



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

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

Paola Ziliotto

**La ‘*res inempta*’: nuove riflessioni sulle azioni
restitutorie**

Numero XII Anno 2019

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 (Seconda Univ. Napoli), M. Scognamiglio (Univ. Salerno), A. Triscioglio (Univ. Torino)

Redazione

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

Comitato dei Referees

F. Amarelli, A. Calore, R. Cardilli, D. Centola, A. Cernigliaro, G. Coppola, T. Dalla Massara, L. De Giovanni, I. Del Bagno, I. Fargnoli, V. Ivone, L. Labruna, P. Lambrini, A. Lovato, L. Maganzani, F. Mancuso, G. Matino, F. Mercogliano, A. Palma, F. Procchi, S. Puliatti, F. Reduzzi Merola, M. Robles, M. Squillante, A. Torrent, G.P. Trifone, A. Tucci, P. Ziliotto.

Segreteria di Redazione

G. Crescenzo, C. De Cristofaro, 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

Inscr. 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 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*). Tuttavia, per la trasparenza del procedimento, nell'anno successivo alla pubblicazione on line del saggio, la Rivista comunica mediante pubblicazione l'identità dei Referees. La Direzione della Rivista riceve da ciascun Referee una relazione (*report*), che viene inviata con e-mail all'altro Referee e 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.

LA ‘RES INEMPTA’: NUOVE RIFLESSIONI SULLE AZIONI RESTITUTORIE

1. La ‘res inempta’ e l’ipotizzata controversia giurisprudenziale relativa alle azioni per far valere gli obblighi restitutori

La compravendita romana di età classica ha conosciuto dei ‘Rücktrittsvorbehalte’ tipici, clausole risolutorie della compravendita divenute tipiche in ragione della loro diffusione nella prassi negoziale¹. Si tratta della *lex commissoria*, della *in diem addictio* e del *pactum displicentiae*².

Questi patti, come è noto, hanno in comune il fatto di prevedere che, al verificarsi di certi eventi entro un termine prestabilito, la cosa venduta diventi *inempta*³ con la conseguenza che i contraenti saranno tenuti ad effettuare tutte le restituzioni

¹ M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 592.

² La possibile configurazione sospensiva, oltre che risolutiva, di questi patti non viene qui in considerazione: mi sia pertanto consentito rinviare a quanto già scritto altrove a tale riguardo (*Vendita con ‘lex commissoria’ o ‘in diem addictio’: la portata dell’espressione ‘res inempta’*, in *SDHI*, 69, 2003, 336 ss.). Sul punto v. diffusamente E. NICOSIA, *In diem addictio’ e ‘lex commissoria’*, Catania, 2013, 1 ss. e 188 ss., e più di recente V. CARRO, *D. 18.5.6 (Paul. 2 ‘ad ed.’) ... ‘si intra certum tempus displicisset, redderetur’... Riflessioni in tema di ‘pactum displicentiae’*, in *Scritti per Alessandro Corbino*, I, 2016, 584 ss.; cenni anche in C. PENNACCHIO, *Note in tema di ‘lex commissoria’: a proposito di Scaev. 7 ‘dig.’ D. 18.3.8*, in *TSDP*, 10, 2017, 2 s., e 42 s., nt. 96.

³ Per la *lex commissoria* v. Nerat. 5 membr. D. 18.3.5, Pomp. 9 ad Sab. D. 18.1.6.1, Pomp. 35 ad Sab. D. 18.3.2, Afr. 7 quaest. D. 44.7.23, Afr. 9 quaest. D. 44.3.6.1, Marcell. 6 dig. D. 44.3.2, Scaev. 2 resp. D. 18.3.6 pr., Scaev. 4 dig. D. 18.5.10 pr., Scaev. 7 dig. D. 18.3.8 pr., Ulp. 32 ad ed. D. 18.3.4 pr., Paul. 54 ad ed. D. 41.4.2.3, Paul. 1 decret. D. 4.4.38 pr.; per la *in diem addictio*, v. Iul. 15 dig. D. 18.2.17; per il *pactum displicentiae*, v. Ulp. 71 ad ed. D. 43.24.11.13, Ulp. 28 ad Sab. D. 18.1.3, Paul. 54 ad ed. D. 41.4.2.5.

necessarie per ripristinare la situazione precedente la conclusione del contratto.

Sotto il profilo sostanziale, la disciplina della risoluzione non pare aver creato grandi dispute giurisprudenziali. Con particolare riferimento alla *lex commissoria* e alla *in diem addictio*, non sembrano infatti esservi dubbi sul fatto che, divenuta *inempta* la *res*, il compratore, per lo meno a partire da Aristone, debba restituire al venditore, insieme alla cosa, anche i frutti da essa percepiti nel tempo intermedio⁴, così come non sembrano esservi dubbi sul fatto che, in caso di deterioramento della cosa dovuta a fatto del compratore, questi debba risarcire il danno al venditore⁵; e che a sua volta il venditore debba rimborsare al compratore le spese necessarie da questi sostenute⁶ e restituirgli l'eventuale anticipo di prezzo pagato⁷.

Se dunque la disciplina della risoluzione non pare controversa sul piano sostanziale, altrettanto non può dirsi sotto il profilo processuale, rispetto al quale due testi, uno di Pomponio (D. 18.1.6.1) e uno di Ulpiano (D. 18.3.4 pr.), entrambi in tema di *lex commissoria*, lasciano intendere che la possibilità di utilizzare l'azione contrattuale di vendita per far valere gli obblighi restitutori del compratore conseguenti alla risoluzione del contratto sarebbe stata controversa.

⁴ Per la *in diem addictio*, v. Ulp. 28 *ad Sab.* D. 18.2.6 pr., Ulp. 28 *ad Sab.* D. 18.2.4.4, Ulp. 32 *ad ed.* D. 18.2.16, Paul. 3 *decr.* D. 49.14.50, e implicitamente anche Ulp. 28 *ad Sab.* D. 18.2.6.1; per la *lex commissoria*, v. Nerat. 5 *membr.* D. 18.3.5, Ulp. 32 *ad ed.* D. 18.3.4 pr. e anche § 1.

⁵ Ulp. 32 *ad ed.* D. 18.3.4 pr.

⁶ Ulp. 32 *ad ed.* D. 18.2.16.

⁷ Ulp. 32 *ad ed.* D. 18.3.4.1.

In D. 18.1.6.1⁸ Pomponio dice che in caso di mancato pagamento del prezzo nel termine stabilito nel patto commissorio, *placet* che il venditore abbia l'*actio ex vendito* per far valere gli obblighi restitutori del compratore, e prosegue poi osservando come non debba turbare il fatto che, divenuta *inempta* la *res*, si dica che vi sarà l'*actio ex vendito*: nella interpretazione della compravendita, spiega infatti il giurista, dobbiamo considerare la volontà delle parti, e non il modo in cui esse si sono espresse; e quando/benché nel patto si sia usata quella espressione (*res inempta*), è chiaro (*apparet*) che le parti avevano voluto solamente che il venditore non restasse obbligato nei confronti del compratore in caso di mancato pagamento del prezzo nel termine stabilito, e non che tutte le obbligazioni nascenti dalla compravendita venissero meno per entrambe le parti.

Pomponio sembra dunque enunciare come pacifica la regola della esperibilità dell'*actio ex vendito* (*placet ex vendito actionem esse*), ma nel contempo sente il bisogno di precisarla, in quanto una interpretazione letterale delle parole usate dalle parti (*si fundus ... ea lege venisset, ut ... fundus inemptus foret*) potrebbe far pensare al venir meno di ogni obbligazione nascente dal contratto e dunque alla inesistenza dell'*actio ex vendito*. Ma, dice il giurista, è chiaro (*apparet*) che la volontà dei contraenti non era questa.

⁸ Pomp. 9 ad Sab. D. 18.1.6.1: *Si fundus annua bima trima die ea lege venisset, ut, si in diem statutum pecunia soluta non esset, fundus inemptus foret et ut, si interim emptor fundum coluerit fructusque ex eo perceperit, inempto eo facto restituerentur et ut, quanti minoris postea alii venisset, ut id emptor venditori praestaret: ad diem pecunia non soluta placet venditori ex vendito eo nomine actionem esse. nec conturbari debemus, quod inempto fundo facto dicatur actionem ex vendito futuram esse: in emptis enim et venditis potius id quod actum, quam id quod dictum sit sequendum est, et cum lege id dictum sit, apparet hoc dumtaxat actum esse, ne venditor emptori pecunia ad diem non soluta obligatus esset, non ut omnis obligatio empti et venditi utrique solveretur.*

Un dubbio analogo sembra emergere dal secondo passo⁹ nel quale Ulpiano pone il quesito del modo in cui il venditore possa agire per far valere gli obblighi restitutori del compratore una volta divenuta *inempta* la *res vendita*. Nella risposta, Ulpiano dice che certamente l'*emptio* è *finita* (*et quidem finita est emptio*), ma che la questione è ormai decisa nel senso che compete l'*actio ex vendito* (*sed iam decisa quaestio est ex vendito actionem competere*), come è espresso chiaramente nei rescritti dell'imperatore Antonino e del divo Severo (*ut rescriptis imperatoris Antonini et divi Severi declaratur*).

Ulpiano, in modo ancora più esplicito di Pomponio, collega dunque il possibile dubbio sulla esperibilità della azione di vendita al fatto che la risoluzione dell'*emptio* ne comporta la fine, e dunque, se l'*emptio* è *finita*, non dovrebbe più esserci l'*actio ex vendito*. Ma non è così, dice Ulpiano: benché l'*emptio* sia finita, spetta comunque l'*actio ex vendito*, e la *quaestio* è ormai decisa.

I termini della *quaestio iam decisa* non sono peraltro specificati né da Ulpiano né da Pomponio; da nessuno dei due passi risulta cioè quale fosse l'azione eventualmente suggerita da alcuni giuristi in alternativa a quella contrattuale.

Per lo più si ritiene che questa diversa azione fosse una *actio in factum*¹⁰; che di questa diversa opinione Pomponio come Ulpiano

⁹ Ulp. 32 ad ed. D. 18.3.4 pr.: *Si fundus lege commissoria venierit, hoc est ut, nisi intra certum diem pretium sit exsolutum, inemptus fieret, videamus, quemadmodum venditor agat tam de fundo quam de his, quae ex fundo percepta sint, itemque si deterior fundus effectus sit facto emptoris. et quidem finita est emptio: sed iam decisa quaestio est ex vendito actionem competere, ut rescriptis imperatoris Antonini et divi Severi declaratur.*

¹⁰ Per questa ipotesi si vedano L. LANDUCCI, *Azioni per far valere il 'pactum displicentiae' e la 'lex commissoria' nella compra e vendita*, in *Atti Istituto Veneto di Scienze, Lettere ed Arti*, 75, II, 1915-1916, 137 ss.; F. WIEACKER, *Lex commissoria. Erfüllungszwang und Widerruf im römischen Kaufrecht*, Berlin, 1932, 69 ss.; G.G. ARCHI, *Il trasferimento della proprietà nella compravendita romana*, Padova, 1934, 133; M. SARGENTI, *Appunti sull'esperibilità dell'azione contrattuale nella compravendita*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, II, Napoli, 1953, 235; F. PETERS, *Die*

avrebbero dato conto; e che tale diversa opinione sarebbe stata tagliata dai Commissari giustiniani in entrambi i passi¹¹.

Spesso poi si ritiene che la controversia relativa al mezzo processuale diretto a ottenere le restituzioni sarebbe stata una controversia di scuola, nel senso che i Sabiniani avrebbero suggerito l'azione contrattuale, mentre i Proculeriani avrebbero suggerito l'*actio in factum*¹².

Va peraltro subito detto che, al di là dei due passi appena ricordati, gli indizi di una simile controversia, fosse o no di scuola, sono molto tenui¹³ e che della ipotizzata *actio in factum* suggerita in alternativa all'azione contrattuale resta traccia in un solo testo, D.

Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufrechts, Köln-Wien, 1973, 263 ss. Sul punto v. anche V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, II, rist. inalterata della prima edizione, Napoli, 1980, 420 s.

¹¹ Cfr. F. WIEACKER, *Lex commissoria*, cit., 69 ss., spec. 71 e 74; G.G. ARCHI, *Il trasferimento*, cit., 133; M. SARGENTI, *Appunti*, cit., 235; P. STEIN, *Fault in the Formation of Contract in Roman Law and Scots Law*, Edinburgh-London, 1958, 80, con riguardo a D. 18.1.6.1. Sul punto v. anche E. LEVY, *Zu den Rücktrittsvorbehalten des römischen Kaufs*, in *Symbolae Friburgenses in honorem Ottonis Lenel*, Leipzig, 1935, 127 ss.

¹² Cfr. L. LANDUCCI, *Azioni*, cit., 137 ss.; E. LEVY, *Zu den Rücktrittsvorbehalten*, 127 ss., spec. 129; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², München, 1971, 561 s. Più di recente v. anche V. CARRO, *Considerazioni sulle azioni per far valere le clausole accessorie nella compravendita*, in *Homenaje al profesor Armando Torrent*, Madrid, 2016, 104 ss. In senso contrario v. H. STOLL, *Übersicht über die italienische Rechtsliteratur 1915-1922*, in *ZSS*, 47, 1927, 523; F. WIEACKER, *Lex commissoria*, cit., 69 ss., spec. 71; U. WESEL, *Zur dinglichen Wirkung der Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufs*, in *ZSS*, 85, 1968, 166 ss., spec. 168, e F. PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte*, cit., 264 ss., spec. 266.

¹³ È qui sufficiente fare rinvio alle considerazioni che si leggono negli autori citati nella precedente nt. 12 quali esponenti della tesi contraria alla esistenza di un contrasto di scuola o più in generale di un contrasto giurisprudenziale.

18.5.6, del quale però, come si dirà più avanti, è possibile offrire una diversa spiegazione¹⁴.

Ora, proprio l'assenza di chiari indizi di un *ius controversum* relativo al rimedio processuale utilizzabile per far valere gli obblighi restitutori nascenti dalla risoluzione del contratto, mi aveva spinto alcuni anni fa a ipotizzare che Pomponio e Ulpiano possano aver sentito l'esigenza di giustificare una soluzione tecnica – quale è quella di concedere l'azione contrattuale quando la *res* è *inempta* e la vendita è *finita* – anche a prescindere da una effettiva controversia giurisprudenziale¹⁵.

2. *Talamanca e la tesi della controversia di scuola*

Con un ponderoso articolo pubblicato negli Atti del Seminario ARISTEC per Bertold Kupisch, Mario Talamanca ha riproposto la tesi di un contrasto di scuola¹⁶, sostenendo che la controversia giurisprudenziale sul rimedio restitutorio risalirebbe all'inizio dell'età classica, e più in particolare che Sabino avrebbe

¹⁴ Non è invece rilevante, a sostegno dell'idea di una controversia giurisprudenziale, Pap. 3 *resp.* V.F. 14, passo che desta notevoli difficoltà interpretative. In esso il giurista accorda l'azione di vendita per la restituzione dei frutti quando *lege venditionis* un fondo è divenuto *inemptus*, e poi fa riferimento a una *actio in factum* edilizia che sembra non avere nulla a che fare con la ipotizzata controversia classica sul tipo di azione esperibile per far valere le pretese restitutorie che si fondano sui patti di risoluzione qui in esame. Per la analisi di questo passo mi limito quindi a rinviare alle considerazioni già svolte in *Vendita*, cit., 342 s., nt. 13, e 344, nt. 17.

¹⁵ P. ZILLOTTO, *Vendita*, cit., 340 ss., part. 363.

¹⁶ 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. Seminario ARISTEC per B. Kupisch. Roma 20-22 giugno 2002*, Torino, 2006, 25 ss.

suggerito l'azione contrattuale in risposta all'*agere praescriptis verbis* labeoniano; la controversia, dice poi Talamanca, sarebbe stata ancora viva al tempo di Pomponio (il quale, dunque, con il *placet* di D. 18.1.6.1 farebbe riferimento alla sola tesi dei Sabiniani), e a rimuovere le incertezze, ancora testimoniate a cavaliere tra il II e il III sec. d.C.¹⁷, sarebbero intervenuti i rescritti imperiali menzionati da Ulpiano in D. 18.3.4 pr.¹⁸.

Lo stesso Talamanca peraltro riconosce come non ci sia una sola fonte dalla quale risulti una simile applicazione dell'*agere praescriptis verbis* labeoniano da parte dei giuristi di scuola proculeiana, e tuttavia ritiene che gli indizi in tal senso siano talmente concordi da consentire questa conclusione¹⁹.

Il principale indizio sarebbe contenuto in un passo di Paolo in tema di *pactum displicentiae*:

Paul. 2 *ad ed.* D. 18.5.6: *Si convenit, ut res quae venit, si intra certum tempus displicuisset, redderetur, ex empto actio est, ut Sabinus putat, aut proxima empti in factum datur.*

Il passo, dice Talamanca, testimonia senza ombra di dubbio il fatto che, in caso di mancato gradimento della cosa da parte del compratore, Sabino ammetteva l'esperibilità dell'azione contrattuale di compera (*actio ex empto*)²⁰ per la restituzione del

¹⁷ Secondo M. TALAMANCA, *La risoluzione*, cit., 35 ss., spec. 40, Pap. 3 *resp.* V.F. 14 (citato sopra, nella nt. 14), fornisce una «attestazione indiretta e marginale sulla persistenza del dibattito sulla “Rückabwicklungsklage” nei “Rücktrittsvorbehalte”».

¹⁸ Di questi non farebbe parte il rescritto citato in Ulp. 32 *ad ed.* D. 18.2.16: M. TALAMANCA, *La risoluzione*, cit., 40 ss.

¹⁹ M. TALAMANCA, *La risoluzione*, cit., 58 ss.

²⁰ M. TALAMANCA, *La risoluzione*, cit., 26.

prezzo²¹, mentre un sicuro accorciamento del passo non consente di individuare quali giuristi avrebbero suggerito la *proxima empti in factum actio*²². Ciò nondimeno, osserva Talamanca, il modo di esprimersi di Paolo lascia intendere che si tratta di una azione decretale (*in factum*) modellata su di una azione civile (*proxima empti*), vale a dire per l'appunto dell'*agere praescriptis verbis* labeoniano²³.

Del resto, che i proculeiani suggerissero un rimedio decretale per le restituzioni conseguenti alla risoluzione, sarebbe testimoniato da un passo di Nerazio nel quale viene citato Aristone, giurista indipendente, dice Talamanca, ma più vicino alla scuola proculeiana²⁴.

Nerat. 5 membr. D. 18.3.5: *Lege fundo vendito dicta, ut, si intra certum tempus pretium solutum non sit, res inempta sit, de fructibus, quos interim emptor percepisset, hoc agi intellegendum est, ut emptor interim eos sibi suo quoque iure perciperet: sed si fundus revenisset, Aristo existimabat venditori de his iudicium in emptorem dandum esse, quia nihil penes eum residere oporteret ex re, in qua fidem fefellisset.*

Il passo tratta della *lex commissoria* e, a proposito dei frutti che il compratore deve restituire dopo la risoluzione, Aristone dice infatti che *de his iudicium dandum esse*, alludendo così chiaramente – dice Talamanca – ad una azione decretale²⁵.

Questa, in estrema sintesi, la tesi di Talamanca.

²¹ M. TALAMANCA, *La risoluzione*, cit., 32 e nt. 94.

²² M. TALAMANCA, *La risoluzione*, cit., 27. V. però U. BABUSIAUX, *Id quod actum est'. Zur Ermittlung des Parteiwillens im klassischen römischen Zivilprozeß*, München, 2006, 179 s., secondo il quale la *proxima empti in factum actio* è suggerita da Paolo.

²³ M. TALAMANCA, *La risoluzione*, cit., 60.

²⁴ M. TALAMANCA, *La risoluzione*, cit., 54 ss.

²⁵ M. TALAMANCA, *La risoluzione*, cit., 56 ss. In questo senso v. già F. WIEACKER, *Lex commissoria*, cit., 71.

3. *Dubbi sulla controversia di scuola. Una diversa lettura della 'proxima empti in factum actio' di D. 18.5.6 e del 'iudicium in emptorem dandum' di D. 18.3.5.*

La tesi di Talamanca, che naturalmente è ben più complessa e articolata, poggia essenzialmente su questi due passi, che sono quelli sempre citati da quanti ritengono che l'azione restitutoria sarebbe stata oggetto di una disputa giurisprudenziale.

Ma, come accennavo poco fa, gli indizi sono molto tenui, soprattutto perché l'unico testo nel quale è espressamente menzionata una azione pretoria in alternativa a quella contrattuale, cioè la *proxima empti in factum actio*²⁶ in alternativa all'*actio empti*, è D. 18.5.6, che potrebbe spiegarsi diversamente.

Si può infatti notare che il *pactum displicentiae* preso in considerazione in questo passo non è formulato secondo il suo tenore tipico. Il patto, cioè, non è che – in caso di mancato gradimento – la cosa diventi *inempta*²⁷; il patto è invece che – in caso di mancato gradimento – la cosa venga restituita²⁸.

E siccome, benché Paolo non lo dica, le due azioni – *actio empti* suggerita da Sabino e *proxima empti in factum actio* – mirano alla restituzione del prezzo dopo che la cosa è risultata al compratore

²⁶ Sul possibile contenuto della formula di questa azione, v. G. ROMANO, *Le fattispecie contrattuali atipiche: logiche argomentative e modelli processuali*, in *Scritti di comparazione e storia giuridica*, II, Torino, 2013, 387 ss., e ID., *Riconoscimento e tutela delle fattispecie contrattuali atipiche: interferenze tra logiche argomentative e modelli processuali*, in *Diritto@Storia*, 12, 2014, 23 ss., spec. 25 ss.

²⁷ V. i passi citati sopra, nella nt. 3.

²⁸ Lo rilevano anche K. MISERA, *Der Kauf auf Probe im klassischen römischen Recht*, in *Aufstieg und Niedergang der römischen Welt*, II, Berlin-New York, 1982, 564 s., e G. ROMANO, *Riconoscimento*, cit., 76, nt. 232.

non di suo gradimento²⁹, è possibile pensare che la *proxima empti in factum actio* sia stata suggerita per superare l’ostacolo rappresentato dal fatto che il patto aveva previsto solo la restituzione della cosa, e non anche quella del prezzo, ragion per cui Sabino avrebbe comunque accordato l’*actio empti*, mentre altri avrebbero preferito una *proxima empti in factum actio*³⁰.

Più precisamente, la azione pretoria modellata su quella civile di compera potrebbe essere stata suggerita proprio perché le parti non avevano previsto che la cosa divenisse *inempta*, con tutti i conseguenti obblighi restitutori per entrambe le parti, ma avevano previsto solo l’obbligo del compratore di restituire la cosa, sicché, stando al contenuto del contratto, il compratore avrebbe potuto agire *ex empto* solo per chiedere l’adempimento e non per chiedere la non prevista restituzione della prestazione già eseguita.

Se così fosse, a sostegno dell’idea che i Proculeiani avrebbero accordato una azione decretale resterebbe solamente D. 18.3.5, cioè il passo in cui Nerazio ricorda il parere di Aristone per cui al venditore *dandum est iudicium in emptorem* per la restituzione dei frutti³¹.

²⁹ V. sopra, nt. 21. Sul punto v. anche G. ROMANO, *Riconoscimento*, cit., 26.

³⁰ V. però V. CARRO, *Considerazioni*, cit., 110 s., secondo la quale le parole *aut proxima empti in factum datur* sono certamente frutto di una interpolazione.

³¹ Per l’idea che Aristone avrebbe suggerito una *actio in factum*, v. F. WIEACKER, *Lex commissoria*, cit., 26, 71 ss., il quale però pensa che questa soluzione dipenda dal fatto che Aristone, con Sabino (cfr. D. 41.4.2.3), considerava la vendita con *lex commissoria* come una vendita sospensivamente condizionata, configurazione questa che avrebbe reso assai difficile ammettere il ricorso alla azione contrattuale una volta avveratasi la condizione; Nerazio, invece, avrebbe negato un obbligo di restituzione dei frutti (come si riceverebbe, secondo Wieacker, da Ulp. 32 *ad ed.* D. 18.3.4.1: *Sed quod ait Neratius habet rationem, ut interdum fructus emptor lucretur, cum pretium quod numeravit perdidit: [igitur sententia Neratii tunc habet locum, quae est humana, quando emptor aliquam partem pretii dedit.]*), e la diversa opinione di Nerazio, rivelata dal *sed*, sarebbe stata eliminata dai

Ma questo è davvero un indizio troppo labile, perché le fonti testimoniano un uso promiscuo dei verbi *competere* e *dare*³², e se il

Commissari giustiniane, così come le parole *in factum* dopo *iudicium*. Secondo G.G. ARCHI, *La restituzione dei frutti nelle vendite con 'in diem addictio' e con 'lex commissoria'*, in *Studi in memoria di U. Ratti*, Milano, 1934, 350 s. (ora in *Scritti di diritto romano*, I, Milano, 1981, 663 ss., con l'avvertenza che ogni successiva citazione è riferita all'edizione originaria), il *sed* si spiega invece perché Nerazio, dopo aver esposto il regime dei frutti nel tempo intermedio, si preoccupa di chiarirne la sorte per il caso di risoluzione della vendita. Archi ritiene pertanto che la controversia fra i due giuristi, se c'è stata (cosa che potrebbe essere suggerita dall'imperfetto *existimant*, allusivo ad una opinione ormai superata), può aver riguardato solo il mezzo processuale per ottenere la restituzione dei frutti, mezzo processuale che era forse per Aristone una azione *in factum*, e per Nerazio un *iudicium venditi*. E. LEVY, *Zu den Rücktrittsvorbehalten*, cit., 111 s., pur ritenendo possibile che la controversia suggerita dal verbo *existimabat* possa aver riguardato il tipo di azione, che per Aristone sembrerebbe essere un *iudicium in factum* (E. LEVY, *Zu den Rücktrittsvorbehalten*, cit., 131), ritiene probabile che la ragione del contrasto si possa ricavare dalla lettura di Ulp. 32 *ad ed.* D. 18.3.4.1, dal quale risulterebbe che Nerazio aveva posto una limitazione alla rigida regola enunciata da Aristone con le parole *nihil penes eum residere oportet*. Secondo R. ASTOLFI, *I 'libri tres iuris civilis' di Sabino*², Padova, 2001, 232, nt. 170, invece, Aristone forse accordava come Sabino (D. 18.1.6.1) una *actio ex vendito*.

³² Sul punto v. il fondamentale studio di P. KRÜGER, *Ueber 'dare actionem' und 'actionem competere' in der justinianischen Compilation*, in *ZSS*, 16, 1895, 1 ss. Rilevato che la corretta terminologia classica è *competere* per le azioni civili e *dare* per le azioni pretorie, ma che i giuristi del principato usano ormai il verbo *competere* anche in riferimento alle azioni pretorie edittali, lo studioso ritiene che essi si esprimano unicamente in termini di *dare*, *dandam esse actionem* solo nei casi in cui gli strumenti processuali esistenti non consentono la tutela di un caso concreto per il quale però ragioni di equità suggeriscano la concessione di una *actio* (*utilis* o *in factum*). Inoltre, aggiunge Krüger, «Um nicht irrefgeführt zu werden, beachte man noch, dass bei Aufwerfung der Frage, ob im Einzelfall eine an sich zuständige Klage zugelassen werden soll, wem und gegen wen sie zu gewähren sei, und in welcher Höhe, überhaupt da, wo die vorbereitende Thätigkeit des Magistrats in den Vordergrund tritt, selbst von actiones civiles gesagt wird: *actio*

datur, so häufig bei der Frage nach der Vererbung und der Verjährung». Di fronte a questa oscillazione terminologica, lo studioso si chiede quindi se sia possibile trovare un sicuro motivo per l'ipotesi di interpolazione e ritiene di poter rispondere affermativamente rispetto ai passi nei quali il verbo *competere* appare riferito a quelle azioni che di per sé non spetterebbero ma che ragioni di equità suggeriscono di estendere al caso concreto. La tesi di Krüger è accolta da A. METRO, *La 'denegatio actionis'*, Milano, 1972, 85 ss., il quale però ritiene che l'estensione del *competere* alle azioni decretali vada attribuita a rimaneggiamenti postclassici piuttosto che giustinianeî. L'autore inoltre, ricordato come la tesi di Krüger venne accolta con grande favore e venne anzi ulteriormente ampliata nel senso di sospettare l'uso di *competere* con riferimento ai rimedi pretori in generale, giustamente osserva come la dottrina successiva, cessata la frenesia interpolazionistica, la abbia duramente criticata senza però curarsi di distinguere la posizione più moderata di Krüger da quella più radicale degli studiosi che ad essa si sono ispirati (il riferimento è a L. VINCI, '*Actionem dare*' e '*actionem competere*' nei testi giuridici romani, in *Annali Catania*, II, 1947-48, 365 ss., e M. KASER, *Das römische Zivilprozessrecht*, München, 1966, 251, nt. 15). Contro la tesi di Krüger v. anche M. KASER, '*Ius honorarium*' und '*ius civile*', in *ZSS*, 101, 1984, 80 s. e nt. 376 (seguito da P. GRÖSCHLER, '*Actiones in factum*'. Eine Untersuchung zur Klage-Neuschöpfung im nichtvertraglichen Bereich, Berlin, 2002, 56 ss.), il quale rileva come non ci sia alcun valido motivo che consenta di capire «weshalb die Nachklassiker sich der ebenso mühseligen wie unfruchtbaren Aufgabe unterzogen haben sollten, die wenig auffällige und vor allem zu ihrer Zeit gegenstandslos gewordene terminologische Unterscheidung planmäßig aus den klassischen Quellen zu beseitigen». Secondo Kaser, quindi, la contrapposizione tra *dare* riferito ad azioni onorarie e *competere* riferito ad azioni civili, rispettata dai giuristi più risalenti, scompare già in età classica: i giuristi tardo classici, infatti, usano *competere* anche per le azioni onorarie che si basano esclusivamente sul potere del magistrato che le concede. Del resto, aggiunge Kaser, «wird der Gegensatz dadurch abgeschwächt, daß auch die zivile Klage im konkreten Prozeßfall nach Vorprüfung der privat- und prozeßrechtlichen Voraussetzungen, gleich ob eine *causae cognitio* im Edikt vorgesehen ist oder nicht, vom Magistrat 'gewährt, zugelassen', im Gegenfall aber denegiert wird; ein Gegensatz, der häufig mit *iudicium (actionem) dari* und *non dari* ausgedrückt wird». Sulla possibilità che il verbo *dare* possa essere utilizzato dai classici pure in riferimento a una azione civile, e sulla intercambiabilità dei verbi *dare* e *competere*, v. anche rispettivamente R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*,

verbo *competere* si trova in numerosissimi passi riferito ad azioni pretorie³³, non mancano certo i testi nei quali il verbo *dare* allude ad azioni civili³⁴. In questa situazione non è allora necessario

in *AUPA*, 37, 1983, 103 e G. IMPALLOMENI, *In tema di gioco*, in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, V, Napoli, 1984, ora in *Scritti di diritto romano e tradizione romanistica*, Padova, 1996, 505 s., nt. 29. Più di recente riafferma l'idea che *competere* sia in generale utilizzato dai classici in riferimento alle azioni civili M. VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote*, I, *La formula dell' 'acrio rei uxoriae'*, Torino, 2006, 226 ss.

³³ Per un primo controllo, v. gli esempi citati da P. KRÜGER, *Ueber 'dare actionem'*, cit., 2, nt. 2, e 3, nt. 1, A. METRO, *La 'denegatio'*, cit., 85 s., nt. 39, e P. GRÖSCHLER, *'Actiones'*, cit., 57, ntt. 68, 69, 71 (con riferimento a azioni edittali) e 74 (con riferimento a azioni decretali).

³⁴ V., solo ad esempio, Ulp. 32 *ad ed. D. 19.2.15 pr. (Ex conducto actio conductorum datur)* che, sulla base dell'*Index itp.*, risulta libero da ogni sospetto di interpolazione; Ulp. 18 *ad ed. D. 9.1.1.12 (Et cum etiam in quadrupedibus noxa caput sequitur, adversus dominum haec actio datur, non cuius fuerit quadrupes, cum noceret, sed cuius nunc est)*, Ulp. 9 *ad Sab. D. 30.28 pr. (Si creditori meo, tutus adversus eum exceptione, id quod ei debeo legem, utile legatum est, quia remissa exceptio videtur, sicut Aristo ait id quod honoraria actione mihi debetur si legetur mihi, legatum valere, quia civilis mihi datur actio pro honoraria)*, e Paul. 9 *ad Sab. D. 47.7.1 (Si furtim arbores caesae sint, et ex lege Aquilia et ex duodecim tabularum dandam actionem Labeo ait: sed Trebatius ita utramque dandam, ut index in posteriore deducat id quod ex prima consecutus sit et reliquo condemnet)*, riguardo ai quali i sospetti segnalati nell'*Index itp.* non toccano le parti che qui rilevano; e così pure Ulp. 29 *ad Sab. D. 47.2.12.2 (Sed et si res pignori data sit, creditori quoque damus furti actionem, quamvis in bonis eius res non sit: quin immo non solum adversus extraneum dabimus, verum et contra ipsum quoque dominum furti actionem, et ita Iulianus scripsit. ...)*, rispetto al quale solo G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, III, Tübingen, 1913, 191, avanza una più radicale ipotesi di itp.: sulla base di rilievi formali egli ritiene infatti di poter salvare solo *et ita Iulianus scripsit* (per la genuinità del passo v. comunque W. BUCKLAND, *L'intérêt dans l'actio furti en droit classique*, in *NHR*, 41, 1917, 39 ss.). Si veda poi Paul. 22 *ad ed. D. 9.2.30.1 (Pignori datus servus si occisus sit, debitori actio competit. sed an et creditori danda sit utilis ... quaeritur. ... ab initio in id, quod amplius sit quam in debito, debitori dandam actionem: ...)*, il quale però è da sempre ritenuto

interpolato per ragioni sostanziali che travolgono anche la parte in cui compare l'espressione che qui interessa (v. *Index itp.*). Va peraltro rilevato come non siano mancati autori che si sono pronunciati a favore della integrale genuinità del passo (v., oltre a quelli citati nell'*Index itp.*, C.A. CANNATA, *In tema di 'aestimatio rei' nell'azione aquiliana*, in *SDHI*, 58, 1992, 397 s.), e come d'altro canto anche gli autori che lo hanno stimato non genuino non abbiano considerato quale ulteriore indice di interpolazione l'espressione *dandam actionem* riferita all'*actio legis Aquiliae* spettante al debitore pignorante/proprietario dello schiavo ucciso. Analoghe considerazioni possono ripetersi per Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D. 21.1.4 pr. (*ob quae vitia [Vivianus] negat redhibitionem esse, ex empto dat actionem*), nel quale il riconoscimento dell'*actio ex empto* per quei *vitia animi* dello schiavo venduto che non giustificano la redibitoria è stato da alcuni ritenuto interpolato per motivi sostanziali (v., oltre agli autori citati nell'*Index itp.*, R. MONIER, *La garantie contre les vices cachés dans la vente romaine*, Paris, 1930, 122 ss.), motivi considerati però irrilevanti da altri (per la genuinità v. ad esempio G. IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, Padova, 1955, 256, nt. 48; N. DONADIO, *La tutela del compratore tra 'actiones aediliciae' e 'actio empti'*, Milano, 2004, 124, nt. 84); anche riguardo a questo passo può notarsi che il *dare* riferito all'azione civile non è stato segnalato come indizio formale della pretesa interpolazione sostanziale. E lo stesso vale per Ulp. 10 *ad ed.* D. 3.6.5.1 (*Sed etiam praeter hanc actionem [i.e. in quadruplum contro il calumniator] conditio competit, si sola turpitudine accipientis versetur: nam si et dantis, melior causa erit possidentis, quare si fuerit conductum, utrum tollitur haec actio, an vero in triplum danda sit? an exemplo furis et in quadruplum actionem damus et conditionem? sed puto sufficere alterutram actionem. ubi autem conditio competit, ibi non est necesse post annum dare in factum actionem*), alle volte ritenuto interpolato anche nella parte in cui compaiono le parole *damus et conditionem* (v. *Index itp.*), senza però che queste vengano considerate indicative della ipotizzata alterazione del testo (per una interpolazione limitata alle sole parole *an vero – danda sit*, v. comunque G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, I, Tübingen, 1910, 71; E. LEVY, *Privatstrafe und Schadensersatz im klassischen römischen Recht*, Berlin, 1915, 142, nt.1; ID., *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, Berlin, 1922, 151 ss.; P. GRÖSCHLER, 'Actiones', cit., 65). E ancora, il *dare* riferito ad una azione civile si trova in Paul. 6 *ad Sab.* D. 10.2.44.8 (*Si duo coheredes damnati sint statuam ponere et altero cessante alter eam fecerit, non esse iniquum Iulianus ait familiae erciscundae iudicium dare, ut pars impendiorum boni viri arbitrato praestetur*) nel quale S. RICCOBONO, *Dalla 'Communio' del diritto quiritario alla*

attribuire alle parole *iudicium dandum* il significato della concessione di una azione decretale. È infatti possibile ipotizzare che, all'interno di un discorso dedicato al problema della sorte dei frutti in una vendita con *lex commissoria*, la menzione dell'opinione di Aristone con l'indicazione del giudizio da concedere vada letta nella prospettiva di un dubbio non già processuale, bensì sostanziale, vale a dire nella prospettiva di una passata incertezza circa la spettanza dei frutti, incertezza che Aristone avrebbe superato

comproprietà moderna, in *Essays in Legal History Read Before the International Congress of Historical Studies Held in London in 1913*, London-Edinburgh-Glasgow, 1913, 92 s., vide una immediata applicazione della riforma giustiniana diretta a rendere giuridicamente coercibili, per lo meno quando vi fossero più eredi, le disposizioni testamentarie che avevano il solo scopo di onorare la memoria del defunto, rilevando come l'alterazione del testo sia resa manifesta fra l'altro dalla espressione *iudicium dare* «che mette in evidenza la nuova funzione dei *iud. divisoria*»; per la genuinità del testo v. però, P. VOCI, *Diritto ereditario romano*², I, Milano, 1967, 748, nt. 93. Si veda poi Ulp. 17 *ad ed. D.* 8.5.8 pr. (*Sicut autem refectio parietis ad vicinum pertinet, ita futura aedificiorum vicini cui servitus debetur, quamdiu paries reficitur, ad inferiorem vicinum non debet pertinere: nam si non vult superior fulcire, deponat, et restituet, cum paries fuerit restitutus. et hic quoque sicut in ceteris servitutibus actio contraria dabitur, hoc est ius tibi non esse me cogere*), passo variamente ritenuto interpolato (v. *Index itp.*), al cui riguardo si possono però ricordare le parole di G. SEGRÉ, *La denominazione di 'actio confessoria' in particolare per la rivendicazione dell'usufrutto e delle servitù*, in *Mélanges P. F. Girard. Etudes de droit romain dédiées à P. F. Girard*, II, Paris, 1912, 523, nt. 2, il quale, nel segnalare che la frase finale *'hoc est - cogere'* potrebbe essere un glossema o una interpolazione, con riguardo alla frase precedente notava invece che «per un'azione civile non fa serie difficoltà *'dabitur'*, anziché *'competit'* o *'datur'*» (cfr. anche O. LENEL, *Textkritische Miscellen*, in *ZSS*, 39, 1918, 169). Come ultimo di questo elenco solo esemplificativo di passi nei quali il verbo *dare* è riferito ad una azione civile, ricordo Gai. 3 *ad ed. prov. D.* 17.1.41 (*Potest et ab una dumtaxat parte mandati iudicium dari: nam si is qui mandatum suscepit egressus fuerit mandatum, ipsi quidem mandati iudicium non competit, at ei qui mandaverit adversus eum competit*), nel quale però, secondo O. LENEL, *Das 'Edictum'*, cit., 296, nt. 4, è improbabile che la frase iniziale *Potest et – iudicium dari* sia stata scritta così da Gaio.

ritenendo che anche la restituzione dei frutti rientrasse fra gli obblighi restitutori gravanti sull'*emptor*³⁵, ragion per cui al venditore si sarebbe dovuto accordare contro l'*emptor* il *iudicium*, cioè il *iudicium venditi*, perché *nihil penes eum* [scil. *emptorem*] *residere oporteret ex re in qua fidem fefellisset*³⁶.

A ciò si aggiunga che, per sostenere la sua tesi, Talamanca³⁷ è costretto a ipotizzare il taglio D. 18.2.14.1³⁸ nel quale Paolo, in un caso di vendita con *in diem addictio*, riportando con ogni probabilità il parere di Sabino (*inquit*), dice che al venditore compete l'*actio ex vendito*, e che questa soluzione *placet* anche a Labeone e Nerva³⁹: se ciò fosse vero, se cioè Labeone avesse concordato con Sabino sulla utilizzabilità dell'azione contrattuale, dice Talamanca, «non si vede quando, come e da parte di chi sarebbe sorta quella controversia che, almeno secondo Ulpiano (D. 18.3.4 pr.), venne

³⁵ Cfr. M. TALAMANCA, *La risoluzione*, cit., 55 s., nt. 162, il quale ritiene che il passo costituisca «un indizio di qualche rilievo per mostrare come, in un primo momento, nella *lex commissoria* configurata come condizione risolutiva, l'attribuzione dei frutti al compratore *iure dominii* potesse essere interpretata come definitiva e non come soltanto temporanea: ... All'apparenza è Aristone a fissare, senza esitazione, il principio della retroattività – sul piano obbligatorio – della risoluzione (con il conseguente obbligo del compratore stesso di restituire i frutti)».

³⁶ Che il *iudicium* qui menzionato sia il *iudicium venditi* è opinione anche di U. BABUSIAUX, *Id quod actum est*, cit., 179, il quale fra l'altro rileva che il compratore è indicato come convenuto (*in emptorem*).

³⁷ M. TALAMANCA, *La risoluzione*, cit., 46 ss.

³⁸ Paul. 5 *ad Sab.* D. 18.2.14.1: *Sed si emptor alium non idoneum subiecit eique fundus addictus est, non video, inquit, quemadmodum priori sit emptus, cum alia venditio et vera postea subsequuta sit. sed verum est venditorem deceptum ex vendito actionem habere cum priore emptore, quanti sua intersit id non esse factum, per quam actionem et fructus, quos prior emptor perreperit et quo deterior res culpa vel dolo malo eius facta sit, recipiet venditor. et ita Labeoni et Nervae placet.*

³⁹ Per la genuinità del passo, v. PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte*, cit., 265 s.

definitivamente accantonata dai *rescripta* di Settimio Severo e di Caracalla, mentre per Paolo sarebbe ancora irrisolta⁴⁰.

4. *Le spiegazioni di Pomponio e Ulpiano, e i rescritti imperiali*

Una risposta all'interrogativo posto da Talamanca può forse trovarsi proprio nella assenza di sicure tracce di una controversia giurisprudenziale.

Se Pomponio e Ulpiano spiegano che al venditore compete l'*actio ex vendito* benché la cosa sia *inempta* o l'*emptio* sia *finita*, senza fare alcun riferimento a un'ipotetica diversa azione, ciò dipende forse dal fatto che i due giuristi stavano rispondendo non a chi riteneva che il venditore avesse una azione diversa, ma a chi sosteneva che il venditore non avesse alcuna azione.

La spiegazione di Pomponio e la secca replica di Ulpiano, potrebbero cioè essere state provocate da ripetuti tentativi

⁴⁰ M. TALAMANCA, *La risoluzione*, cit., 49 s. Va notato che il caso trattato in questo passo sembra collocarsi ai margini della tematica in questione: il problema, infatti, riguarda un comportamento doloso tenuto dal primo compratore prima della migliore offerta da parte del secondo compratore (il compratore aveva infatti raggirato il venditore, facendo presentare una migliore offerta da un compratore *non idoneus*, con la conseguenza che il venditore, avvalso della clausola di risoluzione in suo favore, aveva concluso una seconda e valida compravendita), e dunque l'*actio ex vendito* suggerita da Sabino, con il consenso di Labeone e Nerva, mira a far valere la responsabilità del compratore per fatti verificatisi prima che la *res* divenisse *inempta*. Senonché, osserva Talamanca (*La risoluzione*, cit. 47 s.), posto che l'inganno del primo compratore aveva portato alla risoluzione del contratto, si poneva – come in tutti gli altri casi – il problema se, non essendo più efficace il contratto, il venditore potesse ancora agire con l'*actio ex vendito* per ottenere la soddisfazione delle proprie pretese. Contro questa ipotesi interpretativa di Paul. 5 *ad Sab. D.* 18.2.14.1, v. i rilievi di, G. ROMANO, *Riconoscimento*, cit., 72, nt. 209.

‘avvocateschi’ di respingere le pretese restitutorie del venditore facendo leva sul significato letterale della clausola utilizzata dai contraenti.

E che i discorsi dei due giuristi possano essere indirizzati a respingere capziose argomentazioni difensive, che la questione nascesse cioè dalla prassi giudiziale più che da una controversia giurisprudenziale, potrebbe essere confermato dal fatto che essa, come dice Ulpiano, fu risolta una volta per tutte dagli imperatori in sede rescrittiva⁴¹.

A ciò si aggiunga una ulteriore considerazione.

Lex commissoria, *in diem addictio* e *pactum displicentiae* sono clausole risolutive tipizzate, e lo dice pure Talamanca, il quale anzi evidenzia come – sotto il profilo sostanziale – non vi siano differenze di disciplina fra queste tre clausole tipiche⁴².

Ma allora, se queste clausole si erano talmente diffuse nella prassi negoziale da essere tipizzate, c’è da chiedersi come sia possibile che metà dei giuristi ne affidasse la tutela a un rimedio la cui concessione era rimessa alla discrezionalità del pretore⁴³. Detto

⁴¹ Si veda, comunque, la diversa ipotesi di E. LEVY, *Zu den Rücktrittsvorbehalten*, cit., 133, secondo il quale «Die dabei gestreiften Reskripte (Mehrzahl!) brauchen die *actio ex vendito* durchaus nicht zwecks Entscheidung einer Streitfrage erwähnt zu haben: sie mochten ihrer bei Gelegenheit des konkreten Falles oder im Zusammenhang mit dem griechischen Arrhalgeschäft oder sonst im Gegensatz zur Vindikation gedenken ... Ulpian selbst ist jedenfalls mit Julian gegangen (D. 18.2.4.4 = D. 43.24.11.10; ; D. 19.1.11.6; 18.3.4.3)».

⁴² Notando anche che tale uniformità era garantita dal fatto che l’*agere praescriptis verbis* aveva la stessa *intentio* di buona fede delle azioni contrattuali di compera e di vendita (M. TALAMANCA, *La risoluzione*, cit., 25 e 93).

⁴³ Vale la pena ricordare, a questo proposito, le considerazioni che lo stesso Talamanca (*La risoluzione*, cit., 66 e nt. 188) fa relativamente alle soluzioni di Labeone e Sabino. Dopo la discussione dei passi sulla base dei quali ritiene che si debba probabilmente attribuire a Labeone «il merito di aver trovato, nell’ambito dell’impiego di quell’*agere praescriptis verbis* la cui paternità gli va

a rovescio, c'è da chiedersi se si sarebbero potute tipizzare delle clausole per le quali non si sapeva se vi sarebbe stata tutela processuale.

ABSTRACT

The paper deals with the typical rescinding clauses of sale contracts (*lex commissoria*, *in diem addictio* and *pactum displicentiae*), and with the pertinent restitutory actions.

senz'altro attribuita, il modo di proteggere le parti negli sviluppi conseguenti all'esercizio del recesso fondato su un "Rücktrittsvorbehalt" configurato come condizione risolutiva», Talamanca osserva come non sia «escluso che, in casi del genere, fosse precedentemente intervenuto il pretore mediante la concessione di azioni decretali configurate in modo diverso, ad es. come *formulae in factum conceptae*, consigliato o meno in ciò dai *prudentes*. Qui, come del resto anche in altri casi in cui ricorre all'*agere praescriptis verbis*, Labeone potrebbe aver dato una sistemazione definitiva alla tutela di determinate fattispecie in una maniera più soddisfacente, in quanto l'*intentio* dell'azione decretale era modellata sull'*oportere ex fide bona* di un'azione edittale, partecipando così di una disciplina già fissata dalla giurisprudenza e sottraendosi, forse, a quella maggiore discrezionalità che reggeva la concessione di azioni decretali con formula *in factum concepta*». Quanto a Sabino, del quale Labeone avrebbe avuto il merito di provocare la reazione nel senso della esperibilità dell'azione contrattuale, Talamanca osserva che egli da un lato non poteva ricorrere all'*actio praescriptis verbis* caratteristica dell'altra scuola, e dall'altro non poteva «lasciare, nell'ambito delle dottrine seguite dalla sua scuola, scoperta o affidata alla totale discrezionalità del pretore la tutela delle parti in siffatti contesti» (la spaziatura espansa e le sottolineature nei brani riportati tra caporali sono mie).

In particular, it aims at verifying the existence of a controversy on those remedies between Sabinians and Proculeians jurists.

Lo studio si occupa dei rimedi restitutori relativi ai patti di risoluzione tipici della compravendita, cioè *lex commissoria*, *in diem addictio* e *pactum displicentiae*.

In particolare, lo studio mira a verificare l'esistenza di una controversia relativa a questi rimedi fra i giuristi di scuola sabiniana e quelli di scuola proculeiana.

PAOLA ZILLOTTO
Professore associato di Diritto Romano
Università degli Studi di Udine
E-mail: paola.ziliotto@uniud.it

