



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

RIVISTA INTERNAZIONALE ONLINE - PEER REVIEWED JOURNAL  
ISSN: 2036-2528

Barbara Cortese

*Actio empti, evictionis nomine teneri e  
quantificazione della condanna*

Numero XII Anno 2019

[www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com](http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com)



Proprietario e Direttore responsabile  
Laura Solidoro

Comitato Scientifico

A. Amendola (Univ. Salerno), E. Autorino (Univ. Salerno), J.P. Coriat (Univ. Paris II), J.J. de Los Mozos (Univ. Valladolid), L. Garofalo (Univ. Padova), P. Giunti (Univ. Firenze), L. Loschiavo (Univ. Teramo), A. Petrucci (Univ. Pisa), P. Pichonnaz (Univ. Fribourg), J.M. Rainer (Univ. Salzburg), S. Randazzo (Univ. LUM Bari), L. Solidoro (Univ. Salerno), J.F. Stagl (Univ. de Chile), E. Stolfi (Univ. Siena), V. Zambrano (Univ. Salerno).

Comitato Editoriale

A. Bottiglieri (Univ. Salerno), C. Corbo (Univ. Napoli Federico II), M. d'Orta (Univ. Salerno), F. Fasolino (Univ. Salerno), L. Gutiérrez Massón (Univ. Complutense de Madrid), L. Monaco (Univ. Campania L. Vanvitelli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Trisciuglio (Univ. Torino)

Redazione

P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), N. Donadio (Univ. Milano)

Segreteria di Redazione

G. Crescenzo, C. De Cristofaro, G. Durante, P. Pasquino

Sede della Redazione della rivista:

Prof. Laura Solidoro  
Via R. Morghen, 181  
80129 Napoli, Italia  
Tel. +39 333 4846311

Con il patrocinio di:



Ordine degli Avvocati di Salerno



Dipartimento di Scienze Giuridiche  
(Scuola di Giurisprudenza)  
Università degli Studi di Salerno

Aut. Tr. Napoli n. 78 del 03.10.2007

Provider

Aruba S.p.A.

Piazza Garibaldi, 8

52010 Soci AR

Iscr. Cam. Comm. N° 04552920482 – P.I. 01573850616 – C.F. 04552920482

## Come Collaborare

I contributi, conformi ai criteri di citazione indicati sul sito web della rivista, non superiori ai 98.000 caratteri, dovranno essere inviati all'indirizzo di posta elettronica della Redazione con l'indicazione della qualifica, della città e della nazione di residenza degli Autori (sede universitaria o Foro di appartenenza o Distretto notarile) e, se si desidera, dell'indirizzo di posta elettronica (che verrà pubblicato in calce al contributo). Gli autori sono invitati a inviare alla Rivista, insieme con il testo da pubblicare, due 'abstract', di cui uno in lingua diversa da quella del contributo, e 'parole chiave' nelle due lingue.

'Teoria e storia del diritto privato' subordina la pubblicazione dei contributi che pervengono alla Redazione alla sola approvazione da parte del Comitato scientifico, che si riserva di escludere dalla pubblicazione gli articoli che non risulteranno in linea con il programma scientifico della Rivista. Tuttavia, in considerazione dei nuovi parametri introdotti dalle Sedi universitarie per la valutazione dei lavori scientifici e per l'accreditamento, se l'Autore ne fa richiesta, ciascun saggio pervenuto alla Rivista può essere valutato da due Referees. I Referees sono Colleghi, in ruolo o in quiescenza, cui la Direzione e il Comitato scientifico della Rivista – in attenta considerazione sia del settore scientifico-disciplinare cui risulta riferibile il saggio da valutare, sia della professione dell'Autore – chiedono di effettuare un processo di valutazione anonimo, inviando con e-mail l'articolo, privo del nome dell'Autore e di tutti i riferimenti alla sua identità (si invitano perciò gli Autori interessati alla valutazione dei Referees a far pervenire alla Redazione due files del saggio, di cui uno risulti privo di ogni riferimento alla propria identità). Nella fase della valutazione, pertanto, i Referees non conoscono l'identità dell'Autore e, a sua volta, l'Autore non conosce l'identità dei Referees che valutano il suo contributo (c.d. doppio cieco, *double blind*). La Direzione della Rivista riceve da ciascun Referee una relazione (*report*), che viene inviata con e-mail all'Autore. Dopo aver esaminato le due relazioni dei Referees, il Direttore responsabile e il Comitato scientifico decidono se pubblicare il saggio, o respingerlo, o richiederne una revisione (in tale ultimo caso la nuova versione viene inviata ai Referees per un secondo giudizio). Ai fini della pubblicazione, il giudizio dei Referees non è vincolante, perché la Direzione e il Comitato scientifico decidono in ultima istanza se pubblicare l'articolo o rifiutarlo, soprattutto qualora si verifichi una divergenza di opinione tra i Referees. Il *report* dei Referees consiste in un commento, schematico o in forma discorsiva, composto di due parti. Nella prima parte si espone un giudizio sui seguenti punti: 1) Attinenza del tema trattato alle finalità della Rivista; 2) Originalità o rilevanza della trattazione; 3) Correttezza del metodo e coerenza delle argomentazioni; 4) Attenzione critica per la letteratura sul tema trattato; 5) Livello di comprensibilità da parte dei lettori della Rivista (accademici e professionisti). Nella seconda parte del *report*, il Referee giudica il lavoro come: a) pubblicabile, oppure b) non pubblicabile, oppure c) pubblicabile con modifiche (specificandole).

Sarà cura della Redazione della Rivista comunicare all'indirizzo di posta elettronica degli Autori l'accettazione del contributo e la data di pubblicazione dello stesso.

'Teoria e storia del diritto privato' è una rivista a formazione progressiva: i contributi, pertanto, previa approvazione del Comitato scientifico, verranno inseriti nel sito in corso d'anno, circa 60 gg. dopo l'arrivo in Redazione.



## ‘ACTIO EMPTI’, ‘EVICITIONIS NOMINE TENERI’ E QUANTIFICAZIONE DELLA CONDANNA

**SOMMARIO:** 1. Premessa - 2. Brevi cenni sul contenuto dell’obbligazione del *vendor* - 3. La dicotomia ‘restituzione-risarcimento’ come tipizzazione della condanna in caso di evizione - 4. *Quasi evictionis nomen*: la responsabilità evizionale - 5. D. 19.1.43. Il caso di Arescusa - 6. Il ‘*quasi evictionis nomine teneri*’ di Giuliano - 7. Per un’efficienza della tutela contrattuale.

### 1. Premessa

Uno studio che affronti il complesso tema della tutela del compratore, con un’attenzione specifica alla configurazione della condanna collegata all’*actio empti*, richiederebbe un’analisi particolarmente approfondita dei numerosi testi inerenti alle relative soluzioni prudenziali. Ciò, peraltro, tenendo conto che tali testi pongono numerose ed impegnative questioni, sia esegetiche, sia ricostruttive.

Tuttavia, alcuni punti possono dirsi oramai consolidati nel quadro delle idee relative alla evoluzione della tutela del compratore: ci si riferisce alla progressiva estensione dell’azione da compera a tutela dell’alterazione del programma contrattuale, che si traduca anche in una violazione del generale dovere di correttezza negoziale. Nell’ottica di ampliamento della sfera applicativa dell’*actio ex empto*, infatti, le soluzioni dei *prudentes* presentano una costruzione generale costantemente attenta alla protezione dell’elemento del *synallagma* e altrettanto costantemente attenta alla conformità alla *bona fides*.

In linea con questa sintesi, che racchiude, in modo necessariamente sbrigativo, gli esiti delle numerose ricerche sul

tema, è stato precisato in via ulteriore che, con specifico riferimento al ‘*quantum*’ della condanna, collegato all’*actio* all’interno delle soluzioni prudenziali, la tutela della posizione dell’*emptor* non risultava irrigidita nel solo ‘schema’ del ristoro del danno da “interesse contrattuale” leso, quale somma dell’interesse positivo e dell’interesse negativo. Infatti, la determinazione dell’*id quod interest* in generale, con particolare riferimento alla condanna prodotta da un’*actio empti* utilmente esperita, è stata oggetto di ampie discussioni, derivanti sostanzialmente dalla flessibilità del criterio ‘risarcitorio’ elaborato dalla giurisprudenza romana.

Quel che le fonti ci dicono al riguardo con sufficiente certezza è che, con riferimento al *iudicium empti*, tale flessibilità era funzionalmente collegata al profilo della valutazione fondata all’*oportere ex fide bona* spettante al giudice, il quale, nell’ambito del suo *officium* doveva determinare concretamente il ‘*quantum*’ della condanna. Ecco che l’operazione della quantificazione della condanna legata all’*actio ex empto* si manifesta nella sua complessa articolazione costituita da un’interazione di elementi e momenti in cui prevale il carattere di elasticità.

Ciò nonostante, anche e soprattutto per merito delle soluzioni proposte dalla giurisprudenza, questa articolazione del *quantum*, individuato sulla base degli aspetti pratici corredanti la singola vicenda negoziale, non si traduceva in una disordinata sequela di soluzioni incoerenti, ma, al contrario, come, del resto, evidenzia l’analisi della produzione della giurisprudenza rispondente, produceva una perfetta linearità, che consacra, sotto il profilo strettamente processuale della quantificazione pecuniaria della condanna, la priorità attribuita all’equilibrio concreto delle prestazioni, vagliato in relazione ai ‘fatti’ della specifica vicenda negoziale.

In particolare, è stato possibile osservare questo tipo di operazione nel quadro di alcune soluzioni in materia di mancata

trasmissione dell’*habere licere* della cosa venduta al compratore, messe in rapporto con la ‘fattispecie’ dell’evizione; quadro che consente di mettere bene in evidenza la concezione della tutela contrattuale, di carattere estremamente pragmatico, che sottende alla riflessione giurisprudenziale a partire dalla prima metà del II sec. d.C.

La valutazione del *quantum* collegato all’*actio empti*, concessa ‘*nomine evictionis*’, infatti, si rivelerebbe fondata sull’individuazione dell’effettività del pregiudizio subito dal compratore a causa del mancato conseguimento del pieno *habere licere*; un’effettività che viene ricostruita in funzione di variabili, che vanno dal profilo quantitativo, al profilo temporale, al profilo economico-commerciale caratterizzanti la singola vicenda negoziale.

Si tratta, dunque, di un sistema di tutela che, nell’ambito della configurazione della cd. ‘responsabilità evizionale’ in rapporto alla particolare struttura dell’obbligazione del *venditor*, mostra di garantire una profonda equità nel momento più “concretamente rilevante”: quello della condanna.

## 2. Brevi cenni sul contenuto dell’obbligazione del ‘*venditor*’

Partendo proprio da tale peculiare rapporto, va preliminarmente considerato che la riflessione prudenziale che conduce all’elaborazione della tutela contrattuale contro l’evizione della cosa venduta ha inizio con l’assorbimento della struttura negoziale delle tradizionali vendite effettuate mediante *mancipatio* e *traditio venditionis causa* nel più ampio perimetro del contratto di

*emptio venditio* di *ius gentium*<sup>1</sup>. Gli originari strumenti negoziali<sup>2</sup> che corredevano il rapporto fra acquirente e alienante, improntato essenzialmente allo scambio di cosa contro prezzo, vengono assorbiti progressivamente dalla struttura dell'*emptio venditio* consensuale<sup>3</sup> di impiego generale per i traffici commerciali romani

---

<sup>1</sup> Si tratta di un tema, quello dell'*emptio venditio*, che vanta una letteratura sterminata, tenuto anche conto dei numerosi profili che coinvolge; pertanto, nelle note ci si limita a richiamare l'essenziale con riferimento ai soli profili qui di interesse. Oltre al consolidato riferimento letterario dell'opera di V. ARANGIO RUIZ, *La compravendita in diritto romano*<sup>2</sup>, Napoli, 1954, *passim*, sul tema delle 'origini' si rinvia in modo particolare a PH. MEYLAN, *La conception classique de la vente*, in *RIDA*, 1948, 133 ss.; F. CANCELLI, *L'origine del contratto consensuale di compravendita nel diritto romano. Appunti esegetico-critici*, Milano, 1963, 156 ss.; F. GALLO, *In tema di origine della compravendita consensuale*, in *SDHI*, 30, 1964, 299 ss.; 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*, I, a cura di L. Vacca, Milano, 1991, 73 ss.; M. MARRONE, *Trasferimento della proprietà della cosa venduta e pagamento del prezzo*, s.l., 1992, 183 ss.; L. VACCA, *Annotazioni in tema di vendita e trasferimento della proprietà*, ora in *Appartenenza e circolazione dei beni. Modelli classici e giustiniane*, Padova, 2006, 165 ss.; G. PUGLIESE, *Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano* ora in *Scritti giuridici (1985-1995)* a cura di L. Vacca, Napoli, 2007, 245 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, Padova, 2007, 101 ss.

<sup>2</sup> Circa la configurazione dell'*actoritas*, collegata alla *mancipatio*, da sempre oggetto di dibattito, ed altresì circa le *stipulationes* di garanzia si rinvia da ultimo all'approfondito studio di G. GUIDA, *La tutela del compratore in caso di evizione fra garanzia e responsabilità*, Napoli, 2013, 3 ss., con ampia letteratura citata alla nt. 4.

<sup>3</sup> V. ARANGIO RUIZ, *La compravendita*, cit., in particolare 85 ss. e 345 ss.; G. PUGLIESE, *Compravendita*, cit., 245 ss. C.A. CANNATA, *La compravendita consensuale*, cit., 73 ss.; M. TALAMANCA, voce *Vendita in generale (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, 46, Milano, 1993, 303 ss.

e “internazionali”, anche e soprattutto in ragione dell’esigenza di dare una particolare configurazione dell’obbligazione del *venditor*<sup>4</sup>.

Da diversi studi<sup>5</sup>, infatti, è emerso il dato oramai incontrovertibile del contenuto “fluido” dell’obbligazione principale del venditore, che – al termine dell’evoluzione della riflessione prudenziale sul tema, coincidente con il periodo di attività della giurisprudenza severiana – si sostanzia essenzialmente nell’assicurare al compratore il raggiungimento del risultato contrattuale atteso, sintetizzabile nella trasmissione del pieno e pacifico godimento del bene comprato, l’*habere licere*<sup>6</sup>, attraverso la consegna del bene, nel rispetto delle funzionalità e della caratteristiche attese, ed evitando qualunque comportamento pregiudizievole alla luce del principio di *bona fides* che governa il giudizio collegato alle azioni da *emptio venditio*.

A tale proposito, i testi relativi alla specifica descrizione del particolare contenuto dell’obbligazione del venditore in rapporto alla sfera applicativa dell’*actio ex empto* e alla natura del *iudicium ex fide bona*, tipico prodotto delle riflessioni dei giuristi della tarda epoca classica, sono oltremodo chiari:

Paul 32 *ad ed.* D. 19.4.1 *pr.*: ...*Emptor enim, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito, venditori sufficit ob evictionem se obligare*

---

<sup>4</sup> Su cui, per gli studi recenti, si veda soprattutto S. CRISTALDI, *Il contenuto dell’obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell’età imperiale*, Milano, 2008, *passim*.

<sup>5</sup> In particolare, oltre a S. CRISTALDI, *Il contenuto*, cit., 132 ss., come studi specifici, si vedano T. DALLA MASSARA, *Garanzia per evizione e interdipendenza delle obbligazioni nella compravendita romana*, in *La compravendita e l’interdipendenza*, cit., II, 277 ss.; G. GUIDA, *La tutela*, cit., 103 ss.

<sup>6</sup> Così si espresse in modo assai efficace V. ARANGIO-RUIZ, *Compravendita*, cit., 88.

*possessionem tradere et purgari dolo malo, itaque, si evicta res non sit, nihil debet...*

Ulp. 32 ad ed. D. 19.1.11 pr.-2: *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.*

Si tratta di operazioni di sintesi ‘teorica’ da collocare cronologicamente nel momento culminante dello sviluppo della struttura dell’*emptio venditio*, e che, quindi, hanno potuto fruire di soluzioni stratificate e di più maturi strumenti concettuali<sup>7</sup>, come il ‘*praestare rem*’<sup>8</sup>, con il quale Ulpiano “chiude” qualunque discussione sulla configurazione formale dell’obbligazione del venditore<sup>9</sup>.

Il ricorso alla costruzione concettuale del ‘(*rem*) *praestare*’, infatti, consente alla giurisprudenza il corretto inquadramento della delicata posizione obbligatoria del venditore, potendo tramite di essa riferirsi al dovere di ‘tenere tutti i comportamenti tesi ad

---

<sup>7</sup> Lo osservava già il Talamanca: M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 393.

<sup>8</sup> R. CARDILLI, *L’obbligazione di ‘praestare’ e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, Milano, 1995, *passim*; C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Catania, 1996, 13 ss.; nonché S.A. CRISTALDI, *Il contenuto*, cit., 29 ss.; R. FERCIA, *‘Quia vendidit dare promisit’*, Cagliari, 2009, in particolare 21 ss.

<sup>9</sup> S.A. CRISTALDI, *Il contenuto*, cit., 277 ss.; G. GUIDA, *La tutela*, cit., 54.

assicurare che il compratore raggiunga il pieno e pacifico godimento della *res*<sup>10</sup>, e che Paolo, contrapponendo la struttura obbligatoria della vendita a quella della permuta, “scioglie” nei tre specifici aspetti già citati: l’obbligarsi per l’evizione, il trasferire la disponibilità materiale della cosa e l’astenersi da comportamenti intenzionalmente pregiudizievoli per il compratore.

Tuttavia, siamo, per l’appunto, in presenza di un momento di maturazione completa sia della giurisprudenza, sia dell’evoluzione pratica del “principio” dei contratti commerciali, sui quali avevano abbondantemente inciso gli aspetti, certo non marginali, dello stato delle fonti del diritto (si pensi all’editto pretorio, in età adrianea codificato) e dell’evoluzione dei modelli processuali.

### 3. La dicotomia ‘restituzione – risarcimento’ come tipizzazione della condanna in caso di evizione

Ripercorrendo l’evoluzione dell’*emptio venditio*, quel che si può osservare è come, già dal primo periodo del principato, l’individuazione di una struttura negoziale ‘neutra’ – che rispondesse alle esigenze della prassi, senza l’appesantimento dell’insuperabile binario fra *cives* e non *cives* e con le conseguenti differenziazioni in termini di riconoscimento delle situazioni oggetto di tutela giuridica – abbia costituito il principale obiettivo della riflessione giurisprudenziale sul tema.

---

<sup>10</sup> L. VACCA, *La garanzia per evizione e le obbligazioni del venditore*, ora in *Garanzia e responsabilità. Concetti romani e dogmatiche attuali*, a cura di B. Cortese, Torino, 2015, 257.

La ‘neutralità’ era assicurata dalla configurazione dell’*habere licere*<sup>11</sup>, inteso come pacifica e piena disponibilità del bene avuto; situazione giuridica riconosciuta quale espressione concreta del contenuto dell’obbligazione del venditore, e attorno alla quale ha ruotato l’intero sviluppo del rapporto fra *obligatio venditoris* e *actio empti*, assorbito, come detto, dal generale ‘*praestare rem*’, quale veste formale dell’obbligazione del venditore.

Come evidenziato dal Cannata, la nozione di ‘*praestare*’ racchiude il concetto di garanzia, nel senso di ‘assicurazione per un certo specifico tipo di risultato’; un’assicurazione che chiama, dunque, l’obbligato a rispondere per qualunque evento che vada ad incidere sul risultato suddetto. Sotto questo profilo, l’esigenza di tutelare l’acquisto del compratore dal fenomeno ‘*evictio*’, nel senso di tutela da conflitti in sede giudiziale su qualunque pretesa inerente alla *res*<sup>12</sup>, già di natura fisiologica sia nel periodo antico, sia in età repubblicana, diviene fin dagli inizi del principato un fenomeno di rilevanza tecnica<sup>13</sup>.

---

<sup>11</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., 149 ss.; PH. MEYLAN, *Pourquoi le vendeur romain n’est pas tenu de transferer la propriété de la chose*, in *Festschrift für O. Riese*, Karlsruhe, 1964, 434 ss.

<sup>12</sup> V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., 309 ss.; G. IMPALLOMENI, voce *Evizione (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, 6, Torino, 1960, 1048 s.; M. SARGENTI, *L’evizione nella compravendita romana*, Milano, 1960, 5; A. BURDESE, voce *Vendita (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, 20, Torino, 1975, 597 s.; M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 400 ss.; H. ANKUM, *Alcuni problemi concernenti la responsabilità per evizione del venditore nel diritto romano classico*, in *Atti Acc. Peloritana dei pericolanti*, 58, 1989, Messina, 1991, 1 s.; ID., *Problemi concernenti l’evizione del compratore nel diritto romano (La relazione fra le azioni spettanti al compratore in riguardo all’evizione: ‘actio de auctoritate’, ‘actio ex stipulatu’ basata su una ‘stipulatio de evictione’ e ‘actio empti’)*, in *Vendita e trasferimento*, cit., II, 610 ss.

<sup>13</sup> Individua efficacemente in tre passaggi l’evoluzione della garanzia per evizione T. DALLA MASSARA, *Garanzia*, cit., 281 ss.

È la giurisprudenza del II sec. d.C. a farsi carico dei primi tentativi di superamento della precedente impostazione del rapporto fra tutela e obbligazione negoziale: si riflette sul ‘ricollocaimento’ della tutela contro l’evizione dapprima posta all’esterno del rapporto contrattuale<sup>14</sup>, per configurarla come profilo specifico dell’obbligo generale del venditore di trasferire l’*habere licere*<sup>15</sup> della *res*, quale elemento naturale del contratto, collegata per l’appunto all’ampio perimetro del *praestare*.

Lo evidenzia il superamento dell’idea prevalente in dottrina, secondo la quale l’*actio empti* era esperibile solo per imporre al venditore la prestazione della garanzia di evizione mediante *stipulationes* – che pure rimane – in favore della teoria dell’esperibilità dell’*actio ex empto* ad evizione avvenuta, concessa dalla giurisprudenza al fine di tutelare il compratore per la perdita dell’*habere licere*<sup>16</sup>; e ciò in modo abbastanza conclamato dalla giurisprudenza adrianea in poi.

Già in alcuni testi dei giuristi della prima metà del II sec. d. C., viene tratteggiato, perlomeno per la prima volta in modo

---

<sup>14</sup> Come messo ben in evidenza da G. GUIDA, *La tutela*, cit., 102 ss. Cfr. anche T. DALLA MASSARA, *Per una ricostruzione delle strutture dell’evizione*, in *Studi in onore di A. Metro*, a cura di C. Russo Ruggeri, Milano, 2010, 11 ss.

<sup>15</sup> Circa la complessità dell’inquadramento dell’*habere licere*, rispetto alla proprietà della *res* e in rapporto alla dicotomia dei contratti obbliganti al ‘*praestare*’ e al ‘*dare*’, si vedano soprattutto R. MAYR, ‘*Praestare*’, in *ZSS*, 42, 1921, 198 ss.; M. SARGENTI, *L’evizione*, cit., 12 s.; C.A. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico. Corso di diritto romano*, (Cagliari 1967-1968), Milano, 1969, 20 ss.; R. CARDILLI, *L’obbligazione di ‘praestare’*, cit., 32 ss.

<sup>16</sup> M. SARGENTI, *L’evizione*, cit., 118 ss.; M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit. 397; L. VACCA, *Sulla responsabilità ‘ex empto’ del venditore nel caso di evizione secondo la giurisprudenza tardo-classica*, ora in *Garanzia*, cit., 1 ss.; T. DALLA MASSARA, *Garanzia*, cit., 307 s.; G. GUIDA, *La tutela*, cit., 107, soprattutto nt. 11. Per l’Ankum le ipotesi di ricorso all’*actio empti* per tutelare in modo diretto il compratore erano piuttosto limitate: cfr. H. ANKUM, *Problemi*, cit., 597 ss.

formale, il rapporto fra l’evizione del bene comprato<sup>17</sup> e l’*actio empti* per la tutela del compratore evitto<sup>18</sup>:

Iav. 2 ex Plaut. D. 21.2.60: *Si in venditione dictum non sit, quantum venditorem pro evictione praestare oporteat, nihil venditor praestabit praeter simplam evictionis nomine et ex natura ex empto actionis hoc quod interest*<sup>19</sup>.

Secondo Giavoleno nel caso in cui non fosse stata assunta in forma stipulatoria la tutela per l’evizione, il venditore era tenuto, comunque, per il *simplum*, ovvero alla restituzione del prezzo al compratore; altresì, considerata la natura dell’*actio ex empto* – ossia di azione promotrice di un *iudicium bonae fidei* – il venditore poteva essere tenuto all’*id quod interest*.

Il giurista collega direttamente all’azione da compera la tutela per l’evizione, in modo tale che il venditore risultasse tenuto secondo l’*oportere praestare pro evictione*, e, dunque, il compratore fosse, in ogni caso, coperto dall’*actio empti*<sup>20</sup>.

Oltre a ciò, come evidenzia il testo in modo nient’affatto secondario, la natura dell’azione, ossia il suo essere un’*actio ex fide*

---

<sup>17</sup> Cfr. anche Iul. 15 dig. D. 21.2.8. Sul punto in particolare A. WACKE, *Die verschuldete Eviktion*, in *Festschrift für H. Niedelander*, Heidelberg, 1991, 141 ss.; G. GUIDA, *La tutela*, cit., 115 s.

<sup>18</sup> Cfr. V. ARANGIO RUIZ, *La compravendita*, cit., 350; M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 395; G. GUIDA, *La tutela*, cit., 121.

<sup>19</sup> Il testo è stato discusso in termini di genuinità in diversi passaggi (cfr. ad esempio E. ALBERTARIO, *Il rimborso delle spese fatte al compratore*, in *Studi di diritto romano*, III, Milano, 1936, 490, nt. 2; H. ANKUM, *Pomponio, Juliano y la responsabilidad del vendedor por eviccion con la ‘actio empti’*, in *RIDA*, 39, 1992, 75 ss.; da ultimo, J. BELDA MARCADO, *La obligación de garantía por evicción del comprador en el derecho romano clásico*, in *Anuario da Faculdade de Dereito de Universidade da Coruña*, 2004, 119 ss.) ma si concorda con il Talamanca nel ritenerlo complessivamente affidante: cfr. M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 395.

<sup>20</sup> T. DALLA MASSARA, *Garanzia*, cit., 304.

*bona*, comportava la possibilità che la condanna fosse all’*id quod interest actoris*, e, quindi, che l’azione potesse essere esperita per ottenere il ristoro per l’intero pregiudizio contrattuale subito dal compratore<sup>21</sup>.

La duplice rilevanza del testo di Giavoleno risiede sia nell’idea originale che la tutela contro l’evizione non fosse preclusa dall’assenza di espresse pattuizioni, ma che fosse riconducibile all’*actio empti*, non solo per sanzionare il venditore reticente alla *stipulatio evictionis*, ma anche, ad evizione avvenuta, per far valere la c.d. ‘responsabilità evizionale’<sup>22</sup>, sia nell’esprimere i possibili contenuti della condanna: il *simplum* (ossia, il prezzo) e l’*id quod interest*.

Nonostante ciò il collegamento diretto della tutela del compratore, per le ipotesi di evizione avvenuta, alla generale cornice della tutela *ex empto* ha indotto gran parte della dottrina romanistica all’identificazione del *quantum* della condanna - connessa all’*actio empti nomine evictionis* - con il solo *id quod interest*, come conseguenza unica del mancato *habere licere*<sup>23</sup>.

Peraltro, come successivamente messo in luce, l’*id quod interest*<sup>24</sup>, in queste ipotesi, non avrebbe costituito tanto la

---

<sup>21</sup>Su cui si veda soprattutto G. GUIDA, *La tutela*, cit., 122-124.

<sup>22</sup> Nello stesso senso si colloca un altro testo di Giavoleno: Iav. 9 *epist.* D. 41.3.23.1: *Si autem columna evicta fuerit, puto te ex empto cum venditore recte acturum et eo genere rem salvam habiturum*: cfr. M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit. 395.

<sup>23</sup> M. KASER, *Die Zie der actio empti nach Eviktion*, in *SZ (RA)*, 54, 1934, 192 ss.; H. ANKUM, *Das Ziel der ‘actio empti’ nach Eviktion*, in *‘Sodalitas’. Scritti in onore di A. Guarino*, VII, Napoli, 1984, 3215 ss.; ID., *Problemi concernenti*, cit., 597 ss.; ID., *Pomponio*, cit., 57 ss.

<sup>24</sup> Il Talamanca già osservava l’inaccettabilità dell’assimilazione dell’*id quod interest* alla “coppia” ‘interesse positivo’ e ‘interesse negativo’ della civilistica tradizionale e della romanistica moderna: cfr. M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 414. Sulla polisemia dell’espressione ‘*id quod interest*’, che si tradurrebbe anche nell’impossibilità di definire il *quantum* rimesso alla valutazione del

conseguenza di un giudizio di responsabilità, quanto piuttosto la conseguenza derivante dall’essere, il venditore, rispondente in via oggettiva di un risultato contrattuale<sup>25</sup>, che veniva, dunque, assicurato al compratore, ristorandolo in termini pecuniari dell’interesse che egli aveva a che la cosa gli fosse trasferita nel pieno e pacifico godimento, indipendentemente dall’accertamento di una condotta colpevole<sup>26</sup>.

Questi stessi testi successivamente sono stati oggetto di ulteriori accurate analisi<sup>27</sup>, dalle quali è emerso, da un lato, che la concessione dell’*actio empti* era principalmente concepita come funzionale ad un’attribuzione di responsabilità per inadempimento del venditore per la oggettiva violazione del principio di

---

giudice, cfr. D. MEDICUS, *Id quod interest*. Studien zum römischen Recht des Schadenersatzes, Köln – Graz, 1962, *passim*; nonché H. HONSELL, *Quod interest im bonae* – *fidei* – *iudicium*. Studien zum römischen Schadenersatzrecht, München, 1969, in particolare 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, Padova, 2011, 481 ss.; P. ZILLOTTO, *Sulla non patrimonialità del danno e dell’interesse nel diritto romano*, Alessandria, 2012, *passim*, in particolare, 30 ss.

<sup>25</sup> Si tratterebbe di un contenuto acquisito dalla precedente *stipulatio habere licere*, ovvero una delle promesse tramite le quali il compratore si assicurava nei confronti del venditore per determinati fatti che impedivano il pacifico godimento della *res*; su di essa cfr. PH. MAYLAN, *La ‘stipulatio habere licere’*, in TR, 38, 1970, 67ss.; R. ORTU, *Garanzia per evizione: “stipulatio habere licere” e “stipulatio duplae”*, in *La compravendita e l’interdipendenza*, II, cit., 313 ss.; da ultimo G. GUIDA, *La tutela*, cit., 70 ss. in particolare 75.

<sup>26</sup> M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 400.

<sup>27</sup> L. VACCA, *Sulla responsabilità ‘ex empto’ del venditore nel caso di evizione secondo la giurisprudenza tardo-classica*, ora in *Garanzia*, cit., 1 ss.; EAD. *Ancora sull’estensione dell’ambito di applicazione dell’‘actio empti’ in età classica*, ora in *Garanzia*, cit., 29 ss.

sinallagmaticità<sup>28</sup>, e che, solo ove presenti i presupposti, si sarebbe innestato anche l'eventuale giudizio di imputabilità dell'inadempimento/danno, in linea con la *bona fides*. Dall'altro lato, in termini consequenziali, sarebbe anche risultato che la condanna collegata all'*actio* non sarebbe stata configurata in modo fisso al '*id quod interest*', ma si articolava fra la restituzione del prezzo pagato per la cosa e '*id quod interest*', a seconda che fosse ravvisabile o meno la necessità di ristorare l'interesse contrattuale del compratore anche, ma non solo, in rapporto alla opportunità di sanzionare un comportamento contrario a buona fede tenuto dal venditore<sup>29</sup>.

Verso una condanna limitata al prezzo si orienta, ad esempio, il probabile approfondimento dell'indicazione di Giavoleno da parte di Pomponio:

Pomp. 9 *ad Sab.* D. 21.2.16 pr.: *Evicta re vendita ex empto erit agendum de eo quod accessit, quemadmodum ea quae empto fundo nominatim accesserunt si evicta sint, simplum praestatur*<sup>30</sup>.

Secondo il giurista antonino, qualora venisse *evicta* la cosa venduta, per ottenere ciò che per accessione era stato aggiunto al bene, il compratore avrebbe potuto agire mediante *actio empti*, allo stesso modo nel caso in cui fossero state evitte le cose aggiunte per

---

<sup>28</sup> Così, oltre a Letizia Vacca su cui cfr. nota precedente, si vedano T. DALLA MASSARA, *Garanzia*, cit., 308; G. GUIDA, *La tutela*, cit., 57; A. RODEGHIERO, *Sul sinallagma genetico nell'emptio venditio classica*, Padova, 2014, 1 ss.

<sup>29</sup> Si tratta di un'idea già espressa *in nuce* da E. RABEL, *Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte*, Leipzig, 1902, 78 ss.; cfr. anche L. VACCA, *Sulla responsabilità*, cit., 6; G. GUIDA, *La tutela*, cit., 131-132.

<sup>30</sup> Da leggere in rapporto a Pomp. 31 *ad Q. Mucium* D. 18.1.66 pr.: *In vendendo fundo quaedam etiam si non dicantur, praestanda sunt, veluti ne fundus evincatur aut usus fructus eius, quaedam ita demum, si dicta sint, veluti viam iter actum aquae ductum praestaturi: idem et in servitutibus urbanorum praediorum.*

accessione al fondo ed espressamente menzionate nella vendita, per le quali il venditore sarebbe stato tenuto per il *simplum*.

Il testo di Pomponio ribadisce l’esperibilità diretta dell’*actio empti* per l’evizione e al contempo offre indicazioni più che chiare sul tipo di condanna a questa collegato: è sufficiente il *simplum*, e dunque il corrispondente del prezzo pagato.

Se ne ricava, come già da altri<sup>31</sup> opportunamente evidenziato, che il *quantum* improntato all’*id quod interest* costituiva uno dei tipi di condanna, ma non l’unico, considerato che tale condanna si riempiva di ‘contenuti’ in ragione degli elementi valutati come qualificanti il caso. In quest’ottica, infatti, la formulazione di Giavoleno, pur non precisando, in rapporto a specifici elementi di fatto, a che cosa fosse dovuta l’esperibilità dell’*actio* per la restituzione del prezzo o per l’*id quod interest* (ad eccezione del generico riferimento alla natura *ex fide bona* dell’azione), se messa in relazione al complesso delle soluzioni sul tema, come quella di Pomponio<sup>32</sup>, consentirebbe di ricavare che, proprio per via dell’applicazione del principio di *bona fides*<sup>33</sup>, a cui era improntato il *iudicium empti*, il *quantum* esigibile oscillava sostanzialmente tra la restituzione del prezzo pagato, il cd. *simplum*, e un ‘*id quod interest*’, valutato in relazione agli elementi ritenuti rilevanti nella diagnosi del caso, come ad esempio il dolo del venditore<sup>34</sup>.

A tal riguardo, e con l’intento di meglio precisare il percorso che conduceva all’individuazione del *quantum* della condanna, è opportuno osservare che colui che era deputato a determinare

---

<sup>31</sup> Cfr. *supra* nt.28.

<sup>32</sup> G. GUIDA, *La tutela*, cit., 122.

<sup>33</sup> M. SARGENTI, *L’evizione*, cit., 121 s.

<sup>34</sup> Il risarcimento dell’*id quod interest* poteva essere concesso, ad esempio, nelle ipotesi di *dolo in contrabendo* del venditore, come prospettato già dal RABEL, *Die Haftung*, cit., 162 ss. Cfr. anche M. SARGENTI, *L’evizione*, cit., 118 ss.; G. GUIDA, *La tutela*, cit., 122 ss.

concretamente l’ammontare era il *iudex*, il cui giudizio, come detto e come noto, era fondato sull’*oportere ex fide bona*, reso ‘autonomo’ da un’*intentio incerta*:

*Quod A. Agerius de N. Negidio hominem quo de agitur emit / ,  
quidquid ob eam rem N. Negidium A. Agerio dare facere oportet ex fide  
bona, / eius C. Aquilius iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non  
paret absolutivo*<sup>35</sup>.

Il *iudex* era, dunque, “autorizzato” a valutare la situazione nei termini descritti l’*oportere ex fide bona*, e ad utilizzare, laddove opportuno, il *pretium recipere* oppure un *id quod interest* nelle sue molteplici declinazioni. E con molta probabilità nel procedere con questa valutazione, il giudice non si discostava dall’impostazione accolta nelle elaborazioni giurisprudenziali<sup>36</sup>, le quali, dunque, anche in questo caso, possono fornire a noi, oltre che al *iudex*, gli elementi necessari per comprendere le logiche lungo le quali si sviluppava il rapporto fra evizione, struttura della compravendita e determinazione effettiva della condanna.

---

<sup>35</sup> O. LENEL, *EP*, §110, 299

<sup>36</sup> Circa il dibattito accennato in premessa, sostanzialmente le opinioni della dottrina si sono divise fra l’idea di un ‘*id quod interest*’ valutato nei limiti dell’interesse positivo, come sostenuto dal TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 430 e l’idea di un determinazione a discrezione del giudice il quale si aiutava ricorrendo a criteri oggettivi (H. HONSELL, ‘*Quod interest*’, cit., 20 ss.; D. MEDICUS, ‘*Id quod interest*’, cit., 327 ss.), totalmente discrezionale la valutazione del *iudex* secondo l’idea di R. ZIMMERMANN, *The Law of obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town-Wetton-Johannesburg, 1990, 826.

### 3. ‘*Quasi evictionis nomen*’: la responsabilità evizionale

In relazione all’*aestimatio litis* che condizionava la condanna, spunti di carattere ricostruttivo giungono in particolare da alcuni testi che riportano soluzioni in tema di concessione dell’*actio empti* fondate sul generale (*quasi*) *evictionis nomen*, “(come) in caso di evizione”; allineamento sostanzialmente fondato sul tema dell’*habere licere*, per così dire, non effettivamente trasmesso e non garantito nella sua continuità.

Anticipando in parte le conclusioni a cui si è pervenuti, quel che sembra si possa ragionevolmente affermare è che, in ragione di eventi configurati come ‘fenomeni evizionali’, incidenti sull’attuazione della vendita, la determinazione di ciò che occorre concedere in termini di tutela al compratore, ovvero la condanna, fosse improntata a logiche non riducibili al solo rapporto fra *pretium recipere* (o *id quod interest* concepito solo come interesse positivo) per le ipotesi di lesione oggettiva del sinallagma negoziale e l’*id quod interest* comprensivo anche dell’interesse negativo, sostanzialmente concesso sotto il profilo dell’interesse a che il venditore non tenesse comportamenti dolosi o generalmente contrari alla *bona fides* contrattuale.

Da alcuni brani, infatti, in cui sembra chiaramente configurarsi un concetto ampio di ‘responsabilità evizionale’, si può ricavare l’impostazione prettamente oggettiva della tutela del compratore evitto, in probabile assorbimento del preesistente sistema di promesse di garanzia per l’evizione. In altri termini, si tratterebbe di un impiego della tutela contrattuale che avrebbe mutuato la propria struttura dai precedenti strumenti di tutela contro l’evizione, le *stipulationes*, tramite le quali il venditore assumeva espressamente la garanzia per le ipotesi di pretesa

vittoriosa da parte di un terzo, e che, in quanto garanzia, era del tutto estranea alla logica della *culpa* e del dolo contrattuali.

Nelle soluzioni dei *prudentes* contenute nei testi a cui ci si riferisce, infatti, non rileva mai l’aspetto del comportamento o dell’atteggiamento del venditore, il quale, quindi, non viene valutato con riferimento al criterio della *bona fides* contrattuale, intesa come criterio di valutazione del comportamento del debitore: l’operatività della tutela risulta collegata al solo mancato acquisto di un *habere licere* pieno e pacifico, in modo “neutro” rispetto alle valutazioni operate in termini di imputabilità, tenuto conto che, visto la natura dell’evizione, avrebbe perlomeno potuto trovare naturale collocazione il fenomeno della *culpa in contrabendo*<sup>37</sup>, se non addirittura del dolo<sup>38</sup>.

---

<sup>37</sup> Figura elaborata, come è noto, dallo Jhering (nella traduzione italiana *Della ‘culpa in contrabendo’. Ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*, a cura di F. Procchi, Napoli, 2005) che anticipa il dovere di correttezza contrattuale rispetto alla conclusione del negozio; il che implica un comportamento corretto indipendentemente dalla successiva invalidità del contratto. La letteratura sulla *culpa in contrabendo* e la responsabilità precontrattuale è sterminata; delimitando i riferimenti all’oggetto di questo studio, si rinvia soprattutto a F. PROCCHI, ‘Dolus’ e ‘culpa in contrabendo’ nella compravendita. Considerazioni in tema di sinallagma genetico, in *La compravendita*, cit. 238 ss.; I. FARGNOLI, ‘Culpa in contrabendo’ e azioni contrattuali, in ‘Actio in rem’, cit., 441 s.

<sup>38</sup> Afric. 8 quaest. D. 19.1.30.1: *Si sciens alienam rem ignorantibus 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 ignorantibus vendidit: id est maxime, si manumissuro vel pignori daturus vendiderit.* Il testo di Africano riporta la concessione dell’*actio empti* per l’*id quod interest* a sanzione del venditore *sciens* dell’alienità della *res*, indipendentemente dall’avverarsi dell’evizione: si tratta di una tutela prestata contro il dolo *in contrabendo*, nella logica di quello che successivamente Paolo stigmatizzerà nel *purgari dolo malo*.

Questa neutralità si ripercuoteva anche sulla quantificazione della condanna che risultava articolata in *quantum* differenti, casisticamente determinati in relazione agli elementi qualificanti il caso, e per i quali, non rilevando il profilo dello stato soggettivo del venditore, neppure si individuavano condanne all’*id quod interest*, costituito dalla somma dell’‘interesse negativo’ e dell’‘interesse positivo’ in funzione delle tipiche logiche dell’imputabilità.

Il criterio guida, se tale lo si può definire, che pare emergere è essenzialmente l’effettività del pregiudizio subito, che risulta valutata in rapporto a diversi elementi interconnessi, e che non sempre è agevole isolare, quali la natura concreta del fatto che potremmo chiamare “evizionale”; il mancato godimento effettivo del bene in termini quantitativi e/o temporali; la congruità dell’aspettativa del compratore. Una valutazione complessiva che, in punto di *aestimatio litis*, trovava una quantificazione articolata<sup>39</sup> e che oscillava tra l’ordinaria restituzione del prezzo pagato e la restituzione del valore di mercato (il *quantum ea res est o erit*), tra il rimborso delle migliorie, o, ancora, l’interesse a che non si verificasse l’evento evizionale<sup>40</sup>.

---

<sup>39</sup> Con premesse differenti si tratta di una considerazione che emerge in modo sfumato anche da alcune osservazioni di M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 429 ss.

<sup>40</sup> Si contempla, forse eccezionalmente, anche la proporzionale riduzione del prezzo: in tal senso, il brano di Ulpiano Ulp. 32 *ad ed.* D. 19.1.13.1 che, richiamando l’evizione nel motivare il responso relativo allo schiavo fuggitivo, concede al compratore l’*actio empti* in funzione *aestimatoria* contro il venditore non *sciens*. Il brano, tuttavia, si occupa più precisamente della problematica dei vizi della cosa, seppur il richiamo all’evizione (“*quod fugitivum quidem habere non licet et quasi evictionis nomine tenetur venditor*”) per chiarire il profilo dell’incidenza dell’indole fuggitiva dello schiavo sull’*habere licere* del compratore abbia, a mio parere, una certa rilevanza nel quadro delle soluzioni in tema di *quasi evictionis nomine teneri*.

#### 4. D. 19.1.43. *Il caso di Arescusa*

Fra i testi ai quali si fa riferimento, c'è un brano di Paolo, e quindi, come già osservato per altri testi della giurisprudenza severiana, frutto di una oramai maturata riflessione sulla concessione dell'*actio empti* in rapporto alla determinazione del contenuto dell'obbligazione principale del venditore, un rapporto, come sappiamo, “circolare”:

Paul. 5 *quaest.* D. 19.1.43: *Titius cum decederet, Seiae Stichum Pamphilum Arescusam per fideicommissum reliquit eiusque fidei commisit, ut omnes ad libertatem post annum perduceret. Cum legataria fideicommissum ad se pertinere noluisset nec tamen heredem a sua petitione liberasset, heres eadem mancipia Sempronio vendidit nulla commemoratione fideicommissae libertatis facta: emptor cum pluribus annis mancipia supra scripta sibi servissent, Arescusam manumisit, et cum ceteri quoque servi cognita voluntate defuncti fideicommissam libertatem petissent et heredem ad praetorem perduxissent, iussu praetoris ab herede sunt manumissi. Arescusa quoque nolle se emptorem patronum habere responderat. Cum emptor pretium a venditore empti iudicio Arescusae quoque nomine repeteret, lectum est responsum Domitii Ulpiani, quo continebatur Arescusam pertinere ad rescriptum sacrarum constitutionum, si nollet emptorem patronum habere: emptorem tamen nihil posse post manumissionem a venditore consequi. Ego cum meminissem et Iulianum in ea sententia esse, ut existimaret post manumissionem quoque empti actionem durare, quaero, quae sententia vera est. Illud etiam in eadem cognitione nomine emptoris desiderabatur, ut sumptus, quos in unum ex his quem erudierat fecerat, ei restituerentur. Idem quaero, Arescusa, quae recusavit emptorem patronum habere, cuius sit liberta constituta? An possit vel legatariam quae non liberavit vel heredem patronum habere? Nam ceteri duo ab herede manumissi sunt. Respondi: semper probavi Iuliani sententiam putantis*

*manumissione non amittitur eo modo. De sumptibus vero, quos in erudiendum hominem emptor fecit, videndum est: nam empti iudicium ad eam quoque speciem sufficere existimo: non enim pretium continet tantum, sed omne quod interest emptoris servum non evinci. Plane si in tantum pretium excedisse proponas, ut non sit cogitatum a venditore de tanta summa (veluti si ponas agitatore postea factum vel pantomimum evictum esse eum, qui minimo venit pretio), iniquum videtur in magnam quantitatem obligari venditorem<sup>41</sup>.*

Il brano<sup>42</sup>, va detto, è piuttosto discusso, e probabilmente accorciato<sup>43</sup>; tuttavia, si ritiene che nel suo tenore generale possa considerarsi ragionevolmente affidabile, poichè, benchè lungo, è

---

<sup>41</sup> Il testo prosegue naturalmente in Paul. 5 quaest. D. 19.1.45: *Idque et Iulianum agitasse Africanus refert: quod iustum est: sicut minuitur praestatio, si servus deterior apud emptorem effectus sit, cum evincitur. Illud expeditius videbatur, si mihi alienam aream vendideris et in eam ego aedificavero atque ita eam dominus evincit: nam quia possim petentem dominum, nisi impensam aedificiorum solvat, doli mali exceptione summovere, magis est, ut ea res ad periculum venditoris non pertineat. quod et in servo dicendum est, si in servitute, non in libertatem evinceretur, ut dominus mercedes et impensas praestare debeat. quod si emptor non possideat aedificium vel servum, ex empto habebit actionem.*

<sup>42</sup> Cfr. L. AMAYA CALERO, *La compraventa de los esclavos manumitidos en un fideicomiso de libertad* (Paul. 5 quaest. D. 19.1.43 45.2) in *BIDR*, 90, 1987, 202; H. ANKUM, *Die ‘manumissio fideicommissaria’ der ‘Arescusa’, des ‘Stichus’ und des ‘Pamphilus’*, in *‘Ars boni et aequi’*. *Festschrift Waldstein*, Stuttgart, 1993, 1-18; J. SCHMIDT-OTT, *Pauli Quaestiones. Eigenart und Textgeschichte einer spätklassischen Juristenschrift*, Berlin, 1993, 82; L. VACCA, *Sulla responsabilità*, cit., 12 ss.; A. SICARI, *Leges venditionis. Uno studio sul pensiero giuridico di Papiniano*, Bari, 1996; in particolare 77 ss. Inoltre, si veda D. NÖRR, *Römisches Recht: Geschichte und Geschichten. Der Fall der ‘Arescusa et alii’* (D.19.1.43 sq.), München, 2005, 52 ss.; su cui peraltro, E. STOLFI, *Recensione a D. Nörr, Römisches Recht: Geschichte und Geschichten. Der Fall ‘Arescusa et alii’* (Dig.19.1.43 sq.), München, 2005, in *SDHI*, 73, 2007, 552-565,

<sup>43</sup> V. ARANGIO RUIZ, *La compravendita*, cit., 235 ss., al quale si rinvia per l’individuazione della parte rimaneggiata, che, tuttavia, non rileva ai fini delle presenti argomentazioni.

piuttosto lineare dal punto di vista dell’articolazione delle soluzioni e delle argomentazioni a queste connesse.

Si tratta di una vendita di tre schiavi, Stico, Pamfilo e Arescusa, a Sempronio, vendita che avviene senza che sia menzionato da parte dell’erede-venditore il fidecommesso gravante su di essi. Sempronio, a seguito della scelta della legataria Seia di non attuare la disposizione fidecommissaria (e della mancata liberazione dell’erede da parte di questa) si ritrova ad aver acquistato tre schiavi gravati da un vincolo. Trascorso del tempo, di sua iniziativa il compratore manomette la schiava Arescusa, la quale, tuttavia, scopre assieme agli altri servi dell’esistenza del fidecommesso. I due schiavi si recano dal pretore per la manumissione, ottenuta dall’erede, obbligato *iure pretorio* a concederla; così altrettanto Arescusa, la quale decide di ricusare il compratore come patrono. Sempronio, dunque, ritrovandosi privo dei due schiavi acquistati e della liberta Arescusa, chiede di poter agire. A questo punto occorre esaminare isolate le *rationes* delle due soluzioni proposte da Paolo, quella inerente ai due schiavi e quella relativa ad Arescusa.

Partendo dalla prima, per gli schiavi manomessi *iure pretorio*, il compratore chiede e ottiene la restituzione del prezzo. In aggiunta, il compratore presenta la richiesta di rimborso delle spese sostenute per l’istruzione di uno dei due schiavi. Paolo, in merito, spiega che l’azione da compera poteva essere esperita anche per ottenere tale rimborso, poiché questa “*non enim pretium continet tantum, sed omne quod interest emptoris servum non evincti*”<sup>44</sup>, non dà diritto di richiedere solamente il prezzo, ma l’intero ammontare dell’interesse del compratore a che il servo non fosse evitto.

Si tratta di un passaggio del brano piuttosto delicato: il riferimento all’evizione si fonda evidentemente sulla perdita

---

<sup>44</sup> D. MEDICUS, ‘*Id quod interest*’, cit., 83 nt. 18; 84.

dell’*habere licere* dovuta all’attuazione del fidecommesso, ampliando ulteriormente il perimetro concettuale di fatti che determinano la responsabilità evizionale. Va posto l’accento sul dato che ad incidere sulla realizzazione dell’accordo di compravendita nella sua attuazione, e che determina la perdita, non è la *manumissio*, ma il fidecommesso, quale vincolo che gravava sui beni oggetto della vendita in qualità di obbligo fiduciario, anche se tale perdita si concretizza effettivamente solo a seguito della liberazione degli schiavi, non consentendo al compratore di goderne pacificamente e pienamente.

Si tratta di una conclusione ricavabile anche dalla situazione specifica relativa ad Arescusa: infatti, il dato che, nonostante con riguardo a questa la *manumissio* sia decisa dallo stesso compratore, non preclude affatto che il compratore abbia diritto a chiedere la restituzione del prezzo pagato per la schiava. Paolo lo chiarisce bene, quando dice che, differentemente dal parere di Ulpiano, ritiene che la *manumissio* non comporti la perdita dell’*actio empti* per il compratore.

Circa l’aspetto specifico della determinazione del *quantum* collegato all’*actio empti*, mi pare che Paolo tenga conto di tutti gli elementi concreti della vicenda contrattuale, producendo delle soluzioni, in termini di condanna, piuttosto articolate. Il venditore-erede, senza alcun dubbio, tiene una condotta non conforme a buona fede, essendo a conoscenza del fidecommesso gravante sui tre schiavi: ma il profilo della mala fede non rileva nella determinazione della condanna. Per il compratore si ritiene opportuno concedere la sola restituzione del prezzo pagato; solo in un caso si amplia la determinazione dell’*aestimatio litis*, valutando il danno subito dal compratore nel suo complesso, ossia con riguardo al servo istruito, ipotesi nella quale l’*id quod interest* del

compratore assorbe le spese sostenute per l’istruzione<sup>45</sup>. Si tratta di un’estensione piuttosto circoscritta, per la quale Paolo pone dei limiti precisi: infatti, il giurista spiega che l’interesse del compratore a che lo schiavo istruito non fosse evitto deve contenersi entro l’incremento di valore che il venditore poteva ragionevolmente attendersi e non di più; poiché un ampliamento eccessivo sarebbe stato addirittura iniquo per il venditore<sup>46</sup>.

La concessione dell’*actio empti* si fonda su una logica che, pur strettamente pragmatica, non manca di coerenza concettuale: Paolo si concentra su una valutazione dei fatti in cui, ad esempio, assume rilievo l’aspetto quantitativo/temporale della situazione giuridica trasmessa per effetto della vendita. Infatti, il compratore per un certo periodo di tempo ha goduto dei tre schiavi in modo pieno, al punto di istruire uno di loro e di decidere per la manumissione di un altro. Questo aspetto deve aver inciso sull’ammissione dell’*actio empti* nei limiti della condanna al prezzo e nella concessione del ristoro dell’interesse del compratore ad avere uno schiavo istruito; in tal modo, si effettua una valutazione della effettiva parzialità del godimento pacifico del bene; altrimenti non troverebbe agevole giustificazione la mancata concessione dell’*id quod interest* per tutti e tre gli schiavi. In più, una condanna a risarcire l’interesse contrattuale leso dalla perdita di tutti e tre gli schiavi, o anche solo dei due, senza includere *Arescusa*, sarebbe risultata probabilmente troppo gravosa nei confronti del venditore.

---

<sup>45</sup> Sul punto cfr. L. VACCA, *Sulla responsabilità*, cit., 15 ss., la quale mette in luce i criteri adottati per il rimborso delle spese sostenute dal compratore, poi evitto, di un fondo o di uno schiavo alieno enucleati nel testo D. 19.1.45. Più di recente si veda M. VINCI, *La tutela del possessore per i ‘miglioramenti’ sulla res evitta: il criterio di applicazione della retentio nel pensiero di Africano* (D. 39.2.44.1), in *D@S*, 2013.

<sup>46</sup> Anche il Talamanca lo osserva, seppur in un’ottica parzialmente differente: cfr. M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 436.

Sono diversi gli elementi che concorrono fra loro nel valutare i termini dell’esperienza dell’*actio* contrattuale; tanti e tali da non consentire *sic et simpliciter* un appiattimento sull’alternatività fra *restitutio/id quod interest* sulla base della condotta non conforme a buona fede in rapporto al mancato trasferimento dell’*habere licere* e quindi alla alterazione del sinallagma negoziale<sup>47</sup>.

I fatti sui quali si fonda la soluzione non sembrano scissi, ma valutati nel loro complesso; un complesso sul quale incide l’effettiva perdita dell’*habere licere*, e che si traduce anche nel considerare in termini quantitativi la situazione di cui, seppur temporaneamente, il compratore ha avuto modo di godere; sul quale incide la ragionevole previsione del venditore in ordine al pregiudizio che potrebbe essere chiamato a ristorare, e, infine, sul quale incide la legittima aspettativa contrattuale del compratore.

##### 5. Il “*quasi evictionis nomine teneri*” di Giuliano

In rapporto a tale osservazione ben si colloca quanto Giuliano afferma nel noto brano:

*Iul. 33 dig. D. 30.84.5: Qui servum testamento sibi legatum, ignorans eum sibi legatum, ab herede emit, si cognito legato ex testamento egerit et servum acceperit, actione ex vendito absolvi debet, quia hoc iudicium fidei bonae est et continet in se doli mali exceptionem. Quod si pretio soluto ex testamento agere instituerit, hominem consequi debebit, actione ex empto pretium recipere, quemadmodum reciperet si homo evictus fuisset. Quod si iudicio ex empto actum fuerit et tunc actor compererit legatum sibi hominem esse et agat ex testamento, non aliter absolvi heredem oportebit, quam si pretium restituerit et hominem actoris fecerit.*

---

<sup>47</sup> L. VACCA, *Sulla responsabilità*, cit., 15.

Nel testo<sup>48</sup> il giurista adrianeo analizza il caso di una vendita di uno schiavo alla quale si sovrappone una disposizione legataria: l’erede vende uno schiavo al compratore, al quale spetterebbe il medesimo schiavo per effetto di un legato verosimilmente, *per damnationem*, e di cui il compratore ignora l’esistenza: si configura, in tal modo, un acquisto *ex alia causa*<sup>49</sup> della *res* oggetto del negozio di compravendita.

Il giurista adrianeo articola diverse soluzioni, in base a due elementi: il momento dell’acquisizione della conoscenza della disposizione legataria da parte del compratore e la sua eventuale pregressa attività o negoziale o giudiziale. Così che se il compratore ha saputo del legato prima di versare il prezzo, e ha agito *ex testamento* per avere lo schiavo, il venditore non potrà esperire vittoriosamente l’azione di vendita per ottenere il pagamento del prezzo collegato alla compravendita, poiché si vedrebbe opposto un’*exceptio doli*<sup>50</sup>. La seconda ipotesi è quella più interessante: se il

---

<sup>48</sup> Su cui cfr. H. ANKUM, *Das Ziel*, cit., 3215; M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 373; L. VACCA, *Sulla responsabilità*, cit., 5 ss.; G. GUIDA, *La tutela*, cit., 127.

<sup>49</sup>Cfr. A. CARCATERA, *Intorno ai ‘iudicia bonae fidei’*, Napoli, 1963, in particolare 69 ss.; H. ANKUM, ‘*Concursus causarum*’, in *Seminarios complutenses de derecho romano*, 8, 1996, 57 ss.; L. VACCA, *Sulla responsabilità*, cit., 3 ss.; Non convincente la costruzione del caso come relativo ad un *conkursus causarum* per P. LAMBRINI, *Compravendita e acquisto ‘ex alia causa’*, in *La compravendita e l’interdipendenza*, I, cit., 749.

<sup>50</sup> Per le differenti letture del meccanismo di operatività dell’*exceptio doli generalis* in rapporto alla *rei vindicatio*, cfr. E. BETTI, *Sulla opposizione della “exceptio” all’“actio” e sulla concorrenza fra loro*, Parma, 1913, in particolare 17 ss. C.A. CANNATA, ‘*Bona fides*’ e strutture processuali, 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, I, Padova, 2003, 257-273, in particolare 269 ss.; ID., ‘*Exceptio doli generalis*’ e diritti reali, in *L’eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, a cura di L. Garofalo Padova, 2006, 245, nt. 19. Sul rapporto fra pagamento del prezzo ed *exceptio inadimpleti*

compratore apprende del legato dopo aver pagato il prezzo, potrà agire con l’azione da testamento per avere lo schiavo e con l’azione da compera per ottenere la restituzione del prezzo, come se lo schiavo fosse stato evitto<sup>51</sup>.

Da questa soluzione emerge un duplice ordine di profili: il rapporto fra le soluzioni in tema di acquisto *ex alia causa* ed evizione e la particolare determinazione del *quantum* della condanna.

Partendo dal primo profilo, il passaggio «*actione ex empto pretium reciperebit, quemadmodum reciperet si homo evictus fuisset*», a mio avviso, è impiegato da Giuliano per esprimere l’assimilazione del difetto di trasmissione dell’*habere licere* derivante dall’evizione all’acquisto dell’*habere licere* per effetto di un’altra causa di acquisto.

Il collegamento fra le soluzioni risiede verosimilmente nel mancato conseguimento del risultato atteso dal compratore per effetto della compravendita<sup>52</sup>, il che parrebbe giustificare agli occhi di una giurisprudenza, impegnata nella delineazione della sfera applicativa della tutela contrattuale, la concessione dell’azione nelle due ipotesi, evizione ed acquisto *ex alia causa*<sup>53</sup>. A tal riguardo, il senso del passaggio in cui Giuliano richiama l’evizione non sembra trovare altra giustificazione se non nel dato che l’*evictio*, configurata dalla giurisprudenza, potremmo dire in generale, come un difetto *ab origine* di titolarità della *res* in capo al venditore che risulta

---

*contractus* cfr. S. VIARO, *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano: contributo allo studio del sinallagma funzionale in diritto classico*, Padova, 2008, *passim*.

<sup>51</sup> La terza ipotesi è la più controversa, poichè non avendo più a disposizione l’*actio empti*, probabilmente già esperita per avere l’*habere licere* dello schiavo, il compratore agisce con l’*actio testamenti*: Giuliano espressamente afferma che l’erede in tal caso non verrà assolto se non restituisce il prezzo e trasferisce la proprietà dello schiavo.

<sup>52</sup> L. VACCA, *Sulla responsabilità*, cit., 6 ss.

<sup>53</sup> M. SARGENTI, *L’evizione*, cit., 123 ss.

accertato in ambito giudiziale<sup>54</sup>, preclude l’*habere licere*, così come in caso di esistenza di un altro titolo di acquisto, un’*alia causa*, laddove il titolo su cui si fonda l’acquisto sia precedente alla vendita stessa.

In stretta connessione con quanto ora affermato, per quel che concerne il profilo relativo alla determinazione della condanna, è opportuno evidenziare che la condanna alla restituzione del prezzo (o l’opposizione dell’eccezione di dolo nel caso azione di vendita esperita dal venditore), è evidentemente sufficiente per Giuliano, in questo caso di acquisto *ex alia causa*<sup>55</sup>, per garantire una corretta tutela al compratore: l’inadempimento del venditore ha come diretta ed immediata conseguenza la necessità di ricreare un equilibrio, attraverso la *restitutio pretii*.

Questo pone in luce il dato primario che la rispondenza del venditore è anzitutto fondata sulla lesione del rapporto di corrispettività: se all’*actio empti* il giurista ricollega il *pretium recipere*, e non l’*id quod interest*, con una previsione del *quantum* orientata al ripristino dell’equilibrio, è perchè la lesione del compratore è ascrivibile al mancato conseguimento dell’*habere licere* della cosa, quale contenuto dell’obbligazione discendente dalla vendita. Tuttavia, nelle ipotesi di acquisto *ex alia causa*, il suo interesse ad avere la cosa non è del tutto disatteso, poiché della *res* acquista, contestualmente, la titolarità; la tutela *ex empto*, dunque, si incentra sostanzialmente sul recupero del prezzo o sul venir meno della obbligazione di pagarlo, poiché si tratta dell’unico danno che effettivamente si concretizza. Non a caso del comportamento o dello stato soggettivo del venditore, Giuliano non si occupa affatto: il fondamento della soluzione si configura in termini di responsabilità oggettiva per la lesione del sinallagma contrattuale,

---

<sup>54</sup> Così anche A. WACKE, *Die verschuldete Eviktion*, cit., 156 s.; L. VACCA, *La garanzia*, cit., 264.

<sup>55</sup> L. VACCA, *Sulla responsabilità*, cit., 7.

come una tradizionale ipotesi di evizione<sup>56</sup>. E la lesione imputata al venditore si quantifica nella perdita che il compratore ha subito per effetto del pagamento del prezzo.

Dal brano di Giuliano, dunque, si può ricavare l’evoluzione delle tutela del compratore in chiave di assimilazione all’evizione degli acquisti *ex alia causa*, che incidono sull’acquisto dell’*habere licere*<sup>57</sup>, che danno luogo al ripristino dell’equilibrio mediante la restituzione del prezzo, non come *quantum* derivante da un’*aestimatio litis* predeterminata, ma in attuazione della logica dell’effettività della condanna (in questo caso coincidente con il solo prezzo già pagato), non essendo individuabile alcuna ulteriore lesione del suo interesse ad avere la cosa in modo pieno e pacifico, soddisfatto da un acquisto della titolarità piena ed esclusiva, seppur fondato su un altro titolo.

Meglio si comprende l’essenza di questa assimilazione prendendo in esame quegli eventi che hanno origine e sopraggiungono successivamente alla stipulazione del contratto e che pure incidono sull’attuazione del programma contrattuale, con conseguenze che si articolano in base allo stato dell’esecuzione dello stesso contratto:

Afr. 8 *quest.* D.19.2.33: *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*

---

<sup>56</sup> Il Sargenti, che ritiene fondata sul ricorso alla *bona fides* la concessione dell’*actio empti* per i casi di acquisto *ex alia causa* (M. SARGENTI, *L’evizione*, cit., 126 ss.) non precisa in che termini la *bona fides* abbia inciso sulla elaborazione dell’orientamento giurisprudenziale.

<sup>57</sup> In rapporto all’evizione, e ai fenomeni ad essa assimilati, si parla, in modo condivisibile, di ‘dinamicità’, a fronte dell’”impostazione statica’ della garanzia per l’evizione offerta dal nostro diritto positivo: T. DALLA MASSARA, *Garanzia*, cit., 307.

*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 fruius 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 caso della *publicatio* del fondo locato, così come del fondo venduto il giurista Africano, riproponendo in parte soluzioni giulianee<sup>58</sup>, affronta una tipologia di eventi che sopraggiunge durante l’attuazione del rapporto negoziale, e articola la distinzione fra eventi che determinano una impossibilità sopravvenuta della

---

<sup>58</sup> Il testo di Africano è fra i più studiati, stante anche il consistente numero di profili ricostruttivi e di questioni interpretative che pone; relativamente al tema del rischio, cfr. E. BETTI, ‘Periculum’. *Problemi del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano*, in *Studi in onore di P. De Francisci*, I, Milano, 1956, 131 ss.; in particolare 134; M. KASER, ‘Periculum locatoris’, in *ZSS*, 74, 1957, 188 ss.; G. PROVERA, *Sul problema del rischio contrattuale nel diritto romano*, in *Studi in onore di E. Betti*, III, Milano, 1962, 691 ss.; C.A. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico. Corso di diritto romano*, Milano, 1969, *passim*; M. TALAMANCA, *Considerazioni sul ‘periculum rei venditae’*, in *Seminarios complutenses de derecho romano*, 7, 1995, 221 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* a cura di B. Cortese, Torino, 2015, 193 ss. Circa l’aspetto relativo alla struttura della vendita e all’incidenza dell’evento ‘*publicatio*’ cfr. H. ANKUM, *African Dig. 19.2.33: Haftung und Gefahr bei der ‘publicatio’ eines verpachteten oder verkaufenen Grundstücks*, in *ZSS*, 97, 1980, 157; A. WACKE, *Dig. 19.2.33: Afrikans Verhältnis zu Julian und die Haftung für höhere Gewalt*, in *ANRW*, II, 15, 456 ss.

prestazione che dà luogo, in punto di condanna, alla restituzione del prezzo o della mercede (“*quod hactenus verum erit, ut pretium restituas, non ut etiam id praestes, si quid pluris mea intersit eum vacuum mihi tradi*” e “*quem tu prohibere propter vim maiorem aut potentiam eius non poteris, nihil amplius ei quam mercedem remittere aut reddere debebis*”), e i casi di inadempimento che sia imputabile al venditore, imputabilità che giustifica la condanna all’*id quod interest*<sup>59</sup> (“*tantum ei praestabis, quanti eius interfuerit frui, in quo etiam lucrum eius continebitur*”). Si tratta, peraltro, di un principio introdotto da Servio e che viene dallo stesso Africano riportato con riguardo al rapporto di *locatio rei*, avente ad oggetto un edificio o un fondo<sup>60</sup>.

Tali eventi incidono sull’attuazione della vendita e vengono presi in considerazione in base al momento del verificarsi dell’evento che determina l’inadempimento e dell’imputabilità di questo al debitore, che, a differenza dei casi di evizione e di fattispecie ad esse assimilate, incide sia sulla concessione dell’*actio* sia sull’individuazione del suo *quantum*.

Nella rappresentazione delle tre soluzioni di Giuliano in Iul. 33 *dig.* D. 30.84.5, l’elemento dello stato soggettivo del venditore invece non viene menzionato: si fa riferimento solo alla buona fede del compratore che ignora la disposizione legataria. La *ratio* che determina la condanna è fondata sul profilo oggettivo, tenuto conto che oltre al mancato trasferimento dell’*habere licere*, non si possono individuare lesioni dell’interesse contrattuale del compratore, il quale, come detto, è comunque soddisfatto nel suo interesse specifico ad avere la *res* per effetto del legato; e dunque un’*id quod interest* comprensivo dell’interesse (contrattuale) ad avere la cosa *ex venditione*, sarebbe stato immotivato.

---

<sup>59</sup> Sul punto, cfr. L. VACCA, *Risoluzione e sinallagma nella giurisprudenza dell’età classica*, in *Garanzia*, cit., 80 ss.

<sup>60</sup> Cfr. Afr. 8 *quaest.* D.19.2.35; così anche Alf. 3 *dig. a Paulo epit.* D.19.2.30 pr.

Il ‘*quasi evictionis nomine tenetur*’ nelle soluzioni prudenziali è, dunque, collegato a eventi che non vengono trattati sotto il profilo della riconducibilità o meno alla sfera dell’imputabilità al venditore: essi rilevano solo in quanto oggettivamente incidenti sull’acquisto dell’*habere licere*. Ciò consente di sganciare l’*aestimatio litis* dal binario che si articola fra i due tipi di condanna, al prezzo o al risarcimento del danno in base all’ ‘imputabilità’ dell’inadempimento, per generare, diversamente, una serie di condanne collegate all’effettività del pregiudizio subito.

#### 6. Per un’efficienza della tutela contrattuale

L’idea che parrebbe potersi ricavare dal rapporto fra le soluzioni espresse in questi testi, come anticipato sinteticamente nella breve premessa, è che nel quadro della riflessione scientifica giurisprudenziale circa la determinazione della sfera applicativa dell’azione da compera, l’individuazione del *quantum* collegato all’*actio* costituisca un passaggio piuttosto complesso.

La costruzione della struttura negoziale della compravendita classica segue, senza dubbio, la traccia logico-concettuale del ‘sinallagma’<sup>61</sup>: la sinallagmaticità delle obbligazioni, che governa

---

<sup>61</sup> Cfr. soprattutto G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, 1963, 48 ss.; R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, in *AUPA*, 37, 1983, 215 ss.; A. BURDESE, *Sul riconoscimento civile dei c.d. contratti innominati*, in *IURA*, 36, 1985, 14 ss.; ID., *Osservazioni in tema di c.d. contratti innominati*, in *Estudios Iglesias*, I, Madrid, 1988, 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, Milano, 1988, 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, Torino, 1992, in particolare 215 ss.; ID., *Dalla sinallagmaticità delle obbligazioni a quella delle prestazioni*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, *Atti del II Congresso internazionale ARISTEC*

l'ambito formale-oggettivo del rapporto negoziale e la 'sinallagmaticità delle prestazioni' riferita al profilo più strettamente sostanziale della reciprocità, costituiscono criteri quasi dogmatici di raffronto per la elaborazione e la configurazione formale dei rapporti bilaterali; mentre il sinallagma obbligatorio, che ben viene rappresentato dalla articolazione genetico-funzionale-condizionale<sup>62</sup>, esprime la struttura formale del rapporto negoziale, la sinallagmaticità delle prestazioni<sup>63</sup> costituisce l'espressione della necessaria corrispettività in termini più sostanziali.<sup>64</sup>

---

(Palermo-Trapani 7-10 giugno 1995), Torino, 1997, 63 ss.; C.A. CANNATA, Labeone, Aristone e il sinallagma, in *IURA*, 58, 2010, 33 ss. Per i molteplici profili collegati all'interdipendenza delle obbligazioni si vedano, in particolare, i più volte citati volumi, *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano* a cura di L. Garofalo, I e II, Padova, 2007.

<sup>62</sup> Costruzione di A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, I, Erlangen, 1876, 540 ss.; ripresa poi da H-P BENÖHR, *Das sogenannte 'Synallagma' in den Konsensualkontrakten des klassischen römischen Rechts*, Hamburg, 1965. Si tratta di una teorizzazione di matrice pandettistica, che non trova esatta corrispondenza nelle elaborazioni dei *prudentes*, perlomeno non in forma concettualmente definita, sì da ammetterne una precisa configurazione dogmatica, come osserva lo stesso A. BECHMANN, *Der Kauf*, cit., 565; lo ribadisce M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 373. Per le considerazioni inerenti agli sviluppi positivistic del 'sinallagma', cfr. G. GORLA, *Del rischio e del pericolo*, Padova, 1934, in particolare 98 ss.

<sup>63</sup> Espressione 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, ad esempio, negozio che genera la riflessione prudenziale culminata nell'oltremodo noto testo di Ulpiano/Aristone Ulp. 4 *ad ed.* D. 2.14.7 pr. e in Ulpiano Ulp. 11 *ad ed.* D. 50.16.19: cfr. F. GALLO, *Dalla sinallagmaticità*, cit., 63 ss.

<sup>64</sup> A tal riguardo, benché sia condivisibile il rilievo del Talamanca (M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 377-378), che sottolinea la difficoltà di individuare una chiara consapevolezza - da definirsi, a mio avviso, soprattutto

In tal senso, è la fase della concessione della tutela a rappresentare il vero terreno di confronto per la riflessione prudentiale: anzitutto l'*an*, la concessione dell'azione contrattuale costituisce il momento essenziale per l'operatività dei due criteri di ermeneutici: *synallagma* e *bona fides*.

Tuttavia, quel che è parso di poter ricavare dalla breve disamina dei testi è che, mentre l'*an* dell'*actio* seguiva dei binari ben precisi, il *quantum* della condanna, grazie alla natura particolare del *iudicium bonae fidei*, era sganciato da automatismi decisionali collegati alle condanne tipiche del *pretium recipere* e dell'*id quod interest*, costruito secondo criteri predeterminati, quasi matematici; ciò si percepisce soprattutto nella costruzione delle soluzioni inerenti ad alcuni fenomeni incidenti sulla trasmissione dell'*habere licere* e che mi sembrano trovare una evidente specifica configurazione di ‘fatti evizionali’.

La buona fede alla quale è improntato il *iudicium* consente di non rimanere imbrigliati nella considerazione di profili predeterminati: giudicare in base a ciò che *ex fide bona* occorre fare (in senso ampio) non implica necessariamente attribuire rilevanza allo stato soggettivo dei contraenti, ma valutare in rapporto a tutti gli elementi del fatto ciò che più opportuno far conseguire alla parte non soddisfatta. Che il venditore sapesse, o dovesse sapere, dell'esistenza di un vincolo sul bene che ne avrebbe impedito l'*habere licere*, o dell'esistenza di un titolo di acquisto per l'acquirente, o ancora della titolarità della *res* in capo ad un terzo, non dava luogo

---

‘consapevolezza dogmatica’ - da parte della giurisprudenza romana circa l'operare del *synallagma*, mi sembra che ciò non comporti il circoscrivere la sua incidenza relativamente ad alcuni fenomeni inerenti all'attuazione del programma contrattuale. Rientra in questi, ad esempio, l'ipotesi del *concursum causarum* e dell'acquisto *ex alia causa*; in tal senso, mi pare che la conclusione tradisca la premessa, poichè l'argomentazione che induce l'Autore a tale esclusione si mostra più dogmatica che pratica.

a un giudizio ‘di responsabilità’, costruito fondamentalmente sul dolo o sulla colpa, con le relative conseguenze nella valutazione del contenuto della condanna. Quel che, invece, si osserva nelle soluzioni prudenziali esaminate è la ricerca di un equilibrio concreto, che può essere garantito solo tenendo conto del caso nel suo complesso.

Vi è, inoltre, da tener presente che per effetto della tradizionale impostazione in termini di ‘garanzia’, l’evizione, e gli eventi ad essa assimilati ‘*quasi evictionis nomine*’<sup>65</sup>, tendono a produrre una

---

<sup>65</sup> Meriterebbe un’analisi specifica la costante oscillazione della Suprema Corte sulla natura dei fatti che generano l’evizione: «Per l’ipotizzabilità dell’evizione è necessario che l’evento che l’ha determinata, anche se verificatosi in concreto successivamente, debba attribuirsi ad una causa preesistente alla conclusione del contratto. Non costituisce, pertanto, ipotesi di evizione il caso in cui l’appartenenza a terzi del bene in contestazione deriva da titolo (nella specie, usucapione) perfezionatosi in tempo successivo al contratto di compravendita del bene stesso»: Cass. 26 gennaio 1995, n. 945. Si veda anche Cass. 14 aprile 2011, n. 8536, in cui la Corte così si è espressa: «In tema di vendita, poiché la garanzia per evizione ha la funzione di eliminare lo squilibrio delle prestazioni determinato dall’inadempimento del venditore, tale rimedio opera nei limiti del ripristino della situazione anteriore alla conclusione del contratto, anche in mancanza di colpa del venditore; non è peraltro necessario che il vittorioso intervento rivendicativo del terzo abbia la propria causa in un fatto preesistente alla vendita, ben potendo consistere tale responsabilità del venditore - tenuto per fatto suo proprio, *ex* art. 1487, secondo comma, cod. civ. - anche in una condotta inadempiente successiva al contratto, purché sussista il nesso tra la perdita del diritto subita dal compratore e l’oggettivo inadempimento del venditore». Condivisibile l’opinione del Gazzoni secondo la quale «l’evizione consiste non tanto nello spossessamento dell’acquirente, quanto nella mancata attuazione dell’effetto traslativo conseguente ad un fatto (c.d. evizionale) che si manifesta successivamente alla conclusione del contratto, pur essendo ad essa preesistente»: cfr. ID., *Manuale di diritto privato*<sup>7</sup>, Napoli, 1998, 1023. Circa l’ampio e articolato dibattito sulla configurazione della tutela contro l’evizione, secondo le linee dettate dal codice civile, ancora validi punti di riferimento le autorevoli letture della dottrina del secolo scorso, fra cui in particolare G.

‘responsabilità’ del venditore, sanzionata tramite l’azione contrattuale, che presenta tutti i crismi della rispondenza obbiettiva tipica dei modelli di garanzia in senso tecnico. Ciò in quanto, nella logica ricostruttiva dell’obbligazione del *venditor*, l’evizione produce prima di tutto una lesione del rapporto di corrispettività.

Tale lesione determina l’operatività della tutela, che si configura, per l’appunto, come tutela oggettiva, neutra rispetto al tema dell’imputabilità, attivandosi per il solo verificarsi dell’‘evento’; lo si è osservato chiaramente tramite l’analisi dei testi esaminati, in cui si considera esclusivamente l’elemento oggettivo della mancata trasmissione dell’*habere licere* pieno e totale.

Tuttavia, ciò non implica che la determinazione del *quantum* segua criteri fissi, magari mutuati dalle precedenti *stipulationes*: la quantificazione della condanna, fondata sulla *bona fides*, derivante da un’*intentio incerta* ed altresì aiutata dal carattere elastico dell’*id quod interest*, si articola in diverse forme, nell’individuare le quali si tende a tener conto del complesso degli elementi del fatto che generano il mancato raggiungimento del risultato contrattuale atteso dalle parti. In tal senso, si può osservare l’attribuzione di rilevanza a specifici profili del singolo caso: se il contraente fedele non ha affatto conseguito il risultato oggetto della prestazione (il caso di evizione in senso tecnico), o se lo ha conseguito temporaneamente (il caso dei due schiavi gravati da fidecommesso), se il suo

---

GORLA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1937, 698 ss. D. RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, 508, 1952, ss. C.M. BIANCA, *La vendita e la permuta*, in *Tratt. dir. civ. it.*, diretto da F. Vassalli, Torino, 1972, 742 ss. Altrettanto oscillante è la giurisprudenza nell’individuare i limiti della tutela spettante al compratore, certamente non aiutata dal complesso quadro normativo che si frammenta fra le previsioni *ex artt.* 1476, 1479, 1483 e 1218-1223-1453 del codice civile: cfr. ad esempio Cass. 2710/2013; Cass. 8536/2011, Cass. 20165/2005; Cass. 9642/2001; Cass. 3249/1981.

conseguimento è stato superato dall’acquisto della titolarità piena per effetto di un altro negozio (tramite acquisto *ex alia causa*).

Sembra discenderne una flessibilità della tutela, del tutto funzionale al garantire in termini di stretta concretezza l’equilibrio della condanna, sulla base di una determinazione dell’*aestimatio litis* che, come già detto, può variare fra la restituzione del prezzo, la restituzione del valore della cosa, la riduzione del prezzo ed il risarcimento dell’interesse leso<sup>66</sup>. Si tratta di una tutela assai sofisticata, poiché, pur ponendo sullo stesso piano fatti diversi che incidono sul conseguimento dell’*habere licere*, si consente al *iudex*, che giudica *ex bona fide*, una modulazione del *quantum* collegato all’*actio* sulla base dello sviluppo della vicenda negoziale considerata nella sua interezza, nella sua articolata complessità.

L’approccio dei giuristi romani alla gestione della vicenda negoziale, anche con riferimento al mancato raggiungimento dell’interesse contrattuale, o dello scopo dell’affare, dunque, pare chiaramente fondarsi su una valutazione estremamente pragmatica, mantenendo la visione pratica nel momento in cui più si rivela necessaria: nella fase della tutela.

## ABSTRACT

Lo studio si concentra sul tema del rapporto fra le fattispecie di evizione e la quantificazione della condanna collegata all’*actio empti* concessa al compratore. Lo scopo della breve indagine è quello di mettere il focus sulla determinazione del pregiudizio subito dal compratore, la quale si dimostra neutra rispetto ai criteri di imputabilità dell’inadempimento del venditore. L’analisi dei testi inerenti ai casi di evizione e ai fatti ad essa equiparati nelle

---

<sup>66</sup> Cfr. *supra* nt. 24.

elaborazioni delle soluzioni prudenziali mostra come l’attenzione dei giuristi fosse rivolta ai fatti inerenti alla vicenda negoziale valutati nella loro rilevanza pratica, e l’assenza di criteri rigidamente predeterminati in base ai quali articolare la condanna alla *restitutio pretii* o al *id quod interest*.

The study focuses on the relationship between the types of eviction and the quantification of the sentence connected to the *actio empti* granted to the buyer.

The purpose of the brief investigation is to put the focus on determining the prejudice suffered by the buyer, which proves neutral with respect to the criteria of imputability of the seller's non-fulfillment.

The analysis of the texts concerning the cases of eviction and the facts equivalent to them in the elaboration of the prudential solutions shows how the attention of the jurists was directed to the facts inherent to the negotiating event evaluated in their practical relevance, and the absence of rigidly predetermined requirements based on which to articulate the sentence to the *restitutio pretii* or *id quod interest*.

BARBARA CORTESE  
Professore Associato di Diritto Romano  
Università degli Studi Roma Tre  
E-mail: [barbara.cortese@uniroma3.it](mailto:barbara.cortese@uniroma3.it)

