



**TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO**

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

Elena Marelli

**Appunti in tema di vendita con *lex  
commissoria***

**Numero X Anno 2017**  
*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. Ceccarelli Morolli, D. Centola, A. Cernigliaro, G. Coppola, T. Dalla Massara, L. De Giovanni, I. Del Bagno, S. Di Salvo, I. Fagnoli, 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 attesa 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.



## APPUNTI IN TEMA DI VENDITA CON *LEX COMMISSORIA*

**SOMMARIO:** 1. *Introduzione* – 2. *La qualificazione della vendita con ‘lex commissoria’* – 3. *Vendita con ‘lex commissoria’ e passaggio della proprietà* – 4. *Il dibattito sull’efficacia reale*

### 1. *Introduzione*

Con l’espressione ‘*lex commissoria*’, come è noto, le fonti e la dottrina romanistica designano un *pactum adiectum* alla compravendita che attribuisce al venditore la facoltà di “rimuovere” gli effetti del contratto qualora l’acquirente non versi il prezzo entro un termine stabilito: *si in diem statutum pecunia soluta non esset, fundus inemptus foret*<sup>1</sup>. La finalità della clausola è quella di consentire al venditore, nel cui interesse esclusivo è pattuita<sup>2</sup>, di

---

<sup>1</sup> Pomp. 9 *ad Sab.* D. 18.1.6.1. Alla *lex commissoria* è dedicato il terzo titolo del diciottesimo libro del Digesto, rubricato appunto ‘*De lege commissoria*’, ed alcune costituzioni raccolte nel Codice, al cinquantaquattresimo titolo del quarto libro (*‘De pactis inter emptorem et venditorem compositis’*). Sul tema si vedano, in particolare, R. LEONHARD, voce ‘*Lex commissoria*’, in *RE*, IV, Stuttgart, 1942, col. 769 e le monografie di F. WIEACKER, ‘*Lex commissoria*’. *Erfüllungszwang und Widerruf im römischen Kaufrecht*, Berlin, 1932 e di E. NICOSIA, ‘*In diem addictio*’ e ‘*lex commissoria*’, Catania, 2013.

<sup>2</sup> La natura di clausola a favore del solo venditore emerge con chiarezza dalle fonti: *Cum venditor fundi in lege ita caverit: «Si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit», ita accipitur inemptus esse fundus, si venditor inemptum eum esse velit, quia*

ottenere unilateralmente la caducazione del contratto a fronte dell'inadempimento della controparte. Pur prescindendo dalla qualificazione giuridica della finzione *'fundus inemptus forel'*, è evidente la notevole utilità pratica<sup>3</sup> del *pactum* nella misura in cui offre al contraente virtuoso una facoltà alternativa alla domanda giudiziale per l'adempimento. Facoltà, quest'ultima, tanto più gradita in quanto non prevista, nell'ordinamento romano, da alcun istituto generale<sup>4</sup>.

---

*id venditoris causa caveretur [...] (Pomp. 35 ad Sab. D. 18.3.2); Nam legem commissoriam, quae in venditionibus adicitur, si volet venditor exercebit, non etiam invitus (Ulp. 30 ad ed. D. 18.3.3).* La rilevanza della scelta del venditore in merito all'opportunità di ricorrere alla *lex commissoria* è il tratto più caratterizzante della disciplina dell'istituto, nonché quello che meglio ne esprime la *ratio*; infatti, è proprio la necessità dell'opzione che, escludendo l'efficacia automatica del patto al verificarsi dell'inadempimento dell'acquirente, ne mette in evidenza la natura di 'Erfüllungszwang'. Se, al contrario, il mancato pagamento del prezzo fosse stato sufficiente a rendere *inempta* la *res*, si sarebbe giunti al paradossale risultato di rimettere all'arbitrio dell'acquirente – sul quale grava *medio tempore* il pericolo del perimento del bene – la permanenza in essere del contratto, con la conseguenza di avvantaggiarlo ogni qual volta le circostanze avessero reso economicamente inefficiente l'adempimento.

<sup>3</sup> Per una lettura della clausola nella prospettiva dell'analisi economica del diritto, si veda il recente contributo di G. DELI, *Die 'lex commissoria' im neuen Licht oder verhaltensökonomische Streifzüge im klassischen römischen Recht*, in *Quaderni lupiensi*, 5, 2015, 139 ss.

<sup>4</sup> Il diritto romano, infatti, non conosce la figura della risoluzione per inadempimento, né la relativa azione volta a rimuovere gli effetti del contratto. v. 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 Berthold Kupisch (Roma 20-22 giugno 2002)*, a cura di L. Vacca, Roma, 2006, 10; l'A. osserva che una simile azione costitutiva era ignota alla tradizione giuridica romana e che i pochi casi riportati dalle fonti, in cui la giurisprudenza concede l'esperimento delle azioni contrattuali in circostanze assimilabili alla risoluzione, riguardano ipotesi che il giurista moderno ricondurrebbe alla risoluzione per impossibilità o per eccessiva

La rimozione degli effetti della compravendita che discende dall'esercizio della *lex commissoria* da parte del venditore non viene qualificata dalla giurisprudenza la quale, avendo principalmente riguardo ai risvolti economici dell'istituto, si limita a descriverne il risultato materiale: non essendo stato soddisfatto l'interesse allo scambio, il bene oggetto della compravendita si ha “per non venduto” (*res inempta sit*)<sup>5</sup>.

La terminologia volutamente atecnica adottata dalle fonti (*inemptus*<sup>6</sup>, *finita*) testimonia il loro sostanziale disinteresse per la

---

onerosità sopravvenuta. v. anche F. WIEACKER, ‘Lex’, cit., 19: «Käufer und Verkäufer können zwar die Gegenleistung nur erzwingen, wenn sie die eigene Leistung anbieten; aber den gesetzlichen Rückanspruch des Verkäufers auf die eigene Leistung, den das entwickelte Synallagma des heutigen Rechtes bei Nichterfüllung des anderen Teils gibt, muß in römischen Kauf erst die Verwirkungsklausel schaffen».

<sup>5</sup> Pomp. 35 *ad Sab.* D. 18.3.2: *Cum venditor fundi in lege ita caverit: «Si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit», ita accipitur inemptus esse fundus, si venditor inemptum eum esse velit [...]*; Ulp. 32 *ad ed.* D. 18.3.4pr.: *Si fundus lege commissoria venierit, hoc est ut, nisi intra certum diem pretium sit exsolutum, inemptus fieret, videamus [...] et quidem finita est emptio*; Ner. 5 *membr.* D. 18.3.5: *Lege fundo vendito dicta, ut, si intra certum tempus pretium solutum non sit, res inempta sit [...]*; Scaev. 2 *resp.* D. 18.3.6pr.: *De lege commissoria interrogatus ita respondit, si per emptorem factum sit, quominus legi pareretur, et ea lege uti venditor velit, fundos inemptos fore [...]*.

<sup>6</sup> «Le parole ‘res inepta’ esprimono in modo immediato l’idea di una fine, di una cancellazione, di un’estinzione» (P. ZILLOTTO, *Vendita con ‘lex commissoria’ o ‘in diem addictio’: la portata dell’espressione ‘res inempta’*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese (Padova-Venezia-Treviso, 14-16 giugno 2001)*, a cura di L. Garofalo, IV, Padova, 2003, 475). La derivazione dell’espressione ‘res inempta’ dalla prassi contrattuale è sottolineata da U. WESEL (*Zur dinglichen Wirkung der Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufs*, in *ZSS*, 85, 1968, 163 ss.), il quale attribuisce al ‘prestito’ un preciso effetto semantico: «Das Wort wird nicht von den Juristen in ihren Schriften, sondern auch im Rechtsverkehr bei den Abreden der Parteien gebraucht. [...] Es ist ganz interessant, daß die Juristen sich anscheinend an diese Terminologie in den von den Parteien benutzten



qualificazione dell'effetto caducatorio<sup>7</sup>: individuato con chiarezza il risultato da conseguirsi mediante il patto, i *prudentes* si limitano infatti a trattare le singole questioni sollevate dal “venir meno” del

---

Formularen gehalten haben. [...] Das Wort bedeutet daß die Sache „nicht gekauft“ sein soll, wenn die Bedingung der Abrede eintritt. Der Kaufvertrag wir für diesen Fall als nicht existent betrachtet, insgesamt und auch mit Wirkung für die Vergangenheit aufgehoben».

<sup>7</sup> «Für die *lex commissoria* wie für die andere Auflösungsabreden war die Problematik jedoch eine völlig andere, weil sich nach dem Inhalt der Abreden von selbst verstand, daß der Kauf erst mit der Verwirklichung des Tatbestandes der Abrede, bei der *lex commissoria* nach der Nichtzahlung des Käufers und dem „Rücktritt“ des Verkäufers nicht mehr galt» (W. FLUME, *Die Aufhebungsabrede beim Kauf – 'lex commissoria', 'in diem addictio' und sogenannte 'pactum displicentiae' – und die Bedingung nach der Lehre der römischen Klassiker*, in *Festschrift für Max Kaser zum 70. Geburtstag*, a cura di D. Medicus e H. H. Seiler, München, 1976, 314). L'incerta qualificazione dell'effetto caducatorio si riflette anche nelle definizioni della *lex commissoria* offerte dai Pandettisti: v. C.F. VON GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld ein Commentar*, XVI, 2, Erlangen, 1844, § 1006, 271: «das sogenannte *pactum commissorium* [...] durch welchen die Partheien mit einander ausgemacht haben, daß der Käufer auf den Fall der nicht zur gehörigen Zeit geschehenen Abtragung des Kaufpreis seines Rechts aus dem Contracte verlustig sehn solle» [trad. it. XVIII, Milano, 1901, 635: «patto accessorio, per mezzo del quale le parti hanno convenuto che il compratore *decadrà dai suoi diritti* derivanti dal contratto nel caso di non tempestivo pagamento del prezzo»]; v. R.J. POTHIER, *Pandectes de Justinien. Mises dans un nouvel ordre, avec les lois du code et les nouvelles qui confirment, expliquent ou abrogent le droit des pandectes*, VII, Paris, 1821, 1: «La clause commissoire est celle par laquelle le vendeur et l'acquéreur conviennent que la vente sera résolue si le prix n'est pas payé dans un temps déterminé» [trad. it., I, Venezia, 1841, 827: «il patto commissorio è quello con il quale il venditore ed il compratore convengono tra loro che, se non viene pagato il prezzo entro il tempo stabilito sia sciolto il contratto»]. Ogni sforzo qualificatorio, del resto, sconta inevitabilmente la sovrapposizione alle fonti antiche di categorie giuridiche moderne (risoluzione, recesso, ...) che il diritto romano non conosceva come istituti di carattere generale.

contratto e dal conseguente ripristino dello *status quo ante*<sup>8</sup>, con lo scopo di minimizzare il rischio che le parti possano conseguire un ingiustificato arricchimento.

## 2. *La qualificazione della vendita con 'lex commissoria'*

Sotto il profilo dogmatico, dunque, il meccanismo di funzionamento del patto viene in considerazione nelle fonti solo incidentalmente, al fine di ricostruire e giustificare la disciplina applicabile *medio tempore* al contratto di compravendita. È in questa prospettiva che la giurisprudenza dapprima (con Sabino) qualifica la vendita con *lex commissoria* come un contratto sottoposto a

---

<sup>8</sup> È lo stesso tenore letterale delle fonti a suggerire che la qualificazione della condizione abbia rappresentato per la giurisprudenza un *posterius* rispetto alla definizione del contenuto degli obblighi restitutori a carico delle parti. Sul punto, v. G. ARCHI, *La restituzione dei frutti nelle vendite con 'in diem addictio' e con 'lex commissoria'*, in *Studi in memoria di Umberto Ratti*, Milano, 1934, 330: «A ciò non deve aver spinto una sola ragione teorico-sistematica, ma verosimilmente la pratica urgenza di determinare meglio il carattere giuridico del possesso del compratore in siffatti contratti nei rispetti degli interdetti, dell'usucapione e dei frutti [...]».

condizione sospensiva<sup>9</sup> e, successivamente (a partire da Giuliano), opta per classificarla come *'emptio pura quae sub condicione resoluitur'*<sup>10</sup>.

Non è possibile, in questa sede, soffermarsi sull'evoluzione della giurisprudenza classica<sup>11</sup>; preme tuttavia rilevare che la natura sospensiva o risolutiva della condizione apposta al contratto di compravendita a mezzo della *lex commissoria* è decisiva nel

---

<sup>9</sup> Paul. 54 *ad ed.* D. 41.4.2.3: *Sabinus, si sic empti sit, ut, nisi pecunia intra diem certum soluta esset, inempta res fieret, non usucapturum nisi persoluta pecunia [...]*. Sabino osserva che, nella compravendita con *lex commissoria*, il compratore non ha il possesso *ad usucapionem* fino all'avvenuto pagamento del prezzo (*non usucapturum nisi persoluta pecunia*). Il passo in esame si trova in un titolo del Digesto dedicato al possesso del compratore (*pro emptore*) ed è parte di un più ampio frammento, tratto dal commentario *ad edictum* di Paolo, nel quale il giurista ricostruisce la dottrina sabiniana sul tema. Nel paragrafo che precede, in particolare, Paolo riferisce la teoria secondo la quale, in pendenza di condizione, a favore del compratore non decorrono i termini dell'usucapione. Dalla lettura unitaria del frammento, pertanto, si desume con certezza che Sabino considerasse la vendita con *lex commissoria* come vendita *sub condicione*.

<sup>10</sup> Ulp. 28 *ad Sab.* D. 18.3.1: *Si fundus commissoria lege venierit, magis est, ut sub condicione resolvi emptio quam sub condicione contrahi videatur*. Il superamento della teoria sabiniana è normalmente dai critici attribuito a Giuliano sulla base di un passo di Paolo in materia di *'in diem addictio'* (D. 41.4.2.4). Il ricorso al verbo *'resolvere'* è attestato nelle fonti; è importante notare, tuttavia, che la distinzione teorica tra condizione sospensiva e risolutiva era ignota al diritto romano classico il quale conosceva un'unica *condicio* con i caratteri della moderna condizione sospensiva; furono unicamente le esigenze della prassi a portare la giurisprudenza a modellare la disciplina di alcuni istituti, tra i quali la *lex commissoria*, secondo gli effetti retroattivi propri della moderna condizione risolutiva.

<sup>11</sup> Per la ricostruzione dell'evoluzione della giurisprudenza classica in materia si rinvia a C. LONGO, *Sulla 'in diem addictio' e sulla 'lex commissoria' nella vendita*, in *BIDR*, 31, 1921, 46 ss.; F. WIEACKER, *'Lex'*, cit., 19 ss.; E. LEVY, *Zu den Rücktrittsvorbehalten des römischen Kaufs*, in *Symbolae friburgenses in honorem Ottonis Lenel*, Leipzig, 1935, 109 ss.; F. PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufrecht*, Köln-Wien, 1973, 93 ss.; P. ZILLOTTO, *Vendita*, cit., 476 ss.

determinare il regime del rapporto giuridico nascente dal contratto nell'intervallo di tempo che intercorre tra la conclusione dello stesso e la sua caducazione. Nel primo caso, infatti, il contratto, improduttivo di effetti in pendenza della condizione, non è idoneo a trasferire al compratore né il possesso qualificato ai fini dell'usucapione<sup>12</sup>, né il diritto alla percezione dei frutti, né i rischi relativi alla *merx*. Nel secondo caso, invece, essendo la compravendita già *'perfecta'*, tutti i *'commoda et incommoda'*<sup>13</sup> passano al compratore a favore del quale, in quanto possessore *pro emptore*, decorrono i termini per l'usucapione<sup>14</sup>.

È difficile affermare con certezza quale sia stato il motivo che ha indotto la giurisprudenza ad abbandonare la posizione sabiniana dell'*'emptio condicionalis'* e, certamente, sarebbe troppo riduttivo interpretare questa evoluzione come il mero esito di un contrasto tra scuole<sup>15</sup>. È probabile, tuttavia, che l'innovazione sia stata dettata dalla necessità di ampliare la tutela concessa al venditore. Nella vendita *sub condicione*, infatti, in pendenza di condizione, il *periculum* dell'eventuale perimento del bene compravenduto continua a gravare sul venditore il quale, dunque, si trova esposto al rischio che il compratore, possa, valutata la sopravvenuta inopportunità

---

<sup>12</sup> Paul. 54 *ad ed.* D. 41.4.2.2: *Si sub condicione emptio facta sit, pendente condicione emptor usu non capiat [...]*.

<sup>13</sup> Ulp. 28 *ad Sab.* D. 18.2.4.4: [...] *commodum et incommodum omne ad emptorem pertinet [...]*.

<sup>14</sup> Paul. 54 *ad ed.* D. 41.4.2.4: [...] *perfectam esse emptionem et fructus emptoris effici et usucapionem procedere [...]*.

<sup>15</sup> v. F. WIEACKER, *'Lex'*, cit., 31: «Ein geschichtliches Motiv für die theoretisch folgenreiche Wendung zur neueren Konstruktion wird nicht leicht festzustellen sein: auf einen Schulengegensatz läßt sie sich nicht zurückführen». *Ivi*, 24: «Aber diese Grundsätze durchbricht bei der *lex commissoria* die Notwendigkeit, dem Käufer Ausbeutung der Potestativbedingung unmöglich zu machen. Dadurch wird die ältere Theorie von den Ergebnissen der allgemeinen Bedingungslehre fortgeführt».

dell'acquisto (perché, ad esempio, il bene è perito), decidere di “sabotare”<sup>16</sup> la vendita rendendosi inadempiente. La posizione sabiniana, inoltre, scontava alcune difficoltà di coordinamento con la disciplina della clausola per come emerge dalla compilazione giustiniana. Infatti, considerare la *lex commissoria* come espressiva di una condizione sospensiva significa consentire al compratore – cui è di fatto rimessa in via esclusiva la scelta in ordine al comportamento dedotto in condizione – di decidere della validità del contratto nonostante le fonti riconoscano con chiarezza alla *lex commissoria* la natura di clausola nell'interesse del solo venditore<sup>17</sup>. Tale contraddizione non può essere risolta se non ammettendo

---

<sup>16</sup> v. F. WIEACKER, 'Lex', cit., 25: «es ist gar nicht möglich, daß der Käufer durch Zurückhalten des Preises den Kauf sabotiert», seguito da E. LEVY, *Zu den Rücktrittsvorbehalten*, cit., 113: «Vom Standpunkt der Suspensivbedingung aus wäre nicht bloß diese Bemerkung über das *periculum* unverständlich, sondern die ganze Fragenstellung überhaupt. Denn zahlte hier der Käufer nicht, so wurde der Kauf von vornherein nicht wirksam, ein gegenteiliger Wille des Verkäufers hätte nichts auszurichten vermocht». Sul punto si rileva la più radicale posizione di 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, 1915, II, 150 nt. 14), il quale sostiene che la giurisprudenza romana non possa mai aver considerato la *lex commissoria* come fonte di una condizione sospensiva in quanto «da *lex commissoria*, considerata come condizione sospensiva, sia negazione della volontà, equivalga a quel '*si volam*', che a buon diritto è vera negazione del consenso».

<sup>17</sup> Sul punto si vedano in particolare Pomp. 35 *ad Sab.* D. 18.3.2 (*Cum venditor fundi in lege ita caverit: «Si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit», ita accipitur inemptus esse fundus, si venditor inemptum eum esse velit, quia id venditoris causa caveretur: nam si aliter acciperetur, exusta villa in potestate emptoris futurum, ut non dando pecuniam inemptum faceret fundum, qui eius periculo fuisset*) e Ulp. 30 *ad ed.* D. 18.3.3 (*Nam legem commissoriam, quae in venditionibus adicitur, si volet venditor exercebit, non etiam invitus*); entrambi i passi sottolineano la necessità del contributo volitivo del venditore affinché la clausola possa produrre i propri effetti: *si venditor [...] velit, non etiam invitus*.

che, quando la *lex commissoria* operava secondo lo schema della scuola sabiniana, al venditore non fosse ancora concessa alcuna facoltà di scelta e che detta facoltà sia stata elaborata dalla giurisprudenza solo successivamente al superamento di tale teoria<sup>18</sup>.

Anche la qualificazione della vendita con *lex commissoria* come contratto risolutivamente condizionato, peraltro, presenta, sia pure in misura ridotta, alcuni profili di incompatibilità con la facoltà attribuita al venditore dalle fonti di scegliere se avvalersi della clausola. Infatti, inquadrando il funzionamento della *lex commissoria* nell'istituto della condizione risolutiva, si è costretti ad ammettere che il semplice fatto del mancato pagamento da parte del compratore, comportando avveramento della condizione, determini l'automatica cessazione degli effetti del contratto<sup>19</sup>. Si deve tuttavia rilevare che, in questo caso, stante la differente allocazione dei rischi tra le parti, l'inerenza del comportamento dedotto in condizione alla sfera giuridica del compratore, pur concedendo a quest'ultimo un margine di valutazione

---

<sup>18</sup> v. G. ARCHI, *La restituzione*, cit., 328-329 nt. 2: «[...] il fatto che questo diritto di opzione nella vendita con *lex commissoria* non potesse venire riconosciuto al venditore nello stadio della dottrina sabiniana, non impedisce di credere che esso fosse subito elaborato dalla giurisprudenza non appena che si fu passati alla vendita sotto condizione risolutiva. Base di questa affermazione possono essere [...] il fatto che Papiniano (D. 18.3.4.2 = F.V. 4), Scevola (D. 18.3.6.2), Ermogeniano (D. 18.3.7) più che affermare questo principio di opzione, si preoccupano di un problema che dalla sua ammissione deriva (se cioè il venditore, una volta che abbia scelto, possa poi variare) con il che sembra che essi lo presuppongono come inerente alla struttura dell'istituto».

<sup>19</sup> Con riguardo alla problematica, M. TALAMANCA (*La risoluzione*, cit., 14 nt. 44) osserva che «tale soluzione continuerebbe a sembrare la più corretta sul piano di un'astratta concettualizzazione, ove fosse previsto che al verificarsi dell'evento previsto –mancato pagamento del prezzo [...]– conseguisse automaticamente la cessazione degli effetti del negozio».

sull’opportunità della vigenza del contratto, non subordina l’efficacia dello stesso al suo mero arbitrio. Infatti, essendo la compravendita ‘*perfecta*’, tutti i rischi inerenti al bene sono già passati al compratore il quale, dunque, anche nell’ipotesi di perimento, non può ottenere con l’inadempimento il risultato sperato, ovvero la totale liberazione dalle obbligazioni nascenti dal contratto.

A fronte delle obiezioni mosse alla ricostruzione di Giuliano ed alla luce della difficoltà di ascrivere alla tecnica giuridica romana la figura della condizione risolutiva, la dottrina moderna, muovendo da un attento esame delle fonti, ha elaborato una classificazione dogmatica della vendita con *lex commissoria* maggiormente rispondente ai caratteri della disciplina dettata dal Digesto. Tale classificazione, proposta dalla romanistica tedesca d’inizio novecento<sup>20</sup>, ricostruisce la vendita con *lex commissoria* come vendita pura accompagnata da una clausola, risolutivamente condizionata, attributiva del diritto di recesso alla parte venditrice (‘*Rücktrittsvorbehalt*’<sup>21</sup>). La ricostruzione ha, da un lato, il merito di ricondurre la *lex commissoria* ad un istituto –la condizione sospensiva– noto al diritto romano classico e, dall’altro, il pregio di meglio adattarsi ad una disciplina che collega l’operatività della

---

<sup>20</sup> Gli Autori che per primi hanno proposto questa interpretazione sono stati F. WIEACKER (*‘Lex’*, cit.) e E. LEVY (*Zu den Rücktrittsvorbehalten*, cit.), seguiti poi da U. WESEL (*Zur dinglichen Wirkung der Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufs*, in *ZSS*, 85, 1968, 94 ss.), e F. PETERS (*Die Rücktrittsvorbehalte*, cit.). Si noti che tutte le opere sopra citate non si occupano solo della *lex commissoria*, bensì affrontano il tema più ampio delle clausole della compravendita *lato sensu* risolutive.

<sup>21</sup> Letteralmente, ‘riserva di recesso’.

clausola non già ad un mero fatto giuridico (il mancato pagamento), bensì ad un atto giuridico (la scelta del venditore)<sup>22</sup>.

Gli Autori che hanno proposto questa lettura hanno ritenuto di poterla motivare partendo dai medesimi frammenti di Paolo e di Ulpiano<sup>23</sup> già addotti a fondamento della tradizionale teoria della condizione (risolutiva). Wieacker, in particolare, afferma che la ricostruzione da lui suggerita sarebbe già delineata da Paolo, laddove parla di *'conventio'*<sup>24</sup>, e che la tesi secondo la quale la *lex commissoria* sarebbe stata per i giuristi classici una condizione risolutiva sia da attribuirsi ad un'inesatta interpretazione di D. 18.3.1. I glossatori, infatti, avrebbero erroneamente riconosciuto nell'espressione *'sub condicione resolvi emptio'* il meccanismo della moderna condizione risolutiva senza tenere conto dell'uso linguistico della giurisprudenza romana che, con il termine *'condicio'*,

---

<sup>22</sup> Sul punto v. M. TALAMANCA (*La risoluzione*, cit., 14 nt. 44), il quale, superata l'impostazione che legge nella *lex commissoria* una condizione, sostiene che «se l'inefficacia consegue all'espressione di una volontà del venditore, che intende avvalersi della clausola, difficilmente la cessazione degli effetti del contratto potrà essere riportata ad una figura diversa dal recesso». L'A., pur mantenendo alcune riserve sul piano della consapevolezza e della concettualizzazione dei giuristi romani, pare abbandonare la posizione precedentemente sostenuta (v. ID., *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 250 s.) secondo cui la ricostruzione in esame non è che «una descrizione soltanto formalmente diversa del meccanismo della condizione sospensiva. Né si può dire che il macchinoso schema concettuale escogitato dai moderni corrisponda al modo di vedere dei romani, ché, in effetti, per una tale affermazione mancano solide basi nelle fonti».

<sup>23</sup> Ulp. 28 *ad Sab.* D. 18.3.1: *Si fundus commissoria lege venierit, magis est, ut sub condicione resolvi emptio quam sub condicione contrahi videatur*, Paul. 54 *ad ed.* D. 41.4.2.3: *Sabinus, si sic empti sit, ut, nisi pecunia intra diem certum soluta esset, inempta res fieret, non usucapturum nisi persoluta pecunia. Sed videamus, utrum condicio sit hoc an conventio: si conventio est, magis resolvetur quam implebitur.*

<sup>24</sup> v. F. WIEACKER, *'Lex'*, cit., 32: «Voher schon war die neue Konstruktion bei Paulus aufgetreten».



indica sempre e solo la condizione sospensiva<sup>25</sup>. Secondo l'Autore, dunque, benché l'effetto risolutivo determinato dall'avveramento della condizione si produca sull'*emptio* –il che spiega il tenore letterale del passo–, non è il contratto in sé ad essere (risolutivamente) condizionato bensì il *pactum adiectum* ad essere accompagnato da una condizione sospensiva<sup>26</sup> che ne differisce l'efficacia. All'argomento strettamente testuale si affianca poi un più stringente argomento di carattere sistematico: l'evoluzione della *lex commissoria*, da patto idoneo a condizionare risolutivamente la compravendita a 'Rücktrittsvorbehalt' sospensivamente condizionata, sarebbe la necessaria ed ineludibile conseguenza dell'affermarsi in giurisprudenza della disciplina relativa alla facoltà di scelta del venditore<sup>27</sup>. Infatti, solo spostando la condizione sul patto, si esclude che l'inefficacia del contratto sopraggiunga *ipso iure* all'avveramento della condizione stessa travolgendo anche un'eventuale contraria volontà del venditore. Questa evoluzione, resa possibile dal progressivo delinarsi della figura dei *pacta adiecta* ai contratti di buona fede<sup>28</sup>, consegue il risultato di attribuire al

---

<sup>25</sup> v. *ibidem*: «*conditio* meint im klassischen Sprachgebrauch immer Suspensivbedingung».

<sup>26</sup> v. *ibidem*: «'Sub conditione resolvit', woran seit der Glosse ein Mißverständnis haftet, bedeutet: der Kauf ist unbedingt geschlossen, wird aber unter aufschiebender Bedingung durch pactum adiectum aufgelöst; also ist er nicht auflösend bedingt».

<sup>27</sup> E, viceversa, come osserva, F. WIEACKER, 'Lex', cit., 34: «Die Entwicklung der Wahlrechtslehre zeigt, daß die spätere Konstruktion überall herrschend wird»; il riconoscimento della facoltà di scelta del venditore è prova dell'avvenuto superamento della teoria della condizione risolutiva che è incompatibile con tale facoltà.

<sup>28</sup> In particolare, la riconosciuta idoneità dei *pacta adiecta in continenti* a modellare il regolamento contrattuale ha creato lo spazio per uno strumento giuridico che, senza intervenire direttamente sull'efficacia del contratto al momento della

venditore, cioè al soggetto nel cui interesse è posto il patto, il pieno controllo sull'azionabilità dello stesso, superando definitivamente la sua paradossale soggezione – immanente alla teoria della condizione – all'arbitrio della controparte cui è demandata la scelta in ordine al verificarsi del comportamento dedotto in condizione<sup>29</sup>. Il fatto giuridico del mancato pagamento, dunque, si limita a determinare l'efficacia del patto attributivo della facoltà di recedere e viene a configurarsi come il primo elemento di una fattispecie a formazione progressiva che richiede, per il prodursi degli effetti che le sono propri, un ulteriore elemento di cui rileva la volontarietà, ovvero la scelta del venditore di avvalersi della *lex commissoria*.

Sostituendo l'elemento cui accede la condizione (non più il contratto, ma il patto che ad esso inerisce), la teoria della *lex commissoria* come 'Rücktrittsvorbehalt' sospensivamente condizionata, ad oggi maggioritaria ma non esente da sporadiche critiche in dottrina<sup>30</sup>, produce il fondamentale risultato di

---

sua conclusione, fosse in grado di intervenire sull'efficacia del rapporto giuridico che ne deriva.

<sup>29</sup> v. *ibidem*: «Der Bedingungsausfall mußte nach der älteren Theorie den Käufer auch gegen den Willen des Verkäufers vom Kauf lösen. Der Eintritt der aufschiebenden Bedingung des Auflösungsaktum gibt nur dem Verkäufer die Kontraktsklage, da die *pacta pro venditore* nur vom Verkäufer vorgebracht werden. Die Ausbeutung des Bedingungsausfalls durch den Käufer ist nicht mehr möglich».

<sup>30</sup> Le obiezioni sollevate in dottrina alla tesi in esame si appuntano sul solo dato testuale da cui la stessa prende le mosse: si ritiene infatti che la lettura tradizionale dell'espressione '*sub conditione resolvi emptio*' di D. 18.3.1 sia l'unica ammessa dalla lettera del passo e che il volerla attribuire ad un fraintendimento interpretativo non sia che una forzatura intesa a sostenere una posizione restia ad ammettere «l'uso, sia pure occasionale e non meditato, da parte dei romani, di una terminologia a noi familiare» (V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., 407 nt. 1. Secondo l'A., il quale aderisce alla tesi già sostenuta da R. HENLE (*Die rechtliche Natur der ‚in diem addictio‘ beim Kaufvertrage*, in *Festschrift Paul*

consentire l'applicazione della disciplina relativa alla facoltà di scelta del venditore; disciplina di cui nessuna delle teorie precedenti tiene adeguatamente conto.

### 3. *Vendita con 'lex commissoria' e passaggio della proprietà*

La scelta del venditore di avvalersi della *lex commissoria* scioglieva il vincolo contrattuale (*finita est emptio*) e determinava l'inesigibilità delle obbligazioni da esso nascenti: il venditore non

---

*Koschaker*, II, Weimar, 1939, 188 ss.), «l'interpretazione generalmente data del pensiero romano nel senso di un patto di risoluzione, soggetto a sua volta a condizione sospensiva, a parte la tenuità dell'appoggio testuale del solo D. 41.4.2.3, postula un vero *monstrum* giuridico». Egli, infatti, ritiene sia impossibile configurare un autonomo patto di risoluzione che possa accedere alla compravendita e, a tal proposito, adduce argomenti di teoria generale simili a quelli utilizzati da L. LANDUCCI (*Azioni*, cit., 150 nt. 14) per negare che la *lex commissoria* potesse configurarsi come condizione sospensiva: «per rappresentarsi un patto condizionale aggiunto ad una convenzione bisogna anzitutto potersi configurare il patto in sé e per sé, come puro, e poi aggiungervi la condizione: ma un patto puro e semplice di risoluzione significherebbe disvolere quello che si vuole, cioè, in sostanza, *nihil agere*». L'estraneità del passo di Paolo alla diatriba dottrinale tra vendita condizionata e patto risolutivo condizionato è sostenuta anche da W. FLUME (*Die Aufhebungsabrede*, cit., 314: «In der Stelle ist weder von einer auflösenden Bedingung des Kaufs noch davon die Rede, daß die *lex commissoria* als *pactum adiectum* aufschiebend bedingt sei, wie überhaupt zu Unrecht die Literatur weitgehend die Alternative „bedingter Kauf oder bedingtes Auflösungspaktum“ fixiert ist. [...] Er hätte für die römischen Klassiker keinen Sinn gehabt, die Auflösungsabrede als abschiebend bedingt zu qualifizieren. Für den Kauf war es allerdings von Bedeutung, ob er bedingt, d.h. aufschiebend bedingt, war»), il quale ritiene che oggetto del frammento sia esclusivamente il binomio *conditio-conventio* senza che venga in rilievo l'atto giuridico cui accede la condizione. v. infine M. TALAMANCA (*Istituzioni*, cit., 251), il quale parla di «macchinoso schema concettuale».

poteva pretendere il pagamento del prezzo e l'acquirente non aveva titolo per trattenere la *res* (o per pretenderne la consegna). L'estinzione delle obbligazioni principali, però, non determinava automaticamente la cessazione di ogni effetto giuridico nascente dal negozio; è evidente, infatti, che la sopravvenuta inesistenza del contratto non poteva che costituire una finzione giuridica ed imporre a carico delle parti l'obbligo di ripristinare lo *status quo ante*. Tale ripristino passava, ovviamente, in primo luogo, per la restituzione della cosa compravenduta: la *res*, divenuta '*inempta*', doveva infatti tornare nella disponibilità materiale e giuridica del venditore. A tal proposito si pone dunque, in via preliminare, il problema di stabilire se e quando, nella vendita con *lex commissoria*, la proprietà del bene passasse all'acquirente<sup>31</sup>.

La dottrina è unanime nel ritenere che, tra le obbligazioni imposte dal diritto romano al venditore, non rientrasse quella di trasferire la proprietà; egli, infatti, era unicamente tenuto a far conseguire all'acquirente il possesso del bene compravenduto mediante semplice *traditio* e a garantirgliene il pacifico godimento<sup>32</sup>. Se il bene compravenduto era una *res nec Mancipi*, la consegna con cui il venditore adempiva la propria obbligazione contrattuale era altresì sufficiente a trasferire la proprietà, se invece oggetto del contratto era una *res Mancipi*, l'acquirente, pur divenendo possessore, non conseguiva il *dominium ex iure Quiritium*. In quest'ultimo caso, infatti, il trasferimento della proprietà era subordinato al compimento dell'atto solenne della *mancipatio* che

---

<sup>31</sup> Il problema, evidentemente, non si pone qualora si accolga la teoria che ricostruisce la vendita con *lex commissoria* come contratto sottoposto a condizione sospensiva; in tal caso, infatti, il contratto non ha esplicato i propri effetti e il venditore non ha certamente perso la proprietà del bene.

<sup>32</sup> Paul. 32 *ad ed.* D. 19.4.1pr.: [...] *venditori sufficit ob evictionem se obligare possessionem tradere et purgari dolo malo, itaque, si evicta res non sit, nihil debet* [...].

poteva accompagnare (o seguire) il contratto di compravendita<sup>33</sup>. Occorre dunque chiarire se, in caso di vendita con *lex commissoria*, il venditore provvedesse a trasferire all'acquirente la proprietà mediante l'atto traslativo richiesto dalla natura del bene<sup>34</sup>.

Posta l'inesistenza di un obbligo in tal senso a carico del venditore, alcuni Autori hanno ipotizzato che, normalmente, i

---

<sup>33</sup> Sul punto, per tutti, v. V. ARANGIO-RUIZ (*La compravendita*, cit., 148 ss.). Lo stesso A., però, sottolinea che il venditore non era obbligato in tal senso; infatti, «se effettivamente tra parti romane la *mancipatio* si usava fare, ciò accadeva solo per la grande diffusione di quest'atto solenne e perché ogni compratore tende ad essere garantito il meglio possibile, non già perché il contratto di compravendita, che era *iuris gentium*, comportasse un'obbligazione in questo senso: il contratto consensuale si eseguiva sulla *traditio*» (*ivi*, 422).

<sup>34</sup> Nonostante l'autonomia riconosciuta dal diritto romano ai negozi traslativi della proprietà, la strumentalità degli stessi alla *causa emptio* e il nesso sinallagmatico tra l'immissione nel possesso e il pagamento del prezzo, ha indotto la dottrina ad interrogarsi sull'idoneità del puro atto di trasferimento a rendere proprietario l'acquirente nel caso in cui quest'ultimo non abbia ancora adempiuto alla propria obbligazione pecuniaria. Fondamento del dibattito è la regola di I. 2.1.41, che subordina l'efficacia traslativa della consegna alternativamente, all'avvenuto pagamento del prezzo, alla prestazione di idonea garanzia da parte dell'acquirente o alla '*fides*' prestata dall'acquirente al venditore. Volendo limitare l'indagine al '*pretium solvere*', occorre rilevare che, nonostante l'autore delle Istituzioni rinvii alla legislazione decemvirale, la classicità della *regula iuris* è assai dubbia, da un lato, in ragione della difficoltà di coordinamento con la tradizionale autonomia riconosciuta dal diritto romano classico ai negozi traslativi della proprietà e, dall'altro, a motivo della forte somiglianza con il principio noto al diritto greco (e ai diritti delle province orientali) che subordinava il passaggio di proprietà all'avvenuto pagamento del prezzo. L'origine postclassica della regola di I. 2.1.41, infine, è suffragata da un argomento *a contrario* di carattere sistematico: qualora la si considerasse classica, non si potrebbe che constatare il venir meno della ratio della *lex commissoria*. Se il passaggio di proprietà fosse stato normalmente subordinato al pagamento del prezzo, infatti, non si spiegherebbe la necessità di configurare un'apposita clausola il cui scopo è precisamente quello di garantire al venditore il recupero del bene nel caso in cui l'acquirente non corrisponda quanto pattuito.

contraenti evitassero l'immediato passaggio della proprietà limitandosi alla semplice consegna delle *res mancipi* ovvero trasferendo le *res nec mancipi* a titolo di precario<sup>35</sup>. Altra dottrina, invece, escludendo la prassi sopra citata, ha ritenuto che l'atto traslativo della proprietà fosse comunque posto in essere e che, pertanto, l'acquirente divenisse proprietario del bene al momento della conclusione del contratto<sup>36</sup>.

Queste due ricostruzioni assumono notevole rilevanza con riguardo al tema della restituzione della '*res inempta*' nel diritto classico<sup>37</sup>; nel primo caso, infatti, la questione restitutoria si riduce all'individuazione del mezzo processuale concesso al venditore per riacquistare la materiale disponibilità del bene, senza che occorra indagare l'effetto del recesso sull'avvenuto trasferimento della proprietà. Nel secondo caso, invece, si impone un più analitico esame delle fonti volto ad accertare l'idoneità del recesso a determinare l'automatica retrocessione della proprietà al venditore.

Per un corretto inquadramento della questione in esame, non si può prescindere dall'osservare, in via preliminare, che la stessa si intreccia strettamente alla dialettica, tipica del diritto romano classico, tra *titulus* e *modus acquirendi*<sup>38</sup>, ovvero tra il contratto, inteso come fonte dell'obbligazione di trasferire (*titulus*), ed il negozio che realizza l'effetto traslativo (*modus*). La *lex commissoria*, in quanto

---

<sup>35</sup> v. M. TALAMANCA, (*La risoluzione*, cit., 24-25) e V. ARANGIO-RUIZ (*La compravendita*, cit., 297). Si veda anche F. WIEACKER ('*Lex*', cit., 61), il quale definisce la prassi in esame «Mancipationsvorbehalt» e la classifica come abituale («regelmäßigen») nelle vendite con *lex commissoria* aventi ad oggetto *res mancipi*.

<sup>36</sup> A questa ricostruzione si attengono gli Autori che sostengono l'efficacia reale della *lex commissoria*.

<sup>37</sup> In età giustiniana, infatti, essendo stata superata la distinzione tra *res mancipi* e *nec mancipi*, la consegna è sempre idonea a trasferire la proprietà.

<sup>38</sup> Sul punto, v. M. TALAMANCA, *La risoluzione*, cit., 14-16.

clausola contrattuale, non può che esplicitare direttamente i propri effetti sul solo rapporto obbligatorio lasciando impregiudicata l'efficacia del negozio traslativo. Occorre dunque accertare se ed in che misura la caducazione del *titulus* potesse travolgere gli effetti del *modus*. A tal fine, è utile distinguere i *modi acquirendi* in ragione della loro natura astratta o causale: la prima è ritenuta propria della *mancipatio* e della *in iure cessio*, mentre la seconda caratterizza la *traditio*<sup>39</sup>. Si rileva tuttavia che tale distinzione, pur decisiva ai fini delle considerazioni che saranno svolte, non trova riscontro nelle fonti in materia di *lex commissoria* che, rimaneggiate dai compilatori, riflettono lo stadio postclassico dei modi di acquisto derivativi della proprietà, i quali, caduta la dicotomia classica tra *res Mancipi* e *nec Mancipi*, si riducono alla sola *traditio*<sup>40</sup>.

#### 4. *Il dibattito sull'efficacia reale*

Alla luce di questa premessa, è possibile affrontare le *vexatae quaestiones* della natura reale od obbligatoria e della retroattività dell'effetto caducatorio determinato dalla *lex commissoria*,

---

<sup>39</sup> Sulla natura causale della *traditio*, per tutti, v. V. ARANGIO-RUIZ, *Corso di istituzioni di diritto romano*<sup>14</sup>, Napoli, 1994, 203: «occorre perciò, a che la proprietà si trasmetta, che intorno alla consegna sia tutto un concorso di circostanze, che legittimino il passaggio della cosa dal *tradens* all'*accipiens*. Tali circostanze sono: α) l'essere la cosa in proprietà del tradente [...] β) la volontà del tradente di disfarsi della cosa per trasferirla alla controparte, e la volontà dell'accipiente di prenderla per sé; γ) una *insta causa traditionis*, cioè un complesso giuridico del quale la consegna faccia parte, e che il diritto oggettivo ritenga ragione sufficiente per la trasmissione della proprietà».

<sup>40</sup> Le fonti, pertanto, nell'affrontare il tema della restituzione del bene compravenduto, non distinguono tra *res Mancipi* e *res nec Mancipi*.

precisando che le fonti su cui si è appuntato il dibattito sono limitate nel numero e parzialmente contraddittorie<sup>41</sup>.

Riconoscere efficacia reale al recesso determinato dalla scelta del venditore di avvalersi della *lex commissoria* significa ammettere che l'esercizio del diritto nascente dal patto possa esplicare i propri effetti non solo sul rapporto obbligatorio *ex contractu*, ma anche sul negozio traslativo della proprietà, determinandone la caducazione<sup>42</sup>. Per effetto del recesso, dunque, la '*res inempta*' torna automaticamente nel patrimonio del venditore il quale, essendo ritornato proprietario *ipso iure*, può far valere in giudizio la pretesa restitutoria fondandola non già sugli obblighi nascenti dal rapporto contrattuale, bensì sulla propria posizione di *dominus*.

---

<sup>41</sup> v. M. TALAMANCA, Recensione a F. PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufrecht*, Köln-Wien, 1973, in *Iura*, 24, 1973, 368: «è necessario osservare che la situazione della documentazione testuale al riguardo è, in effetti, piuttosto contraddittoria, onde sono del tutto spiegabili le oscillazioni che, in letteratura, si possono riscontrare sul tema, e la prospettazione d'interpretazioni, da un verso, contrastanti, e, da un altro, che vanno a differenziarsi soltanto in relazione a sfumature. Siamo, quindi, in un campo dove è possibile avanzare soltanto congetture, e dove, in astratto, non può essere rifiutato alcun tentativo d'interpretazione, salvo il controllo necessario della sua rispondenza ai dati da noi conosciuti e sulla sua coerenza».

<sup>42</sup> v. F. WIEACKER, '*Lex*', cit., 45: «Dinglichen Rückfall bedeutet es, wenn nach Verfall der Verkäufer ohne Rückübereignung wieder Eigentümer wird». L'A. sottolinea che si danno due possibili modalità di esplicazione degli effetti reali: *ex nunc* («entweder das Eigentum kann in dem Bestande zurückfallen, in dem es zur Zeit des Verfalls beim Käufer war, mit allen in der Schwebezeit begründeten Lasten also») o *ex tunc* («oder es kann unter Vernichtung der vom Käufer begründeten übertragenen Rechte Dritter in dem Bestande zurückkehren, wie es vom Verkäufer übertragen wurde») e che le fonti in tema di *lex commissoria* (a differenza di quelle in materia di *factum displicentiae* e *in diem addictio*) «tritt dieses Problem [...] nicht heraus, wofür die ältere Exegese keine Erklärung bieten konnte».



La tesi dell'efficacia reale del recesso del venditore<sup>43</sup> è stata avanzata in età moderna dalla dottrina tedesca della seconda metà del Novecento, e, in particolare, da U. Wesel e F. Peters. I due Autori, pur muovendo da premesse comuni, ammettono l'efficacia reale dei cd. 'Rücktrittsvorbehalte' con diversa ampiezza, ricostruendo due discipline che si distinguono sia per quanto concerne l'individuazione del *dies a quo* dell'effetto caducatorio, sia con riferimento ai negozi traslativi in relazione ai quali detto effetto esplicherebbe efficacia reale. Infatti, mentre Wesel riconosce alla *lex commissoria* un'efficacia reale *ex tunc* limitata alle ipotesi in cui il bene compravenduto sia stato trasferito con semplice *traditio*, Peters esclude la retroattività ma estende l'efficacia reale del recesso anche ai casi in cui il trasferimento della proprietà sia avvenuto mediante *mancipatio*.

Nel suo saggio dedicato all'efficacia reale dei 'Rücktrittsvorbehalte', Wesel, dopo un attento *excursus* storico<sup>44</sup>, si

---

<sup>43</sup> Gli Autori che hanno affrontato il tema in esame ricostruiscono la *lex commissoria* come clausola, sospensivamente condizionata, attributiva al venditore di un diritto di recesso. Prescindendo al momento da ogni valutazione di merito, si rileva tuttavia che gli argomenti addotti e le conclusioni avanzate da tali Autori sono compatibili anche con la teoria che interpreta la vendita con *lex commissoria* come contratto sottoposto a condizione risolutiva.

<sup>44</sup> U. WESEL, *Zur dinglichen Wirkung*, cit., 96 ss. L'A. rileva che i primi interpreti e, in particolare, Bartolo, trattando della natura obbligatoria o reale dei 'Rücktrittsabreden' operavano una distinzione «ob sie *verbis directis* oder *obliquis* abgefaßt sind. Unter *verba directa* versteht er Worte, die anzeigen, daß der Vertrag *ipso iure*, auch mit dinglicher Wirkung, aufgehoben sein soll, während bei *verba obliqua* noch ein Rückerstattungshandlung vereinbart sei». Secondo Bartolo, solo i patti conclusi *directis verbis* potevano avere efficacia reale; i patti conclusi *obliquis verbis* (come quello citato in C. 4.54.3) avevano mera efficacia obbligatoria. L'A. passa quindi in rassegna gli autori francesi e tedeschi del XVI e XVII secolo, anch'essi inclini ad ammettere l'efficacia reale della *lex commissoria*; un passo di Cuiacio, in particolare, è ritenuto dall'A. assai esplicitativo: «*dabitur vindicatio venditori, quia ipso iure dominium ad eum redisse videtur*,

propone di superare la dottrina tradizionale dell'efficacia meramente obbligatoria partendo da considerazioni in tema di *iusta causa traditionis*. Limitando la sua indagine alle ipotesi di vendita con *lex commissoria* aventi ad oggetto *res nec mancipi*, l'Autore osserva che, con l'avveramento della condizione risolutiva di mancato pagamento, la compravendita non è più in grado di costituire la *iusta causa* che l'ordinamento richiede perché la *traditio* produca effetti reali. La caducazione della compravendita, pertanto, comporta l'automatico venir meno, con effetto *ex tunc*, del negozio traslativo della proprietà<sup>45</sup>. La retroattività è motivata da Wesel con

---

*non potestate pactionis: pactionibus enim dominia non mutant*». Egli, infine, attribuisce a L. MITTEIS (*Römisches Privatrecht*, Leipzig, 1908) la svolta interpretativa e il riconoscimento della mera efficacia obbligatoria attualmente dominante in dottrina; svolta motivata dal divieto della proprietà a tempo contenuto in F.V. 283.

<sup>45</sup> U. WESEL, *Zur dinglichen Wirkung*, cit., 104: «diese *iusta causa traditionis* spielte nun, meine ich, in der Entwicklung der Rücktrittsvorbehalte beim Kauf eine wichtige Rolle. Aus ihr läßt sich der immer als unrömisch empfundene dingliche Rückfall des Eigentums zwanglos erklären. Denn beim Kauf von *res nec mancipi* wird das Eigentum erworben durch die *traditio* und den Kaufvertrag als *iusta causa traditionis*. Wird der Kaufvertrag später wieder aufgehoben, auf Grund einer *in continenti* vereinbarten und aufschiebend bedingten Auflösungsabrede, dann fällt damit ein wesentliches Element der Übereignung weg, der Verkäufer ist Eigentümer geblieben und kann die Kaufsache vindizieren». Sul punto, v. M. TALAMANCA (*La risoluzione*, cit., 18), il quale, pur negando l'efficacia reale, riconosce: «che non v'era, su un piano astratto, una necessità logica che forzasse i *prudentes* a seguire la soluzione per la quale il permanere della *iusta causa traditionis* nel periodo successivo alla consegna della cosa non avesse alcuna rilevanza, ma è altrettanto vero che una tale necessità non v'era neppure per la soluzione opposta, nel senso che la cessazione dell'efficacia del contratto provocata dal recesso fondato sulla clausola risolutiva comportasse inevitabilmente il venir meno degli effetti reali dell'atto di trasferimento». *Contra*, per tutti v. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., 422: «Sembra infatti contrario ad ogni esperienza romanistica che il contratto

referimento al tenore letterale della clausola (*'res inempta sit'*<sup>46</sup>) e con un argomento di carattere sistematico: ammettere un'efficacia reale *ex nunc* impingerebbe nel divieto della proprietà a termine sancito dall'imperatore Diocleziano<sup>47</sup>. La supposta retroattività, inoltre, determinando la rimozione *ab origine* degli effetti della *traditio*, permette di imputare la retrocessione della proprietà non al nudo patto, bensì alla sopravvenuta inesistenza del negozio traslativo, e, pertanto, esclude che la ricostruzione in esame possa essere censurata alla luce del principio di C. 2.3.20<sup>48</sup>.

Wesel, pur riconoscendo l'estraneità alla tradizione giuridica romana della condizione con efficacia retroattiva, ritiene che il diritto classico ammettesse alcune specifiche ipotesi di retroattività, tra cui la *lex commissoria*<sup>49</sup>. Le fonti che adduce a sostegno della

---

abbia potuto agire sui diritti reali, a trasferire o costituire i quali erano predisposti dallo *ius civile* atti pienamente autonomi».

<sup>46</sup> U. WESEL, *Zur dinglichen Wirkung*, cit., 104: «Das Wort bedeutet, daß die Sache „nicht gekauft“ sein soll, wenn die Bedingung der Abrede eintritt. Der Kaufvertrag wird für diesen Fall als nicht existent betrachtet, insgesamt und auch mit Wirkung für die Vergangenheit aufgehoben».

<sup>47</sup> Tale provvedimento, del 286 d.C., si trova conservato nei *Vaticana Fragmenta* (F.V. 283): *Si praediorum stipendiariorum proprietatem dono dedisti ita, ut post mortem eius qui accepit ad te rediret, donatio inrita est, cum ad tempus proprietas transferri nequiverit [...]*. La classicità della regola è avvalorata dal fatto che il contenuto del provvedimento è stato rimaneggiato dai compilatori al fine di sancire il superamento del principio (C. 8.54.2: *Si praediorum proprietatem dono dedisti ita, ut post mortem eius qui accepit ad te rediret, donatio valet, cum etiam ad tempus certum vel incertum ea fieri potest, lege scilicet quae ei imposita est conservanda*).

<sup>48</sup> C. 2.3.20 (*Imperatores Diocletianus, Maximianus*): *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur*.

<sup>49</sup> U. WESEL, *Zur dinglichen Wirkung*, cit., 104: «Wir bezeichnen das heute als *ex tunc*-Wirkung, eine Vorstellung, die den römischen Juristen explizit noch nicht geläufig war. Das heißt aber nicht, daß sie *ex tunc*-Wirkungen nicht kannten. Man denke nur an die prätorische *restitutio in integrum*».

propria tesi sono un frammento di Scevola e una costituzione dell'imperatore Caracalla:

D. 18.3.8 (Scaev. l. 7 dig.): *Mulier fundos Gaio Seio vendidit et acceptis arrae nomine certis pecuniis statuta sunt tempora solutioni reliquae pecuniae: quibus si non paruisset emptor, pactus est, ut arram perderet et inemptae villae essentiarum die statuto emptor testatus est se pecuniam omnem reliquam paratum fuisse exsolvere (et sacculum cum pecunia signatorum signis obsignavit), defuisse autem venditricem, posteriore autem die nomine fisci testato conventum emptorem, ne ante mulieri pecuniam exsolveret, quam fisco satisfaceret. Quaesitum est, an fundi non sint in ea causa, ut a venditrice vindicari debeant ex conventionem venditoris. Respondit secundum ea quae proponerentur non commisisse in legem venditionis emptorem.*

C. 4.54.1 (Imperator Antoninus): *Si ea lege praedium vendidisti, ut, nisi intra certum tempus pretium fuisset exsolutum, emptrix arras perderet et dominium ad te pertineret, fides contractus servanda est.*

Nel frammento riportato in D. 18.3.8, Scevola è interrogato circa la possibilità che il venditore agisca con *rei vindicatio* per rientrare in possesso di un bene venduto con *lex commissoria* a seguito dello spirare del termine per il pagamento del prezzo senza che lo stesso abbia potuto essere versato per causa a lui imputabile (*defuisse autem venditricem*). Il giurista risolve il caso escludendo che il comportamento dell'acquirente integri una violazione della *lex commissoria* (*non commisisse in legem venditionis emptorem*) e, dunque, non prende posizione in merito all'azione esercitabile per ottenere la restituzione del bene. Il riferimento all'*actio in rem* contenuto nella domanda (*ut a venditrice vindicari debeant*), tuttavia, è ritenuto da Wesel un indizio dell'effetto reale che si determinerebbe qualora il venditore –ricorrendone i presupposti– decidesse di avvalersi della *lex commissoria*.

Nella costituzione, l'imperatore Caracalla, rispondendo ad un'istanza avanzata da Claudia Diotima, afferma che, in caso di mancato pagamento del prezzo entro il termine stabilito (*'nisi intra certum tempus pretium fuisset exsolutum'*), l'acquirente perde le caparre versate e la venditrice deve ritenersi proprietaria del bene oggetto del contratto (*'et dominium ad te pertinere'*). La riconosciuta spettanza del diritto di proprietà è interpretata da Wesel come indice dell'efficacia reale del recesso: il venditore che sceglie di avvalersi della clausola determina la caducazione del contratto e, con esso, l'inefficacia della *traditio*; il diritto di proprietà, dunque, si ha per mai trasferito e compete all'originario titolare.

Gli Autori che sostengono l'efficacia meramente obbligatoria del patto, però, hanno obiettato che la fattispecie affrontata dai due passi in commento non è una vendita con *lex commissoria*, bensì un negozio arrale<sup>50</sup>, come dimostrato dalla menzione della caparra (*'emptrix arras perdet'*, *'et acceptis arrae nomine'*) e che, in D. 18.3.8, l'esplicito riferimento alla *rei vindicatio* è contenuto esclusivamente nel quesito dell'istante e non è ripreso nel *responsum*. Wesel, preso atto di queste obiezioni, le ritiene superabili in considerazione del fatto che i due frammenti, pur decidendo istanze provenienti dalle province orientali, sono formulati sulla base dei principi del diritto

---

<sup>50</sup> v. M. TALAMANCA, *La risoluzione*, cit., 21 nt. 59: «In questi passi, da un lato, traluce la tendenza, da parte dei giuristi e della cancelleria imperiale a travestire –più che a convertire– come una compravendita obbligatoria, accompagnata da *lex commissoria*, e da clausole che stabilissero la perdita dell'arra a carico del compratore inadempiente quello che in effetti è un tipico contratto arrale della cultura giuridica greca». v. anche F. WIEACKER, *'Lex'*, cit., 69: «Im übrigen bestimmt die Einführung dinglichen Rückfalls nicht das Bild der Kommissoriaquellen, von dem die älteren Erklärer ausgingen, als sie dingliche Resolutivbedingung behaupteten, C. 4.54.1 und D. 18.3.8. Die Vindikation in diesen Quellen beruht auf dem Aufbau hellenistischer Arrhalgeschäfte, die von Byzantinern bewußt zur Betonung der dinglichen Wirkung der *lex commissoria* verwendet wurden».

romano<sup>51</sup> e che, soprattutto, l'autore di D. 18.3.8, nel ridurre per iscritto il quesito propostogli, ha operato una consapevole qualificazione giuridica dalla quale è possibile desumere che egli, verosimilmente, ritenesse ammissibile l'efficacia reale della *lex commissoria*<sup>52</sup>.

La *rei vindicatio* è espressamente menzionata anche in una costituzione di Alessandro Severo:

C. 4.54.4 (*Imperator Alexander Severus*): *Commissoriae venditionis legem exercere non potest, qui post praestitutum pretii solvendi diem non vindicationem rei eligere, sed usurarum pretii petitionem sequi maluit.*

La cancelleria imperiale esclude che l'azione possa essere esperita dal venditore che, dopo la scadenza del termine per l'adempimento (*'post praestitutum pretii solvendi diem'*), abbia preferito agire per ottenere il prezzo e il versamento degli interessi (*'usurarum pretii petitionem sequi maluit'*). In questo caso, non solo il rescritto non sembra originare dall'istanza di un cittadino di una provincia orientale, ma il riferimento alla *rei vindicatio* è avanzato dalla stessa cancelleria imperiale<sup>53</sup>. Il passo, pertanto, è ritenuto dai sostenitori dell'efficacia reale quello maggiormente probante.

---

<sup>51</sup> U. WESEL, *Zur dinglichen Wirkung*, cit., 135: «Es besteht aber kein Zweifel, daß Caracalla wie Scaevola nach römischem Recht entscheidet, auch wenn die Anfrage aus der Provinz kommt. Nach römischem Recht handelte es sich hier ebenso wie bei Scaevola um eine *lex commissoria*».

<sup>52</sup> U. WESEL, *Zur dinglichen Wirkung*, cit., 134: «Wenn Scaevola dann dieses Verlangen mit *vindicari* übersetzt, muß er sich etwas dabei gedacht haben, muß er davon ausgegangen sein, daß die *lex commissoria* dingliche Wirkung hat».

<sup>53</sup> Le due circostanze sono ammesse anche dai sostenitori della tesi dell'efficacia obbligatoria. Sul punto, v. M. TALAMANCA, *La risoluzione*, cit., 23 nt. 61: «Nel caso, infatti, è proprio la cancelleria imperiale che fa riferimento alla *vindicatio* [...]; e, d'altro lato, è improbabile l'origine provinciale di Claudio Giuliano e

Il principale argomento avanzato in dottrina per escludere che C. 4.54.4 costituisca prova dell'efficacia reale del recesso del venditore è di carattere sistematico e si fonda sulla lettura congiunta del frammento in esame e di quello che immediatamente lo precede nel Codice:

C. 4.54.3 (*Imperator Alexander Severus*): *Qui ea lege praedium vendidit, ut, nisi reliquum pretium intra certum tempus restitutum esset, ad se reverteretur, si non precariam possessionem tradidit, rei vindicationem non habet, sed actionem ex venditi.*

Questo secondo rescritto, anch'esso proveniente dalla cancelleria di Alessandro Severo, pur inquadrando la fattispecie con un tenore letterale analogo (*praedium vendidit, ut [...] ad se reverteretur*), esclude che il venditore possa agire con *rei vindicatio* per ottenere la restituzione del bene compravenduto (*rei vindicationem non habet*) salvo che, alla conclusione del contratto, si sia limitato a trasferirlo a titolo di precario (*si non precariam possessionem tradidit*). Essendo i due frammenti coevi, la dottrina maggioritaria ha ritenuto di dover elaborare un'interpretazione in grado di conciliarne le apparenti contraddizioni; è infatti ritenuto improbabile, da un lato, che la cancelleria imperiale si sia pronunciata sul medesimo tema con esito a prima vista così diverso e, dall'altro, che i compilatori, nell'inserire i due provvedimenti nello stesso titolo del Codice, non siano intervenuti per appianare il contrasto. Leggendo in successione i due frammenti, quindi, alcuni Autori hanno sostenuto che il riferimento generale alla *rei vindicatio* contenuto nella c. 4 debba scontare gli stessi limiti imposti dalla c. 3 e che la mancata ripetizione degli stessi sia dovuta a

---

(Claudio?) Proculiano (forse si tratta di una persona sola con due *cognomina*), in quanto si è in presenza di un'onomastica tutta romana».

esigenze di brevità<sup>54</sup>: l'azione reale è dunque ammessa, in entrambi i casi, solo se il venditore, avendo consegnato la cosa a titolo di precario, non ha di fatto mai perso la proprietà. Wesel, riconosce che il passo in commento rappresenta il principale ostacolo alla tesi da lui proposta e, tuttavia, ne contesta l'interpretazione maggioritaria sostenendo che, in caso di consegna a titolo di precario, il precarista fosse legittimato passivo della *rei vindicatio* solo qualora la stessa fosse esperita da un soggetto diverso da colui che gli aveva concesso il diritto<sup>55</sup>. Egli inoltre avanza una ricostruzione critica del testo<sup>56</sup>: la pronuncia in esame sarebbe stata riferita alla vendita di un fondo italico, cioè di una *res mancipi*, cui

---

<sup>54</sup> v. *ibidem*: «da c. 4 non prova, in effetti, a favore della risoluzione con efficacia reale, tenendo presente che, nella precedente c. 3, la cancelleria di Alessandro Severo negava l'*actio in rem* al venditore, salvo che questi avesse trasmesso la cosa a titolo di precario. [...] Si è, dunque, indotti a pensare che la risoluzione ad effetti reali trovasse il suo fondamento nel complessivo contesto in cui s'inseriva la risposta della cancelleria, la quale non aveva bisogno di puntualizzare nella risposta stessa tutti gli elementi di fatto, che erano presenti all'istante che doveva usufruire del rescritto».

<sup>55</sup> U. WESEL, *Zur dinglichen Wirkung*, cit., 160 s.: «Denn wer einem anderen ein Prekarium einräumt, hat niemals die *rei vindicatio*, sondern nur das *interdictum de precario* [...] Der Prekarist ist als Interdiktenbesitzer zwar grundsätzlich für die *rei vindicatio* passivlegitimiert. Aber er ist es nicht gegenüber demjenigen, von dem er seinen prekaristischen Besitz herleitet». *Contra*, v. M. TALAMANCA (Recensione a F. PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte*, cit., 382), il quale, riferendo la medesima argomentazione avanzata da Peters, rileva come quest'ultimo non abbia dato conto della ricostruzione «radicata in dottrina» che, sulla base del disposto di Ulp. 16 *ad ed.* D. 6.1.9, amplia il novero dei legittimati passivi alla *rei vindicatio* includendovi non solo i possessori interdittali ma anche i semplici detentori, *actoris* o *alieno nomine*.

<sup>56</sup> Ricostruzione che M. TALAMANCA (Recensione a F. PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte*, cit., 389), definisce «spregiudicata» e non motivata da «oggettive ragioni, ma solo la necessità di raccordare il testo con il punto di vista sostenuto».



era seguita *mancipatio* e il compilatore, dato l'avvenuto superamento del negozio al momento in cui scriveva, l'avrebbe espunto dal testo e avrebbe riferito alla consegna a titolo di precario la disciplina originariamente pensata per la *traditio*<sup>57</sup>. La costituzione imperiale, dunque, avrebbe avuto lo scopo di escludere espressamente che l'efficacia reale del recesso potesse prodursi qualora il trasferimento di proprietà fosse avvenuto a mezzo del negozio astratto<sup>58</sup>. Si rileva però che questa interpretazione, difficilmente sostenibile alla luce del dato letterale del passo, non trova seguito in dottrina.

Analizzando le medesime fonti utilizzate da Wesel, Peters, pur ritenendo che, in caso di mera *traditio*, l'efficacia reale del recesso si producesse per la sopraggiunta caducazione della *insta causa traditionis*, esclude che tale caducazione operasse retroattivamente<sup>59</sup>. L'efficacia *ex nunc*, però, benchè compatibile con il tenore di alcuni passi in materia di *in diem addictio*<sup>60</sup>, appare –

---

<sup>57</sup> U. WESEL, *Zur dinglichen Wirkung*, cit., 162-163: «das Grundstück ein italisches, eine *res Mancipi* war. Denn für Provinzialgrundstücke gab es eine eigene *actio in rem*, die nie als *rei vindicatio* bezeichnet wird. Wenn dieser Teil der Kostitution von Alexander stammt [...] dann war ein italisches Grundstück verkauft worden. Die Antwort des Kaisers lautete dann: Wenn er das Grundstück nicht nur übergeben, sondern manzipiert hat, kann er nicht vindizieren, sondern nur mit der *actio venditi* klagen. Bei Alexander stand also etwa: *si non solum possessionem tradidit, sed Mancipio dedit*. [...] Nach justinianischem Recht übertrug schon die einfache *traditio* Eigentum an allen Grundstücke. Deshalb gingen die Kompilatoren bei ihrer Umsetzung eine Stufe zurück. Sie strichen die Manzipation und ersetzen die *traditio* durch die Übertragung des prekaristischen Besitzes».

<sup>58</sup> U. WESEL, *Zur dinglichen Wirkung*, cit., 163: «weil Grundlage der Entscheidung des Kaisers die abstrakte Natur der Manzipation war».

<sup>59</sup> F. PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte*, cit., 173 ss.

<sup>60</sup> E, in particolare: Ulp. 28 *ad Sab. D.* 18.2.4.3: *Sed et Marcellus libro quinto digestorum scribit pure vendito et in diem addicto fundo si melior condicio allata sit, rem pignori esse desinere, si emptor eum fundum pignori dedisset: ex quo colligitur, quod emptor*

come rileva la dottrina<sup>61</sup> – difficilmente conciliabile con il divieto di proprietà a tempo conosciuto dal diritto romano classico.

L'originalità della ricerca di Peters, tuttavia, sta nell'essersi spinto a riconoscere l'efficacia reale del recesso anche con riguardo ai beni trasferiti con *mancipatio*. Nell'avanzare tale proposta interpretativa, l'A. si trova a dover affrontare il problema dalla causa astratta della *mancipatio* e, soprattutto, della sua appartenenza agli *actus legitimi* che non tollerano l'apposizione di condizioni. Dovendo superare tale ostacolo, l'Autore, dopo aver osservato l'unilateralità della *mancipatio* (che per il suo compimento richiede una dichiarazione del solo acquirente), ipotizza che, nel caso di vendita di *res Mancipi*, il contenuto della *lex commissoria*, già parte del regolamento contrattuale obbligatorio, si traducesse anche in una

---

*medio tempore dominus est: alioquin nec pignus teneret.* Ulp. 8 disp. D. 20.6.3: *Si res distracta fuerit sic, nisi intra certum diem meliorem condicionem invenisset, fueritque tradita et forte emptor, antequam melior condicio offeretur, hanc rem pignori dedisset, Marcellus libro quinto digestorum ait finiri pignus, si melior condicio fuerit allata, quamquam, ubi sic res distracta est, nisi emptori displicuisset, pignus finiri non putet.* I due passi, che fanno riferimento all'opera di Marcello, affrontano il tema dell'efficacia del pegno costituito dall'acquirente '*antequam melior condicio offeretur*'. Il tenore letterale di entrambi sembra propendere per una cessazione *ex nunc* degli effetti del pegno che diverrebbe inefficace nel momento in cui il venditore decidesse di avvalersi della clausola: '*rem pignori esse desinere*', '*finiri pignus*'. U. WESEL (*Zur dinglichen Wirkung*, cit., 128 ss.), pur analizzando i frammenti in esame, non ritiene probanti i verbi '*desinere*' e '*finiri*' «haben die Römer nicht zwischen Wirkungen *ex tunc* und *ex nunc* unterschieden. Sie waren sich der Möglichkeit dieses Unterschiedes nicht bewußt. Daraus erklärt sich die Schillern der Terminologie».

<sup>61</sup> M. TALAMANCA, Recensione a F. PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte*, cit., 375: «il discorso svolto dal Peters in ordine alla risoluzione reale come conseguenza dell'avveramento della clausola di recesso nel caso la vendita fosse stata eseguita mediante *traditio* si mostra così seriamente in contrasto con una fonte, *Vat. Fragm.* 283, che l'A. non è riuscito ad interpretare in modo soddisfacente nell'ambito della propria ipotesi».

*lex mancipio dicta* pronunciata dal venditore durante la celebrazione dell'atto solenne. Concretizzandosi in una *nuncupatio*, la *lex commissoria* verrebbe dunque a costituire un limite estrinseco rispetto all'atto incondizionato posto in essere dall'acquirente. Questa ipotesi, pur suggestiva, sconta l'assenza di riscontri nelle fonti<sup>62</sup> e non ha avuto seguito in dottrina.

La dottrina maggioritaria<sup>63</sup>, infatti, avanzando gli argomenti sopra esposti, ritiene che l'esercizio della *lex commissoria* da parte del venditore producesse il solo effetto di imporre all'acquirente, qualora fosse divenuto proprietario, l'obbligo di restituire il bene e che, conseguentemente, al venditore fosse concessa solo un'azione *in personam*. In proposito, è però interessante osservare che tutte le fonti analizzate, limitandosi a previsioni di natura processuale<sup>64</sup>, non chiariscono le modalità di esecuzione di tale obbligo restitutorio qualora lo stesso non determini l'insorgenza di un contenzioso.

In coerenza con i principi generali del diritto romano classico in materia di trasferimento della proprietà, appare verosimile che in tali casi l'acquirente fosse tenuto non solo ad immettere nuovamente il venditore nel possesso del bene, ma anche a porre in essere un negozio traslativo idoneo a ripristinare lo *status quo ante*. È altresì ragionevole supporre che i compilatori, pur normalmente portati a rivisitare in chiave di diritto sostanziale i brani di stampo

---

<sup>62</sup> M. TALAMANCA (Recensione a F. PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte*, cit., 377) osserva addirittura che «l'A. si deve, praticamente, arrampicare sugli specchi per dimostrare l'esistenza di *leges mancipii* con il contenuto dell'*in diem addictio* o della *lex commissoria*».

<sup>63</sup> v. M. TALAMANCA, (*La risoluzione*, cit., 17 ss.), P. ZILLOTTO, (*Vendita*, cit., 483), W. FLUME (*Die Aufhebungsabred*, cit., 316).

<sup>64</sup> Scaev. 7 *dig.* D. 18.3.8: [...] *Quaesitum est, an fundi non sint in ea causa, ut a venditrice vindicari debeant ex conventione venditoris* [...]; C. 4.54.4: [...] *non vindicationem rei eligere* [...]; C. 4.54.3: [...] *rei vindicationem non habet* [...].

processualistico della giurisprudenza classica, non siano qui intervenuti in tal senso in ragione della sopravvenuta irrilevanza pratica del tema all'epoca della compilazione: tramontata la distinzione tra *res mancipi* e *nec mancipi*, infatti, la *traditio* del bene era sufficiente a far riacquistare al venditore tanto la disponibilità materiale, quanto la disponibilità giuridica del bene.

### ABSTRACT

L'articolo verte sulla *lex commissoria*, ossia la clausola del contratto di vendita in forza della quale, in diritto romano, il contratto poteva essere caducato ("*res inempta est*") su richiesta del venditore, qualora l'acquirente non avesse pagato il prezzo entro il termine convenuto. L'articolo affronta tre questioni relative a detta clausola. Innanzitutto, si occupa della qualificazione giuridica della *lex commissoria* operata dalle fonti romane. In secondo luogo, esamina la questione relativa al trasferimento di proprietà in caso di vendita con *lex commissoria*. Infine, tenta di fornire una risposta alla *vexata quaestio* dell'efficacia reale della clausola.

### PAROLE CHIAVE

vendita – *lex commissoria* – trasferimento della proprietà –  
efficacia reale

The paper deals with the so called *lex commissoria*, i.e. the clause of the contract of sale according to which, under Roman Law, the contract shall be terminated ("*res inempta est*") upon the vendor's request, if the buyer doesn't pay the price within the agreed term.

The paper covers three main topics related to said clause. First, it focuses on the legal qualification of the *lex commissoria* provided by Roman sources. Second, it examines the issue of transfer of ownership in the sale with *lex commissoria*. Third, it attempts to provide an answer to the *vexata quaestio* of whether or not the termination of the contract pursuant to *lex commissoria* entails the forfeiture of the conveyance of ownership.

KEYWORDS

sale – *lex commissoria* – transfer of ownership

ELENA MARELLI  
Cultrice della Materia  
Università degli Studi di Brescia  
Email: elena.marelli@unibs.it

