

TOMMASO DALLA MASSARA

GARANZIA PER EVIZIONE
E INTERDIPENDENZA DELLE OBBLIGAZIONI
NELLA COMPRAVENDITA ROMANA

SOMMARIO: 1. La nozione di evizione. – 2. L'origine della tutela per l'evizione nel contesto del negozio mancipatorio. – 3. L'origine della tutela per l'evizione nell'ambito delle *res nec mancipi*. – 4. La *stipulatio habere licere*. – 5. La *stipulatio duplae*. – 6. La *stipulatio simplae*. – 7. Verso la tutela per l'evizione nell'ambito dell'*actio empti*. – 8. L'*actio empti* diretta alla stipulazione di garanzia. – 9. L'*actio empti* in funzione di garanzia. – 10. Conclusione.

1. *La nozione di evizione.*

Affrontare il tema della garanzia per evizione significa cimentarsi con una vicenda assai complessa, stratificata, in cui numerose rimangono (nonostante l'ampia letteratura in argomento¹) le incertezze;

¹ Si veda, per limitarsi ai riferimenti essenziali: E.I. BEKKER, *Zur Lehre von der Evictionsleistung*, in *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts*, VI, 1863, 229 s.; E. ECK, *Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigentums nach Römischen und gemeinem Deutschen Recht*, Halle, 1874; A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, I, *Geschichte des Kaufs im Römischen Recht*, Erlangen, 1876 (rist. Aalen, 1965), in specie 113 ss., 361 ss., 672 ss.; P.F. GIRARD, *La garantie d'éviction dans la vente consensuelle*, in *NRHD*, VIII, 1884, 395 ss.; ID., *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, 5 ss.; ID., *L' 'auctoritas' et l'action 'auctoritatis'*. *Inventaire d'interpolations*, in *Mélanges de droit romain*, II, cit., 153 ss.; E. RABEL, *Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte*, Leipzig, 1902; M. KASER, *Das Ziel der 'actio empti' nach Eviktion*, in *ZSS*, LIV, 1934, 162 ss.; F. DE ZULUETA, *The Roman Law of Sale*, Oxford, 1945, in specie 42 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*², I, Napoli, 1987, e II², Napoli, 1990; G. IMPALLOMINI, voce *Evizione (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, 1048 s.; M. SARGENTI, *L'evizione nella compravendita romana*, Milano, 1960; A. BURDESE, voce *Vendita (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, XX, Torino, 1975, 597 s.; A. CALONGE, *Evicción. Historia de un concepto y análisis de su contenido en el Derecho romano clásico*, Salamanca, 1968; M. TALAMANCA, voce *Vendita in generale (dir. rom.)*, in

trattarne nell'ambito dei lavori di questo Seminario, incentrato sull'interdipendenza delle obbligazioni nella compravendita, credo che, da un lato, imponga la responsabilità di fornire una rappresentazione di carattere introduttivo, quindi generale e sintetica, delle tante questioni legate all'evizione: e in questo senso il mio sforzo sarà dunque quello di disegnare un quadro – per quanto possibile – ordinato e chiaro; dall'altro lato, offra l'opportunità di esprimere talune considerazioni più specifiche allorché il problema dell'evizione appaia collegato a una struttura negoziale sinallagmatica, intendendo qui per sinallagma un vincolo di scambio a livello di obbligazioni (con espressione quindi sinonimica rispetto a quella di 'rapporto di interdipendenza tra obbligazioni' prevalentemente impiegata in materia di compravendita)².

Ebbene, si può affermare, in via di primissima approssimazione, che l'evizione risulta integrata a seguito del vittorioso esperimento, in giudizio³, della pretesa del terzo che vanti un diritto reale sulla cosa

Enc. dir., XLVI, Milano, 1993, 303 ss.; H. ANKUM, *Alcuni problemi concernenti la responsabilità per evizione*, in *Atti dell'Accademia Peloritana dei Pericolanti*, LVII, Messina, 1989, 6 ss.; Id., *Problemi concernenti l'evizione del compratore nel diritto romano classico. (La relazione fra le azioni spettanti al compratore in riguardo all'evizione: 'actio de auctoritate', 'actio ex stipulatu' basata su una 'stipulatio de evictione' e 'actio empti')*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del Congresso Internazionale Pisa - Viareggio - Lucca*, a cura di L. Vacca, I, Milano, 1991, II, 610 ss.; W. ERNST, *Rechtsmängelhaftung*, Tübingen, 1995; S. ROMANO, voce *Vendita nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv. - Sez. civ.*, XIX, Torino, 1999, 721.

² In realtà, con il termine 'sinallagma' risultano spesso evocate nozioni elaborate da punti di osservazione differenti, a seconda del contesto di riferimento. Proporrei di tenere distinti quantomeno tre ambiti diversi, con riferimento ai quali si tratta di sinallagma: la messa a fuoco della nozione di sinallagma nel contesto della compravendita romana si deve sostanzialmente a A. BECHMANN, *Der Kauf*, I, cit., 540 ss.; per il valore della nozione di συνάλλαγμα nelle fonti greche, faccio rinvio al contributo di C. PELLOSO, *Le origini aristoteliche del συνάλλαγμα di Aristone*, in questo volume; infine, per il valore del sinallagma nel contesto dell'elaborazione della categoria contrattuale nella giurisprudenza classica, è possibile ora ricavare un quadro delle differenti opinioni affacciate negli ultimi anni da *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, a cura di A. Burdese, Padova, 2006; sul punto, mi permetto inoltre di rimandare a T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova, 2004, 293 ss.

³ L'evizione in diritto romano rimane sempre collocata nella dimensione processuale: di regola, si è in presenza di un giudizio nel quale si assiste alla soccombenza dell'acquirente possessore convenuto e alla vittoria del terzo che abbia fatto valere il diritto di proprietà o altro diritto reale; tuttavia, può verificarsi una forma di evizione che po-

venduta⁴; l'evizione, poi, viene detta totale o parziale a seconda che il compratore sia privato in tutto o in parte della cosa medesima⁵.

Già in questa sommaria descrizione dell'argomento, però, occorre precisare che, lungo l'arco dell'evoluzione storica (e più significativamente tra l'età decemvirale e quella classica), non solo si assiste al riconoscimento di una certa varietà di strumenti di tutela per l'evizione, anche in coincidenza di tempo – il che certamente non stupisce –, ma, soprattutto, che ci si confronta con fenomeni in realtà strutturalmente ben diversificati, pur riconducibili alla nozione piuttosto ampia di evizione dianzi riproposta (sulla scorta dell'insegnamento tradizionale⁶), ma i quali postulano, a monte, forme di 'vendita' assai differenti.

In altri termini, se si vuole incentrare l'attenzione sul fenomeno che si colloca a valle di un giudizio di accertamento della pretesa avanzata dal terzo nei confronti della cosa venduta, cosicché sia dato parlare unitariamente di evizione, bisogna però non dimenticare che, così facendo, si lascia pur sempre per implicito il concetto stesso di vendita: anzi, solo adottando stipulativamente una definizione quantomai estesa di vendita – in realtà non riscontrabile nelle fonti romane – improntata sul profilo funzionale⁷ (e così proporrei: un negozio che comunque realizzi lo scambio di cosa contro prezzo), sarebbe consentito discorrere in generale di evizione.

Risulta quindi opportuno – fin già a livello di 'sommario' degli argomenti – distinguere il nostro tema.

tremmo definire 'invertita', allorché – come in D. 21.2.16.1 (Pomp. 9 *ad Sab.*) – a subire evizione (in senso sostanziale) sia l'acquirente non possessore attore, risultato soccombente in giudizio: cfr. M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 401 e ntt. 1011 e 1012; G. IMPALLOMENI, voce *Evizione*, cit., 1049, nt. 1.

⁴ Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., 309; G. IMPALLOMENI, voce *Evizione*, cit., 1048 s.; A. BURDESE, voce *Vendita*, cit., 594 ss.; S. ROMANO, voce *Vendita*, cit., 721.

⁵ Per la prima, cfr. D. 21.2.13 (Paul 5 *ad Sab.*) e D. 21.2.36 (Paul 29 *ad ed.*), per la seconda D. 46.3.46 pr. (Marc. 3 *regul.*).

⁶ Cfr. E. RABEL, *Die Haftung*, cit., 5 ss.; A. BECHMANN, *Der Kauf*, cit., 113 ss. Si veda quindi la sintesi di F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford, 1951 (Aalen, 1992), 530 e 533 s.

⁷ Secondo M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 589, il fenomeno dell'evizione assume aspetti differenti «a seconda delle varie formalizzazioni della funzione economico-sociale della compravendita»; in termini simili anche ID., voce *Vendita*, cit., 303 s. e 371.

α) La tutela per l'evizione fu originariamente elaborata, come regime dell'*auctoritas*, in collegamento con la *mancipatio*.

β) Una diversa tutela per l'evizione, nelle forme della *stipulatio*, venne quindi riconosciuta inizialmente in relazione alla *traditio* di *res nec Mancipi*.

γ) La garanzia per l'evizione fu poi collegata al contratto di *emptio venditio*: dapprima esclusivamente passando attraverso la conclusione di un'apposita *stipulatio*, poi come aspetto integrante del regime stesso della compravendita.

Si proceda ora, secondo quest'ordine, a osservare più da vicino i diversi problemi.

2. L'origine della tutela per l'evizione nel contesto del negozio *mancipatorio*.

Per l'epoca in cui era conosciuta soltanto la vendita a effetti reali, in presenza di *res Mancipi*, all'esigenza di garantire l'acquirente per l'evizione, rispondeva già in sé il negozio di *mancipatio* (allorché effettuato a titolo di vendita⁸): e, ragionevolmente, non è dubitabile che ciò derivasse dal regime proprio dell'atto librare⁹; nondimeno,

⁸ Si noti peraltro che gli effetti della garanzia per evizione potevano essere evitati realizzando una *mancipatio* – quando questa storicamente era già divenuta *imaginaria venditio – nummo uno* (su cui si veda R. SCEVOLA, 'Venditio nummo uno', in questo volume): sicché si può dire che, in tale assetto, la garanzia per l'evizione venne a costituire un elemento naturale del negozio: sul punto A. BECHMANN, *Der Kauf*, cit., 212; P.F. GIRARD, *Études*, cit., 23 ss.

⁹ Cfr. F. LEIFER, 'Mancipium' und 'auctoritas'. Mit Beiträgen zum römischen Schuld- und Haftungsproblem, in *ZSS*, LVI, 1936, 136 ss., nonché ID., *Altrömische Studien IV. 'Mancipium' und 'auctoritas' II*, in *ZSS*, LVII, 1937, 112 ss.; P.F. GIRARD, *Études historiques*, cit., 5 ss.; ID., *L' 'auctoritas' et l'action 'auctoritatis'*, cit., 153 ss.; ID., *Per una revisione della nozione dell' 'auctoritas' come effetto della 'mancipatio'*, in *Studi in onore di E. Betti*, IV, Milano, 1962, 15 ss.; A.E. GIFFARD, *Le sens du mot 'auctoritas' dans les lois relatives à l'usucapion*, *RHD*, XVII, 1938, 339 ss.; H. LÉVY-BRUHL, *Deux études: 'addicere' et 'auctoritas'*, Paris, 1942; ID., *'Auctoritas' et usucapion et 'addicere'*. *Nouvelles études sur le très ancien Droit romain*, Paris, 1947, 14 ss.; P. NOAILLES, *L' 'auctoritas' dans la loi des Douze Tables, 'Fas' et 'ius'*, in *Études de droit romain*, Paris, 1948, 223 ss.; L. AMIRANTE, *Il concetto unitario dell' 'auctoritas'*, in *Studi in onore di S. Solazzi nel cinquantenario del suo insegnamento, 1899-1948*, Napoli, 1948, 375 ss.; F. DE VISSCHER, *Le rôle de l' 'auctoritas' dans la mancipation*, in *Nouvelles études de droit romain public et privé*, Milano, 1949, 141 ss.; ID., *'Auctoritas' et 'mancipium'*,

poteva nel caso essere prevista, allo scopo, un'apposita *nuncupatio*¹⁰.

Comunque, dalla *mancipatio* sorgeva, accanto agli effetti traslativi, la peculiare forma di garanzia offerta dall'*auctoritas*, con cui il *mancipio accipiens* era tutelato contro l'evizione: in particolare, il *mancipio dans* sarebbe stato tenuto a prestare assistenza processuale all'acquirente convenuto – originariamente, con la *legis actio sacramenti in rem* – entro due anni o un anno (a seconda del tempo previsto per l'usucapione, la quale avrebbe dunque condotto all'acquisto della proprietà; ma nei confronti degli stranieri, che non avrebbero potuto usucapire, l'*auctoritas* sarebbe stata *aeterna*)¹¹; se invece il *mancipio dans* non avesse prestato assistenza all'acquirente o comunque se il

in *SDHI*, XXII, 1956, 87 ss.; A. MAGDELAIN, 'Auctoritas rerum', in *RIDA*, V (*Mélanges De Visscher*, IV), 1950, 127 ss.; P. VOCI, *Modi di acquisto della proprietà (corso di diritto romano)*, Milano, 1952, 33 ss. e 47 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., 310 ss.; P. MEYLAN, *La genèse de la vente consensuelle romaine*, in *TR*, XXI, 1953, 137 ss.; K.F. THORMANN, 'Auctoritas' (*ein Beitrag zum römischen Kaufsrechte*), in *Iura*, V, 1954, 1 ss.; M. KASER, *Eigentum und Besitz in älteren römischen Recht*², Köln - Graz, 1956, 129 ss.; ID., *Das Römische Privatrecht*², I, München, 1971, 136 s.; A. CASTRESANA, *En busca de un significado unitario del término 'auctoritas'*, in *Estudios en homenaje al Profesor J.M. Iglesias con motivo de sus bodas de oro con la enseñanza*, I, Madrid, 1998, 183 ss.; F.J. CASINOS MORA, *La noción romana de 'auctoritas' y la responsabilidad por 'auctoritas'*, Granada, 2000.

¹⁰ Cfr. Cic. *off.* 3.16.65. Tendevano a incentrare la nascita della garanzia per l'evizione proprio sulla *nuncupatio* O. KARLOWA, *Der römische Civilprozess zur Zeit der Legislaktionen*, Berlin, 1872, 75; A. RUDORFF, *Über die Litisrescenz*, in *ZGRW*, XIV, 433 ss.; E. ECK, *Die Verpflichtung*, cit., 2 ss.; R. MONIER, *La garantie contre vices cachés dans la vente romaine*, Paris, 1930, 3 ss. Più in generale, sul tema dei rapporti tra il negozio traslativo formale e le *nuncupationes* (inquadrate tra le *leges privatae*), V. GEORGESCU, *Essai d'une Théorie Générale des 'leges privatae'*, Paris, 1932, nonché, più di recente, N. BELLOCCI, *La struttura del negozio della fiducia nell'epoca repubblicana*, I, Le 'nuncupationes', Napoli, 1979; S. RANDAZZO, 'Leges mancipii'. Contributo allo studio dei limiti di rilevanza dell'accordo negli atti formali di alienazione, Milano, 1998 (sul passo ciceroniano sopra citato: 80 ss. e 132 s.).

¹¹ Cfr. Gai 2.47: *item olim mulieris, quae in agnatorum tutela erat, res mancipi usucapi non poterant, praeterquam si ab ipsa tutore autore traditae essent: id ita lege XII tabularum cautum erat; Gai 2.42: usucapio autem mobilium quidem rerum anno completur, fundi vero et aedium biennio; et ita lege XII tabularum cautum est; Gai 2.45: sed aliquando etiamsi quis bona fide alienam rem possideat, non tamen illi usucapio procedit, veluti si quis rem furtivam aut vi possessam possideat; nam furtivam lex XII tabularum usucapi prohibet, vi possessam lex Iulia et Plautia; Cic. *top.* 4.23: *quondam usus auctoritas fundi biennium est, sit etiam aedium. at in lege aedes non appellantur et sunt ceterarum rerum omnium quarum annuus est usus; Cic. Caec. 54: lex usum et auctoritatem fundi iubet esse biennium; Cic. off. 1.12.37: hostis enim apud maiores nostros is dicebatur, quem nunc peregrinum dicimus. indicant duodecim tabulae: aut status dies cum hoste. itemque, adversus hostem aeterna auctoritas.**

processo si fosse concluso negativamente per quest'ultimo, sarebbe stato condannato, in forza dell'*actio auctoritatis* (che si deve immaginare, seppure forse non da subito, corrispondente a un'*obligatio auctoritatis*¹²), al pagamento del doppio del prezzo. Una condanna siffatta potrebbe far pensare a una responsabilità penale avvicicabile a quella del *furtum nec manifestum*, ancorché le fonti non lascino intendere che, salvo l'aspetto della condanna al multiplo del prezzo, l'azione fosse concepita come penale¹³.

Non intendo però indugiare sugli incerti profili dell'antica figura dell'*auctoritas*: mi limito a osservare, in proposito, che credo sia ancora sostanzialmente da accogliersi l'opinione tradizionale secondo cui, nel contesto del diritto arcaico, la *mancipatio* sarebbe stata intesa come atto solenne (in quanto *gestum per aes et libram*) in cui il *dans - auctor*¹⁴ si rendeva garante della trasmissione della legittimità civile (forse in un senso ancora tecnicamente non precisato¹⁵; secondo taluni addirittura con attinenza alla sfera del pubblico¹⁶, anche se resta da chiarire in che senso precisamente ciò sarebbe da intendersi), in grado di assicurare all'*accipiens* il titolo di *dominus*.

Un'osservazione mi pare utile aggiungere.

Si può dire, dunque, che l'istituto dell'*auctoritas*, con il suo regime, risponda a una generale funzione di garanzia. Ciò, più precisa-

¹² Cfr. H. ANKUM, *Alcuni problemi*, cit., 6 ss.; ID., *Problemi concernenti l'evizione*, cit., 597 ss.; ID., *L'actio auctoritatis' appartenent à l'acheteur 'mancipio accipiens' a-t-elle existé?*, in *Accademia romanistica costantiniana. Atti III Convegno Internazionale*, Perugia, 1979, 7 ss. Contro la configurabilità dell'*obligatio auctoritatis*, in rapporto all'*actio auctoritatis*, cfr. M. SARGENTI, *L'evizione*, cit., 17 ss.

¹³ Cfr., sul punto, H. ANKUM, *Problemi concernenti l'evizione*, cit., 610 ss.

¹⁴ *Auctor da augeo*: dunque *auctor* è «qualcuno che rende più forte la posizione del compratore nel processo reale e che dà la sua *auctoritas*, assistenza e garanzia» (così H. ANKUM, *Problemi concernenti l'evizione*, cit., 607; si veda inoltre M. SARGENTI, *L'evizione*, cit., 17 ss.).

¹⁵ Per la discussione dell'opinione tradizionale, si veda M. SARGENTI, *L'evizione*, cit., 17 ss.; ID., *Per una revisione*, cit., 15 ss.; A. CALONGE, *Evicción*, cit., 15 ss.; D. PUGSLEY, *The Roman Law of Property and Obligations*, Cape Town - Wynberg - Johannesburg, 1972, 7 ss.

¹⁶ Cfr. P. FUENTESCA, *Trasferimento della proprietà e 'auctoritas' nella vendita romana*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del Congresso Internazionale Pisa - Viareggio - Lucca*, a cura di L. Vacca, I, Milano, 1991, 73 ss., specie 95 ss.; in precedenza, brevemente, R. POWELL, *Eviction in Roman Law and English Law*, in *Studies in the Roman Law of Sale. Dedicated to the memory of F. De Zulueta*, edited by D. Daube, Oxford, 1959, 85.

mente, nel senso che è posta in capo al *mancipio dans* una responsabilità, da ritenersi collegata a un'*obligatio*, ancorché – potremmo precisare – quest'ultima si presenti come obbligazione 'di risultato' (giacché si muove dal fatto, in sé considerato, che il *mancipio accipiens* non abbia a soccombere in giudizio)¹⁷: e il quadro di riferimento è quello di un negozio produttivo di effetti traslativi.

In una fase successiva, l'esigenza di tutela per l'evizione trovò riscontro attraverso forme stipulatorie: così, prese avvio l'uso di concludere una *satisfatio secundum Mancipium*.

Di quest'ultima, per la scarsità di fonti, poco si conosce con sicurezza.

Certamente, la *satisfatio secundum Mancipium* consisteva in una *verborum obligatio* realizzata con l'intervento di un garante¹⁸: dapprima di uno *sponsor*, quindi di un *fidepromissor* e, più tardi, di un *fideiussor*. Dunque, tramite siffatto meccanismo, che avrebbe prodotto un effetto novativo¹⁹, l'*obligatio auctoritatis* era assunta dal terzo garante (probabilmente quasi come un *officium* inerente all'*amicitia*²⁰); ma poiché, in seguito, si ritenne che l'obbligazione di uno *sponsor* o *fidepromissor* non potesse che accedere a un'altra *verborum obligatio*, si affermò allora l'uso che l'*obligatio auctoritatis* fosse riassunta in proprio dal venditore in forma di *stipulatio*²¹.

Prendendo le mosse da questa ricostruzione, sembrerebbe di dover accreditare l'ipotesi che, in prosieguo di tempo, il venditore ricor-

¹⁷ Cfr. A. BECHMANN, *Der Kauf*, I, cit., 102 ss.; H. ANKUM, *L'actio auctoritatis appartenent à l'acheteur*, cit., 7 ss.; W. ERNST, *Rechtsmängelhaftung*, cit., 100 ss.; da ultimo, F.J. CASINOS MORA, *La noción romana de 'auctoritas'*, cit., 222 ss.

¹⁸ Il testo più perspicuo è Cic. *Att.* 5.1.2: *de satisfando vero te rogo, quoad eris Romae, ut satisfdes. et sunt aliquod satisfationes secundum Mancipium veluti Mennianorum praediorum vel Atilianorum*, cui deve aggiungersi la formula di mancipazione della *Tabula Baetica*.

¹⁹ Ciò secondo l'opinione dominante: cfr. M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 589: in senso difforme M. SARGENTI, *La 'satisfatio secundum Mancipium' e la 'stipulatio habere licere' nel quadro della garanzia per evizione nella compravendita romana*, in *BIDR*, LXV, 1962, 154 ss.

²⁰ Cfr. il contesto di Cic. *Att.* 5.1.2.; sul punto, V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., 329.

²¹ P. MEYLAN, *La 'satisfatio secundum Mancipium'*, in *RHD*, XXVI, 1948, 1 ss. (su cui si veda anche di L. AMIRANTE, *Recensione a P. MEYLAN, La 'satisfatio'*, cit., in *Iura*, II, 1951, 341 ss.); V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., 52 ss.; M. SARGENTI, *La 'satisfatio secundum Mancipium'*, cit., 151 ss.

resse alla *stipulatio* pure in assenza di un'obbligazione del terzo garante, effettuando allo scopo personalmente la *repromissio secundum Mancipium*.

Certo, rimane assai oscuro il profilo dei rapporti che a questo punto dovrebbero ravvisarsi tra una siffatta *repromissio secundum Mancipium* e l'originaria *obligatio auctoritatis*. All'idea tradizionale, secondo cui la *repromissio* avrebbe svolto una funzione integrativa di una *mancipatio* non regolare (o addirittura sostitutiva di una *mancipatio* nulla)²², hanno fatto seguito altre ipotesi: da un lato, si è inteso ricondurre il fenomeno alla decadenza delle antiche strutture gentilizie e all'elaborazione, in conseguenza di ciò, di forme di garanzia nuove²³, dall'altro, si è creduto che fosse peculiare il contenuto dell'obbligazione di questa nuova forma di garanzia, la quale sarebbe stata orientata soltanto alla restituzione del bene²⁴.

3. L'origine della tutela per l'evizione nell'ambito delle 'res nec Mancipi'.

Appare plausibile l'ipotesi secondo cui l'origine della tutela per l'evizione, al di fuori del collegamento con il negozio mancipatorio, sarebbe da ricercarsi sul terreno dell'alienazione realizzata attraverso *traditio* di *res nec Mancipi*²⁵.

Intendo dunque dire che, quanto alle *res nec Mancipi*, l'esigenza di tutela per l'evizione si manifestò, molto probabilmente, prima del riconoscimento del contratto consensuale di *emptio venditio inter cives* (e dunque del fenomeno di cd. 'civilizzazione' dell'*emptio venditio*)²⁶;

²² Cfr. A. BECHMANN, *Der Kauf*, I, cit., 367 ss.; P.F. GIRARD, *Études historiques*, cit., 61.

²³ Cfr. F. LEIFER, 'Mancipium', cit., 174 ss.; ID., *Altrömische Studien V. Die Herkunft von 'sponsio' und 'stipulatio'*, in *BIDR*, XLIV, 1936-37, 160 ss.

²⁴ Cfr. P. MEYLAN, *La 'satisdatio'*, cit., 16 ss.: ipotesi sostanzialmente accolta da M. SARGENTI, *La 'satisdatio'*, cit., 163 ss. (cfr. anche ID., *L'evizione*, cit., 97).

²⁵ Qualora si fosse conclusa *in iure cessio*, la situazione sarebbe stata analoga a quella della *traditio* di *res nec Mancipi*.

²⁶ In tal senso si veda soprattutto E. RABEL, *Die Haftung*, cit., 56 ss.; R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris, 1940, 154; A. CALONGE, *Evicción*, cit., 32, nt. 74; M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani fra '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 riproduzione*

sembra cioè che la vicenda della tutela per l'evizione di *res nec Mancipi* debba vedersi nata autonomamente rispetto all'*emptio venditio*, nonché soltanto in seguito venutasi a innestare nella cornice di questa.

Ebbene, nel caso di mera *traditio* di *res nec Mancipi*, il compratore, non disponendo di un regime analogo a quello dell'*auctoritas*, sarebbe giunto a ottenere tutela per l'evizione mediante la conclusione di una *stipulatio*.

In specie si affermò, in epoca sicuramente ben antecedente a quella cui risale la fonte varroniana che ce ne fornisce attestazione²⁷, l'uso di concludere una *stipulatio* cd. *habere licere*: il venditore avrebbe cioè assunto una promessa formale avente per oggetto l'indisturbata disponibilità, da parte del compratore, della cosa venduta²⁸.

La struttura formale della *stipulatio* – veicolo delle più varie funzioni negoziali lungo l'evolversi dell'esperienza giuridica romana²⁹ – si sarebbe prestata specificamente a introdurre, per l'ipotesi di *traditio* di *res nec Mancipi*, una forma di garanzia per l'evizione.

Mentre nel contesto della *mancipatio* il venditore non svolgeva alcuna attività, essendo invece il compratore ad affermare unilateralmente e costitutivamente il potere sulla cosa, di fronte a una *res nec Mancipi* il venditore – in una fase che dobbiamo immaginare ancora primigenia di un nuovo sistema di vendita – si impegnava formalmente rispetto alla cosa. E ciò può osservarsi nel quadro della costru-

della 'littera Florentina', Copanello 1-4 giugno 1988, a cura di F. Milazzo, Napoli, 1990, 64. In senso opposto, M. SARGENTI, *La 'satisfactio'*, cit., 164 ss., il quale ritiene la *stipulatio habere licere* successiva al riconoscimento della compravendita consensuale. Per M. KASER, *Das Ziel*, cit., 188, come già per P.F. GIRARD, *Études historiques*, cit., 100 ss., la *stipulatio habere licere* sarebbe stata comunque posteriore alla *stipulatio duplae*: il che lascerebbe arguire una datazione piuttosto recente della *stipulatio habere licere*.

²⁷ Cfr. Varr. *rust.* 2.2.5-6. Per l'antiorità dell'uso rispetto al tempo di Manilio, i cui formulari sono trasmessi proprio dall'autore del I secolo a.C., cfr. G. IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, Padova, 1955, 100; M. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., 51; sul punto, ora anche R. CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C. - II sec. d.C.)*, Milano, 1995, 124 s. e nt. 50, e A. SANGUINETTI, *La promessa del fatto altrui nella riflessione dei giuristi romani*, in *SDHI*, LXV, 1999, 154 s. Sui testi si veda anche A. CENDERELLI, *Varroniana. Istituti e terminologia giuridica nelle opere di M. Terenzio Varrone*, Milano, 1973, 148 s.

²⁸ Cfr. P.F. GIRARD, *Études historiques*, cit., 65 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., 332 ss.; A. CALONGE, *Evicción*, cit., 27 ss.; P. MEYLAN, *La stipulation 'habere licere'*, in *TR*, XXXVIII, 1970, 67 ss.; H. ANKUM, *L'actio auctoritatis' appartenent à l'acheteur*, cit., 19 s.; M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 389.

²⁹ Cfr. M. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., 35 ss.

zione di un meccanismo che in qualche misura è, nel suo insieme, di scambio: in effetti, il venditore, a fronte del pagamento del prezzo, assume impegno rispetto al rischio che il compratore possa subire turbative³⁰.

Successivamente, diffusosi il contratto di *emptio venditio* pure *inter cives*, si sarebbe affermato l'uso – come si vedrà – di concludere una *stipulatio habere licere* in collegamento con tale contratto.

Ma si considerino ora i profili essenziali di tale *stipulatio*, fermo restando che sul punto faccio rinvio per intero alla trattazione – la quale si inserisce come uno specifico approfondimento rispetto al quadro generale che a me spetta di delineare – svolta da Rosanna Ortu³¹.

4. La '*stipulatio habere licere*'

Con la *stipulatio habere licere* si sarebbe configurata una responsabilità per evizione³², ma in realtà non derivante direttamente dalla vendita: precisamente, tale responsabilità si sarebbe costruita soltanto in ragione (e nei termini) del collegamento funzionale sussistente tra il contratto di *stipulatio*, da un lato, e l'atto della *traditio* ovvero poi – come si è appena detto – il contratto di *emptio venditio*, dall'altro³³.

La forma stipulatoria avrebbe autonomamente coperto, per così dire, il *licere* di un certo *habere*³⁴: ma il significato giuridico della responsabilità che così si veniva a costituire sarebbe stato da cogliersi non già in sé, quanto in relazione con la *traditio* o l'*emptio venditio*.

Difficilmente si potrebbe dubitare – ritengo – che un legame sia ravvisabile tra il diffondersi di tale *stipulatio*, impiegata per la *traditio* di *res nec mancipi*, e l'uso della *satisdatio secundum mancipium* prevista per la *mancipatio*, cui si è dianzi fatto cenno³⁵.

³⁰ Sul punto, cfr. M. SARGENTI, *L'evizione*, cit., 99.

³¹ Cfr. R. ORTU, *Garanzia per evizione: 'stipulatio habere licere' e 'stipulatio duplae'*, in questo volume.

³² Intendo 'responsabilità' in senso proprio, non dunque come 'garanzia'.

³³ Cfr. P.F. GIRARD, *Études historiques*, cit., 46 ss.

³⁴ Sul valore semantico dei due verbi, cfr. E. RABEL, *Die Haftung*, cit., 32 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., 334 s. Non convince l'idea di M. KASER, *Das Römisches Privatrecht*, I, cit., 555, di voler ricavare dal senso dell'*habere licere* la configurabilità di un fenomeno di evizione che fosse non 'processuale'.

³⁵ Cfr. P.F. GIRARD, *Études historiques*, cit., 100 s.; A. CALONGE, *Evicción*, cit., 26 s.

I testi più antichi riferibili alla *stipulatio habere licere* sono – come anticipato – di Varrone: in particolare, *rust.* 2.2.5-6³⁶, ove si trova il fondamentale riferimento all'*habereque recte licere*; ma anche, nella medesima opera, 2.3.5³⁷ e ancora 2.4.5³⁸.

Intorno a tale tutela non si può tuttavia dire di disporre di dati certi³⁹.

Tra i caratteri essenziali della *stipulatio habere licere* vi è quello di avere per oggetto soltanto *res nec mancipi* (solo di un'altra forma stipulatoria, quella della *stipulatio duplae* – di cui si dirà poi – si parla, invece, quando si è in presenza di *res mancipi*: D. 21.2.37 pr.-1⁴⁰).

Proprio con riferimento alla *stipulatio habere licere*, s'impone la

³⁶ Si legga Varr. *rust.* 2.2.5-6: *in emptionibus 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 est extra lusca<m> surdam minam, id est ventre glabro, neque de pecore morbozo esse habere que recte licere, haec sic recte fieri spondesne?' 6. Cum id factum est, tamen grex dominum non mutavit, nisi si est adnumeratum; nec non emptor pote ex empto vendito illum damnare, si non tradet, quam[o]vis non solverit nummos, ut ille emptorem simili iudicio, si non reddit pretium, su cui, di recente, R. CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare'*, cit., 116 ss., e M. CARBONE, *'Tanti sunt mi emptae? sunt'*. Varr. *De re rust.* 2.2.5, in *SDHI*, LXXI, 2005, 387 ss.*

³⁷ Varr. *rust.* 2.3.5: *de emptione aliter dico atque fi[e]t, quod capras sanas sanus nemo promittit. numquam enim sine febris sunt. itaque stipulantur paucis exceptis verbis, ac Manilius scriptum reliquit sic: 'illas<ce> capras hodie recte esse et bibere posse habere que <recte> licere, haec spondesne?' de quibus admirandum illud. quod etiam Archelaus scribit: non ut reliqua animalia naribus, sed auribus spiritum ducere solere pastores curiosiores aliquot dicunt, su cui R. CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare'*, cit., 124 ss.*

³⁸ Varr. *rust.* 2.4.5: *emi solent sic: 'illasce sues sanas esse habere que recte licere noxis que praestari neque de pecore morbozo esse spondes ne?' quidam adiciunt perfunctas esse a febris et a foria, su cui R. CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare'*, 126 ss.*

³⁹ Rinvio senz'altro a V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., 333 ss.; nonché a M. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., 51 ss.

⁴⁰ Cfr. D. 21.2.37 pr.-1 (Ulp. 32 ad ed.): *emptori duplam promitti a venditore oportet, nisi aliud convenit: non tamen ut satisdetur, nisi si specialiter id actum proponatur, sed ut repromittatur. 1. Quod autem diximus duplam promitti oportere, sic erit accipiendum, ut non ex omni re id accipiamus, sed de his rebus, quae pretiosiores essent, si margarita forte aut ornamenta pretiosa vel vestis Serica vel quid aliud non contemptibile veneat. per edictum autem curulium etiam de servo cavere venditor iubetur. quod autem diximus duplam promitti oportere, sic erit accipiendum, ut non ex omni re id accipiamus, sed de his rebus, quae pretiosiores essent, si margarita forte aut ornamenta pretiosa vel vestis serica vel quid aliud non contemptibile veneat. per edictum autem curulium etiam de servo cavere venditor iubetur.*

necessità di gettare uno sguardo all'assai discussa sequenza D. 45.1.38 pr.-9 (Ulp. 49 *ad Sab.*)⁴¹.

Nel testo si parte dal lemma di Sabino⁴², il quale sosteneva che la promessa coprisse gli attacchi provenienti da chiunque, dunque dal venditore così come dai terzi (sarebbe stata una responsabilità per un fatto oggettivo: un'eterogaranzia, potremmo dire); Ulpiano invece – muovendo dal principio dell'irrelevanza della promessa del fatto del terzo – limitava gli effetti della promessa agli attacchi provenienti dal venditore (che è anche promittente), nonché dai suoi successori a titolo universale; viceversa, sarebbero rimasti estranei, rispetto alla portata della promessa, gli attacchi dei terzi⁴³.

Alla base del pensiero di Ulpiano è l'idea che oggetto dell'obbligazione debba essere una prestazione da intendersi (in senso stretto)⁴⁴ come comportamento – nella specie, di contenuto negativo, ossia un'astensione dal recare attacchi al pacifico godimento – al quale il promittente sia in grado di impegnare non altri, oltre a sé⁴⁵ e (tendenzialmente) i propri eredi⁴⁶.

⁴¹ Maggiore attenzione deve essere prestata alla parte contenuta in D. 45.1.38 pr.-2: *stipulatio ita: 'habere licere spondes?' hoc continet, ut liceat habere, nec per quemquam omnino fieri, quo minus nobis habere liceat. quae res facit, ut videatur reus promissis per omnes futurum, ut tibi habere liceat: videtur igitur alienum factum promissis, nemo autem alienum factum promittendo obligatur, et ita utimur. sed se obligat, ne ipse faciat, quo minus habere liceat: obligatur etiam, ne heres suus faciat vel quis ceterorum successorum efficiat, ne habere liceat 1. Sed si quis promittat per alium non fieri, praeter heredem suum dicendum est inutiliter eum promittere factum alienum 2. At si quis velit factum alienum promittere, poenam vel quanti ea res sit potest promittere. sed quatenus habere licere videbitur? Si nemo controversiam faciat, hoc est neque ipse reus, neque heredes eius heredumve successores.*

⁴² Cfr. R. ASTOLFI, *I 'libri tres iuris civilis' di Sabino*, Padova, 1983, 264 e nt. 230.

⁴³ Cfr. G. SCHERILLO, *La trasmissibilità della 'stipulatio in faciendo'*, in *BIDR*, XXXVI, 1928, 58 ss.; J.J.H. COUDERT, *Recherches sur les stipulations et les promesses pour autrui en droit romain*, Nancy, 1957, 83, nt. 25, e 100; H. HONSELL, 'Quod interest' im 'bonae-fidei-iudicium'. *Studien zum Römischen Schadensersatzrecht*, München, 1969, 46, nt. 126; P. MEYLAN, *La stipulation*, cit., 74 ss.; M. TALAMANCA, voce *Obbligazioni (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, 27; A. SANGUINETTI, *La promessa*, cit., 164 ss.

⁴⁴ Sulla cui definizione, con riferimenti di dottrina (e revisioni critiche), E. BETTI, *Il concetto della obbligazione costruito dal punto di vista dell'azione*, Pavia, 1920, 98 ss.

⁴⁵ Si tratta di un'idea che emerge da vari testi classici: si veda, tra vari, D. 50.17.73.4 (Q. Muc. *l. sing.* ὄρων). In argomento, J. COUDERT, *Recherches*, cit., sul testo, in particolare, 203.

⁴⁶ Anche su tale aspetto maturò un'evoluzione di pensiero che condusse a elabo-

Diversamente, il promettente avrebbe potuto soltanto dedurre il fatto (*id est*, l'attacco proveniente da chiunque avverso il diritto del compratore) *in condicione* rispetto a una stipulazione (penale) di pagare una somma fissa o il *quanti ea res sit* (se ne parlerà subito di seguito, trattando della *stipulatio duplae* o *simplicae*): ma in questo caso si sarebbe avuto a che fare con una struttura decisamente diversa rispetto a quella della *stipulatio habere licere*.

Sembra porsi, dunque, con riguardo a D. 45.1.38 pr.-9, un problema di coerenza interna al testo⁴⁷.

Non si approfondiranno, sul punto, l'ipotesi della 'proprietà relativa' avanzata dal Rabel, incentrata cioè sul trasferimento, da parte del venditore, soltanto di ogni suo diritto sulla cosa⁴⁸; né quella avanzata dal Kaser nel 1951, secondo cui per le *res nec mancipi* il compratore spossessato avrebbe potuto invocare soltanto le azioni *ex delicto*, in specie l'*actio furti*⁴⁹; ci si limita a osservare che la tesi più convincente, in argomento, appare quella affacciata dal Kaser nel 1934⁵⁰, poi ripresa dall'Arangio-Ruiz⁵¹ e quindi messa a fuoco dal Talamanca⁵² (su cui la recente dottrina sembra essersi consolidata⁵³), secondo la quale il problema andrebbe visto nella prospettiva di un'evoluzione storica, che coinvolge la configurazione, da un lato, della garanzia per l'evizione e, dall'altro, dell'*obligatio* stessa.

Quanto al primo aspetto, l'abbandono della lettura più ampia dei *veteres* (da Varrone a Sabino) sarebbe da mettere in connessione con l'affermarsi della tutela per l'evizione direttamente attraverso l'*actio*

rare il principio per il quale *nam inelegans esse visum est ab heredis persona incipere obligationem* (Gai 3.100): cfr., sul punto, M. HARDER, *Zum transmortalen und postmortalen Auftrag nach römischem geltendem Recht*, in *Sein und Werden im Recht. Festgabe für U. von Lübtow zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1970, 515 ss.; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*², I, Milano, 1967, 250 ss.

⁴⁷ Senza dire poi del rapporto di contraddizione che si ravviserebbe tra D. 45.1.38 pr.-2 e altri testi ulpiane: per esempio D. 19.1.11.18 (Ulp. 32 *ad ed.*), che si menzionerà nel seguito.

⁴⁸ Cfr. E. RABEL, *Die Haftung*, cit., 33 ss.

⁴⁹ M. KASER, *Neue Studien zum altrömischen Eigentum*, in ZSS, LXVIII, 1951, 150 ss.

⁵⁰ M. KASER, *Das Ziel*, cit., 165 ss.; si veda poi ID., *Das römische Privatrecht*, I, cit., 556; ID., *Die Stipulationsklausel 'quanti ea res erit'*, in ZSS, XC, 1973, 192 ss.

⁵¹ V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., 336 ss.

⁵² M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 390.

⁵³ Cfr., da ultimo, A. SANGUINETTI, *La promessa*, cit., 165 s. e nt. 33, ove sono ulteriori riferimenti di dottrina.

empti, di cui si dirà nel seguito (dunque, la garanzia per il tramite della *stipulatio habere licere* si sarebbe rivelata non più indispensabile)⁵⁴.

Quanto al secondo aspetto, occorrerebbe tenere in considerazione la linea di sviluppo che conduce l'*obligatio* dall'idea originaria, intesa essenzialmente come garanzia per un evento oggettivo⁵⁵, a una concezione incentrata su un comportamento (dovuto), in funzione di adempimento, dal soggetto passivo del rapporto⁵⁶.

I due profili dogmatici rispetto ai quali risulta marcata la distinzione, naturalmente, sono messi a fuoco soltanto al livello del giurista severiano, mentre per la concezione dei *veteres* è da credere che il punto di osservazione fosse quello di un rafforzamento – per mezzo della *stipulatio* – dell'obbligazione di *tradere* derivante dall'accordo di vendita. Dunque, credo si debba accogliere l'idea secondo cui, per i giuristi più antichi, non si sarebbe percepita tale *stipulatio* come promessa del fatto del terzo, bensì come «evento finale del godimento della cosa venduta, nel senso pieno, trascendente la semplice materia della disponibilità, di per sé insita nel fatto della *traditio*»⁵⁷.

Il discorso svolto con riferimento a D. 45.1.38 pr.-9 (Ulp. 49 *ad Sab.*), sul contenuto della garanzia per effetto della *stipulatio habere licere*, merita di essere completato osservando D. 45.1.83 pr. (Paul. 72 *ad ed.*)⁵⁸.

⁵⁴ Per questo profilo, cfr. anche H. ANKUM, *Pomponio, Giuliano y la responsabilidad del vendedor por evicción con la 'actio empti'*, in *RIDA*, XXXIX, 1992, 57 ss.; M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 395 ss.; L. VACCA, *Ancora sull'estensione dell'ambito di applicazione dell'actio empti in età classica*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Materiali per un corso di diritto romano*, a cura di L. Vacca, Torino, 1997, 221 ss.

⁵⁵ Si veda quanto osservato *supra*, al § 2, con riferimento all'*obligatio auctoritatis*.

⁵⁶ Si osservi, peraltro, che in altri testi Ulpiano non trae per conseguenza la nullità (stando alle fonti: *inutilitas*) dell'obbligazione in presenza di un'assunzione di garanzia per evento oggettivo o per fatto del terzo: cfr. D. 21.2.31 (Ulp. 42 *ad Sab.*), su cui cfr. M. TALAMANCA, voce *Obbligazioni*, cit., 26, nt. 176, e ID., *Istituzioni di diritto romano*, cit., 513 s.; di recente, A. SANGUINETTI, *La promessa*, cit., 174 ss. Su questi problemi, E. BETTI, *Il concetto della obbligazione*, cit., in specie 158 ss.; ID., *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*², Milano, 1955, 155.

⁵⁷ Così M. SARGENTI, *L'evizione*, cit., 102; portando alle conseguenze tali premesse in ID., *La 'satisdatio'*, cit., 171, così quindi si conclude: «si vede, anche, come nella *stipulatio habere licere* la funzione di garanzia contro l'evizione sia, in un certo senso, una funzione riflessa, derivante dall'obbligazione di assicurare il pacifico godimento della cosa, e non costituente lo scopo immediato e principale dell'atto».

⁵⁸ Cfr. D. 45.1.83 pr. (Paul. 72 *ad ed.*): *inter stipulantem et promittentem negotium contrahitur. itaque alius pro alio promittens daturum facturumve eum non obligatur: nam de se*

In quest'altro testo di epoca severiana, la promessa in forma di *stipulatio* circa l'*habere licere* viene impostata *ex novo* come assunzione dell'obbligo di fare in modo (ossia di curare) che l'evizione non si verifichi: dunque con Paolo si 'personalizzerebbe' – per così dire – l'obbligazione resa oggetto di *stipulatio*⁵⁹; e l'obbligazione diverrebbe in tal modo 'di mezzi', anziché 'di risultato'.

A prescindere dalle diverse ricostruzioni, occorre comunque osservare, in definitiva, che con la *stipulatio habere licere* si edifica una responsabilità per l'evizione quale elemento accidentale della vendita: tenendo conto, peraltro, che tale *stipulatio* può essere connessa a una *traditio* di *res nec Mancipi* oppure, in seguito, a una compravendita consensuale.

Si noti, infine, che la *stipulatio habere licere*, essendo formulata nel *quidquid ob eam rem dare facere oportet*, e dunque comportando una condanna rispondente al criterio dell'*id quod interest*, mira alla realizzazione dell'interesse che (in termini moderni) potremmo definire positivo⁶⁰. Il che accomuna l'azione che sorge dalla *stipulatio habere licere* all'*actio empti*, sebbene quest'ultima fosse (diversamente dalla prima) di buona fede⁶¹: ma su ciò, brevemente, si tornerà nel prosieguo.

5. La '*stipulatio duplae*'.

Probabilmente successiva alla *stipulatio habere licere* è da ritenersi l'introduzione della *stipulatio duplae* (la quale poi continuò a vivere in contemporanea con la prima).

quemque promittere oportet. et qui spondet 'dolum malum abesse a futurumque esse', non simplex abnativum spondet, sed curaturum se, ut dolus malus absit: idemque in illis stipulationibus 'habere licere' item 'neque per te neque per heredem tuum fieri, quo minus fiat'.

⁵⁹ E tuttavia sarebbe errato pensare a una netta contrapposizione tra il pensiero di Ulpiano e quello di Paolo in argomento: infatti, Ulpiano avrebbe seguito l'impostazione paolina in tema di *cautio vadimonium sisti* (si veda, sul punto, M. TALAMANCA, voce *Obbligazioni*, cit., 27, nt. 179). Circa il valore del *de se quemque promittere oportet*, cfr. anche A. SANGUINETTI, *La promessa*, cit., 185.

⁶⁰ Cfr. D. 45.1.75.7 (Ulp. 22 *ad ed.*): *qui id, quod in faciendo aut non faciendo consistit, stipulatur, incertum stipulari videtur: in faciendo, veluti 'fossam fodiri' 'domum aedificari' 'vacuam possessionem tradi': in non faciendo, veluti 'per te non fieri, quo minus mihi per fundum tuum ire agere liceat' 'per te non fieri, quo minus mihi hominem erotem habere liceat'*, su cui si veda V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., 341.

⁶¹ Sul punto, M. KASER, *Das Ziel*, cit., 176 ss.; D. MEDICUS, *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadenersatzes*, Köln - Graz, 1962, 25 ss.

Secondo il Talamanca, la *stipulatio duplae* sarebbe comunque posteriore al fenomeno di estensione del contratto di compravendita ai rapporti *inter cives* (mentre la *stipulatio habere licere* – come visto dianzi – si sarebbe radicata già nella vendita a contanti di *res nec mancipi*)⁶².

Sotto taluni aspetti, la *stipulatio duplae* realizzava una forma di garanzia che si sarebbe inserita nel solco dell'*auctoritas* collegata alla *mancipatio*: in effetti, la somma era fissata nella misura del doppio; inoltre, rimaneva aperta la possibilità di intervento del garante (come accadeva per la *satisdatio*). In questo caso, sarebbero state le parti, convenzionalmente, a disegnare un assetto d'interessi simile a quello dell'*obligatio auctoritatis*: e ciò avrebbe soddisfatto l'esigenza del compratore specialmente per l'ipotesi in cui, nella vendita consensuale di *res mancipi*, non si fosse proceduto a realizzare una *mancipatio* (il che sarebbe accaduto di necessità nel caso in cui la vendita fosse stata tra *cives* e *peregrini*)⁶³.

La *stipulatio duplae* risulta costruita come *stipulatio* penale⁶⁴ sottoposta a condizione sospensiva.

Naturalmente, data la struttura della *stipulatio*, è necessario che l'evizione sia verificata nella sua accezione propria, affinché possa farsi valere la pretesa derivante dalla *stipulatio*. Anzi, è da credere che l'elaborazione della nozione di evizione, intesa esattamente come spossamento della cosa oggetto della vendita a seguito di soccombenza in giudizio, avvenne nel quadro della *stipulatio duplae*⁶⁵ (basti vedere D. 21.2.21.1 Ulp. 29 *ad Sab.*⁶⁶ e già prima, sia pure con inversione delle posizioni, D. 21.2.16.1 Pomp. 9 *ad Sab.*⁶⁷): complementare a tale

⁶² Cfr. M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 391; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., 341; per P.F. GIRARD, *Études historiques*, cit., 100 ss., invece, la *stipulatio duplae* sarebbe stata antecedente alla *stipulatio rem habere licere*.

⁶³ M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, cit., 555.

⁶⁴ Cfr. D. 45.1.38.2 (Ulp. 49 *ad Sab.*): *at si quis velit factum alienum promittere poenam vel quanti ea res sit potest promittere. sed quatenus habere licere videbitur? si nemo controversiam faciat, hoc est neque ipse reus, neque heredes eius heredumve successores.*

⁶⁵ Cfr. M. SARGENTI, *L'evizione*, cit., 103.

⁶⁶ D. 21.2.21.1 (Ulp. 29 *ad Sab.*): *inde Iulianus libro quadragésimo tertio eleganter definit duplae stipulationem tunc committi, quotiens res ita amittitur, ut eam empori habere non liceat propter ipsam evictionem.*

⁶⁷ D. 21.2.16.1 (Pomp. 9 *ad Sab.*): *duplae stipulatio committi dicitur tunc, cum res restituta est petitori, vel damnatus est litis aestimatione, vel possessor ab emptore conventus absolutus est*, cui si era fatto cenno *supra*, nt. 3.

aspetto è quello legato alla considerazione della colpa del compratore, in presenza della quale la perdita del possesso non avrebbe dato luogo a responsabilità⁶⁸.

Di tale *stipulatio* si trova impiego – come detto – anche per le *res Mancipi*: anzi, non è escluso che essa avesse rappresentato la forma originaria di garanzia contrattuale per i casi di vendita non mancipatoria di *res Mancipi* (si veda, originariamente, Varr. *rust.* 2.10.4-5⁶⁹, oltre al già evocato D. 21.2.37 pr.-1, Ulp. 32 *ad ed.*⁷⁰); dunque, la forma stipulatoria avrebbe in tal caso tenuto luogo dell'*obligatio auctoritatis* strutturalmente collegata alla *mancipatio*⁷¹.

Almeno un cenno, a proposito della *stipulatio duplae*, deve essere riservato all'uso che andò affermandosi di ricorrere, nelle vendite di schiavi, a una formula complessa di *stipulatio duplae*, nella quale la clausola dedicata all'evizione era 'combinata' con quella riguardante i vizi occulti (ancorché quest'ultima conducesse però soltanto alla condanna nell'*id quod interest*)⁷²: e tale formula stipulatoria, eventualmente modulabile sulla base delle esigenze del caso di specie⁷³, sarebbe stata introdotta, con il nome di *stipulatio duplae*, nell'editto degli edili curuli, i quali l'avrebbero imposta al venditore di schiavi per l'ipotesi dell'evizione⁷⁴.

⁶⁸ Si veda, per esempio, D. 21.2.25 (Ulp. 29 *ad ed.*), che riproduce il caso del servo manomesso dallo stesso compratore: *si servum, cuius nomine duplam stipulatus sis, manumiseris, nihil ex stipulatione consequi possis, quia non evincitur, quo minus habere tibi liceat, quem ipse ante voluntate tua perdideris.*

⁶⁹ Varr. *rust.* 2.10.4-5: *in emptionibus dominum legitimum sex fere res perficiunt: si hereditatem iustam adiit; si, ut debuit, Mancipio ab eo accepit, a quo iure civili potuit; aut si in iure cessit, si potuit cedere, et id ubi oportuit; aut si usu cepit; aut si e praeda sub corona emit; tumve cum in bonis sectioneve cuius publice veniit. 5. In horum emptione solet accedere peculium aut excipi et stipulatio intercedere, sanum esse, furtis noxisque solutum: aut, si Mancipio non datur, dupla promitti, aut, si ita pacti, simula.* Sul passo, cfr. H. VINCENT, *Le droit des ediles. Étude historique et économique des prescriptions ediliciennes sur la vente et la garantie*, Paris, 1922, 123; P.F. GIRARD, *Études historiques*, cit., 139; G. IMPALLOMINI, *L'editto*, cit., 57; R. CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare'*, cit., 128 ss.; S. RANDAZZO, *'Leges Mancipii'*, cit., 111.

⁷⁰ Per il quale si veda *supra*, nt. 40.

⁷¹ Cfr. M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, cit., 555; M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 391.

⁷² Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., 342 e 367 s.

⁷³ Cfr. M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 392, nt. 910.

⁷⁴ Cfr. P.F. GIRARD, *Études historiques*, cit., 117; si veda anche C. BERTOLINI, *Appunti didattici di diritto romano*, Torino, 1905, 532 e 560; di recente, H. ANKUM, *Pro-*

La presenza di una formula della *stipulatio duplae* nell'editto edilizio, la quale facesse riferimento alla garanzia tanto per i vizi occulti quanto per l'evizione sembrerebbe peraltro comprovata anche dai documenti campani di compravendita (tra i testi più significativi: TH 60 e TPSulp. 42 e 43)⁷⁵.

Si tenga conto infine che la *stipulatio duplae* sarebbe rimasta in funzione di semplice rafforzamento della garanzia, quando – come si vedrà oltre – quest'ultima ormai fu vista nascere direttamente dal contratto di *emptio venditio*.

6. La '*stipulatio simplae*'

Sembra che già al tempo di Varrone si fosse affermato l'uso di una *stipulatio* per il *simplum*⁷⁶. Quest'ultima avrebbe ripreso la struttura della *stipulatio duplae*, adottando però come parametro della condanna il semplice prezzo.

In seguito, si sarebbe prospettata la possibilità di aggravare – secondo lo schema che si è visto – la responsabilità oltre il doppio: di ciò si parla in astratto – per il triplo e il quadruplo – in D. 21.2.56 pr. (Paul. 2 *ad ed. aed. cur.*)⁷⁷.

blemi concernenti l'evizione, cit., 613 s.; di diversa opinione G. IMPALLOMENI, *L'editto*, cit., 55 ss.; sul punto, di recente, F. REDUZZI MEROLA, *Per uno studio delle clausole di garanzia nella compravendita di schiavi: la prassi campana*, in *Index*, XXX, 2002, 218.

⁷⁵ Cfr. G. CAMODECA, *Tabulae Herculanenses: riedizione delle 'emptions' di schiavi (TH 59-62)*, in *'Quaestiones Iuris'. Festschrift für J.G. Wolf zum 70. Geburtstag*, herausgegeben von U. Manthe und C. Krampe, Berlin, 2000, 57; ID., *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum. Edizione critica dell'archivio puteolano dei Sulpicii*, I, Roma, 1999, 116. Si veda inoltre É. JACAB, *'Praedicere' und 'cavere' beim Marktkauf. Sachmängel im griechischen und römischen Recht*, München, 1997, 165 s. e 281 s.; M. GIGANTE, *Prassi giuridiche nella Campania romana*, in *Labeo*, XLVI, 2000, 98 ss.; M. AMELOTTI, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum*, in *Index*, XXIX, 2001, 361 ss.; J.G. WOLF, *Der neue pompejanische Urkundenfund*, in *ZSS*, CXVIII, 2001, 73 ss.; F. REDUZZI MEROLA, *Per uno studio delle clausole*, cit., 219 s.

⁷⁶ Cfr. Varr. *rust.* 2.10.4-5, riportato *supra*, nt. 69.

⁷⁷ D. 21.2.56 pr. (Paul. 2 *ad ed. aed. cur.*): *si dictum fuerit vendendo, ut simpla promittatur, vel triplum aut quadruplum promitteretur, ex empto perpetua actione agi poterit. non tamen, ut vulgus opinatur, etiam satisfacere debet qui duplam promittit, sed sufficit nuda repromissio, nisi aliud convenerit*. Nei *Digesta* tuttavia non si trovano casi di questo tipo di aggravamento, che pure doveva essere diffuso nel tardoantico: cfr. A. PEZZANA, *Osservazioni sulle 'Tablettes Albertini'*, in *Arch. giur.*, CXLIV, 1954, 144, 52; ID., *La*

Della *stipulatio simplae* è interessante in questa sede notare come essa consentisse al compratore di riottenere il prezzo pagato (anziché l'*id quod interest*), piuttosto che propriamente sanzionare una responsabilità del venditore: quindi si può dire che si sarebbe trattato di un rimedio in grado di correggere un difetto di funzionamento del sinallagma.

7. Verso la tutela per l'evizione nell'ambito dell' 'actio empti'.

Le varie forme di *verborum obligationes* sin qui osservate rappresentavano strumenti disponibili a un compratore diligente che si preoccupasse di costruire una specifica tutela per l'evizione⁷⁸.

Eccettuati questi strumenti volontari di protezione del compratore, però, soltanto l'antica *mancipatio* sarebbe stata in grado di assicurare, attraverso il regime dell'*auctoritas*, una tutela per il caso di evizione.

D'altra parte, il vasto diffondersi del contratto di *emptio venditio* nei rapporti tra Romani e Romani e *peregrini*, collegato alla crescente esigenza di sicurezza e rapidità nei traffici, nonché l'ampia elaborazione giurisprudenziale in tema di *fides* e *bona fides* avrebbero senz'altro condotto alla definizione di forme di tutela per l'evizione – per così dire – 'interne' al regime del contratto di *emptio venditio*.

Un ruolo in questo senso, evidenziato in specie da Girard⁷⁹ e Arangio-Ruiz⁸⁰, avrebbe svolto anche il diffondersi dell'uso di concedere al compratore, da parte degli edili curuli, nelle vendite di schiavi, la *stipulatio duplae* con formula complessa – cui si è dianzi fatto cenno – nella quale la clausola dell'evizione era 'combinata' con quella riguardante i vizi occulti.

Comunque, in modo particolarmente incisivo proprio il principio della *fides* avrebbe operato, nella cornice dell'ormai diffusosi e stabilizzatosi contratto consensuale di compravendita protetto da giudi-

'cautio de evictione' nelle compravendite ravennati, in *Studi in onore di P. de Francisci*, II, Milano, 1956, 185 ss.

⁷⁸ V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., 345, efficacemente richiama in proposito il brocardo – certo non classico – *diligentibus iura succurrunt*.

⁷⁹ Cfr. P.F. GIRARD, *Études historiques*, cit., 113 ss.

⁸⁰ Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., 346.

zio di buona fede (dunque soprattutto tra il II e il I sec. a.C.⁸¹), nel senso della maturazione dell'esigenza che, indipendentemente dalle *stipulationes*, il compratore meritasse di ricevere tutela per l'evizione già sulla base dell'*emptio venditio*.

In questa tendenza, stando a Sargenti⁸², finanche la *mancipatio* – allorché utilizzata in funzione di vendita – avrebbe subito, per via giurisprudenziale, l'influsso del principio della *fides*, tanto che la violazione di quest'ultima, ma nel quadro dell'antico negozio, in età ciceroniana avrebbe potuto dar luogo al sorgere di un'azione identificabile nell'*actio empti*.

Certo è che: dapprima l'*actio empti* avrebbe sanzionato il comportamento doloso del venditore che avesse scientemente venduto una cosa che non fosse di sua proprietà o su cui gravasse un altrui diritto reale limitato⁸³; poi, a prescindere dalla necessità del dolo del venditore (dunque progressivamente maturando l'idea secondo cui la garanzia si sarebbe collegata al fatto oggettivo dell'evizione), l'*actio em-*

⁸¹ Cfr. F. CANCELLI, *L'origine del contratto consensuale di compravendita nel diritto romano. Appunti esegetico-critici*, Milano, 1963, 156 s.; M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti*, cit., 40.

⁸² Cfr. M. SARGENTI, *L'evizione*, cit., 87, muovendo dall'analisi del non perfettamente perspicuo Cic. *off.* 3.16: *Ac de iure quidem praediorum sactum apud nos est iure civili, ut iis vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori. nam cum ex duodecim tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitiatu esset, dupli poenam subiret, a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta. quicquid enim est in praedio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere. ut, cum in arce augurium augures acturi essent iussissentque T. Claudium Centumalum, qui aedes in Caelio monte habebat, demoliri ea, quorum altitudo officeret auspiciis, Claudius proscrispsit insulam [vendidit], emit P. Calpurnius Lanarius. huic ab auguribus illud idem denuntiatum est. itaque Calpurnius, cum demolitus esset cognossetque Claudium aedes postea proscrispsisse, quam esset ab auguribus demoliri iussus, arbitrium illud adegit QUICQUID SIBI DARE FACERE OPORTERET EX FIDE BONA. M. Cato sententiam dixit, huius nostri Catonis pater ... is igitur iudex ita pronuntiavit, cum in vendundo rem eam scisset e non pronuntiasset, emptori damnum praestari oportere. ergo ad fidem bonam statuit pertinere notum esse emptori vitium, quod nosset venditor. ... M. Marius Gratidianus, propinquus noster, C. Sergio Oratae vendiderat aedes eas, quas ab eodem ipse paucis ante annis emerat. eae serviebant, sed hoc in mancipio Marius non dixerat; adducta res in iudicium est. Oratam Crassus, Gratidianum defendebat Antonius. ius Crassus urgebat, 'quod vitii venditor non dixisset sciens, id oportere praestari'; aequitatem Antonius, 'quoniam id vitium ignotum Sergio non fuisset, qui illas aedes vendidisset, nihil fuisse necesse dici nec eum esse deceptum, qui id, quod emerat, quo iure esset, teneret'.*

⁸³ Cfr. D. 19.1.30.1 (Afric. 30 *quaest.*): *si sciens alienam rem ignorantem mihi venderis, etiam priusquam evincatur utiliter me ex empto acturum putavit in id, quanti mea intersit meam esse factam: ...: cfr., sul punto, A. BURDESE, voce *Vendita*, cit., 596, nt. 6.*

pti avrebbe autonomamente assicurato una tutela – in via mediata o immediata – al compratore⁸⁴.

Con riferimento alle modalità della tutela (e così alla sua immediatezza o meno), è necessario però ora che si distinguano due fasi.

8. *L'«actio empti» diretta alla stipulazione di garanzia.*

In un primo tempo, l'*actio empti* avrebbe consentito al compratore di imporre al venditore la stipulazione di garanzia, nel caso in cui questa non fosse stata inizialmente prestata.

Pur nell'insussistenza di dati certi, è da credere che la maturazione di un simile impiego dell'*actio empti* (sebbene avviatosi con ampia probabilità già in concomitanza con l'elaborazione stessa del contratto di compravendita) risulti compiuta al tempo di Nerazio⁸⁵.

L'innesto della disciplina delle *stipulationes* nella cornice del contratto di compravendita appare come un fenomeno valutabile – a mio giudizio – sotto un duplice aspetto.

Concentrando l'attenzione sul profilo della struttura del negozio, sembra di dover osservare che la pura e semplice messa a disposizione della merce, da parte del venditore, venne progressivamente ad avvertersi come non più adeguata, proprio allorché valutata alla stregua dell'assetto d'interessi divisato con il contratto di *emptio venditio*. Si impose allora quasi un 'prolungamento' degli effetti della messa a di-

⁸⁴ Cfr. P.F. GIRARD, *Études historiques*, cit., 106 ss.

⁸⁵ Cfr. D. 19.1.11.8-10 (Ulp. 32 ad ed.): *idem Neratius, etiamsi alienum servum vendideris, furtis noxisque solutum praestare te debere ab omnibus receptum ait et ex empto actionem esse, ut habere licere emptori caveatur, sed et ut tradatur ei possessio. idem ait non tradentem quanti intersit condemnari: satis autem non dantem, quanti plurimum auctorem periclitari oportet. idem Neratius ait propter omnia haec satis esse quod plurimum est praestari, id est ut sequentibus actionibus deducto eo quod praestitum est lis aestimetur*; D. 19.1.11.13 (Ulp. 32 ad ed.): *idem Neratius ait venditorem in re tradenda debere praestare emptori, ut in lite de possessione potior sit: sed Iulianus libro quinto decimo digestorum probat nec videri traditum, si superior in possessione emptor futurus non sit: erit igitur ex empto actio nisi praestetur*; D. 21.2.37.2 (Ulp. 32 ad ed.): *si simplam pro dupla per errorem stipulatus sit emptor, re evicta consecuturum eum ex empto Neratius ait, quanto minus stipulatus sit, si modo omnia facit emptor, quae in stipulatione continentur: quod si non fecit, ex empto id tantum consecuturum, ut ei promittatur quod minus in stipulationem superiorum deductum est. Cfr. M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 393 e nt. 926.*

sposizione⁸⁶: con ciò intendendosi dire che, nel tempo antecedente al verificarsi dell'evizione, il compratore avrebbe avuto facoltà di agire con l'azione contrattuale allo scopo di far valere un'obbligazione del venditore *ob evictionem*.

Guardando all'aspetto soggettivo, invece, si nota come il compratore, che incautamente si fosse mosso a pagare il prezzo (in esecuzione dell'accordo, o eventualmente realizzando una vendita 'a contanti'⁸⁷) senza provvedere a garantirsi, si sarebbe trovato del tutto sguarnito di protezione. Ritenendo di dover correggere tale aspetto del regime contrattuale, si venne così ad ammettere che il compratore potesse, con l'azione di buona fede, costringere il venditore a prestare la *stipulatio*.

Dunque, l'elaborazione della nuova disciplina della garanzia per l'evizione ebbe luogo sul terreno processuale dell'*oportere ex fide bona*: fu proprio la giurisprudenza a 'desumere' dal principio normativo della buona fede i profili del regime dell'evizione da collocarsi entro la cornice del contratto di compravendita.

Conviene a questo punto volgere lo sguardo in avanti, per osservare all'orizzonte, in esito a una precisa elaborazione degli effetti dell'*emptio venditio*, la celebre sistemazione, che esprime un punto d'approdo raggiunto in epoca severiana, cristallizzata in D. 19.4.1 pr. (Paul. 32 *ad ed.*), secondo cui *venditori sufficit ob evictionem se obligare possessionem tradere et purgari dolo malo*⁸⁸: ebbene, in questi termini viene descritta una situazione che presuppone, a monte, il progressivo

⁸⁶ Cfr. P.F. GIRARD, *Études*, cit., 107.

⁸⁷ Giacché non si può dimenticare che la compravendita consensuale e obbligatoria rappresentava una 'forma limite', che nella prassi aveva probabilmente minore applicazione rispetto alla vendita con scambio contestuale della cosa e del prezzo: cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Diritto puro e diritto applicato negli obblighi del venditore*, in *Festschrift P. Koschaker*, II, Weimar, 1939, 141 ss.; Id., *La compravendita*, cit., 84 ss.

⁸⁸ Si legga nell'insieme il celebre passo: *sicut aliud est vendere, aliud emere, aliud emptor, aliud venditor, ita pretium aliud, aliud merx. at in permutatione discerni non potest, uter emptor vel uter venditor sit, multumque differunt praestationes. emptor enim, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito, venditori sufficit ob evictionem se obligare possessionem tradere et purgari dolo malo, itaque, si evicta res non sit, nihil debet: in permutatione vero si utrumque pretium est, utriusque rem fieri oportet, si merx, neutrius. sed cum debeat et res et pretium esse, non potest permutatio emptio venditio esse, quoniam non potest inveniri, quid eorum merx et quid pretium sit, nec ratio patitur, ut una eademque res et veneat et pretium sit emptionis.*

delinearsi, iniziato fin dal II-I sec. a.C., del regime del contratto consensuale di compravendita.

Il testo di Paolo indica gli obblighi nascenti dal contratto: e così, sono distintamente menzionati, da un lato, quello di consegna della cosa e, dall'altro, quello di prestare la garanzia per l'evizione (senza qui voler dire alcunché del *purgari dolo malo*)⁸⁹.

Se ne può indurre che la consapevolezza della distinzione concettuale tra il *possessionem tradere* e l'*ob evictionem se obligare* sarebbe da far risalire almeno all'epoca tra la fine del I e gli inizi del II sec. d.C.⁹⁰.

In collegamento con il testo paolino, merita di essere qui richiamato D. 19.1.11.13 (Ulp. 32 *ad ed.*)⁹¹, in cui è riportata la contrapposizione tra Nerazio e Giuliano sul valore del *possessionem tradere*: ebbene, soltanto per il secondo la garanzia del pacifico possesso della cosa venduta si sarebbe ritenuta inerente all'obbligazione principale del venditore, sicché, senza di ciò, sarebbe stata esperibile direttamente l'*actio empti*⁹²; la posizione di Giuliano venne poi ripresa da Pomponio in D. 19.1.3 pr. (Pomp. 9 *ad Sab.*)⁹³.

Si soggiunga ora che sono ipotizzabili due stadi (a ben vedere, più logici che marcatamente cronologici) di un siffatto fenomeno di 'assorbimento' delle *stipulationes* entro il regime proprio dell'*emptio venditio*.

Dapprima si sarebbe potuto pretendere, con l'*actio empti*, la *stipulatio habere licere*: merita osservare, in particolare, D. 19.1.11.8 (Ulp.

⁸⁹ Non è accettabile (almeno con riferimento alla giurisprudenza classica piuttosto matura) l'idea di E.I. BEKKER, *Zur Lehre*, cit., 229 s., secondo cui l'*ob evictionem se obligare* si sarebbe identificato con il *possessionem tradere*; cfr., sul punto, P. MEYLAN, *La genèse de la vente*, cit., 165; A. CALONGE, *Evicción*, cit., 63 ss.; cfr. M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 379, 385 s.

⁹⁰ Ma potrebbe pure essere non di poco anteriore: cfr. M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 393 s.

⁹¹ D. 19.1.11.13 (Ulp. 32 *ad ed.*): *idem Neratius ait venditorem in re tradenda debere praestare empori, ut in lite de possessione potior sit: sed Iulianus libro quinto decimo digestorum probat nec videri traditum, si superior in possessione emptor futurus non sit: erit igitur ex empto actio nisi praestetur.*

⁹² Cfr. M. SARGENTI, *L'evizione*, cit., 99.

⁹³ D. 19.1.3 pr. (Pomp. 9 *ad Sab.*): *ratio possessionis, quae a venditore fieri debeat, talis est, ut, si quis eam possessionem iure avocaverit, tradita possessio non intellegatur*: cfr. M. SARGENTI, *L'evizione*, cit., 100.

32 *ad ed.*), nel quale il giurista severiano cita l'opinione di Nerazio Prisco⁹⁴.

In seguito, con la medesima *actio empti* sarebbe stato consentito pretendere la più gravosa *stipulatio duplae*: in tal senso, si veda D. 21.2.6 (Gai. 10 *ad ed. prov.*)⁹⁵.

Stando a Ulpiano, la *stipulatio duplae* (*duplam promitti oportere*) sarebbe stata prevista soltanto per le *res pretiosiores*: occorre guardare a D. 21.2.37 pr.-1⁹⁶ (Ulp. 32 *ad ed.*), ove – riecheggiando la terminologia usata in Gai 1.192 per la descrizione delle *res Mancipi*⁹⁷ – sono nominate varie *res nec Mancipi*, prima che siano menzionati gli schiavi (ossia *res Mancipi*), per i quali parrebbe che il riferimento fosse però esclusivamente all'editto degli edili curuli. Si consideri, da un lato, che per le *res Mancipi* era pur sempre valido il regime dell'*auctoritas*; dall'altro lato, si potrebbe ritenere confermata l'ipotesi – ferma restando la difficoltà di lettura legata alla ben nota soppressione giustiniana dei riferimenti alle *res Mancipi* – che fosse comunque entrata in uso, a seguito di un'interpretazione estensiva per opera della giurisprudenza, la *stipulatio duplae* dapprima per le *res Mancipi* (proprio quando la vendita non avesse assunto forma mancipatoria) e poi anche per le *res nec Mancipi* di un certo valore⁹⁸.

Nella scelta della promessa alla quale avrebbe dato luogo l'esperi-

⁹⁴ Si veda *supra*, nt. 85.

⁹⁵ Cfr. D. 21.2.6 (Gai. 10 *ad ed. prov.*): *si fundus venierit, ex consuetudine eius regionis in qua negotium gestum est pro evictione caveri oportet*.

⁹⁶ Cfr. D. 21.2.37 pr.-1 (Ulp. 32 *ad ed.*): *emptori duplam promitti a venditore oportet, nisi aliud convenit: non tamen ut satisdetur, nisi si specialiter id actum proponatur, sed ut reprimittatur. 1. Quod autem diximus duplam promitti oportere, sic erit accipiendum, ut non ex omni re id accipiamus, sed de his rebus, quae pretiosiores essent, si margarita forte aut ornamenta pretiosa vel vestis Serica vel quid aliud non contemptibile veneat. per edictum autem curulium etiam de servo cavere venditor iubetur*.

⁹⁷ Cfr. Gai 1.192: *sane patronorum et parentum legitimae tutelae vim aliquam habere intelleguntur eo, quod hi neque ad testamentum faciendum neque ad res Mancipi alienandas neque ad obligationes suscipiendas auctores fieri coguntur, praeterquam si magna causa alienandarum rerum Mancipi obligationisque suscipiendae interveniat. eaque omnia ipsorum causa constituta sunt, ut quia ad eos intestatarum mortuarum hereditates pertinent, neque per testamentum excludantur ab hereditate, neque alienatis pretiosioribus rebus susceptoque aere alieno minus locuples ad eos hereditas perveniat*.

⁹⁸ Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., 347; M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 396; da ultima, F. REDUZZI MEROLA, *Per uno studio delle clausole di garanzia*, cit., 218 s. Secondo A. CALONGE, *Evicción*, cit., 26, invece, la *stipulatio duplae* avrebbe fin da subito trovato applicazione alle *res nec Mancipi*.

mento dell'azione contrattuale, poi, occorre pensare che potessero pesare tanto l'apprezzamento del giudice quanto la consuetudine locale⁹⁹. E, se è vero che la *stipulatio duplae* tendenzialmente rappresentava il parametro tipico della garanzia per l'evizione, non si può dire tuttavia che la regola non incontrasse eccezioni¹⁰⁰.

Infine, per comprendere esattamente il meccanismo appena descritto e le modalità del suo affermarsi, nel quale l'azione si rivelava funzionale alla *stipulatio*, bisogna tenere in conto il principio della condanna pecuniaria. Posto che, naturalmente, non sarebbe stata prevista l'esecuzione in forma specifica dell'obbligo, in capo al venditore, di assumersi la garanzia tramite *stipulatio*, il giudice avrebbe pronunciato condanna come se l'evizione si fosse realizzata. Dunque, sarebbe stato riconosciuto l'interesse positivo: ossia, l'interesse del compratore a conservare la cosa ovvero – se avesse avuto diritto alla *stipulatio duplae* – l'interesse al doppio del prezzo (si veda D. 19.1.11.9-11: Nerazio in Ulp. 32 *ad ed.*). Pertanto, il deterrente rappresentato dalla condanna giudiziale avrebbe fortemente indotto il venditore a effettuare la promessa; questi avrebbe senz'altro preferito assumersi un impegno, tramite *stipulatio*, per un'evizione eventuale, piuttosto che, sottraendosi al medesimo, subire una condanna certa¹⁰¹.

9. L'«*actio empti*» in funzione di garanzia.

È in esito a un'intensa opera di elaborazione giurisprudenziale che si arrivò a configurare l'*actio empti* direttamente in funzione di garanzia.

In sostanza, si potrebbe dire che, dopo un fenomeno di 'contrattualizzazione' dell'obbligazione di perfezionare una *stipulatio* in funzione di garanzia (nel senso che allo scopo di far sorgere tale impegno sarebbe stata esperibile l'*actio empti*), il passaggio ulteriore fu quello

⁹⁹ Cfr. M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 396.

¹⁰⁰ Cfr. D. 21.2.37 pr.-1 (Ulp. 32 *ed.*), nonché D. 45.1.5 pr. (Pomp. 26 *ad Sab.*), su cui A.M. GIOMARO, '*Cautiones iudiciales*' e '*officium iudicis*', Milano, 1982, 10 ss.; É. JACAB, '*Praedicere*', cit., 227 ss. Sul punto, M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 396 e nt. 960.

¹⁰¹ Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., 348.

di 'contrattualizzare' la garanzia stessa: ciò nel senso che, per far valere quest'ultima, sarebbe stato possibile esperire *tout court* l'*actio empti*.

In sostanza, l'elaborazione dei *prudentes* (progressiva e senza fratture, tesa all'accostamento dei nuovi strumenti piuttosto che alla sostituzione dei nuovi ai vecchi¹⁰²) condusse all'abbreviazione di un passaggio.

Probabilmente, l'innovazione in parola è ascrivibile già a Giavoleno.

Occorre guardare il passo, ancorché su di esso gravino ancora taluni sospetti¹⁰³, D. 21.2.60 (Iavol. 2 *ex Plaut.*): *si in venditione dictum non sit, quantum venditorem pro evictione praestare oporteat, nihil venditor praestabit praeter simplam evictionis nomine et ex natura ex empto actionis hoc quod interest*. Dunque, proprio il concetto del *praestare*¹⁰⁴ sarebbe stato in grado di veicolare il principio in base al quale era possibile convenire in giudizio il venditore anche a evizione avvenuta, in forza dell'*actio empti*.

Dello stesso Giavoleno, d'altra parte, Talamanca osserva la necessità di considerare, a conferma della plausibilità della ricostruzione che emerge da D. 21.2.60, anche il testo – pur riprodotto un caso peculiare – D. 41.3.23.1 (Iavol. 9 *epist.*): *si autem columna evicta fuerit, puto te ex empto cum venditore recte acturum et eo genere rem salvam habiturum*¹⁰⁵.

¹⁰² Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., 310. D'altra parte, i testi che rappresentano l'esperibilità dell'azione contrattuale onde costringere il venditore ad assumersi la stipulazione di garanzia sono tutto sommato limitati: si veda M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., nt. 926.

¹⁰³ Non si esprimeva nettamente V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., 349; sottintende un apposito *pactum* onde far sorgere la garanzia D. MEDICUS, *Id quod interest*, cit., 56 e nt. 11; per H. HONSELL, *Quod interest*, cit., 27 s., occorrerebbe ancora intravedere una stipulazione di garanzia; vede invece decisamente interpolato il finale nel quale si configura l'*actio empti* in funzione di garanzia A. CALONGE, *Evicción*, cit., 35; ma per M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 395, il testo sarebbe sostanzialmente affidabile.

¹⁰⁴ Sul significato di *praestare*, cfr. R. MAYR, *Praestare*, in ZSS, XLII, 1921, 198 ss.; M. SARGENTI, *L'evizione*, cit., 12 s.; C.A. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico*. (*Corso di diritto romano, Cagliari 1967-1968*), Milano, 1969, 20 ss.; ID., *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano: materiali per un corso di diritto romano*, Catania, 1996, 121 s.; M. TALAMANCA, voce *Obbligazioni*, cit., 27 ss.; ora, ampiamente, R. CARDILLI, *L'obbligazione di 'praestare'*, cit.

¹⁰⁵ Cfr. M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 395, nt. 949.

Quindi la novità sarebbe stata recepita da (o comunque risulterebbe attestata con) Giuliano in D. 21.2.8 (Iul. 15 *dig.*), D. 30.82.4 (Iul 33 *dig.*), D. 21.2.7 (Iul. 13 *dig.*), D. 19.1.11.15 (Ulp. 32 *ad ed.*), D. 19.1.11.18 (Ulp. 32 *ad ed.*), nonché da Africano in D. 19.1.30.1 (Afric. 8 *quaest.*) e in D. 21.2.47 (Afric. 8 *quaest.*); poi, a seguire, il regime si sarebbe definitivamente stabilizzato¹⁰⁶.

Con riferimento alla parabola di tale fenomeno, occorre peraltro dire che, secondo l'opinione di Ankum, il riconoscimento della disponibilità al compratore dell'*actio empti* in funzione di garanzia e diretta all'*id quod interest*, senza la necessità del dolo del venditore, sarebbe da attribuirsi a Pomponio¹⁰⁷.

L'adozione del criterio dell'*id quod interest*, dunque dell'interesse positivo, sarebbe pertanto il medesimo che dianzi si era visto adottato nella *stipulatio habere licere*: oltre ai testi giulianeî sopra indicati, appare interessante, tra molti, D. 19.1.43 (Paul. 5 *quaest.*), nel quale, a cospetto di una complessa fattispecie di mancata esecuzione di fedecommesso avente per oggetto la monomissione di schiavi poi invece come tali venduti dall'erede, è enunciato a favore del compratore il principio per cui *nam empti iudicium ad eam quoque speciem sufficere existimo: non enim pretium continet tantum, sed omne quod interest emptoris servum non evinci*¹⁰⁸.

In punto di *quantum* della condanna per *actio empti* avrebbe poi continuato a costituire base di riferimento, assieme alla consuetudine locale, l'uso precedentemente invalso in ordine alla *stipulatio*: e il quadro generale dei rimedi in tema di evizione si sarebbe così definito in un sistema poi assestatosi fino all'epoca postclassica¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Per una completa indicazione dei testi, cfr. M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 395, nt. 954; il quadro evolutivo appare chiaramente rappresentato in M. KASER, *Das Ziel*, cit., 164 ss.

¹⁰⁷ Sulla base di D. 18.1.66 pr. (Pomp. 31 *ad Q. Muc.*) e D. 21.2.16 pr. (Pomp. 9 *ad Sab.*): cfr. H. ANKUM, *Julian D. 30.84.5 und das Ziel der 'actio empti' nach Eviktion*, in *'Sodalitas'. Scritti Guarino*, VII, Napoli, 1984, 3215 ss.; ID., *Pomponio, Giuliano y la responsabilidad*, cit., 57 ss.; ID., *Problemi concernenti l'evizione*, cit., 616 ss.

¹⁰⁸ Sul passo, L. VACCA, *Sulla responsabilità 'ex empto' del venditore nel caso di evizione secondo la giurisprudenza tardo-classica*, in *Vendita e trasferimento della proprietà*, cit., 203 ss.

¹⁰⁹ Cfr. Paul. Sent. 2.17.1-3: *venditor si eius rei quam vendidit dominus non sit, pretio accepto auctoritatis manebit obnoxius: aliter enim non potest obligari. si res simpliciter traditae evincantur, tanto venditor emptori condemnandus est, quanto si stipulatione*

Ritengo che fattori fondamentali, operanti nel senso dell'evoluzione che si è andati evidenziando, debbano essere reputati: da un lato, il principio di buona fede (che già abbiamo giudicato decisivo rispetto alla vicenda dell'assorbimento delle *stipulationes* nel regime dell'*emptio venditio*) e, dall'altro, un approfondimento della relazione tra la funzione del contratto e la sua struttura.

Cercherò di spiegarmi più chiaramente.

La buona fede, nel suo ruolo normativo, senza dubbio modella il regime dell'evizione (si veda tale aspetto in continuità con quanto precedentemente detto con riferimento all'attrazione delle *stipulationes* nel regime dell'*emptio venditio*)¹¹⁰. Peraltro, in quanto si porti l'attenzione sul principio di buona fede – si osservi ciò almeno in via incidentale –, in tanto credo debba pure ravvisarsi un'interazione tra esso e il maturare di una riflessione, presso i *prudentes*, sul consenso quale sostrato imprescindibile del contratto: precisamente, intendo dire che ebbe un peso, in questo fenomeno, la considerazione secondo cui il venditore, prestando il proprio consenso rispetto all'assetto contrattuale tipico, almeno implicitamente avrebbe assunto la garanzia della disponibilità della cosa venduta. Comunque, sta di fatto che venne a costituirsi finalmente una garanzia, agganciata in modo diretto al contratto: solo a questo punto, in effetti, la garanzia per l'evizione può dirsi elemento naturale dell'*emptio venditio*.

Certo, si tratta di una garanzia configurata in un modo piuttosto particolare, specie se si abbia a mente la moderna elaborazione di tale categoria¹¹¹: in effetti, per il diritto romano classico ormai maturo, la garanzia – diversamente da quanto si era osservato con riferimento al-

pro evictione cavisset. res empti mancipatione et traditione perfecta si evincatur, auctoritatis venditor duplo tenus obligaturi, su cui cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., 318 ss.; M. SARGENTI, *L'evizione*, cit., 37.

¹¹⁰ Cfr. A. BECHMANN, *Der Kauf*, I, cit., 672 ss.

¹¹¹ Cfr. G. GORLA, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile* sotto la direzione di F. Vassalli, Torino, 1937, 88 ss.; ID., *Considerazioni in tema di garanzia per i vizi redibitori*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1957, II, 1272 ss.; L. MENGONI, *Profili per una revisione della teoria della garanzia per i vizi nella vendita*, in *Riv. dir. comm.*, 1953, I, 3 ss. Di recente, sul tema, L. CABELLA PISU, *Garanzia e responsabilità*, in *Vendita e trasferimento*, cit., 256 ss.; A. LUMINOSO, *La compravendita*⁴, Torino, 2004, 212 ss. Per una discussione della categoria, d'altra parte, cfr. E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, II, *Struttura dei rapporti di obbligazione*, Milano, 1953, 28 ss.; ID., *La struttura dell'obbligazione*, cit., 32 ss.

l'*auctoritas*¹¹² – inerisce a un contratto, quello di *emptio venditio*, che è pur sempre privo di effetti traslativi¹¹³, oltrech  caratterizzato da struttura sinallagmatica.

L'altro aspetto su cui si   portata l'attenzione – collegato al primo e parimenti rilevante –   quello legato alla considerazione del rapporto tra la funzione del contratto e la sua struttura.

Scopo del contratto di *emptio venditio* risulta quello di attribuire la pacifica disponibilit  di un bene, dietro corrispettivo del prezzo¹¹⁴. La struttura della compravendita  , fin dalle origini, quella dello scambio; ma, nel tempo, la funzione contribuisce a meglio determinare, a plasmare compiutamente la struttura contrattuale.

Cos , all'obbligo della consegna del bene si sente la necessit  di aggiungere (direi in via di completamento, pi  che di giustapposizione¹¹⁵) quale elemento naturale, la garanzia per l'evizione. In altri termini, la garanzia – di per s  nata, con altre forme, prima del (e quindi fuori dal) contratto consensuale di compravendita – venne via via attratta entro la cornice di un contratto fortemente connotato sotto il profilo causale, sicch  l'azione contrattuale pot  essere esperita per ottenere soddisfazione anche avverso un venditore che non si fosse impegnato con *stipulatio* (n  che fosse stato costretto a farlo con l'azione di compera).

Quindi, la garanzia stessa finisce per assumere un proprio inquadramento all'interno del meccanismo sinallagmatico.

La garanzia dell'*emptio venditio*, cio , non deve essere considerata 'staticamente' (come invece accade per il nostro sistema vigente, nel quale essa   agganciata al momento del consenso traslativo¹¹⁶), bens  proprio all'interno dello schema del sinallagma¹¹⁷. In dottrina mi pa-

¹¹² Si veda *supra*, § 2.

¹¹³ A prescindere poi dal discusso collegamento tra il momento obbligante dell'*emptio venditio* e quello traslativo della *mancipatio*: basti vedere, su posizioni opposte, V. ARANGIO-RUIZ, *Diritto puro*, cit., 141 ss., e G. PUGLIESE, *Compravendita e trasferimento della propriet  in diritto romano*, in *Vendita e trasferimento della propriet  nella prospettiva storico-comparatistica. Materiali per un corso di diritto romano*, a cura di L. Vacca, Torino, 1997, 39 ss.

¹¹⁴ Cfr. A. BURDESE, voce *Vendita*, cit., 594.

¹¹⁵ Cfr. L. VACCA, *Sulla responsabilit  'ex empto'*, cit., 208.

¹¹⁶ Si veda in specie L. MENGONI, *Profili per una revisione*, cit., 3 ss.

¹¹⁷ Cfr. H.-P. BEN HR, *Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts*, Hamburg, 1965, 20 ss.; L. VACCA, *Sulla responsabilit  'ex*

re che si sia ben mostrato come l'ipotesi in cui il compratore non avesse ottenuto la disponibilità della cosa, similmente a quella in cui l'avesse conseguita *ex alia causa*, fosse valutata, specie a partire da Giuliano¹¹⁸, proprio nell'ambito del *iudicium empti*: facendo leva sulla formulazione della condanna, in ipotesi di evizione, nella misura dell'*id quod interest*, si sarebbe infatti ottenuto un ristabilimento dell'equilibrio sinallagmatico tra le prestazioni (nel primo caso tramite la restituzione del prezzo pagato e nel secondo tramite l'eccezione alla richiesta di pagamento)¹¹⁹. Peraltro, già si è fatto cenno al principio generale ben espresso da Paolo in D. 19.1.43¹²⁰.

Insomma, la giurisprudenza classica avrebbe guadagnato, proprio sul terreno della buona fede, una precisa giunzione tra la garanzia per l'evizione e la struttura sinallagmatica del contratto¹²¹.

Dall'acquisizione della responsabilità per l'evizione a elemento naturale del contratto di *emptio venditio* discende logicamente la possibilità di concludere il cd. *pactum de non praestanda evicione*, con riferimento al quale si veda, in specie, D. 18.1.72 pr. (Pap. 10 *quaest.*)¹²², nonché, per il profilo in esame, D. 19.1.11.18 (Ulp. 32

empto, cit., 194, la quale incentra l'attenzione sulla «realizzazione della causa sinallagmatica dell'accordo, che comporta l'acquisto definitivo del bene al compratore, dipendente dal trasferimento del venditore, quale corrispettivo del pagamento del prezzo».

¹¹⁸ Cfr. D. 30.84.5 (Iul. 33 *ad ed.*); si veda quindi Ulpiano che riporta il pensiero di Giuliano in D. 19.1.13 pr. (Ulp. 32 *ad ed.*).

¹¹⁹ Cfr. L. VACCA, *Sulla responsabilità 'ex empto'*, cit., 193 ss.; ID., *Ancora sull'estensione dell'ambito di applicazione*, cit., 221 ss.; ID., *La garanzia per evizione e le obbligazioni del venditore nel sistema romano e nel sistema del codice civile italiano*, in *Vendita e trasferimento della proprietà*, cit., 266 ss.; L. VACCA, *Risoluzione e sinallagma contrattuale nella giurisprudenza romana dell'età classica*, in *Il contratto inadempito. Realtà e tradizione del diritto contrattuale europeo. III Congresso Internazionale ARISTEC. Ginevra, 24-27 settembre 1997*, a cura di L. Vacca, Torino, 1999, 23 ss., in specie 31 s.

¹²⁰ Di Paolo, peraltro, si veda anche D. 19.1.45 (Paul. 5 *quaest.*).

¹²¹ In quest'ottica mi pare che meriterebbe di essere considerata anche la cd. *exceptio imminētis evicionis*, in forza della quale il compratore avrebbe potuto sospendere il pagamento del prezzo ancora dovuto nel caso in cui vi fosse un serio pericolo di evizione, ancorché il venditore avesse già messo a disposizione la cosa: cfr. Vat. Fragm. 12 (Pap. 3 *resp.*), D. 18.6.19 (Pap. 3 *resp.*), C. 8.44.24 pr., sui quali H.-P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma*, cit., 56 ss.; J. GINESTA-AMARGÓS, *'Exceptio imminētis evicionis'*, in *BIDR, XCII-XCIII, 1989-1990*, 311 ss.; W. ERNST, *Rechtsmängelhaftung*, cit., 61 ss.

¹²² D. 18.1.72 pr. (Pap. 10 *quaest.*): *pacta conventa, quae postea facta detrahunt aliquid emptioni, contineri contractui videntur: quae vero adiciunt, credimus non inesse. quod locum habet in his, quae adminicula sunt emptionis, veluti ne cautio duplae praestetur aut*

ad ed.)¹²³. Circa l'esatta portata di tale patto, secondo Talamanca, plausibilmente i *prudentes* avrebbero consentito di esonerare il venditore dalla responsabilità per l'attacco del terzo, ma non anche del venditore e dei suoi aventi causa¹²⁴. In ogni caso, si nota che la situazione di tutela, rispetto a un tempo, si presenta 'rovesciata': se prima dell'assunzione della garanzia a elemento naturale della vendita occorreva una *stipulatio* per ottenere la garanzia, in esito all'evoluzione giurisprudenziale di cui si è detto, è necessario un patto per escluderla.

Dal testo D. 19.1.11.18 (Ulp. 32 *ad ed.*) si ricava inoltre che, nel

ut cum fideiussore cautio duplae praestetur. sed quo casu agente emptore non valet pactum, idem vires habebit iure exceptionis agente venditore. an idem dici possit aucto postea vel deminuto pretio, non immerito quaesitum est, quoniam emptionis substantia constitit ex pretio. Paulus notat: si omnibus integris manentibus de augendo vel deminuendo pretio rursus conuenit, recessum a priore contractu et nova emptio intercessisse videtur.

¹²³ Cfr. D. 19.1.11.18 (Ulp. 32 *ad ed.*): *qui autem habere licere vendidit, videamus quid debeat praestare. et multum interesse arbitror, utrum hoc polliceatur per se venientesque a se personas non fieri, quo minus habere liceat, an vero per omnes. nam si per se, non videtur id praestare, ne alius evincat: proinde si evicta res erit, sive stipulatio interposita est, ex stipulatu non tenebitur, sive non est interposita, ex empto non tenebitur. sed Iulianus libro quinto decimo digestorum scribit, etiamsi aperte venditor pronuntiet per se heredemque suum non fieri, quo minus habere liceat, posse defendi ex empto eum in hoc quidem non teneri, quod emptoris interest, verum tamen ut pretium reddat teneri. ibidem ait idem esse dicendum et si aperte in venditione comprehendatur nihil evictionis nomine praestatum iri: pretium quidem deberi re evicta, utilitatem non deberi: neque enim bonae fidei contractus hac patitur conventionone, ut emptor rem amitteret et pretium venditor retineret. nisi forte, inquit, sic quis omnes istas supra scriptas conventiones recipiet, quemadmodum recipitur, ut venditor nummos accipiat, quamvis merx ad emptorem non pertineat, veluti cum futurum iactum retis a piscatore emimus aut indaginem plagis positus a venatore, vel pantheram ab aucupe: nam etiamsi nihil capit, nihilo minus emptor pretium praestare necesse habebit: sed in supra scriptis conventionibus contra erit dicendum. nisi forte sciens alienum vendit: tunc enim secundum supra a nobis relatum Iuliani sententiam dicendum est ex empto eum teneri, quia dolo facit.*

¹²⁴ Cfr. M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 398. In argomento, si veda anche A. DE MEDIO, *Il patto di non prestare evizione e il dolo del venditore nel diritto romano classico*, in *BIDR*, XVI, 1904, 5 ss.; A. GUARNIERI CITATI, *Gli effetti del 'pactum de non praestanda evicione' e la regola 'creditorum evictio non debere'*, in *AUPA*, VIII, 1921, 385 ss.; M. RICCA BARBERIS, *Altro ancora sull'efficacia del 'pactum de non praestanda evicione'*, in *Studi in onore di P. de Francisci*, II, Milano, 1956, 13 ss.; A. CALONGE, *Evicción*, cit., 117; G. IMPALLOMENI, *Il 'pactum de non praestanda evicione' nella dottrina di Giuliano ed Ulpiano e i riflessi nelle codificazioni moderne*, in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano (Milano, 7-9 aprile 1987)*, I, Milano, 1988, 233 ss.; ID., *Nota sulla limitazione della garanzia per l'evizione nelle legislazioni dalla romana derivate*, in *Sein und Werden im Recht. Festgabe für U. von Lübtow zum 70. Geburtstag*, Berlin, 1970, 595 ss. (anche in ID., *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 1996, 211 s.).

pensiero di Giuliano, anche in caso di esonero della garanzia per il fatto del terzo, il compratore, se l'evizione fosse derivata da persona diversa dal venditore o dai suoi aventi causa, avrebbe potuto comunque richiedere la restituzione del prezzo mediante *actio empti* (dunque con implicita considerazione del sinallagma nell'*emptio venditio*¹²⁵).

10. *Conclusioni.*

Secondo una modalità di elaborazione tipica del diritto romano, abbiamo visto realizzarsi, per il caso dell'evizione, una stratificazione di tutele diversamente modellate e caratterizzate da differenti radici storiche.

Una linea di sviluppo generale però si intravede ed è quella che conduce da una responsabilità per l'evizione nata nel contesto del negozio mancipatorio, il quale aveva effetti traslativi, a una responsabilità derivante da *stipulatio*, quale elemento accidentale rispetto alla vendita effettuata tramite *traditio* di *res nec mancipi*, fino alla garanzia concepita come elemento naturale dell'*emptio venditio*, priva di effetti traslativi, il cui regime è dominato dal principio della buona fede.

Così, la conclusione più significativa del discorso che si è sin qui svolto, nel quale senza dubbio sono rimasti in ombra tanti e diversi problemi collegati al tema dell'evizione (ma sui quali non sarebbe stato consentito, in questa panoramica generale, specificamente intervenire), mi pare possa essere proprio questa: che, al termine di una lunga evoluzione, la giurisprudenza romana più matura giunse a costruire il regime della garanzia per l'evizione, nel contesto dell'*emptio venditio*, proprio sulla base di un rapporto, dialogico e articolato, tra il principio della buona fede, da un lato, e la struttura del sinallagma, dall'altro.

¹²⁵ Sul punto, H.-P. BENHÖR, *Das sogenannte Synallagma*, cit., 55 e nt. 3. Si veda anche C. 8.44.23 (a. 293 d.C.).