

INDICE SOMMARIO

<i>Introduzione</i>	3
---------------------	---

CAPITOLO I

Il sinallagma funzionale nell' 'emptio venditio'

1. La testimonianza di Varrone	21
2. Il significato dell' <i>expromissio</i> varroniana e il principio di Inst. 2.1.41	38
3. L'eccezione di inadempimento in favore del venditore: altre testimonianze dell'età repubblicana	65
4. L'eccezione di inadempimento in favore del venditore in età classica	75
5. Altre ipotesi ricondotte all'eccezione di inadempimento in favore del venditore	95
6. Il diritto del venditore come ritenzione o <i>quasi pignus</i>	99
7. L'eccezione di inadempimento in favore del compratore	106
8. Rapporti tra il pagamento del prezzo e la disciplina dell'evizione	118
9. Conclusioni	122

CAPITOLO II

Il sinallagma funzionale nella 'locatio conductio'

1. I singoli passi richiamati in dottrina per l'operatività dell'eccezione di inadempimento: D. 14.2.2.pr.; D. 19.2.19.3; C. 4.65.14	129
2. Ulteriori considerazioni di carattere generale svolte in dottrina a favore del sinallagma funzionale	140
3. Conclusioni	146

CAPITOLO III

Il sinallagma funzionale nella 'societas'

1. La struttura del contratto sociale	149
2. Le singole obbligazioni gravanti sui soci e la compensazione nell'ambito dell' <i>actio pro socio</i>	153
3. Conclusioni	158

CAPITOLO IV

Il sinallagma funzionale nel 'mandatum'.

1. Le obbligazioni che sorgono dal contratto di mandato e la loro esecuzione	161
2. Due testi in materia di <i>mandatum pecuniae credendae</i>	171
3. Conclusioni	175

<i>Riflessioni di sintesi</i>	177
-------------------------------	-----

Indice delle fonti

Indice degli autori

Abstracts

Introduzione

Secondo un'impostazione che si trova accolta in modo pressoché unanime nella scienza romanistica, a ciascuna delle parti di uno dei contratti sinallagmatici elaborati dai *prudentes* era riconosciuto il diritto di rifiutare l'adempimento, fintanto che non fosse stata eseguita l'obbligazione sorta dal contratto medesimo a carico della controparte o, quanto meno, non fosse pervenuta un'offerta concreta in questo senso: e tale diritto, invero, avrebbe trovato attuazione mediante uno specifico strumento, comunemente chiamato eccezione di inadempimento (cd. *exceptio inadimpleti contractus*).

Benché la compilazione giustiniana non ne rechi alcuna diretta menzione¹, l'istituto poc'anzi indicato è stato protagonista di un dibattito che, intorno alla metà dell'Ottocento, ha visto l'intervento dei più autorevoli studiosi, a lungo intenti a interrogarsi circa il suo fondamento e le sue modalità applicative², traendo spunto dalle fonti che sembrerebbero attestarne l'operatività, quasi tutte in tema di *emptio venditio*.

¹ Tanto che la sua stessa denominazione è di conio medioevale: come riferisce G. SCADUTO, *L' 'exceptio non adimpleti contractus' nel diritto civile italiano*, in *Ann. Univ. Palermo*, VII, 1921, 79, viene ascritta a Bartolo l'idea di enunciare, con riferimento a D. 19.1.13.8 (su cui cfr. *infra*, § 4), la regola secondo cui '*contractu ultro citroque obligatorio non potest effectualiter agi, nisi ab eo qui effectualiter totum contractum ex parte sua impleverit*'. Secondo altri (ad esempio R. CASSIN, *De l'exception tirée de l'inexécution dans les rapports synallagmatiques [exception non adimpleti contractus] et de ses relations avec le droit de rétention, la compensation et la résolution*, Paris, 1914, 1, nt. 1, nonché G. PERSICO, *L'eccezione di inadempimento*, Milano, 1955, 2, nt. 2, il nome sarebbe stato invece forgiato traendo spunto da C. 2.3.21, che contiene l'espressione '*nisi ea quae placita sunt, paratus est adimplere*'.

² Non è mancato, tuttavia, qualche tentativo di indagare le possibili applicazioni dell'eccezione di inadempimento ai rapporti nascenti da altri contratti e, in particolare, dalla *societas*: si veda *infra*, capp. II ss.

Proprio con riferimento a questo contratto, l'opinione ancor'oggi nettamente prevalente in letteratura³ è giunta ad affermare che il venditore, convenuto in giudizio con *actio empti* dal compratore che lamentava la mancata consegna della *res vendita*, poteva opporre, per conseguire il rigetto della domanda, l'inadempimento dell'obbligo, gravante sull'attore, di pagare il prezzo concordato o, quanto meno, di offrirne il pagamento: così come il compratore, che si vedeva intentare un'*actio venditi* da parte del venditore, volta a ottenere il versamento del corrispettivo pattuito, era in grado di far valere la mancata consegna del bene compravenduto allo scopo di andare esente da condanna.

Uguale concordia, però, non si rinviene tra le diverse tesi che, di volta in volta, sono state formulate per spiegare l'esigenza che avrebbe ispirato, ai giuristi romani, questa soluzione a vantaggio della parte richiesta dell'esecuzione del contratto.

E infatti, mentre taluno ha sostenuto la natura di vera e propria eccezione del rimedio in parola⁴, giustificato dalla necessità di evitare al convenuto una condanna

³ Autorevolmente sostenuta, tra gli altri, da M. TALAMANCA, voce *Vendita in generale (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993, 374 s.; H.-P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts*, Hamburg, 1965, 20 ss.; A. BURDESE, voce *Vendita (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, XX, Torino, 1975, 599 (nonché, dello stesso Autore, *Recensione* a H.-P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma*, cit., in *Iura*, XVII, 1966, 364 s.); M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München, 1971, 552; E. BETTI, *Istituzioni di diritto romano*, II, 1, Padova, 1960, 200 s.; G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*², Torino, 1950, 240 ss. (che trova d'accordo S.E. WUNNER, *Recensione* a G. GROSSO, *Il sistema*, cit., in *ZSS*, LXXXI, 1964, 434)

⁴ Cfr. F.W. HEERWART, *Ueber die 'exceptio non adimpleti contractus' und 'non rite adimpleti contractus'*, in *Archiv civ. Praxis*, VII, 1824, 340. L'Autore, peraltro, sottolinea che l'eccezione non sembrava del tutto conforme al naturale sentire dei contemporanei, tanto che la sua effettiva necessità all'interno dell'ordinamento destava alcuni dubbi («abstrahirt man dabei von positiven Bestimmungen, somöchte es schwer halten, dem natürlichen Rechtsgefühl plausibel zu machen, daß ein Contrahent, bevor er nicht seiner Seits den Vertrag erfüllt habe, seine Ansprüche an seinen Mitcontrahenten nicht

all'adempimento di un contratto che la controparte dimostrava – nei fatti – di non voler dal canto suo onorare, altri ravvisavano, invece, la ragion d'essere della sua introduzione nel particolare contenuto delle obbligazioni assunte dalle parti di un contratto a prestazioni corrispettive: ciascun contraente, in forza dell'accordo concluso, avrebbe potuto pretendere non già l'adempimento dell'obbligazione sorta a carico dell'altro, in sé e per sé considerata, quanto piuttosto un «Austausch der vertragsmässigen Leistungen» e, dunque, soltanto la controprestazione altrui con contestuale deduzione della propria prestazione⁵: di modo che, in definitiva, il venditore sarebbe stato creditore non già del prezzo, ma soltanto del prezzo dietro immediata consegna della cosa, mentre il compratore, dal canto suo, avrebbe avuto diritto non già alla consegna della *res vendita*, ma soltanto alla consegna della stessa dietro immediato pagamento del prezzo.

Concepito in termini di scambio tra reciproche prestazioni l'impegno dedotto nelle obbligazioni tipiche scaturenti dalla compravendita, l'*exceptio inadimpleti contractus* veniva a essere considerata da questi autori, anziché quale allegazione di un fatto ostativo all'accoglimento della pretesa altrui, quale negazione di uno dei

mit Erfolg geltend machen könne; man wird es vielmehr weit natürlicher finden, wie beim andern gegenseitigen Obligationsverhältnissen, jeder Theil seinen Anspruch unabhängig von dem andern verfolge»).

⁵ Cfr. F.L. VON KELLER, *Noch etwas über die 'exceptiones non impleti' und 'non rite adimpleti contractus'*, in *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts*, IV, 1860, 342, il quale osservava: «es ist ein größeres Recht, geradezu Tradition zu fordern, ein kleineres, sie nur gegen Entrichtung des Preises zu fordern: nur das kleinere Recht steht dem Käufer aus dem bloßen Kaufabschlusse zu und dieser fordert mehr als ihm zukommt, wenn das erstere fordert. Soll er diese mit Recht fordern können, dann muß die von seiner Seite bereits geschehene Erfüllung, oder was ihr gleichkommt, vorliegen, und solche gehört dann allerdings unentbehrlich zu seinem Klagegrund, denn durch diese Tatsache erst ist seine Forderung einseitigen, selbständigen und absoluten geworden». Tra le non molte adesioni ricevute, l'impostazione adottata dal Keller conta però quella, autorevole, di O. KARLOWA, *'De natura atque indole sunallagmatos, quod emptioni venditioni ceterisque obligationibus mutuis inesse dicitur'*, Bonn, 1862.

presupposti stessi della domanda introdotta nel giudizio⁶ o, per utilizzare un termine caro al diritto processuale moderno, quale negazione di una condizione dell'azione: con l'effetto pratico di gravare l'attore della prova del proprio adempimento, non tanto perché, trattandosi di un'eccezione meramente negativa⁷, il convenuto non avrebbe avuto modo di dare dimostrazione dell'inadempimento altrui, quanto piuttosto perché, per mezzo dell'eccezione medesima, veniva contestata una circostanza «la cui completa giustificazione» sarebbe stata logicamente «a carico dell'attore»⁸.

⁶ Cfr. F.L. VON KELLER, *Noch etwas über die 'exceptiones non impleti' und 'non rite adimpleti contractus'*, cit., 366, secondo cui «die s.g. *exceptio non adimpleti contractus* ist in der That keine *exceptio*, sondern eine direkte Bemängelung der *actio*». Ritenevano trattarsi di negazione di un presupposto dell'azione anche S.W. SCHENCK, *Über die 'exceptio non adimpleti contractus' und das Retentionsrecht bei gegenseitigen Verträgen*, in *Archiv civ. Praxis*, XVII, 1834, 93 ss. e 242 ss. (ma si veda anche, del medesimo Autore, *Über die 'exceptio non adimpleti contractus'*, in *Archiv civ. Praxis*, XX, 1837, 427 ss.) e F. TREITSCHKE, *Noch einige Bemerkungen über die sogenannte Einrede des nicht erfüllten Vertrags*, in *Archiv civ. Praxis*, XXII, 1839, 278 ss. Una vera e propria «Doppelnatur» dell'eccezione di inadempimento – atteggiandosi ora quale vera e propria eccezione, ora quale mera contestazione degli elementi su cui poggia l'azione – è stata teorizzata da E. ROHMANN, *Die Doppelnatur der Einrede des nicht erfüllten Vertrages ('exceptio non adimpleti contractus')*, Düsseldorf, 1935, 50 ss.

⁷ La difficoltà «d'imposer au défendeur le fardeau de la preuve et de l'obliger par conséquent à prouver le fait qui servait de base à son *exceptio*, c'est-à-dire le défaut de paiement» è, comunque, messa ben in evidenza da R. SALEILLES, *Les theories allemandes sur les droits qui, au cas de contrat synallagmatique, appartiennent à la partie poursuivie en paiement lorsque son adversaire, de son coté n'exécute pas ses engagements (exception de refus de paiement pour inexécution au exception 'non adimpleti contractus')*, in *Annales de droit commercial*, VII, 1893, 31 s.

⁸ Così già F. GLÜCK, *Commentario alle pandette*, trad. it. e note di S. Perozzi e P. Bonfante, XIX, Milano, 1891, 23. Pur affermando la natura di eccezione dell'istituto, ritenevano che l'*onus probandi* gravasse sull'attore sia A. PERNICE, *'Labeo'. Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*, I, Halle, 1873 (Neudruck Aalen, 1963), 457, sia F.W. HEERWART, *Über die 'exceptio non adimpleti contractus'*, cit., 335 ss., secondo il quale «sind alle darin einverstanden, dass der Beklagte,

Malgrado i suoi illustri sostenitori, una simile concezione non ha tardato a suscitare un'imponente reazione critica, mirante a confutarne gli assunti tanto sul piano sostanziale quanto su quello processuale.

Anzitutto, si è osservato che, se effettivamente ciascun contraente avesse avuto diritto a ottenere dall'altro non già la prestazione altrui contrattualmente pattuita *tout court* (ad esempio, la consegna della cosa venduta), ma soltanto la prestazione previa detrazione della propria (ad esempio, la consegna della cosa dedotto il pagamento del prezzo), l'azione intentata da chi non avesse ancora adempiuto al contratto si sarebbe risolta in un caso particolare di *pluris petitio*⁹: sicché, a evitare le gravose conseguenze che ne sarebbero derivate sul piano della consumazione ricollegabile alla *litis contestatio* nel sistema del processo *per formulas*, sarebbe stato da attendersi che, quasi in ogni caso, l'*actio empti* o l'*actio venditi* dovesse recare la menzione di un'apposita *praescriptio* onde circoscrivere la pretesa dell'attore¹⁰.

In secondo luogo, è stato sottolineato che, se davvero il contenuto delle obbligazioni di ciascuna delle parti fosse stato quello ipotizzato, di ciò le *formulae* delle azioni rispettivamente intentate dal compratore e dal venditore avrebbero pur

welcher diese Einrede vorschützt, sie nicht zu beweisen brauche, sondern dass der Beweis der Erfüllung dem Kläger obliege». A uguale conclusione giungevano poi P. VAN WETTER, *Les obligations en droit romain*, II, Gand - Paris, 1884, 252 e H. DERNBURG, *System des römischen Rechts*, II, Berlin, 1912, 584 (nonché ID., *Diritto delle obbligazioni*, II, trad. it. di F. Bernardino Cicala, Torino, 1903, 80), il quale ultimo ravvisava poi un'ulteriore peculiarità dell'eccezione nella circostanza che essa non portasse, di necessità, al rigetto dell'azione: sarebbe stato infatti possibile, su istanza dell'attore, ottenere la condanna del convenuto sotto condizione del contemporaneo adempimento da parte dell'attore medesimo.

⁹ Cfr. E.I. BEKKER, *Zur Controverse über die 'exceptio non adimpleti contractus'*, in *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts*, V, 1861, 118 ss.

¹⁰ Si veda, di recente, il lavoro di L. PELLECCHI, *La 'praescriptio'. Processo, diritto sostanziale, modelli espositivi*, Padova, 2003 (su cui le osservazioni di A. BURDESE, *Recensione a L. PELLECCHI, La 'praescriptio'*, cit., in *SDHI*, LXXI, 2005, 607 ss.), con ivi ampia letteratura di riferimento.

dovuto conservare qualche traccia, ad esempio designando l'oggetto della domanda dedotta in giudizio alla stregua di un '*quicquid alterum alteri dare facere oportet*'¹¹ secondo buona fede: il che, però, non trova riscontro alcuno nelle fonti, dal momento che l'*intentio* delle *actiones ex empto vendito* si preoccupava soltanto, per quanto ci è dato sapere, di indicare l'obbligo gravante sul convenuto.

Sorte non migliore ha incontrato la tesi, avanzata da altro studioso ottocentesco, secondo cui l'eccezione di inadempimento sarebbe stata da ricondurre, anziché al particolare contenuto delle *obligationes* scaturenti dal contratto, alla circostanza che l'adempimento dell'una obbligazione costituisse una vera e propria condizione per l'esistenza dell'altra¹².

Fin troppo agevolmente si è obiettato, al riguardo, che dall'*emptio venditio* sorgevano immediatamente diritti e doveri a carico di entrambi i soggetti contraenti mentre, a voler subordinare l'esperibilità dell'*actio empti* all'avvenuto pagamento del prezzo e, del pari, quella dell'*actio venditi* all'avvenuta consegna della cosa, si sarebbe finito con il richiedere l'esecuzione della prestazione di una delle parti (ad esempio del venditore), per creare un'obbligazione giuridicamente sanzionata in capo all'altra parte (ad esempio il compratore): in tal modo negando, in definitiva,

¹¹ Cfr. E.I. BEKKER, *Zur Controverse*, cit., 123. L'osservazione, peraltro, era già stata avanzata da F.W. HEERWART, *Ueber die 'exceptio non adimpleti contractus'*, cit., 336 (cfr. anche, dello stesso Autore, *Ueber die Einrede des nichterfüllten Vertrags*, in *Archiv civ. Praxis*, XVIII, 1835, 387 ss.), il quale aveva evidenziato che, se l'adempimento dell'attore fosse stato da intendere quale requisito costitutivo dell'azione esercitata, «so müsste auch bei einer jeden Klage aus einem zweiseitigen Vertrag die vorgängige Erfüllung desselben von Seiten des Klägers nothwendig im Libell enthalten ... denn jede Klagschrift muss doch wohl alle zum Klaggrund gehörigen Umstände enthalten».

¹² Cfr., in proposito, l'opinione di A.C.G. VON SCHEURL, *Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechts*, I, Erlangen, 1853, 179. Che la controprestazione avesse carattere di condizione sospensiva del diritto a chiedere l'adempimento altrui è stato suggerito anche da F. FOERSTER - M. ECCIUS, *Theorie und Praxis des heutigen gemeinen preussischen Privatrechts*, I, *Die Grundbegriffe und die Grundlehre des Rechts der Schuldverhältnisse*, Reimer, 1887, 490-491.

l'elemento consensuale immediatamente vincolante proprio dell'*emptio venditio*, che si sarebbe perfezionata alla stregua di un contratto reale¹³.

Abbandonato il tentativo di ricercare il presupposto dell'*exceptio inadimpleti contractus* nel reciproco atteggiarsi delle obbligazioni sorte dal contratto a prestazioni corrispettive, si è affermata come dominante, da ultimo, l'opinione di chi rintracciava il motivo dell'introduzione dell'istituto nell'esigenza, dettata dalla buona fede, di garantire la contemporanea esecuzione delle parti¹⁴. Secondo questa teorica, l'adempimento delle due obbligazioni sarebbe stato bensì, di per sé, originariamente indipendente, ma avrebbe conosciuto un'evoluzione tale da convincere i giuristi romani che fosse da considerare contrario al principio di correttezza, cui l'intero rapporto doveva essere improntato, che una delle parti potesse essere condannata in favore dell'altra nel caso in cui quest'ultima fosse a propria volta inadempiente: ragione, questa, per cui sarebbe stato infine accordato al contraente convenuto un controdiritto, da far valere in via di eccezione¹⁵, a rifiutare la propria prestazione, a patto che fosse data la prova della mancata esecuzione dell'obbligazione altrui.

¹³ Cfr. ancora F.W. HEERWART, *Ueber die 'exceptio non adimpleti contractus'*, cit., 340 s.

¹⁴ Per queste ragioni, la tesi di Keller viene rettificata da B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, II, trad. it. e note di C. Fadda e P.E. Bensa, Torino, 1925, 245, nt. 2 nel senso che la formula corretta per indicare la posizione delle parti non è che «ogni contraente è soltanto obbligato alla prestazione contro l'altrui prestazione; bensì: ogni contraente è obbligato ad adempiere la sua obbligazione dipendente dal contratto solo quando anche l'altro contraente adempie». Pensava al generale divieto di *frangere fidem* che avrebbe improntato l'orientamento romano, quale fondamento del nostro istituto, G. BOYER, *Recherches historiques sur la résolution des contrats (origines de l'article 1184 cod. civ.)*, Paris, 1924, 282 s.

¹⁵ Che l'*exceptio inadimpleti contractus* fosse un'eccezione in senso tecnico e che il corrispondente onere della prova andasse posto, secondo i romani, a carico del convenuto è affermato senza esitazioni, oltre che da H. DERNBURG, *Geschichte und Theorie der Compensation nach römischen und neuerem Rechte, mit besonderer Rücksicht auf die preußische und französische Gesetzgebung*, Heidelberg, 1868, 65, anche da E.I. BEKKER, *Die Aktionen des römischen Privatrechts*, Beilage L, *Über den angeblichen Anspruch auf Austausch bei den Teilungsklagen; desgleich ben den sg. Synallagmatischen Aktionen*,

A seguito della pubblicazione della monumentale opera dedicata alla compravendita da August Bechmann¹⁶, l'attenzione degli studiosi ha iniziato ad appuntarsi, anziché sul funzionamento processuale dell'eccezione di inadempimento, sull'elaborazione, a livello dogmatico, del concetto di sinallagma nei contratti a prestazioni corrispettive.

L'Autore tedesco, dopo aver rigorosamente distinto una bilateralità genetica delle obbligazioni, attinente al momento del loro venire a esistenza, una bilateralità funzionale, relativa al momento della loro esecuzione, e una bilateralità condizionale, concernente il collegamento in forza del quale l'estinzione dell'una, per cause non soddisfattive, è in grado di provocare l'estinzione dell'altra¹⁷, aveva chiarito come

'negotia claudicantia', *'exceptio non adimpleti contractus'*, Berlin, 1871, 375, e da W.A. PUCHTA, *Die 'exceptio non adimpleti contractus' ist eine wahre Einrede. Es giebt keine 'exceptio non rite adimpleti contractus'*, in *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts*, V, 1861, 107 (il quale, peraltro, respinge la teoria di Keller che ho poc'anzi riportato nel testo osservando che egli «hat aber auch meines Erachtens nirgends durch überzeugende Gründe die Annahme widerlegt, daß mit Abschluß des Kaufvertrages Forderung und Gegenforderung, *actio empti* und *venditi* unabhängig von einander entstehen, daß sie, wo *praesenti die debetur*, sofort angestellt werden können, daß die Klage durch die Berufung auf den Vertragabschluß begründet wird und das Petitum ohne Weiteres auf die gegnerische Leistung gerichtet werden kann»). Nel medesimo senso, inoltre, F.C. VON SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, V, trad. it. di V. Scialoja, Torino, 1893, 334, secondo cui «nessuna eccezione preclude l'esistenza di un'azione e la possibilità di esercitarla o trascurarla; ciò già per la ragione, che è affatto incerto, se l'eccezione sarà proposta e se il giudice le darà effetto; tanto meno, poi, un'eccezione, come quella qui menzionata, che ha carattere affatto dilatorio, e non porta mai alla completa assoluzione del convenuto» e, nella dottrina italiana, G. SCADUTO, *L'exceptio non adimpleti contractus*, cit., 106, a giudizio del quale «la concezione dell'*exceptio non adimpleti contractus* come vera eccezione è quella rispondente alla natura del contratto bilaterale, tramandataci dal diritto romano, approvata dai seguaci di Jhering e sanzionata dai codici più recenti».

¹⁶ Cfr. A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, I, *Geschichte des Kaufs im römischen Recht*, Erlangen, 1876.

¹⁷ Cfr. A. BECHMANN, *Der Kauf*, cit., 565 s. e 569, nt. 2: l'Autore proponeva, tra l'altro, di qualificare il sinallagma condizionale, vale a dire «die gleichzeitige Vornahme der Erfüllungshandlungen», come

l'istituto che qui ci interessa fosse senz'altro da inscrivere nella seconda: precisando, inoltre, che, dal punto di vista storico, sarebbe stata da individuare una fase più antica in cui le obbligazioni, pur interdipendenti nel loro sorgere, non lo sarebbero state quanto al loro adempimento¹⁸, sì che l'esigenza di assicurarne la contemporaneità si sarebbe affermata soltanto in un momento successivo, grazie alla progressiva valorizzazione giurisprudenziale della clausola *ex fide bona* contenuta nelle azioni *ex empto* ed *ex vendito*.

A distanza di oltre un secolo, la *communis opinio* in tema di eccezione di inadempimento sembra essersi discostata davvero poco dall'impostazione che si è ora sinteticamente descritta: lasciato da parte ogni interesse per le concrete modalità

«subjektiv-funktionelles Synallagma» e il sinallagma funzionale, in senso stretto, vale a dire «die Abhängigkeit der rechtlichen Wirkung der einen Leistung von dem Eintreten der Gegenleistung», come «objektiv-funktionelles Synallagma». È appena il caso di ricordare che, nella moderna terminologia adottata in relazione al tema dell'interdipendenza delle obbligazioni nascenti da un contratto bilaterale, la dottrina tedesca e, in tempi più recenti, anche quella italiana, riconducono l'eccezione di inadempimento al sinallagma funzionale inteso in senso stretto, come vincolo che intimamente collega le obbligazioni medesime nel momento della loro esecuzione, alla stregua del quale ciascuno dei contraenti, per agire utilmente onde ottenere l'adempimento dell'altro, «deve aver già adempiuto la propria od offrirne contestualmente l'adempimento», a pena di veder rigettata la propria domanda (cfr. M. TALAMANCA, 'Lex' ed 'interpretatio' in *Lab. '4 post. a Iav. epit.' D. 19.1.50*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo*, II, Napoli, 1997, 354, nt. 2). In precedenza era invece diffusa, presso i nostri Autori, la tendenza a servirsi della nozione di sinallagma funzionale in una ben più ampia accezione, comprensiva anche del sinallagma condizionale (in questo senso, cfr. tra gli altri, L. VACCA, *Ancora sull'estensione dell'ambito di applicazione dell'actio empti in età classica*, in *Iura*, XLV, 1994, 35 ss., ora anche in EAD., *Appartenenza e circolazione dei beni. Modelli classici e giustiniane*, Padova, 2006, 333 ss.): accostamento, questo, per lo più motivato dalla considerazione che, in ogni caso, si sarebbe trattato di un vincolo attinente alla fase di funzionamento del rapporto contrattuale (cfr. M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 373, nt. 717).

¹⁸ Cfr. A. BECHMANN, *Der Kauf*, cit., 541 s.

con cui essa avrebbe potuto essere invocata in giudizio¹⁹, la dottrina ha continuato, infatti, a dichiararne tratatiziamente l'operatività, nella compravendita così come – seppur con minor convinzione – negli altri contratti sinallagmatici, e a giustificarne l'esistenza alla luce della *bona fides* su cui è venuta modellandosi la disciplina dei medesimi²⁰.

Negli ultimi anni, però, quando la dottrina sembrava ormai essere appagata della configurazione dell'istituto poc'anzi descritta, la tematica è stata accuratamente sottoposta a vaglio critico da un Autore tedesco, Wolfgang Ernst, che ha dedicato un

¹⁹ Eloquenti sono, in questo senso, le parole di E. NARDI, *Studi sulla ritenzione in diritto romano*, I, *Fonti e casi*, Milano, 1947, 262, secondo cui la natura dell'eccezione è un problema che le fonti «non pongono e non risolvono in chiara guisa» e che, comunque, riveste «un secondarissimo interesse, qualunque sia la soluzione, dato che in ogni modo la sostanza non muta», e di C. LONGO, *Corso di diritto romano. Parte speciale, La compravendita*, Milano, 1944, 237, il quale soggiunge trattarsi di «una quistione procedurale che i testi non risolvono nettamente e che ad ogni modo non conduce in pratica a differenze circa il principio della interdipendenza delle obbligazioni».

²⁰ Cfr., per tutti, H.-P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma*, cit., 34, e gli altri Autori menzionati *supra*, alla nt. 3. Va detto, peraltro, che una posizione più cauta rispetto alla lezione prevalente è stata assunta da R. CASSIN, *De l'exception*, cit., 6 (il quale ha sottolineato che «la théorie de ce que l'on appelle l'*exceptio non adimpleti contractus* n'a jamais été faite par les iuriconsultes romains, et d'ailleurs le regus d'exécution, lorsqu'il a été reconnu, a toujours eu des caractères distincts de ceux qu'on lui reconnaît de nos jours, à raion des particularités de la procédure romaine») e da V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, I, Napoli, 1956, 214 s. (il quale ha precisato che «per nessun periodo del diritto romano può affermarsi la esistenza di una massima unica che sancisca un criterio di assoluta interdipendenza: questa esiste nel senso che, essendo le obbligazioni assunte da ciascuna delle due parti causa di quelle assunte dall'altra, ed essendo le azioni in discorso *iudicia bonae fidei*, la tendenza a valutare insieme le posizioni di entrambe le parti doveva necessariamente esprimersi; ma questa tendenza ha dovuto conciliarsi con esigenze proprie del sistema processuale, e con altre economiche od equitative, sicché si può parlare sì, come abbiamo fatto, di un criterio, di una tendenza, non mai di un principio assoluto»).

saggio allo studio dei precedenti storici dell'*exceptio inadimpleti contractus*²¹, giungendo a dichiarare risolutamente la completa estraneità di quest'ultima rispetto alle soluzioni adottate dalla giurisprudenza classica.

Riprendendo, forse, alcuni dubbi espressi in scritti risalenti, rimasti peraltro del tutto isolati²², lo studioso ha sostenuto che sarebbe bensì testimoniato, in vari frammenti contenuti nella compilazione giustiniana, un diritto del venditore a trattenere, in specifici casi, la *res vendita*, in assenza del pagamento da parte del compratore: ma che tale prerogativa, lungi dall'essergli concessa in ragione dell'inadempimento altrui, sarebbe unicamente da ricondurre alla specifica impossibilità di agire, nelle situazioni prese in considerazione nei testi, contro il compratore, al fine di ottenere il pagamento del prezzo o, comunque, del prezzo per intero²³.

Quale riprova dell'inesistenza di un vero e proprio nesso sinallagmatico, tale da astringere le obbligazioni contrattuali sotto il profilo funzionale, l'Ernst ha posto l'accento sul fatto che i giuristi nulla ci dicono a proposito di un diritto del compratore di rifiutare il versamento del prezzo, ove non avesse avuto luogo la consegna del bene acquistato, salvo che in alcune, particolari ipotesi, in cui la

²¹ Cfr. W. ERNST, *Die Vorgeschichte der 'exceptio non adimpleti contractus' im römischen Recht bis Justinian*, in *Festgabe für Werner Flume zum 90. Geburtstag*, Berlin - Heidelberg - New York, 1998, 1 ss.; saggio poi integralmente ripubblicato, in veste monografica, con il titolo *Die Einrede des nichterfüllten Vertrages. Zur historischen Entwicklung des synallagmatischen Vertragsvollzugs im Zivilprozeß*, Berlin, 2000, 15 ss.

²² Alludo, in particolare, alle osservazioni contenute nell'opera di J. PARTSCH, *Das Dogma des Synallagma im römischen und byzantinischen Rechte*, in *Aus nachgelassenen und kleineren verstreuten Schriften*, Berlin, 1931, 4 e 5, nt. 4, (su cui cfr. E. LEVY, *Recensione a J. PARTSCH, Aus nachgelassenen und kleineren verstreuten Schriften*, cit., in *ZSS*, LII, 1932, 514), che, sebbene riferite per la maggior parte al sinallagma genetico, si rivolgono anche contro la configurazione del sinallagma funzionale .

²³ Cfr. W. ERNST, *Die Vorgeschichte*, cit., 12 ss. e, in particolare, 31 s.

compravendita era però stata conclusa con l'intervento di un *argentarius*: di modo che, a suo avviso, sarebbe operazione impossibile quella volta a dedurre dalle fonti che all'*emptor* fosse concessa, in linea generale, la possibilità di evitare la condanna pecuniaria in favore del venditore, invocando a propria difesa l'inadempimento di quest'ultimo²⁴.

Per un verso, poi, quale argomento generale a sostegno della propria tesi, lo studioso tedesco adduce le caratteristiche proprie del processo formulare, che non ammetteva condanna diversa da quella pecuniaria, a prescindere dalla natura e dall'oggetto della pretesa dedotta in giudizio: di modo che, in definitiva, non sarebbe stato di alcun giovamento per il venditore il diritto di non consegnare la cosa, là dove il compratore fosse ancora inadempiente, considerato che quest'ultimo avrebbe ben potuto convenirlo comunque per ottenere una pronuncia favorevole nell'*id quod interest*²⁵ e che, in tale situazione, il venditore si sarebbe potuto giovare del meccanismo della compensazione, per chiedere di veder diminuita del prezzo non percepito il danno rivendicato dall'attore per la mancata esecuzione del contratto²⁶. Per un altro verso, invece, sul piano esegetico, egli corrobora l'opinione ostile ad ammettere il funzionamento dell'eccezione di inadempimento con l'enunciazione del diverso significato che, rispetto alla lezione corrente in dottrina, sarebbe da assegnare alla più parte dei passi in cui il tema viene considerato²⁷: su questi infatti, a suo giudizio, sarebbe calato l'intervento, lieve ma determinante, dei compilatori, mirante

²⁴ Cfr. W. ERNST, *Die Vorgeschichte*, cit., 3 ss., ove vengono presi in considerazione in particolare D. 44.4.5.4 (Paul. 71 *ad ed.*) e D. 19.1.25 (Iul. 54 *dig.*): essi saranno esaminati *infra*, cap. I, § 7.

²⁵ Secondo la nota regola conservata in D. 19.1.1.pr. (Ulp. 28 *ad Sab.*): *Si res vendita non tradatur, in id quod interest agitur, hoc est quod rem habere interest emptoris: hoc autem interdum pretium egreditur, si pluris interest, quam res valet vel empti est.*

²⁶ Cfr. W. ERNST, *Die Vorgeschichte*, cit., 26 ss.

²⁷ Trattasi, segnatamente, di D. 21.1.31.7-8 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*), D. 19.13.8 (Ulp. 32 *ad ed.*) e D. 18.4.22 (*Scaev. 2 resp.*), su cui v. *infra*, cap. I, § 4. Per le presunte interpolazioni che sarebbero state apportate dai commissari giustiniane, cfr. W. ERNST, *Die Vorgeschichte*, cit., 16 ss.

ad accreditare un'applicazione generale delle singole soluzioni che di volta in volta, sempre in relazione a fattispecie peculiari, i *prudentes* avrebbero suggerito.

Come ci si poteva attendere, le penetranti osservazioni formulate dall'Ernst hanno indotto gli studiosi a occuparsi, con rinnovato impegno, dell'approfondimento delle questioni connesse all'eccezione di inadempimento, confutando puntualmente le maggiori obiezioni mosse alla tesi tradizionale e, parallelamente, argomentando per la autenticità dei passi ove il sinallagma funzionale viene in rilievo e dunque, in definitiva, per la stessa classicità del medesimo²⁸.

Non per questo, tuttavia, mi sembrano essere del tutto venute meno le ragioni per riconsiderare lo studio del regime concernente l'esecuzione delle reciproche prestazioni gravanti sulle parti dell'*emptio venditio*, della *locatio conductio*, della *societas* e del *mandatum*: al contrario, mi pare vi siano ancora alcuni aspetti che, rispetto al primo contratto, sono tutt'ora degni di essere ripresi in esame e, rispetto agli altri contratti, sono stati solo marginalmente toccati dall'interesse della dottrina²⁹.

Segnatamente, oserei dire che desta qualche dubbio l'assunto secondo cui l'interdipendenza funzionale delle obbligazioni, nella fase del loro adempimento, sarebbe stata progressivamente messa a punto dai giuristi classici in ossequio al

²⁸ Si segnala, in particolare, la pubblicazione della ricerca condotta da A. RODEGHIERO, *In tema di sinallagma funzionale nella compravendita romana classica*, in *BIDR*, CI-CII, 1998-1999, 560; ma si vedano anche le osservazioni dello stesso Autore, talora interessanti anche il nostro tema, contenute nell'opera monografica dedicata al sinallagma genetico (intitolata, appunto, *Sul sinallagma genetico nell'emptio venditio classica*, Padova, 2004).

²⁹ E questo anche perché – come meglio vedremo nei capp. II ss. – è diffusa l'opinione secondo cui la disciplina dei contratti bilaterali diversi dalla compravendita avrebbe già di per sé escluso o, quanto meno, fortemente limitato l'operatività dell'*exceptio inadimpleti contractus*: in questo senso, per tutti, cfr. G. GROSSO, *Il sistema*, cit., 243, secondo cui l'applicazione del sinallagma a questi contratti «doveva risentire delle particolarità di questi ed inserirsi nel regolamento concreto di essi; una graduazione e successione delle prestazioni nel tempo, che ne impedisse l'applicazione, poteva anche risultare implicita, come per esempio doveva avvenire nel mandato e nella locazione»

principio di buona fede, in netto contrasto con l'originaria indipendenza che invece avrebbe caratterizzato l'esecuzione del contratto a opera delle parti³⁰: malgrado, in più occasioni, la *bona fides* venga espressamente richiamata a fondamento delle soluzioni adottate dai giuristi³¹, eventualmente in disarmonia con quelle in precedenza consolidate, è singolare che neppure una volta essa trovi menzione nei brani da cui dovrebbe ricavarsi il diritto dell'un contraente di rifiutare la propria prestazione, per non avere ancora ricevuto dall'attore la controprestazione.

E, del resto, l'ipotesi secondo cui le obbligazioni del compratore e del venditore sarebbero state da riguardare come prive di un collegamento sul piano della contemporaneità dell'adempimento, quanto meno nel periodo storico più risalente, mal si concilia con quel che molti Autori, pur in mancanza di prove testuali dirimenti, sono inclini ad ammettere, ovvero che l'*emptio venditio* sia derivata dalla vendita a contanti, di cui avrebbe conservato le caratteristiche più salienti³²: poiché, rispetto a

³⁰ Indipendenza che viene argomentata sulla base di Varr. *de re rust.* 2.2.5-6 (su cui ci dovremo ampiamente intrattenere oltre, nel cap. I, § 2).

³¹ Penso soprattutto al celeberrimo *incipit* di D. 19.1.50 (Lab. 4 *post. a Iav. epit.*), in cui viene incisivamente sottolineato che la soluzione labeoniana si regge sul presupposto che la buona fede «non sopporta» (*'bona fides non patitur'*) «che una volta estinta per *legis beneficium* l'obbligazione del compratore di pagare il prezzo, il venditore sia costretto a compiere la *traditio*, perdendo la cosa» (così L. VACCA, *Buona fede e sinallagma contrattuale*, in *Iura*, XLVIII, 1997, 126, nonché in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese [Padova - Venezia - Treviso, 14-15-16 giugno 2001]*, a cura di L. Garofalo, IV, Padova, 2003, 332 e ora anche in EAD., *Appartenenza e circolazione*, cit., 552). Sul valore della *bona fides* «come criterio di *interpretatio*», in questo come in numerosi altri casi della compilazione, cfr. E. STOLFI, *'Bonae fidei interpretatio'*. *Ricerche sull'interpretazione di buona fede fra esperienza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 2004, specialmente 44 ss.

³² Tra le molte opinioni prospettate, mi limito a segnalare il recente intervento di J.G. WOLF, *Per una storia della 'emptio venditio': l'acquisto in contanti quale sfondo della compravendita romana. Una lezione*, in *Iura*, LII, 2001, 30, secondo cui «la struttura della *emptio venditio* come risultato della sviluppo della regolamentazione della compravendita è la prova della sua provenienza dalla vendita a

quest'ultima, è naturale che le due prestazioni siano adempiute nello stesso momento, cioè che la cosa sia scambiata dietro l'immediato pagamento del prezzo, questa congettura circa l'origine del contratto consensuale porterebbe a concludere che la bilateralità funzionale dovesse accompagnare la vendita obbligatoria sin dal suo sorgere, senza bisogno alcuno di attendere che la buona fede giungesse a rendere interdipendenti, anche sul piano dell'adempimento, le rispettive obbligazioni.

Se, poi, difficilmente si può negare che i testi in cui ci viene data notizia del diritto del compratore a rifiutare il versamento della somma pattuita, a fronte

contanti. Per dirlo in altre parole: molte caratteristiche e peculiarità della compravendita romana del periodo classico si spiegano con l'origine della *emptio venditio* nella vendita a contanti. E, volendo esporre tale concetto in un altro modo ancora, si può dire che la compravendita romana non si è mai liberata della sua origine nella vendita a contanti» nonché p. 56, ove si legge che «l'*emptio venditio* è disegnata del tutto sul modello della vendita in contanti, è addirittura rimasta essa stessa una vendita in contanti, solamente allungata quanto alla distanza temporale tra accordo ed esecuzione delle prestazioni». Non diversamente C.A. CANNATA, *La compravendita consensuale romana: significato di una struttura*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del Congresso Internazionale Pisa-Viareggio-Lucca, 17-21 aprile 1990*, II, a cura di L. Vacca, Milano, 1991, 416, nonché A. BURDESE, voce *Vendita*, cit., 595. Già A. BECHMANN, *Der Kauf*, I, cit., 540 ss., peraltro, configurava la compravendita obbligatoria quale scambio ideale («ideale Austausch») della merce e del prezzo, che sarebbe venuto a prendere storicamente il posto di uno scambio originariamente reale («diese merkwürdige Erscheinung haben wir historisch zu erklären versucht aus dem Umstande, dass der alte Naturkauf, die Mancipation, in das Contraktssystem als Vollzugsgeschäft aufgenommen und dadurch von selbst auch der Charakter der formlosen Tradition [sowie Injurecession] bestimmt worden ist»); mentre la diversa tesi proposta successivamente da TH. MOMMSEN, *Die römische Anfänge von Kauf und Mieth*e, in *ZSS*, V, 1884, 260 ss., non è risultata prevalente. Una recente discussione delle ipotesi formulate in letteratura è in L. GAGLIARDI, *Prospettive in tema di origine della compravendita consensuale romana*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, I, a cura di L. Garofalo, Padova, 2007, 101 ss.; A. CASTRO, '*Emptio venditio*' y '*consensus*'. *Contribución al estudio del origen y fundamentos de la compraventa romana: contrato-fin y contrato-medio*, in '*Iuris vincula*'. *Studi in onore di Mario Talamanca*, II, Napoli, 2001, 11 ss.

dell'inadempimento dell'obbligo di consegnare la *res vendita*, siano di numero di gran lunga inferiore rispetto a quelli in cui analogo diritto sarebbe stato concesso al venditore, è per di più incontestabile che, in tutte le fonti pervenute³³, l'eccezione di inadempimento si trovi opposta non già a un'*actio venditi* intentata in giudizio, quanto invece a un'azione di stretto diritto sorta a seguito della promessa, in forma di *stipulatio* del prezzo, prestata dal compratore: cosicché si tratterebbe di casi da cui solo indirettamente si potrebbero dedurre indizi circa l'esistenza di una bilateralità funzionale nel contratto consensuale, in sé e per sé considerato.

Infine, sempre con riguardo alla posizione del compratore, mi pare che pronunciarsi per l'esistenza del sinallagma anche nella fase dell'adempimento delle obbligazioni porti a conclusioni che poco si armonizzano con il criterio, generalmente accolto in dottrina, secondo cui nella compravendita classica il compratore avrebbe sopportato il rischio per il perimento fortuito della cosa fin dal momento della perfezione del contratto e, comunque, a prescindere dalla consegna della stessa³⁴.

Il principio sinallagmatico, difatti, nelle sue diverse articolazioni, sembrerebbe condurre a risultati contraddittori: inteso come bilateralità funzionale, implicherebbe che il compratore non possa essere utilmente convenuto dal venditore che reclami il pagamento del prezzo, a meno che quest'ultimo non abbia ancora adempiuto alla

³³ Trattasi di Gai 4.126 a; D. 44.4.5.4 (Paul. 71 *ad ed.*); D. 19.1.25 (Iul. 54 *dig.*), su cui – come già detto – si veda *infra*, cap. I, § 6.

³⁴ Sul punto, si veda da ultimo a M. SCOGNAMIGLIO, *Note su sinallagma condizionale e 'periculum rei venditae' nel diritto romano*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, II, a cura di L. Garofalo, Padova, 2007, 171 ss. Anche il regime del *periculum* troverebbe spiegazione, secondo M. KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., 552, nella struttura della vendita a contanti: afferma, infatti, l'insigne studioso che «diese Regel sieht wieder den Barkauf, bei dem Abschluß und Vollzug zusammenfallen, als Normalfall an und rechnet, wenn die Leistung der Ware aufgeschoben wird, die Kaufsache, auch wenn sie noch im Eigentum des Verkäufers bleibt, nicht mehr zu seinem Vermögen. Vielmehr steht der Verkäufer in solchem Fall einem Entleiher gleich, indem er wie dieser für *custodia* haftet».

propria obbligazione di consegnare la merce; inteso come bilateralità condizionale, invece, comporterebbe – in ossequio alla nota regola per cui *'periculum est emptoris'* – che il compratore possa sempre essere portato in giudizio dal venditore, desideroso di ottenere il corrispettivo pattuito, anche nell'ipotesi in cui il venditore stesso non solo non abbia ancora adempiuto alla propria obbligazione, ma nemmeno sia in grado di provvedervi in futuro, perché la merce è irrimediabilmente perita.

Per concludere questa sommaria rassegna delle problematiche che vengono in esame³⁵, quindi, si può affermare che, senz'altro, a buon diritto che si è tornati a discutere circa l'esistenza dell'*exceptio inadimpleti contractus* e del sinallagma funzionale, su cui essa si reggerebbe, nell'ambito del sistema contrattuale romano: benché – come vedremo oltre – le tesi dell'Ernst non appaiano, in diversi punti, meritevoli di essere condivise, va ascritto al loro Autore l'indiscutibile merito di aver riportato l'attenzione della dottrina su tematiche di particolare delicatezza e di importanza centrale per lo studio della struttura dell'*emptio venditio*: il che, certo, non è di poco conto.

³⁵ Ritengo di dover fin da subito precisare – anche per dar conto dei motivi che mi hanno portato a circoscrivere la mia ricerca – che non considero assimilabile all'istituto così brevemente descritto, né per fondamento né per disciplina, la cd. *exceptio non rite adimpleti contractus*, pur se consapevole che, da più parti, è stata negata ogni distinzione concettuale tra le due figure (cfr. B. BRUGI, *'Exceptio non rite adimpleti contractus'*, in *Riv. dir. comm.*, 1927, II, 661). E infatti, mentre la prima – come si è visto – involge un problema di sinallagma tra due obbligazioni in sé e per sé considerate, la seconda rinvia al tema della responsabilità per inadempimento a carico del debitore che esegua in modo inesatto la prestazione e, corrispondentemente, all'esigenza di individuare uno strumento a tutela del creditore per farla valere. Né, d'altro canto, mi sembra dirimente l'osservazione di F.W. HEERWART, *Ueber die 'exceptio non adimpleti contractus'*, cit., 354, secondo cui molte delle fonti ricondotte all'eccezione di inadempimento in senso stretto menzionerebbero, in realtà, un pagamento eseguito dal compratore soltanto in parte e, come tale, imperfetto (così, ad esempio, D. 19.1.13.8, su cui v. *infra*, cap. I, § 4): come vedremo oltre, infatti, il ragionamento sviluppato dai giuristi è tutto rivolto non già a dare rilievo a una «fehlerhafte Leistung» di uno dei contraenti, ma piuttosto una specifica esigenza di tutela del venditore, concretantesi in un diritto di ritenzione sulla *res vendita*.

CAPITOLO I

Il sinallagma funzionale nell' 'emptio venditio'

SOMMARIO: 1. La testimonianza di Varrone. – 2. Il significato dell' *expromissio* varroniana e il principio di Inst. 2.1.41. – 3. L'eccezione di inadempimento in favore del venditore: altre testimonianze dell'età repubblicana. – 4. L'eccezione di inadempimento in favore del venditore in età classica. – 5. Altre ipotesi ricondotte all'eccezione di inadempimento. – 6. Il diritto del venditore come ritenzione o *quasi pignus*. – 7. L'eccezione di inadempimento in favore del compratore. – 8. Rapporti tra il pagamento del prezzo e la disciplina dell'evizione.

1. *La testimonianza di Varrone.*

La testimonianza più antica ove si accenna al momento in cui deve collocarsi il reciproco adempimento delle obbligazioni nascenti dalla compravendita, anche con riferimento al piano processuale, si rinviene in un passaggio del ' *De re rustica* ' di Marco Terenzio Varrone, da cui parrebbe arguirsi che la condanna di una delle parti del contratto, chiamata in giudizio per rispondere dell'esecuzione della propria prestazione, non sia in alcun modo subordinata all'accertamento dell'adempimento da parte di chi agisce.

Le notizie tramandateci dall'erudito reatino sono del seguente tenore:

de re rustica 2.2.5-6: *In emptionibus ovium iure utimur eo, quo lex praescripsit; in ea enim alii plura, alii pauciora excipiunt: quidam enim pretio facto in singulas oves, ut agni cordi duo pro una ove adnumerentur, et si quoi vetustate dentes absunt, item binae pro singulis ut procedant. De reliquo antiqua fere formula utuntur: cum emptor*

dixit: «Tanti sunt mi emptae?» et ille respondit: «sunt» et expromisit nummos, emptor stipulatur prisca formula sic: «Illasce oves, qua de re agitur, sanas recte esse, uti pecus ovillum, quod recte sanum este, extra luscam, surdam, minam (id est ventre glabro), neque de pecore morbosum esse, habereque recte licere; haec recte fieri spondesne?». Cum id factum est, tamen grex dominum non mutavit, nisi est adnumeratum; nec non emptor potest ex empto vendito illum damnare si non tradet, quamvis non solverit nummos; ut ille emptorem simili iudicio, si non reddit pretium.

Nel brano – assai celebre, perché contenente una preziosa, quanto mai rara³⁶, serie di informazioni circa il regime della compravendita nell’ultima età repubblicana³⁷ – Varrone indugia nella descrizione delle modalità con cui un accorto lettore avrebbe dovuto provvedere alla conclusione di una compravendita avente nella specie a oggetto un gregge di pecore.

³⁶ Esso è stato oggetto dell’attenta indagine dalla dottrina romanistica sotto diversi profili: si pensi, in particolare, alle informazioni che dal medesimo si possono trarre circa le modalità di conclusione del contratto di compravendita, le stipulazioni di garanzia annesse al medesimo, la problematica del passaggio di proprietà e della sua eventuale dipendenza dal pagamento del prezzo. Di recente si veda, con riferimento al primo aspetto, l’analisi svolta da M. CARBONE, ‘*Tanti sunt mi emptae? Sunt*’. Varr. ‘*de re rust.*’ 2.2.5, in *SDHI*, LXXI, 2005, 387 ss. e, quanto all’ultimo, il lavoro di S. RONCATI, *Pagamento del prezzo e trasferimento della proprietà nella compravendita dell’età repubblicana*, in *Minima epigraphica et papyrologica*, IX, 2006 (= *Studia in honorem Mari Amelotti in athenaeo genuensium iuris romani emeriti*, a cura di F. Costabile), 86 ss.

³⁷ Com’è noto, l’opera dell’antiquario va collocata tra il 37 a.C. (per l’indicazione di questa data, cfr. A. GARZETTI, *Varrone nel suo tempo*, in *Atti del Congresso internazionale di studi varroniani*, I, Rieti, 1976, 104 e ora anche in ID., *Scritti di storia repubblicana e augustea*, Roma, 1996, 200) e il 34 a.C.: precisamente, secondo P. MEYLAN, *Les conditions du transfert de la propriété dans les ventes du bétail selon les ‘Res rusticae’ de Varron*, in *Conférences faites à l’Institut de Droit Romain en 1947*, Paris, 1950, 172, risalirebbe al 36 a.C.

Orbene, lo schema negoziale prevede che le parti – dopo aver stabilito i punti salienti del loro accordo³⁸ – esprimano il proprio consenso mediante uno scambio di domanda e risposta che, se pure non viene rivestito delle forme solenni di una *stipulatio*, è sufficiente a manifestare la loro reciproca volontà di concludere il contratto e, così, a perfezionare il medesimo³⁹.

Subito dopo, l'*antiqua formula* riferitaci da Varrone⁴⁰ – forse tratta dai formulari maniliani⁴¹ – contempla una duplice promessa: da un lato, quella del

³⁸ Viene generalmente respinta la congettura, pure avanzata in dottrina (cfr. P. MEYLAN, *Le paiement du prix et le transfert de la propriété de la chose vendue en droit romain classique*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, I, Milano, 1930, 475 s., che però sembra già mutare di avviso in un successivo lavoro: cfr. ID., *Varron et les conditions du transfert de la propriété dans la vente romaine*, in *Scritti in onore di Contardo Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione*, IV, Milano, 1949, 177, nt. 1), secondo cui la '*lex*' cui Varrone fa riferimento sarebbe la legge delle XII Tavole: e ciò, in particolare, per il fatto che, secondo quanto riferitoci nel testo, le parti rimanevano libere di determinare le clausole da inserire nella *lex* e così, verosimilmente, di modellarne il contenuto ('*in ea enim alii plura, alii pauciora excipiunt*'). Per quest'osservazione si veda, tra gli altri, G. BAVIERA, *Nota alla dottrina delle 'res Mancipi' e 'res nec Mancipi'*, in *Scritti giuridici*, I, *Diritto romano*, Palermo, 1909, 88 (saggio, questo, già pubblicato in *Riv. it. scienze giuridiche*, XXVII, 1899, 185).

³⁹ Che la compravendita varroniana sia conclusa *solo consensu* è affermato, tra gli altri, da P.F. GIRARD, *Études historiques sur la formation du système de la garantie d'éviction en droit romain*, in *Mélanges de droit romain*, II, *Droit privé et procédure*, Paris, 1923, 51, nonché da H.-P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma*, cit., 21, rileva che «mit der *antiqua formula* wird nur der Kaufabschluss endgültig festgestellt und so von der Vorverhandlungen getrennt – ein Verfahren, das aus der Staatverwaltung bekannt war und schon von Plautus und noch von Julian berichtet wird». Anche D. SCHLOßMANN, *Zur Geschichte des römischen Kaufes*, in *ZSS*, XXIV, 1903, 190 s., ricorda che attestazioni di accordi conclusi in questa forma si trovano in gran numero nelle fonti: a suo parere, però, non avrebbero avuto sicuri effetti obbligatori, ma si sarebbe trattato di un «Durchgangsstadium» nello sviluppo del contratto consensuale di compravendita.

⁴⁰ La tesi di G. BAVIERA, *Note*, cit., 88), secondo cui l'*'antiqua formula'* andrebbe identificata con la '*prisca formula*', riferita da Varrone alla *stipulatio* di garanzia, ha recentemente ricevuto l'adesione di M. CARBONE, '*Tanti sunt mi emptae? Sunt*', cit., 404 s. Le riflessioni di quest'ultima Autrice, secondo

compratore che, mediante una *expromissio*⁴² effettuata in favore del venditore, presumibilmente in forma di *stipulatio*⁴³, garantisce il pagamento dei *nummi*

cui «i termini *antiqua* e *prisca* hanno, in sostanza, il medesimo significato», sicché «la loro contemporanea presenza nel testo varroniano si giustifica perciò agevolmente con l'esigenza di evitare ripetizioni stilisticamente spiacevoli», non mi sembrano però convincenti, per almeno tre ragioni: per un verso, ritenere che Varrone abbia voluto sottolineare due volte, a distanza di poche righe soltanto, il carattere arcaico della procedura negoziale consigliata significa addebitargli una pedanteria concettuale che, a mio avviso, mal si armonizza con la brevilocuquenza complessiva del testo; per altro verso, va considerato che la prima formula, relativa alla manifestazione della volontà con interrogazione e risposta e all'*expromissio emptoris*, doveva avere carattere indefettibile per la conclusione del contratto, mentre la successiva *stipulatio* di garanzia poteva anche mancare, a seconda di come le parti intendevano modellare la *lex contractus* (*'in ea enim alii plura, alii pauciora excipiunt'*), sicché esse rivestivano un ruolo ben diverso nell'economia della contrattazione; infine, non mi pare argomento decisivo a favore dell'identificazione delle due *formulae* il fatto che si dica, nel brano, che le parti usavano *de reliquo* ricorrere a 'una antica formula' soltanto, anziché a due, tenuto conto che in tal modo si poteva indicare la forma di conclusione della compravendita descritta nel testo, in cui sua volta poteva innestarsi (ma soltanto in via eventuale, ove i contraenti lo ritenessero opportuno) un ulteriore scambio di battute, stilizzato, allo specifico fine di garantire il compratore in relazione ai vizi del gregge.

⁴¹ È l'ipotesi avanzata da G. BAVIERA, *Note*, cit., 88. Ritene D. DAUBE, *Slightly different*, in *Iura*, XII, 1961, 106, che un'eco della stessa *antiqua formula* varroniana sia possibile sentire in D. 18.1.41.pr. (Iul. 3 *ad Urs. Fer.*) e in D. 45.1.35.2 (Paul. 12 *ad Sab.*): sicché, conclude lo studioso inglese, «this form seems to have persisted longer than one might expect».

⁴² Osserva M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani tra 'conventio' e 'stipulatio' fino a Labeone*, in *'Contractus' e 'pactum': tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo repubblicana. Atti del Convegno di diritto romano e della presentazione della nuova riproduzione della 'Littera florentina'. Copanello 1-4 giugno 1988*, a cura di F. Milazzo, Napoli, 1990, 63, nt. 101 (cui aderisce M. PENNITZ, *Das 'periculum rei venditae'. Ein Beitrag zum «aktionenrechtlichen Denken» im römischen Privatrecht*, Wien - Köln - Weimar, 2000, 301) che il verbo '*expromittere*' non viene «usato qui in senso tecnico, per indicare la promessa che, proveniente da un terzo, si sostituisce a quella del debitore, ma nello stesso significato del verbo semplice *promittere*, che allude alla *verborum obligatio*». Se è indubitabile che non vi sia, nel formulario, l'intervento di un soggetto estraneo al contratto, mi pare però plausibile ipotizzare che Varrone, considerata la sua somma padronanza

concordati a titolo di prezzo, che non vengono contestualmente versati; dall'altro, quella del venditore che, sempre in forma di *stipulatio*, garantisce al compratore l'assenza di vizi negli animali venduti⁴⁴.

Precisato che, quand'anche il formulario riportato sia stato sin qui rigorosamente seguito dalle parti, nondimeno il gregge non cambia proprietario, fintanto che non vi sia stata la *traditio* da parte del venditore⁴⁵, da attuarsi

linguistica, abbia adoperato a ragion veduta il verbo '*expromittere*', in luogo del più neutro '*promittere*', allo scopo di rendere percepibile al lettore che l'impegno assunto dal compratore, che non paghi subito il prezzo, concreta un'obbligazione contratta *verbis* che rafforza l'accordo consensuale, a vantaggio del venditore. Del resto, ritengono che questo sia il significato dell'*expromissio* sia A. PERNICE, '*Labeo*', cit., 458 (secondo cui «der nächste Schritt der Entwicklung von Zug um Zug Erfüllung war wol, dass man statt den Kaufpreis bar zu entrichten ihn sicherstellte»), che F. DE ZULUETA, *The roman law of sale*, Oxford, 1945, 4.

⁴³ Sul presupposto che il venditore agisce con l'*actio venditi* e non con l'*actio ex stipulatu*, osserva F. PRINGSHEIM, *Eigentumsübergang beim Kauf*, in ZSS, L, 1930, 340 (seguito sul punto da G.G. ARCHI, *Il trasferimento della proprietà nella compravendita romana*, Padova, 1934, 110 s.), che «steckt in *expromisit nummos* offenbar keine Stipulation». La circostanza che, nel caso di specie, non venga utilizzata l'azione sorta dal contratto verbale, si può altrimenti spiegare, come meglio dirò oltre: e, d'altro canto, nel senso che di una vera e propria *stipulatio* di garanzia si tratti si pronuncia la dottrina assolutamente prevalente, tra cui M. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., 63, nt. 101; E. JAKAB, '*Praedicere*' und '*cavere*' beim Marktkauf. *Sachmängel im griechischen und römischen Recht*, München, 1997, 158; A. WATSON, *The origins of consensual sale: a hypothesis*, in TR, XXXII, 1964, 248, nonché M. MARRONE, *Trasferimento della proprietà della cosa venduta e pagamento del prezzo*, in Ann. Univ. Palermo, XLII, 1992, 188, nt. 17 (anche in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del Congresso Internazionale Pisa-Viareggio-Lucca, 17-21 aprile 1990*, II, a cura di L. Vacca, Milano, 1991, 489, nt. 17 e, da ultimo, in ID., *Scritti giuridici*, I, a cura di G. Falcone, Palermo, 2003, 444 s., nt. 17).

⁴⁴ Per un'analisi del testo di Varrone sotto questo specifico profilo, si veda, tra gli altri, P.F. GIRARD, *Les stipulations de garantie*, in NRHD, VII, 1883, 541 s. .

⁴⁵ Trattandosi, in 2.2.5-6, della compravendita di *oves*, non viene qui direttamente in rilievo il problema di stabilire se Varrone esigesse, per il trasferimento della proprietà degli animali che si annoverano tra le *res Mancipi*, la *mancipatio*: il punto è ampiamente discusso da G. NICOSIA,

concretamente mediante la conta dei capi di bestiame che corrispondono alla cifra complessiva concordata nel contratto⁴⁶, arriviamo ad affrontare la parte finale del

'Animalia quae collo dorsove domantur', in *Iura*, XVIII, 1967, 52 ss. (e ora anche in *Silloge. Scritti 1956-1996*, I, Catania, 1998, 288) e, più di recente, da P.P. ONIDA, *Studi sulla condizione degli animali non umani nel sistema giuridico romano*, Torino, 2002, 355 ss. Sulle peculiarità di quella che viene designata come «dottrina varroniana del trasferimento della proprietà», in ragione delle discrepanze che talora presenta rispetto alle tradizionali regole, incentrate sulla distinzione tra *res Mancipi* e *res nec Mancipi*, cfr. anche A. CENDERELLI, *'Varroniana'. Istituti e terminologia giuridica nelle opere di M. Terenzio Varrone*, Milano, 1973, 149 (senza annotazioni è, al riguardo, il commento di D. NÖRR, *Recensione* ad A. CENDERELLI, *'Varroniana'*, cit., in *ZSS*, XCI, 1974, 544).

⁴⁶ Di contro a una tesi più risalente (seguita ancora da F. KNIEP, *'Argentaria stipulatio'*, in *Festgabe der Juristenfakultät Jena für August Thon*, Jena, 1911, 33, nonché da C. APPLETON, *À l'époque classique le transfert de propriété de la chose vendue et livrée était-il subordonné, en règle, au paiement du prix?*, in *RHD*, VII, 1928, 32), secondo cui *'nisi est adnumeratum'* sarebbe stato da correggere in *'nisi sit aes adnumeratum'*, la dottrina assolutamente maggioritaria (cfr. F. PRINGSHEIM, *Eigentumsübergang*, cit., 337 s., nonché ID., *Der Kauf mit fremden Geld. Studien über die Bedeutung der Preiszahlung für den Eigentumserwerb nach griechischem und römischem Recht*, Leipzig, 1916, 73; G. BAVIERA, *Note*, cit., 88) sostiene che *adnumerare* vada qui inteso nel suo significato letterale di 'contare a uno ad uno', anziché di 'pagare': e che, pertanto, Varrone alluda al fatto che il passaggio di proprietà dipende non già dalla *solutio* del prezzo da parte del compratore, bensì dal comportamento del venditore che, contando gli animali oggetto del contratto e corrispondenti al *quantum* pattuito, consegna la merce. Analogamente, si esprimono F. HAYMANN, *Textkritische Studien zum römischem Obligationsrecht*, II, *'Periculum est emptoris'*, in *ZSS*, XLI, 1920, 52 s., secondo cui Varrone avrebbe inteso semplicemente precisare che il compratore non acquista la proprietà del gregge tramite il gioco di domanda e risposta, prive di forma, e le successive stipulazioni, ma tramite la consegna della *res* compravenduta attuata con la conta delle pecore, e C. LONGO, *Passaggio della proprietà e pagamento del prezzo nella vendita romana. Appunti critici*, in *BIDR*, XLV, 1938, 30, il quale osserva che, nel contesto del brano, «la *adnumeratio*, nel suo senso normale, significa la tradizione mediante conteggio dei capi secondo i patti prestabiliti; come nel caso di vendita di cose a tanto l'unità di misura o di peso, la tradizione non può consistere che nella consegna di esse, misurate o pesate»: il riferimento, in proposito, è a D. 18.1.35.5-6 (Gai. 10 *ad ed. prov.*): *in his quae pondere numero mensurave constant, veluti frumento vino oleo argento, modo ea servantur quae in ceteris, ut simul atque de pretio convenerit, videatur perfecta venditio, modo ut, etiamsi de pretio convenerit, non tamen aliter videatur*

brano, in cui si discorre dei rimedi a disposizione di ciascuna parte nel caso in cui l'altra risulti inadempiente rispetto alle obbligazioni assunte.

perfecta venditio, quam si ad mensa ad pensata ad numerata sint. ... 6. Ergo et si grex venierit, si quidem universaliter uno pretio, perfecta videtur, postquam de pretio convenerit; si vero in singula porpora certio pretio, eadem erunt, quae proxime tractavimus (su cui, tra gli altri, E. GENZMER, 'Pondere, numero, mensura', in *RIDA*, I, 1952, 472 s.; F. CASAVOLA, 'Emptio pondere numero mensura', in *Scritti giuridici raccolti per il centenario della casa editrice Jovene [1854-1954]*, Napoli, 1954, 564 [ora anche in 'Sententia legum' tra mondo antico e moderno, I, *Diritto romano*, Napoli, 2000, 315 ss.] che osserva: «*admetiri, adpendere, adnumerare* non sono che espressioni tecniche, data la specialità dell'oggetto, della *traditio*»). A suggerire che la corretta interpretazione di *adnumerare* sia nel senso della conta dei capi di bestiame necessaria per la *traditio*, anziché della conta di denaro necessario per il pagamento, sono, in effetti, diversi elementi. Se un primo dato, di carattere prettamente stilistico, può essere rinvenuto nell'utilizzo del medesimo verbo, da parte di Varrone, appena poche righe innanzi, ove il significato inequivoco è che le parti provvedono a contare i singoli animali, ben più significativo è che, nel preambolo inserito in apertura del secondo libro della stessa opera (*de re rustica*, 2.1.15, riportato *infra*), Varrone avesse informato il lettore che, per il passaggio di proprietà, non sempre basta che vi sia il pagamento della somma pattuita o una *stipulatio* che dello stesso pagamento tenga luogo: ma che, invece, è necessario '*aliquid intercedere*', vale a dire che sia posto in essere un adempimento ulteriore, quale la *traditio*. Ora, se in 2.1.15 si trova affermato che il bene compravenduto non cambia proprietario in forza della semplice *solutio nummorum*, è logico dedurre che Varrone mai avrebbe potuto cadere in una così palese contraddizione affermando, in 2.2.6, che il gregge non muta proprietario, perché non vi è stato il pagamento del prezzo: se quest'ultimo fosse da intendere quale condizione necessaria e sufficiente per l'effetto traslativo, si giungerebbe ad attribuire alla *solutio* stessa una valenza che poco prima si era sottolineato non avere. Al contrario, questa difficoltà si supera attribuendo all'*adnumeratio* un significato letterale, di conta delle pecore corrispondenti alla somma concordata tra le parti: proprio nella consegna si rinviene il presupposto che, insieme al pagamento o alla *stipulatio nummorum*, di per sé non sufficienti, è in grado di provocare il trasferimento della proprietà. In proposito, precisa M. MARRONE, *Trasferimento*, cit., 188, nt. 17, che «Varrone, dicendo che 'non sempre' è sufficiente *stipulatio aut solutio nummorum* per il passaggio di proprietà, intende[va] far riferimento a ciò, che per gli animali *mancipi* occorre[va] anche la *mancipatio*».

Qui, Varrone tiene a precisare che il compratore può agire *ex empto* per ottenere la condanna del venditore che non abbia consegnato le pecore, pur in assenza del pagamento dei *nummi*, soggiungendo che altrettanto è consentito, ‘*simili iudicio*’, al venditore, il quale non abbia ottenuto dal compratore l’ammontare pattuito.

A prima vista, la testimonianza conservata nelle righe conclusive del testo parrebbe rappresentare un ostacolo formidabile per chiunque abbia in animo di sostenere che il sinallagma funzionale sia un elemento connaturato al regime della compravendita romana: se, invero, ciascuna delle parti doveva rassegnarsi a eseguire la propria prestazione, senza poter invocare a scusante la mancata esecuzione di quella altrui, è giocoforza dedurre che Varrone intendeva ciascuna delle obbligazioni come irrimediabilmente indipendente dall’altra.

È presto spiegato, dunque, il motivo per cui anche i più fervidi sostenitori del carattere classico dell’eccezione di inadempimento si trovano costretti a negare che, in età più risalente, le obbligazioni di compratore e venditore fossero tra loro collegate nella fase della rispettiva esecuzione da un nesso di interdipendenza⁴⁷, il quale – come si è anticipato – sarebbe stato concepito soltanto dalla giurisprudenza più matura grazie alla clausola *ex fide bona*. Ed altrettanto chiaro è che, inteso in questi termini, il brano sembra segnare un punto a favore dell’interpretazione proposta dall’Ernst, a tenore della quale l’assenza di un vincolo funzionale tra le

⁴⁷ Perentorio, sul punto, H.-P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma*, cit., 23: «der Käufer kann ohne Rücksicht auf die Erfüllung der eigenen Verpflichtung den Partner in Anspruch nehmen. Der Verkäufer jedenfalls ist zu Varros Zeit noch nicht befugt, die Übereignung der Kaufsache deshalb zu verweigern, weil er den Kaufpreis noch nicht erhalten habe». D’altro canto, va poi evidenziato che, ad ammettere che le azioni, nel brano in esame, fossero tra loro indipendenti, riuscirebbe poco agevole spiegare il motivo per cui poi divengano funzionalmente collegate: all’epoca di Varrone, infatti, erano senz’altro già note le azioni con *intentio ex fide bona*, come dimostra, tra l’altro, la lettura di Cic. *de off.* 3.17.70 (e come ricorda anche F. DE ZULUETA, *The roman law*, cit., 5, nt. 1), sicché dovrebbe riconoscersi che il carattere di buona fede non implica di per sé la bilateralità degli obblighi assunti dalle parti.

obbligazioni dell'*emptio venditio*, già presente per l'epoca più antica, si sarebbe conservata inalterata in età classica, in attesa che, nel periodo giustiniano, il fruttuoso esperimento delle azioni a disposizione di compratore e venditore venisse finalmente subordinato al preventivo adempimento da parte dell'attore⁴⁸.

Prima di giungere, però, a trarre conclusioni definitive dalle informazioni che il brano offre sul piano processuale, non è vano, a mio avviso, cercare di riesaminare la configurazione del contratto descritta sul piano sostanziale: premettendo da subito che essa si presenta, all'interprete moderno, non poco complessa e stratificata, in ragione dell'innesto, sull'espressione consensuale cui è da ricondurre il perfezionamento del negozio, di ulteriori elementi negoziali volti ora a rafforzarne ora a integrarne i singoli effetti⁴⁹.

Sulla circostanza che si tratti, in ogni caso, dello stesso contratto consensuale e obbligatorio che conosciamo come *emptio venditio* e non, invece, della semplice combinazione di una doppia *stipulatio* conclusa *verbis*, mediante l'interrogazione '*tanti sunt mi emptae*'? e la risposta '*sunt*', riterrei – malgrado le dissonanti opinioni variamente espresse in dottrina – che vi sia poco da dubitare, atteso che è lo stesso Varrone a mettere in chiaro, quanto meno per il compratore, come questi agisca

⁴⁸ Cfr. W. ERNST, *Die Vorgeschichte*, cit., 10 s.

⁴⁹ Rileva, in modo particolarmente incisivo, M. SARGENTI, *Problemi della responsabilità contrattuale*, III, *Obbligazione di consegnare e 'periculum rei venditae'*, in *SDHI*, X, 1954, 229, che lo schema varroniano rappresenta «un atto complesso», che «conserva la giustapposizione di elementi diversi, posti insieme nel, si direbbe, faticoso sforzo di realizzare il risultato pratico dello scambio». Tuttavia, si spinge forse troppo oltre la conclusione cui subito dopo giunge l'Autore, ovvero che, secondo quanto si desumerebbe dal testo, ai tempi di Varrone «la compravendita non è ancora tecnicamente un contratto», in quanto priva di «un'unica forma giuridica»: mi pare, invece, che all'elemento consensuale, rappresentato dallo scambio di domanda e risposta, sia già da attribuire una propria efficacia obbligatoria, come dimostra la circostanza che il compratore agisce sicuramente *ex empto* e che gli ulteriori elementi – l'*expromissio* e le *stipulationes* – sono volte o a rafforzare gli impegni assunti, o a disciplinare ulteriori aspetti non direttamente contemplati dall'accordo, come i vizi degli animali.

servendosi sicuramente dell'azione contrattuale tipica, sorta *ex empto*⁵⁰, onde ottenere la condanna del venditore che ancora non ha consegnato il gregge, pur non avendo ancora, dal canto suo, adempiuto l'obbligo di pagare il prezzo.

In proposito, è però da tenere presente che, sebbene non abbia effettivamente provveduto alla *solutio* del corrispettivo pattuito, il compratore ne aveva poco prima promesso il pagamento, in forma di *stipulatio*, al venditore (*'expromisit nummos'*): e che tale impegno, per quanto tramandatoci in modo così conciso dall'erudito reatino, verosimilmente costituiva un «elemento essenziale» dell'antico e risalente formulario che, ancora ai suoi giorni, era rimasto in uso⁵¹.

Prima di spingere oltre il ragionamento, va detto che il testo è stato sospettato di essere guasto proprio nel punto in cui contiene il riferimento all'*expromissio nummorum*⁵², anche per il fatto che, onde far valere l'inadempimento del compratore,

⁵⁰ Né potrebbe essere diversamente, visto che – nota P. MEYLAN, *Le rôle de la 'bona fides' dans le passage de la vente au comptant a la vente consensuelle a Rome*, in *'Aequitas' und 'bona fides'. Festgabe für A. Simonius*, Basel, 1955, 248, nt. 1 –, la consegna delle pecore non era mai stata dedotta in un contratto verbale in favore del compratore: Varrone menziona soltanto la *stipulatio* relativa all'*habere licere* e l'*expromissio nummorum*, e la consegna medesima non potrebbe, a rigore, ritenersi implicita nella prima stipulazione. Sull'individuazione degli obblighi gravanti sul venditore, cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Diritto puro e diritto applicato negli obblighi del venditore romano*, in *Festschrift Paul Koschaker*, II, Weimar, 1939, 141 ss.

⁵¹ Così M. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., 63; il «valore costitutivo essenziale» dell'*antiqua formula* è riconosciuto anche da A. CENDERELLI, *'Varroniana'*, cit., 149.

⁵² Non è ovviamente sfuggita ai commentatori la circostanza che *'expromisit nummos'* pare riferirsi, grammaticalmente, a *'ille'*, cioè al venditore, anziché al compratore. Tra gli Autori che ritengono che il passo sia stato manomesso, cfr., in particolare, C. LONGO, *Passaggio della proprietà*, cit., 30, nonché G. VON BESELER, *Eigentumsübergang und Kaufpreiszahlung*, in *'Acta congressus iuridici internationalis (Romae 12-17 novembris 1934)'*, I, Roma, 1935, 339, il quale muove dal presupposto – a mio avviso non condivisibile, per quanto subito dirò nel testo – che il verbo *expromittere* sia da riguardare come «ein spätlateinisches Wort». Difendono, invece, senza esitazioni la genuinità del testo, tra gli altri, P. MEYLAN, *Varron*, cit., 180 (il quale rileva che la costruzione del testo «c'est là d'ailleurs une particularité qui n'est étrangère à la langue du grand érudit républicain»); F. LEIFER, *Altrömische*

Varrone suggerisce al venditore di esercitare non già l'azione di stretto diritto nascente dalla stipulazione, bensì l'*actio venditi*⁵³.

A ben vedere, non vi sono ragioni che costringessero l'Autore a trattare del mezzo previsto a tutela del credito originato dalla *stipulatio*, anziché di quello sanzionante gli obblighi tipici del contratto consensuale.

Al di là del rilievo, di per sé piuttosto fragile, secondo cui un simile tema sarebbe risultato eccentrico rispetto all'argomento che ci si proponeva di presentare al lettore, circoscritto alle modalità con cui andava conclusa la compravendita di animali

Studien, IV, 'Mancipium' und 'auctoritas'. Mit Beiträgen zum römischen Schuld- und Haftungsproblem, 2, in *ZSS*, LVII, 1937, 217; M. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., 63, nt. 101. Quanto ai tentativi di ovviare alla difficoltà testuale or ora evidenziata, E. SCHÖNBAUER, *Zur Frage des Eigentumsüberganges beim Kauf*, in *ZSS*, LII, 1932, 207, ha proposto di eliminare 'et' e di inserire un punto dopo 'expromisit nummos': ciò che, però, è stato perentoriamente definito «unmöglich» da F. PRINGSHEIM, *Randbemerkungen* zu E. SCHÖNBAUER, *Zur Frage des Eigentumsüberganges*, cit., in *ZSS*, LIII, 1933, 492, e «arbitrario» da G.G. ARCHI, *Il trasferimento della proprietà*, cit., 111 (mentre pare persuadere S. ROMANO, *Nuovi studi sul trasferimento della proprietà e il pagamento del prezzo nella compravendita romana*, Padova, 1937, 167). Diversamente, C.S. TOMULESCO, 'Et expromisit nummos', in *Labeo*, XXV, 1979, 291 s., ha suggerito di intendere 'et' quale svista di un copista, in luogo di un originario 'ei' (soluzione, questa, che ricorda quella proposta, con riferimento a Varr. *de lingua latina* 7.105, da H. LÉVY-BRUHL, *Deux corrections de texte*, in *RHD*, XVII, 1938, 460). A ogni modo, non può apparire dubbio che 'expromisit' si riferisca a 'emptor', nella lettura complessiva e nel significato del periodo, anche senza ricorrere a congetture che presuppongano l'alterazione del testo: la risposta del venditore si inserisce come un inciso nella descrizione di Varrone, che non ritiene vi sia soluzione di continuità tra 'emptor' e il soggetto della promessa di pagare il prezzo, tanto da non sentire la necessità di inserire un pronome o precisare che si tratta dello stesso compratore. In proposito, F. DE ZULUETA, *The roman law*, cit., 4, richiama l'*expromissio* menzionata in Varr. 2.2.5-6, nel senso che mentre, in età avanzata, una simile garanzia doveva essere prestata da un terzo, in origine sarebbe stato consentito allo stesso debitore (nel caso di specie, al compratore) di garantire l'adempimento.

⁵³ È, questa, la perplessità espressa da C. LONGO, *Passaggio della proprietà*, cit., 30.

e agli effetti che questa produceva⁵⁴, mi pare si possa sostenere che l'*actio ex stipulatu* in favore del venditore, derivante dall'*expromissio* prestata dal compratore, non dovesse affatto sostituire l'autonoma azione sorta dalla compravendita: e ciò perché alla promessa formale non era da attribuire un effetto novativo, consistente nell'estinguere l'obbligo del compratore di versare il prezzo, ma, al contrario, la specifica funzione di assicurare al venditore l'adempimento dell'obbligazione pecuniaria, per mezzo di un impegno aggiuntivo, contratto solennemente *verbis* dall'*emptor* che scegliesse di non effettuare il pagamento al momento della compravendita, che, in ultima analisi, era destinato a tener luogo del pagamento medesimo almeno nell'immediato perfezionamento del contratto⁵⁵.

⁵⁴ Cfr. U. VON LÜBTOW, 'Catos leges venditioni et locationi dictae', in *Eos* (= 'Symbolae Raphaeli Taubenschlag dedicatae'), XLVIII, 3, Warschau, 1957, 227 ss., nonché in ID., *Gesammelte Schriften*, I, *Römisches Recht*, 3, Berlin, 1989, 161, secondo cui il venditore avrebbe avuto a propria disposizione sia l'azione di stretto diritto, sia quella di buona fede derivante dalla vendita, entrambe riferite al pagamento del prezzo: Varrone, però, avrebbe trattato soltanto della seconda perché, avendo poco prima discusso dell'azione del compratore diretta ad ottenere la consegna della cosa, «nur darauf er hinweisen will, dass es sich bei der Klage des Verkäufers auf Zahlung des Kaufpreises um eine *simile iudicio* handelt». Cfr. inoltre P. MEYLAN, *Varron*, cit., 181: «ce qui importe essentiellement à Varron, c'est de bien mettre en lumière que la *traditio* décisive pour le transfert de la propriété des moutons fait l'object d'une créance dont l'exercice judiciaire n'est pas subordonné à l'exécution par l'acheteur de sa propre obligation de payer le prix». Ritiene invece, M. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., 64, che la mancata considerazione per l'*actio ex stipulatu* si spieghi per il fatto che, ai tempi in cui Varrone scriveva, il significato tecnico dell'impegno assunto *verbis* dal compratore doveva essere poco percepibile nella prassi: «sembra di vedere qui la sovrapposizione di due diversi moduli: lo scrittore si riferisce alla realtà della sua epoca, quando dal contratto consensuale sorgevano per le parti i due *iudicia bonae fidei*, non accorgendosi che, nella struttura del modello adottato, per il prezzo il *venditor* doveva agire, invece, sulla base dell'*expromissio*». È lo stesso Varrone, del resto, a rimarcare che lo schema negoziale adottato risaliva a età di gran lunga precedente, definendo '*antiqua*' la formula di scambio dei consensi e '*prisca*' quella per la stipulazione della garanzia per i vizi.

⁵⁵ Cfr. E. SCHÖNBAUER, *Zur Frage des Eigentumsüberganges*, cit., 208, secondo cui «statt der Münzen wird hier ein formales Schuldversprechen gegeben, das ebenso wirkt wie die Barzahlung»; P.

Che la tesi volta a individuare nell'*expromissio* una vera e propria novazione non sia da suscettibile di accoglimento, mi pare possa essere affermato – utilizzando le parole già di un'attenta dottrina⁵⁶ – valorizzando sia l'intriseca «l'artificiosità di un procedimento che avrebbe richiesto la novazione di un'obbligazione appena sorta (e perché mai, poi, se questa era già assistita dall'azione?)» sia, soprattutto, l'assenza di quegli elementi che soltanto potevano tecnicamente giustificare l'estinzione di un'obbligazione con un'altra, quali l'*animus novandi* e l'*aliquid novi*, di cui Varrone non fa alcun cenno: senza dire che – come meglio vedremo oltre – l'utilizzo del verbo '*expromittere*' per indicare una promessa non novativa del debito proprio non è insolito nella letteratura giuridica romana⁵⁷.

Se è quindi esatto osservare che, accanto all'obbligazione assunta con il contratto consensuale, l'acquirente ha assicurato alla propria controparte verbalmente il proprio adempimento, il motivo per cui egli viene ammesso a esercitare l'azione

MEYLAN, *Varron*, cit., 180, a giudizio del quale l'*expromissio* è «l'équivalent ... du paiement du prix»; C.S. TOMULESCO, '*Et expromisit nummos*', cit., 292.

⁵⁶ Cfr. M. SARGENTI, *Problemi*, cit., 230, il quale richiama i requisiti della novazione richiesti da Gai 3.177 ('*Sed si eadem persona sit, a qua postea stipuler, ita demum novatio fit, si quid in posteriore stipulatione novi sit, forte si condicio aut dies aut sponsor adiciatur aut detrahatur*'). Ferma la validità dei rilievi formulati dall'illustre romanista, non mi pare si debba per ciò stesso necessariamente accedere alla sua opinione, nella parte in cui individua nell'*expromissio* «l'atto formale con cui l'obbligazione di pagamento del prezzo nasceva»: sul significato che, a mio parere, è da attribuire alla stessa *expromissio*, cfr. *infra*, § 2.

⁵⁷ Cfr., sul punto, F. BONIFACIO, *La novazione in diritto romano*, Napoli, 1959, 24, nt. 3, con richiamo specifico a D. 39.5.19.4 (Ulp. 76 *ad ed.*): *Si quis servo pecuniam crediderit, deinde is liber factus eam expromiserit, non erit donatio, sed debiti solutio. idem in pupillo, qui sine tutoris auctoritate debuerit, dicendum est, si postea tutore auctore promittat*; A. MASI, voce '*Expromissio*', in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, 1092, che sottolinea come il sostantivo '*expromissor*' sembra invece utilizzato per «qualificare solo colui che assume un debito altrui» (cfr. D. 13.7.10 [Gai. 9 *ad ed. prov.*]: *Quod si non solvere, sed alia ratione satisfacere paratus est, forte si expromissorem dare vult, nihil ei prodest*).

che gli compete *ex empto vendito*, '*quamvis non solverit nummos*'⁵⁸, potrebbe essere ravvisato proprio nella circostanza che egli ha prestato l'*expromissio*: l'inciso inserito dall'antiquario risulterebbe eloquente nel rivelare che, rispetto alla vicenda negoziale descritta, si prescinde da quello che sarebbe un onere normalmente gravante sul compratore, cioè, appunto, quello di pagare preliminarmente il prezzo⁵⁹.

A tale soluzione, parte della dottrina ha mosso, però, una duplice obiezione: da un lato – si sostiene –, affermando l'indipendenza delle obbligazioni sorte a carico

⁵⁸ Ci si potrebbe domandare, con F. PRINGSHEIM, *Der Kauf*, cit., 73, perché Varrone inserisca ancora una volta, dopo il '*nec non*', la precisazione '*quamvis non solverit nummos*', visto che poco prima aveva già detto '*nisi si est adnumeratum*'. La ragione, secondo lo studioso tedesco, è da ricercare nel significato specifico attribuito al verbo '*adnumerare*', che alluderebbe a una «spezifische Traditions-handlung des Verkäufers» consistente nel consegnare dietro pagamento («gezählt übergehen») e non, semplicemente, nel consegnare: a me pare che, invece, si possa ricavare dall'inciso la sussistenza dell'obbligo di versare il prezzo per l'esercizio dell'azione, come subito dirò nel testo.

⁵⁹ Già F. HAYMANN, *Textkritische Studien*, II, cit., 53, aveva rilevato che, se Varrone precisa che il compratore può, anche se non ha pagato in contanti, ottenere la condanna del venditore *ex empto*, per il caso in cui la consegna non abbia luogo spontaneamente, ciò si deve alla circostanza che egli '*nummos expromisit*'. Che, senza questa garanzia del venditore, il compratore avrebbe potuto comunque ottenere la condanna *ex empto*, Varrone non lo dice: donde, in definitiva, non è ricavabile dal brano alcuna prova sicura della pretesa indipendenza delle reciproche obbligazioni. Analogamente, U. VON LÜBTOW, '*Catos leges*', cit., 157 ss., aveva sottolineato che, con l'espressione *expromisit nummos*, il venditore è assicurato rispetto all'adempimento della controparte: è questo il motivo per cui, probabilmente, si sarebbe potuto contravvenire alla regola per cui il compratore avrebbe dovuto pagare, prima di poter convenire in giudizio la propria controparte per far valere la mancata consegna del gregge. Cfr. inoltre P. MEYLAN, *Varron*, cit., 181, nonché A. PERNICE, '*Labeo*', cit., 459 («wird nun aus diesem Vertrage nach Sicherstellung des Kaufpreises auf Hergabe der Ware geklagt, so darf diesem Anspruche keine Retention entgegengesetzt werden»); sulla stessa linea di pensiero anche F. CANCELLI, *L'origine del contratto consensuale di compravendita nel diritto romano*, Milano, 1963, 128 (su cui F. WIEACKER, *Recensione a F. CANCELLI, L'origine*, cit., in *ZSS*, LXXXI, 1964, 440 s.) il quale, nell'osservare che le azioni sorte dall'*emptio venditio* vengono configurate da Varrone come tra loro indipendenti, rileva: «ma indipendenti anche, se non mi inganno, perché c'è di mezzo una *expromissio*».

delle parti, in virtù della *stipulatio* del prezzo, non verrebbe viceversa provata la loro interdipendenza, in assenza della *stipulatio* medesima; dall'altro lato – si osserva –, valorizzando l'*expromissio*, si giungerebbe all'assurdo di consentire che il venditore perda la possibilità processuale di agire contro il mancato adempimento del compratore, rispetto al contratto di compravendita⁶⁰.

Né l'uno né l'altro argomento mi sembrano, però, da accogliere, alla luce delle considerazioni che sin qui sono state svolte.

Con riguardo alla prima critica, riterrei non vada trascurata l'importanza della precisazione inserita da Varrone nella chiusa del passo, a tenore della quale il compratore può agire nei confronti del venditore che non abbia consegnato la merce '*quamvis nummos non solverit*': è davvero arduo scorgere la ragion d'essere di un inciso così formulato, ove si ritenga che nessun rapporto vi sia tra l'esercizio dell'*actio empti* e il pagamento del prezzo, giacché in tal caso il compratore avrebbe potuto ottenere la condanna della propria controparte comunque, a prescindere dall'adempimento della propria prestazione.

In ordine al secondo appunto, poi, come poco sopra si diceva, mi pare che – al di là della stessa, problematica, ammissibilità della novazione di un'obbligazione sorta da un contratto *bonae fidei*⁶¹ – la volontà delle parti intente a utilizzare lo schema negoziale proposto nel testo non sia certo nel senso di attuare una novazione, ma in quello esattamente opposto: sicché, a seguito dell'*expromissio* del compratore, il venditore non perdeva alcuna delle sue prerogative, ma anzi, veniva ad avere a propria disposizione entrambe le azioni.

⁶⁰ Cfr. H.-P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma*, cit., 23, il quale soggiunge che quest'ultimo svantaggio verrebbe appena compensato dal fatto che il venditore «eine Stipulation gegenüber der einfachen Preisforderung hat».

⁶¹ Cfr., sul problema, le osservazioni di D. DAUBE, *Novation of obligations giving a 'bonae fidei iudicium'*, in ZSS, LXVI, 1948, 99 (ora anche in ID., *Collected Studies in Roman Law*, I, Frankfurt am Main, 1991, 241).

Tanto precisato *ex latere emptoris*, merita ancora attardarsi brevemente sull'azione intentata dal venditore, per verificare se, anche in questo caso, l'indipendenza della pretesa dall'adempimento dell'attore si ricollegli a specifiche ragioni o se, invece, possa valere come regola generale.

Dal momento che il passo sottolinea trattarsi di un '*simile iudicium*', rispetto all'*actio empti* esercitata dal compratore, si può scartare con una certa tranquillità la tesi, pure avanzata in dottrina, secondo cui il venditore agirebbe *ex stipulatu*⁶²: a tal proposito si è esattamente osservato che la distinzione tra azioni di buona fede e di stretto diritto è così notevole che assai difficilmente un romano, non del tutto digiuno di questioni giuridiche – ciò che senz'altro Varrone non era, anche a non voler dar credito all'opinione di chi addirittura lo annovera a pieno titolo tra i giuristi del suo tempo⁶³ –, si sarebbe sentito autorizzato a proporre un accostamento tanto ardito⁶⁴.

Ora, se è vero che entrambe le azioni cui si fa riferimento nel testo sono quelle tipiche del contratto di compravendita⁶⁵, non passa certo inosservato che, rispetto

⁶² Se così fosse, le due azioni potrebbero dirsi simili unicamente in quanto *actiones in personam*: Varrone così avrebbe inteso sottolineare che l'*actio* del compratore non è *in rem*, perché egli non vanta alcun diritto reale sul gregge, dal momento che in forza del semplice contratto (senza il pagamento o la consegna, a seconda della tesi cui si ritenga di aderire in relazione al significato di '*nisi adnumeratum*') non ne ha ottenuto la proprietà.

⁶³ Sul problema, cfr. ampiamente, A. CENDERELLI, '*Varroniana*', cit., 6 ss. (su cui si leggano le osservazioni di L. LABRUNA, *Varrone giureconsulto?*, in *Iura*, XXIV, 1973, 345 ss., e ora anche in ID., '*Adminicula*', cit., 265 ss.) e, nella letteratura precedente, in particolare F. STELLA MARANCA, *Varrone giureconsulto*, in *Ann. Sem. Giur. Econ. Univ. Bari*, I, 1934, 167 s.

⁶⁴ Cfr. H.-P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma*, cit., 22 s. Singolare e isolata è l'affermazione di A. MAGDELAIN, *De la royauté et du droit de 'Romulus' à 'Sabinus'*, Roma, 1995, 172, secondo cui, con l'espressione '*simile iudicium*', «ne s'entend que d'une autre *actio incerti ex bona fide*, mais au lieu de l'*actio venditi*, dont Varron ne parle pas, il s'agit de l'*actio incerti ex stipulatu*, qui sous la République est toujours *ex bona fide*».

⁶⁵ E in questo senso, infatti, si pronuncia l'opinione assolutamente maggioritaria: cfr. R., CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, Milano, 1995, 121.

all'azione intentata dal venditore, lo scrittore si limita a specificare la possibilità di ottenere la condanna del compratore in base a un '*iudicium simile*', se il compratore non paga: omettendo, così, di precisare proprio ciò che rispetto al compratore gli era sembrato indispensabile aggiungere, cioè che l'azione in giudizio contro il venditore poteva essere utilmente esercitata malgrado questi non avesse ancora consegnato la cosa alla controparte.

Il parallelo costruito nell'ultimo periodo, in sé stilisticamente apprezzabile nella sua sintesi cristallina⁶⁶, si riscontra soltanto nell'indicazione dell'obbligo rimasto inadempito, resa ora con '*si non tradet*' e ora con '*si non reddit pretium*', mentre su un diverso versante a '*quamvis nummos non solverit*' non fa da eco '*quamvis rem non tradiderit*': considerato il silenzio tenuto dall'erudito su questo passaggio fondamentale, riterrei probabile che gli sembrasse superfluo aggiungere una tale annotazione⁶⁷, visto che, di solito, non era richiesto al venditore di consegnare il bene compravenduto, prima di agire per ottenere il pagamento.

Per sintetizzare, dunque, sembra che dal brano emerga traccia di una prassi contrattuale in cui l'obbligazione di pagare il prezzo, assunta dal compratore già in forza del contratto consensuale, venga assistita da un'apposita *expromissio*: e che, proprio in conseguenza di ciò, il compratore possa convenire in giudizio il venditore pur senza aver, dal canto suo, pagato il prezzo. D'altro canto, il venditore sarebbe stato comunque ammesso ad avvalersi dell'apposita azione contrattuale per ottenere il

Contra M. SARGENTI, *Problemi*, cit., 231, nt. 74, secondo cui, se Varrone avesse pensato alla stessa *actio ex empto vendito* accordata al compratore, non l'avrebbe qualificata come *simile*: osservazione che, però, non mi sembra persuasiva, tenuto conto che una differenza intercorre, quanto meno, nella *demonstratio* di ciascuna formula.

⁶⁶ Nel senso che «Varron réproduit ici les procédés syntaxiques et stylistiques de la langue juridique», cfr. VARRON, *Économie rural*, II, trad. e note di C. Guiraud, Paris, 1985, 103, nt. 24. Sullo stile dell'antiquario, cfr. brevemente anche A. GUARINO, *Tagliacarte*, in *Labeo*, XXV, 1979, 113.

⁶⁷ Cfr. F. HAYMANN, *Textkritische Studien*, II, cit., 53.

corrispettivo della vendita, senza che alcun rilievo fosse attribuito alla circostanza dell'avvenuta consegna o meno della *res vendita*.

Rimane da spiegare per quale motivo la compravendita varroniana avrebbe contemplato una così marcata differenza di regime tra le obbligazioni delle parti e, soprattutto, quale sarebbe stata la funzione della promessa ulteriore prestata dal compratore in occasione della conclusione del contratto: sarà questo, dunque, l'argomento che cercheremo di affrontare nel prossimo paragrafo.

2. Il significato dell'*'expromissio'* varroniana e il principio di *Inst. 2.1.41*.

Non il solo *'de re rustica'* di Varrone, ma anche altre importanti testimonianze dell'età repubblicana cospirano nel senso di instillare nell'interprete moderno la convinzione che l'obbligazione pecuniaria gravante sul compratore, in forza di una compravendita già perfezionatasi con lo scambio dei consensi, soleva accompagnarsi a un ulteriore impegno verbale assunto in modo solenne.

La prova più risalente di un simile *modus procedendi*, a prima vista piuttosto artificioso, ci proviene da un'altra opera dedicata alla vita dei campi che, per quanto giuntaci – nell'opinione della critica⁶⁸ – alquanto alterata, nondimeno rappresenta una testimonianza di grande valore per illuminare un periodo storico su cui siamo poco informati: si tratta, precisamente, dei formulari del *'de agri cultura'* di Catone il Vecchio, là dove, nel capitolo dedicato alla vendita di un'*olea pendens*⁶⁹, è contenuta una prescrizione negoziale che suona in questo modo:

⁶⁸ Così C. FERRINI, *Sull'origine del contratto di vendita in Roma*, in *Memorie della R. Accademia di Scienze, Lettere e Arti di Modena*, IX, 1893, 62, riprendendo una convinzione già di E.I. BEKKER, *Ueber die 'leges locationis' bei 'Cato de re rustica'*, in *ZSS*, III, 1864, 416 s.

⁶⁹ La clausola, peraltro, in forza di rinvii operati all'interno del formulario (*'cetera lex, quae oleae pendenti'*), valeva anche per la vendita del *vinum pendens* e del *vinum in doliiis*.

cap. 146.5: *recte haec dari fierique satisque dari domino, aut cui iusserit, promittito satisque dato arbitrato domini. donecum solutum erit aut ita satis datum erit, quae in fundo inlata erunt, pigneri sunt. ne quid eorum de fundo deportato. si qui deportaverit, domini esto.*

Senza voler entrare, in questa sede, nelle complesse problematiche interpretative offerte dall'opera catoniana⁷⁰, preme soltanto sottolineare che, nel quadro della fattispecie così descritta, figura la prestazione, da parte del compratore-aggiudicatario, di una *stipulatio* «omnicomprensiva»⁷¹, che – secondo l'opinione nettamente prevalente in dottrina – avrebbe assolto al compito precipuo di garantire il pagamento del prezzo e l'adempimento delle altre obbligazioni assunte dalla parte

⁷⁰ Sull'argomento si veda, ora in generale ora con attenzione a problemi specifici, A. ARCANGELI, *I contratti agrari nel 'de agri cultura' di Catone*, in *Studi dedicati alla memoria di Pier Paolo Zanzucchi dalla facoltà di giurisprudenza*, Milano, 1927, 5 ss.; U. VON LÜBTOW, 'Catos leges', cit., 30 ss.; E.I. BEKKER, *Ueber die 'leges locationis'*, cit., 416 ss.; M. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., 61; E. ALBERTARIO, *Contratti agrari nel 'de agri cultura' di Catone*, in *Riv. di dir. agrario*, XV, 1936, 2 ss. (ora anche in ID., *Studi di diritto romano*, VI, *Saggi critici e studi vari*, Milano, 1953, 273 ss.); F. CANCELLI, *L'origine*, cit., 122; M. SARGENTI, *Il 'de agri cultura' di Catone e le origini dell'ipoteca romana*, in *SHDI*, XXII, 1956, 158 ss.; P. FREZZA, *I formulari catoniani e le forme della protezione del creditore pignoratizio*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, II, Milano, 1962, 435 ss.; C. CASTELLO, *Nuovi spunti su problemi di storia, economia e diritto desunti dal 'de agri cultura' di Catone*, in *Studi in memoria di Guido Donatuti*, I, Milano, 1973, 237 ss.; A. BURDESE, *Catone e la vendita di vino*, in *SDHI*, XLVI, 2000, 269 ss.; L. LABRUNA, *Plauto, Manilio, Catone: premesse allo studio dell'emptio consensuale*, in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, V, Milano, 1971, 40 ss. (ora anche in ID., *'Adminicula'*, Napoli, 1995, 179 ss.). Rispetto all'importanza del '*princeps Porciae familiae*' quale esperto di diritto, anche in rapporto alle notizie riferite in D. 1.2.2.38 (*Pomp. libro singularem enchiridii*), cfr. A. GUARINO, *Catone giureconsulto*, in *Index*, XV, 1987, 41 ss.

⁷¹ Così, efficacemente, M. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., 61.

acquirente⁷²: elemento, questo, che lascia intendere come, nonostante all'epoca fosse già conosciuta l'esistenza dei contratti consensuali, ancorché tutelati sul piano del solo *ius honorarium*⁷³, sembrasse conveniente che il *dominus auctionis* disponesse di una garanzia senz'altro operante sul piano del *ius civile* e, come tale, sicuramente tutelata in via giurisdizionale⁷⁴.

Informazioni concordanti e più precise ci vengono rese dai 'digesta' di Alfeno Varo, giurista vissuto verso la fine della repubblica che scriveva all'incirca negli stessi anni in cui Varrone, ormai giunto in età avanzata, si dedicava alla stesura della sua opera dedicata alla vita agricola.

In un frammento, troviamo uno specifico riferimento a quella stessa *expromissio* del corrispettivo ancora dovuto dall'*emptor*, che già avevamo avuto modo di incontrare nella vendita di *oves*:

⁷² La funzione della promessa in forma di *stipulatio* quale «Sicherheitsleistung» è messa in risalto da F. KNIEP, 'Argentaria stipulatio', cit., 28.

⁷³ Cfr. M. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., 56, nt. 80; C. FERRINI, *Sull'origine*, cit., 194 (ora in ID., *Opere*, III, *Studi vari di diritto romano e moderno*, a cura di E. Albertario, Milano, 1929, 63). *Contra*, però, P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 1929, 571, nt. 4; F. GALLO, *In tema di origine della compravendita consensuale*, in *SDHI*, XXX, 1964, 305, nt. 22, ove si osserva che gli accordi riportati nei formulari, intesi a vendere e a comprare, sarebbero risultati, all'epoca, «ancora, di per sé soli, sforniti di tutela» e dunque, appartenenti all'ambito delle «trattative precontrattuali» (p. 309) e L. LABRUNA, *Plauto*, cit., 49, secondo cui il capitolo 146 e gli altri che al medesimo si richiamano contengono «condizioni contrattuali da inserire nella *proscriptio* e da comunicare nel bando delle vendite all'incanto, per essere poi ricoperte probabilmente, in tutto o in parte, della forma stipulatoria necessaria a far sorgere il vincolo giuridicamente rilevante».

⁷⁴ Cfr. A. BURDESE, *Catone*, cit., 272 cit. Si veda, inoltre, E. CHAMPEAUX, *Le principe de simplicité des anciens actes juridiques romains et le gage*, in *Mélanges P.F. Girard*, I, Paris, 1912, che proprio dall'esame dei formulari catoniani ritiene di poter trarre la prova «que les anciens Romains préféraient la caution personnelle au gage».

D. 44.1.14 (Alf. 2 dig.): *Filius familias peculiarem servum vendidit, pretium stipulatus est: is homo redhibitus et postea mortuus est. et pater eius pecuniam ab emptore petebat quam filius stipulatus erat. Placuit aequum esse in factum exceptionem eum obicere: 'quod pecunia ob hominem illum expromissa est qui redhibitus est'.*

Ad Alfeno – o forse, più probabilmente, a Servio Sulpicio Rufo⁷⁵ – viene chiesto un parere in relazione a un caso in cui il compratore abbia acquistato da un *filius* uno schiavo peculiare, redibito e successivamente morto, e abbia promesso, appunto in forma di *expromissio*, di provvedere al versamento del corrispettivo: il giureconsulto repubblicano si pronuncia osservando che, di fronte al *pater familias* che agisca in giudizio per ottenere il pagamento della somma dovuta, appare equo concedere al convenuto un'*exceptio in factum*⁷⁶, di cui ci viene data l'esatta formulazione.

⁷⁵ Si ritiene unanimemente in dottrina (cfr., di recente, N. DONADIO, *La tutela del compratore tra 'actiones aediliciae' e 'actio empti'*, Milano, 2004, 53, nt. 35, con ivi ulteriori riferimenti) che il frammento riporti, nella sostanza, un parere di Servio Sulpicio, di cui lo stesso Alfeno (secondo quanto riportato da Aulo Gellio in *noct. act.* 7.5.1) fu allievo: cfr., per ulteriori notizie, W. KUNKEL, *Die römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung*, Köln - Weimar - Wien, 2001, 29. In generale, sul rapporto tra l'opera di Alfeno e i *responsa* serviani, cfr. H.-J. ROTH, '*Alfeni Digesta*'. *Eine spätrepublikanische Juristenschrift*, Berlin, 1998, 23 ss.

⁷⁶ Sui possibili motivi per cui si propone, per paralizzare l'azione, un'*exceptio in factum* anziché un'*exceptio doli*, cfr. L. DE SARLO, *Alfeno Varo e i suoi 'Digesta'*, Milano, 1940, 95; D. DAUBE, *Novation*, cit., 102, il quale suggerisce che ciò avvenga in quanto «strictly speaking, *redhibitio* concerns the son, not the father»; S. RONCATI, *Pagamento del prezzo*, cit., 89, che (riprendendo l'opinione di A. PETRUCCI, '*Mensam exercere*'. *Studi sull'impresa finanziaria romana [II secolo a.C. - metà del III secolo d.C.]*, Napoli, 1991, 135) spiega la concessione di un'*exceptio in factum* osservando che l'acquirente non avrebbe potuto «sollevare un'eccezione basata sulla *conventio* che realizzava la compravendita, in quanto essa era stata messa in atto dall'*emptor* e dal *filius familias*, e ad

Il dubbio che è stato avanzato in dottrina, anche alla luce della succinta descrizione dei fatti riportata nel passo, riguarda il significato dell'obbligazione assunta *verbis* dal compratore. Due, infatti, sono le possibili opzioni interpretative: che si tratti di novazione dell'obbligazione già sorta in forza del contratto consensuale⁷⁷ ovvero che la promessa formale si aggiunga, senza però sostituirsi, all'impegno originato a carico del compratore dall'*emptio venditio* conclusa in precedenza con il *filius*⁷⁸.

A mio avviso, è senz'altro preferibile accedere a quest'ultima ipotesi, per almeno un molteplice ordine di ragioni.

Anzitutto, anche il frammento alfeniano serba il più completo silenzio circa il ricorrere dei presupposti che, soli, giustificerebbero la novazione dell'obbligazione *consensu contracta*: nulla traspare, infatti, quanto all'*aliquid novi* che dovrebbe necessariamente differenziare il nuovo vincolo dal primo, né quanto all'*animus novandi* che avrebbe ispirato l'agire delle parti⁷⁹, sicché, nel silenzio serbato dal

essa non aveva preso parte il *pater*». Per i rapporti tra l'*exceptio* di D. 44.1.14 (Alf. 2 dig.) e l'*exceptio redhibitionis* di D. 44.4.5.4 (Paul. 71 ad ed.), v. *infra*, in questo cap., § 7.

⁷⁷ Così L. DE SARLO, *Alfeno Varo e i suoi 'Digesta'*, cit., 94, nonché S. RONCATI, *Pagamento del prezzo*, cit., 90: nessuno dei due autori, peraltro, adduce motivazione circa il fondamento della propria convinzione.

⁷⁸ È di questo avviso D. DAUBE, *Novation*, cit., 101, secondo cui l'*expromissio*, con ogni probabilità, tenuto conto anche dell'età risalente del frammento, non avrebbe seguito, ma formato parte integrante del contratto di vendita (che mi pare seguito sul punto da M. KASER, *Zur Novation und Delegation*, in *'Satura R. Feenstra sexagesimum quintum annum aetatis complenti ab alumnis collegis amicis oblata'*, Fribourg [CH], 1985, 145, nt. 23). Confesso di non trovare chiara la ragione per cui P. CERAMI, *Recensione a A. PETRUCCI, 'Mensam exercere'. Studi sull'impresa finanziaria romana (II secolo a.C. - metà del III secolo d.C.)*, Napoli, 1991, 227, riconduce il nostro frammento tra le testimonianze attestanti che, nel I sec. a.C., «l'ambito di attività dell'impresa argentaria si estende ... all'intermediazione creditizia svolta dagli *argentarii* nelle *auctiones*».

⁷⁹ Valgono dunque, anche rispetto all'*expromissio* di Alfeno, le osservazioni già formulate *supra*, § 1, in merito a Varr., *de re rust.* 2.2.5.

giurista, è logico ritenere che non si tratti di elementi venuti in rilievo rispetto alla fattispecie oggetto di esame. Per di più, anche la formula dell'*exceptio in factum* concessa da Servio indica chiaramente che la *pecunia* è stata dal compratore *expromissa* allo scopo di ottenere lo schiavo poi restituito ('*ob hominem illum, qui redhibitus est*'): questo dato testuale, quindi, concorre a suggerire che – così come si era ipotizzato rispetto al testo di Varrone – la promessa verbale costituisca pure in questo caso un adempimento richiesto nello schema dell'*emptio venditio* affinché la parte acquirente possa conseguire la *res empti*.

D'altro canto, non mi pare decisiva la circostanza che il *pater familias* abbia preferito agire sulla base dell'*expromissio*, esercitando l'azione di stretto diritto anziché quella contrattuale: la scelta operata nel caso di specie non esclude affatto, di per sé, che egli avesse a propria disposizione anche l'*actio venditi*, ma si giustifica bene, almeno a mio parere, considerata la restituzione da parte del compratore dello schiavo viziato, avvenuta prima della morte del medesimo. Dalla *redhibitio* effettuata, secondo le regole dell'editto degli edili curuli, conseguiva la liberazione dell'obbligo della parte acquirente di pagare il corrispettivo dovuto⁸⁰, di cui il venditore doveva essere ben consapevole: ché, anzi, forse con una certa malizia egli pensava di chiedere con l'*actio stricti iuris* ciò che, in base alla disciplina propria del contratto consensuale, non poteva più competergli. A impedire una soluzione manifestamente ingiusta interviene allora la soluzione serviana, che estende – per ragioni di equità ('*placuit aequum esse*') – la tutela del compratore anche al caso in cui sia azionata la *stipulatio pretii*.

⁸⁰ Questo pare dedursi, in particolare, da D. 21.1.25.9 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*) e D. 21.1.19.1 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): mentre, d'altro canto, alla restituzione del prezzo stesso sarebbe stato obbligato il venditore che già lo avesse ricevuto, secondo quanto si desume da D. 21.1.29.2 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*). Sul tema, cfr. L. GAROFALO, '*Redhibitoria actio duplicem habet condemnationem*' (a proposito di '*Gai. ad ed. aed. cur.*' D. 21.1.45), in *Studi sull'azione redibitoria*, Padova, 2000, 8 ss. (saggio già apparso in *Atti del secondo convegno sulla problematica contrattuale in diritto romano [Milano, 11-12 maggio 1995]*. In onore di Aldo Dell'Oro, Milano, 1998, 57 ss.).

Da ultimo, stando nella prospettiva innanzi prescelta – secondo cui Varrone attesterebbe l'esigenza del pagamento o, quanto meno, di una garanzia prestata *verbis* per ritenere attuale l'obbligo di *possessionem tradere* in capo al venditore – l'*expromissio* prestata dal compratore spiegherebbe perché lo schiavo sia stato consegnato⁸¹ pur senza che il preventivo adempimento del contratto da parte del compratore: la promessa formalmente prestata da quest'ultimo e azionata in giudizio dal *pater* verrebbe a configurare proprio quell'elemento strutturalmente inserito nel formulario negoziale che, al pari di quanto abbiamo visto accadere nella vendita di *oves* riportata da Varrone, avrebbe consentito di eseguire il contratto 'a credito', senza il contestuale adempimento del compratore.

Una riprova dell'abitudine delle parti, quanto meno in quell'epoca, di procedere alla stipulazione del prezzo aggiunta al contratto consensuale si ricaverebbe – secondo l'opinione di un autorevole studioso svizzero, a lungo occupatosi di questi temi⁸² – anche dalla vendita di buoi descritta da Alfeno in:

D. 15.3.16 (Alf. 2 dig.): *Quidam fundum colendum servo suo locavit et boves ei dederat: cum hi boves non essent idonei, iusserat eos venire et his nummis qui recepti essent alios reparari: servus boves vendiderat, alios redemerat, nummos venditori non solverat, postea conturbaverat: qui boves vendiderat nummos a domino petebat actione de peculio aut quod in rem domini versum esset, cum boves pro quibus pecunia peteretur penes dominum essentiarum respondit non videri peculii quicquam esse, nisi si quid deducto eo, quod servus domino debuisset, reliquum fieret: illud sibi videri boves quidem in rem domini versos esse, sed pro ea re solvisse*

⁸¹ Non sappiamo con certezza, invero, se esso fosse stato anche reso oggetto di apposita *mancipatio*.

⁸² Si tratta di P. MEYLAN, *Interprétation de la loi 40, dig. 19.1* ('*Pomponius lib. 31 ad Q. Mucium*'), in *Mélanges en l'honneur de Jean Dabin*, II, *Droit positif*, Paris, 1963, 795 ss., i cui numerosi studi in materia di origine della compravendita consensuale e trasferimento della proprietà abbiamo già trovato menzionati *supra*, al § 1.

tantum, quanti priores boves venissent: si quo amplioris pecuniae posteriores boves essent, eius oportere dominum condemnari.

Il caso discusso riguarda la vicenda di uno schiavo a cui il padrone ha locato un fondo da coltivare, dandogli pure, a titolo di peculio, gli animali da tiro per provvedervi; non essendosi questi rivelati idonei, il padrone stesso ne ha poi di ordinato la vendita, allo scopo di comperarne degli altri.

Il servo esegue prontamente le istruzioni del *dominus*, salvo non pagare il prezzo al venditore della seconda partita di buoi e rendersi, così, insolvente nei confronti del medesimo: fatto che determina i problemi sui quali si avverte la necessità di interpellare il giurista⁸³, chiamato appunto a esprimersi circa l'esperibilità dell'*actio de peculio aut de in rem verso* per ottenere il pagamento dei *nummi* lasciati insoluti.

Conviene arrestare qui l'esame dello squarcio alfeniano, senza addentrarci nell'esame delle diverse limitazioni di responsabilità prospettate a favore del padrone – coincidenti tanto con la diminuzione del peculio di un ammontare pari ai debiti maturati dal servo nei suoi confronti, quanto con la riduzione dell'arricchimento conseguito soltanto a ciò che era stato acquistato in sovrappiù rispetto al valore dei buoi inizialmente dati al servo – che già sono state oggetto di ampi studi da parte della romanistica moderna⁸⁴: ci interessa soltanto verificare, infatti, se anche dal testo

⁸³ Quale soggetto di '*respondit*' è logico pensare a Servio Sulpicio: è tale l'opinione di C. FERRINI, *Intorno ai Digesti di Alfeno Varo*, in *Opere*, II, *Studi sulle fonti del diritto romano*, a cura di E. Albertario, Milano, 1929, 176 (saggio, questo, già edito con il medesimo titolo in *BIDR*, IV, 1891, 10 ss.): e ciò, in quanto «possiamo credere che Alfeno ... riferisse, in principio dell'opera, che si trattava dei consulti e degli insegnamenti del grande maestro, senza poi nel corso del lavoro distinguerli altrimenti che con lo scambio della persona nei verbi».

⁸⁴ Su questi profili si vedano, in particolare, G. GILIBERTI, '*Servus quasi colonus*'. *Forme non tradizionali di organizzazione del lavoro nella società romana*, Napoli, 1981, 31; S. SOLAZZI, *Sul 'peculium' nell'actio de in rem verso*, ora in ID., *Scritti di diritto romano*, VI, *Ultimi scritti - Glosse a*

traspaia una stipulazione del prezzo e una qualche indicazione circa la sua funzione nell'economia della vendita.

Non mi pare che la risposta a un simile quesito possa dirsi positiva.

Mancano, infatti, sicuri appigli per ipotizzare che l'azione esercitata dal venditore dei buoi, di fronte all'insolvenza del *servus*, sia una *condictio* fondata su una precedente *stipulatio pretii*: l'unico dato che potrebbe confortare una simile opinione è la precisazione del giurista secondo cui il venditore in giudizio '*nummos a domino petebat*', che sembra ricordare da vicino quella che abbiamo visto già utilizzata per descrivere l'iniziativa del *pater* protagonista di D. 44.1.14 ('*pecuniam ab emptore petebat*').

Piuttosto, è di ausilio rispetto alla nostra ricerca un brano dell'epitome paolina ad Alfeno che conserva, sia pure in via solo incidentale, la menzione di un'ulteriore ipotesi in cui il compratore, dopo la vendita, procede alla *stipulatio* del *pretium*⁸⁵. Si tratta di:

Gaio - 'Notae', Napoli, 1972, 2 (saggio già edito in *Arch. giur.*, CLII, 1957, 3 ss.); I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei 'servi'*, Napoli, 1976, 131 e 133; G. MAC CORMACK, *The early history of the 'actio de in rem verso' ('Alfenus' to 'Labeo')*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, II, Milano, 1982, 324 ss.; J.L. GAY, *L' 'in rem versum' à l'époque classique*, in '*Varia*'. *Études de droit romain*, II, Paris, 1956, 155 ss. (su cui H. NIEDERLÄNDER, *Recensione a 'Varia'*, cit., in *ZSS*, LXXV, 1958, 415 ss.); T.J. CHIUSI, *Die 'actio de in rem verso' im römischen Recht*, München, 2001, 90 ss.; H.-J. ROTH, '*Alfeni Digesta*', cit., 65 (il quale sottolinea che, se il venditore non può esperire la *rei vindicatio* dei buoi malgrado il mancato pagamento del prezzo, Alfeno e Servio non dovevano conoscere il principio di Inst. 2.1.41, su cui subito nel testo). Maggior attenzione agli aspetti inerenti la struttura economica e sociale e lo '*status*' dello schiavo che sembra ricavarsi dal testo, è dedicata da A. SCHIAVONE, *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana. Il secolo della rivoluzione scientifica nel pensiero giuridico antico*, Roma, 1987, 120 ss., nonché da A. GUARINO, *Ineptiae iuris romani*, IX, *Lo stato giuridico di Titiro*, in *Labeo*, XXXV, 1989, 339.

⁸⁵ Frammento già segnalato in questo senso da A. WATSON, *The law of obligations in the later roman republic*, Oxford, 1965, 95.

D. 18.1.40.2 (Paul. 4 *epit. Alfeni dig.*): *Qui agrum vendebat, dixit fundi iugera decem et octo esse, et quod eius admensum erit, ad singula iugera certum pretium stipulatus erat: viginti inventa sunt: pro viginti deberi pecuniam respondit.*

Tirando le fila dell'analisi sin qui condotta, pare allora emergere, dall'esame complessivo dei pochi testi di cui disponiamo, come Alfeno – al pari di Varrone – conoscesse, nell'ultima età della repubblica, una compravendita consensuale alla cui conclusione si accompagnava di norma una promessa dell'acquirente, prestata in forma di *stipulatio* o se si vuole, più precisamente, di *expromissio*, avente a oggetto l'obbligo di pagare il prezzo⁸⁶.

Amnesso che ciò accadesse usualmente, non ci si può esimere dal tentare di rintracciare i motivi per cui la prassi negoziale avrebbe contemplato un simile impegno, prescritto in aggiunta al vincolo già sorto in forza del mero consenso manifestato dalle parti.

Benché, ovviamente, ogni speculazione sia destinata a restare per lo più a livello congetturale, stante la scarsità di fonti che ci parlano del periodo storico assunto quale riferimento, non è da escludere, almeno a mio modo di vedere, che la *stipulatio nummorum* di cui è traccia nell'opera di Varrone e Alfeno sia da raccordare al noto e, ancor'oggi, per certi versi misterioso precetto decemvirale che, secondo la

⁸⁶ Cfr., tra gli altri, soprattutto A. WATSON, *The law of obligations*, cit., 43 e nt. 2 (nonché ID., *The origins*, cit., 248); P. MEYLAN, *Interprétation*, cit., 800. Che l'evoluzione del contratto di compravendita consensuale abbia conosciuto, ancora in età repubblicana, «forme diverse di accreditamento delle prestazioni, soprattutto del prezzo» è del resto riconosciuto dallo stesso M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 371, nt. 695; A. BURDESE, voce *Vendita*, cit., 595, invece, riferisce la «possibilità di rinviare l'immediato pagamento del prezzo, sostituito da impegno formale, assunto in forma di *sponsio* o *stipulatio*, a effettuarlo in un momento successivo», a una fase precedente, in cui la compravendita ha ancora i caratteri propri della realtà.

testimonianza contenuta nelle Istituzioni giustinianee⁸⁷, avrebbe subordinato il trasferimento della proprietà sulla *res vendita* al pagamento del prezzo da parte del

⁸⁷ È ancor'oggi dibattutissimo il problema concernente l'origine della regola attestata da Inst. 2.1.41, secondo cui, appunto, il trasferimento della proprietà al compratore sarebbe stato subordinato al pagamento o ad altra *satisfactio* prestata in favore del venditore. Amplissima la letteratura sul testo e sulla tradizione cui esso ha dato origine: in particolare, oltre agli studi già citati nelle note del precedente §, cfr. quelli di E. ALBERTARIO, *Il momento del trasferimento della proprietà nella compravendita romana*, in *Riv. dir. comm.*, 1929, II, 233 ss. (ora anche in ID., *Studi di diritto romano*, III, *Obbligazioni*, Milano, 1936, 425 ss.); T. HONORÉ, *Sale and the transfer of ownership: the compiler's point of view*, in *Studies in Justinian's Institutes in memory of J.A.C. Thomas*, a cura di P.G. Stein e A.D.E. Lewis, London, 1983, 56 ss.; R. FEENSTRA, *Inst. 2.1.41 et les origines de la «revendication» du vendeur non payé*, in *RIDA*, IV, 1950 (= *Mélanges Fernand De Visscher*, III), 454 ss. (su cui G. GROSSO, *Recensione a Mélanges Fernand De Visscher III e IV*, cit., in *Iura*, II, 1951, 181 s.), nonché, ID., *'Fidem emptoris sequi'*, in *Studi in onore di Ugo Enrico Paoli*, Firenze, 1956, 273 ss. (su cui – senza osservazioni – H. KRELLER, *Recensione a Studi in onore di Ugo Enrico Paoli*, cit., in *ZSS*, LIV, 1957, 474 s.) e, più di recente, ID., *Eigentumsvorbehalt und die Regel von Inst. 2.1.41 über das Verhältnis von Kaufpreiszahlung und Eigentumsübertragung*, in *TR*, LVIII, 1990, 133 ss.); U. BRASIELLO, *'Satisfactio'*, in *Studi senesi*, LII, 1938, 59 ss.; A. WATSON, *Rome of the XII Tables. Persons and property*, Princeton, 1975, 139 ss.; K.F. THORMANN, *'Auctoritas'. Ein Beitrag zum römischen Kaufsrechte*, in *Iura*, V, 1954, 30 ss.; U. VON LÜBTOW, *Studien zum altrömischen Kaufrecht*, in *Festschrift Paul Koschaker*, II, cit., 129 ss. (ora anche in ID., *Gesammelte Schriften*, I, *Römisches Recht*, 1, Berlin, 1989, 52 ss.); M. KASER, *Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht*, Köln - Graz, 1956, 111 ss.; K. LUIG, *Übergabe und Übereignung der verkauften Sache nach römischem und gemeinem Recht*, in *'Satura R. Feenstra sexagesimum quintum annum aetatis complenti ab alumnis collegis amicis oblata'*, Fribourg (CH), 1985, 445 ss.; L. RODRIGUEZ ALVAREZ, *Note intorno a D. 18.1.53*, in *BIDR*, XXI, 1979, 119 ss.; G. BESELER, *Juristische Miniaturen*, Leipzig, 1929, 101 ss. (rist. Napoli, 1989, con una nota di lettura di A. Guarino, 101 ss.); R.D. VRIESENDORP, *Die Paradoxe von Inst. 2.1.40 und 41*, in *Subseciva Groningana*, II, Groning, 1985, 59 ss.; D. DOZHDEV, *'Fidem emptoris sequi': good faith and price payment in the structure of the roman classical sale*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese (Padova - Venezia - Treviso, 14-15-16 giugno 2001)*, a cura di L. Garofalo, I, Padova, 2003, 551 ss.

venditore o, quanto meno, alla prestazione da parte di questi di una *satisfactio* equivalente.

Lo scenario che si apre, a voler cercare di ragionare in questi termini, implica a sua volta diverse problematiche, tutte di non lieve difficoltà: pertanto, prima di spingerci oltre, è d'uopo procedere con ordine, richiamando anzitutto il testo fondamentale dove si trova affermata la regola in discussione.

Inst. 2.1.41: *Sed si quidam ex causa donationis aut dotis aut qualibet alia ex causa tradantur, sine dubio transferuntur: venditae vero et traditae non aliter empori adquiruntur, quam si is venditori pretium solverit vel alio modo ei satisfecerit, veluti expromissore aut pignore dato. quod cavetur quidam etiam lege duodecim tabularum: tamen recte dicitur et iure gentium, id est iure naturali, id effici. Sed si is qui vendidit fidem emptoris secutus fuerit, dicendum est statim rem emptoris fieri.*

Dopo aver distinto nettamente tra una *traditio* avvenuta per ‘*causa donationis aut dotis aut qualibet alia ex causa*’ e una *traditio* conseguente a compravendita, il brano prosegue affermando che, in quest’ultimo caso, la *res* diventa dell’acquirente soltanto allorché ne sia pagato il prezzo al venditore o, comunque, questi sia in altro modo soddisfatto, come ad esempio accade con la dazione di un *expromissor* o di un pegno: regola, questa, che risalirebbe alle XII Tavole, ma che addirittura potrebbe dirsi di *ius gentium*, e cioè di *ius naturale*. D’altro canto, un’eccezione andrebbe ravvisata là dove il venditore si sia fidato del compratore, procedendo comunque alla *traditio* della merce: in tale ipotesi, infatti, si dovrebbe riconoscere il perfezionamento dell’acquisto della proprietà in capo all’avente causa⁸⁸.

Orbene, quanto alla classicità del principio approvato da Giustiniano, la dottrina è solita esprimere un deciso scetticismo, rimanendo per lo più ancorata

⁸⁸ Sulla chiusa del passo, che sembra contraddire o, quanto meno, svuotare di ogni significato l’affermazione di principio contenuta nel medesimo, si appuntano i maggiori dubbi della critica.

all'idea che, per i *prudentes*, l'effetto traslativo ricollegabile alla *traditio* della *res vendita* doveva verificarsi per il semplice fatto che il venditore ne fosse *dominus*, cioè legittimato a procedere all'alienazione, senza che dovesse ricorrere l'ulteriore requisito del pagamento da parte del compratore⁸⁹ e osservando per di più che, ferma la distinzione tra negozio obbligatorio e negozio traslativo, non avrebbe avuto senso subordinare all'esecuzione del primo (pagamento del prezzo) un effetto tipico del secondo (*traditio*), che dal medesimo differisce completamente per struttura⁹⁰.

In tal senso, diversi studiosi hanno tenuto a sottolineare che, se pure l'attestazione contenuta nelle Istituzioni imperiali⁹¹ appare in effetti confermata da altri passi della compilazione, informati a un'analogia disciplina circa il passaggio del diritto dominicale in testa al compratore⁹², nondimeno abbondano anche le

⁸⁹ Questa, segnatamente, è l'obiezione formulata da E. BETTI, *Istituzioni*, cit., 197; l'autenticità del principio è negata, tra gli altri, da A. BISCARDI, *Sulla genesi della norma giustiniana in materia di trasferimento della cosa venduta*, in *AHDO - RIDA*, II, 1953, 273; H. SIBER, *Beiträge zur Interpolationsforschung*, in *ZSS*, XLV, 1925, 163; M. TALAMANCA, '*Lex*' ed '*interpretatio*', cit., 406, nt. 185. A riprova di ciò, osserva P. BONFANTE, *Le singole 'iustae causae usucapionis' e il titolo putativo*, in *Scritti giuridici varii*, III, Torino, 1918, 593 s. (saggio già edito in *Riv. it. scienze giuridiche*, XVII, 1894, 126 ss.) che nemmeno per la tutela della proprietà pretoria acquisita dal compratore sarebbe stato rilevante l'avvenuto pagamento del prezzo (come si desumerebbe, in particolare, da D. 6.2.8 [Gai. 7 *ad ed. prov.*]: *De pretio vero soluto nihil exprimitur; unde potest coniectura capi, quasi nec sententia praetoris ea sit ut requiratur, an solutum sit pretium*); concorde, sul punto, F. PRINGSHEIM, *Der Kauf*, cit., 74.

⁹⁰ Cfr. A. BISCARDI, *Sulla genesi*, cit., 275.

⁹¹ Regola che a sua volta, secondo C. FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in *Opere*, II, *Studi sulle fonti del diritto romano*, a cura di E. Albertario, Milano, 1929, 359 (ma già in *BIDR*, XIII, 1901, 101 ss.), sarebbe stata tratta dai commissari imperiali dalle *Res cottidianae* di Gaio.

⁹² Trattasi, in particolare, di D. 14.4.5.18 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Sed si dedi mercem meam vendendam et exstat, videamus, ne iniquum sit in tributum me vocari. Et si quidem in creditum ei abiit, tributio locum habebit: enimvero si non abiit, quia res venditae non alias desinunt esse meae, quamvis vendidero; nisi aere soluto vel fideiussore dato vel alias satisfacto, dicendum erit vindicare me posse*; D. 18.1.19 (Pomp. 31 *ad Quintum Mucium*): *Quod vendidi non aliter fit accipientis, quam si aut pretium nobis*

testimonianze indifferenti alla regola o di segno contrario alla stessa⁹³, tra cui spiccano, in particolare, due paragrafi delle Istituzioni gaiane che richiedono, per il trasferimento di *res nec Mancipi*, soltanto il compimento dell'atto traslativo – non importa se sulla base di quale titolo negoziale, vuoi di donazione, di vendita o un altro ancora – da parte di chi ne possa validamente disporre:

Gai 2.19-20: *Nam res nec Mancipi ipsa traditione pleno iure alterius fiunt, si modo corporales sunt et ob id recipiunt traditionem. Itaque si tibi vestem vel aurum vel argentum tradidero sive ex venditionis causa sive ex donationis sive quavis alia ex causa, statim tua fit ea res, si modo ego eius dominus sim.*

Malgrado l'estrema contraddittorietà delle testimonianze pervenuteci – che evidentemente non è qui possibile passare in rassegna, neppure in modo sommario –, conviene ricordare che gli studiosi, in prevalenza, sono inclini a ritenere che il richiamo alle XII Tavole contenuto in Inst. 2.1.41 rechi in sé almeno un nucleo

solutum sit aut satis eo nomine factum vel etiam fidem habuerimus empori sine ulla satisfactione; D. 18.1.53 (Gai. 28 ad ed. prov.): Ut res emptoris fiat, nihil interest, utrum solutum sit pretium an eo nomine fideiussor datus ist. quod autem de fideiussore diximus, plenius acceptum est, qualibet ratione si venditori de pretio satisfactum est, veluti expromissore aut pignore dato, proinde sit, ac si pretium solutum esset.

⁹³ In questo gruppo, si segnalano soprattutto D. 18.1.15.2 (Paul. 5 ad Sab.): *Si rem meam mihi ignoranti vendideris et iussu meo alii tradideris, non putat Pomponius dominium meum transire, quondam non hoc mihi propositum fuit; D. 41.1.9.6 (Gai 2 res cott.): Item si quis merces in horreo depositas vendiderit, simul atque claves horrei tradiderit emptori, transfert proprietatem mercium ad emptorem; D. 41.1.13.pr. (Ner. 6 reg.): Si procurator rem mihi emerit ex mandato meo eique sit tradita meo nomine, dominium mihi, id est proprietatem acquiritur etiam ignoranti; D. 41.1.31.pr. (Paul. 31 ad ed.): Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur. Non dirimente, rispetto al nostro problema, mi sembra Ap. met. 10.13, dove si dice che il servo cambia proprietario senza che sia avvenuto il pagamento, ma lasciando intatta la possibilità che fosse intervenuta una garanzia che del medesimo tenesse luogo.*

genuino⁹⁴, un «sottofondo autentico»⁹⁵ che, però, originariamente avrebbe fatto riferimento ad altro che non alla subordinazione del passaggio di proprietà al preventivo pagamento del prezzo.

Tra le molteplici interpretazioni proposte in letteratura⁹⁶ onde spiegare la derivazione della regola adottata nel diritto giustiniano, quella che oggi gode di maggior credito presume che le XII Tavole ricollegassero l'adempimento del compratore, anziché all'acquisto del dominio sulla cosa, al sorgere dell'*obligatio auctoritatis* in capo al venditore⁹⁷, adducendo a sostegno di quest'ipotesi, in particolare, la celebre testimonianza ulpiana contenuta in:

⁹⁴ Cfr. F. DE ZULUETA, *The roman law*, cit., 3; C. FERRINI, *Sull'origine*, cit., 55; M. KASER, *Eigentum und Besitz*, cit., 111. Più articolata l'opinione di A. BISCARDI, *Sulla genesi*, cit., 276, che si spinge a definire «lecito il dubbio che il passaggio della cosa in proprietà del compratore fosse condizionato al pagamento del prezzo nell'arcaico diritto, quando ancora non esisteva la compravendita consensuale, essendo infatti consentaneo alla struttura della primitiva compravendita reale, nascente dal baratto, che la consegna della cosa e il pagamento del prezzo fossero interdipendenti e si condizionassero a vicenda». Possibilista quanto all'effettiva vigenza della regola nell'arcaico diritto è anche F. GALLO, *In tema di origine*, cit., 304, secondo cui «anche per le altre cose [scil. le *res nec mancipi*], come sembra potersi desumere, in particolare, dalla testimonianza contenuta in Inst. 2.1.41, non si aveva verosimilmente compravendita, se alla consegna della *res* non si accompagnava o seguiva il pagamento del prezzo».

⁹⁵ Così M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 411.

⁹⁶ Non si può qui dar conto, neppure in modo succinto, delle molteplici interpretazioni proposte dai moderni per spiegare il significato della regola contenuta in Inst. 2.1.41: vi è, ad esempio, chi la riconosce come classica, ma la vuole applicata soltanto alla *mancipatio* (è la tesi che ha come sostenitore prevalente E. ALBERTARIO, *Il momento del trasferimento*, cit., 437 ss., ma che, già in precedenza, era stata prospettata da C. FERRINI, *Sull'origine*, cit., 55; vi aderisce, tra gli altri, F. DE ZULUETA, *The roman law*, cit., 38).

⁹⁷ Cfr., sia pure in forma lievemente dubitativa, M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 411; tra gli altri, M. KASER, *Eigentum und Besitz*, cit., 111 (nonché ID., *Stellvertretung und notwendige Entgeltlichkeit*, in ZSS, XCI, 1974, 162).

D. 19.1.11.2 (Ulp. 32 *ad ed.*): *Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet <mancipio dare> [id est tradere], quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum, si non fuit, tantum <auctoritatis> [evictionis] nomine venditorem obligat, si modo pretium est numeratum aut eo nomine satisfactum. emptor autem nummos venditoris facere cogitur.*

Non si può certo dire che il passo, quanto a ipotesi di interpolazione, sia stato risparmiato dalla critica: stando all'opinione oggi indiscutibilmente prevalente⁹⁸, esso recherebbe segni indiscutibili di una duplice sostituzione operata dei commissari postclassici, che avrebbero inserito 'tradere' in luogo di 'mancipio dare' ed 'evictionis' in luogo della primigenia menzione di 'auctoritatis'.

Correttamente inteso, dunque, il commentario all'editto del giureconsulto di Tiro avrebbe riferito la necessità di veder effettuato il pagamento del prezzo o, comunque, la prestazione di un'idonea *satisfactio* non già all'effetto traslativo del diritto dominicale, ma piuttosto al sorgere dell'obbligazione legale di garanzia per l'evizione in un'ipotesi di *mancipatio*⁹⁹.

⁹⁸ La trasformazione dell'originario 'mancipio dare' in 'tradere' viene data per pacifica da quasi tutti gli Autori: cfr., sul punto, V. ARANGIO-RUIZ, *Diritto puro*, cit., 150 s. e, per ulteriori riferimenti, H.-P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma*, cit., 45, nt. 1. Lievemente diversa, dal punto di vista formale (ma non nella sostanziale riconduzione del frammento alla *mancipatio*) la ricostruzione critica proposta da G. VON BESELER, *Eigentumsübergang*, cit., 336 e seguita da G.G. ARCHI, *Il trasferimento della proprietà*, cit., 41 ss.

⁹⁹ Nella dottrina italiana, cfr. E. BETTI, *Istituzioni*, cit., 198, nt. 36: «se la restrizione era contenuta nel testo originario, il che non è da escludere, essa non si riferiva al trapasso del dominio, ma si riferiva a quell'effetto che è caratteristico della compravendita compiuta nella forma della *mancipatio*, di creare, cioè, nel venditore mancipante un obbligo di garanzia e una responsabilità per evizione»; V. ARANGIO-RUIZ, *Diritto puro*, cit., 150; P. CERAMI, 'Plena interpretatio', in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, III, Milano, 1983, 139. Analogamente, peraltro, già F. PRINGSHEIM, *Der Kauf*, cit., 62 (nonché ID., *Eigentumsübergang*, cit., 435).

Di fronte a questa ricostruzione del principio giustiniano di Inst. 2.1.41, sarebbe ovviamente temerario, da parte di chiunque, pretendere di risolvere in poche pagine una questione che, per dignità e importanza, ha visto scrivere volumi interi: e tuttavia, traendo spunto dal brano su cui ci andiamo soffermando – suscettibile, a mio parere, di ricevere anche una diversa lettura – si riesce forse ad avanzare un’interpretazione che, per un verso, si ponga in linea con le testimonianze incontrate in precedenza e, per un altro verso, renda ragione, in particolare, la presenza dell’*expromissio nummorum* nell’ambito della compravendita di età repubblicana.

Vero è, infatti, che la parte finale del frammento, ove compare il requisito del pagamento prezzo, potrebbe riannodarsi – anziché, come sempre ipotizzato, al passaggio di proprietà (*‘facit et emptorem dominum’*) o al vincolo di *auctoritas* (*‘auctoritatis nomine venditorem obligat’*) – alla frase iniziale, in cui si menziona l’obbligo del venditore di *‘rem praestare’*: l’intera frase introdotta da *‘quae res’* e conclusa da *‘obligat’* costituirebbe, così, un lungo inciso inserito nel corpo del discorso¹⁰⁰, indirizzato precipuamente a dar conto, in via incidentale, delle diverse conseguenze che l’adempimento dell’obbligo medesimo avrebbe portato con sé a seconda che il compratore avesse versato il corrispettivo dovuto o garantito altrimenti il venditore, ovvero fosse rimasto inadempiente.

Detto in altri termini, l’andamento del testo mi sembra ammettere l’ipotesi che il collegamento istituito da Ulpiano intercorra tra la *solutio* o la *satisfactio* dei *nummi*, da un lato, e il compimento da parte del venditore dell’atto traslativo costituente adempimento del contratto (in questo caso, nella versione originaria del frammento, di un’apposita *mancipatio*): mentre nessuna conseguenza diretta sarebbe derivata dal pagamento rispetto all’acquisto del diritto reale pieno da parte del compratore.

Gli effetti tipici della consegna compiuta dal venditore (che, per l’ipotesi della *traditio* di *res nec Mancipi*, avrebbe normalmente provocato il passaggio del diritto di

¹⁰⁰ Non necessariamente a opera di commissari giustiniane, come invece ipotizza F. PRINGSHEIM, *Eigentumsübergang*, cit., 436.

proprietà) sarebbero così rimasti, di per sé, indipendenti dall'adempimento del compratore, rappresentando il mancato pagamento della *pecunia* pattuita piuttosto una circostanza che legittimava lo stesso venditore a soprassedere al compimento dell'atto traslativo della cosa¹⁰¹: e, quindi, secondo quanto solitamente doveva accadere, a rifiutarsi di procedere alla *traditio*, se si fosse trattato di *res nec Mancipi*, ovvero alla *mancipatio*, se si fosse trattato di una *res Mancipi*¹⁰².

Quest'interpretazione del testo ulpiano potrebbe riecheggiare quella che – pur con tutte le riserve del caso – proporrei di individuare come la regola della legislazione decemvirale che si nasconde dietro al rinvio di Inst. 2.1.41: una regola che avrebbe stabilito, per aversi passaggio della cosa nella disponibilità del compratore, la necessità del preventivo adempimento, da parte di quest'ultimo, dell'obbligo di pagare il prezzo pattuito o, almeno, di offrire una garanzia diretta a rafforzare le possibilità del venditore di ottenere soddisfazione del proprio credito, mentre di poi, dalla consegna, sarebbe dipeso il passaggio di proprietà della cosa stessa, secondo le regole conosciute, sempre che il venditore ne fosse l'effettivo titolare e l'atto posto in essere risultasse idoneo a trasferire il diritto reale sulla *res* in oggetto.

Un tale *modus procedendi* era ovviamente già implicito alla stessa *mancipatio*, intesa quale vendita reale, dato che nella stessa aveva luogo contemporaneamente la *datio* della cosa e la *solutio* del prezzo dietro apposita pesatura; ma non era certamente inutile rispetto alle altre forme di vendita, attuate mediante una duplice *traditio*, della cosa e del prezzo, in cui ciascuna funzionava da

¹⁰¹ L'unico Autore che, a mia conoscenza, si sia avvicinato a prospettare una simile ipotesi è A. WATSON, *The law of obligations*, cit., 67, il quale conclude la propria critica di Inst. 2.1.41 osservando che «it appears that in the later Republic, ownership of *res nec Mancipi* at least and there are very strong reasons for not extending this to *res Mancipi* was not transferred by delivery until the price was paid or security given, and this rule derives from the XII Tables».

¹⁰² Sul rapporto tra contratto consensuale e atto traslativo, cfr. in particolare il contributo di E. LEVY, *Verkauf und Übereignung*, in *Iura*, XIV, 1963, 1 ss.

causa rispetto all'altra¹⁰³, né rispetto al progressivo affacciarsi dell'utilizzo della *mancipatio* quale vendita fittizia, atto traslativo da cui risultava indipendente il pagamento del prezzo¹⁰⁴.

E invero, un precetto di questo tenore immagino essere stato dettato proprio dalla consapevole esigenza di mantenere in vita la contemporaneità di esecuzione delle rispettive prestazioni nel passaggio dall'antica vendita a contanti, attuata per le *res pretiosiores* mediante *mancipatio* e per le altre mediante semplice *traditio*, a uno stadio in cui il compratore iniziava a chiedere di non adempiere *statim* al pagamento, ma di differire il medesimo a un momento successivo; mentre il venditore, di fronte a questa richiesta, si trovava combattuto tra il timore di affidare il proprio bene a un contraente della cui solvibilità non aveva prove certe e il desiderio di non opporre al medesimo un netto rifiuto, con il rischio di veder sfumato l'affare.

In questa fase, in cui non era stato ancora introdotto il contratto consensuale di buona fede che ci è noto come *emptio venditio*, le parti verosimilmente ricorrevano ad altri moduli negoziali, su cui siamo purtroppo poco informati¹⁰⁵, ma che dovevano andare vieppiù sganciandosi, con il passare del tempo, da quel carattere di stretta realtà che aveva caratterizzato gli archetipi della vendita: tanto che pure la *mancipatio*, a seguito del progressivo diffondersi della moneta coniat¹⁰⁶, sappiamo

¹⁰³ Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., 41.

¹⁰⁴ Peraltro, nota E. ALBERTARIO, *Il momento del trasferimento*, cit., 449, che sarebbe stato «assurdo» o, quanto meno, molto strano, che «la legge delle XII Tavole regolasse il trasferimento della proprietà nella vendita di *res nec Mancipi* e non nella vendita di *res Mancipi*, mentre – secondo ogni verosimiglianza – era alla vendita di queste sole che la legge delle XII Tavole provvedeva»: più facilmente credibile è che i decemviri avessero dettato una regola generale, a tutela del venditore, mirante a porre in relazione il pagamento del prezzo con il *possessionem tradere* della *res*.

¹⁰⁵ È ben nota, ad esempio, la tesi di V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., 57 ss., secondo cui vi sarebbe stata una fase antecedente al riconoscimento della vendita consensuale in cui le parti avrebbero proceduto a una duplice *stipulatio*.

¹⁰⁶ Su cui F. DE MARTINO, *Storia economica di Roma antica*, I, rist. anastatica Firenze, 1980, 45 ss.

essere diventata un negozio formale e astratto con cui attuare il trasferimento del diritto di proprietà, come tale indipendente dall'effettivo pagamento del prezzo da parte dell'accipiente.

Ed ecco dunque che, per garantire il venditore, può esser stato introdotto per via legislativa il principio che ci siamo arrischiati a immaginare, volto a replicare senza soluzione di continuità il venditore, cui veniva assicurata la contestualità dell'adempimento tipico dello schema primitivo in modo altrettanto efficace: egli aveva, infatti, la possibilità di non consegnare fino al momento in cui avrebbe ricevuto il saldo o un corrispondente che lo avesse soddisfatto.

Se tale fosse stato – ma, ovviamente, allo stato delle fonti, è impossibile ricavarne una sicura dimostrazione – l'originario precetto delle XII Tavole¹⁰⁷, possiamo ben renderci conto della funzione svolta dall'*expromissio emptoris* nel corso dello sviluppo storico del contratto consensuale.

E difatti, in tutti i casi in cui il compratore non fosse stato in grado di soddisfare seduta stante il proprio obbligo, si poneva un problema pratico di non scarsa importanza: proprio alla luce del richiamo all'autorità della legislazione antica, gli effetti del negozio rischiavano di rimanere paralizzati dalla mancata, legittima esecuzione del venditore.

Per ovviare a queste difficoltà, nella progressiva evoluzione del contratto che abbiamo brevemente descritto, per arrivare alla vendita consensuale così come

¹⁰⁷ Non mi sembra invece colga nel segno l'ipotesi proposta da E. SCHÖNBAUER, *Zur Frage*, cit., 215, il quale, dopo aver premesso che le XII Tavole «haben zweifellos einen Satz gehabt, der sich auf Kauf und Preiszahlung bezog», probabilmente riferita ancora alla vendita a contanti, ricostruisce la regola, «natürlich in archaischer Sprachform» al modo seguente: '*cum aes solutum vel sponsum erit, emptio esto*'. Se dobbiamo dar retta all'*antiqua formula* di Varrone – e non disponiamo di fonti altrettanto significative che ne smentiscano la testimonianza – il prezzo o la garanzia non erano presupposti per il perfezionamento del contratto, ma solo perché il compratore potesse esigere la consegna della merce. Contro la tesi dello studioso viennese, si vedano anche F. PRINGSHEIM, *Randebemerkungen*, cit., 492 e F. LEIFER, '*Mancipium*' und '*auctoritas*', cit., 219.

conosciuta dai classici¹⁰⁸, dev'essere sembrato naturale ricorrere, nella prassi, all'espedito di far prestare al compratore privo di immediata disponibilità economica quella *satisfactio* che le stesse XII Tavole – stando a Inst. 2.1.41 – parificavano pienamente al saldo del prezzo¹⁰⁹: sicché, come già abbiamo appreso da Varrone, il compratore stesso avrebbe poi potuto lamentare in giudizio, con l'*actio empti*, la mancata consegna della merce pur non avendo, in effetti, sborsato un solo nummo ('*quamvis non solverit nummos*').

Un indizio utile a suffragare quanto si va dicendo pare potersi ricavare anche da un altro frammento del '*de re rustica*', ove si tratta del trasferimento del diritto di proprietà sulla cosa compravenduta e si afferma che l'impegno verbale di provvedere al pagamento si considerasse equivalente alla *solutio*:

de re rustica 2.1.15: *Quarta pars est de iure in parando, quem ad modum quamquam pecudem emi oporteat civili iure, quod enim alterius fuit, id ut fiat meum, necesse est aliquid intercedere, neque in omnibus satis est stipulatio aut solutio nummorum ad mutationem domini. in emptione alias stipulandum sanum esse, alias e sano pecore, alias neutrum.*

¹⁰⁸ Ricordo che, tra gli altri, A. PERNICE, '*Labeo*', cit., 457 s., giudica assai probabile che, da una vendita avente una «ursprüngliche Realnatur» – intesa, cioè, come scambio attuato in via immediata di cosa contro prezzo –, si sia passati ad una fase in cui, in luogo del pagamento in contanti, aveva luogo l'accreditamento del prezzo, parificato al pagamento medesimo («der nächste Schritt der Entwicklung von der Zug um Zug Erfüllung war wol, dass man statt den Kaufpreis bar zu entrichten ihn sicherstellte [*pro eo satisfacere*]. Diese Satisfaction wird mit der Zahlung allenthalben gleichgestellt»), per poi giungere all'*emptio venditio* vera e propria conosciuta dai classici.

¹⁰⁹ E infatti R. FEENSTRA, '*Eigentumsvorbehalt*', cit., 136, ritiene che, appunto, «war die *fidem sequi* Klausel schon von den klassischen Juristen entwickelter Trick, um sich von der Zwölftafelregel zu befreien».

L'erudito ci insegna che, per acquistare la proprietà, non era sufficiente pagare il prezzo: occorreva anche che avesse luogo la *traditio*. Che se, poi, il dovuto non fosse stato immediatamente versato, ecco che il compratore, per ottenere la consegna della merce – cui di regola avrebbe dovuto accompagnarsi, per le *res nec mancipi*, anche l'effetto traslativo del diritto reale –, poteva ricorrere all'alternativa di promettere la somma pattuita dal venditore, mediante un ulteriore contratto concluso *verbis*, a tutela delle aspettative di quest'ultimo¹¹⁰.

È facile ipotizzare che la regola i cui contorni abbiamo cercato di definire, con il passare del tempo, abbia via via dimostrato tutti i suoi limiti, rivelandosi poco adatta alle esigenze dei traffici commerciali e, in particolare, alla maggior rapidità con cui i contratti dovevano essere conclusi ed eseguiti: e che, in parallelo, la pratica di accompagnare alla stipulazione del contratto una garanzia contratta *verbis* sia stata progressivamente abbandonata per essere sostituita da altri strumenti che avrebbero ugualmente tutelato il venditore¹¹¹.

¹¹⁰ Si potrebbe pensare a mettere in parallelo una simile configurazione della posizione del compratore con quanto accadeva nel diritto greco. Qui, infatti, stando alle più recenti e persuasive indagini, se il compratore non aveva a disposizione il denaro necessario a pagare nello stesso momento della consegna, come doveva essere frequente, si ricorreva alla finzione di considerare «che il prezzo fosse stato pagato per intero e che lo stesso importo fosse stato poi dato a mutuo dal venditore al compratore, con l'obbligo ovviamente di restituirlo, cosicché la restituzione della somma data a mutuo avrebbe rappresentato in effetti il pagamento differito del prezzo»: così R. MARTINI, *Diritti greci*, Bologna, 2005, 78 (in precedenza, per un'analoga ricostruzione, V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., 44). Un accenno, forse, in Plaut. *Asinaria*, 1.3.46:

Diem, aquam, solem, lunam, noctem, haec argento non emo.

Caetera quae volumus uti Graeca mercamur fide:

quom a pistore panem petimus, vinum ex oenopolio,

si aes habent, dant mercem. Eadem nos disciplina utimur:

semper oculatae manus sunt nostrae, credunt quod vident.

¹¹¹ Forse in forma di un diritto di ritenzione del venditore sulla cosa venduta, fino al pagamento del prezzo: cfr. infra, § 4-7. Cfr. M. SARGENTI, *Problemi*, cit., 243, che – pur muovendo da una diversa

Fermo nella propria determinazione di mantenere in vita, almeno formalmente, un principio risalente ai *veteres* – nel quadro di quella che più ampiamente è stata definita una vera e propria «archaistische Tendenz» della sua opera di legislatore¹¹² –, Giustiniano si sarebbe proposto di ritornare all'antico: ma, come diverse volte è accaduto, lo avrebbe fatto a suo modo.

Per un verso, le Istituzioni avrebbero ricollegato il pagamento del prezzo al solo passaggio della proprietà, eliminando ogni riferimento alla consegna che – secondo quanto stiamo congetturando – avrebbe rappresentato il tramite tra il presupposto (pagamento del prezzo) e il risultato (passaggio della proprietà) e dicendo soltanto, in modo elittico, che *pretio non soluto* l'acquirente non avrebbe ottenuto il trasferimento del diritto reale sulla stessa.

Per un altro verso, il nuovo testo legislativo si sarebbe proposto di modificare il precetto decenvirale, rendendolo più elastico e adattabile alle mutevoli esigenze delle operazioni commerciali: ciò a cui avrebbe provveduto mediante l'introduzione dell'inedita possibilità che il venditore, semplicemente, si fidasse del compratore (*'fidem emptoris sequi'*), provvedendo a consegnare il bene venduto anche senza aver ricevuto alcunché a titolo di saldo o di garanzia.

interpretazione della promessa del venditore – osserva che nell'ulteriore evoluzione della compravendita «scompaiono sia l'uso dell'*antiqua formula* destinata a consacrare l'accordo sull'*emptio*, sia quello dell'*expromissio nummorum*, sicché il contratto diventa interamente consensuale e veramente bilaterale».

¹¹² Sono parole di F. PRINGSHEIM, *Die archaistische Tendenz Justinians*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, I, Milano, 1930, 551 ss. In particolare, lo studioso tedesco – richiamando anche le disposizioni programmatiche dettate dall'imperatore in Nov. 17.pr. (*'nobis reparantibus omnem vetustatem iam deperditam, iam deminutam'*) – sottolinea che, accanto allo scopo meramente 'conservativo' che la compilazione persegue, vi è anche un tentativo di recuperare il passato riportandolo a nuova vita («Justinian erhält nicht nur das Bestehende, sondern er erweckt auch das bereits Vergangene zu neuem Leben, oder er versucht das wenigstens»): espressione sintomatica di questa tendenza sarebbe proprio il rinvio alle XII Tavole contenuto nello squarcio delle Istituzioni che qui ci interessa.

Benché – come sottolineo ancora una volta – manchino prove decisive a sostegno dell’interpretazione sin qui articolata, mi pare ci sia qualche ragione per poter insistere in questo senso.

La prima – e, forse, la principale – proviene dalla descrizione della vendita del gregge riportata da Varrone che già abbiamo esaminato, in cui il pagamento del prezzo pattuito viene riconnesso non già al passaggio del diritto dominicale sugli animali al compratore, quanto piuttosto, esplicitamente, all’esercizio dell’*actio empti*, mirante a ottenere la condanna del venditore in caso di mancata consegna (*‘nec non emptor potest ex empto vendito illum damnare si non tradet, quamvis non solverit nummos’*). Varrone, invero, sembra preoccuparsi di sottolineare l’indispensabilità della *traditio* al fine di far cambiare proprietario alle *oves*, e l’imprescindibilità del pagamento perché l’obbligo di *possessionem tradere* da parte del venditore possa essere utilmente azionato in giudizio: cosicché, unendo le due distinte proposizioni, ne viene sì, quale risultato complessivo, che l’adempimento dell’obbligazione pecuniaria condiziona l’acquisto del compratore, ma soltanto nel senso che l’adempimento medesimo consente a quest’ultimo di poter esigere la consegna mediante *traditio*, cui si accompagna per le *res nec mancipi* il passaggio del diritto dominicale.

In secondo luogo, non si può certo ipotizzare che i classici abbiano conosciuto la vigenza di due distinte regole, l’una in base alla quale il pagamento del prezzo sarebbe stato condizione imprescindibile per esigere la consegna, secondo la teorica dell’*exceptio inadimpleti contractus*, e l’altra secondo cui al pagamento medesimo i giuristi avrebbero subordinato il trasferimento della proprietà sulla *res vendita*. Trattandosi, in entrambi i casi, di strumenti di tutela per il venditore, sarebbe logicamente contraddittorio ammetterne la contemporanea vigenza¹¹³: non vi è dubbio, infatti, che già in virtù del secondo principio poc’anzi enunciato il venditore sarebbe stato efficacemente difeso da un eventuale inadempimento del compratore,

¹¹³ Lo rileva già F. PRINGSHEIM, *Der Kauf*, cit., 79.

persino nel caso avesse provveduto a proprio rischio a *tradere* la merce, poiché ne avrebbe conservato il dominio e, di conseguenza, sarebbe stato legittimato a rivendicare la stessa senza rischio alcuno di imbattersi in eccezioni sollevate dal convenuto.

A voler dar retta, dunque, alle testimonianze in cui ci viene riferito del diritto del venditore di ritenere la cosa venduta in attesa del pagamento, ci si deve chiedere quale sia la *ratio* di questa particolare prerogativa che gli è accordata: e la risposta più plausibile che mi pare si possa dedurre dalle fonti – anticipando quanto dirò oltre – è che essa svolge una funzione di garanzia del venditore medesimo, ponendolo nella stessa situazione di chi gode di un pegno¹¹⁴.

Sembra dunque ricorrere, nella soluzione giurisprudenziale che consente al venditore di non adempiere fintanto che non ha ricevuto il versamento del dovuto, quella stessa equiparazione che già abbiamo incontrato tra l'adempimento del compratore e il godimento, da parte del venditore, di una garanzia personale o anche reale rispetto all'obbligazione cui ha diritto¹¹⁵ nelle fonti in tema di passaggio della proprietà sulla *res vendita*: fonti che, se attestano un principio di cui la classicità è stata disconosciuta per le ragioni innanzi esposte, potevano forse inizialmente riferirsi, dunque, all'esecuzione dell'obbligo di consegna del venditore.

Peraltro, sarebbe senz'altro interessante indagare se una conferma del modulo contrattuale sopra ipotizzato (contratto consensuale accompagnato da *stipulatio* o *expromissio nummorum*), sulla scorta delle testimonianze di Varrone e di Alfeno, possa rintracciarsi nella peculiare dottrina che lo stesso Alfeno mostra di applicare in tema di rischio per il perimento della cosa venduta: dottrina che sembra significativamente divergere dalla massima, prevalente in epoca classica, secondo cui

¹¹⁴ Si vedano *infra*, in questo stesso capitolo, i testi analizzati nel § 4 e le ulteriori considerazioni svolte nel § 5.

¹¹⁵ Il pegno è, infatti, espressamente menzionato nello squarcio gaiano contenuto in D. 18.1.53 e già trascritto innanzi.

il passaggio del rischio medesimo in capo al compratore dovrebbe aver luogo sin dal momento della perfezione della vendita¹¹⁶.

Benché anche questa problematica esorbiti, per la sua complessità, dai limiti della ricerca che ho intrapreso, ritengo non sia superfluo proporre alcuni rapidi cenni al riguardo, assumendo quale riferimento due notissimi casi contenuti nell'epitome paolina ai 'digesta' del giurista repubblicano, pervenutici per il tramite della compilazione giustiniana:

D. 18.6.13(12) (Paul. 3 *epit. Alf.*): *Lectos emptos aedilis, cum in via publica positi essent, concidit: si traditi essent emptori aut per eum stetissent quo minus traderentur, emptoris periculum esse placet.*

¹¹⁶ La bibliografia sul punto è davvero sterminata. Senza pretesa di offrire un panorama completo degli autori cimentatisi nel tema, mi limito a rinviare al fondamentale studio di M. TALAMANCA, *Considerazioni sul 'periculum rei venditae'*, in *Seminarios complutenses de derecho romano*, VII, 1995, 217 ss., nonché al successivo ID., *'Lex' ed 'interpretatio'*, cit., 401, in cui il medesimo Autore sostiene, in termini più generali, l'opinione secondo cui «in epoca tardo repubblicana e fino a Labeone si applica[va] con una certa larghezza, e non soltanto nella scuola di Servio, il principio del *periculum venditoris ante traditionem* (rimasto in auge, in misura non facile da accertarsi, nella scuola sabiniana fino a Cassio e parzialmente fino a Giuliano: ed ancora applicato in una speciale connessione da Africano, in D. 19.2.33)». Nella dottrina italiana, si vedano – talora con significative diversità di impostazioni – i lavori di G.I. LUZZATTO, *Spunti critici in tema di responsabilità contrattuale*, in *BIDR*, LXIII, 1960, 64 ss.; M. SARGENTI, *Problemi*, cit., 230 ss.; E. BETTI, *'Periculum'. Problema del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano*, in *Studi in onore di Pietro De Francisci*, I, Milano, 1956, 133; in quella tedesca, quali riferimenti essenziali, F. HAYMANN, *Textkritische Studien*, II, cit., 52; E. SECKEL - E. LEVY, *Die Gefahrtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht*, in *ZSS*, XLVII, 1927, 117 ss.; M. PENNITZ, *Das 'periculum rei venditae'*, cit., 1 ss.; M. BAUER, *'Periculum est emptoris'. Eine dogmengeschichtliche Untersuchung zur Gefahrtragung beim Kauf*, Berlin, 1998, 26 ss. Una compiuta ricognizione della letteratura, anche recente, in argomento è offerta da M. SCOGNAMIGLIO, *Note su sinallagma condizionale e 'periculum rei venditae'*, cit., 161 ss.

D. 18.6.15(14)pr.-1 (Paul. 3 epit. Alf.): *Quod si neque traditi essent neque emptor in mora fuisset quo minus traderentur, venditoris periculum erit. Materia empta si furto perisset, postquam tradita esset, emptoris esse periculo respondit, si minus venditoris: videri autem trabes traditas, quas emptor signasset.*

La decisione del giurista rispetto al caso discusso – in cui si era verificata la distruzione per ordine dell'edile dei letti venduti, lasciati sulla pubblica via e forse d'ostacolo al traffico cittadino¹¹⁷ – appare ispirata al principio del '*periculum venditoris*': ovvero, più precisamente, al principio che vuole posto a carico del compratore la sopportazione del rischio per il loro perimento soltanto dopo l'adempimento, da parte del venditore, dell'obbligazione di '*possessionem tradere*' o dopo che, per fatto del compratore, la consegna stessa non sia avvenuta.

Ebbene, forse una giustificazione di questa teorica potrebbe rinvenirsi nella struttura della vendita conosciuta da Alfeno di cui poc'anzi si è detto.

Non solo, infatti, l'impostazione della problematica del *periculum* in questi termini mostra di risentire – come già autorevolmente si è osservato¹¹⁸ – «un'influenza dello scambio originario della cosa contro il prezzo, per cui il pagamento di quest'ultimo in tanto è giustificato in quanto la cosa stessa sia pervenuta nella disponibilità, se non nella proprietà, del compratore», che trova piena corrispondenza nell'idea per cui la consegna deve aver luogo solo dietro pagamento e prestazione di idonea garanzia: oltre a ciò, possiamo anche considerare che, se il compratore aveva pagato il prezzo o ne aveva garantito il pagamento, il venditore doveva senz'altro procedere alla consegna della merce, cosicché, se quest'ultima fosse andata irrimediabilmente distrutta prima dell'adempimento, a risponderne

¹¹⁷ Così, tra gli altri, M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 452; R. CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare'*, cit., 295.

¹¹⁸ Cfr. M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 459.

sarebbe stato lo stesso venditore¹¹⁹; mentre, dall'altro lato, se l'*emptor* avesse lasciato insoluto il prezzo, trascurando di prestare, altresì, l'obbligazione accessoria con *expromissio*, ecco che Alfeno avrebbe potuto ritenere giustificata la mancata *traditio* dei letti, la quale sarebbe dipesa, in definitiva, da un'omissione dello stesso compratore ('*aut per eum stetissent quo minus traderentur*'), a cui dunque sarebbe rimasto imputato il rischio dell'evento occorso ai letti.

3. L'eccezione di inadempimento in favore del venditore: altre testimonianze dell'età repubblicana.

Conclusa questa disamina relativa al significato del testo di Varrone e all'evoluzione storica della vendita come sopra ipotizzata, conviene ora indugiare sulle poche, ulteriori tracce conservateci dalla compilazione giustiniana in merito al rapporto sinallagmatico che, secondo i giuristi della repubblica e della prima età augustea, doveva intercorrere tra l'esecuzione delle obbligazioni sorte nell'*emptio venditio*.

Si può, anzitutto, accennare a un testo escerpito dal commentario a Quinto Mucio ad opera di Pomponio, che secondo un'opinione recentemente avanzata, avrebbe attinenza con il nostro tema¹²⁰. Si tratta di:

¹¹⁹ Il quale, d'altro canto, difficilmente avrebbe potuto agire sulla base della promessa formale, se dobbiamo dar retta alla soluzione equitativa riportata in D. 44.1.14 (cfr. supra, in questo stesso §).

¹²⁰ Alludo all'interpretazione proposta da S. RONCATI, *Pagamento del prezzo*, cit., 86, secondo cui «la menzione dell'avvenuto pagamento» contenuta nel testo «non ha rapporto con la *traditio* e il suo effetto traslativo, ma semmai è in connessione, specie nell'ottica pomponiana, con l'esperibilità dell'*actio ex empto* e la funzione del sinallagma».

D. 19.1.40 (Pomp. 31 *ad Quintum Mucium*): *Quintus Mucius scribit: dominus fundi de praedio arbores stantes vendiderat et pro his rebus pecuniam accepit et tradere nolebat: emptor quaerebat, quid se facere oporteret, et verebatur, ne hae arbores eius non viderentur factae. Pomponius: arborum, quae in fundo continentur, non est separatum corpus a fundo et ideo ut dominus suas specialiter arbores vindicare emptor non poterit: sed ex empto habet actionem.*

Il brano – concernente una compravendita di alberi piantati su un fondo, di cui il proprietario, pur avendo concluso il contratto e ricevuto il relativo prezzo, non voleva effettuare la consegna – è strutturato in un modo piuttosto singolare: nella prima parte, gli estremi della fattispecie concreta su cui verte la riflessione sono descritti utilizzando le parole del celebre pontefice massimo, autore dei 18 libri *iuri civilis*; nella seconda parte, compare la soluzione data al caso, che si regge, però, sull’opinione del solo Pomponio.

L’attenzione dei commentatori si indirizza per lo più sul tentativo di enucleare il rapporto che risulterebbe attestato tra il pagamento del prezzo e il passaggio della proprietà degli alberi venduti, per metterlo poi a confronto con la solita regola di Inst. 2.1.41¹²¹: nel nostro caso, invero, è prospettato al giurista il dubbio se, essendo il corrispettivo sarebbe stato pagato dal compratore (*‘pro his rebus pecuniam accepit’*)¹²², questi avesse acquistato la proprietà della merce e potesse rivendicarla direttamente presso il venditore.

¹²¹ Si vedano, sotto questo profilo, le osservazioni di F. PRINGSHEIM, *Eigentumsübergang*, cit., 423; E. SCHÖNBAUER, *Zur Frage*, cit., 230; S. ROMANO, *Nuovi studi*, cit., 147.

¹²² Su quest’espressione si addensano i sospetti sia di P. MEYLAN, *Le paiement du prix*, cit., 463 ss., sia di F. PRINGSHEIM, *Eigentumsübergang*, cit., 423, cui si rinvia per un quadro completo dei rilievi di carattere formale suggeriti dalla critica.

Orbene, il diniego opposto da Pomponio (ma, verosimilmente, già da Quinto Mucio, cui dovrebbe riferirsi il ‘*verebatur*’¹²³) sembra far leva sul fatto che, essendo ancora incorporati al suolo, gli alberi non potevano utilmente essere resi oggetto di una *rei vindicatio*, difettando al momento di una propria, autonoma individualità corporale¹²⁴: ragione, questa, per cui è consigliato al compratore di agire con l’azione contrattuale, anziché intentare l’*actio in rem* cui sarebbe stato legittimato se essi fossero stati, ad esempio, tagliati e separati dal fondo del venditore.

Dal nostro punto di vista, è sufficiente osservare che l’esperimento dell’*actio empti* non incontra alcuna preclusione proprio in ragione dell’avvenuto, preventivo, pagamento da parte del compratore del prezzo stabilito contrattualmente: ciò che ben si armonizza con la testimonianza di Varrone su cui ci siamo intrattenuti nelle pagine precedenti.

È ora il momento di soffermarsi su un frammento tratto dai *Posteriores* di Giavoleno a Labeone, ove si trova affrontato il tema del rapporto tra l’esecuzione delle prestazioni sorte a carico del compratore e del venditore. Si tratta di:

D. 18.1.78.2 (Lab. 4 post. a Iav. epit.): *qui fundum ea lege emerat, ut soluta pecunia traderetur ei possessio, duobus heredibus relictis decessit. si unus omnem pecuniam solverit, partem familiae herciscundae iudicio servabit: nec, si partem solvat, ex empto cum venditore aget, quoniam ita contractum aes alienum dividi non potuit.*

È stata conclusa la compravendita di un fondo, sulla base di una *lex* che prevedeva l’immissione nel possesso del medesimo, da parte dell’acquirente, soltanto a seguito del pagamento del prezzo. Morto il compratore, uno dei due eredi provvede a versare al venditore l’intera somma pattuita a titolo di corrispettivo: Labeone,

¹²³ Non può esserne soggetto, infatti, il compratore, dal momento che il testo prosegue indicando la (dubitata) proprietà degli alberi con il genitivo ‘*eius*’.

¹²⁴ Su cui si è soffermato specialmente P. MEYLAN, *Interprétation*, cit., 795 ss.

facendo salva la possibilità, per il coerede che ha adempiuto, di rivalersi di quanto pagato nei confronti dell'altro, per mezzo dell'*actio familiae herciscundae*, precisa che, se il coerede stesso si fosse limitato a pagare la sua parte, non avrebbe potuto agire *ex empto* contro il venditore, dal momento che il corrispettivo della compravendita era insuscettibile di divisione.

Il dato centrale da cui muovono gli studiosi cimentatisi nell'esegesi del passo è l'interpretazione della specifica clausola contrattuale¹²⁵ che sarebbe stata apposta dalle parti alla compravendita consensuale¹²⁶, allo scopo di stabilire che l'esecuzione delle rispettive prestazioni dovesse seguire un ordine ben preciso: prima, il pagamento della *pecunia* concordata quale prezzo; poi, la consegna della *res mancipi*.

Ragionando in questi termini, la questione sottoposta a Labeone non risulterebbe imperniata sul rapporto tra l'esecuzione delle obbligazioni sorte dalla compravendita – che già sarebbe risolto preventivamente dai contraenti – ma atterrebbe alla possibilità di intendere per '*soluta pecunia*', ai fini dell'esercizio dell'azione *ex empto* nei confronti del venditore, tutto intero il prezzo del fondo ovvero soltanto la parte di cui è gravato il singolo erede del compratore¹²⁷.

¹²⁵ Sulle *leges contractus*, con particolare attenzione alle *leges venditionis*, cfr. U. VON LÜBTOW, '*Catos leges*', cit., 16 ss.; F. CANCELLI, *L'origine*, cit., 68 ss.

¹²⁶ Secondo l'opinione prevalente, Labeone presuppone la conclusione di un'*emptio venditio*: così, in particolare, H.-P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma*, cit., 24. Tuttavia, V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., 167, nt. 1, avanza il «dubbio che la riserva di far la consegna solo dopo il pagamento del prezzo abbia avuto luogo in occasione di una *mancipatio*».

¹²⁷ Mostra cautela, in particolare, M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 375, nt. 735, secondo cui «Labeone si occupa della clausola contrattuale '*soluta pecunia traderetur ei possessio*' solo per stabilire che essa produce l'indivisibilità del pagamento del prezzo come presupposto dell'azione per la consegna della cosa», osservando che «clausole del genere sono sorte, con ogni probabilità, in un periodo in cui tale pagamento non condizionava l'azione in adempimento del compratore, ma l'uso ne può esser continuato anche in un momento successivo». Analoghe considerazioni del Maestro romano si leggono in ID., '*Lex*' ed '*interpretatio*', cit., 410 e nt. 195, ove si sottolinea l'inconcludenza del passo in merito al regime delle obbligazioni adottato in età augustea.

Com'è ben noto, invero, l'applicazione del principio '*nomina hereditaria ipso iure dividuntur*'¹²⁸ vorrebbe che il successore a titolo universale risulti tenuto, a rigore, nei soli limiti della quota di prezzo che gli tocca quale debito ereditario: soluzione, questa, che però riuscirebbe inaccettabile agli occhi del giurista augusteo, atteso che, se il prezzo è stato considerato, in sede di conclusione del contratto, quale *unicum* indivisibile, a questa previsione si sarebbe dovuto adeguare chiunque avesse poi inteso agire, in luogo del compratore originario, nei confronti del venditore per ottenerne l'adempimento.

Rispetto al punto che qui maggiormente rileva, vale a dire il regime a cui sarebbe stata assoggettata l'esecuzione delle obbligazioni sorte a carico del compratore e del venditore all'epoca di Labeone (cui si riannoda la possibile applicazione dell'*exceptio inadimpleti contractus*), la dottrina non ha espresso una posizione unitaria.

Secondo la maggioranza degli autori, la previsione '*soluta pecunia, traderetur possessio*', avrebbe comportato che la pretesa dei coeredi del compratore fosse stata sì subordinata, sul piano della sua deduzione in giudizio, al pagamento dell'intero prezzo: ma ciò soltanto contrattualmente, in virtù dell'apposita clausola di cui si è detto.

Per questa ragione, il frammento viene additato dalla lezione assolutamente prevalente quale prova di un periodo storico in cui, senza soluzione di continuità con la testimonianza di Varrone, non avrebbe di per sé trovato applicazione il sinallagma funzionale a favore del venditore: a condizionare, nei fatti, l'esercizio dell'*actio empti* all'avvenuto pagamento del prezzo da parte del coerede sarebbe stata non già la

¹²⁸ Su cui è d'obbligo il rinvio a P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, I, *Introduzione - Parte generale*, Milano, 1960, 49 ss., oltre che a M. KASER, *Die altrömische Erbenhaftung*, in *RIDA - AHDO*, I, 1952, 532 ss.

struttura del contratto di compravendita, quanto piuttosto l'autonomia negoziale delle parti, concretantesi nell'apposizione di apposite clausole¹²⁹.

Con deduzione *a contrario*, la stessa tesi giunge a sostenere che, se la funzione pratica della *lex contractus* inserita dalle parti nel contratto era quella di stabilire una scansione temporale tra le due prestazioni, Labeone avrebbe dato invece per implicito presupposto che, in assenza della *lex* medesima, la consegna del fondo da parte del venditore e il pagamento del prezzo da parte del compratore dovessero aver luogo contemporaneamente: di modo che, non essendo il venditore tenuto ad adempiere per primo, gli eredi del compratore ben avrebbero potuto convenirlo in giudizio anche prima (e comunque a prescindere) rispetto al versamento della somma pattuita.

Per questa via, insomma, si finisce per ritenere che l'accordo accessorio circa le modalità di esecuzione del contratto sia servito, nella concreta pratica negoziale, a scardinare la completa indipendenza delle obbligazioni dell'età più risalente, anticipando l'operatività dell'eccezione di inadempimento a favore del venditore che

¹²⁹ In questo senso, cfr. H.-P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma*, cit., 25 s. (secondo cui dal testo si ricava che «wenn die *lex contractus* nötig war, um eine Vorleistungspflicht des Käufers festzulegen, dann konnte ohne sie die Übergabe unabhängig von der Kaufpreiszahlung verlangt werden») e, in tempi più recenti, anche R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of Civilian Tradition*, Cape Town, 1990, 801, nt. 133. Non dissimile è l'opinione di A. PERNICE, 'Labeo', cit., 459, a giudizio del quale il passo attesterebbe che, al tempo di Labeone, era ancora necessaria una particolare clausola del contratto per stabilire il differimento dell'azione *ex empto* al completo pagamento del prezzo: ciò che, invece, nel sistema del contratto consensuale puro doveva sembrare del tutto naturale. Più prudente il giudizio di A. BECHMANN, *Der Kauf*, I, cit., 572, a tenore del quale, senza la clausola contrattuale riportata da Labeone, due sarebbero stati i possibili regimi di adempimento del contratto: che non vi fosse alcun ordine prefissato tra le prestazioni, le quali avrebbero mantenuto il rapporto di reciproca indipendenza attestato da Varrone; oppure che l'esecuzione delle stesse da parte di compratore e venditore dovesse aver luogo contemporaneamente («Zug um Zug»).

si trova affermata nel diritto classico in forma di diritto di ritenzione sulla cosa venduta¹³⁰.

Una diversa opinione pure avanzata in letteratura reputa invece che – a un più attento esame – il brano escerpito dai compilatori sia in grado di rivelare l'esistenza di un ordine di esecuzione delle due prestazioni, tale per cui prima doveva essere consegnata la cosa e, soltanto in un momento successivo, doveva essere pagato il prezzo¹³¹: soggiungendo che proprio perché la clausola, tipica, riportata nel testo si sarebbe limitata a ripetere ciò che nella prassi avrebbe avuto luogo ugualmente, Labeone non avrebbe incentrato il proprio parere sul profilo temporale dell'esecuzione delle obbligazioni, preferendo piuttosto indugiare sul problema della divisibilità o meno del corrispettivo pattuito¹³².

Vi è, poi, un terzo gruppo di studiosi che esclude radicalmente la possibilità di ricavare, dal testo in esame, elementi decisivi in grado di far luce, nell'uno o nell'altro senso, sull'assetto delle obbligazioni sorte dalla compravendita nella fase

¹³⁰ È la tesi di H. DERNBURG, *Geschichte und Theorie der Compensation*, cit., 69, secondo cui «Labeo macht die Rückhaltung Seitens des Verkäufers noch abhängig vom Abschlusse eines Nebenvertrags über Vorleistung des Käufers, woraus zu schließen ist, das Jenem ohne solchen Vertrag eine solche Retention nicht zustand».

¹³¹ Cfr. G. GROSSO, *Il sistema*, cit., 241, il quale argomenta tale conclusione anche sulla base di Gai 4.126 a (su cui *infra*, § 7); cfr. anche la tesi sostenuta da E.I. BEKKER, *Die Aktionen*, cit., 373, secondo cui la clausola '*soluta pecunia traderetur possessio*' sarebbe servita, per un verso, quale conferma di un diritto di ritenzione che si assume già esistente a favore del venditore e, per un altro verso, quale rinuncia del compratore ad avvalersi della possibilità, che parimenti avrebbe avuto a proprio favore, di rifiutare il pagamento, in assenza della consegna del bene compravenduto. Non troppo diversamente si esprime G. CORNIL, *L'évolution historique de la vente consensuelle et la loi 50, D. 'de actionibus empti et venditi'*, in *NRHD*, XXV, 1901, 152, che in relazione al brano che qui ci interessa osserva: «en effet, la clause dont il s'agit ici est celle qui astreindrait l'acheteur à payer le prix avant de recevoir la chose, et l'utilité de pareille clause se comprend parfaitement, même dans un système qui ferait découler de la lui l'exception dite *non adimpleti contractus*».

¹³² Osservazione, questa, formulata da M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 375, nt. 735.

dell'adempimento¹³³: e ciò in quanto, se si è davvero in presenza di una *lex contractus* mirante a prestabilire un ordine di esecuzione delle rispettive prestazioni, è vano discutere di sinallagma funzionale, perché del medesimo mancano le condizioni¹³⁴; mentre, d'altra parte, Labeone nulla dice – né a favore né contro – quanto alla possibilità di una delle parti di rifiutare la propria prestazione adducendo l'inadempimento altrui in assenza della stessa *lex*, di guisa che, inevitabilmente, mancano appigli da cui dedurre, con una certa sicurezza, quale sarebbe stato il regime processuale delle azioni *ex empto vendito*.

Prima di prendere partito per l'una o per l'altra opinione, vorrei affacciare un'ipotesi di interpretazione del testo che, almeno a quanto mi risulta, non è stata ancora stata offerta al dibattito corrente.

Non intendo certo spingermi fino al punto di sostenere che la *lex* richiamata da Labeone, recante l'indicazione '*soluta pecunia traderetur possessio*', coincida proprio con quel passaggio della legge delle XII Tavole che, secondo quanto già si è congetturato, avrebbe previsto la subordinazione dell'obbligo di consegna al pagamento del prezzo o alla prestazione di una *satisfactio*¹³⁵: manca infatti, all'evidenza, il benché minimo indizio che autorizzi a credere che il giureconsulto augusteo abbia inteso così sinteticamente richiamare un precetto di origine decemvirale¹³⁶. Piuttosto, riterrei non vi siano elementi per scartare *a priori* la supposizione che le parti della compravendita labeoniana si siano semplicemente

¹³³ Cfr. M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 375 e nt. 735 (cui presta piena adesione A. RODEGHIERO, *In tema di sinallagma funzionale*, cit., 552, nt. 3).

¹³⁴ Per tutti, cfr. G. GROSSO, *Il sistema*, cit., 247: «l'interdipendenza delle prestazioni, la cd. *exceptio inadimpleti contractus* ha la sua base nella contemporaneità, e resta esclusa là dove è esclusa tale contemporaneità ... come può essere stabilito mediante pattuizione delle parti».

¹³⁵ Come si è ipotizzato *supra*, al § 2.

¹³⁶ Si veda, a questo proposito, la sequenza dell'opera donde è tratto il frammento in O. LENEL, '*Palingenesia iuris civilis*', I, con prefazione di M. Talamanca, a cura di L. Capogrossi Colognesi, Roma, 2000, 308.

attenute alla *lex* rappresentata nel formulario varroniano del ‘*de re rustica*’ come tradizionale e verosimilmente di ampia applicazione nella pratica: *lex* che, per l’appunto, finiva per condizionare in concreto l’obbligo di consegna al pagamento dei *nummi* pattuiti o, quanto meno, alla prestazione di *expromissio*.

In favore di questa prospettiva può forse militare – al di là dell’uguale contenuto prescrittivo che le due *leges* avrebbero avuto e della distanza di tempo relativamente breve trascorso dalla stesura dell’opera dell’antiquario reatino – soprattutto la considerazione che, per quanto sappiamo, Labeone ha assunto anche in altri luoghi, quale punto di riferimento per le proprie soluzioni, un’*emptio venditio* assistita da *stipulatio pretii*, come tale corrispondente al formulario varroniano: questa non è certamente una novità, ma un dato che può dirsi acquisito in dottrina¹³⁷.

Che se poi, diversamente da questa interpretazione, si volesse mantenere la lettura solitamente più apprezzata, volta a identificare la *lex* di D. 18.1.78.2 con una pattuizione negoziale inserita dalle parti per l’occasione, allora la conclusione da trarne, in relazione all’operatività del sinallagma funzionale, dovrebbe essere assai dubitativa.

L’unico, tenue argomento che si potrebbe desumere in favore della seconda delle tesi innanzi tratteggiate – a tenore della quale vi sarebbe stata comunque, anche in assenza di una clausola *ad hoc*, la necessità di provvedere al pagamento prima del *tradere possessionem* – riposerebbe nella circostanza che il solo effetto annesso da Labeone alla *lex* inserita nel contratto è quello di costringere l’erede a pagare per intero, per poter convenire in giudizio il venditore: quanto invece alla necessità di provvedere al versamento del prezzo, al fine dell’esperibilità dell’*actio empti*, essa

¹³⁷ Tanto che, anche con riferimento al notissimo caso di D. 19.1.50, diversi autori hanno sostenuto che lo sfondo del pensiero di Labeone tramandatoci dal frammento sia rappresentato da una compravendita che prevedeva la *stipulatio* del prezzo: così P. MEYLAN, *Le rôle de la ‘bona fides’*, cit., 255 (il quale riconduce l’obbligazione sorta *verbis* alla stessa *expromissio* varroniana), nonché, in termini appena più dubitativi, M. TALAMANCA, ‘*Lex* ed ‘*interpretatio*’, cit., 429 e nt. 254.

sembra data implicitamente per presupposta sul piano processuale, tanto che, ove ciò non avvenga, non sorge un'*exceptio* in favore del venditore, ma una vera e propria preclusione all'iniziativa dello stesso coerede ('*nec, si partem solvat, ex empto aget*').

Se così fosse, il brano potrebbe rispecchiare in una fase in cui – venuto meno l'inserimento di un impegno prestato *verbis* dal compratore, in ragione del definitivo affermarsi del contratto consensuale, e affievolitasi con il tempo l'efficacia prescrittiva del precetto decemvirale innanzi tratteggiato – il venditore si cautelava pretendendo l'apposizione di una particolare *lex venditionis* che lo autorizzasse a rifiutare l'adempimento della sua obbligazione fintanto che non avesse ricevuto quello altrui: in modo da riprodurre, quindi, il meccanismo che nell'epoca più antica, quella della vendita a contanti, avrebbe operato senza l'*expromissio nummorum*, e che poi avrebbe continuato a operare nella fase intermedia per il tramite delle XII Tavole.

D'altro canto, la continua inserzione di clausole analoghe a quella descritta da Labeone potrebbe aver infine condotto a configurare come un elemento naturale¹³⁸ del regime della compravendita il diritto a trattenere la cosa venduta in assenza della corresponsione della somma pattuita: ciò che spiegherebbe il motivo per cui la

¹³⁸ Secondo un'evoluzione analoga a quella prospettata da B. BIONDI, *Contratto e 'stipulatio'. Corso di lezioni*, Milano, 1953, 273 e F. CANCELLI, *L'origine*, cit., 125, con riferimento, però, alle *stipulationes* di *habere licere*: «la *stipulatio*, la forma più elementare più diffusa di obbligazione, venne adibita per meglio cautelarsi negli effetti del contratto consensuale: che però, solo, assicurava la bilateralità, *ultra citroque*, delle prestazioni. E l'applicazione delle *stipulationes* si andò progressivamente abolendo ed eliminando, a misura che si veniva facendo strada l'adozione del *iudicium bonae fidei*, in cui si poteva tener conto di tutti gli aspetti negoziali e di tutti gli atteggiamenti proditorii delle parti. Man mano, infatti, sviluppandosi l'applicazione del *iudicium bonae fidei*, tutte le garanzie dell'oggetto venduto e del rapporto negoziale si configurarono come *naturalia negotii* ». Sul punto, mi sembra concordare A. PERNICE, '*Labeo*', cit., 458, là dove ritiene «gewöhnlich und selbstverständlich» che, da una «Sicherstellung des Preises, wenn er nicht sofort gezahlt wird, durch Anweisung an den Bankier, Expromission, Bürgschaftsstellung u.s.w.», si sia poi passati a una forma di garanzia che «geradezu als zum Kaufvertrag gehörig angesehen wird».

soluzione adottata da Labeone per l'interpretazione della *lex contractus*, ovvero che il prezzo debba essere pagato tutto intero prima che il compratore possa intentare l'*actio empti*, sia identica a quella che in un periodo successivo troviamo attestata in diverse altre fonti¹³⁹.

4. L'eccezione di inadempimento in favore del venditore in età classica.

Proseguendo nella nostra ricerca, necessita ora di attenzione un cospicuo gruppo di passi, attinenti tutti all'ipotesi di un'*emptio venditio* conclusa con l'intervento di un *servus*, che dalla dottrina tradizionale vengono richiamati quale sicura conferma del funzionamento dell'*exceptio inadimpleti contractus* in età classica. Essi, come già si anticipava in apertura di questo lavoro¹⁴⁰, sono stati recentemente oggetto del vaglio critico dell'Ernst, il cui punto di vista si è spesso trovato in conflitto con l'esegesi consolidatasi in letteratura: pertanto, nel prosieguo, non si potrà ovviamente prescindere dal considerare con particolare attenzione le recenti soluzioni proposte dallo studioso tedesco.

Cominciamo, dunque, da:

D. 21.1.57 pr. (Paul. 5 *quaest.*): *si servum mancipium emit et dominus redhibitoria agat, non aliter ei venditor <pretium> daturus est, quam si omnia praestiterit quae huius actioni continentur et quidem solida, non peculio tenus: nam et si ex empto dominus agat, nisi pretium totum solverit, nihil consequitur.*

¹³⁹ Cfr. A. PERNICE, '*Labeo*', cit., 459 s., secondo cui «hiernach bedarf es also noch einer besonderen Vertragsclausel, um die Hinausschiebung der Klage auf den Moment vollständig geleisteter Zahlung zu bewirken, was dem späteren Systeme des reinen Consensualvertrages ganz selbstverständlich erscheinen muss».

¹⁴⁰ Cfr. quanto si è detto *supra*, nell'*Introduzione*.

L'ipotesi sottoposta all'attenzione del giurista severiano riguarda una compravendita che vede uno schiavo acquistare un altro schiavo: giacché quest'ultimo, però, si rivela affetto da vizi, il *dominus* del *servus* compratore è costretto ad esperire l'*actio redhibitoria*.

Nella prima parte del passo, Paolo ha cura di sottolineare che, al padrone che agisca in giudizio, non è consentito richiamarsi alla limitazione di responsabilità prevista in suo favore¹⁴¹, che assume quale parametro l'entità del peculio: egli ha, invero, il preciso onere di dare tutto ciò che di regola si richiede a un compratore che si trovi nella stessa situazione, essendo quindi tenuto, oltre che alla restituzione dello schiavo con i relativi accessori, anche al pagamento degli eventuali danni o deterioramenti che il medesimo abbia avuto a subire¹⁴².

Nella seconda parte del brano – che rappresenta, per noi, quella di maggior interesse –, lo stesso giureconsulto soggiunge che, anche quando il *dominus* dello schiavo si avvale dell'*actio empti*, deve pagare il prezzo per intero: altrimenti, non consegue nulla.

¹⁴¹ Sottolinea J. SCHMIDT-OTT, '*Pauli Quaestiones*'. *Eigenart und Textgeschichte einer spätclassischen Juristenschrift*, Berlin, 1993, 160, che la limitazione di responsabilità rispetto al *peculium* vale unicamente se il proprietario dello schiavo venga convenuto: ma non può essere invocata se sia egli stesso ad agire contro il terzo contraente e l'azione intentata preveda un obbligo di restituzione. Sul particolare atteggiarsi della responsabilità del *dominus*, in riferimento a questo specifico passo, cfr. anche I. BUTI, *Studi*, cit., 104.

¹⁴² Così come prescritto da D. 21.1.1.1 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*), D. 21.1.23 pr.-1 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*), D. 21.1.25 pr.-1 (Ulp. 1 *ad aed. cur.*). Su questi e altri testi ancora sull'argomento, cfr. L. GAROFALO, *Studi sull'azione redibitoria*, Padova, 2000, 46 s.; L. MANNA, '*Actio redhibitoria*' e responsabilità per i vizi della cosa nell'editto '*de mancipiis vendundis*', Milano, 1994, 184 ss. (senza specifici rilievi sul punto, N. DONADIO, *Sull'actio redhibitoria*'. *Recensione* a L. MANNA, '*Actio redhibitoria*', cit., in *Index*, XXV, 1997, 652).

Secondo l'Ernst¹⁴³, il sinallagma funzionale, invocato dalla dottrina tradizionale a giustificazione della soluzione data alla *quaestio*¹⁴⁴, sarebbe del tutto eccentrico rispetto al ragionamento paolino: quest'ultimo si spiegherebbe, invero, per il semplice fatto che «der Verkäufer kann nicht die Kaufsache begehren und sich gleichzeitig auf die Beschränkung des Pekuliums berufen: andernfalls würde er sich durch die Haftungsbeschränkung auf Kosten des Verkäufers bereichern».

Ora, è indiscutibile che l'esigenza indicata dallo studioso tedesco, di evitare che la responsabilità nei limiti del peculio sia in grado di tradursi in un'occasione di ingiusto profitto per il *dominus*, a detrimento del venditore, renda ragione del perché questi, sia che agisca in redibitoria, sia che agisca *ex empto*, debba pagare il prezzo per intero, anziché soltanto nei limiti del peculio¹⁴⁵.

Ciò di cui, tuttavia, quest'impostazione non riesce a dar conto, ma che anzi a sua volta implicitamente presuppone, è che il *dominus*, nell'accingersi a esperire l'azione contro il venditore, sia tenuto a versare il prezzo: Paolo è addirittura perentorio in questo senso¹⁴⁶.

¹⁴³ Cfr. W. ERNST, *Die Vorgeschichte*, cit., 12 s. La necessità di evitare un comportamento contraddittorio da parte dell'attore, incompatibile con la *bona fides* che modella le obbligazioni contrattuali, è messa in evidenza anche da P. PICHONNAZ, *La compensation. Analyse historique et comparative des modes de compenser non conventionnels*, Fribourg (CH), 2001, 66.

¹⁴⁴ Cfr. H.-P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma*, cit., 66 ss.; M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 375 e nt. 743, il quale, peraltro, assegna all'adempimento della prestazione da parte dell'attore, nel caso di contratti claudicanti, la funzione di «correggere praticamente il funzionamento del sinallagma genetico».

¹⁴⁵ Secondo l'impostazione di F.L. VON KELLER, *Noch etwas über die 'exceptiones non impleti' und 'non rite adimpleti contractus'*, cit., 354, quale riferita *supra*, nell'*Introduzione*, la spiegazione sarebbe da ravvisare nel fatto che il padrone, in base alla compravendita conclusa dal suo schiavo, ha acquistato «nicht das Recht, die gekaufte Sache, sondern nur das Recht, die gekaufte Sache gegen Bezahlunf des verabredeten Preises zu fordern».

¹⁴⁶ Dedurre dal brano soltanto «dass es prozesstechnisch offenbar keine Schwierigkeiten bereitete, den Erfolg der *actio empti* von der geschehenen Kaufpreiszahlung abhängig zu machen», come pure si

Né un simile dato mi sembra possa essere altrimenti inteso, come pure propone l'Ernst¹⁴⁷, quale mera conseguenza del fatto che «ein glattes Gegenseitigkeitsverhältnis von *actio empti* und *actio venditi* besteht zwischen den Prozessparteien *dominus* und *venditor* ja gerade nicht», dal momento che la compravendita è stata conclusa dallo schiavo, in veste di acquirente.

Il collegamento funzionale intercorre, nel caso di specie, tra l'esercizio dell'*actio empti* e il pagamento del prezzo: e in entrambi i casi, il soggetto interessato, rispettivamente come attore e come debitore, è pur sempre il *dominus*, su cui grava, *iure praetorio*, l'obbligazione di versare il dovuto, anche se, di regola, soltanto nei limiti del peculio.

Dell'acquisto effettuato da uno schiavo tratta anche il più complesso frammento di Paolo che riporto qui di seguito¹⁴⁸:

D. 12.1.31.1 (Paul. 7 ad Plaut.): *Servuum tuum imprudens a fure bona fide emi: is ex peculio, quod ad te pertinebat, hominem paravit, qui mihi traditus est. Sabinus Cassius posse te mihi hominem condicere: sed si quid mihi abesset ex negotio quod is gessisset, invicem me tecum acturum. et hoc verum est: nam et Iulianus ait videndum,*

vorrebbe (cfr. W. ERNST, *Die Vorgeschichte*, cit., 13), mi sembra ingiustificatamente riduttivo: il significato del testo è, piuttosto, nel senso che l'esperimento dell'*actio empti* dipendeva dall'avvenuto pagamento del prezzo.

¹⁴⁷ Con un'osservazione che, invece, riesce persuasiva ad A. RODEGHIERO, *Sul sinallagma genetico*, cit., 142, nonché *In tema di sinallagma funzionale*, cit., 560.

¹⁴⁸ La stessa fattispecie, peraltro, viene discussa anche in D. 19.1.24.1 (Iul. 15 dig.). Su entrambi i passi cfr., per ampi riferimenti, A. SACCOCCIO, *'Si certum petetur'*. *Dalla 'condictio' dei 'veteres' alle 'condictiones' giustinianee*, Milano, 2002, 195 ss.; A. BURDESE, *In tema di 'consumptio nummorum'*, in *Riv dir. comm.*, 1953, I, 273 s. (con specifico riguardo al brano qui in esame); F. REDUZZI MEROLA, *'Servo parere'*. *Studi sulla condizione giuridica degli schiavi vicari e dei sottoposti a schiavi nelle esperienze greca e romana*, Napoli, 1990, 116 ss. (su cui cfr. A. BURDESE, *Recensione a F. REDUZZI MEROLA, 'Servo parere'*, cit., in *Index*, XIX, 1991, 485 s.).

ne dominus integram ex empto actionem habeat, venditor autem condicere possit bonae fidei emptori. quod ad peculiares nummos attinet, si exstant, vindicare eos dominus potest, sed actione de peculio tenetur venditori, ut pretium solvat: si consumpti sint, actio de peculio evanescit. sed adicere debuit Iulianus non aliter domino servi venditorem ex empto teneri, quam si ei pretium solidum et quecumque, si cum libero contraxisset, deberentur, dominus servi praestaret. [idem dici debet, si bonae fidei possessori solvissem, si tamen actiones, quas adversus eum habeam, praestare domino paratus sim]¹⁴⁹.

Ego, *imprudens*, conclude in buona fede una compravendita avente a oggetto uno schiavo che il venditore aveva precedentemente rubato a Tu. Lo schiavo acquistato compera, a propria volta, con il peculio che gli era stato concesso da Tu, un altro schiavo (cd. ‘vicario’¹⁵⁰), che viene mancipato dal secondo venditore a Ego.

Nel porre attenzione al rapporto tra Ego e Tu, Paolo¹⁵¹ riporta anzitutto fedelmente¹⁵² l’opinione di Sabino, condivisa da Cassio, secondo cui Tu avrebbe a

¹⁴⁹ La dottrina generalmente dubita della genuinità del brano a partire da ‘*idem dici debet*’: cfr., sul punto, gli Autori menzionati nella nota precedente.

¹⁵⁰ «The *servus vicarius* ... is one who forms part of another slave’s *peculium*»: così W.W. BUCKLAND, *The roman law of slavery. The condition of slave in private law from Augustus to Justinian*, Oxford, 1908, 239. In merito al regime cui soggiaceva la figura dello schiavo vicario, cfr. A. BERGER, *Nota minima sul ‘servus vicarius’*, in *Iura*, VIII, 1957, 122 ss.; G. FABRE, ‘*Libertus*’. *Recherches sur les rapports patron-affranchi à la fin de la république romaine*, Roma, 1981, 275 ss.; L. LABRUNA, ‘*Servus vicarius*’: *l’arricchimento dello schiavo*, in *Index*, XIII, 1985, 467 ss. (studio pubblicato anche, sotto il titolo ‘*Minima de servis*’, I, *Il servo «vicario», lo schiavo «padrone», in ‘Sodalitas’. Scritti in onore di Antonio Guarino*, VII, Napoli, 1984, 3553 ss., nonché come *Nota di lettura* a H. ERMAN, ‘*Servus vicarius*’. *L’esclave de l’esclave romain*, Napoli, 1986, 1 ss. e, da ultimo, con titolo inalterato, in ID., ‘*Admicula*’, cit., 147 ss.).

¹⁵¹ L’opera da cui è tratto il frammento in esame è, per l’esattezza, un commentario di Paolo a Plauto, giureconsulto del I sec. d.C. di cui – malgrado la fama che godette presso i contemporanei – sappiamo poco o nulla: sul tema, cfr. C. FERRINI, *I libri ‘ad Plautium’ di Paolo*, in *Memorie della R. Accademia*

disposizione una *condictio* per ottenere da Ego la restituzione del *servus vicarius*, mentre a Ego spetterebbe l'*actio (negotiorum gestorum) de peculio*, per il rimborso di quanto speso in relazione all'acquisto del *servus* medesimo.

Il giurista severiano, tuttavia, non condivide questa tesi, preferendo quella successivamente formulata da Giuliano, in base alla quale Tu potrebbe rivolgersi, con l'*actio empti* rimasta *integra* verso il secondo venditore, mentre a quest'ultimo sarebbe consentito ripetere lo schiavo vicario da Ego, compratore in buona fede.

Importa, qui, soprattutto il passaggio del testo in cui Paolo precisa che Giuliano avrebbe dovuto puntualizzare che il venditore dello schiavo vicario non risponde *ex empto* nei confronti di Tu, nel caso in cui questi non gli presti per intero il prezzo della vendita e ogni altra cosa che sarebbe stata dovuta, se egli avesse contrattato con un uomo libero: al pari del brano precedente, il giureconsulto mostra così di subordinare la responsabilità del venditore nei confronti del *dominus* dello schiavo compratore all'avvenuto pagamento del prezzo di vendita, da effettuare per l'intero ammontare e non soltanto nei limiti del peculio.

La particolarità della vicenda descritta consente dunque all'Ernst di ribadire la propria convinzione di fondo¹⁵³: vale a dire che, lungi dal trattarsi di un'applicazione dell'eccezione di inadempimento, il condizionamento dell'azione *ex empto* al versamento del corrispettivo sarebbe piuttosto dettato dall'impellente necessità di evitare che il principio per cui lo schiavo non si obbliga *civiliter*, ma impegna il proprio *dominus* nei limiti del peculio (oltre che, ovviamente, se stesso *naturaliter*¹⁵⁴), venga a costituire uno strumento d'ingiusto locupletamento a favore dello stesso

di Scienze, Lettere e Arti di Modena, X, 1894, 169 ss. (ora anche in ID., *Opere*, II, *Studi sulle fonti del diritto romano*, a cura di E. Albertario, Milano, 1929, 205 ss.).

¹⁵² Cfr. F. REINOSO-BARBERO, *Germinaciones ocultas en el Digesto*, in *Index*, XXV, 1997, 215 e 230 s., nt. 54.

¹⁵³ Cfr. W. ERNST, *Die Vorgeschichte*, cit., 14 s.

¹⁵⁴ Per il sorgere della *naturalis obligatio* dello schiavo verso l'estraneo, cfr., per tutti, A. BURDESE, *La nozione classica di 'naturalis obligatio'*, Torino, 1955, 30 ss.

dominus, tale da danneggiare il malcapitato che si sia trovato a contrattare con lo schiavo¹⁵⁵.

Senonché, giova sottolineare che il bisogno di scongiurare questo rischio, se è in grado di chiarire la ragione della responsabilità *in solidum* di cui è gravato l'attore, di per sé non spiega affatto come mai Paolo abbia pensato di ricorrere proprio al meccanismo processuale di imporre all'attore il pagamento del prezzo prima di agire *ex empto*, che si trova affermato anche altrove con espresso riferimento a situazioni diverse: non è, dunque, credibile che esso abbia potuto sorreggere, da solo, la soluzione prospettata nel testo.

Di notevole interesse, ai fini del nostro tema, è poi un'altra decisione che riguarda una compravendita conclusa da uno schiavo:

D. 21.1.31.7-8 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Marcellus quoque scribit, si servus communis servum emerit et sit in causa redhibitionis, unum ex dominis pro parte sua redhibere servum non posse: non magis, inquit, quam cum emptori plures heredes exstiterunt nec omnes ad redhibendum consentiunt. 8. Idem Marcellus ait non posse alterum ex dominis consequi actione ex empto, ut sibi pro parte venditor tradat, si*

¹⁵⁵ Lo stesso principio, del resto, mi pare emergere direttamente anche da D. 19.1.24.2 (Iul. 15 *dig.*): *Servo vendente hominem fideiussor venditionis omnia praestare debet, in quae obligaretur, si pro libero fideiussisset; nam et in dominum actio sic datur, ut emptor eadem consequatur, quae libero vendente consequi debuisset, sed ultra peculii taxationem dominus non condemnatur.* Lo schiavo si trova, nel frammento, nella posizione di venditore e la vendita è assistita da una fideiussione. Secondo l'opinione di Giuliano, il compratore può esercitare l'*actio empti* contro il padrone, per ottenere tutto ciò che gli sarebbe spettato contrattando con un uomo libero: tuttavia, il *dominus* non può essere condannato oltre i limiti del peculio. Ecco, dunque, la soluzione adottata dal giurista a evitare un ingiustificato pregiudizio delle ragioni dell'*emptor*: il fideiussore sarà tenuto a praestare tutto ciò a cui si sarebbe obbligato se avesse garantito per una persona libera, salvo poi, eventualmente, rivalersi sullo stesso *dominus* sulla base del rapporto intrattenuto con questi.

pro portione pretium dabit: et hoc in emptoribus servari oportere ait: nam venditor pignoris loco quod vendidit retinet, quoad emptor satisfaciat.

Nel paragrafo ottavo, Ulpiano riporta anzitutto l'opinione di Marcello, a giudizio del quale, se uno dei proprietari di un *servus communis*, compratore di un altro schiavo, agisce *ex empto* per ottenere la parziale consegna, in proprio favore, dello schiavo acquistato, non può limitarsi a pagare soltanto la propria parte del prezzo, ma è tenuto per l'intero.

Premesso che, nella compravendita perfezionatasi tramite un *servus communis*, spetta di norma a ciascun comproprietario la possibilità di agire *ex empto* unicamente *pro parte* – mentre, viceversa, ciascun comproprietario può essere convenuto dal venditore per l'adempimento dell'obbligazione al pagamento del prezzo per intero, a patto che il peculio appartenga a tutti i comproprietari¹⁵⁶, tramite l'*actio de peculio in solidum*, salvo disporre poi di idonea azione di regresso nei loro confronti –, l'Ernst¹⁵⁷ nega recisamente che, dal testo, traspaia l'applicazione di

¹⁵⁶ La spiegazione di questa disciplina, indubbiamente favorevole al venditore – disciplina che, secondo S. SOLAZZI, *Studi sull' 'actio de peculio'*, I, 'Actio de peculio' contro venditore e compratore, in *BIDR*, XVII, 1905, 210 (ora anche in ID., *Scritti di diritto romano* [1899-1913], I, Napoli, 1955, 163), risalirebbe a Giuliano – viene esplicitata, in particolare, da D. 15.1.27.8 (Gai. 9 *ad ed. prov.*), ove si legge: *si quis cum servo duorum pluriumve contraxit, permittendum est ei cum quo velit dominorum in solidum experiri: est enim iniquum in plures adversarios distringi eum, qui cum uno contraxerit*. Sul testo, cfr., in particolare, M. BRETONE, 'Servus communis'. *Contributo alla storia della comproprietà romana in età classica*, Napoli, 1958, 170 ss.

¹⁵⁷ Cfr. W. ERNST, *Die Vorgeschichte*, cit., 18, nt. 79. Scrive infatti l'Autore tedesco: «auch bei einem Kauf durch einen *servus communis* muss das gelten, was wir bereits für den Kauf durch einen Sklaven in D. 21.1.57 pr. und D. 12.1.31.1 gefunden hatten: die Verfolgung der *actio empti*, die auf dem Kaufgeschäft des *servus* beruht, erfordert die Leistung des Kaufpreis durch den klagenden *dominus*: diese Abhängigkeit hat jedoch in der Beschränkung der durchsetzbaren Kaufpreisforderung auf den Wert des Pekuliums einen juristischen Sachgrund, der mit einem allgemeinen Synallagma von Verkäufer – und Käuferleistungen nichts zu tun hat».

un'eccezione di inadempimento: a suo giudizio, la necessità di condizionare l'*actio empti* al pagamento dell'intero prezzo sarebbe, ancora una volta, da ricollegare alla limitazione di responsabilità al valore del peculio di cui godono i *domini* dello schiavo compratore.

Al di là del persuasivo argomento che la dottrina ha già opposto a quest'interpretazione – ovvero che Marcello, specificando che il compratore non ottiene *pro parte* il trasferimento dello schiavo se abbia pagato soltanto la sua parte di prezzo, presuppone pur sempre che, nel momento in cui il compratore agisce lamentando l'inadempimento della propria controparte, abbia preventivamente adempiuto la propria prestazione¹⁵⁸ –, mi sembra che la spiegazione adottata dallo studioso tedesco vada incontro anche a un ulteriore motivo di critica, che di seguito passo a esporre.

Mentre, nelle precedenti occasioni già esaminate, Paolo aveva considerato il problema di stabilire se il *dominus* dello schiavo compratore, contravvenendo al principio della sua responsabilità nei limiti esclusivi del peculio, fosse tenuto o meno a prestare l'intero prezzo ai fini dell'esercizio dell'azione *ex empto*, Marcello, la cui opinione è riportata da Ulpiano, si occupa di una questione affatto diversa: e cioè, se l'obbligazione di uno dei *domini*, avente a oggetto il pagamento del prezzo, debba intendersi limitata alla sua *pars* – ovvero alla quota di proprietà di cui è titolare sul servo (nel caso di specie, alla metà) –, per il caso in cui egli intenda agire *ex empto* solo *pro parte*, ovvero se il corrispettivo sia comunque da prestare per l'intero.

Nei frammenti già passati in rassegna, dunque, si trattava di determinare i limiti entro cui l'attore è tenuto a pagare, assumendo quale riferimento l'ammontare del peculio: qui, invece, si è interessati a valutare l'incidenza, sull'obbligazione del compratore che agisca contro il venditore, di una specifica situazione di condominio sullo schiavo acquirente.

¹⁵⁸ Cfr. A. RODEGHIERO, *In tema di sinallagma funzionale*, cit., 563.

Ne consegue, allora, che il dubbio che si prospetta nel brano in esame e la soluzione che Marcello e Ulpiano propongono nulla hanno a che vedere con la responsabilità *de peculio* del *dominus*, ma si giustificano alla luce del regime di comproprietà sul *servus communis*: situazione, anche questa, del tutto particolare, che verosimilmente richiedeva un approfondimento da parte dei giuristi perché, rispetto alla stessa, era lecito dubitare del principio altrimenti indiscusso nella prassi, in forza del quale il compratore non poteva utilmente agire contro il venditore, fino a quando l'obbligazione di pagare il prezzo non fosse stata integralmente soddisfatta¹⁵⁹.

Passando ora al secondo caso, contemplato nel paragrafo ottavo, mette conto anzitutto precisare che la chiusa del passo ulpiano, ove si afferma, in via generale, la regola per cui, nel caso di più compratori, il venditore avrebbe avuto diritto di ritenere la cosa venduta fino al soddisfacimento delle proprie ragioni, quasi si trattasse di un pegno, è fortemente sospetta di aver subito un non indifferente rimaneggiamento compilatorio.

Diverse sono le ragioni che inducono la dottrina a sostituire '*emptoribus*', con '*pluribus emptoris heredibus*'¹⁶⁰: oltre alla necessità di conservare una certa armonia nell'andamento del testo – che, con l'aggiustamento proposto, verrebbe a ricalcare esattamente quello del frammento precedente, in cui prima si discute il caso di una

¹⁵⁹ E, del resto, proprio all'esigenza che fosse versato tutto il dovuto, resa plasticamente mediante l'assimilazione del diritto del venditore sulla *res* a un pegno (su cui cfr. *infra*, § 5), si richiamano i giureconsulti nel formulare la propria conclusione, che dà sempre per presupposto il preventivo adempimento rispetto all'esercizio dell'azione: anche se, probabilmente, essi dovevano avere ben presente la contraddizione che si sarebbe venuta a creare tra il fatto che il *dominus* paghi, per agire *ex empto*, soltanto la sua *pars* e il fatto che egli, invece, possa essere convenuto *in solidum* dal terzo contraente del *servus*.

¹⁶⁰ Cfr., in questo senso, H.-P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma*, cit., 29, nonché la ricostruzione critica operata da G. BESELER, *Romanistische Studien. Die Gefahrtragung beim Kaufe im klassischen römischen Recht*, in *TR*, VIII, 1928, 303 s. e, da ultimo, da A. RODEGHIERO, *In tema di sinallagma funzionale*, cit., 561 s.

pluralità di compratori, poi quello di una pluralità di eredi del compratore –, è senz'altro da escludere che Marcello senta di dover tornare sull'ipotesi in cui il contratto sia stipulato da diversi soggetti acquirenti, di cui aveva poc'anzi trattato.

Orbene, se è vero che il giurista dell'età degli Antonini si riferisce a più eredi del compratore, osserva l'Ernst¹⁶¹ che, in virtù del noto principio del diritto successorio per cui '*nomina hereditaria ipso iure dividuntur*'¹⁶², essi sarebbero stati tenuti a provvedere al pagamento del prezzo solo per la quota di eredità loro spettante e, del pari, per la medesima quota avrebbero potuto chiedere al venditore l'adempimento dell'obbligazione di consegna.

A questa situazione, però, Marcello avrebbe apportato una correzione significativa, giustificata dalla peculiarità del caso di specie, negando a ciascun coerede di agire per ottenere dal venditore l'esecuzione parziale della prestazione ed esonerando, così, il venditore dall'obbligo di provvedere alla consegna *pro parte* dello schiavo: «mit dem '*et hoc in emptoribus servari oportet*' ist also die Unteilbarkeit der Verkäuferverpflichtung ausgesprochen. Daß der Verkäufer nicht einzelne Eigentumsbruchteile übertragen muß, leuchtet juristisch ein, weil er sich andernfalls auf eine Miteigentümergeinschaft mit dem/den zuerst klagenden Miterben einlassen müßte; da man die/den übrigen Miterben nicht zur Abnahme des verbleibenden Miteigentumsanteils zwingen kann, könnte dem Verkäufer schließlich nichts anderes übrigen bleiben, als die *actio communi dividundo* zu erheben: einen solchen Verlauf wollen die Juristen verhindern»¹⁶³.

¹⁶¹ Cfr. W. ERNST, *Die Vorgeschichte*, cit., 18 s.

¹⁶² In cui già ci eravamo brevemente imbattuti *supra*, al § 3.

¹⁶³ Cfr. W. ERNST, *Die Vorgeschichte*, cit., 19.

Tuttavia, a parte le considerazioni già svolte nelle pagine precedenti¹⁶⁴, che ben si potrebbero riproporre anche in relazione a questo ulteriore sviluppo delle tesi dello studioso tedesco, vi è un'altra circostanza che, mi pare, induce a respingere l'interpretazione secondo cui l'obbligo di effettuare il pagamento dell'intero prezzo in via preventiva scaturirebbe dalla necessità di far sì che il venditore non possa essere convenuto *ex empto* tante volte quanti sono i coeredi, e che egli, d'altro canto, non debba agire *ex vendito* nei confronti di ciascuno di loro.

Se la soluzione adottata dal giurista antoniniano fosse stata davvero ispirata all'esigenza ventilata dall'Ernst, riuscirebbe poco agevole comprendere perché Ulpiano abbia riportato, senza proferire alcun dissenso, l'opinione di Pomponio che troviamo ai paragrafi immediatamente precedenti quelli testé esaminati:

D. 21.1.31.5-6 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Si plures heredes sint emptoris, an omnes ad redhibendum consentire debeant, videamus. et ait Pomponius omnes consentire debere ad redhibendum dareque unum procuratorem, ne forte venditor iniuriam patiatur, dum ab alio partem recipit hominis alii in partem pretii condemnatur, quanti minoris is homo sit. 6. Idem ait homine mortuo vel etiam redhibito singulos pro suis portionibus recte agere, pretium autem et accessiones pro parte recipient: sed et fructus accessionis et si quo deterior homo factus est pro parte praestabitur ab ipsis, nisi forte tale sit, quod divisionem non recipiat, ut puta ancillae partus: in hoc enim idem servandum est, quod in ipsa matre vendita, quam pro parte redhiberi posse negavimus.*

Secondo Pomponio, perché abbia luogo la *redhibitio* di uno schiavo, è necessario il consenso di tutti gli eredi: occorre, infatti, evitare al venditore il

¹⁶⁴ V. *supra*, sempre in questo paragrafo, quanto si è osservato in relazione a D. 21.1.57 pr. (Paul. 5 *quaest.*) e D. 12.1.31.1 (Paul. 7 *ad Plaut.*), nonché le ulteriori considerazioni di A. RODEGHIERO, *In tema di sinallagma funzionale*, cit., 563.

pregiudizio di vedersi convenuto da taluno con l'azione redibitoria, da altri con quella estimatoria. Tuttavia, soggiunge il giurista, una volta che lo schiavo stesso sia stato restituito o sia morto, ogni coerede può, a buon diritto, agire per ottenere la restituzione del prezzo, da parte del venditore, in base alla propria quota¹⁶⁵: così come ogni coerede può essere convenuto *pro parte* dal venditore che intenda ottenere i frutti e le eventuali accessioni dello schiavo medesimo, ad eccezione soltanto del *partus ancillae*.

Dalla lettura del frammento pare evincersi che, nella vicenda riferita da Ulpiano, l'*iniuria* che si teme il venditore abbia a patire non è quella di vedersi convenuto tante volte quanti sono i coeredi, per la restituzione del prezzo, oppure quella di dover esercitare l'azione opportuna tante volte quanti sono i coeredi, per ottenere il saldo del dovuto: se più sono gli eredi del compratore, il vero pregiudizio che al venditore potrebbe derivare – e, d'altro canto, l'unico a cui Pomponio e Ulpiano si propongono di porre rimedio – è quello di un concorrente esercizio delle due diverse azioni edilizie, e precisamente dell'*actio redhibitoria* e dell'*actio quanti minoris*.

Sembrirebbe, allora, quanto meno singolare che, nel successivo paragrafo ottavo, Marcello consideri la stessa circostanza – vale a dire, trovarsi il venditore costretto ad agire contro una pluralità di coeredi del compratore, o esposto alle molteplici azioni che costoro avrebbero potuto utilmente esercitare contro di lui – come tanto grave da derogare al generale principio della divisibilità dei crediti e dei debiti tra i coeredi: il motivo in forza del quale ciascuno di questi è tenuto a pagare per l'intero dev'essere, evidentemente, diverso e andrà rintracciato, come al solito,

¹⁶⁵ Sul testo, cfr. R. LEDERLE, 'Mortuus redhibetur'. *Die Rückabwicklung nach Wandlung im römischen Recht*, Berlin, 1983, 31 e nt. 6 (con ivi richiamata ampia dottrina), secondo cui gli edili avrebbero concesso agli eredi una particolare *actio in factum*; G. THIELMANN, 'Actio redhibitoria' und zufälliger Untergang der Kaufsache (mit Beiträge zur Frage der Pönalität der ädilischen Klagen), in *Studi in onore di Edoardo Volterra*, II, Milano, 1971, 498 s.

nel diritto del venditore a trattenere la propria prestazione in assenza dell'integrale pagamento del prezzo.

Non credo possa essere di poco momento, del resto, la ripetuta assimilazione del diritto del venditore sulla cosa venduta a quello del creditore sulla cosa data in pegno, che già abbiamo visto prospettata da Paolo in precedenza: la funzione di garanzia a cui la prerogativa accordata al venditore medesimo assolveva, probabilmente, rende ragione dell'indivisibilità dell'obbligazione garantita e, così, della conclusione cui giunge il frammento esaminato.

Abbandonato l'ambito delle compravendite concluse per il tramite di schiavi, è ora il momento di passare a trattare di due testi che riportano il pensiero di Scevola. Procediamo, anzitutto, all'esame di:

D. 18.4.22 (Scaev. 2 resp.): *Hereditatis venditae pretium pro parte accepti: reliquum emptore non solvente quaesitum est, an corpora hereditaria pignoris nomine teneantur. respondi nihil proponi, cur non teneantur.*

Al giurista viene chiesto se, conclusa la vendita di un'eredità¹⁶⁶ di cui sia stato pagato soltanto in parte il prezzo, il venditore possa legittimamente trattenere i singoli beni ereditari 'pignoris nomine': quesito, questo, cui si dà una risposta di segno positivo, con la precisazione che non si ravvisano ragioni contrarie a che ciò avvenga.

L'Ernst¹⁶⁷ ritiene che il brano, tratto dai *responsa*, sia stato drasticamente manomesso dai compilatori, in modo tale da rendere impossibile intuirne la portata

¹⁶⁶ Per un'analisi delle problematiche che il tema presenta, cfr. F. VASSALLI, *Miscellanea critica di diritto romano*, III, *La vendita di eredità e la dottrina dell'emptio spei*, in *Ann. Univ. Perugia*, III, 1913, 87 ss. (ora in ID., *Studi giuridici*, III, 1, *Studi di diritto romano [1906-1921]*, Milano, 1960, 366 ss.); M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 348 ss., con ivi ulteriori riferimenti di letteratura.

¹⁶⁷ Cfr. W. ERNST, *Die Vorgeschichte*, cit., 24 s., il quale osserva che «beim Erbskauf besteht die Besonderheit, dass Käufer und Verkäufer im Hinblick auf den komplexen Vermögensbegriff, um den es geht, eine Vielzahl weiterer Verpflichtungen übernehmen. Es mag dazu kommen, dass der

originaria che, probabilmente, avrebbe contemplato una vicenda assai più complessa: e giunge, per questa via, a concludere che il medesimo non sia suscettibile di recare alcun contributo di rilievo a sostegno della tesi dell'operatività dell'eccezione di inadempimento in favore del venditore, dal momento che la soluzione adottata andrebbe a riconnettersi a un qualche ostacolo che l'azione per ottenere il pagamento del prezzo avrebbe incontrato nella fattispecie concreta, i cui estremi non ci sono noti.

Di questa spiegazione, si è però già messo in evidenza in dottrina¹⁶⁸ il carattere affatto arbitrario: in assenza di solidi appigli, essa appare diretta a provare quello che rimane l'assunto fondamentale – ma, dalle fonti, fino a questo punto non pianamente dimostrato – su cui si regge l'intera visuale dello studioso tedesco e, cioè, che il diritto di ritenzione sulla *res vendita* concesso al venditore fosse limitato solamente ai casi in cui questi non potesse far valere (o non potesse far valere per intero) il proprio credito al pagamento del prezzo.

Guardando senza preconcetti il frammento, non sembra davvero che una simile giustificazione sia attendibile: al contrario, emerge dal parere reso da Scevola un'intima e significativa coerenza con quanto già ci è stato attestato dalla compilazione in altri luoghi, vale a dire la possibilità di trattenere la *res emptā* fino al conseguimento del saldo integrale da parte del compratore.

Fermo restando questo principio fondamentale, la peculiarità del caso riposa soltanto nel problema di individuare su quali beni materiali vada a cadere il diritto (ancora una volta assimilato al *quasi pignus*) di cui gode il venditore: ma è un problema che Scevola si pone soltanto in ragione delle caratteristiche proprie della

Käufer der Restkaufpreisforderung entgegengesetzt, er habe vom Verkäufer noch etwas zu verlangen, etwa das *pretium* für von diesem verkaufte Erbschaftssachen, den Betrag eingezogener Forderungen o.ä».

¹⁶⁸ Cfr. A. RODEGHIERO, *In tema di sinallagma funzionale*, cit., 566 s.

*venditio hereditatis*¹⁶⁹, non certo per mettere in discussione lo strumento di tutela generale che abbiamo visto competere alla parte alienante.

Elementi utili a comprovare la tesi dell'Ernst non si scorgono nemmeno in:

D. 26.7.56 (Scaev. 4 dig.): *Tutor rerum et animalium pupilli venditionem fecit, sed quaedam animalia emptoribus pretium non solventibus retinuit et apud se habuit, pretium idem rationibus pupilli accepto tulit: ex his aliquot nata sunt: defuncto tutore heres eius eandem tutelam administravit et animalia annis plurimis possedit: quaesitum est, an, cum is cuius tutela administrata est annis viginti quattuor esset, iure animalia vindicaret. respondit secundum ea quae proponerentur pupillum ea vindicare non posse*

Di questo secondo testo di Scevola, ben più articolato del precedente, ci interessa soltanto un breve *obiter dictum* inserito nella parte iniziale, ove il giurista precisa che, se il tutore si trova a vendere animali e altre cose appartenenti al pupillo, può, di fronte ai compratori che non abbiano versato quanto pattuito, legittimamente ritenere i beni oggetto del contratto¹⁷⁰: ancora una volta, dunque, viene dato per scontato che il venditore goda del diritto di trattenere la *res vendita* sino al pagamento del prezzo.

L'obiezione sollevata dallo studioso tedesco¹⁷¹, ovvero che «im Text ist nicht davon die Rede, dass der Käufer den verkaufenden Tutor mit der *actio empti* belangt

¹⁶⁹ Com'è noto, infatti, essa ha ad oggetto il *ius heredis* o, come precisa M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 348 e 349, nt. 451, «il contenuto economico» del medesimo.

¹⁷⁰ Cfr., in proposito, l'acuta annotazione di S. SOLAZZI, *Le azioni*, cit., 450, nt. 225, il quale ipotizza che il diritto di ritenzione a cui Scevola allude possa, in definitiva, risolversi in una concreta elusione del divieto, a carico del tutore, di vendere a se stesso, nel caso in cui egli scientemente venga a contrattare con compratori senz'altro insolubili.

¹⁷¹ Cfr. W. ERNST, *Die Vorgeschichte*, cit., 26, nt. 109.

hat», già respinta in dottrina come poco convincente¹⁷², non è certo suscettibile di smentire il dato che emerge dalla testimonianza in commento: unanimemente si ritiene, tanto nella dottrina romanistica quanto in quella moderna, che l'eccezione di inadempimento si presenti come strumento di difesa che non ha carattere necessariamente processuale¹⁷³, ma che, oltre a paralizzare la domanda rivolta in giudizio dall'un contraente nei confronti dell'altro, ben può valere quale mezzo di «autotutela conservativa» di cui servirsi stragiudizialmente, come facoltà riconosciuta al creditore «di provocare unilateralmente l'inesigibilità della prestazione da lui dovuta tramite l'esercizio di un potere idoneo a rendere inattuale l'altrui pretesa»¹⁷⁴ e quindi, in definitiva, quale legittima causa di rifiuto della prestazione, sul piano sostanziale.

Né mi sembra andare incontro a sorte migliore la congettura, elaborata dallo stesso Ernst¹⁷⁵ per giustificare l'affermazione di Scevola che mal si attaglia alla sua tesi, secondo cui «es kann sich also einfach darum handeln, dass der Verkäufer bei ausbleibender Zahlung natürlicherweise von der Tradition der Kaufsache abgesehen hat».

E infatti, per un verso, un simile assunto si rivela contraddittorio, nel momento in cui afferma che il venditore possa fare a meno di *tradere* la cosa al compratore, in assenza del pagamento, ma nega che ciò stia a indicare un diritto a rifiutare l'adempimento della propria obbligazione, sorto in ragione della mancata esecuzione di quella gravante sulla controparte e, quindi, un'applicazione

¹⁷² Cfr. A. RODEGHIERO, *In tema di sinallagma funzionale*, cit., 568.

¹⁷³ In questo senso si pronuncia, senza esitazioni, anche la dottrina moderna: si vedano, ad esempio, L. BIGLIAZZI GERI, voce *Eccezione di inadempimento*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, VII, Torino, 1994, 334; F. REALMONTE, voce *Eccezione di inadempimento*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, 234 s.; A. DALMARTELLO, voce *Eccezione di inadempimento*, in *Nov. dig. it.*, VI, Torino, 1960, 356; G. PERSICO, *L'eccezione di inadempimento*, cit., 7.

¹⁷⁴ Così L. BIGLIAZZI GERI, voce *Eccezione di inadempimento*, cit., 332.

¹⁷⁵ Cfr. W. ERNST, *Die Vorgeschichte*, cit., 26, nt. 109.

dell'eccezione di inadempimento: per un altro verso, poi, appare privo di solide basi, dal momento che, se il giurista avesse voluto indicare soltanto che il venditore aveva deciso di differire la consegna della *res vendita*, a prescindere dal fatto che mancava il pagamento del prezzo, probabilmente non avrebbe utilizzato il termine *retinere*, che già abbiamo visto indicare in altri luoghi una particolare prerogativa del venditore, direttamente ricollegata al mancato soddisfacimento della sua pretesa creditoria.

Infine, resta da esaminare un testo che ha assunto importanza fondamentale, nella tradizione successiva della compilazione giustiniana, per la ricostruzione del regime proprio del sinallagma funzionale a favore del venditore, ovvero:

D. 19.1.13.8 (Ulp. 32 *ad ed.*): *Offerri pretium ab emptore debet, cum ex empto agitur, et ideo etsi pretii partem offerat, nondum est ex empto actio: venditor enim quasi pignus retinere potest eam rem quam vendidit.*

La peculiarità del frammento, rispetto a quelli fino ad ora discussi, consiste nel consentire al compratore, che intenda agire *ex empto* nei confronti della propria controparte, di offrire il prezzo¹⁷⁶, anziché provvedere effettivamente al suo

¹⁷⁶ Osserva F.L. VON KELLER, *Noch etwas über die 'exceptiones non impleti' und 'non rite adimpleti contractus'*, cit., 343, che il frammento «nicht heißt, der *iudex* müsste ... den Verkäufer condemniren zur Tradition gegen Bezahlung des Kaufpreises, sondern der Käufer müsse, um seine Condemnation zu erlangen, den Kaufpreis gegen die Tradition anbieten, darüber wird sich niemand wundern, sobald man denkt, daß im römischen Proceß überhaupt kein Verkäufer zur Tradition, also auch nicht zur Tradition gegen Bezahlung des Kaufpreises, condemnirt, sondern daß die Condemnation stets nur auf eine feste Summe baren Geldes gerichtet wird, und in jedem Falle, wo der Kläger nicht aufrecht stellt oder thut, wovon das Eintreten solcher Condemnation abhängt, anstatt irgend welcher Condemnation vielmehr die einfache Absolution greift». Pertanto, secondo l'opinione dello studioso, il significato del passo sarebbe da intendere nel senso che, se il compratore non paga o offre il prezzo, *nondum recte agitur*. L'*actio empti*, in forza della clausola *ex fide bona* e, dunque, *ipso iure*, dovrebbe essere rigettata con assoluzione del convenuto, non potendo darsi il caso né di una condanna alla *traditio* a carico del venditore convenuto, né di una condanna comunque, in mancanza di *traditio*: e ciò, in

pagamento: soluzione, questa, che ha goduto di larghissima fortuna, sino a essere riprodotta nel nostro codice civile¹⁷⁷.

Ulpiano dichiara che il compratore, per agire *ex empto*, non può limitarsi a offrire soltanto una parte del prezzo, poiché in tal caso non sorgerebbe l'azione o comunque essa andrebbe incontro a sicuro rigetto¹⁷⁸, ma ha il preciso onere di offrirlo per intero¹⁷⁹: e questo perché il venditore – come già abbiamo trovato univocamente evidenziato in altre fonti – ha titolo per trattenere la cosa venduta quasi alla stregua di un pegno¹⁸⁰.

quanto il *dare facere oportet* della formula costituirebbe «nicht schlechthin Tradition, sondern Tradition gegen Kaufgeld».

¹⁷⁷ Si veda l'art. 1460 cod. civ., primo comma: «nei contratti a prestazioni corrispettive, ciascuno dei contraenti può rifiutarsi di adempiere la sua obbligazione, se l'altro non adempie o non offre di adempiere contemporaneamente la propria, salvo che termini diversi per l'adempimento siano stati stabiliti dalle parti o risultino dalla natura del contratto». Diversamente, se non leggo male, dispone il § 320 BGB: «wer aus einem gegenseitigen Vertrage verpflichtet ist, kann die ihm obliegende Leistung bis zur Bewirkung der Gegenleistung verweigern, es sei denn, dass er vorzuleisten verpflichtet ist. Hat die Leistung an mehrere zu erfolgen, so kann dem einzelnen der ihm gebührende Teil bis zur Bewirkung der ganzen Gegenleistung verweigert werden. ...».

¹⁷⁸ Cfr. R. CASSIN, *De l'exception*, cit., 8, il quale nega che l'espressione '*nondum est ex empto actio*' sia da intendere come preclusione assoluta, per il venditore, di esercitare l'*actio*: e ciò, in quanto «on peut très bien l'interpréter comme déniait toute efficacité à une action valablement intentée et arrêtée par un moyen de défense».

¹⁷⁹ Seguo sul punto E. BETTI, *Istituzioni*, cit., 200, nt. 39, secondo cui si tratta di un onere in senso tecnico, in quanto il pagamento del prezzo costituisce «un adempimento che è imposto all'interessato nell'interesse proprio».

¹⁸⁰ La chiusa '*venditor - vendidit*' è ritenuta giustiniana da G. BORTOLUCCI, *Rivendita romana? Nota a D. 42.1.15 e § 7*, in *Studi in onore di Silvio Perozzi nel XL anno del suo insegnamento*, Palermo, 1925, 296, nt. 1. *Contra*, tuttavia, M. KASER, *Recensione a Studi in onore di Silvio Perozzi nel XL anno del suo insegnamento*, cit., in ZSS, XLVI, 1926, 418, osserva che tale conclusione «ist gewiß nicht richtig». Senza particolari osservazioni H. HONSELL, '*Quod interest*' im '*bonae fidei iudicium*'. *Studien zum römischen Schadenersatzrecht*, München, 1969, 47 ss.

Pur nella sua apparente semplicità, il brano non ha mancato di suscitare alcune perplessità nei commentatori: di particolare rilievo, è stato il suggerimento volto a sostituire l'interpolato '*ab emptore*' con l'originario '*ab emptoris herede vel ab ipso*'¹⁸¹, riconducendo anche questa massima ulpiana all'ipotesi in cui, al compratore, subentrava una pluralità di eredi.

Proprio facendo leva su un'alterazione postclassica del frammento, l'Ernst¹⁸² ha ritenuto di poter accostare l'ipotesi riportata nel medesimo a quella, già esaminata, di D. 21.1.31.8 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*), allo scopo di concludere che, per il primo così come per il secondo, «der Verkäufer muss nicht an einen Miterben einen Bruchteil leisten, sondern kann die Kaufsache insgesamt zurückbehalten, um den klagenden Miterben zu einer vollständigen Kaufpreiszahlung zu veranlassen, zu welcher der Miterbe ('*nomina ipso iure divisa*') nicht verpflichtet ist».

Se la questione sottoposta al vaglio di Ulpiano fosse stata riferita, come vuole l'Autore tedesco, a più eredi del compratore, si potrebbe probabilmente spiegare il motivo per cui, ancora una volta, il giurista di Tiro torni a occuparsi dello specifico problema della divisibilità dell'obbligazione di pagare il prezzo, in caso di successione *mortis causa* dell'acquirente: e torni a farlo in modo così minuzioso, da sentire addirittura il bisogno di precisare che il prezzo non può essere offerto in parte, subito dopo aver già dichiarato, in apertura del passo, che esso deve essere pagato dal compratore che agisca *ex empto*.

Non muta, però, quello che ancora una volta emerge indiscutibilmente quale vero e proprio filo conduttore del pensiero dei classici: la regola è che il prezzo dev'essere pagato o, quanto meno, offerto dal compratore, ogni qual volta egli intenda convenire in giudizio la propria controparte¹⁸³.

¹⁸¹ Cfr. P. KRÜGER, '*Digesta*' (ed. minor), *ad h.l.*

¹⁸² Cfr. W. ERNST, *Die Vorgeschichte*, cit., 22.

¹⁸³ Cfr. A. RODEGHIERO, *In tema di sinallagma funzionale*, cit., 565.

Ché, anzi, se più fossero gli eredi, come ritiene l'Ernst, quest'onere risulterebbe ancora più decisamente affermato da Ulpiano, giungendo a sovvertire l'applicazione del principio della divisibilità dei debiti ereditari: mentre, di contro, non basterebbe a rendere ragione della soluzione adottata il debole argomento basato sull'esigenza di evitare le conseguenze che sarebbero discese dal principio medesimo al venditore, in termini di pluralità di controparti da convenire o da cui essere convenuto in giudizio¹⁸⁴.

5. Altre ipotesi ricondotte all'eccezione di inadempimento in favore del venditore.

Esaurita l'analisi dei testi su cui la dottrina dominante fa poggiare la teoria dell'operatività dell'*exceptio inadimpleti contractus* a favore del venditore, con riferimento alla piena età classica, conviene ora soffermarsi brevemente su taluni ulteriori casi che, a vario titolo, sono stati assimilati al nostro tema.

D. 27.9.13.1 (Paul. *libro singulari ad orationem divi Severi*): [*Quamquam autem neque distrahere neque obligare tutor pupillare praedium possit, attamen*] *Papinianus libro quinto responsorum ait tutorem pupilli <praedium> sine decreto praetoris non iure distrahere: si tamen, inquit, errore lapsus vendiderit et pretium acceptum creditoribus paternis pueri solverit, quandoque domino praedium fructibus vindicanti doli non inutiliter opponitur exceptio pretium ac medii temporis usuras, quae creditoribus debentur, non offerenti, si ex ceteris eius facultatibus aes alienum solvi non poterit, ego autem notavi: etsi solvi potuerit, si tamen illae res salvae erunt, ex quorum pretio aeri alieno satisfieri potuit, dicendum est adhuc doli exceptionem obstare [, si lucrum captet pupillus ex damno alieno].*

¹⁸⁴ Su cui già si è detto supra, in questo stesso §, con riferimento a D. 21.1.31.7-8.

Sappiamo dalle fonti che, a seguito dell'emanazione dell'*oratio Severi*, contenente il generale divieto per i tutori ed i *curatores* dei pupilli di '*alienare obligareve*' i fondi rustici o suburbani di proprietà dei pupilli stessi, la vendita di un fondo pupillare da parte del tutore, avvenuta in assenza del decreto del magistrato, è da riguardare come del tutto nulla¹⁸⁵.

Conseguenza della violazione del divieto è che il compratore non acquista validamente e che il fondo oggetto del contratto può, in ogni momento, essere rivendicato con i suoi frutti: e tuttavia, secondo Paolo, qualora l'attore non offra, dal canto suo, in restituzione il prezzo percepito e gli interessi di cui si è nel frattempo arricchito¹⁸⁶, a buon diritto il convenuto gli oppone l'*exceptio doli*.

Secondo una tesi avanzata in dottrina¹⁸⁷, ci troveremmo qui al cospetto di «un'*exceptio doli* assimilabile alla *exceptio inadimpleti contractus*, ma a posizione rovesciata»: e ciò nel senso che, mentre «in sede di esecuzione il compratore avrebbe opposto al *venditor* che non offrisse la *res* la *exceptio inadimpleti* dicendo 'non adempio se tu non adempi', qui, se il *venditor* non offra il prezzo, opporrà la *exceptio inadimpleti* [come *exceptio doli*] a posizione rovesciata od invertita, dicendo cioè: 'non restituisco se tu non restituisci'».

Per quanto suggestiva, questa ricostruzione non mi sembra calzante rispetto alle motivazioni sottese alla soluzione paolina, sotto diversi profili.

Anzitutto, se si assume che la vendita sia nulla, nessun sinallagma funzionale può ovviamente essere sorto dal contratto e, di conseguenza, chiamato in causa al fine di regolare il comportamento delle parti nel momento in cui esse si devono reciprocamente restituire quanto ricevuto: l'esigenza che il pupillo presti, a vantaggio del compratore, ciò di cui si è arricchito discende, piuttosto, dalla solita necessità di

¹⁸⁵ Sul punto, cfr. B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo, 1979, 490, nt. 294.

¹⁸⁶ Cfr. E. NARDI, *Studi sulla ritenzione*, cit., 229, con ivi ulteriori, ampi riferimenti di letteratura.

¹⁸⁷ Cfr. E. NARDI, *Studi sulla ritenzione*, cit., 229 s.

evitare che il primo si avvantaggi a scapito della controparte di una compravendita nulla, per di più conclusa dal suo tutore in violazione delle regole negoziali stabilite dall'*oratio* imperiale.

Proprio il fatto che, dal contratto, non sia sorta alcuna obbligazione, esige una perfetta reintegrazione dei rispettivi patrimoni del compratore e del venditore, tale per cui, ove l'uno agisce pur rifiutando di ridare all'altro quanto ricevuto, incorre nell'*exceptio doli*: sarebbe, però, almeno a mio avviso, fuorviante pretendere di ricavare dalle regole dettate in una situazione di manifesta patologia del rapporto, un indizio decisivo circa il funzionamento del sinallagma in un contratto valido.

Per questi motivi, ritengo senz'altro preferibile l'interpretazione di chi, esprimendosi su un caso del tutto analogo a quello sin qui descritto, ricollega l'individuazione di obblighi restitutori a carico dell'attore, anziché all'*exceptio inadimpleti contractus*, a mere «ragioni di equità»¹⁸⁸.

Altro caso inerente alla mancanza dell'*auctoritas tutoris* della cui sostanziale attinenza al nostro tema mi pare lecito dubitare si legge in:

D. 18.5.7.1 (Paul. 5 *quaest.*): *idem potest quaeri, si sine tutoris auctoritate pactus fuerit, ut discedatur ab emptione: an proinde sit, atque si ab initio sine tutoris auctoritate emisset, ut scilicet ipse non teneatur, sed agente eo retentiones competant. [sed nec illud sine ratione dicetur, quoniam initio recte emptio sit contracta, vix*

¹⁸⁸ Cfr. S. RICCOBONO, *La dottrina generale del compenso di spese fatte su cosa altrui*, in *Ann. Univ. Palermo*, III-IV, 1917, 386. Analoghe considerazioni mi sembra che valgano per le altre due costituzioni citate da E. NARDI, *Studi sulla ritenzione*, cit., 230 s., ovvero C. 5.71.14 *Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Frontoni* [a. 293] e C. 7.26.9 *Imp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Gaio* [a. 294].

bonae fidei convenire eo pacto stari, quod alteri captiosum sit, et maxime, si iusto errore sit deceptus]¹⁸⁹.

La *quaestio* che, nell'occasione, viene sottoposta all'attenzione di Paolo riguarda la validità di un patto, concluso dal pupillo senza il necessario intervento del tutore, da cui consegue la rescissione di una compravendita, che, invece, si era regolarmente perfezionata *tutore auctore*.

Ora, se il patto fosse valido, il pupillo verrebbe a trovarsi in una situazione del tutto equivalente a quella in cui sarebbe se avesse acquistato stipulando l'originario contratto senza l'assistenza del tutore: l'*emptio venditio*, infatti, rimarrebbe assoggettata a un regime di efficacia soltanto parziale – o, come si suol dire, risulterebbe alla stregua di un '*negotium claudicans*'¹⁹⁰ –, sicché, di conseguenza, il pupillo stesso non risulterebbe obbligato a pagare il prezzo, ma, ove agisse con l'*actio empti*, spetterebbero al venditore quelle '*retentiones*' di cui si sarebbe potuto giovare se avesse concluso la compravendita con il pupillo senza tutore.

¹⁸⁹ L'interpolazione dell'ultima parte del brano è data per pacifica in dottrina: cfr., tra gli altri, H. SIBER, '*Contrarius consensus*', in ZSS, XLII, 1921 (= *Festgabe deutscher Romanisten für Otto Lenel zum 50 jährigen Doktorjubiläum [16. Dezember 1921]*), 97.

¹⁹⁰ Non è inopportuno ricordare che per la compravendita conclusa senza *auctoritas tutoris* valeva la regola per cui «l'impubere può trarre vantaggio solamente, e non svantaggio, dai propri atti leciti»: il contratto, cioè, «produceva solo crediti (e mai debiti) per il pupillo Tuttavia, in età imperiale, a partire da un celebre *rescriptum divi Pii*, si ammise che ogni pupillo che avesse avuto arricchimento da un negozio realizzato *sine tutoris auctoritate* poteva esser convenuto per l'arricchimento ingiustificato» (così B. ALBANESE, *Le persone*, cit., 497 e nt. 350). Una ricognizione critica sia dei principi classici in materia, sia delle innovazioni da attribuirsi, invece, ai compilatori è compiuta da E. ALBERTARIO, *Responsabilità del pupillo derivante dal suo arricchimento per gli atti compiuti senza l' 'auctoritas tutoris'*, in RIL, XLVI, 1913, 845 ss. (ora in ID., *Studi di diritto romano*, III, cit., 341 ss.); in argomento, cfr. anche H. SIBER, *Das angebliche 'rescriptum divi Pii über Bereicherungsklagen gegen Mündel*, in ZSS, XLV, 1925, 471 ss..

Al di là delle modifiche formali senz'altro apportate dai compilatori¹⁹¹, il nucleo fondamentale della decisione paolina consiste nell'impedire che il pupillo si locupletti a danno della controparte: egli non deve riuscire a ottenere, per mezzo dell'esercizio dell'*actio empti*, una merce che poi a sua volta non può essere costretto a pagare¹⁹².

Se così è, manca allora un collegamento funzionale tra l'obbligo di versare o offrire preventivamente il prezzo e l'esperimento vittorioso dell'azione contrattuale a favore del compratore¹⁹³, che abbiamo visto ampiamente attestato altrove, perché il pupillo ben avrebbe potuto esperire l'*actio empti* senza eseguire alcun pagamento dato che, nel caso di specie, «non vi è giuridicamente obbligato»¹⁹⁴.

In questo senso, mi sembra significativo che, vista la diversa esigenza prospettata nel frammento, anche il mezzo tecnico prescelto dalla giurisprudenza per farvi fronte sia espresso in termini differenti: troviamo non già la consueta subordinazione dell'*actio empti* al pagamento del prezzo, bensì il riconoscimento al convenuto della possibilità di trattenere la cosa in attesa dell'esecuzione della prestazione da parte del pupillo, «la cui responsabilità *in quantum locupletior* è fatta valere, per così dire, in via preventiva»¹⁹⁵.

¹⁹¹ In generale, osserva G. BESELER, *Textkritische Studien*, in ZSS, LIII, 1933, 36, che «*retentio* ist so gut wie sicher aus dem Wörterbuch der klassischen Juristen zu streichen». Sul testo, si vedano anche le osservazioni formulate dallo stesso Autore tedesco in ID., *Romanistische Studien*, in ZSS, L, 1930, 20, nonché quelle di H. STOLL, *Die formlose Vereinbarung der Aufhebung eines Vertragsverhältnisses im römischen Recht*, in ZSS, XLIV, 1924, 64 s., e di G. GROSSO, *Il sistema*, cit., 230 e nt. 1.

¹⁹² Cfr. L. LABRUNA, *'Rescriptum Divi Pii'*. *Gli atti del pupillo 'sine tutoris auctoritate'*, Napoli, 1962, 146 ss.

¹⁹³ Come invece afferma la dottrina dominante: cfr. H.-P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma*, cit., 65; *contra*, però, già W. ERNST, *Die Vorgeschichte*, cit., 15; A. RODEGHIERO, *In tema di sinallagma funzionale*, cit., 557; A. BÜRGE, *'Retentio' im römischen Sachen - und Obligationenrecht*, Zürich, 1979, 200.

¹⁹⁴ Cfr. E. NARDI, *Studi sulla ritenzione*, cit., 249.

¹⁹⁵ Cfr. L. LABRUNA, *'Rescriptum Divi Pii'*, cit., 149.

5. *Il diritto del venditore come ritenzione o 'quasi pignus'.*

Un dato che sicuramente non è passato inosservato, nel corso dell'esame dei testi che si è condotto fino a ora, è il continuo accostamento operato dai *prudentes* tra il diritto spettante al venditore che non abbia ricevuto il pagamento del prezzo sulla *res vendita* e la figura del pegno¹⁹⁶.

Dell'autenticità di espressioni come '*quasi pignus*', '*pignoris loco*', '*pignoris nomine*', la dottrina ha, ancora in un vicino passato, assai dubitato: tra gli autori soffermatasi sul tema, in particolare, vi è stato chi ha attaccato quella che sarebbe stata una vera propria «pignomania» dei compilatori¹⁹⁷, considerandola, più precisamente, «un'ulteriore manifestazione di quella spiccata tendenza propria di Giustiniano, per cui egli è indotto ... ad attirar verso l'ambito del pegno, in quanto tipica garanzia reale, una serie di istituti, almeno in origine ben distinti e lontano da essi»¹⁹⁸.

Più di recente, tuttavia, la genuinità del riferimento al pegno è stata fortemente rivalutata¹⁹⁹, in linea con un'opinione autorevolmente sostenuta fin dal Glück²⁰⁰, il

¹⁹⁶ Cfr., in proposito, D. 19.1.13.8 (Ulp. 32 *ad ed.*); D. 21.1.31.8 (Ulp. 1 *ad ed aed. cur.*); D. 18.4.22 (Scaev. 2 *resp.*): tutti analizzati *supra*, al § 4.

¹⁹⁷ Così E. NARDI, *Studi sulla ritenzione*, cit., 258.

¹⁹⁸ Cfr. E. NARDI, *Sulla ritenzione in diritto romano*, Modena, 1940, 65 s. (ora in ID., *Scritti minori*, I, rist. Bologna, 1991, 232 s.).

¹⁹⁹ Per l'integrità dei testi ove compare l'accostamento 'incriminato', si esprime H.-P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma*, cit., 39 ss. (che trova d'accordo, sul punto, A. BURDESE, *Recensione a H.-P. BENÖHR, Das sogenannte Synallagma*, cit., 364); del medesimo avviso, poi, è D. PUGSLEY, *The roman law of property and obligations. An historical introduction to some of the main institutions*, Cape Town - Wynberg -Johannesburg, 1972, 85. Secondo M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 735, l'assimilazione proposta dai classici si giustificerebbe perché, «sovrastrutturata all'effettivo regime,

quale notava come fosse «perfetta l’analogia con quanto avviene con il diritto di pegno, anche nel quale il debitore non ha diritto alla restituzione del pegno, se non ha pagato tutto il debito, e ciò eziando nel caso, che già avesse pagato qualche acconto e chiedesse solo la restituzione parziale in relazione agli acconti pagati».

È bene tenere presente, d’altro canto, che le stesse fonti rinviano al pegno soltanto per rendere evidenti talune peculiarità del diritto che il venditore vanta sulla *res*, in attesa del pagamento: mai, in alcun testo, si accenna al fatto che sia stato costituito un pegno propriamente detto²⁰¹.

Verosimilmente, il motivo per cui i giureconsulti si guardano bene dall’attribuire al venditore un vero e proprio diritto reale sul bene oggetto del contratto risiede, per un verso, nella circostanza evidente che il bene, pur a seguito della conclusione della compravendita, è rimasto parte integrante del suo patrimonio²⁰² e, per un altro, nelle inequivoche attestazioni, contenute nella compilazione, circa l’impossibilità di costituire un pegno su una cosa propria²⁰³.

vuole dare una prima e sintetica approssimazione della relativa disciplina, ma senza che con ciò si voglia affermare una completa equiparazione funzionale tra le due situazioni». All’osservazione di E. RABEL, *Gefahrtragung beim Kauf*, in *ZSS*, XLI, 1921, 561, secondo cui il richiamo al pegno rivelerebbe che i romani non procedevano attraverso una concezione diretta e unitaria della bilateralità del contratto, bensì attraverso visuali concrete particolari, di cui il regime della bilateralità sarebbe una conseguenza più che una causa determinante, replica G. GROSSO, *Il sistema*, cit., 242, che «si potrà concludere che si tratta di una traduzione e visione concreta di un effetto che deriva dalla bilateralità»: non può, quindi, sembrare insolita l’assenza di un inquadramento sistematico del diritto del venditore sulla *res vendita* nelle fonti, dovendosi ciò probabilmente ricondurre al solito metodo casistico con cui i giuristi operavano, in virtù del quale essi avevano configurato in modo eclettico (con richiami al pegno e all’uso del verbo *retinere*) un regime peculiare affermato nella prassi.

²⁰⁰ Cfr. F. GLÜCK, *Commentario*, cit., 22, nt. a.

²⁰¹ Così F.W. HEERWART, *Ueber die ‘exceptio non adimpleti contractus’*, cit., 346, rileva giustamente che l’espressione ‘*quasi pignus*’ esprime solo un paragone, non una perfetta eguaglianza di situazioni.

²⁰² Cfr. R.J. POTHIER, *Le pandette di Giustiniano*, II, trad. it. di F. Foramiti, Venezia, 1841, 738: «a parlare propriamente, la cosa venduta non resta a titolo di pegno al venditore, poiché è ancora sua: e la

cosa propria non può da veruno essere posseduta a titolo di pegno Ma egli la ritiene come a titolo di pegno, perché, siccome il creditore ha il diritto di trattenerne il pegno finché non ha conseguito l'intero suo prezzo, così il venditore può trattenerne la cosa che ha venduta finché gli viene pagato per intero il prezzo». Del resto, come osserva F. PRINGSHEIM, *Der Kauf*, cit., 79, se risultava vigente il principio per cui la proprietà restava al venditore fino al pagamento del prezzo, anche dopo la consegna, questi avrebbe avuto a disposizione forme di tutela estremamente efficaci: «behält der Verkäufer auch nach der Tradition das Eigentum der verkauften Sache bis zur Preiszahlung, so hat er ja gar keine Veranlassung, die Sache zurückzuhalten, so ist ja selbst nach der Tradition sein dingliches Recht viel stärker als das des Pfandgläubigers, der durch die Übergabe der Sache an den Verpfänder sogar sein Pfandrecht verlieren würde. Es ist eine natürliche Folgerung aus dem Vergleich des Retentionsrechtes mit einem Pfandrechte, dass nach der Übergabe das Recht erlischt, nicht, dass dann ein Eigentumsrecht besteht. Neben diesem gesetzlichen Retentionsrecht, das weniger ist als ein Pfandrecht, ist es natürlich möglich, dass der Käufer dem Verkäufer nach der Übergabe oder *in continenti* ein Pfandrecht bis zur Preiszahlung bestellt»

²⁰³ Cfr. soprattutto D. 16.3.33.5 (Iul. 44 dig.): *quia non intelligitur quis suae rei pignus contrahere*; D. 50.17.45 pr. (Ulp. 30 ad ed.): *neque pignus, neque depositum, neque precarium, neque emptio, neque locatio rei suae consistere potest*. In ogni caso, va registrato un tentativo di scrutinare se questa regola soffriva di eccezioni e se, quindi, in determinati casi, fosse ammesso un pegno su cosa propria: si tratta dello studio di I. WENING, *Das Pfandrecht an eigener Sache*, in *Archiv civ. Praxis*, VI, 1831, 148. La risposta dell'Autore ottocentesco è stata di segno positivo: scrive infatti egli che «in gewissen Fällen das Pfandrecht und die Wirkungen desselben fort dauern, obgleich es mit dem Eigentum in der nämlichen Person zusammentrifft. Ein förmlicher Widerspruch mit den Gesetzen, die das Gegenteil aussprechen, lässt sich aber gar nicht denken. ... Einleuchten muss nämlich vorerst, ein Pfandrecht bestehe niemals, sobald ein Dritter fehlt, in Ansehung dessen es als wirksam gedacht werden kann. Dies ist der Fall, wenn Eigentum und Pfandrecht in der nämlichen Person sich vereinigen, ohne dass sich noch jeman findet, in Beziehung auf den eine Folge des Pfandrechts eintreten könne. ... Sind dagegen andere Personen, ausser demjenigen, der Eigentum und Pfandrecht in sich vereinigt, vorhanden, in Ansehung deren sich eine Wirksamkeit des Pfandrechts aussern kann, welche das blosse Eigentum ausschliessen würde, so dauert auch das Pfandrecht nach der Vereinigung mit dem Eigentum fort, vorausgesetzt, dass nicht ein besondere Aufhebungsgrund vorkommt, welcher das Pfandrecht selbständig aufheben würde, und in so ferne giebt es denn ausnahmsweise ein Pfandrecht an eigener Sache».

Fermo restando che non ricorrono, quindi, gli estremi per ravvisare un pegno in senso tecnico, nondimeno sussistono tra quest'ultimo e il diritto del venditore di ritenzione²⁰⁴ della *res vendita*, prima che abbia luogo il pagamento del prezzo, alcune significative analogie di regime che hanno probabilmente ispirato questo parallelo.

Tanto ci viene testimoniato, anzitutto, da:

D. 47.2.14.1 (Ulp. 29 *ad Sab.*): *adeo autem emptor ante traditionem furto non habet actionem, ut sit quaesitum, an ipse subripiendo rem emptor furti teneatur. et Iulianus libro vicensimo tertio digestorum scribit: si emptor rem, cuius custodiam venditorem praestare oportebat, soluto pretio subriperit, furti actione non tenetur. plane si,*

²⁰⁴ Ho utilizzato il termine 'ritenzione' nella consapevolezza che, come E. NARDI, *Sulla ritenzione*, cit., 67, ha messo in evidenza, si rinviene «una differenza chiara e profonda» tra l'eccezione di inadempimento e diritto di ritenzione propriamente detto: «nell'*exceptio non adimpleti contractus* l'agganciamento ha radice nella 'causa' del negozio; ed essendo questo sinallagmatico, la stessa facoltà compete ad entrambe le parti, esplicandosi in pratica nel non effettuare la dovuta prestazione e quindi nel tenersi il proprio, se l'altro non si decida, rispettando il sinallagma, a dar con la sua controprestazione il controvalore. Nella *retentio* tecnica, viceversa, l'agganciamento non è consentito a colui che abbia in mano una cosa d'altri, ed è consentito solo dal diritto ed in rapporto a crediti con la medesima connessi, quali spese, danni e simili. Applicata nell'ambito dei contratti sinallagmatici, la *retentio* rende perfetti gli imperfetti, ma quel che per essa si trattiene è sempre e soltanto la cosa altrui». Diversa, ma ugualmente degna di nota, la linea distintiva tra diritto di ritenzione ed eccezione di inadempimento che viene tracciata da A. BÜRGE, '*Retentio*', cit., 189, al modo seguente: «wir glauben, dass die Differenzierung zwischen Retentionsrecht und Einrede des nicht erfüllten Vertrages sinnvoll ist, weil sie auf einem Unterschied in der Struktur der beiden Institute beruht, der mit Vorteil beachtet wird. Beim ersten tritt eine ungerechtfertigte Bereicherung des Käufers selbst dann ein, wenn das Verhältnis der vertraglichen Vereinbarung gemäss abgewickelt wird. Das zweite dient nur dazu, die vertragsgemässe Abwicklung zu erzwingen. Eine Bereicherung, die ausserhalb dessen liegt, wird nicht erfasst» (si vedano, però, proprio su questo passaggio, le stringenti osservazioni critiche di R. BACKHAUS, *Recensione a A. BÜRGE, 'Retentio'*, cit., in ZSS, XCVIII, 1981, 512). Nota poi E. RABEL, *Gefahrtragung beim Kauf*, cit., 561, rispetto ai testi sopra esaminati, che «ein derartiges Zurückbehaltungsrecht nähert sich erst der Idee des 'funktionellen Synallagma', ohne es zu erreichen».

antequam pecuniam solveret, rem subtraxerit, furti actione teneri, perinde ac si pignus subtraxisset.

Il significato del ritaglio tratto dal commentario ulpiano a Sabino non si presenta troppo oscuro: se il compratore sottrae la cosa che gli è stata venduta e che il venditore continua a custodire, pur dopo che il prezzo pattuito è stato pagato, non risponde di furto; se, invece, prima di aver pagato la *pecunia* convenuta, la sottrae, il compratore stesso può essere convenuto con l'*actio furti*, esattamente come se avesse rubato una cosa data a pegno²⁰⁵.

Ma è, questo, l'unico caso in cui i due istituti su cui andiamo soffermandoci sono trattati congiuntamente. Invero, il profilo rispetto al quale, ancor più forte, si riscontra una somiglianza tra il regime tipico della *res pignori data* e quello della *res vendita* è quello dell'indivisibilità, cui più volte ho avuto occasione di accennare: così come il venditore può legittimamente rifiutare la consegna se il compratore o i suoi eredi abbiano pagato soltanto una parte di prezzo, allo stesso modo, se viene soddisfatto soltanto in parte il credito garantito, il pegno rimane comunque per intero

²⁰⁵ La classicità del frammento è difesa da F. HAYMANN, *Textkritische Studien zum römischem Obligationsrecht*, I, *Über Haftung für 'custodia'*, in *ZSS*, XXXIX, 1918, 305 («jedenfalls ist Stil und Grundgedanke der Entscheidung des Julian würdig und seiner Entscheidung in l. 60 *eodem* entsprechend als Produkt der Byzantiner undenkbar»). Sul testo, cfr. G. BESELER, *Romanistische Studien. Die Gefahrtragung*, cit., 310; W.W. BUCKLAND, *Digest XLII.2 ('de furtis') and the methods of the compilers*, in *TR*, X, 1930, 139, che definisce le allusioni alla *custodia* come «inept additions by the compilers»; F. SCHULZ, *Die Aktivlegitimation zur 'actio furti' im klassischen römischen Recht*, in *ZSS*, XXXII, 1911, 94; J. PARIS, *La responsabilité de la 'custodia' en droit romain*, Paris, 1926, 263 ss., secondo cui l'inciso '*cuius custodiam venditor praestare oportebat*' è da ritenere senza dubbio insiticio.

e, se esso ha ad oggetto più beni, essi continuano a rispondere per il residuo del credito²⁰⁶.

E ancora. Se è certo che, in D. 19.1.13.8²⁰⁷, l'offerta del prezzo viene ritenuta idonea – allorché sia effettuata per l'intera somma –, a consentire al compratore di convenire utilmente *ex empto* il venditore, che pure aveva sulla merce venduta un '*quasi pignus*', altrettanto vale nel caso in cui vi sia un pegno propriamente detto: l'offerta di integrale pagamento compiuta dal debitore al creditore durante il processo provoca l'effetto di liberare la *res* dalla garanzia reale costituita sulla stessa²⁰⁸.

A ben vedere, il richiamo proposto nei singoli testi alla disciplina del pegno non è dunque casuale o improvvisato, ma pare rispecchiare un preciso modo di sentire che accomunava giuristi appartenenti anche ad epoche diverse: motivo, questo, per cui mi sembra possa essere d'ausilio all'interprete non solo al fine di

²⁰⁶ In proposito, cfr. D. 13.7.9.3 (Ulp. 28 *ad ed.*): *omnis pecunia exsoluta esse debet aut eo nomine satisfactum esse, ut nascatur pigneraticia actio*. Sul testo, cfr. A. WACKE, *Ungeteilte Pfandhaftung*, in *Index*, III, 1972, 472, che osserva come proprio rispetto all'indivisibilità «zeigt die Analogie zum Pfandrecht in ihrer vollen Bedeutung: Wegen des einheitlichen Kaufkontrakts ist auch die *causa venditionis* ungeteilt, d.h. Teilzahlungen einzelner Käufer (bzw. einzelner Erben) braucht der Verkäufer nicht ihnen persönlich, sondern nur der Käuferseite insgesamt gutzuschreiben. Zur Übertragung einzelner Eigentumsbruchteile ist daher der Verkäufer ebensowenig verpflichtet wie der Pfandgläubiger zu deren Freigabe»; cfr. anche l'annotazione di A. BÜRGE, '*Retentio*', cit., 187, che scorge il fondamento della soluzione labeoniana riportata in D. 18.1.78.2 (già esaminato *supra*, al § 3) nella necessità di conservare l'indivisibilità del pegno: «hinter allen diesen Stellen steht der Gedanke der ungeteilten Pfandhaftung, wie es ausführlich in der Labeo-Stelle formuliert wird, wo es heisst, dass auch beim Kaufvertrag sich der Verkäufer ohne entsprechende Vereinbarung die Teilung der Schuld nicht gefallen lassen muss».

²⁰⁷ Cfr. *supra*, in questo stesso cap., § 4.

²⁰⁸ Tale principio si ricava, in particolare, da D. 13.7.9.5 (Ulp. 28 *ad ed.*): *qui ante solutionem egit pigneraticia, licet non recte egit, tamen, si offerat in iudicio pecuniam, debet rem pigneratam et quod sua interest consequi*. Il parallelo con la disciplina della *res vendita* è messo in evidenza da R. CASSIN, *De l'exception*, cit., 8.

scorgere la giustificazione delle soluzioni casistiche di volta in volta adottate, che proprio su quella disciplina sembrano essere modellate, ma pure per tentare di cogliere il fondamento unitario della prerogativa concessa al venditore, di trattenere presso di sé a tempo indeterminato la cosa venduta, in assenza del pagamento.

Se si guarda alla ragion d'essere della tutela concessa al venditore, è agevole rilevare – in armonia con quanto già ha sottolineato autorevole dottrina²⁰⁹ – che il diritto di ritenzione della *res vendita* nei confronti del compratore era suscettibile di assolvere egregiamente a una duplice funzione, comune allo stesso pegno: da un lato, quella di garantire il soddisfacimento del diritto a ottenere il pagamento del prezzo e, dall'altro, quella di esercitare una non indifferente pressione psicologica sulla controparte contrattuale, tale da spingerla prima possibile all'esecuzione della sua prestazione.

Non sembra, invece – ma il punto è certo degno della massima prudenza – che nel configurare la disciplina della facoltà del venditore di trattenere il bene venduto i classici abbiano fatto il minimo cenno a quella che, secondo la lezione dominante, dovrebbe essere la giustificazione dell'operatività del sinallagma funzionale e, così, dell'eccezione di inadempimento: vale a dire, la contrarietà a buona fede della richiesta in giudizio della prestazione altrui, senza aver adempiuto la propria, e il turbamento dell'equilibrio contrattuale che deriverebbe, ove tale richiesta trovasse accoglimento.

6. *L'eccezione di inadempimento in favore del compratore.*

A fronte della nutrita serie di testi in cui viene affermato il diritto di ritenzione del venditore sulla *res* oggetto del contratto, appare sorprendentemente esigua la

²⁰⁹ Cfr. A. BÜRGE, '*Retentio*', cit., 187.

schiera di testimonianze da cui la dottrina è solita trarre il convincimento che l'eccezione di inadempimento abbia operato anche a vantaggio del compratore²¹⁰.

Per sopperire alla carenza di fonti, la maggioranza degli autori, oltre ad affermare, su un piano squisitamente dogmatico, la necessità che il compratore disponesse di prerogative analoghe a quelle del venditore insoddisfatto²¹¹, a pena di veder violata la *bona fides*, rinvia ad alcuni brani da cui risulterebbe la regola che il compratore può difendersi facendo valere in giudizio la mancata consegna della cosa, di fronte al venditore che agisca chiedendo il prezzo con *actio ex stipulatu*.

Iniziamo da:

Gai 4.126 a: *item si argentarius pretium rei quae in auctionem venerit persequatur, obicitur ei exceptio, ut ita demum emptor damnaretur, si ei res quam emerit, tradita est: et est iusta exceptio; sed si in auctione praedictum est, ne ante emptori res traderetur, quam si pretium solverit, replicatione tali argentarius adiuvantur aut si praedictum est, ne aliter emptori res traderetur quam si pretium emptor solverit.*

Il passo, per unanime opinione, va riferito ai contratti conclusi con gli *argentarii*²¹². Più precisamente, Gaio – intento a descrivere il meccanismo con cui operano nel processo *actio, exceptio e replicatio* – intende spiegare che, di fronte a un banchiere che agisca per ottenere il prezzo di una compravendita, il compratore può opporre un'eccezione – chiamata *exceptio mercis non traditae* e introdotta,

²¹⁰ Tanto che pure chi sembra non nutrire dubbi circa l'operatività del sinallagma funzionale, è costretto ad ammettere che «für die Frage, ob die *actio venditi* deshalb abgewiesen wurde, weil der Verkäufer die Ware noch nicht geliefert hatte, besitzen wir keine unmittelbaren Quellenzeugnisse»: è questo, in particolare, il caso di H.-P. BENHÖHR, *Das sogenannte Synallagma*, cit., 49.

²¹¹ Cfr. M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 374, nt. 733.

²¹² Per un inquadramento della categoria, cfr. il volume di G. MASELLI, '*Argentaria*'. *Banche e banchieri nella Roma repubblicana*, Bari, 1986.

probabilmente, nell'ultimo secolo della repubblica²¹³ – in forza della quale egli sarà condannato soltanto se la merce gli sia stata consegnata, senza che si sia poi provveduto al pagamento del prezzo: e ciò, salvo che, in sede di *auctio*, sia stato stabilito che la consegna dovesse aver luogo soltanto dopo esser stato pagato il prezzo, nel qual caso il banchiere attore si potrà giovare di una *replicatio* per far valere questa particolare clausola.

Nessuno, oggi, nutre seriamente dei dubbi sul fatto che l'azione intentata in giudizio sia, come appunto si diceva, non già un'*actio ex vendito*, bensì una *condictio* fondata su una *stipulatio pretii*²¹⁴.

Nondimeno, secondo l'opinione prevalente, dal brano gaiano sarebbe dato arguire indirettamente l'esistenza di un collegamento funzionale tra le obbligazioni

²¹³ Così A. PALERMO, *Studi sulla 'exceptio' nel diritto classico*, Milano, 1956, 149. Ciò si dovrebbe evincere, a suo giudizio, da D. 18.1.78.2, analizzato *supra*, § 3.

²¹⁴ Cfr. in proposito, per tutti, M. TALAMANCA, *Contributo allo studio delle vendite all'asta nel mondo classico*, in *Memorie della classe di scienze morali dell'Accademia dei Lincei*, VI, 1954, 122 s., secondo cui «se si fosse trattato del *iudicium bonae fidei*, il contegno doloso del venditore che agisce per il prezzo, non avendo offerto la *merx* od essendosi rifiutato di eseguire la *traditio*, sarebbe stato valutato dal giudice senza bisogno ch'egli fosse a ciò autorizzato dall'inserzione di una speciale *exceptio*, bensì valendosi degli ampi poteri che gli derivavano dalla clausola *ex fide bona*»; cfr., inoltre, G. THIELMANN, *Die römische Privatauktion, zugleich ein Beitrag zum römischen Bankierrecht*, Berlin, 1961, 142 (su cui T. MAYER-MALY, *Recensione* a G. THIELMANN, *Die römische Privatauktion*, cit., in *TR*, XXXI, 1963, 126 ss.; P. MEYLAN, *Recensione* a G. THIELMANN, *Die römische Privatauktion*, cit., in *Iura*, XIII, 1962, 248 ss.; G. HUBRECHT, *Recensione* a G. THIELMANN, *Die römische Privatauktion*, cit., in *RHD*, XLI, 1963, 464 s.), e, da ultimo, A. PETRUCCI, '*Mensam exercere*', cit., 227 (sulla cui analisi, però, cfr. i cospicui rilievi critici dello stesso M. TALAMANCA, *Recensione* a A. PETRUCCI, '*Mensam exercere*', cit., in *BIDR*, XCVIXCII, 1993-1994, 836 s.; senza specifiche considerazioni sul punto, invece, P. CERAMI, *Recensione* a A. PETRUCCI, '*Mensam exercere*', cit., 223 ss.). Inaccettabile, alla luce di quanto si è detto, è pertanto un'opinione più risalente (sostenuta da A. BECHMANN, *Der Kauf*, I, cit., 570, e ripresa, in tempi più recenti, da G. SCADUTO, *L'exceptio non adimpleti contractus*', cit., 97, nonché da A. PALERMO, *Studi*, cit., 149) che, al contrario, riconosceva nel testo l'azione nascente dal contratto consensuale.

sorte dal contratto consensuale e, così, l'operatività dell'eccezione di inadempimento, anche dal lato del compratore²¹⁵: conclusione, questa, che ovviamente viene negata dall'Ernst²¹⁶, sulla base di un articolato ragionamento di cui conviene subito dar conto.

Lo studioso tedesco premette l'osservazione che, mentre in tempi più risalenti si reputava che il contratto di *emptio venditio* si perfezionasse direttamente tra compratore e *argentarius*, il quale si sarebbe fatto promettere il credito del prezzo *ex vendito* con una formale stipulazione, oggi invece le indagini circa il normale svolgimento delle *auctiones* inducono a supporre che l'*argentarius* agisse quale mero intermediario tra l'aggiudicatario e il *dominus*, cui solitamente anticipava già prima dell'*auctio* una somma fissa, svolgendo così anche un ruolo di finanziatore²¹⁷.

Accettando questa ricostruzione, si viene allora a configurare tra le parti un rapporto non già bilaterale, come usualmente avviene nei contratti a prestazioni

²¹⁵ Cfr., ad esempio, T. KIPP, *Über dilatorische und peremptorische Exzeptionen*, in ZSS, XLII, 1921, 331, secondo cui l'*exceptio mercis non traditae*, che possiede chiaramente una «dilatorische Natur», rappresenta «die Erscheinungsform der Einrede des nicht erfüllten Vertrages, wenn sie auch nur bei der Klage des *argentarius* auf den Steigerungspreis und sonst bei stipuliertem Kaufpreis vorkommt»; più di recente, nel medesimo senso, cfr. in particolare H.-P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma*, cit., 49, il quale osserva come «die Einrede des Beklagten zeigt die Abhängigkeit der Geldforderung von der Warenlieferung».

²¹⁶ Cfr. W. ERNST, *Die Vorgeschichte*, cit., 3 ss.

²¹⁷ Cfr. J. DE CHURRUCA, *Die Gerichtsbarkeit des 'praefectus urbi' über die 'argentarii' im klassischen römischen Recht*, in ZSS, CVIII, 1991, 307, secondo cui «Dank ihrer beruflichen Erfahrung waren sie [scil. gli *argentarii*] imstande, die Auktionskataloge anzufertigen, die Versteigerungen zu leiten, den Preis dem Verkäufer bar auszuzahlen und ebenfalls diesen Preis sich vom Erwerber durch *stipulatio* versprechen zu lassen». Nel medesimo senso, già F. KNIEP, '*Argentaria stipulatio*', cit., 55; un'alternativa è prevista da G. BORTOLUCCI, *Rivendita romana?*, cit., 295, secondo cui se l'*auctio* privata non avveniva a contanti, «l'*argentarius*, su delegazione del *dominus auctionis* si faceva promettere con *stipulatio* il prezzo dai compratori, oppure prendeva su di sé il credito e prometteva con una stipulazione le somme al *dominus* detratte le spese dovutegli e un procento».

corrispettive, ma intercorrente tra tre soggetti: il compratore avrebbe infatti ottenuto la cosa compravenduta dal *dominus*, ma ne avrebbe dovuto invece pagare il prezzo all'*argentarius*, che se lo sarebbe fatto promettere con apposito contratto verbale.

Se ciò corrispondeva al vero, l'*exceptio mercis non traditae* sarebbe servita al compratore per far valere la circostanza che la cosa, il cui prezzo era richiesto in giudizio dal banchiere, non era effettivamente passata di mano: allo scopo, dunque, di invocare il rigetto della domanda di stretto diritto proposta dall'*argentarius* il quale domandasse il versamento del dovuto, pur in costanza dell'inadempimento del *dominus*, dal momento che – altrimenti – il compratore stesso non avrebbe potuto avvalersi dell'*exceptio doli*, non potendo ritenersi viziata da dolo la pretesa diretta all'adempimento della stipulazione dedotta in giudizio da parte del banchiere che, di per sé, non avendo egli alcun contro aveva assunto alcun obbligo nei confronti del compratore.

Ebbene, inquadrati in questi termini i vincoli intercorrenti tra *dominus auctionis*, *argentarius* e acquirente, verrebbe irrimediabilmente meno, a giudizio dell'Ernst²¹⁸, la possibilità di servirsi della testimonianza gaiana per dimostrare l'esistenza di un'eccezione di inadempimento in favore del compratore: non solo perché «irgendeine Koordination der noch ausstehender Sachübergang mit der prozessualen Verfolgung des stipulierten Betrages ist nicht erkennbar», ma anche e soprattutto perché «den *argentarius*, der den promittierten Betrag mit der *condictio* verfolgt, kann man ja nicht zu der *traditio* anhalten, zu der allein der *dominus* verpflichtet und in der Lage ist».

Sul punto, mi pare si debba effettivamente riconoscere la correttezza delle osservazioni formulate dallo studioso tedesco: il vero motivo per cui è concessa l'eccezione, di fronte all'azione di stretto diritto, non potrà essere rinvenuto nel sinallagma funzionale del contratto di compravendita, inesistente nel caso di specie, quanto piuttosto in una peculiarità del rapporto trilaterale tra banchiere, compratore e

²¹⁸ Cfr. W. ERNST, *Die Vorgeschichte*, cit., 4.

venditore; né, d'altro canto, sarebbe corretto ritenere che il rimedio a favore del compratore sia accordato per garantire, anche nel caso in cui sull'*emptio venditio* si innesti una *stipulatio pretii* a favore dell'*argentarius*, il funzionamento di un meccanismo equiparabile al sinallagma funzionale, la cui operatività e *latere emptoris* è, al momento, ancora tutta da provare.

Vediamo, ora, il secondo passo:

D. 44.4.5.4 (Paul. 71 *ad ed.*): *Si servus veniit [ab eo, cui hoc dominus permisit,] <ab argentario> et redhibitus sit domino: agenti [venditori] <argentario> de pretio exceptio opponitur redhibitionis, licet iam [is qui vendidit] <argentarius> domino pretium solverit (<nam> etiam mercis non traditae exceptione summovetur et qui pecuniam domino iam solvit) et ideo [is qui vendidit] <argentarius> agit adversus dominum. [eandem causam esse Pedius ait eius, qui negotium nostrum gerens vendidit]*²¹⁹.

Uno schiavo, venduto da un *argentarius*, viene restituito al padrone a causa dei suoi vizi: precisa Paolo che, se il banchiere intenta una *condictio certae pecuniae* fondata sulla stipulazione perfezionatasi nei confronti del compratore, per avere il pagamento del prezzo, al compratore è consentito opporre un'*exceptio redhibitionis*²²⁰, nonostante il banchiere stesso abbia già provveduto a pagare il prezzo al proprietario²²¹.

²¹⁹ Ritene il brano corrotto a partire da '*etiam mercis*' F. SCHULZ, *I principii del diritto romano*, trad. it. di V. Arangio-Ruiz, Firenze, 1949, 84, nt. 46.

²²⁰ Il cui testo, ipotizza M. KASER, *Recensione a G. THIELMANN, Die römische Privatauktion*, cit., in ZSS, LXXIX, 1962, 442, nt. 17, sulla scorta di D. 19.1.25, potrebbe suonare al modo seguente: '*si ea pecunia qua de agitur non pro ea re petitur, quae in causa est, ut redhibeatur*'. Secondo S. SOLAZZI, *Le azioni del pupillo e contro il pupillo per i negozi conclusi dal tutore (contributi alla storia della rappresentanza nel diritto romano)*, I, *L'actio iudicati*, in *BIDR*, XXII, 1910, 105 (ora anche in *ID.*,

Insieme alla dottrina assolutamente dominante, si deva dare per pacifico che, al posto di *'is qui hoc dominus permisit'*²²² e *'is qui vendidit'*, vi fosse, in origine l'esplicita menzione di un *argentarius*²²³ e che, analogamente al caso precedente,

Scritti di diritto romano, cit., 408, nt. 57), si tratterebbe della stessa *exceptio in factum* menzionata in D. 44.1.14 (Alf. 2 dig.), già esaminato *supra*, in questo capitolo, al § 2.

²²¹ Cfr. H. ANKUM, *Quelques problèmes concernant les ventes aux enchères en droit romain classique*, in *Studi in onore di G. Scherillo*, I, Milano, 1972, 385, il quale mette in evidenza come «la vente faite aux enchères par le banquier a été imputée au dominus; pour ce qui est l'application des effets juridiques de cette vente, le propriétaire de la chose vendue a été considéré comme le vendeur».

²²² Cfr. G. BESELER, *'Et' ('atque') 'ideo', 'et' ('atque') 'idcirco', 'ideoque', 'idcircoque'* (*Miscellanea*), in *ZSS*, XLV, 1925, 483, che approva questa congettura osservando che «das Wort *hoc* steht falsch und sein Bezogenstein auf *servus veniit* bewirkt einen Stilfehler: Gegenstand der Erlaubnis ist nicht das Erleiden des Sklaven sondern *vendere servum*. *Permisit* muß hier, wenn anders die Entscheidung zutreffen soll, *mandavit* heißen wollen, kann das aber nicht heißen».

²²³ Cfr. B. BIONDI, *Contratto e 'stipulatio'*, cit., 260; J.A.C. THOMAS, *Le 'auctiones' private*, in *Labeo*, XII, 1966, 396; A. BÜRGE, *Fiktion und Wirklichkeit: Soziale und rechtliche Strukturen des römischen Bankwesens*, in *ZSS*, CIV, 1987, 481, nt. 71 e letteratura ivi citata, cui *adde*, più di recente, A. PETRUCCI, *Applicazioni della 'stipulatio' in materia creditizia e problema della causa nel diritto romano classico*, relazione tenuta al *Congresso international de derecho civil y romanos comparados (Mexico, 7-9 de septiembre 2005)*, pubblicata interamente nel sito *internet* corrispondente all'indirizzo <http://info.juridicas.unam.mx/sisjur/civil/pdf/1-47s.pdf>, 13 (nonché, in precedenza, dello stesso Autore, *Sobre los orígenes de la protección dada a los terceros contrayentes frente a los empresarios. Observaciones sobre algunas normativas del derecho romano 'clásico'*, in *Roma e America. Diritto romano comune*, XIII, 2002, 245 s.). Non mi pare del tutto univoca l'opinione di Solazzi: l'Autore, dopo aver condiviso (in ID., *Le azioni*, cit., 409, nt. 57), la tesi secondo cui il testo originario avrebbe recato la menzione di un *argentarius*, successivamente (in ID., *Procuratori senza mandato*, in *RIL*, LVI, 1923, 737 s., ora anche in *Scritti di diritto romano [1913-1924]*, II, Napoli, 1957, 572), ha invece restituito, in luogo di *'ab eo, cui hoc dominus permisit'*, *'a procuratore, cui bonorum administrationem dominus permisit'*, confermando quest'ultima congettura anche in uno studio successivo (ID., *Ancora sui procuratori senza mandato*, in *RIL*, LVII, 1924, 302 [ora in *Scritti*, II, cit., 609 s.]).

anche qui l'azione esercitata in giudizio fosse di stretto diritto, fondata sulla *stipulatio pretii*²²⁴.

Il punto che qui interessa rimarcare è che l'attestazione dell'utilizzo dell'*exceptio mercis non traditae*, contenuto nell'inciso tra parentesi²²⁵, trova sì una conferma, ma sempre solo con specifico riguardo ai contratti conclusi da un *argentarius*: il nocciolo della decisione paolina risiede nell'affermare che la domanda di questi, volta a ottenere il saldo della somma pattuita, potrà essere respinta dal compratore convenuto in giudizio, addirittura quando il banchiere ha già versato l'ammontare corrispondente al *dominus* dello schiavo redibito.

Con ciò, dunque, sembra che nemmeno da questo brano si possa trarre conforto circa una generale operatività dell'eccezione di inadempimento, a favore del compratore, in epoca classica: la difesa in giudizio presentata dal testo sarebbe stata riservata soltanto alle vendite degli *argentarii* e, semmai, solo da Giustiniano successivamente estesa in via generale, come del resto si ricava dalle interpolazioni apportate al testo²²⁶.

Non rimane, allora, che un frammento a poter essere valorizzato dalla dottrina per affermare che il venditore non possa agire *ex empto*²²⁷, se non dopo aver

²²⁴ A tale conclusione giungono, tra gli altri, F. HAYMANN, *Textkritische Studien*, II, cit., 55, nonché G. WESENER, *Nichtediktale Einreden*, in *ZSS*, CXII, 1995, 115, secondo cui «die Einrede war in Edilt nur für den Bankier proponiert. In anderen Fällen, wo ausnahmsweise der Kaufpreis in Stipulationsform versprochen worden war, wurde dem Käufer im Falle der Redhibition gegen die Stipulationsklage eine *exceptio in factum* gewährt. Gegen die *actio venditi* als eine *bonae fidei iudicium* bedurfte es keiner besonderen Einrede». Non si tratta, dunque, un'*actio ex vendito* promossa dal venditore, come invece anche in questo caso mostra di credere – senza formulare giustificazioni – A. PALERMO, *Studi*, cit., 149. L'*exceptio in factum*, in particolare, è attestata in D. 44.1.14 (Alf. 2 dig.), su cui *supra*, § 2.

²²⁵ Inciso ritenuto da taluno interpolato ma difeso, nella sua genuinità, da M. TALAMANCA, *Contributi*, cit., 126, nt. 7.

²²⁶ Cfr. B. BIONDI, *Contratto e 'stipulatio'*, cit., 260.

²²⁷ Non mi pare, infatti, di particolare interesse la costituzione racchiusa in C. 8.44(45).5, formulata al modo seguente: *Ex praediis, quae mercata es, si aliqua a venditore obligata et necdum tibi tradita*

consegnato la cosa al compratore. Si tratta del seguente, ove Giuliano tratta la vendita di una vendemmia ancora pendente²²⁸:

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

Così come nei due precedenti, anche per questo testo viene dato assume per pacifico che l'azione in base alla quale viene richiesto il prezzo sia *ex stipulatu*²²⁹, dal momento che il medesimo è escerpito dal libro dei *digesta* in cui il giurista adrianeo discuteva, appunto, di quel contratto verbale²³⁰. Inoltre, si è osservato, non avrebbe

sunt, ex empto actione consequeris, ut ea a creditrice liberentur: id enim fiet, si adversus venditorem ex vendito actione pretium petentem doli exceptionem opposueris. Il brano, infatti, chiaramente non è in ordine: basti pensare che vi si trova menzionata un'eccezione di dolo opposta non già a un'azione di stretto diritto, ma a un'azione qualificata come *ex vendito*.

²²⁸ La vendita di *vinum pendens* doveva essere relativamente frequente, dal momento che si trova attestata, oltre che da Catone il Vecchio, al cap. 147 dei propri formulari (su cui cfr. *supra*, § 2), anche da Plinio, *ep.* 8.2.1: *Alii in praedia sua proficiscuntur, ut locupletiores revertantur, ego, ut pauperior. vendideram vindemias certatim negotiatoribus ementibus. Invitabat pretium, et quod tunc et quod fore videbatur.* Anche in questo caso, i 'negotiatores' cui l'Autore allude non sono altro che gli *argentarii*: così, in particolare, J. ANDREAU, *La vie financière dans le monde romain: le métiers de manieurs d'argent (IV siècle av. J.-C. - III siècle ap. J.-C.)*, Roma, 1987, 592 s.

²²⁹ Cfr. F. SCHULZ, *I principii*, cit., 84, nt. 46.

²³⁰ Così J.E. SPRUIT, *Schikanen anlässlich eines Traubenkaufs. 'Ad Iulianum Dig. 19.1.25'*, in 'Satura R. Feenstra sexagesimum quintum annum aetatis complenti ab alumnis collegis amicis oblata', Fribourg (CH), 1985, 161, a parere del quale i compilatori in un secondo momento avrebbero inserito consapevolmente il testo nel titolo *de actionibus empti venditi*, allo scopo di cancellare l'indipendenza

avuto senso alcuno opporre a un'*actio venditi* un'*exceptio* così formulata: anzitutto, perché nel rimedio a disposizione del convenuto si fa riferimento all'avvenuta conclusione del contratto consensuale, che, nel caso di esercizio dell'azione *ex vendito*, sarebbe del tutto superfluo; in secondo luogo, perché la pretesa dell'attore è concepita in termini di *ea pecunia*, mentre l'azione sorta dalla compravendita avrebbe avuto viceversa riguardo al '*quidquid dare facere oportet ex fide bona*'²³¹.

Se sicura può dirsi, dunque, l'azione esercitata in giudizio, certamente più problematica appare invece l'individuazione dell'attore.

Larga parte degli studiosi pensa che la richiesta di pagamento del prezzo della compravendita provenga dal venditore, cioè dal proprietario del fondo, osservando che solo quest'ultimo sarebbe nelle condizioni di «impedire la vendemmia, o la vinificazione, od il trasporto del vino prodotto»: e, da tale premessa, successivamente conclude nel senso che «il fondamento comune dell'*exceptio* va cercato, nel passo di Gaio e in quello di Giuliano, non nella circostanza che l'attore fosse un *argentarius*, bensì in quella che egli agisse con la *condictio* o con l'*actio ex stipulatu*»²³².

Ammessa dunque la coincidenza tra attore *ex stipulatu* e venditore, l'argomento di cui ci si è serviti per dedurre, dal caso di specie, l'applicazione del

delle prestazioni nascenti dal contratto sinallagmatico; nello stesso senso, cfr. anche E. RABEL, *Gefahrtragung beim Kauf*, cit., 561, nt. 1; J.A.C. THOMAS, *Sale actions and other actions*, in *RIDA*, XXVI, 1979, 423, secondo cui «it may be supposed that – though the text does not mention it – the vendor had followed the not uncommon practice of novating the *bonae fidei* duty of the purchaser to pay the price into a stipulation therefor» e, nella dottrina risalente, F.L. VON KELLER, *Noch etwas über die 'exceptiones non impleti' und 'non rite adimpleti contractus'*, cit., 346; *contra* G. SCADUTO, *L'exceptio non adimpleti contractus*, cit., 98, che ritiene trattarsi di un'*actio venditi*, con argomentazioni però assai poco convincenti.

²³¹ Così M. TALAMANCA, *Contributi*, cit., 122, nt. 3.

²³² Cfr. M. TALAMANCA, *Contributi*, cit., 123. Ritiene che a reclamare giudizialmente il prezzo sia il venditore anche M.M. BENÍTEZ LÓPEZ, *La 'traditio' de mercancías*, in *Index*, XXVII, 1999 (= *In memoria di Giambattista Impallomeni*), 360.

sinallagma funzionale anche nei confronti del compratore suona nel modo seguente: se, di fronte all'azione di stretto diritto indirizzata a ottenere il pagamento del prezzo, il pretore concede l'inserimento di un'eccezione in cui si contempla la mancata *traditio* della cosa (nel caso di specie, la raccolta dell'uva, proibita dal venditore), ciò si deve all'esigenza di parificare, a vantaggio del compratore rimasto insoddisfatto, il regime dell'azione *ex stipulatu* a quella *ex vendito*, riproducendo, anche rispetto alla prima, quell'interdipendenza funzionale che, in virtù della clausola formulare di buona fede, avrebbe tipicamente caratterizzato la seconda.

Al contrario, secondo l'interpretazione proposta dall'Ernst²³³, il testo di Giuliano non gioverebbe in alcun modo a sostenere la tesi divisata, e cioè l'applicabilità dell'*exceptio inadimpleti contractus* a favore di un qualunque compratore. Lo studioso tedesco, infatti, aderendo all'interpretazione proposta dallo Spruit²³⁴, ritiene quasi assodato che i compilatori giustinianeî abbiano operato, nel frammento, la sostituzione di 'eum' alla precedente menzione di un *argentarius* quale attore *ex stipulatu*: il che confermerebbe una volta ancora, a suo avviso, come il rimedio in questione riguardasse esclusivamente i contratti conclusi con i banchieri, nulla avendo a che fare con il preteso sinallagma funzionale intercorrente tra le obbligazioni sorte dalla compravendita.

Mentre, dunque, la lezione tradizionale considera che la stipulazione del prezzo si sia perfezionata tra il compratore e il venditore, deducendone, così, un'applicazione progressiva dell'*exceptio mercis non traditae* edittale anche a casi in cui ad agire fosse, appunto, anziché un banchiere, la controparte contrattuale, l'Ernst, presupposta l'interpolazione dell'originario riferimento all'*argentarius*, individua gli estremi del medesimo rapporto trilaterale già visto nel caso precedente, che non

²³³ Cfr. W. ERNST, *Die Vorgeschichte*, cit., 5 s.

²³⁴ Cfr. J.E. SPRUIT, *Schikanen*, cit., 157 ss.; per un'analoga esegesi, cfr. anche H. ANKUM, *Quelques problèmes*, cit., 389, il quale osserva come «un manque de contacts entre le propriétaire du vignoble et le banquier est la cause de la situation pénible de l'acheteur».

consentirebbe di ravvisare il funzionamento di alcun rapporto corrispettivo nell'ambito dell'*emptio venditio*²³⁵.

A mio avviso, l'opinione più accreditata – a prescindere dal prospettato riferimento del testo ai contratti dei banchieri, che comunque mi sembra probabile – non manca di suscitare alcune perplessità. In particolare, sono dell'avviso che essa incorra in una petizione di principio nel mentre dà per presupposto esattamente ciò che vuole dimostrare, ovvero la sinallagmaticità funzionale delle obbligazioni nascenti da *emptio venditio*: ciò che accade quando si sostiene che l'inserimento dell'*exceptio* 'si ea pecunia, qua de agitur, non pro ea re petitur, quae venit neque tradita est' sia dato dall'esigenza di evitare una «ingiustificata disparità di trattamento»²³⁶ tra la difesa del compratore di fronte all'azione sorta dal contratto consensuale e quella di stretto diritto.

Se ad agire fosse il venditore, ci si potrebbe probabilmente chiedere come mai il giurista opti per la concessione di un'eccezione che sembrerebbe avere un campo di applicazione diverso e assai più specifico, come l'*exceptio mercis non traditae*²³⁷, anziché limitarsi a suggerire l'utilizzo di un rimedio ben più ampio come l'*exceptio doli generalis*²³⁸: tanto più che, se il comportamento del venditore fosse stato tale da

²³⁵ Contro questa ricostruzione, tuttavia, già G. THIELMANN, *Die römische Privatauktion*, cit., 144, aveva osservato che «eine Bearbeitung in dem Sinne, dass eine ursprüngliches Dreiecksverhältnis dominus - Bankier - Käufer zu einer lediglich zweiseitigen Beziehungen Verkäufer - Käufer reduziert wurde, ist unwahrscheinlich».

²³⁶ Così A. RODEGHIERO, *In tema di sinallagma funzionale*, cit., 571.

²³⁷ Come si evince dall'uso della locuzione 'uti poterit', che lo stesso M. TALAMANCA, *Contributi*, cit., 572, riconosce far pensare «ad un processo di adattamento dell'*exceptio* ad una fattispecie fuori dal normale», pur rintracciando poi l'anormalità del caso nel «fatto che occorreva uno sforzo d'adattamento a configurare come *traditio* la raccolta dell'uva».

²³⁸ E ciò sull'ovvio presupposto che, nella vicenda descritta, avrebbe potuto ritenersi senza difficoltà doloso l'agire per ottenere il prezzo di una vendita sulla base di una stipulazione e contemporaneamente rifiutare al compratore la *traditio* sotto forma di vendemmia della *res vendita*.

comportare, nella compravendita, il funzionamento dell'eccezione di inadempimento in favore del compratore, e se quest'ultima fosse stata davvero fondata sulla buona fede, il richiamo al dolo dell'attore sarebbe stato particolarmente appropriato per respingere l'azione di stretto diritto.

Ma d'altro canto, anche a voler congetturare che venga in considerazione un'azione intentata dal venditore, la ragione per cui Giuliano consente al compratore di avvalersi di un'*exceptio* modellata sull'*exceptio mercis non traditae* non necessariamente andrebbe a ricollegarsi ad un'applicazione del sinallagma funzionale della compravendita, ma dovrebbe forse essere spiegata alla luce di un particolare aspetto del regime proprio della *stipulatio*: il giurista adrianeo potrebbe aver pensato, ad esempio, che, se il venditore si faccia promettere il prezzo e poi non dia attuazione alla propria obbligazione, consegnando la cosa venduta, venga ad essere intaccato quel «Rechtsgrund», quel «Rechtsverhältnis» che costituisce la *causa* della *stipulatio* medesima: e che, pertanto, per questo motivo la richiesta fondata sulla stessa possa essere a buon diritto respinta con apposita *exceptio*²³⁹.

7. Rapporti tra il pagamento del prezzo e la disciplina dell'evizione.

²³⁹ Esattamente in questo senso, G. SACCONI, *Ricerche sulla 'stipulatio'*, Napoli, 1989, 73 s., ricorda che il compratore, nelle *auctiones*, si avvaleva appunto dell'*exceptio mercis non traditae* per far valere il mancato realizzarsi dell'assetto di interessi (cioè della *conventio*) presupposto dalla *stipulatio* azionata dall'attore; cfr., inoltre, A. PETRUCCI, *Applicazioni della 'stipulatio'*, cit., 262. Osserva M. TALAMANCA, '*Conventio*' e '*stipulatio*', in *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea. Atti del convegno di diritto romano (Siena 14-15 aprile 1989)*, a cura di N. Bellocci, Napoli, 1991, 174, che le *exceptiones argentariae*, a partire quantomeno da Giuliano, sono utilizzate anche se la *stipulatio pretii* sia conclusa tra le stesse parti della compravendita: nel qual caso, esse «si fondano sul funzionamento causale della *conventio* sottostante».

Parte della dottrina è dell'opinione che un indizio a favore dell'operatività dell'eccezione di inadempimento in favore del compratore si tragga anche da alcuni testi, ove viene esaminato il rapporto tra la garanzia per l'evizione cui è tenuto il venditore e l'obbligazione di pagare il prezzo²⁴⁰.

Si richiama, al proposito, il notissimo D. 19.1.11.2 (Ulp. 32 *ad ed.*)²⁴¹, per sostenere che, per Ulpiano, se il venditore ha reso oggetto del contratto di compravendita un bene che era suo, l'adempimento degli atti traslativi vale a conferire il dominio al compratore: altrimenti, se il bene non era suo, il venditore rimane obbligato nei confronti del compratore, a patto che il prezzo sia stato versato o che, in suo luogo, sia stata prestata una *satisfactio*²⁴².

A prima vista, parrebbe arguirsi dal brano un'esplicita subordinazione di una delle obbligazioni tipiche gravanti sul venditore all'adempimento del compratore e, dunque, un indizio dell'operatività del sinallagma funzionale.

Senonché – fermo restando quanto abbiamo già osservato circa una possibile lettura alternativa del brano –, la probabile, massiccia interpolazione subita dal testo rende, in definitiva, l'ipotesi tutt'altro che verosimile, tenuto conto che esso doveva riferirsi specificamente a una *mancipatio*²⁴³.

²⁴⁰ Cfr., da ultimo, A. RODEGHIERO, *In tema di sinallagma funzionale*, cit., 572. *Contra*, invece, H.-P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma*, cit., 62 s. (che trova concorde, rispetto all'estraneità del brano riportato di seguito nel testo al sinallagma funzionale, A. BURDESE, *Recensione a H.-P. BENÖHR, Das sogenannte Synallagma*, cit., 364).

²⁴¹ Già esaminato *supra*, in questo stesso capitolo, al § 2.

²⁴² Cfr. R.J. POTHIER, *Le pandette di Giustiniano*, cit., 739: «siccome il compratore non può intentare l'azione di compera affinché gli venga consegnata la cosa, se non quando esibisce il prezzo del quale egli è debitore; così non può neppure promuoverla a causa dell'evizione della cosa, quando non compensi il residuo del prezzo di cui fosse ancora debitore».

²⁴³ Cfr. F. PRINGSHEIM, *Der Kauf*, cit., 78, che si chiede: «ist der Eviktionsanspruch von der Preiszahlung abhängig? Dass der Preis nicht gezahlt zu werden braucht, wenn Eviktion erfolgt, ist sicher».

E invero, appare persuasiva l'opinione secondo cui la necessità che il prezzo sia stato versato, al fine di rendere efficace la garanzia per l'evizione, trova una ben precisa ragione storica, che nulla ha a che vedere con il principio di interdipendenza delle obbligazioni nell'*emptio venditio*²⁴⁴: il pagamento del corrispettivo si richiedeva originariamente, nelle vendite concluse in forma di *mancipatio* – qual è, appunto, quella del frammento in esame –, «agli effetti di creare, nel mancipante-venditore, una responsabilità per la eventuale evizione che il compratore-mancipatario subisse della cosa che gli era stata mancipata. L'idea ispiratrice è questa: quando la cosa che è stata mancipata si scopre di appartenenza di un terzo, quindi, si viene a sapere che il mancipante, che l'ha venduta come sua, non era in realtà *dominus* della cosa, ecco che nasce nello stesso mancipante una responsabilità per evizione, che si fa valere con l'*actio auctoritatis*. Con questa, il venditore viene chiamato a rispondere per aver alienato una cosa non sua, e viene tenuto a pagare il doppio del prezzo. Di quale prezzo? Del prezzo che ha ricevuto. Evidentemente, presupposto dell'*actio auctoritatis* è che il venditore-mancipante abbia non soltanto emancipato la cosa, ma che ne abbia ricevuto il prezzo, perché altrimenti non lo si potrebbe imputare di furto, come il '*fur nec manifestus*', che parimenti è tenuto a restituire il doppio del valore della cosa rubata, se egli non avesse effettivamente ricevuto il prezzo».

Analogo ragionamento vale anche per quanto concerne:

Vat. Fragm. 12 (Pap. 3 *resp.*): *Ante pretium solutum dominii quaestione mota pretium emptor restituere non cogetur, tametsi maxime fideiussores evictionis offerantur, cum ignorans possidere coeperit. nam usucapio frustra complebitur anticipata lite nec oportet evictionis securitatem praestari, cum in ipso contractus limine domini periculum immineat.*

²⁴⁴ Cfr. E. BETTI, *Istituzioni*, cit., 198 e 199, nt. 36.

D. 18.6.19.1 (Pap. 3 resp.): *Ante pretium solutum dominii quaestione mota pretium emptor solvere non cogetur, nisi fideiussores idonei a venditore eius evictionis offerantur.*

Secondo l'unanime dottrina²⁴⁵, il pensiero classico è rispecchiato dal primo dei due brani: i rimaneggiamenti compilatori avrebbero invero stravolto il responso di Papiniano, in base al quale il compratore, se convenuto da un terzo in rivendica della cosa venduta, avrebbe potuto rifiutare di pagare il prezzo al venditore, ancorché questi offrisse garanti, trasformandolo nel principio giustiniano per cui al compratore era consentito non adempiere, salvo che il venditore stesso offrisse idonei garanti per il caso di evizione.

A chi, da ciò, deduce che anche tra l'obbligazione di garanzia per l'evizione e il versamento del prezzo intercorresse, in diritto classico, un rapporto sinallagmatico, si potrebbe però muovere un duplice ordine di obiezioni, in aggiunta a quella di carattere storico già formulata: anzitutto, che il diritto di rifiutare il pagamento è attestato dal giureconsulto soltanto quando sorga una disputa circa il diritto di proprietà del compratore, sicché l'interdipendenza sarebbe destinata a rimanere soltanto eventuale, e non operante prima di quel momento; in secondo luogo, che la regola secondo cui sarebbe stato consentito di non pagare, ove vi fosse pericolo di evizione, avrebbe potuto praticamente condurre ad abusi, *sub specie* di processi

²⁴⁵ Cfr. J. GINESTA-AMARGOS, '*Exceptio imminetis evictionis*', in *BIDR*, XCII, 1989-1990, 311 ss.; B. BIONDI, *Contratto e 'stipulatio'*, cit., 259 e nt. 2; E. ALBERTARIO, *Il rimborso delle spese fatte dal compratore intorno alla 'res evicta'*, in *Arch. giur.*, XCIII, 1925, 11 (ora in ID., *Studi di diritto romano*, III, *Obbligazioni*, Milano, 1936, 491) nonché, dello stesso Autore, *Le classicisme de Dioclétien*, in *SDHI*, III, 1937, 116 s. (saggio ripubblicato, in traduzione italiana, sotto il titolo *La romanità di Diocleziano*, in ID., *Studi di diritto romano*, V, *Storia, metodologia, esegesi*, Milano, 1937, 198 s.) ove si ipotizza che la stessa soluzione classica e, addirittura, la stessa motivazione siano state adottate da Diocleziano nel rescritto conservato in C. 8.44.24.pr., anch'esso successivamente rimaneggiato dai compilatori.

simulati imbastiti dall'acquirente con persone compiacenti allo scopo di ritardare l'adempimento²⁴⁶.

8. Conclusioni.

È giunto infine il momento di volgere uno sguardo complessivo ai risultati conseguiti dall'analisi svolta in merito alla compravendita, prima di proseguire nell'esame degli altri contratti consensuali.

Come si è detto, la dottrina dominante sostiene che l'interdipendenza funzionale delle obbligazioni nascenti dalla compravendita romana e, quindi, la possibile applicazione di un'eccezione di inadempimento da parte del compratore o del venditore convenuto in giudizio per l'adempimento della propria prestazione, ancorché in costanza dell'inadempimento altrui, sia frutto di un'elaborazione giurisprudenziale che progressivamente avrebbe assegnato un ruolo sempre più incisivo alla buona fede.

Segnatamente, si ritiene²⁴⁷ che, a partire da una situazione di originaria, completa indipendenza che avrebbe connotato l'esecuzione delle obbligazioni (quale si potrebbe dedurre, rispettivamente, in positivo da Varrone, *de re rustica* 2.2.6, esaminato al § 1, e *a contrario* dall'opinione di Labeone riportata in D. 18.1.22, discusso al § 3), i giuristi abbiano sentito l'esigenza di subordinare il buon esito dell'azione nascente dal contratto consensuale, diretta ad ottenere l'adempimento della prestazione dovuta dalla controparte, all'esecuzione della propria prestazione: e ciò in quanto, diversamente, il contegno dell'attore che avesse chiesto senza eseguire

²⁴⁶ Così, già, R. CASSIN, *De l'exception*, cit., 16, nt. 4: «les acheteurs désireux de gagner du temps soulevaient fréquemment des procès imaginaires par un compère».

²⁴⁷ Cfr., per tutti, sempre H.-P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma*, cit., 26.

sarebbe stato giudicato come irrimediabilmente contrario all'ideale di correttezza che doveva improntare l'esecuzione del contratto.

Una simile concezione, evidentemente, avrebbe finito per riverberarsi sulle modalità di applicazione della stessa eccezione di inadempimento: quest'ultima, infatti, non sarebbe stata configurata quale rimedio autonomo a disposizione del convenuto, risultando in ogni caso sufficiente richiamarsi alla clausola di buona fede contenuta nell'azione intentata dalla controparte per ottenere il rigetto della pretesa altrui²⁴⁸.

Fin qui l'opinione comunemente accolta in tema di sinallagma funzionale.

Dall'analisi delle fonti addotte per confortare le conclusioni così descritte, si è visto però emergere più di un elemento in grado di porre in crisi l'impostazione volta ad affermare un'effettiva e generale applicazione dell'eccezione di inadempimento nell'*emptio venditio* classica.

Anzitutto, si è osservato come, in diverse occasioni, lungi dal preoccuparsi di salvaguardare l'equilibrio contrattuale anche nel momento dell'esecuzione delle rispettive obbligazioni, i passi presi in esame lascino piuttosto trasparire una preoccupazione che investe univocamente la posizione del venditore, contro il quale venga esercitata un'*actio empti* dal compratore, pur in assenza del pagamento del corrispettivo pattuito.

Un aspetto che è senz'altro da segnalare, in proposito, perché solitamente poco valorizzato dai commentatori, attiene allo strumento tecnico con cui viene concretamente data attuazione a questa esigenza. Invero, i giuristi non affermano *tout*

²⁴⁸ Cfr., in questo senso, G. GROSSO, *Il sistema*, cit., 243 ss., che giudica più probabile che, per ottenere l'effetto di respingere la pretesa dell'attore a sua volta inadempiente, «operasse direttamente la *bona fides* cui faceva riferimento la formula», tenuto conto che «alla *bona fides* può essersi pure richiamato il principio più generale che chi agiva per ottenere la prestazione dovutagli doveva offrire l'adempimento della propria». Ugualmente, tra gli altri, A. BURDESE, *Recensione* a H.-P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma*, cit., 364.

court che il venditore, contro il quale venga esperita l'*actio empti* dal compratore a sua volta inadempiente, può tutelarsi facendo valere il mancato pagamento del prezzo e rifiutare, pertanto, di eseguire la propria prestazione di consegna della cosa: l'affermazione che si rinviene nei passi è, per così dire, rovesciata, e insiste nel sottolineare che, se il compratore non paga preventivamente il prezzo, la sua azione non va a buon fine, nel senso che egli non ricaverà nulla dall'instaurare il processo contro il venditore.

E dunque, la tutela del venditore non sembra risiedere tanto in un diritto di rifiutare il proprio adempimento in mancanza della prestazione altrui, quanto piuttosto in un'obiettiva preclusione che incontra l'azione esercitabile dal compratore per chiedere la cosa senza aver ancora pagato, quasi si trattasse della mancanza di una condizione dell'azione.

La facoltà che il venditore ha a disposizione, di trattenere la *res vendita* fino a quando non riceva la *pecunia* pattuita, ci viene vividamente descritta dalla giurisprudenza classica grazie al concreto richiamo alla figura del pegno: se pure non mancano significative ragioni che impongono di differenziare le due situazioni, sussistono certamente importanti punti di somiglianza delle rispettive discipline, che giustificavano l'analogia proposta dai *prudentes*.

La ragione per cui le fonti ci offrono una simile equiparazione, che forse può apparire poco appropriata sul piano della dogmatica elaborata dalla scienza giuridica moderna, ma che nulla perde della sua indubbia efficacia sul piano descrittivo, potrebbe risiedere nel fatto che il pegno e la ritenzione hanno una stessa giustificazione: cioè, in entrambi i casi, quella di garantire un credito tramite un potere su una *res*. Solo che, nell'un caso, è consentito al soggetto, creditore di una prestazione dovuta da altri, di soddisfarsi su una cosa altrui in caso di mancata esecuzione da parte del debitore; nell'altro, è concesso al debitore di evitare l'esecuzione di un'obbligazione cui pure si sarebbe tenuto nei confronti del proprio creditore, quella di consegna della *res vendita*, in assenza del corrispettivo pattuito.

Se così fosse, il motivo per cui al venditore sembra consentito di rifiutare la consegna sarebbe affatto diverso dalla connessione funzionale che si assume esistente tra le obbligazioni sorte dal contratto bilaterale, ma troverebbe, invece, il proprio fondamento in una situazione in cui il medesimo gode, per il fatto di avere la cosa a propria disposizione, di una garanzia 'naturale' ed implicita al contratto stesso, rispetto all'adempimento del compratore.

Neppure, a mio avviso, vi sono ragioni sufficienti per arguire che questa prerogativa sia stata in origine negata al venditore, per essere introdotta solo in un secondo momento in ragione del carattere di buona fede del contratto.

Il passo di Varrone, esaminato in apertura del capitolo, non costituisce, a mio modo di vedere, una testimonianza convincente in tal senso.

Nel caso ivi riportato, la precisazione che il compratore può utilmente agire per mezzo dell'azione *ex empto* '*quamvis non solverit nummos*', sta a indicare un'eccezione rispetto alla regola, che si ricava *a contrario*: eccezione che, a quanto sembra, potrebbe riconnettersi al fatto che vi è stata un'assunzione formale, effettuata dal compratore, dell'obbligo di pagare il prezzo, sicché di questa rassicurazione avrebbe dovuto accontentarsi il venditore e, così, evitare di opporre, se convenuto in giudizio, la mancata effettuazione della *solutio nummorum*.

La garanzia offerta al venditore, dapprima per mezzo di un impegno liberamente assunto *verbis* dal compratore che non versasse immediatamente il prezzo, sarebbe poi divenuta intrinseca al contratto, ricondotta, però, anziché alla figura del compratore, alla cosa venduta, trattenuta dal venditore *loco pignoris*.

Svolte queste osservazioni, lasciamo per un momento da parte la situazione del venditore per passare a occuparci della possibilità che fosse il compratore ad invocare a proprio vantaggio l'eccezione di inadempimento.

L'esiguità di frammenti in cui si trova attestata la possibilità di far valere la mancata consegna della cosa venduta, unita alla circostanza che, in almeno due di essi (anche a voler lasciare da parte D. 19.1.25, che si è visto supportare interpretazioni

contrastanti), si tratti di vendite particolari concluse per mezzo di *argentarii* e, infine, al fatto che, in ogni caso, il compratore si trovi sempre ad essere convenuto con *actio ex stipulatu* (di talché è di fronte a questa che si fa valere, rispettivamente, l'inadempimento del *dominus auctionis* o del venditore), sono argomenti che scoraggiano chiunque si attenda di trovare nella compilazione prove inoppugnabili dell'operatività del sinallagma funzionale anche *e latere emptoris*.

Per di più, con specifico riferimento all'ambito delle *exceptiones argentariae*, mi pare di poter rilevare che l'argomento solitamente addotto per motivare la loro concessione, ossia l'esigenza di 'riprodurre' un sinallagma pari a quello che avrebbe operato nell'ambito del normale contratto di compravendita, oltre a dare per presupposto quello che dovrebbe costituire il *thema probandum*, vale a dire l'operatività del sinallagma funzionale stesso nell'ambito dell'*emptio venditio*, non è l'unico che potrebbe venire in rilievo.

Come infatti si è già accennato, ai fini della concessione dell'*exceptio mercis non traditae*, i classici avrebbero ben potuto avere presente il fatto che la *stipulatio* nella quale era stato dedotto l'obbligo di pagamento del prezzo da parte del compratore sarebbe rimasta priva di causa ove il venditore non avesse dato attuazione, per parte sua, al 'Rechtsverhältnis' presupposto dal contratto verbale: e ciò, ovviamente, a supporre che la *conventio* presupposta dal contratto astratto abbia assunto un'importanza sempre maggiore, tale da esser presa in considerazione non soltanto per valutare il valido perfezionamento della *stipulatio*, ma anche la sua esecuzione.

Se, dunque, la lezione dominante lascia irrisolti alcuni punti interrogativi di un certo rilievo, non per questo mi sembra meritare adesione l'impostazione più di recente proposta dall'Ernst.

La tesi propugnata dallo studioso tedesco, come si è visto, è nel senso della completa estraneità del sinallagma funzionale, tanto dal lato del venditore, quanto da quello del compratore, alla compravendita classica.

Al fine di suffragare tal conclusione, i passi che in precedenza abbiamo passato in rassegna vengono sistematicamente ricondotti – talvolta con forzature evidenti – al caso in cui al venditore non sia consentito agire nei confronti del compratore per ottenere il prezzo (per aver questi comprato da un *pupillus*), oppure per ottenere il prezzo per intero (a causa della limitazione di responsabilità nei limiti dell'ammontare del peculio oppure a causa dell'intervenuta divisibilità del debito del compratore stesso in forza del principio per cui '*nomina et debita hereditaria ipso iure dividuntur*').

Desta perplessità, in particolare, il fatto che, in tal modo, si venga ad assegnare al potere del venditore sulla *res vendita* una latitudine e una pregnanza ben più circoscritte di quanto emerge da un esame dei testi scevro da preconcetti: in questi, infatti, la ritenzione si trova richiamata con riguardo a una molteplicità di situazioni non riconducibili a un unico filo conduttore, ma sintomatiche di una prassi di carattere generale.

Sottoposti a critica entrambi i principali punti di vista espressi in materia di sinallagma funzionale e operatività dell'eccezione di inadempimento, non ci si può, a questo punto, esimere dal proporre una lettura complessiva dei risultati ricavabili dalle fonti innanzi discusse e, in particolare, una plausibile spiegazione della disparità di trattamento tra venditore e compratore che – a dispetto di ogni esigenza di equilibrio tra le parti o di sinallagmatica esecuzione del contratto – pare affiorare nel momento dell'adempimento delle obbligazioni sorte a carico dell'uno o dell'altro.

A me pare che, allo scopo, si debba muovere da quella che, secondo l'opinione della romanistica più recente, dovrebbe costituire l'origine dell'*emptio venditio*, vale a dire la vendita a contanti. È chiaro che, se le parti eseguono entrambe immediatamente il contratto, vi è, immanente, la sicurezza reciproca dell'adempimento altrui: ciascuna è nella condizione di verificare la sussistenza, da un lato, della solvibilità economica e, dall'altro, della disponibilità della *res vendita* e, quindi, l'esecuzione dell'una come dell'altra obbligazione – ammesso e non concesso

che di obbligazioni si possa trattare, essendo le medesime estinte quasi contestualmente al loro sorgere – può dirsi effettivamente interdipendente, alla luce del vicendevole scambio cui esse assolvono.

Per quanto sia necessario muoversi con estrema cautela, si potrebbe allora tentare di dar conto del diritto del venditore di trattenere la *res vendita* ipotizzando che, all'originario scambio immediato delle due prestazioni, sia poi seguita una fase in cui il compratore, anziché provvedere all'istantaneo pagamento in contanti, abbia chiesto di poter comprare a credito, versando il prezzo in un secondo momento.

Mancando l'immediato pagamento e, quindi, uno dei due poli dello scambio in cui si attuava originariamente la vendita a contanti, il compratore che avesse voluto ottenere immediatamente la consegna dal venditore avrebbe dovuto prestare qualcosa che del pagamento stesso tenesse luogo: e dunque, il più delle volte, obbligarsi in modo formale, con un contratto verbale a che la somma sarebbe stata saldata in un secondo momento.

In questo senso, potrebbe testimoniare il passo di Varrone riportato nel § 1, che, con riguardo ad una prassi elaborata in età assai risalente (come si evince dal tenore degli aggettivi con cui è definita: '*antiqua*', '*prisca*'), ma ancora in uso ai suoi tempi, riporta quale elemento essenziale il fatto che il compratore è tenuto ad '*expromittere nummos*': elemento che, d'altro canto, avrebbe presumibilmente consentito al compratore di agire *ex empto* '*quamvis non solverit nummos*'. In assenza del pagamento immediato o di un impegno solenne da parte del compratore, il credito del venditore al pagamento del prezzo sarebbe stato garantito dalla cosa stessa che egli si era obbligato a consegnare: quest'ultima avrebbe potuto essere trattenuta fino a quando non vi fosse stata, da parte di chi chiedeva di poter differire la propria prestazione, una sufficiente assicurazione circa l'adempimento delle obbligazioni sorte con la conclusione del contratto di compravendita.

CAPITOLO II

Il sinallagma funzionale e la 'locatio conductio'

SOMMARIO: 1. I singoli passi richiamati in dottrina per l'operatività dell'eccezione di inadempimento: D. 14.2.2. pr.; D. 19.2.19.3; C. 4.65.14. - 2. Ulteriori considerazioni di carattere generale svolte in dottrina a favore del sinallagma funzionale. - 3. Conclusioni.

1. *I singoli passi richiamati in dottrina per l'operatività dell'eccezione di inadempimento: D. 14.2.2. pr.; D. 19.2.19.3; C. 4.65.14.*

Qualsiasi indagine che si proponga di valutare se il meccanismo in cui si sostanzia l'*exceptio inadimpleti contractus* sia stato tenuto presente dai giuristi romani nel disegnare la disciplina dell'altro contratto sinallagmatico per eccellenza, vale a dire la *locatio conductio*, si presenta particolarmente ostica in ragione del preliminare problema, dibattuto da lungo tempo in dottrina, circa la possibilità di ricondurre a un concetto unitario le multiformi applicazioni che del medesimo la compilazione giustiniana ci ha voluto tramandare²⁴⁹.

²⁴⁹ In argomento – per limitarsi soltanto ad alcuni essenziali riferimenti in letteratura – si vedano U. BRASIELLO, *L'unitarietà del concetto di locazione in diritto romano*, in *Riv. it. scienze giuridiche*, II, 1927 e III, 1928 (estr. Roma, 1928); H. KAUFMANN, *Die altrömische Miete*, Köln, 1964, 1 ss.; G. IMPALLOMENI, voce *Locazione (diritto romano)*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XI, 1994, 89 ss. (ora anche in ID., *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 1996, 651 ss.); G. PUGLIESE, 'Locatio-conductio', in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Professor José Luis Murga Gener*, a cura di J. Paricio, Madrid, 1994, 600, ntt. 13 ss., con ivi ulteriore bibliografia. Tra le varie e spesso discordanti opinioni espresse in dottrina circa il contenuto delle obbligazioni sorte dal contratto, si segnala quella di S. PEROZZI, *I contratti consensuali*, in *Studii giuridici dedicati e offerti a F.*

E difatti, se pure è vero che da nessuno si mette in dubbio il carattere squisitamente corrispettivo di questo contratto, è però questione tutt'ora aperta quella dell'individuazione esatta del contenuto delle obbligazioni, rispettivamente gravanti su *locator* e *conductor*, che sarebbero state collegate da un nesso di interdipendenza, sul piano genetico così come su quello funzionale: anche l'opinione più recentemente avanzata in dottrina²⁵⁰, incline a ritenere che il sinallagma intercorresse tra il pagamento della *merces*, da un lato, e la prestazione dell'*uti frui*, dall'altro, non pare aver sopito le perplessità a più riprese avanzate dagli interpreti²⁵¹.

Senza aver la pretesa di entrare nella disputa che, dunque, ancora appassiona i nostri migliori studiosi, ci si limiterà qui mettere in rilievo il dato incontrovertibile – tanto da essere sinceramente ammesso dagli stessi sostenitori della teorica del sinallagma funzionale²⁵² – che la ricca casistica elaborata dai *prudentes* non offre spunti significativi che portino ad affermare senz'altro la possibilità, per il *locator* o, rispettivamente, per il *conductor*, di rifiutare la prestazione dovuta in assenza dell'adempimento altrui.

Schupfer nella ricorrenza del XXXV anno del suo insegnamento, I, *Diritto romano*, Torino, 1898, 197, volta ad affermare la realtà della *locatio conductio*: la consegna della cosa da parte del locatore – anziché adempimento di un'obbligazione sorta dal consenso dei contraenti – avrebbe a suo dire rappresentato, per i classici, il momento in cui il contratto di locazione si è perfezionato.

²⁵⁰ Cfr. R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'*. *Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli, 1999, 221 ss.

²⁵¹ Si vedano le osservazioni di A. GUARINO, *La multiforme 'locatio-conductio'*, in *Iura*, L, 1999, 4, secondo cui, se è vero che i giuristi classici «indubbiamente tendevano a ricorrere, quando gli fosse possibile, all'utilizzazione (conscia o inconscia che fosse) dello schema sinallagmatico», è nondimeno «assai poco verosimile, anche se non è addirittura da escludere, che essi ravvisassero nel *locator* il prestatore di un *uti frui*, cioè ... un soggetto che si obbligava al *pati* di un godimento da parte del *conductor* (tenuto, a sua volta, alla *datio* di una certa *merces*), oppure si obbligava ad un corrispondente *non facere*».

²⁵² Cfr., per tutti, H.-P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma*, cit., 98 ss.

Di poco momento appare, ai fini che qui ci interessano, il richiamo a un prezioso quanto tormentato frammento paolino, da cui pure sembrerebbe ricavarsi, di primo acchito, un nesso di interdipendenza funzionale tra le parti di una *locatio mercium vehendarum* – contratto da ricomprendere, com'è ben noto, nell'ambito del più generale contratto di *locatio operis faciendi*²⁵³ – stipulato tra il singolo proprietario di merci da trasportare, in veste di locatore, e il capitano di una nave, in veste di conduttore. Alludo a:

D. 14.2.2.pr. (Paul. 34 *ad ed.*): *Si laborante nave iactus factus est, amissarum mercium domini, si merces vehendas locaverant, ex locato cum magistero navis agere debent: is deinde cum reliquia, quorum merces salvae sunt, ex conducto, ut detrimentum pro portione communicetur, agere potest. Servius quidem respondit ex locato agere cum magistero navis debere, ut ceterorum vectorum merces retineat, donec portionem damni praestent. Immo etsi non retineat merces magister, ultro ex locato habiturus est actionem cum vectoribus: quid enim si vectores sint, qui nullas sarcinas habeant? Plane commodius est, si sint, retinere eas. At si non totam navem conduxerit, ex conducto aget, sicut vectores, qui loca in navem conduxerunt:*

²⁵³ Per la qualificazione del contratto, cfr. J.A.C. THOMAS, *Trasporto marittimo, locazione ed 'actio oneris aversi'*, in *Antologia giuridica romanistica e antiquaria*, I, 229, nonché, R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, II, *Les obligations*, Paris, 1954 (rist. Aalen, 1970), 175; *contra*, però, U. BRASIELLO, *L'unitarietà del concetto di locazione*, cit., 35, secondo cui rispetto al rapporto tra *magister navis* e proprietari delle merci «bisogna escludere il carattere speciale di *locatio operis*, perché è la cosa da trasportare che viene sempre considerata come elemento essenziale del contratto», nonché C. CANNATA, *Le disavventure del capitano J.P. Vos*, in *Labeo*, XLI, 1995, 390, che richiama in particolare D. 50.16.5.1 (Paul. 2 *ad ed.*) per negare che venga in rilievo un vero e proprio *opus* del *magister navis*. A quest'ultima opinione replica efficacemente, a mio avviso, E. CHEVREAU, *Le 'lex Rhodia de iactu': un exemple de la réception d'une institution étrangère dans le droit romain*, in *TR*, LXXIII, 2005, 75, nt. 37, osservando che in D. 14.2.2.1 (Paul. 34 *ad ed.*) è applicato al contratto tra vettore e proprietari delle merci un principio proprio della *locatio operis faciendi*.

aequissimum enim est commune detrimentum fieri eorum, qui propter amissas res aliorum consecuti sunt, ut merces suas salvas haberent.

Il testo è notissimo: addirittura la dottrina è solita assegnargli il duplice primato di costituire, per un verso, la testimonianza più completa conservataci dalle fonti circa il funzionamento della cd. *Lex Rhodia de iactu*²⁵⁴ – celebre istituto del commercio marittimo, di cui peraltro a tutt’oggi la derivazione dal diritto rodio

²⁵⁴ Su cui – oltre alla fondamentale indagine svolta da F. DE MARTINO, ‘*Lex Rhodia*’. *Note di diritto romano marittimo*, in *Riv. dir. navigazione*, 1937, 335 ss. (ora anche in *Diritto economia e società nel diritto romano*, I, *Diritto privato*, con una nota di lettura di F. D’Ippolito, Napoli, 1995, 285 ss.) – W. ASHBURNER, *Nomos rodion nautikos. The rhodian sea-law*, Oxford, 1909 (rist. Aalen, 1976), 252; H. KRELLER, ‘*Lex Rhodia*’. *Untersuchungen zur Quellengeschichte des römischen Seerechts*, in *Zeitschrift ges. Handelsrecht*, LIIIV, 1921, 258 ss.; più di recente, cfr. anche i contributi di H. WAGNER, *Die ‘lex Rhodia de iactu’*, in *RIDA*, XLIV, 1997, 362 s. e, da ultimo, di G. PURPURA, ‘*Ius naufragii*’, ‘*Sylai*’ e ‘*lex Rhodia*’. *Genesi delle consuetudini marittime mediterranee*, in *Ann. Univ. Palermo*, XLVII, 2002 (= *Studi con Bernardo Albanese*, I), 275 ss., anche per il confronto del nostro testo con l’iscrizione epigrafica rinvenuta nel porto di Rodi.

appare alquanto dubbia²⁵⁵ – e, per altro verso, la fonte più antica in tema di *ius retentionis*²⁵⁶, applicato nel caso di specie a un *iudicium bonae fidei*.

Benché in seno alla critica romanistica si sia venuto formando, nel corso degli anni, il fermo convincimento che il brano sia stato reso oggetto di profonde alterazioni²⁵⁷ – soprattutto nella parte introdotta da *immo*, per lo più ritenuta irrimediabilmente compromessa dall'intervento postclassico²⁵⁸ –, si può dare per certo che, nella versione originaria, Paolo si sia effettivamente soffermato a trattare del caso di una nave talmente messa in difficoltà dalle cattive condizioni del mare, da costringere il *magister navis* a sacrificare una parte del carico, gettato

²⁵⁵ Nel senso di un'origine dell'istituto fondata su «consuetudini marinare (*usances*) analoghe a quelle più volte compilate nel Medio Evo, della cui raccolta i Rodii avrebbero acquistato la benemerenzza», si pronuncia V. ARANGIO-RUIZ, '*Societas re contracta*' e '*communio incidens*', in *Studi in onore di S. Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, II, Palermo, 1936, 384, nt. 81. Tra le opinioni più recenti, ritiene «doubtless» che le regole di D. 14.2.2.pr. derivino «from the part of the general *Lex Rhodia* which dealt specifically with *iactus*» K.M.T. ATKINSON, *Rome and the Rhodian Sea-Law*, in *Iura*, XXV, 1974, 97, nt. 184; di segno opposto, invece, le articolate osservazioni di W. OSUCHOWSKI, *Appunti sul problema del 'iactus' in diritto romano*, in *Iura*, I, 1950, 293 ss. che portano lo studioso a concludere perentoriamente che «non è possibile sostenere la tesi, secondo la quale il problema del *iactus* sarebbe stato risolto in diritto romano mediante norme provenienti da Rodi».

²⁵⁶ Cfr. E. NARDI, *Profilo evolutivo della ritenzione romana*, in *Riv. dir. civ.*, 1957, I, 9 (ora anche in *Scritti minori*, I, rist. Bologna, 1991, 7 ss.), nonché ID., voce *Ritenzione (diritto romano)*, in *Noviss. Dig. it.*, XVI, Torino, 1968, 383 s.

²⁵⁷ Per una variante, cfr. V. SCIALOJA, *A proposito del fr. 2 pr. 'de Lege Rhodia'*, in *Arch. giur.*, XXVIII, 1882, 80 (ora anche in *Scritti giuridici*, I, *Diritto romano*, Roma, 1933, 106 s).

²⁵⁸ Cfr. M. MARRONE, *D. 14.2.2.pr.: 'retentio' e 'iudicia bonae fidei'*, in *Iura*, VI, 1955, 174; F. WIEACKER, '*Iactus in tributum nave salva venit*' (*D. 14.2.4.pr.*). *Exegesen zur 'lex Rhodia de iactu'*, in *Studi in memoria di Emilio Albertario*, I, Milano, 1953, 531; B. BIONDI, '*Iudicia bonae fidei*', in *Ann. Univ. Palermo*, VII, 1918, 83. Ad esempio, '*aequissimus*' è da G. BESELER, '*Aequissimus*', in *ZSS*, XLV, 1925, 455, giudicato «überflüssig und lästig» (così modificando, l'illustre Autore tedesco, l'opinione priva di sospetti sul punto già espressa in ID., *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, IV, Tübingen, 1920, 130).

intenzionalmente fuori bordo allo scopo di consentire all'imbarcazione di non soccombere e giungere intatta a destinazione, così da salvare almeno il resto delle merci trasportate.

Ebbene, secondo l'opinione del giurista severiano, gli sfortunati proprietari delle *res amissae* avrebbero potuto intentare contro il capitano l'azione tipica sorta dal contratto che con lui avevano stipulato prima della partenza, vale a dire, appunto, l'*actio ex locato*²⁵⁹. Sarebbe poi toccato al capitano stesso di rivalersi, con l'esercizio dell'*actio ex conducto*, contro i proprietari delle *res salvae*, onde veder da loro sopportato, in misura proporzionale alla rispettiva quota del carico, il detrimento complessivamente patito: e ciò, sul presupposto che anche costoro – in forza della «comunione di pericolo»²⁶⁰ venutasi a creare in conseguenza delle intemperie incontrate nel corso della traversata – dovevano essere chiamati a contribuire al ripiano delle perdite causate dal gettito, volontariamente effettuato per conseguire la salvezza di tutti²⁶¹.

²⁵⁹ Che il rapporto obbligatorio instaurato tra il *magister navis* e i proprietari delle merci trasportate fosse da qualificare in termini di locazione trova conferma in diversi altri luoghi della compilazione, tra cui – oltre a D. 4.9.1 (Ulp. 14 *ad ed.*) – D. 14.2.10 (Lab. 1 *pithanon a Paulo epit.*): *Si ea condicione navem conduxisti, ut ea merces tuae portarentur easque merces nulla nauta necessitate coactus in navem deteriolem, cum id sciret te fieri nolle, transtulit et merces tuae cum ea nave perierunt, in qua novissime vectae sunt, habes ex conducto locato cum priore nauta actionem.*

²⁶⁰ Così, efficacemente, S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II, Milano, 1906, 298.

²⁶¹ È il celebre principio affermato in D. 14.2.1 (*Paul. 2 sent.*): *Lege Rodia [Rhodia] cavetur, ut si levandae navis gratia iactus mercium factus est, omnium contributione sarciatur quod pro omnibus datum est.* Sul concreto funzionamento delle regole di ripartizione dei danni occorsi durante la navigazione, in base alla *lex Rhodia*, cfr., in particolare, H. HONSELL, 'Ut omnium contributione sarciatur quod pro omnibus datum est'. *Die Kontribution nach der 'Lex Rhodia de iactu'*, in 'Ars boni et aequi'. *Festgabe für Wolfgang Waldstein zum 65. Geburtstag*, a cura di M.J. Schermaier e Z. Végh, Stuttgart, 1993, 141 ss.

Ben diversa sarebbe stata la soluzione che, invece, Servio Sulpicio Rufo²⁶² avrebbe suggerito in uno dei suoi *responsa*: coloro che avevano visto perduti i propri beni durante il trasporto, sarebbero stati tenuti a convenire in giudizio il *magister navis* con l'*actio ex locato*, per pretendere che questi trattenesse le merci giunte a destinazione se i proprietari delle stesse non avessero provveduto a rimborsare con denaro, *pro parte*, le perdite occorse nel viaggio²⁶³.

Di particolare interesse rispetto al tema della nostra ricerca appare, nell'ambito del trattamento processuale «rigidamente individualistico»²⁶⁴ congegnato dai giuristi romani per giungere al risultato finale di ripartire equamente i danni subiti dal carico della nave, la soluzione che, da Paolo²⁶⁵, sarebbe stata attribuita al giureconsulto repubblicano: vale a dire, la *retentio* che, a quanto sembrerebbe, il *magister navis* avrebbe potuto opporre all'inadempimento dei proprietari privilegiati dalla sorte che, egoisticamente, si fossero rifiutati di corrispondere quanto necessario per riparare i pregiudizi sofferti.

A ben vedere, però, parlare di sinallagma funzionale a proposito del diritto accordato al capitano di negare la consegna le merci, almeno a mio modo di vedere, non risulta davvero appropriato.

E difatti, mi pare decisiva la circostanza che la prerogativa di trattenerne presso di sé i beni sfuggiti al *iactus* non viene a costituire una reazione del vettore-

²⁶² Servio, com'è noto, ricoprì la carica di console nel 51 a.C. e trovò la morte otto anni dopo, nel 43 a.C.

²⁶³ Il *donec* contenuto nel testo avrebbe sostituito un originario *nisi*: cfr. M. MARRONE, *D. 14.2.2.pr.:* 'retentio' e 'iudicia bonae fidei', cit., 173.

²⁶⁴ Così V. ARANGIO-RUIZ, '*Societas re contracta*' e '*communio incidens*', cit., 385.

²⁶⁵ Ma più probabilmente dai commissari giustiniane: da più parti, infatti, si sostiene che il riferimento al giurista repubblicano sia stato inserito di sana pianta in epoca postclassica. Cfr., ad esempio, per quest'opinione, A. PÓKECZ KOVÁCS, *Les problèmes du 'iactus' et de la 'contributio' dans la pratique de la 'lex Rhodia'*, in '*A bonis bona discere*'. *Festgabe für János Zlinsky zum 70. Geburtstag*, a cura di O. Péter e B. Szabó, Miskolc, 1998, 185.

conduttore nei confronti della mancata esecuzione dell'unica prestazione sorta dal contratto a carico dei titolari delle merci trasportate, avente ad oggetto il pagamento del prezzo pattuito per la *locatio conductio*, né trova la propria specifica ragione d'essere nel regolamento d'interessi stabilito in quel contratto: e che, quindi, essa debba trovare un'altra e diversa spiegazione rispetto all'interdipendenza delle obbligazioni nel contratto che andiamo considerando.

Più precisamente – come gli stessi fautori dell'*exceptio inadimpleti contractus* sono costretti a riconoscere – la soluzione contenuta in D. 14.2.2 pr. si giustifica soltanto alla luce dell'evento accidentale verificatosi durante il viaggio, senza che venga fatta alcuna menzione di una mancata esecuzione di obblighi sorti dal contratto in capo ai locatori: sicché, in definitiva, essa appare ispirata – anziché all'esigenza di tutelare il conduttore di fronte a un inadempimento della controparte – a proteggere le ragioni di soggetti estranei al contratto concluso tra il *magister navis* e i proprietari delle merci trattenute²⁶⁶, quali sono appunto i titolari delle *res amissae*.

A ben vedere, invero, il capitano non ha alcun interesse proprio a ritardare la consegna dei beni trasportati, svolgendo piuttosto la funzione di un liquidatore imparziale²⁶⁷ dei danni subiti dalla nave e dai proprietari delle merci gettate durante la traversata: e se questo ovviamente comporta, a suo carico, il dovere di adottare le misure più efficaci per ottenere la contribuzione comune anche dai locatori più riotosi, ecco che lo strumento più comodo a sua disposizione è quello di trattenere le merci giunte intatte a destinazione (*'plane commodius est, si sint, retinere eas'*)²⁶⁸.

Passando ora a esaminare l'ulteriore testimonianza addotta dalla dottrina in favore della tesi che scorge, anche tra le obbligazioni del *conductor* e del *locator*,

²⁶⁶ Tanto che lo stesso H.-P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma*, cit., 100, conclusivamente ammette che «ist die *retentio* des *magister navis* keine Geltendmachung des nichterfüllten Vertrages».

²⁶⁷ Come nota E. CHEVREAU, *'La lex Rhodia de iactu'*, cit., 77 e nt. 43.

²⁶⁸ Cfr., ancora, E. CHEVREAU, *'La lex Rhodia de iactu'*, cit., 79.

un'interdipendenza funzionale, ci si imbatte in un frammento di Ulpiano che si occupa, questa volta, di una *locatio conductio rei*:

D. 19.2.19.3 (Ulp. 32 *ad ed.*): *Si dominus exceperit in locatione, ut frumenti certum modum certo pretio acciperet, et dominus nolit frumentum accipere neque pecuniam ex mercede deduceret, potest quidem totam summam ex locato petere, sed utique consequens est existimare officio iudicis hoc convenire, haberi rationem, quanto conductoris intererat in frumento potius quam in pecunia solvere pensionis exceptam portionem. Simili modo et si ex conducto agatur, idem erit dicendum.*

Dal passo ci è data notizia di un caso in cui, nel contratto stipulato tra le parti, è stata inserita una specifica clausola in virtù della quale il proprietario del fondo locato ha accettato di ricevere parte del corrispettivo in natura²⁶⁹, mediante la corresponsione del conduttore di una certa quantità di frumento, valutata secondo un certo prezzo, da computare nell'ammontare dovuto.

Ebbene, apprendiamo da Ulpiano che, se il locatore si rifiuta di rispettare l'impegno preso e di dedurre dalla mercede cui ha diritto la *pecunia* al valore del frumento che il conduttore intendeva fornirgli, egli può senz'altro agire per richiedere *ex locato* l'intera somma pattuita per la conduzione: il giudice, però, dovrà in ogni caso tener conto dell'interesse del conduttore a eseguire parte della prestazione di versare la mercede in natura piuttosto che in denaro, così come accadrebbe qualora ad agire sia il conduttore.

L'andatura del testo, per quanto non lineare, soprattutto nell'ultima parte – tant'è che sono diversi gli autori che ritengono emblematico il periodo che si apre con

²⁶⁹ Che parte del prezzo potesse essere versata anche in natura sembra essere senz'altro stato ammesso dalla pratica: per una panoramica complessiva dei casi di cd. «Naturalleistung» nei rapporti contrattuali, cfr. A. BÜRGE, *Geld- und Naturalwirtschaft im vorklassischen römischen Recht*, in ZSS, XCIX, 1998, 128 ss. (e specialmente, su questo testo, 140).

‘*sed utique*’²⁷⁰ –, non compromette la possibilità di svolgere alcune riflessioni sul rapporto tra le obbligazioni del *locator* e del *conductor* che ci viene descritto.

Secondo il Benhöhr²⁷¹, il passo – malgrado le apparenze – non avrebbe in definitiva nulla a che fare con l’eccezione di inadempimento, dal momento che, al conduttore, in definitiva non viene concesso alcun diritto di rifiutare la sua prestazione, pur se il locatore, dal canto suo, è venuto meno all’accordo contrattuale: soltanto risulterebbe attestata la possibilità, per il *iudex privatus*, di computare le diverse somme in gioco – quella relativa alla mercede dovuta e quella relativa alla quantità di frumento oggetto dell’accordo iniziale – ai fini di decidere sulla pretesa azionata in giudizio.

Non mi sembra, però, che l’osservazione formulata dall’Autore tedesco colga pienamente nel segno. In effetti, il frammento ulpiano – lungi dall’essere soltanto irrilevante rispetto al tema che ci interessa – finisce per testimoniare in senso nettamente contrario al sinallagma funzionale, affermando senza mezzi termini che, malgrado l’inadempimento contrattuale²⁷² del locatore, il conduttore ben può essere

²⁷⁰ Cfr. H.-P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma*, cit., 100, nt. 12; T. MAYER-MALY, ‘*Locatio conductio*’. *Eine Untersuchung zum klassischen römischen Recht*, Wien, 1956, 137; G. LONGO, *Sul regime delle obbligazioni corrispettive nella ‘locatio conductio rei’*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz nel XLV anno del suo insegnamento*, II, Napoli, 1952, 393; H. HONSELL, ‘*Quod interest im bonae fidei iudicium*’. *Studien zum römischen Schadenersatzrecht*, München, 1969, 138 s., che trae argomenti per dedurre l’interpolazione dalla brutta ripetizione di ‘*dominus*’, oltre che dal triplo infinito dopo ‘*consequens est*’; D. MEDICUS, ‘*Id quod interest*’. *Studien zum römischen Recht des Schadenersatzes*, Köln, 1962, 159, precisa che – malgrado le alterazioni postclassiche – «eine sachliche Abweichung von der klassischen Vorlage ist aber nicht ersichtlich».

²⁷¹ Cfr. H.-P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma*, cit., 100.

²⁷² Si ricordi, infatti, che l’accordo con cui il locatore si impegnava a ricevere parte della mercede in natura, per un prezzo predeterminato da conteggiare a detrazione dell’ammontare dovuto dal conduttore, era stato inserito nella stipulazione della stessa *locatio conductio* (‘*si dominus exceperit in locatione ...*’).

da questi convenuto per il pagamento dell'intera cifra dovuta (*'potest quidam totam summam ex locato petere'*).

Se, pertanto, nonostante la *bona fides* che indubbiamente doveva permeare i rapporti obbligatori scaturenti dal contratto, era consentito a una parte di agire per ottenere l'adempimento altrui pur essendo, dal proprio canto, venuto meno ai patti²⁷³, vuol dire che il passo è nel senso di lasciare indipendenti l'una dall'altra le rispettive pretese vantate dai contraenti: senza dire, d'altra parte, che la mancanza di un collegamento funzionale è ovviamente destinata a risaltare in modo ancor più palese a voler aderire alla tesi, sopra accennata, che considera interpolata addirittura tutta la parte del discorso introdotta da *'sed utique'*, posta dopo la perentoria affermazione che il locatore può agire in giudizio senza alcuna considerazione per le ragioni del conduttore.

Da ultimo, nel novero dei passi da cui la lezione dominante ritiene possibile inferire il funzionamento del sinallagma funzionale nella *locatio conductio*, viene solitamente ricompreso anche un rescritto risalente al 259 d.C.:

C. 4.65.14 (Impp. Valerianus et Gallienus AA. Et C. Aurelio Iulio C.): *Si hi, qui a vobis redemerant frumentum et hordeum annonae inferendum, accepta pecunia fidem fefellerunt, ex locato agere cum his potestis.*

²⁷³ Che il mancato rispetto degli accordi inseriti nel contratto legittimasse l'esercizio dell'azione tipica ci è confermato – ancorché soltanto con specifico riferimento alla posizione del conduttore – da D. 19.2.15.pr.-1 (Ulp. 32 *ad ed.*): *Ex conducto actio conductori datur. Competit autem ex his causis fere: ut puta si re quam conduxit frui ei non liceat (forte quia possessio ei aut totius agri aut partis non praestatur, aut villa non reficitur vel stabulum vel ubi greges eius stare oporteat) vel si quid in lege conductionis convenit, si hoc non praestatur, ex conducto agetur.* Nessun accenno, com'è agevole constatare, viene fatto da Ulpiano alla circostanza che il conduttore attore debba aver preventivamente adempiuto alla propria obbligazione di pagare la mercede.

L'interpretazione del brano non desta particolari problemi: è domandato alla cancelleria imperiale che rimedi possano essere esperiti contro chi, ingaggiato per trasportare e mettere al sicuro nei magazzini un raccolto di grano e orzo destinato all'annona, tradisca la fiducia dei proprietari venendo meno al proprio obbligo, dopo aver ricevuto da costoro il pagamento²⁷⁴.

Anche in questo caso, la piana risposta che viene resa ad Aurelio Iulio, nel senso dell'esperibilità dell'*actio locati*, di per sé, non fornisce spunti significativi a favore del sinallagma funzionale²⁷⁵: semplicemente dà atto che, da un lato, vi è stata la mancata esecuzione del contratto stipulato e che, dall'altro, vi è già stato l'adempimento della prestazione di pagamento della mercede: ma non contiene, per quanto mi consta, elementi che inducano a ritenere quest'ultima circostanza una condizione imprescindibile per l'esercizio dell'azione contrattuale.

2. Ulteriori considerazioni svolte in dottrina a favore del sinallagma funzionale.

Forse perché consapevole dell'impossibilità di rinvenire, tra le testimonianze attinte dalla compilazione giustiniana, solidi argomenti a dimostrazione della possibilità che l'una parte del contratto rifiutasse la propria prestazione di fronte all'inadempimento altrui, la critica corrente è solita portare, a sostegno dell'applicabilità dell'*exceptio inadimpleti contractus* anche a questo contratto

²⁷⁴ Cfr., per la ricostruzione della fattispecie, G. SCHNEBELT, *Reskripte der Soldatenkaiser. Ein Beitrag zur römischen Rechtsgeschichte des dritten nachchristlichen Jahrhunderts*, Karlsruhe, 1974, 76 s.

²⁷⁵ In questi termini si pronunciano lo stesso H.-P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma*, cit., 100, nonché R. BONINI, *Recensione a G. SCHNEBELT, Reskripte der Soldatenkaiser*, cit., in *SDHI*, XLI, 1975, 411 (il quale sottolinea che «il rescritto non fa che confermare l'ovvia legittimazione passiva all'*actio locati* di coloro che '*accepta pecunia fidem fefellerunt*'). *Contra*, cfr. T. MAYER-MALY, '*Locatio conductio*', cit., 83, senza peraltro addurre motivazione alcuna e, sia pure più cautamente, lo stesso G. SCHNEBELT, *Reskripte der Soldatenkaiser*, cit., 77.

bilaterale, anche alcuni argomenti di carattere generale che, qui di seguito, passeremo brevemente in rassegna.

In primo luogo, si sottolinea la marcata somiglianza tra la disciplina dell'*emptio venditio* e quella della *locatio conductio*, a più riprese messa in risalto dagli stessi giuristi classici²⁷⁶, per dedurre che il nesso di interdipendenza anche nella fase dell'esecuzione delle obbligazioni dovesse trovare applicazione, così come nel primo contratto, anche nel secondo²⁷⁷.

Questa osservazione, però – almeno a mio giudizio –, se assunta senza il riscontro di opportune e puntuali testimonianze desumibili dai testi, finisce con il risolversi in una prova troppo fragile per decretare con certezza l'ammissibilità dell'istituto di cui ci stiamo occupando: e questo, in particolare, almeno per un duplice ordine di ragioni.

Il ragionamento formulato in dottrina, anzitutto, può essere facilmente capovolto: dato che – come abbiamo cercato di dimostrare nelle pagine precedenti²⁷⁸ – nella compravendita non vigeva affatto una regola generale, elaborata sulla scorta della *bona fides*, che consentisse a entrambe le parti di non pagare il prezzo o di non consegnare la *res vendita* prima di ricevere la controprestazione, ma soltanto al

²⁷⁶ Si vedano, in particolare, D. 19.2.1 (Paul. 34 *ad ed.*): *Locatio et conductio cum naturalis sit et omnium gentium, non verbis, sed consensu contrahitur, sicut emptio et venditio*; D. 19.2.2.pr.-1 (Gai. 2 *res cottidianae*): *Locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni isdemque iuris regulis constitit: nam ut emptio et venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit, sic et locatio et conductio contrahi intellegitur, si de mercede convenerit*. 1. *Adeo autem familiaritatem aliquam habere videntur emptio et venditio, item locatio et conductio, ut in quibusdam quaeri soleat, utrum emptio et venditio sit an locatio et conductio*; Gai 3.142: *Locatio autem et conductio similibus regulis constituitur; nisi enim merces certa statuta sit, non videtur locatio et conductio contrahi*; Gai 3.145: *Adeo autem emptio et venditio et locatio et conductio familiaritatem aliquam inter se habere videntur, ut in quibusdam causis quaeri soleat, utrum emptio et venditio contrahatur an locatio et conductio*.

²⁷⁷ Così H.-P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma*, cit., 101 s.

²⁷⁸ Cfr. cap. I, § 1 ss.

venditore era accordato un diritto di ritenzione sulla *res* a scopo di garanzia, è verosimile che, proprio per le analogie intercorrenti tra i due contratti, nemmeno nella *locatio conductio* si fosse giunti ad affermare un nesso di interdipendenza funzionale applicabile in linea di principio tra le obbligazioni del *locator* e del *conductor*.

Ma, in ogni caso, vale poi l'obiezione che, se pure i giuristi usano sottolineare la forte affinità tra compravendita e locazione, questa circostanza non può, da sola, costituire una prova decisiva: tanto più che la somiglianza tra i due contratti corrispettivi è sempre affermata con riguardo al momento della perfezione del rapporto, rispetto al quale è sufficiente il mero consenso, e ai requisiti per la sua validità²⁷⁹, mentre pressoché nulla ci viene detto dai *prudentes* in merito a una pretesa identità di disciplina nella fase dell'adempimento dei reciproci obblighi di cui sono gravate le parti²⁸⁰.

E del resto, è da rimarcare che l'*emptio venditio* e la *locatio conductio*, nella forma che più le si avvicina, quella della *locatio conductio rei*, non sembrano esser state regolate dalla giurisprudenza in modo esattamente identico, se è vero che – pur con tutte le dovute cautele – si ritiene che il loro regime differisca in almeno un punto determinante, quello del *periculum*: il rischio per il perimento della cosa locata per caso fortuito, infatti, rimaneva sopportato dal locatore, almeno in linea generale, atteso che il conduttore risultava liberato dal pagamento della mercede²⁸¹; di contro,

²⁷⁹ Cfr. *supra*, i testi citati alla nt. 276.

²⁸⁰ Né, del resto, nelle fonti che riguardano l'esperibilità dell'*actio locati* o dell'*actio conducti* si rinvencono affermazioni analoghe a quelle contenute nei testi della compravendita circa il diritto del venditore di trattenere la cosa venduta. Al contrario, come già si diceva, un avvertimento relativo al presunto obbligo del conduttore di pagare la mercede prima di convenire in giudizio il locatore è del tutto estraneo a D. 19.2.15.pr. (Ulp. 32 *ad ed.*), già riportato *supra*.

²⁸¹ Ciò che ha indotto B. BIONDI, *Contratto e 'stipulatio'*, cit., 263 (nonché ID., *Lezioni di diritto romano. Obbligazioni*, Catania, 1932, 297 s.) a osservare che le obbligazioni nascenti dalla *locatio conductio rei* presentavano «un'interdipendenza più accentuata delle obbligazioni nascenti dalla vendita». A parte è il caso della *locatio conductio operarum*, in cui il *conductor* deve pagare la

come si è detto in precedenza²⁸², nella vendita le due obbligazioni non conoscevano in linea di massima un vincolo condizionale, dal momento che l'estinzione di quella del venditore non liberava il compratore dal pagamento del prezzo pattuito.

Da parte di diversi autori, si è poi cercato di spiegare la mancanza di prove circa l'operatività del sinallagma funzionale nell'ambito della *locatio conductio* osservando che – diversamente da quanto accadeva nell'*emptio venditio* – le obbligazioni gravanti sul *locator* e sul *conductor* non trovavano necessariamente esecuzione 'Zug um Zug', ma dovevano essere, per lo più, altrimenti regolate sul piano temporale²⁸³: e ciò, o tacitamente, in virtù delle particolari caratteristiche del contratto, o mediante apposite *leges locationis*, che probabilmente, nella pratica, dovevano giocare un ruolo essenziale nel determinare la concreta disciplina del rapporto che le parti intendevano instaurare²⁸⁴.

mercede che per la durata stabilita, pure se risulti impossibile la prestazione dei servizi dedotti in contratto per causa non imputabile al *locator*. Sul tema, quali riferimenti essenziali, cfr. M. KASER, 'Periculum locatoris', in ZSS, LXXIV, 1957 (= *Hans Kreller zum siebzigsten Geburtstag am 22. April 1957*), 155 ss.; J. MIQUEL, 'Periculum locatoris'. *Ricerche in tema di responsabilità contrattuale*, in ZSS, LXXXI, 1964, 134 ss.;

²⁸² Cfr. *supra*, cap. I, § 2.

²⁸³ Cfr. E. SEIDL, *Zur Beurkundung des Konsensualvertrages*, in *Studi in memoria di Emilio Albertario*, I, Milano, 1953, 113, sottolinea che «muss bei der *locatio conductio* notwendig der eine teil vorausleisten und dem anderen Vertraugen schenken, dass er die bedungene Gegenleistung erbringen werde»; P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, cit., 571, nt. 4; G. GROSSO, *Il sistema*, cit., 245, secondo cui il sinallagma funzionale, rispetto ai contratti bilaterali diversi dall'*emptio venditio*, «doveva risentire delle particolarità di questi ed inserirsi nel regolamento concreto di essi; una graduazione e successione delle prestazioni nel tempo, che ne impedisse l'applicazione, poteva anche risultare implicita, come per esempio doveva perlopiù avvenire nel mandato e nella locazione».

²⁸⁴ Come sembrerebbe desumersi anche da D. 19.2.25.3 (Gai. 10 *ad ed. prov.*), che si apre con la perentoria affermazione secondo cui '*conductor omnia secundum legem conductionis facere debet*': cfr., sul testo, P. PINNA PARGAGLIA, '*Vitia ex ipsa re*'. *Aspetti della locazione in diritto romano*,

Più precisamente, per quanto riguarda la *locatio conductio rei*, è diffusa in dottrina l'opinione che la somma spettante quale corrispettivo al locatore dovesse solitamente essere versata in un momento successivo alla messa a disposizione della cosa e al suo godimento da parte del conduttore per il tempo stabilito²⁸⁵.

Questa conclusione dovrebbe arguirsi, segnatamente, da:

D. 19.2.24.2 (Paul. 34 *ad ed.*): *Si [domus vel] fundus in quinquennium [pensionibus] locatus sit, potest dominus, si deseruerit [habitationem vel]²⁸⁶ fundi culturam colonus [vel inquilinus], cum [eis] <eo> statim agere. 3. [Sed et] de his, quae praesenti die praestare [debuerunt] <debit> [velut opus aliquod efficerent, propagationes facerent, agere similiter potest].*

Che il testo non sia esente da mende formali, attribuibili con ogni probabilità a una mano compilatoria mossa dall'intento di operare una «generalizzazione»²⁸⁷

Milano, 1983, 40 ss., nonché le osservazioni di R. VIGNERON, *La 'locatio conductio' secondo i Romani*, in *Labeo*, XXXIV, 1988, 363 s.

²⁸⁵ Cfr. P.F. GIRARD, *Manuale elementare di diritto romano*, trad. it., note e postille bibliografiche di C. Longo, Milano, 1909, 585 («egli [*scil.* il conduttore] è obbligato immediatamente, non, come talora si dice, a pagare la *merces*, perché non la deve se non dopo la prestazione dell'altra parte, ma a ricevere la consegna della prestazione dell'altra parte»); analogamente, R. TAUBENSCHLAG, *Afterpacht und Aftermiete im Rechte des Papyri*, in *ZSS*, LIII, 1933, 234 ss.; P. VAN WETTER, *Les obligations*, cit., 253, che osserva limpidamente come «en conséquence, dans le louage de choses ou d'ouvrage, le preneur ou le maître de l'ouvrage peut réclamer en justice la prestation de la jouissance ou des services indépendamment du paiement du prix, sans qu'on puisse lui opposer une exception de dol. Mais le bailleur, l'ouvrier ou l'entrepreneur qui réclamerait le prix avant d'avoir fourni la jouissance ou les services convenus, serait repoussé par ladite exception».

²⁸⁶ Il fatto che i giuristi, già in età classica, esprimessero con *locare habitationem* il concetto di «locare una casa affinché sia abitata», è dimostrato da L. AMIRANTE, '*Locare habitationem*', in *Studi in onore di Biondo Biondi*, I, Milano, 1965, 455 ss.

²⁸⁷ Cfr. G. LONGO, *Sul regime delle obbligazioni corrispettive*, cit., 389.

dell'originario principio paolino, è assunto che non viene oggi revocato in dubbio da alcun autore²⁸⁸.

Paolo riferisce di un fondo locato per cinque anni²⁸⁹ a un colono, che si è impegnato a coltivarlo: abbandonato il fondo medesimo prima dello spirare della scadenza pattuita, il giureconsulto si interroga sulla possibilità di agire con l'*actio ex locato* contro il contraente, per conseguire ciò che egli '*praesenti die praestare debuit*'.

A ben vedere, il testo non è di per sé rivelatore di una regola suscettibile di indicare, in linea di principio, che il conduttore era tenuto a pagare la mercede dopo aver ottenuto dal locatore il *frui licere* della cosa: il contratto di locazione su cui si appunta l'attenzione del giurista contempla infatti, per espressa volontà delle parti, un determinato termine di durata, in riferimento al quale erano state verosimilmente concordate anche delle specifiche modalità di versamento del dovuto²⁹⁰: né, d'altro canto, pare lecito ricavare una tacita disposizione circa il *tempus solvendi* dal solo fatto che l'importo pattuito sia stato fissato con riferimento a una certa durata di godimento da parte del *conductor*²⁹¹.

Oltretutto, la tesi che vorrebbe attestato un obbligo di *postnumerare* da parte del conduttore è contraddetta da più di un passo della compilazione giustiniana, da

²⁸⁸ La ricostruzione critica del frammento proposta nel testo è quella suggerita da T. MAYER-MALY, '*Locatio conductio*', cit., 139; senza osservazioni sul punto è, peraltro, J.D. HARKE, '*Locatio conductio*', *Kolonat, Pacht, Landpacht*, Berlin, 2005, 27.

²⁸⁹ Osserva R.J. POTHIER, *Trattato del contratto di locazione*, I, trad. it. di F. Foramiti, Venezia, 1835, 25: «sembra che presso i romani il tempo più ordinario delle affittanze dei fondi fosse un lustro». In effetti, analoga durata si rinviene, ad esempio, anche nel successivo D. 19.2.24.4 (Paul. 34 *ad ed.*), nonché in D. 19.2.9.1 (Ulp. 32 *ad ed.*).

²⁹⁰ Così T. MAYER-MALY, '*Locatio conductio*', cit., 139.

²⁹¹ Da ciò, invece, B. WINDSCHEID, *Diritto delle pandette*, cit., 544, nt. 12, ritiene potersi ricavare che «si deve pagare dopo la decorrenza di ogni periodo».

cui parrebbe trarsi la regola contraria dell'anticipata corresponsione della mercede²⁹²: sicché, in definitiva, è forse nel giusto l'opinione che osserva come, quanto meno sulla base delle testimonianze pervenuteci, la dibattuta questione circa il momento in cui doveva essere effettuato il pagamento del corrispettivo della locazione non possa trovare una risposta soddisfacente²⁹³.

3. Conclusioni.

Tirando le somme di questa breve disamina, si può dire che il quadro complessivo a disposizione di chi intenda trovare, nelle fonti, prove incontestabili dell'operare del sinallagma funzionale rispetto al contratto di locazione appare piuttosto scoraggiante.

All'assenza di utili indizi testuali volti a sorreggere la tesi dominante si accompagna il sospetto che, in almeno qualche caso ove fosse mancato un esplicito accordo contrattuale circa il tempo dell'esecuzione delle reciproche prestazioni, il diritto dell'una o dell'altra parte di reagire all'inadempimento altrui rifiutando di eseguire la propria prestazione avrebbe ben dovuto trovarsi affermato, soprattutto se si consideri la primaria importanza che un contratto di frequente applicazione quale la

²⁹² Cfr. D. 19.2.30.pr. (Alf. 3 a Paul. epit.): *Qui insulam triginta conduxerat, singula caenacula ita conduxit, ut quadraginta ex omnibus colligerentur: dominus insulae, quia aedificia vitium facere diceret, demolierat eam: quaesitum est, quanti lis aestimari deberet, si is qui totam conduxerat ex conducto ageret. Respondit, si vitiatum aedificium necessario demolitus esset, pro portione, quanti dominus praediorum locasset, quod eius temporis habitatores habitare non potuissent, rationem duci et tanti litem aestimari: sin autem non fuisset necesse demoliri, sed quia melius aedificare vellet, id fecisset, quanti conductoris interesset, habitatores ne migrarent, tanti condemnari oportere.*

²⁹³ Cfr. I. MOLNÁR, *Rechte und Pflichten der Subjekte der 'locatio conductio'*, in *Index*, XII, 1983-1984,170.

locatio conductio doveva rivestire sia nell'esperienza pratica sia nella riflessione giurisprudenziale.

Pure in questo caso, il ricorrere ad argomenti di carattere generale che, sottoposti a vaglio critico, non appaiono troppo convincenti, o addirittura il richiamo, a oltranza, del carattere *bonae fidei* del negozio a sostegno dell'indispensabilità di un nesso di interdipendenza delle obbligazioni, sembrano accorgimenti utilizzati dall'interprete moderno per non prendere atto dell'inequivoco silenzio serbato dai passi: silenzio che, al contrario, dovrebbe forse suggerirgli l'opportunità di ripensare alla validità dello schema pandettistico del sinallagma, rispetto alla più articolata casistica con cui i *prudentes* quotidianamente si trovavano a trattare.

CAPITOLO III

Il sinallagma funzionale e la 'societas'

SOMMARIO: 1. La tesi che vuole applicabile l'eccezione di inadempimento al contratto di società – 2. Le singole obbligazioni gravanti sui soci e la compensazione nell'ambito dell'*actio pro socio*. 3. – Conclusioni.

1. La tesi che vuole applicabile l'eccezione di inadempimento al contratto di società.

In linea generale, il contratto di società suole essere annoverato, dalla maggioranza degli esponenti della romanistica moderna, tra quelli di carattere bilaterale aventi natura prettamente corrispettiva o sinallagmatica²⁹⁴, nel senso che le obbligazioni assunte dal socio troverebbero la loro ragion d'essere in quelle parimenti assunte dagli altri soci per il buon esito dell'impresa comune; e ciò pur se è vero che, da parte di altri, quest'impostazione viene talora puntualizzata facendo leva sul prevalente scopo di collaborazione tra i soci, tale per cui ciascuno di loro «apporta il

²⁹⁴ In questo senso, già R.J. POTHIER, *Trattato del contratto di società*, trad. it. e note di F. Foramiti, Venezia, 1835; B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, II, cit., 567, nt. 1a, secondo cui si tratterebbe però di un «contratto bilaterale di indole particolare»; E. CUQ, *Manuel des institutions juridiques des romains*, Paris, 1928, 387, secondo cui «la réciprocité des obligations est de l'essence du contrat»; F. CANCELLI, voce *Società (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, XVIII, Torino, 1970, 496. Di questo avviso è V. ARANGIO-RUIZ, *La società in diritto romano*, Napoli, 1950, 72 ss., con la precisazione (accolta, tra i molti, da C. VELASCO, *La sociedad*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Professor José Luis Murga Gener*, a cura di J. Paricio, Madrid, 1994, 616) che, rispetto alla *societas*, più appropriata sarebbe la definizione di «contratto plurilaterale», ormai entrata nell'uso anche della moderna scienza civilistica. Sul dibattito circa la struttura della *societas* interviene, da ultimo, J.D. HARKE, '*Societas*' als *Geschäftsführung und das römische Obligationensystem*, in *TR*, LXXIII, 2005, 43 ss. (e specialmente 56 ss.).

suo conferimento non per ottenere quello degli altri, ma per fruire dei vantaggi che la gestione dell'oggetto sociale è in grado di produrre»²⁹⁵.

Quel che è certo è che, se dal contratto nascono obbligazioni a vantaggio e a carico dei soci – anche se non, com'è noto, nei confronti di terzi estranei alla compagine societaria²⁹⁶ –, ci si può chiedere se pure la *societas* dei classici conosca e applichi il sinallagma funzionale, tale per cui l'inadempimento di un socio gli avrebbe precluso di chiedere in giudizio l'adempimento degli altri.

La questione, a dire il vero, non è nuova: già nella dottrina tedesca della metà dell'Ottocento, si era animatamente discussa la possibilità di veder applicata l'*exceptio inadimpleti contractus* ai rapporti intercorrenti tra i soci²⁹⁷.

Riprendendo le fila del dibattito fiorito a quel tempo e, poi, caduto nell'oblio degli studi successivi, vale la pena ricordare che gli argomenti addotti da parte di chi negava l'operatività dell'istituto rispetto al contratto di *societas*²⁹⁸ consistevano, per un verso, nel rilievo che il rapporto tra i soci era di durata, richiedendo l'esecuzione

²⁹⁵ Cfr. M. BIANCHINI, *Studi sulla 'societas'*, Milano, 1967, 110 s.; F. WIEACKER, *Recensione a V. ARANGIO-RUIZ, La società in diritto romano*, cit., in ZSS, LXIX, 1952, 495, il quale critica la concezione del Maestro napoletano – incline, come si è detto, a riconoscere un carattere sinallagmatico alle obbligazioni nascenti tra i soci, temperato soltanto dall'omogeneità delle prestazioni tra i soci e dalla loro pluralità – osservando che «glauben wir also nicht an eine rechtliche Mehrheitigkeit ('pluralità') der *societas* mit mehrseitigen synallagmatischen Austauschverschuldverhältnissen ...». L'Autore tedesco si esprime poi più diffusamente sul punto, senza mutare la propria convinzione di fondo, in un lavoro specificamente dedicato allo studio dei rapporti tra i soci (ID., *Das Gesellschafterverhältnis des klassischen Rechts*, in ZSS, LXIX, 1952, 320 ss.).

²⁹⁶ Argomento approfondito da C. SANFILIPPO, *Sulla irrilevanza del rapporto sociale nei confronti dei terzi*, in *Iura*, II, 1951, 159 ss.

²⁹⁷ Cfr. F. ZIMMERMANN, *Ueber die Statthaftigkeit der sog. Einrede des nicht erfüllten Vertrages gegen die 'actio pro socio'*, in *Archiv civ. Praxis*, 1871, 255 s.; F.W. HEERWART, *Ueber die Einrede des nichterfüllten Vertrags*, cit., 413; R. CASSIN, *De l'exception*, cit., 23.

²⁹⁸ Cfr. F.W. HEERWART, *Ueber die Einrede des nichterfüllten Vertrags*, cit., 413, cui aderisce R. CASSIN, *De l'exception*, cit., 20 ss.

delle rispettive prestazioni un tempo più lungo e non l'immediatezza ('Zug um Zug'), tipica invece dei contratti di scambio come l'*emptio venditio*; per un altro verso, nella constatazione che, da parte dei contraenti, erano ipotizzabili così tanti adattamenti concreti dell'assetto negoziale da rendere difficile enucleare regole valide in via generale circa il tempo dell'adempimento delle obbligazioni sorte del contratto in parola.

A queste obiezioni – che di per sé, in effetti, non appaiono irresistibili – si era da altri replicato con un argomento che ci è ben noto, per averlo già incontrato nell'ambito della compravendita e della locazione: ovvero che il principio secondo cui, per i giuristi romani, sarebbe stato contrario alla *bona fides* che un contraente chiedesse l'adempimento dell'obbligazione altrui, nonostante egli stesso non abbia adempiuto o dimostrato di essere pronto ad adempiere la propria, doveva per forza trovare diretta applicazione anche al contratto di società²⁹⁹.

Non solo, infatti, si sottolineava che la *societas* era ricompresa da Gaio tra i contratti che, modernamente, si direbbero a prestazioni corrispettive, perché caratterizzati dall'*alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet*³⁰⁰; ben di più, veniva valorizzata la circostanza che, tra i soci, vigeva uno '*ius quodammodo fraternitatis*'³⁰¹, secondo quanto ci è evidenziato in un noto testo di Ulpiano:

²⁹⁹ Di questo avviso è, in particolare, F. ZIMMERMANN, *Ueber die Statthaftigkeit*, cit., 256 ss.

³⁰⁰ Cfr. Gai 3.135-137, ove i quattro contratti consensuali sono tutti indicati come produttivi di obbligazioni reciproche tra le parti.

³⁰¹ Precisa V. ARANGIO-RUIZ, *La società*, cit., 183, che nel medesimo trova verosimilmente origine anche il *beneficium competentiae* accordato al *socius*, quanto meno in una *societas omnium bonorum*, mirante – com'è noto – a limitare un'eventuale condanna all'*id quod facere potest*: sull'istituto, anche nella sua applicazione al nostro contratto, cfr. P.P. ZANZUCCHI, *Sul cd. 'beneficium competentiae'*, in *BIDR*, XXIX, 1916, 61 ss.; J. GOLDMEISTER, *Das 'beneficium competentiae' im klassischen römischen Recht*, Göttingen, 1986; A. GUARINO, *La condanna nei limiti del possibile. Corso di diritto romano*, Napoli, 1975, 24 ss. (rispetto al quale si veda W. LITEWSKI, *Recensione a A.*

D. 17.2.63.pr. (Ulp. 31 *ad ed.*): *Verum est quod Sabino videtur, etiamsi non universonum bonorum socii sunt, sed unius rei, attamen in id quod facere possunt quodve dolo malo fecerint quo minus possint, condemnari oportere. Hoc enim summam rationem habet, cum societas ius quodammodo fraternitatis in se habeat. ius quodammodo fraternitatis in se habeat.*

Nulla, insomma – secondo questa tesi³⁰² –, avrebbe violato l'intrinseco, essenziale legame tra i contraenti fondato sulla fiducia, più del comportamento di un socio che avesse chiesto ad un altro qualcosa pur non avendo, dal canto suo, ancora dato esecuzione alle proprie obbligazioni.

Diversi sono i corollari che la dottrina in argomento riteneva di poter trarre da questo principio, assunto come vero e proprio cardine di funzionamento della società romana: in particolare, si è detto che, se due soci dovevano conferire qualche cosa per l'attività comune, le due obbligazioni sarebbero state da adempiere 'Zug um Zug', come se si fosse trattato di scambio, con la conseguenza che la richiesta di un socio, di veder condannato l'altro ad adempiere, sarebbe stata da respingere, fino a quando egli non avesse conferito – o non si fosse dichiarato pronto a conferire – il bene promesso; di poi, si è sostenuto che, se ogni socio, il quale aveva compiuto negozi per la società, era chiamato a rendere conto agli altri, avrebbe urtato contro la *bona fides* il comportamento di chi avesse chiesto agli altri ragione degli affari compiuti senza aver preventivamente adempiuto al medesimo incumbente³⁰³.

Per questi motivi, dunque, la convinzione venuta maturando nell'ambito della letteratura tedesca era nel senso che il socio convenuto in giudizio per l'adempimento

GUARINO, *La condanna*, cit., 446 ss.); C. MASI DORIA, *Sul così detto 'beneficium competentiae'*, in *Labeo*, XXXIV, 1988, 352;

³⁰² Si veda sempre il contributo di F. ZIMMERMANN, *Ueber die Statthaftigkeit*, cit., 256 ss.

³⁰³ Cfr., ancora, F. ZIMMERMANN, *Ueber die Statthaftigkeit*, cit., 258.

con l'apposita azione contrattuale – l'*actio pro socio*, civile e di buona fede – avrebbe potuto rifiutare la prestazione dovuta, adducendo l'*exceptio inadimpleti contractus* ed evitando una condanna ingiusta.

2. *Le singole obbligazioni gravanti sui soci e la compensazione nell'ambito dell'actio pro socio*'.

Venendo, ora, a esaminare gli argomenti fin qui prospettati in favore del sinallagma funzionale, giova preliminarmente precisare che l'articolata ricostruzione testé descritta sarebbe, già di per sé, destinata a subire un duro colpo, ove si ritenesse di prestare adesione all'orientamento dottrinale più risalente, incline a ravvisare nell'*actio pro socio* – anziché, come sopra ipotizzato, un mezzo generale a disposizione del contraente per pretendere l'adempimento delle obbligazioni assunte dagli altri soci, all'occorrenza convenuti in giudizio – soltanto un rimedio diretto a ottenere lo scioglimento della società o, comunque, esercitabile esclusivamente dopo la messa in liquidazione della stessa per ottenere il rendiconto finale³⁰⁴.

Senonché, la lezione oggi maggioritaria in letteratura è decisamente favorevole ad ammettere che l'*actio pro socio* ben potesse essere intentata dal singolo

³⁰⁴ Cfr. A. BECHMANN, *Der Kauf*, cit., 455; nella dottrina italiana, S. PEROZZI, *Istituzioni*, cit., 304; B. BIONDI, *La compensazione nel diritto romano*, in *Ann. Univ. Palermo*, XII, 1929, 173 (saggio precedentemente edito anche in veste monografica: ID., *La compensazione nel diritto romano*, Cortona, 1927); negli anni successivi, prestano adesione a questa tesi soprattutto F. WIEACKER, *Das Gesellschafterverhältnis*, cit., 310 ss. e 316 ss. (il quale ritiene l'azione in questione «eine generelle Abrechnungsklage») nonché W. LITEWSKI, *Remarques sur la dissolution de la société en droit romain*, in *RHD*, L, 1972, 79, argomentando da D. 17.2.65.pr. (Paul. 32 ad ed.).

anche *manente societate*³⁰⁵, per consentire a ciascun socio di far valere l'inadempimento altrui con riferimento a ciascuna delle molteplici obbligazioni derivanti a carico dei componenti della compagine societaria³⁰⁶, tra cui sono senz'altro da ricordare, a titolo di esempio, quella di conferire in comune i beni o i servizi necessari per il conseguimento dello scopo sociale; quella di svolgere un'attività nell'interesse comune; quella di corrispondere ai soci il ricavato degli affari conclusi nell'ambito della gestione sociale; quella di rendere conto degli esborsi effettuati nell'interesse della società.

Ebbene, guardando ai frammenti contenuti nel secondo titolo del libro XVII del Digesto – dedicato, appunto, al contratto qui in discussione –, è agevole constatare l'assenza di elementi in merito alla possibilità del socio convenuto di valersi di una difesa riconducibile alla nostra eccezione di inadempimento.

Così, in particolare, per quanto concerne l'obbligo di eseguire i conferimenti iniziali, la posizione di ciascun socio è individuata senza alcun riferimento a un'eventuale pretesa vantata dagli altri soci in almeno due notissimi frammenti tratti dal commentario di Paolo all'editto pretorio:

³⁰⁵ E ciò, in particolare, sulla scorta di D. 17.2.65.15 (Paul. 32 ad ed.): *Nonnumquam necessarium est et manente societate agi pro socio, veluti cum societas vectigalium causa coita est propterque varios contractus neutri expediat recedere a societate nec refertur in medium quod ad alterum pervenerit.*

³⁰⁶ Com'è noto, a dimostrazione che l'*actio pro socio* – la quale in nulla sarebbe stata differente rispetto alle altre *actiones bonae fidei* – fosse esperibile anche per regolare i rapporti tra i soci durante la vita della società è da ascrivere al merito di V. ARANGIO-RUIZ, *La società*, cit., 173; della stessa opinione sono, tra gli altri, F. CANCELLI, voce *Società*, cit., 513; E.-H. KADEN, *Recensione* a V. ARANGIO-RUIZ, *La società*, cit., in *Iura*, II, 1951, 234; E. SZLECHTER, *Le contrat de société en Babylonie, en Grèce et a Rome. Etude de droit comparé de l'antiquité*, Paris, 1947, 385 s.; da ultimo, cfr. T. DROSDOWSKI, *Das Verhältnis von 'actio pro socio' und 'actio communi dividundo' im klassischen römischen Recht*, Berlin, 1998, 37. Una tesi intermedia, volta a distinguere tra diverse fasi storiche, è prospettata da M. BIANCHINI, *Studi sulla 'societas'*, cit., 95 s.

D. 17.2.74 (Paul. 62 *ad ed.*): *Si quis societatem contraxerit, quod emit ipsius fit, non commune: sed societatis iudicio cogitur rem communicare*³⁰⁷.

17.2.3.pr. (Paul. 32 *ad ed.*): *Ea vero, quae in nominibus erunt, manent in suo statu: sed actiones invicem praestare debent.*

Nemmeno per quanto riguarda, poi, la ripartizione del guadagno a conclusione dell'attività sociale troviamo traccia tangibile di un'interdipendenza tra le diverse obbligazioni che mettono capo ai soci:

D. 17.2.65.3 (Paul. 32 *ad ed.*): *Diximus dissensu solvi societatem: hoc ita est, si omnes dissentiunt. Quid ergo, si unus renuntiet? Cassius scripsit eum qui renuntiaverit societati a se quidem liberare socios suos, se autem ab illis non liberare. Quod utique observandum est, si dolo malo renuntiatio facta sit, veluti si, cum omnium bonorum societatem inissemus, deinde cum obvenisset uni hereditas, propter hoc renuntiavit: ideoque si quidem damnum attulerit hereditas, hoc ad eum qui renuntiavit pertinebit, commodum autem communicare coetur actione pro socio. Quod si quid post renuntiationem adquisierit, non erit communicandum, quia nec dolo admissus est in eo.*

Né, infine, sembra risentire di eventuali pendenze dovute all'inadempimento degli altri contraenti l'azione intentata dal socio per ottenere il rimborso delle spese legittimamente sostenute nel corso della gestione sociale:

³⁰⁷ Da ricordare, però, ove si tratti di una *societas omnium bonorum*, la regola particolare enunciata in D. 17.2.2 (Gai. 10 *ad ed. prov.*): *quia, licet specialiter traditio non interveniat, tacita tamen creditur intervenire*: il riferimento a una *tacita traditio*, tuttavia, è ritenuta dalla dottrina di sicura origine postclassica (cfr. S. RICCOBONO, 'Traditio ficta', in ZSS, XXXIV, 1913, 190; A. POGGI, *Il contratto di società in diritto romano classico*, II, Torino, 1930-1934 [rist. Roma, 1972], 77).

D. 17.2.67.2 (Paul. 32 ad ed.): *Si quid unus ex sociis necessario de suo impendit in communi negotio: iudicio societatis servabit et usuras, si forte mutuatus sub usuris dedit: sed et si suam pecuniam dedit, non sine causa dicitur, quod usuras quoque percipere debeat, quas possit habere, si alii mutuum dedisset.*

La più probabile spiegazione del completo silenzio serbato dalle fonti, secondo la dottrina, è data dal fatto che l'omogeneità delle pretese che concretamente ridondavano in capo a ciascun contraente dalla partecipazione alla società avrebbe reso senz'altro possibile al giudice di conoscere dei debiti reciprocamente fatti valere ai fini della loro compensazione³⁰⁸.

In pratica, dunque, il sinallagma funzionale non avrebbe trovato alcuno spazio applicativo per ragioni intrinseche allo stesso giudizio formulare³⁰⁹: il socio, che fosse stato, ad esempio, convenuto da un altro socio per la divisione dei profitti o per il computo delle perdite, di fronte alla mancata offerta dell'attore di fare lo stesso, avrebbe trovato più rapido ed efficace sollecitare una valutazione congiunta delle

³⁰⁸ Cfr. G. GROSSO, *Il sistema*, cit., 245, secondo cui il principio secondo cui «la parte non può esigere l'adempimento della prestazione dovutale senza adempiere la propria (l'istituto cioè che sogliamo designare col nome di *exceptio inadimpleti contractus*), trovava un'integrazione e un limite nella compensazione delle pretese *ex eadem causa*, che operava appunto nei *bona fidei iudicia*, in virtù della *bona fides* e dell'*officium iudicis* relativo. Quando l'oggetto era omogeneo, o comunque si doveva venire alla condanna (cfr. per esempio per la società D. 16.2.9.pr.), la compensazione era sufficiente e poteva trovare diretta applicazione»; del pari, H.-P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma*, cit., 6.

³⁰⁹ L'unico autore a prendere risolutamente partito in questo senso, per quanto ho potuto apprendere, è F. WIEACKER, *Das Gesellschafterverhältnis*, cit., 326, il quale nega «ein Leistungsverweigerungsrecht oder ein Recht auf Sicherungsleistung des einen Gesellschafters bis zur Erbringung der Gegenleistung durch den anderen», rilevando che «die Gegenleistung des Klägers ist vielmehr gleichfalls Abrechnungspflicht und kommt daher zum Ausdruck in der Kompensation, der hier *eadem causa* zugrundeliegt und der im Hinblick auf die römische Geldkondemnation nach bekannten Grundsätzen eine etwaige Ungleichartigkeit der Gegenposten nicht entgegensteht»;

obbligazioni sorte dal contratto sfruttando la particolare struttura dell'*actio pro socio*, dal momento che quest'ultima avrebbe già di per sé importato la deduzione in giudizio delle pretese reciprocamente sorte *ex eadem causa*³¹⁰.

Ciò significa, d'altra parte, che non vi sarebbe stato bisogno alcuno di ricorrere a un'*exceptio inadempti contractus*, la cui opposizione (con conseguente rifiuto di adempire alla luce dell'inadempimento altrui) avrebbe anzi finito per ritardare inutilmente la definizione delle questioni societarie, rivelandosi controproducente: e ciò in quanto – come ha spiegato con la consueta limpidezza l'Arangio-Ruiz³¹¹, in sede di commento a D. 17.2.38.pr. (Paul. 6 *ad Sab.*)³¹² – di fronte alla lite promossa da un socio, «il giudice dell'*actio pro socio* valuterà i crediti liquidi di ciascun socio verso gli altri, opererà ove occorra la compensazione, condannerà quelli che risultino debitori; ma prima di pronunciare le condanne e le assoluzioni a cui in base alla formula è tenuto inviterà i soci a darsi reciprocamente cauzione, cioè a promettere l'uno all'altro, nella forma della stipulazione, di far le debite parti di ogni profitto o perdita che possa successivamente risultare».

D'altro canto, la possibilità di estinguere i crediti reciproci tra i soci ci viene riferita in termini di particolare ampiezza, anche in una soluzione assai particolare – e, sotto un certo aspetto, sicuramente «sorprendente» per i moderni³¹³ –, di cui siamo

³¹⁰ Secondo la nota tesi proposta da B. BIONDI, *La compensazione*, cit., 167, ciò si dovrebbe alla struttura bilaterale dell'azione la cui *intentio* sarebbe stata formulata sempre in termini di '*alterum alteri dare facere operere ex fide bona*'.

³¹¹ Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *La società*, cit., 187.

³¹² Il cui testo ci è stato tramandato nella versione dai '*digesta Iustiniani*' nella versione che qui trascrivo: *Pro socio arbiter prospicere debet cautionibus in futuro damno vel lucro pendente ex ea societate. Quod Sabinus in omnibus bonae fidei iudiciis existimavit, sive generalia sunt (veluti pro socio, negotiorum gestorum, tutelae) sive specialia (veluti mandati, commodati, depositi).*

³¹³ Così B. BIONDI, *La compensazione*, cit., 171, rilevando che «se il *pater* o il *dominus* rispondono sempre *de peculio* delle obbligazioni contratte dai loro sottoposti, tale responsabilità dovrebbe essere invariabile sia che il creditore agisca sia che si avvalga la *compensatio*».

informati ancora grazie a Paolo³¹⁴:

D. 16.2.9. pr. (Paul. 32 *ad ed.*): *Si cum filio familias [aut servo] contracta sit societas et agat [dominus vel]³¹⁵ pater, solidum per compensationem servamus, quamvis, si ageremus, dumtaxat de peculio praestaretur.*

Nonostante il padre debba rispondere per i debiti contratti dal figlio *ex societate* soltanto *de peculio*, e dunque non sia tenuto il più delle volte che per una certa frazione del debito, il giurista precisa che, ove sia egli stesso ad agire in giudizio, la compensazione può essergli opposta per l'intero³¹⁶: nell'equilibrio della soluzione adottata sembra di sentir riecheggiare non già un bisogno di garantire un'astratta interdipendenza tra le diverse obbligazioni dei soci – di cui i classici, all'evidenza, non sentono di doversi troppo preoccupare –, quanto piuttosto quella stessa, concreta esigenza di evitare che la limitazione di responsabilità concessa al *pater familias* possa tradursi in un ingiustificato detrimento per chi avesse contrattato con il soggetto a potestà (e dunque, in questo caso, con il socio convenuto), che già abbiamo visto ricorrere più volte nei testi esaminati in materia di compravendita³¹⁷.

3. Conclusioni.

³¹⁴ Alla stessa fattispecie si riferirebbe, «très probablement», anche D. 16.2.6 *Ulp. 30 ad Sab.*), secondo cui '*etiam quod natura debetur, venit in compensationem*': tale, invero, è l'opinione di R. CASSIN, *De l'exception*, cit., 21, nt. 1, rispetto alla quale concorda B. BIONDI, *La compensazione*, cit., 170.

³¹⁵ Che la menzione del servo sia stata aggiunta dai compilatori, è sostenuto in modo persuasivo da S. SOLAZZI, *La compensazione nel diritto romano*, Napoli, 1950, 7 ss., con dovizia di argomentazioni.

³¹⁶ Cfr. F. EISELE, *Die compensation nach römischem und gemeinem Recht*, Berlin, 1876, 304.

³¹⁷ Cfr. *supra*, cap. I, § 4.

Si è visto, sia pure in modo assai rapido, come i *prudentes* utilizzino lo schema della *compensatio* nel giudizio di buona fede instaurato con l'*actio pro socio* – e non, invece, il vincolo sinallagmatico inteso sotto il profilo funzionale – per valutare le modalità di esecuzione delle obbligazioni tra i soci e conseguentemente le reciproche pendenze sorte nell'ambito di questo contratto.

Se tale conclusione preclude, dunque, che di una vera e propria eccezione di inadempimento applicata al contratto di *societas* si possa parlare, nondimeno rimane da chiedersi³¹⁸ se, attraverso l'estinzione delle concorrenti pretese attuata in sede giudiziale nel modo innanzi descritto, la giurisprudenza classica non abbia voluto perseguire lo stesso scopo che ispira l'*exceptio inadimpleti contractus*, riconoscendo implicitamente come interdipendenti, sul piano funzionale, le obbligazioni sorte tra i soci.

Escluderei, però, che il quesito possa essere risolto in questo senso, per almeno una ragione che ritengo di non lieve importanza³¹⁹: e cioè che la

³¹⁸ È questo, segnatamente, il dubbio prospettato da A. BURDESE, *Recensione* a H.-P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma*, cit., 361 s.

³¹⁹ Non condivido, dunque, in linea di principio l'osservazione di H. KRELLER, *Recensione* a S. SOLAZZI, *La compensazione in diritto romano*, cit., 218, in *Iura*, II, 1951, 218, a margine di D. 16.2.10.pr. e D. 16.2.11 (testi, peraltro, ritenuti dall'Autore del volume recensito senz'altro interpolati), incline a ravvisare un funzionamento del principio corrispettivo. Invero, secondo lo studioso tedesco, «es handelt sich hier überhaupt nicht um den Vorgang, den die moderne Dogmatik 'Kompensation' nennt, d.h. um die Berücksichtigung einer gleichartigen, aber ihrem Entstehungsgrunde nach von der Hauptforderung unabhängige Gegenforderung, sondern darum, das gewisse, vollkommen oder unvollkommen gegenseitige Schuldverhältnisse eine einheitliche Abwicklung verlangen. Dies geschieht unter der Herrschaft des Gedankens der Naturalerfüllung durch den Zwang zur Leistung 'Zug um Zug' (Zurückbehaltungsrecht und Einrede des nicht erfüllten Vertrages) im Wirkungsbereiche der *novatio necessaria* und der *condemnatio pecuniaria* dadurch, dass der klagende Teil der Ersatz des ihm aus der Nichterfüllung des Vertrages erwachsenden Schadens nur die Differenz zwischen dem Werte der ausgebliebenen Leistung und der ersparten eigenen Leistung erhält». Sennonché, rimane affatto indimostrato che le obbligazioni dei soci fossero soggette al regime dell'interdipendenza, mancando

compensazione assolve senz'altro all'esigenza di considerare unitariamente le diverse pretese che mettono capo ai soci, ma non è sovrapponibile al funzionamento del sinallagma funzionale, presupponendo, anzi, che esso non operi per nulla: è chiaro, infatti, che la stessa richiede l'esistenza di due o più crediti rispetto ai quali non vi siano giustificati motivi per rifiutare l'adempimento (altrimenti difetterebbe il requisito dell'esigibilità) e che, quindi, postula che non si possa sussumere tra questi ultimi il fatto che un altro contraente abbia a propria volta dei debiti rimasti inadempiti³²⁰.

prove in tal senso: l'unico dato certo è che esse si estinguevano per il reciproco ammontare secondo un meccanismo che, se pure non è sovrapponibile alla moderna compensazione, nondimeno è del tutto estraneo al dogma del sinallagma funzionale.

³²⁰ La differenza concettuale tra compensazione ed eccezione di inadempimento è descritta da R. CASSIN, *De l'exception*, cit., 23, al modo seguente: «l'*exceptio non adimpleti contractus* pouvait être appliquée dans les même hypothèses en principe, mais nécessitait une autre condition: que la dette opposée fût échue au plus tard en même temps que la dette réclamée initialement. En outre et en fait, la compensation possible même pour dettes non fongibles, facilitée par le principe des condamnations pécuniaires suffisait le plus souvent aux exigences de la bonne foi. L'*exceptio non adimpleti contractus* plur rigoureuse n'était sanctionnée par le juge que dans des cas particulièrement intéressants, ceux où le demandeur manifestait une mauvaise volonté obstinée».

CAPITOLO IV

Il sinallagma funzionale e il 'mandatum'

Sommario: 1. Le obbligazioni che sorgono dal contratto di mandato e la loro esecuzione. – 2. Due testi in materia di *mandatum pecuniae credendae*. – 3. Conclusioni.

1. Le obbligazioni che sorgono dal contratto di mandato e la loro esecuzione.

La circostanza che, in dottrina, non risulti esser mai stato indagata una possibile applicazione dell'eccezione di inadempimento rispetto al contratto di mandato³²¹ non può stupire chiunque si fermi a considerare che, secondo l'orientamento oggi assolutamente dominante in dottrina, il mandato – a differenza dell'*emptio venditio*, della *locatio conductio* e, sebbene con le precisazioni sopra indicate, pure della *societas* – non è da ricomprendere nella categoria dei contratti strettamente bilaterali: la sua disciplina, invero, riposerebbe su regole affatto diverse

³²¹ Specifiche indagini circa la possibile operatività del sinallagma funzionale rispetto al contratto di *mandatum*, per quanto mi è dato sapere, non sono mai state svolte dalla dottrina romanistica. L'utilità di una simile ricerca, nondimeno, era già stata segnalata da A. BURDESE, *Recensione* a H.-P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma*, cit., 361 s., che all'Autore tedesco aveva rimproverato proprio di aver limitato l'analisi ai due più importanti contratti consensuali, a scapito di *societas* e *mandatum*: mettendo così «in non cale le ragioni, concettuali e di regime, che li accomunano a *emptio venditio* e *locatio conductio* ... e, in particolare, la sicura bilateralità (o plurilateralità) di effetti obbligatori (pur se non costituenti gli uni il corrispettivo economico degli altri) del contratto di *societas*, nonché la probabile bilateralità (pur autorevolmente negata in dottrina dai molti che si limitano a ritenere la bilateralità cd. imperfetta, ma non per questo meno accettabile senza adeguata valutazione critica) del contratto di *mandatum*, dimenticando la possibilità di riscontrare anche nel regime di detti contratti il fenomeno del *synallagma* ...».

dal sinallagma, in forza delle quali l'obbligazione del mandatario sorgerebbe come «principale» rispetto a quella del mandante, ritenuta per forza di cose «secondaria» e soltanto eventuale.

Non è ovviamente possibile riportare in questa sede, anche solo in modo succinto, gli argomenti sviluppati nel dibattito che ha impegnato i migliori studiosi del secolo scorso intorno alla struttura del nostro contratto e, corrispondentemente, alla natura delle azioni spettanti al mandante e al mandatario per far valere le reciproche responsabilità³²².

Basti soltanto osservare, in questa sede, che l'esclusione del mandato romano dal novero dei contratti a prestazioni corrispettive sarebbe da ricollegare *in primis* alla sua natura essenzialmente gratuita, in virtù della quale – anche qualora il mandatario venga ricompensato per i servizi resi con il compimento dell'affare che gli era stato affidato – la somma che il mandante decida di versare al mandatario non costituisce mai una remunerazione diretta, avente carattere corrispettivo rispetto all'unica

³²² La letteratura sul punto è davvero vastissima. In estrema sintesi, si possono indicare come sostenitori della bilateralità perfetta – facendo leva, tra le altre fonti, soprattutto sulla testimonianza contenuta in Gai 3.155 (*mandatum consistit, sive nostra gratia mandemus sive aliena. Itaque sive ut mea negotia geras, sive ut alterius, mandaverim, contrahitur mandati obligatio, et invicem alter alteri tenebimur in id, quod vel me tibi vel te mihi bona fide praestare oportet*) – G. DONATUTI, *Contributi alla teoria del mandato*, II, *La volontà del mandante*, in *Ann. Univ. Perugia*, XXXVIII, 1927, 314 ss.; G. GROSSO, *Il sistema*, cit., 157 ss.; nonché G. PROVERA, *Linee generali di uno studio sui 'iudicia contraria'*, in *SDHI*, VIII, 1942, 117 ss. e B. BIONDI, *Lezioni*, cit., 223; per contro, la dottrina della bilateralità imperfetta trova d'accordo V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, Napoli, 1949, 81 ss., nonché, con preminente attenzione al piano processuale, B. ALBANESE, *'Iudicium contrarium' e 'ignominia' nel mandato*, in *Iura*, XXI, 1970, 51 ss., e si può dire oggi assolutamente dominante (si veda, da ultimo S. RANDAZZO, *'Mandare'. Radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Milano, 2005, 242 s., che pure preferisce parlare di «bilateralità asimmetrica»). Nella dottrina meno recente, quest'impostazione era già stata sostenuta, tra gli altri, da H. KRELLER, *Zum 'iudicium mandati'*, in *Arch. civ. Praxis*, XIII, 1931 (= *Festgabe für P. Hed, M. Rumelin, A.B. Schmidt*, a cura di H. Stoll), 118 ss.; E. CUQ, *Manuel*, cit., 387.

obbligazione che sorge a carico del mandatario: ciò urterebbe irrimediabilmente, infatti, contro la natura non onerosa di questo contratto, che ne costituisce il tratto tipico, idoneo a distinguerlo, ad esempio, dalla *locatio conductio*.

Diversi e famosissimi³²³ sono i testi da cui si trae questa conclusione, tra cui fondamentali appaiono i seguenti:

D. 17.1.1.4 (Paul. 32 *ad ed.*): *Mandatum nisi gratuitum nullum est: nam originem ex officio atque amicitia trahit, contrarium [ergo] <vero>³²⁴ est officio merces: interveniente enim [pecunia] <mercede>³²⁵ res ad locationem et conductionem potius respicit.*

Gai 3.162: *Quotiens faciendum aliquid gratis dederim, quo nomine si mercedem stavissem locatio et conductio contraheretur, mandati esse actionem.*

³²³ Se ne sono specificamente occupati, tra gli altri, D. NÖRR - SH. NISHIMURA, 'Mandatum', 'fides', 'amicitia', in 'Mandatum' und Verwandte, Berlin, 1993, 13 ss., nonché D. NÖRR, *Sulla specificità del mandato romano*, in *SDHI*, LX, 1994, 373 ss.; F. DUMONT, *La gratuité du mandat en droit romain*, in *Studi in onore di Vincenzo Arangio-Ruiz nel XLC anno del suo insegnamento*, II, Napoli, 1953, 307 ss.; con particolare attenzione alla *bona fides* che governa il contratto, O. BEHREND, *Die 'bona fides' in 'mandatum'*. *Die vorklassischen Grundlagen des klassischen Konsensualvertrags Auftrag*, in 'Ars boni et aequi'. *Festgabe für Wolfgang Waldstein zum 65. Geburtstag*, a cura di M.J. Schermaier e Z. Végh, Stuttgart, 1993, 33 ss.; in termini più generali, rimane fondamentale l'indagine svolta da J.-H. MICHEL, *Gratuité en droit romain. Etudes d'histoire et d'ethnologie juridiques*, Bruxelles, 1962 (su cui cfr. E.-H. KADEN, *Recensione a J.-H. MICHEL, Gratuité*, cit., in *ZSS*, LXXXI, 1964, 446 ss.).

³²⁴ Cfr. S. SOLAZZI, *Note sparse al Digesto*, in *Scritti di diritto romano*, V, Napoli, 1972 (ma già in *Atti dell'Accademia di Napoli*, LXIII, 1950-1951, 103 ss.), 301.

³²⁵ L'interpolazione della parte finale è segnalata – alla luce della «disarmonia» che si verrebbe a creare con la prima parte del testo, ove si parla di *merces* – da G. LONGO, *Questioni esegetiche*, in *Studi in memoria di Emilio Albertario*, I, Milano, 1953, 690.

D. 17.1.36.1 (Iav. 7 ex Cassio): *Sed nec lucrum tibi ex hac causa adquirere debes, cum mandatum gratuitum esse debet . . .*

Le fonti appena riportate sono solo apparentemente contraddette da altri frammenti in cui si afferma che al mandatario può essere offerto un *honorarium*³²⁶. Tra esse vale la pena ricordare il seguente, ove Ulpiano non solo lascia intendere che la corresponsione di un riconoscimento economico è tutt'altro che incompatibile con la struttura del mandato, ma accorda al mandatario addirittura l'*actio mandati* per esigerne il pagamento³²⁷:

D. 17.1.6.pr. (Ulp. 31 ad ed.): *Si remunerandi gratia honor intervenit, erit mandati actio.*

A ogni modo, scartata la possibilità di intravedere un qualunque nesso di interdipendenza tra l'esecuzione del mandato e il pagamento di un onorario da parte del mandante – che, come appunto si diceva, non costituisce in alcun modo esecuzione di un'obbligazione a carico del mandante, ma la mera estrinsecazione di

³²⁶ D. 11.6.1.pr. (Ulp. 24 ad ed.): *non crediderunt veteres inter talem personam locationem et conductionem esse, sed magis operam beneficii loco praeberi et id quod datur ei, ad remunerandum dari et inde honorarium appellari.* Cfr. A. BERNARD, *La rémunération des professions libérales en droit romain classique*, Paris, 1936, 124 s.

³²⁷ Così R. MARTINI, *Il mandato*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al Professor José Luis Murga Gener*, a cura di J. Paricio, Madrid, 1994, 642, nt. 16 e, con riferimento a una particolare categoria di mandatari, K. VISKY, *Retribuzioni per il lavoro giuridico nelle fonti del diritto romano*, in *Iura*, XV, 1964, 16, nt. 59. Diversamente V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano*, cit., 114 ss., che dà rilievo preminente alla testimonianza secondo cui l'onorario poteva essere conseguito tramite la *cognitio extra ordinem*.

un «impulso di benignità» o, se si preferisce, di «un sentimento di riconoscenza»³²⁸ verso chi ha portato a compimento l'incarico – la dottrina ha conseguentemente ritenuto di poter escludere in radice che, rispetto a questo contratto, possa trovare applicazione l'eccezione di inadempimento³²⁹.

A mio avviso, tuttavia, questa convinzione è almeno in parte meritevole di essere rimeditata, ponendo attenzione al fatto che, dal contratto di cui ci stiamo occupando, possono sicuramente, almeno in via eventuale, sorgere obbligazioni a carico di ambedue le parti: di modo che, dunque, è rispetto a queste – e non, invece, rispetto al pagamento di un *honorarium* – che ci si può interrogare quanto all'esistenza di un vero e proprio vincolo di interdipendenza³³⁰.

Così, in particolare, se è vero che il mandatario è tenuto a riversare sul mandante ciò che ha acquistato in occasione dell'incarico e che, dal canto suo, il mandante è tenuto a rimborsare le spese e a risarcire i danni sopportati dal mandatario per il compimento dell'affare affidatogli, si potrebbe prospettare il caso che l'una parte si rifiuti di prestare quanto dovuto in ragione dell'inadempimento tenuto dall'altra.

³²⁸ Cfr. A. NASALLI ROCCA, *Il mandato. Studio di diritto romano*, Campobasso, 1902 (rist. Roma, 1972), 41.

³²⁹ Cfr., in particolare, H.-P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma*, cit., 5: «das altruistische Element bleibt in den Rechtsbeziehungen der beiden Parteien bestimmend, folglich ist das Mandat kein gegenseitiger Vertrag».

³³⁰ È appena il caso di ricordare, a questo punto, con le parole di F.C. VON SAVIGNY, *Le obbligazioni*, II, trad. it. e appendici di G. Pacchioni, Torino, 1915, 11, che «l'essenza del contratto sinallagmatico non consiste in una pluralità di obbligazioni, ma nel concetto di due obbligazioni indissolubilmente connesse, di guisa che ognuna di esse non possa esistere che in vista e in forza dell'altra, in modo da formare la metà di un unico rapporto giuridico». Se ammettiamo che, sia pure in linea soltanto eventuale vengano a esistere due obbligazioni, ci si può anche chiedere se esista un nesso che le colleghi: su questo secondo punto, però, mi pare che la critica si pronuncerà senza approfondire troppo la questione (drasticamente negativa, ad esempio, l'opinione di H.J. WOLFF, *Recensione a G. GROSSO, Il sistema romano dei contratti*, cit., in *Iura*, II, 1951, 260).

Di fronte a questa possibilità, parte della dottrina ha però obiettato che l'*exceptio inadimpleti contractus* troverebbe un ostacolo insormontabile nella circostanza che, a differenza della vendita, l'esecuzione delle obbligazioni sorte dal mandato non sarebbe compatibile con una simultaneità delle prestazioni, postulando invece una scansione temporale tale per cui l'adempimento del mandatario sarebbe presupposto per il sorgere del suo diritto al rimborso delle spese e al risarcimento dei danni occorsi durante l'attività espletata per conto del mandante³³¹.

Senonché, una simile conclusione mi pare destinata ad essere smentita da almeno un testo, in cui si afferma senz'altro il diritto del mandatario di agire per ottenere un acconto sulle somme dovute dal mandante, anche se l'incarico non sia stato ancora portato a termine o, addirittura, neppure iniziato.

Si tratta, precisamente, di:

D. 17.1.12.17 (Ulp. 31 *ad ed.*): *Idem Marcellus scribit, si, ut post mortem sibi monumentum fieret, quis mandavit, heres eius poterit mandati agere. Illum vero qui mandatum suscepit, si sua pecunia fecit, puto agere mandati, si non ita ei mandatum est, ut sua pecunia faceret monumentum. potuit enim agere etiam cum eo qui mandavit, ut sibi pecuniam daret, ad faciendum, maxime si iam quaedam ad faciendum paravit.*

Il frammento ulpiano poc' anzi trascritto è celebre soprattutto per essere stato oggetto di dibattito tra i molti studiosi interrogatisi circa la problematica validità del

³³¹ Cfr., tra gli altri, R. CASSIN, *De l'exception*, cit., 23, il quale afferma che «il est certain au contraire que, les prestations du mandataire autres que la restitution finale des objects, à lui confiés précédant nécessairement celles du mandant, le mandataire ne pouvait invoquer l'*exceptio non adimpleti contractus*».

mandato *post mortem*³³², che qui ci viene presentato nella sua più emblematica applicazione³³³.

A noi, però, interessa qui solamente il passaggio contenuto soltanto nella chiusa finale³³⁴, in cui il giurista di Tiro afferma che il mandatario, cui sia stato affidato il compito di realizzare un *monumentum* dopo la morte del mandante, può rettamente agire contro chi gli ha dato l'incarico, onde ottenere le somme occorrenti per procedere alla costruzione dell'opera: e ciò soprattutto ('*maxime*')³³⁵, se già abbia

³³² Cosicché è con esclusivo riguardo a questo profilo che si trova commentato, tra gli altri, da S. DI MARZO, *Sul mandato 'post mortem'*, in *Scritti in onore di Contardo Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione*, I, Milano, 1947, 233 ss.; C. SANFILIPPO, '*Mandatum post mortem*', in *Studi in onore di Siro Solazzi nel cinquantesimo anniversario del suo insegnamento universitario (1899-1948)*, Napoli, 1948, 566; H.A. RABIE, *L'acte juridique 'post mortem' en droit romain: validité et fonction*, Milano, 1955, 72 s.; V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato*, cit., 152 ss.; M. HARDER, *Zum transmortalen und postmortalen Auftrag nach römischem und geltendem Recht*, in *Sein und Werden im Recht. Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 70. Geburtstag zum 21. August 1970*, a cura di W.G. Becker e L. Schnorr von Carolsfeld, Berlin, 1970, 525 s.; J.M. RIBAS ALBA, '*Mandatum post mortem*', in *Seminarios complutenses de derecho romano*, XIV, 2002, 81.

³³³ Ulpiano tratta, infatti, di una vera e propria ipotesi tipica (cfr. R. MARTINI, *Il mandato*, cit., 645, nt. 30). Non va, peraltro, dimenticato che, per raggiungere i propri scopi, chi desiderava la costruzione di un monumento funebre (vale a dire, nel nostro caso, il mandante) poteva altresì servirsi di un legato modale, come apprendiamo dalla lettura di D. 35.1.40.5 (Lab. 2 *post. a Iav. epit.*): *Thermos Minor quorum arbitrato monumentum sibi fieri vellet testamento scripserat, deinde ita legaverat: 'Luciis Publiis Corneliis ad monumentum meum aedificandum mille heres meus dato'. Trebatius respondit pro ea habendum ac si ita legatum esset, si satisdedissent se ita id monumentum ex ea pecunia facturos. Labeo Trebatii sententiam probat, quia haec mens testantis fuisset, ut ea pecunia in monumentum consumeretur: idem et ego et Proculus probamus.*

³³⁴ Ragion per cui non è indispensabile soffermarci specificamente sulle ipotesi di interpolazione avanzate dalla critica: si veda, per tutti, S. DI MARZO, *Sul mandato 'post mortem'*, cit., 236.

³³⁵ L'utilizzo di questo avverbio, reso in forma superlativa, è piuttosto frequente in Ulpiano, assumendo valenza rafforzativa: si veda, sempre in materia ereditaria, D. 18.4.2.2 (Ulp. 49 *ad Sab.*), sul quale però vi sono i rilievi di M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 349, nt. 452.

cominciato a realizzare qualcosa.

Come già si è anticipato, importa sottolineare che, nella specifica vicenda, l'effetto obbligatorio ricollegabile al contratto di mandato è senz'altro duplice: da un lato, il mandatario è tenuto a curare l'erezione del monumento; dall'altro, il mandante non può rifiutarsi di dare la *pecunia* che serve per la concreta realizzazione dell'opera, dal momento – rispetto all'ipotesi considerata nel testo – non risulta esser stata inserita la specifica clausola contrattuale per cui l'opera stessa doveva essere eseguita a spese del mandatario (*'si non ita ei mandatum est, ut sua pecunia faceret monumentum'*).

Ad attirare la nostra attenzione è la circostanza che, stando a quanto ci viene riferito da Ulpiano, il mandatario ha diritto a ottenere in anticipo le somme che gli occorrono per portare a termine il suo compito, pure se, dal canto suo, ancora non abbia dato inizio all'adempimento della propria obbligazione e, cioè, ancora l'opera non sia stata iniziata: una simile soluzione, infatti, appare in netto contrasto con la regola, da sempre ipotizzata in dottrina, secondo cui il rimborso delle spese o il risarcimento dei danni da parte del mandante dovrebbe sempre essere logicamente successivo rispetto all'esecuzione dell'incarico commesso al mandatario.

Se, dunque, è vero che ci troviamo di fronte a due obbligazioni entrambe immediatamente eseguibili, è lecito chiedersi se tra loro sia dato ravvisare un nesso di interdipendenza tale per cui la seconda obbligazione può essere dedotta in giudizio solo nel caso in cui la prima sia stata dall'attore regolarmente adempiuta: il che equivarrebbe a dire, rispetto al frammento in esame, che il mandatario non potrebbe richiedere il pagamento dell'acconto se ancora non abbia dato corso a spese concernenti la concreta realizzazione del monumento funebre richiesto dal mandante.

Una simile conclusione non appare, però, conforme al *dictum* del giurista imperiale, il quale mostra chiaramente di non ravvisare ostacolo alcuno alla concessione al mandatario dell'*actio mandati*, onde convenire utilmente chi gli ha

affidato l'incarico di cui si discute³³⁶: Ulpiano si limita infatti a introdurre, con il 'maxime', una mera precisazione, verosimilmente dettata dallo scrupolo di enunciare una circostanza – quella dell'inizio della realizzazione del monumento oggetto del mandato – utile a rafforzare la bontà della soluzione già enunciata ma, in ogni caso, tale da non portare a configurare l'adempimento, o il principio di adempimento, da parte del mandatario, alla stregua di una condizione indispensabile affinché questi fosse legittimato a reclamare la *pecunia* necessaria.

Dallo stesso libro del commentario ulpiano *ad edictum*, è tratto poi il seguente brano, sempre in tema di obbligazioni che sorgono dal *mandatum*:

D. 17.1.12.9 (Ulp. 31 *ad ed.*): *Si mihi mandaveris, ut rem tibi aliquam emam, egoque emero meo pretio, habebo mandati actionem de pretio recipiendo [: sed] et [si tuo pretio, impendero tamen aliquid bona fide ad emptionem rei, erit contraria mandati actio: aut] si rem emptam nolis recipere [: simili modo et si quid aliud mandaveris et in id sumptum fecero].*

Il testo, fortemente rimaneggiato, viene ritenuto genuino dalla critica romanistica³³⁷ soltanto nei limiti in cui afferma che se Ego, dopo aver ricevuto

³³⁶ Il «carácter eventual de la legitimación pasiva del propio mandante (y no de sus herederos» è messo in evidenza da J.M. RIBAS ALBA, 'Mandatum post mortem', cit., 83. Non mi sembra, però, di poter condividere quanto sostiene nel prosieguo lo studioso spagnolo, secondo cui, dalla parte finale del testo, si ricaverebbe che «es decir, que según el desarrollo fáctico de la gestión del mandatario (lo que dependerá también de las órdenes concretas en que se materializa el mandato), podrá o no reclamar ante el mandante». Le istruzioni date dal mandante sono infatti chiare nello stabilire che il monumento va costruito dopo la sua morte, così come univoca è la precisazione di Ulpiano sulla possibilità del mandatario di ottenere un anticipo sulle somme da sborsare per portare a termine l'opera.

³³⁷ Si vedano le osservazioni di H. SIBER, *Beiträge zur Interpolationsforschung*, in ZSS, XLV, 1925, 168, nonché di F. SCHWARTZ, *Die Konträrklagen*, in ZSS, LXXI, 1954, 175 s.: quest'ultimo Autore

mandato da Tu di comprare una certa cosa, ha concluso l'affare ad un dato prezzo, potrà, con l'*actio mandati*, rivalersi sul mandante di quanto sborsato al venditore: e ciò – precisa Ulpiano –, pure nel caso in cui Tu non voglia ricevere la cosa comprata³³⁸.

Anche in quest'ipotesi, ci troviamo di fronte a un contratto di mandato che ha originato distinte obbligazioni in capo a entrambe le parti: il mandatario Tu, oltre a concludere la vendita, è tenuto a trasferire la *res* acquistata in esecuzione dell'incarico ricevuto al mandante Ego³³⁹; d'altro canto, quest'ultimo deve rimborsare al primo le spese sostenute per l'affare e, dunque, in particolare, la somma pagata al venditore a seguito della stipulazione del contratto.

Il punto di maggior rilievo, almeno per la nostra ricerca, è quello in cui il giurista precisa che Tu può agire per ottenere la condanna di Ego all'adempimento pure se quest'ultimo si rifiuti di ricevere l'adempimento dello stesso Tu: tuttavia, inteso in questi termini, il *dictum* di Ulpiano risulta estraneo alla nostra tematica, potendo dimostrare soltanto – a tutto voler concedere e, segnatamente, a considerare anche la parte del brano indiziata di interpolazione – che al mandante era precluso di sollevare un'*exceptio non rite inadimpleti contractus*³⁴⁰ per far valere la non corretta

nega l'autenticità anche dell'intero periodo '*aut si - fecero*', senza però addurre una benché minima motivazione.

³³⁸ Ben diverso è il caso riportato in Gai 3.161 (cui si ricollega anche l'ipotesi descritta da Paolo in D. 17.1.3.2), là dove il mandatario incorre palesemente in un eccesso di mandato: *Itaque si mandaverim tibi, ut verbi gratia fundum mihi sestertiis C emeris, tu sestertiis CL emeris, non habebis mecum mandati actionem, etiamsi tanti velis mihi dare fundum, quanti emendum tibi mandassem: idque maxime Sabino et Cassio placuit.*

³³⁹ Come si desume dalla lettura di D. 17.1.20.pr. (Paul. 11 *ad Sab.*): *Ex mandato apud eum qui mandatum suscepit nihil remanere oportet, sicuti nec damnum pati debet, si exigere faeneratam pecuniam non potuit.*

³⁴⁰ Quest'ultima, secondo quanto ho premesso nelle pagine iniziali dell'*Introduzione*, è a mio avviso istituto estraneo al sinallagma funzionale, che attinge invece al diverso problema della responsabilità contrattuale della parte definitivamente inadempiente.

esecuzione del contratto ad opera della sua controparte, ma senza fornirci indizi di sorta in ordine alla effettiva necessità, per il mandatario, di offrire al mandante il trasferimento della *res emptā* prima di agire nei suoi confronti per ottenere il rimborso del prezzo pagato.

Fortuna non migliore incontra il tentativo di rintracciare un segno del funzionamento del vincolo sinallagmatico nella testimonianza di Paolo contenuta nel passo che qui di seguito si viene a trascrivere:

D. 17.1.5.3 (Paul. 32 *ad ed.*): *Item si mandavero tibi, ut fundum meum centum venderes tuque eum nonaginta vendideris et petam fundum, non obstat mihi exceptio, nisi et reliquum mihi, quod deest mandatu meo, praestes et indemnem me per omnia conserves.*

Ego ha incaricato Tu di vendere per cento un fondo di sua proprietà: essendo stata perfezionata la vendita per un prezzo di novanta, il mandante rivendica il fondo presso l'acquirente, lamentando un eccesso di mandato. Ebbene, Paolo puntualizza che l'azione di Ego non andrà incontro a nessuna eccezione, salvo che Tu abbia provveduto a dare allo stesso Ego la parte di prezzo mancata a seguito dell'esecuzione del mandato, nonché a tenerlo indenne da tutto.

Pure per quest'ipotesi, a ben vedere, di applicazione di sinallagma funzionale non è certo il caso di parlare: l'eccezione che, nel caso poc'anzi tratteggiato dal giurista severiano, potrebbe venire opposta all'iniziativa del mandante non serve a far valere l'inadempimento del medesimo a tutela delle ragioni del mandatario, ma soltanto a evidenziare, in favore dell'acquirente convenuto, la mala fede dell'attore, che già era stato interamente soddisfatto nelle sue ragioni di credito dal mandatario.

2. *Due testi in materia di 'mandatum pecuniae credendae'.*

Per concludere questa succinta disamina circa il regime dell'adempimento delle obbligazioni che possono ridondare dall'esecuzione del contratto in esame, mancano ancora all'appello due ulteriori passi, ove è trattato il caso particolare di un *mandatum credendi*:

D. 17.1.27.5 (Gai. 9 ad ed. prov.): *Si mandatu meo Titio credideris et mecum mandati egeris, non aliter condemnari debeo, quam si actiones tuas, quas adversus Titium habes, mihi praestiteris. Sed si cum Titio egeris, ego quidem non liberabor, sed in id dumtaxat tibi obligatus ero, quod a Titio servare non potueris.*

D. 46.1.13 (Iul. 4 dig.): *Si mandatu meo Titio decem credideris et mecum mandati egeris, non liberabitur Titius: sed ego tibi non aliter condemnari debebo, quam si actiones, quas adversus Titium habes mihi praestiteris. Item si cum Titio egeris, ego non liberabor, sed in id dumtaxat tibi obligatus ero, quod a Titio servare non potueris.*

In entrambi i brani – la cui genuinità non sembra destare particolari sospetti, anche alla luce del raffronto eseguibile tra gli stessi³⁴¹ –, è questione di un mandatario, Tu, che, secondo le istruzioni ricevute dal mandante, Ego, ha fatto credito a un terzo.

Secondo la soluzione offerta sia da Gaio che da Giuliano, nel caso in cui Tu decida di rivolgersi contro Ego con l'*actio mandati*, per ottenere il pagamento del prestito, il mandante non subirà la condanna se il mandatario non gli cederà le azioni che gli competono nei confronti di Tizio, debitore mutuatario; e d'altro canto, se il mandatario agirà direttamente contro quest'ultimo, Ego non sarebbe direttamente

³⁴¹ Così, ad esempio, G. WESENER, *Die Durchsetzung von Regressansprüchen im römischen Recht*, in *Labeo*, XI, 1965, 347.

liberato, ma soltanto obbligato nei limiti di ciò che non si riuscirà a ottenere dal terzo debitore³⁴².

A detta del Nardi, saremmo qui in presenza di una soluzione giurisprudenziale riconducibile, in sostanza, all'istituto dell'eccezione di inadempimento, per quanto «a posizione rovesciata»³⁴³; e ciò, in quanto il *dictum* ricavabile da entrambe le testimonianze evidenzerebbe una subordinazione della pretesa azionata dal mandatario alla cessione al preventivo adempimento, da parte di quest'ultimo, dell'obbligo di provvedere alla *cessio actionum*³⁴⁴.

Il caso descritto, però, più che non a una vicenda di mancata esecuzione del contratto, sembra attenere al piano della responsabilità del creditore (mandatario) nei confronti del garante (mandante), in quella speciale forma di garanzia che è il *mandatum pecuniae credendae*³⁴⁵.

³⁴² Sul piano processuale, il complesso intreccio delle azioni rispettivamente esperibili dai protagonisti della vicenda è descritto da D. LIEBS, *Die Klagenkonkurrenz im römischen Recht. Zur Geschichte der Scheidung von Schadenersatz und Privatstrafe*, Göttingen, 1972, 261, al modo seguente: «bei Iul. 14 dig. (mandati) D. 46.1.13 geht es in erster Linie darum, daß *ego* möglichst bald zu seinem Regreßanspruch kommt. Wird die Abtretung ben Klagerhebung versäumt, so kann *ego* sie noch gegenüber der *actio iudicati* verlangen. Unterläßt er auch das, kann er immer noch selbständig mit der *actio mandati* vorgehen. Und wacht er gar erst auf, wenn *tu* die Summe nicht nur von ihm, sondern auch noch von Titus eingetrieben hat, so kann er mit der *actio mandati* die eingetriebene Summe heraus- oder mit der *condictio* seine rechtgrundlos gewordene Leistung zurückverlangen. Erweist sich umgekehrt der Kreditauftraggeber, dem abgetreten worden ist, als zahlungsfähig, so bedarf er keiner *restitutio litis*, da die klassische Abtretung i.d.R. weder privativ noch auch nur unwiderruflich wirkte».

³⁴³ Cfr. E. NARDI, *Studi sulla ritenzione*, cit., 233 s.

³⁴⁴ Il testo fondamentale in cui si afferma il dovere, in capo al mandatario già integralmente soddisfatto, di cedere le azioni al mandante è D. 17.1.28 (Ulp. 14 *ad ed.*): *Papinianus libro tertio quaestionum ait mandatore debitoris solventem ipso iure reum non liberare (propter mandatum enim suum solvit et suo nomine) ideoque mandatori actiones putat adversus reum cedi debere*.

³⁴⁵ Cfr. P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano, I, Le garanzie personali*, Padova, 1962, 190, il quale sottolinea che se il mandatario non può cedere le azioni al mandante, nemmeno può agire nei suoi confronti, argomentando da D. 46.3.95.11 (Pap. 28 *quaest.*): *si creditor a*

E difatti, l'interpretazione proposta dall'illustre romanista, secondo cui il mandante «ha diritto a comperare, in sostanza, il credito del mandatario», sicché se egli «'compra' il credito, è evidente che non debba pagare il prezzo fino a quando non gli si dia o non gli si offra il prezzo per farlo poi valere, cioè l'azione»³⁴⁶, non mi riesce persuasiva: essa pare trascurare che il mandante è tenuto al pagamento non già perché abbia concluso una sorta di acquisto del credito nei confronti del mutuatario, ma piuttosto perché, in ragione della stipulazione del mutuo con il terzo debitore, costituente l'adempimento dell'incarico ricevuto, il mandatario ha sofferto una diminuzione patrimoniale di cui il mandante deve rispondere con *actio mandati*; senza dire, d'altro canto, che anche in questo caso, il richiamo al funzionamento dell'eccezione di inadempimento finisce per ricollegare alla vendita di cui si congettura l'esistenza tra mandante e mandatario proprio quel sinallagma funzionale la cui esistenza sarebbe da dimostrare.

La *ratio* della soluzione giuliana, in definitiva, è quella di evitare un comportamento contrario a buona fede del mandatario, quale sarebbe il rifiutare la cessione di un'azione – quella *certae creditae pecuniae* da esercitare contro il mutuatario – che allo stesso mandatario «non sarebbe più potuta servire in alcun modo»³⁴⁷, dal momento che già il suo credito aveva ricevuto soddisfazione con il pagamento del garante: esigenza di buona fede che, nel mentre tutela efficacemente il

debitore [culpa sua] <plus petendo> causa ceciderit, prope est, ut catione mandati nihil a mandatore consequi debeat, cum ipsius vitio acciderit, ne mandatori possit actionibus cedere.

³⁴⁶ Così E. NARDI, *Studi sulla ritenzione*, cit., 233 s.

³⁴⁷ Cfr. G. PROVERA, *Riflessioni sul 'beneficium cedendarum actionum'*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, IV, Milano, 1983, 630; cfr. anche H. ANKUM, *Il 'beneficium cedendarum actionum' del mandante di credito: un beneficio basato sulla buona fede nel diritto romano classico*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese [Padova - Venezia - Treviso, 14-15-16 giugno 2001]*, a cura di L. Garofalo, I, 173 ss..

mandatario, anticipando l'architettura della moderna obbligazione solidale³⁴⁸, non per questo impinge necessariamente un'interdipendenza funzionale tra gli obblighi del mandante e del mandatario.

Altrimenti detto, ciò che il giurista si propone non è di stabilire un collegamento tra la prestazione del mandante – diretta alla rifusione dell'importo dato a mutuo – e la cessione delle azioni da parte del mutuante – mandatario, ma soltanto di sottolineare che ripugna al carattere *bonae fidei* dell'*actio mandati* il comportamento di chi si vuole arricchire escutendo sia il garante che il debitore principale: sicché, come già osservato in dottrina, lungi dal riscontrarsi un vincolo sinallagmatico, si può forse scorgere, in questo meccanismo, un primo passaggio verso il regime che caratterizza la solidarietà dal lato passivo nel nostro ordinamento³⁴⁹ – ma non invece, in quello romano³⁵⁰ –, in cui a ciascun obbligato è accordata azione di regresso nei confronti degli altri, onde riversare su questi le conseguenze della diminuzione patrimoniale sofferta.

3. Conclusioni.

³⁴⁸ G.G. ARCHI, *Sul concetto di obbligazione solidale*, in *Conferenze romanistiche tenute nella R. Università di Pavia nell'anno 1939 (XVII) a ricordo di Guglielmo Castelli*, Milano, 1940, 256 ss.

³⁴⁹ Si veda, per quanto qui interessa, l'art. 1299 cod. civ., dedicato appunto al «regresso tra condebitori»: «1. Il debitore in solido che ha pagato l'intero debito può ripetere dai condebitori soltanto la parte di ciascuno di essi. 2. Se uno di questi è insolvente, la perdita si ripartisce per contributo tra gli altri condebitori, compreso quello che ha fatto il pagamento. 3. La stessa norma si applica anche qualora sia insolvente il condebitore nel cui esclusivo interesse l'obbligazione era stata assunta».

³⁵⁰ Cfr. G. PROVERA, *Riflessioni*, cit., 611; G.G. ARCHI, *Sul concetto*, cit., 256 ss.

Anche il mandato, quindi, si è rivelato un ambito di indagine alquanto deludente per chi attenda conferme quanto agli effetti che la buona fede avrebbe provocato sull'interdipendenza funzionale delle obbligazioni.

Si è visto, infatti, che il problema circa un collegamento tra le obbligazioni di mandante e mandatario non viene posto in maniera esplicita dalle fonti, né affiora dalle *rationes decidendi* ricavabili dai casi di volta in volta sottoposti all'attenzione dei giuristi e da questi risolti: e ciò, pure quando si verifici l'eventualità – che doveva ricorrere frequentemente nella prassi – in cui anche il mandante era tenuto *ex contractu* in relazione alle spese e ai danni occorsi nell'esecuzione dell'incarico.

Che, anzi, in almeno in un caso – intendo alludere a D. 17.1.12.17 – proprio il carattere *bonae fidei* del contratto induce Marcello, la cui opinione è riportata da Ulpiano, ad accogliere una soluzione in netto contrasto con quella che, a detta della dottrina dominante, sarebbe da attendersi secondo correttezza: il mandatario può, infatti, chiedere un anticipo al mandante sull'ammontare degli esborsi che dovrà sostenere per portare a successo il compito affidatogli, pure là dove ancora non si sia dato da fare per realizzare il medesimo.

Il quadro emerso dalle testimonianze riportate, dunque, non può che acuire nell'interprete i dubbi circa la validità dello schematismo dogmatico applicato al contratto di mandato, sia con riferimento alla sua struttura che con riguardo al rapporto tra le obbligazioni che dallo stesso dovevano sorgere.

Riflessione di sintesi.

Rinviando alle singole conclusioni alla luce dei risultati raggiunti, sembra difficile convenire tanto sull'impostazione tradizionale tramandata in dottrina, a tenore della quale i giuristi romani avrebbero conosciuto e applicato il sinallagma funzionale ai contratti bilaterali, quanto sulle diverse opzioni critiche recentemente avanzate, soprattutto in tema di *emptio venditio*.

Ciò che ci pare essere emerso dall'indagine svolta è che, là dove le fonti presentino degli addentellati testuali che hanno contribuito all'elaborazione, da parte della pandettistica, della dogmatica di cui si è detto, esse abbiano sempre tenuto presente un'esigenza di tutela circoscritta al solo venditore, che abbiamo cercato di porre in relazione con il precetto di Inst. 2.1.41, i cui contorni necessitano ancora di essere adeguatamente chiariti da parte della letteratura.

D'altro canto, per confutare l'opinione corrente in tema di operatività dell'eccezione di inadempimento alla compravendita consensuale, si è rivelata preziosa l'analisi della disciplina disegnata dai *prudentes* in relazione a *locatio conductio*, *societas* e *mandatum*: all'interno della ricca messe di testi tramandatici dalla compilazione giustiniana, mai si sente il bisogno di ricondurre alla *bona fides* che pure senz'altro improntava il rapporto tra i contraenti un collegamento tra l'esecuzione delle rispettive prestazioni dovute. Diversamente, le pretese obbligatorie indubbiamente nascenti da tali contratti ci vengono raffigurate come tra loro indipendenti, salva restando soltanto la possibilità, per il *iudex privatus*, di un'unitaria considerazione nel momento della deduzione in giudizio, allo scopo di attuarne la compensazione: il che, però, postula l'esistenza di debiti attuali ed esigibili, il cui adempimento non potrebbe essere rifiutato dall'una parte valorizzando il perdurante inadempimento dell'altra.

Molteplici, quindi, sono le ragioni che inducono a non acquietarsi sulla configurazione del sinallagma nell'ambito funzionale, pur così caro alla moderna scienza romanistica, per andare invece alla ricerca di ragioni più concrete, eventualmente anche di origini arcaiche, che possono aver influito sulla messa a punto della disciplina di età classica.

INDICE DELLE FONTI

I. Fonti giuridiche pregiustiniane:

Gai Institutiones

2.19-20: 51

3.135-137: 151, nt. 300;

3.142: 141, nt. 276;

3.145: 141, nt. 276;

3.155: 162, nt. 327;

3.161: 170, nt. 338;

3.162: 163;

4.126 a: 18, nt. 33; 71, nt. 131; 107,

II. Fonti giuridiche giustiniane:

a) *Codex*:

2.3.21: 1, nt. 1;

4.65.14: 139;

5.71.14: 97, nt. 188;

7.26.9: 97, nt. 188;

8.44.5: 113, nt. 227;

8.44.24.pr.: 121, nt. 245;

b) *Institutiones*:

2.1.41: 49; 51; 54; 55; 58; 66; 178;

c) *Digesta*:

1.2.2.38: 39, nt. 70;

6.2.8: 50, nt. 89;

11.6.1.pr.: 164, nt. 326;

12.1.31.1: 78 ss.;

13.7.9.3: 105, nt. 206;

13.7.9.5: 105, nt. 208;

14.2.1: 134, nt. 261;

14.2.2.pr.: 131 ss.;

14.2.2.1: 131, nt. 253;

14.2.10: 134, nt. 259;

14.4.5.18: 50, nt. 92;

15.1.27.8: 82, nt. 156;

15.3.16: 44 ss.;

16.2.6: 158, nt. 314;

16.2.9.pr.: 158 ss.;

16.2.10.pr.: 159, nt. 319;

16.2.11: 159, nt. 319;

16.3.33.5: 102, nt. 203;

17.1.1.4: 163 s.;

17.1.6.pr.: 164 ss.;

17.1.12.17: 166 ss.;

17.1.20.pr.: 170, nt. 339;
17.1.27.5: 172 ss.;
17.1.28: 173, nt. 344;
17.1.36.1: 164;
17.2.2: 155, nt. 307;
17.2.3.pr.: 155;
17.2.38.pr.: 157;
17.2.63.pr.: 152;
17.2.65.pr.: 155;
17.2.65.3: 155;
17.2.65.15: 154, nt. 305;
17.2.67.2: 156;
17.2.74: 157;
18.1.15.2: 51, nt. 93;
18.1.19: 50, nt. 92;
18.1.40.2: 47 ss.;
18.1.53: 51, nt. 92;
18.1.78.2: 67 ss.; 105, nt. 206;
18.4.22: 88 ss.;
18.5.7.1: 97 ss.;
18.6.19.1: 121 ss.;
19.1.1.pr.: 14, nt. 25;
19.1.11.2: 53 ss.; 119 ss.;
19.1.13.8: 1, nt. 1; 92 ss.;
19.1.24.1: 78, nt. 148;
19.1.24.2: 81, nt. 155;
19.1.25: 114 ss.;
19.1.40: 66 ss.;

19.1.50: 16, nt. 31; 73, nt. 137;
19.2.15.pr.-1: 112;
19.2.19.3: 137 ss.;
19.2.24.2: 144 ss.;
19.2.25.3: 183, nt. 284;
19.2.30.pr.: 146, nt. 292;
19.2.33: 63, nt. 116;
21.1.19.1: 43, nt. 80;
21.1.25.9: 43, nt. 80;
21.1.29.2: 43, nt. 80;
21.1.31.5-6: 86 ss.;
21.1.31.7-8: 81 ss.;
21.1.57 pr.: 75 ss.;
26.7.56: 90 ss.;
27.9.13.1: 95 ss.;
41.1.9.6: 51, nt. 93;
41.1.13.pr.: 51, nt. 93;
41.1.31.pr.: 51, nt. 93;
44.1.14: 41 ss.;
44.4.5.4: 111 ss.;
46.1.13: 172 ss.;
46.3.95.11: 173, nt. 345;
47.2.14.1: 103 ss.;
50.16.5.1: 131, nt. 252;
50.17.45 pr.: 102, nt. 203.

d) *Novellae*:

17.pr.: 60, nt. 112;

III. Fonti letterarie:

Apuleius

Metamorphoseon libri XI

10.13.2: 51, nt. 93;

Cato Maior

De agri cultura

146: 39 ss.;

147: 114, nt. 228;

Cicero

De officiis

3.17.70: 28, nt. 47;

Gellius

Noctes Atticae

7.5.1: 41, nt. 75;

Plautus

Asinaria

1.3.46; 59, nt. 110;

Plinius minor

Epistulae

8.2.1: 114, nt. 228;

Varro

De lingua latina

7.105: 31, nt. 52;

De re rustica

2.1.15: 58 ss.;

2.2.5-6: 21 ss.;

IV. Fonti giuridiche moderne:

Codice civile italiano

art. 1299: 175, nt. 349;

art. 1460: 93, nt. 177;

Codice civile tedesco (BGB)

§ 320: 93, nt. 177.

INDICE DEGLI AUTORI

È seguito da asterisco il luogo in cui un'opera è citata per esteso.

- ALBANESE B.: 96*, nt. 185; 98, nt. 190;
- ALBERTARIO E.: 39*, n. 70; 48*, nt. 87; 52, nt. 96; 56, nt. 104; 98*, nt. 190; 121*, nt. 245;
- AMIRANTE L.: 144*, nt. 286;
- ANDREAU J.: 114*, nt. 228;
- ANKUM H.: 110*, nt. 221;
- APPLETON C.: 26*, nt. 46;
- ARANGIO-RUIZ V.: 12*, nt. 20; 30*, nt. 50; 53, nt. 98; 53, nt. 99; 56, nt. 103; 56, nt. 105; 59, nt. 110; 68, nt. 126; 133*, nt. 255;
- ARCANGELI A.: 39*, n. 70;
- ARCHI G.G.: 25*, nt. 43; 31, nt. 52; 53, nt. 98;
- ASHBURNER W.: 132*, nt. 254;
- ATKINSON K.M.T.: 133*, nt. 255;
- BACKHAUS R.: 103*, nt. 204;
- BAUER M.: 63*, nt. 116;
- BAVIERA G.: 23*, nt. 38; 23, nt. 40; 24, nt. 41; 26, nt. 46;
- BECHMANN A.: 10*, nt. 16; 10, nt. 17; 11, nt. 18; 17, nt. 32; 70, nt. 129;
- BENÍTEZ LÓPEZ M.M.: 115*, nt. 232;
- BENÖHR H.-P.: 4*, nt. 3; 12, nt. 20; 23, nt. 39; 28, nt. 47; 35, nt. 60; 36, nt. 64; 53, nt. 98; 68, nt. 126; 69, nt. 129; 74, nt. 144; 84, nt. 160; 122, nt. 247;
- BERGER A.: 79*, nt. 150;
- BESLER G.: 30*, nt. 52; 48*, nt. 87; 53, nt. 98; 84*, nt. 160; 98*, nt. 191; 112*, nt. 222; 133*, nt. 258;
- BETTI E.: 4*, nt. 3; 50, nt. 89; 53, nt. 99; 63*, nt. 116; 93, nt. 179; 104*, nt. 205;

BEKKER E.I.: 7*, nt. 9; 8, nt. 11; 9*, nt. 15; 38*, nt. 68; 39, n. 70; 71, nt. 131;
BIANCHINI M.: 150*, nt. 295;
BIGLIAZZI GERI L.: 90*, nt. 173; 91, nt. 174;
BISCARDI A.: 50*, nt. 89; 50, nt. 90; 52, nt. 94;
BIONDI B.: 74*, nt. 138; 113, nt. 225; 133*, nt. 258;
BOYER G.: 9*, nt. 14;
BONFANTE P.: 50*, nt. 89;
BONIFACIO F.: 33*, nt. 57;
BONINI R.: 140*, nt. 275;
BORTOLUCCI G.: 93*, nt. 180; 109, nt. 217;
BRASIELLO U.: 48*, nt. 87; 129*, nt. 249;
BRETONE M.: 82*, nt. 156;
BRUGI B.: 19*, nt. 34;
BUCKLAND W.W.: 79*, nt. 150; 104*, nt. 205;
BURDESE A.: 4*, nt. 3; 7*, nt. 10; 17, nt. 32; 39*, n. 70; 40, n. 74; 47, nt. 86; 78*, nt. 148; 80*, nt. 154; 100, nt. 198;
BÜRGE A.: 99*, nt. 193; 104, nt. 206; 112*, nt. 223;
BUTI I.: 46*, nt. 84;
CANCELLI F.: 34*, nt. 59; 39, n. 70; 68, nt. 125; 74, nt. 138; 149*, nt. 294;
CANNATA C.A.: 17*, nt. 32; 131*, nt. 253;
CARBONE M.: 22*, nt. 36; 23, nt. 40;
CARDILLI R.: 36*, nt. 65; 64, nt. 117;
CASAVOLA F.: 27*, nt. 46;
CASSIN R.: 3*, nt. 1; 12, nt. 20; 93, nt. 178;
CASTELLO G.: 39*, n. 70;
CASTRO A.: 17*, nt. 32;
CENDERELLI A.: 26*, nt. 45; 30, nt. 51; 36, nt. 63;
CERAMI P.: 42*, nt. 78; 53*, nt. 99;

CHAMPEAUX E.: 40*, n. 74;
CHEVREAU E.: 131*, nt. 253;
CORNIL C.: 71*, nt. 131;
CUQ E.: 149*, nt. 294;
DALMARTELLO A.: 91*, nt. 173;
DAUBE D.: 24*, nt. 41; 35*, nt. 61; 41, n. 76; 42, nt. 78;
DE CHURRUCA J.: 109*, nt. 217;
DE MARTINO F.: 56*, nt. 106; 132*, nt. 254;
DE SARLO L.: 41*, n. 76; 42, nt. 77;
DE ZULUETA F.: ; 25*, nt. 42; 28, nt. 47; 31, nt. 52; 52, nt. 94; 52, nt. 96;
DERNBURG H.: 7*, nt. 8; 9*, nt. 15; 70, nt. 130;
DONADIO N.: 41*, n. 75; 74*, nt. 142;
DOZHDEV D.: 48*, nt. 87;
ECCIUS M.: 8*, nt. 12;
ERMANN H.: 79*, nt. 150;
ERNST W.: 13*, nt. 21; 13, nt. 23; 14, nt. 24; 14, nt. 26; 14, nt. 27; 29, nt. 48; 74, nt. 143; 77, nt. 146; 80, nt. 153; 82, nt. 157; 84, nt. 161; 85, nt. 163; 88, nt. 167; 90, nt. 171; 91, nt. 175; 109, nt. 216;
FABRE G.: 79*, nt. 150
FEENSTRA R.: 48*, nt. 87; 58, nt. 109;
FERRINI C.: 38*, nt. 68; 40, n. 73; 45*, nt. 83; 50*, nt. 91; 52, nt. 94; 52, nt. 96; 79*, nt. 151;
FIORI R.: 130*, nt. 250;
FOERSTER F.: 8*, nt. 12;
FREZZA P.: 39*, n. 70;
GAGLIARDI L.: 17*, nt. 32;
GALLO F.: 40*, n. 73; 52, nt. 94;
GAROFALO L.: 43*, nt. 80;

GARZETTI A.: 22*, nt. 37;
GAY J.L.: 46*, nt. 84;
GENZMER E.: 27*, nt. 46;
GILIBERTI G.: 45*, nt. 84;
GINESTA-AMARGOS J.: 121*, nt. 245;
GIRARD P.F.: 23*, nt. 39; 25*, nt. 44; 40*, n. 73;
GLÜCK F.: 6*, nt. 8; 101, nt. 200;
GROSSO G.: 4*, nt. 3; 15, nt. 29; 48*, nt. 87; 71, nt. 131; 71, nt. 134; 100, nt. 199;
GUARINO A.: 37*, nt. 66; 39*, n. 70; 46*, nt. 84; 151*, nt. 301;
HAYMANN F.: 26*, nt. 46; 34, nt. 59; 37, nt. 67; 63, nt. 116; 104*, nt. 205;
HARKE J.D.: 145*, nt. 288; 149*, nt. 294;
HEERWART F.: 4*, nt. 4; 6, nt. 8; 8*, nt. 11; 9, nt. 13; 101, nt. 201;
HONORÉ T.: 48*, nt. 87;
HONSELL H.: 93*, nt. 180; 134*, nt. 261; 138*, nt. 270;
IMPALLOMENI G.: 129*, nt. 249;
KADEN E.-H.: 154*, nt. 306;
KARLOWA O.: 5*, nt. 5;
KASER M.: 4*, nt. 3; 18, nt. 34; 42*, nt. 78; 48*, nt. 87; 52*, nt. 97; 68*, nt. 128; 93*,
nt. 180; 110*, nt. 220;
KAUFMANN H.: 129*, nt. 249;
KELLER F.L.: 5*, nt. 5; 6, nt. 6; 77, nt. 145; 92, nt. 176;
KIPP T.: 108*, nt. 215;
KNIEP F.: 26*, nt. 46; 40, n. 72; 109, nt. 217;
KRELLER H.: 48*, nt. 87; 132*, nt. 254;
KRÜGER P.: 93*, nt. 181;
KUNKEL W.: 41*, n. 75;
JAKAB E.: 25*, nt. 43;
LABRUNA L.: 36*, nt. 63; 39*, n. 70; 40, n. 73; 79*, nt. 150; 99*, nt. 192; 99, nt. 195;

LEDERLE R.: 86*, nt. 165;
 LEIFER F.: 30*, nt. 52; 57, nt. 107;
 LENEL O.: 72*, nt. 136;
 LEVY E.: 14*, nt. 22; 55*, nt. 102; 63*, nt. 116;
 LÉVY-BRUHL H.: 31*, nt. 52;
 LITEWSKI L.: 151*, nt. 301;
 LONGO C.: 12*, nt. 19; 26*, nt. 46; 30, nt. 52; 31, nt. 53;
 LONGO G.: 138*, nt. 270;
 LÜBTOW U.: 32*, nt. 54; 34, nt. 59; 39, n. 70; 48*, nt. 87; 68, nt. 125;
 LUIG K.: 48*, nt. 87;
 LUZZATTO G.I.: 63*, nt. 116;
 MAC CORMACK G.: 46*, nt. 84;
 MAGDELAIN A.: 36*, nt. 64;
 MANNA L.: 74*, nt. 142;
 MARRONE M.: 25*, nt. 43; 27, nt. 46; 133*, nt. 258;
 MARTINI R.: 59*, nt. 110;
 MASELLI G.: 107*, nt. 212;
 MASI A.: 33*, nt. 57;
 MASI DORIA C.: 151*, nt. 301;
 MAYER-MALY T.: 108*, nt. 214; 138*, nt. 270;
 MEDICUS D.: 138*, nt. 270;
 MEYLAN P.: 22*, nt. 37; 23*, nt. 38; 30*, nt. 50; 30, nt. 52; 32, nt. 54; 33, nt. 55; 34,
 nt. 59; 44, nt. 82; 47, nt. 86; 66, nt. 122; 67, nt. 124; 73, nt. 137;
 MOLNÁR I.: 146*, nt. 293;
 MOMMSEN TH.: 17*, nt. 32;
 MONIER R.: 131*, nt. 253;
 NARDI E.: 12*, nt. 19; 96, nt. 186; 96, nt. 187; 97, nt. 188; 99, nt. 194; 100, nt. 197;
 100, nt. 198; 102, nt. 204;

NICOSIA G.: 25*, nt. 45;
NIEDERLÄNDER H.: 46*, nt. 84;
NÖRR D.: 26*, nt. 45;
ONIDA P.P.: 26*, nt. 45;
OSUCHOWSKI W.: 133*, nt. 255;
PALERMO A.: 107*, nt. 213; 113, nt. 224;
PARIS J.: 104*, nt. 205;
PARTSCH J.: 14*, nt. 22;
PELLECCHI L.: 7*, nt. 10;
PENNITZ M.: 24*, nt. 42; 63, nt. 116;
PERNICE A.: 6*, nt. 8; 25, nt. 42; 34, nt. 59; 58, nt. 108; 69, nt. 129; 74, nt. 138; 74,
nt. 139;
PEROZZI S.: 129*, nt. 249;
PERSICO G.: 3*, nt. 1; 91, nt. 173;
PETRUCCI A.: 41*, n. 76; 112*, nt. 223; 118*, nt. 239;
PICHONNAZ P.: 74*, nt. 143;
PINNA PARPAGLIA P.: 143*, nt. 284;
POGGI A.: 155*, nt. 306;
PÓKECZ KOVÁCS A.: 135*, nt. 265;
POTHIER R.J.: 101*, nt. 202;
PRINGSHEIM F.: 25*, nt. 43; 26*, nt. 46; 26, nt. 46; 31*, nt. 52; 34, nt. 58; 50, nt. 89;
53, nt. 99; 54, nt. 100; 57, nt. 107; 60*, nt. 112; 62, nt. 113; 66, nt. 121; 66, nt. 122;
PUCHTA W.A.: 10*, nt. 15;
PUGLIESE G.: 129*, nt. 249;
PUGSLEY D.: 100*, nt. 199;
PURPURA G.: 132*, nt. 254;
RABEL E.: 100*, nt. 199; 103*, nt. 204; 114*, nt. 229;
REALMONTE F.: 90*, nt. 173;

REDUZZI MEROLA F.: 78*, nt. 148;
REINOSO-BARBERO F.: 79*, nt. 152;
RICCOBONO S.: 97*, nt. 188;
RODEGHIERO A.: 15*, nt. 28; 71, nt. 133; 77, nt. 147; 83, nt. 158; 84, nt. 160; 85, nt. 164; 89, nt. 168; 90, nt. 172; 99, nt. 193;
RODRIGUEZ ALVAREZ L.: 48*, nt. 87;
ROHMANN E.: 6*, nt. 6;
ROMANO S.: 31*, nt. 52; 66, nt. 121;
RONCATI S.: 22*, nt. 36; 41*, n. 76; 65, nt. 120;
ROTH H.-J.: 41*, n. 75; 46, nt. 84;
SACCOCCIO A.: 78*, nt. 148;
SALEILLES R.: 6*, nt. 7;
SANFILIPPO C.: 150*, nt. 296;
SARGENTI M.: 28*, nt. 49; 33, nt. 56; 37, nt. 65; 39*, n. 70; 59, nt. 111; 63, nt. 116;
SAVIGNY F.C.: 10*, nt. 15;
SCADUTO G.: 3*, nt. 1; 10, nt. 15;
SCHENK S.W.: 6*, nt. 6;
SCHEURL A.C.G.: 8*, nt. 12;
SCHIAVONE A.: 46*, nt. 84;
SCHLOBMANN D.: 23*, nt. 39;
SCHMIDT-OTT J.: 74*, nt. 141;
SCHNEBELT G.: 140*, nt. 274;
SCHÖNBAUER E.: 31*, nt. 52; 32, nt. 55; 57, nt. 107; 66, nt. 121;
SCHULZ F.: 104*, nt. 205; 110*, nt. 219;
SCIALOJA V.: 133*, nt. 257;
SCOGNAMIGLIO M.: 18*, nt. 34; 63, nt. 116;
SECKEL E.: 63*, nt. 116;
SEIDL E.: 143*, nt. 283;

SIBER H.: 50*, nt. 89; 97*, nt. 189; 98*, nt. 190;
SZLECHTER E.: 154*, nt. 306;
SOLAZZI S.: 45*, nt. 84; 82*, nt. 156; 90, nt. 170; 110*, nt. 220; 112*, nt. 223;
SPRUIT J.E.: 114*, nt. 229;
STELLA MARANCA F.: 36*, nt. 63;
STOLFI E.: 16*, nt. 31;
STOLL H.: 98*, nt. 191;
TALAMANCA M.: 4*, nt. 3; 11*, nt. 17; 11, nt. 17; 24*, nt. 42; 25, nt. 43; 30, nt. 51;
31, nt. 52; 32, nt. 54; 39, n. 70; 39, n. 71; 40, n. 73; 47, nt. 86; 50, nt. 89; 52, nt. 95;
52, nt. 97; 63*, nt. 116; 64, nt. 117; 64, nt. 118; 71, nt. 132; 71, nt. 133; 73, nt. 137;
74, nt. 144; 88, nt. 166; 89, nt. 169; 100, nt. 199; 106, nt. 211; 108*, nt. 214; 118*, nt.
239;
TAUBENSCHLAG R.: 144*, nt. 285;
THIELMANN G.: 86*, nt. 165; 108*, nt. 214;
THOMAS J.A.C.: 112*, nt. 222; 114*, nt. 229; 131*, nt. 253;
THORMANN K.F.: 48*, nt. 87;
TOMULESCO C.S.: 31*, nt. 52; 33, nt. 55;
TREITSCHKE F.: 6*, nt. 6;
VACCA L.: 11*, nt. 17; 16*, nt. 31;
VASSALLI F.: 88*, nt. 166;
VELASCO C.: 149*, nt. 294;
VIGNERON R.: 143*, nt. 284;
VOCI P.: 68*, nt. 128;
VRIESENDORP R.D.: 48*, nt. 87;
WACKE A.: 104*, nt. 206;
WAGNER H.: 132*, nt. 254;
WATSON A.: 25*, nt. 43; 46*, nt. 85; 47, nt. 86; 48*, nt. 87; 55, nt. 101;
WENING I.: 102*, nt. 203;

WESENER G.: 112*, nt. 224;

WETTER P.: 7*, nt. 8; 144, nt. 285;

WIEACKER F.: 34*, nt. 59; 133*, nt. 258; 150*, nt. 295;

WINDSCHEID B.: 9*, nt. 14;

WOLF J.G.: 16*, nt. 32;

ZANZUCCHI P.P.: 151*, nt. 301;

ZIMMERMANN R.: 69*, nt. 129;

ZIMMERMANN F.: 150*, nt. 297; 151, nt. 299;

ABSTRACTS

La ricerca è indirizzata a sottoporre a revisione critica il concetto di sinallagma funzionale nell'*emptio venditio* e negli altri contratti consensuali produttivi di obbligazioni conosciuti dai *prudentes* (*locatio conductio*, *societas* e *mandatum*), nonché l'istituto dell'eccezione di inadempimento che nel medesimo trova il proprio fondamento dogmatico. Nel primo capitolo, vengono così passate in rassegna le fonti pervenuti a proposito di un diritto del venditore di trattenere presso di sé la *res vendita*, nonché quelle attestanti la possibilità del compratore di opporre un'*exceptio mercis non traditae*, esaminando le argomentazioni con cui la dottrina desume, da queste, un rapporto di interdipendenza tra le rispettive obbligazioni nell'ambito della compravendita anche nel momento del loro adempimento; nei capitoli secondo, terzo e quarto, si procede invece a un'analisi relativa alla disciplina messa a punto dalla giurisprudenza rispetto all'adempimento dei contraenti nella locazione, nella società e nel mandato, constatando l'assenza di elementi utili a sostenere la teorica del sinallagma oggi dominante in letteratura.

The research is aimed at critically reconsidering the concept of the reciprocity existing between the parties of a contract ("*obligatio ultro citroque*") that is intended to persist for the whole term of the contractual relationship ("*sinallagma funzionale*") in the *emptio venditio* and in the other consensual contracts producing obligations known by the *prudentes* (*locatio conductio*, *societas* and *mandatum*) and the legal institution of the exception of breach of contract which in such reciprocity finds its dogmatic basis. In the first chapter, the literary sources of law mentioning the right of the seller to keep the *res vendita* and those bearing witness of the faculty of the buyer to raise the *exceptio mercis non traditae* will be reviewed. It will be then examined the reasoning on the basis of which the legal science authors infer from the mentioned

elements the existence, in the scope of the sale, of an interdependency between the obligations of the buyer by one side and of the seller by the other side also at the time of their fulfilment. In the second, third and fourth chapters an analysis of the discipline elaborated with respect to the performance of the obligations undertaken by the parties by means of lease contracts, a partnerships and a mandates will be carried on. From this analysis, the lack of any element useful to ground the theory of the *sinallagma funzionale* nowadays generally accepted by the authors will clearly emerge.