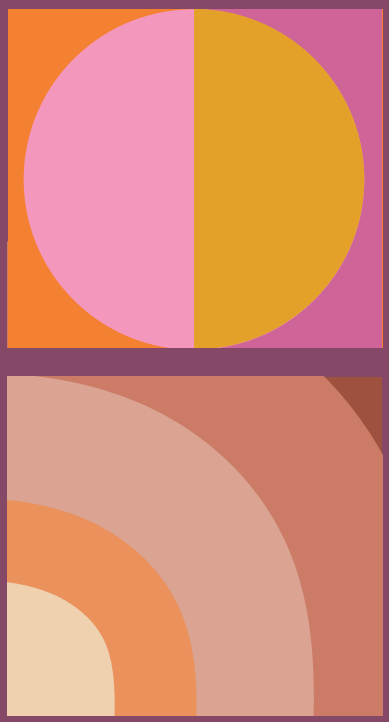
LA TUTELA IN CASO DI VIZIO DELLA *RES EMPTA* E DELLA *RES LOCATA*

INADEMPIMENTO E RISPONDENZA *EX FIDE BONA*



Barbara Cortese

25 Collana L'Unità del Diritto

RomaTrE-Press
2020

Nella stessa Collana

1. P. Carnevale (a cura di), *La Costituzione riscritta. Saggi sulla revisione costituzionale in itinere*, 2016
2. E. Battelli, B. Cortese, A. Gemma, A. Massaro (a cura di), *Patrimonio culturale: profili giuridici e tecniche di tutela*, 2017
3. R. Benigni (a cura di), *Libertà religiosa, diritti umani e globalizzazione*, 2017
4. A. Massaro (a cura di), *La tutela della salute nei luoghi di detenzione. Un'indagine di diritto penale intorno a carcere, REMS e CPR*, 2017, 2017
5. V. Zeno-Zencovich, *Comparative Legal Systems. A Short Introduction*, 2017 (I ed.) *Comparative Legal Systems. A Short and Illustrated Introduction*, 2019 (II ed.)
6. M. Gambacciani, *Impresa e lavoro: il nuovo bilanciamento nei licenziamenti collettivi*, 2017
7. A. Massaro, M. Sinisi (a cura di), *Trasparenza nella P.A. e norme anticorruzione: dalla prevenzione alla repressione*, 2017
8. A. D. De Santis (a cura di), *I profili processuali della nuova disciplina sulla responsabilità sanitaria*, 2017
9. V. Viti, *La locazione finanziaria tra tipicità legale e sottotipi*, 2018
10. C. Cardia, R. Benigni (a cura di), *50 Anni dalla Populorum Progressio. Paolo VI: il Papa della modernità. Giustizia tra i popoli e l'amore per l'Italia*, 2018
11. G. Nuzzo, *L'abuso del diritto di voto nel concordato preventivo. Interessi protetti e regola di correttezza*, 2018
12. G. Grisi, C. Salvi (a cura di), *A proposito del diritto post-moderno. Atti del Seminario di Leonessa, 22-23 settembre 2017*, 2018
13. G. Maestri, *L'ordinamento costituzionale italiano alla prova della democrazia paritaria*, 2018
14. G. Conte, A. Fusaro, A. Somma, V. Zeno-Zencovich (a cura di), *Dialoghi con Guido Alpa. Un volume offerto in occasione del suo LXXI compleanno,* 2018
15. E. Poddighe, *Comunicazione e "dignità della donna". Uno studio di genere*, 2018
16. G. Grisi (a cura di), *L'abuso del diritto. In ricordo di Davide Messinetti*, 2019
17. S. Anastasia, P. Gonnella (a cura di), *I paradossi del diritto. Saggi in omaggio a Eligio Resta*, 2019
18. S. Del Gatto, *Poteri pubblici, iniziativa economica e imprese*, 2019

19. R. Benigni, B. Cortese (a cura di), *La "giurisdizione". Una riflessione storico-giuridica*, 2019

20. M. Ruotolo (a cura di), *La Costituzione...aperta a tutti*, 2019

21. N. Posteraro, M. Sinisi (a cura di), *Questioni di fine vita,* 2020

22. G. Resta (a cura di), *L'Armonia nel diritto. Contributi a una riflessione su diritto e musica,* 2020

23. F. Lattanzi (a cura di), *Genocidio. Conoscere e ricordare per prevenire*, 2020

24. E. Toti, *Diritto cinese dei contratti e sistema giuridico romanistico . Tra legge e dottrina*, 2020

Università degli Studi Roma Tre
Dipartimento di Giurisprudenza

Barbara Cortese

LA TUTELA IN CASO DI VIZIO DELLA *RES EMPTA* E DELLA *RES LOCATA*: INADEMPIMENTO E RISPONDENZA *EX FIDE BONA*

25 | L'Unità del Diritto
Collana del Dipartimento di Giurisprudenza

Roma TrE-Press
2020

La Collana *L'unità del diritto* è stata varata su iniziativa dei docenti del Dipartimento di Giurisprudenza. Con questa Collana si intende condividere e sostenere scientificamente il progetto editoriale di Roma Tr*E-Press*, che si propone di promuovere la cultura giuridica incentivando la ricerca e diffondendo la conoscenza mediante l'uso del formato digitale ad accesso aperto.

Comitato scientifico della Collana:
Paolo Alvazzi Del Frate, Paolo Benvenuti, Bruno Bises, Mario Bussoletti, Giovanni Cabras, Giandonato Caggiano, Enzo Cardi, Paolo Carnevale, Antonio Carratta, Mauro Catenacci, Alfonso Celotto, Renato Clarizia, Carlo Colapietro, Emanuele Conte, Giorgio Costantino, Antonietta Di Blase, Carlo Fantappiè, Lorenzo Fascione, Ernesto Felli, Sabino Fortunato, Aurelio Gentili, Elena Granaglia, Giuseppe Grisi, Andrea Guaccero, Luca Luparia Donati, Francesco Macario, Vincenzo Mannino, Luca Marafioti, Enrico Mezzetti, Claudia Morviducci, Giulio Napolitano, Giampiero Proia, Giuseppe Ruffini, Marco Ruotolo, Maria Alessandra Sandulli, Giovanni Serges, Giuseppe Tinelli, Luisa Torchia, Mario Trapani, Vincenzo Zeno-Zencovich, Andrea Zoppini.

Il volume pubblicato è stato sottoposto a previa e positiva valutazione nella modalità di referaggio *double-blind peer review.*

Coordinamento editoriale:
Gruppo di Lavoro *Roma TrE-Press*

Elaborazione grafica della copertina: MOSQUITO. mosquitoroma.it

Impaginazione e cura editoriale: Colitti-Roma colitti.it

Edizioni: Roma TrE-Press ©
Roma, aprile 2020
ISBN: 979-12-80060-13-6

http://romatrepress.uniroma3.it

Quest'opera è assoggettata alla disciplina *Creative Commons attribution 4.0 International License* (CC BY-NC-ND 4.0) che impone l'attribuzione della paternità dell'opera, proibisce di alterarla, trasformarla o usarla per produrre un'altra opera, e ne esclude l'uso per ricavarne un profitto commerciale.

L'attività della *Roma TrE-Press* è svolta nell'ambito della
Fondazione Roma Tre-Education, piazza della Repubblica 10, 00185 Roma

Collana del Dipartimento di Giurisprudenza
L'unità del diritto

La collana di studi giuridici promossa dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università Roma Tre assume un titolo – quello de *L'unità del diritto* – che può apparire particolarmente impegnativo perché il fenomeno giuridico riflette la complessità delle società che il diritto mira a regolare, si sviluppa intorno ad una molteplicità di articolazioni e sembra pertanto sfuggire ad una definizione in termini di unità. Anche la scienza del diritto, intesa come riflessione intorno al diritto, come forma di conoscenza che assume il diritto ad oggetto diretto e immediato di indagine, sia nella prospettiva teorica sia in quella storico-positiva relativa ad un singolo ordinamento, soffre a trovare una sua dimensione unitaria. La riflessione intorno al diritto, da qualunque punto di partenza si intenda affrontarla, ammette una pluralità di opzioni metodologiche, contempla una molteplicità di giudizi di valore, si caratterizza inevitabilmente per una pluralità di soluzioni interpretative. L'unico, generalissimo, elemento che sembra contraddistinguerla in senso unitario è dato dal suo essere rivolta alla conoscenza del diritto, dal suo carattere conoscitivo dell'esperienza giuridica complessivamente intesa, una unità, potrebbe dirsi, figlia della diversità e varietà delle scelte di metodo e del pluralismo interpretativo, ma pur sempre una unità quanto meno in questo suo nucleo irriducibile. Ed è allora questo il senso da attribuire al titolo della collana che prende l'avvio, ossia quello di dare ospitalità a contributi di studiosi diversi per formazione e interessi ma che si riconoscono tutti nella comune esigenza di indagare il fenomeno giuridico applicando con rigore il metodo prescelto, nella consapevolezza della condivisione di un patrimonio formativo e culturale idoneo a creare una adeguata coscienza di sé e sulla cui base costruire l'impegno scientifico del giurista.

In questa prospettiva, la collana si ripromette di ospitare non solo contributi scientifici di tipo monografico, raccolte di scritti collettanee, atti di convegni e seminari ma anche materiali didattici che possano proficuamente essere utilizzati nella formazione dei giovani giuristi.

La collana entra a far parte della struttura della editrice Roma Tr*E-Press* che, affiancando alla tradizionale pubblicazione in volumi la pubblicazione in formato digitale on-line, consente un accesso libero ai contributi scientifici contribuendo, così, ad una nuova e più ampia diffusione del sapere giuridico.

Prof. Giovanni Serges
Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza
Università Roma Tre

Indice

Premessa 9

CAPITOLO PRIMO
TRA 'RESPONSABILITÀ' E '*ACTIONE TENERI*'

1. *La responsabilità contrattuale. Premesse concettuali e metodologiche* 13
2. Actione teneri *e* obligatio 19
3. *Il contenuto dell'*obligatio. *Il* 'dare' 24
   3.1. *Il* 'facere' 26
   3.2. *Il* 'praestare' 28
4. Dolus, culpa, custodia: *criteri di responsabilità?* 30
5. *Responsabilità e rispondenza* 40

CAPITOLO SECONDO
L'INCIDENZA DELLA '*BONA FIDES*' E DEL '*SYNALLAGMA*'
SULLA CONFIGURAZIONE E SULL'ESTENSIONE DELLA TUTELA
NELL'*EMPTIO VENDITIO* E NELLA *LOCATIO CONDUCTIO*

1. *La struttura dell'*obligatio consensu contracta 43
2. *L'*oportere ex fide bona *come nucleo dell'*actio 50
3. Bona fides *e sinallagma nelle elaborazioni della giurisprudenza* 55
4. *La configurazione delle obbligazioni dell'*emptio venditio *tramite concessione dell'*actio 64
5. Actio *e* obligatio *nella* locatio conductio rei 72
6. *La dottrina del rischio e della responsabilità tra dogmi e fraintendimenti: l'esempio del* periculum locatoris 79
7. Praestare habere licere *e* praestare frui licere*: perimetri della rispondenza* ex fide bona 88

CAPITOLO TERZO
LA TUTELA CONTRATTUALE PER I VIZI
DELLA *RES EMPTA* E DELLA *RES LOCATA*

1. *Un problema di determinazione dei confini concettuali* 93
2. *I vizi della* res empta. *Il ruolo della tutela edilizia nell'evoluzione della materia* 96
3. *Prime soluzioni repubblicane in tema di tutela contrattuale per i vizi della cosa: estensione dell'*actio empti *e dell'*actio conducti 104
4. *Inadempimento non scusabile e legittima aspettativa contrattuale: ampliamento della sfera di rispondenza* 111
5. *Anomalie della* res *e funzionalità: soluzioni casistiche* 116
6. Actio empti e redhibitio*: un'eccezione al sistema di tutela del compratore?* 118
7. *Approfondimenti sulla casistica in tema di vizi della* res empta *e della* res locata 124
8. *Alcune osservazioni conclusive* 126

CAPITOLO QUARTO
TRA MODELLO ROMANO E SOLUZIONI ATTUALI

1. *I difetti di una prospettiva statica. Premessa* 131
2. *La responsabilità per inadempimento contrattuale nel diritto italiano: un inquadramento generale* 133
3. *Inadeguatezza della normativa codicistica italiana: l'esempio della tutela del compratore in caso di vizi* 137
3.1. *Tentativi di inquadramento dogmatico* 139
3.2. *La conformità del bene: una soluzione a metà* 143
3.3. *Le difficoltà della giurisprudenza* 146
4. *Osservazioni critiche* 154
5. *Brevi considerazioni sul ruolo della buona fede* 159
5.1. *Buona fede e causa concreta* 163

Conclusioni 171

Indice delle fonti 175

Bibliografia 179

A Paolo Maria Vecchi,
indimenticato.

D. 1.1.10pr. *Ulpianus libro secundo regularum:* Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi. 1. Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere.

Premessa

I. I testi della giurisprudenza danno conto dell'articolata dimensione della riflessione scientifica prudenziale in tema di tutela contrattuale in caso di vizi e mancanza di qualità della cosa oggetto di un contratto di *emptio venditio* o di *locatio conductio rei*.

I due *negotia*, che sovente vengono messi in rapporto nel quadro dell'applicazione del criterio analogico al fine di estendere le *rationes decidendi* delle soluzioni proposte, presentano come aspetti comuni la matrice di *ius gentium*, segnatamente del '*ius* commerciale internazionale', la natura di contratti bilaterali a prestazioni corrispettive, con obbligazioni interdipendenti, costruite come obbligazioni di risultato (*habere licere* per un verso, *uti frui licere* per altro) la cui tutela si inseriva nella peculiare cornice dei *iudicia bonae fidei*.

Senza dubbio, tale riflessione, fondandosi prevalentemente sulla dimensione processuale, lungo la quale si snoda la concreta attuazione del criterio 'normativo' della buona fede, ha condotto progressivamente alla precisa individuazione della sfera applicativa delle singole *actiones ex contractu*, definendo il perimetro della tutela dell'*emptor* e del *conductor*, e, correlativamente, ritagliando il contenuto dell'obbligazione gravante sul *venditor* e sul *locator rei*: un'operazione tanto articolata, quanto raffinata che può dirsi costruita attorno al generale fenomeno della rispondenza (processuale) *ex fide bona*.

In termini più specifici, l'analisi dei testi, come vedremo, consente di osservare la graduale tendenza a concedere l'azione processuale per tutelare il generale interesse del compratore e del conduttore ad avere o fruire della cosa in modo pieno e pacifico (senza l'ancoraggio a rigidi criteri) nelle sue molteplici manifestazioni concrete, fra le quali rientra altresì l'assenza di vizi o difformità che ne possano pregiudicare il pieno godimento ed il corretto utilizzo, in piena attuazione del criterio della buona fede.

In merito, ciò che occorre preliminarmente sottolineare è la complessità del fenomeno negoziale nell'àmbito dell'ordinamento romano, resa tale anche dalla concorrenza dei diversi piani "normativi", quali il *ius civile* e la normativa edittale (finanche, nel caso della vendita, di quella edile).

In tal senso, risulta corroborata l'idea, già ampiamente consolidata negli studi romanistici moderni, che vede nell'isolamento di uno specifico àmbito di indagine un'operazione che può risultare per certi versi limitante ed infruttuosa.

A tal proposito, nella presente ricerca si è dovuto necessariamente

scegliere di porre a margine alcune problematiche che avrebbero rischiato di rendere dispersiva la trattazione; la ricerca, tuttavia, è stata condotta cercando di rappresentare il quadro generale nel modo più fedele ed esaustivo possibile, pur non essendo stato sempre possibile mantenere quel livello di approfondimento che alcuni profili avrebbero certamente richiesto. Ciò che non si è potuto e voluto evitare è la ripresa della riflessione analitica sulla generale nozione di 'responsabilità contrattuale'; espressione tramite la quale si descrive astrattamente, e forse in modo non del tutto efficace, la posizione in cui versa il contraente che non ha adempiuto nei riguardi dell'altra parte al vincolo obbligatorio che si era originariamente assunto mediante il negozio.

La moderna concezione del sistema di tutela contro l'inadempimento, infatti, risulta fortemente condizionata dai moderni irrigidimenti concettuali che hanno impedito il raggiungimento di soluzioni, normative ed interpretative efficaci, rispetto ad una realtà, come quella negoziale, multiforme e cangiante. Si tratta di sovrastrutture che paiono scontare l'influenza della scienza dommatica, la cui metodologia orientata alla sistemazione razionale dei risultati della riflessione giuridica tende necessariamente ad 'appiattire' il lavoro di costruzione e di interpretazione del diritto e degli istituti che lo compongo, ancor più se provenienti dall'esperienza romana[1].

A tal riguardo, in più occasioni, la dottrina romanistica recente[2] si è adoperata per chiarire che, benchè si possano utilizzare le categorie concettuali moderne in funzione descrittiva, occorre evitare di restarne imbrigliati, dal momento che queste, spesso, non trovano corrispondenza alcuna nel peculiare quadro del diritto romano, o la trovano limitatamente ad un momento storico e, dunque, vanno contestualizzate rispetto a specifiche istanze legate alla struttura politica e sociale, quindi, giuridica dell'ordinamento. Per ciò, fintanto si tratti di mettere a confronto esperienze che hanno in comune l'approccio al fenomeno giuridico, è possibile ottenere risultati proficui; ma ove mutasse tale presupposto, il rischio di

[1] Per comprendere la molteplicità delle sfaccettature del diritto romano nella sua ampiezza temporale e nelle sue complesse dinamiche sociali economiche e quindi giuridiche, fondamentali le opere di F. Schulz, *History of Roman Legal Science*, Clarendon Press, Oxford, 1946 e di P. Koschaker, *Europa und das römische Recht*[1], Biederstein Verlag, Berlin-München, 1947.

[2] C.A. Cannata, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico*: *Corso di diritto romano tenuto nell'Università di Cagliari, Anno Accademico 1967-1968*, La Goliardica, Milano, 1969, *passim*, e, come ultimo recente approfondimento di Letizia Vacca, cfr. L. Vacca, *Osservazioni in tema di responsabilità contrattuale: modelli romanistici e problemi attuali*, in *La responsabilità contrattuale. Profili storici e attuali*, a cura di G. Rossetti, Jovene, Napoli, 2017, p. 1 ss.

pervenire a risultati falsati sarebbe molto più che probabile. E ciò è quello che è accaduto e che ancora accade, seppur meno frequentemente grazie alla scienza comparatistica[3].

II. Ciò premesso, in riferimento all'àmbito specifico di questa indagine, ribadendo nodi in gran parte già sciolti sul tema della 'tutela per l'inadempimento contrattuale' nell'esperienza romana fino al III sec. d.C., si cercherà di evidenziare come la riflessione scientifica della giurisprudenza romana fosse imperniata sul concetto di 'inadempimento processualmente tutelabile', proiettando, in tal modo, la costruzione delle soluzioni giuridiche nella citata dimensione della 'rispondenza processuale', fenomeno funzionalmente sovrapponibile, ma ontologicamente differente dalla responsabilità contrattuale, quest'ultima, peraltro, sconosciuta ai giuristi romani.

La duttilità degli strumenti processuali – ben rappresentata dal peculiare contesto processuale dei *iudicia bonae fidei* a tutela di compravendita e locazione di cosa – consentiva di intervenire in attuazione di soluzioni sempre più aderenti alla casistica legata ai due contratti commerciali che qui saranno presi in esame, dando prova di quel particolare rapporto, definito magistralmente 'circolare', che legava l'*actio* all'*obligatio*, tipico dello *ius civile* romano.

Era la concessione dell'azione contrattuale, infatti, a definire gradualmente il contenuto degli obblighi derivanti dal negozio; tale contenuto era, tuttavia, connaturato al negozio – in rapporto alla funzione tipica di questo – così che lo strumento '*actio*' occorreva a darne una forma processualmente "riconoscibile". In altri termini, la graduale estensione della sfera applicativa dell'*actio* permetteva la perimetrazione delle prestazioni oggetto delle obbligazioni nascenti dal *contractus*, e che erano, tuttavia, fisiologicamente collegate al negozio, in quanto essenziali, sotto il profilo funzionale, all'attuazione del rapporto contrattuale.

In questo quadro, come si tenterà di evidenziare, un ruolo centrale

[3] Al di là degli studi di settore, hanno dato nuovo impulso al metodo comparatistico soprattutto E. Rabel, *Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung*, ora in *Gesammelte Aufsätze* a cura di Leser, III, Motir, Tubinga, 1967, p. 1 ss.; A. Watson, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*[2], Scottish Academic Press, Edinburg, 1974, *passim*; G. Gorla, *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Giuffrè, Milano, 1981, *passim*; P. Stein, *Il diritto romano nella storia europea*, I, trad. it., Raffello Cortina Editore, Milano, 2001, p. 1 ss. Cfr., in generale, Aa. Vv. *Scritti di comparazione e storia giuridica. II: ricordando Giovanni Criscuoli*, Giappichelli, Torino, 2013, parte I, *passim;* e nello specifico del rapporto con lo studio del diritto romano, si vedano i contributi contenuti nel volume *Nel mondo del Diritto romano* a cura di L. Vacca, Jovene, Napoli, 2017, *passim*.

era ricoperto dalla *bona fides*, nel suo duplice ruolo di valore immanente a determinati rapporti commerciali – 'figli' del *ius gentium* e recepiti dalla giurisdizione pretoria – e di criterio 'normativo', che pervadeva l'intera vicenda negoziale: dalla sua fase genetica e di attuazione, come fonte di obblighi reciproci fra le parti, alla fase della tutela, come criterio di valutazione per l'accertamento dell'*an* della 'rispondenza' e, al contempo, di determinazione del *quantum* di essa.

Tale centralità, soprattutto in relazione alla fase della valutazione dell'inadempimento collegato ai vizi e alla mancanza di qualità, è per lo più risultata oscurata dalle costruzioni inerenti ai criteri soggettivi di imputabilità, che, come vedremo, nel quadro generale della riflessione prudenziale tendevano a svolgere il compito di profili soggettivi della vicenda negoziale, con una rilevanza modulata rispetto al singolo caso, senza che questo implicasse la loro elevazione a criteri dogmatici di determinazione della responsabilità e di imputazione del fatto. Si tratta di ricostruzioni concettuali in cui riecheggia quell'approccio rigidamente dogmatico di cui si diceva – in questo caso orientato al modello della responsabilità soggettiva – e da cui parte della dottrina romanistica, ma non solo, per effetto dell'operazione di appiattimento della compilazione giustinianea in unione ad una stratigrafia spesso deformante, è risultata ampiamente condizionata.

Si accennava che alcuni nodi, grazie alla dottrina più recente, sono stati sciolti; e anche la dottrina civilistica, sulla spinta delle sollecitazioni delle Corti giudiziarie, sembra adoperarsi costantemente per superarli.

Tuttavia, molto ancora occorre fare; come, d'altro canto, dimostrano gli accesi, e sempre attuali, dibattiti dottrinali e giurisprudenziali intorno ai modelli di responsabilità contrattuale ed alle costruzioni giuridiche su particolari profili effettuali del rapporto obbligatorio, come la 'garanzia'.

In tal senso, la presente ricerca tenterà di cogliere l'essenza della "disciplina" romana relativa alla *res empta* e alla *res locata* affette da vizi o difformità, nel suo intrinseco legame con la 'rispondenza *ex fide bona*', e nel cui ampio quadro va quindi necessariamente collocata; nonchè di svilupparne efficacemente i risultati, al fine di coordinare, ove possibile, le evidenti 'tensioni interpretative' che connotano l'attuale panorama normativo e giurisprudenziale italiano in tema di 'responsabilità' per i vizi della cosa.

Capitolo Primo

Tra 'responsabilità' e 'actione teneri'

Sommario: 1. La responsabilità contrattuale. Premesse concettuali e metodologiche – 2. *Actione teneri* e *obligatio* – 3. Il contenuto dell'*obligatio*. Il '*dare*' – 3.1. Il '*facere*'. – 3.2. Il '*praestare*' – 4. *Dolus*, *culpa*, *custodia*: criteri di responsabilità? – 5. Responsabilità e rispondenza.

1. *La responsabilità contrattuale. Premesse concettuali e metodologiche*

Nella complessa architettura moderna del diritto delle obbligazioni, l'architrave "responsabilità contrattuale" si poggia sui due pilastri 'inadempimento' e 'imputabilità': la 'responsabilità contrattuale' è nozione che indica lo stato in cui versa il soggetto al quale viene imputato il mancato adempimento degli obblighi che si è assunto mediante il contratto. Essa esprime una dimensione che è già "giudicatoria", presupponendo l'inadempimento imputabile, fenomeno che nelle tendenze generali richiama il profilo della colpevolezza e che giustifica la valutazione della posizione del debitore, per l'appunto, in termini di responsabilità: 'sei responsabile perchè da te è dipeso che l'obbligo assunto non sia stato adempiuto'.

Per il vero, i numerosissimi studi sulla responsabilità contrattuale testimoniano come il fenomeno sia molto più complesso; verosimilmente l'unico riferimento insuperabile è che essa trova il proprio limite oggettivo nell'impossibilità ad adempiere: l'imputabilità e, ove configurabile, la responsabilità, dunque, "si giocano" sulla natura della causa che determina l'inadempimento.

Quel che appare meno certo è se fuori dall'àmbito dell'imputabilità colpevole dell'inadempimento, si delineino ipotesi ulteriori di soggezione del debitore alle azioni a tutela del creditore, e che non siano incluse nel vasto campo della *culpa debitoris* e, chiaramente, nell' "assorbente" àmbito del dolo.

A questo proposito, il dibattito che ha investito la scienza romanistica[1]

[1] I protagonisti principali di tale dibattito sono indicati via via nella trattazione. In generale indispensabili i riferimenti a T. Mommsen, *Beirträge zum Obligationenrecht*, I. *Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhaltnisse*, C.A.

tra il finire del XIX e il XX sec. è sintomatico dei problemi di ricostruzione concettuale allorquando ci si muove entro le linee del tracciato dogmatico[2], specie quando tale tracciato tende inesorabilmente ad appiattirsi sul terreno della compilazione giustinianea[3]: ci si riferisce al dibattito fra teoria soggettiva e teoria oggettiva della responsabilità contrattuale, e fra teoria della separazione (e/o contrapposizione) fra responsabilità e rischio.

Il fulcro della questione è dato dalla determinazione del ruolo della *culpa* come elemento cardine per la costruzione del modello di responsabilità: mentre dall'epoca postclassica in poi questa ha rivestito, senza dubbio, il ruolo di criterio generale per la responsabilità contrattuale, non è chiarito, o meglio non vi è unanimità di vedute sulla consistenza della nozione di *culpa* in epoca repubblicana e in epoca classica e sulle sue configurazioni ed incidenza nell'articolazione dei criteri di imputabilità.

Se, da un lato, lo Jhering[4] esaltava il dolo e la colpa/negligenza come criteri che costituivano i cardini del modello soggettivo di responsabilità contrattuale a partire dal III sec. a.C., quali riferimenti per delineare la soggezione del debitore alla sanzione legata all'inadempimento; dall'altro lato si assisteva all'accentuazione del modello di responsabilità oggettiva, che – fatto salvo il dolo come elemento a sè, che determina in automatico l'operare delle conseguenze giuridiche collegate all'inadempimento – concepisce la responsabilità in senso oggettivo, con il perno nella custodia tecnica[5] e/o nel generale *factum debitoris*.

Nel solco di tale linea ricostruttiva si collocava principalmente il Kunkel, con un'evoluzione del concetto di colpa non più intesa come negligenza, ma

Schwetschke und Sohn, Braunschweig, 1853, in particolare p. 23 ss.; F.C. Savigny, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts*, I, Veit, Berlin, 1851, 5 f.; A Pernice, *Labeo 2.2.1²*, 8. Buch (*Verschulden und Verzug*), Max Niemeyer, Halle, 1900, in particolare, p.112 ss.

[2] G. Pugliese, *I Pandettisti fra tradizione romanistica e moderna scienza del diritto*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa. Atti del Convegno internazionale della Società italiana di Storia del diritto*, 1977, Olshky, Firenze, I, p. 29 ss.

[3] D'altro canto, al di là degli eccessi interpolazionisti, è innegabile l'operazione di riconduzione a sistema dei giustianianei delle diverse aree del *ius privatorum*.

[4] *Das Schuldmoment im römischen Recht*, Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1879, *passim*; si veda anche nella versione tradotta *Il momento della colpa nel diritto privato romano*, trad. it. a cura di F. Fusillo, Jovene, Napoli, 1990, p. 16 ss.

[5] J. Baron, Diligentia exactissima, diligentissimus paterfamilias *oder die Haftung für custodia*, in *AcP*, 52, 1869, p. 44 ss.; Id., *Die Haftung bis zur höheren Gewalt*, in *AcP*, 78, 1892, p. 203 ss.; A. De Medio, *Studi sulla* culpa lata *in diritto romano*, in «BIDR», 17, 1905, p. 5 ss., e in «BIDR», 18, 1906, p. 260 ss.; Id., *Caso fortuito e forza maggiore in diritto romano*, in «BIDR», 20, 1908, p. 157 ss.; F. Haymann, *Textkritische Studien zum rom Obligationerecht*, I: *über Haftung fur custodia*, in «ZSS», 40, 1919, p. 167 ss.

come nesso di causalità fra l'evento dannoso, e il fatto colpevole del soggetto[6].

Orientato alle nuove tendenze oggettivistiche tedesche era anche l'Arangio Ruiz[7], per il quale anzitutto, era da abbandonare l'idea di una concezione unitaria di responsabilità contrattuale, secondo criteri e limiti predeterminati, per assumere il presupposto che il contenuto delle obbligazioni rappresentava l'elemento di distinzione per l'elaborazione di un sistema della responsabilità, a discapito della idea che i caratteri della responsabilità fossero dettati dal tipo di *actio*, *stricti iuris* o *bonae fidei*. Riprendendo le idee della critica interpolazionistica sulla nozione di *culpa*, che nei testi classici sarebbe stata profondamente ed irrimediabilmente rimaneggiata, egli escludeva la possibilità di farne un criterio soggettivo, e si esprimeva nel senso dell'identificazione della *culpa* con il nesso di causalità fra evento dannoso e azione/omissione, oggettivizzando in modo ancor più "esasperato" quanto sostenuto dal Kunkel, che riconduceva l'evento dannoso al fatto colpevole. L'unico criterio soggettivo noto ai giuristi classici, dunque, sarebbe stato il dolo; fuori dal raggio di azione di questo, avrebbe imperato un sistema generale obbiettivo di responsabilità, dove avrebbe trovato uno spazio speciale il criterio della *custodia*.

In reazione alle forzature delle teorie oggettive, ha successivamente ripreso quota l'impostazione soggettiva della responsabilità contrattuale, a partire dal Marton[8], a cui si unì il Kaser[9]: la responsabilità contrattuale romana classica sarebbe stata sostanzialmente costruita sui criteri del dolo e della colpa, la quale, quest'ultima, si sarebbe articolata in diversi livelli, in rapporto al contesto in cui si calava il fatto dannoso (proponendosi, peraltro, l'idea di una colpa mutuata dalla *lex Aquilia* e che come *culpa lata* ben presto non sarebbe stata sufficiente ad esaurire la gamma dei gradi di colpevolezza in seno al contesto contrattuale) e che progressivamente sarebbero stati oggettivizzati (pensiamo alla *diligentia quam suis* o alla diligenza del buon padre di famiglia). In tal senso, osservava efficacemente il Cannata, che al di là della utile precisazione secondo la quale sono individuabili delle gradazioni oggettive di colpa (quali la negligenza, l'imperizia, l'imprudenza o l'inosservanza di specifiche disposizioni) la responsabilità colposa è sempre e comunque una responsabilità soggettiva, che tiene, sì, conto della conformità del comportamento del debitore a determinati canoni, ma che

[6] W. Kunkel, Diligentia, in «ZSS», 45, 1925, p. 295 ss.
[7] V. Arangio Ruiz, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*[2], Jovene, Napoli, (rist.), 1958, p. 3 ss.
[8] G. Marton, *Un essai de reconstruction du développement probable du système classique romain de responsabilité civile*, in «RIDA», 3, 1949, p.177 ss.
[9] M. Kaser, *Das römischen Privatrecht*[2], Beck, München, I, 1971, 419, p. 502 ss.

presuppone una valutazione fondata sul rapporto – che tende quindi a soggettivizzarsi – fra il caso specifico e i modelli di colpa oggettivamente previsti; i quali modelli, dunque, seppur concepiti in modo generale, astratto ed oggettivo, assumono un'identità nel momento in cui vengono colorati con il comportamento concreto del debitore[10]. E dunque soggettività e oggettività del criterio di imputazione tendono, sul piano applicativo, a sfumare reciprocamente.

Il modello oggettivo delle responsabilità contrattuale ha, dunque, finito per evidenziare i propri limiti strutturali e funzionali.

Alla teoria della separazione tra responsabilità e rischio si arriva con il Betti[11], che proponeva il concetto di 'autoresponsabilità' come modello applicativo costruito sulla logica della sopportazione del debitore delle conseguenze del proprio contegno contrattuale e da articolarsi in base al tipo di rapporto obbligatorio. Il limite alla sfera di autoresponsabilità sarebbe stato unicamente rappresentato dal *periculum*-rischio, ovvero dall'evento a priori attribuito ad uno specifico soggetto, indipendentemente dal comportamento tenuto. Entro tale limite, la valutazione tipica della responsabilità richiede di volta in volta una determinazione della quantità di impegno richiesto in relazione all'obbligazione derivante dal singolo negozio; tale *quantum* di impegno sarebbe da identificarsi con la *culpa*.

Tuttavia, sia il Betti, sia i promotori dei diversi filoni interpretativi prodotti dalla dogmatica non sembrano siano riusciti a proporre un inquadramento unitario delle molteplici sfumature che caratterizzano le letture e gli orientamenti interpretativi romani: le teorie soggettive non esauriscono quel vasto campo che si interpone fra dolo/*culpa* e *casus*, rappresentato non solo dalla 'custodia', ben presente nella configurazione delle soluzioni in tema di 'responsabilità', ma da una serie di casi che evidenziano regimi di responsabilità specifici; e al contempo le teorie oggettive non paiono cogliere in modo efficace le sfumature insite nelle soluzioni della giurisprudenza classica, tendendo ad irrigidirsi in modelli obbiettivi di comportamento che non soddisfano la complessità dei contegni contrattuali legittimamente attesi in rapporto al singolo negozio, o alla singola obbligazione.

Il problema, come già sottolineato, risiede nel tipo di approccio

[10] C.A. Cannata, *Ricerche sulla responsabilità nel diritto contrattuale romano*, I, Giuffrè, Milano, 1966, p. 16 ss.; Id, *Per lo studio*, cit., 304 ss.; Id., *Una casistica della colpa contrattuale*, ora in *Scritti scelti di diritto romano* a cura di L. Vacca, II, Giappichelli, Torino, 2012, p. 43 ss.

[11] E. Betti, *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in diritto romano*, Edizioni ricerche, Roma, 1958, in particolare p. 35 ss. Cfr. *infra* il Cap. II.

metodologico[12]: l'idea della rintracciabilità di uno o più modelli dogmatici di responsabilità, fondati sul solo contenuto dell'obbligazione, o su criteri soggettivi/oggettivi astrattamente configurati o ancora sui singoli tipi di *actiones*, rischia di condurre lo studioso fuori strada, inducendolo ad abbandonarsi a classificazioni fondate su elementi arbitrari, che non producono alcun risultato esauriente la complessa area della tutela contro l'inadempimento del contratto[13].

Si tratta di un'osservazione che in diverse ricostruzioni ha rappresentato la premessa epistemologica, come si diceva del Betti[14] – ma anche lo stesso Arangio Ruiz ne faceva un necessario monito preliminare – e che, tuttavia, mi pare sia stata inesorabilmente da molti disattesa. Il De Robertis[15] , in merito, osservava la maggior correttezza di una prospettiva orientata alla costruzione della responsabilità intesa in senso ampio, come assoggettamento alle conseguenze collegate ad un fatto senza l'implicazione dei criteri tramite i quali l'assoggettamento si delinea.

Ciò, tuttavia, non deve implicare un rifiuto aprioristico della idea di rintracciabilità di schemi concettuali generali, che siano in una certa misura funzionali anche alla costruzione di "microsistemi di regolamentazione"; in più occasioni, ed in questo ancora una volta si concorda con il Cannata[16], si è sottolineato come la riflessione dogmatica non fosse affatto estranea all'attività scientifica della giurisprudenza romana[17]. Va, però, riportato

[12] In tal senso, seppur argomentando in modo non del tutto condivisibile, già I. De Falco, Diligentiam praestare. *Ricerche sull'emersione dell'inadempimento colposo delle* obligationes, Jovene, Napoli, 1991, soprattutto p. 43 ss., su cui molto critico, non sempre a ragione, C.A. Cannata, *Una casistica*, cit., p. 46 ss.

[13] S. Solazzi, *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano*[2], Jovene, Napoli, 1935, p. 30 ss.; G.I. Luzzatto, *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale. I. La responsabilità per custodia*, Giuffrè, Milano, 1938, p. 21 ss.; Id., *Spunti critici in tema di responsabilità contrattuale*, in «BIDR», 6, 1960, p. 47 ss.; H.H. Plüfger, *Zur Lehre von der Haftung des Schuldners nach römischem Recht*, in «ZSS», 65 1947, p. 121 ss.; M. Sargenti, *Problemi della responsabilità contrattuale*, in «*SDHI*»», 20, 1954, p. 127 ss.

[14] D'altro canto, il Betti aveva messo in guardia la letteratura romanistica dalla dogmatica astorica nel ben noto saggio *Falsa impostazione storica, dipendente da erronea diagnosi giuridica*, ora in *Diritto Metodo Ermeneutica*, Giuffrè, Milano, 1991, p. 393-449.

[15] *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande compilazione*, Cacucci, Bari, I e II, 1981-1982, *passim*.

[16] *Per lo studio*, cit., p. 3 ss.

[17] C.A. Cannata, *Appunti sulla impossibilità sopravvenuta e la* culpa debitoris *nelle obbligazioni da* stipulatio in dando, in *Scritti scelti di diritto romano* a cura di L. Vacca, I, Giappichelli, Torino, 2011, p. 169 ss. Sul rapporto fra casistica e dogmatica si vedano in particolare E. Stolfi, *I casi e la* regula*: una dialettica incessante*, in *Casistica e giurisprudenza* a cura di L. Vacca, Jovene, Napoli, 2014, p. 1 ss.

in evidenza come la diversità di contenuti dei rapporti contrattuali non consenta più, neppure alla civilistica moderna, di ancorarsi a criteri o a modelli rigidi[18]: le molteplici dinamiche che governano la sfera dei rapporti commerciali hanno imposto e impongono di ragionare necessariamente in concreto, rapportandosi alle esigenze di tutela legate al singolo "tipo" di negozio contrattuale.

I Romani ne erano ben consapevoli.

Nelle loro elaborazioni, il modello di azione incide sull'individuazione del perimetro sostanziale del rapporto e, dunque, sulla valutazione dei termini dell'inadempimento; e al contempo il contenuto dell'obbligazione determina i limiti del ricorso alla tutela processuale tenuto conto del risultato da assicurare[19]. Siamo in presenza di una esemplare rappresentazione di quella circolarità che il Pugliese[20] evidenziava: '*actione teneri* – rispondenza' e obbligazione costituiscono un '*unicum*' logico-concettuale a cui guardare nella ricostruzione di un eventuale sistema generale della tutela contrattuale.

In tal senso, l'àmbito dei contratti commerciali per eccellenza, *emptio venditio* e *locatio conductio*, offrono una prova più che evidente della necessità di muoversi non per schemi, ma per via analitica.

Non a caso entrambi, come vedremo, si configurano come fonti di obbligazioni di *praestare*; contenuto che mette da solo in crisi il problema della determinazione della responsabilità per inadempimento imputabile, nonchè del suo presunto limite, costituito dalle regole del *periculum*, la cui effettiva operatività nelle soluzioni proposte dalla giurisprudenza romana risulta di non facile individuazione.

Entrambi i *negotia* del resto sono tutelati da *iudicia bonae fidei*, la cui struttura elastica, data dalla rilevanza processuale attribuita al criterio della *bona fides* che governa tali rapporti contrattuali, consente un continuo ampliamento della sfera della tutela (e quindi una ridefinizione del contenuto dell'obbligazione) a copertura dei diversi interessi che le parti hanno inteso trasfondere nel contratto.

Entrambi, infine, sono negozi governati dal principio della sinallagmaticità delle obbligazioni, elemento, generato dalla riflessione sull'affidamento reciproco delle parti contraenti in ordine all'esecuzione degli obblighi assunti – in un processo evolutivo della nozione di contratto

[18] Cfr. *infra* il Cap. IV.

[19] Lo evidenziava anche il Cannata, nel criticare l'Arangio Ruiz, il quale optava per il superamento della distinzione fra *actio stricti iuris* e *iudicium bonae fidei* come base di partenza per la trattazione della responsabilità contrattuale: *Appunti*, cit., p. 169.

[20] G. Pugliese, *Diritto e processo nell'esperienza romana*, ora in *Scritti giuridici (1985-1995)*, Jovene, Napoli, 2007, p. 736. Si veda *infra* ai §§ 2 e 5.

e della *bona fides* negoziale – che apre lo spazio per un assoggettamento del debitore all'azione contrattuale, ogni qual volta il sinallagma venga leso, indipendentemente dall'imputabilità dell'evento alla condotta del debitore.

Per tale ragione, nel cimentarsi nella ricostruzione anche solo di uno specifico e apparentemente circoscritto àmbito, quale quello della responsabilità per i vizi della cosa venduta e della cosa locata – oggetto di tale trattazione – è forse opportuno tenere a portata di mano il ben noto rasoio di Occam.

2. *Actione teneri e obligatio*

Con tali premesse, per intraprendere una ricerca relativa anche soltanto ad uno dei profili del complesso fenomeno che, per mere finalità di sintesi, continuiamo a chiamare 'responsabilità contrattuale' nell'àmbito del diritto romano, o per meglio dire, del diritto giurisprudenziale romano, occorre precisare l'angolo visuale della riflessione scientifica che ha condotto alla progressiva elaborazione della "disciplina" dei contratti oggetto di questo studio.

I giuristi romani, lo si è già accennato, hanno generalmente privilegiato il punto di vista processuale: lo Schulz[21] parlava di 'Aktionenrechtliches Denken'; ne consegue che la base di partenza per la riflessione scientifica non poteva che essere lo strumento giudiziario atto a perseguire il risultato richiesto.

A voler meglio precisare, il rapporto fra 'diritto' e 'processo', fra 'mezzo processuale di tutela' e 'diritto soggettivo sostanziale' (o situazione giuridica sostanziale) investe tutta l'area del diritto privato e del processo civile e rappresenta un tema affrontato dalla dottrina nei secoli non solo con riguardo al diritto romano, dal quale molteplici sono gli spunti traghettati a noi dalla scienza giuridica europea ottocentesca, ma altresì in relazione alla teoria generale del diritto ed alle branche del diritto positivo.

Tuttavia, tralasciando un tema oltremodo complesso, condividendo anche l'autorevole voce del Pugliese[22], il dato da evidenziare è che, nonostante un asse parzialmente spostato verso il contesto giudiziale, nel diritto romano non vi è un vero e proprio rapporto di preminenza dell'uno sull'altro, nè di subordinazione: il processo è strumentale rispetto al diritto,

[21] *Prinzipien des röminschen Rechts*, München, 1934, trad. it. a cura di V. Arangio Ruiz, Sansoni, Firenze, 1946, p. 36 ss.
[22] Actio *e diritto subiettivo*, Giuffrè, Milano, 1939, in particolare p. 190 ss.

ma il diritto ne è condizionato. Si tratta di un rapporto di reciproca integrazione, di interdipendenza, per le complesse ragioni che in questa sede non è possibile neppure solo elencare, e che, lo vedremo, appare ancora più marcato nel campo delle obbligazioni.

In tal senso, le fonti ci consegnano una prova di tale rapporto che oscilla evidentemente fra un polo e l'altro:

> Paul. Fest. 21.1: Ago significat … verbis indicare, ut cum dicimus: 'causam ago'.

> D. 44.7.51 (Cels. 3 *digest.*): *Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur, iudicio persequendi.*

É, altresì, vero che tale rapporto tende a manifestarsi con sfumature diverse a seconda dell'àmbito giuridico in cui si colloca: nel diritto repubblicano, e poi ancora in quello classico, il campo della proprietà e dei diritti reali aveva in sè una matrice sostanziale molto forte, tanto da porre il '*ius*' in una posizione preminente rispetto all'*actio*. Diversamente, nel campo dei rapporti obbligatori, raramente i giuristi e, quindi, le promesse edittali, identificavano prima il lato attivo '*ius*' e poi la relativa azione: la logica seguita era quella della spettanza o meno dello strumento processuale.

Peraltro, per quanto possa forse di primo acchito apparire superfluo, potrebbe essere ancora utile sottolineare che il termine 'responsabilità', non presente nelle fonti in tale evoluzione a forma sostantivata, deriva dal 'rispondere in sede processuale': non c'è responsabilità se non c'è passibilità di giudizio. Siamo, quindi, in un'ottica che è fisiologicamente processuale: la responsabilità presuppone la rispondenza.

Trattandosi di 'responsabilità' in ordine ad obblighi discendenti da contratto, quando si parla di strumento processuale si parla di *actiones in personam*:

> Gai. 4.2: *In personam actio est, qua agimus, quotiens litigamus cum aliquo, qui nobis uel ex contractu uel ex delicto obligatus est, id est, cum intendimus DARE FACERE PRAESTARE OPORTERE.*

> D. 44.7.28 (Pap. 1 *defin.*): *Actio in personam infertur: petitio in rem: persecutio in rem vel in personam rei persequendae gratia.*

Per cercare di individuare, o quanto meno tratteggiare, il perimetro

applicativo[23] collegato all'azione è sull'*intentio* che occorre concentrarsi; e l'*intentio* che Gaio nomina è costituita dall'*oportere*, l'obbligo giuridico del convenuto che l'attore afferma, declinato alternativamente nella triade *dare, facere* e *dare-facere* (come espressione processuale del *praestare*).

Ed essa trova perfetta corrispondenza nella descrizione che Paolo fa del contenuto dell'*obligatio*:

> D. 44.7.3pr. (Paul. *2 instit.*): *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*[24].

L'*oportere* giustifica l'esistenza dell'*actio*, il *dare facere* e il *praestare* ne qualificano la concessione ed è messo in rapporto di reciprocità con l'*obstringere* dell'*obligatio*.

A proposito dell'*oportere*, osservava il Segrè[25] che il legame con i verbi che esprimono la sostanza del dovere che incombe sul debitore convenuto affiora già nella formula della *legis actio sacramento in personam*, in cui l'attore dichiara il *dare facere oportere* del convenuto, e successivamente compare, per l'appunto, nella *intentio* delle formule delle azioni di *ius civile* (*dare facere praestare oportere*) a cui segue il *condemnari*: dunque, la premessa della condanna è l'*oportere* che *N.N. A.A.* dia o faccia qualche cosa; e questo *oportere* indica che c'è un dovere precedente e coercibile almeno in astratto, il che finisce per renderlo un vincolo di 'responsabilità', per quanto ancora in potenza, astratta, non concreta[26].

---

[23] C.A. Cannata, *Sulla responsabilità*, cit., p. 7.

[24] L'"*obstringere*' trova il corrispettivo '*adstringere*' in I. 3.13pr.: *Nunc transeamus ad obligationes. obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei, secundum nostrae civitatis iura*. La definizione paolina viene reputata sbiadita da G. Grosso, *Obbligazioni contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*[2], Giappichelli, Torino, 1955, p. 11 Si tratta, comunque, di una definizione, quella di Paolo, concepita sotto il punto di vista della 'rispondenza'; così già U. Brasiello, voce *Obbligazione* (*diritto romano*), in *Noviss. dig. it.*, XI, Utet, Torino, 1965, p. 555 seppur l'Autore parli di 'responsabilità'. Il Talamanca osserva che entrambe le definizioni, quella di Paolo e quella delle *Institutiones* giustinianee, «rappresentano un tentativo verso la costruzione di una teoria generale, il quale rimane però abbastanza all'esterno, dell'elaborazione reale dei contenuti giuridici del fenomeno obbligatorio»: M. Talamanca, voce *Obbligazioni (storia) (diritto romano)* in *Enc. dir.*, XXIX, Giuffrè, Milano, 1979, p. 20.

[25] *Concetto e genesi della obbligazione. Obbligazioni solidali e indivisibili*: *corso di diritto romano a.a. 1928-1929*, Giappichelli, Torino, 1929, pp. 111-113.

[26] «Il *iuris vinculum* è un rapporto tale per cui la perdita a cui andiamo incontro non adempiendo, ha in primo luogo una funzione costrittiva, dove sia capace di operare

Il Grosso[27], meglio precisando il Segrè, affermava che «mentre nei diritti reali si mette in rilievo immediato il diritto, il potere sulla cosa, rispetto al quale la posizione dei terzi si presenta come esclusione, nell'*obligatio*, come in gran parte della diversa terminologia che vi si connette (*debere, debitum, teneri, adstringi, obstringi, necti, nexum*), si presenta direttamente la posizione passiva, quella dell'obbligato; i termini che designano la posizione attiva (*creditum, nomen*) partono da accezioni limitate e trovano un uso più circoscritto. La base formale della comparazione, e precisamente nel senso di un'antitesi, si pone soprattutto nella impostazione processuale dell'*agere*; *agere in rem, agere in personam, actio in rem, actio in personam*, sono i termini di un'antitesi chiaramente impostata, onde risulta la diversa struttura del rapporto che vi è affermato, e può profilarsi pure l'antitesi sostanziale. Poiché nella configurazione della struttura dei rapporti dobbiamo prendere le mosse dal *ius civile*, possiamo rilevare senz'altro che nell'*intentio* della formula quel *vinculum iuris*, quella *necessitas*, si esprime in un *oportere* (per es. *N.N. A.A. centum dare oportere*), che rappresenta un *prius* rispetto all'ordine di condanna, che dunque preesiste alla sanzione, all'attuazione della responsabilità concreta; e come si giunga a questa, cioè all'esecuzione sulla persona o sul patrimonio del debitore, attraverso l'*actio* (colla trasfusione dell'*oportere* che importa la *litis contestatio*, e colla condanna pecuniaria) è noto; e così pure quale sia lo stretto rapporto tra l'*obligatio* e l'*actio*. Ma la valutazione di questo *oportere* come *prius*, a cui l'*actio* si richiama, è elemento altamente significativo, e toglie valore per il diritto romano a molte teorie che costruiscono l'obbligazione puramente con riguardo al momento dell'esecuzione».

Se l'*oportere* indica quanto è necessario adempiere in termini giudiziali, i diversi '*dare*', '*facere*', '*praestare*' indicano il contenuto a cui si è tenuti, e

sulla mia volontà, non meramente ablativa […]. Ma questo elemento non dà però all'obbligazione romana il carattere di un dovere coatto di condotta in un determinato senso, e nemmeno di un dovere di ottenere un certo risultato a pro del creditore, come se si trattasse di un dovere di condotta impostaci; tale non è il '*dare … oportere*', il '*debere*'. Si tratta, piuttosto, di una responsabilità del debitore, sebbene primaria e potenziale in confronto di quella secondaria e concreta che segue in caso di mancato adempimento, corrispondente ad un'aspettativa da parte del creditore. Non si tratta, dunque, di un diritto del creditore a che sia tenuta quella determinata condotta, e nemmeno a che sia verificato quel determinato evento; né di una norma imposta dalla nostra volontà di comportarci in un determinato modo, come se almeno parzialmente fossimo sotto il dominio della sua volontà»: G. Segrè, *Concetto*, cit., p. 112.

[27] G. Grosso, *Lezioni di diritto romano (l'oggetto delle obbligazioni), a/a 1933-34*, R. Università di Pisa, Pisa,. s.d., pp. 10-13.

dunque, l'oggetto dell'obbligazione[28]. In merito, ancora il Grosso preferiva parlare di contenuto della prestazione, anzichè dell'obbligazione[29] poichè «è pure innegabile che questo *vinculum iuris,* sul fondamento dell'essere connesso a una prestazione dello stesso obbligato, si presenta come espressione di una *necessitas* di adempiere la prestazione, di un *oportere*, per cui in primo piano si dice che il debitore deve compiere la prestazione. Se questo *oportere* ha da essere un *prius*, a cui l'*actio* stessa fa richiamo, non si può a sua volta ridurre il *prius* ad un'attesa dell'*actio* e delle sue conseguenze, ma lo si deve costruire come qualcosa di attuale, che come elemento costrittivo è rivolto alla prestazione; il che ben si concilia colla costruzione attraverso la concezione di un *vinculum*, inteso come legame giuridico, *vinculum iuris* che avrà la sua realizzazione concreta attraverso il momento dell'azione, inteso come secondario, e che nella sua fase primaria agisce come spinta a (anzi come necessità di) compiere la prestazione, quindi vincolo alla prestazione».

Si assiste, dunque, come già detto, ad un rapporto circolare[30] tra *actio* ed

[28] Così le intendono R. Mayr, *Praestare,* in «ZSS», 42, 1921, p. 210; G. Grosso, *Lezioni*, cit., p. 15.

[29] «Può questo *oportere* qualificarsi come un dovere del debitore di adempiere la prestazione? È giustificato distinguere nell'obbligazione l'elemento del dovere e quello della responsabilità? La struttura originaria dell'obbligazione si trasforma in un puro *vinculum iuris*. Nell'evoluzione della *sponsio*, quale è raffigurata dall'opinione dominante, si scorgerebbe come la scissione della persona obbligata da quella per il fatto della quale assume l'*obligatio*, attraverso la fase dell'autogaranzia, lasci il posto ad un'essenzialità dell'identificazione, per cui non si può promettere il fatto altrui. E si parla di un N.N. (debitore) *dare facere praestare oportere*, si parla della *necessitas* di compiere la prestazione con cui l'obbligato *adstringitur*; si parla di *debere*. Da un lato emerge l'idealizzazione dell'antico vincolo di soggezione per l'avveramento dell'evento della prestazione, preso come vincolo potenziale rispetto all'attuazione di una responsabilità materiale effettiva (realizzata o sulla persona o sul patrimonio) cui si giungerà poi attraverso l'azione; dall'altro lato acquista risalto la spinta che ne viene all'adempimento, l'indirizzo del vincolo verso di questo, l'*oportere*, la *necessitas* di adempiere la prestazione. I due aspetti del dovere e della responsabilità vi sono in certa guisa fusi. In questo concetto del *vinculum iuris* c'è sempre l'antico legame della persona per il compimento della prestazione; ed a mettere in risalto questo concetto di vincolo di responsabilità, ed a negare che si possa vedere nell'obbligazione un dovere coattivo si è dato particolare rilievo ad alcuni principî invero significativi del regime dell'obbligazione, come p. es. il principio che l'impossibilità soggettiva non impedisce all'obbligazione di sorgere, il principio della *perpetuatio obligationis* per l'impossibilità sopravvenuta imputabile al debitore, ed altri ancora; come può un dovere coattivo avere per oggetto una prestazione che al debitore è impossibile compiere?Argomenti contro i quali non vale certo sottigliezza di replica»: G. Grosso, *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana. Lezioni universitarie*, Giappichelli, Torino, s.d. (ma 1944), pp. 208-209; 217-218.

[30] Così evidenziava G. Pugliese, *Diritto e processo*, cit., p. 736. Cfr. anche L. Vacca, *Actio e diritto subiettivo. Riflessioni sul pensiero di Giovanni Pugliese in materia di rapporti fra*

obligatio, tale per cui l'una determina e definisce l'esistenza dell'altra, laddove il *dare*, il *facere* e il *dare-facere (praestare) oportere* indicano i termini della *obligatio*[31] come confine della 'rispondenza' e l'*actio* la traduce da potenza a fatto.

Scriveva l'Arangio Ruiz «Non per nulla i romani, che pur sogliono considerare ogni e qualsiasi rapporto sotto il profilo dell'azione, riconoscono una connessione particolare fra *actio* e *obligatio* come fra le due facce della stessa medaglia».

Ecco, dunque, che riallacciandoci all'osservazione relativa al punto di vista della configurazione giuridica del vincolo obbligatorio, va anche precisato che, per quanto l'angolo visuale dello strumento processuale costituisse tratto primario della riflessione, tutta la riflessione della giurisprudenza romana, l'indagine sulla natura sostanziale dei fenomeni, soprattutto obbligatori, rappresentava un passaggio indispensabile[32]. E ciò evidentemente ancor più in relazione alla 'responsabilità' del debitore[33], essendo questa fisiologicamente dipendente dall'individuazione specifica del contenuto dell'obbligazione a cui lo stesso è tenuto, sia per indicare la dimensione oggettiva della prestazione, sia per definirne i profili soggettivi, entrambi segmenti essenziali per tracciare il perimetro della generale rispondenza.

3. *Il contenuto dell'*obligatio. *Il '*dare*'*

Con riguardo alla dimensione oggettiva dell'*obligatio*, anche in merito al contenuto della prestazione i Romani non hanno proceduto ad una completa teorizzazione: nelle fonti si riscontra la tripartizione, già menzionata, del

diritto e processo, in *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo* a cura di L. Vacca, Cedam, Padova, 2008, 248 ss.

[31] Sul punto, più recentemente R. Santoro, *Per la storia dell'*obligatio. *Il* iudicatum facere oportere *nella prospettiva dell'esecuzione personale*, ora in *Scritti minori*, II, Giappichelli, Torino, 2009, p. 655 ss.

[32] Di recente E. Stolfi, *Riflessioni attorno al problema dei 'diritti soggettivi' fra esperienza antica ed elaborazione moderna*, in «Studi senesi», 55, 2006, p. 120-177, che ritiene l'indagine sul tema del diritto soggettivo «uno snodo fondamentale nella storia della ricerca romanistica… (almeno) degli ultimi due secoli»

[33] «Gli elementi di struttura dell'obbligazione, intesa dal punto di vista del rapporto, quali sono stati più o meno atomisticamente considerati dai giuristi romani, si identificano nei soggetti, nel contenuto oggettivo dell'obbligazione e nella responsabilità contrattuale. Intorno a questi elementi viene, in realtà ad articolarsi tutta la tematica dell'*obligatio* nel suo oggettivo porsi»: così M. Talamanca, voce *Obbligazion*i *(storia)* (*diritto romano*) in *Enc. dir.*, XXIX, Giuffrè, Milano, 1979, p. 22

dare facere praestare alla quale non dovrebbe attribuirsi, tuttavia, alcun valore sistematico[34]. É però innegabile[35] che siano tali contenuti a costituire i riferimenti "tipici" per la determinazione della portata dell'attività che si attendeva dal debitore, e in base alla quale valutarne, sotto il profilo oggettivo, la 'responsabilità'.

Isolandoli brevemente, non si può che iniziare dal '*dare*', unico contenuto (rispetto al '*facere*' e al '*praestare*') della prestazione dai contorni 'sostanziali' ben definiti, e che implica una lettura soprattutto del *facere* in termini residuali, seppur piuttosto dilatati, come vedremo.

'*Dare*', infatti, significa tecnicamente trasferire la proprietà[36], o nella sua accezione più piena, trasferire la proprietà della *res,* una proprietà che sia piena, e quindi libera da vincoli e condizioni, e procurarne il possesso.

Sono usualmente fonti di obbligazioni di tale oggetto negozi come la *stipulatio* e il *legato per damnationem*.

Essa si traduce all'interno della formula dell'*actio in personam* nel *rem dare oportere*:

> Gai. 4.4: *Sic itaque discretis actionibus certum est non posse nos rem nostram ab alio ita petere: SI PARET EUM DARE OPORTERE; nec enim quod nostrum est, nobis dari potest, cum scilicet id dari nobis intellegatur, quod ita datur, ut nostrum fiat; nec res, quae nostra iam est, nostra amplius fieri potest. plane odio furum, quo magis pluribus actionibus teneantur, receptum est, ut extra poenam dupli aut quadrupli rei recipiendae nomine fures etiam hac actione teneantur: SI PARET EOS DARE OPORTERE, quamuis sit etiam aduersus eos haec actio, qua rem nostram esse petimus.*

L'*intentio* che ne assorbiva il contenuto poteva essere certa:

---

[34] M. Talamanca, voce *Obbligazioni*, cit., p. 30.

[35] Cfr. L. Vacca, *Osservazioni*, cit., p. 5 ss.

[36] Sul significato di '*datio*' come trasferimento della proprietà: L. Mitteis, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians Erster Band*, 1, Duncker und Humblot, Leipzig, 1908, p. 58 s.; P. De francisci, Synallagma, 2, Mattei, Pavia, 1916, p. 386 s.; J.C. Van Oven, *Remarques sur Gai. 3.91*, in «*Iura*», 1, 1950, p. 27; G. Grosso, *Obbligazioni*, cit., p. 15 ss; M. Talamanca, voce *Obbligazioni*, cit., p. 35 ss.; A. Saccoccio, Si certum petetur *dalla* condictio dei veteres *alle* condictiones *dei giustinianei*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 3 ss.; p. 260 ss. Nelle trattazioni manualistiche, S. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*[2], II, Atheneaum, Roma, 1928, p. 31; A. Burdese, *Manuale di diritto privato romano*[3], Giappichelli, Torino, 1987, p. 501; V. Arangio Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*[14], Jovene, Napoli, 1989, p. 302; G. Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*[3], Giappichelli, Torino, 1991, p. 403; M. Marrone, *Lineamenti di diritto privato romano*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 92.

"si paret N. Negidium A. Agerio sestertium X milia dare oportere"

o incerta:

"*quidquid paret N. Negidium A. Agerio dare facere oportere*".

Nel caso delle obbligazioni di *dare* il debitore era ritenuto responsabile tutte le volte che non aveva trasferito al creditore la proprietà della *res* nel momento convenuto[37].

L'adempimento di un'obbligazione di '*dare*', in termini di attuazione di un risultato, viene, quindi, valutata in base a criteri esclusivamente giuridici: l'avvenuto o non avvenuto acquisto della proprietà da parte del creditore. In tal senso, come contenuto dell'obbligazione connesso ad un preciso risultato, l'individuazione della eventuale responsabilità è ancorata al *factum debitoris*, o alla mora del debitore, come un'operazione del tutto costruita sulla analisi dei casi e delle circostanze che hanno indotto all'inadempimento: se vi sia stato di volta in volta un evento che ha determinato l'impossibilità oggettiva ad adempiere o se sia dipeso in qualche misura dalla condotta del debitore. Anche l''impossibilità sopravvenuta della prestazione', quale limite alla 'responsabilità', nelle obbligazioni di *dare*, trova una ben delineata articolazione nella dimensione casistica della riflessione giurisprudenziale, ove risultano distinti i trasferimenti di cose individuate nella *species*, da quelli aventi ad oggetto cose individuate nel *genus*[38]; ove si differenzia fra impossibilità definitiva per il perimento della cosa, e impossibilità temporanea, per i casi, ad esempio, di impossibilità giuridica[39].

3.1. *Il* 'facere'

Meno agevole è l'operazione quando si tenta di precisare il contenuto del '*facere*', a cui fa riferimento un complesso sistema di comportamenti, che possono sia costituire di per sè il contenuto dell'obbligazione[40], come 'obbligazione di mezzi', sia condurre ad un certo tipo di esito, come

[37] In particolare D. 22.1.4pr. (Pap. 27 *quaest.*). Cfr. V. Arangio Ruiz, *Responsabilità*, cit., pp. 9-11; C.A. Cannata, *Appunti*, cit., p. 170.

[38] Su cui, da ultimo, sia consentito di rinviare a B. Cortese, Genus in obligationem deductum: *spunti problematici nella giurisprudenza romana*, in «BIDR», 112, 2018, p. 121 ss. e letteratura *ivi* citata.

[39] C.A. Cannata, *Appunti*, cit., p. 173 ss.

[40] G. Grosso, *Obbligazioni*, cit., pp. 28 -29. M. Talamanca, voce *Obbligazioni*, cit., pp. 30-31.

'obbligazione di risultato'[41].

Il *facere*, lo si accennava, usualmente viveva in contrapposizione al *dare*[42], nel senso che esso risultava comprensivo di ogni comportamento che non integrasse il *dare* in senso tecnico, e quindi sia un comportamento positivo, come un *facere*, sia il comportamento negativo, un *non facere*:

> 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".*

La pretesa processuale, chiamata ad esprimere la fluidità del contenuto dell'obbligazione, si traduceva in un'*intentio incerta*, a sua volta caratterizzata, come una sorta di clausola standard, dal binomio '*dare-facere oportere*':

> *Quidquid paret N. Negidium A. Agerio dare facere oportere*.

La clausola così congegnata nelle *actiones stricti iuris* si prestava in modo lineare a rappresentare processualmente il contenuto della pretesa avanzata, come vedremo, anche all'interno dei *iudicia bonae fidei*, azionata in tal caso *iure pretorio*, e la cui struttura si caratterizzava per la centralità dell'*oportere ex fide bona*:

> *Quidquid paret N. Negidium A. Agerio dare facere oportere ex fide bona.*

La valutazione dell'inadempimento di un'obbligazione di *facer*e risultava più articolata, essendo molteplici i profili di valutazione dell'effettività e della correttezza dell'esecuzione della prestazione, a seconda del tipo di *facere* specificamente dedotto nell'obbligazione, ed altresì della 'struttura' dell'adempimento, se configurabile, per l'appunto, come diremmo noi moderni, in termini di un'obbligazione di mezzi oppure di un'obbligazione

[41] La dicotomia fra 'obbligazioni di mezzi' e 'obbligazioni di risultato' risale, come noto, al Demogue; R. Demogue, *Traitè des obligations en general*, V, Rousseau & Cie, Parigi 1925, n. 1237, le oscillazioni sulla rilevanza di tale distinzione nella civilistica sono ben note (cfr. il Cap. IV, § 2); quanto alla loro incidenza sulla "disciplina romana" delle obbligazioni vi sono tracce che lasciano intendere un'intuizione generale sulla differenza relativa alle modalità con cui il debitore di un'obbligazione di *facere* si considerava liberato: C.A. Cannata, *Per lo studio*, cit., p. 133 ss.; Id., *Sul problema*, cit., p. 16

[42] D. 45.1.2pr. (Paul. 12 *ad Sab.*): *Stipulationum quaedam in dando, quaedam in faciendo consistunt.*

di risultato.

3.2. *Il* 'praestare'

Rispetto al fenomeno della rispondenza/responsabilità, il *praestare*, che qui ci interessa in modo particolare, rappresenta il contenuto dell'obbligazione più complesso, per via dei suoi numerosi impieghi che ne rendono complicata l'individuazione di un univoco significato giuridico[43].

Nelle formulazioni prudenziali, il *praestare* è usualmente accompagnato da un complemento oggetto che ne identifica il vero e proprio contenuto: i Romani come oggetto potevano configurare sia eventi (*praestare periculum*), sia situazioni *(praestare sanum esse*) sia comportamenti (*praestare custodiam*), e, in tal ultimo senso, su cui torneremo a breve, va considerato anche il *praestare dolum* o *culpam*[44]. Sono pochi i casi in cui compare in veste autonoma in funzione esplicativa di un preciso contenuto della prestazione. Anche al livello processuale, il *praestare* – al di là della formula che Gaio in Gai. 4.2 riporta, riferendosi in modo generico al '*dare facere praestare oportere*' – non compare mai nelle clausole formulari in forma isolata: esso viene espresso dal *dare facere (oportere)*, ad indicare la necessità di adempiere con tutto ciò che occorre dare e/o fare, e che non sia riconducibile ad un '*dare*' in senso tecnico o ad un '*facere*' determinato.

Tuttavia, una volta sottolineata la necessità di prediligere la via analitica nell'indagare il suo contenuto, può dirsi che i diversi impieghi del termine '*praestare*' tendono a mettere in luce una sostanziale unicità logico-funzionale, data dal concetto di 'assicurazione', di 'essere garante' rispetto ad un dato risultato. Nello specifico, come precisa anche il Cannata[45], i Romani utilizzavano questo termine così 'neutro' per indicare l'assunzione di un obbligo ad assicurare all'altra parte un qualcosa rispetto a certe circostanze, fatti o eventi, rispondendo per i relativi rischi.

Ed è quasi certamente questo il senso in cui va inteso il testo di Paolo che

[43] R. Mayr, *Praestare*, cit., p. 198 ss.; G. Grosso, *Obbligazioni*, cit., p. 31 ss.; C.A. Cannata, *Per lo studio*, cit., p. 9; M. Talamanca, voce *Obbligazioni*, cit., p. 30, nt. 200; R. Cardilli, *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano II sec. a.C.-II sec. d. C*, Giuffrè, Milano, 1995, *passim.*

[44] C.A. Cannata, *Sul problema*, cit., p. 123 ss.

[45] «La sutura fra i due concetti è data dalla identificazione soggettiva; e significativa è la considerazione che talora là ove emerge più spiccatamente l'elemento della garanzia di dati di fatto estrinseci, il *praestare*, lo star garante viene raffigurato come la prestazione dovuta nell'obbligazione, anziché come l'obbligazione stessa»: così G. Grosso, *I problemi*, cit., pp. 217 -218.

lo riporta, in una di quelle rare forme 'autonome', come oggetto del vincolo che rappresenta la *substatia obligationum*:

> D. 44.7.3pr. (Paul. 2 *instit.*): *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.*

Il *praestare* parrebbe esprimere, dunque, quei contenuti sostanziali che non possono essere ricompresi nel *dare* e nel *facere* tecnici, alternandosi fra il riferimento ad obblighi di natura accessoria (casi in cui il *praestare* si sostanzia nell'obbligo di eseguire una specifica prestazione)[46], e fra il rinvio ad un contenuto in cui si riassume una serie di comportamenti ai quali l'obbligato è tenuto che si collegano unitariamente ad uno specifico 'risultato da assicurare'[47].

Tuttavia, ancora a detta del Cannata[48], l'accoglimento del significato di 'assicurare' comporterebbe l'abbandono del concetto di responsabilità, costruita sull'elemento dell'imputabilità soggettiva, in quanto con il *praestare* il debitore si assumerebbe una garanzia in ordine ad un risultato, ed egli ne risponderebbe sempre e comunque, e non solo in ragione dell'imputabilità dell'evento che ha inciso sulla prestazione. Tale rilievo, in verità, mi pare condivisibile solo nella misura in cui il riferimento alla responsabilità venga ancora inteso nel senso di imputabilità soggettiva – quindi nell'ottica dell'inadempimento necessariamente colpevole; mentre l'abbandono di tale accezione a favore di una responsabilità fondata sull'inadempimento processualmente tutelabile, quindi intesa nel più generale senso della 'rispondenza' – prelude all'individuazione di una interconnessione fondamentale proprio fra il *praestare* e la 'responsabilità'. Si tratta, dunque, di stabilire se e in che misura un 'modello di responsabilità contrattuale' venisse concepito e adottato dai giuristi romani[49].

---

[46] C.A. Cannata, *Per lo studio*, cit., 21; R. Cardilli, *L'obbligazione*, cit., in particolare p. 140.
[47] C.A. Cannata, *Sul problema*, cit., pp. 127-130
[48] C.A. Cannata, *Sul problema*, cit., p. 134.
[49] A tal riguardo il Cardilli ritiene l'argomentazione del Cannata non del tutto convincente, essendo il *praestare* espressione di un contenuto tecnico dell'obbligazione, al pari del *dare* e del *facere*, e pertanto anch'esso condizione dell'*actione teneri*, e dunque della responsabilità: R. Cardilli, *L'obbligazione*, cit., p. 55. Ed in tal senso il Cardilli richiama come classica la regula ulpianea (D. 50.17.23) che ricondurrebbe i contenuti del *praestare* al dolo, alla *culpa* e alla *diligentia* escludendovi i casi fortuiti, seppur formata dopo un lungo travaglio, iniziato con Quinto Mucio e sviluppatosi in modo spesso non lineare, se non sfociante addirittura in *ius controversum*, come mostrano le impostazioni di giuristi come Servio, Labeone e Proculo: R. Cardilli, *L'obbligazione*, cit., p. 175. Sul punto si veda *infra* il § 3.

A tal riguardo, rispetto alla natura tecnica di '*dare*' e '*fare*' che agevola la determinazione delle ipotesi di inadempienza, definire come la violazione del *praestare* si traduca in termini di 'rispondenza' per inadempimento è senz'altro, un'operazione piuttosto complessa. Infatti, il quadro della riflessione prudenziale a partire dal II sec. a.C. pone in evidenza come in conseguenza dei molteplici significati sostanziali e funzionali riconducibili al singolo *praestare*, se accessorio o autonomo, nonchè all'eventuale oggetto del *praestare* medesimo, la valutazione dell'inadempimento risulta essere segmentata in riferimento a specifici contenuti, ed essere, a seconda dei casi autonomamente azionabile oppure no.

Tuttavia, qui interessa porre in evidenza come, con riguardo a determinati rapporti contrattuali, quali l'*emptio venditio* e la *locatio conductio rei*, la valutazione dell'inadempimento fosse effettuata in modo unitario, includendo tutti i profili collegati al contenuto "generale dell'obbligazione", peraltro in alcuni casi ricavabile a sua volta dall'insieme di singoli obblighi[50]. Lo vedremo meglio in seguito, nel caso dei due contratti, compravendita e locazione di cosa, i cui profili si ricompongono nel contenuto del *praestare* l'*habere licere* e il *frui licere* della *res* e di cui, ad esempio, la necessaria assenza di vizi e difformità costituisce una delle molteplici manifestazioni concrete, in quanto ritenuta, a seguito di una graduale evoluzione interpretativa, processualmente tutelabile.

E, dunque, tra siffatta pluralità di contenuti dell'obbligazione, l'individuazione degli estremi dell'inadempimento avveniva tenendo conto in via analitica della struttura del rapporto obbligatorio, mantenendo, tuttavia, come ad esempio mostrerà il confronto coi testi in materia di vizi, una coerenza logica e dommatica di fondo.

4. Dolus, culpa, custodia*: criteri di responsabilità?*

Gli elementi soggettivi che accompagnano la valutazione dell'inadempimento, articolata su ogni tipologia di prestazione quale contenuto dell'obbligazione, che poc'anzi si è riportata, possono dirsi relativamente definiti a seguito del lungo travaglio casistico che ha caratterizzato la riflessione scientifica sul fenomeno della responsabilità da contratto; senza che ciò, tuttavia, legittimi l'aspettativa di ricorrenti concettualizzazioni

[50] In termini di inadempimento, dunque, anche l'azionabilità delle obbligazioni accessorie non sarà autonoma, ma dipenderà dall'azione diretta a far valere l'obbligazione principale.

astratte. In tal senso, ribadendo la diversità del modello di tutela del creditore - non solo in rapporto al contenuto della prestazione oggetto del vincolo obbligatorio, ma altresì, a livello ancora più generale, a seconda del contesto processuale - si deve escludere l'idea della rintracciabilità di una elaborazione generale di criteri soggettivi di imputazione del fatto-inadempimento, ivi compresa la colpa[51], perlomeno fino all'epoca postclassica.

Se per un certo periodo la convinzione di una teoria generale classica della *culpa* ha attecchito presso la letteratura giuridica[52], è stato a cagione del ben noto approccio sistematico al diritto romano, che ha generato, rinforzando un'operazione che già aveva avuto inizio con Giustiniano, una generale compressione delle soluzioni e dei concetti giuridici prodotti dalla giurisprudenza romana.

Successivamente, risultati del tutto opposti ha prodotto il feroce attacco della dottrina interpolazionista[53], che ha individuato nel periodo giustinianeo la vera elaborazione di un sistema di attribuzione della 'responsabilità contrattuale', edificato sul criterio della *culpa*, non ritenendo che le regolamentazioni proposte dai giuristi classici per le fattispecie d'inadempimento tenessero in considerazione, almeno in modo organico, gli stati volitivi o soggettivi che avevano prodotto o accompagnato il fatto dell'inadempimento, limitandosi ad attribuire una rilevanza specifica al solo dolo. Seguendo questa linea ricostruttiva, non è però risultato chiaro a cosa si dovesse la frattura fra il regime classico e quello postclassico giustinianeo della responsabilità per inadempimento imputabile[54]. Ed infatti, come già osservato[55], ipotizzare un brusco passaggio nella seconda metà del III sec. d.C. non è concepibile[56], anche in ragione del fatto che la scienza

[51] C.A. Cannata, *Ricerche*, p. 17 ss.; Id, *Per lo studio*, cit., p. 7 ss.; G. Santucci, Diligentia quam in suis, Università degli studi di Trento, Trento, 2008, p. 4 ss.

[52] Sui passaggi della storia della dottrina romanistica in tema di responsabilità contrattuale si veda P. Voci, 'Diligentia', 'custodia', 'culpa'. *I dati fondamentali*, in «SDHI», 56, 1990, p. 26 ss.

[53] Su cui C.A. Cannata, *Una casistica*, cit., p. 43-46.

[54] Ed è questo uno dei rilievi mossi maggiormente ai sostenitori della teoria della 'responsabilità oggettiva', in particolare all'Arangio Ruiz.

[55] C.A. Cannata, *Ricerche*, cit., p. 8.

[56] Anche in considerazione degli studi della dottrina più moderna che hanno messo in luce una fluidità evolutiva dell'ordinamento romano che non consente di isolare alcun passaggio di tale sviluppo, soprattutto per quel che concerne il *ius privatorum*, senza rischiare di dare vita a letture inesatte e falsanti: come riflessioni di carattere generale si rinvia in particolare a F. De Martino, *Diritto e società nell'antica Roma*, Editori Riuniti, Roma, 1979, *passim*; G. Pugliese, *Diritto romano e scienza del diritto*, ora in *Scritti giuridici scelti*, III, Jovene, Napoli, 1989, p. 159 ss.; Id., *Orientamenti e problemi attuali nello studio delle fonti romane*, in *Scritti*, cit., p. 27 ss. M. Talamanca, *Il Corpus iuris giustinianeo fra il diritto romano e il diritto vigente*, ora in *Strutture e forme di tutela contrattuale* a cura di V. Mannino, Cedam,

romanistica, superato il fervore dell'interpolazionismo, ha restituito ai classici la maggior parte dei testi in materia, declamandone la sostanziale originalità[57]. Ma, al di là di rilievi metodologici, e superando i tradizionali irrigidimenti interpretativi, è con la ampiezza e la conseguente complessità della materia delle obbligazioni *ex contractu* che occorre fare i conti: nelle precedenti sintetiche osservazioni, si è già messa in luce, a tal proposito, la comprovata inscindibilità di qualunque indagine sui criteri soggettivi di valutazione dell'inadempimento dal tipo di oggetto dell'obbligazione o contenuto della prestazione e dalla struttura dell'*actio*. Tenendo conto di tali due fattori: il tipo di rapporto obbligatorio e il tipo di azione prevista - peraltro, tra la tarda repubblica e la metà del principato significativamente in evoluzione - l'unica via consigliabile rimane sempre quella analitica, poichè solo dalle trame della casistica possono emergere delle regole di portata più generale, seppur sempre di applicazione delineata e che richiedono, comunque, una verifica in termini di correttezza.

É solo sul finire dell'attività scientifica creativa classica, in epoca severiana, che si iniziano a prospettare le prime riflessioni di sintesi, quando lo stato di evoluzione del *ius civile* lo consente, con riguardo a *dolus, custodia, culpa, diligentia* potenzialmente individuabili come criteri di imputabilità dell'inadempimento[58]. Lo si osserva in particolare, grazie ad Ulpiano[59], il primo a fissare in un suo noto e discusso brano di commento ai libri di Sabino, l'articolazione fra *dolus*, *culpa-diligentia*[60] con riferimento alla mancata esecuzione di singoli tipi di contratto[61], e che nel determinare la rispondenza del debitore incontrano il solo limite dei '*casi*':

D. 50.17.23 (Ulp. 29 *ad Sab.*): *Contractus quidam dolum malum*

Padova, 2004, p. 20 ss.

57 Cfr. gli autori citati nelle note successive di questo paragrafo.

58 G. MacCormack, Dolus, culpa, custodia *and* diligentia: *criteria of liability or content of* obligation, in «*Index*», 22, 1994, p. 189–209.

59 Cardilli ritiene classica la regola, visto non solo il riferimento a Celso, ma tenuto conto del dibattito che si sviluppa nell'ambito delle scuole proculiana e sabiniana e che genera *ius controversum*, con rinvii a soluzioni precedenti ad opera di Quinto Mucio, a Servio e a Labeone: R. Cardilli, *L'obbligazione*, cit., pp. 415-416. Nel senso della classicità, già S. Tafaro, Regula e ius antiquum *in D.50.17.23. Ricerche sulla responsabilità contrattuale*, Cacucci, Bari, 1984.

60 Si tratta del tentativo di ricostruire un sistema di attribuzione o di esclusione della responsabilità contrattuale, e che, nonostante provenga da un giurista di caratura come Ulpiano, finisce naturalmente con lo schiacciare i risultati dell'articolata riflessione che precedente: M. Kaser, *Das römischen Privatrecht*[2], Beck, München, II, 1976, p. 348 ss.

61 Cfr., in tema di comodato e deposito ad esempio, D.13.6.5.3 (Ulp. 28 *ad ed.*) e Coll. 10.2.1 (Mod.2 *diff.*)

> *dumtaxat recipiunt, quidam et dolum et culpam. Dolum tantum: depositum et precarium. Dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta: in his quidem et diligentiam. Societas et rerum communio et dolum et culpam recipit. Sed haec ita, nisi si quid nominatim convenit (vel plus vel minus) in singulis contractibus: nam hoc servabitur, quod initio convenit (legem enim contractus dedit), excepto eo, quod Celsus putat non valere, si convenerit, ne dolus praestetur: hoc enim bonae fidei iudicio contrarium est: et ita utimur. Animalium vero casus mortesque, quae sine culpa accidunt, fugae servorum qui custodiri non solent, rapinae, tumultus, incendia, aquarum magnitudines, impetus praedonum a nullo praestantur.*

Ulpiano separa la tripartizione 'dolo, *culpa, culpa-diligentia*' dal *casus*: mentre il dolo e la *culpa* (comprensiva della *diligentia*) indicano i criteri alla luce dei quali si valuta la 'responsabilità' per inadempimento dei singoli contratti[62], la nozione di *casus*, riferita a quegli eventi che "*sine culpa accidunt*", racchiuderebbe il limite di tale responsabilità; mentre non vi è alcun accenno alla custodia.

V'è da dire che diversi sono i profili che il testo pone in relazione ai percorsi di indagine sulla responsabilità del diritto classico, e non è possibile affrontarli tutti nel modo che richiederebbero; basti qui tenere presente alcuni rilievi.

Anzitutto, per quanto riguarda il dolo, il campo coperto dalla nozione ha teso a restringersi rispetto alle sue origini nel *ius civile* di prima epoca repubblicana man mano che veniva elaborata quella che sarebbe stata la sfera concettuale poi coperta dalla *culpa*. Agli inizi della costruzione della materia negoziale molto probabilmente si contrapponevano i due criteri del 'dolo', comprensivo di tutti i comportamenti riconducibili ad un soggetto e giudicati riprovevoli[63], e della 'custodia', come criterio di responsabilità per il fatto incidente sul dovere di custodire[64], preservare, tutelare,

[62] Il Cannata osserva che si è in presenza non tanto di criteri soggettivi di valutazione, ma di comportamenti dedotti in specifiche obbligazioni costruite nella forma del *praestare*, i quali comportamenti si estrinsecavano nel dovere di astenersi dal fatti dolosi o colposi in ragione dell'adempimento dell'obbligazione principale e, nel caso della *diligentia* (*custodia*), di tenere un contegno determinato, sempre in rapporto all'obbligazione principale (pensiamo al comodato): cfr. C.A. Cannata, *Per lo studio*, cit., p. 20 ss.

[63] In tal senso Cardilli, che lo ricava dai riferimenti alla giurisprudenza della prima epoca repubblicana, i cd. "*quidam*" nominati in testi come D. 18.1.66.1: R. Cardilli, *L'obbligazione*, cit., p. 162.

[64] D. 19.2.40.1 (Gai. 5 *ad ed. prov.*). *Qui mercedem accipit pro custodia alicuius rei, is huius periculum custodiae praestat.* D.19.2.41 (Ulp. 5 *ad ed.*): *Sed de damno ab alio dato*

indipendentemente dal contegno dell'obbligato.

A voler fornire un'individuazione in termini di contenuto[65] la nozione di dolo in epoca classica, si assesta, in generale, su qualunque comportamento attivo od omissivo posto in essere con l'intenzione o la consapevolezza di nuocere:

> D. 4.3.1.2 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Dolum malum servius quidem ita definiit machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur. Labeo autem posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniatur: posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari, sicuti faciunt, qui per eiusmodi dissimulationem deserviant et tuentur vel sua vel aliena: itaque ipse sic definiit dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est*[66].

Come detto, si tratta del risultato conseguente alla graduale emersione di una serie di condotte, riprovevoli e quindi tali da giustificare la soggezione all'*actio*, ma estranee al dolo, e che verranno ascritte alla successiva figura della colpa.

Il fatto doloso viene, dunque, progressivamente limato dall'insieme di comportamenti che pur riprovevoli, tuttavia, non potevano dirsi tecnicamente posti in essere con la volontà di ledere[67].

D'altra parte la *culpa* è un 'criterio' che emerge progressivamente dalle maglie della casistica: non se ne individuano tentativi di teorizzazione generale[68], e, anche dal mero punto di vista terminologico, di rado compare nei testi della giurisprudenza[69], come, peraltro, l'affiancamento alla *diligentia* di Ulp. D. 50.17.23 già evidenzia; ma su questo torneremo a breve.

Dal punto di vista genetico, la 'colpa' verosimilmente affonda le origini

agi cum eo non posse Iulianus ait: qua enim custodia consequi potuit, ne damnum iniuria ab alio dari possit? sed Marcellus interdum esse posse ait, sive custodiri potuit, ne damnum daretur, sive ipse custos damnum dedit: quae sententia Marcelli probanda est.

65 G. Mac Cormack, 'Dolus' *in Republican Law*, in «BIDR», 88, 1985, p. 1-38; Id., Dolus *in the law of the early classical period*, in «SDHI», 52, 1986, p. 236 ss.

66 Cic., *off.*, III, 14, 60: *Nondum enim C. Aquilius, collega et familiaris meus, protulerat de dolo malo formulas; in quibus ipsis, cum ex eo quaereretur, quid esset dolus malus, respondebat, cum esset aliud simulatum, aliud actum.*

67 Cfr. Gai. 3.207. Così anche G. Santucci, Diligentia, cit., p. 5.

68 Sulla polisemia del termine '*culpa*' cfr. soprattutto G. Mac Cormack, Culpa, in «*SDHI*», 38, 1972, p. 123 ss. Per un inquadramento generale, M. Talamanca *Colpa. Colpa civile (diritto romano e intermedio)*, in *Enc. dir.*, VII, Giuffrè, Milano, 1960, p. 519 ss.

69 Solo due volte osservava l'Arangio Ruiz nelle *Istituzioni*[14], cit., p. 384.

nella *lex Aquilia*, dal momento in cui, sull'interpretazione del termine '*iniuria*', la giurisprudenza venne chiamata ad individuare i termini utili ad un giudizio di 'responsabilità'[70]. In tal senso, non residuano dubbi sul fatto che, in considerazione di quel flusso costante di idee e riflessioni, circolante fra i *prudentes*, vi sia stato più di qualche input volto ad isolare, anche in àmbito contrattuale, una serie di comportamenti al limite fra colpevolezza e non imputabilità.

Occorrevano, tuttavia, gli idonei riferimenti tecnico-concettuali per rendere tali comportamenti negoziali oggetto di una rispondenza in sede processuale; gli strumenti, da un lato, vennero forniti dalla individuazione di modelli di comportamento, che di fatto rendevano il 'criterio' della colpa un criterio individuato sempre di più in modo oggettivo[71], e dall'altro lato vennero forniti dai *iudicia bonae fidei*, nel cui contesto trovava spazio la valutazione di una gamma di comportamenti collegati alla violazione della *fides* contrattuale, all'affidamento reciproco dei contraenti, indipendentemente dal loro essere considerati in rapporto ad un modello standard di 'responsabilità'[72].

Quanto ai primi, la *diligentia* rappresenta il riferimento positivo generale; ove la prestazione non aveva un carattere tecnico, la riprovevolezza del comportamento del debitore veniva valutata in termini di negligenza: il criterio sanzionava la condotta non conforme ad un uomo *frugi et diligens* o anche al *prudens et diligens pater familias*[73].

Tale condotta si estrinsecava tanto in azioni, quanto in omissioni, comprendendo tutti i comportamenti che non risultavano fedeli allo standard oggettivo, non generale, ma richiesto dal tipo di rapporto.

Non a caso in D. 50.17.23 Ulpiano cita la diligenza come 'criterio' rilevante per i rapporti diversi nei quali assurge a criterio soggettivo di

[70] C.A. Cannata, *Sul problema*, cit., p. 50 ss.
[71] C.A. Cannata, *Sul problema*, cit., p. 53
[72] É in questo segmento che, ad esempio, avrebbe trovato origine la *culpa in contrahendo,* creazione jheringhiana, che sintetizza una gamma di comportamenti non dolosi mediante i quali la controparte viene indotta alla conclusione del contratto: cfr. R. Von Jhering, *Della* 'culpa in contrahendo' *Ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, trad. it. a cura di F. Procchi, Jovene, Napoli, 2005. Sulla *culpa in contrahendo* esiste una letteratura sterminata; delimitando i riferimenti all'oggetto di questo studio, si rinvia soprattutto a F. Procchi, 'Dolus' e 'culpa in contrahendo' *nella compravendita. Considerazioni in tema di sinallagma genetico*, in *La compravendita*, cit., p. 238 ss.; e più diffusamente Id., 'Licet emptio non teneat'. *Alle origini delle moderne teoriche sulla cd.* 'culpa in contrahendo', Cedam, Padova, 2012, *passim*; I. Fargnoli, Culpa in *contrahendo e azioni contrattuali*, in Actio in rem, cit., p. 441 ss.
[73] Cfr. per esempio D. 18.6.12 (Alf. 2 *dig.*); D. 19.1.54pr. (Lab. *2 pith. a Paul. epit.*).

valutazione del contegno del debitore, oltre al dolo, la colpa: «*Dolum et culpam mandatum, commodatum, venditum, pignori acceptum, locatum, item dotis datio, tutelae, negotia gesta: in his quidem et diligentiam*»[74].

Circa i secondi, senza dubbio un contesto in cui la *culpa* prende forma e assume rilievo in modo sempre più massiccio è quello dei rapporti contrattuali tutelati da *iudicia bona fidei*[75].

Su tali *iudicia*, che costituiranno in seguito oggetto di analisi specifica[76], al momento è sufficiente osservare che la formula delle *actiones ex fide bona* consentiva un incremento e una specificazione delle ipotesi di responsabilità, tali da rendere improbabile una proposta di schematizzazione.

La *bona fides* dei rapporti nascenti da traffici commerciali, come sottolineato dal Betti[77], era considerata come onestà e lealtà, come «*dictorum e conventorum constantia*», fondandosi sulla necessità di mantenere fede all'accordo, di fare affidamento sulla parola data; in quest'ottica la giurisprudenza romana non dovette sforzarsi troppo per ampliare l'imputabilità, superando il dolo ed aprendo alla *culpa*: a tale riguardo giova sottolinearlo, la vera antitesi della *bona fides* da un certo punto di vista, può dirsi non tanto il dolo, che di certo *ipso iure* era tutelato nei giudizi di buona fede, ma l'inaffidabilità[78].

Il dato acquista maggior evidenza se si considera che in tali rapporti la *bona fides* è fonte dell'obbligazione, e non solo un criterio per la valutazione della imputabilità dell'inadempimento: sotto il profilo operativo il precipitato della rilevanza precetttiva della buona fede era la richiesta di un dato impegno, di un dato indice di corretta gestione, di una determinata perizia, abilità, esperienza o prudenza, a seconda dell'obbligazione scaturente dl singolo negozio. Questo, in particolare, risulterà molto più chiaro attraverso l'analisi di alcune soluzioni che concernono proprio ipotesi di vizi della cosa

[74] A fianco al modello astratto, casisticamente individuato nel suo concreto, dell'*homo diligens*, venne elaborato il criterio della *diligentia quam suis*, una sorta di *culpa* in concreto, come diranno gli esponenti della scienza giuridica della metà del XV sec. che indicava la diligenza che il singolo debitore dovrebbe mantenere come se si trattasse dei suoi affari: il modello non è più dettato dal senso comune o da regole generali inerenti allo specifico rapporto negoziale, ma è costruito sul singolo e sulla cura che questo riserva alla gestione delle sue proprie faccende. Sul punto C.A. Cannata, *Sul problema*, cit., p. 52 ss.; G. Santucci, Diligentia, cit., p. 27 ss.

[75] S. Tafaro, *Criteri di imputazione della responsabilità contrattuale e "*bona fides*": brevi riflessioni sulle fonti romane e sul codice civile italiano*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, VI, La Goliardica, Milano, 1987, p. 31 ss.; I. De Falco, Diligentia, cit., p. 20.

[76] Cfr. *infra* il Cap. III.

[77] E. Betti, *Imputabilità*, cit., p. 187.

[78] In senso contrario, V. Arangio Ruiz, *Responsabilità*, cit., p. 30 ss.

(soprattutto in D.19.2.19.1), in ragione delle quali emerge, ad esempio, la gradazione assunta della responsabilità[79].

Sempre con riguardo al testo di Ulpiano D.50.17.23, si nota che grande assente è la *custodia*[80], che pure aveva guidato le prime soluzioni scientifiche nell'attraversare la zona grigia fra dolo e impossibilità della prestazione[81]. Essa attiene ad una prestazione precisa: quella di custodire la cosa[82], e quindi di assumere tutte le necessarie misure per evitare che vada perduta o che subisca un danneggiamento[83]. Anche essa, come per il concetto di *culpa*, compare a volte affiancata alla diligenza, come oggetto di uno specifico dovere connesso ad un obbligo generale, a volte in modo autonomo[84]. In quest'ultimo caso la tendenza è verso un regime molto rigoroso di responsabilità oggettiva, per così dire, che esclude un qualunque riferimento ad elementi inerenti alla condotta, rispondendo il debitore per il fatto in sè: il furto del terzo, il danneggiamento causato da animali di cui il custode non sia il *dominus*, o per la fuga di questi o degli schiavi di cui ancora aveva l'incarico della custodia[85]. Ciò, tuttavia, entro i limiti della forza maggiore[86].

Meno chiaro è se nel caso della sua menzione accanto alla diligenza si tratti di una custodia da intendersi come *diligentia in custodiendo* e, quindi, come modello di comportamento orientato ad una valutazione in termine di colpevolezza[87]. D'altro canto, si era anticipato che qualunque

[79] Cfr. il Cap. III, §§ 4-6.

[80] Così C.A. Cannata, *Sul problema*, cit., p. 68.

[81] D. 7.1.73; D. 41.2.51; D. 47.2.52.12; Gai 1.104; D. 41.1.3.2; D. 41.2.3.13; D. 41.2.3.23; D. 36.4.5pr.

[82] D. 16.3.1pr.

[83] D.18.6.2.1 (Gai. 2 *rer. cott.*): *Custodiam autem ante admetiendi diem qualem praestare venditorem oporteat, utrum plenam, ut et diligentiam praestet, an vero dolum dumtaxat, videamus. et puto eam diligentiam venditorem exhibere debere, ut fatale damnum vel vis magna sit excusatum*.

[84] G.I. Luzzatto, *Caso fortuito*, cit., p. 23 ss.; Id., voce *Custodia* (*diritto romano*), in *Noviss. dig. it.*, V, Utet, Torino, 1960, p. 96 ss.; M. Talamanca, voce *Custodia* (*diritto romano*), in *Enc. dir.*, XI, Giuffrè, Milano, 1962, p. 562 ss.

[85] Gai. 3.205-206. Cfr. J. Rosenthal, Custodia *und Aktivlegitimation zur* actio furti, in «ZSS». 68, 1951, p. 217 ss.; A. Metro, *L'obbligazione di custodire nel diritto romano*, Giuffrè, Milano 1966, p. 1 ss.; J.J. van den Bergh, Custodiam praestare*:* custodia-*liability or liability for failing* custodia*?*, in «RH» 43, 1975, p. 59 ss.

[86] Così. M. Talamanca, voce *Custodia*, cit., p. 562 secondo il quale il criterio della custodia addossa oggettivamente al debitore il '*periculum*' del verificarsi di determinati eventi «indipendentemente dalla ricerca di un nesso causale fra il comportamento del debitore e l'evento, e, *a fortiori*, fra la qualificazione psichica di tale comportamento e l'evento, in funzione di una valutazione tipica della possibilità del debitore di evitare l'accadimento».

[87] Lo esclude il Cannata, il quale rileva che, pur trattandosi di costruzioni "dogmaticamente" diverse, rappresentano prodotte dallo stesso criterio sostanziale di responsabilità c.d.

tentativo di ricostruire e fornire delle nozioni tecniche in grado di contenere le elaborazioni giurisprudenziali in tema di criteri di valutazione dell'inadempimento contrattuale sarebbe stato inevitabilmente infruttuoso.

Circoscrivendo queste riflessioni all'àmbito che qui ci interessa, di recente, è stato condivisibilmente osservato[88], seppur prendendo le mosse dallo specifico tema della custodia, che i *prudentes* in relazione ai contratti tutelati da azioni di buona fede, «imputavano al debitore, ora soggettivamente, ora oggettivamente l'inadempimento (in conformità a un multiforme sistema apparentemente sconosciuto al diritto civile vigente in Italia), ciò significa che, con esplicito riguardo alle ipotesi di ascrizione dell'inadempimento per *custodia*, il fondamento della responsabilità era rappresentato dall''inadempimento oggettivamente imputabile' (1), laddove la fattispecie esonerativa della responsabilità era data, oltre che dalla impossibilità sopravvenuta dell'esatta prestazione, dall'intervento di una precisa causa di tale impossibilità diversa da quelle progressivamente fatte orbitare entro il concetto stesso di *custodia*, con ovvia ascrizione dei cd. fatti ignoti alla sfera di 'rispondibilità' debitoria (2). Un metodo 'positivo', dunque, che era volto ad acclarare i singoli casi in cui sussisteva la responsabilità e non un metodo 'negativo' per cui si individuava, *toto coelo*, l'area estranea alla responsabilità».

E, dunque, l'accertamento concreto dei termini della rispondenza, è un'operazione che presupponeva il solo fatto dell'inadempimento e che poteva, ma non doveva, necessariamente delineare forme di responsabilità secondo criteri aprioristicamente determinati[89]. In tal senso, le teorie

oggettiva: Id., *Sul problema*, cit., p. 70. Non in linea con il Cannata, G. Mac Cormack, Custodia *and* culpa, in «ZSS», 89, 1972, p. 149 ss.; Id., Culpa, Custodia *and* Diligentia. *Criteria of Liability or Content of Obligation*?, in «*Index*» 22, 1994, p.189 ss.; P. Voci, Diligentia, cit., p. 29 ss., 62 ss.; R. Fercia, *Dovere di diligenza e 'rischi funzionali'*, Jovene, Napoli 2005, p. 13 ss.

88 C. Pelloso, Custodia, receptum *e responsabilità contrattuale: una rilettura dei dogmi civilistici alla luce del metodo casistico romano*, in «Seminarios complutenses de derecho romano», 29, 2016, p. 263 ss.

89 Secondo il Pelloso, «Tuttavia, atteso che 'causa non imputabile' è una espressione breviloquente e generale idonea ad indicare neutralmente la 'non riferibilità eziologica' di un certo fatto alla sfera dell'obbligato, è proprio sul piano della identificazione delle fattispecie esonerative della responsabilità (e dunque anche delle cause non esimenti) che la duttilità del metodo positivo dei giuristi classici (che con riguardo alla *custodia* e, altresì, nei casi particolari di *receptum*, individuavano le singole 'cause di impossibilità sopravvenute della prestazione' per cui il debitore inadempiente veniva tenuto responsabile) può proficuamente essere recuperato onde ridefinire contenutisticamente e positivamente l'area della irresponsabilità (e, consequenzialmente, l'area della responsabilità)»: cfr. C. Pelloso, Custodia, cit., p. 282.

tradizionali sulla responsabilità contrattuale romana, che oramai possono dirsi superate dalla dottrina moderna[90], la quale sotto profili specifici ne ha evidenziato l'inadeguatezza[91], hanno pagato la generalizzazione e la sistematizzazione di una materia che non è mai stata concepita in termini di riconducibilità ad un regime unitario, di "disciplina" generale.

I criteri di valutazione dell'adempimento/inadempimento dell'obbligazione contrattuale sono elaborati in via casistica, a cagione del fatto che la varietà delle prestazioni e delle azioni processuali comportava soluzioni differenti.

In merito, va precisato ancora una volta che il metodo casistico non esclude l'unitarietà di principi e una coerenza interna logica, da considerarsi all'opposto, fisiologica per una scienza che, come dice il Cannata, era pur sempre "dommatica"[92], seppur non nel senso voluto dalla dottrina ottocentesca; ciò consente di costruire, sì, dei modelli di riferimento, che tuttavia non risultano mai statici, mai frutto di irrigidimenti concettuali, ma nascono intrinsecamente dinamici, in virtù di quella fluidità di fattori caratterizzante l'esperienza giuridica romana

[90] Fra cui C.A. Cannata, *Ricerche*, cit., p. 6 ss.; Id, *Sul problema*, cit., p. 47 ss.; M. Talamanca, voce *Colpa*, cit., p. 523; Id., voce *Vendita*, cit., p. 450; L. Vacca, *Osservazioni*, cit., p. 3 ss.; R. Cardilli, *L'obbligazione*, cit., p. 15 ss.; G. Santucci, Diligentia, cit., p 3 ss.

[91] Ad esempio, l'attenzione per il criterio dell'*utilitas contrahentium* quale criterio secondo il quale la misura della responsabilità del debitore viene calcolata in proporzione al vantaggio che quest'ultimo trae dal negozio posto in essere e che tenderà ad essere più lieve se il debitore non riceve alcuna utilità dal negozio o più onerosa, invece, se il medesimo trae un vantaggio. Sul punto cfr. gli studi specifici di D. Nörr, *Die Entwicklung des Utilitätsgedankens im römischen Haftungsrecht*, in «ZSS», 73, 1956, p. 97 s.; G. Falcone, *D. 1.3.13. Pedio, Ulpiano e la* 'lex contractus', in «*Labeo*», 63, 1997, p. 240 ss.; E. Dovere, *Le discours juridique et moral d'*"utilitas' *à Rome*, in «*SDHI*», 65, 1999, p. 239 ss.; M. Navarra, *Ricerche sulla* 'utilitas' *nel pensiero dei giuristi romani*, Torino, 2002, p. 10 ss.; L. Maganzani, *Il criterio dell'*"utilitas contrahentium' *e il suo superamento nell'età del giusnaturalismo*, in 'Fides Humanitas Ius'. *Studi in onore di L. Labruna*, V, Jovene, Napoli, 2007, p. 3087 ss.; G. Santucci, 'Utilitas contrahentium'. *Note minime su una* 'regula' *che 'cacciata dalla porta rientrò dalla finestra'*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato 3* a cura di R. Fiori, Jovene, Napoli, 2008, p. 310 s. Tale criterio molto discusso in dottrina rileva, almeno in origine, nei contratti a titolo gratuito, collocandosi nel solco dei *iudicia bona fidei*. Sulla sua evoluzione, sia "in senso interno" come criterio che riunisce l'utilità di entrambi i contraenti, sia nell'estensione dell'utilizzo ad altri contratti, come elemento rilevante ai fini della responsabilità non v'è unanimità di vedute. Il tema, comunque, interessa qui solo nei limiti del suo precisare ulteriormente l'approccio concreto e strettamente casistico delle elaborazioni giurisprudenziali nell'àmbito della rispondenza contrattuale.

[92] C.A. Cannata, *Una casistica*, cit., p. 63.

5. *Responsabilità e rispondenza*

La ricognizione sintetica degli elementi attorno ai quali tradizionalmente ruota il fenomeno concettuale e applicativo della 'responsabilità contrattuale', ovvero il rapporto fra l'azione e l'obbligazione, il contenuto della prestazione e i profili soggettivi della condotta riconducibili seppur non in termini rigidi a criteri di valutazione, aveva come intento quello di evidenziare la necessità di spogliarsi dall'idea di rintracciabilità di costruzioni concettuali dogmaticamente orientate a modelli tipici di responsabilità contrattuale, in favore di un approccio analitico, più aderente allo stampo casistico che connotava la riflessione scientifica prodromica dell'individuazione del perimetro di concessione della tutela contrattuale.

Tale approccio, tuttavia, non esclude affatto la possibilità di ricomporre a sistema il variegato quadro delle soluzioni, ricostruendo la logica razionale intrinseca che ha guidato la giurisprudenza romana nella sua operazione di indagine e di elaborazione di sintesi pratico-concettuale, e individuandone il fulcro nel concetto di '*actione teneri*'. In tal senso, rifiutando una qualunque forma di esasperazione della predominanza dell'ottica processuale, come già evidenziato in merito all'articolazione generale del rapporto fra *ius* e *actio*, si intende semmai ricalcare l'idea, già più volte menzionata, della circolarità fra azione e diritto: a determinare la rispondenza processuale sarebbe stato, sì, il contenuto dell'obbligazione assunta, tuttavia i contorni concreti di tale obbligazione venivano precisati solo tramite la concessione dell'azione processuale. A tal proposito, sarebbe più opportuno circoscrivere il termine 'responsabilità', che ai Romani era del tutto ignoto, ad un àmbito ben definito, quello fondato sulla colpevolezza, e parlare più opportunamente di 'rispondenza' per indicare la situazione in cui incorreva il debitore chiamato a rispondere processualmente per l'inadempimento; infatti, come si vedrà meglio in seguito, l'inadempimento era considerato processualmente tutelabile in base a varie circostanze, che non si esaurivano nell'imputabilità delle condotte colpevoli con modalità diverse al contraente.

Non è la rispondenza processuale in sè ad implicare un giudizio di colpevolezza e quindi di responsabilità dunque, ma occorre distinguere all'interno della vasta gamma di soluzioni in cui il debitore, comunque, *actione ex contractu tenetur*: vi sono certamente ipotesi in cui si verifica un'effettiva attribuzione di responsabilità del debitore per "l'inadempimento a lui soggettivamente imputabile", alla luce di valutazioni riconducibili alla sfera del dolo e *latu sensu* della *culpa*; ma vi sono ipotesi in cui l'inadempiente

è chiamato a rispondere per il mancato raggiungimento del risultato atteso indipendentemente da condotte valutabili in termini di colpevolezza, e che, come emerge dalle maglie della casistica, dipendono dalle dinamiche concrete che pure governano la sfera contrattuale.

É questo il caso, ad esempio, della rispondenza del debitore a seguito della violazione della *bona fides* (comprensiva, altresì, delle ipotesi di alterazione del rapporto di sinallagmaticità che interconnette le obbligazioni, come si vedrà) che si traduca in una violazione del programma contrattuale da cui derivi l'oggettiva lesione dell'interesse della parte, e di cui si ha ampia testimonianza proprio in relazione ai contratti di *emptio venditio* e di *locatio conductio rei*. L' 'essere tenuti dall'azione', in tali ipotesi, si giustifica per il bisogno di tutelare l'affidamento che le parti ripongono nel rapporto contrattuale, e dalla cui lesione risulti pregiudicato, oltre all'interesse del contraente, l'intero equilibrio contrattuale. Questa operazione si astrae, pur assorbendola, dal tema della responsabilità per l'imputabilità dell'inadempimento, perlomeno fintanto che l'imputabilità venga costruita come riconducibilità dell'evento al comportamento colposo o doloso del debitore, e, dunque, in termini soggettivi.

In tal senso, la rispondenza processuale include la responsabilità per inadempimento colpevole, ma non si esaurisce in essa: essa attiene all'inadempimento oggettivamente considerato e ritenuto processualmente tutelabile, laddove l'imputabilità indica, alla luce di criteri inerenti alla singola vicenda contrattuale, la riconduzione del fatto che genera l'inadempimento al soggetto debitore, e che quindi è chiamato a risponderne.

Non che questo implichi nella valutazione dei termini della rispondenza l'assenza di profili soggettivi, costituiti da atteggiamenti e condotte unitariamente riconducibili ai criteri del dolo o della *culpa*: la loro incidenza è però determinabile in via analitica, non schiudendo necessariamente la via ad un specifico 'tipo' di tutela (risarcitoria o ripristinatoria), e non precludendo, la loro assenza, l'azionabilità della pretesa creditoria e la conseguente rispondenza in sede processuale.

In particolare, nel caso dei *iudicia bonae fidei* a tutela dei contratti consensuali, come vedremo, è possibile ricavare una quadro piuttosto evidente della complessità dell'operazione che conduce alla determinazione della rispondenza del debitore: di fronte al fatto dell'inadempimento, prioritario era l'accertamento da parte del pretore, coadiuvato dai giuristi, dell'esperibilità dell'*actio* contrattuale, l'*an*, con l'analisi degli elementi del caso, tenuto conto della struttura del negozio e del contenuto degli obblighi derivanti da esso; contenuto che, soprattutto nel caso del

praestare e quindi dell'assicurare alla controparte un dato risultato, faceva sì che l'inadempimento, come si evidenzierà, venisse ricostruito dalla giurisprudenza in rapporto alla funzione concreta a cui le parti avevano destinato il negozio ed alla luce del 'criterio normativo' della buona fede. La successiva determinazione in termini quantitativi del '*dare facere oportere ex bona fide*' dell'*intentio*, il c.d. '*quantum*', spettava al *iudex*, nel cui *officium* rientrava la valutazione *ex bono et aequo*[93]; un'operazione che, comunque, veniva condotta secondo le indicazioni del pretore e, quindi ancora, dei giuristi.

Nel quadro così sinteticamente ricostruito, peraltro, paiono trovare anche una più lineare collocazione quelle soluzioni alle quali, come certa dottrina ritiene, sembrerebbe sottendere l'applicazione di regole distribuzione del 'rischio', e che possono trovare ben altra lettura, come la rispondenza per oggettiva lesione del sinallagma contrattuale.

Vedremo meglio la linea che, a mio parere, demarca l'una e l'altra: per ora è sufficiente sottolineare che l'ottica della rispondenza processuale, dell'*actione teneri*, consentiva alla giurisprudenza romana, svincolata dai problemi applicativi di modelli di responsabilità, di muoversi con agilità non solo nell'operazione di costruzione e/o concessione dello strumento di tutela e delle finalità riparatorie ad esso ascritte, ma anche di argomentazione di tali operazioni, compiendo in alcuni casi dei salti logico-argomentativi, che se agli occhi del dogmatico moderno possono apparire azzardati, nel quadro della riflessione prudenziale si dimostrano del tutto lineari.

[93] Sul punto si veda *infra* il Cap. II.

Capitolo Secondo

L'incidenza della 'bona fides' *e del* 'synallagma' *sulla configurazione e sull'estensione della tutela nell'*emptio venditio *e nella* locatio conductio

Sommario: 1. La struttura dell'*obligatio consensu contracta* – 2. L'*oportere ex fide bona* come nucleo dell'*actio* – 3. *Bona fides* e sinallagma nelle elaborazioni della giurisprudenza – 4. La configurazione delle obbligazioni nell'*emptio venditio* tramite concessione dell'*actio* – 5. *Actio* e *obligatio* nella *locatio conductio rei* – 6. La dottrina del rischio e della responsabilità tra dogmi e fraintendimenti: l'esempio del *periculum locatoris* – 7. *Praestare habere licere* e *praestare frui licere*: perimetri della rispondenza *ex fide bona*.

1. *La struttura dell'*obligatio consensu contracta

Per meglio comprendere la ragioni che rendono l'ipotesi di inadempimento contrattuale inserita nella cornice dei *iudicia bonae fidei* una esemplare testimonianza dell'assenza di elaborazioni aprioristiche in tema di responsabilità contrattuale, occorre necessariamente ripercorrere, seppur brevemente, i passaggi che hanno indotto alla configurazione dei negozi le cui obbligazioni erano azionabili mediante *actiones ex fide bona*, e segnatamente i contratti consensuali, quali l'*emptio venditio* e la *locatio conductio*.

L'*obligatio consensu contracta* nasce come figura collegata ai rapporti fra *cives* verosimilmente intorno al III sec. a.C.[1]: fino all'introduzione del processo formulare per le liti fra i cittadini non v'era spazio nell'àmbito delle *legis actiones* per una tutela giudiziaria delle *obligationes consensu contractae*[2].

[1] Cfr. D. 19.1.38.1 (Cels. 8 *dig*): *Si per emptorem steterit, quo minus ei mancipium traderetur, pro cibariis per arbitrium indemnitatem posse servari Sextus Aelius, Drusus dixerunt, quorum et mihi iustissima videtur esse sententia*. Cfr. Talamanca, voce *Vendita (diritto romano)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Giuffrè, Milano, 1993, p. 303.

[2] Si condivide l'idea, oramai predominante, che fa capo al Wlassak, seguita dal Pugliese, dal Kaser e dal Talamanca secondo la quale anche prima della *Lex Aebutia* i *iudicia pretorii* fondati, dunque, sull'*imperium* si estendevano anche ai *cives*, seppur non con effetti civili. Peraltro, qui rileva, per l'appunto, il riconoscimento della tutela a tali forme di rapporti

Il che ci riporta alle considerazioni precedenti, relative al complesso rapporto fra diritto e processo, e segnatamente fra '*obligatio*' e '*actio*'.

Le istituzioni gaiane propongono la nota sistematica delle fonti di obbligazioni[3] che si estrinseca nella bipartizione in 'contratto' e 'delitto', con una ricognizione che, nella metà del II sec. d.C., fruisce abbondantemente dei risultati del lavoro di riflessione e costruzione della giurisprudenza tardo-repubblicana e classica, portate avanti nei loro tratti essenziali in tandem con la giustizia onoraria. Il contratto, come fonte di obbligazioni, nelle diverse "pseudo-operazioni" di inquadramento[4] e sotto classificazioni, richiama numerosi ed eterogenei profili[5] che Gaio non riesce, ma in buona parte

negoziali, e quindi la loro introduzione nell'àmbito della riflessione sostanziale sul vincolo obbligatorio, e non il loro inquadramento come fonti di obbligazioni *iure civilis*: cfr. M. Wlassak, *Römische Prozessgesetz ein Beitrag zur Geschichte des Formularverfahrens*, II, 1891, Duncker und Humblot, Leipzig, p. 301 ss. Si veda anche G. Pugliese, *Il processo civile romano*, *II. Il processo formulare*, 1, Giuffrè, Milano, 1963, p. 41 ss.; M. Kaser, *Das römische Zivilprozessrecht*, Beck, München, 1966, p. 109 ss. Non è di questa idea V. Arangio Ruiz, in *La compravendita in diritto romano*[2], Jovene, Napoli, 1954, p. 54 ss.

[3] Gai. 3.88: "*Nunc transeamus ad obligationes. Quorum summa divisio in duas species diducitur: omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*" . Sul punto si vedano in particolar modo S. Perozzi, *Le obbligazioni romane*, Zanichelli, Bologna, 1903, p. 30 ss.; S. Riccobono, *La formazione della teoria generale del* «contractus» *nel periodo della giurisprudenza classica*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, I, Treves, Milano, 1930, p. 123 ss.; E. Betti, *Teoria generale delle obbligazioni in diritto romano,* I, Giuffrè, Milano, 1947, p. 48 ss.; nonchè M. Talamanca, voce *Obbligazioni,* cit., p. 41 ss., al quale si rinvia anche per le citazioni bibliografiche. Dei diversi profili problematici relativi alla bipartizione si sono occupati Th. Mayer-Maly, *Das Gesetz als Entstehungsgrund von Obligationen*, in «RIDA», 2, 1965, p. 437; Id., 'Divisio Obligationum', in «The Irish jurist», 2, 1967, p. 375 ss; M. Kaser, Divisio obligationum, in *Studies in memories of J.A.C. Thomas*, Sweet & Maxwell, London, 1983, p. 73 ss.; C.A. Cannata, *La classificazione delle fonti delle obbligazioni: vicende di un problema dommatico e pratico,* in *Scritti scelti di diritto romano* a cura di L. Vacca, I, Giappichelli, Torino, 2011, p. 265 ss.; C.A. Cannata, *Sulla "*divisio obligationum*" nel diritto romano repubblicano e classico*, in *Scritti scelti di diritto romano* a cura di L. Vacca, I, Giappichelli, Torino, 2011, p. 237.

[4] P. Bonfante, *Sulla genesi e l'evoluzione di "*contractus*",* in *Scritti giuridici vari,* III, *Obbligazioni, comunione e possesso*, Giappichelli, Torino, 1926, p. 107 ss.; S. Riccobono, *La formazione*, cit., p. 128 ss.; P. Voci, *La dottrina romana del contratto*, Giuffrè, Milano, 1946, p. 32 ss.; G. Grosso, *Il sistema romano dei contratti*[3], Torino, 1963, p. 29 ss.; A. Burdese, *Sulle nozioni di patto*, *convenzione e contratto in diritto romano*, in «Seminarios complutenses de derecho romano», 5, 1993, p. 41 ss., in particolare p. 59 s.; G. Grosso, Contractus *e* synallagma *nei giuristi romani*, ora in *Scritti giuridici. III. Diritto privato. Persone, obbligazioni, successioni*, Giappichelli, Torino, 2001, p. 776 ss., soprattutto p. 782 s.

[5] Fra i tanti il richiamo alla *conventio*, all'accordo, di Sesto Pedio, come elemento necessario delle obbligazioni (da atto lecito): D. 2.14.1.3 (Ulp. 4 *ad ed.*) "*…adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat; nam et stipulatio quae verbis fit, nisi habeat*

obiettivamente non può riprodurre; così che si concentra sull'elemento al quale è collegata l'efficacia obbligatoria, elemento che gli consente una classificazione lineare e sufficientemente esaustiva.

In 3.89 infatti ci dice:

> *Et prius videamus de his, quae ex contractu nascuntur. Harum autem quattuor genera sunt: aut enim re contrahitur aut verbis aut litteris aut consensu*.

Tralasciando qualunque tipo di analisi e osservazione inerente ai quattro generi dei modi di produrre obbligazioni *ex contractu*[6], qui rilevano le *obligationes consensu (contractae)*7 che, individuate nella compravendita, nella locazione-conduzione, nella società e nel mandato (3.135: *consensu fiunt obligatio obligationes in emptionibus et venditionibus, locationibus conductionibus, societatibus, mandatis*) vengono così descritte dal giurista:

> Gai. 3.136: *Ideo autem istis modis consensu dicimus obligationes contrahi, quod neque verborum neque scripturae ulla proprietas desideratur, sed sufficit eos, qui negotium gerunt, consensisse. unde inter absentes quoque talia negotia contrahuntur, veluti per epistulam aut per internuntium, cum alioquin verborum obligatio inter absentes fieri non possit*. 137. *Item in his contractibus alter alteri obligatur de eo, quod alterum alteri ex bono et aequo praestare oportet, cum alioquin in verborum obligationibus alius stipuletur alius promittat et in nominibus alius expensum ferendo obliget alius obligetur.*

Per far nascere questo genere di obbligazioni è sufficiente il consenso di coloro che pongono in essere il negozio. È quindi nel consenso che Gaio fissa l'elemento che perfeziona il negozio, quello a cui è legata l'efficacia obbligatoria. Ma è ciò che afferma sùbito dopo, in termini di 'struttura' del rapporto obbligatorio, nato tramite il consenso, che rileva maggiormente: mediante questi negozi ci si obbliga l'uno verso l'altro e ci si obbliga per ciò

consensum, nulla est". Cfr. in particolare L. Garofalo, *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, in *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, a cura di A. Burdese, Cedam, Padova 2006, p. 336 ss.; A. Castro, 'Emptio venditio' *y* 'consensus'. *Contribución al estudio del origen y fundamentos de la compraventa romana: contrato-fin y contrato-medio*, in 'Iuris vincula'. *Studi in onore di Mario Talamanca*, II, Jovene, Napoli, 2001, p. 11 ss.

6 Nelle *re obligationes* (3.90 e ss.) trovano inserimento il *mutuum* e la *solutio indebiti*; nelle *verbis obligationes contractae* (3.92 e ss.) la *sponsio/stipulatio*, la *dotis dictio*, il *ius iurandum liberti*; nelle *litteris obligationes contractae* (3.120 e ss.) il *nomen trascriptiscium*.

7 C. Cascione, Consensus: *problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche,* Jovene, Napoli, 2003, *passim*, in particolare p. 48 ss.

che è necessario in base al *bonum et aequum prestare*.

Gaio riassume così il fenomeno dei contratti consensuali in un breve passaggio, evidenziando tutti gli elementi che caratterizzano *emptio venditio*, *locatio conductio*, *mandatum* e *societas*: la bilateralità (o plurilateralità nel contratto di società), la corrispettività delle prestazioni e il carattere elastico della natura del rapporto improntato a criteri avulsi dal *ius civile strictum*, qui indicati con il riferimento al '*bonum et aequum*'.

La prospettiva gaiana è quella istituzionale e, come è noto, tende a "semplificare" il dato giuridico; pertanto, è chiaro che i caratteri delle *obligationes ex consensu* sono ben più complessi, *a fortiori* nella considerazione delle singole figure ad esse ricondotte.

Segni evidenti di contatto in epoca repubblicana fra i *negotia iuris gentium* e la riflessione scientifica giurisprudenziale si hanno a partire dal II sec. a.C. con Quinto Mucio, che, come emerge dal commento ai suoi *libri iuris civilis* di Pomponio, pone il tema dell'estinzione delle obbligazioni:

> D. 46.3.80 (Pomp. 5 *ad Q. Mucium*): *Aeque cum emptio vel venditio vel locatio contracta est, quoniam consensu nudo contrahi potest, etiam dissensu contrario dissolvi potest.*

D'altro canto, siamo nel bel mezzo di una rivoluzione degli scambi economici, con traffici commerciali che oramai non possono prescindere dal contesto internazionale.

Il consenso è l'elemento che guida la costruzione dei nuovi *negotia* e che consente di risolvere un duplice ordine di problemi: individuare un meccanismo convenzionale fruibile da *cives* e peregrini, i cui rapporti erano tagliati fuori dall'àmbito coperto dalle figure negoziali tradizionali di *ius civile*; snellire la struttura negoziale delle *conventiones* delle quali gli stessi *cives* avevano necessità di fare impiego, seppur inizialmente nel perimetro della sola *iurisdictio* peregrina[8].

[8] *Ex plurimis* A. Bethmann-M. Hollweg, *Der römische Civilprozess*, A. Marcus, Bonn, 1864-66, p. 56 ss.; F. L. Keller-A. Wach, *Der römische Zivilprozess und die Aktionen in summarischer Darstellung*, Lipsia, 1883, p. 43 ss.; O. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, I, Veit & comp., Lipsia, 1885, p. 123 ss.; P. F. Girard, *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains*, Rousseau, Paris, 1901, p. 76 ss.; E. Costa, *Profilo storico del processo civile romano,* Atheneaum, Roma, 1918, p. 45 ss; S. Solazzi, *Iurisdictio contentiosa e voluntaria nelle fonti romane*, in «AG», 98, 1927, p. 3 ss.; E. Betti, *La creazione del diritto nella* iurisdictio *del pretore romano*, in *Studi diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda*, 25° anno, Cedam, Padova, 1927, p.46 ss.; G. Salvioli, *Storia della procedura civile e criminale*, in *Storia del diritto italiano*, Hoepli, Milano, 1925-1927, p. 23 ss.; P. De Francisci, *Storia del diritto romano*, II, A.R.E., Roma, 1929, p. 204 ss.; M. Lauria,

La scelta di valorizzare il principio del consensualismo, seppur, nel concreto, attenuato dalla tipicità causale[9], si dimostra particolarmente adatto a gestire le contrattazioni commerciali tra persone di diversa cittadinanza, che non condividono necessariamente la stessa cultura e soprattutto gli stessi usi commerciali.

La caratteristica innovativa principale dei nuovi accordi commerciali è la bilateralità: elemento nuovo per la prospettiva dei negozi obbligatori romani tradizionali, improntati allo schema dell'unilateralità concettualmente e strutturalmente imposto dalla "*sponsio-stipulatio*". Ben prima che Gaio li "istituzionalizzasse" nelle *obligationes consensu contractae,* rapporti in cui ciascuno obbliga l'altro a 'prestare qualcosa' secondo il '*bonum et aequum*', era stato Labeone a puntare sulla bilateralità di alcuni negozi; i quali, nel quadro di alcune ricognizioni, erano gli unici ad esprimere la vera essenza del '*contractum*'[10]:

> D. 50.16.19 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam "agantur", quaedam "gerantur", quaedam "contrahantur": et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione:* co*ntractum autem ultro citroque obligationem, quod Graeci synallagma vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem***.**

Il *contractum*, ovvero il risultato dell'attività del '*contrahere*', in distinzione rispetto al *gerere* e all'*agere*, è contrassegnato dall''*ultro citroque obligari*', ovvero dall'obbligarsi reciprocamente, concetto espresso con il termine greco *'synallagma*'[11]. Il riferimento labeoniano alla locuzione ellenica è

Iurisdictio, in *Studi in onore di P. Bonfante*, Giuffrè, Milano, 1930, p. 479 ss.; F. De Martino, *La giurisdizione nel diritto romano*, Cedam, Padova, 1937, p. 7 ss.; G.I. Luzzatto, *Procedura civile romana, Parte II:* Le legis actiones*,* UPEB, Bologna, 1948, p. 187 ss.; C. Gioffredi, *Contributi allo studio del processo civile romano*, Giuffrè, Milano, 1974, p. 318 ss.; Id., *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Apollinaris, Roma, 1955, p. 85 ss.; G. Pugliese, *Il processo civile romano, I.* Le legis actiones, Giuffrè, Milano, 1962, p. 251 ss.; Id., *Il processo civile romano*. *II. Il processo formulare*, cit., p. 45 ss.; R. Santoro, *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, in «AUPA», 30, 1967, p. 101 ss; C. A. Cannata, *Profilo istituzionale del processo privato romano, II. Il processo formulare*, Giappichelli, Torino, 1982, p. 32 ss.; M. Talamanca, voce *Processo civile (diritto romano)* in *Enc. dir.*, XXXVI, Giuffrè, Milano, 1987, p. 1 ss.

[9] R. Cardilli, Societas vitae *in Cic. Off. 3,70 e obligatio consensu contracta*, in «BIDR», 105, 2011, p. 187 ss.

[10] G. Grosso, *Il sistema romano*, cit., p. 48.

[11] Cfr. soprattutto G. Grosso, *Il sistema romano*, cit., p. 48 ss.; R. Santoro, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, in «AUPA», 37, 1983, p. 215 ss.; A. Burdese, *Sul riconoscimento civile dei c.d. contratti innominati*, in «*Iura*», 36, 1985, p. 14 ss.; Id., *Osservazioni in tema*

verosimilmente dovuto alle costanti suggestioni greche, dalle quali, come osserva il Dalla Massara[12] si può ragionevolmente evincere, quale prodotto della più specifica influenza aristotelica[13], l'idea di 'scambio'[14].

Tale idea di 'relazione finalizzata alla realizzazione di uno scambio' rappresenta l'elemento sul quale Labeone sembra aver fondato la precisa scelta di valorizzare la natura di taluni rapporti e che si ricollega anche alla matrice fiduciaria del rapporto: il termine *contractum* qualifica, così, l'atto in cui non c'è un soggetto che domina obbligando l'altro, ma due soggetti che volontariamente si obbligano l'uno nei confronti dell'altro e che fanno affidamento reciproco sui rispettivi adempimenti.

Ciò fa sì che il consenso, insito fisiologicamente nell'*ultro citroque obligari*, non risulta confinato al ruolo di mero fattore produttivo dell'efficacia obbligatoria, ma è espressione dell'essenza della categoria contrattuale in oggetto, giustificando l'isolamento della figura del *contractum* rispetto all'*actum* e al *gestum*, e rispetto alle ulteriori figure riconducibili al più ampio e generale concetto di '*contractus*' sabiniano. Infatti, nella riflessione

di c.d. contratti innominati, in *Estudios Iglesias*, I, Madrid, 1988, p. 127 ss.; Id, *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, in *Atti del seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano. Milano, 7-9 aprile 1987*, I, Giuffrè, Milano, 1988, p. 15 ss.; F. Gallo, Synallagma *e* conventio *nel contratto. Alla ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne (Corso di diritto romano)*, I, Giappichelli, Torino, 1992, in particolare p. 215 ss.; F. Gallo, *Dalla sinallagmaticità delle obbligazioni a quella delle prestazioni*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica, Atti del II Congresso internazionale ARISTEC (Palermo-Trapani 7-10 giugno 1995*), a cura di L. Vacca , Giappichelli, Torino, 1997, p. 63 ss.; T. Dalla Massara, *Alle origini della causa del contratto Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Cedam, Padova, 2004, in particolare p. 293 ss.; C.A. Cannata, *Labeone, Aristone e il sinallagma*, ora in *Scritti scelti di diritto romano* a cura di L. Vacca, I, Giappichelli, Torino, 2011 p. 33 ss. Per i molteplici profili collegati all'interdipendenza delle obbligazioni, si veda Aa. Vv., *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano* a cura di L. Garofalo, I e II, Cedam, Padova, 2007, *passim.* Tra gli studi più recenti da segnalare C. Pelloso, *Giustizia correttiva e rapporti sinallagmatici tra dottrina etica e declinazioni positive*, in «TSDP», 9, 2016, p. 1 ss. per l'approfondimento dell'origine aristotelica di '*synallagma*', nella chiave di lettura di strumento di giustizia cd. diortotica o correttiva.

[12] T. Dalla Massara, *Alle origini*, cit., pp. 298-304.

[13] *Eth. Nicom*. V 1130b, 30-34 e V 1131ª, 1-9.

[14] L'idea di scambio ben si attaglia anche allo sviluppo aristoniano del fenomeno 'sinallagma', col quale meglio si coniuga l'espressione 'sinallagmaticità delle prestazioni', che secondo il Gallo si può ricondurre in chiave descrittiva al rapporto negoziale di fatto caratterizzante i cd. contratti a prestazioni corrispettive non dotati di causa tipica e la cui causa si estrinseca nel sinallagma stesso, quale la permuta; negozio che genera la riflessione prudenziale culminata nell'oltremodo noto testo di Ulpiano/Aristone D. 2.14.7pr. e in Ulpiano D. 50.16.19: F. Gallo, *Dalla sinallagmaticità*, cit., p. 63 ss.

proculiana, avviata da Labeone, al *contractum* veniva contrapposto l'*actum*, al quale erano ricondotti negozi come *mutuum* e *stipulatio*, proprio in funzione della rilevanza generale dell'elemento consensuale non solo limitatamente alla fase della produttività degli effetti. Nell'idea sabiniana, invece, il *contractus* racchiudeva tutti gli atti e i fatti leciti da cui derivavano obbligazioni, e che poi Gaio, sovrapponendo le categorie, ha suddiviso, questa volta sì in relazione alla produzione degli effetti, nei quattro generi *re, litteris, verbis, consensu*.

La prospettiva di Labeone è, dunque, più limitata, ma più tecnica, rispetto a quella di Gaio, di probabile derivazione sabiniana, appunto, non solo per il criterio preso in considerazione ai fini classificatori, ma anche e soprattutto per la struttura che il giurista augusteo attribuisce alla figura 'contratto', che non prescinde dall'accordo alla realizzazione di uno scambio e dall'elemento consensuale, come condizione necessaria e sufficiente a generare obbligazioni reciproche.

A tal riguardo, la "precisazione" di Pedio[15], circa la necessaria presenza nella *conventio* in qualunque contratto va imputata all'operazione di graduale correzione della prospettiva sabiniana, già iniziata con Giavoleno e Giuliano, al fine di rimettere "in asse" la struttura specifica del contratto rispetto alle fonti di obbligazioni da atto/fatto lecito[16].

Certo è che, a partire dalla metà del III a.C., i *negotia* che vengono conclusi nella prassi commerciale nel Mediterraneo romperanno la tipicità negoziale romana[17], con una tendenza sempre più marcata a valorizzare giuridicamente il 'consenso': in quest'ottica si assiste ad una selezione di quei rapporti idonei ad espandere ai *peregrini* l'*oportere* civilistico; tanto che, una volta che le parti abbiano raggiunto l'accordo sugli elementi essenziali, ed al di là della riconduzione di tale accordo ai "modelli" in uso nella prassi commerciale, la tutela nella *iurisdictio peregrina* risulta accordata anche in sola presenza del consenso deformalizzato.

Non v'è dubbio che nel paradigma dei contratti consensuali bilaterali occupano un posto di preminenza la *emptio venditio* e la *locatio conductio*,

[15] D. 2.14.1.3 (Ulp. 4 *ad ed.*) su cui cfr. *supra* nt. 5.

[16] Prospettiva, che aveva, per così dire, smarrito la concezione volontaristica dei negozi obbligatori e che già Giuliano verosimilmente aveva iniziato a ridisegnare in D. 12.2.39 e D. 18.5.5.2: F. Gallo, Synallagma, cit., p. 206 ss.

[17] O, per certi versi, 'tipicità causale', che aveva orientato la giurisprudenza a valorizzare la *datio* nella ponderazione della *causae* produttive di un *certum oportere* sul piano della *condictio:* B. Kupisch, *Ungerechtfertigte Bereicherung*, Decker & Muller, Heidelberg, 1987, p. 3; A. Saccoccio, 'Si certum petetur', cit., p. 51 ss.; e per i profili connessi al recupero dell'indebito, cfr. B. Cortese, Quod sine iusta causa apud aliquem est posse condici, Jovene, Napoli, 2013, p. 32 ss.

che come sottolineava il Grosso[18], recano nella loro stessa denominazione la prospettiva di bilateralità, di reciprocità obbligatoria, esprimendo nel *nomen* la duplice visuale dei contraenti:

> D 19.2.1 (Paul. 34 *ad ed.*) *Locatio et conductio cum naturalis sit et omnium gentium, non verbis, sed consensu contrahitur, sicut emptio et venditio.*

Sono entrambi *negotia* generati dalla forza propulsiva della prassi commerciale[19], la quale prassi ha costretto a ripensare e, per certi versi a configurare *ex novo*, le tradizionali strutture negoziali romane e ad allargare, in particolare, il perimetro dell'*oportere* processuale in funzione dell'individuazione e dell'attuazione della funzione concreta del negozio.

2. *L'*oportere ex fide bona *come nucleo dell'*actio

Il riconoscimento dell'idoneità di un rapporto negoziale ad allargare il perimetro dell'*oportere* civilistico avviene *ex fide bona*[20], valore cardine del

[18] G. Grosso, *Il sistema romano*, cit., p. 50

[19] Recentemente, sul punto, C. Pennacchio, *Rilessioni su* contractus e pacta adiecta, Jovene, Napoli, 2016, in particolare p. 109 ss.

[20] Sulla *bona fides* si vedano soprattutto F. Schulz, *Prinzipien des römischen Rechts*, Duncker & Humblot, Berlin-München, 1934, p. 151 ss.; W. Kunkel, *Fides als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht*, in *Festschrift P. Koschaker*, II, Bohlaus, Weimar, 1939, p. 5; Id., *Über Schuld und Schaden in der Antike*, in *Scritti C. Ferrini*, III, Milano, 1948, p. 90 ss.; M. Horvat, *Osservazioni sulla* bona fides *nel diritto romano obbligatorio*, in *Studi in onore di V. Arangio Ruiz*, I, Jovene, Napoli, 1953, p. 423 ss.; G. Grosso, *Buona fede. Premesse romanistiche*, in *Enc. dir.*, V, Giuffrè, Milano 1959, pp. 661-664; L. Lombardi, *Dalla* 'fides' *alla* 'bona fides', Giuffrè, Milano, 1961, *passim*; D. Nörr, *Aspekte des römischen Völkerrechts*, Beck, München, 1989, pp. 94 ss., 102 ss., 145 ss.; M. J. Schermaier, Bona fides *in Roman Contract Law*, in *Good Faith in European Contract Law* a cura di R. Zimmermann-S. Whittaker, Cambridge University Press, Cambridge, 2000, p. 82 ss.; W. Dajczak, *La libertà di applicazione della clausola generale della buona fede: osservazioni sulla prospettiva del diritto romano*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese (Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001)* a cura di L. Garofalo, II, Cedam, Padova, 2003, cit., pp. 409-428; R. Fiori, 'Fides' *e* 'bona fides'. *Gerarchia sociale e categorie giuridiche*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato 3* a cura di R. Fiori, Jovene, Napoli, 2008, p. 237 ss.; Id., Bona fides. *Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica (parte seconda)* in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato* 4 a cura di R. Fiori,

'costituendo' ordinamento sovranazionale di *ius gentium*[21], ed elemento, come già sottolineato, su cui poggia il superamento del formalismo negoziale romano. La giurisprudenza, esprime questa scelta di valore attraverso la locuzione *oportere ex fide bona*, «perché le parti del contratto non provengono dallo stesso corpo sociale e quindi non necessariamente condividono gli stessi valori», sostiene, opportunamente, il Cardilli[22].

Tale operazione di ampliamento dell'*oportere* si fonda sulla presenza di una struttura corrispettiva omologa (due *oportere ex fide bona* contrapposti), che Labeone, appunto, qualificherà, nella prospettiva sostanziale, in termini di *ultro citroque obligatio, id est quod Graeci 'synallagma' vocant* (Ulp. 11 *ad ed.* D. 50.16.19). In tale ottica processuale[23], il contenuto delle obbligazioni reciproche assunte dalle parti viene configurato tecnicamente in chiave di *incertum*: il già menzionato *quidquid dare facere oportere* (*ex fide bona*).

É, tuttavia, dibattuto se tale '*dare facere oportere ex fide bona*' sia stato congegnato in relazione ai *iudicia bonae fidei* collegati principalmente al contesto giudiziale di tutela dei nuovi rapporti negoziali commerciali o se vi fossero tracce dell'*oportere* fondato sulla buona fede anche nell'àmbito

Jovene, Napoli, 2011, p. 97 ss.; R. Cardilli, 'Bona fides' *tra storia e sistema*, Giappichelli, Torino, 2010, *passim*.

[21] A tal riguardo, mi pare utile sottolineare in via preliminare che, coerentemente alla ideologia romana del *ius gentium,* come un *ius* di vocazione universale, i giuristi romani si sono posti nella prospettiva di "semplici" autori del riconoscimento di una veste tecnica ad un *ius* che era percepito come già preesistente: ne è chiara la cifra consuetudinaria, ovvero di un diritto emerso direttamente dai rapporti tra romani e non romani. In tal senso, sul citato piano tecnico, il pretore costruiva l'editto, includendovi azioni tipiche a tutela di tali *negotia*, sulla base dei suggerimenti proposti dai giuristi, ma percependo tali schemi giuridici come parti di un *ius* già esistente e, conseguentemente, configurando azioni con *formulae in ius conceptae.* Cfr. in particolare G. Lombardi, *Sul concetto di* 'ius gentium', Istituto di diritto romano, Roma, 1947, in particolare p. 71 ss.; P. Catalano, *Linee del sistema sovrannazionale romano*, Giappichelli, Torino, 1965, p. 3 ss.; M. Kaser, *Ius gentium*, Böhlau Verlag, Köln, 1993, 14 ss., p. 20 ss.; F. Gallo, 'Bona fides' *e* 'ius gentium', in *Il ruolo della buona fede oggettiva*, II, cit., p. 115 ss.; F. De Buján, *De los* arbitria bonae fidei pretorios *a los* iudicia bonae fidei civiles, in «Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña», 8, 2004, p. 331 ss.; R. Fiori, 'Ius civile'*,* 'ius gentium'*,* 'ius honorarium'*: il problema della «recezione» dei* 'iudicia bona fidei'*,* in «BIDR»,101-102 (1998-1999) [ma 2005] p. 165 ss.; L. Franchini, *La recezione nel* ius civile *dei* iudicia bonae fidei*: questioni di metodo e di merito*, Jovene, Napoli, 2015, *passim*.

[22] Cfr. R. Cardilli, Societas vitae, cit., p. 193, il quale aggiunge che «la scelta di considerare i rapporti giuridicizzati in termini di *oportere* espande la struttura di eguaglianza di posizione dei *patres familias* nel *ius civile* ai *negotia* con gli stranieri».

[23] Si veda per tutti M. Kaser, *Das römische Zivilprozessrecht*, cit., p. 194 ss.; Id., *Das römische Privatrech*t[2], II, cit., p. 352 ss.

delle azione civili *stricti iuris*[24]. La questione della genesi di tali *iudicia* e del connesso *oportere* è ancora irrisolta, o perlomeno non appare risolta in via definitiva: quel che appare certo è l'assenza di un fondamento legale di tali *iudicia*; così come altrettanto certo è che la loro recezione nel corpo del *ius civile* fu abbastanza repentina.

Ciò osservato, a mio avviso, possono nel complesso ritenersi tutte valide le osservazioni proposte dalla dottrina che si è interrogata sul punto, che nei loro tratti essenziali non pare debbano necessariamente patire l'esclusività dell'una rispetto all'altra[25]: mi riferisco alla precedente esistenza di rapporti fiduciari tradizionali romani (*societas, mandatum*, *fiducia*), espressioni del

[24] Non entriamo in questa sede nel dibattito relativo al cap. XX della *lex Rubria* in cui compare la *cautio damni infecti*, quindi una promessa in forma sipulatoria, con una formula la cui *intentio incerta* era strutturata sulla base del *dare facere oportere ex fide bona*: *lex Rubria*, cap. XX (l. 20-30): … *iudicium det itaque iudicare iubeat: Iudex esto. Seio, antequam id iudicium qua de re agitur factum est, Q Licinius damni infecti eo nomine qua de re agitur eam stipulationem, quam is quei Romae inter peregreinos ius deicet in albo propositam habet, L. Seio reipromisisse: tum quidquid eum Q. Licinium ex ea stipulatione L. Seio dare facere oporteret ex fide bona dumtaxat. HS eius iudex Q. Licinium L. Seio, sei ex decreto… Q. Licinius eo nomine qua de re agitur L. Seio damnei infectei repromittere noluit, condemnato, sei non paret, absolvito.* Cfr. G. Broggini, Iudex Arbiterve, *Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Bohlau, Köln-Graz, 1957, p. 187; F. Wieacker, *Zum Ursprung der* bonae fidei iudicia, in «ZSS», 80, 1963, p. 15; B. Schmidlin, *Der verfahrensrechtliche Sinn des* ex fide bona *im Formularprozess*, *De iustitia et de iure*, *Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 80. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 1980, p. 365 ss.; H.H. Plüger, *Zur* lex Rubria, «ZSS», 64, 1944, pp. 360-367; F. Pastori, *La genesi della* stipulatio *e la menzione della* bona fides *nella* lex de Gallia Cisalpina *con riferimento all'*actio ex stipulatu, in «Studi Urbinati», 26, 1957-1958, p. 257-283; M.W. Frederiksen, *The* lex Rubria*: reconsiderations*, in «JRS» 54, 1964, pp. 129-134; A. Torrent, *A propósito de la* lex Rubria de Gallia Cisalpina*: cap. XXIII*, in «AHDE», 36, 1966, pp. 593-604; G. Negri, *In margine alla* lex Rubria de Gallia Cisalpina, *Studi storici in onore di E. Nasalli Rocca*, Biblioteca civica, Piacenza, 1971, pp. 409-434; C.Th. Tomulescu, *La clause* ex fide bona *dans la soi-disant* lex Rubria de Gallia Cisalpina, in «BIDR», 78, 1975, pp. 175-191; U. Laffi, *La* lex Rubria de Gallia Cisalpina, in «*Athenaeum*», 64, 1986, pp. 5-44; W. Dajczak, *La funzione della espressione* ex bona fide *nella* lex Rubria de Gallia Cisalpina, «RIDA», 43, 1996, p. 133 ss.; C. Fuenteseca Degeneffe *Dare facere oportere* y los orígenes de la *obligatio ex contractu*, in «RIDA», 55, 2008, p. 203 ss*.,* in particolare p. 212 ss.

[25] In tal senso, non si condivide il giudizio, forse troppo tranchant, del Paricio che afferma che "i giudizi di buona fede sono sempre stati civili...e che il ruolo del pretore consistette solo nel raccogliere qualcosa che era nel seno della comunità cittadina e ammesso dal *mos maiorum*": cfr. J. Paricio, *Genesi e natura dei* iudicia bonae fidei, in *Atti del convegno Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico in memoria di Arnaldo Biscardi* (Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001), Giuffrè, Milano, 2003, p. 205 ss.

"valore" '*fides*', che avrebbero indotto, anzi accelerato, la recezione da parte del pretore delle nuove formule provenienti dalla prassi commerciale[26]; ma anche alla contestualità arbitrale delle prime forme di giudizialità delle controversie basate sul '*bonum et aequum*', e che poi sarebbero state inserite in formule che contemplavano la *bona fides*, sancendo il definitivo assorbimento di nuovi *negotia* nell'àmbito della "tutela processuale statale"[27]. O, ancora, allo stretto collegamento dei *iudicia bonae fidei* con l'*imperium* del magistrato, tramite il quale i rapporti preesistenti vennero solo rimodellati e rifiniti, con l'aggiunta di alcune forme di scambi commerciali elaborati *ex novo*, ma che presentavano un collegamento con istituzioni già contemplate dal *ius civile* tradizionale: è proprio questo, peraltro, il caso della compravendita e della locazione, che avevano evidenti connessioni con forme negoziali già note a Roma[28].

Si tratta di letture che colgono, ciascuna a suo modo, un profilo specifico di una dimensione particolarmente complessa che si sviluppava in modo articolato su più piani, che si intersecavano reciprocamente. Il dato rilevante, e ampiamente condiviso, è l'assenza del fondamento legislativo per l'introduzione di tali *actiones*; un'assenza, tuttavia, mitigata dal solido terreno costituito dal *ius civile*, il quale si manifestava in quei profili che la dottrina ha isolato, e quindi sia negli antecedenti valori di *fides* e *fiducia* ben radicati nel *ius civile* tradizionale precedente al III sec. a.C.; sia nelle procedure "alternative" di matrice arbitrale, che nel sistema delle *legis actiones* aprivano ampi varchi di elasticità. É, poi, su tale quadro generale che va ad innestarsi l'opera del pretore, che determina gradualmente l'assimilazione dei nuovi meccanismi processuali all'interno del *ius civile*, in parte ridefinendo il materiale esistente, in parte innovandolo, in linea con lo spirito dialettico tipico del connubio '*ius civile-ius honorarium*'[29].

[26] L. Lombardi, *Dalla* fides, cit., 165 ss. Sul punto si veda il recente lavoro di G. Zarro, *Aspetti dell'autonomia negoziale dei romani. Dalla* fides *ai* nova negotia, Editoriale scientifica, Napoli, 2015, in particolare p. 101 ss.

[27] G. Broggini, Iudex, cit., p. 124 ss.

[28] F. Wieacker, *Zum Ursprung*, cit., p. 40 s.; M. Talamanca, voce *Processo civile*, cit., p. 64, il quale ritiene esistenti come 'protoforme' dei *iudicia bona fidei*, le formule *in factum* valevoli solo in àmbito di *iurisdictio* pretoria peregrina, ma anche urbana, e che solo all'inizio del I sec. sarebbero state attratte dalla tutela civilistica, evento per il quale ebbe grande decisività la *lex Iulia iudiciorum privatorum*. Cfr. anche M. Talamanca, voce *Vendita*, cit., pp. 309-310. Sulla stessa linea L. Franchini, *La recezione*, cit., p. 30 ss. e p. 147 ss.

[29] Il Fiori sottolinea che i *iudicia bonae fidei* non erano circoscritti ai contratti consensuali comprendendo anche rapporti come la *tutela* e la *negotiorum gestio*, ed altresì alcune *obligationes re contractae* nei quali il consenso non aveva alcun ruolo costitutivo dell'*oportere (ex fide bona)*: R. Fiori, Fides, cit., pp. 256-257.

L'idea, già in qualche modo espressa in connessione con gli studi condotti dalla dottrina, è che i *iudicia bonae fidei* rappresentino essenzialmente l'emblema della commistione di molteplici e differenti fattori, che hanno determinato lo sviluppo e l'evoluzione dell'ordinamento romano. Il che, come di frequente accade, non solo non rende agevole l'individuazione delle specifiche genesi di istituti o criteri metodologici, ma quasi sempre lo rende inutile, laddove tale operazione di individuazione provoca sistematicamente lo smarrimento della visione di insieme, dell'intersezione di elementi, da cui quasi mai l'analisi storica di un fenomeno giuridico può prescindere.

Ciò osservato, una volta entrati nel circuito di *ius civile*, i *iudicia bonae fidei* per la loro peculiare struttura formulare ridisegnano il rapporto tra azione e obbligazione in una logica del tutto innovativa: è l'azionabilità della pretesa a tracciare l'effettivo contenuto del rapporto; rapporto che trova la propria espressione giuridica formale nella fase giudiziale del confezionamento della formula e nell'azione di accertamento e di determinazione della condanna da parte del giudice. All'*intentio incerta* al '*quidquid...dare facere oportere ex fide bona*' – preceduta da *demonstratio* – faceva pendant l'autonomia del *iudex* chiamato a decidere sul concreto *dare facere oportere* del convenuto. Come osserva il Talamanca[30], questa autonomia si traduceva anzitutto nella possibilità, nel contesto delle allegazioni del convenuto, di tener conto di difese che normalmente sarebbero dovute essere inserite all'interno di specifiche *exceptiones*, come l'*exceptio doli,* o *metu*, o *pacti*, le quali inerivano naturalmente ai giudizi di buona fede senza necessità di essere introdotte nella formula[31]. Altresì, in relazione al *quantum* della condanna, la *bona fides* del *iudicium*, sempre al *iudex*, consentiva una certa autonomia nel determinare, ove fosse previsto, l'*id quod interest* a favore dell'attore, tenendo conto di una serie di profili, come il danno per la lesione all'interesse a concludere il contratto, o il danno calcolato in base al pregiudizio subìto, o gli interessi moratori o compensativi, e via dicendo[32]; oppure, in prospettiva rovesciata,

[30] M. Talamanca, voce *Processo civile*, cit., p. 65 s. Cfr. anche C.A. Cannata, Bona fides *e strutture processuali*, in *Scritti scelti di diritto romano*, a cura di L. Vacca, III, Giappichelli, Torino, 2014, p. 181 ss.

[31] Sul rapporto di tali *iudicia* e le *exceptiones* cfr. in particolare B. Biondi, Iudicia bonae fidei. *La inerenza delle* exceptiones *nei* iudicia bonae fidei, in «AUPA», 1920, p. 61 ss. Sull'*execeptio doli*, nello specifico, considerata la vasta letteratura, si veda soprattutto, A. Burdese, voce *Exceptio doli (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it*., VI, Utet, Torino, 1960, p. 1074; B. Kupisch, Exceptio doli generalis *und* iudicium bonae fidei. *Zur Frage der Inhärenz bei Verträgen nach Treu un Glauben*, in *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e radizione romanistica*, a cura di L. Garofalo, Cedam, Padova, 2006, p.203; C. A. Cannata, Bona fides, cit., p. 189.

[32] Sulla polisemia dell'espressione '*id quod interest*', che si tradurrebbe anche

poteva consentire di valutare positivamente i crediti del convenuto nei confronti dell'attore, opposti in compensazione perchè nascenti dallo stesso titolo[33]. Certo, i binari entro cui tale autonomia era ammessa venivano rigorosamente tracciati mediante le indicazioni del magistrato, a loro volta istruiti dai giuristi; in tal senso, i giudici non debbono considerarsi "costruttori" [34] di diritto, finanche espresso nella forma decisoria giudiziale, neppure nelle azioni di buona fede.

Tali profili, come detto, rappresentano la manifestazione più concreta della rilevanza processuale della buona fede, che nel suo ruolo di criterio immanente alla vicenda contrattuale, trovava attuazione pratica nel momento giudiziale, posta la riflessione a monte della giurisprudenza circa l'*an* e il *quantum*, nella fase di richiesta di tutela quindi di intervento dell'ordinamento.

3. Bona fides *e sinallagma nelle elaborazioni della giurisprudenza*

Riallacciandoci a quanto osservato in precedenza, se il riconoscimento di una pretesa azionabile è l'operazione preliminarmente compiuta dallo 'interprete', ciò non implica il superamento della riflessione sul piano sostanziale relativa all'elemento che ha generato il vincolo su cui tale pretesa si fonda. In tal senso, l'evoluzione del diritto contrattuale a cavallo fra il periodo repubblicano e il periodo classico si sviluppa su entrambi i fronti: quello processuale, in un'ottica strettamente pratica che si manifesta, per l'appunto, nell'ammissione alla giurisdizione pretoria, e quello sostanziale, in un'ottica teorico-concettuale che si manifesta nella riflessione sulla configurazione di elementi tipici essenziali per talune categorie di contratti.

nell'impossibilità di definire il *quantum* rimesso alla valutazione del giudice cfr. D. Medicus, Id quod interest. *Studien zum römischen Recht des Schadenersatzes*, Bohlau, Köln – Graz, 1962, *passim*; H. Honsell, Quod interest *im* bonae – fidei – iudicium. *Studien zum römischen Schadenersatzercht*, Beck, München, 1969, in particolare p. 51 ss.; F. Procchi, *Dall'*id quod interest *alla 'Differenzhypothese'*, in Actio in rem *e* actio in personam *in ricordo di Mario Talamanca*, a cura di L. Garofalo, II, Cedam, Padova, 2011, p. 481 ss.; P. Ziliotto, *Sulla non patrimonialità del danno e dell'interesse nel diritto romano*, Edizioni dell'Orso, Alessandria, 2012, *passim*, in particolare, 30 ss. Critico il Talamanca sulla riconducibilità della nozione di *id quod interest* alla "coppia" 'interesse positivo' e 'interesse negativo' della civilistica tradizionale e della romanistica moderna: cfr. M. Talamanca, voce *Vendita*, cit., p. 414.

[33] M. Kaser, *Das römische Privatrech*t², I, cit., p. 644.

[34] C.A. Cannata, *Una casistica*, cit., p. 64.

Sotto quest'ultimo profilo, gli elementi attorno ai quali ruota in modo più o meno consapevole, e dunque più o meno esplicitato, la riflessione della giurisprudenza romana, soprattutto a partire da Labeone, in tema di rapporto negoziale bilaterale, sono appunto la *bona fides* e il *synallagma*.

La *bona fides*, lo si è in più momenti accennato, riveste il duplice ruolo di fonte di obblighi (in quanto valore di affidamento reciproco che fonda, nella fase genetica[35], il rapporto negoziale generando i reciproci doveri, e nella fase dell'attuazione di questi stessi obblighi, l'imposizione di tutte quelle condotte necessarie e funzionali alla realizzazione del programma contrattuale) e di criterio di valutazione della vicenda negoziale (in termini di conformità alla funzione concreta del contratto che le parti si aspettano di realizzare, alla luce del quale viene condotto l'accertamento giudiziale della condotta delle parti e la cui rilevanza processuale è tratteggiata in rapporto all'*oportere* del convenuto).

La buona fede costituisce, dunque, elemento materiale che incide sulla configurazione e sull'attuazione del rapporto negoziale[36], assumendo la funzione di criterio 'normativo', rilevante nelle fasi genetica, attuativa e valutativa della vicenda contrattuale[37].

Ancora prima di una concettualizzazione più definita del *synallagma* – nel momento in cui la reciprocità delle obbligazioni, nell'analisi di Labeone rappresenta l'elemento qualificante del *contractus*, nel *distinguo* con l'*actum* e il *gestum*, secondo la prospettiva sostanziale – la *bona fides* esprime la necessità dell'affidamento reciproco fra le parti contrattuali.

Per meglio dire, quando ancora il sinallagma non rappresenta l'espressione formale dell'elemento oggettivo che connota il fenomeno dell'interdipendenza negoziale – dove le prestazioni si pongono su un piano di corrispettività, come oggetto di obbligazioni che nascono in capo a tutti i contraenti[38] e fisiologicamente connesse l'una all'altra – è la buona fede a costituire l'elemento che esprime l'affidamento che ciascuna parte ripone nell'esecuzione della prestazione da parte dell'altro contraente – che giustifica a sua volta la controprestazione eseguita o da eseguire – e che viene

[35] Cfr. A.M. Garofalo, *Il ruolo dell'affidamento nella responsabilità precontrattuale*, in «TSDP», 2018, p.1 ss.; il quale mette in luce il ruolo della buona fede anche nella tutela della fase precontrattuale, problematica che ha originato la nota e già citata teoria della *culpa in contrahendo* dello Jhering.

[36] Come già sottolineato nel Cap. I al § 6.

[37] M. J. Schermaier, "Bona fides" *im römischen Vertragsrecht*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva*, III, cit., pp. 387-416.

[38] A. Rodeghiero, *Sul sinallagma genetico nell'*emptio venditio *classica*, Cedam, Padova, 2014, p. 1 ss.

invocato in situazioni di effettivo squilibrio o di alterazione:

> D. 19.1.50 (Lab. 4 *post. a Iav. epit.*): *Bona fides non patitur, ut, cum emptor alicuius legis beneficio pecuniam rei venditae debere desisset antequam res ei tradatur, venditor tradere compelletur et re sua careret. Possessione autem tradita futurum est, ut rem venditor aeque amitteret, utpote cum petenti eam rem [emptor exceptionem rei venditae et traditae opponere possit nec perinde sit, quasi eam] rem petitor ei neque vendidisset neque tradidisset.*

In questo testo, oltremodo noto alla dottrina, Labeone tratta della compravendita di una *res* (verosimilmente un fondo e quindi una *res mancipi*) sulla quale interviene un provvedimento imperiale, un *beneficium legis*, che incide, estinguendola, sull'obbligazione del compratore, che viene esonerato dal pagamento del prezzo. Secondo il giurista, qualora la *traditio* della *res* non ci fosse già stata, la buona fede non consentirebbe di imporre al venditore di procedere alla consegna, perdendo definitivamente la *res*. Diversamente, nel caso di *traditio* già effettuata, il venditore che agisse per il recupero della cosa, si vedrebbe opposta dal compratore l'*exceptio rei venditae et traditae*, in modo conforme ad equità.

Il passaggio «*bona fides non patitur*» sancisce in modo icastico l'elevato livello di elaborazione delle soluzioni in tema di inadempimento di obbligazioni sorte nell'àmbito dei rapporti negoziali bilaterali, in questo caso, segnatamente, della compravendita. Si tratta, infatti, di una affermazione potente, mediante la quale Labeone afferma il valore fondamentale del criterio della *bona fides* nella valutazione della vicenda negoziale e nella determinazione dell'*an* e del *quantum* processuale.

La buona fede non tollera. Che cosa non tollera?

A parere del Talamanca[39], Labeone rinvia alla *bona fides* per spiegare l'inammissibilità dell'esperimento da parte del compratore dell'*actio empti* per imporre al venditore di adempiere alla propria obbligazione di *praestare rem*: è un fatto di tutela della reciprocità e dell'equilibrio, che la buona fede – tramite le azioni da vendita e da compera – in qualità di criterio normativo tutela. Precisa ulteriormente Letizia Vacca[40], in modo condivisibile, che la soluzione conterrebbe *in nuce* il principio di operatività del sinallagma, senza, tuttavia, costituire ancora una rappresentazione dell'interdipendenza

[39] M. Talamanca, Lex *ed* interpretatio *in* Lab. 4 Post a Iav. epit. D. 19,1,50. *Nozione, formazione e interpretazione del diritto. Dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo*, II, Jovene, Napoli, 1997, p. 353.

[40] L. Vacca, Bona fides *e sinallagma contrattuale*, in *Garanzia e responsabilità* a cura di B. Cortese, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 118-119.

funzionale, che possa dirsi tecnica.

In tal senso, come qui si ritiene, Labeone, nell'àmbito delle riflessioni in termini sostanziali sul rapporto di reciprocità delle obbligazioni, richiamerebbe in modo espresso la buona fede per fondare soluzioni, di ricaduta processuale, che a livello 'rimediale' anticipano l'elaborazione del principio di sinallagmaticità funzionale.

Si giustificherebbe così anche il passaggio successivo del brano in cui l'avvenuta *traditio* sancisce l'impossibilità del venditore di agire sul piano reale – dal momento che il piano contrattuale gli era precluso, essendo l'*actio venditi* configurata per il ottenere il prezzo – per recuperare la piena disponibilità della *res*. Infatti, la buona fede non può considerarsi violata nel momento genetico, e neppure attuativo, essendo entrambe le parti perfettamente in linea con i comportamenti improntati alla correttezza ed affidabilità: nella fase genetica non vi è ancora alcuna incidenza del *beneficium legis*; nella fase attuativa il venditore esegue la prestazione come da programma, mentre il compratore non procede all'esecuzione poichè sopraggiunge un evento che lo impedisce. Sarebbe, invece, contraria a buona fede (in termini valutativi) l'eventuale iniziativa processuale del venditore per recuperare la *res*, non solo ponendosi tale iniziativa in netto contrasto con la funzione beneficiaria dell'intervento legislativo; ma altresì essendo la *res vendita et tradita* nella piena disponibilità del compratore *ex iusta causa*.

Peraltro, come giustamente rilevato dal Gallo[41], il riferimento terminologico '*aeque*' introduttivo della preclusione per il venditore di recuperare la *res*, testimonia la perfetta coerenza della soluzione labeoniana in rapporto alla eventuale concessione da parte del pretore dell'*exceptio rei venditae et traditae*: *bona fides* ed equità, o *bonum et aequum*, rappresentano un unico fondamento che si declina in modo processualmente differente in base al mutare degli elementi del fatto[42]; ed il fatto muta, a me pare, in modo consistente in base all'elemento dell'avvenuta o non avvenuta *traditio* della *res*.

Con il tempo, la giurisprudenza elabora soluzioni sulla concessione della tutela contrattuale maggiormente articolate; soluzioni che implicheranno una graduale evoluzione tecnica in tema di corrispettività delle prestazioni ed interdipendenza delle obbligazioni e di cui abbiamo espressioni più definite in epoca adrianea.

Tuttavia, prima dell'analisi delle innovazioni dei giuristi del II sec. d.C., occorre precisare che la citata evoluzione non raggiungerà quel livello

[41] *A proposito di* 'aeque' *in* D. 19.1.50: *un giudizio con comparazione sottesa*, in «*SDHI*», 66, 2000, p. 1 ss.

[42] Così già L. Vacca, Bona fides, cit., p. 119.

di concettualizzazione tecnica che propone la moderna declinazione del rapporto di reciprocità e di interdipendenza nelle tre configurazioni del sinallagma genetico, condizionale e funzionale[43].

Tali forme assurgono, secondo la dottrina moderna, a modi di inquadramento delle tre diverse operatività del sinallagma nella vita del contratto a prestazioni corrispettive: sotto il profilo della genesi, si parla di 'sinallagma genetico' con riferimento alla necessaria reciproca configurazione delle obbligazioni al sorgere del rapporto; sotto il profilo della attuazione del rapporto, il 'sinallagma condizionale' esprime, invece, il legame vitale delle due obbligazioni, per cui l'estinzione di una determina l'estinzione dell'altra, la riduzione di una determina la riduzione dell'altra; infine, sotto il profilo della interdipendenza funzionale, il sinallagma detto, appunto, 'funzionale' esprime il concetto di necessità finale, laddove solo l'adempimento di un'obbligazione giustifica l'aspettativa, e quindi anche la richiesta, di adempimento dell'altra[44].

Si tratta dei profili che modernamente fondano l'agire in termini di risoluzione del contratto; ma come poc'anzi si diceva, siffatte elaborazioni non possono ritenersi presenti alla giurisprudenza romana; in tal senso, va sottolineato che, ai fini della individuazione degli effetti collegati all'interdipendenza delle obbligazioni, non rileva tanto il riconoscimento di un'operatività, più o meno meccanica, del sinallagma e dei suoi sottotipi, quanto invece la valutazione, in base al criterio della *bona fides*, della situazione contrattuale nel suo complesso[45].

Nel testo di Labeone l'incidenza del sinallagma sull'inammissibilità della pretesa all'adempimento dell'obbligazione del venditore di *tradere rem* a seguito dell'estinzione dell'obbligo di pagare il prezzo, viene espressamente

[43] Costruzione di A. Bechmann, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, I, *Geschicte des Kaufs im römischen Recht*, A. Deichert, Erlangen, 1876, p. 540 ss.; ripresa poi da H.P. Benöhr, *Das sogenannte* Synallagma *in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts*, De Gruyter, Hamburg, 1965, p. 17 ss. Si tratta di un'impostazione di matrice pandettistica che non trova esatta corrispondenza nelle elaborazioni dei *prudentes*, perlomeno non in forma consapevole sì, da ammetterne una precisa configurazione dogmatica, come osserva lo stesso A. Bechmann, *Der Kauf*, cit., p. 565; lo ribadisce M. Talamanca, voce *Vendita*, cit., p. 373.

[44] R. Santoro, *Il contratto*, cit., p. 215 ss.; A. Burdese, *Sul riconoscimento civile*, cit., p. 14 ss.; Id., *Osservazioni*, cit., p. 127 ss.; Id, *Sul concetto di contratto*, cit., 15 ss.; F. Gallo, Synallagma, cit., in particolare p. 215 ss.; F. Gallo, *Dalla sinallagmaticità*, cit., p. 63 ss.; C.A. Cannata, *Labeone,* cit., p. 33 ss.

[45] A tal riguardo, non si condivide il Talamanca nel punto in cui circoscrive la sua incidenza su alcuni limitati fenomeni relativi all'attuazione del programma contrattuale, M. Talamanca, voce *Vendita*, cit., pp. 377-378.

ricondotta all'applicazione della *bona fides*[46]. Diversamente, in età adrianea i giuristi ragioneranno ancora espressamente in termini di *bona fides* come criterio di concessione dell'*actio*, pur tuttavia, mutando parzialmente la prospettiva, che tenderà a mettere meglio a fuoco l' 'operatività tecnica' del sinallagma, tramite la precisa individuazione dell'*an* e del *quantum* utili e ripristinare l'equilibrio fra le prestazioni (il che implica una articolazione della condanna in tipologie diverse).

A proposito degli sviluppi in àmbito prudenziale del II sec. d.C., un testo di Africano, che segue il tracciato delle soluzioni giulianee, offre un chiaro esempio della progressiva acquisizione di operatività in senso tecnico del sinallagma:

> D. 19.2.33 (Afr. 8 *quaest.*): *Si fundus quem mihi locaveris publicatus sit, teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet, quominus id praestes: quemadmodum, inquit, si insulam aedificandam locasses et solum corruisset, nihilo minus teneberis. Nam et si vendideris mihi fundum isque priusquam vacuus traderetur publicatus fuerit, tenearis ex empto: quod hactenus verum erit, ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris mea intersit eum vacuum mihi tradi. Similiter igitur et circa conductionem servandum puto, ut mercedem quam praestiterim restituas, eius scilicet temporis, quo fruitus non fuerim, nec ultra actione ex conducto praestare cogeris. Nam et si colonus tuus fundo frui a te aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere ne id faciat possis, tantum ei praestabis, quanti eius interfuerit frui, in quo etiam lucrum eius continebitur: sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim maiorem aut potentiam eius non poteris, nihil amplius ei quam mercedem remittere aut reddere debebis.*

Nel brano vengono messe in rapporto tre ipotesi di concessione dell'azione contrattuale in relazione alle fattispecie negoziali *emptio venditio*, *locatio rei* e *locatio operis*; l'analogia, che qui risiede nella comunanza di *rationes* delle soluzioni casisticamente enunciate e che consente di mettere in rapporto i casi in cui il locatore o il venditore sono tenuti dall'azione, come vedremo, trova preliminarmente un fondamento generale nella struttura dei tre *negotia*, all'epoca di Giuliano e Africano costruiti come contratti consensuali, perfettamente bilaterali, dotati di causa tipica e produttivi di azioni di buona fede.

Secondo Giuliano, come riferito da Africano, in caso di *publicatio* del

[46] Vi rintraccia *a posteriori* l'operatività del sinallagma condizionale M. Talamanca, Lex, cit., p. 376; diversamente L. Vacca, Bona fides, cit., p. 119, individua nella soluzione labeoniana il meccanismo, *in nuce*, del sinallagma funzionale.

fondo locato, il locatore era tenuto con l'*actio ex conducto*, così come lo era il locatore che avesse dato in appalto la costruzione di un edificio su un terreno e il suolo fosse franato, seppur in questo caso si assiste ad una commistione di profili che i giuristi adrianei non sciolgono, avendo abbracciato la sola prospettiva dell'*actio ex conducto*, come vedremo in seguito[47]. Analogamente, qualora la *publicatio* avesse interessato un fondo venduto, ma ancora non tràdito, il venditore sarebbe stato tenuto con l'*actio ex empto*.

Nella prosecuzione del brano, Africano precisa le soluzioni giulianee definendo il *quantum* delle *actiones*, di cui Giuliano aveva fissato l'*an*: il giurista con riferimento alla *publicatio* del fondo venduto specifica che il venditore sarà tenuto per la restituzione del prezzo e non a corrispondere l'interesse ad avere la cosa nella piena disponibilità. Ciò accadrà altrettanto nel caso della locazione del fondo, per il quale il locatore sarà tenuto a restituire il canone corrispondente al periodo in cui il conduttore non ne godrà; ciò a meno che l'impedimento al *frui licere* del fondo non sia dipeso dal locatore; ipotesi nella quale questi sarà tenuto a corrispondere l'interesse a godere del terreno. In caso di forza maggiore o di evento a cui non può resistere, invece, il locatore dovrà solo restituire al conduttore il canone o rimetterglielo.

La casistica proposta dal testo di Africano tende ad evidenziare quelle che noi definiremmo tipiche ipotesi di impossibilità della prestazione[48], che, se non imputabile, genera l'obbligo di ripristinare l'equilibrio attraverso la restituzione del prezzo o del canone, o attraverso la rimessione di questo[49]; mentre, se trattasi di impossibilità imputabile, nel senso che l'evento a cui si collega il mancato adempimento è riconducibile alla sfera di controllo (e che, dunque, si estrinseca in una condotta commissiva od omissiva) del locatore, si impone la corresponsione dell'interesse del conduttore ad avere il *frui licere* della *res*[50].

Sul piano strettamente giudiziale, si tratta di obblighi azionabili per il tramite dei rimedi contrattuali tipici, la cui *intentio incerta* sarà definita dalla *demonstratio* in cui si riporteranno i fatti, in modo tale che il *iudex* accerti

[47] Cfr. *infra* il § 7.

[48] Sulla costruzione di questo caso come di un'ipotesi applicativa della regola del '*periculum*', si veda ancore *infra* il § 7.

[49] Con riferimento alla soluzione nel caso di *locatio operis* non è specificato se il conduttore abbia diritto in ogni caso al pagamento della mercede pattuita, o se sia esonerato dall'obbligo di realizzare l'opera. Sul punto, anche per i rinvii bibliografici, cfr. B. Cortese, *Responsabilità e impossibilità nella* locatio operis: *Labeone e Paolo in D. 19.2.62*, in *Il diritto romano caso per caso*, a cura di M. Scognamiglio, P. Pasquino, L. Solidoro, Giappichelli, Torino, 2018, p. 149 ss.

[50] Soluzione che, peraltro, viene enucleata sulla base della distinzione serviana dallo stesso Africano riportata in D. 19.2.35pr., e che trova il pendant nel brano di Alfeno: D. 19.2.30.

se condannare e, in caso, determini il *quantum* della condanna. Ma, come si diceva, erano le soluzioni dei *prudentes* ad orientare la *ratio decidendi* del *iudex*, fornendo come "binario interpretativo" il rapporto fra fatto e soluzione: Africano, insieme a Giuliano, tratteggiano qui in modo formale la tutela del sinallagma, ossia della corrispettività e dell'equilibrio fra le prestazioni[51]. In merito, tralasciando il riferimento alle categorie concettuali moderne dell'inadempimento non imputabile e della responsabilità per inadempimento utilizzate sinora in funzione descrittiva del fenomeno, il principio fissato nelle soluzioni riportate nel testo vuole la concessione della tutela contrattuale per preservare il rapporto di reciprocità delle obbligazioni, in quanto obbligazioni che ciascuna parte ha volontariamente assunto, proprio in ragione dell'assunzione dell'altra.

L'elemento su cui si articolano le soluzioni volte a preservare o ripristinare l'equilibrio è la *bona fides*, la quale, appunto, in quanto criterio 'normativo' generale della vicenda contrattuale incide anche sull'*aestimatio litis*: la riconducibilità dell'evento al contraente debitore determina un risarcimento, le cui 'voci di danno' vengono considerate in base al caso, mentre l'impossibilità di adempiere che non sia attribuibile al debitore determina la restituzione della controprestazione ricevuta o la sua estinzione.

In merito, peraltro con specifico riferimento alle osservazioni già proposte sull'evoluzione adrianea, si osserva come non vi siano ulteriori menzioni espresse della *bona fides* in qualità di criterio "normativo" che regolamenta la soluzione dei casi un'invocazione energica della *bona fides* come quella labeoniana non è rintracciabile in altre soluzioni giurisprudenziali così come non sono altrettanto individuabili riferimenti al principio di corrispettività governante i contratti consensuali bilaterali: tuttavia, è dalla determinazione dei '*quantum*' collegati alle *actiones* che emerge la logica che sottende le soluzioni proposte dai giuristi adrianei e a cui aderiscono le svolte giudiziali delle singole vicende.

É, dunque, dalla fase processuale che si evince la struttura del contratto ed è nella fase processuale, nell'accertamento dell'inadempimento, che si individua il contenuto sostanziale degli obblighi dei contraenti.

La *bona fides* permea l'intero articolato del brano, fondando le *rationes decidendi*, sia nel caso in cui la prestazione divenga impossibile, con

[51] Così L. Vacca, *Ancora sull'estensione dell'ambito di applicazione dell'*actio empti *in età classica,* in *Garanzia e responsabilità,* cit., p. 38 ss.; Ead. *Risoluzione e sinallagma contrattuale nella giurisprudenza dell'età classica*, in *Garanzia e responsabilità*, cit., p. 78 ss.; Ead. *Profili della risoluzione nella* emptio venditio *e nella* locatio conductio rei, in *Garanzia e responsabilità*, cit., p. 133 ss. Cfr. anche S. Tafaro, *Buona fede ed equilibrio degli interessi nei contratti* in *Il ruolo della buona fede oggettiva*, IV, cit., p. 571 ss.

riguardo all'inammissibilità della pretesa alla controprestazione, o al sorgere dell'obbligazione di restituire quella già conseguita; sia nella circostanza in cui l'inadempimento sia ascrivibile alla condotta del debitore con riguardo alla tutela delle pretese all'*id quod interest*.

La connessione fra *aestimatio litis* ed elementi oggettivi e soggettivi del caso non è un tema posto *ex novo* dalla giurisprudenza adrianea: come lo stesso Africano riporta, Servio aveva introdotto la distinzione, *ab omnibus fere probata est*, tra il locatore che contrae il negozio sapendo che il conduttore non avrà il *frui licere*, e il locatore che in buona fede ha dato in locazione un edificio non sapendo, nè potendo evitare che il conduttore ne fosse impedito nel godimento:

> D. 19.2.35 (Afr. 8 *quaest.*): *Et haec distinctio convenit illi, quae a Servio introducta et ab omnibus fere probata est, ut, si aversione insulam locatam dominus reficiendo, ne ea conductor frui possit, effecerit, animadvertatur, necessario necne id opus demolitus est: quid enim interest, utrum locator insulae propter vetustatem cogatur eam reficere an locator fundi cogatur ferre iniuriam eius, quem prohibere non possit? Intellegendum est autem nos hac distinctione uti de eo, qui et suum praedium fruendum locaverit et bona fide negotium contraxerit, non de eo, qui alienum praedium per fraudem locaverit nec resistere domino possit, quominus is colonum frui prohibeat.*

Qualora l'edificio venga demolito, occorre comprendere se la demolizione fosse necessaria oppure no: ciò si collega alla preliminare esigenza del comportamento secondo buona fede da parte del locatore che contrae la *locatio rei*, non sapendo che al conduttore sarà pregiudicato il godimento del bene[52].

E fra tutti coloro che approvavano la *distinctio*, non poteva non esserci Alfeno, che chiarisce, molto più di quanto non farà successivamente Africano, il rapporto fra la distinzione serviana e la determinazione dell'*aestimatio litis*:

> D. 19.2.30pr. (Alf. 3 *dig. a Paul. epit.*): *Qui insulam triginta conduxerat, singula caenacula ita conduxit, ut quadraginta ex omnibus colligerentur: dominus insulae, quia aedificia vitium facere diceret, demolierat eam: quaesitum est, quanti lis aestimari deberet, si is qui totam conduxerat ex conducto ageret. Respondit, si vitiatum aedificium necessario demolitus esset, pro portione, quanti dominus praediorum locasset, quod eius temporis habitatores habitare non potuissent, rationem duci et tanti*

[52] L. Vacca, *Profili*, cit., p. 133 ss.

litem aestimari: sin autem non fuisset necesse demoliri, sed quia melius aedificare vellet, id fecisset, quanti conductoris interesset, habitatores ne migrarent, tanti condemnari oportere.

La demolizione di un edificio dato in locazione provoca la perdita del *frui licere* della *res* del conduttore; per comprendere in che misura il conduttore abbia diritto ad essere tutelato, occorre precisare se la demolizione era atto necessario, o se era frutto della volontà del locatore: nel primo caso il conduttore avrà diritto alla sola restituzione dei canoni pagati; nel secondo caso il conduttore avrà diritto a chiedere il danno subìto, comprensivo in questo caso del guadagno che avrebbe percepito sublocando i vani dell'immobile a terzi[53].

La distinzione serviana, passando per la giurisprudenza tardo repubblicana e per la giurisprudenza del primo periodo classico, condiziona, perchè generalmente condivisa, la riflessione degli adrianei. Questo percorso incrocia le elaborazioni dei proculiani, a partire da Labeone, in tema di *synallagma* e *bona fides*, che, come visto sopra,[54] mettono il focus sul profilo del rapporto fra le prestazioni, come affidamento reciproco delle parti, che evolve in interdipendenza delle obbligazioni. Il tutto, in un dialogo che si snoda lungo secoli e che certo presenta anche diverse oscillazioni, finisce per ricomporsi, come i giuristi severiani, lo vedremo, esprimeranno in modo formale, nell'elaborazione generale del principio di equilibrio delle posizioni dei contraenti di un negozio consensuale bilaterale obbligatorio, la cui attuazione implica il rispetto del criterio 'normativo' della *bona fides*.

4. *La configurazione delle obbligazioni principali dell'*emptio venditio *tramite la concessione dell'*actio

Rispetto alla configurazione dell'*obligatio consensu contracta*, relativamente recente, la compravendita[55] come negozio con una funzione socio-economica tipica e rilevante nella sfera dei rapporti fra i *cives* era una figura negoziale consolidata già da tempi risalenti.

Essa si configurava come un negozio i cui effetti si producevano

[53] L. Vacca, *Profili*, cit., p. 140 ss.
[54] Cfr. *supra* i §§ 3-5.
[55] Per una prima messa a fuoco, A. Burdese, voce *Vendita (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, XX, Torino, 1975, p. 594 ss.; M. Talamanca, voce *Vendita*, cit., p. 303 ss.; S. Romano, voce *Vendita nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XIX, Utet, Torino, 1998, p. 722 ss.

prevalentemente sul piano reale, trattandosi di un atto, nella forma tipica della *mancipatio*[56], di trasferimento della proprietà di cosa, dietro il pagamento del prezzo[57], in cui era da definire solo il momento in cui la proprietà si trasferiva effettivamente dal venditore al compratore.

Sull'evoluzione (o sulla sovrapposizione) riguardante il negozio traslativo con scopo di vendita e l'*emptio venditio* consensuale ad effetti obbligatori, in dottrina si è sviluppata un'ampia discussione[58]. Tuttavia, l'origine dell'*emptio venditio* non presenta in questa sede una rilevanza specifica, dal momento che la compravendita consensuale risulta già assorbita nel sistema negoziale di *ius civile,* chiamando la giurisprudenza classica a riflettere sull'estensione dell'esperibilità dell'*actio empti*, in rapporto analogico alle fattispecie negoziali corredate dalla stessa struttura, come la *locatio conductio rei*.

E, in epoca tardo-repubblicana[59], la compravendita presentava, appunto, come consolidati i caratteri sia della consensualità, sia dell'obbligatorietà, come abbiamo visto in precedenza.

Una volta configurata la struttura del negozio, oggetto della riflessione giurisprudenziale sono i contenuti e i limiti delle obbligazioni prodotti dal negozio, che, nella logica circolare precedentemente sottolineata del rapporto fra *actio* e *obligatio*, vengono dapprima tratteggiati, poi via via sempre più definiti attraverso la graduale concessione dell'azione contrattuale.

Essendo le obbligazioni delle parti protette da *iudicia bonae fidei*, i profili connessi alla compravendita di cui si doveva tener conto nell'ammissibilità

[56] Cfr. Gai. 1.113 e 119. Sulla *mancipatio* e agli altri negozi traslativi in combinazione o affiancati alla compravendita, in particolare V. Arangio Ruiz, *Diritto puro e diritto applicato negli obblighi del venditore*, in *Festschrift P. Koschaker*, II, Weimar, 1939, p. 141 ss., e G. Pugliese, *Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano* ora in *Scritti giuridici (1985-1995)* a cura di L. Vacca, Jovene, Napoli, 2007, p. 245 ss.

[57] Cfr. M. Kaser, *Das römische Privatrecht*,[2] I, cit., p. 545 ss.

[58] V. Arangio Ruiz, *La compravendita*, cit., p. 45 ss. Sul tema delle 'origini' si fa rinvio in modo particolare a Ph. Meylan, *La conception classique de la vente*, in «RIDA», 1948, p. 133 ss.; F. Cancelli, *L'origine del contratto consensuale di compravendita nel diritto romano. Appunti esegetico-critici,* Giuffrè, Milano, 1963, p. 156 s.; F. Gallo, *In tema di origine della compravendita consensuale*, in «*SDHI*», 30, 1964, p. 299 ss., p. 567; C.A. Cannata, *La compravendita consensuale romana: significato di una struttura*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, *Atti del Congresso Internazionale, 17-21 aprile 1990, Pisa-Viareggio-Lucca* a cura di L.Vacca, I, Giuffrè, Milano, 1991, p. 73 ss.; M. Marrone, *Trasferimento della proprietà della cosa venduta e pagamento del prezzo*, s.l., 1992, p. 183 ss.; L. Gagliardi, *Prospettive in tema di origine della compravendita*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano* a cura di L. Garofalo, I, Cedam, Padova, 2007, p. 101 ss.; G. Pugliese, *Compravendita*, cit., p. 247 ss.; R., Fercia R., «Quia vendidit, dare promisit», Edizioni AV, Cagliari, 2009, *passim.*

[59] V. Arangio Ruiz, *La compravendita*, cit., p. 85 ss.

dell'azione erano sia quelli fisiologici e che costituivano, per così dire, il 'regime ordinario' negoziale; sia quelli rimessi alla volontà specifica delle parti, come i patti tramite i quali i contraenti ampliavano o, nei limiti del consentito, modificavano il contenuto tipico del negozio. Il *iudicium bonae fidei* copriva, dunque, l'intero programma contrattuale.

In verità, la parabola evolutiva della determinazione del contenuto degli obblighi contrattuali, e che ne ha prodotto, appunto, il così detto regime ordinario negoziale, ha riguardato essenzialmente l'obbligazione del *venditor,* essendo il compratore obbligato a trasmettere la proprietà del denaro che costituiva il prezzo[60]:

> D. 19.4.1pr. (Paul. 32 *ad ed.*): *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....*[61]

Il contenuto dell'obbligazione del venditore, come noto, era decisamente più complesso[62]: in un contratto obbligatorio finalizzato ad attuare lo scambio definitivo di cosa contro prezzo, il *venditor* non era tenuto a trasmettere la proprietà della *res,* e, dunque, la sua obbligazione non poteva essere configurata

[60] V. Arangio Ruiz, *La compravendita*, cit., p. 202; A. Bechmann, *Der Kauf*, cit., p.136 ss.; D. Dozhdev, "Fidem emptoris sequi": *Good faith and Price Payment in the Structure of Roman Classical Sale*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva*, II, cit., pp. 551-578.

[61] La letteratura sul passo è immensa. Si rimanda per un esame critico generale, da ultimo, a S.A. Cristaldi, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, Milano, 2007, p. 77 ss., nonché ancor più di recente, a E. Sciandrello, *Studi sul contratto estimatorio e sulla permuta nel diritto romano*, Università degli studi di Trento, Trento, 2011, p. 207 ss.; per un primo riscontro cfr. V. Scialoja, *La l. 16 dig. de cond. causa data 12, 4 e l'obbligo di trasferire la proprietà nella vendita romana*, in «BIDR»,19, 1907, p. 161 ss.; E. Betti, *Sul valore dogmatico della categoria* "contrahere" *in giuristi proculeiani e sabiniani*, in «BIDR», 28, 1915, p. 24 ss.; D.E.C. Yale, *Celsus: Sale and conditional gift*, in *Studies in the Roman Law of Sale, Dedicated to the memory of F. De Zulueta*, D. Daube, Clarendon Press, Oxford, 1959, p. 171 ss.; PH. Meylan, *Nouvelle explication de Celse, D.12.4.16*, in «*Iura*», 20, 1969, p. 287 ss.; V. Arangio ruiz, *Compravendita*, cit., p. 150 ss.; R. Knütel, *La causa nella dottrina dei patti*, in *Causa e contratto*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica* a cura di L. Vacca, Giappichelli, Torino 1997, p. 135; M. Talamanca, voce *Vendita*, cit., p. 380 ss.; F. Gallo, Synallagma *e* conventio *nel contratto, Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne*, II, Giappichelli, Torino, 1995, p. 171 ss.; T. Dalla Massara, *Alle origini della causa*, cit., p. 233 ss. Per i profili specifici si vedano gli Autori indicati alle note successive.

[62] Sul punto si rinvia a S. Cristaldi, *Il contenuto*, cit., p. 125 e a letteratura *ivi* citata.

come un'obbligazione di '*dare*' in senso tecnico[63]. Le ragioni erano diverse: anzitutto l'adempimento del '*dare*' non sarebbe mai stato possibile nell'àmbito di un contratto concluso con un contraente che non fosse un *civis*, non potendo gli stranieri acquistare la titolarità del *dominium ex iure Quiritium*[64], motivazione alla quale si agganciava conseguentemente il problema del regime differenziato dei beni, *res mancipi* e *nec mancipi*, che richiedeva uno specifico tipo di atto traslativo, *mancipatio* o *traditio venditionis causa* (o raramente *cessio in iure*), e che non poteva trovare applicazione ai peregrini, per i quali, a titolo differente, era prevista la sola consegna materiale.

A tali motivi, vanno aggiunte ragioni di "politica commerciale", ben comprese dalla giurisprudenza romana, e che verosimilmente suggerirono l'opportunità di costruire l'obbligazione del venditore ricorrendo alla categoria del '*praestare*', più funzionale al risultato economico-commerciale tipico della compravendita. Si tratta, tuttavia, di un percorso che si sviluppa gradualmente, caratterizzato da quella interconnessione fra approccio processuale e riflessione sostanziale di cui si è detto, e che ha investito, lo studio della materia *de qua* a partire dal periodo tardo repubblicano fino alla fine del periodo severiano.

Ed è proprio dalla sintesi dei giuristi severiani che si ricevono le coordinate per la costruzione della obbligazione del venditore, come risultato di questa complessa evoluzione:

> D. 19.1.11pr.-2 (Ulp. 32 *ad ed.*): *Ex empto actione is qui emit utitur. 1. Et in primis sciendum est in hoc iudicio id demum deduci, quod praestari convenit: cum enim sit bonae fidei iudicium, nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter contrahentes actum est. Quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate. 2. Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere: quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum, si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat, si modo pretium est numeratum aut eo nomine satisfactum. Emptor autem nummos venditoris facere cogitur.*

[63] Oltre al più volte menzionato testo di Paolo D.19.4.1pr., così già Celso in D. 12.4.16, su cui in particolare cfr. M. Talamanca, voce *Vendita*, cit., p. 380 ss.

[64] Tuttavia, nell'àmbito delle compravendite fra romani la struttura dell'*emptio venditio*, come è noto, mutava parzialmente, nel senso che se si trattava di *res mancipi* veniva eseguita la *mancipatio* e se *res nec mancipi* si eseguiva la *traditio*. Se il venditore era *dominus* il compratore diveniva senza dubbio titolare. Peraltro, in rapporto all'*emptio venditio* diversi sono i riferimenti alla *mancipatio* e agli altri negozi traslativi: un rapporto più o meno stretto del quale si discute da sempre in seno alla dottrina romanistica: cfr. in particolare V. Arangio Ruiz, *Diritto puro*, cit., p. 141 ss.; M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 429 ss., 580 ss.; G. Pugliese, *Compravendita*, cit., p. 248 ss.

Ulpiano individua la sfera applicativa dell'azione da compera e, nel sottolineare che all'*actio* è connesso un *iudicium bonae fidei,* fa coincidere il perimetro dell'azione con tutto ciò che le parti hanno convenuto di *praestare*, qui inteso come eseguire ciò che hanno convenuto, definendo, in base ai loro interessi ed esigenze, i termini dello scambio[65]. Tuttavia, come spiegato da Ulpiano nella prosecuzione del brano, v'è un contenuto naturale della vendita che ha pieno valore, laddove non vi siano espresse pattuizioni delle parti; ed è questo contenuto naturale a rappresentare il frutto del lavorìo di riflessione della giurisprudenza romana e che rappresenta il raggio d'azione della tutela contrattuale previsto per le parti, segnatamente per il compratore.

Ulpiano dice che per prima cosa il venditore è tenuto a '*praestare rem*'.

Riallacciandoci alle osservazioni circa il senso del '*praestare*' come contenuto della prestazione, si può affermare che il *praestare rem,* in questo caso, implica un complesso di significati sostanziali che possono evincersi mediante la sua connessione con tutti i profili corredanti il rapporto obbligatorio all'interno del quale il *praestare* viene calato, ricostruibili però solo tramite l'indagine condotta analiticamente sull'impiego dell'azione da compera che tutela la posizione del compratore.

Quando Ulpiano scrive il suo commento all'editto è oramai pacifico l'articolato contenuto dell'obbligazione del venditore, definito, appunto, tramite il suo speculare rapporto con le clausole edittali relative all'*actio empti*. In tal senso, il *praestare rem* a cui egli si riferisce, non implica, per certo, il solo trasferimento materiale della cosa, l''*id est tradere*', ma, come correttamente ritenuto, ed abbondantemente evidenziato dalla maggioranza della dottrina[66], esso si sostanzia nella trasmissione della piena e pacifica disponibilità della *res*.

Ulpiano, è vero, non lo dice espressamente; ma è un elemento che si può ricavare dal successivo passaggio relativo al rendere il compratore proprietario, o a garantirlo per l'evizione, laddove il venditore non fosse il *dominus* della cosa venduta: «*quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum, si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat*».

Ciò implicitamente comporta che il risultato primario che il venditore deve assicurare al compratore è che questo non venga impedito o turbato

[65] Sia la regolamentazione precisa di alcuni aspetti naturali della vendita, come ad esempio il giorno e il luogo dell'adempimento, sia l'addizione di specifiche clausole tramite *pacta adiecta* rientrano nei contenuti negoziali protetti dalle azioni contrattuali.

[66] M. Talamanca, voce *Vendita,* cit., p. 385 ss.; C.A. Cannata, *La compravendita consensuale,* cit., p. 413; L. Vacca*, Sulla responsabilità* ex empto *del venditore nel caso di evizione secondo la giurisprudenza tardo-classico*, in *Garanzia e responsabiltà*, cit., p. 19 ss.; Ead., *Ancora*, cit., pp. 64-65; S. Cristaldi, *Il contenuto*, cit. p. 126 ss.

nel suo godimento del bene acquistato, indipendentemente dal dato che il venditore non fosse nelle condizioni necessarie per rendere l'acquirente proprietario.

Quanto affermato da Ulpiano è precisato in un testo, altrettanto noto di Paolo, in cui il giurista proporne una rappresentazione icastica del contenuto dell'*obligatio venditoris*, tramite la configurazione di quella che può alternativamente considerarsi una "maxi-obbligazione" o un elenco di profili sostanziali ontologicamente riconducibili all'obbligazione generale gravante sul venditore.

Riprendiamo il testo già citato:

> D. 19.4.1pr. (Paul 32 *ad ed.*): *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.....*[67]

Paolo sostiene che se il compratore è tenuto dall'*actio venditi*, qualora non abbia reso il venditore proprietario della somma di denaro, di contro al venditore "basta", «*sufficit*», obbligarsi per l'evizione, trasmettere il possesso della *res* e astenersi da comportamenti ingannevoli e pregiudizievoli[68].

---

[67] Il testo, già citato con riguardo all'obbligazione del compratore di pagare il prezzo, è stato inserito dai compilatori nel titolo relativo alla permuta, su cui la riflessione risale al I sec. d.C. come evidenzia il dibattito tra Aristone e Mauriciano sulla sinallagmaticità delle prestazioni della permuta, quale possibile causa 'tipizzante'. Paolo, infatti, al suo interno mette in luce la differenza di struttura tra vendita e permuta. In quest'ultima non sono presenti soggetti contrattuali distinguibili, come un venditore e un compratore, essendo le prestazioni parallele e di norma perfettamente omogenee (Paolo qui si riferisce essenzialmente al *do ut des*) e non potendosi individuare ciò che, nell'àmbito dei consueti concetto di scambio negoziale, rappresenta il pagamento (prezzo) e ciò che rappresenta la prestazione (merce). Si tratta di una precisazione necessaria per comprendere l'ottica dell'analisi paolina, che ci è in ogni caso straordinariamente utile per inquadrare il complesso contenuto sostanziale del rapporto obbligatorio che lega venditore e compratore, nonchè i connessi limiti alle pretese giudiziali azionabili. É evidente che se concettualmente, in una sintesi che contrappone due figure contrattuali, la permuta e la vendita, tali profili possono isolarsi anche ai soli fini descrittivi, al livello di attuazione concreta dell'obbligazione, la loro interconnessione li rende ontologicamente inscindibili. cfr. *supra* nt. 11.

[68] Sul punto si vedano in particolare C.A. Cannata, La *compravendita*, cit., p. 428 ss.; G. Pugliese, *Compravendita*, cit., p. 41 ss.; L. Vacca, *Sulla responsabilità*, cit., p. 19 ss.; S. Cristaldi, *Il contenuto*, cit., p. 127, il quale rileva, in modo condivisibile, che «il giurista romano sta individuando quello che è possibile definire un contenuto sufficiente dell'obbligazione del venditore, i cui elementi sono appunto '*ob evictionem se obligare*,

Come si diceva, il corretto inquadramento del brano paolino impone di considerare i tre punti come altrettanti profili di un'unica obbligazione o, comunque, di ritenerli contenuti di obblighi specifici ma strettamente connessi in un rapporto di reciproca funzionalità. Si tratta, cioè, dell'espressione in forma tecnica dell'obbligazione generale del venditore di trasferire al compratore la *res* nella sua pacifica disponibilità, (il cd. *habere licere*), che richiede evidentemente la trasmissione della cosa nella sua materialità, la tutela per le ipotesi di evizione da parte di un terzo, e l'astensione da qualunque comportamento che dolosamente (ma non solo vedremo) ne pregiudichi appunto la pacifica e piena disponibilità.

In particolare, l'*ob evictionem se obligari*[69] e il *tradere possessionem* si collocano nell'alveo della necessità di configurare qualcosa di diverso dal '*dare*' tecnico e di cui sopra si è detto. Infatti, la tutela per l'evizione ha una sua logica funzionale se messa in rapporto ad un'obbligazione di trasmettere la cosa nella sua pacifica e piena disponibilità materiale: la pacificità e la pienezza hanno una relazione di segno negativo con la rivendicazione da parte di un terzo che risulti esperita vittoriosamente[70].

Non a caso, sulla scia dell'originaria impostazione dei negozi reali di scambio contro prezzo, nella prima fase di elaborazione della vendita consensuale, la tutela per l'evizione era oggetto di specifiche *stipulationes*, che in una forma primordiale di 'garanzia in senso tecnico', obbligavano il venditore a rispondere ad evizione avvenuta della *res*. Quando Paolo fissa la posizione obbligatoria del *venditor*, la tutela per l'evizione è oramai considerata elemento naturale del contratto[71]; la sua operatività è autonoma rispetto a specifici strumenti negoziali e si attiva per il solo spossessamento da parte di un terzo che ne rivendichi in qualche misura la titolarità, senza necessità che in sede giudiziale risulti vittorioso. A tal proposito, è opinione del Talamanca[72] che, nonostante il processo di assorbimento della responsabilità evizionale nel perimetro della tutela generale garantita al compratore,

possessione tradere et purgari dolo malo'. Ed è solo la loro somma, solo l'insieme dei tre adempimenti strettamente interconnessi tra loro che sufficit a liberare il venditore».

[69] Contenuto specularmente riprodotto in C.8.44.3, rescritto di Settimio Severo e Caracalla, su cui limitatamente agli Autori già citati, si vedano in particolare V. Arangio Ruiz, *La compravendita*, cit., p. 150; M. Talamanca, voce *Vendita*, cit., p. 379, nt. 790.

[70] Così L. Vacca, *Sulla responsabilità*, cit., p. 1 ss.; T. Dalla Massara, *Garanzia per evizione e interdipendenza delle obbligazioni nella compravendita romana*, in *La compravendita e l'interdipendenza*, cit., p. 308 ss.; G. Guida, *La tutela del compratore in caso di evizione fra garanzia e responsabilità. Soluzioni giurisprudenziali romane e problemi teorici attuali*, Jovene, Napoli, 2013, p. 57 ss.; B. Cortese, Actio tempi, cit., p. 3 ss.

[71] Così L. Vacca, *Sulla responsabilità*, cit., p. 3 ss.; G. Guida, *La tutela*, cit., p. 54 ss.

[72] M.Talamanca, voce *Vendita*, cit., p. 386.

l'enunciato paolino paia individuare il profilo specifico dell'obbligo per il venditore di assumersi, mediante apposita promessa, la responsabilità. A mio avviso, diversamente, nell'ottica dell'unitarietà dell'obbligazione del venditore, dallo stesso Talamanca, peraltro, rilevata a più riprese, Paolo sta più generalmente indicando l'obbligo di tutelare il compratore per l'evizione, e ciò si traduce sia nell'obbligo di stipulazione di apposite promesse (con il che il venditore, reticente a concludere la promessa, era convenibile tramite *actio ex empto*), sia nell'obbligo di rispondere nei confronti del compratore per l'evizione avvenuta, indipendentemente da assunzioni espresse di garanzia, tutelabili, queste, solo tramite *actiones ex stipulato*.

In tal senso depongono numerosi testi della giurisprudenza a partire da Celso, nei quali si sancisce la responsabilità del venditore '*quasi evictionis nomine*', ovvero come se ci fosse stata evizione, in diverse ipotesi di *habere licere* non garantito nella sua totalità, e per le quali fattispecie veniva concessa l'*actio empti*.

Per quel che concerne il '*purgari dolo malo*' anch'esso nella segmentazione di Paolo ha la sua ragion d'essere se considerato come obbligo generale gravante sul venditore in rapporto al trasmettere e a garantire nel tempo la pacifica disponibilità della *res* venduta, tenuto conto della *bona fides* che permea a doppio senso la tutela del rapporto negoziale in esame[73].

Ciò osservato, probabilmente per via dell'ottica imposta dal *iudicium bonae fidei*, non vi sono numerosi riferimenti a questa struttura concettuale e, come rilevato[74], spesso si tratta di riferimenti aventi finalità diverse, che oscillano dal criterio di imputazione della responsabilità (D. 18.1.43.2)[75], al criterio di quantificazione della responsabilità (D. 18.1.68.2)[76] all'individuazione del contenuto dell'obbligazione (D.19.1.30.1)[77]. Abbiamo già osservato a proposito dell'analisi dei 'criteri di imputabilità' dell'inadempimento, che la sfera del dolo vive in rapporto al delinearsi della sfera della concezione, seppur non tecnica,

[73] Così L. Vacca, *Sulla responsabilità*, cit., p. 19 ss.

[74] M.Talamanca, voce *Vendita,* cit., p. 384.

[75] (Flor. 8 *inst.*): *Dolum malum a se abesse praestare venditor debet, qui non tantum in eo est, qui fallendi causa obscure loquitur, sed etiam qui insidiose obscure dissimulat.*

[76] (Proc. 6 *epist.*): *Nec videtur abesse, si per eum factum est aut fiet, quo minus fundum emptor possideat. Erit ergo ex empto actio, non ut venditor vacuam possessionem tradat, cum multis modis accidere poterit, ne tradere possit, sed ut, si quid dolo malo fecit aut facit, dolus malus eius aestimaretur.*

[77] (Afr. 8 *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: quamvis enim alioquin verum sit venditorem hactenus teneri, ut rem emptori habere liceat, non etiam ut eius faciat, quia tamen dolum malum abesse praestare debeat, teneri eum, qui sciens alienam, non suam ignoranti vendidit: id est maxime, si manumissuro vel pignori daturo vendiderit.*

della *culpa* (e/o della *negligentia*), perdendo il suo ruolo di antitesi della *bona fides*, àmbito sempre più attratto dall'area della 'colpa': la menzione paolina, dunque, sembra debba preferibilmente intendersi come un obbligo generale di astenersi da comportamenti scorretti, e quindi contrari alla buona fede.

Risulta, dunque, ben chiara l'idea della unitarietà dei profili corredanti il rapporto fra venditore e compratore trasfuso nel contenitore '*emptio venditio*' consensuale obbligatoria: la giurisprudenza non avverte l'esigenza di individuare in modo puntuale l'operatività di uno specifico profilo per giustificare il fondamento della concessione della tutela; ciò che non enuclea in termini di obbligazione, lo esplicita in termini di rispondenza, o per meglio dire di *actione teneri*.

In tal senso, con riferimento specifico alla tutela concessa nelle ipotesi di vizi della cosa venduta, emergerà in modo particolare, con l'evidenza tipica della concretezza, l'interconnessione dei segmenti più o meno isolati nell'àmbito di rappresentazioni 'topiche', tali quali i brani ulpianeo e paolino.

5. Actio *e* obligatio *nella* locatio conductio rei

I tentativi sia risalenti, sia più recenti della dottrina[78] di risolvere la questione relativa all'unitarietà della *locatio conductio* o della sua tripartizione in figure contrattuali separate ed autonome (*locatio rei*, *locatio operis* e *locatio*

[78] E. Costa, *La locazione di cose nel diritto romano*, Fratelli Bocca, Torino, 1915, *passim*; G. Longo, *La* locatio conductio, Lit. Cucchi- Pellegrini-Pieroni e C., Pavia, 1921, p. 14 ss.; U. Brasiello, *L'unitarietà del concetto di locazione in diritto romano*, in «RISG», 2, 1927, p. 529 ss.; Th. Mayer-Maly, Locatio conductio. *Eine Untersuchung zum klassichen römischen Recht*, Herold, Wien-München, 1956, p. 18 ss.; L. Amirante, *Ricerche in tema di locazione*, in «BIDR», 62, 1959, p. 110 ss.; C. Alzon, *Réflexions sur l'histoire de la* locatio-conductio, in «RH», 41, 1963, p. 553 ss.; H. Kaufmann, *Die altrömische Miete: Ihre Zusammenhänge mit Gesellschaft Wirtschaft und staatlicher Vermögensverwaltung*, Köln-Graz, 1964, in particolare p. 148 ss.; A.D.E. Lewis, *The trichotomy in* Locatio conductio, in «The Irish jurist», 8, 1973, p. 164 ss.; R. Vigneron, *La conception originaire de* la locatio conductio *romaine*, in *Melanges F. B.J. Wubbe*, Fribourg, 1993, p. 509 ss.; G. Impallomeni, voce *Locazione nel diritto romano*, ora in *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Cedam, Padova, 1996, p. 651 ss.; R. Fiori, *La definizione della* locatio conductio, Jovene, Napoli 1999, p. 2 ss.; G. Pugliese, Locatio-conductio, ora in *Scritti giuridici (1985-1995)* a cura di L. Vacca, Jovene, Napoli, 2007, p. 759 ss.; C.A. Cannata, *La nozione romana* di locatio-conductio, in *Scritti scelti di diritto romano* a cura di L. Vacca, III, Jovene, Napoli, 2014, p. 377 ss.

operarum), lo osserva il Fiori[79], non hanno prodotto soluzioni univocamente soddisfacenti.

Per tale ragione non si ripercorre, o anche solo si prova ad abbozzare in questa sede, quel tortuoso itinerario concettuale. Va sottolineato, tuttavia, che si tratta di un salto che ci è consentito dalla scelta di concentrare la trattazione sui vizi della cosa locata, il che permette di isolare, all'interno delle varie riflessioni, la *locatio conductio rei*, dalle altre figure di locazione.

Ciò premesso, per meglio rendere sotto il profilo argomentativo, il rapporto fra le soluzioni in tema di compravendita e di locazione di cosa, una volta accennato che l'originaria configurazione strutturale della *locatio conductio* consensuale risale alla metà dell'epoca repubblicana[80], conviene prendere le mosse direttamente dalla riflessione di epoca classica sull'individuazione dello schema obbligatorio e del perimetro sostanziale e funzionale specifico della *locatio rei*.

La *locatio conductio*, dunque, verosimilmente venne introdotta dalla giurisprudenza repubblicana come contratto *iure gentium* e *iure naturalis* in un primo momento nella sola forma della *locatio rei*. Alla sua origine di *ius gentium*, come abbiamo visto, si deve l'elemento della consensualità, così come la sua assoggettabilità alle regole della buona fede è dovuta alla recezione nel negozio nel contesto dei rapporti tutelati da *iudicia* di *bona fides*, gli unici che consentivano una funzionale gestione processuale degli obblighi discendenti da un accordo la cui efficacia era legata al solo scambio del consenso.

Probabilmente in quest'ottica si giustifica la originaria assimilazione della *locatio rei* alla vendita, come riporta Paolo:

> D. 19.2.1 (Paul. 34 *ad ed.*)*: Locatio et conductio cum naturalis sit et omnium gentium, non verbis, sed consensu contrahitur, sicut emptio et venditio*.

E che l'autore delle *Res cottidianae* sintetizza così:

> D. 19.2.2pr. (Gai 2 *rer. cott.*): *Locatio et conductio proxima est emptioni et venditioni isdemque iuris regulis constitit: nam ut emptio et venditio ita contrahitur, si de pretio convenerit, sic et locatio et conductio contrahi intellegitur, si de mercede convenerit.*

[79] R. Fiori, *La definizione*, cit., p. 10.

[80] Dai formulari Catoniani alle soluzioni di Servio che pure riprenderemo. Su ciò si vedano soprattutto Th. Mayer-Maly, Locatio conductio., cit., p. 35 ss; L. Amirante, *Ricerche*, cit., p. 36 ss.; H. Kaufmann, *Die altrömische Miete*, cit., p. 25 ss. R. Fiori, *La definizione*, cit., p. 11 ss.

Entrambi i negozi sono accomunati dalla *regula iuris* secondo la quale la compravendita è contratta quando si è convenuto il prezzo, come la locazione si intende contratta una volta convenuta la mercede. Quella dell'autore degli *Aurea* è evidentemente una semplificazione, perfettamente in linea con la natura isagogica del manuale.

Il contratto di locazione viene, infatti, ricostruito già in epoca serviana come un contratto bilaterale, consensuale, e sinallagmatico, laddove il consenso che perfeziona il negozio non si circoscrive all'accordo sulla mercede, ma si estende al contestuale e reciproco consenso a trasmettere la disponibilità della *res* (e poi anche dell'attività lavorativa).

In uno dei testi in tal senso più rappresentativi, estratto dai *libri ad edictum* di Ulpiano, e che ritroveremo ancora per le diverse questioni interpretative che pone, è contenuto un fondamentale parere di Servio che ci dà conto proprio di tale aspetto.

Nel brano[81] in cui il giurista severiano commenta la formula edittale dell'*actio ex conducto* si dice:

> D. 19.2.15pr. (Ulp. 32 *ad ed.*): *Ex conducto actio conductori datur. 1. Competit autem ex his causis fere: ut puta si re quam conduxit frui ei non liceat (forte quia possessio ei aut totius agri aut partis non praestatur, aut villa non reficitur vel stabulum vel ubi greges eius stare oporteat) vel si quid in lege conductionis convenit, si hoc non praestatur, ex conducto agetur. 2. Si vis tempestatis calamitosae contigerit, an locator conductori aliquid praestare debeat, videamus. Servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere ait, ut puta fluminum graculorum sturnorum et si quid simile acciderit, aut si incursus hostium fiat: si qua tamen vitia ex ipsa re oriantur, haec damno coloni esse, veluti si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptae sint. Sed et si labes facta sit omnemque fructum tulerit, damnum coloni non esse, ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur. Sed et si uredo fructum oleae corruperit aut solis fervore non adsueto id acciderit, damnum domini futurum: si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse. Idemque dicendum, si exercitus praeteriens per lasciviam aliquid abstulit. Sed et si ager terrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse: oportere enim agrum praestari conductori, ut frui possit. 3.Cum quidam incendium fundi allegaret et remissionem desideraret, ita ei rescriptum est: "si praedium coluisti, propter casum incendii repentini non immerito subveniendum tibi est".*

[81] Cfr., soprattutto, G. Nicosia, *La responsabilità del locatore nel diritto romano*, in «RISG», 92, 1957-1958, p. 409; J.A.C. Thomas, Remissio mercedis, in *Studi in memoria di G. Donatuti*, III, La Goliardica, Milano, 1973, p. 1272 ss.; F. Sitzia, *Considerazioni in tema di* periculum locatoris *e di* remissio mercedis, in *Studi in memoria di G. D'Amelio*, Giuffrè, Milano, 1978, p. 331 ss. Si veda *infra* il § 7.

Nel paragrafo 1 Ulpiano propone un'incisiva formulazione della sfera di applicazione dell'azione da conduzione che spetta al conduttore, per cause inerenti al mancato conseguimento/mantenimento del *frui* della *res*, (di cui dà alcuni esempi) o qualora non sia prestato ciò che nel contratto era stato convenuto; ciò nella logica dell'autonomia delle parti della *conventio*, elemento caratterizzante il nuovo approccio alla materia dei contratti. Del resto, lo stesso tipo di osservazione corredava il commento ulpianeo all'azione *ex empto* in D.19.1.11pr.-1[82].

Nel secondo paragrafo Ulpiano passa alla trattazione della ipotesi generale in cui il godimento della *res* venga reso impossibile da un evento di forza maggiore: richiamando, appunto, Servio, viene 'fissato' il principio secondo il quale il *dominus* del fondo, dunque, il locatore, deve rispondere per ogni forza (impediente) alla quale non si può resistere «*omnem vim, cui resisti non potest, praestare debet*». Il principio viene poi corredato da una serie di esempi che chiariscono il significato molteplice di forza naturale, rispetto alla realtà di un fondo agricolo.

Nel passaggio successivo, particolarmente significativo in rapporto al principio serviano, il giurista severiano tratta dei casi che, per converso, non posso ritenersi eventi di forza maggiore da attribuire al locatore e che vengono "classificati" come *vitia ex re ipsa oriantur*. Come tipologia di ipotesi si fa riferimento a casi in cui la *res* data in locazione, o parti di essa, incorrano in vizi che ne provochino il deterioramento: il vino inacidito o il raccolto guastato da insetti o erbacce.

É evidente che si fa riferimento a casi che rientrano nella sfera di controllo del conduttore, in contrapposizione a ciò che da questa sfera rimane fuori (*vim cui resisti non posse*) e che viene 'accollato' al locatore. Sull'ambiguità del termine *vitia ex re ipsa* torneremo in seguito[83], anche per spiegare le dinamiche a fondamento della sopportazione del danno e dell'attribuzione di responsabilità. Per ora basti osservare che Ulpiano, al fine di illustrare gli eventi che devono essere sopportati dal conduttore li contrappone ad alcuni specifici casi che, invece, configura come eventi di forza maggiore e che debbono essere sopportati dal locatore, come ad esempio una malattia che abbia danneggiato gli ulivi o l'eccesso di caldo che rovini la coltivazione.

In tali ipotesi, si attribuisce rilevanza alla caratteristica di eventi esterni e alla impossibilità di intervenire del conduttore come criteri per distinguere taluni casi di "inadempimento per impossibilità della prestazione" dai *vitia in re ipsa* (usiamo la terminologia del testo, che pur si rivela non corretta in

[82] Su cui il § 4.
[83] Cfr. *infra* il Cap. III.

termini concettuali, come sottolineato efficacemente dal Nicosia)[84]; il danno prodotto dall'evento, che già di per sé tocca l'interesse del conduttore alla locazione agraria, non può essere ulteriormente aggravato dall'obbligo di pagare il canone pattuito[85]. Nel caso degli eventi che colpiscono la *res locata* ma che dalla gestione di questa sono derivanti, è evidente che il criterio utilizzato è quello della prevedibilità/controllabilità da parte del conduttore.

Viene in luce così un punto cruciale: il testo ulpianeo, nel suo richiamo a Servio, testimonia, ancora una volta, l'avvenuta configurazione, già in epoca repubblicana, dell'operatività, seppur non ancora concettualmente consapevole e per questo non formalmente rappresentata, del principio del sinallagma, come elemento governante il rapporto fra le obbligazioni sorte da *locatio conductio rei* e rette dal reciproco affidamento.

In tal senso, la soluzione serviana apre al superamento delle logiche negoziali-commerciali che governavano il sistema contrattuale tradizionale, per costruire delle strutture aderenti all'autonomia delle parti e al contempo all'equilibrio delle posizioni contrattuali. A tal riguardo, il senso dell'attribuzione dell'evento di forza maggiore al locatore, a differenza di quanto ritenuto in dottrina[86], non sembra affatto collocarsi nella logica delle regole di distribuzione del rischio[87] (che verosimilmente imperavano nel precedente contesto contrattuale predominato dalla *sponsio-stipulatio* utilizzato allo scopo di fruizione di *res*), ma nell'alveo di quello che potremmo considerare il momento prodromico alla nascita del moderno concetto di 'impossibilità sopravvenuta della prestazione' che determina, in funzione dell'elemento sinallagmatico, l'estinzione della controprestazione.

Il Kaser ha costruito la propria indagine sul sistema di regole sul *periculum* proprio prendendo le mosse dal testo di Ulpiano, e mettendo in evidenza come il brano sancisse espressamente il principio che la *vis maior* incombe sul locatore-*dominus* del fondo, peraltro, in linea con altre soluzioni elaborate dalla giurisprudenza successiva a quella repubblicana[88]. In tal senso, la conseguenza derivante dall'evento di forza maggiore che incideva sul godimento del fondo, sarebbe stata la *remissio mercedis*, che in

[84] G. Nicosia, *La responsabilità*, cit., p. 409 ss.
[85] Ad eccezione degli incendi, evento sottoposto a specifiche scelte di politica economica.
[86] L'idea di M. Kaser, *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, Beck, München, 1971, p. 552 ss., ha avuto molteplici adesioni, tra cui G. Nicosia, *La responsabilità*, cit., p. 406-408; F. Sitzia, *Considerazioni*, cit., p. 333; L. Capogrossi Colognesi, Remissio mercedis. *Una storia tra logiche di sistema e autorità della norma*, Napoli, 2005, p. 38 ss.
[87] L. Vacca, *Sul rischio del locatore nella* locatio conductio rei, in *Garanzia e responsabilità*, cit., p. 156 ss.
[88] Sul punto si rinvia ancora al § 7.

epoca imperiale sarebbe divenuto un effetto naturale del contratto in tutti i casi di *periculum,* superando il precedente schema dell'accordo di analogo contenuto, espressamente stipulato dalle parti[89].

Già il Cannata[90], e successivamente il Talamanca[91] e Letizia Vacca[92] avevano posto in evidenza, anzitutto, un improbabile precoce irrigidimento dogmatico, da attribuirsi all'epoca repubblicana, che fosse produttivo della distinzione tra regole di responsabilità e regole di ripartizione del rischio, ciascuno di tali autori mettendo in rilievo critico specifici profili del tema '*periculum*' attratto nelle soluzioni giurisprudenziali dal II sec. a.C. in avanti. Condividendo tali rilievi, aggiungerei che ad argomentare la tesi che il mancato *frui* della *res* generasse a carico del locatore una responsabilità/rispondenza è la circostanza che la tutela contrattuale della locazione si colloca nell'alveo dei *iudicia bonae fidei*.

Per meglio intendere: nella logica della concessione e dell'esperimento delle *actiones ex locato* ed *ex conducto* incideva in modo preponderante il criterio della *bona fides*; alla luce di questo, per stabilire il perimetro della rispondenza, occorreva mettere in rapporto il contenuto delle obbligazioni, dunque il *praestare* del locatore, con il pagamento della mercede del conduttore; valutare il comportamento negoziale delle parti, ed infine tracciare le linee del *quantum* collegato all'eventuale condanna.

La *vis maior*, provocando la perdita del *frui licere* della *res locata* produceva l'inadempimento dell'obbligazione del locatore, il cui contenuto, essendo costituito dal *praestare*, per l'appunto lo vincolava ad assicurare al conduttore il raggiungimento di un preciso risultato: il pieno e pacifico godimento del bene per l'arco temporale previsto dal contratto. In tal senso, male si sposano le rigide dinamiche del *periculum locatoris*, con l'elasticità del *iudicium bonae fidei*, improntato a logiche del tutto opposte rispetto all'applicazione di regole standardizzate di attribuzione del danno da evento. É una questione di sovrapposizione di letture, che ha spinto parte della dottrina a intrecciare[93], nell'àmbito negoziale di cui si tratta, l'eccezionalità della regola del rischio, con la tutela del sinallagma contrattuale nelle ipotesi di impossibilità oggettiva di adempiere.

Con il che si intende che, pur in rapporto alle oscillazioni delle soluzioni in tema di *negotia* tutelati da *iudicia bonae fidei,* risulta improbabile che, pur

89 Così F. Sitzia, *Considerazioni*, cit., p. 360.
90 *Sul problema*, cit., p. 121 ss.
91 *Pubblicazioni pervenute alla Direzione*, in «BIDR», 92-93, 1989-1990, p. 882 ss.
92 *Sul rischio*, cit., p. 154 ss.
93 L. Capogrossi Colognesi, Remissio mercedis, cit., p. 39. Sul punto si veda più specificamente *infra* il § 6.

ammettendo l'esistenza di un sistema di regole di ripartizione del rischio, ve ne fosse un'applicazione sistematica nel sistema dei contratti consensuali, peraltro in aperto contrasto con le stesse logiche dei giudizi di buona fede.

Come si diceva, nell'ottica della tutela del rapporto di reciprocità delle obbligazioni, alla luce della valutazione *ex fide bona*, nel caso della locazione agricola di Ulpiano deciso secondo l'impostazione serviana, acquista rilevanza un duplice profilo: l'impossibilità oggettiva per il locatore di eseguire la prestazione, e dunque di adempiere all'obbligo del *frui licere praestare*, e l'insoddisfazione dell'interesse del conduttore per effetto di un evento incontrollabile, e che non può essere a lui attribuito, gravandolo ulteriormente dell'obbligo di eseguire la controprestazione.

Si verifica, quindi, uno squilibrio fra le prestazioni, una rottura del sinallagma, che la *bona fides* "non tollera", come direbbe Labeone: il che produce il generarsi della rispondenza processuale del locatore. E seppur nel testo non si menzioni in che termini tale rispondenza si articoli, si comprende, tuttavia, che l'esperimento dell'*actio ex conducto* in questo caso non può che essere finalizzato al recupero del canone già pagato (e limitatamente alla quantificazione del godimento effettivamente pregiudicato); mentre, di fronte all'eventuale esperimento dell'*actio ex locato* da parte del locatore per ottenere il pagamento della mercede, il conduttore avrà verosimilmente a disposizione un'*exceptio*.

Del resto, già in precedenza nell'analizzare i diversi testi della giurisprudenza adrianea (Africano in D. 19.2.33 e in D.19.2.35), ma anche di Alfeno, epitomato dal Paolo, in D. 19.2.30pr., sul rapporto *bona fides/ synallagma* di configurazione classica, abbiamo constatato come i richiami a Servio danno conto dell'evoluzione del contratto di *locatio rei* a partire dall'epoca repubblicana in termini di valorizzazione della reciprocità degli obblighi nascenti *ex negotio*.

Nelle soluzioni dei giuristi adrianei, in cui si assiste ad un maturo utilizzo degli strumenti di tutela contro l'inadempimento, aleggiano le idee della scuola serviana, nella cui articolazione acquisiva un ruolo determinante la riconducibilità dell'evento impediente alla sfera di controllo del contraente inadempiente. Se l'evento era conosciuto/conoscibile ed evitabile dal locatore e da questi non evitato, l'azione contrattuale dava diritto al risarcimento dell'*id quod interest,* in termini di rispondenza/ responsabilità; diversamente, in caso di eventi nè prevedibili, nè evitabili dall'inadempiente, si concedeva l'azione al contraente fedele allo scopo di ripristinare l'equilibrio sinallagmatico, e dunque alla restituzione del canone pagato (o all'estinzione dell'obbligazione di pagare), in termini di pura ed oggettiva rispondenza.

La sinallagmaticità - come anche nel caso della vendita - che in fase genetica costituiva il perno della struttura del contratto come espressione formale dell'affidamento reciproco, tramite il veicolo della *bona fides* lentamente penetra nella fase attuativa (quella, per così dire, coperta dalla concettualizzazione moderna del sinallagma condizionale) assorbendo i precedenti meccanismi che governavano i rapporti contrattuali, e "impoverendo" la sfera di applicazione di regole, da noi percepite di sopportazione del *periculum*, del rischio[94].

Lo schema causale o la funzione tipica del negozio di *locatio rei* così configurato permette anche la riconduzione *ad unicum*, delle diverse forme di locazione, per quanto diverse: il *frui licere* (della *res* o dell'*opus*) dietro il pagamento di una mercede, in rapporto di stretta reciprocità "funzionale" (in senso ampio), costituisce un modello a cui aderisce perfettamente anche la *locatio operis*.

6. *La dottrina del rischio e della responsabilità tra dogmi e fraintendimenti: l'esempio del* periculum locatoris

Soffermandoci brevemente su un tema come quello del *periculum*, già accennato – ma che richiederebbe di certo un approfondimento ben più ampio – in relazione all'operatività delle regole di rischio e dei principi di tutela contro l'inadempimento, osservava già il Betti[95] che la complessità delle problematica del 'rischio contrattuale' richiede necessariamente di tener presente, come profili di incidenza strutturale: la distinzione fra la responsabilità contrattuale tipica di un rapporto obbligatorio; l'estensione pattizia di tale responsabilità tramite l'assunzione convenzionale di certi rischi; l'estensione automatica della responsabilità per effetto della mora del debitore; le regole di sopportazione del rischio operanti secondo criteri tipici del rapporto obbligatorio[96].

Ebbene, in merito a quest'ultimo punto, e considerate le premesse fatte

[94] Cfr. *infra* il § 6.

[95] Cfr. E. Betti, Periculum. *Problemi del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustinianeo*, in *Studi in onore di P. De Francisci*, I, Giuffrè, Milano, 1956, p. 131 ss.; in particolare p. 134.

[96] A tal riguardo ci si rifà alle considerazioni del Gorla circa l'ascrivibilità del problema 'rischio' alle sole obbligazioni bilaterali, non recando alcuna incertezza il regime della sopportazione del *periculum* in relazione alle obbligazioni unilaterali: G. Gorla, *Rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Cedam, Padova, 1934, p. 9.

in apertura circa la responsabilità contrattuale, ci si è persuasi dell'idea, già in parte esposta[97], che regole che possano dirsi effettivamente improntate alla ripartizione del rischio[98], ossia alla distribuzione del pericolo del pregiudizio che la parte sopporta per l'incolpevole perimento dell'oggetto della prestazione o per l'incolpevole inesecuzione del contratto[99], nel diritto romano fossero presenti, ma in misura circoscritta. In tal senso, da parte della dottrina tradizionale verosimilmente parrebbe essersi verificata una sovrapposizione di quei profili che il Betti ha efficacemente isolato (ma forse non funzionalmente reinquadrato) alla ricerca di regimi omogenei e più rispondenti alla logica estremamente dogmatica, che non all'ottica pratica generatrice delle soluzioni romane[100].

Il primo fra gli equivoci è di natura terminologica e riguarda l'idea che la giurisprudenza romana riconducesse *sic et simpliciter* al termine *periculum* il concetto tecnico di 'rischio'[101]. Se è d'uopo nella interpretazione dei testi romani usare una certa cautela relativamente all'adozione di automatismi di carattere semantico, in questo caso occorrerebbe scongiurarla del tutto, dal

[97] Cfr. *supra* §§ 4-6.

[98] Fra i molteplici studi, si vedano in particolare Ph. Meylan, Periculum est emptoris, in *Festschrift für Theo Guhl*, 1950, p. 9 ss.; M. Kaser, Periculum locatoris, in «ZSS», 74, 1957, p. 188; Id., *Das altrömische*, cit, p. 552 ss.; G. Provera, *Sul problema del rischio contrattuale nel diritto romano*, in *Studi in onore di E. Betti*, III, Giuffrè, Milano, 1962, p. 691 ss.; J. Miquel, Periculum locatoris. *Ricerche in tema di responsabilità contrattuale*, in «ZSS», 1964, p. 134 ss.; C. Alzon, *Les risques dans la* 'locatio-conductio', in «*Labeo*», 12, 1966, p. 323 ss.; C. A. Cannata, *Per lo studio*, cit., p. 204 ss.; W. Ernst, Periculum est emptoris, in «ZSS», 99, 1982, p. 216 ss.; G. Mac Cormack, *Alfenus Varus and the Law of Risk in Sale*, in «LQR», 101, 1985, p. 573 ss.; R. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Clarendon Press, Oxford, 1990, p. 280 ss; L. Manna, *Sul significato di Vat. Frag. 16 in tema di 'periculum rei venditae'*, in *Atti del seminario sulla responsabilità contrattuale in diritto romano (Milano 7-9 aprile 1987)*, II, Giuffrè, Milano, 1990, p. 251 ss.; M. Talamanca, *Considerazioni sul* ‹periculum rei venditae›, in «Seminarios complutenses de derecho romano», 7, 1995, p. 221 ss.; E.C. Silveira Marchi, *'Periculum rei venditae' e 'periculum dotis aestimatae'*, in «*Labeo*», 47, 2001, p. 384 ss.; M. Scognamiglio, *Note sul sinallagma condizionale e* periculum rei venditae *nel diritto romano*, in *La compravendita e l'interdipendenza*, cit., II, p. 171 ss.; L. Vacca, *Considerazioni in tema di risoluzione del contratto per impossibilità della prestazione e di ripartizione del rischio nella* locatio conductio, ora in *Garanzia e responsabilità*, cit., p. 193 ss.

[99] C. M. Bianca, *Diritto civile 3. Il contratto*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 508.

[100] Se E. Betti, Periculum, cit., p. 133 e M Kaser, Periculum, cit., p. 155, individuano una netta distinzione dogmatica fra i due temi del 'rischio' e della 'responsabilità', V. Arangio Ruiz, *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 158 e J. Miquel, Periculum, cit., p. 134 ne affermano una stretta connessione.

[101] M. Talamanca, *Considerazioni*, cit., p. 222. Anche il Gorla ne dà conto, offrendo una panoramica puntuale sul diverso impiego della medesima terminologia: G. Gorla, *Rischio,* cit., p. 17.

momento che al *periculum* si ricollegano concetti diversi e in qualche misura fra loro conflittuali: da quello di danno in senso lato, a quello di pregiudizio economico (nella logica di individuazione del soggetto su cui il detto pregiudizio ricadrà) a quello di rischio in senso, per così dire, tecnico (cioè di sopportazione dell'evento e del danno derivante). Così che un'analisi delle fonti giurisprudenziali inclusive del termine *periculum* non conduce affatto ad un quadro lineare inerente ad un sistema di regole di ripartizione del rischio contrattuale modernamente inteso, richiedendo, anzi, di volta in volta un attento approfondimento della complessa articolazione delle singole soluzioni teoriche e pratiche dei giuristi romani, peraltro, da mettere in rapporto ad altri profili negoziali[102].

Ed in merito a quest'ultimo rilievo, occorre circoscrivere *prima facie* l'area contrattuale che si decide di prendere in esame, poiché come appunto sottolineato dal Betti, la prima essenziale operazione da compiere è quella di individuare il regime generale tipico del rapporto obbligatorio, essendo questo a dettare le regole, anche di un'eventuale attribuzione del rischio: così che prendere in esame i contratti sinallagmatici avrà tutt'altra conseguenza rispetto ai negozi con obbligazioni a carico di una sola parte[103]; come altrettanto diverso sarà trattare rapporti obbligatori che seguano la logica della *bona fides*, o dell'obbligazione di risultato o di mezzi, essendo questi, tutti profili che influenzano il regime della responsabilità, ovvero il rovescio della medaglia del rischio.

In tal senso, lo si è già osservato, le dinamiche del *periculum* in senso tecnico seguono una logica non del tutto allineabile, per non dire a tratti opposta, a quella dei *iudicia bonae fidei* a tutela dei contratti sinallagmatici. Tuttavia, non potendo in questa sede riprendere un dibattito così complesso ci si limita ad osservare sul piano generale che per pervenire ad un corretto inquadramento delle regole che emergono dai testi dei *prudentes*, si rivelerebbe forse utile l'adozione di una prospettiva essenzialmente analitica, essendo i ragionamenti dei *prudentes* prettamente focalizzati sulla concessione dell'*actio* contrattuale e sull'individuazione della opportuna *condemnatio* a fronte dell'*aestimatio litis*[104].

[102] Cfr. Ph. Meylan, Paul. 21.2.11pr. *er la question des risques dans le contrat de vente*, in «RIDA», 1949, p. 193 ss.

[103] Sul punto da tenere in considerazione le riflessioni del Gorla, seppur non del tutto condivisibili: G. Gorla, *Rischio*, cit., p. 42 ss.; p. 257 ss.; p. 308 ss. Cfr. anche A. Manzo, *Il rischio contrattuale in diritto romano: in particolare il* periculum *nelle* obligationes consensu contractae, in *Rivista della scuola superiore dell'economia e delle finanze*, 2005, p. 7 ss.

[104] La dottrina, nondimeno, ha ritenuto a fasi alterne di potere individuare dei trend

Ciò che, tuttavia, è, a mio avviso, opportuno rilevare sul piano specifico, in considerazione delle sovrapposizioni concettuali generate da alcune letture dei testi analizzati, è che occorrerebbe tenere distinti i piani operativi delle regole giuridiche con riferimento, per un verso, al rapporto fra le posizioni dei contraenti, in termini di assunzione dell'obbligazione e di esecuzione delle prestazioni, alla luce del quale si articolano i criteri di rispondenza da inadempimento non colpevole, ovvero non imputabile in termini soggettivi al debitore; e, per altro verso, al tema della sopportazione del rischio (inerente allo specifico tipo di negozio) come evento aprioristicamente addossato al contraente[105].

A tal proposito, dai testi abbiamo visto emergere una tendenza generale a risolvere il fenomeno dell'inadempimento non imputabile alla luce dell'operare del principio sinallagmatico che potremmo ricondurre con cautela alla sua proiezione nel sinallagma funzionale[106], secondo il quale, divenuta impossibile la prestazione per causa non imputabile al debitore, il creditore cessa di essere tenuto per la controprestazione: significativo, in tal senso, è il già esaminato brano Afr. *8 quaest.* D. 19.2.33[107]. Tuttavia, la dottrina si è mostrata piuttosto divisa sulla individuazione della logica che sottende proprio tale testo; per il Betti e il Palazzolo[108] si tratta di

interpretativi consolidati, che avrebbero governato in modo omogeneo, fatte salve le debite eccezioni, la materia del rischio contrattuale: PH. Meylan, Periculum, cit., p. 9 ss.; M. Kaser, *Das römischen Privatrecht*[2], II, p. 188; Id., *Das altrömische*, cit, p. 552 ss.; G. Provera, *Sul problema*, cit., p. 691 ss.; J. Miquel, Periculum, p. 134 ss.; C. Alzon, *Les risques*, cit., p. 323 ss.; C. A. Cannata, *Per lo studio*, cit., p. 204 ss.; W. Ernst, Periculum, cit., p. 216 ss.; G. Mac Cormack, Alfenus Varus, cit., p. 573 ss

[105] In tal senso, di recente, si veda J. F. Chamie Gandur, *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos: De la* vis cui resisti non potest *a las cláusolas de* hardship, Universidad Externado de Colombia, Bogotà, 2013, p. 50 ss.

[106] Si veda in particolare M. Talamanca, Lex, cit., p. 353 ss.

[107] D. 19.2.33 (Afr. 8 *quaest.*): *Si fundus quem mihi locaveris publicatus sit, teneri te actione ex conducto, ut mihi frui liceat, quamvis per te non stet, quominus id praestes: quemadmodum, inquit, si insulam aedificandam locasses et solum corruisset, nihilo minus teneberis. Nam et si vendideris mihi fundum isque priusquam vacuus traderetur publicatus fuerit, tenearis ex empto: quod hactenus verum erit, ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris mea intersit eum vacuum mihi tradi. Similiter igitur et circa conductionem servandum puto, ut mercedem quam praestiterim restituas, eius scilicet temporis, quo fruitus non fuerim, nec ultra actione ex conducto praestare cogeris. Nam et si colonus tuus fundo frui a te aut ab eo prohibetur, quem tu prohibere ne id faciat possis, tantum ei praestabis, quanti eius interfuerit frui, in quo etiam lucrum eius continebitur: sin vero ab eo interpellabitur, quem tu prohibere propter vim maiorem aut potentiam eius non poteris, nihil amplius ei quam mercedem remittere aut reddere debebis.* Su cui cfr. *supra* il § 3.

[108] E. Betti, Periculum, cit., p. 137 ss.; N. Palazzolo, *Evizione della cosa locata e responsabilità del locatore*, in «BIDR», 68, 1968, p. 298 ss.

regole di rischio miste a regole di responsabilità enunciate da Africano, in linea con Giuliano, che in base alla non imputabilità dell'evento o alla sua imputabilità, determinano per il locatore o per il venditore la corresponsione del canone o del prezzo, oppure il risarcimento dell'interesse pregiudicato (*id quod interest*)[109].

Per Letizia Vacca[110], diversamente e in modo condivisibile, si tratta di regole di responsabilità tout court, poiché nell'ottica della sinallagmaticità delle prestazioni, laddove l'impossibilità non sia imputabile – con un inadempimento che determinerebbe, così, una 'responsabilità oggettiva' – si ha come conseguenza la restituzione, in risposta all'esigenza di garanzia dell'equilibrio sinallagmatico. Diversamente, ove trattasi di inadempimento imputabile, 'la responsabilità soggettiva' determinerebbe il risarcimento del danno, comprensivo dell'interesse leso.

Anche con riguardo al testo di Ulpiano D. 19.2.15pr. (Ulp. 32 *ad ed.*), come peraltro già evidenziato in parte[111], si ripropongono entrambe le letture delle regole di rischio miste a responsabilità e della articolazione fra impossibilità oggettiva della prestazione e imputabilità dell'inadempimento: la *ratio* serviana, illustrata concretamente da Ulpiano, per alcuni sottende la configurazione di regole di rischio; un rischio collegato al perimento di incidenza della *vis maior*, evento fuori dalla sfera del controllo del locatore e che ne determina, comunque, la rispondenza.

Tuttavia, in senso opposto[112], nella prospettiva dell'equilibrio sinallagmatico si è ritiene che l'*actio conducti* che Ulpiano ritiene esperibile, occorra in realtà a garantire la corrispettività delle prestazioni, nel senso che, laddove viene meno la prestazione, seppur per impossibilità sopravvenuta e quindi non imputabile, il debitore perde il diritto alla controprestazione o è chiamato a restituirla.

Tale affermazione va messa in rapporto con l'idea, già in una certa misura espressa, che la regola del rischio dai Romani costruita come una regola che "drasticamente" imponeva al contraente di sopportare un evento, attraverso l'obbligo di procedere all'adempimento della propria prestazione a fronte del mancato conseguimento della controprestazione - avesse della applicazioni pratiche in misura circoscritta.

Vediamone un esempio, prendendo in esame un testo di Giavoleno che

[109] Non sarebbe un caso isolato di trattazione "bifronte", come dimostrano altri testi, fra i quali D. 19.2.36 e D. 19.2.37, su cui si veda *infra*.
[110] L. Vacca, *Ancora*, cit., p. 80 ss.
[111] Cfr. *supra* il § 5.
[112] L. Vacca, *Ancora*, cit., p. 80.

riporta una soluzione di Sabino[113]:

> D. 19.2.59 (Iav. *5 Lab. post.*): *Marcius domum faciendam a Flacco conduxerat: deinde operis parte effecta terrae motu concussum erat aedificium. Massurius Sabinus, si vi naturali, veluti terrae motu hoc acciderit, Flacci esse periculum.*

In questo brano si tratta il caso relativo ad un edificio, realizzato da Marcio, ma non ancora terminato, che frana a seguito di un terremoto '*motu terrae*': è opinione di Sabino che essendo il terremoto un tipico evento di '*vis maior*' a cui non si può resistere, il *periculum* sia a carico del locatore Flacco.

Che cosa si debba intendere di preciso per *periculum esse* non viene chiarito[114], tuttavia, mi pare che si possa dedurre che il locatore-committente, in questo caso sarà tenuto a pagare il corrispettivo dell'opera pattuito con il conduttore a fronte dell'estinzione da parte del conduttore della propria obbligazione di realizzare l'*opus*. Se, infatti, ci si limitasse a ritenere estinta l'obbligazione del conduttore, senza l'obbligo del locatore di pagare la mercede, il pregiudizio ricadrebbe sul conduttore, il quale subirebbe le perdite connesse alle spese di realizzazione dell'opera, come la mano d'opera e, ove da lui fornito, anche il materiale.

Il *periculum* di cui si fa menzione e che è tenuto a sopportare il locatore, si estrinseca quindi sostanzialmente nel pagamento del corrispettivo a fronte della mancata realizzazione dell'opera commissionata[115] o nell'esclusione

[113] C. A. Cannata, *Per lo studio*, cit., p. 224 ss.; L. Vacca, *Considerazioni*, cit., p. 194.

[114] Ed in merito, mi pare significativo che neppure la dottrina paia affatto preoccuparsi di precisare in che cosa si traduca il *periculum* in termini di pretesa che il contraente può avanzare mediante l'*actio* che gli viene concessa.

[115] L'orientamento che attribuisce la *vis maior* al *locator operis* è fatto proprio anche da Fiorentino in un brano delle sue *Institutiones* D. 19.2.36: (Flor. 7 *instit.*): *Opus quod aversione locatum est donec adprobetur, conductoris periculum est: quod vero ita conductum sit, ut in pedes mensurasve praestetur, eatenus conductoris periculo est, quatenus admensum non sit: et in utraque causa nociturum locatori, si per eum steterit, quo minus opus adprobetur vel admetiatur. Si tamen vi maiore opus prius interciderit quam adprobaretur, locatoris periculo est, nisi si aliud actum sit: non enim amplius praestari locatori oporteat, quam quod sua cura atque opera consecutus esset*. L'intero frammento di Fiorentino costituisce una sorta di manifesto dei principi espressi dalla giurisprudenza in termini di inadempimento nella *locatio operis*: fino alla *probatio* o alla misurazione il danno (da inadempimento soggettivo e oggettivo) è del conduttore, a meno che la *probatio* non sia intervenuta per il fatto del locatore. Se l'opera crolla per una *vis maior*, anche prima della *probatio*, il danno sarà sopportato dal locatore. Il giurista chiarisce che la *vis maior* che determina il crollo di un'opera è sempre a rischio e pericolo del locatore, anche se avvenuto prima della *probatio* e se non sia stato espressamente pattuito il contrario, poiché il conduttore non può essere tenuto nei confronti del locatore per più di ciò che dipende dalla sua cura e opera. Cfr. C. A.

della eventuale pretesa a richiedere quanto già pagato.

Si determina *a priori*, dunque, quale delle due parti sopporterà l'evento, in questo caso il *locator*.

Diversa è l'ottica quando si parla di operatività del sinallagma: nelle ipotesi concrete esaminate dai giuristi, il tema non è chi deve sopportare l'evento, ma la necessità dettata dalla buona fede di ricondurre la posizione dei contraenti all'equilibrio: in Africano il conduttore non gode del fondo locato a causa di una *publicatio*, così che il locatore, mediante l'*actio*, è chiamato a restituire il canone o perde il diritto di chiederlo; il compratore che vede la propria *res* espropriata ancor prima della consegna, ha il diritto di chiedere la restituzione del prezzo pagato al venditore[116].

Cannata, *Per lo studio*, cit., p. 209; ma soprattutto L. Vacca, *Considerazioni*, cit., p. 196 ss. I profili riconducibili al brano di Fiorentino sono molteplici: la menzione della *probatio* che nel regime ordinario della responsabilità contrattuale non assume alcun rilievo, se messa in rapporto alla *vis maior*; la modifica a tale regime ordinario per espressa assunzione del rischio e la spiegazione che esonera il conduttore dal sopportare le conseguenze prodotte dalla forza maggiore. Partendo dal primo dei profili isolati, la *probatio*, in quanto atto di verifica e accettazione dell'opera da parte del locatore, "sposta" sul locatore l'onere della sopportazione di qualunque fenomeno dannoso inerente all'*opus*, e, dunque, sia i vizi di costruzione dell'opera, che ad esempio ne determinino il malfunzionamento o la semplice non rispondenza al progetto d'opera, sia i danni prodotti dai difetti della costruzione, come ad esempio un crollo parziale o totale dell'opera. Oltre a ciò, il locatore sopporta anche le cause di forza maggiore che precludano la costruzione dell'opera o che ne determinino la distruzione. Tuttavia, su questo regime di sopportazione dell'evento non incide la *probatio*, poiché il collaudo dell'opera non ha rilevanza rispetto al momento del verificarsi dell'evento di forza maggiore a meno che nel contratto il conduttore e il locatore non abbiano pattuito che, prima della *probatio*, la *vis maior* venga sopportata dal conduttore e, dunque, a meno che questo abbia assunto il rischio espressamente mediante apposita garanzia. In tal senso, si esprime nettamente un testo di Giavoleno, che già fissava un punto in termini di comportamenti conformi a buona fede e *adprobatio*: D. 19.2.37 (Iav. 8 *ex Cass.*): *Si, priusquam locatori opus probaretur, vi aliqua consumptum est, detrimentum ad locatorem ita pertinet, si tale opus fuit, ut probari deberet.* In questo testo, ancora di Giavoleno, si enuncia espressamente che qualora il locatore sia in ritardo nel compiere l'*adprobatio*, non rileva più se le cause che determinano l'impossibilità della prestazione siano o meno dipendenti da forza maggiore: l'evento ricadrà comunque sul locatore, colpevole di non aver effettuato il collaudo dal momento che era possibile farlo: cfr. ancora L. Vacca, *Considerazioni*, cit., p. 197 ss. In relazione a siffatta ipotesi, i 'temi' dell'impossibilità non imputabile e della responsabilità del conduttore vengono superati dal comportamento contrario a buona fede e quindi assorbiti da criteri di imputazione della responsabilità per condotta non conforme alla *bona fides* del locatore, in perfetta coerenza con la logica del metodo casistico: cfr. B. Cortese, *Responsabilità*, cit., p. 153 ss.

116 A mio parere, peraltro, il riferimento al casamento che crolla si spiega tenendo conto del tipo di opera di Africano e dell'inserimento della *quaestio* in esame nelle *quaestiones* che trattano l'esperibilità delle *actiones ex contractus* in funzione di pagamento del credito,

Non c'è un obbligo di eseguire la prestazione, pur in assenza della controprestazione, e quindi non c'è "sopportazione"; v'è, diversamente, l'obbligo, azionabile, di restituzione, o l'estinzione, opponibile, del diritto a pretendere la controprestazione, e, dunque un intervento di "riequilibrio".

Anche nella locazione di Ulpiano, a fronte dell'evento che impedisce il *frui* della *res* locata, il locatore ugualmente è chiamato a restituire il canone, o, in alternativa perde il diritto alla prestazione ancora da eseguire.

Il *petitum* promosso dall'azione processuale cambia, dunque. E cambia anche, si diceva, la percezione della regola applicata, che, in alcuni profili più dogmatico-concettuali che pratici, per quanto possa essere sfumata, rimane comunque fondata su dinamiche ben precise.

In proposito, non si concorda con il Talamanca[117] che individua uno schema concettuale che distingue il problema della responsabilità, quando si discute di imputabilità dell'inadempimento – e che si risolve nell'*id quod interest* dovuto dal debitore - dal problema di rischio, che si ha ogni volta che, divenuta impossibile per fatto non imputabile una delle prestazioni, si deve determinare la sorte dell'obbligazione della controparte ancora possibile o già eseguita.

Il giudizio di responsabilità fondato sull'inadempimento imputabile non esaurisce il quadro della rispondenza, che, come già sottolineato, può ben fondarsi anche su cause non imputabili, e che, tuttavia, chiamavano ad una rispondenza processuale *ex fide bona*: come per il caso della *publicatio fundi* venduto o locato. Tale rispondenza, anziché discendere dalla colpevolezza dell'inadempimento, deriva dal sinallagma che 'vincola' entrambe le posizioni dei contraenti e che produce la restituzione della prestazione e, ove il caso, la sua estinzione, come impone il criterio della *bona fides*.

L'ottica del rischio è diversa poiché la sorte dell'obbligazione ancora possibile a cui fa riferimento il Talamanca è una sola: l'adempimento, ovvero l'esecuzione della controprestazione[118].

come dimostra la Palingenesi del Lenel, in cui il brano di Africano è collocato dopo la trattazione in tema di *de rebus creditis*, *de pignoribus*, *de exercitoria*, *de peculium* et *de in rem verso, de mandato*, *de emptio venditione* e infine *de locatione conductione*. Cfr. O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, I, 1889, Tauchnitz, Leipzig, pp. 23-28.

117 M. Talamanca, *Considerazioni*, cit., p. 224 ss.

118 In questo senso, mi pare utile citare l'art. 1465 del codice civile italiano secondo cui nei contratti con effetti traslativi o costitutivi il perimento della cosa per causa non imputabile all'alienante non libera l'acquirente dall'obbligo di eseguire la controprestazione, ancorchè la cosa non gli sia stata consegnata. Si tratta di una tipica regola di ripartizione del rischio, che sebbene qui trovi un fondamento nella logica dell'effetto reale collegato al consenso - giacchè l'acquirente ne è divenuto proprietario anche in assenza della consegna - supera del tutto la dinamica del sinallagma a cui pure la vendita moderna è improntata, mettendo

Le dinamiche legate al regime di rispondenza, nella articolazione oggettiva connessa alla sinallagmaticità dei negozi la cui tutela era improntata alla *bona fides*, e quelle sottese al regime del rischio, dunque, divergono sotto sia sotto il profilo logico, sia sotto quello funzionale: la sinallagmaticità attiene all'equilibrio, che, alla luce del criterio normativo della buona fede, deve essere assicurata in tutte le fasi del rapporto obbligatorio (dalla genesi, all'esecuzione, alla estinzione del rapporto). La concessione delle *actiones*, infatti, è finalizzata al "pareggiamento" delle situazioni fra i soggetti del negozio, assicurando la reciprocità anche se di segno negativo, del vincolo che le parti, facendo affidamento l'un l'altra, avevano assunto per il conseguimento di un dato risultato[119]. A tal proposito, riferendosi ancora al testo di Africano, il fondo espropriato produce uno squilibrio nel rapporto negoziale, che sia il mancato *frui licere* del conduttore o il mancato *habere licere* del compratore, si ha il mancato conseguimento della prestazione attesa. Ciò impone che il locatore e il venditore restituiscano la controprestazione, commisurata al canone in un caso o al prezzo nell'altro caso: la tutela del sinallagma funzionale agisce in maniera organica, attenendo al ripristino dell'equilibrio delle sole prestazioni contrattuali.

La regola '*periculum locatoris*', diversamente, non persegue l'equilibrio, anzi all'esatto opposto, "normativizza" uno squilibrio: la regola di Giavoleno che attribuisce al locatore la sopportazione del rischio derivante dal perimento fortuito dell'opera, dunque, va in direzione opposta al sinallagma.

evidentemente l'acquirente, (in ipotesi: il compratore) in una posizione di squilibrio, di insoddisfazione. Il riferimento alla disciplina attuale è chiaramente solo descrittivo, poiché l'*emptio venditio* romana ha tutt'altra struttura, a cui sono connessi soli effetti obbligatori, e la menzione della mancata *traditio* del duo Africano-Giuliano ha la funzione ben precisa di sottolineare che il compratore non è proprietario, né ha conseguito l'*habere licere*. Sul punto si dovrebbe aprire lo spazio per passare in rassegna in modo critico l'idea che si tratti di una regola di *periculum venditoris* (D. 18.6.13-15) che sfocia nel regime di *periculum rei venditae* che distribuisce il rischio fra venditore *ante traditionem* e compratore *post traditionem* di matrice Sabiniana; in aperto contrasto con il principio *periculum emptoris* legato all'*emptio perfecta* (da Paolo fissata in D. 18.6.8) di matrice proculiana (D. 19.1.54pr.) Tuttavia, come detto, non è possibile affrontare il dibattito che è oltremodo lungo e articolato, per la ricostruzione del quale si rinvia a M. Scognamiglio, *Note*, cit., p. 171 ss.

[119] In senso contrario, il Gorla, rifacendosi agli studi precedenti del Bechmann (*Der Kauf*, cit., p. 542 ss.) seppur superandoli criticamente per certi profili, ricollegava un certo manifestarsi della regola di ripartizione del rischio al tipo di sinallagma: per cui se il sinallagma si intende solo genetico, quindi il rapporto di reciprocità riguarda solo le obbligazioni e quindi il sorgere del vincolo, allora *casus sentit creditor*. Qualora per sinallagma si intenda quello funzionale, con reciprocità che riguarda non solo le obbligazioni ma anche le prestazioni, che quindi governa anche la fase dell'esecuzione del contratto, allora *casus sentit debitor.*

Ed è corretto che sia così, poiché la sua funzione è di individuare il soggetto che, in determinate circostanze a lui estranee, ma estranee anche all'altro contraente, è chiamato a sopportare il danno[120]: la sua manifestazione coincide con l'obbligo ad eseguire la prestazione.

La sovrapposizione delle letture dei due regimi di regole, rischio e responsabilità, entrambi referenti del generale fenomeno dell'inadempimento, va sottolineato, trova una parziale giustificazione nell'assenza di concettualizzazioni generali[121] e nell'approccio analitico alla gestione del fenomeno *de quo*: in tal senso, come osserva il Cannata[122], il rischio non rientra fra i criteri di responsabilità, ma vi è dialetticamente rapportato, in quanto «anche i criteri (positivi) di imputazione possono contenere un'attribuzione di rischio, e in effetti la contengono, ove non vengano concepiti come criteri puramente soggettivi».

L'esame delle fonti, quindi, testimonia, da un lato, che non esiste priorità logica del problema dell'imputabilità rispetto a quello dell'attribuzione del rischio; dall'altro lato, che l'impostazione, da caso a caso, del problema, può e deve, ora nell'uno ora nell'altro modo, condurre alla soluzione più corretta.

7. Praestare habere licere *e* praestare frui licere*: perimetri della rispondenza* ex fide bona

L'analisi dei testi classici ci consente di osservare come i giuristi, servendosi degli strumenti flessibili offerti dai *iudicia bonae fidei*, dunque, in un'ottica processuale, riescano a individuare soluzioni efficaci per la tutela degli equilibri di interessi dei contraenti.

Si tratta di problemi, giova ribadirlo, prima di tutto di natura pratica e che solo in un momento successivo, diventano problemi di natura anche dogmatica. Tali soluzioni sostanzialmente convergono nell'individuazione di criteri decisionali che, pur differenziandosi, in relazione alle singole

120 Altrettanto può dirsi del principio che impone al compratore di pagare il prezzo anche qualora la cosa sia perita prima della consegna, come da art. 1465 cod. civ.

121 Non a caso la maggior parte della dottrina concorda sul dato che il principio del '*periculum emptoris*', debba considerarsi affermato definitivamente solo con Giustiniano. Al riguardo è chiaro il Talamanca, ove afferma che «nelle *Institutiones* imperiali è, si può dire, ufficialmente, accolto il *periculum emptoris*, ricondotto ad unità di sistema con la problematica del *commodum* e dell'*incommodum* (I., 3, 23, 3)». Cfr. M. Talamanca, voce *Vendita,* cit., p. 461.

122 *Sul problema*, cit., p. 82.

situazioni, danno vita ad un sistema che mostra una stretta logicità e una rigorosa coerenza al suo interno. Ciò si traduce, al livello di esplicazione della fase di tutela della buona fede contrattuale, nell'applicazione di principi cardine in materia di corrispettività dei rapporti, quali l'interdipendenza delle obbligazioni e l'equilibrio delle prestazioni nella sua effettività, nella sua piena concretezza.

É possibile osservare il comporsi di questo sistema, come abbiamo visto, proprio nel campo relativo alla tutela della situazione di pieno e pacifico godimento e disponibilità del bene, collegato ai rapporti instaurati tramite *emptio venditio* e *locatio conductio rei* e di cui abbiamo già tratteggiato non solo le singole strutture, ma soprattutto il loro legame genetico, nell'àmbito della generale configurazione dei *iudicia bonae fidei* sul piano processuale, e nel processo della loro elaborazione di contratti consensuali obbligatori, sul piano della riflessione sostanziale.

Paolo le mette insieme in D.19.2.1 sotto il profilo della rilevanza dell'elemento consensuale (come poi l'autore degli *Aurea* in D.19.2.2pr.) quindi in un'ottica sostanziale, ma in merito all'aspetto della 'affinità' della tutela processuale, in più occasioni, abbiamo già avuto a che fare con i testi della giurisprudenza. Numerosi, infatti, sono gli esempi di soluzioni in materia di *actio empti* rette da principi che in via di estensione analogica sorreggono altrettante soluzioni in materia di *locatio rei* e uno di questi in particolare viene offerto dal già ampiamente citato testo di Africano D. 19.2.33.

Il brano trattava il caso di un'espropriazione del fondo locato che comportava la soggezione del locatore all'*actio conducti*, come nel caso di espropriazione del fondo venduto, ma non ancora trasmesso il venditore sarebbe stato tenuto per l'*actio empti*. A ricondurre l'esperibilità delle azioni contrattuali a taluni tipi di eventi incidenti sull'obbligazione principale del *locator* e del *venditor* è Giuliano; Africano definisce il *quantum* dell'*actio* indicando la necessità di identificare la condanna con la restituzione del prezzo pagato nella vendita; così come nel caso dell'*actio ex conducto* dovrà essere esperita per la restituzione della mercede pagata e relativa al periodo per il quale il conduttore non fruirà del bene.

Il *frui licere* e l'*habere licere*, in quanto situazioni integranti il contenuto del diritto del conduttore e del compratore e specularmente la sostanza della prestazione a cui risultano obbligati il locatore e il compratore, rappresentano il "barometro" della responsabilità: la loro mancata concreta assicurazione del risultato, insita nel '*praestare*', implica anzitutto la rispondenza processuale del debitore, che in alcuni casi si traduce in 'responsabilità contrattuale' della parte inadempiente.

Come osservato, in che cosa si traduca concretamente tale rispondenza i giuristi lo precisano in funzione della causa che ha determinato l'inadempimento dei singoli casi, agevolati, per così dire, dal '*quidquid dare facere oportere ex fide bona*' quale elemento centrale dell'azione formulare.

E abbiamo anche già osservato in merito che la trattazione dei casi di *publicationes* in qualità di eventi non ricondotti ad una forma di imputabilità al debitore – peraltro, corroborata dall'analogia con il caso di impossibilità sopravvenuta non imputabile della *locatio operis* nel medesimo brano – determina, in punto di *aestimatio litis*, il riassetto dell'equilibrio alterato dall'evento: si tratterà di agire per ottenere la restituzione del prezzo pagato, o del canone versato[123].

Se, tuttavia, gli eventi che incidono sull'obbligazione di trasmettere e 'garantire' l'*habere licere* o il *frui licere* risultano riconducibili alla condotta, omissiva o commissiva, della parte inadempiente, la *aestimatio litis* potrà estendersi fino a ricomprendere l'*id quod interest*, ossia il danno, da stabilirsi in base a tutti gli elementi del caso[124], fra cui il nocumento effettivamente determinatosi, e in rapporto all'interesse della parte ad avere l'*habere licere* o il *frui licere* della *res.*

Nella prima ipotesi si ha una operatività del principio di equilibrio fra le prestazioni, che si traduce nelle restituzioni (del prezzo o del canone) poichè sarebbe contrario alla *bona fides* che il compratore o il conduttore sopportassero le conseguenze dell'inadempimento dell'altra parte, seppur a questa non imputabile.

Nella seconda ipotesi, ferma restando la violazione del sinallagma negoziale, la *bona fides* impone che di fronte ad un contegno non conforme e al quale sia riconducibile l'inadempimento, il contraente fedele sia ristorato per il pregiudizio effettivamente subìto.

Non si tratta di una funzione sanzionatoria della condanna che stigmatizza l'operato negoziale del debitore, ma di una applicazione di parametri, che in ragione del danno subìto, possono ricomprendere anche l'interesse alla utile conclusione della vicenda contrattuale, a danno della parte che aveva fatto affidamento sul comportamento conforme a buon fede dell'altro contraente[125].

Il criterio della *bona fides* e il meccanismo del sinallagma, del resto, guidano, attraverso la concessione delle *actiones ex contractu* la determinazione dei confini sostanziali delle obbligazioni principali dei contraenti, quelle

123 Come già L. Vacca, *Profili,* cit., p. 126 ss.
124 B. Cortese, Actio empti, cit., p. 29 ss.
125 Così per esempio F. Procchi, 'Dolus', cit., p. 181 ss.; I. Fargnoli, Culpa, cit., p. 439 ss.

obbligazioni che fisiologicamente sono riempite di taluni contenuti: Ulpiano dice in D.19.1.11pr.: «*Ex empto actione is qui emit utitur[...]Quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate*» e in D. 19.2.15: «*Competit autem ex his causis fere: ut puta si re quam conduxit frui ei non liceat [...] vel si quid in lege conductionis convenit, si hoc non praestatur, ex conducto agetur*».

Capitolo Terzo

La tutela contrattuale per i vizi della res empta *e della* res locata

Sommario: 1. Un problema di determinazione dei confini concettuali – 2. I vizi della *res empta*. Il ruolo della tutela edilizia nell'evoluzione della materia – 3. Prime soluzioni repubblicane in tema di tutela contrattuale per i vizi della cosa: estensione dell'*actio empti* e dell'*actio conducti* – 4. Inadempimento non scusabile e legittima aspettativa contrattuale: ampliamento della sfera di rispondenza – 5. Anomalie della cosa e funzionalità: soluzioni casistiche – 6. *Redhibitio*: un'eccezione al sistema di tutela del compratore? – 7. Approfondimenti sulla casistica in tema di vizi della *res empta* e della *res locata* – 8. Alcune osservazioni conclusive.

1. *Un problema di determinazione dei confini concettuali*

É stato posto in apertura il problema della infruttuosa sovrapposizione dei moderni modelli dogmatici della responsabilità per inadempimento, nella sub-articolazione soggettiva e oggettiva, e della sopportazione del rischio, con le regole del diritto romano dei contratti, perlomeno dei contratti sinallagmatici.

Tale difficoltà, in parte, è da imputarsi, come evidenziato, alla differente natura del contenuto sostanziale delle prestazioni in oggetto alle obbligazioni (il *praestare*), che chiaramente influisce sulla determinazione in concreto del perimetro concettuale dell'inadempimento; ed in parte è dovuta al metodo di stampo casistico dell'elaborazione di soluzioni di diritto, nella sua aderenza all'applicazione concreta e dinamica dei criteri equitativi.

Ma soprattutto è dovuta alla peculiare natura dei rapporti fondati sulla buona fede, elemento che abbiamo visto incidere sul rapporto contrattuale nel ruolo di 'criterio normativo', la cui pregnante rilevanza si manifesta soprattutto in sede giudiziale, il *iudicium bonae fidei*, dove le *actiones*, sulla scia delle soluzioni di matrice prudenziale (orientative dell'*an* e del *quantum*), trovano la loro più funzionale esperibilità e dove l'attività sia istruttoria, sia decisoria del *iudex* è svincolata da formalismi e da rigidi automatismi decisionali, essendo improntata al *bonum et aequum*.

Il complesso di tali fattori esclude una qualunque sintesi concettuale nei termini dei modelli "tipici" di responsabilità contrattuale, a meno di non procedere con un'operazione di estremizzata e inesorabilmente infruttuosa semplificazione.

A tal riguardo, alcune soluzioni tipizzate fondanti quegli orientamenti adottati dalla giurisprudenza classica, a partire da quella adrianea, sono in parte emersi nelle maglie della trattazione della struttura dei contratti di compravendita e di locazione, nella loro evoluzione di epoca tardo repubblica e del primo principato.

In particolare, nel testo di Ulpiano in materia di locazione agraria, il riferimento al principio di Servio, secondo cui il locatore del fondo *debet* al colono ciò che è necessario *praestare, omne vim cui resisti non potest*, compie un "salto" fondamentale nella individuazione della rispondenza.

La regola serviana, che Ulpiano fissa nel commento alla clausola edittale, aveva consacrato l'attenuazione dell'applicazione di quella che chiamiamo 'regola del rischio', che verosimilmente in origine mirava a tutelare il conduttore dagli eventi imprevedibili e non evitabili che pregiudicavano l'*uti frui* della *res.* Con l'emersione progressiva del paradigma della sinallagmaticità negoziale, fra i primi effetti, si assiste all'assorbimento di alcuni fenomeni, prima gestiti, appunto, come casi di sopportazione del rischio, nella logica della 'impossibilità sopravvenuta della prestazione', a voler usare sempre concettualizzazioni a noi più note.

In tal modo, si disegna gradualmente la sfera delle rispondenza del debitore, da un lato, restringendo il campo delle 'responsabilità', sottraendole in parte la 'zona d'ombra' della *custodia*, o del rischio, in favore del concetto di tutela sinallagmatica per la 'impossibilità non imputabile' della prestazione e, quindi di rispondenza oggettiva; dall'altro lato, tendendo all'ampliamento verso una gamma di ipotesi che esulavano dalla ordinaria reazione ai tipici comportamenti negoziali contrari a *bona fides* (oltre il dolo conclamato, dunque) e che pure producevano la responsabilità per inadempimento imputabile. Queste ultime ipotesi, in particolare, sono quelle che qui ci interessano, in quanto fondamentalmente integranti i casi di vizi della cosa venduta o della cosa locata.

La tutela per i vizi, infatti, pone la questione della individuazione dell'area della responsabilità, per un verso, e della tutela oggettiva dell'interesse contrattuale dei contraenti, per altro verso, incrociando profili dell'inadempimento colpevole, con il profilo oggettivo dell'imputazione della lesione delle aspettative del compratore o del conduttore alla luce della *bona fides* negoziale, indipendentemente dall'assunzione di espresse garanzie

da parte del venditore o del locatore; nonchè, incrociandosi con gli ulteriori profili di determinazione del *quantum* collegato alle azioni contrattuali, tenuto conto del *bonum et aequum* e del rispetto del principio di equilibrio fra le prestazioni.

D'altro canto, i vizi, così come altre fattispecie incidenti sulla piena e pacifica disponibilità della cosa locata o venduta (ad esempio, l'evizione), rientrano pienamente nel concetto di violazione dell'*habere licere* per un verso e di *frui licere* per altro verso.

Non si tratta, tuttavia, di un assunto condiviso: buona parte della dottrina tradizionale in relazione alla compravendita[1], ad esempio, sosteneva che la tutela dell'*actio empti* sarebbe stata concessa solamente nel caso di un'esplicita assunzione di garanzia in ordine allo stato della *res* venduta o nelle ipotesi di dolo *in contrahendo* generale: sarebbe stata di matrice giustinianea l'estensione dell'azione a tutela del compratore per i vizi della cosa, che non fossero riconducibili a dolo. Altresì, l'azione sarebbe stata esperita sempre per l'*id quod interest*, o per il *quantum* stabilito nella *stipulati*o di garanzia.

Un percorso molto simile a quello che ha riguardato la ricostruzione della garanzia per l'evizione nella compravendita, la cui tutela, al di là delle apposite garanzie assunte in forma promissoria, sarebbe stata affidata all'*actio empti* per l'*id quod interest* nell'ottica di un dolo presunto del venditore[2].

La dottrina più recente[3] ha superato in entrambi i casi le letture tradizionali, respingendo, anzitutto, la affermazioni di interpolazione delle fonti inerenti alla concessione delle azioni contrattuali, in questo caso, per

[1] Fra cui soprattutto V. Arangio Ruiz, *La compravendita*, II, cit., p. 360; M. Kaser, *Das römische Privatrech*t[2] I, cit., p. 558; G. Impallomeni, *L'editto degli edili curuli*, Cedam, Padova, 1955, p. 26 ss.

[2] M. Kaser, *Die Zie der* actio empti *nacht Eviktion*, in «SZ» (RA), 54, 1934, p. 192 ss.; H. Ankum, *Das Ziel der* 'actio empti' *nach Eviktion*, in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, VII, Jovene, Napoli, 1984, p. 3215 ss.; Id., *Problemi concernenti l'evizione del compratore secondo il diritto romano classico*, in *Vendita e trasferimento della proprietà*, I, cit., p. 597 ss.; Id., *Pomponio, Juliano y la responsabilidad del vendedor por eviction con la* actio empti, in «RIDA», 39, 1992, p. 57 ss. Diversamente e condivisibilmente le recenti ricostruzioni, tra cui soprattutto M. Sargenti, *L'evizione*, cit., p. 118 ss.; M. Talamanca, voce *Vendita*, cit., 397; L. Vacca, *Sulla responsabilità*, cit., p. 1 ss.; T. Dalla Massara, *Per una ricostruzione delle strutture dell'evizione*, in *Studi in onore di Antonino Metro*, a cura di C. Russo Ruggeri, Giuffrè, Milano, 2010, p. 11 ss.; G. Guida, *La tutela*, cit., p. 107, e da ultimo, B. Cortese, Actio empti, evictionis nomine teneri *e quantificazione della condanna*, in «TSDP», 2019, p. 1 ss.

[3] D. Medicus, Id quod interest, cit., p. 140 ss.; H. Honsell, Quod interest, cit., p. 83 ss.; R. Zimmerman, *The Law of Obligations*, cit, p. 319 ss.; M. Talamanca, voce *Vendita*, cit., p. 445; L. Vacca, *Ancora,* cit., p. 53 ss.

i vizi della cosa venduta o locata, ricostruendo un'evoluzione che parte dal periodo tardo repubblicano, in cui spiccano soluzioni in tema di locazione ed estese via via alla compravendita, e che, con riguardo ad entrambe le azioni contrattuali, trova in epoca classica, sia con la giurisprudenza adrianea, sia con la giurisprudenza severiana, il raggiungimento di un elevato livello di elaborazione tecnica.

L'idea che, in tal senso, pare di poter rintracciare dai testi analizzati e da quelli che andremo analizzando è di una generale considerazione dei fenomeni che incidono sulla disponibilità o sul godimento pieni e pacifici della *res*: i vizi della *res* possono rendere la cosa del tutto inutilizzabile o anche solo parzialmente inutilizzabile incidendo sulla disponibilità o sul godimento che in quei termini di pienezza e pacificità richiesti, al pari di una perdita totale della *res*, o per vizi giuridici del trasferimento, o per eventi sopraggiunti, che siano riconducibili al compratore o al locatore, o che siano cause di forza maggiore.

É sulla concessione delle *actiones ex empto* ed *ex locato* nelle diverse ipotesi di *habere licere* o *frui licere* compromessi che ragionano i giuristi romani, sempre accordando tale concessione al criterio della *bona fides*; operazione che consente di tenere complessivamente in considerazione, sempre rigorosamente inserite in una dimensione concreta, le aspettative contrattuali, il contegno negoziale e l'equilibrio delle posizioni negoziali.

2. *I vizi della* res empta. *Il ruolo della tutela edilizia nell'evoluzione della materia*

L'impianto generale della tutela di cui si è sopra detto è un risultato a cui la giurisprudenza è giunta per tappe; il percorso si è sviluppato essenzialmente lungo la linea della riflessione sulle clausole edittali, alla quale si sono sovrapposte le istanze provenienti dalla prassi commerciale in un moto perpetuo di sollecitazioni, ed alle quali i giuristi hanno tentato, mi pare con successo, di rispondere.

Non v'è dubbio che un grande contributo, a proposito di riflessione sulla produzione "normativa" della magistratura, sia giunto dall'editto *De mancipiis vendundis*[4] degli edili curuli. Il provvedimento edilizio si inseriva

[4] La ricostruzione dell'editto edilizio si ha nella versione del Lenel dell'*Edictum perpetuum* (*Das* edictum perpettum[3], cit., p. 280 ss.). Per la letteratura, soprattutto: H. Vincent, *Le droit des édiles : Étude historique et économique des prescriptions édiliciennes sur la vente et la garantie*, Libraire de la Societè du Recuil Paris Sirey, Paris, 1922, in particolare p. 35 ss. ; A. de Senarclens, *L'extension de l'édit des édiles aux ventes de toute espèce de choses*, in *Rev. Hist*, 6, 1927, p. 385 ss.; R. Monier, *La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine*, Recueil Sirey, Paris, 1930, p. 32 ss.; L. Wenger, *Die Quellen des römischen Rechts*, Holzhausens, Wien,

nel perimetro ancora molto frastagliato del periodo repubblicano della tutela dei beni per i vizi, seppur limitatamente ai beni compravenduti nei mercati.

All'epoca dell'editto edilizio, verosimilmente tra la fine del III e l'inizio del II sec. a.C., il quadro di riferimento per la tutela del compratore non si estendeva oltre la concessione dell'*actio ex empto* per i casi di *dolus in contrahendo* per via della struttura del giudizio improntato alla buona fede, per cui in sostanza il venditore era convenibile nelle ipotesi di un comportamento scorretto come l'aver dolosamente taciuto dei vizi della cosa venduta. Si tratta, peraltro, di un risultato acquisito per via del progressivo assorbimento nella sfera applicativa dell'*actio empti* delle garanzie che il venditore espressamente assumeva in ordine alla mancata presenza di vizi o alla falsamente dichiarata presenza di determinate qualità tramite apposite *stipulationes*[5]. L'*actio ex*

1953, pp. 408, 778, 780 ss.; V. Arangio Ruiz, *La compravendita*, II, cit., p. 353 ss.; D. Daube, *Forms of Roman Legislation*, Clarendon Press, Oxford, 1956, p. 91 ss.; A. Guarino, *Ancora sull'editto edilizio*, in «*Labeo*», 2, 1956, p. 352 ss.; A. M. Honoré, T*he History of the Aedilician Actions from Roman to Roman-Dutch Law*, in *Studies in the Roman Law of Sale*, cit., p. 132 ss.; F. Pringsheim, *The Decisive Moment for Aedilician Liability*, ora in *Gesammelte Abhandlungen*, II, Springer-Verlag, Heidelberg, 1961, p. 171 ss.; A. Watson, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford, 1965, p. 86 ss., G. Thielmann, Actio redhibitoria *und Zufälliger untergang der Kaufsache (mit Beiträgen zur Frage der Pönalität der ädilizischen Klagen)*, in *Studi E. Volterra*, II, Giuffrè, Milano, 1971, p. 487 ss.; M. Kaser, *Die Jurisdiktion der kurulischen Ädilen*, ora in *Ausgewählte Schriften*, II, Jovene, Napoli, 1976, p. 479 ss.; A. Watson, *Sellers. Liability for Defects: Aedilician Edict and Praetorian Law*, in «*Iura*», 8, 1987, p. 171; G. Impallomeni, *L'editto*, cit., *passim*; E. Volterra, *Intorno all'editto degli edili curuli*, ora in *Scritti giuridici*, IV, Jovene, Napoli, 1993, p. 467 ss.; L. Manna, 'Actio redhibitoria' *e responsabilità per i vizi della cosa nell'editto de mancipiis vendundi*s, Giuffrè, Milano, 1994, p. 173 ss.; R. Zimmermann, *The law of obligations*, cit., pp. 311-319; N. Donadio, *Sull'*actio redhibitoria, in «*Index*», 25, 1997, p. 659 ss., che sostanzialmente contiene una recensione a L. Manna; É Jakab, 'Praedicere' *und* 'cavere' beim *Marktkauf. Sachmängel im griechischen und römischen Recht*, Beck, München, 1997, soprattutto p. 123 ss.; W. Ernst, *Neues zur Sachmängelgewährleistung aufgrund des Ädilenedikts*, in «ZSS», 116, 1999, p. 208 ss.; F. Serrao, *Mercati permanenti e mercati periodici nel mondo romano*, Edipuglia, Bari, 2000, p. 31 ss.; N. Donadio, *La tutela del compratore tra* 'actiones aediliciae' *e* 'actio empti', Giuffrè, Milano, 2004, p. 3 ss.; R. Ortu, 'Aiunt aediles'… *Dichiarazioni del venditore e vizi della cosa venduta nell'editto* 'de mancipiis emundis vendundis', Giappichelli, Torino, 2008, p. 55 ss., con ricca e dettagliata bibliografia; L. Garofalo, *(a proposito di D. 21,1,45)*, ora, con parziali modifiche, in *Studi sull'azione redibitoria*, Cedam, Padova, 2000, p. 5 ss.: Id. *L'impossibilità della redibizione nella riflessione dei giuristi classici*, ora in *Tutele rimediali in tema di rapporti obbligatori. Archetipi romani e modelli attuali*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 1 ss.

[5] Si tenga conto, infatti, che ancor prima della pubblicazione degli editti edilizi, da alcune fonti si ricava l'esistenza della prassi di stipulare garanzie espresse per i vizi della *merx*; diversi gli spunti offerti soprattutto da Plauto: *Capt*. 813-816; *Merc*. 416-420 e *Mil. glor*. 727-729, su cui cfr. in particolare M. Talamanca, *Contributo allo studio delle vendite all'asta nel*

stipulato, in tali ipotesi permetteva l'ottenimento del risarcimento del danno collegato alla presenza del vizio o alla mancanza della qualità promessa o dichiarata[6].

La natura di *actio ex fide bona* consentiva al compratore la tutela indipendentemente da queste *stipulationes*[7], fondando la pretesa su un comportamento palesemente contrario alla *bona fides*, e ottenendo l'*id quod interest*, come risarcimento del danno subìto, che al contempo costituiva una sorta di sanzione del comportamento doloso del venditore.

In assenza di *stipulationes* di garanzia o di vizi dolosamente taciuti od occultati, l'onere di verificare l'eventuale presenza di vizi o assenza di qualità richieste era affidato al compratore, al quale si richiedeva l'impiego dell'ordinaria diligenza all'atto dell'acquisto, con un implicito dovere di ispezionare, verificare, controllare eventuali problematiche incidenti sulla *res* e, in generale, sulla buona riuscita dell'acquisto.

La tutela edilizia[8] irrompe in questo sistema, ampliando l'intera

mondo romano, Accademia Nazionale dei Lincei, Roma, 1954, p. 33 ss.; G.Impallomeni, *L'editto*, cit., p. 90 ss., L. Labruna; *Plauto, Manilio e Catone: premesse allo studio dell'* 'emptio' *consensuale*, ora in *Adminicula*[3] a cura di C. Cascione, Jovene, Napoli, 1995, p. 179 ss.; L. Manna, Actio redhibitoria, cit., p. 11 ss.; R. Ortu, 'Aiunt aediles', cit., p. 55; N. Donadio, *Le* auctiones *private all'epoca di Plauto: consuetudini, regole, pratiche delle vendite all'asta*, in *Diritto e teatro in Grecia e a Roma*, a cura di E. Cantarella e L. Gagliardi, Guffrè, Milano, 2007, p. 164. Più in generale, sull'argomento si vedano S. Cristaldi, *Diritto e pratica della compravendita nel tempo di Plauto*, in «*Index*», 39, 2011, p. 491; C. Venturini, *Plauto come fonte giuridica: osservazioni e problemi,* ora in *Studi di diritto delle persone e di vita sociale in Roma antica. Raccolta di scritti*, a cura di A. Palma, Satura, Napoli, 2014, p. 537 ss. Tale prassi proseguì anche successivamente all'introduzione delle azioni edilizie: alcuni testi di Cicerone e Varrone danno ampiamente conto di siffatta situazione, considerando che gli stessi rinviano a formule, che per quanto di impiego comune al loro tempo (I sec. a.C.), avevano origini piuttosto remote: Cic. *off.* 3.17.71 e Varr., *r. rust.* 2.2.5-6, 2.5.10-11. Sul punto si veda, ad esempio, E. Parlamento, *Labeone e l'estensione della* redhibitio *all'*actio empti, in «Riv. dir. rom.», 3, 2003, p. 1 ss.

[6] D. 21.2.31 (Ulp. 42 *ad Sab.*): *Si ita quis stipulanti spondeat "sanum esse, furem non esse, vispellionem non esse" et cetera, inutilis stipulatio quibusdam videtur, quia si quis est in hac causa, impossibile est quod promittitur, si non est, frustra est. Sed ego puto verius hanc stipulationem "furem non esse, vispellionem non esse, sanum esse" utilem esse: hoc enim continere, quod interest horum quid esse vel horum quid non esse. Sed et si cui horum fuerit adiectum "praestari", multo magis valere stipulationem: alioquin stipulatio quae ab aedilibus proponitur inutilis erit, quod utique nemo sanus probabit".* Sul noto testo si veda in particolare V. Arangio Ruiz, *La compravendita*, II, cit., p. 361; H. Honsell, Quod interest, cit., p. 62; L. Vacca, *Garanzia*, cit., p. 283

[7] Cic. *off.* 3.16.66. Sul testo si veda in particolare A. Pezzana, *Sull'*actio empti *in alcuni testi di Cicerone*, in «BIDR», 62, 1954, p. 185 ss.

[8] D. 21.1.0. *De aedilicio edicto et redhibitione et quanti minoris*. D. 21.1.1.1: (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.)*: *Aiunt aediles: "Qui mancipia vendunt certiores faciant emptores, quid morbi vitiive*

struttura della sfera rimediale, introducendo, per un verso, degli obblighi comportamentali nei confronti del venditore e che avrebbero costituito i presupposti sostanziali per l'agire processuale, e per altro verso, aprendo il varco ad azioni orientate ad ottenere risultati diversi rispetto al risarcimento del danno, e molto verosimilmente più consoni alle esigenze economico-commerciali del mondo dei mercati.

Certo, l'àmbito di applicazione dell'editto degli edili era ben circoscritto: il contenuto quasi per intero riportato in un testo di Ulpiano, che commentava la codificazione edittale di Giuliano, si limitava alla vendita degli schiavi[9] rispetto ai quali incombeva sul venditore l'obbligo di dichiararne[10] gli

cuique sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit: eademque omnia, cum ea mancipia venibunt, palam recte pronuntianto. Quodsi mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve fuerit cum veniret, fuisset, quod eius praestari oportere dicetur: emptori omnibusque ad quos ea res pertinet iudicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur. Si quid autem post venditionem traditionemque deterius emptoris opera familiae procuratorisve eius factum erit, sive quid ex eo post venditionem natum adquisitum fuerit, et si quid aliud in venditione ei accesserit, sive quid ex ea re fructus pervenerit ad emptorem, ut ea omnia restituat. Item si quas accessiones ipse praestiterit, ut recipiat. Item si quod mancipium capitalem fraudem admiserit, mortis consciendae sibi causa quid fecerit, inve harenam depugnandi causa ad bestias intromissus fuerit, ea omnia in venditione pronuntianto: ex his enim causis iudicium dabimus. Hoc amplius si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicetur, iudicium dabimus". Cfr. sopratutto G. Impallomeni, *L'editto*, cit., p. 265 ss.

[9] L'altro editto speculare a quello inerente ai *mancipia* trattava delle vendite di animali da soma o da sella (tra il II e il I sec. a.C.): *Edictum de iumentis vendundis* su cui D. 21.1.38pr. (Ulp. 2 *ad ed. aed. cur.*): *Aediles aiunt: "Qui iumenta vendunt, palam recte dicunto, quid in quoque eorum morbi vitiique sit, utique optime ornata vendendi causa fuerint, ita emptoribus tradentur. Si quid ita factum non erit, de ornamentis restituendis iumentisve ornamentorum nomine redhibendis in diebus sexaginta, morbi autem vitiive causa inemptis faciendis in sex mensibus, vel quo minoris cum venirent fuerint, in anno iudicium dabimus. Si iumenta paria simul venierint et alterum in ea causa fuerit, ut redhiberi debeat, iudicium dabimus, quo utrumque redhibeatur"*. L'impianto edilizio successivamente sarebbe stato esteso anche a cose diverse da schiavi e animali, come si legge in D.21.1.1pr.: *Labeo scribit edictum aedilium curulium de venditionibus rerum esse tam earum quae soli sint quam earum quae mobiles aut se moventes*: cfr. A. de Senarclens, *L'extention*, cit., p. 385 ss. Sul punto la dottrina non si mostra concorde, ritenendo inverosimile che già nel I sec. d.C. vi fosse stata una generalizzazione dell'applicazione delle clausole edittali: G. Impallomeni, *L'editto*, cit., p. 64 ss., L. Manna, *'Actio redhibitoria'*, cit., p. 79 ss., N. Donadio, *Azioni*, cit., p. 497 ss. Diversa la posizione di E. Parlamento, *Labeone*, cit., p. 3 ss., che ritiene il riferimento a Labeone collegato all'estensione dell'effetto redibitorio a tutte le vendite, ma non per il tramite dell'azione edilizia ma dell'*actio empti*. Sul questo profilo si tornerà approfonditamente nel § 6.

[10] L. Solidoro, *Gli obblighi di informazione a carico del venditore. Origini storiche e prospettive attuali*, Napoli, 2007, p. 23 ss.; Ead., *Annotazioni sui precedenti storici degli obblighi precontrattuali di informazione*, in «TSDP», 3, 2010, p. 1 ss. Cfr. anche R. Ortu, *'Aiunt aediles'*, cit., p. 70, nt. 211.

eventuali *morbi vitiamve*[11] dai quali tali schiavi fossero affetti[12]. Non era più compito del compratore, almeno limitatamente a certe vendite, quello di verificare la presenza di vizi, ma era un dovere del venditore, il quale era così posto nella posizione di dover dichiarare anche quei vizi che non sarebbero stati accertabili dal compratore comunemente diligente.

L'evoluzione repentina della tutela edilizia vide la successiva aggiunta relativa all'affermazione/dichiarazione di qualità o di caratteristiche del bene non esistenti, come ulteriore ed alternativo presupposto per la concessione della tutela. Di fronte alla disattenzione di tali obblighi era prevista, anzitutto, la redibizione del *servus*, dietro restituzione del denaro pagato a titolo di prezzo, e dunque, con un sostanziale scioglimento del contratto.

L'*actio redhibitoria*[13] doveva essere esperita entro sei mesi dalla conclusione del contratto[14]: una fra le più rilevanti particolarità della tutela era la sua "impermeabilità" allo stato soggettivo del venditore, il quale soccombeva indipendentemente dalla sua condotta, anche provata, in buona fede.

Si trattava di una tutela oggettiva, la cui operatività era legata al solo fatto del vizio non dichiarato (o della qualità non presente). Proprio per questo la struttura dell'*actio* si articolava in una formula probabilmente *in factum,* doppiamente arbitraria, imponendo la stessa al giudice di impartire un distinto invito a restituire a ciascuna delle due parti[15].

Il rimedio che presupponeva, che la consegna fosse stata effettuata ed il prezzo pagato, con una vendita che quindi era formalmente conclusa,

[11] Per la distinzione fra *morbi* e *vitia* e fra *vitia animi* e *corporis* si vedano fra gli Autori citati nella nt. 4 in particolare G. Impallomeni, *L'editto*, cit., p. 76 ss.; L. Manna, 'Actio redhibitoria', cit., p. 33 ss.

[12] Ritenuta più affidabile la testimonianza di Aulo Gellio circa la riproduzione del reale contenuto dell'editto edilizio: Gell. *Noc. att*. 4.2.1: *In edicto aedilium curulium, qua parte de mancipiis vendundis cautum est, scriptum sic fuit*: «*Titulus servorum singulorum scriptus sit curato ita, ut intellegi recte possit, quid morbi vitiive cuique sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit*».

[13] Oltre alla letteratura citata alla nt. 4, come quanto indicato prima, cfr. L. D'Amati, *L'*actio redhibitoria *tra giurisprudenza romana e riflessione filosofica,* in «TSDP», 2016, p. 1 ss.

[14] D. 21.1.19.6 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Tempus autem redhibitionis sex menses utiles habet: si autem mancipium non redhibeatur, sed quanto minoris*. In tal senso, fra gli altri G. Impallomeni, *L'editto*, cit., p. 229; V. Arangio Ruiz, La *compravendita*, cit., p. 369; L. Manna, 'Actio', cit., p. 179, Diversamente R. Zimmermann, *The Law of Obligations*, cit., p. 318 e L. Solidoro, *Annotazioni*, cit., p. 3 ss., per i quali il termine inizierebbe a decorrere dal momento della scoperta del vizio.

[15] Cfr. D. 21.1.43.9, D. 21.1.23pr., D. 21.1.29.3, D. 21.1.31.9, e D. 21.1.31.13. Cfr. G. Impallomeni, *L'editto*, cit., p. 189, che preferisce parlare di «due clausole restitutorie», l'una riferita all'attore, l'altra al convenuto; con tale idea concorda L. Garofalo, *L'impossibilità*, cit., p. 5, nt. 13.

mirava sostanzialmente alla risoluzione del contratto, essendo concepita in modo da rimettere le parti nella stessa condizione in cui si sarebbero trovati se non avessero concluso il contratto.

L'importanza dell'introduzione del concetto di *redhibitio*[16] della vendita si percepisce ancora di più attraverso l'analisi delle soluzioni in tema di concessione dell'*actio ex empto* per vizi, difformità e mancanza di qualità della cosa, poichè, come vedremo, lo scioglimento del rapporto negoziale, non nel senso 'concreto' edilizio di reciproche *restitutiones*, ma nell'ottica risolutoria, era ipotesi che la giurisprudenza tendeva contemplare con una certa cautela in funzione delle diverse "patologie" del negozio[17].

Ancora nell'àmbito della repentina evoluzione della tutela di stampo edilizio, un'ulteriore azione venne introdotta probabilmente tra il II e il I sec. a.C, all'inizio per le sole vendite degli animali[18]:

> D. 21.1.38pr. (Ulp. 2 *ad aed. cur.*): *Aediles aiunt: "Qui iumenta vendunt, palam recte dicunto, quid in quoque eorum morbi vitiique sit, utique optime ornata vendendi causa fuerint, ita emptoribus tradentur. Si quid ita factum non erit, de ornamentis restituendis iumentisve ornamentorum nomine redhibendis in diebus sexaginta, morbi autem vitiive causa inemptis faciendis in sex mensibus, vel quo minoris cum venirent fuerint, in anno iudicium dabimus. Si iumenta paria simul venierint et alterum in ea causa fuerit, ut redhiberi debeat, iudicium dabimus, quo utrumque redhibeatur".*

Si tratta dell'azione *quanti minoris*, o anche detta *actio aestimatoria*, con

---

[16] L. Garofalo, *L'impossibilità*, cit., p. 4, nt. 10, rileva che la terminologia *actio redhibitoria* «evocava non già il fine ultimo che il compratore perseguiva, cioé recuperare il prezzo pagato (ovvero la liberazione dall'obbligo di corrisponderlo), bensì la condizione prima alla quale egli doveva adempiere per raggiungere quel fine, ravvisabile nella restituzione dello schiavo o dell'animale vizioso. Ed è sicuramente singolare che siffatta denominazione si riallacci ad un verbo, *redhibere*, che etimologicamente, e forse anche nel linguaggio comune, significava riavere, mentre nel lessico tecnico era impiegato nell'accezione di rendere (illuminante in argomento è Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D. 21.1.21pr.) a seguito di uno slittamento semantico presumibilmente dipeso dal fatto che il *redhibere* in campo giuridico si risolveva sì nel riottenimento dello schiavo o dell'animale da parte del venditore, ma comunque come conseguenza della riconsegna del compratore».

[17] Cfr. *infra* il § 6.

[18] Dalle testimonianze ulpianee sappiamo che l'azione venne poi estesa anche agli schiavi, al pari dell'*actio redhibitoria,* cfr. in particolare D. 21.1.31.16 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Si quis egerit quanto minoris propter servi fugam, deinde agat propter morbum, quanti fieri condemnatio debeat? Et quidem saepius agi posse quanto minoris dubium non est, sed ait Iulianus id agendum esse, ne lucrum emptor faciat et bis eiusdem rei aestimationem consequatur.*

la quale si agiva per ottenere una riduzione del prezzo, proporzionalmente al valore diminuito dell'animale a causa del vizio: tramite questa gli edili ordinavano un'*aestimatio vitii*, così che il giudice potesse condannare al pagamento di una somma commisurata a tale stima. L'azione, anch'essa *in factum* e con clausola restitutoria, doveva essere esperita entro un anno[19].

La ragione di questo fin troppo sintetico accenno alla tutela edilizia risiede nella convinzione che lo sviluppo di un binario parallelo di tutela[20], seppur circoscritto ad un àmbito ben preciso, abbia inciso sulla riflessione giurisprudenziale in tema di una sempre più intensa concessione delle azioni contrattuali di buona fede a tutela della vendita, e come contratto in cui è altrettanto centrale la *res*, della *locatio rei*.

Non è verosimile ipotizzare una scissione logica fra la sfera di tutela garantita al compratore in costanza del contratto di compravendita (o locazione) e la sfera di tutela edilizia del compratore di un certo tipo di beni[21], e per un certo tipo di problematiche, seppur assunta più nell'ottica della garanzia che della responsabilità[22].

[19] Circa la convivenza fra i due rimedi edilizi, la dottrina tradizionale propende per la concorrenza: F. Glück, *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld*, XXI, Palmischen Berlagshandlung, Erlangen, 1818, *passim;* V. Arangio Ruiz, *La compravendita*, II, cit., p. 366 s.; G. Impallomeni, *L'editto*, cit., p. 258 ss.; A. Watson, *Sellers' Liability*, cit., p. 172. Più specificamente sull'alternatività e sui criteri a cui sarebbe stata improntata in quest'ipotesi la scelta tra l'azione redibitoria e l'azione estimatoria, cfr. M. Kaser, *Unlautere Warenanpreisungen beim römischen Kauf*, ora in *Ausgewählte Schriften*, II, Napoli, 1976, p. 315 ss.

[20] Non si entra, qui, nel merito dell'annosa questione del rapporto fra azioni edilizie ed azioni contrattuali: tema sul quale, come trattazioni specifiche, si veda in particolare N. Donadio, *Qualità promesse e qualità essenziali della* res vendita: *il diverso limite tra la responsabilità per reticentia e quella per* dicta promissave *nel 'diritto edilizio' o nel* ius civile, in «TSDP», 2, 2010, p. 1 ss.

[21] Secondo il Dalla Massara «senza prendere qui posizione sull'esatta configurazione del rapporto tra i piani rimediali, è comunque da ritenere che il sistema risultasse nel suo complesso duttilmente integrabile, certamente con ampie fasce di sovrapposizione tra strumenti edilizi e civili, nonché caratterizzato da una forte capacità di adattamento ai profili del caso di specie»: T. Dalla Massara, *Modelli della vendita di tradizione romanistica e vendita internazionale*, in «Contratto e impresa. Europa», 2012, p. 856.

[22] Osserva in modo condivisibile la Donadio, che «La responsabilità *iure civili* per le qualità della cosa falsamente o erroneamente *dictae aut promissae* era ricondotta nella maggior parte dei casi all'àmbito dell'inadempimento dell'obbligazione principale del venditore discendente dal contratto. In singole ipotesi restituite nei *Digesta Iustiniani*, l'*actio empti* appare connessa con la rilevanza del nesso di corrispettività tra le posizioni delle parti e con l'esigenza di salvaguardare l'equilibrio economico tra le reciproche prestazioni, così come realmente voluto, venuto meno in ragione della difformità tra le condizioni effettive del bene compravenduto e quelle enunciate o promesse durante la conclusione del contratto. In altre ipotesi, infine, il *dictum promissumve*, pur non

Si osserva in merito che l'impianto edilizio sia verosimilmente sorto sulle lacune della prassi negoziale[23]; un'osservazione che si condivide nella misura in cui si accoglie l'idea di una circolarità delle elaborazioni concettuali su cui i rimedi vennero progressivamente costruiti, in funzione di un sistema che ha teso ad evolvere espandendosi senza mai superarsi[24].

Difatti, al di là della configurazione degli strumenti e della delimitazione degli effetti tramite questi perseguiti, ed altresì al di là della stessa impostazione della tutela contrattuale, se oggettiva o se fondata su di una primaria concettualizzazione tecnica della 'responsabilità', è, a mio avviso, evidente l'acquisizione della consapevolezza che il contraente doveva essere tutelato ben oltre l'acquisto della disponibilità, o il godimento continuato materiale del bene; o meglio, che l'idea della pienezza e della pacificità di tali situazioni non potessero limitarsi alla disponibilità o all'utilizzo fisico del bene. La cifra della pienezza e della pacificità era data dalla funzionalità del bene; la sua funzionalità limitata, alterata, non continua, costituiva la premessa per l'azionabilità della pretesa del compratore: bisognava, dunque, individuare, casisticamente, i contorni di tale pretesa in relazione al singolo rapporto.

Ciò osservato, non si può, altresì, non rilevare in termini di differenziazione che il fondamento per l'esperibilità dei rimedi edilizi è rappresentato dalla violazione di disposizioni normative, contenute nell'editto degli edili, che ponevano in capo a determinati destinatari/venditori specifici doveri di informazione a vantaggio degli acquirenti e, dunque, la sanzione si collegava alla violazione di una regola di condotta, esterna al regolamento contrattuale. Proprio in relazione all'oggettiva inottemperanza di una

vincolante sul piano della responsabilità *ex empto* come in caso di mere *commendationes*, poteva però assumere rilevanza giuridica se avesse costituito mezzo per trarre in inganno il compratore o se determinate qualità e pregi della merce dichiarati al tempo del contratto, ma di fatto inesistenti, fossero stati garantiti all'acquirente con superficialità o avventatezza da parte del venditore (*actio empti* per *dolus* o per *culpa in contrahendo*). Al contrario, il presupposto della responsabilità edilizia era rappresentato dalla violazione di un obbligo esterno al regolamento contrattuale d'interessi voluto dalle parti con il contratto. Questo obbligo si fondava su specifiche norme che, indirizzate a determinate categorie di mercanti e introdotte nell'àmbito delle *auctiones* private di *mancipia* da magistrati aventi giurisdizione speciale sui mercati dell'*Urbe*, solo più tardi furono estese all'*emptio venditio* consensuale e obbligatoria che pur non s'inserisse in un procedimento di vendita all'asta. I giuristi classici realizzarono un graduale adattamento delle norme speciali alla natura di buona fede del contratto di *emptio venditio*, ma non giunsero mai a sovrapporre la responsabilità edilizia del venditore di *mancipia* e di *iumenta* a quella contrattuale»: N. Donadio, *Qualità promesse*, cit., p. 19 ss.

[23] E. Parlamento, *Labeone*, cit., p. 3.

[24] Ciò è testimoniato dal sopravvivere delle *stipulationes* di garanzia per schiavi e *iumenta* compravenduti nei mercati anche successivamente all'introduzione delle azioni edilizie.

disposizione normativa, il modello di tutela edilizio rendeva irrilevante lo stato soggettivo del venditore: il riscontro di vizi occulti nel bene reso oggetto del contratto era in sé sufficiente per aprire la percorribilità delle tutele previste per il compratore.

Diversamente, le azioni civili come meglio vedremo, e non solo con riferimento all'*emptio venditio*, ma altresì alla *locatio conductio*, avevano il loro presupposto concettuale nel mancato conseguimento dell'assetto di interessi delle parti che si concretizzasse nella violazione del regolamento contrattuale, all'interno del quale tale assetto era trasfuso: nel modello di tutela civile la mancata esecuzione della prestazione del contraente apriva alla controparte la via del giudizio di buona fede, che per la particolare struttura della formula (con *intentio* al "*quidquid Numerium Negidium Aulo Agerio dare facere oportet ex fide bona e condemnatio nell'eius iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato, si non paret, absolvito*"), come a più riprese già osservato, si connotava per un' elasticità tale da consentire di operare una valutazione complessiva della vicenda e di adottare una decisione "tarata" sul caso concreto, in ragione degli interessi di parte, di entrambe le parti.

3. *Prime soluzioni repubblicane in tema di tutela contrattuale per i vizi materiali della cosa: estensione dell'*actio empti *e dell'*actio conducti

Se in astratto di violazione di regolamento contrattuale si è parlato, nel concreto, il concetto attorno al quale la giurisprudenza ragiona nell'enucleazione anche delle soluzioni in tema di tutela dei vizi materiali della cosa venduta o locata è ancora costituito dal *praestare,* nel suo articolarsi in forma oggettivizzata, relativo all'*habere licere* o al *frui licere*.

Come osservato, il rapporto fra il *praestare* e l'*oportere ex fide bona*[25]

[25] Relativamente ai vizi giuridici significativo è il richiamo alla *bona fides* di Cicerone in Cic. *off*. 3, 16-67: *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 proscripsit insulam [vendidit], emit P. Calpurnius Lanarius. huic ab auguribus illud idem denuntiatum est. itaque Calpurnius cum demolitus esset cognossetque Claudium aedes postea proscripsisse, quam esset ab auguribus demoliri iussus, arbitrum illum adegit quicquid sibi dare facere oporteret ex fide bona. M. Cato sententiam dixit, huius nostri Catonis pater (ut enim ceteri ex patribus, sic hic, qui illud lumen progenuit, ex filio est nominandus) is igitur iudex ita pronuntiavit, 'cum in vendundo rem eam scisset et non pronuntiasset, emptori damnum praestari oportere'. 67. Ergo ad fidem bonam statuit pertinere notum esse emptori vitium, quod nosset venditor. (…)* T. Claudio Centumalo aveva ricevuto dagli Auguri l'ordine di demolire alcune parti della propria casa che per la loro altezza impedivano ai sacerdoti di trarre gli auspici. Aveva quindi deciso di metterla in vendita,

consente gradualmente di identificare lo spazio applicativo della tutela *ex contractu*, muovendosi fra elementi soggettivi e profili oggettivi, concretamente individuati in relazione alla singola figura negoziale.

Ne dà un esempio un brano di Ulpiano tratto dal solito commento all'editto del pretore:

> D. 19.2.19.1 (Ulp. 32 *ad ed.*): *Si quis dolia vitiosa ignarus locaverit, deinde vinum effluxerit, tenebitur in id quod interest nec ignorantia eius erit excusata: et ita Cassius scripsit. Aliter atque si saltum pascuum locasti, in quo herba mala nascebatur: hic enim si pecora vel demortua sunt vel etiam deteriora facta, quod interest praestabitur, si scisti, si ignorasti, pensionem non petes, et ita Servio Labeoni Sabino placuit.*

Nella prima parte del testo (che analizzeremo in modo approfondito successivamente per la sua rilevanza in merito all'ignoranza non scusabile del vizio) si tratta del caso di una locazione di vasi, *dolia,* i cui i difetti (che li rendono, quindi, *vitiosa*), hanno prodotto la perdita del vino versato al loro interno. Ulpiano recependo un parere di Cassio, sostiene che il conduttore avrà l'*actio* per ottenere dal locatore l'*id quod interest* anche se non era a conoscenza del difetto.

Nella seconda parte, che qui ci interessa maggiormente, si parla di pascoli dati in locazione nei quali cresce dall'erba velenosa che determina la morte del bestiame o la malattia delle pecore del conduttore: in questo caso Ulpiano, allineandosi a Servio, Labeone e Sabino afferma che il locatore

trovando come acquirente P. Calpurnio Lanario, senza menzionare l'ordine degli Auguri. Una volta acquistata la casa, Calpurnio riceve l'ordine e avendo saputo della reticenza di Centumalo, aveva instaurato un procedimento per la sua condanna al *quidquid dare facere oportet ex fide bona*. La sentenza fu pronunciata da M. Porcio Catone Saloniano, il quale decise che si risarcire Calpurnio per il danno subìto, «in quanto nel vendere la cosa il venditore era a conoscenza del suo stato e non ne aveva dato conto». Nel commentare la decisione Cicerone sottolinea che è conforme alla *bona fides* che sia noto anche all'acquirente il *vitium* di cui il venditore è a conoscenza. In merito, osserva condivisibilmente il Fiori «Il fondamento di questa soluzione è tutto nell'essere, l'*actio empti*, un *iudicium bonae fidei*: la *bona fides* così come interpretata dai *prudentes* permette di superare la regola posta dalla *lex* decemvirale. È questo, si badi, un superamento che avviene all'interno del *ius civile*: l'*interpretatio prudentium* costituisce una delle fonti del *ius*, e il testo ciceroniano mostra che l'innovazione giurisprudenziale si sviluppa non avvalendosi di strumenti pretori, ma interpretando le regole decemvirali»: R. Fiori, Bona fides, cit., p. 119. Per la letteratura sul testo dell'Arpinate, cfr. in particolare V. Arangio Ruiz, *La compravendita*, II, cit., p. 212 ss.; E. Costa, *Cicerone giureconsulto*, I, Zanichelli, Bologna, 1927, p. 192 ss.; R. Cardilli, *L'obbligazione,* cit., p. 157 ss.; M. Talamanca, *La* bona fides, cit., p. 144 ss.; M. Schermaier, Bona fides, cit., p. 68; E. Parlamento, *Labeone*, cit., p. 3 ss.; L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi di informazione*, cit., p. 62, nt. 91.

dovrà prestare l'*id quod interest* se sapeva dell'erba velenosa, mentre sarà solamente escluso dal diritto di chiedere il canone al conduttore, se ignorava il problema della contaminazione del pascolo.

Le due diverse soluzioni rinviano a elaborazioni giurisprudenziali che si spalmano su epoche differenti e che sono frutto di scuole differenti: probabilmente Ulpiano voleva dare l'idea della generale condivisione dell'opinione sul tema. Ma è da Servio che il tutto parte, come da Servio erano nate le soluzioni che abbiamo già esaminato in tema di *locatio rei* con perdita del *frui licere*[26]: la presenza di un vizio che inficia il godimento pieno e pacifico, che qui consiste nell'erba velenosa del pascolo locato e che chiaramente incide sull'attività pastorizia, scopo della locazione in esame, nel suo causare la morte degli animali, determina la rispondenza processuale del locatore.

Punto centrale del caso è, dunque, il mancato *praestare* del *frui licere* della *res* che giustifica la concessione dell'*actio conducti*.

Fatta questa premessa, è l'elemento soggettivo della *scientia*, della conoscenza del vizio, a costituire la base dell'articolazione del *quantum* collegato all'*actio*[27]. La *scientia* rappresenta una delle colorazioni che poteva assumere il concetto di dolo, sui cui confini qualitativi la giurisprudenza repubblicana stava ragionando, per pervenire in seguito alla progressiva individuazione della area che nella dogmatica moderna è assimilata alla *culpa,* come fenomeno integrante la riprovevolezza dei comportamenti, seppur non intenzionali[28].

La conoscenza del vizio da parte del locatore implicava che il conduttore potesse richiedere una condanna al *praestare id quod interest*[29], cioè sicuramente per il valore delle pecore, che fossero morte o ammalate per effetto della *mala herba*. Lo consentiva la struttura dell'azione fondata sul *quidquid dare facere oportet ex fide bona* nella lineare prosecuzione della tutela contro il *dolus in contrahendo* del contraente inadempiente, che, peraltro, costituiva l'ipotesi-tipo di impiego dell'azione per i vizi, come detto in relazione all'*actio ex empto*: nel contesto processuale del *iudicium bona*

[26] *Distinctio* serviana nel caso della locazione agraria del 19.2.15.2: cfr. *supra* Cap III, §§ 5 e 7 e *infra* § 7. Sul ruolo del responso serviano si veda in particolare M. Miglietta, *'Servius respondit'. Studi intorno a metodo e interpretazione nella scuola giuridica serviana*, I, Prolegomeni, Università degli studi di Trento, Trento, 2010, p. 50 ss.

[27] L. Vacca, *Profili*, cit., p. 144. ss.

[28] R. Cardilli, *L'obbligazione*, cit., p. 229.

[29] Da escludersi un'assimilazione strutturale dell'*id quod interest* al binomio 'interesse positivo' e 'interesse negativo' della civilistica tradizionale e della romanistica moderna: cfr. *supra* il Cap. II, § 3.

fidei, il dolo assumeva rilevanza *ipso iure*.

Tuttavia, l'*oportere ex fide bona* consentiva anche altro: in caso di locatore *ignorans* era comunque prevista la rispondenza; il locatore, infatti, era chiamato a restituire quanto ricevuto in anticipo (o perdeva il diritto al canone, non potendo richiedere quello ancora da pagare): in questo caso, il *praestare* era collegato all'oggettiva compromissione del *frui licere*.

Il giudizio di buona fede permetteva la condanna non solo di colui che avesse dolosamente nascosto il vizio (l'erba velenosa), ma anche di colui che ne era all'oscuro. In proposito, va ulteriormente ribadito che il criterio della *bona fides* non costituiva un parametro di valutazione del contegno negoziale in chiave esclusivamente soggettiva: il *iudicium bonae fidei* aveva come *prius* la realizzazione degli interessi connessi alla funzione economico-sociale del contratto, e pertanto presupponeva rigorosamente una valutazione di tutti i profili, oggettivi e soggettivi, della vicenda negoziale.

Nella soluzione relativa al *locator ignorans*, dunque, si ha una attestazione di rilevanza dell'interesse del conduttore all'attuazione del programma contrattuale come legittimamente atteso: la *bona fides* in senso oggettivo richiama all'equilibrio, in ragione della sinallagmaticità del rapporto obbligatorio nato dalla *locatio rei*, non solo a seguito dell'impossibilità totale a fruire del bene, ma anche per una fruizione che non sia funzionale all'interesse che il conduttore perseguiva mediante la locazione della *res*. Se la *res* viene distrutta da una *vis maior*, o viene sottratta al godimento del conduttore per un provvedimento autoritativo o ancora per una necessità di carattere oggettivo (la *vetustas* di un edificio) abbiamo una percezione immediata della perdita del *frui licere* in termini concreti, fisici, che incide sul sinallagma contrattuale; diversamente, nel caso di vizi, alterazioni o difformità che, tuttavia, impediscono il *frui licere* nella legittima aspettativa del conduttore, la percezione della violazione del sinallagma può apparire forse più sfumata.

Ciò non toglie che nell'ottica della giurisprudenza romana, già in epoca repubblicana, l'ipotesi di un bene non idoneo alla funzione per la quale era stato locato o comprato rientrava nella sfera applicativa dell'azione contrattuale al pari della totale impossibilità materiale di fruizione e disponibilità del medesimo bene[30]: il vizio costituiva un elemento che impediva il *frui licere* (o l'*habere licere*) altrettanto quanto la perdita fisica della *res*. Ovviamente l'elasticità del giudizio consentiva ai giuristi di muoversi senza il fardello di azioni dalla struttura rigida, come ad esempio le *actiones stricti iuris* per far valere *obligationes in dando*.

[30] Così, seppur in modo più sfumato, anche il Nicosia, *La responsabilità*, cit., p. 20. Più incisivamente L. Vacca, *Profili*, cit., pp. 146-147.

Ciò, tuttavia, come si tenterà di evidenziare, non implica un'automatica sovrapposizione con le categorie della dogmatica moderna che porterebbero ad individuare in modo rigoroso, in un caso, l'azione esperita per far valere una responsabilità, fondata sull'imputabilità, per i vizi della cosa, finalizzata al risarcimento del danno, e nell'altro l'azione a tutela del sinallagma negoziale, finalizzata al ripristino dell'equilibrio delle prestazioni[31]. Si è dell'avviso che agli occhi della giurisprudenza si configurasse una realtà molto più complessa in cui la generale rispondenza processuale, l'*actione teneri* grazie all'elasticità dello strumento processuale, si doveva articolare in forme diverse a seconda della valutazione degli elementi del caso.

Non v'è dubbio, in ogni caso, che uno dei comparti, forse il più generale, della sfera di applicazione dell'azione contrattuale, nelle ipotesi dei vizi, risultasse costruito secondo la logica della concessione dell'*actio* all'*id quod interest* o al ripristino dell'equilibrio fra le prestazioni, in base al contegno in mala fede o in buona fede del locatore: qualora fosse riconducibile alla *scientia* la mancata realizzazione piena del *frui licere* che il locatore era tenuto ad assicurare, la configurazione della *condemnatio*, tenuto conto dell'*aestimatio litis*, prevedeva un *id quod interest*. Laddove, invece, il comportamento o l'atteggiamento del locatore non avessero avuto alcuna incidenza diretta o indiretta sull'evento che pregiudicava il *frui licere*, la valutazione del *quantum* utile ad evitare che il conduttore sopportasse da solo il pregiudizio derivante dall'inadempimento (ipotesi in contrasto con la *bone fides* generale) era orientata al ripristino dell'equilibrio fra le prestazioni, elemento intrinseco della *locatio rei*[32].

In tal senso, è ancora Ulpiano a darci la dimensione dell'evoluzione del pensiero giurisprudenziale in merito, con un testo in tema di vendita, che riporta un responso di Giuliano, che a sua volta rielabora l'eredità scientifica dei predecessori, dando una cifra più che chiara dei risultati a cui si era pervenuti in tema di tutela contrattuale in caso di vizi o di mancanza di qualità essenziali o dichiarate/promesse tra l'epoca adrianea e quella della giurisprudenza severiana.

Il testo in questione è:

> D.19.1.13pr. (Ulp. 32 *ad ed.)*: *Iulianus libro quinto decimo inter eum, qui sciens quid aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex empto: ait enim, qui pecus morbosum aut tignum vitiosum vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex empto actione praestaturum, quanto minoris essem empturus, si id ita esse scissem: si vero sciens reticuit et emptorem decepit, omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor*

[31] Ad esempio, R. Fiori, *La definizione*, cit., p. 108.
[32] Così già L. Vacca, *Profili*, cit., p. 145 ss.

traxerit, praestaturum ei: sive igitur aedes vitio tigni corruerunt, aedium aestimationem, sive pecora contagione morbosi pecoris perierunt, quod interfuit idonea venisse erit praestandum.

Secondo Giuliano la condanna dell'*actio ex empto* si differenzia a seconda che il venditore fosse stato *sciens* o *ignorans* circa eventuali vizi della cosa come ad esempio del bestiame malato o delle travi difettose[33]: nel caso avesse ignorato il vizio presterà quel tanto di meno rispetto al prezzo che sarebbe stato pagato dal compratore, sapendo del vizio[34]. Se sapeva del vizio e ha ingannato il compratore, allora a questo dovrà prestare ogni danno subìto; quindi anche il valore delle case che per il difetto delle travi caddero, o il valore del bestiame morto per il contagio con gli animali malati, ovvero l'intero interesse ad avere le cose prive di vizi: «*quod interfuit idonea venisse erit praestandum*»[35].

Il testo dà conto del consolidamento della distinzione fra *venditor sciens* e *ignorans* in epoca adrianea come elemento rilevante ai fini della condanna del venditore[36].

Se l'*id quod interest* per il venditore in dolo non rappresenta una particolare novità rispetto alla precedente originaria impostazione della tutela del compratore, assolutamente di rilievo è il trattamento del *venditor* ignaro del

[33] Su cui anche per i necessari ragguagli bibliografici cfr. L. Solidoro Maruotti, «... Si vero sciens reticuit et emptorem decepti ...» *(D. 19.1.13pr.): vizi di fatto, vizi di diritto e reticenza del venditore*, in Fides humanitas ius. *Studi in onore di L. Labruna*, VIII, Jovene, Napoli, 2007, p. 5269 ss.; N. Donadio, *La tutela*, cit., p. 294 ss.

[34] In tal senso, anche D. 18.1.45 (Marc. 4 *reg.*): *Labeo libro posteriorum scribit, si vestimenta interpola quis pro novis emerit, Trebatio placere ita emptori praestandum quod interest, si ignorans interpola emerit. Quam sententiam et Pomponius probat, in qua et Iulianus est, qui ait, si quidem ignorabat venditor, ipsius rei nomine teneri, si sciebat, etiam damni quod ex eo contingit: quemadmodum si vas aurichalcum pro auro vendidisset ignorans, tenetur, ut aurum quod vendidit praestet.* Nel brano di Marciano si tratta del caso di una compravendita di abiti, che il compratore crede nuovi e che invece sono usati. Secondo Trebazio al compratore spetta una somma calcolata sull'interesse che aveva ad avere gli abiti nuovi. Della stessa opinione sono sia Pomponio, sia Giuliano, il quale, quest'ultimo, specifica che se il venditore è ignaro è tenuto a titolo della cosa stessa, se lo sapeva a dargli i danni derivanti. Al di là della consueta previsione dell'*id quod interest* nel caso del venditore *sciens*, quello che mi sembra essenziale porre in evidenza è che, nel caso del venditore *ignorans,* si prevede che questo sia tenuto in base alla cosa, ovvero, secondo lettura condivisa, sarebbe chiamato a corrispondere la riduzione del prezzo: così, ad esempio, M. Talamanca, voce *Vendita*, cit., p. 445 nt. 1471; F. Procchi, 'Dolus', cit., p. 216.

[35] A. Alemán Monterreal, *La incidencia de la* "bona fides" *en el* "quantum" indemnizatorio: *a proposito de la responsabilidad del vendedor por los vicios y defectos ocultos*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese* (Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001), a cura di L. Garofalo, I, Cedam, Padova, pp. 141-154.

[36] M. Talamanca, voce *Vendita,* cit., p. 445.

vizio. La condanna alla differenza di prezzo in rapporto alla differenza di valore causata dal vizio apre diversi profili di riflessione: se da un lato, ci conduce inevitabilmente all'azione edilizia *quanti minoris*, come risultato perseguito a livello rimediale; dall'altro, ci sollecita sull'aspetto della fondamentale diversità del presupposto per l'azionabilità della pretesa. L'azione edilizia richiedeva un comportamento doloso per il venditore, rispetto alla mancata *declaratio vitii* o *morbis*, o alla falsa dichiarazione di qualità e/o caratteristiche; l'azione contrattuale si fondava sull'oggettiva presenza del vizio, che, in rapporto alla *bona fides* contrattuale, determinava a seconda degli elementi la modulazione delle pretese azionabili. Anche in questo caso, come per la locazione di beni difettosi, la rispondenza del contraente inadempiente è fondata sull'oggettiva lesione del sinallagma, tenuto conto dell'insoddisfazione dell'aspettativa contrattuale del compratore, e dunque del suo 'affidamento' tradito: acquistare un bene pienamente e pacificamente disponibile, ma anche utilizzabile e funzionale allo scopo per il quale è stato acquistato.

La restituzione della differenza del prezzo si giustifica in rapporto ai parametri del *bonum et aequum* a cui è improntata l'*aestimatio litis:* il compratore viene tutelato in ragione dell'acquisto non funzionale, e al contempo viene tutelato anche il venditore che, non sapendo del vizio, non viene gravato da una condanna iniqua, quale, ad esempio, la restituzione integrale del prezzo pagato[37]. In tal modo il rapporto si ricalibra, garantendo l'equilibrio fra le prestazioni: il prezzo si riduce in proporzione al valore ridimensionato del bene, come effetto del sinallagma negoziale[38].

Le soluzioni in tema di vendita ricondotte alla giurisprudenza adrianea si allineano alle soluzioni in tema di *locatio rei*, che la giurisprudenza repubblicana, con Servio soprattutto, aveva già costruito.

Sin dalla prima riflessione sul perimetro della tutela dei contratti consensuali con obbligazioni reciproche, infatti, era stata attribuita centralità all'effettiva e piena realizzazione del risultato a cui il contraente tramite il *praestare* contrattuale si era obbligato; da questo centro si è dipanata una gamma articolata di soluzioni, costruite differenziando il rapporto fra azione ed *aestimatio litis*, in cui assumevano rilevanza i diversi profili corredanti la vicenda negoziale, senza irrigidimenti in criteri soggettivi od oggettivi, e che come vedremo è molto più ampia di quanto si è potuto accertare dai testi esaminati sinora.

[37] Sul problema delle restituzioni integrali del prezzo o della mercede dietro restituzione delle cose oggetto del contratto si veda *infra* al § 6, con riguardo al delicato tema dello scioglimento del rapporto contrattuale e della *redhibitio*.
[38] L. Vacca, *Ancora*, cit., p. 53.

4. *Inadempimento non scusabile e legittima aspettativa contrattuale: ampliamento della sfera di rispondenza*

A proposito della rilevanza nel duplice segno positivo/negativo di quelli che a noi pare di poter inquadrare come profili soggettivi dell'inadempimento; vi sono altre soluzioni sia in tema di *emptio venditio*, sia in tema di *locatio rei* che indicano lo stato avanzato della riflessione giurisprudenziale già nella prima epoca classica, sulla scorta delle sollecitazioni dei giuristi tardo repubblicani.

In un brano di Pomponio si affrontano questioni inerenti non solo ai vizi, ma anche alla mancanza di qualità e/o caratteristiche dichiarate; nonchè, posta l'irrilevanza dello stato soggettivo del contraente inadempiente, le eccezionali conseguenze - rispetto al quadro sinora proposto - prodotte dalla lesione della legittima aspettativa del contraente fedele in ordine al risultato contrattuale atteso per effetto dell'assenza di caratteristiche/qualità essenziali (o seppur non essenziali, ma che erano state dichiarate) che incida sulla piena funzionalità del bene:

> D. 19.1.6.4 (Pomp. 9 *ad Sab.*): *Si vas aliquod mihi vendideris et dixeris certam mensuram capere vel certum pondus habere, ex empto tecum agam, si minus praestes. Sed si vas mihi vendidieris ita, ut adfirmares integrum, si id integrum non sit, etiam id, quod eo nomine perdiderim, praestabis mihi: si vero non id actum sit, ut integrum praestes, dolum malum dumtaxat praestare te debere. Labeo contra putat et illud solum observandum, ut, nisi in contrarium id actum sit, omnimodo integrum praestari debeat: et est verum. Quod et in locatis doliis praestandum Sabinum respondisse Minicius refert.*

Nella prima parte del brano si ha una tipica ipotesi di *dolo in contrahendo*, dal momento che il venditore ha venduto un vaso indicandone specifiche caratteristiche (capacità o peso) che non sono presenti: la dichiarazione mendace implica la convenibilità del venditore per l'*id quod interest*[39].

Pomponio prosegue dicendo che, qualora il vaso fosse stato venduto come integro, quindi affermandone una caratteristica generale, e il vaso invece non lo fosse stato, allora si dovrà prestare al compratore anche il danno derivante dal vizio[40]. Si tratta di una specificazione che riguarda la copertura dei danni prodotti dal vizio, come già per il bestiame morto per il contagio con i capi malati o per gli edifici crollati per via delle travi marce, in D. 19.1.13pr.

[39] M. Talamanca, voce *Vendita*, cit., p. 438 ss.; L. Vacca, *Profili*, cit., p. 144 ss.
[40] M. Talamanca, voce *Vendita*, cit., p. 445 nt. 1475.

Sulla stessa linea delle dichiarazioni fraudolente, ad esempio, con il *quantum* collegato all'*id quod interest* comprensivo del danno interamente subìto, si pone la soluzione di Ulpiano:

> D. 19.1.13.4 (Ulp. 32 *ad ed.*): *Si venditor dolo fecerit, ut rem pluris venderet, puta de artificio mentitus est aut de peculio, empti eum iudicio teneri, ut praestaret emptori, quanto pluris servum emisset, si ita peculiatus esset vel eo artificio instructus.*

Il comportamento del venditore è manifestamente doloso: dal venditore con riguardo allo schiavo in vendita vengono dichiarate qualità, come l'abilità professionale, o caratteristiche, come il peculio, del tutto inesistenti, allo scopo di alzare il prezzo. Un classico esempio di *dolus in contrahendo*[41] in cui il venditore incorre nella fattispecie di falsamente *dicta promissave*. Al compratore viene così concessa l'*actio empti* per il *quantum* corrispondente a quanto avrebbe conseguito se lo schiavo fosse stato in possesso delle qualità o caratteristiche dichiarate e, dunque, un *id quod interest* pensato per coprire tanto la diminuzione patrimoniale dovuta alla compera (il nostro danno emergente), tanto la perdita derivante dalla mancata soddisfazione dell'interesse ad avere la cosa in un modo determinato (il moderno lucro cessante).

Tornando ora al brano di Pomponio nella seconda parte di D. 19.1.6.4 si legge «*si vero non id actum sit, ut integrum praestes, dolum malum dumtaxat praestare te debere. Labeo contra putat et illud solum observandum, ut, nisi in contrarium id actum sit, omnimodo integrum praestari debeat: et est verum*»: la discussione tecnica delle soluzioni si articola ulteriormente, versandosi ora nell'ipotesi in cui non vi fosse stata alcuna dichiarazione circa l'integrità del vaso e neppure l'assunzione di un'espressa garanzia al riguardo da parte del venditore. Pomponio, prima, riporta quasi per dovere di cronaca l'opinione che il venditore nulla deve al compratore, in quanto il primo *praestare debet dolum malum,* ovvero è tenuto ad astenersi solamente dal dolo (e quindi solo in base al dolo risponde); tuttavia, sùbito dopo precisa che secondo Labeone il venditore è tenuto comunque a prestare la *res* integra, e che solo ove una pattuizione avesse espressamente escluso tale obbligo, ne sarebbe stato esente. A tale opinione accede lo stesso Pomponio, il quale a corredo di tale parere, aggiunge che anche Sabino condivideva il pensiero labeoniano, come Minicio riporta, ritenendolo, peraltro, corretto in termini di soluzione applicabile, anche per il caso di vasi dati in locazione.

A mio avviso va sottolineata qui la diversità di impostazione del caso

[41] M. Talamanca, voce *Vendita*, cit., p. 438 ss.

di Pomponio rispetto a quelle sinora esaminate: nella seconda parte del brano non è specificato affatto se il venditore sia a conoscenza del difetto di integrità delle giare; si riporta solo che «*non id actum sit, ut integrum praestes*». In tal senso, pur non essendo il venditore in dolo, versava comunque in uno stato responsabilità, per non aver usato la diligenza ordinaria che richiedeva la verifica dello stato dei contenitori. A ben vedere, come detto sopra, si tratta di quell'onere che in precedenza, prima dell'introduzione della tutela edilizia, incombeva sul compratore nell'àmbito dei mercati, il quale usando il buon senso e la diligenza doveva, lui, accertarsi dello stato della *res* che si apprestava ad acquistare. L'evoluzione della disciplina dei contratti commerciali aveva ribaltato la tendenza:[42] era il venditore, ora, che, in relazione all'inadeguatezza generale del comportamento negoziale, andava incontro alla rispondenza processuale.

L'anomalia rispetto al regime finora incontrato è che indipendentemente dallo stato soggettivo, il venditore è tenuto a prestare al compratore l'intero danno subìto per il difetto del bene, compresi i danni ulteriori provocati dal difetto.

É questo il tipico esempio dell'evoluzione delle dinamiche della concessione dell'*actio* contrattuale in caso di inadempimento ritenuto processualmente tutelabile, che, come si è detto, conduce ad un potenziamento della valutazione casistica dei profili connessi alla vicenda negoziale: l'apertura si deve alla *bona fides* che da un lato aveva spianato la strada per l'individuazione degli standard di comportamento richiesti ai contraenti a seconda della funzione del negozio, dall'altra, in ragione di tale individuazione, permetteva di determinare la giusta condanna in rapporto alla singolo caso. In altri termini, la buona fede, che ammantava la vicenda negoziale dalla fase genetica all'attuazione, costituiva l'elemento fondamentale per determinare la misura e le conseguenze della violazione dell'affidamento contrattuale[43].

In tale ipotesi, come si può evincere in modo abbastanza agevole, non assume valore il rapporto fra 'assenza di condotta dolosa' e azione per il ripristino del sinallagma, come contrapposto alla "coppia" 'responsabilità soggettiva' e tutela per il 'danno contrattuale': qui la copertura assicurata al compratore concerne tutti i danni, per il solo fatto della mancata integrità del bene[44]: la rispondenza del venditore si estende fino al totale ristoro del pregiudizio subìto, e non si limita affatto al riequilibrio delle prestazioni.

A rilevare non è solo l'interesse ad acquistare un bene privo di vizi,

[42] N. Donadio, *Qualità promesse,* cit., p. 23 ss.
[43] Cfr. *supra* il Cap. I, § 4.
[44] Così anche G. Nicosia, *La responsabilità*, cit., p. 14.

quindi, ma l'interesse alla sua piena funzionalità: si tratta di una legittima aspettativa del contraente che va tutelata, ed in rapporto alla quale va valutata la rispondenza dell'inadempiente[45].

Ad avallo di tali considerazioni torna utile il caso delle giare locate, trattate nel brano di Ulpiano, D.19.2.19.1, che avevamo messo parzialmente da parte limitatamente al primo passaggio:

> D. 19.2.19.1 (Ulp. 32 *ad ed.*): *Si quis dolia vitiosa ignarus locaverit, deinde vinum effluxerit, tenebitur in id quod interest nec ignorantia eius erit excusata: et ita Cassius scripsit. Aliter atque si saltum pascuum locasti, in quo herba mala nascebatur: hic enim si pecora vel demortua sunt vel etiam deteriora facta, quod interest praestabitur, si scisti, si ignorasti, pensionem non petes, et ita Servio Labeoni Sabino placuit.*

Nell'apertura del testo, Ulpiano tratta di alcune giare date in locazione e che risultano viziate, o meglio non integre, dal momento che il vino che vi era stato riversato all'interno fuoriesce. Dice Ulpiano che, in quel caso, il locatore sarà tenuto all'*id quod interest*, nè la sua ignoranza del vizio verrà scusata, e che si tratta di un parere scritto da Cassio.

Il collegamento fra questa soluzione e quella di Pomponio è oltremodo evidente, così come il riferimento a Cassio, peraltro, continua a darci la dimensione della generale condivisione di tali opinioni presso la giurisprudenza di secoli e di scuole differenti.

La stigmatizzazione dell'ignoranza del vizio, che qui non è considerata una scusante, ci riporta a quanto detto in merito al brano delle giare vendute: vi sono ipotesi di "inadempimenti" in cui diviene del tutto irrilevante la valutazione del profilo soggettivo, poichè è il fatto obbiettivo della presenza del vizio a rendere il contraente tenuto dall'azione contrattuale.

La contrapposizione fra il primo ed il secondo passaggio del brano serve ad Ulpiano per mettere in luce la modulazione della conformità alle regole di comportamento a cui sono chiamati i contraenti: se controllare l'idoneità di un fondo 'alla funzione di pascolo' richiede un livello di diligenza impossibile da assicurare, sia per le dimensioni del fondo sia per l'accidentalità dell'evento come la crescita di erba velenosa (evento tempisticamente imprevedibile); di contro, verificare l'integrità di alcune giare è operazione ampiamente alla portata del locatore (o del venditore che

[45] Ove verificatisi, infatti, dovranno essere risarciti i danni prodotti dai vizi e dalla mancanza di tale funzionalità: se si acquistano dei vasi, con lo scopo di renderli contenitori di vino o olio, e questi non siano integri, bisognerà ristorare l'acquirente anche del vino o dell'olio persi per effetto della contenitore non integro: cfr. M. Talamanca, voce *Vendita*, cit., p. 442 nt. 1443.

sia) sia in termini di dimensioni dell'oggetto da controllare sia in termini di periodicità della verifica da attuare. Ed infatti, nel primo caso, non si richiede al locatore ignaro di rispondere per qualcosa che vada oltre la restituzione del canone, nel secondo caso non si fa distinzione sulla base dello stato soggettivo, dal momento che il locatore doveva e poteva conoscere il difetto.

Il locatore, in altri termini, risponde per il solo verificarsi del fatto che genera l'inadempimento: in tal senso, la rispondenza processuale come detto, non si esaurisce nella responsabilità per inadempimento imputabile, perlomeno fintanto che questa venga concepita come imprescindibilmente legata a criteri tipizzati di imputazione soggettiva del fatto, nè si conforma automaticamente a logiche di riequilibrio del rapporto sinallagmatico come tipo di responsabilità oggettiva.

Quando si è profilata la difficoltà della dottrina nel riuscire a inglobare nei modelli di responsabilità soggettiva od oggettiva la gamma di orientamenti giurisprudenziali in tema di tutela contrattuale per inadempimento, si faceva riferimento ad ipotesi di tale natura: situazioni in cui viene tutelata obbiettivamente la legittima aspettativa contrattuale.

Tale legittima aspettativa viene valutata in rapporto al singolo negozio: è un'operazione che deve essere compiuta casisticamente: il giurista romano si astiene dal prodursi in regole generali di responsabilità, in un campo, come quello della tutela dei rapporti commerciali, in cui l'astrazione risulterebbe non solo poco utile, ma anche pericolosa, dal punto di vista equitativo. Per ogni rapporto negoziale occorre individuare la misura dell'interesse contrattuale legittimo: il perimetro della concessione dell'azione si definisce prendendo in esame la causa concreta del contratto, data dalla commistione fra la funzione o la causa economica[46] tipica del negozio e la legittima aspettativa che le parti miravano a realizzare tramite esso[47]. Ed è alla luce di questi elementi che si considera la condotta del contraente inadempiente: il modello di comportamento, lo standard richiesto in termini di contegno negoziale, non costituiscono parametri astraibili dal singolo negozio e dalla funzione concreta che questo deve assolvere secondo la volontà delle parti formalizzata nel regolamento contrattuale.

La locazione di un fondo non può essere concepita come del tutto omologa alla locazione di una giara; la vendita di materiale non può essere paragonata alla vendita di uno schiavo; la vendita di un terreno non può essere considerata come la vendita di un vaso. A seconda del caso, in ragione di una valutazione incrociata dei profili oggettivi del negozio e dei profili

[46] L. Vacca, *Sul rischio*, cit., p. 168.

[47] Di diversità di fattispecie che giustificano la diversità di soluzione, fra i *dolia vitiosa* e il *saltum pascuum*, ha parlato con lungimiranza il Nicosia, *La responsabilità*, cit., p. 55.

soggettivi del contegno delle parti, il mancato *praestare* dell'*habere licere* o del *frui licere* determina la rispondenza del contraente, con *aestimationes litis* modulate in base al caso e tenuto conto del *bonum et aequum*[48].

Tali considerazioni, che trovano avallo in autorevole dottrina[49], mettono in evidenza che i contenuti delle obbligazioni del locatore e del venditore – e quindi i criteri utili alla determinazione dell'*an* e del *quantum* (la cui flessibilità è dovuta al particolare strumento del *iudicium bonae fidei*) collegati alle *actiones ex contractu* – sono determinati in via casistica, tenuto conto dello specifico contenuto del contratto, della sua funzione e degli interessi delle parti ad esso collegati, risolvendo sul piano concreto le questioni attinenti ai vizi delle *res* che ne pregiudichino l'*habere licere* o il *frui licere*.

5. *Anomalie della cosa e funzionalità: soluzioni casistiche*

Quanto affermato sopra, circa la modulazione casistica delle soluzioni in tema di tutela contrattuale, trova ulteriori riscontri in diversi testi che pongono bene in luce l'agilità della giurisprudenza romana nel muoversi all'interno del complesso mondo dei rapporti giuridici commerciali.

In particolare è significativo il brano di Ulpiano, che costituisce il prosieguo dell'estratto dal trentaduesimo libro del suo commentario all'editto, relativo al venditore, *sciens* o *ignorans*, di travi marce o di bestiame malato.

Il §1 così recita:

> D. 19.1.13.1 (Ulp. 32 *ad ed.*): *Item qui furem vendidit aut fugitivum, si quidem sciens, praestare debebit, quanti emptoris interfuit non decipi: si vero ignorans vendiderit, circa fugitivum quidem tenetur, quanti minoris empturus esset, si eum esse fugitivum scisset, circa furem non tenetur: differentiae ratio est, quod fugitivum quidem habere non licet et quasi evictionis nomine tenetur venditor, furem autem habere possumus.*

Si tratta del caso in cui la vendita abbia ad oggetto uno schiavo, del quale si ipotizzano delle anomalie: ad esempio, che sia un schiavo ladro o che sia uno schiavo fuggitivo[50].

In entrambi i casi, riprendendo la soluzione del principio in tema di dolo

[48] In tal senso, si veda anche *infra* il § 7.

[49] M. Talamanca, voce *Vendita*, cit., p. 438.

[50] Sul testo in particolare si veda la discussione della dottrina precedente da parte dell'Honsell, *Quod interest*, cit., p. 84 ss. Si veda, inoltre, L. Vacca, *Ancora,* cit., p. 53.

e riferita a Giuliano, se il venditore era *sciens,* sarà tenuto a risarcire l'interesse del compratore a non essere ingannato: «*praestare debebit, quanti emptoris interfuit non decipi*».

Se il venditore era all'oscuro delle anomalie, occorre operare un '*distinguo*' ulteriore rispetto al tipo di anomalia: «*si vero ignorans vendiderit, circa fugitivum quidem tenetur, quanti minoris empturus esset, si eum esse fugitivum scisset, circa furem non tenetur*». Nel caso dello schiavo fuggitivo il venditore *ignorans* dovrà prestare la differenza del prezzo, rispetto al quale il compratore lo avrebbe comprato (sapendo del difetto); nel caso dello schiavo ladro, invece, il venditore *non sciens* non dovrà alcunchè.

Ulpiano, che qui molto probabilmente sta spiegando la *ratio* a fondamento della sua opinione, chiarisce che il motivo della differenza risiede nel dato secondo cui, rispetto allo schiavo fuggitivo, il compratore non si vede assicurato l'*habere licere,* quasi come nel caso dell'evizione; mentre dello schiavo ladro l'*habere licere,* cioè la disponibilità materiale e funzionale, è continuativamente conseguito. In tal senso, il giurista severiano si esprime anche in

> D. 19.1.11.7 (Ulp. 32 *ad ed.*): *Venditorem, etiamsi ignorans vendiderit, fugitivum non esse praestare emptori oportere Neratius ait.*

Ulpiano riporta il parere di Nerazio sul tema: il *praestare* (*oportere*) del venditore qui invocato racchiude la rispondenza anche del venditore *ignorans* circa l'indole fuggitiva dello schiavo. La *ratio iuris* dell'opinione di Nerazio si estrinseca proprio nell'impossibilità di disporre dello schiavo in modo pieno e pacifico.

Ciò nonostante, ritornando al brano D.19.1.13.1, in molti[51] hanno affermato la non originalità della chiusa ulpianea; tuttavia, a me pare che pur ritenendo probabile qualche inquinamento terminologico, il passaggio testuale possa dirsi affidabile, e ciò tenuto conto proprio della raffinatezza della *ratio* su cui si innesta la differenziazione, che non mi pare possa imputarsi all'azione compilatoria.

Tra le righe dal commento di Ulpiano, infatti, emerge un'articolazione della concessione dell'azione da compera davvero sofisticata, costruita su precisi profili argomentativi interconnessi: se sul piano generale, il difetto dello schiavo, che non fosse conosciuto dal venditore, esonera quest'ultimo dal *teneri actione empti*; su un piano specifico, la valutazione della misura

[51] Per la rassegna delle differenti ricostruzioni del testo e sulla sua originalità si rinvia alla puntuale rassegna di N. Donadio, *Responsabilità del venditore per i vizi della* "res empta"*: a proposito di D. 19.1.13.1 (Ulp. 32 ad ed.)*, in «*Index*», 33, 2005, p. 481 ss.

in cui il difetto incide sulla funzionalità del bene serve per stabilire se il venditore debba considerarsi tenuto comunque a rispondere.

A tal proposito, e così ritorniamo sulla valutazione della causa/funzione concreta del negozio e sulle legittime aspettative dei contraenti, la caratteristica della propensione alla fuga incide in modo rilevante sulla disponibilità del bene schiavo: il compratore, infatti, potrebbe improvvisamente non ritrovarsi più il servo, e l'evento potrebbe anche ripetersi nel tempo. Ulpiano paragona il difetto della tendenza alla fuga all'evizione[52], proprio ad evidenziare la perdita 'tipica' dell'*habere licere* della *res*.

In tal caso, visto il tipo particolare di anomalia che potenzialmente incide sulla disponibilità materiale, ma che non si può dire ne pregiudichi la funzionalità in senso tecnico o meccanico, la differenza del prezzo è un *quantum* congruo secondo i dettami del *bonum et aequuum*.

Diversamente, un servo ladro non pare implicare alcuna limitazione particolare all'impiego funzionale: la tendenza a rubare non costituisce un'alterazione fisica o psichica tale da incidere in negativo sulla disponibilità del bene. Pertanto, non si può considerare il venditore ignaro convenibile in giudizio, neppure per la differenza del prezzo.

6. Actio empti *e* redhibitio*: l'eccezione al sistema di tutela del compratore*

La redibizione del contratto di compravendita era un effetto circoscritto ad ipotesi ben definite dalla disciplina edilizia: la restituzione del bene da parte del compratore, dietro restituzione del prezzo da parte del venditore, sanciva uno scioglimento della vendita, tramite l'azzeramento delle prestazioni.

Ciò era ammesso nel caso di vizi occultati e di false dichiarazioni o promesse di qualità, dapprima limitatamente ad alcune tipologie di beni compravenduti nei mercati, successivamente per tutti i beni oggetto di *emptio venditio*; il rimedio era esperibile entro il tempo limitato di sei mesi dalla conclusione del contratto.

L'impatto della tutela edilizia sull'estensione della sfera applicativa dell'*actio ex empto*, lo si è detto, deve ritenersi piuttosto considerevole; la configurazione di soluzioni in tema di vizi, alterazioni e difformità della cosa, in parte orientate in base allo stato soggettivo del venditore, in parte costruite sulla obiettiva causa del negozio, e in generale produttive di condanne con *quantum* modulati in risposta all'esigenza del caso, è a mio

[52] L. Vacca, *Sulla responsabilità*, cit., p. 17 ss.; B. Cortese, Actio empti, cit., p. 138 ss.

parere la conseguenza di una riflessione scientifica su cui molto hanno inciso le sollecitazioni provenienti dalla *iurisdictio* degli edili curuli. In tal senso, del regime edilizio risulta assorbito, dal punto di vista funzionale, l'effetto estimatorio della *quanti minoris*, di cui abbiamo visto diversi esempi applicativi, nei quali l'*actio empti* risulta esperita per la riduzione del prezzo; mentre più delicato è il collegamento fra l'effetto redibitorio edilizio e l'azione da compera esperita in funzione di scioglimento del rapporto contrattuale[53].

Prescindendo da una ricostruzione puntuale dell'annoso dibattito sul tema, si può sottolineare sostanzialmente il superamento di quella dottrina[54], già citata in precedenza, che riconduceva alle ipotesi dei *vitia* dolosamente taciuti e delle affermazioni false sull'inesistenza di difetti in realtà presenti, o sulla presenza di qualità o caratteristiche mancanti, l'esperimento dell'*actio empti* per il solo risarcimento del danno (*quanti emptoris intersit se non esse deceptum*), escludendo che l'azione potesse essere concessa in altre forme e con altri presupposti, ivi compresa in forma di risoluzione con o senza la presenza del dolo *in contrahendo*[55].

A tal proposito, occorre ribadire preliminarmente quanto già osservato dal Talamanca[56], ossia che il fenomeno dello "scioglimento" del contratto non

[53] Non si riporta nel dettaglio l'annoso dibattito circa il riconoscimento dell'*actio empti* in funzione redibitoria e che ha visto in sostanza contrapporsi il Wlassak, che sosteneva il passaggio dell'*actio redhibitoria* edilizia al tribunale pretorio, tramutandosi in *actio empti ad redhibendum* e il Bechmann, che negava la sovrapposizione fra i due sistemi: cfr. M. Wlassak, *Zur Geschicte der* 'negotiorum gestio', Fischer, Jena, 1879, p. 170 ss.; A. Bechmann, *Der Kauf*, cit., p. 174 ss. Per una puntuale rassegna delle principali ricostruzioni del rapporto fra i due rimedi cfr. N. Donadio, *Azioni edilizie e interdipendenza delle obbligazioni*, in *La compravendita e l'interdipendenza*, II, cit., p. 457 ss., specialmente p. 458 nt. 4.

[54] V. Arangio Ruiz, *La compravendita*, II, cit., p. 360; M. Kaser, *Das römische Privatrech*[2] I, cit., p. 558; G.Impallomeni, *L'editto*, cit., p. 26 ss.

[55] Di epoca giustinianea sarebbe l'estensione dell'azione contrattuale per i vizi e la mancanza di qualità esperibile nella forma della *quanti minoris* e *redhibitoria* a tutela di obbligazioni nascenti *ipso iure* dal contratto: V. Arangio Ruiz, *La compravendita*, II, cit., p. 397; G. Impallomeni, *L'editto*, cit., p. 296; L. Garofalo, *Le azioni edilizie e la direttiva 1999/44/CE*, in *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica europea*. Saggi, Cedam, Padova, 2005, p. 26, nt. 30.

[56] M. Talamanca, *La risoluzione della compravendita e le conseguenti azioni di restituzione nel diritto romano*, in *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione* a cura di L. Vacca, Giappichelli, Torino, 2006, p. 6 ss. Le dinamiche sottese al tema dell'invalidità/inefficacia del negozio romano erano molteplici, sia nei presupposti, sia negli effetti collegati all'azione negoziale impiegata con funzione "risolutoria". In particolare, nell'àmbito dei contratti sinallagmatici, la risoluzione era connessa alle dinamiche della responsabilità dell'inadempiente e non a quella dell'efficacia/validità del contratto; pertanto gli effetti dello scioglimento si articolavano sostanzialmente fra risarcitori e restitutori, questi ultimi, peraltro, non necessariamente collegati direttamente all'azione

era dai romani, in generale, trattato come risposta ad una o più specifiche "patologie" del negozio.

Volendo procedere per via strettamente analitica, va, però, prima precisato che il rapporto, ove individuabile, fra risoluzione e quella zona più ristretta che si definisce, generalmente, 'responsabilità' non deve implicare che la "risoluzione" di un contratto tutelato da *iudicium bona fidei* fosse necessariamente collegata all'aspetto del dolo dell'inadempiente[57]: nell'*emptio venditio* la *redhibitio ex actione empti*, infatti, atterrebbe anch'essa alla violazione del *praestare rem*, come contenuto generale dell'obbligazione del venditore, dai profili molteplici, e di cui il *purgari dolo malo* non ne costituiva che uno soltanto.

A corredo di quanto ora osservato, si pone un testo di Ulpiano in cui si presenta lo scioglimento del contratto come un effetto collegato all'*actio empti*:

> D. 19.1.11pr.-3 (Ulp. 32 *ad ed.*): *Ex empto actione is qui emit utitur.* 1. *Et in primis sciendum est in hoc iudicio id demum deduci, quod praestari convenit: cum enim sit bonae fidei iudicium, nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter contrahentes actum est. Quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate.* 2. *Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere: quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum, si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat, si modo pretium est numeratum aut eo nomine satisfactum. Emptor autem nummos venditoris facere cogitur.* 3. *Redhibitionem quoque contineri empti iudicio et Labeo et Sabinus putant et nos probamus.*

Il testo, già esaminato in merito alla descrizione dell'*emptio venditio* nella prospettiva processuale, quindi della concessione dell'*actio* e che ritaglia il contenuto dell'obbligazione del venditore (così come quella del compratore), al §3 riporta la redibizione quale fenomeno collegato al *iudicium empti*, come da opinione di Labeone e Sabino, confermata dallo stesso Ulpiano[58].

contrattuale, se non in casi isolati, in generale, seguendosi, piuttosto, dei percorsi "procedurali" autonomi rispetto all'azione, come quello delle *condictiones* o quelle delle *restitutiones in integrum*.

[57] Sottolineava ancora il Talamanca che «il dolo non dà luogo nella compravendita ad effetti sostanzialmente riconducibili alla nullità o all'inefficacia del negozio da cui poi scaturiscano effetti restitutori o risarcitori»: M. Talamanca, voce *Vendita*, cit., p. 438 ss. Io propenderei per l'esclusione della limitazione di taluni effetti, ivi compreso quello redibitorio, ai soli casi di dolo, segnatamente di *dolus in contrahendo*.

[58] Ne escludono l'originalità V. Arangio Ruiz, *La compravendita*, cit., p. 398; G. Impallomeni, *L'editto*, cit., p. 241 ss. Lo ritiene affidabile C.A. Cannata, *Sul problema*, cit., p. 130 ss.; L. Vacca, *Ancora*, cit., p. 58; Ead., *Risoluzione*, cit., p. 96; N. Donadio,

Continua, dunque, il fil rouge fra la giurisprudenza del primo principato, di entrambe le sponde, Proculiana e Sabiniana, e la giurisprudenza tardoclassica, quella dei severiani, con il loro lavoro di sintesi scientifica.

Certo, l'affermazione, in tono con il brano, è laconica; quasi una norma codicistica. Ed infatti è solo dall'analisi di altri testi, quei pochi a cui faceva riferimento il Talamanca[59], che si ha la dimensione della reale operatività dell'effetto redibitorio.

Uno dei brani che si presenta al riguardo particolarmente significativo è del solito Ulpiano, ed ancora una volta è estratto dal libro 32 del commentario all'editto:

> D. 19.1.11.5 (Ulp. 32 *ad ed.*): *Si quis virginem se emere putasset, cum mulier venisset, et sciens errare eum venditor passus sit, redhibitionem quidem ex hac causa non esse, verum tamen ex empto competere actionem ad resolvendam emptionem, et pretio restituto mulier reddatur.*

Il caso[60] riguarda l'acquisto di una schiava da parte di compratore per errore, di cui il venditore è a conoscenza, ritiene essere vergine, e che invece è una schiava già donna. La redibizione, dice Ulpiano, per tale causa non è concessa; tuttavia, al compratore compete l'azione da compera *ad resolvendam emptionem*, per la restituzione del prezzo e della schiava 'donna'.

Il testo è ritenuto da parte della dottrina interpolato sul finale; l'inciso «*verum tamen ex empto competere actionem ad resolvendam emptionem, et pretio restituto mulier reddatur*» sarebbe un'aggiunta compilatoria[61]. Osserva, tuttavia, in modo condivisibile Letizia Vacca[62] che il tenore della soluzione è perfettamente in linea con gli orientamenti assunti dalla giurisprudenza precedente, soprattutto quella adrianea[63], ma, aggiungerei anche, più indietro, con le opinioni Servio, Labeone[64] e Sabino, che attribuivano in via

La tutela, cit., p. 203.

59 M. Talamanca, *La risoluzione*, cit., p. 5 ss.

60 D. Medicus, Id quod interest, cit., p. 146 s.

61 G. Beseler, *Beiträge*, cit., p. 79; P. Stein, *Fault in the Formation of the Contract in Roman Law and Scots Law*, Edimburg-London, 1958, p. 19. Per la fattura compilatoria dell'intero testo: A.M. Honorè, *The History*, cit., p. 157 ss.; L. Garofalo, *Le azioni edilizie*, cit., 26, nt. 30, il quale però cautamente rivede la classicità del brano in *Scienza giuridica*, *Europa, Stati: una dialettica incessante*, in *Fondamenti e svolgimenti*, cit., p. 130 nt. 39.

62 L. Vacca, *Ancora*, cit., 58, p. nt. 58.

63 Così anche N. Donadio, *La tutela*, cit., p. 173 ss.; G. Rossetti, *Interdipendenza delle obbligazioni e risoluzione della* emptio venditio*: alcune soluzioni casistiche della giurisprudenza romana*, in *La compravendita e l'interdipendenza*, cit., II, p. 5 ss.

64 Così, seppur attraverso argomentazioni non sempre condivisibili, E. Parlamento, *Labeone*, cit., p. 16 ss.

progressiva e con intensità sempre maggiore una specifica rilevanza alla causa concreta del contratto.

In tal senso, Ulpiano, che esclude la *redhibitio* edilizia perchè consapevole che la "mancanza" di verginità della schiava non costituisce un vizio, attribuisce un particolare rilievo alla incidenza della presunta caratteristica sulla volontà di stipulare la compravendita: per meglio intendere, la verginità della serva è la ragione dell'acquisto; la presenza di tale caratteristica o "qualità" incide, dunque, sulla determinazione causale del negozio. Il compratore non avrebbe acquistato quella specifica schiava se avesse saputo che era donna, desiderando acquistare una vergine: la causa concreta del contratto subisce uno squilibrio per via della mancata volontà del compratore di acquistare quel bene, e che non giustifica il mantenimento dell'efficacia del rapporto negoziale. Tuttavia, non si tratta di una soluzione dettata da mere ragioni di opportunità, di "best practice commerciale": la soluzione individuata in modo univoco, infatti, racchiude dei profili tecnici. L'acquisto avviene in errore, non un *error in substatiam* ma un *error in qualitate*; il venditore ne è consapevole, e, pur non provocando in alcun modo tale situazione, pone in essere un comportamento scorretto, secondo i dettami del criterio della *fides bona* generale cui è improntato il negozio. La specificazione di questi due profili serve da un lato a giustificare l'esclusione di un annullamento del contratto per l'*error in qualitate*[65], dall'altro lato, essendo preclusa l'applicabilità del regime di tutela edilizia per mancanza di vizi occulti o qualità dichiarate o promesse, serve a motivare la concessione dell'*actio* che sancisce la rispondenza del venditore[66].

Se ne ricava che Ulpiano, proprio perchè si trattava di un difetto nella determinazione causale del negozio, ritenesse maggiormente conforme ai canoni di buona fede risolvere il contratto, azzerandone gli effetti attraverso reciproche restituzioni: come efficacemente sintetizzato da Letizia Vacca «l'errore veniva ad incidere sull'assetto fondamentale degli interessi che il compratore intendeva realizzare attraverso quel negozio, assetto la cui tutela era imposta dall'interpretazione del contratto secondo buona fede, ed era tecnicamente resa possibile dall'utilizzazione della flessibilità della *condemnatio* contrattuale, nonchè dall'ampiezza dell'*officium iudicis* nella fase della decisione della controversia»[67].

Il Talamanca[68] preferisce parlare di un intervento dettato da ragioni

[65] Già il Talamanca sottolineava l'anomalia rispetto alle ipotesi di una formazione viziata della volontà negoziale, voce *Vendita*, cit., p. 443.
[66] M. Talamanca, voce *Vendita*, cit., p. 443.
[67] L. Vacca, *Ancora*, cit., p. 61. Così anche M. Talamanca, voce *Vendita*, cit., p. 443.
[68] M. Talamanca, voce *Vendita*, cit., p. 443 nt. 1453.

socio-economiche più che giuridiche, il che forse tende troppo ad isolare degli aspetti che nell'ottica romana non erano così scindibili, soprattutto nel campo del diritto commerciale, e segnatamente nei rapporti fondati sulla *bona fides*. A tale indirizzo interpretativo si allinea la lettura del Procchi[69], che ritenendo poco verosimile l'idea dell'incidenza sulla determinazione causale dell'errore, tale da giustificare lo scioglimento del contratto, vede nella opinione ulpianea un imbarazzo evidente, dettato dalla difficoltà o impossibilità di quantificare un interesse ad avere una schiava vergine, sì da ricorrere all'*actio ad resolvendam emptionem* come soluzione "politicamente" più corretta.

In realtà, a me pare che non essendosi in presenza di un vero *dolus in contrahendo* – dal momento che il venditore non induce all'errore in alcun modo il compratore dichiarando qualità o caratteristiche inesistenti, nè celandone l'assenza di altrettante richieste, ma piuttosto viola la *bona fides* generale, non premurandosi diligentemente di correggere tale errore o anche solo di assicurarsi che non vi fosse un errore dal parte del compratore – la tutela orientata all'integrale copertura del danno sarebbe parsa troppo gravosa, se non del tutto iniqua. Peraltro, alcun danno, se non all'interesse ad avere la cosa (con le difficoltà in cui, effettivamente, come rileva il Procchi[70], si sarebbe incorsi) si può identificare in una siffatta ipotesi.

Semmai, avrebbe trovato una giustificazione logico-giuridica la riduzione del prezzo, alla luce delle soluzioni enucleate dalla giurisprudenza romana precedente e contemporanea ad Ulpiano. Ma non essendoci un vizio, verosimilmente anche l'*actio empti praestaturum, quanti minoris esse empturus*', non sarebbe risultata fondata: quale sarebbe stata la diminuzione del valore da ricostruirsi secondo le logiche di mercato?

Mi sembra, dunque, che in relazione alla valutazione complessiva di specifiche ipotesi, senza dubbio isolate come osservato dal Talamanca, l'impossibilità di realizzazione della funzione concreta del negozio potesse, anzi dovesse, determinare l'orientamento delle soluzioni prudenziali nel verso dello scioglimento del rapporto, nel rispetto della buona fede che governa il negozio, e, sotto il profilo strettamente obbligatorio, della tutela del principio sinallagmatico, essendo oggettivamente preclusa la realizzazione dell'interesse negoziale del compratore. In tal senso, non se ne ricava certo l'elaborazione di un sistema generale di tutela fondato sulla risoluzione contrattuale[71], quanto piuttosto l'ampliamento della sfera

[69] F. Procchi, 'Dolus', cit., pp. 207-208.
[70] F. Procchi, 'Dolus', cit., p. 207.
[71] Anche di recente, in dottrina, seppur con riguardo allo specifico tema delle qualità dichiarate o promesse del bene venduto (*dicta vel promissa*), è stata affermata la impossibilità di reperire all'interno della compilazione soluzioni prudenziali orientate alla

applicativa dell'azione da compera in funzione di *redhibitio* a casi ben precisi ed inerenti alla rilevanza dell'alterazione o della mancanza di qualità del bene rispetto alla causa concreta della specifica compravendita. Tale affermazione ben pare collocarsi nel quadro finora prospettato circa le direttrici, appunto, '*bona fides*' e '*synallagma*' lungo cui era tracciata la linea della concessione del rimedio contrattuale.

7. *Approfondimenti sulla casistica in tema di vizi della* res empta *e della* res locata

Un esempio efficace dell'approccio casistico per l'individuazione della soluzione più corretta per il singolo caso, che pur si inserisce in un sistema di *rationes decidendi* al suo interno riportato sempre a coerenza, è dato dal rapporto fra la soluzione in tema di locazione agraria e quella relativa al pascolo con erba velenosa, entrambe riportate da Ulpiano, già in precedenza esaminate sotto altri profili:

> D. 19.2.15.2 (Ulp. 32 *ad ed.*): *Si vis tempestatis calamitosae contigerit, an locator conductori aliquid praestare debeat, videamus. Servius omnem vim, cui resisti non potest, dominum colono praestare debere ait, ut puta fluminum graculorum sturnorum et si quid simile acciderit, aut si incursus hostium fiat: si qua tamen vitia ex ipsa re oriantur, haec damno coloni esse, veluti si vinum coacuerit, si raucis aut herbis segetes corruptae sint. Sed et si labes facta sit omnemque fructum tulerit, damnum coloni non esse, ne supra damnum seminis amissi mercedes agri praestare cogatur. Sed et si uredo fructum oleae corruperit aut solis fervore non adsueto id acciderit, damnum domini futurum: si vero nihil extra consuetudinem acciderit, damnum coloni esse. Idemque dicendum, si exercitus praeteriens per lasciviam aliquid abstulit. Sed et si ager terrae motu ita corruerit, ut nusquam sit, damno domini esse: oportere enim agrum praestari conductori, ut frui possit.*

> D. 19.2.19.1 (Ulp. 32 *ad ed.*): *Si quis dolia vitiosa ignarus locaverit, deinde vinum effluxerit, tenebitur in id quod interest nec ignorantia*

concessione dell'*actio empti ad resolvendam emptionem* o *ad redhibendum* sul presupposto di una difformità tra le qualità promesse e quelle realmente esistenti, pur riscontrandosi applicazioni dell'azione contrattuale di buona fede per ampliare il contenuto della relativa *condemnatio* fino a includere un effetto assimilabile a quello dell'azione edilizia: N. Donadio, *Qualità promesse*, cit., p. 42.

> *eius erit excusata: et ita Cassius scripsit. Aliter atque si saltum pascuum locasti, in quo herba mala nascebatur: hic enim si pecora vel demortua sunt vel etiam deteriora facta, quod interest praestabitur, si scisti, si ignorasti, pensionem non petes, et ita Servio Labeoni Sabino placuit.*

Nel primo testo, fra gli eventi non riconducibili alla massima serviana di *vim cui resisti non potest dominum colono praestare debet,* sono considerate le ipotesi di '*vinum coacuerit, raucis aut herbis segetes corruptae sint*', ovvero di vino inacidito e messi guastate da erbacce o da vermi, ricondotte nel brano ai *vitia in re ipsa* e che escludono la rispondenza del locatore, venendo queste addossate come eventi al colono.

Nel secondo testo si fa riferimento alle *res vitiosae*, come l'erba velenosa che contamina il pascolo '*saltum pascuum in quo herba mala nascebatur*', che se da questi è conosciuta e non dichiarata, lo obbliga a rispondere per l'*id quod interest*, e che se ignorata dal locatore non ne determina la responsabilità, ma tuttavia esclude il suo diritto ad avere la controprestazione, ossia il canone.

Sottolinea il Nicosia[72], e come già in parte evidenziato, che l'ipotesi di erba o di vermi che danneggiano le coltivazioni (o del vino guastato) non possono considerarsi vizi della cosa, *vitia in re ipsa*, nel senso di vizi preesistenti alla locazione e connaturati alla *res*, come invece ritenuto da parte della dottrina precedente[73]. Ed in effetti se il vino inacidisce, non si vede la ragione per parlare di un difetto del terreno: si tratta di un difetto del prodotto che insorge dopo la realizzazione del prodotto stesso e di cui certo non può rispondere il locatore[74].

Tuttavia, sulle erbacce o sugli insetti che guastano le messi, tenderei a creare un *distinguo*, non tanto in termini di soluzione, che pure si allinea all'ipotesi del vino guasto, quanto in termini di elementi di fatto da prendere in considerazione nella diagnosi del caso. Infatti, se il fondo è infestato da insetti o da erbe che producono un danno alla coltivazione del colono, non si può escludere a priori che si tratti di *vitia* della cosa locata. Al pari del *pascus* dove cresce la *mala herba*, il fondo può presentare delle caratteristiche che danneggiano l'utilizzo del terreno, che sia coltivato o che sia usato per pascolare. Il vizio colpisce, danneggiandoli, sia le messi sia il bestiame.

Tuttavia, come sottinteso nell'ottica delle soluzioni proposte, le erbacce

[72] G. Nicosia, *La responsabilità*, cit., p. 409 ss.

[73] E. Costa, *La locazione*, cit., p. 50 ss.; e, con oscillazioni che non inducono a cogliere nel segno, cfr. anche M. Kaser, Periculum, cit., p. 176 ss.; Th. Mayer-Maly, Locatio-conductio, cit., p. 161 ss.

[74] Così anche F. Sitzia, *Considerazioni*, cit., p. 335; P. Pinna Parpaglia, Vitia ex ipsa re. *Aspetti della locazione in diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1983, in particolare p. 9 ss.

o gli insetti possono subentrare durante la conduzione del fondo (*vitia quae ex re ipsa oriuntur*) e magari derivare da cause riconducibili al conduttore: queste ipotesi non rientrano nella sfera di controllo del *locator*.

In tal senso, la soluzione in entrambi i testi è coerente: il locatore non risponde mai, a meno che non fosse dolosamente a conoscenza del vizio, che però per essere conoscibile e conosciuto deve preesistere alla locazione. Soltanto che nel brano di Ulpiano in tema di *locatio* agraria, il profilo del dolo del locatore non viene giustamente trattato, essendo incentrato sulle ipotesi di eventi incidenti sulla locazione e di cui è chiamato a rispondere il *dominus* del terreno, oppure di eventi che, pur incidendo sulla locazione, ne escludono l'*actione ex conducto teneri* con sopportazione del danno a carico del colono-conduttore; mentre nel testo dei *dolia vitiosa* il profilo su cui si concentra la soluzione è proprio la responsabilità per vizi della cosa, e dunque si pone in evidenza che il locatore è responsabile nelle ipotesi di dolo, laddove il vizio fosse conosciuto (quindi responsabile per l'*id quod interest*), oppure ove il vizio non fosse conosciuto, ed essendo non conoscibile ne risponde nei limiti del canone (con estinzione della pretesa al pagamento). Ipotesi, questa, che, abbiamo detto, non rientrava nei comportamenti attesi dal locatore, quindi nella diligenza, per l'impossibilità di verificare che il pascolo fosse incontaminato, e per la quale, dunque, l'*ignorantia excusabat*.

8. *Alcune osservazioni conclusive*

Le riflessioni che scaturiscono dalla analisi di tali testi inducono a concludere che il tema dei vizi della *res* non fosse oggetto di una riflessione che si astraesse dalle dinamiche caratterizzanti la tutela del contraente in caso di inadempimento contrattuale; e che tale riflessione venisse giustamente condizionata da elementi in rapporto di stretta connessione reciproca, come la '*bona fides*', l'equilibrio delle prestazioni sinallagmatiche, sul piano generale il tipo di contratto, la sua funzione economica concreta e i fatti caratterizzanti la singola vicenda contrattuale, compreso l'atteggiamento e la condotta dei contraenti, nello specifico.

In tal senso, non si può ragionevolmente isolare dall'operazione di estensione della sfera di applicazione dell'azione da contratto l'ipotesi dei vizi della cosa, àmbito che si trascina dietro anche l'ipotesi di mancanza di qualità, dichiarate o promesse su cui il contraente abbia fatto affidamento al momento della stipula del contratto. L'obbligazione del venditore di

trasmettere e assicurare l'‘*habere licere*’ e del locatore il ‘*frui licere*’ nell'ottica della riflessione romana assume un contenuto sempre più definito, man mano che l'*actio* veniva reputata esperibile dal contraente che non conseguiva la prestazione attesa: i testi danno conto dell'incidenza del fenomeno dei vizi, tali da pregiudicare la funzionalità del bene (e che giustificava il sorgere del rapporto contrattuale); fenomeno che, attraverso la concessione dello strumento processuale, viene progressivamente inquadrato nell'àmbito dell'inadempimento dell'obbligazione di *praestare*, a carico del locatore o del venditore.

Il criterio della buona fede costituisce il cardine di questa riflessione e del relativo inquadramento, poichè, come si è cercato di evidenziare durante la trattazione, la *bona fides* regge e disciplina l'intero rapporto contrattuale indicando il perimetro entro cui il comportamento delle parti deve rientrare: così che il venditore non si libera trasmettendo il solo pieno e pacifico godimento del bene, nel senso della disponibilità materiale e garantendo il compratore dall'evizione, in quanto vizio giuridico; il pieno e pacifico godimento del bene implica anche che il bene abbia una natura idonea alla funzione che giustifica il suo acquisto, che sia dunque esente da vizi materiali[75]. Altrettanto deve dirsi del *locator*, tenendo conto che il *frui licere* implicando il godimento del bene locato, non può prescindere dalla funzionalità del bene o della mancanza di vizi e difformità che lo rendano inidoneo rispetto all'utilizzo che il conduttore intende farne.

A tal riguardo, la buona fede rappresenta l'indicatore della presenza del fenomeno dell'inadempimento, o dell'adempimento inesatto per utilizzare le nostre figure giuridiche, sulla base del quale indicatore occorre ulteriormente precisare in che termini e in che limiti intervenire attraverso la concessione dell'azione contrattuale.

Ovviamente, la concessione della tutela che si snoda lungo le linee dell'approccio casistico, evidenza una articolata modulazione dello strumento processuale, che viene “tarato” sul singolo caso, in ragione di elementi differenti.

Ha un'incidenza rilevante, senza dubbio, l'atteggiamento, e, dunque la condotta, dell'inadempiente in relazione al fatto che ha generato l'inadempimento: abbiamo visto parlare di *dolo*, di *scientia*, di *ignorantia*, e in diversi casi abbiamo visto sottintendere la colpa, nella sua più significativa espressione: la *negligentia*.

Ma non solo, vi sono casi in cui il contegno della parte non assume rilevanza, o la assume parzialmente, agganciandosi l'*an* dell'*actio*, e

[75] L. Vacca, *Risoluzione*, cit., p. 101 ss.

soprattutto il suo *quantum*, ad altri elementi di valutazione.

Fra questi elementi, osserviamo il tipo di contratto, il tipo di bene oggetto del contratto e tutto ciò che concorre alla formazione del programma contrattuale, ovvero la sua funzione concreta: così che sotto il profilo della tutela per i vizi, la *locatio* di un fondo si distingue dalla *locatio* degli otri, la vendita dello schiavo si distingue dalla vendita di materiale edilizio o di vino.

In tal modo, lungo tutta la giurisprudenza classica, con principi di cui è evidente l'addentellato sull'attività rispondente repubblicana (Servio, principalmente) si sviluppa un sistema di regole di rispondenza, che solo in parte si sovrappone al fenomeno della responsabilità contrattuale, irrigidita dalla moderna dogmatica, con larga complicità dei giustinianei, sul criterio della colpa.

La rispondenza si attiva se si verifica il 'fatto' dell'inadempimento: è prioritario, dunque, per la concessione della tutela l'accertamento che vi sia stato un evento che abbia inciso sull'*habere licere* o sul *frui licere* che la parte doveva *praestare*, cioè assicurare.

In tal senso, la *bona fides* funge da fondamentale criterio di valutazione, poichè consente di determinare ove vi sia stato inadempimento, non solo nel senso di totale inesecuzione della prestazione, ma anche dove la parziale o l'inesatta esecuzione abbia inciso sull'aspettativa della controparte, ledendo il suo affidamento contrattuale appunto, e generando, dunque, l'inadempimento. Questa operazione di valutazione-accertamento non può che basarsi sul tipo di negozio, sulla sua funzione e sull'interesse che le parti legittimamente attendevano di conseguire.

In rapporto a questi elementi, il *quantum* della rispondenza sarà determinato anche tenuto conto della gravità del contegno dell'inadempiente, per cui il dolo (o la *scientia*) sono sempre prodromiche del '*praestare id quod interest*', nelle sue varie forme di concretizzazione; altresì, sarà considerata la gravità dell'inadempimento, per cui in certi casi, anche in assenza di dolo, si avranno *quantum* comprensivi del danno subìto dal contraente fedele (pensiamo agli otri non integri, venduti o locati, caso in cui l'*ignorantia vitii non excusat*).

Tuttavia, la buona fede interviene anche come limite alla rispondenza: essa governa, infatti, anche la delimitazione, non solo delle ipotesi in cui l'inadempiente non risponde, ma dei termini della rispondenza, ove, ad esempio, questi non abbia alcun rapporto col fatto che ha determinato l'inadempimento. In tali casi, il limite *ex fide bona* impone che la rispondenza si circoscriva al ripristino dell'equilibrio fra le prestazioni, nel

rispetto dell'elemento oggettivo, il sinallagma, che governa il rapporto fra le obbligazioni e segna l'interdipendenza delle prestazioni. Avremo, dunque, una rispondenza, ma non una responsabilità, nei limiti del prezzo pagato o nei limiti del canone percepito.

Capitolo Quarto

Tra 'modello romano' e soluzioni attuali

Sommario: 1. I difetti di una prospettiva statica. Premessa – 2. La responsabilità per inadempimento contrattuale nel diritto italiano: un inquadramento generale – 3. Inadeguatezza della normativa codicistica italiana: l'esempio della tutela del compratore in caso di vizi – 3.1. Tentativi di inquadramento dogmatico – 3.2. La conformità del bene: una soluzione a metà – 3.3. Le difficoltà della giurisprudenza – 4. Osservazioni critiche – 5. Brevi considerazioni sul ruolo della buona fede – 5.1. Buona fede e causa concreta.

1. *I difetti di una prospettiva statica. Premessa*

Quando si parla di modello giuridico si fa riferimento ad un disegno generale, frutto del consolidamento di regole che mostrano una elevata coerenza interna. Eppure, il fenomeno giuridico a cui il modello è volto in funzione di composizione – di 'ordine' – non necessariamente trova una continuità nel tempo: non è quindi un problema, almeno non lo è esclusivamente, di utilità o autenticità di uno specifico modello; ma spesso di rintracciabilità del fenomeno giuridico a cui il modello guarda.

Con riguardo al tema della responsabilità contrattuale e del più ampio tema della rispondenza processuale derivante da contratto, la tradizione romanistica fondata sul *Corpus iuris civilis* ha dato vita a diversi modelli e ad altrettante soluzioni in risposta a specifiche esigenze contingenti.

In merito, si è già dato conto della profonda influenza esercitata dalle differenti costruzioni concettuali inerenti alla responsabilità soggettiva, fondata sulla colpa (quale criterio minimo di imputabilità) e la responsabilità oggettiva, come fenomeno ibrido, a cavallo fra il sistema della garanzia, quello della violazione di regole oggettive di condotta e delle regole di rischio.

In tal senso, nelle maglie delle riflessioni già svolte, è emersa l'incapacità di soddisfare le più articolate e complesse dinamiche che generano la rispondenza processuale per effetto della mancata realizzazione del programma contrattuale dalle parti concordato, o oggettivamente previsto dai singoli 'regimi' negoziali, tipiche del diritto romano classico, che nella parte del *Corpus iuris* sono confluite non senza sostanziali modifiche.

Osserva Letizia Vacca che proprio con riferimento al diritto romano classico di matrice prudenziale, non è possibile parlare nè di criterio soggettivo (responsabilità per dolo o colpa) nè di un criterio oggettivo (attribuzione del *periculum*), perlomeno assumendo l'uno o l'altro come criteri generali e fra loro incompatibili[1]. La prospettiva processuale, per il tramite della quale i giuristi esplicitavano l'àmbito di esperibilità dell'azione giudiziaria, implicava che l'elemento di riferimento fosse sempre il '*dare facere (praestare) oportere*', cioè l'inadempimento processualmente tutelabile, e non la determinazione della 'responsabilità del debitore'.

Il carattere della buona fede delle *actiones* a tutela dei contratti consensuali qui considerati, *emptio venditio* e *locatio conductio rei*, ampliava il raggio d'azione dello strumento processuale, andando a creare una generale area di rispondenza all'interno della quale si perdono i confini operativi dei criteri di valutazione (che *ex post* la scienza giuridica ha preteso di individuare), fondendosi fra loro aspetti oggettivi della vicenda negoziale e profili soggettivi più strettamente connessi al comportamento delle parti contraenti, realizzato e/o atteso.

Tutto ciò che pregiudicava l'*habere licere* o il *frui licere* che la parte era tenuta a '*praestare*', ovvero ad assicurare come risultato legittimamente atteso e su cui faceva affidamento la controparte, dischiudeva la via per la concessione dell'azione, la cui funzione di tutela si concretizzava attraverso l'*aestimatio litis* giudiziale e la determinazione della condanna (sempre pecuniaria) da parte del *iudex*, il cui *officium,* a sua volta, come più volte sottolineato, era improntato al *bonum et aequum*, per proprio effetto della particolare natura dei *iudicia bonae fidei*.

La giurisprudenza romana, tardo repubblicana e classica indicava le direttive di questa operazione di accertamento dell'inadempimento tutelabile come mancata attuazione del programma contrattuale, che, nell'àmbito specifico di cui qui si tratta, si traduceva nella valutazione dell'inadempimento dell'obbligazione di *praestare*, quindi trasmettere e assicurare, l'*habere licere* e il *frui licere*, traslato, nell'ottica processuale, nel così detto *an* dell'*actio,* e nell'opportuno orientamento della condanna in ragione dello specifico caso, il suo così detto *quantum*.

In tale quadro, le nostre moderne costruzioni dogmatiche relative all'imputabilità per dolo o per colpa, o relative al rischio, all'impossibilità della prestazione, alla violazione del sinallagma contrattuale, possono certo trovare una corrispondenza nell'esperienza romana, ma mai una sintesi concettuale unitaria. Ciò perchè il sistema romano, soprattutto quello

[1] L. Vacca, *Osservazioni*, cit., pp. 2-3.

precedente alla compilazione, nei suoi tratti essenziali è un *unicum*; ed in quanto tale, qualunque esperienza, per quanto ad esso sia tradizionalmente collegato, non può linearmente e, soprattutto funzionalmente, riproporne modelli e soluzioni. Quel che semmai è auspicabile è un ripensamento dell'approccio metodologico, a favore di un'ottica analitica, che prediliga l'osservazione dei fenomeni nella loro manifestazione concreta, tenendo conto del contesto particolare dei contratti commerciali in cui occorre contemperare esigenze specifiche, spesso in rapporto conflittuale, come la salvaguardia dell'autonomia contrattuale, la tutela dei singoli contraenti, in specie del contraente debole e quello della preservazione dei principi giuridici generali dell'ordinamento, come la certezza del diritto.

In tal senso, non dovrebbe risultare "peregrina" una «riflessione stratigrafica di cui non può non essere attore anche il giurista dotato di specifiche conoscenze storiche» alla luce di una «dogmatica giuridica, intesa come scienza del diritto, che non rinunci a nessuna delle sue radici, riaffermandone anche nella specie – al di là dei confini disciplinari divenuti ormai canonici – il ruolo decisivo nell'organizzazione coerente e razionale del dato normativo: due connotazioni che, più in generale, sono essenziali – è opportuno sottolinearlo – per dare scientificità allo studio della fenomenologia giuridica, rendendolo riconoscibile e, quindi, controllabile»[2].

2. *La responsabilità per inadempimento contrattuale nel diritto italiano: un inquadramento generale*

Nell'àmbito della esperienza giuridica europea continentale, a base di diritto codificato, quella del nostro ordinamento forse più di tutti evidenzia i difetti di una 'prospettiva statica', con riferimento al tema della responsabilità contrattuale (ma non solo), in contrapposizione al quadro dinamico caratterizzante l'esperienza giuridica romana.

Il nostro ordinamento costruisce testualmente la responsabilità contrattuale sull'elemento dell'imputabilità dell'inadempimento in quanto oggettiva mancanza o inesatta attuazione del vincolo obbligatorio (art. 1218 cod. civ.)[3] e prevede la risarcibilità del danno derivato al contraente per effetto

[2] V. Mannino, *Le tutele per le anomalie del bene venduto tra antico e postmoderno,* ora in *Questioni di diritto*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 178.

[3] Per un primo inquadramento generale: C.M. Bianca, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del codice civile* a cura di V. Scialoja e G. Branca, Zanichelli, Bologna-Roma, 1979, p. 1 ss.; A. Di Majo, voce *Responsabilità contrattuale*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XVII,

dell'inadempimento, salvo che il debitore non provi che l'inadempimento, o l'inesatto adempimento, sia dovuto a causa a lui non imputabile[4].

Secondo la ricostruzione tradizionale, stante il riferimento all'imputabilità, il sistema della responsabilità tradizionalmente può dirsi fondato sul criterio soggettivo della colpa: essendo solo l'evento non prevedibile, nè evitabile con l'uso della ordinaria diligenza, l'unica causa di esclusione della convenibilità in giudizio del contraente inadempiente[5] come da combinato disposto fra art. 1218 e art. 1176 del cod. civ.[6].

Non v'è dubbio che tale costruzione sia stata oggetto di critiche e dibattiti oltremodo articolati[7], in cui, in sostanza, all'idea della colpa come

Utet, Torino, 1998, p. 25 ss. Per una generale ricognizione del panorama delle teorie sulla responsabilità contrattuale, cfr. la letteratura citata alla nt. 7.

[4] La norma, finalizzata espressamente a garantire la tutela sostanziale della posizione creditoria, senza dubbio va incontro a dei temperamenti, frutto del coordinamento, soprattutto, con la disposizione di cui all'art. 1176 cod. civ. in materia di diligenza nell'adempimento dell'obbligazione (quella media del "buon padre di famiglia") in conseguenza della quale, il debitore che, nonostante abbia agito con la diligenza richiesta, non abbia potuto adempiere all'obbligazione, o non lo abbia fatto in modo esatto, sarà comunque esonerato dalla responsabilità risarcitoria.

[5] Fatte salve le eccezioni come quella relativa alla responsabilità per custodia, c.d. *ex recepto*, collegata ad alcune ipotesi contrattuali, riconducibili unitariamente al contratto di deposito (artt. 1766 ss. cod. civ.) su cui si veda soprattutto G. D'amico, *La responsabilità* ex recepto *e la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, in «Riv. dir. civ.», 2006, soprattutto p. 106 ss. Il tema oltremodo complesso delle forme di responsabilità oggettiva di matrice normativa non è qui oggetto di analisi; si rinvia ad alcuni testi essenziali: V. Roppo, *Responsabilità oggettiva e funzione deterrente: note sparse*, in «Nuova giurisprudenza civile commentata», 2008, II, p. 298 ss.

[6] Art. 1176: «Nell'adempiere l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia». «Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata».

[7] Non è naturalmente questa la sede per poter tentare anche solo di sfiorare la questione se la responsabilità per l'inadempimento dell'obbligazione debba essere considerata in senso oggettivo, oppure, viceversa, nel senso che il debitore risponde solo se in colpa. La dottrina sul punto, com'è noto, è, infatti, sterminata; fra gli Autori i cui studi specifici hanno dato maggior contributo e vigore al dibattito si vedano A. Tabet, *L'inadempimento contrattuale per stato di necessità*, in «Foro it.», IV, 76, 1951, p. 199 ss.; L. Mengoni, *Inadempimento delle obbligazioni, (1943-1946) - Rassegna critica di giurisprudenza*, in «Temi», 1946, p. 566 ss.; Id, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi (Studio critico)* in «Riv. dir. comm.», I, 1954, p. 185 ss.; G. Osti, *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, in «Riv. trim. dir. proc. civ.», 1954, p. 593 ss.; M. Giorgianni, *L'inadempimento. Corso di diritto civile,* Giuffrè, Milano, 1975, p. 3 ss.; U. Natoli, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, II, *Il comportamento del debitore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo e continuato da L. Mengoni, Giuffrè, Milano, 1984, p. 44 ss.; G. Visintini, *Inadempimento e mora del debitore* (artt. 1218 – 1228), in *Commentario del codice civile* diretto da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano,

fondamento della responsabilità[8] è stato contrapposto l'inadempimento in sè per sè, come elemento oggettivo necessario è sufficiente ad attivare il giudizio di responsabilità, fatta salva la non-imputabilità obbiettiva della causa che ha determinato l'inadempimento[9], rendendo, peraltro, ancora più intricata la problematica nella sua ulteriore scissione, di stampo dottrinale[10], fra obbligazioni di mezzi e di risultato, per le quali variare lo stesso fondamento del giudizio di responsabilità[11].

Si è bene lontani dalla generale risoluzione di tutti i nodi ancora irrisolti e degli equivoci persistenti: innumerevoli sono gli interventi della dottrina in materia[12], causa o effetto di altrettante osservazioni oscillanti in sede di

1987, p. 273 ss.; C. Castronovo, *Le frontiere mobili della responsabilità civile*, in «Riv. crit. dir. priv.», 1989, p. 539 ss.; G. Santoro, *La responsabilità contrattuale*, Cedam, Padova, 1992, in particolare p. 828; C. M. Bianca, *Diritto civile. 5. La responsabilità*, Giuffrè, Milano, 1997, p. 31 ss.; G. Visintini, *Responsabilità del debitore*, in *Trattato di Diritto privato* diretto da P. Rescigno, IX, *Obbligazione contratti*[2], I, Utet, Torino, 1999, p. 73 ss.; A. Di Majo, *Responsabilità contrattuale. Modelli e rimedi*, Giappichelli, Torino, 2002*, passim*; C. Castronovo, *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, in «Europa e dir. privato», 2007, p. 1 ss.; L. Cabella Pisu, *La nozione di impossibilità come limite della responsabilità del debitore*, in *Inadempimento e rimedi*, in *Trattato sulla. responsabilità contrattuale* diretto da G. Visintini, I, Cedam, Padova, 2009, p. 207 ss.; P. Trimarchi, *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 56 ss. Un'attenta e approfondita disamina dei profili menzionati è stata compiuta, di recente, da F. Piraino, *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Jovene, Napoli, 2011, p. 594 ss., a cui si rinvia, senza dubbio, anche per i necessari riferimenti bibliografici.

8 «Il debitore risponde» solo «perché in colpa»: così cfr. C. M. Bianca, *La responsabilità*, cit., p. 17.

9 La responsabilità per l'inadempimento dell'obbligazione sarebbe da considerarsi come «immediatamente collegata al momento oggettivo dell'inadempienza» così G. Osti, *La revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in G. Osti, *Scritti giuridici*, I, Giuffrè, Milano, 1973, p. 167. Cfr. anche L. Mengoni, *Obbligazioni*, cit., pp. 281, 290, 294 s., 300 ss., 312 s., 317 s., 379 s.; C. Castronovo, *La nuova responsabilità,* cit., pp. 455 ss.; 555 ss., 559 s.

10 Cfr. *supra* il Cap. I, § 3.1.

11 Cfr. in generale, V. De Lorenzi, voce *Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XII, Utet, Torino, 1995, pp. 397 ss., 402 s.; A. Fondrieschi, voce *Prestazione*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ. (agg.), II, Utet, Torino 2007, p. 970 ss.: nonché G. D'Amico, *La responsabilità 'ex recepto'*, cit., pp. 127 ss., 132; M. Azzalini, *Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultati. Categorie giuridiche travisate*, Cedam, Padova, 2012, p. 21 ss., 103 ss.

12 Respingono la valenza intanto della distinzione fra obbligazione di mezzi e di risultato L. Mengoni, *Obbligazioni*, cit., p. 185 ss.; C. Castronovo, *La nuova responsabilità*, cit., p. 560 ss.; p. 785 ss.; A. Di Majo, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma 1988, pp. 109 ss., 456 ss.; A. Nicolussi, *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in «Europa e dir. privato», 2008, p. 797 ss.; F. Piraino, *Corsi e ricorsi delle*

pronuncia da parte delle Corti.

Quel che si può osservare già preliminarmente è che non pare risultare soddisfacente alcun modello, alcuna soluzione concepita secondo schemi rigidamente dogmatici, spesso, peraltro, finalizzati alla sterile riconduzione a sistema razionale; persino il criterio della colpa, pur avendo un contenuto generalmente inclusivo e utile ad operazioni di modulazione, finisce per non risultare funzionale nel suo traslarsi inevitabilmente in standard oggettivi di diligenza, prudenza o perizia, che rendono paradossalmente il debitore 'oggettivamente' responsabile fino a prova contraria, anche considerato l'apriorismo della sua presunzione (*ex* art. 1218)[13]. Peraltro, proprio il suo limite, costituito dalla impossibilità sopravvenuta, ha aperto varchi interpretativi sulla nozione di 'caso fortuito', oggetto a sua volta di ulteriori inquadramenti[14] in termini di oggettività e soggettività, che non hanno prodotto null'altro se non un'ulteriore confusione fra l'inadempimento, come fondamento della responsabilità, e il suo limite, ossia l'impossibilità.

La prospettiva statica, che sia fondata sulla colpa come criterio guida, o che sia fondata sul solo inadempimento (ancorchè imputabile) si rivela, dunque inesorabilmente inadatta, anche e soprattutto nel nostro ordinamento: la natura soggettiva o oggettiva della responsabilità inevitabilmente si testa in concreto e non pare possa essere predeterminabile in astratto[15].

obbligazioni 'di risultato' e delle obbligazioni 'di mezzi': la distinzione e la dogmatica della sua irrilevanza, in «I Contratti», 2014, p. 888 ss.

[13] Cfr. Cass. civ., Sez. Un., 30 ottobre 2001 n. 13533, in applicazione del principio della presunzione di persistenza del diritto, nonché del principio di riferibilità o vicinanza della prova: in tal senso, in virtù del primo, desumibile dall'articolo 2697 cod. civ., «una volta provata dal creditore l'esistenza di un diritto destinato ad essere soddisfatto entro un certo termine grava sul debitore l'onere di dimostrare l'esistenza del fatto estintivo, costituito dall'adempimento»; in virtù del secondo, l'onere della prova deve essere posto a carico del soggetto «in possesso degli elementi utili per paralizzare la pretesa del creditore», ovvero del soggetto «nella cui sfera si è prodotto l'inadempimento».

[14] Come osserva correttamente il Pelloso «l'area debitoria di dominio e di determinazione (ossia l'area che esaurisce i plurimi fatti cagionanti l'impossibilità della prestazione da ascrivere al debitore) non è fissata *a priori* (o come area della *non culpa*, o come area del *casus fortuitus* o della *vis maior*), ma va precisata a seconda del tipo di contratto prescelto, della concreta volontà delle parti, dell'assetto dei sacrifici e dei benefici divisato dalle parti, del rapporto tra mezzi deducibili e fini dedotti *in contractum*» C. Pelloso, Custodia, cit., p. 24.

[15] Così condivisibilmente, F. Piraino, *Adempimento*, cit., p. 599 ss.

3. *Inadeguatezza della normativa codicistica italiana: l'esempio della tutela del compratore in caso di vizi*

Il caso rappresentato dai rimedi esperibili dal compratore per l'ipotesi in cui si manifesti un difetto materiale del bene compravenduto è del resto emblematico delle contorsioni prima normative e poi interpretative di cui abbiamo sinora fatto solo cenno. Ma soprattutto è esemplare della dannosità della riproposizione acritica dei modelli, sottolineerei presunti, offerti dalla tradizione giuridica.

Partendo dall'impostazione della disciplina della vendita[16] in qualità di contratto, a prestazioni corrispettive, che ha ad oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa o di un altro diritto dietro pagamento di un corrispettivo (art. 1470 cod. civ.) questa mostra sùbito la complessità nella sua scissione fra vendita di cosa determinata a cui, come conseguenza della legittima manifestazione del consenso, è riconnesso l'effetto reale (art. 1376 cod. civ.) e vendite aventi ad oggetto cose non determinate, la cui natura è interamente obbligatoria (art. 1470 cod. civ.).

La produzione del trasferimento del diritto di proprietà (o di altro diritto) sulla cosa determinata costruita sul principio del consenso traslativo pone numerose questioni ricostruttive[17], legate soprattutto al tema dell'evizione e dei vizi della cosa, profili espressamente disciplinati dall'art. 1476 cod. civ. dedicato alle obbligazioni del venditore, che al punto 3 sancisce l'obbligazione del venditore di garantire il compratore dall'evizione e dai vizi della cosa.

Le previsioni normative collegate a tale obbligazione, nei limiti del profilo dell'ipotesi dei vizi che qui ci interessa, incentrano la tutela del compratore sul concetto di vizio redibitorio, da cui il venditore deve garantire il compratore, e che secondo l'art. 1490 cod. civ. consiste in quel difetto materiale che rende la cosa «inidonea all'uso a cui è destinata» oppure

[16] L. Cabella Pisu, *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali*, Giuffrè, Milano, 1983, *passim*; G. Mirabelli, *I singoli contratti. Artt. 1470-1765 c.c.*[3], in *Commentario del. codice civile Utet*, IV, 3, Utet, Torino, 1991, p. 90 ss.; C.M. Bianca, *La vendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile italiano*[2] diretto da F. Vassalli, VII, I, Utet, Torino, 1993, p. 981 ss.; A. Luminoso, *La compravendita*[7], Giappichelli, Torino, 2011, p. 220 ss. E. Ferrante *La vendita nell'unità del sistema ordinamentale. I 'modelli' italo-europei e internazionali*, ESI, Napoli, 2018, *passim*; A. Maniaci, *Rimedi e limiti di tutela dell'acquirente*, ETS, Pisa, 2018, *passim.*

[17] In particolare si rinvia a P.M. Vecchi, *Il principio consensualistico. Radici storiche e realtà applicativa*, Giappichelli, Torino, 1999, *passim.* Si veda altresì E. Russo, *Vendita e consenso traslativo*, in *Il Codice civile. Commentario coordinato da* P. Schlesinger-F.D. Busnelli, cit., Giuffrè, Milano, 2010, p. 32 ss., in cui si ricostruiscono anche i profili storici.

ne diminuisca «in modo apprezzabile il valore» e su rimedi specificamente previsti come effetto collegati alla garanzia e che secondo l'art. 1492 cod. civ. si risolvono nella scelta[18] per il compratore fra il domandare la risoluzione[19] del contratto ovvero la riduzione del prezzo»[20]. Ai sensi dell'art. 1494 cod. civ. è, altresì, proponibile la domanda di risarcimento del danno subìto in conseguenza del vizio: il compratore può agire nei confronti del venditore, se questi «non prova di avere ignorato senza sua colpa i vizi della cosa»[21]. V'è poi da considerare l'ulteriore specificazione normativa in cui il Legislatore si è profuso e che riguarda la mancanza della qualità promesse o essenziali all'uso a cui la cosa è destinata, che attribuisce al compratore il diritto di chiedere la risoluzione per l'inadempimento *ex* art. 1453 cod. civ.[22], quale

[18] Nonostante l'opposta finalità dei due rimedi – la caducazione del contratto il primo, la conservazione del contratto l'altro (connesso al riconoscimento del minor valore del bene in conseguenza del vizio) – non è il livello di 'gravità' del difetto materiale del bene a mutare: il presupposto da accertarsi è il medesimo.

[19] Cfr. G. Gorla, voce *Azione redibitoria*, in *Enc. dir*., IV, Giuffrè, Milano, 1959, p. 879 ss.

[20] La disciplina della garanzia edilizia contempla termini brevi: l'art. 1495 cod. civ. fissa quello di decadenza in otto giorni dalla scoperta del vizio, nonché quello di prescrizione in un anno dalla consegna del bene.'

[21] L'azione di risarcimento del danno per vizi della cosa è soggetta alla decadenza ed alla prescrizione di cui all'art. 1495. Così Cass. 3 agosto 2001, n. 10728; Cass. 3 giugno 2008, n. 14665. In dottrina cfr. in particolare C.M. Bianca, *La vendita*, cit., p. 981.

[22] Al generale sistema di tutela contro l'inadempimento contrattuale si sovrappone il regime previsto per i contratti a prestazioni corrispettive, il quale all'art. 1453 aggiunge sotto il profilo rimediale, l'azione di esatto adempimento o di risoluzione del contratto entrambe effetto dell'inadempimento del contraente, lasciando in ogni caso intatto il diritto al risarcimento del danno. Vale a dire che, ove trattasi di contratti le cui obbligazioni nascono in termini di reciprocità e corrispettività, dunque costruite in rapporto di sinallagmaticità, di fronte all'inadempimento di un parte, l'altra può a sua scelta agire per ottenere la prestazione pattuita, purchè abbia già proceduto all'esecuzione della propria, oppure procedere per lo scioglimento del rapporto, vedendo estinta la propria obbligazione o preservato il diritto alla ripetizione della prestazione già eventualmente eseguita. Sempre con riguardo alla tutela dei contratti sinallagmatici l'impossibilità sopravvenuta della prestazione per causa non imputabile che esclude l'azione di risarcimento generale, determina qui l'estinzione del diritto a chiedere la controprestazione o l'obbligo di restituire quella già ottenuta, a carico del contraente inadempiente, seppur non colpevole (art. 1463 cod. civ.). Mi viene da osservare, *a latere,* che nel caso dei contratti sinallagmatici, la perpetrazione dell'equilibrio delle prestazioni assurge a ruolo di principio guida proprio in punto di tutela restitutoria, processo che richiede, tuttavia, che l'individuazione del *quantum* da restituire sia 'tarato' sulla singola vicenda negoziale, dando luogo ad una trasformazione degli obblighi discendenti dal negozio, dapprima determinati dalla volontà negoziale, successivamente modificati dai fatti negoziali. In tal senso, sempre valide le riflessioni generali di A. Di Majo, *Problemi e metodo del diritto civile. La tutela civile dei diritti. 3*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 13 ss. Il tema, peraltro, può trovare ulteriori declinazioni a seconda della prospettiva assunta, ad

azione generale che tutela l'inadempimento a prestazioni corrispettive[23].

Le riflessioni che ha suscitato e suscita un siffatto impianto normativo sono oltremodo numerose; in tal senso, efficacemente osserva il Luminoso che «il primo interrogativo da sciogliere concerne la determinazione della valenza sistematica degli stessi [ovvero degli istituti di garanzia come disciplinati dagli artt. 1478-1497 cod. civ.] Si tratta, in particolare, di capire se l'avere il Legislatore dettato in materia di vendita delle norme specifiche, significhi che con le stesse si è inteso introdurre altrettante deviazioni, o addirittura eccezioni, rispetto ai principi comuni sulla responsabilità per inadempimento, e prima ancora di chiarire se gli istituti corrispondenti possano o no essere ricondotti all'istituto della responsabilità contrattuale. Giova avvertire immediatamente che dottrina e giurisprudenza sono ben lontane dall'aver raggiunto, con riguardo ai problemi ora ricordati, conclusioni univoche ed appaganti. Tutta la materia è oggetto di continui ripensamenti e riflessioni»[24]. Con tali premesse si può solo tentare un'analisi generale che evidenzi alcune fra le principali criticità normative e/o interpretative della materia *de qua*.

3.1. *Tentativi di inquadramento dogmatico*

Anzitutto, è bene premettere che, benchè i rimedi *ex* art. 1492 seppur con le differenze dettate dal riassetto compilatorio e dalla evoluzione successiva della tradizione romanistica[25] in apparenza sembrino integrare i rimedi

esempio, quella del "sinallagma rovesciato" (locuzione che mi pare esprimere perfettamente il senso della tutela "a tutto tondo" sinallagmatica: cfr. E. Bargelli, *Il sinallagma rovesciato*, Giuffrè, Milano, 2010, *passim*, in particolare p. 27 ss.) come elemento che regola la "fase post-contrattuale", ossia delle prestazioni restitutorie nell'articolazione dei rimedi cd. sinallagmatici; sulla cui costruzione, tuttavia, rispetto alla Bargelli dissentirei solo circa la riconduzione ad una fase post-contratto delle restituzioni, proprio nella logica del trait d'union sinallagmatico fra obblighi genetici e obblighi funzionali.

[23] Proprio al fine di svincolare l'acquirente dai limiti imposti dall'art. 1495 cod. civ., estesi anche all'azione *ex* art. 1497, ed assicurargli una tutela più ampia, la giurisprudenza ha elaborato la figura dell'*aliud pro alio datum*, la quale ricorre quando vi è diversità qualitativa tra la cosa consegnata e quella pattuita, ovvero anche in ipotesi di vizi di particolare gravità. In tal caso la tutela del compratore è assicurata attraverso i rimedi ordinari dell'azione di risoluzione e di esatto adempimento secondo il termine di prescrizione ordinario, oltre che con il risarcimento del danno. Cfr. T. Dalla Massara, *Modelli*, cit., p. 840 ss.

[24] A. Luminoso, *La compravendita*, cit., p. 224 e ss.

[25] V. Mannino, *Le tutele,* cit., p. 177 ss.

edilizi di stampo romano[26], quali l'azione redibitoria e l'azione estimatoria[27] tali rimedi riproducono un "microsistema" che, come vedremo, non può dirsi né concepito, né utilizzato negli stessi termini funzionali del diritto romano tardo-repubblicano.

In tal senso, quel che va evidenziato in merito all'impostazione moderna, a fronte del sistema romano classico, è anzitutto la disarticolazione generale della concezione stessa della tutela: l'art. 1492 cod. civ. prevede che il solo fatto dell'inadempimento, ovvero l'accertamento del vizio produca esclusivamente l'effetto redibitorio o quello estimatorio, non prevedendo alcuna rilevanza dello stato soggettivo. Ciò sembrerebbe concepito in linea con la logica della garanzia, in più passaggi dal codice richiamata (artt. 1476 e 1490), che in qualità di strumento con cui si assicura un dato risultato[28], produce i suoi specifici effetti rimediali per il solo verificarsi dell'evento garantito.

V'è, tuttavia, da sottolineare in senso contrario la menzione della colpa quale elemento presunto in capo al venditore in caso di vizio e che ne sancisce la responsabilità attraverso la convenibilità per il risarcimento del danno: il che sembra ricondurre il venditore del bene viziato all'inadempimento contrattuale, con un'integrazione (o un superamento, a seconda delle teorie) degli effetti a questo collegati ad opera dei rimedi edilizi[29]. Deporrebbe,

[26] R. Zimmermann *The Law of Obligations*, cit., 305 ss.; Id., *Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi*, in «Riv. dir. civ.», 2001, I, p. 717 ss. L. Garofalo, *Garanzia per i vizi e azione redibitoria nell'ordinamento italiano, Archetipi romani e modelli attua*li, Giappichelli, Torino, 2015, p. 31 ss.

[27] V. Mannino, *Le tutele*, cit., p. 178.

[28] G. Gorla, *La compravendita*, cit., p. 62. Secondo il Gorla si assicura un risultato a cui non ci si può obbligare o che non si è obbligati a riprodurre. Per una ricostruzione puntuale delle teorie sulla garanzia, con una particolare attenzione l'analisi diacronica G. D'amico, *La compravendita*, I, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato* diretto da P. Perlingieri, IV, 16, ESI, Napoli, 2013, p. 371 ss.

[29] Per Alcuni si è in presenza di un vero e proprio inadempimento dell'obbligazione traslativa di cui all'art. 1476, n. 2 cod. civ., che dà luogo ad una ordinaria tutela contrattuale del compratore: così C.M. Bianca, *La vendita,* cit., p. 698 e ss.; per Altri, invece, la garanzia rappresenta la reazione per l'irregolarità dell'attribuzione traslativa, nel quadro di una responsabilità per inadempimento che presenta caratteri di specialità: cfr. D. Rubino, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*[3] diretto da Cicu e Messineo, Giuffrè, Milano, 1971, p. 634 ss.. Secondo Luminoso, *La compravendita*, cit., pp. 263 ss e 271 ss., l'essenza del fenomeno sembra essere quello della «violazione del contratto», accolto anche dalla giurisprudenza prevalente. Essa concreta una responsabilità speciale, perché il suo presupposto è costituito non dall'inadempimento di un'obbligazione (come richiede l'art. 1218 cod. civ.) nascente dal contratto, ma dalla inidoneità all'uso della cosa venduta (nelle ipotesi regolate dagli artt. 1490-1497 cod.civ.); le une e le altre necessariamente anteriori alla stipulazione del contratto. Il fondamento di tale speciale responsabilità è dato perciò dall'oggettiva inattuazione

in tal senso, sia l'obbligazione del punto 3 dell'art. 1476, che può leggersi nel senso dell'obbligo a prestare una garanzia specifica per i vizi, divenendo il venditore inadempiente ogni volta che tale garanzia non è espressamente prestata, oppure nel senso dell"obbligo di garantire', inteso come obbligo di 'assicurare' che la cosa non presenti vizi o difformità tali da pregiudicarne l'uso, laddove il garantire non avrebbe un significato 'tecnico', autonomo rispetto all'obbligazione[30]. Con tale ricostruzione sarebbe in linea il citato disposto *ex* art. 1497, sulla mancanza di qualità, che richiama l'inadempimento generale, nei termini dell'esperibilità dell'azione risolutoria. Non si comprenderebbe[31], infatti, la ragione secondo la quale il vizio sarebbe concettualmente da collegare alla garanzia "in senso tecnico" operativa sulla base di specifici automatismi ed estranea alle logiche dell'imputabilità soggettiva, mentre la mancanza di qualità sarebbe da ricondurre al fenomeno dell'inadempimento contrattuale[32].

E dunque, le due linee ricostruttive, che nel complesso dibattito vengono generalmente individuate, si riassumono o nell'inquadramento della tutela del bene viziato nell'àmbito concettuale dell'inadempimento contrattuale (assieme alla mancanza delle qualità)[33] con una tutela 'speciale' prevista

o imperfetta attuazione dell'effetto traslativo, derivanti da situazioni preesistenti alla vendita: i rimedi della risoluzione e della riduzione del prezzo previsti dalle disposizioni in esame, infatti, altro non presuppongono».

30 Assai critico sulla "strana" figura dell'obbligazione di garantire, G. Terranova, *La garanzia per i vizi della cosa venduta*, in «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 1989, p. 82 ss. Meno critico, e più propenso alla ricomposizione della frattura fra 'garanzia' e 'responsabilità' M. Giorgianni, voce *Inadempimento (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XX, Giuffrè, Milano, 1970, p. 863.

31 Ma, d'altra parte, la giurisprudenza suo malgrado si è trovata ad assecondare il Legislatore, seppur con evidente disagio: cfr. ad esempio Cass. n. 639/2000: «In tema di compravendita, il legittimo esercizio dell'azione di risoluzione per vizi della cosa alienata non presuppone l'esistenza della colpa dell'alienante, giusta disposto dell'art. 1492 c.c., colpa richiesta, per converso, nella diversa ipotesi di risoluzione per difetto delle qualità promesse *ex* art. 1497 c.c., norma che, a differenza della prima, richiama «le disposizioni generali dell'istituto della risoluzione per inadempimento», fondato, come noto, sul principio della colpa dell'inadempiente». Così anche espressamente Cass., 18 maggio 2009, n. 11423.

32 Anche sotto il profilo probatorio incorrono in non marginali differenze poichè la garanzia edilizia agisce se il venditore non prova di non aver colposamente ignorato i vizi, secondo la tutela dell'inadempimento il risarcimento è escluso se il debitore prova che l'inadempimento è dovuto a causa non imputabile. Sulla criticabilità del sistema ancora efficaci le considerazione di L. Mengoni, *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi della cosa*, in *Studi in onore di De Gregorio*, II, Lapi, Città di Castello, 1955, p. 129 ss.; G. Mirabelli, *I singoli contratti*, cit., p. 91, che definisce «ambigua e illogica» la normativa in esame.

33 In tal senso, mi pare utile rilevare quanto osserva il Bianca: «Il ragionevole affidamento di una parte si determina in relazione a quanto l'altra parte abbia lasciato intendere

dall'art. 1492 che si attua per il solo fatto del vizio; oppure nella costruzione della garanzia come effetto naturale del contratto, per cui nell'ipotesi effettiva di riscontro del vizio, il compratore avrà a disposizione la tutela *ex* artt. 1492 e 1494 come strumento esclusivo[34] e operante in forma neutra[35].

Tuttavia, seguendo il primo orientamento, ossia ritenere che il vizio della cosa rappresenti una forma di inadempimento, si arriverebbe alla conseguenza di dover aderire alla teoria che configura l'inadempimento in chiave oggettiva, in quanto l'irrilevanza della colpa, quale presupposto per il sorgere delle azioni di garanzia, non può certamente essere considerato compatibile con un inadempimento inteso anche in via latamente soggettiva.

D'altro canto, le voci, che si sono levate contro la ricostruzione che riconduce alla categoria dell'inadempimento la garanzia per i vizi sono volte prevalentemente a far rilevare come la garanzia non possa trovare, proprio per le peculiarità proprie della disciplina[36], una lineare ascrizione alla sfera dell'inadempimento contrattuale[37].

---

mediante le proprie dichiarazioni e il proprio comportamento valutati secondo un metro di normale diligenza». Cfr. C.M. Bianca, *Il contratto*, cit., pp. 423-424.

[34] Così già E. Rabel, *Das Recht des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung*, I, W. de Gruyter, Berlin-Leipzig, 1936, p. 104 s..

[35] Con il venditore che risponderà in assenza di un obbligo, ma in funzione di uno stato di soggezione: L. Mengoni, *Profili*, cit., p. 3 ss: per il Mengoni la previsione *ex* art. 1476 non avrebbe un contenuto precettivo; pertanto non individuerebbe le obbligazioni principali del venditore se non in senso programmatico. Così anche M.G. Falzone Calvisi, *La garanzia per i vizi*, in *La vendita* a cura di M. Bin, IV. *Garanzie e inadempimento*, 1, Cedam, Padova, 1996, p. 444 ss. Sulla stessa linea A. Nicolussi, *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, in «Europa e dir. privato», 2003, p. 525 ss.

[36] Gorla al fine di inquadrare l'istituto della garanzia dà *in limine* un'indicazione dei casi nei quali sussiste un'impossibilità di soddisfare un dato interesse utilizzando lo "strumento" obbligazione, e che dunque impone il ricorso al "modello" garanzia. Da ciò discende che «garanzia e responsabilità sono antitetiche», in quanto – essendosi ricostruita la garanzia come la «negazione» dell'obbligazione e, quindi, della responsabilità per inadempimento - «quando non si verifichi il risultato oggetto della garanzia, il garante non è inadempiente, perché egli non aveva il dovere di procurare quel risultato; anzi proprio perché non ne aveva il dovere, si è data la garanzia». G. Gorla, *La compravendita*, cit., p. 88.

[37] Cfr. i puntuali rilievi critici di L. Cabella Pisu, *Garanzia,* cit., p. 63 e ss., che si chiede: «perché, ad esempio, costruire un'obbligazione di far avere il diritto su una cosa libera da vincoli …, prestando così il fianco a facili critiche, quando poi, proprio perché avverte l'insufficienza di tale ricostruzione, egli collega il sorgere della garanzia all'inesatta esecuzione di una prestazione contrattuale che non sempre e non necessariamente ha per oggetto quell'obbligazione? E perché insistere sulla natura di sanzione della garanzia, quando finisce con il configurare il rimedio tipico, la risoluzione, come reazione restitutoria all'oggettiva rottura del sinallagma funzionale …?».

3.2. *La conformità del bene: una soluzione a metà*

Sulla materia *de qua* è intervenuta la dimensione internazionale, con importanti azioni di ricaduta normativa, come la Direttiva comunitaria in materia di contratti dei consumatori, segnatamente la vendita di beni di consumo[38], che hanno acutizzato le nostre difficoltà interne.

Il clou di tale normativa[39] consiste nella tutela del consumatore in caso di difformità del bene consegnato rispetto al contratto, tenuto conto che, ai sensi dell'art. 129, in estrema sintesi, un bene è conforme quando risponde ai criteri di idoneità all'uso, alle qualità e caratteristiche che il bene abitualmente deve presentare (per sua natura o in base alle dichiarazioni pubbliche fatte o alla pubblicità effettuata mediante campione o modello)[40].

La tutela in caso di difformità si articola nei rimedi previsti all'art. 130: 1)riparazione-sostituzione; 2)riduzione adeguata del prezzo/risoluzione

[38] Si tratta della nota direttiva comunitaria n° 44 del 1999 sulla vendita dei beni di consumo attuata con il D.lgs. 24 del 2002 introduttivo degli artt. 1519 *bis*-1519 *nonies* del cod. civ., e poi trasfusi nel Codice di consumo, attuato con il D.lgs 206 del 2005, le cui norme di riferimento in tema di vendita sono contenute agli artt.128-135. La normativa ha subìto un importante aggiornamento in tema di vendite a distanza e di obblighi di informazione precontrattuale a seguito della Direttiva europea "Consumer rights" del 2011, recepita dall'ordinamento italiano nel 2014.

[39] Oltre agli Autori citati nelle note successive, *ex multis*, si vedano G. Amadio, *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, in «Riv. dir. civ.», 2001, I, p. 880 ss.; P. Schlesinger, *Le garanzie nella vendita di beni di consumo*, in «Corr. giur.», 2002, p. 562; A. Di Majo, *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo*, in «Europa e dir. privato», 2002, p. 4 ss.; G. Alpa, *I diritti dei consumatori e il 'Codice del consumo' nell'esperienza italiana,* in «Contratto e impresa», 11, 2006, p. 1 ss.; C.M. Bianca, *La responsabilità del venditore per i difetti di conformità a contratto*, in «Nuove leggi civ.», 2006, p. 436 ss. Per quel che concerne la Direttiva 'consumer rights' si rinvia in particolare a Aa. Vv., *La Direttiva consumer rights: impianto sistematico della direttiva di armonizzazione massima* a cura di C. Giustolisi, Roma TrE-Press, Roma, 2017, *passim*.

[40] Questa nuova tipologia di difetto ha assorbito i vizi, la mancanza di qualità promesse, della qualità media della vendita di genere, nonché il fenomeno dell'eventuale *aliud pro alio datum*, sì da unificare le varie discipline relative ai modi di essere del bene troppo frammentarie e confuse. Cfr. G. De Cristofaro, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore. L'ordinamento italiano e la direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, Cedam, Padova, 2000, p. 64 ss.; S. Patti, *Sul superamento della distinzione tra vizi e 'aliud pro alio' nella direttiva 1999/44/CE*, in «Riv. dir. civ.», 2002, II, p. 623 ss.; E. Gabrielli, *'Aliud pro alio' e difetto di conformità nella vendita di beni di consumo*, in «Riv. dir. priv.», 2003; P.M. Vecchi, *Art. 1519*-ter, in *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo* coordinato da L. Garofalo, Cedam, Padova, 2003, p.160 ss.; E. Bellisario, *Commento all'art. 1519 ter, 2° comma, lett. c)*, in *Commentario sulla vendita di beni di consumo* a cura di S. Patti, Giuffrè, Milano, 2004, p. 76 ss.

del contratto[41].

Tutti i rimedi citati sono esperibili indipendentemente dal fatto che il difetto di conformità sia dovuto a caso fortuito, a comportamento doloso o colposo del venditore (o del produttore, o di un terzo), e dal verificarsi di un danno economico nella sfera patrimoniale del consumatore[42].

Proprio per la struttura particolare della tutela, la disciplina dei contratti del consumatore, all'indomani della sua recezione, ha inevitabilmente riaperto la questione inerente all'inquadramento della tutela per i vizi della cosa venduta[43] in rapporto alla tutela generale contro l'inadempimento contrattuale, considerato che il vizio di un bene di consumo, ipotesi che integra inevitabilmente la difformità prevista dal Legislatore comunitario, incoraggia, l'idea orientata all'inadempimento del contratto[44].

Secondo alcuni, infatti, tale Direttiva «sembra porre a carico del venditore un'obbligazione avente a oggetto esattamente il modo d'essere del bene compravenduto; ne discenderebbe un ampliamento del contenuto della prestazione traslativa, in quanto comprendente anche il modo d'essere della cosa. Ciò, quindi, sosterebbe la riconduzione dell'obbligo di conformità al piano della prestazione dovuta, e dunque dell'obbligazione in senso tecnico»[45].

Di contro, si osserva che colui che si obbliga indipendentemente dal fatto che l'oggetto dell'obbligazione sia possibile, in termini di condotta, o

[41] Questo se il consumatore denuncia entro due mesi dalla scoperta, ed entro due anni dalla consegna, salvo poi la presunzione del difetto esistente al momento del contratto, se manifestatosi entro 6 mesi (art. 132).

[42] Verosimilmente, proprio in relazione all'aspetto dell'irrilevanza della causa della difformità e della condotta del venditore, il risarcimento danni non è menzionato come forma di tutela.

[43] Il rapporto fra la disciplina codicistica della vendita civile e la vendita dei beni di consumo, prevede che le disposizioni del titolo III si applichino ai contratti relativi, ove non derogate dal codice di consumo o da altre disposizioni più favorevoli al consumatore. In merito, diverse sono le difficoltà di coordinamento fra vendita tradizionale e vendita di beni di consumo emerse in punto di applicazione. In tal senso, si condividono interamente le osservazioni in chiave critica del Luminoso, *La compravendita*, cit., p. 324 ss.

[44] La prospettiva «entro cui si è mosso il legislatore comunitario», che «risulta inequivocabilmente da vari "segni" presenti nella direttiva 1999/44/CE», è quella di configurare in capo al venditore un'unica obbligazione «comprensiva della prestazione di consegna del bene venduto e di garantire la conformità di quest'ultima al contratto» : in tal senso, deporrebbe l'art. 130 comma 1 Codice del Consumo, secondo cui «il venditore deve consegnare al consumatore beni conformi al contratto di vendita». Ulteriori riferimenti sarebbero presenti nell'art. 132 comma 1 Codice del Consumo nel quale si afferma in «modo altrettanto inequivocabile» che «il venditore è responsabile», in base al disposto dell'art. 130 «per il difetto di conformità al contratto manifestato dal bene di consumo acquistato»: così V. Mannino, *Le tutele*, cit., p. 200.

[45] Così G. Amadio, *Difetto*, cit., p. 879 ss.; in tal senso, anche A. Luminoso, *La compravendita*, cit., p. 315 ss.

meno, «non assume una vera e propria obbligazione, ma una garanzia», che costituisce un mezzo «che accolla il rischio di eventi in base a una qualifica o a uno stato di cose senza il medio di un dovere possibile»[46].

Da altra parte della dottrina[47] diversamente si sottolinea, in senso critico, che la scelta del principio della conformità al contratto – e dei relativi rimedi garantiti al consumatore – sembrerebbe segnalare «la prevalenza di un approccio tendenzialmente contrattuale e negoziale», abbandonandosi definitivamente l'«approccio per così dire oggettuale proprio del concetto romanistico di "vizio"»: dovrebbe, dunque, ritenersi che il diritto al ripristino di un bene conforme non abbia funzione riparatoria, ma «attuativa di una promessa e quindi del contratto»[48].

Senza dubbio, il piano su cui si muove la legislazione di matrice comunitaria è differente rispetto alla costruzione tradizionale della tutela del compratore prospettata dal nostro codice civile. Va, però, osservato che il senso dell'indagine sul rapporto fra i due approcci non dovrebbe risiedere nell'individuazione dei tratti critici o dei punti di "inconciliabilità" sotto il profilo normativo[49], ma piuttosto nella spinta ad una riflessione sull'opportunità di ripensare l'ottica della tutela riservata ai contraenti, specie i contraenti deboli, senza pregiudicare la possibilità di realizzare l'assetto di interessi che le parti, tutte le parti, hanno deciso di ricondurre alla cornice contrattuale. In tal senso, mi pare sia da condividere il giudizio,

[46] A. Nicolussi, *Difetto di conformità e garanzie in forma specifica*, in *La vendita di beni di consumo* a cura di R. Alessi, Giuffrè, Milano, 2005, p. 103. In linea, seppur con argomentazioni diverse, S. Mazzamuto, *Equivoci*, cit., p. 1106 ss.

[47] A. Di Majo, *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo*, in *Europa e dir. privato*, I, 5 2002, p. 1 e ss.

[48] A. Di Majo, *Garanzia*, cit., p. 19.

[49] Su tale approccio conflittuale pare mettere l'accento anche la giurisprudenza. Nel tentativo di chiarire i rapporti fra i due sistemi, la Cassazione, sottolineando energicamente che la tutela contro l'inadempimento (nella forma dell'azione di esatto adempimento) non è contemplata in caso di vizi della cosa venduta, che non sia un bene di consumo, avendo il compratore a disposizione esclusivamente i rimedi *ex* art. 1492, così rigorosamente conclude: «In tema di compravendita, la disciplina della garanzia per vizi si esaurisce negli artt. 1490 ss. cod. civ., che pongono il venditore in una situazione non tanto di obbligazione, quanto di soggezione, esponendolo all'iniziativa del compratore, intesa alla modificazione del contratto od alla sua caducazione mediante l'esperimento, rispettivamente, della "*actio quanti minoris*" o della "*actio redhibitoria*". Ne consegue che il compratore non dispone - neppure a titolo di risarcimento del danno in forma specifica - di un'azione "di esatto adempimento" per ottenere dal venditore l'eliminazione dei vizi della cosa venduta, rimedio che gli compete soltanto in particolari ipotesi di legge (garanzia di buon funzionamento, vendita dei beni di consumo) o qualora il venditore si sia specificamente impegnato alla riparazione del bene»: Cass. civ. Sez. Un., 13 novembre 2012 n.19702.

amaro, della Alessi secondo cui, tale novella comunitaria «da tutti invocata come occasione per "razionalizzare" la disciplina della garanzia nella vendita e tentare di ricomporre le contraddizioni palesatesi negli orientamenti dottrinali e nelle "fughe" della giurisprudenza, è parsa invece restituire nuovo vigore … all'antico e mai sopito dilemma tra *garanzia* e *responsabilità (da inadempimento) contrattuale*»[50].

3.3. *Le difficoltà della giurisprudenza*

Prima di esprimere delle considerazioni sul panorama interpretativo sinora tratteggiato, è necessario porre attenzione al piano applicativo delle normative in esame, per osservarne i condizionamenti da parte delle letture riportate. La regolamentazione che presiede alla tutela della garanzia per i vizi dell'oggetto della compravendita nella sua riconducibilità ad un medesimo fondamento, così come la sua natura giuridica, è tuttora profondamente discussa anche nella giurisprudenza, la quale, per prima, è chiamata a fare i conti con la disciplina articolata e non univoca predisposta dal Legislatore.

Lo stato di incertezza è ancor più percepibile dall'analisi delle assai recenti tendenze interpretative e decisorie della Corte di Cassazione.

Se la ricostruzione della materia dei vizi in termini di inadempimento del contratto, infatti, nel corso degli ultimi anni, è stata più volte sostenuta[51], tuttavia, attualmente la Corte[52] è intervenuta con pronunce che segnano cambi di tendenza troppo ravvicinati per non destare più di qualche perplessità; peraltro, non del tutto argomentati in modo lineare rispetto a quegli orientamenti della dottrina, evidentemente condizionanti, che emergono dalle pronunce e che si vorrebbero, più o meno tacitamente,

[50] R. Alessi, *L'attuazione della direttiva nel diritto italiano: il dibattito e la sua impasse*, in *La vendita di beni*, cit., p. 5.

[51] Cfr. Cass. 5686/85, 7561/06, 14431/06, 20557/12, 20110/2013; 24731/2016; 21927/2017. É il tema dell'onere probatorio a propiziare i numerosi cambi di tendenze, passandosi dal dovere in capo al compratore di dover provare il solo titolo su cui vanta la pretesa (Cass. 13533/2001) obbligando il venditore alla prova del proprio esatto adempimento; all'onere incombente sul compratore di dover provare il vizio e il danno da questo derivante in termini di nesso causale (Cass. 18125/2013). Di recente, ribaltando l'ultima decisione, si è affermato che il venditore ha l'obbligo di consegnare un bene in grado di realizzare le utilità alle quali la prestazione è preordinata; pertanto la consegna di un bene viziato equivale ad inesatto adempimento ovvero inadempimento. Di tal chè il compratore dovrà provare solo il vizio, mentre il venditore dovrà provare di aver consegnato una cosa immune da vizi (20110/2013).

[52] Cass. 11748/2019 che richiama l'ordinanza interlocutoria della II Sezione del 26 settembre 2018 n. 23015.

a fondamento di queste.

Nello specifico, le Sezioni unite hanno affermato che «la disciplina della compravendita non pone a carico del venditore nessun obbligo di prestazione relativa alla immunità della cosa da vizi; in altri termini, all'obbligo di garantire il compratore dai vizi della cosa, previsto dall'art. 1476 cod. civ., n. 3, non corrisponde – a differenza di quanto ordinariamente accade nello schema proprio delle obbligazioni – alcun dovere di comportamento del venditore in funzione del soddisfacimento dell'interesse del compratore. deve allora concludersi che il disposto dell'art. 1476 cod. civ., là dove qualifica la garanzia per vizi come oggetto di una obbligazione, va inteso non nel senso che il venditore assuma una obbligazione circa i modi di essere attuali della cosa, bensì nel senso che egli è legalmente assoggettato all'applicazione dei rimedi in cui si sostanzia la garanzia stessa[53]».

L'obbligo di garanzia per i vizi della cosa porrebbe, dunque, il venditore in una situazione non tanto di obbligazione[54], quanto piuttosto di "soggezione", esponendolo all'iniziativa del compratore, intesa alla modificazione del contratto di vendita (mediante l'esperimento dell'azione estimatoria) o della sua caducazione (per il tramite dell'azione redibitoria).

In tal senso, lo schema concettuale a cui ricondurre l'ipotesi che la cosa venduta risulti viziata non può essere quello dell'inadempimento di una obbligazione, dando così, seppur in modo non condivisibile e in netta controtendenza, una lettura della tutela per vizi secondo lo schema della garanzia che sembrava tagliare di netto la questione[55].

La ricostruzione che esclude che l'immunità da vizi possa assurgere a contenuto del precetto negoziale, in quanto l'obbligazione non può avere ad oggetto il modo di essere attuale della cosa dedotta in contratto, trova l'humus nelle accennare teorie classiche dottrinali in tema di garanzia e responsabilità[56]. Tali teorie poggiano sull'idea che l'obbligazione di consegna, prevista dell'art. 1476 cod. civ. n. 1, abbia ha ad oggetto esattamente quella cosa o quelle cose (che siano anche eventualmente viziate) che hanno formato oggetto dell'accordo traslativo o della individuazione effettuata

[53] Come già in Cass. 19702/12.

[54] La stessa Cassazione aveva in precedenza osservato che 'l'obbligo di obbligarsi' ad ottenere un certo effetto è "una inconcludente superfetazione" priva di "senso pratico": cfr. Cass. civ. 2 aprile 2009 n. 8038.

[55] Sulla sentenza si veda in particolare il commento alla sentenza di T. Dalla Massara, *L'onere della prova dei vizi del bene venduto al vaglio delle Sezioni Unite: resistenza e resilienza del modello della garanzia*, in «I contratti», 4/2019, p. 1 ss.

[56] L. Mengoni, *Profili*, cit., p. 3 ss.; Id., *Gli acquisti* 'a non domino'[3], Giuffrè, Milano, 1975, p. 21 ss.

dopo la conclusione di tale accordo, nello stato in cui esse si trovavano al momento del contratto o della loro successiva individuazione. Ne consegue che, rispettato l'impegno traslativo, il cui effetto principale è collegato allo scambio del consenso, in ordine a tali cose, il venditore si considera liberato. Così che l'immunità dai vizi non potrebbe ricondursi al nucleo del rapporto obbligatorio, ma all'assunzione della garanzia per uno specifico risultato, da parte del venditore; un'assunzione che poggerebbe comunque sul tracciato del regolamento contrattuale in forza dell'art. 1476 n. 3, pur non costituendo un'obbligazione. Ciò giustificherebbe il regime edilizio, che si colloca nel solco di una tutela speciale fondata sul mancato raggiungimento del risultato assicurato, e le cui dinamiche si astraggono del tutto da valutazioni inerenti alla condotta del venditore.

Eppure, al termine delle argomentazioni della Corte, sopraggiunge una conclusione paradossale, poichè l'ipotesi dei vizi viene collocata nel campo dell'inadempimento (più precisamente, dell'inesatto adempimento) del contratto: la consegna di una cosa viziata integrerebbe, infatti, un inadempimento contrattuale, ossia una violazione della *lex contractus*, che di per sè non implica l'inadempimento di una specifica obbligazione, riferendosi piuttosto al contenuto del contratto così come costruito in applicazione dell'autonomia negoziale. A detta della Suprema Corte, più specificamente, la consegna della cosa viziata costituisce non inadempimento di una obbligazione, ma la imperfetta attuazione del risultato traslativo promesso[57], il che dà origine ad una responsabilità contrattuale speciale, interamente disciplinata dalle norme dettate sulla vendita[58]. Si tratta di una 'responsabilità' che, prescindendo da ogni giudizio di colpevolezza del venditore, si fonda soltanto sul dato obiettivo dell'esistenza dei vizi; essa si traduce nella soggezione del venditore all'esercizio dei due rimedi edilizi di cui può avvalersi il compratore, al quale è anche riconosciuto il diritto al risarcimento dei danni, salvo che il venditore provi di aver senza colpa ignorato i vizi[59].

[57] Come sostenuto dal Rubino (D. Rubino, *La compravendita*, cit., p. 637 ss.) che però fa riferimento all'impegno traslativo, e dal Luminoso che pone in rilievo l'attribuzione traslativa, sottolineando con argomentazioni condivisibili che l'attribuzione coglie il profilo effettuale, mentre l'impegno si risolve nel solo profilo statico: A. Luminoso, *La compravendita*, cit., p. 232 ss. *Contra*, recentemente, F. Piraino, *Adempimento*, cit., p. 296 ss.

[58] «Il presupposto di tale responsabilità è, come già accennato, l'imperfetta attuazione del risultato traslativo (e quindi la violazione della *lex contractus*) per la presenza, nella cosa venduta, di vizi che la rendono inidonea all'uso cui è destinata o ne diminuiscono in modo apprezzabile il valore».

[59] «Dalla suddetta conclusione discende che la disciplina del riparto dell'onere della prova tra venditore e compratore, nelle azioni edilizie, non può ritenersi compresa

Abbiamo così una "responsabilità senza obbligazione", e che ha una natura del tutto oggettiva.

Vale la pena osservare che l'idea della 'responsabilità contrattuale speciale' fondata sulla mancata attuazione del risultato traslativo, la cui specialità sarebbe costituita da elementi come l'irrilevanza dello stato soggettivo del debitore – con un'imputabilità oggettiva dell'inadempimento – e da termini di decorrenza ristretti, era stata elaborata[60], all'opposto, come precisazione della generale teoria che vedeva nel vizio un'ipotesi di inadempimento contrattuale[61]. Più precisamente, la consegna di cosa viziata,

nell'àmbito applicativo dei principi fissati dalla sentenza SS.UU. n. 13533/01 in materia di prova dell'inesatto adempimento delle obbligazioni nelle ordinarie azioni contrattuali di adempimento, di risoluzione e di risarcimento del danno. I princìpi fissati nella sentenza n. 13533/01 discendono dalla presunzione di persistenza del diritto, desumibile dall'art. 2697, in virtù della quale – una volta che il creditore abbia dimostrato l'esistenza di un diritto, provandone il titolo (contrattuale o legale) e la scadenza del termine di esigibilità – grava sul debitore l'onere di dimostrare l'esistenza del fatto estintivo costituito dall'adempimento; principi che le Sezioni Unite hanno ritenuto operanti sia nel caso in cui il creditore agisca per l'adempimento, sia nel caso in cui, sul comune presupposto dell'inadempimento della controparte, egli agisca per il risarcimento del danno o per la risoluzione per inadempimento o per inesatto adempimento. E' dunque evidente come tali principi non possano essere riferiti alle azioni edilizie; la presunzione di permanenza del diritto è specularmente declinabile come presunzione di permanenza dell'obbligazione, ma, come si è chiarito nel p. 19, la disciplina della compravendita non pone a carico del venditore nessun obbligo di prestazione relativo alla immunità della cosa da vizi. Sulla scorta delle considerazioni fin qui svolte, la questione del riparto dell'onere della prova tra venditore e compratore, nelle azioni edilizie, si presenta di agevole soluzione, alla stregua del principio, fissato nell'art. 2967 cod. civ., che chi vuol far valere un diritto in giudizio deve provare i fatti che ne costituiscono il fondamento; il diritto alla risoluzione o alla modificazione (quanto al prezzo) del contratto di compravendita, che vuoi far valere il compratore che esperisca le azioni di cui all'art. 1492 cod. civ.per essere garantito dal venditore per i vizi della cosa venduta – vale a dire, per l'imperfetta attuazione del risultato traslativo, anche in assenza di colpa del venditore – si fonda sul fatto della esistenza dei vizi; la prova di tale esistenza grava, pertanto, sul compratore. Può aggiungersi che la conclusione che precede risulta idonea a soddisfare anche le esigenze di carattere pratico – espresse dal principio di vicinanza della prova e dal tradizionale canone *negativa non sunt probanda* – che queste Sezioni Unite hanno indicato, nella sentenza n. 13533/01, a sostegno della opzione ermeneutica che pone sull'obbligato l'onere di provare di avere (esattamente) adempiuto non solo quando il creditore chieda l'adempimento, ma anche quando il creditore chieda la risoluzione del contratto o il risarcimento del danno». E dunque si addossa al compratore l'onere di provare l'esistenza del vizio, come logica conseguenza dell'adozione della tradizionale idea di garanzia edilizia come figura diversa rispetto allo schema del rapporto obbligatorio e quindi estranea alla regola dell'onere della prova fissata dalla celebre pronuncia n. 13533 del 2001 che, a fronte del mero onere di allegazione dell'inadempimento spettante al creditore, attribuiva al debitore l'onere della prova liberatoria a proprio favore.

[60] Da A Luminoso, *Compravendita*, cit., p. 232 ss.

[61] Cfr. *supra* ntt. 29 e 57.

e quindi in difformità da quanto previsto dal contratto, costituirebbe una violazione dell'impegno traslativo, che integrerebbe in generale un'ipotesi di inadempimento contrattuale[62]. Tali costruzioni della dottrina si pongono, perciò, in netta antitesi rispetto allo schema della 'garanzia' in senso tecnico, laddove il debitore è considerato obbligato ad un dato risultato, che, seppur non corrisponde al modo di essere della cosa, si volge alla realizzazione dell'impegno, o dell'attribuzione, traslativa, comprendente il trasferimento di un bene esente da vizi giuridici e materiali, e rispetto al quale, dunque, il venditore può risultare inadempiente[63].

Appare, dunque, curiosa, ma in futuro senza dubbio meritevole di ulteriore approfondita analisi, la commistione di schemi che la Corte ha adottato, secondo cui la tutela dei vizi integrerebbe una garanzia[64], con un venditore che non 'si obbliga per', ma 'assicura un' certo risultato: laddove in caso di mancato conseguimento di tale risultato si determinerebbe una responsabilità a titolo di inadempimento contrattuale, per violazione della *lex contractus*; peraltro, secondo un regime di responsabilità speciale, per il quale è irrilevante la condotta del venditore, e che, secondo la stessa pronuncia, prevedrebbe che sul compratore incomba l'onere di provare titolo, vizio e nesso di causalità fra questo e il danno.

[62] Idea che, come detto, si pone nel solco delle osservazioni del Bianca, del Rubino e del Luminoso. Secondo il Rubino in particolare per individuare il corretto inquadramento del complessivo fenomeno 'garanzia' connesso alla compravendita è indispensabile individuare la funzione fondamentale della vendita, che si sostanzierebbe nel «fare acquistare definitivamente al compratore il diritto venduto» e che determinerebbe la responsabilità del venditore indipendentemente dalla sua colpa. Tale responsabilità sarebbe da ricondursi alla causa del suddetto contratto, che è individuabile nello 'scambio di un diritto contro un prezzo' e che non va ricostruita solo nel momento statico «della conclusione del contratto, ma anche nel momento dinamico dell'esecuzione di esso». Cfr. D. Rubino, *La compravendita*, cit., p. 629 ss.

[63] L'obbligazione che deve essere garantita, dunque, si sostanzierebbe in quella di «far acquistare il diritto al compratore». Si tratterebbe di un'obbligazione dal contenuto complesso, comprendente non solo l'immediato acquisto del diritto, ma anche l'obbligo di far acquistare il diritto su una cosa esente da vizi. Anzi, sarebbe proprio la garanzia con i suoi rimedi espressamente previsti a connotare implicitamente l'intero contenuto dell'obbligazione complessa gravante sul venditore. In altre parole, proprio la previsione della garanzia permetterebbe di verificare come il venditore non abbia correttamente adempiuto alla propria obbligazione con la sola trasmissione della proprietà sul bene dedotto in contratto: permane, infatti, l'obbligo che il bene sia esente da vizi materiali, nonché gravato da vincoli di espropriabilità o da altri diritti. Il «vero perno della garanzia» è «il concetto di attribuzione patrimoniale»: la garanzia si configura, dunque, come sanzione a fronte della mancata realizzazione dell'attribuzione patrimoniale fondamentale gravante sul venditore: cfr. D. Rubino, *La compravendita*, cit., p. 629 ss.

[64] G. D'amico, *La compravendita*, cit., p. 372 ss.

Ma l'aspetto che più sorprende è che la Suprema Corte, chiamata a dirimere un contrasto giurisprudenziale riguardante gli atti idonei a produrre l'interruzione della prescrizione prevista dall'art. 1495, comma 3, cod. civ. è ritornata sui suoi passi di lì a poco[65], con una pronuncia, in cui richiamando formalmente la sentenza del 3 maggio, si esprime in modo sostanzialmente opposto, nella misura in cui viene accolta la tesi che inquadra la garanzia entro lo schema del rapporto obbligatorio, peraltro, muovendo dal tenore letterale dell'art. 1476 n. 3 cod. civ., che, come già più volte osservato, registra tra le obbligazioni del venditore quella di «garantire il compratore[...] dai vizi della cosa»[66].

Quando si avvale della "garanzia" il compratore, dice la Corte, fa valere l'inadempimento di una precisa obbligazione del venditore[67]. In tal senso,

[65] Cass. 11 luglio 2019 n.18672, sulla quale si rinvia per il commento a M. D'Onofrio, *Le Sezioni Unite sull'interruzione della prescrizione in ipotesi di vizi della cosa venduta: è sufficiente l'intimazione stragiudiziale*, in «I contratti», 5/2019, p. 1 ss.

[66] La pronuncia in questione del resto è occasionata dalla necessità di confutare l'orientamento giurisprudenziale che riteneva necessaria la proposizione della domanda giudiziale allo scopo di interrompere la prescrizione delle azioni edilizie. La Corte si limita a contestare qui l'argomentazione che si fondava sul dato letterale dell'art. 1495, comma 3, cod. civ., in base a cui l'oggetto della prescrizione annuale sarebbe "l'azione", non invece il diritto, sicché l'interruzione della prescrizione sarebbe provocata unicamente dall'esercizio dell'azione stessa – sia essa la redibitoria o l'estimatoria - per mezzo della proposizione della domanda giudiziale. La ricostruzione che impone la proposizione della domanda giudiziale allo scopo di interrompere la prescrizione della garanzia è, infatti, fondata principalmente sulla qualificazione giuridica della garanzia medesima in termini di "diritto potestativo" in capo al compratore, a cui corrisponde, nel lato passivo, lo stato di "soggezione" del venditore, il quale sarebbe esposto alle conseguenze derivanti dall'esercizio della garanzia, a fronte dell'oggettiva presenza di un vizio del bene. Sull'idea che vede l'interruzione della prescrizione ad opera di un semplice atto stragiudiziale, cfr. C.M. Bianca, *La vendita*, cit., p. 1053 ss.; D. Rubino, *La compravendita*, cit., p. 846. Se si fosse davvero accolto l'inquadramento tratteggiato dalla sentenza precedente, la questione dell'efficacia interruttiva della prescrizione della semplice comunicazione stragiudiziale si sarebbe plausibilmente dovuta risolvere in senso negativo, con tutti gli svantaggi pratici che ciò avrebbe creato. Sull'impossibilità di costituire il venditore in mora, nel caso di 'garanzia': G. Grisi, *La* 'mora debendi' *nel sistema della responsabilità per inadempimento*, in *Riv. dir. civ*., 2010, I, p. 69 ss.; G. Visintini, *Inadempimento*, cit., p. 479 ss. La Corte ha evidentemente tenuto in maggior conto le conseguenze pratiche della decisione con l'accoglimento della tesi opposta a quella sostenuta nella pronuncia del 3 maggio, scegliendo di salvaguardare la posizione del compratore.

[67] Per la Corte, «conseguentemente, sul piano generale, deve ammettersi che lo possa fare attraverso una manifestazione di volontà extraprocessuale e ciò si inferisce anche da quanto stabilisce l'art. 1492 cod. civ., comma 2, il quale, prevedendo che «la scelta è irrevocabile quando è fatta con la domanda giudiziale", significativamente la prefigura, riconnettendo, invero, alla domanda in sede processuale la sola impossibilità di rimeditare l'opzione tra risoluzione e riduzione del prezzo».

viene accolta l'idea che le garanzie edilizie siano da ricondurre all'ipotesi di responsabilità per inadempimento (intesa nel senso di inesecuzione od inesatta esecuzione del contratto), e che il fondamento di tale responsabilità rinviene la sua causa nel fatto che il bene consegnato non corrisponde all'oggetto dovuto, alla luce di quanto previsto nell'atto di autonomia privata.

Non vi sarebbero fin qui particolari profili critici da evidenziare, oltre al dietrofront rispetto alla precedente posizione, se non fosse per il grave fraintendimento interno che si evince dalla prosecuzione della motivazione, ove la Corte, sottolineato che risultano diversificate le opinioni in ordine all'identificazione dell'obbligazione da ritenere inadempiuta nel caso di vizi della cosa oggetto di compravendita, così si richiama alla sentenza n. 11748 del 3 maggio 2019: «Con essa – pur dovendosi risolvere la diversa questione sul riparto dell'onere probatorio tra venditore e compratore con riferimento all'esercizio di siffatta tutela della garanzia per vizi – è stata ricondotta ad un tipo di responsabilità (contrattuale ma non corrispondente del tutto a quella ordinaria, atteggiandosi come peculiare in virtù della specifica disciplina della vendita) per inadempimento che deriva dall'inesatta esecuzione del contratto sul piano dell'efficacia traslativa per effetto delle anomalie che inficiano il bene oggetto dell'alienazione, ovvero che lo rendano inidoneo all'uso cui è destinata o ne diminuiscano in modo apprezzabile il valore, e sempre che i vizi – ovviamente – siano preesistenti alla conclusione del contratto, tenuto anche conto che – ai sensi dell'art. 1477 cod. civ., comma 1, – il bene deve essere consegnato dal venditore nello stato in cui si trovava al momento della vendita. È, in altri termini, solo l'inesistenza di tali tipi di vizi che consente di realizzare oltre che il sinallagma genetico anche quello funzionale, puntualizzandosi, però, che la responsabilità relativa alla loro garanzia prescinde da ogni giudizio di colpevolezza basandosi sul dato oggettivo dell'esistenza dei vizi stessi e traducendosi nella conseguente assunzione del rischio – di origine contrattuale – da parte del venditore di esporsi all'esercizio dei due rimedi edilizi di cui può avvalersi, a sua scelta, il compratore, al quale è riconosciuto anche il diritto al risarcimento dei danni, salvo che il venditore provi di aver senza colpa ignorato i vizi».

Appare evidente che nella motivazione vi è (almeno) un grave equivoco, che semplificando, può restringersi al conflitto logico con la precedente affermazione da parte della Corte dell'assenza di un'obbligazione specifica a cui ricondurre la garanzia per i vizi, laddove si abbracciava, all'opposto, la costruzione della violazione della *lex contractus*; rinvenendosi nell'art. 1476, peraltro, un contenuto meramente programmatico e di certo non precettivo.

Ha, invece, una logica ben evidente il silenzio sulla teoria della garanzia

come strumento autonomo volto ad assicurare un risultato preciso e che pone il venditore in una situazione di soggezione e non di obbligazione. A mio avviso, infatti, la Corte ha compreso che le premesse da cui era mossa nella pronuncia in esame non erano conciliabili con la conclusione a cui era pervenuta, essendo la violazione della *lex contractus*, che determina la responsabilità speciale per inadempimento, nettamente antitetica rispetto all'attuazione della garanzia, che avviene attraverso forme di tutela a cui il debitore è obiettivamente ed autonomamente assoggettato.

Nella sentenza di luglio, peraltro, si richiama alla necessità di preservare il sinallagma funzionale, il che ben si concilia con la teoria della responsabilità per inadempimento[68], seppur risulta ozioso il riferimento all'assenza di colpa: [«E', in altri termini, solo l'inesistenza di tali tipi di vizi che consente di realizzare oltre che il sinallagma genetico anche quello funzionale, puntualizzandosi, però, che la responsabilità relativa alla loro garanzia prescinde da ogni giudizio di colpevolezza basandosi sul dato oggettivo dell'esistenza dei vizi stessi»]; l'elemento della colpa fuoriesce dalla logica della tutela sinallagmatica, essendo questa improntata al ripristino dell'equilibrio fra le prestazioni, che sia stato oggettivamente violato.

Non pare condivisibile, di contro, il riferimento al rischio contrattuale che il venditore si assumerebbe in forza del contratto e che si estrinsecherebbe nella sua sottoposizione alla tutela edilizia: «[traducendosi nella conseguente assunzione del rischio - di origine contrattuale - da parte del venditore di esporsi all'esercizio dei due rimedi edilizi di cui può avvalersi, a sua scelta, il compratore, al quale è riconosciuto anche il diritto al risarcimento dei danni, salvo che il venditore provi di aver senza colpa ignorato i vizi»]. A mio avviso, non c'è alcuna assunzione di rischio: se il venditore è obbligato *ex* art. 1476 come fonte di obbligazione specifica, o in base alla *lex contractus* (in rapporto al quale l'art. 1476 si porrebbe in funzione programmatica), questi risponde come debitore, e non come garante in forza di un'assunzione autonoma del rischio. E ciò indipendentemente dalla natura speciale della tutela prevista.

Queste frequenti e, a tratti, gravi oscillazioni – propiziate spesso da profili più strettamente operativi della tutela (come, in questi due casi, gli oneri probatori e l'interruzione della decorrenza dei termini) e che pertanto pongono la giurisprudenza nella difficile situazione di dover contemperare gli interessi delle parti, e di cercare soprattutto di preservare il contraente debole – danno conto della presenza di nodi problematici che paiono ancora piuttosto lontani dal trovare una soluzione efficace. A fronte di tali notevoli difficoltà sarebbe compito della dottrina elaborare delle proposte di

[68] Cfr. *supra* il Cap. III, §§ 3-5.

coordinamento dei tracciati normativi, che siano concretamente funzionali all'attuazione di una tutela contrattuale efficiente, senza arroccarsi in posizioni interpretative e ricostruttive che paiono oramai mantenute più che altro per un'asfittica coerenza.

4. *Osservazioni critiche*

Astenendoci dall'indicare un'ipotetica via interpretativa che possa ricondurre ad un'unità logica e funzionale tale complesso dettame normativo, operazione per la quale, invero, non si rinvengono ulteriori spazi, che non quelli già coperti dalle autorevoli voci della dottrina civilistica, interessa qui soprattutto porre in ulteriore evidenza le difficoltà generate dal sovrapporsi di modelli generali e soluzioni prodotte dalle specifiche discipline senza un adeguato coordinamento sistematico[69]. Ancor più se nell'ottica del richiamo ad una tradizione giuridica romanistica o al diritto romano che non vengono affatto colti nella loro differente identità e nella natura circostanziale, e per questo assai complessa, di entrambi.

Di per sè, sotto il solo profilo della tutela per i vizi della cosa comprata o per la mancanza di qualità essenziali o promesse, si può osservare come siano riscontrabili forme generali di 'responsabilità oggettiva', fondate sulla sola presenza del fatto che produce l'inadempimento (finanche la si voglia costruire termini di 'garanzia') e forme di responsabilità soggettiva, che presuppongono (e tendenzialmente presumono, sotto il profilo probatorio, la colpa) la imputabilità dell'inadempiente convenibile sia per l'azione risarcitoria, nel caso di vizio, sia per l'azione di risoluzione, salvo il risarcimento danni, nel caso di mancanza di qualità essenziali.

E questo avviene già solo in relazione ad un solo un profilo specifico, a sua volta di un tipo di contratto.

L'irrigidimento su un singolo modello dogmatico o le formulazioni eccessivamente generalizzanti, dunque, paiono chiaramente soffocare i criteri e i presupposti delle tutele dei singoli 'tipi' contrattuali, pregiudicando spesso sia l'azione di autonomia privata, sia l'intervento in punto di tutela da parte dello stesso ordinamento. Va detto che, se non altro, tali elementi compressi, vengono riproposti all'attenzione degli operatori del diritto attraverso l'azione dirompente della prassi commerciale e delle esigenze

[69] R. Calvo, *Vendita e responsabilità per i vizi materiali, I, Dai fondamenti storico-comparativi alla disciplina codicistica sulle garanzie*, ESI, Napoli, 2007, in particolare p. 183 ss.

che questa incessantemente manifesta; esigenze che tendono ciclicamente a rompere le strutture dogmatiche poco flessibili, inducendo Legislatore, giudici e giuristi – a ripensare le strutture concettuali, ad elaborare soluzioni nuove, improntate ad una maggiore coerenza.

Ricondurre la garanzia per i vizi ad un'obbligazione del venditore assieme a quella di consegnare il bene e di far acquisire la proprietà del bene, oppure "sganciarla" dall'adempimento dell'obbligazione principale, per ricondurla all'assunzione del rischio da parte del venditore per la realizzazione di uno specifico interesse, richiamando il diritto romano come fondamento razionale dell'una o come causa dell'altra, costituisce l'emblematico esempio del non corretto utilizzo di (presunti) modelli giuridici, utilizzo che, come si diceva in apertura, presupporrebbe che il fenomeno giuridico da regolare, seppur non esattamente corrispondente, perlomeno sia omogeneo[70].

La disciplina della vendita moderna non presenta un'uniformità interna: sotto il profilo della struttura del contratto essa è legata alle distinzioni relative alle tipologie dei beni oggetto di vendita, dalle quali dipendono anche il riconoscimento degli atti giuridici e materiali idonei all'attuazione del negozio (ai quali, peraltro, si devono aggiungere le dinamiche legate alle pratiche commerciali).

E tanto meno, può dirsi, uniforme rispetto all'*emptio venditio* romana.

La struttura e gli obiettivi dei rimedi disponibili all'*emptor* romano erano differenti rispetto alle proposte moderne, e, soprattutto, nel complesso integravano una efficace complementarietà: il regime edilizio era circoscritto ad uno specifica 'tipologia' di *emptio venditio* e la sua origine era strettamente collegata a precise esigenze del commercio mercantile, raccolte e riprodotte in formato regolamentare dagli edili; il regime di tutela contrattuale che aveva, invece, la propria matrice nello *ius gentium* e che ha trovato la propria definizione nel *ius civile*, attribuiva l'assoluta priorità alla buona fede, all'affidamento contrattuale, in un àmbito, come quello dei traffici commerciali, che necessitava per ragioni eminentemente pratiche, dell'affidabilità e della correttezza del comportamento dei contraenti.

Il primo regime si giustifica proprio in ragione della sua specialità; il secondo nasce in funzione "generalizzante" della tutela dell'*habere licere*, in rapporto all'estensione della sfera di applicazione dello strumento processuale; estensione coadiuvata dall'elemento della buona fede, valore

[70] In tal senso le efficaci osservazioni di L. Vacca, *Garanzia*, cit., p. 283 ss. che criticano le argomentazioni relative alle supposte colpe della romanistica con riguardo alla creazione di aberrazioni concettuali quali la "garanzia come sanzione dell'obbligazione di garantire" stigmatizzate dal Mengoni, in *Profili*, cit., p. 129 ss e dal Nicolussi, in *Diritto europeo*, cit., p. 534 ss.

immanente e al contempo criterio 'normativo' della vicenda contrattuale e dalla particolare natura del *praestare*, come contenuto della prestazione oggetto dell'obbligazione.

La flessibilità del sistema delle azioni *ex fide bona* consentiva, così, di non ripiegare nell'astrattezza, inadeguata rispetto al dato pratico, ma di conformare la tutela alla singola vicenda contrattuale: a rendere, cioè, la dimensione dell'intervento dell'ordinamento del tutto rispondente alle esigenze concrete della realtà contrattuale-commerciale. Così che nell'ottica dell'adempimento dell'obbligo di trasmettere e garantire l'*habere licere*, che Paolo declina nei tre punti *ex* D. 19.1.4pr., e che Ulpiano in D. 19.1.11.2 riassume nel *praestare rem*, diviene un passaggio naturale quello che prevede l'estensione dell'azione da contratto, e nello specifico la rispondenza del venditore, alle ipotesi dei vizi: il vizio inficia il pieno e pacifico godimento del bene.

Sul piano della struttura dell'adempimento del contratto, il vizio comporta una violazione della buona fede e altera l'equilibrio fra le prestazioni, dal momento che lede l'affidamento e la aspettativa del contraente, provocando come minimo un pregiudizio economico legato allo squilibrio fra le prestazioni (nel senso del rapporto fra valore/funzionalità del bene e corrispettivo pagato). In quest'ottica, non a caso, al vizio viene affiancato il fenomeno della mancanza delle qualità essenziali.

Ciò avviene indipendentemente dal profilo del dolo, o della *scientia* del vizio da parte del venditore, i quali costituiscono elementi della condotta che inducono ad una diversa valutazione del rapporto fra fatto dell'inadempimento e danno subìto, ampliando o restringendo lo spettro di quest'ultimo a seconda dei casi. Tant'è che abbiamo incontrato ipotesi in cui tale valutazione tra fatto e danno non tiene conto della condotta del compratore, limitandosi le soluzioni dei *prudentes* ad individuare la oggettiva imputabilità (D. 19.1.6.4 e D. 19.2.19.1).

Di contro, la tutela edilizia, la cui origine è verosimilmente prodromica rispetto all'operazione di estensione dell'*actio empti* in relazione all'ipotesi dei vizi del bene compravenduto, si fondava su logiche diverse e ben definite: la tipologia di vendita, in relazione alle esigenze commerciali del tempo (vendite nei mercati di schiavi e animali da soma o da sella), il vizio del bene o le qualità inesistenti, la reticenza del venditore a cui si aggiunge la falsità delle qualità dichiarate o promesse; ipotesi che sottintendevano, tutte, una condotta valutabile in termini di implicita colpevolezza.

Un regime speciale, dunque, come volevano le dinamiche dei mercati antichi, costruito su rimedi di efficacia mirata (la reciproca restituzione *res*/corrispettivo, o la riduzione del prezzo); e snelli dal punto di vista

procedurale: ("irrilevanza probatoria" dello stato soggettivo del venditore, termini brevi).

Si ha motivo per ribadire[71], allora, che l'eredità romana giunta a noi, nella rivisitazione della tradizione romanistica, sostanzialmente nelle forme della garanzia edilizia può considerarsi "monca", senza dubbio parziale, troppo sbilanciata, da un lato verso rimedi speciali, sia non opportunamente collocati all'interno della disciplina generale della vendita, sia concepiti in modo poco funzionale rispetto alla sua concreta applicazione; dall'altro lato, sovrastata da un sistema di responsabilità contrattuale che risulta non del tutto adatto ad esaurire le articolate dinamiche legate al fenomeno dell'inadempimento contrattuale, a causa delle letture alternativamente orientate alla soggettività o all'oggettività dell'imputabilità che determina la responsabilità contrattuale.

Ad un occhio attento, come detto, le attuali tendenze si rivelano più frutto di una riproposizione deferente e malamente realizzata dei modelli proposti dalla tradizione, non affatto coerenti con le origini romanistiche, piuttosto che una scelta voluta e ragionata dal Legislatore; su cui la dottrina, suo malgrado, è intervenuta amplificando ulteriormente le incongruenze già evidenziate, con ricadute soprattutto in àmbito applicativo.

In relazione alla vendita, qui specificamente trattata, l'introduzione dell'obbligo di consegnare un bene conforme al contratto di compravendita, la recente imponente rivoluzione tecnologica, le molteplici sollecitazioni provenienti dalla prassi commerciale, come detto, costituiscono un insieme di fattori che spingono a porre al centro della riflessione scientifica e delle decisioni giurisprudenziali la funzione concreta del contratto, nell'ottica dell'interesse delle parti contraenti. In tal senso, alla luce di tale centralità, sarebbe forse opportuno configurare l'inadempimento come fenomeno che rileva in quanto incidente su tale funzione concreta, articolandone la struttura mediante il ricorso a strumenti concettuali, che all'ombra del necessario riconoscimento normativo, presentino caratteri di flessibilità ed elasticità tali da consentire in punto applicativo le più ampie efficacia e funzionalità di tutela.

In tal senso, va forse mantenuto, seppur meglio precisato il tema della violazione della *lex contractus*, che, pur non essendo nuovo rispetto al panorama interpretativo relativo alla vendita[72], risulta oggi ben rappresentato nella traccia della disciplina della vendita di beni di consumo. L'ottica della

[71] Come già osservato da L. Vacca, *Garanzia,* cit., p. 280 ss.; V. Mannino, *Le tutele*, cit., p. 187 ss; T. Dalla Massara, *Modelli*, cit., p. 856 ss.

[72] E. Russo, *La responsabilità per l'inattuazione dell'effetto reale*, Giuffrè, Milano, 1965; A. Luminoso, *La compravendita*, cit., p. 220.

difformità del bene, come una forma di violazione della *lex contractus*, infatti, ben si coglie dall'impianto generale di tale disciplina[73] in cui l'articolato normativo tende a tutelare, sì, il compratore nell'acquisto di un bene conforme, rendendo la 'conformità' il perno attorno al quale ruota la vicenda negoziale e la sua mancanza il fondamento della responsabilità del venditore[74]. Tuttavia, non ne risulta affatto trascurata la funzione concreta del contratto, come mostra chiaramente la logica a cui sono orientati i rimedi: non solo, la soddisfazione dell'interesse del compratore, ma anche la conservazione del contratto, che coincide anche con l'interesse del compratore a non perdere l'affare.

A tal riguardo, non si condivide del tutto quanto osservato da Di Majo in merito al confronto fra il modello romano e il modello comunitario, secondo cui quest'ultimo si caratterizzerebbe per il diritto al ripristino che costituisce quell'«onda lunga» di quanto pattuito dalle parti, in grado di superare i limiti posti dalla nozione di obbligazione di «derivazione romanistica», limiti che si estrinsecano nella secca alternativa tra riduzione del prezzo e restituzione. Secondo tale opinione, dunque, si dovrebbe plaudire all'innovazione comunitaria che, in coerenza con l'evoluzione dei sistemi di civil law, avrebbe consentito di superare «il limite romanistico della ricomposizione (solo) pecuniaria», attraverso un'applicazione generalizzata del principio dell'adempimento in natura[75]. In vero, al di là della tradizionale connotazione pecuniaria della tutela romana, che permane fino alla fine III sec. d.C., il modello romano pare, anzi, essere, in un certo qual modo, l'"ispiratore" di quello comunitario sotto il fondamentale aspetto della *ratio* della tutela: l'attenzione data alla funzione del contratto in senso concreto che coincide con la consegna da parte del venditore di cose conformi (al contratto) a fronte del pagamento del prezzo da parte del compratore. Così che, non è la prestazione o l'impegno traslativo, come invece si insiste nelle letture della disciplina codicistica della vendita per cercare di conciliare il profilo traslativo con l'aspetto inerente ai modi di essere della cosa, il focus del rapporto (che, peraltro, nel diritto romano era marginale, essendo l'obbligazione del venditore configurata come un *praestare* e non come un *dare* in senso tecnico) ma la consegna di un bene conforme al contratto, e quindi l'uso a cui è destinato. Il che implica, come per il *praestare* l'*habere licere* della *res*, che il venditore non incontra quei limiti alla sua rispondenza

[73] E.M. Lombardi, *Garanzia e responsabilità nella vendita dei beni di consumo*, Giuffrè, Milano, 2010, in particolare p. 266.
[74] S. Mazzamuto, *Equivoci e concetttualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo*, in «Europa e dir. privato», 2004, p. 1047 ss.
[75] A. Di Majo, *Garanzia*, cit., p. 19.

connessi all'obbligo dell'assicurare un modo di essere della cosa, che, secondo parte della civilistica, esulerebbe dalla riconduzione ad un'obbligazione di condotta[76]. Il venditore, anzi, è tenuto a tenere tutti quei comportamenti atti ad assicurare al compratore il risultato convenuto, e risponde nei limiti, e solo in essi, di tale perimetro, tenuto conto della buona fede contrattuale. L'adempimento in natura che la direttiva privilegia, ma che anche la nostra tutela generale contro l'inadempimento contrattuale ammette come alternativa alla risoluzione, recupera in maniera efficace proprio la *ratio* della tutela della funzione concreta del contratto: l'acquisto di un bene conforme per il compratore, la conservazione del contratto e quindi la conclusione dell'affare per il venditore. In tal senso, non si può non osservare che in rapporto alla tutela del contratto del diritto romano, seppur vincolata alla pecuniarietà della condanna e aliena rispetto alle logiche dell'azione di adempimento, vi sia un notevole allineamento dal punto di vista del fondamento, della *ratio* giuridica a sostegno della protezione degli interessi delle parti contraenti.

5. *Brevi considerazioni sul ruolo della buona fede*

A proposito di strumenti giuridici flessibili che trovino un adeguato fondamento normativo, non mancano tentativi di proporre soluzioni concettuali più adeguate alle complesse dinamiche del diritto dei contratti.

La sensazione che, tuttavia, si avverte è che più che aggiungere, occorrerebbe sottrarre, recuperando, in una certa parte, il patrimonio concettuale che il Legislatore del '42 ci ha fornito, e, in una maggiore parte, riducendo lo sforzo definitorio e classificatorio, spesso prodromico di nuove categorie o figure giuridiche che non producono null'altro che ulteriori complicazioni all'interprete.

In tal senso, meriterebbe di acquistare o, meglio dire, riacquistare un ruolo centrale il principio della buona fede contrattuale[77] che viene

[76] Con richiami a sproposito di orientamenti della giurisprudenza romana: cfr. *supra* nt. 70. Si vedano sul punto le riflessioni di L. Vacca, *Cultura giuridica e armonizzazione del Diritto europeo*, ora in *Diritto giurisprudenziale romano e scienza giuridica europea* a cura di G. Rossetti, Giappichelli, Torino, 2017, p. 246 ss.

[77] G. Stolfi, *Il principio di buon fede*, in «Riv. dir. comm.», 1964, I, p. 166 ss.; M. Bessone, *Obbligo di adempiere ed esigibilità della prestazione. In margine al ruolo delle valutazioni di diligenza e buona fede*, in «Giur. it.», 1972, I, 1, pp. 1254 e 1257 s.; C.M. Bianca, *La nozione di buona fede quale regole di comportamento contrattuale*, in «Riv. dir.civ.», I, 1983, p. 205 ss.

richiamata più volte dal codice civile sotto profili diversi con riguardo alla disciplina del contratto: nella formazione del contratto (art. 1337), nell'esecuzione del contratto (1375) e nell'interpretazione del contratto (art. 1366) oltre che, in generale, nell'esecuzione del rapporto obbligatorio (art. 1175) sottendendo un obbligo di lealtà e correttezza a cui viene improntata tutta la materia contrattuale e quella *generatim* obbligatoria[78].

La dottrina[79] ne ha isolato due diverse nozioni: buona fede in senso oggettivo e in senso soggettivo, nel merito della quale non si entra in questa sede se non sollevando l'opportunità di tale distinzione, oltre che della sua reale consistenza, considerato che la buona fede soggettiva rinvierebbe essenzialmente all'atteggiamento psicologico del soggetto e non alla condotta, fenomeno quest'ultimo da ascriversi alla buona fede oggettiva, come se atteggiamento e condotta potessero essere concretamente isolati.

Circa la buona fede oggettiva sono state individuate tre diverse funzioni, peraltro, già osservate sul piano dell'operatività concreta della *bona fides* nell'esperienza giuridica romana: la funzione precettiva, la funzione integrativa e la funzione valutativa, il che sembra dare la dimensione di come questa costituisca un criterio che, anche nella logica sottesa alla disciplina normativa attuale, permei l'intera vicenda obbligatoria-contrattuale[80]: sulla base delle sue stesse funzioni la buona fede oggettiva viene considerata al contempo fonte di regole di azione e criterio di valutazione a posteriori delle condotte dei soggetti del rapporto contrattuale, e sotto questi due profili può considerarsi del tutto avallata l'idea di una proiezione della *bona fides* romana.

[78] F. Piraino, *La buona fede in senso oggettivo*, Giappichelli, Torino, 2015, *passim*. Per una recente e dettagliata analisi dell'istituto dal punto di vista strettamente civilistico, con un approfondimento anche degli aspetti pratici, che tenga conto degli orientamenti dottrinali e giurisprudenziali più rilevanti: G. Finazzi, *La struttura e l'adempimento IV: Correttezza e buona fede,* in *Trattato delle obbligazioni* diretto da L. Garofalo e M. Talamanca, Cedam, Padova, 2018, *passim*, in particolare p. 1259 ss.

[79] *Ex plurimis*, oltre agli autori citati nelle note che precedono e seguono, cfr. A. Cataudella, *Sul contenuto del contratto*, Milano, Giuffrè, 1966, in particolare p. 254; U. Breccia, *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Giuffrè, Milano, 1968, p. 3 ss.; D. Corradini, *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato. Dal codice napoleonico al codice civile italiano del 1942*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 137 ss.; F. D. Busnelli, *Buona fede in senso soggettivo e responsabilità per fatto ingiusto*, in *Studi sulla buona fede*, Giuffrè, Milano, 1975, p. 575 ss.; M. Bessone-A. D'Angelo, voce *Buona fede*, in *Enc. giur. Treccani*, V, Roma, 1988, p. 1 ss.; L. Bigliazzi Geri, *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., II, Utet, Torino, 1988, p. 180 ss.

[80] Cfr. in particolare le osservazioni di C.A. Cannata, *Le obbligazioni in generale*, in *Trattato* Rescigno, IX², *Obbligazioni*, cit., p. 43 ss.; E. Navarretta, *Buona fede oggettiva, contratti di impresa, e diritto europeo*, in «Riv. dir. civ.», 2005. p. 508; G. Finazzi, *La strutttura*, cit., p. 92 ss.

Nello specifico, la buona fede oggettiva assolverebbe alla funzione precettiva, in quanto 'fonte di regole' inerenti agli obblighi che le parti debbono adempiere, assorbendo anche la funzione integrativa, nella misura in cui essa interviene a colmare le lacune del programma contrattuale o precisarne i contenuti[81]; la funzione valutativa viene assolta, invece, nel momento della valutazione della corrispondenza dell'agire delle parti al programma contrattuale e alle disposizioni normative applicabili.

Se, dunque, di sovrapposizione fra contenuti e funzioni si tratta, possiamo allora più che altro riferirci alla c.d. essenza della buona fede, che ne delinea evidentemente in modo più efficace l'identità: e tale essenza veniva ben colta dal Betti[82] quando rilevava che essa «coincide con il perseguimento, all'interno del rapporto obbligatorio, di obiettivi di giustizia sostanziale, non in ottemperanza a principi ideali di equità o bontà, ma allo scopo di tutelare l'assetto di interessi delineato dalle parti mediante una valutazione complessiva della loro condotta, anche in relazione ai contegni intrinseci da questa assorbiti. Ciò al fine di assicurare che l'esito del rapporto obbligatorio coincida con quello programmato». Se in precedenza la giuridicità della clausola era osteggiata da una giurisprudenza che vi rintracciava una formula priva di autonomo contenuto, attualmente è percepibile un'inversione di rotta, che pare iniziare, seppur timidamente, a valorizzare tale figura in tutte le fasi di vita del rapporto contrattuale, dalla trattativa, all'esecuzione, finanche all'interpretazione, riconoscendo un generale dovere di cooperazione delle parti[83]: dal panorama giurisprudenziale odierno si deduce, infatti, con sempre maggior frequenza come la buona fede debba considerarsi uno strumento atto ad imporre ai contraenti l'obbligo di comportarsi in modo da preservare anche gli interessi della controparte[84].

[81] Condivisibilmente critico sulla svalutazione generale della buona fede come criterio esclusivamente correttivo secondo una *ratio* equitativa nell'àmbito della dottrina civilistica e romanistica ottocentesca R. Fiori, *Storicità del diritto e problemi di metodo. L'esempio della buona fede oggettiva*, in *Scopi e metodi*, cit., p. 25 ss.

[82] *Teoria delle obbligazioni*, I cit., p. 92 ss.

[83] Cass. civ., 17 giugno 1974, n. 1781, in «Foro it.», 1974, c. 122; Cass. civ., 22 ottobre 1982, n. 5492, in «Giur. it.», I, c. 1199, con nota di A. Fusaro, *Fondamento e limiti della responsabilità precontrattuale*; Cass. civ., 5 marzo 1994, n. 2177, in «Arch. circolaz.», 1994, p. 844; Cass. civ., 3 novembre 1999, n. 12310, in «Foro Padano», 2000, p. 348 che indica lo specifico dovere di buona fede nel suo imporre a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio il dovere di agire in modo in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere da specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge; Cass. civ., 14 luglio 2000, n. 9321, in «Corr. Giur.», 2000, p. 1479.

[84] Operando, essa, in termini di reciprocità come addentellato dei princípi di matrice costituzionale di solidarietà ed uguaglianza sostanziale (artt. 2, 3, 41, comma 2, Cost.): Cass., 3 novembre 1999, n. 12310, cit.; Cass., 24 febbraio 2004, in «Arch. civ.», 2004,

Va detto, tuttavia, che se ci si sofferma su alcune elaborazioni dottrinali e giurisprudenziali in tema negoziale notiamo come la *ratio* a fondamento dell'utilizzo della clausola generale risulti spesso coincidere, più che altro, con la stringente necessità di superare lacune di disciplina o rigidità, e lo si fa ricorrendo ad appigli che si tenta di rinvenire nel quadro normativo generale[85].

p. 1454; Cass., 9 luglio 2004, n. 12685, in «Rass. dir. civ.», 2006, p. 241; Cass., 25 novembre 2008, n. 28056, in «Foro it. Rep.» 2008, voce *Obbligazioni in genere*, n. 69; Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in «Riv. dir. civ.», 2010, p. 653.

[85] Ad esempio, la buona fede oggettiva ha costituito il fondamento della figura controversa degli obblighi di protezione (*ex* § 242 BGB per l'ordinamento tedesco ed *ex* art. 1175 cod. civ. per la dottrina italiana), obblighi che hanno lo scopo di mantenere intatta la sfera giuridica delle parti contraenti che li assumono nei confronti di possibili invasioni lesive a causa o in occasione dello svolgimento del rapporto. Tali obblighi, peraltro, risultano autonomi rispetto alle obbligazioni principali, con tanto di azione risarcitoria autonomamente esperibile. Si tratta di una figura elaborata dalla dottrina tedesca in difficoltà rispetto al riconoscimento di un più ampio perimetro fenomenico per l'inadempimento imputabile, che non prevedeva l'ipotesi di prestazione inesatta o parzialmente adempiuta. Sia la letteratura germanica sia quella italiana sul tema sono già piuttosto vaste; qui ci si limita a rinviare a K. Larenz, *Leherbuch des Schuldrechts*, I, p. 9 ss. per l'analisi dei limiti della formulazione del BGB in merito all'inadempimento *ex* §275, e, per la teoria degli obblighi accessori, soprattutto H. Stoll, *Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlugen*, in *Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht*, Wigand, Leipzig, 1923, p. 532 ss. Gli obblighi accessori hanno trovato riconoscimento normativo a seguito della S*chuldrecht Modernisierung* del 2001, nel secondo comma del §241, dedicato appunto agli *Schutzpflichten*, gli obblighi di protezione, fra i principali obblighi accessori cd. 'esigibili'. Per una lettura della dottrina italiana si vedano soprattutto C.M. Bianca, *La nuova disciplina della compravendita: osservazioni generali*, in *La Riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?* a cura di G. Cian, Cedam, Padova, 2004, pp. 123 ss.; A. Di Majo, *La Modernisierung del diritto delle obbligazioni in Germania*, in «Europa e dir. privato», 2004, p. 355 ss., G. Finazzi, *La strutttura. Buona fede*, cit., p. 582. Si concorda del tutto con le osservazioni critiche di E. Moscati, *Profili attuali degli obblighi di protezione nel diritto italiano e nel diritto europeo*, *in Questioni vecchie e nuove* in *tema di responsabilità* a cura di L. Garofalo, Jovene, Napoli, 2011, p. 69 ss. L'obbligo di protezione, infatti, altro non fa, a mio avviso, che porre in evidenza la difficoltà di una struttura rigida, che dovrebbe assorbire funzione e contenuto del contratto, volendo necessariamente prevenire nella forma sostanziale dell'obbligo, tutti i potenziali eventi lesivi dell'assetto di interessi negoziale. Nè può dirsi esente da critiche la teoria del contatto sociale di creazione giurisprudenziale, quale fonte di obblighi senza prestazione, elaborata al fine di coprire la zona grigia degli obblighi non formalmente nascenti da contratto, perchè precedenti alla sua stipula, o perchè implicitamente connessi al rapporto negoziale, per poterne ricollegare la violazione alla responsabilità contrattuale: Cass. civ. 22 gennaio, 1999, n. 589 sulla responsabilità del medico; Cass. civ. 27 giugno 2002 n. 9436 sulla responsabilità dell'insegnante; App. Milano, 2 febbraio 1990, sulla responsabilità dell'intermediario finanziario. Su questi profili si veda in particolare C. Castronovo, *La nuova responsabilità*, cit., p. 485 ss.

L'inserimento delle previsioni inerenti alla buona fede, nella forma della clausola generale[86] da parte del Legislatore italiano, *a contrario*, aveva, ed ha, verosimilmente, lo scopo essenziale di ritagliare uno spazio di flessibilità per la ricostruzione della vicenda negoziale nella sua concretezza e quindi *ex post* anche per la valutazione del comportamento delle parti, senza intasare il programma contrattuale con una serie di ulteriori obblighi[87], elevando ulteriormente il livello di difficoltà dell'interprete[88].

5.1. *La buona fede e la causa concreta*

Nell'ottica dell'attribuzione di rilevanza alla funzione concreta del contratto, in coordinamento col ruolo della buona fede, all'interno della vicenda contrattuale, importanti suggestioni mi pare giungano dalla teoria della "causa concreta" del contratto, seppur ancora non adeguatamente sviluppata[89].

Tale lettura propone, in sostanza, il superamento dell'astratta configurazione dell'elemento causale nel senso della funzione economico-sociale del contratto – teso sostanzialmente a generare una giustificazione del controllo dell'ordinamento regolatore dell'autonomia delle parti del negozio – ridisegna il ruolo della volontà dei contraenti nella autodeterminazione e

[86] A. Di Majo, *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 59 ss.; Id., *Obbligazioni in generale*, in *Commentario del codice civile* a cura di V. Scialoja e G. Branca, Zanichelli, Bologna-Roma, 1988, p. 302; S. Rodotà, *Il tempo delle clausole generali*, in «Riv. crit. dir. priv.», 1987, p. 709 ss.; G. Alpa, *La buona fede integrativa: nota sull'andamento parabolico delle clausole generali*, in *Il ruolo della buona fede*, cit., 2003, p. 155 ss.

[87] G. Finazzi, *La strutttura*, cit., p. 400 ss.

[88] Osserva condivisibilmente Piraino, seppur in chiave più propositiva rispetto alla esigenza di coerenza con il quadro delle categorie dogmatiche desunte dal diritto positivo, che «Non è soltanto una scelta di campo relativa alla struttura dell'obbligazione e del contratto, della connessa responsabilità per inadempimento e dell'alternativa offerta dalla responsabilità extracontrattuale ad influenzare l'adesione o meno alla teorica degli obblighi di protezione e della funzione integrativa della buona fede, ma è anche, se non prevalentemente, l'istanza di giustizia che anima tali costruzioni. É l'esigenza che il problema della regolazione giusta trovi la propria soluzione già all'interno dell'obbligazione e del contratto e non, invece, altrove nel sistema, senza che sia dunque necessario appigliarsi ad altri dispositivi di realizzazione e di salvaguardia degli interessi soggettivi, che peraltro si rivelano meno coerenti e rigorosi sul piano dogmatico»: cfr. F. Piraino, *La buona fede*, cit., p. 264.

[89] Di cui molto si deve a G.B. Ferri, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1966, p. 250 ss. Cfr. sul punto soprattutto M. Bessone, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milano, 1969, pp. 215, 228 ss.; C. Scognamiglio, *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Cedam, Padova, 1992, p. 331 ss.; C.M. Bianca, *Il contratto*, cit., p. 447 ss.

autoregolamentazione negoziale per i fini oggettivamente individuati. Sono state significative le osservazioni[90] della Corte di Cassazione secondo cui «essendo noto che, da parte della più attenta dottrina, e di una assai sporadica e minoritaria giurisprudenza, si discorra da tempo di una fattispecie causale "concreta", e si elabori una ermeneutica del concetto di causa che, sul presupposto della obsolescenza della matrice ideologica che configura la causa del contratto come strumento di controllo della sua utilità sociale, affonda le proprie radici in una serrata critica della teoria della predeterminazione causale del negozio (che, a tacer d'altro, non spiega come un contratto tipico possa avere causa illecita), ricostruendo tale elemento in termini di sintesi degli interessi reali che il contratto stesso è diretto a realizzare (al di là del modello, anche tipico, adoperato). Sintesi (e dunque ragione concreta) della dinamica contrattuale, si badi, e non anche della volontà delle parti. Causa, dunque, ancora iscritta nell'orbita della dimensione funzionale dell'atto, ma, questa volta, funzione individuale del singolo, specifico contratto posto in essere, a prescindere dal relativo stereotipo astratto, seguendo un iter evolutivo del concetto di funzione economico-sociale del negozio che, muovendo dalla cristallizzazione normativa dei vari tipi contrattuali, si volga alfine a cogliere l'uso che di ciascuno di essi hanno inteso compiere i contraenti adottando quella determinata, specifica (a suo modo unica) convenzione negoziale»[91]. La figura della causa concreta, dunque, esaurisce la duplice funzione di criterio d'interpretazione del contratto e di qualificazione dello stesso: l'adesione del contratto ad un determinato tipo legale o sociale imporrebbe così l'accertamento sulla natura dell'interesse che il contratto è volto a realizzare[92].

Questa chiave di lettura[93] apre ampi spazi di ripensamento dell'approccio

[90] Prodromiche dei nuovi sviluppi giurisprudenziali le seguenti pronunce: Cass. civ. Sez. I, 7 maggio 1998, n. 4612, in tema di Sale & lease back) Sez. I, 6 agosto 1997, n. 7266, in tema di patto di non concorrenza; sez. II, 15 maggio 1996, n. 4503, in tema di rendita vitalizia).

[91] Cass. civ. Sez. III, 08 maggio 2006, n. 10490, in senso conforme, più recentemente Cass. civ. Sez. Un., 6 marzo 2015 n. 4.

[92] Cfr. M. Barcellona, *La causa del contratto e il prezzo vile: giudizio causale e trasparenza negoziale: Cass. civile Sez. I, 4 novembre 2015, n. 22567*, in «La nuova giurisprudenza civile commentata», 2016, n. 4, I, p. 503.

[93] Fra gli approfondimenti della dottrina si vedano in particolare A. Mantello, *Interpretazione funzionale e rischio contrattuale*, Jovene, Napoli, 2003, p. 333 ss.: cfr. R. Catalano, *La causa contrattuale nell'"uso" della giurisprudenza*, in «Dir. giur.», 2011, p. 513 ss.; L. Nazzicone, *La Cassazione e la causa del negozio*, in AA.VV., *L'evoluzione giurisprudenziale nelle decisioni della Corte di cassazione. Raccolta di studi in memoria di Antonio Brancaccio*, VII, 2013, Giuffrè, Milano, p. 55 ss.; M. Martino, *La causa in concreto nella giurisprudenza: recenti itinerari di un nuovo* 'idolum fori', in «Corr. giur.», 2013, p.

sinora caratterizzante l'indagine della dottrina e l'interpretazione ricostruttiva della giurisprudenza, poiché si tratta di attribuire al profilo causale il ruolo di razionalizzazione della funzione che il contratto è chiamato a svolgere in relazione agli interessi di parte. A tal riguardo, viene da osservare che la causa concreta parrebbe potenzialmente utile a fondare non solo una "nuova dimensione pragmatica" della genesi del contratto, ma che possa e debba governare l'intera vicenda negoziale, come elemento del negozio che, pur essendo frutto dell'autonomia delle parti, assume un carattere obbiettivo, relativo all'affare perseguito, regolando anche la fase conseguente al mancato raggiungimento, o parziale raggiungimento, dell'interesse legato al contratto, in termini di inadempimento[94].

La buona fede oggettiva unitamente alla causa, o funzione concreta del contratto potrebbero rappresentare elementi di riferimento sia nella fase genetica, quindi nella costruzione del rapporto, sia nella fase dell'attuazione come elementi di integrazione dei doveri finalizzati alla realizzazione dello scopo del contratto, oltre che come criteri valutativi nella fase della tutela e quindi di accertamento del contegno negoziale in rapporto a tale scopo[95]. In tal senso, entrambe, in un rapporto di reciprocità potrebbero

1441 ss.; C.M. Bianca, *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in «Riv. dir. civ.», 2014, p. 256 ss.; M. Barcellona, *Della Causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Cedam, Padova, 2015, p. 115 ss.; F. Piraino, *Riflessioni su dogmatica e autonomia privata: il concetto di causa del contratto*, in *Ragionare per decidere*, a cura di G. Bombelli e B. Montanari, Giappichelli, Torino, 2015, p. 70 ss.

[94] Per gli aspetti inerenti al ruolo dell'interprete in relazione alla valutazione della funzione economica individuale del contratto e della meritevolezza della causa concreta, si rinvia alle riflessioni in chiave critica di V. Roppo, *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in «Riv. dir. civ.», 59, 4, 2013, p. 957 ss., in particolare pp. 971-973, il quale sottolinea la necessità, appunto, di una corretta valutazione degli interessi pratici «idonei a giustificare la più complessa sequenza negoziale adottata dalle parti». In tal senso, come già osservato fra le righe di questa trattazione, è nell'aspetto della tutela che diviene determinante l'analisi della funzione concreta del negozio, divenendo essa l'elemento preponderante per la valutazione del contegno delle parti contraenti e per la determinazione dell'*an* e del *quantum* che in via giudiziale (o extragiudiziale) deve assicurare efficacemente la tutela.

[95] «Limitatamente al problema della frustrazione dello scopo o – per usare una terminologia invalsa in Italia ad indicare più il problema che non la teoria che vorrebbe risolverlo – della 'presupposizione', posizioni recenti hanno anche cercato di valorizzare la nozione di causa del contratto. Non però nella formulazione imperante negli anni della codificazione – e non a caso recepita dal legislatore – di 'funzione economico-sociale', sostanzialmente coincidente con il 'tipo' visto sotto il profilo funzionale quanto nel senso di una 'funzione economico-individuale', intesa come "funzione della singola operazione negoziale", considerata nella sua intierezza, attraverso cui le parti hanno razionalmente inteso regolare propri, specifici, concreti interessi. Questa impostazione consente di rileggere il problema della frustrazione

simultaneamente integrare la cornice generale entro cui individuare le obbligazioni dei contraenti *ex ante*, e costituire l'elemento di accertamento della violazione del programma contrattuale *ex post*[96].

Tali elementi sono entrambi dotati proprio di quella flessibilità che si invocava, utile all'attuazione degli interessi dei contraenti e per questo strettamente funzionali rispetto alla logica delle dinamiche negoziali[97].

Non è possibile stabilire *a priori* se c'è stata una violazione del contratto che integri un comportamento contrario alla buona fede contrattuale se non si individua la funzione pratica del contratto e conseguentemente i doveri contrattuali ad essa collegati. Di contro, non è possibile individuare *a priori* i doveri contrattuali, e quindi la *lex contractus*, senza tener conto del perimetro che la buona fede disegna in relazione ai comportamenti attesi o da attendersi dalle parti con riferimento ad uno specifico contratto: l'operazione che attende il giudice, o il soggetto comunque preposto alla risoluzione del conflitto inerente al mancato adempimento contrattuale, è un'operazione circolare; il Legislatore deve essenzialmente fornire gli strumenti utili a tale operazione.

A tal proposito, ancora assai efficace il rilievo del Natoli, secondo cui «il riferimento alla correttezza e alla buona fede *ex* artt. 1175 e 1375 cod. civ. vale a tenere avvertito il giudice della necessità che, anche ai fini della

dello scopo in stretta aderenza allo schema negoziale oggettivo, superando l'impostazione volontaristica delle tradizionali dottrine della presupposizione. Si afferma, infatti che, se i semplici motivi personali delle parti restano ininfluenti per la ricostruzione del contenuto negoziale, al contrario gli interessi delle parti dedotti nella 'causa concreta' del contratto, pur se estranei alla 'causa tipica', costituiscono una parte del negozio sul piano funzionale, cosicché il loro venir meno può portare alla caducazione del contratto. In una simile direzione, un ruolo fondamentale assume il momento dell'interpretazione – riletta in chiave oggettivistica, e attraverso il raccordo con la nozione di integrazione come ricostruzione del contenuto del rapporto. E, in particolare, l'interpretazione secondo buona fede, intesa come criterio per la ricostruzione dell'atto sulla base di schemi socialmente tipici»: così R. Fiori, Bona fides. *Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica (Parte prima)*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, II, Jovene, Napoli. 2006, p. 203.

[96] La giurisprudenza più recente, al riguardo, ha affermato che la violazione dell'obbligo di buona fede oggettiva o di correttezza esprime un generale principio di solidarietà sociale che, in àmbito contrattuale, implica un obbligo di reciproca lealtà di condotta che deve presiedere sia all'esecuzione del contratto sia alla sua formazione e interpretazione, a prescindere dall'esistenza di specifichi obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da norme di legge. In tal senso, la Corte di Cassazione è ormai orientata a ritenere che la violazione dei predetti obblighi di correttezza e buona fede, «costituisce di per sé inadempimento e genera responsabilità contrattuale, senza che sia necessario il proposito doloso di recare pregiudizio alla controparte» cfr. Cass. civ. Sez. II, 29 agosto 2011, n. 17716.

[97] C. Scognamiglio, *Interpretazione*, cit., p. 256 ss.

valutazione della legittimità del comportamento delle parti nell'attuazione del rapporto obbligatorio egli operi nel caso concreto l'indispensabile collegamento della disposizione particolare di legge con i fondamenti e le direttive etico-sociali di tutto l'ordinamento. Strumento specifico di tale collegamento sono le regole della correttezza e della buona fede, quei valori, cioè, di cui il giudice, deve nel caso concreto, cercare i decisivi riflessi»[98].

Non a caso la *bona fides* romana, pur costituendo un elemento della struttura dei negozi consensuali, aveva rilevanza essenzialmente in sede giudiziale: il *iudicium bonae fidei* consentiva l'esperimento dell'*actio*, la cui ammissibilità veniva casisticamente individuata in base alla singola vicenda negoziale[99].

Obbligazioni e obblighi, al di là dei tratti generali, di cui abbiamo visto esempi di sintesi concettuale nella giurisprudenza severiana, erano sempre concretamente determinati, nei loro specifici contenuti, sulla base del singolo caso: la buona fede acquisiva un'identità concreta nel momento della valutazione della concessione della tutela; ovvero nell'individuazione del perimetro della rispondenza in rapporto ad una data vicenda negoziale. Senza apriorismi, dunque[100].

Occorre perciò superare definitivamente il generale sottodimensionamento del criterio della buona fede nell'àmbito dell'inadempimento generale[101], che risulta, in particolare, ancora soffocata dalla presenza dell'art. 1176 sulla diligenza ordinaria, che di fatto riconduce l'inadempimento alla colpa, secondo le tradizionali dinamiche della responsabilità soggettiva, per un verso; e che risulta limitata nella estrema oggettività della teoria della responsabilità fondata sul solo inadempimento, che alla fine sembra

98 U. Natoli, L'*attuazione del rapporto obbligatorio*, I. *Il Comportamento del creditore*, in *Trattato di Diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu F. Messineo, XVI, Giuffrè, Milano, 1974, pp. 36-37.

99 V. Mannino, *Considerazioni sulla "strategia rimediale": buona fede ed exceptio doli generalis*, ora in *Questioni di diritto*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 373 ss.

100 M. Talamanca, *La bona fides nei giuristi romani: "*leerformeln*" e valori tutelati dall'ordinamento,* in *Il ruolo della buona fede*, IV, cit., p. 1 ss. Nel solco delle 'leerformeln' potrebbero collocarsi le figura del 'contatto sociale', dell' 'obbligazione senza prestazione' e dell' 'obbligo accessorio'.

101 Peraltro, acutamente il Cannata rilevava che *ex* formulazione dell'art. 1218 è ricavabile il riferimento alla buona fede, nella sua versione di endiadi con la correttezza, per il tramite del riferimento, non molto felice per il vero, all'avverbio "esattamente" con cui si qualifica l'adempimento della prestazione. Ciò non nel senso di una mera rispondenza formale alla prestazione dedotta nell'obbligazione, ma nel senso della sua aderenza al programma contrattuale; tale dovere richiamerebbe, infatti, alla correttezza, quale criterio comportamentale che sottende la esecuzione esatta: *L'inadempimento delle obbligazioni*, Cedam, Padova, 2000, p. 1 ss.

esaurirsi in un mero nesso causale tra fatto e responsabilità, per altro verso. Tra l'altro, sotto il primo profilo, sottolineando che la colpa è data da violazione delle regole di condotta (che al loro minimo – quindi fuori dalle regole di condotta professionali – impongono l'ordinaria diligenza *ex* art. 1176) e che la buona fede, diversamente, è un criterio immanente alla vicenda contrattuale, non può non rilevarsi che se i due criteri (o valori) a volte tendono a sovrapporsi, essi permangono come identità ben distinte; una distinzione che proprio la loro diversità di funzione evidenzia[102]. A tal riguardo, osserva il Di Majo che «la regola della buona fede non può essere spiegata in base alla struttura delle obbligazioni, trattandosi di criterio complessivo di valutazione della condotta delle parti, alla stregua del quale sono rese possibile e legittime operazioni di integrazione e/o riduzione dell'obbligazione. È una regola, se si vuole, sulle fonti (del contratto) non sull'adempimento [come lo è la diligenza], anche se naturalmente finisce con il governare anche quest'ultimo»[103].

Prevedere in astratto una serie di obblighi, anche di condotta, dunque, mi pare equivalga a negare l'effettiva 'funzione normativa' del principio di buona fede e a renderne inutile la 'funzione valutativa'[104].

[102] In tal senso, significativo l'orientamento della Suprema Corte circa la clausola "vista e piaciuta" che esonera il venditore dal rispondere per i vizi della cosa qualora si tratti di vizi riconoscibili con la normale diligenza e non taciuti in mala fede e a quale ha lo scopo di accertare consensualmente che il compratore ha preso visione della cosa venduta: «la clausola non può riferirsi ai vizi occulti, che si manifestano cioè dopo i normali controlli eseguiti ante acquisto, soltanto dopo l'uso del bene compravenduto. Nè potrebbe essere diversamente, giacche la espressione "vista", se priva di precisazioni rafforzative, inequivocabilmente allude solo ai vizi agevolmente riscontrabili dall'acquirente a primo esame. Inoltre, anche considerati i principi fondamentali che governano l'istituto del contratto, la buona fede e l'equità del sinallagma contrattuale, sarebbe incongruo ritenere che quella clausola possa sollevare il venditore dalla garanzia per i vizi occulti. Piuttosto, quei principi inducono a ritenere che quella clausola vada limitata ad una accettazione del bene con tutti quegli eventuali vizi riconoscibili ictu oculi, nonchè, se vi sia stata concreta possibilita' di farlo, con tutti i vizi che avrebbero potuto essere riconoscibili con una diligente disamina del bene. Non ricomprende, anche, l'accettazione dei vizi occulti, perchè, ove così fosse, si determinerebbe uno squilibrio ingiustificato del sinallagma contrattuale». Cass. civ., 19 ottobre 2016 n. 21204. Cfr., in tal senso, A. Di Majo, voce *Responsabilità contr*attuale, cit., p. 49. Sul ruolo della buona fede nel nuovo diritto dei contratti si vedano le osservazioni critiche di A. Gentili, *Un nuovo paradigma nel diritto dei contratti? L'uso alternativo della buona fede e dell'abuso del diritto*, in *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti. Atti del Convegno di Camerino 24-25 settembre, 2015*, a cura di C. Perlingieri e L. Ruggeri, ESI, Napoli, 2016, p. 73 ss.

[103] A. Di Majo, voce *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 48.

[104] In tal senso, puntualmente si osserva come il ritenere che «i rimedi correttivi e invalidanti siano semplicemente esplicazioni 'nominate' di un principio generale di

Anzichè ragionare su possibili elaborazioni dogmatiche che soddisfino l'impostazione formale dell'obbligazione e spendibili alla luce della tradizionale teoria generale del contratto, si tratta, allora, di indagare[105] nel concreto il rapporto tra buona fede e autonomia delle parti, o più in generale tra equità e diritto.

Certo, circa l'affermazione anche da parte della Suprema Corte[106] di un

buona fede che può importare, quando vi sia identità di *ratio* tra le fattispecie e il risarcimento non appaia rimedio sufficiente, un intervento giudiziale sul contratto, modificativo o caducatorio, pone l'ulteriore e grave problema del ruolo del giudice di fronte alle cd. clausole generali: resterebbe infatti da chiarire se un simile intervento comporta l'attribuzione al giudice di un potere normativo, oppure se si tratta di una ordinaria esplicazione del dovere di quest'ultimo di applicare la legge»: R. Fiori, Bona fides. *Formazione (parte I),* cit. p. 227.

[105] In merito, efficaci le parole di Aurelio Gentili circa il contributo della dottrina lungo tutto l'arco della storia del diritto: «...La maggior parte delle idee che strutturano i sistemi giuridici moderni in ambiente di *civil Law* sono di origine dottrinale. I legislatori, i giudici debbono in gran parte ai dottori le nozioni di cui da secoli si servono per i loro discorsi. Concorrono in ciò, intrecciandosi, una ragione storica ed una pragmatica. La ragione storica è nel fatto che tutte le operazioni importanti di concettualizzazione e di consequenziale sistemazione del diritto, sia esso di fonte legislativa o giurisprudenziale, sono state preparate e rese possibili dal lavoro dottrinale. Ciò è avvenuto in duplice modo. La dottrina le ha create, fornendole al diritto legale e giurisprudenziale. La dottrina le ha ri-create, dando al diritto vigente o vivente nuovi significati [...] Accanto alla ragione storica sta (o meglio, come vedremo, stava) una ragione pragmatica, dovuta alla naturale appartenenza (almeno un tempo) dell'attitudine all'elaborazione dei concetti, delle partizioni, dei sistemi, alla dottrina, più che alla legislazione o alla giurisprudenza. Vi sono per ciò due motivi. Uno riguarda il metodo del discorso giuridico. Uno il medium del discorso giuridico. Il motivo di metodo sta nel tipo di lavoro che si richiede per contribuire all'attribuzione di un certo significato ad un testo […]. Il motivo inerente al medium sta invece nel fatto che tale medium è – per ragioni comunicative – un linguaggio naturale, sia pure parzialmente tecnicizzato. Ciò significa che dove il legislatore non ricorra a definizioni, ma certo non tutti i vocaboli – ma sarebbe giusto aggiungere non tutti i concetti – sono, né possono essere definiti nelle leggi, il loro senso deve essere ricavato *aliunde*»: A. Gentili, *L'interpretazione giuridica: il contributo della dottrina*, in «Giustizia civile», 2014, p. 49.

[106] La stessa Corte di legittimità tende a precisare che il contenuto della regola della buona fede deve, in ogni caso, essere adattato al caso concreto; così in Cass. civ. Sez. III, 10 novembre 2010, 22819: «Al riguardo mette conto rilevare che i reiterati richiami del codice alla correttezza come regola alla quale il debitore e il creditore devono improntare il proprio comportamento (articolo 1175 cod. civ.), alla buona fede come criterio informatore della interpretazione e della esecuzione del contratto (articoli 1366 e 1375 cod. civ.), e all'equità, quale parametro delle soluzioni da adottare in relazione a vicende del rapporto non contemplate dalle parti (articolo 1374 cod. civ.), fanno della correttezza (o buona fede in senso oggettivo) un metro di comportamento per i soggetti del rapporto - e un binario guida per la sintesi valutativa del giudice - il cui contenuto non è a priori determinato, ma necessita di adattamento con riferimento, di volta in volta, agli interessi in gioco e alle caratteristiche

ruolo del giudice di concretizzazione delle astratte regole legali sulla base dell'equità[107], si potrebbe ravvisare un potenziale pericolo di violazione del principio di certezza del diritto e del principio di legalità «sia per il rapporto fra diritto ed equità, che è oggi molto ambiguo, sia perchè la scelta di investire il giudice di un ruolo suppletivo rispetto alla legge può sembrare il riconoscimento di una funzione normativa che, in sé e per sé, appare dubbia da un punto di vista costituzionale»[108].

Tuttavia, in ragione delle pronunce in materia si percepisce la stringente necessità di giustificare in qualche modo a livello teorico – e dunque di legittimare, con l'aiuto delle elaborazioni della dottrina, sul piano normativo – soluzioni che «appaiono istintivamente giuste, ma che senza un uso integrativo della buona fede sarebbero irraggiungibili»[109].

E, dunque, occorre continuare ad interrogarsi al fine di tracciare adeguate linee di coordinamento tra letture delle norme che siano coerenti sotto il profilo sistematico e soluzioni concrete che garantiscano il giusto equilibrio fra gli interessi di parte, senza omettere di riservare una particolare attenzione al contraente debole.

del caso specifico. In sostanza il generale principio etico-giuridico di buona fede nell'esercizio dei propri diritti e nell'adempimento dei propri doveri, insieme alla nozione di abuso del diritto, che ne è l'interfaccia, giocano un ruolo fondamentale e in funzione integrativa dell'obbligazione, assunta dal debitore, e quale limite all'esercizio delle corrispondenti pretese» In tal senso, già A. Di Majo, voce *Responsabilità contrattuale*, cit., p. 48.

[107] R. Calvo, *Equità e controllo del giudice sull'equilibrio contrattuale*, in *L'incidenza della dottrina,* cit., p. 96 ss.

[108] R. Fiori, Bona fides. *Formazione (parte I),* cit., p. 190.

[109] R. Fiori, Bona fides. *Formazione (parte I),* cit., p. 191.

Conclusioni

Dalle riflessioni svolte nell'arco di questa ricerca, senza dubbio colpevole di non aver approfondito in modo specifico una serie di profili logicamente e funzionalmente connessi al tema in oggetto – colpa da cui ci si difende adducendone una vastità tale per cui si sarebbe corso il rischio di risultare dispersivi e poco comprensibili – dovrebbe essere emerso il carattere relativo ed oscillante del concetto di 'responsabilità' a fronte della più corretta e funzionale nozione di 'rispondenza'.

Un concetto, quello di responsabilità, che, peraltro, mal si attaglia all'esperienza romana del periodo preclassico e classico in tema di inadempimento contrattuale.

I Romani, infatti, mai elaborarono una teoria della responsabilità contrattuale, nè conseguentemente la distinzione fra responsabilità soggettiva e oggettiva, come la scienza romanistica moderna ha dimostrato attraverso ricerche su temi specifici collegati alla materia *de qua*.

D'altra parte, come sottolineava il Cannata[1], siamo stati noi a cercare di individuare in quell'esperienza i nostri modelli concettuali, e siamo sempre noi ad avere la pretesa di rintracciare l'applicazione di criteri classificatori che noi stessi abbiamo costruito. Il fondamento di queste nostre azioni è costituito dal desiderio di ricomporre tutto a sistema, il che rappresenta un'operazione infruttuosa, laddove la materia è fatta spesso da problemi frammentari e circoscritti.

Eppure, ciò non implica l'impossibilità di dare un'impostazione sistematica: basta solo adottare un approccio scevro da apriorismi concettuali, da rigidi vincoli dogmatici.

Superando, dunque, l'idea che la responsabilità sia fondata sulla colpa (responsabilità soggettiva) o sul nesso causale, la c.d. imputabilità oggettiva del fatto (responsabilità oggettiva) con riguardo al diritto romano, ma anche con riferimento all'esperienza attuale, occorre concentrare l'indagine sul concetto di inadempimento processualmente tutelabile, e analizzarne le soluzioni, con l'intenzione di coglierne i meccanismi operativi, i quali, sì, possono dare una dimensione sistematica.

Tra tali meccanismi, a mio avviso, ricopre un ruolo di primaria importanza l'azione ad ampio raggio svolta dalla buona fede.

Come visto, infatti, dall'analisi delle fonti romane, è possibile orientare

[1] *Ricerche*, cit., p. 17 ss.

la riflessione scientifica – in linea con quella di matrice giurisprudenziale romana, che, superato il regime delle specifiche garanzie, utilizzava la malleabilità, l'elasticità del giudizio di buona fede – verso la formalizzazione di principi, che «risultano forse più "semplici, ma in definitiva più coerenti, più "moderni", e soprattutto duttili per la valutazione della "gravità" dell'inadempimento nei singoli casi e per la determinazione delle conseguenze di esso in base alla "riprovevolezza" della condotta del debitore, delle norme del nostro codice»[2].

L'insoddisfazione che scaturisce da tali ricostruzioni giustifica un ripensamento, se non della materia, perlomeno dell'approccio metodologico: se il fondamento della responsabilità contrattuale è rappresentato – secondo la lettura più rigorosa dell'art. 1218 cod. civ. – dall'inadempimento in sé e per sé considerato e non dall'inadempimento processualmente tutelabile come nel diritto romano, è certo non percorribile la strada della riesaltazione della buona fede, come fondamento della responsabilità, esulando dal nesso eziologico tra fatto e inadempimento qualunque considerazione in termini di correttezza e affidabilità della condotta delle parti. D'altra parte, ricondurre tale fondamento alla colpa, in aderenza alle teorie soggettivistiche della responsabilità, implica un paradossale irrigidimento verso modelli di condotta obbiettivi, peraltro con annesse pesanti difficoltà probatorie.

Mentre per il diritto romano i plurimi criteri di imputazione permettevano di modulare a monte la responsabilità a seconda del concreto assetto di interessi individuato dalle parti; di contro, costruire la responsabilità, in base al suo limite, connotando la 'non imputabilità' nei termini soggettivi dell''assenza di colpa' oppure in chiave oggettiva, avendo come indice il 'caso fortuito' o la 'forza maggiore' non consente di tenere in considerazione il profilo del concreto atteggiarsi del gioco degli interessi delle parti.

Gli strumenti per riassestare il quadro interpretativo, senza drastici interventi normativi, ci sono: l'inadempimento imputabile, che può trovare un valido fondamento ricostruttivo nell'art. 1218; il complesso dell'articolato relativo alla buona fede, la rilevanza della causa contrattuale da intendersi come funzione concretamente individuata dalle parti nel perseguimento dell'assetto dei loro interessi trasfuso nel regolamento contrattuale.

A tale 'impianto', fanno da corredo le strutture dei rimedi giudiziali, nella loro articolazione generale, in specie gli strumenti di tutela dei rapporti sinallagmatici, e nella loro applicazione come *lex specialis*, in relazione a specifiche ipotesi di violazione del programma negoziale (come nel caso delle azioni edilizie).

[2] L. Vacca, *Risoluzione*, cit., p. 106.

Quello che serve è un'operazione di coordinamento che si imperni su basi solide, per creare le quali si deve avere il coraggio di superare modelli astorici e condizionamenti acritici.

Con riguardo specifico al tema dei vizi della cosa, sul quale in questa ricerca si è scelto di angolare la visuale critica, mi pare sia emerso come induca all'errore impostare l'indagine in tema di responsabilità per colpa e responsabilità oggettiva, preferendosi il concetto neutro, e senza dubbio più idoneo ad esprimere l'approccio scientifico romano, della rispondenza processuale.

La prospettiva orientata alla riflessione sulla concessione della tutela consente di limare il presupposto della rispondenza al solo 'inadempimento processualmente tutelabile', superando le strettoie dell'imputabilità costruita in termini di colpevolezza o di mero nesso causale fra fatto e responsabilità. In tal modo, è assicurata una maggiore aderenza al caso, e conseguentemente una tutela costruita in ragione dell'assetto di interessi che fonda la singola vicenda negoziale.

Gli elementi che consentono questa operazione sono costituiti dal '*dare facere oportere ex fide bona*' dell'azione contrattuale, sia *ex emptione venditione* sia, *ex locatione conductione rei*, che definisce secondo una progressione di soluzioni casistiche il contenuto delle obbligazioni delle parti, segnatamente del '*praestare rem*', che sia declinato al '*praestare*' l''*habere licere*' o al '*frui licere*', per quel che concerne il venditore e il locatore. Come detto, il '*praestare*' viene costruito come un contenuto elastico, che si sostanzia in rapporto all'oggetto a cui si accompagna, o al complesso del rapporto obbligatorio in cui si inserisce: nelle ipotesi in esame esso integra l'obbligo di assicurare – tenendo dunque tutti i comportamenti necessari – il risultato connesso al contratto. In altri termini, l'obbligato deve garantire il raggiungimento dell'assetto negoziale che ha concorso a determinare mediante la conclusione del contratto.

Nella valutazione delle ipotesi di individuazione dell'articolazione degli specifici profili di tale obbligo generale assume primaria rilevanza la *bona fides*, che in quanto criterio normativo del rapporto contrattuale e che si sostanzia nella fase, appunto, processuale, aiuta a determinare in concreto i casi di violazione degli obblighi discendenti dal contratto. In tal senso, la presenza di vizi che pregiudichino l'utilizzo funzionale del bene, la mancanza di qualità essenziali o specificamente dichiarate o attese, senza dubbio, costituiscono fattori che inficiano l''*habere* o il *frui licere*', determinando ipotesi di inadempimento tutelabile dell'obbligazione di *praestare*.

L'analisi delle fonti ha messo in evidenza come, a fronte di una generale dicotomia fra comportamenti dolosi dell'inadempiente (*ipso iure* contrari

alla buona fede), che inducono alla tutela risarcitoria del contraente fedele, e comportamenti non dolosi, che determinano la necessità di riequilibrare le prestazioni (essendo l'equilibrio sinallagmatico la proiezione oggettiva della buona fede, in quanto affidamento contrattuale), vi sia ampio spazio per soluzioni differenti, modulate in ragione della funzione concreta del contratto concluso dalle parti e che estendono, per l'appunto, tale sfera di inadempimento processualmente tutelabile.

Con specifico riguardo alla materia dei vizi della *res empta* va sottolineato che la struttura della tutela era stata gradualmente elaborata dai giuristi nel quadro di un'operazione di ampliamento da un lato del fenomeno dell'inadempimento del *praestare*, e dall'altro lato della sfera coperta dalle azioni edilizie limitata alla protezione di beni determinati e in presenza di specifici presupposti.

Tanto l'àmbito della tutela del compratore, tanto quello della tutela del conduttore sono usciti, dunque, stravolti dall'operazione di appiattimento giustinianeo che ha oscurato la complessità del sistema di soluzioni giurisprudenziali – che, comunque, manteneva in sé rigore e coerenza – tradendone pesantemente la logica, per poi inquadrarla in un sistema differente e per larghi tratti non lineare.

È questo il nucleo della tradizione romanistica – a cui si sono sovrapposti ulteriori influenti fattori, come in particolare il diritto comune e i prodotti della scienza giuridica europea, in particolare del XVIII-XX sec. – traghettata nelle codificazioni moderne.

In tal senso, confrontarsi con la tradizione romanistica non costituisce solo un problema dommatico ma anche storico; e forse questo non sempre è stato compreso.

Da qui, la riscontrata difficoltà di conciliare le diverse ricostruzioni proposte dalla dottrina attuale, che spesso non ha colto la complessità del modello storico di riferimento.

Forse occorrerebbe un'operazione di snellimento concettuale e di recupero dell'approccio metodologico più orientato all'analisi del caso concreto.

Gli strumenti, come abbiamo visto, ci sono: il Legislatore del '42, nonostante scelte normative che destano numerose perplessità, ha saputo, comunque, creare quegli spazi necessari all'interprete per muoversi nella direzione di una efficace soluzione per la corretta tutela dei contraenti.

Indice delle fonti

I. Fonti giuridiche

A) Fonti pregiustinianee

Gai institutiones

1.104	36 nt.81
1.113	64 nt.56
1.119	64 nt.56
3.88	44 nt.3
3.89	45
3.90	45 nt.6
3.92	45 nt.6
3.120	45 nt.6
3.135	45
3.136	45
3.137	45
3.205	37 nt.85
3.206	37 nt.85
3.207	34 nt.67
4.2	20
4.4	25; 25 nt.36

Lex dei-Mosaicarum et romanarum legum collatio

10.2.1	2 nt.61

B) Fonti giustinianee

Iustiniani Institutiones

3.13pr.	21 nt.20
3.23.3	88 nt.121

Digesta Iustiniani Augusti

2.14.1.3	44 nt.5; 49 nt.15
2.14.7pr.	48 nt.14
4.3.1.2	34
7.1.73	36 nt.81
12.2.39	49 nt.16
12.4.15	25 nt.36
12.4.16	66 nt.63
13.6.5.3	32 nt.61
16.3.1pr.	37 nt.82
18.1.43.2	71
18.1.45.1	109 nt.34
18.1.66.1	33 nt.63
18.1.68.2	71
18.5.5.2	49 nt.16
18.6.2.1	37 nt.83
18.6.8	87 nt.118
18.6.12	35 nt.73
18.6.13	87 nt.118
18.6.14	87 nt.118
18.6.15	87 nt.118
19.1.4pr.	156
19.1.6.4	111; 112; 156
19.1.11pr.	67; 75; 91; 120
19.1.11.1	67; 75; 120

19.1.11.2. 67; 156; 120; 156
19.1.11.3 120
19.1.11.5 121
19.1.11.7 117
19.1.13pr. 108; 112
19.1.13.1 116; 117
19.1.13.4 112
19.1.30.1 71
19.1.38.1 43 nt.1
19.1.50 57
19.1.54pr. 35 nt.73; 36 nt.74; 87 nt.119
19.2.1 50; 73; 89
19.2.2pr. 73; 89
19.2.15pr. 74; 83
19.2.15.1 74; 91
19.2.15.2 124
19.2.15.3 74
19.2.19.1 36; 105; 114; 124; 156
19.2.30pr. 61 nt.50; 63; 78
19.2.33 60; 78; 82; 89
19.2.35 61 nt.50; 63; 78
19.2.36 83 nt.109; 84 nt.115
19.2.37 83 nt.109; 84 nt.115
19.2.40 33 nt.64
19.2.41 33 nt.64
19.2.59 84
19.4.1pr. 66; 69
21.1.1pr. 99 nt.9
21.1.1.1 98 nt.8
21.1.19.6 100 nt.14
21.1.21pr. 101 nt.16
21.1.23pr. 100 nt.15
21.1.29.3 100 nt.15
21.1.31.9 100 nt.15
21.1.31.13 100 nt.15
21.1.31.16 101 nt.18
21.1.38pr. 99 nt.9; 101
21.1.43.9 100 nt.15
21.2.31 98 nt.6
22.1.4pr. 26 nt.37
36.4.5pr. 36 nt.81
41.1.3.2 36 nt.81
41.2.3.13 36 nt.81
41.2.3.23 36 nt.81
41.2.51 36 nt.81
44.7.3pr. 21; 28
44.7.28 20
44.7.51 20
45.1.2pr. 27 nt.42
45.1.75.7 27
46.3.80 46
47.2.52.12 36 nt.81
50.16.19 47; 48 nt.14; 51
50.17.23 29 nt.49; 32; 35; 36

Codex

8.44.3 70 nt.69

C) Fonti moderne

Codice Civile Italiano

art. 1175 160
162
167
169 nt.106

art. 1176 134
134 nt.4
134 nt.6
167
168

art. 1218 133
134
136
140 nt.29
167 nt.101
172

art. 1337 160

art. 1366 160
169 nt.106

art. 1375 160
167
169 nt.106

art. 1453 138
138 nt.22

art. 1463 138 nt.22

art. 1465 86 nt.118
88 nt.120

art. 1470 137

art. 1476 137
140
140 nt.29
141
142 nt.35
147
148
151
152
153

art. 1477 152

art. 1490 137
140
140 nt.29
145 nt.49

art. 1492 138
139
140
141 nt.31
142
145 nt.49
149 nt.59
151 nt.67

art. 1494 142

art. 1495 138 nt.20
138 nt.21
139 nt.23
151
151 nt.66

art. 1497 139
139 nt.23
140 nt.29
141
141 nt.31

art. 1766 134 nt.5

art. 2697 136 nt.13
149 nt.59

Codice di consumo

art. 129 43

art. 130 143
144 nt.44

art. 132 144 nt.41
144 nt.44

BGB

§242 162 nt.85

§275 162 nt.85

II. Fonti epigrafiche

Lex Rubria de Gallia Cisalpina
Cap. XX (l. 20-30) 52 nt.24

III. Fonti non giuridiche

Aristoteles

Ethica Nicomachea
V 1130b, 30-34 48 nt. 13
V 1131a, 1-9 48 nt. 13

Cicero

De officis
3.14.60 34 nt.66
3.16.66 98 nt.7; 104 nt.25
3.16.67 104 nt.25
3.17.71 98 nt.5

Gellius

Noctes atticae
4.2.1 100 nt.12

Paulus Diaconus

A Festo De verborum significatione
21.1 20

Plautus

Captivi
813 98 nt.5
814 98 nt.5
815 98 nt.5
816 98 nt.5

Mercator
416 98 nt.5
417 98 nt.5
418 98 nt.5
419 98 nt.5
420 98 nt.5

Miles gloriosus
727 98 nt.5
728 98 nt.5
729 98 nt.5

Varro

De re rustica
2.2.5 98 nt.5
2.2.6 98 nt.5
2.5.10 98 nt.5
2.5.11 98 nt.5

Bibliografia

Aa. Vv., *Casistica e giurisprudenza. Convegno ARISTEC (Roma 22-23 febbraio 2013)*, a cura di L. Vacca, Jovene, Napoli, 2014.

Aa. Vv*., La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano* a cura di L. Garofalo, I e II, Cedam, Padova, 2007.

Aa.Vv., *La Direttiva consumer rights: impianto sistematico della direttiva di armonizzazione massima* a cura di C. Giustolisi, Roma Tre-Press, Roma, 2017.

Aa. Vv., *Nel mondo del Diritto romano. Convegno ARISTEC (Roma 10-11 ottobre 2014)* a cura di L. Vacca, Jovene, Napoli, 2017.

Aa. Vv. *Scritti di comparazione e storia giuridica. II: ricordando Giovanni Criscuoli*, I, Giappichelli, Torino, 2013.

Alemán Monterreal A., *La incidencia de la "bona fides" en el "quantum" indemnizatorio: a proposito de la responsabilidad del vendedor por los vicios y defectos ocultos*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese* (Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001), a cura di L. Garofalo, I, Cedam, Padova.

Alessi R., *L'attuazione della direttiva nel diritto italiano: il dibattito e la sua impasse*, in *La vendita di beni di consumo*, a cura di R. Alessi, Giuffrè, Milano, 2005.

Alpa G., *I diritti dei consumatori e il 'Codice del consumo' nell'esperienza italiana,* in *Contratto e impresa*, 11, 2006.

Alpa G., *La buona fede integrativa: nota sull'andamento parabolico delle clausole generali*, in *Il ruolo della buona fede, atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese (Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001)* a cura di L. Garofalo, I, Padova, 2003.

Alzon C., *Les risques dans la 'locatio-conductio'*, in *Labeo*, 12, 1966.

Alzon C., *Réflexions sur l'histoire de la locatio-conductio*, in *RHD*, 41, 1963.

Amadio G., *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, in *Riv. dir. civ.*, 47, I, 2001.

Amirante L., *Ricerche in tema di locazione*, in *BIDR*, 62, 1959.

Ankum H., *Das Ziel der 'actio empti' nach Eviktion*, in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, VII, Jovene, Napoli, 1984.

Ankum H., *Pomponio, Juliano y la responsabilidad del vendedor por eviccion con la actio empti*, in *RIDA*, 39, 1992.

Ankum H., *Problemi concernenti l'evizione del compratore secondo il diritto romano classico*, *(La relazione fra le azioni spettanti al compratore in riguardo all'evizione: 'actio de auctoriatate', '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, Giuffrè, Milano, 1991.

Arangio Ruiz V., *Diritto puro e diritto applicato nella compravendita romana*, in *Festschrift Koschaker*, II, Weimar, 1939.

Arangio Ruiz V., *Istituzioni di diritto romano*[14], Jovene, Napoli, 1989.

Arangio Ruiz V., *La compravendita in diritto romano*[2], Jovene, Napoli, 1954.

Arangio Ruiz V., *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Jovene, Napoli, 1958.

Azzalini M., *Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultati. Categorie giuridiche travisate*, Cedam, Padova, 2012.

Barcellona M., *Della Causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Cedam, Padova, 2015.

Barcellona M., *La causa del contratto e il prezzo vile: giudizio causale e trasparenza negoziale: Cass. civile Sez. I, 4 novembre 2015, n. 22567*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 4. I, 2016.

Bargelli E., *Il sinallagma rovesciato*, Giuffrè, Milano, 2010.

Baron J., *Diligentia exactissima, diligentissimus paterfamilias oder die Haftung für custodia*, in *AcP*, 52, 1869.

Baron J., *Die Haftung bis zur höheren Gewalt*, in *AcP*, 78, 1892.

Bechmann A., *Der Kauf nach gemeinem Recht, I, Geschicte des Kaufs im römischen Recht*, A. Deichert, Erlangen, 1876.

Benöhr H.P., *Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts*, De Gruyter, Hamburg, 1965.

Bessone M.- D'Angelo A., voce *Buona fede*, in *Enc. giur. Treccani*, V, Roma, 1988.

Bessone M., *Adempimento e rischio contrattuale*, Giuffrè, Milano, 1969.

Bessone M., *Obbligo di adempiere ed esigibilità della prestazione. In margine al ruolo delle valutazioni di diligenza e buona fede*, in *Giur. it.*, I, 1972.

Besta E., *Le obbligazioni nella storia del diritto italiano,* Cedam, Padova, 1936.

Bethmann-Hollweg M., *Der römische Civilprozess*, A. Marcus, Bonn, 1864-66.

Betti E., *Falsa impostazione storica, dipendente da erronea diagnosi giuridica* ora in *Diritto Metodo Ermeneutica*, Giuffrè, Milano, 1991.

Betti E., *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in diritto romano*, Edizioni Ricerche, Roma, 1958.

Betti E., *La creazione del diritto nella iurisdictio del pretore romano*, in *Studi diritto processuale in onore di Giuseppe Chiovenda, 25° anno*, Cedam, Padova, 1927.

Betti E., *'Periculum'. Problemi del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustinianeo*, in *Studi in onore di P. De Francisci*, I, Giuffrè, Milano, 1956.

Betti E., *Sul valore dogmatico della categoria "contrahere" in giuristi proculeiani e sabiniani*, in *BIDR,* 28, 1915.

Betti E., *Teoria generale dell'obbligazione*, I, Giuffrè, Milano, 1953.

Bianca C.M., *Diritto civile, 3. Il contratto*, Giuffrè, Milano, 2000.

Bianca C.M., *Diritto civile. 5. La responsabilità*, Giuffrè, Milano, 1997.

Bianca C.M., *Causa concreta del contratto e diritto effettivo*, in *Riv. dir. civ.*, 2014.

Bianca C.M., *La responsabilità del venditore per i difetti di conformità a contratto*, in *Nuove leggi civ.*, 2006.

Bianca C.M., *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario del codice civile* a cura di V. Scialoja e G. Branca, Zanichelli, Bologna-Roma, 1979.

Bianca C.M., *La nozione di buona fede quale regole di comportamento contrattuale*, in *Riv. dir.civ.*, I, 1983.

Bianca C.M., *La nuova disciplina della compravendita: osservazioni generali*, in *La Riforma dello Schuldrecht tedesco: un modello per il futuro diritto europeo delle obbligazioni e dei contratti?* a cura di G. Cian, Cedam, Padova, 2004.

Bianca C.M., *La vendita e la permuta*, in *Trattato di di diritto civile italiano*[2] fondato da G. Vassalli, VII, Utet, Torino, 1993.

Bigliazzi Geri L., *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. disc. priv*., sez. civ., II, Utet, Torino, 1988.

Bonfante P., *Istituzioni di diritto romano*[10], Istituto di diritto romano-Università d Roma, Roma, 1934.

Bonfante P., *Sulla genesi e l'evoluzione di "contractus",* in *Scritti giuridici vari,* III, *Obbligazioni, comunione e possesso*, Utet, Torino, 1926.

Brasiello U., *L'unitarietà del concetto di locazione in diritto romano*, in *RISG*, 2, 1927.

Brasiello U., voce *Obbligazione* (*diritto romano*), in *Noviss. dig. it.*, XI, Utet, Torino, 1965.

Breccia U., *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Giuffrè, Milano, 1968.

Broggini G., *Iudex Arbiterve*, *Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Bohlau, Köln-Graz, 1957.

Burdese A., voce *Exceptio doli (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it*., VI, Utet, Torino, 1960.

Burdese A., *Manuale di diritto privato romano*[3], Giappichelli, Torino, 1987.

Burdese A., *Osservazioni in tema di c.d. contratti innominati*, in *Estudios Iglesias*, I, Madrid, 1988.

Burdese A., *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, in *Atti del seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano. Milano, 7-9 aprile 1987*, I, Giuffrè, Milano, 1988.

Burdese A., *Sul riconoscimento civile dei c.d. contratti innominati*, in *Iura*, 36, 1985.

Burdese A., *Sulle nozioni di patto*, *convenzione e contratto in diritto romano*, in *Seminarios complutenses de derecho romano*, 5, 1993.

Burdese A., voce *Vendita (diritto romano)*, in *Noviss. dig. it.*, XX, Utet, Torino, 1975.

Busnelli F.D., *Buona fede in senso soggettivo e responsabilità per fatto ingiusto*, in *Studi sulla buona fede*, Giuffrè, Milano, 1975.

Cabella Pisu L., *Garanzia e responsabilità nelle vendite commerciali,* Giuffrè, Milano, 1983.

Cabella Pisu L., *La nozione di impossibilità come limite della responsabilità del debitore*, in *Inadempimento e rimedi*, in *Trattatto sulla responsabilità. contrattuale* diretto da G. Visintini, I, Cedam, Padova, 2009.

Calvo R., *Equità e controllo del giudice sull'equilibrio contrattuale*, in *L'incidenza della dottrina sulla giurisprudenza nel diritto dei contratti. Atti del Convegno di Camerino 24-25 settembre,* 2015 a cura di C. Perlingieri e L. Ruggeri, ESI, Napoli, 2016.

Calvo R., *Vendita e responsabilità per vizi materiali. I. Dai fondamenti storico-comparativi alla disciplina codicistica sulle garanzie*, ESI, Napoli, 2007.

Cancelli F., *L'origine del contratto consensuale di compravendita nel diritto romano. Appunti esegetico-critici,* Giuffrè, Milano, 1963.

Cannata C.A., *Appunti sulla impossibilità sopravvenuta e la culpa debitoris nelle obbligazioni da stipulatio in dando*, in *Scritti scelti di diritto romano*, a cura di L. Vacca, I, Giappichelli, Torino, 2011.

Cannata C.A., *Bona fides e strutture processuali*, in *Scritti scelti di diritto romano* a cura di L. Vacca, III, Giappichelli, Torino, 2014.

Cannata C.A., *Corso di istituzioni di diritto romano*, I, Giappicchelli, Torino, 2001.

Cannata C.A., *L'inadempimento delle obbligazioni*, Cedam, Padova, 2000.

Cannata C.A., *La classificazione delle fonti delle obbligazioni: vicende di un problema dommatico e pratico,* in *Scritti scelti di diritto romano* a cura di L. Vacca, I, Giappichelli, Torino, 2011.

Cannata C.A., *La compravendita consensuale romana: significato di una struttura*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, I, *Atti del Congresso Internazionale, 17-21 aprile 1990, Pisa-Viareggio-Lucca*, a cura di L. Vacca, Giuffrè, Milano, 1991.

Cannata C.A, *La nozione romana di locatio-conductio*, in *Scritti scelti di diritto romano* a cura di L. Vacca, III, Giappichelli, Torino, 2014.

Cannata C.A., *Labeone, Aristone e il sinallagma*, in *Scritti scelti di diritto romano* a cura di L. Vacca, III, Giappichelli, Torino, 2014.

Cannata C.A., *Le obbligazioni in generale*, in *Trattato di diritto privato* diretto da P. Rescigno, IX[2], *Obbligazioni e contratti*, I, Utet, Torino, 1999.

Cannata C.A., *Lineamenti di storia della giurisprudenza europea*[2], I, Giappichelli, Torino, 1976.

Cannata C.A., *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico*: *Corso di diritto romano tenuto nell'Università di Cagliari, Anno Accademico 1967-1968*, La Goliardica, Milano, 1969.

Cannata C.A., *Per una storia della scienza giuridica europea. I Dalle origini all'opera di Labeone*, Giappichelli, Torino, 1997.

Cannata C.A., *Profilo istituzionale del processo privato romano, II. Il processo formulare,* Giuffrè, Torino, 1982.

Cannata C.A., *Ricerche sulla responsabilità contrattuale nel diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1968.

Cannata C.A.*, Sul problema della responsabilità nel Diritto Privato Romano. Materiali per un corso di diritto romano,* Editrice Torre, Catania, 1996.

Cannata C.A., *Sulla "divisio obligationum" nel diritto romano repubblicano e classico*, in *Scritti scelti di diritto romano* a cura di L. Vacca, I, Giappichelli, Torino, 2011.

Cannata C.A., *Una casistica della colpa contrattuale*, ora in *Scritti scelti di diritto romano* a cura di L. Vacca, II, Giappichelli, Torino, 2012.

Capogrossi Colognesi L., *Remissio mercedis. Una storia tra logiche di sistema e autorità della norma*, Jovene, Napoli, 2005.

Cardilli R., '*Bona fides' tra storia e sistema*, Giappichelli, Torino, 2010.

Cardilli R., *L'obbligazione di praestare e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1995.

Cardilli R., *Societas vitae in Cic. Off. 3,70 e obligatio consensu contracta*, in *BIDR,* 105, 2011.

Cascione C., *Consensus*: *problemi di origine, tutela processuale, prospettive sistematiche,* Editoriale Scientifica, Napoli, 2003.

Castro A., *'Emptio venditio' y 'consensus'. Contribución al estudio del origen y fundamentos de la compraventa romana: contrato-fin y contrato-medio*, in *'Iuris vincula'. Studi in onore di Mario Talamanca*, II, Jovene, Napoli, 2001.

Castronovo C., *La nuova responsabilità civile*[3], Giuffrè, Milano, 2006.

Castronovo C., *La responsabilità per inadempimento da Osti a Mengoni*, in *Europa dir. privato*, 2007.

Castrovo C., *Le frontiere mobili della responsabilità civile*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1989.

Cataudella A., *Sul contenuto del contratto*, Giuffrè, Milano, 1966.

Chamie Gandur J.F., *La adaptación del contrato por eventos sobrevenidos: De la vis cui resisti non potest a las cláusolas de hardship*, Universidad Externado de Colombia, Bogotà, 2013.

Corradini D., *Il criterio della buona fede e la scienza del diritto privato. Dal codice napoleonico al codice civile italiano del 1942*, Giuffrè, Milano, 1970.

Cortese B., *Actio empti, evictionis nomine teneri e quantificazione della condanna*, in *TSDP*, 2019.

Cortese B., *Genus in obligationem deductum: spunti problematici nella giurisprudenza romana*, in *BIDR*, 112, 2018.

Cortese B., *Quod sine iusta causa apud aliquem est posse condici*, Jovene, Napoli, 2013.

Cortese B., *Responsabilità e impossibilità nella locatio operis: Labeone e Paolo in D. 19.2.62*, in *Il diritto romano caso per caso*, a cura di M. Scognamiglio, P. Pasquino, L. Solidoro, Giappichelli, Torino, 2018.

Costa E., *Cicerone giureconsulto*, I, Zanichelli, Roma-Bologna, 1927.

Costa E., *La locazione di cose nel diritto romano*, Fratelli Bocca, Torino, 1915.

Costa E., *Profilo storico del processo civile romano*, Athenaeum, Roma, 1918.

Cristaldi S.A., *Diritto e pratica della compravendita nel tempo di Plauto*, in *Index*, 39, 2011.

Cristaldi S.A., *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, Giuffrè, Milano, 2008.

D'Amati L., *L'actio redhibitoria tra giurisprudenza romana e riflessione filosofica,* in *TSDP*, 2016.

D'amico G., *La compravendita*, I, in *Trattato di diritto civile del Consiglio Nazionale del Notariato* diretto da P. Perlingieri, IV, 16, ESI, Napoli, 2013.

D'amico G., *La responsabilità ex recepto e la distinzione tra obbligazioni di mezzi e di risultato*, in *Riv. dir. civ.*, 2006.

Dajczak W., *La funzione della espressione ex bona fide nella lex Rubria de Gallia Cisalpina*, *RIDA*, 43, 1996.

Dajczak W., *La libertà di applicazione della clausola generale della buona fede: osservazioni sulla prospettiva del diritto romano*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese (Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001)* a cura di L. Garofalo, II, Cedam, Padova, 2003.

Dalla Massara T., *Alle origini della causa. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Cedam, Padova, 2004.

Dalla Massara T., *Garanzia per evizione e interdipendenza delle obbligazioni nella compravendita romana*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni* a cura di L. Garofalo, II, Cedam, Padova, 2007.

Dalla Massara T., *L'onere della prova dei vizi del bene venduto al vaglio delle Sezioni Unite: resistenza e resilienza del modello della garanzia*, in *I contratti,* 4/2019.

Dalla Massara T., *Per una ricostruzione delle strutture dell'evizione,* in *Studi in onore di Antonino Metro* a cura di C. Russo Ruggeri, Giuffrè, Milano, 2010.

Dalla Massara T., *Modelli della vendita di tradizione romanistica e vendita internazionale*, in *Contratto e impresa. Europa*, 2012.

Daube D., *Forms of Roman Legislation*, Clarendon Press, Oxford, 1956.

De Bujan F., *De los arbitria bonae fidei pretorios* a los *iudicia bonae fidei civiles*, in *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 8, 2004.

De Cristofaro G., *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore. L'ordinamento italiano e la direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, Padova, 2000.

De Falco I., *Diligentiam praestare. Ricerche sull'emersione dell'inadempimento colposo delle obligationes*, Jovene, Napoli, 1991.

De Francisci P., *Storia del diritto romano*, II, A.R.E., Roma, 1929.

De Francisci P., *Synallagma*, 2, Mattei, Pavia, 1916.

De Lorenzi V., voce *Obbligazioni di mezzi e obbligazioni di risultato*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XII, Utet, Torino, 1995.

De Martino F., *Diritto e società nell'antica Roma*, Editori Riuniti, Roma, 1979.

De Martino F., *La giurisdizione nel diritto romano*, Cedam, Padova, 1937.

De Medio A., *Caso fortuito e forza maggiore in diritto romano*, in *BIDR*, 20, 1908.

De Medio A., *Studi sulla culpa lata in diritto romano*, in *BIDR*, 17, 1905 e in *BIDR*, 18, 1906.

De Robertis F., *La responsabilità contrattuale nel diritto romano*, *dalle origini a tutta l'età postclassica*, Cacucci, Bari, 1998.

De Senarclens A., *L'extension de l'édit des édiles aux ventes de toute espèce de choses*, in *Rev. Hist*, 6, 1927.

Di Majo A., *Clausole generali e diritto delle obbligazioni*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984.

Di Majo A., *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del codice civile* a cura di V. Scialoja e G. Branca, Zanichelli, Bologna-Roma, 1988.

Di Majo A., *Garanzia e inadempimento nella vendita di beni di consumo*, in *Europa e dir. privato*, 5, 2002.

Di Majo A., *Il linguaggio dei rimedi*, in *Europa e dir. privato*, 8, 2005.

Di Majo A., *La Modernisierung del diritto delle obbligazioni in Germania*, in *Europa e dir. privato*, 2004.

Di Majo A., *La responsabilità contrattuale*, Giappichelli, Torino, 2002.

Di Majo A., *Problemi e metodo del diritto civile*. *La tutela civile dei diritti. 3*, Giuffrè, Milano, 2003.

Di Majo A., voce *Responsabilità contrattuale*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., Utet, XVII, Torino, 1998.

Dozhdev D., *"Fidem emptoris sequi"*: *Good faith and Price Payment in the Structure of Roman Classical Sale*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese (Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001)* a cura di L. Garofalo, II, Cedam, Padova, 2003.

Donadio N., *Azioni edilizie e interdipendenza delle obbligazioni*, in *La compravendita e l'interdipendenza* a cura di L. Garofalo, II, Cedam, Padova, 2007.

Donadio N., *La tutela del compratore tra actiones aediliciae e actio empti*, Milano, 2004.

Donadio N., *Le auctiones private all'epoca di Plauto: consuetudini, regole, pratiche delle vendite all'asta*, in *Diritto e teatro in Grecia e a Roma* a cura di E. Cantarella e L. Gagliardi, Giuffrè, Milano, 2007.

Donadio N., *Qualità promesse e qualità essenziali della res vendita: il diverso limite tra la responsabilità per reticentia e quella per dicta promissave nel 'diritto edilizio' o nel ius civile*, in *TSDP*, 2, 2010.

Donadio N., *Responsabilità del venditore per i vizi della "res empta": a proposito di D. 19.1.13.1 (Ulp. 32 ad ed.)*, in *Index*, 33, 2005.

Donadio N., *Sull'actio redhibitoria,* in *Index*, 25, 1997.

Dovere E., *Le discours juridique et moral d'"utilitas' à Rome*, in *SDHI*, 65, 1999.

Ernst W., *'Periculum est emptoris'*, in *ZSS*, 49, 1982.

Ernst W., *Neues zur Sachmängelgewährleistung aufgrund des Ädilenedikts*, in *ZSS*, 116, 1999.

Falcone G., *D. 1.3.13. Pedio, Ulpiano e la 'lex contractus'*, in *Labeo*, 63, 1997.

Fargnoli I., *Culpa in contrahendo e azioni contrattuali*, in *Actio in rem e actio in personam: in ricordo di Mario Talamanca* a cura di L. Garofalo, Cedam, Padova, 2011.

Fercia R., *«Quia vendidit, dare promisit»*, Edizioni AV, Cagliari, 2009.

Fercia R., *Dovere di diligenza e 'rischi funzionali'*, Jovene, Napoli 2005.

Ferrante E. *La vendita nell'unità del sistema ordinamentale. I 'modelli' italo-europei e internazionali*, ESI, Napoli, 2018.

Ferrario A.-Mariotti P., *La tutela dell'acquirente di beni immobili, mobili e di consumo: questioni processuali*, Giuffrè, Milano, 2009.

Ferri G., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Giuffrè, Milano, 1966.

Finazzi G., *La struttura e l'adempimento IV: Correttezza e buona fede,* in *Trattato delle obbligazioni* diretto da L. Garofalo e M. Talamanca, Cedam, Padova, 2018.

Fiori R., *Storicità del diritto e problemi di metodo. L'esempio della buona fede oggettiva*, in *Scopi e metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo* a cura di L. Garofalo, Jovene, Napoli, 2007.

Fiori R., *'Fides' e 'bona fides'. Gerarchia sociale e categorie giuridiche*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato 3* a cura di R. Fiori, Jovene, Napoli, 2008.

Fiori R., *'Ius civile', 'ius gentium', 'ius honorarium': il problema della «recezione» dei 'iudicia bona fidei'*, in *BIDR*, 101-102 (1998-1999) [ma 2005].

Fiori R., *Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica (parte prima)* in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato* 3 a cura di R. Fiori, Jovene, Napoli, 2006.

Fiori R., *Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica (parte seconda)* in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato* 4 a cura di R. Fiori, Jovene, Napoli, 2011.

Fiori R., *La definizione della locatio conductio*, Jovene, Napoli, 1999.

Fondrieschi A., voce *Prestazione*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ. (agg.), II, Utet, Torino, 2007.

Franchini L., *La recezione nel ius civile dei iudicia bonae fidei: questioni di metodo e di merito*, Jovene, Napoli, 2015.

Frederiksen M.W., *The lex Rubria: reconsiderations*, in *JRS*, 54, 1964.

Fuenteseca Degeneffe C. *Dare facere oportere y los orígenes de la obligatio ex contractu*, in *RIDA*, 55, 2008.

Gagliardi L., *Prospettive in tema di origine della compravendita consensuale romana*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano* a cura di L. Garofalo, I, Cedam, Padova, 2007.

Gallo F., *'Bona fides' e 'ius gentium'*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Studi in onore di A. Burdese* a cura di L. Garofalo, II, Cedam, Padova 2003.

Gallo F., *A proposito di 'aeque' in D. 19.1.50: un giudizio con comparazione sottesa*, in *SDHI*, 66, 2000.

Gallo F., *Ai primordi del passaggio della sinallagmaticità dal piano delle obbligazioni a quello delle prestazioni*, in *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana* a cura di A. Burdese, Cedam, Padova, 2006.

Gallo F., *Il principio emptione dominium transfertur nel diritto pregiustinianeo*, Giuffrè, Milano, 1960.

Gallo F., *In tema di origine della compravendita consensuale*, in *SDHI*, 30, 1964.

Gallo F., *Synallagma e conventio nel contratto. Alla ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne (Corso di diritto romano)*, I, Giappichelli, Torino, 1992.

Gallo F., *Dalla sinallagmaticità delle obbligazioni a quella delle prestazioni*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica, Atti del II Congresso internazionale ARISTEC (Palermo-Trapani 7-10 giugno 1995*) a cura di L. Vacca, Giappichelli, Torino, 1997.

Garofalo A. M., *Il ruolo dell'affidamento nella responsabilità precontrattuale*, in *TSDP*, 2018,

Garofalo L., *'Redhibitoria actio duplicem habet condemnationem' (a proposito di Gai. ad ed. aed. cur. D. 21,1,45)*, ora in *Studi sull'azione redibitoria*, Cedam, Padova, 2000.

Garofalo L., *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, in *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana* a cura di A. Burdese, Cedam, Padova, 2006.

Garofalo L., *L'attuazione della direttiva 1999/44/CE in Italia*, in *Strutture e forme di tutela contrattuali* a cura di V. Mannino, Cedam, Padova, 2004.

Garofalo L., *Le azioni edilizie e la direttiva 1999/44/CE*, in *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica europea*. Saggi, Cedam, Padova, 2005.

Garofalo L., *Scienza giuridica, Europa, Stati: una dialettica incessante*, in *Fondamenti e svolgimenti della scienza giuridica* a cura di L. Garofalo, Cedam, Padova, 2005.

Garofalo L., *L'impossibilità della redibizione nella riflessione dei giuristi classici*, ora in *Tutele rimediali in tema di rapporti obbligatori. Archetipi romani e modelli attuali*, Giappichelli, Torino, 2015.

Gentili A., *Un nuovo paradigma nel diritto dei contratti? L'uso alternativo della buona fede e dell'abuso del diritto*, in *L'incidenza della dottrina sulla*

giurisprudenza nel diritto dei contratti. Atti del Convegno di Camerino 24-25 settembre, 2015 a cura di C. Perlingieri e L. Ruggeri, ESI, Napoli, 2016.

Gentili A., *L'interpretazione giuridica: il contributo della dottrina*, in *Giust. civile*, 2014.

Gioffredi C., *Contributi allo studio del processo civile romano*, Giuffrè, Milano, 1974.

Gioffredi C., *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Apollinaris, Roma, 1955.

Giorgianni M., *L'inadempimento, Corso di diritto civile*[3], Milano, 1975.

Giorgianni M., voce *Inadempimento (dir. priv.),* in *Enc. dir.*, XX, Giuffrè, Milano, 1970.

Girard P. F., *Histoire de l'organisation judiciaire des Romains*, Rousseau, Paris 1901.

Glück F., *Ausführliche Erläuterung der Pandecten nach Hellfeld*, XXI, Palmischen Berlagshandlung, Erlangen, 1818.

Gorla G., *Diritto comparato e diritto comune europeo*, Giuffrè, Milano, 1981.

Gorla G., *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Cedam, Padova, 1934.

Gorla G., *La compravendita e la permuta*, in *Trattato di diritto civile italiano* diretto da G. Vassalli, Utet, Torino, 1937.

Gorla G., voce *Azione redibitoria*, in *Enc dir.*, IV, Giuffrè, Milano, 1959.

Grisi G., *La 'mora debendi' nel sistema della responsabilità per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, I.

Grosso G., *Buona fede. Premesse romanistiche*, in *Enc. dir.*, V, Giuffrè, Milano, 1959.

Grosso G., *Contractus e synallagma nei giuristi romani*, ora in *Scritti giuridici. III. Diritto privato. Persone, obbligazioni, successioni*, Giappicchelli, Torino, 2001.

Grosso G., *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana. Lezioni universitarie*, Giappichelli, Torino, s.d. (ma 1944).

Grosso G., *Il sistema romano dei contratti*[3], Giappichelli, Torino, 1963.

Grosso G., *Lezioni di diritto romano (l'oggetto delle obbligazioni), a/a 1933-34*, Pisa, s.d.

Grosso G., *Obbligazioni contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*[2], Giappichelli, Torino, 1955.

Guarino A., *Ancora sull'editto edilizio*, in *Labeo*, 2, 1956.

Guida G., *La tutela del compratore in caso di evizione fra garanzia e responsabilità. Soluzioni giurisprudenziali romane e problemi teorici attuali*, Jovene, Napoli, 2013.

Haymann F., *Textkritische Studien zum rom Obligationerecht*, I: *über Haftung fur* custodia, in *ZSS,* 40, 1919.

Honoré A.M., *The History of the Aedilician Actions from Roman to Roman-Dutch Law*, in *Studies in the Roman Law of Sale. Dedicated to the memory of Francis de Zulueta*, D. Daube, Clarendon Press, Oxford, 1959.

Honsell H., *Quod interest im bonae fidei iudicium. Studien zum römischen Schadenersatzercht*, Beck, München, 1969.

Horvat M., *Osservazioni sulla bona fides nel diritto romano obbligatorio*, in *Studi V. Arangio Ruiz*, I, Jovene, Napoli, 1953.

Impallomeni G., *L'editto degli edili curuli*, Cedam, Padova, 1955.

Impallomeni G., voce *Locazione nel diritto romano*, ora in *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Cedam, Padova, 1996.

Jakab É., *'Praedicere' und 'cavere'* beim *Marktkauf. Sachmängel im griechischen und römischen Rech*t, Beck, München, 1997.

Jhering R. Von, *Das Schuldmoment im römischen Recht*, Breitkopf und Härtel, Leipzig, 1879.

Jhering R. Von, *Della 'culpa in contrahendo' Ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione* trad. it. a cura di F. Procchi, Jovene, Napoli, 2005.

Jhering R. Von, *Il momento della colpa nel diritto privato romano*¸ trad.it. a cura di F. Fusillo, Jovene, Napoli, 1990.

Karlowa O., *Römische Rechtsgeschichte*, I, Veit & Co, Leipzig, 1885.

Kaser M., *Ius gentium*, Böhlau Verlag, Köln, 1993.

Kaser M., *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, Beck, München, 1971.

Kaser M., *Das römische Zivilprozessrecht*, Beck, München, 1966.

Kaser M., *Das römisches Privatrecht*[2], I, Beck, München, 1971.

Kaser M., *Das Ziel der actio empti nach Eviktion*, in *ZSS*, 54, 1934.

Kaser M., *Die Jurisdiktion der kurulischen Ädilen*, ora in *Ausgewählte Schriften*, II, Jovene, Napoli, 1976.

Kaser M., *Divisio obligationum*, in *Studies in memories of J.A.C. Thomas*, Sweet & Maxwell, London, 1983.

Kaser M., *Periculum locatoris*, in *ZSS*, 74, 1957.

Kaser M., *Unlautere Warenanpreisungen beim römischen Kauf*, ora in *Ausgewählte Schriften*, II, Jovene, Napoli, 1976.

Kaufmann H., *Die altrömische Miete: Ihre Zusammenhänge mit Gesellschaft Wirtschaft und staatlicher Vermögensverwaltung*, Bohlau, Köln-Graz, 1964.

Keller F.L.-Wach A., *Der römische Zivilprozess und die Aktionen in summarischer Darstellung*, Bernhard Tauchnitz, Leipzig, 1883.

Knütel R., *La causa nella dottrina dei patti*, in *Causa e contratto, in Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica,* II. *Congresso Internazionale ARISTEC (Palermo, 7-8 giugno 1995)* a cura di L. Vacca, Giappichelli, Torino, 1997.

Koschaker P., *Europa und das römische Recht*[1], Biederstein Verlag, Berlin-München, 1947.

Kunkel W., *Diligentia*, in *ZSS*, 45, 1925.

Kunkel W., *Fides als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht*, in *Festschrift P. Koschaker*, II, Bohlaus, Weimar, 1939.

Kupisch B., *Exceptio doli generalis und iudicium bonae fidei. Zur Frage der Inhärenz bei Verträgen nach Treu un Glauben*, in *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e radizione romanistica* a cura di L. Garofalo, Cedam, Padova, 2006.

Kupisch B., *Ungerechtfertigte Bereicherung*, Decker & Muller, Heidelberg, 1987.

Labruna L., *Plauto, Manilio e Catone: premesse allo studio dell'emptio' consensuale*, ora in *Adminicula*[3] a cura di C. Cascione, Jovene, Napoli, 1995,

Laffi U., *La lex Rubria de Gallia Cisalpina*, in *Athenaeum*, 64, 1986.

Lambrini P., *Compravendita e acquisto 'ex alia causa' del bene comprato*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano* a cura di L. Garofalo, I, Cedam, Padova, 2007.

Lauria M., *Iurisdictio*, in *Studi Bonfante*, Giuffrè, Milano, 1930.

Lenel O., *Das Edictum perpetuum*[3], Tauchnitz, Leipzig, 1927.

Lenel O., *Palingenesia iuris civilis*, I, Tauchnitz, Leipzig, 1889.

Lewis A.D.E, *The trichotomy in* Locatio conductio, in *The Irish jurist*, 8, 1973.

Lombardi E.M., *Garanzia e responsabilità nella vendita dei beni di consumo*, Milano, Giuffrè, 2010.

Lombardi G., *Sul concetto di 'ius gentium'*, Istituto di diritto romano, Università di Roma, Roma, 1947.

Lombardi L., *Dalla 'fides' alla 'bona fides'*, Giuffrè, Milano, 1961.

Longo G., *La locatio conductio*, Lit. Cucchi- Pellegrini-Pieroni e C., Pavia, 1921.

Luminoso A., *La compravendita*[7], Giappichelli, Torino, 2011.

Luzzatto G.I., voce *Custodia* (*diritto romano*), in *Noviss. dig. it.*, V, Utet, Torino, 1960.

Luzzatto G.I., *Spunti critici in tema di responsabilità contrattuale*, in *BIDR*, 6, 1960.

Luzzatto G.I., *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale. I. La responsabilità per custodia*, Giuffrè, Milano, 1938.

Luzzatto G.I., *Procedura civile romana*, Parte II: *Le legis actiones*, UPEB, Bologna, 1948.

Mac Cormack G., '*Dolus*' *in Republican Law*, in *BIDR*, 88, 1985.

Mac Cormack G., *Alfenus Varus and the Law of Risk in Sale*, in *LQR*, 101, 1985.

Mac Cormack G., *Culpa, Custodia and Diligentia. Criteria of Liability or Content of Obligation*?, in *Index*, 22, 1994.

Mac Cormack G., *Custodia and culpa,* in *ZSS*, 89, 1972.

Mac Cormack G., Dolus *in the law of the early classical period*, in *SDHI*, 52, 1986.

Maganzani L., *Il criterio dell'"utilitas contrahentium' e il suo superamento nell'età del giusnaturalismo*, in '*Fides Humanitas Ius*'. *Studi in onore di L. Labruna*, V, Jovene, Napoli, 2007.

Maniaci A., *Rimedi e limiti di tutela dell'acquirente*, ETS, Pisa, 2018.

Manna L., *Actio redhibitoria e responsabilità per i vizi della cosa nell'editto de mancipiis vendundis*, Giuffrè, Milano, 1994.

Manna L., *Sul significato di Vat. Frag. 16 in tema di 'periculum rei venditae'*, in *Atti del seminario sulla responsabilità contrattuale in diritto romano (Milano 7-9 aprile 1987)*, II, La Goliardica, Milano, 1990.

Mannino V., *Considerazioni sulla "strategia rimediale": buona fede ed exceptio doli generalis*, in *Questioni di diritto*, Giuffrè, Milano, 2007.

Mannino V., *Le tutele per le anomalie del bene venduto fra antico e postmoderno,* in *La vendita di beni di consumo* a cura di R. Alessi, Giuffrè, Milano, 2005.

Mantello A., *Interpretazione funzionale e rischio contrattuale*, Jovene, Napoli, 2003.

Mantovani M.P., *La vendita dei beni di consumo*, Jovene, Napoli, 2009.

Manzo A., *Il rischio contrattuale in diritto romano: in particolare il periculum nelle obligationes consensu contractae*, in *Rivista della scuola superiore dell'economia e delle finanze*, 2005.

Marrone M., *Lineamenti di diritto privato romano*, Giappichelli, Torino, 2001.

Marrone M., *Trasferimento della proprietà della cosa venduta e pagamento del prezzo*, s.l., 1992.

Martino M., *La causa in concreto nella giurisprudenza: recenti itinerari di un nuovo 'idolum fori'*, in *Corr. giuridico*, 2013.

Marton G., *Un essai de reconstruction du développement probable du système classique romain de responsabilité civile*, in *RIDA*, 3, 1949.

Mayer-Maly Th., '*Divisio Obligationum*', in *The Irish jurist*, 2, 1967.

Mayer-Maly Th., *Das Gesetz als Entstehungsgrund von Obligationen*, in *RIDA*, 2, 1965.

Mayer-Maly Th., *Locatio conductio*. *Eine Untersuchung zum klassichen römischen Recht*, Herold, Wien-München, 1956.

Mayr R., *Praestare*, in *ZSS*, 42, 1921.

Mazzamuto S., *Equivoci e concettualismi nel diritto europeo dei contratti: il dibattito sulla vendita dei beni di consumo*, in *Europa e dir. privato*, 7, 2004.

Mazzamuto S., *Il diritto civile europeo e i diritti nazionali: come costruire l'unità nel rispetto della diversità*, in *Contr. e impresa*, 2, 2005.

Medicus D., *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadenersatzes*, Bohlau, Köln – Graz, 1962.

Mengoni L. *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi (Studio critico*) in *Riv. dir. comm*., 1954.

Mengoni L., *Gli acquisti* 'a non domino'[3], Giuffrè, Milano, 1975.

Mengoni L., *Inadempimento delle obbligazioni, (1943-1946) - Rassegna critica di giurisprudenza*, in *Temi*, 1946.

Mengoni L., *Profili di una revisione della teoria sulla garanzia per i vizi della cosa*, in *Studi in onore di De Gregorio*, II, Lapi, Città di Castello, 1955.

Metro A., *L'obbligazione di custodire nel diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1966.

Metro A., *Exceptio doli e iudicia bonae fidei*, in φιλία. *Scritti per G. Franciosi* a cura di F.M. d'Ippolito, III, Jovene, Napoli, 2007.

Meylan P., *La conception classique de la vente*, in *RIDA*, 1948.

Meylan P., *Nouvelle explication de Celse, D.12.4.16*, in *Iura,* 20, 1969.

Meylan P., *Paul. 21.2.11pr. er la question des risques dans le contrat de vente*, in *RIDA*, 1949.

Meylan P., *Periculum est emptoris*, in *Festschrift für Theo Guhl*, 1950.

Miglietta M., *'Servius respondit'. Studi intorno a metodo e interpretazione nella scuola giuridica serviana*, I, Prolegomeni, Università degli studi, Trento, 2010.

Miquel J., *Periculum locatoris*. *Ricerche in tema di responsabilità contrattuale*, in *ZSS*, 1964.

Mirabelli G., *I singoli contratti. Artt. 1470-1765 c.c*., in *Commentario del codice civile*[3], IV, 3, Utet, Torino, 1991.

Mitteis L., *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians Erster Band*, 1, Duncker und Humblot, Leipzig, 1908.

Mommsen T., *Beirträge zum Obligationenrecht*, I. *Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Verhaltnisse*, C.A. Schwetschke und Sohn, Braunschweig, 1853.

Monier R. *La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine*, Recueil Sirey, Paris, 1930.

Moscati E., *Profili attuali degli obblighi di protezione nel diritto italiano e nel diritto europeo*, in *Questioni vecchie e nuove in tema di responsabilità* a cura di L. Garofalo, Jovene, Napoli, 2011.

Natoli U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, *Il comportamento del creditore*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu - F. Messineo, XVI, Giuffrè, Milano, 1974.

Natoli U., L*'attuazione del rapporto obbligatorio*, *Il comportamento del debitore*, in *Trattato di Diritto civile e commerciale* già diretto da A. Cicu F. Messineo L. Mengoni e continuato da P. Schlesinger, II, Giuffrè, Milano, 1984.

Navarra M., *Ricerche sulla* 'utilitas' *nel pensiero dei giuristi romani*, Giappichelli, Torino, 2002.

Navarretta E., *Buona fede oggettiva, contratti di impresa, e diritto europeo*, in *Riv. dir. civile*, 2005.

Nazzicone L., *La Cassazione e la causa del negozio*, in AA.VV., *L'evoluzione giurisprudenziale nelle decisioni della Corte di cassazione. Raccolta di studi in memoria di Antonio Brancaccio*, VII, 2013, Giuffrè, Milano.

Negri G., *In margine alla lex Rubria de Gallia Cisalpina*, *Studi storici in onore di E. Nasalli Rocca*, Biblioteca civica, Piacenza, 1971.

Nicolussi A., *Difetto di conformità e garanzie in forma specifica*, in *La vendita di beni di consumo* a cura di R. Alessi, Giuffrè, Milano, 2005.

Nicolussi A., *Diritto europeo della vendita dei beni di consumo e categorie dogmatiche*, in *Europa e dir. privato*, 2003.

Nicolussi A., *Il commiato della giurisprudenza dalla distinzione tra obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, in *Europa e dir. privato,* 2008.

Nicosia G., *Il processo privato romano, III, Nascita ed evoluzione della iurisdictio*, La Nuovagrafica, Catania, 2012.

Nicosia G., *La responsabilità del locatore nel diritto romano*, in *RISG*, 92, 1957-1958.

Nörr D., *Aspekte des römischen Völkerrechts*, Beck, München, 1989.

Nörr D., *Die Entwicklung des Utilitätsgedankens im römischen Haftungsrecht*, in *ZSS*, 73, 1956.

Ortu R., *'Aiunt aediles'… Dichiarazioni del venditore e vizi della cosa venduta nell'editto 'de mancipiis emundis vendundis'*, Giappichelli, Torino, 2008.

Ortu R., *Garanzia per evizione: "stipulatio habere licere" e "stipulatio duplae", in La compravendita e l'interdipedenza delle obbligazioni* a cura di L. Garofalo, II, Cedam, Padova, 2007.

Osti G., *La revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, in *Scritti giuridici*, I, Società editrice libraria, Milano, 1973.

Palazzolo N., *Evizione della cosa locata e responsabilità del locatore*, in *BIDR*, 68, 1965.

Paricio J., *Genesi e natura dei iudicia bonae fidei*, in *Atti del convegno Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico in memoria di Arnaldo Biscardi* (Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre), La Goliardica, Milano, 2003.

Parlamento E., *Labeone e l'estensione della redhibitio all'actio empti*, in *Riv. dir. romano*, 3, 2003.

Pastori F., *La genesi della* stipulatio *e la menzione della* bona fides *nella lex de Gallia Cisalpina con riferimento all'*actio ex stipulatu, *Studi Urbinati*, 26, 1957-1958.

Patti S., *Sul superamento della distinzione tra vizi e aliud pro alio datum nella direttiva 1999/44/CE*, in *Riv. dir. civile*, II, 48, 2002.

Pelloso C., *Custodia, receptum e responsabilità contrattuale: una rilettura dei dogmi civilistici alla luce del metodo casistico romano*, in *Seminarios complutenses de derecho romano*, 29, 2016.

Pelloso C., *Giustizia correttiva e rapporti sinallagmatici tra dottrina etica e declinazioni positive*, in *TSDP*, 9, 2016.

Pennacchio C., *Rilessioni su contractus e pacta adiecta*, Jovene, Napoli, 2016.

Pernice A., *Labeo 2.2.1*[2], 8. Buch (*Verschulden und Verzug*), Max Niemeyer, Halle, 1900.

Perozzi S., *Istituzioni di diritto romano*[2], Atheneaum, Roma, 1928.

Perozzi S., *Le obbligazioni romane*, Zanichelli, Bologna, 1903.

Pezzana A., *Sull'actio empti in alcuni testi di Cicerone*, in *BIDR*, 62, 1954.

Pinna Parpaglia P., *Vitia ex ipsa re. Aspetti della locazione in diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1983.

Piraino F., *Adempimento e responsabilità contrattuale*, Jovene, Napoli, 2011.

Piraino F., *Corsi e ricorsi delle obbligazioni 'di risultato' e delle obbligazioni 'di mezzi': la distinzione e la dogmatica della sua irrilevanza*, in *I Contratti*, 2/2014.

Piraino F., *La buona fede in senso oggettivo*, Giappichelli, Torino, 2015.

Piraino F., *Riflessioni su dogmatica e autonomia privata: il concetto di causa del contratto*, in *Ragionare per decidere* a cura di G. Bombelli e B. Montanari, Giappichelli, Torino, 2015.

Plüfger H.H., *Zur Lehre von der Haftung des Shuldners nach römischem Recht*, in *ZSS*, 65, 1947.

Plüger H.H., *Zur lex Rubria*, *ZSS*, 64, 1944.

Pringsheim F., *The Decisive Moment for Aedilician Liability*, ora in *Gesammelte Abhandlungen*, II, Springer-Verlag, Heidelberg, 1961.

Procchi F., *'Dolus' e 'culpa in contrahendo' nella compravendita. Considerazioni in tema di sinallagma genetico*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano* a cura di L. Garofalo, I, Cedam, Padova, 2007.

Procchi F., '*Licet emptio non teneat*'. *Alle origini delle moderne teoriche sulla cd.* 'culpa in contrahendo', Cedam, Padova, 2012.

Procchi F., *Dall'id quod interest alla 'Differenzhypothese'*, in *Actio in rem e actio in personam in ricordo di Mario Talamanca* a cura di L. Garofalo, II, Cedam, Padova, 2011.

Provera G., *Sul problema del rischio contrattuale nel diritto romano*, in *Studi in onore di E. Betti*, III, Giuffrè, Milano, 1962.

Pugliese G., *Istituzioni di diritto romano*, Giappichelli, Torino, 1991.

Pugliese G., *Actio e diritto subiettivo*, Giuffrè, Milano, 1939.

Pugliese G., *Aspetti del rapporto fra diritto e processo in Roma antica*, in *Seminarios complutenses de derecho romano*, 6, 1994.

Pugliese G., *Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano,* ora in *Scritti giuridici (1985-1995)* a cura di L. Vacca, Jovene, Napoli, 2007.

Pugliese G., *Diritto e processo nell'esperienza romana*, ora in *Scritti giuridici (1985-1995)* a cura di L. Vacca, Jovene, Napoli, 2007.

Pugliese G., *Diritto romano e scienza del diritto*, ora in *Scritti giuridici scelti*, III, Jovene, Napoli, 1989.

Pugliese G., Il *processo civile romano, II. Il processo formulare*, 1, Giuffrè, Milano, 1963.

Pugliese G., *Il processo civile romano, I. Le legis actiones*, Giuffrè, Milano, 1962.

Pugliese G., *I Pandettisti fra tradizione romanistica e moderna scienza del diritto*, in *La formazione storica del diritto moderno in Europa*. *Atti del Convegno internazionale della Società italiana di Storia del diritto*, I, Olshky, Firenze, 1977.

Pugliese G., *Orientamenti e problemi attuali nello studio delle fonti romane*, in *Scritti giuridici scelti*, III, Jovene, Napoli, 1989.

Pugliese G., *Locatio-conductio*, ora in *Scritti giuridici scelti (1985-1995*) a cura di L. Vacca, Jovene, Napoli, 2007.

Rabel E.*, Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung*, ora in *Gesammelte Aufsàtze* a cura di Leser, Motir, Tubingen, III, 1967.

Rabel E., *Das Recht des Warenkaufs. Eine rechtsvergleichende Darstellung*, I, W. de Gruyter, Berlin-Leipzig, 1936.

Riccobono S.*, La formazione della teoria generale del «contractus» nel periodo della giurisprudenza classica*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, I, Giuffrè, Milano, 1930.

Rodeghiero A.*, In tema di sinallagma funzionale nella compravendita romana classica*, in *BIDR*, 40, 2006.

Rodeghiero A., *Sul sinallagma genetico nell'emptio venditio classica*, Cedam, Padova, 2004.

Rodotà S., *Il tempo delle clausole generali*, in *Riv. crit. dir. privato*, 1987.

Romano S., voce *Vendita nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XIX, Utet, Torino, 1998.

Roppo V., *Causa concreta: una storia di successo? Dialogo (non reticente né compiacente) con la giurisprudenza di legittimità e di merito*, in *Riv. dir. civ.*, 2013.

Roppo V., *Responsabilità oggettiva e funzione deterrente: note sparse*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, II, 2008.

Rosenthal J., *Custodia und Aktivlegitimation zur actio furti*, in *ZSS*. 68, 1951.

Rossetti G., *Interdipendenza delle obbligazioni e "risoluzione" della "emptio venditio": alcune soluzioni casistiche della giurisprudenza classica*, in *La compravendita e l'interdipedenza delle obbligazioni* a cura di L. Garofalo, II, Cedam, Padova, 2007.

Rubino D., *La compravendita,* nel *Trattato di diritto civile e commerciale* diretto da A. Cicu e F. Messineo, Giuffrè, Milano, 1972.

Russo E., *La responsabilità per inattuazione dell'effetto reale,* Giuffrè, Milano, 1965.

Russo E., *Vendita e consenso traslativo*, in *Il Codice Civile. Commentario*, fondato e già diretto da P. Schlesinger e continuato da F. D. Busnelli, Giuffrè, Milano, 2010.

Saccoccio A., *'Si certum petetur'. Dalla 'condictio' dei 'veteres' alle 'condictiones' giustinianee*, Giuffrè, Milano, 2002.

Salvioli G., *Storia della procedura civile e criminale*, in *Storia del diritto italiano*, Hoepli, Milano, 1925-1927.

Santoro G., *La responsabilità contrattuale*, Cedam, Padova, 1992.

Santoro R., *Il contratto nel pensiero di Labeone*, in *AUPA*, 37, 1983.

Santoro R., *Per la storia dell'obligatio. Il iudicatum facere oportere nella prospettiva dell'esecuzione personale*, ora in *Scritti minori*, II, Giappichelli, Torino, 2009.

Santoro R., *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, in *AUPA*, 30, 1967.

Santucci G., *'Utilitas contrahentium'. Note minime su una 'regula' che 'cacciata dalla porta rientrò dalla finestra'*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato 3* a cura di R. Fiori, Jovene, Napoli, 2008.

Santucci G., *Diligentia quam in suis*, Università degli studi di Trento, Trento, 2008.

Sargenti M., *Problemi della responsabilità contrattuale*, in *SDHI*, 20, 1954.

Savigny F.C., *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen römischen Rechts*, Bd. I, Veit e Co, Berlin, 1851.

Schermaier M.J., *Bona fides in Roman Contract Law*, in *Good Faith in European Contract Law* a cura di R. Zimmermann-S. Whittaker, Cambridge University Press, Cambridge, 2000.

Schermaier M.J, *"Bona fides" im römischen Vertragsrecht*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese (Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001)* a cura di L. Garofalo, III, Cedam, Padova, 2003.

Schmidlin B., *Der verfahrensrechtliche Sinn des ex fide bona im Formularprozess*, *De iustitia et de iure*, *Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 80. Geburtstag*, Duncker & Humblot, Berlin, 1980.

Schulz F., *Prinzipien des röminschen Rechts*, Duncker & Humblot, Berlin-München, 1934, trad. it. a cura di V. Arangio Ruiz, Sansoni, Firenze, 1946.

Schulz F., *History of Roman Legal Science*, Clarendon Press, Oxford, 1946.

Scialoja V., *La l. 16 dig. de cond. causa data 12,4 e l'obbligo di trasferire la proprietà nella vendita romana*, in *BIDR.* 19,1907.

Sciandrello E., *Studi sul contratto estimatorio e sulla permuta nel diritto romano*, Università degli studi di Trento, Trento, 2011.

Scognamiglio C., *Interpretazione del contratto e interessi dei contraenti*, Cedam, Padova,1992.

Scognamiglio M., *Note su sinallagma condizionale e 'periculum rei venditae'*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano* a cura di L. Garofalo, I, Cedam, Padova, 2007.

Segrè G., *Concetto e genesi della obbligazione. Obbligazioni solidali e indivisibili*: *corso di diritto romano a.a. 1928-1929*, Giappichelli, Torino, 1929.

Serrao F., *Diritto privato, Economia e Società nella storia di Roma*, I[2], Jovene, Napoli, 1999.

Serrao F., *Mercati permanenti e mercati periodici nel mondo romano*, Edipuglia, Bari, 2000.

Silveira Marchi E.C., *'Periculum rei venditae' e 'periculum dotis aestimatae'*, in *Labeo*, 47, 2001.

Sitzia F., *Considerazioni in tema di periculum locatoris e di remissio mercedis,* in *Studi in memoria di G. D'Amelio*, Giuffrè, Milano, 1978.

Solazzi S., *Iurisdictio contentiosa e voluntaria nelle fonti romane*, in *AG.*, 98, 1927.

Solazzi S., *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano*[2], Jovene, Napoli, 1935.

Solidoro L., *Annotazioni sui precedenti storici degli obblighi precontrattuali di informazione*, in *TSDP*, 3, 2010.

Solidoro L., *Gli obblighi di informazione a carico del venditore. Origini storiche e prospettive attuali*, Jovene, Napoli, 2007.

Solidoro Maruotti L., *«..Si vero sciens reticuit et emptorem decepti ..»* (*D. 19.1.13 pr.): vizi di fatto, vizi di diritto e reticenza del venditore*, in Fides humanitas ius. *Studi in onore di L. Labruna*, VIII, ESI, Napoli, 2007.

Stein P., *Fault in the Formation of the Contract in Roman Law and Scots Law*, Oliver and Boyd, Edimburgh-London, 1958.

Stein P., *Il diritto romano nella storia europea*, I, trad. it., Raffele Cortina, Milano, 2001.

Stolfi E., *I casi e la regula: una dialettica incessante*, in *Casistica e giurisprudenza (Convegno ARISTEC Roma 22-23 febbraio 2013)* a cura di L. Vacca, Jovene, Napoli, 2014.

Stolfi E., *Riflessioni attorno al problema dei 'diritti soggettivi' fra esperienza antica ed elaborazione moderna*, in *Studi senesi*, 55, 2006.

Stolfi G., *Il principio di buon fede*, in *Riv. dir. comm*, I, 1964.

Stoll H., *Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlugen*, in *Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht*, Wigand, Leipzig, 1923.

Tabet A., *L'inadempimento contrattuale per stato di necessità*, in *Foro It.*, 76, 1951.

Tafaro S., *Buona fede ed equilibrio degli interessi nei contratti* in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese* a cura di L. Garofalo, IV, Cedam, Padova, 2003.

Tafaro S., *Criteri di imputazione della responsabilità contrattuale e "bona fides": brevi riflessioni sulle fonti romane e sul codice civile italiano*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, La Goliardiaca, Milano, VI, 1987.

Tafaro S., *Regula e ius antiquum in D.50.17.23. Ricerche sulla responsabilità contrattuale*, Cacucci, Bari, 1984.

Talamanca M., *Considerazioni sul 'periculum rei venditae'*, in *Seminarios cumpletenses de derecho romano*, 7, 1995.

Talamanca M., *Contributo allo studio delle vendite all'asta nel mondo romano*, Accademia nazionale dei Lincei, Roma, 1954.

Talamanca M., *Conventio e stipulatio nel sistema dei contratti romani*, in *Le droit romain et sa reception en Europe*, Editions de l'Universitè de Varsavie,Varsavia, 1973.

Talamanca M., *Conventio e stipulatio*, in *«Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea»*, *Atti del Convegno di Diritto romano (Siena 14-15 aprile 1989)*, Jovene, Napoli, 1991.

Talamanca M., *Il Corpus iuris giustinianeo fra il diritto romano e il diritto vigente*, ora in *Strutture e forme di tutela contrattuale* a cura di V. Mannino, Cedam, Padova, 2004.

Talamanca M., *Istituzioni di diritto romano*, Giuffrè, Milano, 1990.

Talamanca M., *La bona fides nei giuristi romani: «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese* a cura di L. Garofalo, IV, Cedam, Padova, 2003.

Talamanca M., *La risoluzione della compravendita e le conseguenti azioni di restituzione nel diritto romano*, in *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione. Seminario Aristec per Berthold Kupisch (Roma 20-22 giugno 2002)* a cura di L. Vacca, Giappichelli, Torino, 2006.

Talamanca M., *La tipicità dei contratti romani fra conventio e stipulatio fino a Labeone,* in *«contractus e pactum»*, ESI, Napoli, 1987.

Talamanca M., *Lex ed interpretatio in Lab. 4 Post a Iav. epit. D. 19,1,50. Nozione, formazione e interpretazione del diritto. Dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo*, II, Jovene, Napoli, 1997.

Talamanca M., *Pubblicazioni pervenute alla Direzione*, in *BIDR*, 92-93, 1989-1990.

Talamanca M., voce *Colpa. Colpa civile (diritto romano e intermedio)*», in *Enc. dir.*, VII, Giuffrè, Milano, 1960.

Talamanca M., voce *Custodia* (*diritto romano*), in *Enc. dir.*, XI, Giuffrè, Milano 1962.

Talamanca M., voce *Obbligazioni (diritto romano)* in *Enc. dir.*, XXIX, Giuffrè, Milano, 1979.

Talamanca M., voce *Processo civile (diritto romano)* in *Enc. dir.*, XXXVI, Giuffrè, Milano, 1987.

Talamanca M., voce *Vendita in generale: a) Diritto romano*, in *Enc. dir.*., XLVI, Giuffrè, Milano, 1993.

Thielmann G., *Actio redhibitoria und Zufälliger untergang der Kaufsache (mit Beiträgen zur Frage der Pönalität der ädilizischen Klagen)*, in *Studi in onore di E. Volterra*, II, Giuffrè, Milano, 1971.

Thomas J.A.C., *Remissio mercedis,* in *Studi in memoria di G. Donatuti*, III, La Goliardica, Milano, 1973.

Tomulescu C.Th., *La clause ex fide bona dans la soi-disant lex Rubria de Gallia Cisalpina* in *BIDR*, 78, 1975.

Torrent A., *A propósito de la lex Rubria de Gallia Cisalpina: cap. XXIII*, in *AHDE*, 36, 1966.

Trimarchi P., *Il contratto: inadempimento e rimedi*, Giuffrè, Milano, 2010.

Vacca L., *Actio e diritto subiettivo. Riflessioni sul pensiero di Giovanni Pugliese in materia di rapporti fra diritto e processo*, in *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo* a cura di L.Vacca, Cedam, Padova, 2008.

Vacca L., *Ancora sull'estensione dell'ambito di applicazione dell'actio empti in età classica*, in *Garanzia e responsabilità* a cura di B. Cortese, Giappichelli, Torino, 2015.

Vacca L., *Bona fides e sinallagma contrattuale*, in *Garanzia e responsabilità* a cura di B. Cortese, Giappichelli, Torino, 2015.

Vacca L., *Cultura giuridica e armonizzazione del Diritto europeo* ora in *Diritto giurisprudenziale romano e scienza giuridica europea* a cura di G. Rossetti, Giappichelli, Torino, 2017.

Vacca L., *Garanzia e responsabilità nella vendita. Tradizione romanistica e problemi dommatici attuali*, in *Garanzia e responsabilità* a cura di B. Cortese, Giappichelli, Torino, 2015.

Vacca L., *Osservazioni in tema di responsabilità contrattuale: modelli romanistici e problemi attuali*, in *La responsabilità contrattuale. Profili storici e attuali* a cura di G. Rossetti, Jovene, Napoli, 2017.

Vacca L., *Profili della risoluzione nella emptio venditio e nella locatio conductio rei*, *Garanzia e responsabilità* a cura di B. Cortese, Giappichelli, Torino, 2015.

Vacca L., *Risoluzione e sinallagma contrattuale nella giurisprudenza dell'età classica*, in *Garanzia e responsabilità* a cura di B. Cortese, Giappichelli, Torino, 2015.

Vacca L., *Sul rischio del locatore nella locatio conductio rei*, in *Garanzia e responsabilità* a cura di B. Cortese, Giappichelli, Torino, 2015.

Vacca L., *Sulla responsabilità «ex empto» del venditore nel caso di evizione secondo la giurisprudenza tardo-classica*, in *Garanzia e responsabilità* a cura di B. Cortese, Giappichelli, Torino, 2015.

Van den Bergh J.J., *Custodiam praestare*: *custodia-liability or liability for failing custodia*?, in *RH*. 43, 1975.

Van Oven J.C, *Remarques sur Gai. 3.91*, in *Iura*, 1, 1950.

Vecchi P.M., *Commento al comma 1 art.1519-ter (Conformità al contratto)*, in *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo* a cura di L. Garofalo-V.Mannino-E.Moscati-P.M.Vecchi, Cedam, Padova, 2003.

Vecchi P.M., *Il principio consensualistico. Radici storiche e realtà applicativa*, Giappichelli, Torino, 1999.

Venturini C., *Plauto come fonte giuridica: osservazioni e problemi,* in *Plauto testimone della società del suo tempo* ora in *Studi di diritto delle persone e di vita sociale in Roma antica. Raccoltadi scritti*, a cura di A. Palma, Satura, Napoli, 2014.

Viaro S., *L'eccezione di inadempimento nell'"emptio venditio'*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano* a cura di L. Garofalo, I, Cedam, Padova, 2007.

Vigneron R., *La conception originaire de la locatio conductio romaine,* in *Melanges F. B.J. Wubbe*, Editions universitaries, Fribourg, 1993.

Vincent H., *Le droit des édiles: Étude historique et économique des prescriptions édiliciennes sur la vente et la garantie*, Libraire de la Societè du Recuil Paris Sirey, Paris, 1922.

Visintini G., *Inadempimento e mora del debitore (artt. 1218 – 1228)*, in *Commentario del codice civile* diretto da P. Schlesinger, Giuffrè, Milano, 1987.

Visintini G., *Responsabilità del debitore*, in *Trattato di Diritto privato* diretto da P. Rescigno, IX, *Obbligazione e contratti*[2], I, Utet, Torino, 1999.

Voci P., '*Diligentia*', '*custodia*', '*culpa*'. *I dati fondamentali*, in *SDHI*, 56, 1990.

Voci P., *La dottrina romana del contratto*, Giuffrè, Milano, 1946.

Volterra E., *Intorno all'editto degli edili curuli*, ora in *Scritti giuridici*, IV, Jovene, Napoli, 1993.

Watson A., *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*[2], Scottish Academis Press, Edinburgh, 1974.

Watson A., *Sellers. Liability for Defects: Aedilician Edict and Praetorian Law*, in *Iura*, 8, 1987.

Watson A., *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Clarendon Press, Oxford, 1965.

Wenger L, *Die Quellen des römischen Rechts*, Holzhausens, Wien, 1953.

Wieacker F., *Zum Ursprung der bonae fidei iudicia*, in *ZSS*, 80, 1963.

Wlassak M., *Römische Prozessgesetz ein Beitrag zur Geschichte des Formularverfahrens*, II, Duncker und Humblot, Leipzig, 1891.

Wlassak M., *Zur Geschicte der* '*negotiorum gestio*', Fischer, Jena, 1879.

Yale D.E.C., *Celsus:Sale and conditional gift*, in *Studies in the Roman Law of Sale*, *Dedicated to the memory of F. De Zulueta*, D. Daube, Oxford, 1959.

Zarro G., *Aspetti dell'autonomia negoziale dei romani. Dalla fides ai nova negotia*, Editoriale scientifica, Napoli, 2015.

Ziliotto P., *Sulla non patrimonialità del danno e dell'interesse nel diritto romano*, Edizioni dell'Orso, Alessandria, 2012.

Zimmermann R., *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Clarendon Press, Oxford, 1990.

Zimmermann R., *Diritto romano, diritto contemporaneo, diritto europeo: la tradizione civilistica oggi*, in *Riv. dir.civile*, I, 2001.

Il volume propone i risultati dell'indagine in tema di tutela del compratore e del conduttore nelle ipotesi di vizio della cosa comprata e locata, mettendo in evidenza la centralità nell'ambito delle soluzioni giurisprudenziali romane del fenomeno della 'rispondenza processuale', al cui interno riveste fondamentale importanza il criterio della buona fede.

Alla luce di tali risultati, in accordo con le idee di parte della dottrina più recente, viene proposta una nuova lettura del concetto di 'responsabilità contrattuale', avulso dalle tradizionali impostazioni dogmatiche produttive di modelli concettuali e applicativi rigidi, in favore di un approccio analitico che si sviluppi lungo la traiettoria del fenomeno dell'inadempimento processualmente tutelabile e della attuazione della *bona fides* come criterio normativo della intera vicenda contrattuale.
In tal modo, parrebbe rendersi possibile il superamento degli attuali problemi di coordinamento dell'interpretazione e dell'applicazione della normativa, in particolare quella relativa al tema della tutela del compratore di beni viziati, da lungo tempo oggetto di numerosi ed accesi dibattiti che caratterizzano la riflessione scientifica della dottrina con evidenti ricadute in ambito giurisprudenziale.

Barbara Cortese è Professore associato di Diritto romano presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre, dove è titolare di insegnamenti romanistici. Autrice degli studi monografici 'Indebiti solutio ed arricchimento ingiustificato. Modelli storici, tradizione romanistica e problemi attuali' e 'Quod sine iusta causa apud aliquem est potest condici', entrambi editi da Jovene, è anche curatrice di numerosi volumi e autrice di diversi saggi, articoli per riviste e di altre pubblicazioni scientifiche. Dirige l'Osservatorio giuridico sulla tutela del patrimonio culturale, istituito presso il Dipartimento di Giurisprudenza ed è responsabile di numerose attività scientifiche e didattiche in tema di diritto del patrimonio culturale.

ROMA TRE
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI