della Teubner curata da Mazzarino che si è avuta già occasione di citare: cfr. *supra*, nt. 33.

³⁷) Sul significato da attribuirsi al termine '*oportet*' nei formulari catoniani cfr. E. 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.

³⁸) 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, *Catone e la vendita* cit., p. 269, sottolinea che le *leges venditionis* sono da intendersi dettate nell'interesse del *dominus fundi*.

³⁹) L'attenzione particolare che Catone dedica nel corso della sua opera alla coltivazione dell'olivo e poi, come vedremo (cfr. *infra*, §§ 4-5), 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 ocularità: così CASTELLO, *Nuovi spunti su problemi di storia, economia*, cit., p. 240.

⁴⁰) 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 spetti

banditore. Inoltre fissa anche l'obbligo di consegnare al venditore determinate quantità di vari tipi di olio, di olive e di grasso⁴¹, 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*⁴². In secondo luogo sta-

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*, cit., I, 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 THELMANN, *Die römische Privatauktion*, cit., p. 46).

⁴¹ ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., I, p. 75 s., che come si vedrà (cfr. *infra*, nt. 50), considera questo negozio simile ad una compravendita *rei speratae*, sostiene che il passo 'Romanici ... - ... unguinis p.X' indichi il prezzo base per le varie qualità di olive. E' 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 (da ultimo sul punto si veda, per tutti, CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 80).

⁴² 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 proverebbe 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'obbligatio*, 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*, la 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'*arbitratu 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 «Juris 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 trattenerne 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

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*⁴³. Inoltre tutti gli attrezzi prestati dal *dominus* per la raccolta delle olive (vasi, torchi, funi etc.) devono esser restituiti integri⁴⁴, salvo che qualcosa si sia rotto per vetustà⁴⁵. 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 torchia delle olive, si riconosca la facoltà al *dominus* di procedere personalmente al pagamento⁴⁶. 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 pignorare 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»⁴⁷. Il modello contrattuale proposto, infatti, tiene conto del ricorrere, accanto 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 acquistate⁴⁸.

Nonostante, però, ci si trovi di fronte ad un quadro molto più comples-

contratto cfr. T. DALLA MASSARA, *Reciproche relazioni e integrazioni tra arbitrato e iudicium: un itinerario nella giurisprudenza classica*, in «Il giudice privato nel processo civile romano», II, Padova, 2012, p. 115 ss. nt. 4, con l'ultima letteratura.

⁴³ 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. 100.

⁴⁴ Sul significato e la portata del '*fracta esse*' cfr., da ultimo, CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 75.

⁴⁵ 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.

⁴⁶ 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.

⁴⁷ Cfr., sul punto, CARDILLI, *L'obbligazione*, cit. p. 83.

⁴⁸ 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».

so, e quindi implicante la necessità di procedere con maggiore cautela, va sottolineato che il tipo contrattuale presentato è definito dalla fonte stessa una vendita⁴⁹.

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

a) Effetti della vendita dell'*olea pendens*

In primo luogo risulta interessante l'oggetto della vendita in esame: 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*⁵⁰, dunque avente necessariamente effetti obbligatori⁵¹. D'altra parte anche la contropre-

⁴⁹) 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*»).

⁵⁰) 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*, cit., I, 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 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 di recente anche CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 107 e nt. 120, cui *adde* M. PENNITZ, *Die Gefahrtragung beim Weinverkauf in klassischem römischem Recht*, in «I.», LXII, 1994, p. 257, che argomenta dall'«*omnis pecunia centesima*».

⁵¹) 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

stazione 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.

b) Fonte degli effetti

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'accordo⁵².

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 procedimento 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*⁵³. 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

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).

⁵² 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.

⁵³ 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 assestamento, come sarebbe dimostrato non solo dal formalismo verbale di *promissio* e *satisdatio* 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.

noto, risalgono a quell'epoca soltanto i formulari in questione⁵⁴. 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»⁵⁵ 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 con una clausola stipulatoria generale⁵⁶. A tal proposito Ludwig Mitteis⁵⁷ e

⁵⁴) 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. Altra fonte che, invece, potrebbe risultare importante per la questione che si sta affrontando nel testo è sicuramente un passaggio di Varrone contenuto nella sua opera, dedicata tra l'altro al corretto allevamento del bestiame: si tratta precisamente di *re rust.* 2.2.5-6. Infatti ivi l'erudito, nell'espone minuziosamente le modalità di solito seguite per procedere alla vendita delle *oves*, riporta lo scambio di battute utilizzato per il perfezionamento del contratto. Ora, nonostante il *De re rustica* sia successivo di almeno un secolo rispetto al *De agricultura* di Catone, sia il richiamo, ivi contenuto, alle *leges* di Manio Manilio (*re rust.* 2.3.5; 2.5.11; 2.7.6), per quanto riguarda le relative *stipulationes* di garanzia, sia le espressioni utilizzate da Varrone per definire le formule riportate in questa parte della sua opera ('*antiqua formula*', '*prisca formula*': cfr. *re rust.* 2.2.5), fanno fondatamente ritenere che si tratti di modalità solitamente utilizzate per concludere la compravendita in età abbastanza risalente e quindi, molto probabilmente, quasi coeva a quella catoniana (sul punto cfr. per tutti: TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 64 nt. 107, e CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 119). Partendo da queste considerazioni si dovrebbe automaticamente dedurre, sulla base di *re rust.* 2.2.5-6, che già allora la vendita tra privati fosse consensuale perché nel '*Tanti sunt mi emptae? - Sunt*' non può assolutamente intravedersi né una formula di conclusione degli incanti né una *verborum obligatio* ma piuttosto una forma stilizzata di manifestazione del consenso alla vendita e ciò per tutte le ragioni a suo tempo evidenziate in CARBONE, «*Tanti sunt mi emptae?*», cit., p. 407 ss., e sulle quali non ritengo sia necessario ritornare in questa sede.

⁵⁵) L'espressione è riportata da GALLO, *In tema*, cit., p. 305 s.

⁵⁶) Così: BECHMANN, *Der Kauf*, cit., p. 531 ss., L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht*, Leipzig, 1908, p. 48 nt. 22, KARLOWA, *Der römische Civilprozess*, cit., p. 135 s., A. PERNICE,

poi Carlo Longo⁵⁸ hanno rilevato che l'omissione catoniana risulterebbe altrimenti del tutto incomprensibile, in quanto ci si sarebbe dimenticati di avvertire il lettore dell'aspetto più importante⁵⁹.

Nonostante detto silenzio, alcuni autori hanno ritenuto che il contratto in questione avrebbe acquistato efficacia obbligatoria solo se travasato in reciproche *stipulationes*⁶⁰.

A sostegno dell'ipotesi è stata richiamata la clausola '*recte ... domini*'⁶¹,

Marcus Antistius Labeo: das römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit, I, Halle, 1873, p. 458 s. nt. 16, G. PADELLETTI, *Storia del diritto romano. Manuale ad uso delle scuole. Con note di P. COGLIOLO*, Firenze, 1886, 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 «T.», 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. PARSI-MAGDELAINE, *Caton et le «fructus ovium»*, in «Labeo», XXXV, 1989, p. 346.

⁵⁷) *Römische Recht*, cit., p. 48 nt. 22.

⁵⁸) *Corso*, cit., p. 304.

⁵⁹) Nello stesso senso si sono poi espressi VON LÜBTOW, *Cato leges*, cit., p. 367, e CANCELLI, *L'origine*, cit., p. 121.

⁶⁰) Così BEKKER, *Ueber die 'leges locationis'*, cit., p. 442, e *Die Aktionen*, cit., p. 157 e nt. 71, GIRARD, *Manuel*, cit., 571 nt. 3, e ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., I, 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 d'accordo avesse di per sé carattere vincolante, mentre MAGDELAINE, *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*.

⁶¹) 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'*auctio* privata in particolare) «non era ancora, senza il cappello di clausole stipulatorie, 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).

che, come si è già accennato, prevede l'assunzione tramite promessa verbale di alcuni obblighi dell'aggiudicatario⁶².

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*⁶³. In particolare è stata rilevata la totale assenza di una *stipulatio* mediante la quale il venditore si sarebbe impegnato a consegnare il prodotto venduto⁶⁴; nonostante che la prestazione potesse essere adempiuta soltanto dopo il momento conclusivo del contratto, avendo la vendita in questione a oggetto una *res futura*⁶⁵. 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 indicate⁶⁶. 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 di dare consigli al *dominus* dell'azienda e non alla controparte⁶⁷. La ricorrenza

⁶² 'Recte haec dari fierique satisque dari domino, aut cui inserit, promittito satisque dato arbitrato domini'.

⁶³ Questo viene riconosciuto anche, per citare soltanto la letteratura più recente, da TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 58, MAGDELAIN, *De la royauté*, cit., p. 173 s., e VIARO, *Corrispettività*, cit., p. 189.

⁶⁴ 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.

⁶⁵ Cfr. *supra*, p. 16 e nt. 50.

⁶⁶ 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'.

⁶⁷ In questo senso si è espresso BEKKER, *Ueber die 'leges locationis'*, cit., p. 443 s.

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 altrettanto⁶⁸. 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»⁶⁹ per presumere la ricorrenza di una promessa formale del *dominus*, di cui 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 questione ma in quelle seguenti, di precisi obblighi a carico del *dominus fundi*⁷⁰.

Comunque, 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 Kniep⁷¹ ha sostenuto che le clausole successive alla stipulatoria sono state aggiunte in un secondo tempo al formulario originale⁷². A tal proposito, però, Ulrich von Lübtow ha fatto notare come non esistano elementi in grado di giustificare l'affermazione, in quanto le

⁶⁸ Così ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., I, p. 77.

⁶⁹ VON LÜBTOW, *Cato leges*, cit., p. 375.

⁷⁰ 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 stabilisce 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*, §§ 4, 5 e 6.

⁷¹ *Gai institutionum commentarius tertius*, II, Jena, 1917, p. 282.

⁷² 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 capitolo 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 *satisfatio* e del *pignus* e soprattutto perché non è ricordato in esse, rispetto alla precedente, l'obbligo del '*promittere*'.

clausole successive risultano a tutela di interessi rilevanti che, altrimenti, resterebbero privi di considerazione⁷³.

La parzialità della clausola, infatti, è stata sottolineata dalla maggioranza degli autori che si sono occupati dei formulari catoniani⁷⁴. Va inoltre aggiunto 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, (praeconium 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 Pernice aveva sostenuto, sia pure in modo molto incidentale⁷⁵, che la clausola in questione riguardava appunto la garanzia del pagamento del prezzo e tutte le altre obbligazioni appena elencate, tranne il pagamento del prezzo.

Ma, pur accogliendo l'interpretazione prevalente secondo la quale avreb-

⁷³) *Cato leges*, cit., p. 368.

⁷⁴) Che la clausola stipulatoria si riferisca soltanto ad alcune obbligazioni scaturenti dal contratto lo hanno evidenziato: BECHMANN, *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 PARSIMAGDELAIN, *Caton et 'fructus onium'*, 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.

⁷⁵) Tale osservazione, infatti, si ritrova alla fine di una lunga nota (*Labeo*, I, cit., p. 459 nt. 16).

be costituito oggetto della *promissio* anche l'obbligazione principale dell'aggiudicatario⁷⁶, 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 prezzo⁷⁷, 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»⁷⁸. La circostanza che Catone abbia disposto, con riferimento ad alcuni obblighi di una sola delle parti⁷⁹, l'assunzione tramite promessa verbale rende difficilmente condivisibili le ragioni addotte da Vincenzo Arangio-Ruiz⁸⁰ 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 economico⁸¹. A ciò si aggiunge che, secondo quanto è stato osservato⁸², 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? 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»⁸³.

⁷⁶ Per citare soltanto la letteratura più recente, si vedano CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 80, MAGDELAIN, *De la royauté*, cit., p. 173, e BURDESE, *Catone e la vendita del vino*, cit., p. 272.

⁷⁷ Così WATSON, *The origins*, cit., p. 253 nt. 17. Sul punto cfr., a titolo meramente esemplificativo, D. 21.2.68.pr., D. 44.1.14, D. 44.4.17.2, D. 14.6.33, D. 18.5.3 e D. 2.14.47.pr.

⁷⁸ *Labeo*, I, cit., p. 459 nt. 16.

⁷⁹ Cfr. *supra*, in questo stesso paragrafo.

⁸⁰ *La compravendita*, cit., I, p. 75 s.

⁸¹ 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.

⁸² PERNICE, *Labeo*, I, cit., p. 459 nt. 16, VON LÜBTOW, *Cato leges*, cit., p. 367 s., e CANCELLI, *L'origine*, cit., p. 122.

⁸³ *La compravendita*, cit., I, p. 76. Anche CANCELLI, *L'origine*, cit., p. 122 nt. 308, ritiene che la *satisfatio* e la *promissio* previste nella clausola in questione «riguardino solo le

Senonché 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 inusserit, promittito satisque dato arbitrato domini’) parrebbe rendere poco credibile l’idea che anche quest’ultima fosse prevista ai soli fini di garanzia⁸⁴. Per la verità a tal proposito von Lübtow, pur partendo da un punto di vista opposto rispetto a quello di 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*⁸⁵. Al riguardo, però, Filippo Gallo ha osservato, sia pure con riferimento alla funzione originaria della clausola⁸⁶, 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’abbicci 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)»⁸⁷. A conferma di questa osservazione depone 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’⁸⁸.

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.

⁸⁴) 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 Stipulationsklausel ‘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).

⁸⁵) *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.

⁸⁶) Il maestro torinese, infatti, ha ritenuto la spiegazione appena riferita «probabilmente esatta per il tempo di Catone» (*In tema*, cit., p. 312).

⁸⁷) *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 in precedenza indicati indicati in questo stesso paragrafo, non ci sembra possibile condividere (cfr. *supra*, nt. 63 ss.).

⁸⁸) 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. 45).

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

146.3: ... 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.

149.2: ... Domicum pecuniam satisfecerit aut delegarit, pecus et familia, quae illic erit, pigneri 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 Bechmann⁸⁹: 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 accennato⁹⁰, le *accessiones* al prezzo e cioè le spese d'asta, la *senseria* 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 pagamento⁹¹.

⁸⁹) *Der Kauf*, cit., p. 532 ss.

⁹⁰) Cfr. *supra*, in questo stesso paragrafo, in particolare nt. 74.

⁹¹) 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 Talamanca, 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, esso «si adatta ad una situazione in cui all'accordo delle parti in sé considerato, quale viene constatato attraverso lo svolgimento dell'*auctio*, 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 spremitura⁹².

⁹² 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 a favore dell'autenticità si è schierata la maggior parte degli 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, *A 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 dello scorso secolo 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 *manipatio* (cfr. in questo senso J.C. NABER, *Observatiunculae de iure romano*, VI. *Ad regulam XII Tabularum rerum venditorum alienationem inhibentem, 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., 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 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., 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, *Eigentum und Besitz im*

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 Karlowa⁹³: 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 consenso⁹⁴. 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 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' ...

älteren römischen Recht, Weimar, 1943, p. 111 ss., ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, cit., II, 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, *Gewillkürte Stellvertretung im Römischen Privatrecht*, Berlin, 1973, p. 30 ss., A.M. HONORÈ, *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 S. RONCATI, *Pagamento del prezzo e trasferimento della proprietà nella compravendita dell'età repubblicana*, in «Minima epigrafica et papirologica», IX, 2006, p. 92, e *Emerere, vendere, tradere. La lunga storia della regola di I. 2.1.41 nel diritto romano e nella tradizione romanistica*, Napoli, 2015, p.7. Quest'ultimo contributo si segnala per l'analisi dettagliata della letteratura in argomento. Sul punto, tra i lavori relativamente recenti, si vedano anche VIARO, *Corrispettività*, cit., p. 191 ss., e G. PFEIFER, *Transkulturelle Universale oder juristischer Synkretismus? Zur Abhängigkeit des Eigentumserwerbs von der Zahlung oder Kreditierung des Kaufpreises in Inst. 2.1.41*, in «Inter cives nec non peregrinos. Essays B. Sirks», Göttingen, 2014, p. 585 ss.

⁹³ *Der römische Civilprozess*, cit., p. 135 s.

⁹⁴ 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).

Altro elemento interessante, desumibile sempre dal formulario in questione, consiste nell'esplicita previsione, per ben due volte, della costituzione di una garanzia reale⁹⁵ 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 studiosi⁹⁶. Nonostante ciò, l'opinione attualmente prevalente è nel senso che si tratti di una forma, sia pure embrionale, di *conventio pignoris*⁹⁷; si

⁹⁵ L'opinione prevalente, specialmente presso gli studiosi meno recenti, identifica 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.

⁹⁶ 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. 100 e 101. 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. 98). 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. 100). Alla previsione di questo primitivo diritto di pegno si ricorreva quando la *stipulatio* non fosse ancora stata prestata.

⁹⁷ 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 *inlata et illata* sarebbero dovuti rimanere necessariamente nel possesso del debitore perché solo così

ammette cioè che, in base all'accordo non rivestito di alcuna forma specifica⁹⁸, 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'epoca⁹⁹; 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 previsione¹⁰⁰; comunque, quale che sia il significato che

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.

⁹⁸) 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*, cit., I, 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. 60 ss.) 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*, in «Studi E. Betti», II, Milano, 1962, 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.

⁹⁹) 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.

¹⁰⁰) 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

le si intenda attribuire, non può dubitarsi che il creditore pignoratizio possa vantare sulle cose portate via dal fondo una «situazione di tipo reale»¹⁰¹.

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 ammettere¹⁰² che dall'accordo, sia pure seguito dall'effettivo trasporto delle cose sul fondo (*traditio* e successiva *deportatio*)¹⁰³, 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 *inlata* avrebbe costituito uno strumento indiretto per garantire l'adempimento degli obblighi dell'aggiudicatario¹⁰⁴. Un tale modo di argomentare si scontrerebbe infatti con la medesima difficoltà sopra accennata.

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 significato 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.

¹⁰¹) 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».

¹⁰²) In questo senso MAROTTA, *Tutela*, cit., p. 43.

¹⁰³) 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. 100 e 101), 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. 100). In altri termini è pur vero che gli *inecta et inlata* non sono consegnati al *locator-vendor*, 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.

c) *La tutela della vendita dell'olea pendens*

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, di recente, 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 questione¹⁰⁵.

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 giuridica¹⁰⁶ hanno ritenuto ovviamente che la tutela venisse assicurata tramite un'*actio ex stipulatu*¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Così TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 60.

¹⁰⁵ *Tutela*, cit., p. 43. A parte quanto si dirà più avanti circa il tenore di Cato, *agr.* 146 (cfr. *infra*, p. 33 e nt. 116), 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 paragrafo, nt. 60 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. 31 e nt. 111) 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 sopperiva 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 HUMBERT, *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 *invecta* e degli *illata* nell'ipotesi di mancato pagamento, è prevista la possibilità di adire il tribunale ordinario. Al di fuori di questa ipotesi nessun *iudicium* 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.).

¹⁰⁶ Cfr. *supra*, nt. 38.

¹⁰⁷ Così BEKKER, *Ueber die 'leges locationis'*, cit., p. 444, il quale, in effetti, si riferisce

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 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* od un *incertum*¹⁰⁸.

Invece in base alla tesi più recente le *leges venditionis* catoniane avrebbero goduto già della tutela formulare, ovviamente rilevante sul piano dello *ius honorarium*¹⁰⁹, grazie a quelle che sono state definite le «protoforme»¹¹⁰ dei *iudicia bonae fidei*¹¹¹.

Una posizione, poi, rimasta isolata, era stata assunta in merito da Otto Karlowa¹¹². 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 sistema delle *legis actiones*. Il titolare della *iurisdictio* avrebbe nominato un *arbiter*

in particolare alle *leges locationis* e non a quelle *venditionis*, e, nello stesso senso, GIRARD, SENN, *Manuel*, 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 con la *legis actio per condictionem*, «per i debiti di *certa credita pecunia* e *certa res* comunque sorti».

¹⁰⁸ *Cato leges*, cit., p. 406 s.

¹⁰⁹ Così TALAMANCA, *Costruzione giuridica*, cit., p. 311 s. nt. 31, e *La tipicità*, cit., p. 56 s. e nt. 80.

¹¹⁰ L'espressione è di Talamanca, *Vendita*, cit., p. 309.

¹¹¹ 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, satisdatio, 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).

¹¹² *Der römische Civilprozess*, cit., p. 140 ss.

senza istruirlo in maniera formale¹¹³. Ma, in base a quanto evidenziato da studi successivi, sembra doversi ragionevolmente concludere che lo *iurgium*, come procedura apposita, non è mai esistito¹¹⁴.

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 sostenibile¹¹⁵.

Sono, però, soprattutto le espressioni imperative riguardanti gli obblighi dell'aggiudicatario a essere difficilmente comprensibili se non nella prospettiva dell'azionabilità dell'affare concluso¹¹⁶. 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 almeno una, e precisamente quella di Cato, *agr.* 146.3¹¹⁷, a tutela del cui obbligo

¹¹³) 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'esperienza di qualsiasi azione giudiziale. Le disposizioni 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*, § 6, testo e nt. 220 ss.). 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*, e per questo la tesi dello studioso francese appare difficilmente condivisibile.

¹¹⁴) 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.

¹¹⁵) Sul punto cfr. *supra*, p. 19 ss.

¹¹⁶) 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.

¹¹⁷) 'Vasa, torcula, funes, scalas, trapetos, si quid et aliud datum erit, salva recte reddito, nisi quae vetustate fracta erunt. Si non reddet, aequom solvito'.

non è prevista alcuna garanzia, né tanto meno l'assunzione tramite *stipulatio*¹¹⁸.

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 questi¹¹⁹.

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 formulario¹²⁰ 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 dettagliato della *lex venditionis* in questione non avrebbe avuto ragion d'essere se la valutazione del comportamento delle parti si fosse poi fatta sul parametro

¹¹⁸) 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).

¹¹⁹) 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.

¹²⁰) Come si è visto nel corso del presente paragrafo, *sub a*.

della *bona fides*¹²¹.

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. È contenuto in quella clausola accessoria rispetto all'oggetto principale del contratto, sopra richiamata¹²², 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*')¹²³. È 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 criterio di valutazione qual è appunto la *bona fides* nei relativi *iudicia*.

¹²¹) 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, *Kauf*, cit., p. 618, e M. PERNICE, *Marcus Antistius Labeo: das römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, II, Halle, 1878, p. 159: *contra* H. KRÜGER, *Zur Geschichte der Entstehung der bonae fidei iudicia*, in «ZSS.», XI, 1890, 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.

¹²²) Cato, *agr.* 146.3: cfr. *supra* nt. 117.

¹²³) Qui il termine '*aequom*' significa anzitutto «equivalente» in quanto strettamente collegato al valore degli oggetti (*vasa, torcula, fumes 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*, nt. 138 ss.

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 delle *actiones* 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 parare debere Neratius scripsit: quod si regulis olea prematur, et praelum et suculam et regulas et tympanum et cocleas¹²⁴ 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 Prisco¹²⁵ ad Aristo-

¹²⁴) 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.

¹²⁵) 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. E' 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 Conductio. Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Vienna, 1956, p. 122, B.W. FRIER, *Law, Technology, and Social Change: The Equipping of Italian Farm Tenancies*, in «ZSS», XCVI,

ne¹²⁶ nella quale vengono indicati, con dovizia di particolari¹²⁷, quali sono gli attrezzi che il *dominus fundi* è tenuto a prestare al conduttore¹²⁸ proprio per la raccolta e la spremitura delle olive. Subito dopo si precisa che se qualcosa di quanto prestato *corruptum sit*¹²⁹ per colpa del conduttore allora questi ‘*ex locato teneri*’ e cioè appunto ne dovrà rispondere in base all’azione contrattuale¹³⁰.

1979, p. 212, V. SCARANO USSANI, *Empiria e dogmi*, cit., p. 27, e KNÜTEL, *Das Gutachten des Neraz*, cit., p. 406 s.

¹²⁶⁾ 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.

¹²⁷⁾ 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, *«Instrumentas» e fisionomia dell’assetto agrario*, in «Labeo», XLVI, 2000, p. 103 ss.

¹²⁸⁾ 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*.

¹²⁹⁾ Per il significato onnicomprensivo che la locuzione verbale ‘*corrumpere*’ assunse progressivamente cfr. A. CORBINO, *Il danno qualificato e la lex Aquilia*², Padova, 2008, p. 98 ss.

¹³⁰⁾ Per un’approfondita esegesi del passo che si ritiene giunto indenne da interpolazioni post-classiche, almeno per quanto riguarda il contenuto dell’*epistula Neratii*, costi-

Com'è evidente la fattispecie prospettata ha un contenuto analogo alla clausola prevista in Cato, *agr.* 146.3¹³¹, 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*'¹³². 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*')¹³³. 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*¹³⁴.

Senonchè questa sarebbe stata caratterizzata, secondo l'opinione unanime¹³⁵, 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 determinate¹³⁶. Solo nell'ipotesi in cui gli attrezzi forniti dal padrone non

tuate 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.

¹³¹) 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.

¹³²) Per il collegamento tra '*frangere*' e '*corrumpere*' cfr. la letteratura richiamata *supra*, nt. 129.

¹³³) Come si è visto nel corso del presente paragrafo, sub a.

¹³⁴) Si è già detto (cfr. *supra*, nt. 5) perché Gai., *inst.* 4.17a, indurrebbe ad escludere l'utilizzabilità all'uopo della *legis actio per iudicis arbitrive postulationem*.

¹³⁵) Così, con particolare approfondimento, KASER, *Das altrömische Ius*, cit., p. 291, nonchè 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.

¹³⁶) 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 am-

fossero stati in tutto o in parte restituiti, per cause diverse dalla loro rottura per vetustà, si sarebbe dovuto pagare, come si è sopra accennato¹³⁷, l'equivalente del loro valore. Sarebbe sorta quindi una pretesa indeterminata perché sarebbe stato necessario stabilire l' 'aequom'. Quale avrebbe potuto essere lo strumento all'uopo utilizzato?

Secondo 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, aequom¹³⁸ viri boni arbitrato deducetur»¹³⁹; di conseguenza Cato, *agr.* 146.3 avrebbe avuto il seguente tenore «si non reddet, aequom viri boni arbitrato solvito»¹⁴⁰.

Se si seguisse l'opinione di quest'autore, il problema sarebbe risolto in quanto la pretesa incerta sarebbe stata preliminarmente determinata *arbitratu boni viri*¹⁴¹, 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 interessa: «si non erunt reddet eaeque¹⁴² arbitrato reducetur»¹⁴³. Non conterebbe

montare. 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.

¹³⁷ Cfr., *supra*, p. 34.

¹³⁸ 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*, Berlin, 1963, p. 345, legge 'eaeque' invece di 'aeque' e inserisce una 'n' in 'deducetur', trasformandolo nella terza persona plurale 'deduce<n>tur'.

¹³⁹ 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.

¹⁴⁰ *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.

¹⁴¹ Sull'*arbitratu boni viri* nelle *leges* catoniane e sulle problematiche ad esso connesse si veda *infra*, nt. 191 e 192.

¹⁴² In effetti gli autori citati *supra*, p.38, leggono 'aequom' proprio basandosi sul collegamento di Cato, *agr.* 144.2 con il *cap.* 146.3.

¹⁴³ 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 integra-

quindi il rinvio al *bonus vir*, già ritenuto da alcuni autori giustamente superfluo¹⁴⁴, ma richiamerebbe esplicitamente il ricorso allo strumento dell'*arbitratus* per la determinazione dell'*'aeaeque'*.

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*¹⁴⁵.

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 fatto¹⁴⁶.

Dal punto di vista testuale, però, il rinvio all'*arbitratus* manca in Cato, *agr.* 146.3. Pertanto o si ammette che, per le ragioni appena sopra evidenziate, sia implicitamente sottinteso¹⁴⁷, o deve supporre l'esistenza a livello giudiziale ufficiale di uno strumento simile all'*arbitratus* che avrebbe consentito

zione, 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 *'arbitratu'* da *'boni viri'*.

¹⁴⁴) Così G. BROGGINI, *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln-Graz, 1957, p. 181, secondo il quale l'assenza del rinvio al *'bonus vir'* sarebbe in questo caso integrato dal richiamo all'*'aequum'* 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 si tratta di stabilire in tal caso il valore di qualcosa di esistente, cioè di un oggetto, e quindi si parte da un punto di riferimento concreto. Quando, invece, come nelle altre fattispecie, 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'*'aequum'* 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.

¹⁴⁵) Cfr. Cato, *agr.* 144.3, 145.3, 148.1, 149.2 e 150.2.

¹⁴⁶) Si sarebbe trattato soltanto di una *'a'*.

¹⁴⁷) D'altra parte la clausola analoga che prevede l'*arbitratus* è di poco precedente.

appunto la determinazione della pretesa¹⁴⁸. 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*.

4. Il contratto di vendita dell'uva pendente

Molto più breve del precedente, il formulario contrattuale per la vendita del *vinum pendens*¹⁴⁹:

Cato, *agr.* 147: Hac lege vinum pendens venire oportet: vinaceos inlutos et faecem relinquito. Locus vinis ad K. Octob. primas dabitur; si non ante ea¹⁵⁰ 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 fecce¹⁵¹; che si provveda a ritirare il vino entro le calende di ottobre, altrimenti il padrone ne potrà fare quel che vorrà¹⁵²; e, infine, si rinvia per

¹⁴⁸) In questa prospettiva sembra porsi CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 74 nt. 28, secondo il quale la circostanza che il '*solvere aequom*' ricorra in questo caso senza la mediazione dell'*arbitratus boni viri*, come accade nella *lex* di cui in Cato, *agr.* 144 (cfr. *supra*, p. 38 e nt. 139), non permette di essere sicuri circa la natura extragiudiziale di questi arbitrati. Sul punto si veda quanto si dirà *infra*, nt. 191. 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.

¹⁴⁹) Sulla ragione che spinge Catone a trattare in particolare di questo tipo di prodotto cfr. *supra*, nt. 39.

¹⁵⁰) 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.

¹⁵¹) 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*.

¹⁵²) 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 ven-

quant'altro alla *lex venditionis* dell'*olea pendens*.

Nonostante la concisione del modello contrattuale prospettato è possibile 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*¹⁵³. 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'*)¹⁵⁴.

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 rilevato¹⁵⁵, alla clausola stipulatoria *'recte ... domini'* ivi

ditore 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.

¹⁵³) Sul punto cfr. quanto si è detto *supra*, nt. 50, cui *adde* BURDESE, *Catone*, cit., p. 270, il quale, 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, ipotizzando che 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 prodotta, come invece risulta espressamente previsto nella vendita del vino *in dolis*. Nella quale, come si vedrà a breve (cfr. *infra*, § 5) «viene minutamente regolata la misurazione del vino venduto».

¹⁵⁴) 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.

¹⁵⁵) In questo senso si sono espressi: ARANGIO RUIZ, *La compravendita*, cit., I, 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»

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*¹⁵⁶.

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 da parte dell'aggiudicatario entro le calende di ottobre – '*dominus vino quid volet fa-*

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 BURDESE, *Catone*, cit., p. 271, invece, si è posto più in generale il problema di capire i termini del richiamo alla *lex oleae pendens*: 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, 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 «la restante parte» del formulario per la quale soltanto, dunque, si rinvierebbe alla vendita dell'*olea pendens*.

¹⁵⁶) Cfr. *supra*, § 3 e nt. 77 ss. A conferma 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 (54 *dig.*), D.19.1.25: '*Qui pendentem vindemiam emit si uvam legere prohibeatur a venditore, ad versus 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 sine mustum evehere prohibeatur, ad exhibendum velin iniuriarum agere poterit, quemadmodum si aliamquam libet rem suam tollere prohibeatur*'. All'epoca di questo giurista l'*emptio* consensuale era pienamente riconosciuta ma ciononostante, in una fattispecie analoga a quella prevista in Cato, *agr.* 147, si era ritenuto opportuno ricorrere alla *stipulatio pretii*, com'è attestato dall'espressione '*ea pecunia*' caratteristica dell'*exceptio mercis non traditae* (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, con ulteriore letteratura). Ora una tale circostanza depone a favore dell'idea che evidentemente il ricorso alla promessa verbale si sarebbe adottato per il perseguimento di scopi differenti rispetto a quello della necessità di far acquistare giuridica rilevanza all'obbligo di pagamento del prezzo: per un quadro delle diverse possibilità si veda ancora VIARO, *Corrispettività*, cit., p. 136 ss.

*ciet*¹⁵⁷ – 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 Talamanca¹⁵⁸, 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 autore¹⁵⁹, soltanto a tutela degli obblighi dell'aggiudicatario¹⁶⁰: 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 favore del sottinteso riferimento al sistema processuale più arcaico piuttosto

¹⁵⁷) 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. 18.1.6.3 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.

¹⁵⁸) *Costruzione giuridica*, cit., p. 312 nt. 31.

¹⁵⁹) TALAMANCA, *loc. ult. cit.*,

¹⁶⁰) 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*, che non ne aveva neppure interesse», basti pensare «alle scadenze che il normale decorrenza 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'*auctio*, 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.

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.

5. Il contratto di vendita del vino nelle botti

La *lex venditionis* successiva ha per oggetto il vino già prodotto, in particolare il vino doliare¹⁶¹ che va distinto da altri tipi di vendita di vino¹⁶²:

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 proxumo 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,¹⁶³ 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 culleo¹⁶⁴; che il vino non dovrà essere

¹⁶¹) 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 (*op. ult. cit.*, p. 276). PENNITZ, *Die Gefährtragung*, 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.

¹⁶²) Cfr. sul punto quanto specificato da VON LÜBTOW, *Cato leges*, cit., p. 396.

¹⁶³) 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).

¹⁶⁴) 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 Cato*, cit., p. 354, FLACH, *Römische Agrargeschichte*, cit., p. 146, CARDILLI, *L'obbligazione*, cit.,

né acor né mucor; fissa i termini e le modalità per la degustazione di esso¹⁶⁵ nonché le disposizioni da osservare in ipotesi di ritardo nello svolgimento di tale attività¹⁶⁶; 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 stabilito¹⁶⁷ (*mora accipiendi*), di procedere alla misurazione¹⁶⁸. Da tale operazione dipenderà il preciso ammontare del prezzo¹⁶⁹ e, di conseguenza, la possibilità, probabilmente, di richiederne il paga-

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 y otras mercancías*, cit., p. 188 s.

¹⁶⁵) 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'.

¹⁶⁶) 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*, 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.

¹⁶⁷) Come risulta dal formulario il termine ultimo sarebbe stato presumibilmente quello delle più vicine Calende di gennaio.

¹⁶⁸) Nel senso che, nella fattispecie, è la *mora accipiendi* a legittimare l'*admissio* 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. Al proposito Otto Karlowa (*Römische Rechtsgeschichte*, cit., p. 617) 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 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, JAKAB, *Vinum effundere*, cit., p. 100, e BURDESE, *Catone e la vendita*, cit., p. 274.

¹⁶⁹) 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 contrat-

mento¹⁷⁰. Se il compratore lo richiederà il *dominus* presterà giuramento¹⁷¹ di aver proceduto correttamente alla misurazione. Si fissa altresì il termine, l'ottobre successivo¹⁷², entro il quale il vino deve essere materialmente ritirato dal compratore, altrimenti il *dominus* potrà farne ciò che vuole¹⁷³; per il resto, si rinvia a quanto stabilito nella *lex venditionis* dell'*olea pendens*¹⁷⁴.

to, con l'asta si sarebbe fissato infatti quello corrispondente ad un'unità di misura, molto probabilmente il *cullens* (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.

¹⁷⁰) Almeno secondo l'opinione ormai prevalente, della quale non sembra vi sia motivo di dubitare: si veda, da ultimo, CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 88. In effetti era stata proposta 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'ipotesico 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.

¹⁷¹) 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.

¹⁷²) 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.

¹⁷³) 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 LOPEZ, *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.

¹⁷⁴) GOUJARD, *Introduction*, in «Caton de l'agriculture», cit., p. 97, ritiene che questa clausola di rinvio vada espunta. Secondo BURDESE, *Catone e la vendita*, cit., p. 275 s., il richiamo avrebbe riguardato tutte quelle garanzie ulteriori – *promissio, satisfactio*, 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

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*¹⁷⁵. Nel secondo caso, invece, il modello proposto è molto più conforme al «tipo» vendita¹⁷⁶; viene fornito un prodotto finito, consistente nel vino contenuto nei *dolia*¹⁷⁷. 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 successiva¹⁷⁸.

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.

¹⁷⁵) In questo senso è immaginabile una maggiore applicabilità delle clausole relative all'*olea pendens*: si veda *supra*, nt. 107.

¹⁷⁶) Ciò viene sottolineato anche da TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 66.

¹⁷⁷) Si discute, al proposito, se si tratti di una vendita di *genus* limitato, compreso in una determinata provvista (per esempio quattro delle botti contenute in un determinato luogo che verranno individuate al momento della consegna) o *per averionem*, 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.

¹⁷⁸) Una disposizione del medesimo contenuto era, come si è notato, predisposta anche nel formulario precedente: cfr. *supra*, § 4 e nt. 154. 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 che, per il caso di vendita di *vinum doliare*, nell'ipotesi di mancata indicazione del termine per la consegna, pre-

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 obblighi¹⁷⁹, quali quelli che possono chiaramente evincersi dalle singole disposizioni del formulario sopra indicate¹⁸⁰. 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 verbale¹⁸¹. Considerato, però, che l'ultima disposizione della *lex venditionis* del *vinum in doliiis* rinvia, come quella della *lex* precedente, al formulario dell'*olea pendens*, pure in tal caso si è ritenuta implicitamente richiamata la clausola stipulatoria ivi contenuta¹⁸². Ma, in proposito, oltre a richiamare quanto in precedenza osservato sulla portata di un tale rinvio¹⁸³, 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 doliiis*, oggetto del *promittere* e del *satisdare* sarebbe potuto essere esclusivamente il pagamento del prezzo¹⁸⁴, anche se, in questo caso, tale obbligo sarebbe stato sufficientemente garantito dalla circostanza che «in mancanza del contestuale pagamento» il *dominus fun-*

vede come fissato quello della vendemmia successiva, entro il quale le botti vanno liberate.

¹⁷⁹ Già GALLO, *In tema*, cit., p. 309 nt. 37, aveva evidenziato tale circostanza.

¹⁸⁰ Cfr. *supra*, all'inizio di questo paragrafo.

¹⁸¹ 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 un po' di tempo dopo rispetto alla conclusione del contratto.

¹⁸² Sul punto si veda la letteratura citata *supra*, nt. 155, 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».

¹⁸³ Cfr. *supra* § 4 e nt. 155 e 156.

¹⁸⁴ *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*.

di avrebbe potuto rifiutare la consegna del vino¹⁸⁵. 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 perplessità¹⁸⁶. 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 formulario 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*')¹⁸⁷ o che prevedono, in caso di mancato ritiro del vino entro il termine prefissato, '*dominus vino quid volet faciet*'¹⁸⁸.

Ma, una volta ammesso che fosse assicurata tutela al negozio in esame, 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

¹⁸⁵) 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.

¹⁸⁶) Cfr. *supra*, § 3 e nt. 74.

¹⁸⁷) Sul punto cfr. *supra*, nt. 152.

¹⁸⁸) Tale disposizione era presente anche nella *lex* precedente: cfr. KARLOWA, *Der römische Zivilprozess*, cit., p. 137.

di versamento dello stesso¹⁸⁹.

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 vendita¹⁹⁰. Il ricorso all'*arbitratus* – a prescindere dall'obbligo di effettuarlo la stessa parte o un terzo¹⁹¹ – ne avrebbe assicurato la determinazione in base a parametri prefissati contrattualmente¹⁹².

¹⁸⁹) Cfr. *supra*, nt. 164.

¹⁹⁰) La *degustatio*, solitamente prevista nel tipo di vendita in esame, ha la funzione di accertare che il vino non sia né *acidum* né *mucicum*, 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.

¹⁹¹) 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. 10, 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 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 diminuire 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. 106).

¹⁹²) L'*arbitratus boni viri* richiamato da Catone appartiene indubbiamente a quella

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 corretto¹⁹³ testimonierebbe la tendenza ad evitare la necessità di dover accertare a livello giudiziale l'effettiva quantità di vino venduto¹⁹⁴, perché collegata all'esatto ammontare del prezzo¹⁹⁵.

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*¹⁹⁶, 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 controversie¹⁹⁷.

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

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 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.

¹⁹³) 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*).

¹⁹⁴) 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.

¹⁹⁵) E la conseguente possibilità di richiederne il pagamento: su questo punto cfr. *supra*, nt. 105 e 106.

¹⁹⁶) Infatti si è già a suo tempo accennato (cfr. *supra*, nt. 134) 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.* 4.10), da pretesa certa.

¹⁹⁷) 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.

Le fonti successive a Catone che si occupano di questo tipo di vendita e richiamano espressamente alcune delle disposizioni del modello contrattuale in esame¹⁹⁸, 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 *iudex* 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 buona fede¹⁹⁹. 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*²⁰⁰. 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 rap-

¹⁹⁸ Cfr., sul punto, in particolare i frammenti 1-6 di D. 18.6 (*De periculo et commodo rei venditae*).

¹⁹⁹ 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).

²⁰⁰ Si veda, oltre alla fonte da ultimo citata, D. 19.2.24.pr. e D. 50.17.22.1.

porti tutelati da azioni *stricti iuris*²⁰¹. 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*.

6. 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 dicitur. Pabulum frui occipito ex Kal. Septembribus: prato sicco decedat, ubi pirus florere coeperit; prato inriguo, ubi super inferque vicinus p(ro)mittit, tum decedit, 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, pigneris 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 discutere²⁰². L'opinione prevalente si è espressa nel

²⁰¹ Cfr., sul punto, VOICI, *Le obbligazioni*, cit., p. 194 s.

²⁰² ARANGIO RUIZ, *La compravendita*, cit., I, 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'as-

senso che la terminologia utilizzata da Catone nel contesto è «senza ondeggiamenti» quella dell'*emptio-venditio*²⁰³ e dunque essa, stando alle fonti disponibili, rappresenterebbe la soluzione cautelare più antica²⁰⁴.

A prescindere comunque da tale problematica, per consentire al compratore di impossessarsi dell'oggetto acquistato deve cedere il fondo per un determinato periodo dell'anno. Occorre anzitutto indicare i confini del pascolo²⁰⁵. 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'acqua²⁰⁶, salvo che non si concordi in entrambi i casi un

setto 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.

²⁰³) Così, testualmente TALAMANCA, *op.ult.cit.*, p. 66 e nt. 116.

²⁰⁴) 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 fruizione 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 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*'.

²⁰⁵) 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. 205 e 206) 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.

²⁰⁶) CUGUSI, SBLENDORIO-CUGUSI, in «Opere di Marco Porcio Catone Censore», cit., p.245 nt. 149, evidenziano che '*promitto*' «è impiegato qui, etimologicamente (*promitto*), con il valore di *foras produco*». Per BEKKER, *Ueber die 'leges locationis'*, cit., p. 433, non

diverso termine. Per gli altri tipi di pascolo il termine finale saranno le calendae di marzo²⁰⁷. Subito dopo vengono inserite nel modello contrattuale predisposto 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*²⁰⁸. 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»²⁰⁹.

Successivamente, posto che lo svolgimento di attività nel medesimo luogo potrebbe comportare a carico dell'una e dell'altra parte produzione di danni²¹⁰, si prevede, nell'eventualità che questi vengano effettivamente arrecati, a

sarebbe corretta l'espressione '*permitter*', 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 '*promitter*', 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, *L'obbligazione*, cit., p. 90, che condivide la lettura comunemente proposta, cioè '*permitter*', 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*, e in questo senso si richiama all'opinione già espressa da FLACH, *Römische Agrargeschichte*, cit., p. 147.

²⁰⁷) Sempre BEKKER, *Ueber die '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 e 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.

²⁰⁸) 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.

²⁰⁹) Così TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 67 nt. 120.

²¹⁰) Questa circostanza è stata messa in risalto da CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 91.

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 risarcitorio²¹¹. In tal caso, fino a quando non si sarà pagato o non si sarà garantito il pagamento o quest'ultimo non sarà stato delegato²¹², il *pecus* e la *familia* che si troveranno sul fondo costituiranno garanzia reale per il soddisfacimento delle obbligazioni del compratore nonché di quella solo eventuale del *dominus*²¹³. 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 contratto²¹⁴. 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

²¹¹) 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».

²¹²) Sul significato assunto in questo contesto dalla *delegatio* si veda W. ENDEMANN, *Der Begriff der Delegatio im klassischen römischen Recht*, Marburg, 1959, p. 4 s. e 31.

²¹³) 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.

²¹⁴) Cfr. *supra*, nt. 206 e 207.

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 contenuta²¹⁵. A ciò si aggiunge che il termine '*dicito*', ricorrente nella prima disposizione della *lex* in questione²¹⁶, 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 detto²¹⁷, una dichiarazione formale avente evidentemente ad oggetto solo i *finis*. 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'accordo²¹⁸.

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»²¹⁹ del pretore romano: '*Si quid*

²¹⁵ 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*, nt. 218) – «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 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 *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.

²¹⁶ Sulle due possibili diverse interpretazioni di essa si veda *supra*, nt. 205.

²¹⁷ Cfr. *supra*, nt. 205.

²¹⁸ Cfr. *supra*, § 3 e nt. 96 ss.

²¹⁹ 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

de iis rebus controversiae erit, Romae iudicium fiat'. Si tratta, quindi, di una deroga convenzionale alla naturale competenza territoriale²²⁰ ed è ovvio che una disposizione 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 pegno²²¹, la maggioranza degli autori, invece, ha ritenuto che la disposizione in esame riguardi l'intera *lex*²²².

In questo senso sembrano, inverò, 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, col-

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.).

²²⁰) 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 Judikationsbefehl der römischen Prozesse*, Wien, 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. 105) 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, agr.* 149.2, nessun giudizio sarebbe stato possibile.

²²¹) 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*».

²²²) Così, in critica a Ernst Immanuel Bekker, già KARLOWA, *Der römische Civilprozess*, cit., p. 137 ss.: e, nello stesso senso, PADELLETTI, COGLIOLO, *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 (cfr. *supra*, § 3 e nt. 95 ss.).

legate, 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 pecore²²³, e non si capirebbe perché, in tal caso, Catone non abbia previsto una analoga deroga²²⁴.

Le critiche appena riferite contro l'interpretazione di Bekker possono considerarsi estensibili in via analogica anche a Riccardo Cardilli²²⁵. Secondo lo studioso romano la clausola derogativa della competenza territoriale si riferirebbe esclusivamente agli obblighi pecuniari imposti dall'*arbitratus boni viri*²²⁶. Ora sia il tenore generale della disposizione in esame, sia l'impossibilità di ammettere l'esclusiva perseguibilità di obblighi accessori rispetto all'affare principale²²⁷, sia la difficoltà di spiegarne la mancanza nelle altre ipotesi in cui le *leges* catoniane prevedono la ricorrenza dell'*arbitratus boni viri*²²⁸, 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.

²²³ Cfr. *infra*, § 7 e nt. 258 e 259.

²²⁴ In proposito BEKKER, (*Ueber die 'leges locationis'*, cit., p. 444 s., sostiene che nulla può essere desunto: apparirebbero infatti arrischiata 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.

²²⁵ *L'obbligazione*, cit., p. 92 e p. 100 nt. 100.

²²⁶ 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 riterrebbe «difficile pensare già ad un *iudicium bonae fidei*, che imporrebbe di considerare anche questi 'obblighi' tutelati come *oportere*» (CARDILLI, *loc.ult.cit.*).

²²⁷ 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. 215), manca qualsiasi rinvio all'assunzione formale delle obbligazioni principali da esso nascenti.

²²⁸ Cato, *agr.* 144.2, 144.3, 145.3 e 148.1.

La clausola sulla deroga alla competenza territoriale, quindi, costituirebbe non soltanto una prova difficilmente confutabile a favore della tutelabilità diretta della vendita del pascolo²²⁹, ma anche di quella di tutti i capitoli di vendita finora esaminati. Risulterebbe, infatti, assolutamente ingiustificato, credo, ritenere che questa *lex*, avente caratteristica e struttura analoghe alle precedenti e alla successiva, fosse la sola a ricevere tutela²³⁰. In altri termini 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 avanzare che 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 sottolineato²³¹, strettamente collegato al fondo. Potrebbe immaginarsi, quindi, che proprio perché quest'ultimo si trovava al di fuori dei confini dell'Urbe

²²⁹) 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.

²³⁰) 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. 222). 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 ipotizzato 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, alla difficoltà relativa 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.

²³¹) Cfr. *supra*, all'inizio di questo paragrafo.

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*²³². 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'Urbe²³³. E' interessante tener presente che entrambi i dati si riferiscono alla procedura *per legis actiones*²³⁴.

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?²³⁵

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*²³⁶, 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*²³⁷.

²³²) Cfr. sul punto, per tutti, PUGLIESE, *Il processo*, cit., I, p. 42 ss. e 138.

²³³) Cfr. Cic., *Tull.* 8.20.

²³⁴) Cfr. *infra*, nt. 237.

²³⁵) 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 «stadträumisches Gericht»: così M. TALAMANCA, *rec.* a SIMSHÄUSER, *Inridici 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 CASCIONE, *Consensus*, cit., p. 253 s., sarebbe stato opportuno optare per il pretore romano perché avrebbe dato garanzia di applicazione costante di un diritto in piena evoluzione, mentre 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.

²³⁶) Per le quali cfr. PUGLIESE, *Il processo*, cit., II, p. 167 s.

²³⁷) Così chiaramente in Cic., *Verr.* 2.5.13.34: «unum illud, quod ita fuit inlustre notumque omnibus ut nemo tam rusticanus homo L. Lucullo <et> M. Cotta consulibus Romam ex ullo municipio

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*²³⁸. 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*²³⁹; la

vadimonia 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 *vadimonia 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 l'*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*, I, Bologna, 1927, p. 125 e II, p. 16, con fonti e bibliografia, G. NICOSIA, *Studi sulla «deictio»*, 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 Rom und anderswo*, in «Juris vincula», cit., VI, p. 85 ss., 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 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*.

²³⁸) Su cosa fosse questo strumento e sulle discussioni ad esso connesse cfr. *supra*, nt. 191 e 192.

²³⁹) Secondo VON LÜBTOW, *Cato leges*, cit., p. 379 ss., si sarebbe trattato di un arbi-

seconda, in base alla quale il formulario sarebbe stato così predisposto per consentire, pur esistendo i *iudicia bonae fidei*, una più veloce e rapida risoluzione delle controversie²⁴⁰.

Vi è però un ulteriore rilievo da fare.

In effetti la clausola sulla competenza territoriale, avente molto probabilmente²⁴¹, 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 *iurisdictio*.

A tal proposito Gerardo Brogginì ha affermato che una simile clausola testimonierebbe il passaggio dall'*arbitratus boni viri* extragiudiziale all'*arbitrium bonae fidei* giudiziale²⁴²: se il convenuto non si fosse sottoposto all'*arbitrium*

trato 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*, che avrebbe previsto la nomina di un *arbiter* 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 *arbiter* extragiudiziale avrebbe altresì permesso di far valere nello stesso processo l'eventuale contropreteza, poiché altrimenti la controparte avrebbe dovuto agire autonomamente (*ivi*, p. 421).

²⁴⁰) 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».

²⁴¹) Come si è sottolineato *supra*, in questo stesso paragrafo, testo e nt. 222 ss.

²⁴²) 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

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*»²⁴³.

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 nominato²⁴⁴.

Nel primo caso, infatti, è difficile pensare che l'altra parte si sarebbe sentita sufficientemente garantita dalla semplice circostanza che il *dominus* avrebbe

l'uso di dare al *index* 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*, § 3 *sub c* e nt. 109 ss.) 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. 276).

²⁴³ *Index arbiterve*, cit., p. 218. Con questo Brogini non intende affermare che si tratti di un procedimento delle *legis actiones*: l'*arbitrator* sarebbe stato richiesto «nach dem Muster des Postulationsverfahrens» (p. 218 nt. 3).

²⁴⁴ Sul punto cfr. *supra*, nt. 191. Secondo 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 Cosimo Cascione, seguendo la proposta di spostamento dell'ordine dei capitoli catoniani da lui ipotizzata (e per la quale cfr. *supra*, nt. 230), 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 *bonus vir*» 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 Cosimo Cascione, il consiglio dato all'agricoltore sarebbe rapportabile allo sviluppo della *iurisdictio* pretoria tra il III ed il II secolo a.C.

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 *iudex* 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 strumento per la determinazione di pretese incerte²⁴⁵, 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 ordinarie²⁴⁶.

7. 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: Fructum 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†²⁴⁷ lanam et agnos vendat, menses X ab coactore

²⁴⁵ Sul punto non penso possano avanzarsi seri dubbi: si vedano BROGGINI, *Iudex arbiterve*, cit. p. 1 ss. (con ampia bibliografia sull'argomento) nonché PUGLIESE, *Il processo civile*, I, cit., p. 169 ss.

²⁴⁶ 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.

²⁴⁷ 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,

releget. Porcos serarios in oves denas singulos pascat. Conductor duos menses pastorem praebeat: 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 capo²⁴⁸. Si indica poi quale sia la vitalità richiesta perché un agnello possa considerarsi frutto²⁴⁹, 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 prevalente²⁵⁰, il compratore²⁵¹ a promettere *verbis* non più di trenta agnelli²⁵². Si

THIELMANN, *Die römische Privatauktion*, cit., p. 46, e THIELSCHER, *Marcus*, cit., p. 150.

²⁴⁸) 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 da corrispondere al *dominus* già fissato nella *lex venditionis*, chi sarebbe stato disposto a corrispondere al maggior prezzo si sarebbe aggiudicata l'*auctio*.

²⁴⁹) 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 disposizione in questione anche alla prima clausola 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).

²⁵⁰) Cfr. la bibliografia richiamata *infra*, nt. 252.

²⁵¹) 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 GOJARD, *Introduction*, cit., p. 303. Ma la vendita del *fructus ovium* sembrerebbe, come quelle che l'hanno

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 capo²⁵³. 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*²⁵⁴. Le due successive, invece, prevedono, sicuramente a carico dell'aggiudicatario, sia l'obbligo di allevare ogni dieci pecore un porcellino nutrito con siero²⁵⁵, sia di fornire un pastore per i due mesi posteriori alla fine del contratto²⁵⁶, in modo tale che venga as-

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.

²⁵²) 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'*anctio*. 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 addirittura 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.

²⁵³) 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. 247), 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.

²⁵⁴) Per citare soltanto la letteratura più recente: TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 54 e nt. 70, PARSIMAGDELAIN, *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 Privatanktion*, cit., p. 46 e nt. 39 e p. 107, D'ORS, *El contrato*, cit., p. 456, PARSIMAGDELAIN, *Caton*, cit., p. 346 ss., e CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 96.

²⁵⁵) Sul significato e la portata di questa disposizione cfr. D'ORS, *El contrato*, cit., p. 454.

²⁵⁶) Il fatto che in questa disposizione l'aggiudicatario venga definito '*conductor*' ha

sicurata la custodia del gregge per tutto l'arco dell'anno²⁵⁷. Infine si costituisce, a garanzia dei crediti del *dominus* e fino a quando non vengano soddisfatti²⁵⁸, un *pignus*²⁵⁹, come nei precedenti formulari.

Pur se il contenuto della *lex venditionis* appena esaminata, soprattutto quello di alcune delle sue clausole²⁶⁰, 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.²⁶¹.

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 PARSIMAGDELAIN, *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 od una locazione.

²⁵⁷ Cfr. sul punto D'ORS, *El contrato*, cit., p. 450 s., e CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 99.

²⁵⁸ 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 ('*pascat*'), e, a rigore, con quello di restituire il gregge sussistente, che non ha smesso di appartenere all'affittuario. Ad esse infatti non si sarebbe potuta riferire la *solutio*, la quale implicherebbe necessariamente un *dare certum*.

²⁵⁹ 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).

²⁶⁰ Cfr. *supra*, 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.

²⁶¹ Secondo alcuni autori, come già accennato (cfr. *supra*, § 6 e nt. 202), 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

L'oggetto, il *fructus ovium* appunto, è, come l'*olea pendens* e il *vinum pendens*, una *res futura*²⁶²; al momento della conclusione del contratto non esiste *in rerum 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 finale²⁶³ 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 pecore²⁶⁴. Le *accessiones* al prezzo²⁶⁵, cioè le prestazioni in natura, potranno essere eseguite dal compratore soltanto in un tempo successivo, appunto quando i frutti del gregge verranno in essere²⁶⁶.

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 implica-

nella *in iudicio* 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).

²⁶² Così PARSİ-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 numero.

²⁶³ «... et Kal. Iun. emptor fructu decedat, si interkalatum erit K. Mais».

²⁶⁴ PARSİ-MAGDELAIN, *Caton*, cit., p. 346.

²⁶⁵ 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. 254).

²⁶⁶ 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.* 150.5, per la cui interpretazione cfr. *supra*, nt. 248 ss.

re almeno il richiamo alla clausola stipulatoria ivi contenuta²⁶⁷. 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'*)²⁶⁸ non fa che confermare la generale rilevanza dell'accordo²⁶⁹ manifestatosi nell'*auctio*, in quanto è prova, ancora una volta, che Catone era solito indicare, ove ne ricorresse la necessità, che un determinato impegno avrebbe dovuto essere assunto tramite *stipulatio*²⁷⁰.

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 certe²⁷¹. 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.

²⁶⁷) 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».

²⁶⁸) Per lo scopo perseguito dalla *stipulatio* in questione cfr. *supra*, nt. 251 e 252.

²⁶⁹) 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 necessario 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.

²⁷⁰) Cfr. sul punto quanto è stato detto *supra*, § 3 *sub b*, cui *adde* VIARO, *Corrispettività e adempimento*, cit., p. 189.

²⁷¹) 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.

8. Conclusioni

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.²⁷².

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*²⁷³. Una tale conclusione, in effetti, in base all'analisi appena 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 giudice²⁷⁴, 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 precedenza²⁷⁵.

L'obiezione consistente nella presunta inesistenza, a livello di *legis actiones*, di un'azione idonea a tutelare un *incertum* quale la pretesa *ex empto* 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 ad un *incertum*, anzi appaiono proprio predisposti al fine di consentire la richiesta di un *certum*.

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

²⁷²) La consensualità dell'*emptio* testimoniata dai formulari catoniani è stata di recente ribadita da VIARO, *Corrispettività e adempimento*, cit., p. 189.

²⁷³) Cfr. sul punto quanto è stato detto *supra*, § 3 *sub c* e nt. 9 ss.

²⁷⁴) Che avveniva, come si è in precedenza evidenziato (cfr. *supra*, § 3 *sub c* e §§ 4, 5, 6 e 7), attraverso l'uso di vari mezzi.

²⁷⁵) Cfr. *supra*, nt. 5.

obbligazioni fondamentali nascenti dall'*emptio*²⁷⁶, 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 prestatati (*vasa, turcula, funes* etc.) dal *dominus fundi* all'*emptor* dell'*olea* nell'ipotesi in cui 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 Cato, *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 incerte²⁷⁷, soprattutto dalla circostanza, già sottolineata da Ulrich von Lübtow²⁷⁸, che la clausola corrispondente nella *lex* sull'*olea legenda*²⁷⁹ prevede appunto esplicitamente l'*arbitratus* per la determinazione del valore delle scale che erano state danneggiate²⁸⁰.

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 apertura del presente lavoro²⁸¹, 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 teorica-

²⁷⁶) In questo senso sembra deporre l'osservazione di TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 66 s. nt. 115 e 120, secondo la quale sia la clausola che prevede l'eventuale obbligo di risarcimento per la rottura degli attrezzi di Cato, *agr.* 146, sia le disposizioni del *cap.* 149 che fissano l'obbligo delle parti di risarcire i danni eventualmente cagionati a cose o 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.

²⁷⁷) Com'è stato possibile evincere dall'analisi dei formulari appena effettuata.

²⁷⁸) Cfr. *supra*, § 3 *sub* e e nt. 139 e 140.

²⁷⁹) Cato, *agr.* 144.2.

²⁸⁰) E comunque per la determinazione dell'*'aequom'* è legittimo ipotizzare che le parti avessero a disposizione anche altri strumenti contrattuali.

²⁸¹) Si veda *supra*, §1.

mente tutelabili attraverso la *legis actio sacramenti in personam* può forse considerarsi un ulteriore elemento, accanto a quelli cui si accennava nelle pagine introduttive²⁸², che giustificerebbe la riapertura del problema dell'originario ambito di riconoscimento e tutela dell'*emptio consensu contracta* nell'ordinamento romano.

²⁸²) Cfr. *supra*, in particolare § 1 e nt. 9 ss.