TOMMASO DALLA MASSARA

PER UNA RICOSTRUZIONE DELLE STRUTTURE DELL'EVIZIONE



giuffrè editore - 2010

Estratto dal volume:

STUDI IN ONORE DI ANTONINO METRO

Tomo II

a cura di

CARMELA RUSSO RUGGERI

TOMMASO DALLA MASSARA

PER UNA RICOSTRUZIONE DELLE STRUTTURE DELL'EVIZIONE

1. Con l'occasione di illustrare a Shanghai, poco più di un anno fa, a un pubblico culturalmente lontano non solo dal diritto romano ma anche dalla tradizione giuridica occidentale, il fenomeno dell'evizione nella cornice del diritto italiano vigente (1), ebbi modo di fissare l'attenzione su una disciplina (diramantesi intorno all'art. 1483 c.c.) che appare assai articolata e non facilmente riconducibile a sistema. E mi convinsi che la complessità del fenomeno poteva essere studiata e rappresentata solo mettendo a fuoco i modelli che emergono dalle fonti romane.

Una sintesi delle riflessioni allora elaborate dedico ora al prof. Antonino Metro, il quale incisivamente ha scritto che chi intende coltivare la scienza del diritto «non può ignorarne le origini, come non è concepibile che uno studioso d'arte ignori gli insuperabili modelli offerti dall'arte greca» (2).

Una riprova della verità di quest'affermazione mi è parso di poter trarre di fronte al caso dell'evizione, i cui meccanismi di funzionamento possono essere compresi solo nel divenire della storia.

⁽¹⁾ In occasione del Convegno Real Rights: Historical Experience, Modern Development and Comparative Perspective in the Continental Legal System - Diritti reali: esperienza storica, sviluppo moderno e prospettive comparatistiche nel sistema giuridico continentale (5-6-7 aprile 2007), organizzato dalla 'East China University of Political Science and Law' e dal 'Centro di Eccellenza in Diritto Europeo' che fa capo all'Università di Roma 'Tre'.

⁽²⁾ METRO, in CERAMI, CORBINO, METRO, PURPURA, Ordinamento costituzionale e produzione del diritto in Roma antica. I fondamenti dell'esperienza giuridica occidentale (Napoli 2001) 335.

2. Con riferimento al sistema italiano vigente si afferma che l'evizione risulta integrata quando «il compratore è privato del diritto sul bene acquistato, in conseguenza di una pronuncia giudiziaria che accerta un difetto – anteriore alla vendita – nel diritto del dante causa» (3). E, anche nei testi istituzionali, si usa ripetere il brocardo evincere est vincendo auferre, proprio per sottolineare la cornice processuale entro cui il fenomeno dell'evizione per sua essenza si iscrive.

Il fatto che la garanzia per l'evizione costituisca un elemento c.d. naturale della compravendita (4), o - per usare la terminologia del nostro codice - addirittura una delle «obbligazioni principali del venditore», ai sensi dell'art. 1476 c.c., rischia tuttavia di ridurre il tema entro i confini del regime di uno specifico tipo contrattuale; cosicché spesso si finisce per osservarlo angustamente entro la disciplina di un (pur dogmaticamente nevralgico) contratto, distogliendo lo sguardo dalla considerazione che nel regime dell'evizione trova composizione un conflitto d'interessi emergente tra il soggetto che rivendica la proprietà di un bene e il soggetto che, in forza della compravendita, reputa di avere legittimamente acquistato da altri il diritto sul medesimo bene. Nella moderna evizione dunque si ravvisa il punto di contatto, e di snodo, tra l'area di influenza del contratto di compravendita, in quanto traslativo della proprietà (ai sensi degli artt. 1376 e 1470 c.c.), e l'istituto della proprietà in sé considerata. Per dirla in altri termini, il tema al quale intendo dedicare queste riflessioni si colloca in quel territorio di confine - tra problematiche del contratto e diritti reali - che si è soliti definire della circolazione della proprietà (5).

Ebbene, una ricognizione sul tema dell'evizione nelle fonti romane consente di individuare le strutture concettuali di una disciplina percorsa da una tensione di fondo – che si cercherà di mettere in evidenza nel seguito – tra l'esigenza, da un lato, di assicurare

⁽³⁾ La citazione è ricavata da TRABUCCHI, Istituzioni di diritto civile⁴¹ a cura di G. Trabucchi (Padova 2004) 768.

⁽⁴⁾ Ai sensi dell'art. 1487 c.c., da leggere in combinato con l'art. 1476, n. 3, c.c.

⁽⁵⁾ Territorio dunque da esplorarsi in quella prospettiva di 'intersezione' tra istituti che fu magistralmente adottata da MENGONI, Gli acquisti "a non domino" (Milano 1975).

l'intangibilità della proprietà e quella, dall'altro lato, di riconoscere una forma di tutela al compratore.

3. Anche con riferimento al diritto romano si può dire, in via di primissima approssimazione, che l'evizione rimanga integrata a seguito del vittorioso esperimento in giudizio (6) della pretesa del terzo che vanti un diritto reale sulla cosa venduta (7); dalle fonti si ricava poi che l'evizione può distinguersi in totale o parziale, a seconda che il compratore sia privato in tutto o in parte della cosa medesima (8).

Già in questa assai sommaria descrizione del tema, occorre però 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 avverso l'evizione, anche in coincidenza di tempo — il che certamente non stupisce —, ma soprattutto ci si confronta con fenomeni strutturalmente ben diversificati, pur riconducibili alla nozione ampia di evizione testé proposta [sulla scorta dell'insegnamento tradizionale (9)], i quali postulano, a monte, forme di vendita assai differenti.

In altri termini, se si vuole incentrare l'attenzione sul fenomeno se che si colloca in esito a un giudizio di accertamento sulla pretesa avanzata dal terzo nei confronti della cosa venduta, sicché sia dato

⁽⁶⁾ Di regola, perché si dia evizione, si è in presenza di un processo nel quale si assiste alla soccombenza dell'acquirente possessore convenuto e alla vittoria del terzo che faccia valere il diritto di proprietà o altro diritto reale; tuttavia, può verificarsi una forma di evizione che potremmo 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. TALAMANCA, voce "Vendita" (Diritto romano), in Enciclopedia del dir. XLVI (Milano 1993) 401 e ntt. 1011 e 1012; IMPALLO-MENI, voce "Evizione" (Diritto romano), in Nov. dig. ital. VI (Torino 1960) 1049 nt. 1; sul tema dell'evizione, in particolare osservata partendo dalla struttura sinallagmatica dell'emptio venditio, sia consentito di rinviare anche al mio scritto Garanzia per evizione e interdipendenza delle obbligazioni nella compravendita, ne La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano a cura di Garofalo, II (Padova 2007) 277 ss., da cui il presente contributo prende le mosse.

⁽⁷⁾ Cfr. ARANGIO-RUIZ, La compravendita romana in diritto romano² I (Napoli 1987) e II (Napoli 1990) in specie 309 ss.; IMPALLOMENI, voce "Evizione" cit., 1048 s.; BURDESE, voce "Vendita" (Diritto romano), in Nov. dig. ital. XX (Torino 1975) 594 ss.; ROMANO, voce "Vendita nel diritto romano", in Dig. disc. priv. - Sez. civ. XIX (Torino 1999) 721.

⁽⁸⁾ Per la prima, cfr. D. 21.2.13 (Paul 5 ad Sab.) e D. 21.2.36 (Paul 29 ad ed.); per la seconda, cfr. D. 46.3.46 pr. (Marc. 3 regul.).

⁽⁹⁾ Si veda, per esempio, RABEL, Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte (Leipzig 1902) 5 ss.; BECHMANN, Der Kauf nach gemeinem Recht, I, Geschichte des Kaufs im Römischen Recht (Erlangen 1876 rist. Aalen 1965), in specie 113 ss. Si veda quindi la sintesi di SCHULZ, Classical Roman Law (Oxford 1951 rist. Aalen, 1992), 530 e 533 s.

di 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 quanto mai estesa di vendita – in realtà non riscontrabile nelle fonti romane – improntata sul profilo funzionale (10) (e così proporrei: un negozio che comunque realizzi lo scambio di cosa contro prezzo), sarebbe consentito discorrere in generale di evizione.

Tra le diverse forme negoziali di vendita che occorre considerare, distinguiamo:

- a) la mancipatio, quale negozio solenne e traslativo della proprietà, nel cui contesto la tutela per l'evizione fu originariamente elaborata come regime dell'auctoritas;
- b) la semplice *traditio* di *res nec mancipi*, in rapporto alla quale venne riconosciuta una diversa modalità di tutela per l'evizione, nelle forme della *stipulatio*;
- c) infine, il contratto di *emptio venditio*, in sé produttivo di effetti soltanto obbligatori (11), cui la garanzia per l'evizione fu collegata dapprima esclusivamente passando attraverso la conclusione di un'apposita *stipulatio* e, soltanto poi, come aspetto integrante del regime del medesimo contratto.

Si procederà, di qui in avanti, seguendo questo semplice schema, per osservare più da vicino i differenti modelli di tutela.

⁽¹⁰⁾ Secondo 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»; si veda, in termini simili, anche TALAMANCA, voce "Vendita" cit., 303 s. e 371.

⁽¹¹⁾ Senza voler approfondire, in questa sede, il discusso tema del collegamento tra il momento obbligante dell'emptio venditio e quello traslativo della mancipatio, che può vedersi affrontato nelle opposte letture di ARANGIO-RUIZ, molto chiaramente in Diritto puro e diritto applicato negli obblighi del venditore, in Festschrift Koschaker II (Weimar 1939) 141 ss., nonché di PUGLIESE, in molte occasioni, ma specialmente in Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano, in Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Materiali per un corso di diritto romano, a cura di Vacca (Torino 1997) 39 ss. Sul punto, nella prospettiva dell'evizione, PETERS, Die Verschaffung des Eigentums durch den Verkäufer, in ZSS. 109 (1979) 173 ss.; WACKE, Los presupuestos de la responsabilidad por eviccion en derecho romano y en derecho comparado, in Sem. compl. 4 (1992) 157 ss., in specie 160 [si veda anche WACKE, Die verschuldete Eviktion. Dogmengeschichtliches und Rechtsvergleichendes zu § 440 Abs. 2 und 3 BGB, in Festschrift für H. Niederländer (Heidelberg 1991) 141 ss.]; la questione appare ora rivisitata da CRISTALDI, Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale (Milano 2007) in specie 10 ss. e 121 ss.

4. Per l'epoca in cui era conosciuta soltanto la vendita con effetti reali, in presenza di res mancipi, all'esigenza di garantire l'acquirente per il caso di evizione rispondeva già in sé il negozio di mancipatio [per lo meno allorché effettuato a titolo di vendita (12)]: e ragionevolmente non è dubitabile che ciò fosse fatto discendere dal regime proprio dell'atto librale (13); peraltro, poteva se del caso essere prevista, al medesimo scopo, un'apposita nuncupatio (14).

⁽¹²⁾ 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 da ultimo SCEVOLA, "Venditio nummo uno", ne La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano a cura di Garofalo, I (Padova 2007), in specie 498 ss. nt. 57]: sicché si può dire che, in tale assetto, la garanzia per l'evizione venne a configurarsi quale elemento naturale del negozio; su ciò, BECHMANN, Der Kauf cit., 212; 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) 23 ss.

⁽¹³⁾ Sul punto, GIRARD, Études cit., 5 ss.; GIRARD, L"auctoritas" et l'action "auctoritatis". Inventaire d'interpolations, in Mélanges de droit romain II, cit., 153 ss.; LEIFER, "Mancipium" und "auctoritas". Mit Beiträgen zum römischen Schuld- und Haftungsproblem, in ZSS. 56 (1936) 136 ss., nonché LEIFER, Altrömische Studien IV. "Mancipium" und "auctoritas" II, in ZSS. 57 (1937) 112 ss.; GIF-FARD, Le sens du mot "auctoritas" dans les lois relatives à l'usucapion, in RHD. 17 (1938) 339 ss.; LÉVY-BRUHL, Deux études: "addicere" et "auctoritas" (Paris 1942); LÉVY-BRUHL, "Auctoritas" et usucapion et "addicere". Nouvelles études sur le très ancien Droit romain (Paris 1947) 14 ss.; NOAILLES, L'"auctoritas" dans la loi des Douze Tables. "Fas" et "ius", in Études de droit romain (Paris 1948) 223 ss.; AMIRANTE, Il concetto unitario dell'"auctoritas", in Studi in onore di S. Solazzi nel cinguantesimo anniversario del suo insegnamento, 1899-1948 (Napoli 1948) 375 ss.; DE VISSCHER, Le rôle de l"auctoritas" dans la mancipation, in Nouvelles études de droit romain public et privé (Milano 1949) 141ss.; DE VISSCHER, "Auctoritas" et "muncipium", in SDHI. 22 (1956) 87 ss.; MAGDELAIN, "Auctoritas rerum", in RIDA. 5, Mélanges De Visscher, 4 (1950) 127 ss.; VOCI, Modi di acquisto della proprietà (corso di diritto romano) (Milano 1952) 33 ss. e 47 ss.; MEYLAN, La génèse de la vente consensuelle romaine, in TR. 21 (1953) 137 ss.; THORMANN, "Auctoritas" (ein Beitrag zum römischen Kaufsrechte), in Iura 5 (1954) 1 ss.; ARANGIO-RUIZ, La compravendita cit., 310 ss.; KASER, Eigentum und Besitz im älteren römischen Recht² (Köln - Graz 1956) 129 ss.; KASER, Das Römisches Privatrecht, I² (München 1971) 136 s.; SARGENTI, Per una revisione della nozione dell'"auctoritas" come effetto della "mancipatio". in Studi in onore di E. Betti IV (Milano 1962) 15 ss.; CASTRESANA, En busca de un significado unitario del término "auctoritas", in Estudios en homenaje al Profesor J.M. Iglesias I (Madrid 1998) 183 ss.; CA-SINOS MORA, La noción romana de "auctoritas" y la responsabilidad por "auctoritas" (Granada 2000); ID., "Auctoritas" in PS. 2.17.1-3, in Labeo 48 (2002) 110 ss.; NORR, Probleme der Eviktionshaftung im klassischen römischen Recht, in ZSS. 121 (2004) 153 a.

⁽¹⁴⁾ Cfr. Cic., de off. 3.16.65. Tendevano a incentrare la nascita della garanzia per l'evizione proprio sulla nuncupatio RUDORFF, Über die Litiscrescenz, in ZGRW. 14 (1849) 433 ss.; KARLOWA, Der römische Civilprozess zur Zeit der Legislaktionen (Berlin 1872) 75; ECK, Die Verpflichtung des Verkäufers zur Gewährung des Eigenthums nach Römischen und gemeinem Deutschen Recht (Halle 1874) 2 ss.; 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), GEORGESCU, Essai d'une Théorie Générale des "leges privatae" (Paris 1932), nonché, più di recente, BELLOCCI, La struttura del negozio della fiducia nell'epoca repubblicana, I, Le "nuncupationes" (Napoli 1979); RANDAZZO, "Leges mancipii". Contributo allo studio dei limiti di rilevanza dell'accordo negli atti formali di alienazione (Milano 1998), sul passo ciceroniano dianzi citato, in specie, 80 ss. e 132 s.

Comunque, con la mancipatio sorgeva, accanto all'effetto traslativo, la peculiare forma di garanzia offerta dall'auctoritas, in forza della quale il mancipio accipiens risultava tutelato contro l'evizione nel preciso senso per cui il mancipio dans era tenuto a prestare assistenza processuale all'acquirente convenuto – originariamente, con la legis actio sacramenti in rem – entro due anni o un anno.

Se invece il mancipio dans non avesse prestato quell'assistenza all'acquirente o comunque se il processo si fosse concluso con la soccombenza di quest'ultimo, sarebbe stato condannato, in forza dell'actio auctoritatis [che si deve immaginare, seppure probabilmente non da subito, corrispondente a un'obligatio auctoritatis (15)], al pagamento del doppio del prezzo. Una condanna siffatta potrebbe far pensare a una responsabilità penale avvicinabile a quella prevista per il furtum nec manifestum, ancorché le fonti non lascino intendere che, salvo l'aspetto della condanna al multiplo del prezzo, l'azione fosse concepita come penale (16).

Non intendendo però indugiare sugli incerti profili dell'antica figura dell'auctoritas, mi limito a svolgere tre osservazioni, quelle che mi sembrano più strettamente funzionali allo sviluppo del discorso.

In primo luogo, già da questi rapidi cenni si coglie che la mancipatio era intesa come atto solenne (in quanto gestum per aes et libram) in cui il dans – auctor (17) si rendeva garante della trasmissio-

⁽¹⁵⁾ Cfr. Ankum, 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 Vacca, I (Milano 1991) 597 ss.; Ankum, Alcuni problemi concernenti la responsabilità per evizione, in Atti dell'Accademia Peloritana dei Pericolanti, 57 (Messina 1989) 6 ss.; Ankum, 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, Sargenti, L'evizione nella compravendita romana (Milano 1960) 17 ss.

⁽¹⁶⁾ Cfr., sul punto, ANKUM, Problemi concernenti l'evizione cit., 610 ss.; CASINOS MORA, "Auctoritas" cit., 118 s.

⁽¹⁷⁾ 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 ANKUM, Problemi concernenti l'evizione cit., 607 (su posizioni diverse, in argomento, CASINOS MORA, "Auctoritas" cit., 115 s., nonché in precedenza SARGENTI, L'evizione cit., 17 ss.).

ne della legittimità civile [forse in un senso ancora tecnicamente non precisato (18); secondo taluni addirittura con attinenza alla sfera del pubblico (19)], in grado di assicurare all'accipiens il titolo di dominus.

In secondo luogo, atteso che il mancipio dans restava vincolato a prestare assistenza processuale all'acquirente convenuto entro due anni o un anno, risulta chiaro che il regime dell'evizione era nella sua intima struttura concepito in coordinamento con la disciplina dell'usucapione: i termini entro i quali il mancipio dans era chiamato a rispondere coincidono infatti con quelli che avrebbero condotto all'acquisto a titolo originario della proprietà in capo all'accipiens (d'altra parte, nei confronti degli stranieri, che non avrebbero potuto usucapire, l'auctoritas era aeterna) (20).

In terzo luogo, si dice (e così ho fatto anch'io poc'anzi) che l'istituto dell'auctoritas, con il suo regime, rispondesse – in senso lato – a una funzione di garanzia. Ma ciò, secondo una ricostruzione dogmatica 'pandettisticamente' più rigorosa (secondo categorie che, senza dubbio, non si pretende di vedere rispecchiate nelle fonti romane), è da intendersi nel senso che veniva posta in capo al mancipio dans una responsabilità, dunque ricollegabile a un'antecedente obbligazione, ancorché – occorre precisare – quest'ultima si presentasse in sostanza come un'obbligazione che oggi definiremmo di risultato: in effetti, la responsabilità scattava per il fatto in sé che il

⁽¹⁸⁾ Cfr. SARGENTI, L'evizione cit., 17 ss.; SARGENTI, Per una revisione cit., 15 ss.; CALONGE, Evicción. Historia de un concepto y análisis de su contenido en el Derecho romano clásico (Salamanca 1968) 15 ss.; PUGSLEY, The Roman Law of Property and Obligations (Cape Town - Wynberg - Johannesburg 1972) 7 ss.

⁽¹⁹⁾ In tal senso, FUENTESCA, Trasferimento della proprietà e "auctoritas" nella vendita romana, in Vendita e trasferimento della proprietà cit., 73 ss., in specie 95 ss.; in precedenza, qualche cenno in 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 Daube (Oxford 1959) 85.

⁽²⁰⁾ Cfr. 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., de 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.

mancipio accipiens avesse a soccombere in giudizio (21).

In sintesi, dunque, le pur legittime aspettative del mancipio accipiens di acquistare la proprietà per mezzo del negozio traslativo non avrebbero inciso sul dominium di colui che fosse stato in grado di far accertare in giudizio il proprio diritto: in altri termini, era comunque salvaguardata la stabilità del diritto di proprietà. Tuttavia, a quello stesso negozio veniva collegata una responsabilità, gravante sul mancipio dans, che giovava al mancipio accipiens fino al momento in cui questi avesse acquistato il dominium a titolo originario; la responsabilità del mancipio dans avrebbe dunque — sia consentito dire così — accompagnato il mancipio accipiens verso la stabilizzazione della situazione che si sarebbe realizzata soltanto con il maturarsi del termine per l'usucapione.

5. Al di fuori dell'ambito del negozio mancipatorio, sembra che l'origine della tutela per l'evizione sul terreno dell'alienazione realizzata attraverso traditio di res nec mancipi [e così già prima del riconoscimento del contratto consensuale di emptio venditio inter cives (22)] sia da vedersi in dipendenza dall'introduzione di un'apposita stipulatio.

In specie si affermò, in epoca sicuramente ben antecedente a quella cui risale il testo varroniano che ce ne fornisce attestazione (23), l'uso di concludere una *stipulatio* c.d. *habere licere*: colui che ef-

⁽²¹⁾ Cfr. BECHMANN, Der Kauf, I, cit., 102 ss.; ANKUM, L'actio auctoritatis" appartenent à l'acheteur cit., 7 ss.; ERNST, Rechtsmängelhaftung (Tübingen 1995) 100 ss.; da ultimo, CASINOS MORA, La noción romana de "auctoritas" cit., 222 ss.

⁽²²⁾ In tal senso, soprattutto RABEL, Die Haftung cit., 56 ss.; CALONGE, Evicción cit., 32 nt. 74; 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 Copanello 1988, a cura di Milazzo (Napoli 1990) 64. Diversamente SARGENTI, La "satisdatio secundum mancipium" e la "stipulatio habere licere" nel quadro della garanzia per evizione nella compravendita romana, in BIDR. 55 (1962) 164 ss., il quale ritiene la stipulatio habere licere successiva al riconoscimento della compravendita consensuale. Per KASER, Das Ziel der "actio empti" nach Eviktion, in ZSS. 54 (1934) 188, come già per 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.

⁽²³⁾ Cfr. Varr., rust. 2.2.5-6. Per l'anteriorità dell'uso rispetto al tempo di Manilio, i cui formulari sono trasmessi proprio dall'autore del I secolo a.C., cfr. IMPALLOMENI, L'editto degli edili curuli (Padova 1955) 100; TALAMANCA, La tipicità cit., 51; in argomento anche CARDILLI, L'obbligazione di "praestare" e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. a.C. - II sec. d.C.) (Milano 1995)

fettuava traditio – com'è noto, traslativa della proprietà soltanto di res nec mancipi – avrebbe cioè assunto una promessa formale avente per oggetto l'indisturbata disponibilità, da parte del compratore, della cosa venduta (24).

La struttura formale della *stipulatio* – veicolo delle più varie funzioni negoziali lungo l'evoluzione dell'esperienza giuridica romana (25) – si sarebbe così prestata a introdurre, per l'ipotesi di *traditio* di *res nec mancipi*, una forma di garanzia per l'evizione.

Con la *stipulatio habere licere* si sarebbe configurata una responsabilità per evizione avente struttura assai diversa rispetto all'*auctoritas*.

Si noti anzitutto che si trattava di una disciplina in realtà non derivante in modo diretto dalla vendita: precisamente, una responsabilità per evizione 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, dall'altro.

Inoltre, mentre nel contesto della mancipatio il venditore non svolgeva alcuna attività in tal senso, essendo invece il compratore ad affermare unilateralmente e costitutivamente il potere sulla cosa, di fronte a una res nec mancipi era il venditore – in una fase che dobbiamo immaginare ancora primigenia di un nuovo sistema di vendita – a impegnarsi formalmente rispetto alla cosa. E ciò può osservarsi nel quadro della costruzione di un meccanismo che in qualche misura appare, nel suo insieme, di scambio: in effetti, il venditore, a fronte del pagamento del prezzo, assumeva l'impegno rispetto al rischio che il compratore vedesse rivendicato da parte di terzi il bene acquistato (26).

¹²⁴ s. e nt. 50, e SANGUINETTI, La promessa del fatto altrui nella riflessione dei giuristi romani, in SDHI. 65 (1999) 154 s. Cfr. inoltre CENDERELLI, Varroniana. Istituti e terminologia giuridica nelle opere di M. Terenzio Varrone (Milano 1973) 148 s., e NÖRR, Probleme der Eviktionshaftung cit., 160.

⁽²⁴⁾ Cfr. GIRARD, Études historiques cit., 65 ss.; ARANGIO-RUIZ, La compravendita cit., 332 ss.; CALONGE, Evicción cit., 27 ss.; MEYLAN, La stipulation "habere licere", in TR. 38 (1970) 67 ss.; ANKUM, L'"actio auctoritatis" appartenent à l'acheteur cit., 19 s.; TALAMANCA, voce "Vendita" cit., 389; ORTU, Garanzia per evizione: "stipulatio habere licere" e "stipulatio duplae", ne La compravendita e l'interdipendenza, II, cit., 318 ss.

⁽²⁵⁾ Cfr. soprattutto TALAMANCA, La tipicità cit., 35 ss.

⁽²⁶⁾ Sul punto, SARGENTI, L'evizione cit., 99.

6. Proprio per la sua autonomia strutturale rispetto alla traditio, cui si collegava solo funzionalmente, la stipulatio habere licere fu poi in grado di affiancarsi al contratto di emptio venditio (produttivo di effetti obbligatori), una volta che questo ricevette protezione nel ius civile (27).

In relazione all'emptio venditio, la forma stipulatoria avrebbe coperto il licere di un certo habere (28), ossia – potremmo dire – la conformità al diritto della disponibilità materiale della cosa.

Trattando della stipulatio habere licere, non si può mancare di gettare almeno uno sguardo alla celebre quanto discussa sequenza ulpianea conservata in D. 45.1.38 pr. - 9 (Ulp. 49 ad Sab.) (29), dalla quale si evince che, stando al più antico giurista Sabino – dal cui lemma il testo prende le mosse (30) – la promessa avrebbe coperto gli attacchi provenienti da chiunque, dunque dal venditore così come dai terzi (sarebbe stata in sostanza una responsabilità di carattere oggettivo); secondo Ulpiano, invece, sul presupposto del principio dell'irrilevanza della promessa del fatto del terzo, gli effetti derivanti dalla promessa si sarebbero limitati agli attacchi che fossero provenuti 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 terzi (31).

⁽²⁷⁾ Cfr. GIRARD, Études historiques cit., 46 ss.

⁽²⁸⁾ Sul valore semantico dei due verbi, cfr. RABEL, Die Haftung cit., 32 ss.; ARANGIO-RUIZ, La compravendita cit., 334 s. Non convince l'idea di KASER, Das Römisches Privatrecht, I², cit., 555, secondo cui dal senso dell'habere licere sarebbe ricavabile la configurabilità di un fenomeno evizionale non 'processuale'.

⁽²⁹⁾ 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 promisisse per omnes futurum, ut tibi habere liceat: videtur igitur alienum factum promisisse, nemo autem alienum factum promettendo 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. Sed si quis promittat per alium non fieri, praeter heredem suum dicendum est inutiliter eum promittere factum alienum. 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.

⁽³⁰⁾ Cfr. ASTOLFI, I "libri tres iuris civilis" di Sabino (Padova 1983) 264 e nt. 230.

⁽³¹⁾ Si veda SCHERILLO, La trasmissibilità della "stipulatio in facendo", in BIDR. 36 (1928) 58 ss.; COUDERT, Recherches sur les stipulations et les promesses pour autrui en droit romain (Nancy 1957) 83 nt. 25, 100; HONSELL, "Quod interest" im "bonae-fidei-iudicium". Studien zum Römischen Schadensersatzrecht (München 1969) 46 nt. 126; MEYLAN, La stipulation cit., 74 ss.; TALAMANCA, voce "Obbligazioni" (Diritto romano), in Enciclopedia del dir. XXIX (Milano 1979) 27; SANGUINETTI, La promessa cit., 164 ss.;

Prescindendo dall'affrontare la congerie di problemi che il passo pone, quanto detto basta per rilevare che pertanto, mediante l'impiego della stipulatio habere licere, si sarebbe edificata, nel contesto del contratto di emptio venditio, una responsabilità per l'evizione a vantaggio dell'emptor dapprima latamente intesa come eterogaranzia, poi invece ristrettasi alla normale portata dell'obligatio, avente per oggetto la disponibilità materiale della cosa.

Successiva alla stipulatio habere licere è da ritenersi l'introduzione della stipulatio duplae (la quale poi continuò a vivere in parallelo con la prima), probabilmente posteriore al fenomeno di estensione del contratto di compravendita ai rapporti inter cives (32).

Per certi aspetti, la stipulatio duplae realizzava un modello di garanzia che si sarebbe inserita nel solco dell'antica auctoritas collegata alla mancipatio: in effetti, la somma promessa era fissata nella misura del doppio del prezzo. In questo caso, però, 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 (33)].

La *stipulatio duplae* risultava concepita come una *stipulatio* penale (34), sottoposta a condizione sospensiva.

Naturalmente, data la struttura della stipulatio, il verificarsi dell'evizione era collocato a presupposto perché potesse essere fatta valere la pretesa derivante dalla stipulatio. Anzi, è da credere che l'acquisizione concettuale della nozione di evizione essenzialmente giunta sino a noi, ossia da intendersi come fenomeno che fa seguito alla soccombenza del compratore in giudizio, sia in realtà da ricon-

NÖRR, Probleme der Eviktionshaftung cit., 159 e 167; ORTU, Garanzia per evizione cit., 335.

⁽³²⁾ Cfr. TALAMANCA, voce "Vendia" cit., 391, nonché, in precedenza, ARANGIO-RUIZ, La compravendita cit., 341; per GIRARD, Études historiques cit., 100 ss., invece, la stipulatio duplae sarebbe stata antecedente alla stipulatio rem habere licere; sul punto, ora, ORTU, Garanzia per evizione cit., 341 ss.

⁽³³⁾ KASER, Das römische Privatrecht, I², cit., 555.

⁽³⁴⁾ 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.

dursi alla stipulatio duplae (35) [basti vedere D. 21.2.21.1 Ulp. 29 ad Sab. (36), nonché, sia pur con inversione delle posizioni, D. 21.2.16.1 Pomp. 9 ad Sab. (37)]: complementare a tale aspetto è quello legato alla considerazione della colpa del compratore, in presenza della quale la perdita del possesso non avrebbe dato luogo a responsabilità del venditore (38).

Sembra poi che già al tempo di Varrone si fosse affermato l'uso di concludere una stipulatio per il simplum (39). Quest'ultima avrebbe ripreso la struttura della stipulatio duplae, adottando però come parametro della condanna il semplice prezzo. Dunque, essa avrebbe consentito al compratore di riottenere il corrispettivo pagato, piuttosto che propriamente sanzionare una responsabilità del venditore (nell'id quod interest): si sarebbe trattato di un rimedio in grado di correggere – potremmo nella sostanza dire – un difetto di funzionamento del sinallagma.

In seguito, si sarebbe prospettata la possibilità di aggravare, secondo lo schema che si è visto, la responsabilità oltre il doppio, e così per il triplo e il quadruplo (si veda D. 21.2.56 pr. Paul. 2 ad aed. cur.) (40).

7. Le varie forme di *verborum obligationes* sin qui osservate risultano accomunate dal fatto di costituire strumenti a disposizione di un compratore diligente, il quale avvertisse la preoccupazione di

⁽³⁵⁾ Cfr. SARGENTI, L'evizione cit., 103.

⁽³⁶⁾ D. 21.2.21.1 (UIp. 29 ad Sab.): inde Iulianus libro quadragesimo tertio eleganter definit duplae stipulationem tunc committi, quotiens res ita amittitur, ut eam emptori habere non liceat propter ipsam evictionem, su cui WACKE, Los presupuestos de la responsabilidad cit., 170.

⁽³⁷⁾ 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, già richiamato sopra, alla nt. 6.

⁽³⁸⁾ 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.

⁽³⁹⁾ Cfr. Varr., rust. 2.10.4-5.

⁽⁴⁰⁾ 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 satisdare 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. PEZZANA, Osservazioni sulle "Tablettes Albertini", in Arch. giur. 144 (1954) 52; PEZZANA, La "cautio de evictione" nelle compravendite ravennati, in Studi in onore di P. de Francisci II (Milano 1956) 185 ss.

munirsi di una specifica tutela per l'evizione (41). Ma, eccettuati questi strumenti accessori di protezione del compratore, 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, nonché tra Romani e peregrini, collegato alla crescente esigenza di sicurezza e rapidità nei traffici, oltre che l'ampia elaborazione giurisprudenziale in tema di fides e bona fides avrebbero condotto alla definizione di forme di tutela per l'evizione – per così dire – interne al regime del contratto di emptio venditio.

A questo punto, le vicende dell'evizione finiscono per legarsi a doppio filo con quelle del contratto di *emptio venditio*: in modo particolarmente incisivo proprio il principio della *fides* avrebbe operato, nella cornice dell'ormai diffusosi e stabilizzatosi contratto consensuale di compravendita protetto da giudizio di buona fede [dunque soprattutto tra il II e il I sec. a.C. (42)], 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*.

Cosicché, dapprima l'actio empti venne a sanzionare il comportamento doloso del venditore che avesse scientemente venduto una cosa non propria o su cui gravasse un altrui diritto reale limitato (43); in seguito, prescindendo 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 empti avrebbe autonomamente assicurato una tutela – dapprima in via mediata e poi invece immediata – al compratore (44).

⁽⁴¹⁾ ARANCIO-RUIZ, La compravendita cit., 345, efficacemente richiama in proposito il brocardo – certo non classico – diligentibus iura succurrunt.

⁽⁴²⁾ Si veda CANCELLI, L'origine del contratto consensuale di compravendita nel diritto romano. Appunti esegetico-critici (Milano 1963) 156 s., su cui GALLO, In tema di origine della compravendita consensuale, in SDHI. 30 (1964) 299 ss.; cfr. inoltre TALAMANCA, La tipicità dei contratti cit., 40.

⁽⁴³⁾ Cfr. D. 19.1.30.1 (Afric. 30 quaest.): si sciens alienam rem ignoranti mihi vendideris, etiam priusquam evincatur utiliter me ex empto acturum putavit in id, quanti mea intersit meam esse factam: ...; cfr., sul punto, MEDICUS, "Id quod interest". Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes (Köln - Graz 1962) 78 ss.; inoltre, BURDESE, voce Vendita cit., 596, nt. 6

⁽⁴⁴⁾ Cfr. GIRARD, Études historiques cit., 106 ss.

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 Nerazio (45).

In esito a una precisa elaborazione degli effetti dell'emptio venditio, si giunse poi alla celebre sistemazione, cristallizzata in D. 19.4.1 pr. (Paul. 32 ad ed.), che esprime un punto d'approdo raggiunto in epoca severiana, secondo cui venditori sufficit ob evictionem se obligare possessionem tradere et purgari dolo malo (46): ebbene, in questi termini viene descritta una situazione che presuppone il delinearsi, iniziato fin dal II - I sec. a.C., del regime del contratto consensuale di compravendita.

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

In sostanza, si potrebbe dire che, dopo un fenomeno di 'con-

⁽⁴⁵⁾ Cfr. D. 19.1.11.8-10 (UIp. 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 (UIp. 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 action nisi praestetur; D. 21.2.37.2 (UIp. 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 superiorem deductum est. Si veda TALAMANCA, voce Vendita cit., 393 e nt. 926; recentemente, NÖRR, Probleme der Eviktionshaftung cit., 154 ss.

⁽⁴⁶⁾ Si legga nell'insieme il celebre passo: sicut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius 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. In argomento, tra molti, PETERS, Die Verschaffung des Eigentums cit., 180 ss., WACKE, Los presupuestos de la responsabilidad cit., 165 ss., nonché da ultimo, con bibliografia, CRISTALDI, Il contenuto dell'obbligazione cit., 212 ss.

trattualizzazione' 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 di 'contrattualizzare' la garanzia stessa: e con ciò intendo dire che, per far valere quest'ultima, sarebbe stato sufficiente esperire tout court l'actio empti. L'elaborazione dei prudentes [progressiva e senza fratture, tesa all'accostamento dei nuovi strumenti ai vecchi, piuttosto che alla loro sostituzione (47)] condusse all'abbreviazione di un passaggio e, in tal modo, alla definitiva riconduzione dell'evizione dentro i profili del regime del contratto di emptio venditio.

Probabilmente, l'innovazione in parola è ascrivibile già a Giavoleno [in specie, in D. 21.2.60 Iavol. 2 ex Plaut. (48) — su cui pure gravano ancora taluni sospetti (49) — sono indicati 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] (50).

Quindi la novità sarebbe stata recepita da – o comunque risulta attestata con – Giuliano (si guardi a 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 accolta da Africano (si veda D. 19.1.30.1 Afric. 8 quaest. e D. 21.2.47 Afric. 8 quaest.); poi, a seguire, il regime si sarebbe definitivamente stabilizzato (51).

⁽⁴⁷⁾ Cfr. 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: sul punto, TALAMANCA, voce Vendita cit., 393 nt. 926.

⁽⁴⁸⁾ Lo si legga: 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:

⁽⁴⁹⁾ Non si esprimeva nettamente ARANGIO-RUIZ, La compravendita cit., 349; sottintende un apposito pactum onde far sorgere la garanzia MEDICUS, "Id quod interest" cit., 56 e nt. 11; per 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, CALONGE, Evicción cit., 35. Per TALAMANCA, voce "Vendita" cit., 395, il passo sarebbe sostanzialmente affidabile, come pure per NÖRR, Probleme der Eviktionshaftung cit., 164.

⁽⁵⁰⁾ Non è accettabile (almeno con riferimento alla giurisprudenza classica piuttosto matura) l'idea di BEKKER, Zur Lehre von der Evictionsleistung, in Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts VI (1863) 229 s., secondo cui l'ob evictionem se obligare si sarebbe identificato con il possessionem tradere; si veda, sul punto, MEYLAN, La génèse de la vente cit., 165; CALONGE, Evicción cit., 63 ss.; TALAMANCA, voce "Vendita" cit., 379, 385 s.

⁽⁵¹⁾ Per una completa indicazione dei testi, cfr. TALAMANCA, voce "Vendita" cit., 395 nt. 954.

8. Pare a me che fattori fondamentali, operanti nel senso dell'evoluzione sin qui sommariamente descritta, debbano essere reputati: da un lato, un approfondimento del principio di buona fede e, dall'altro, l'analisi della relazione tra la funzione perseguita dal contratto e la sua struttura.

Quanto al primo aspetto, ritengo che la buona fede, nel suo ruolo normativo, senza dubbio contribuì significativamente a modellare il regime dell'evizione (si veda tale aspetto in linea di continuità con quanto precedentemente detto a proposito dell'attrazione delle stipulationes nel regime dell'emptio venditio) (52). Il rilievo della buona fede, peraltro, merita a mio parere di essere valutato anche in collegamento con la riflessione, che a lungo impegnò i prudentes, sull'idea del consenso quale sostrato imprescindibile del contratto: in altri termini, intendo dire che, rispetto al fenomeno in esame, non poté non incidere la considerazione secondo cui il venditore, consentendo all'assetto contrattuale tipico, avrebbe per implicito assentito pure all'assunzione della garanzia per l'evizione. Così venne a costituirsi una garanzia agganciata in modo diretto al contratto.

Il secondo aspetto su cui ho richiamato l'attenzione è quello incentrato sul rapporto tra la funzione del contratto e la sua struttura.

Scopo della compravendita romana è – di massima – quello di attribuire la pacifica disponibilità di un bene, dietro corrispettivo del prezzo (53); la struttura dell'emptio venditio appare, fin dalle origini, quella dello scambio. Ma, nel tempo, la funzione contribuì a meglio determinare, a plasmare compiutamente la struttura contrattuale. Così, all'obbligo di consegna del bene si sentì la necessità di aggiungere [direi in via di completamento, più che di giustappo-

Il quadro evolutivo è rappresentato in HAYMANN, Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffeneit der Kaufsache, I, Studien zum klassischen römischen Recht (Berlin 1912) in specie 68 ss.; KASER, Das Ziel cit., 164 ss., MEDICUS, "Id quod interest" cit., 78 ss., PETERS, Die Verschaffung des Eigentums cit., 193 ss.; NÖRR, Probleme der Eviktionshaftung cit., 164 ss.

⁽⁵²⁾ Cfr. BECHMANN, Der Kauf cit., 672 ss.; JACAB, "Praedicere" und "cavere" beim Marktkauf. Sachmängel im griechischen und römischen Recht (München 1997) 231 ss.; ERNST, Das Kaufrecht in den Institutionen des Gaius, in "Iurisprudentia universalis". Festschrift für T. Mayer-Maly zum 70. Geburtstag a cura di Schermaier, Rainer, Winkel (Köln - Weimar - Wien 2002) 166 ss.; NÖRR, Probleme der Eviktionshaftung cit., in specie 153 ss.

⁽⁵³⁾ Mi rifaccio a BURDESE, voce "Vendita" cit., 594, richiamando le differenti idee, in ordine al momento traslativo, cui si è accennato in precedenza, alla nt. 11.

sizione (54)] quale elemento naturale del contratto, la garanzia per l'evizione.

In altri termini, la garanzia – di per sé nata prima del (e quindi fuori dal) contratto consensuale di compravendita – risultò via via attratta entro la cornice di un contratto fortemente connotato sotto il profilo causale, sicché l'azione contrattuale poté essere esperita per ottenere soddisfazione anche avverso un venditore che non si fosse impegnato con stipulatio (né che fosse stato costretto a farlo con l'azione di compera).

In esito a un'evoluzione storica graduale, la garanzia per l'evizione finì quindi per ricevere definitivo inquadramento all'interno del meccanismo sinallagmatico dell'emptio venditio.

La dottrina bene ha mostrato come l'ipotesi in cui il compratore non avesse ottenuto la disponibilità della cosa, similmente a quella in cui l'avesse ottenuta ex alia causa, fosse valutata, specie a partire da Giuliano (55), proprio nell'ambito del iudicium empti (56): in seno a quest'ultimo, facendo leva sulla formulazione della condanna (che in ipotesi di evizione era nella misura dell'id quod interest), si sarebbe ottenuto un ristabilimento dell'equilibrio sinallagmatico tra

⁽⁵⁴⁾ Come bene illustrato da VACCA, Sulla responsabilità "ex empto" del venditore nel caso di evizione secondo la giurisprudenza tardo-classica, in Vendita e trasferimento della proprietà cit., 208.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. D. 30.84.5 (Iul. 33 ad ed.), su cui VERSTEGEN, Un cas d'éviction après vente qui n'en est pas un (D. 30.84.5 Julianus Dig. 33), in Mèlanges Fritz Sturm I (Liège 1999) 517 ss.; più di recente LAMBRINI, Compravendita e acquisto 'ex alia causa' del bene comprato, ne La compravendita e l'interdipendenza, I cit., 750 ss.; si veda quindi Ulpiano che riporta il pensiero di Giuliano in D. 19.1.13 pr. (Ulp. 32 ad ed.).

⁽⁵⁶⁾ Cfr. VACCA, Sulla responsabilità "ex empto" cit., 193 ss.; VACCA, 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.; VACCA, Ancora sull'estensione dell'ambito di applicazione in Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Materiali per un corso di diritto romano, a cura di Vacca (Torino 1997) cit., 221 ss.; VACCA, Risoluzione e sinallagma contrattuale nella giurisprudenza romana dell'età classica, ne Il contratto inadempiuto. Realtà e tradizione del diritto contrattuale europeo. III Congresso Internazionale ARISTEC. Ginevra, 24-27 settembre 1997, a cura di Vacca (Torino 1999) 23 ss., in specie 31 s. Di recente, in questa prospettiva, LAMBRINI, Compravendita e acquisto cit., 784, nonché CRISTALDI, Il contenuto dell'obbligazione cit., 128, il quale, osserva che: «obbligarsi per l'evizione significa assicurare, sostanzialmente, la definitività della situazione possessoria trasferita. È allora, questa definitività della situazione creatasi per effetto della tradito a costituire l'adempimento, non la possessio tradita ività della situazione creatasi per effetto della tradito a costituire l'adempimento, non la possessio tradita ività della situazione creatasi per effetto della responsabilità nel diritto romano, pubblicato in IVRA. 43 (1992) e 44 (1993), in specie, in quest'ultimo, 34 ss.

le prestazioni (nel primo caso tramite la restituzione del prezzo pagato e nel secondo tramite l'eccezione alla richiesta di pagamento).

Insomma, la giurisprudenza del principato giunse a guadagnare, proprio sul terreno della buona fede, una precisa giunzione tra la garanzia per l'evizione e la struttura sinallagmatica dell'*emptio ven*ditio (57).

9. La sintetica ricognizione sin qui svolta sulle origini dell'evizione nelle fonti romane suggerisce ora talune osservazioni con riferimento al nostro ordinamento vigente.

Si torni a prendere le mosse dalla considerazione – svolta in apertura – secondo cui nel sistema italiano la garanzia per l'evizione, elemento naturale della vendita, disciplina il conflitto che insorge tra colui che ritiene di avere legittimamente acquistato la proprietà di un bene e il terzo che afferma di essere proprietario di quello stesso bene. Sul presupposto del principio consensualistico – per il quale il trasferimento della proprietà costituisce immediato effetto dell'accordo: art. 1376 c.c. –, il regime dell'evizione si pone dunque a presidio del compratore proprio in quanto acquirente del dominio sul bene; in altri termini, l'evizione si configura come mancata attuazione dell'effetto traslativo (58).

Se, per quest'ultimo profilo, sembrerebbe rievocato il disegno dell'antica mancipatio, deve però osservarsi che la disciplina dell'evizione contenuta negli artt. 1483 ss. c.c. è da ritenersi una garanzia nel senso oggi tradizionale del termine (59), giacché – al di là

⁽⁵⁷⁾ Cfr. BENÖHR, Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts (Hamburg 1965) 20 ss.; VACCA, Sulla responsabilità "ex 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».

⁽⁵⁸⁾ Per BIANCA, La vendita cit., 836 s.: «l'inadempimento di tale impegno può consistere, in particolare, nella mancata realizzazione del trasferimento per difetto del potere di disposizione; nella inesattezza dell'attribuzione traslativa per la presenza di garanzie o altri vincoli cautelari; nella rimozione del risultato del trasferimento mediante l'abusivo esercizio dell'originario potere dispositivo (es.: rivendita del potere a terzi)». Sul contenuto dell'evizione, in prospettiva storico-comparatistica, cfr. le considerazioni di WACKE, Los presupuestos de la responsabilidad cit., 199 ss.

⁽⁵⁹⁾ Sul moderno concetto di garanzia: sotto il precedente codice, GORLA, La compravendita, in Trattato di diritto civile sotto la direzione di Vassalli (Torino 1937) 88 ss.; poi GORLA, Considerazioni in tema di garanzia per i vizi redibitori, in Riv. trim. dir. proc. civ. (1957) II, 1272 ss.; MENGONI, Profili per

dell'espressione adottata dal legislatore nel già citato art. 1476, n. 3, ove si parla di un'obbligazione di garantire il compratore dall'evizione – difetta a monte dell'elemento del debito (mentre dalla mancipatio sorgeva un'obligatio auctoritatis, sanzionata dalla corrispondente actio).

Dunque, la garanzia per l'evizione quale emerge dal sistema vigente rappresenta una forma di tutela che viene concessa al compratore in veste di acquirente della proprietà del bene, fermo restando che nel conflitto tra quest'ultimo, che pure vanta un titolo contrattuale in sé valido, e il vero titolare del diritto di proprietà (ove per 'vero' s'intende quello accertato in giudizio; la dimensione processuale costituisce un carattere costante dell'evizione), prevale il secondo. E tale conclusione si giustifica con l'affermazione: nemo plus iuris in alium transferre potest quam ipse habet.

Come già per la mancipatio romana, così pure per l'odierna compravendita, resta quindi ferma la regola per cui un negozio, pur astrattamente idoneo a trasferire la proprietà di un bene, non è in grado di prevalere — in forza dell'affidamento che ingenera nell'acquirente — rispetto a un preesistente diritto di proprietà sul medesimo bene. Risulta fatto salvo, insomma, un principio generale che potrebbe dirsi di intangibilità della proprietà.

Per inciso si noti però che, mentre il mancipio accipiens era tenuto all'obligatio auctoritatis per il tempo necessario al maturarsi dell'usucapione, nel nostro sistema vigente un simile raccordo si presenta assai più complesso: basti pensare all'interferenza delle regole sulla trascrizione, per quanto riguarda la circolazione dei beni immobili, e al principio (la cui origine non è romana, bensì – com'è noto – risa-

una revisione della teoria della garanzia per i vizi nella vendita, in Riv. dir. comm. (1953) I, 3 ss.; per una ridiscussione dello statuto concettuale della garanzia, BETTI, Teoria generale delle obbligazioni, II, Struttura dei rapporti di obbligazione (Milano 1953) 28 ss.; BETTI, La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi² (Milano 1955) 32 ss. Nella dottrina recente, RUBINO, La compravendita, in Trattato di diritto civile e commerciale diretto da Cicu e Messineo² (Milano 1962) 634 ss.; GRECO - COTTINO, Della vendita², in Commentario Scialoja e Branca (Bologna - Roma 1981) in specie 190 ss.; BIANCA, La vendita e la permuta, I, in Trattato di diritto civile fondato da F. Vassalli² (Torino 1993) in specie 828 ss.; CABELLA PISU, Garanzia e responsabilità, in Vendita e trasferimento della proprietà cit., 256 ss.; LUMINOSO, La compravendita⁴ (Torino 2004) 212 ss. Ripercorre la complessa storia delle categorie di 'garanzia' e 'responsabilità', nella tradizione romanistica, CARDILLI, L'obbligazione di "praestare" cit., 1 ss.

lente alle coutumes) per cui possession vaut titre, cristallizzato nell'art. 1153 c.c., applicabile soltanto ai beni mobili (60).

Si è dianzi detto che la garanzia per l'evizione cui è tenuto il venditore può dirsi nel nostro sistema vigente concettualmente collegata al principio del consenso traslativo (61).

Tuttavia, è chiaro che il regime dell'evizione risulta calato all'interno della struttura sinallagmatica, che l'odierna compravendita ha ereditato dall'emptio venditio romana.

Così, fin già quando si manifesti un pericolo di evizione, ossia — ai sensi dell'art. 1481 c.c. — vi sia «ragione di temere che la cosa o una parte di essa possa essere rivendicata da terzi», il compratore può sospendere il pagamento del prezzo; e così pure qualora la cosa risulti «gravata da garanzie reali o da vincoli derivanti da pignoramento o da sequestro non dichiarati e dal compratore stesso ignorati». Analoga disciplina è prevista dall'art. 1482 c.c. allorché «la cosa venduta risulta gravata da garanzie reali o da vincoli derivanti da pignoramento o da sequestro, non dichiarati dal venditore e dal compratore stesso ignorati». Proprio l'inserimento del regime dell'evizione entro lo schema del sinallagma rende ragione di uno strumento di autotutela consegnato al compratore, funzionalmente analogo all'eccezione d'inadempimento.

Poi il compratore, allorché convenuto in giudizio dal terzo che pretenda di avere diritti sulla cosa venduta, è tenuto — ai sensi dell'art. 1485 c.c. — a chiamare in causa il venditore; la vicenda, a tal punto, si colloca per intero in ambito processuale: l'art. 106 c.p.c. impone la chiamata in causa del garante (nelle forme dell'art. 269 c.p.c.) e, a questo punto, l'accertamento dispiega i propri effetti nei confronti di tutti i soggetti. Allorché comprovata la titolarità del diritto in capo al terzo evincente, al compratore non resterà dunque che rivalersi sul venditore, ai sensi dell'art. 1483 c.c., onde ottenere il risarcimento del danno a norma dell'art. 1479 c.c. e, inol-

⁽⁶⁰⁾ In quest'ottica, MENGONI, Gli acquisti cit., passim; più recentemente, sul punto, VECCHI, Il principio consensualistico. Radici storiche e realtà applicativa (Torino 1999), in specie 89 ss. e 132 ss.

⁽⁶¹⁾ Ancorché la dottrina talora sposti l'attenzione sul verificarsi del 'fatto evizionale' in sé considerato: cfr. BIANCA, La vendita cit., 836 s.

tre, il «valore dei frutti, che questi [il compratore] sia tenuto a restituire a colui dal quale è evitto, le spese che egli abbia fatte per la denunzia della lite e quelle che abbia dovuto rimborsare all'attore».

L'evizione viene presa in considerazione per le conseguenze che il suo verificarsi produce all'interno del sinallagma.

Al modello di evizione elaboratosi nel contesto dell'emptio venditio romana, produttiva di effetti obbligatori, si sovrappone dunque (ancorché non perfettamente si coordini) il principio consensualistico: la garanzia per l'evizione è riconosciuta al compratore proprio in quanto acquirente della proprietà, però le conseguenze dell'evizione si avvertono soltanto sul piano del funzionamento del sinallagma attraverso l'imposizione degli obblighi risarcitori previsti dall'art. 1483 c.c. (con il richiamo all'art. 1479 c.c., che consente il risarcimento del danno e la restituzione del prezzo).

Appare chiaro in conclusione che, se l'attuale disciplina dell'evizione è il frutto di una storia più che bimillenaria, è però – ancora una volta – nel pensiero dei giuristi romani che si rinvengono i modelli irrinunciabili per colui che intenda comprendere, di quella disciplina, la difficile trama.