



TEORIA E STORIA DEL DIRITTO PRIVATO

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

Gianpiero Mancinetti

**Proculo, Gaio e l'assetto ulpiano nella
compravendita del vino:
*custodia tantum praestanda est***

Numero XIII Anno 2020

www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com

Proprietario e Direttore responsabile
Laura Solidoro

Comitato Scientifico

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

Redazione

P. Capone (Univ. Napoli Federico II), S. Cherti (Univ. Cassino), C. De Cristofaro (Univ. Salerno), N. Donadio (Univ. Milano), P. Pasquino (Univ. Salerno)

Segreteria di Redazione

C. Cascone, G. Durante, S. Papillo

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

Proculo, Gaio e l'assetto ulpiano nella compravendita del vino: *custodia tantum praestanda est*

SOMMARIO: 1. Il problema e le principali posizioni della dottrina – 1.1. La dottrina – 1.2. La *degustatio* – 1.3. La non esaustività degli effetti solitamente rilevanti – 2. Peculiari sviluppi con Proculo e Gaio – 2.1. Il momento della conclusione del contratto in Proculo – 2.2. I nuovi doveri in Gaio – 3. L'assetto ulpiano di *vendere vinum bona fide: id est quantum sine ipsius incommodo fieri potest operam dare, ut quam minime detrimento sit ea res emptori* – 3.1. *Custodia tantum praestanda est* – 3.2. *Certe antequam ad vindemiam fuerint dolia necessaria, debet avehi vinum* – 4. Conclusioni

1. Il problema e le principali posizioni della dottrina

1.1. La dottrina

Il tema dei doveri contrattuali impliciti ad un modello negoziale spesso è stato valutato in relazione a determinati doveri senza averne ampliato l'indagine ad un campo più vasto che invece potrebbe esserne coinvolto. Anzi proprio siffatta estensione appare una sufficiente base entro la quale poter non soltanto rintracciare nuovi assetti normativi ma riformulare il rapporto di questi con quelli più consueti. Nell'ambito della compravendita infatti si è soliti considerare già in epoca non avanzata i doveri accessori impliciti al contratto, per consolidata tradizione, anzitutto in riferimento alla garanzia per evizione della cosa

venduta¹. Viceversa la categoria di tali doveri è stata discussa in relazione ad un istituto che nella stessa di per sé non parrebbe potervi rientrare almeno rispetto agli effetti ad esso di solito ascritti. Al contrario invece soltanto la portata di taluni degli effetti prodotti sembrerebbe inquadrabile in essa, configurando per tale aspetto proprio in epoca classica un compiuto ed autonomo assetto sistematico. Ciò invero si è verificato in modo particolare nell'ambito della vendita del vino quale vendita di genere², allorché soltanto alcuni effetti della degustazione del

¹ Su cui si tenga anzitutto presente E.I. BEKKER, *Zur Lehre von der Evictionleistung*, in *Jahrbuch des gemeinen deutschen Rechts*, 6, 1863, 229 ss.; P.F. GIRARD, *La garantie d'éviction dans la vente consensuelle*, in *NRHD*, 8, 1884, 395 ss.; M. KASER, *Das Ziel der 'actio empti' nach Eviktion*, in *ZSS*, 54, 1934, 162 ss.; M. SARGENTI, *L'evizione nella compravendita romana*, Milano, 1960; A. CALONGE, *Evicción. Historia de un concepto y análisis de su contenido en el Derecho romano clásico*, Salamanca, 1968; G. IMPALLOMENI, *Il 'pactum de non praestanda evictione' nella dottrina di Giuliano ed Ulpiano e i riflessi nelle codificazioni moderne*, in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*, I, Milano, 1988, 233 ss.; H. ANKUM, *Alcuni problemi concernenti la responsabilità per evizione*, in *Atti dell'Accademia Peloritana dei Pericolanti*, 57, Messina, 1989, 6 ss.; ID., *Problemi concernenti l'evizione del compratore nel diritto romano classico. (La relazione fra le azioni spettanti al compratore in riguardo all'evizione: 'actio de auctoritate', 'actio ex stipulatu' basata su una 'stipulatio de evictione' e 'actio empti')*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del Congresso Internazionale Pisa-Viareggio-Lucca*, a cura di L. Vacca, I, Milano, 1991, 610 ss.; M. TALAMANCA, voce *Vendita (dir. rom.)*, in *Enc. dir.*, 46, Milano, 1993, 303 ss.; F.-J. CASINOS MORA, *Evicción y responsabilidad por evicción en Derecho romano*, Valencia, 2000; T. DALLA MASSARA, *Garanzia per evizione e interdipendenza delle obbligazioni nella compravendita romana*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. Garofalo, II, Padova, 2007, 277 ss.

² Per l'ammissione di tale tipologia contrattuale F.E. VASSALLI, *Delle obbligazioni di genere in diritto romano*, in *Studi Senesi*, 26, 1909, ora in *Studi giuridici*, III.1, Milano, 1960, 131 ss., 51 ss.; F. HAYMANN, *Haben die Römer den Gattungskauf gekannt?*, in *Jb. Jb.*, 1928-1929, 95 ss.; in senso diverso invece A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, II², Erlangen, 1879, 106, 696, 730; A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht. II. System des Kaufs nach gemeinem Recht*, Erlangen, 1884, 331 s.; H. DERNBURG, *Pandekten*, II, Berlin, 1900, 258; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig, 1901, 615; H. DERNBURG, *System des römischen Rechts (Pandekten)*, II⁸, Berlin, 1912, 258; E. SECKEL - E. LEVY, *Die Gefährtragung beim Kauf im klassischen römischen Recht*, in *ZSS*, 47, 1927, 122 ss.; P. KRÜCKMANN, *Einige Randfragen zum 'periculum emptoris'*, in *ZSS*, 59, 1939, 7 ss.; F. CASAVOLA, *Empio pondere numero mensura*, in *Scritti giuridici raccolti per il centenario della Casa editrice Jovene*, Napoli, 1954, 549 ss.; D. DAUBE, *Certainty of Price*, in *Studies in the Roman Law of Sale. Dedicated to the memory*

vino compravenduto sarebbero stati ricondotti all'alternativa tra il loro inserimento nell'assetto tipico del contratto ovvero entro un quadro pattizio meramente accidentale al contratto medesimo.

Occorre premettere che la tipologia di tale configurazione contrattuale è stata interpretata dalla dottrina prevalente, la quale ha avuto il suo apice nella sistemazione di Krückmann e trovato vaste adesioni nella riflessione successiva, configurandone l'appartenenza alla compravendita del «*genus limitato*»³. Siffatta conclusione però si è opposta ad una più risalente impostazione che invece riteneva l'ammissibilità del contratto anche rispetto al «*genus illimitato*»⁴, in base all'identificazione delle comuni qualità che formano la natura del gruppo relativo alla cosa.

Ma è proprio in rapporto alla prima concettualizzazione che appare rilevare particolarmente l'atto della degustazione, quale modo di limitazione del *genus* cui il vino appartiene. Infatti a fronte della

of F. de Zulueta, Oxford, 1959, 9 ss.; J.A.C. THOMAS, *Marginalia on 'certum pretium'*, in TR, 35, 1967, 77 ss.; M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 360 ss.

³ Krückmann invero, afferma l'ammissibilità soltanto della vendita del *genus* «limitato», quale certa quantità di *genus* da trarsi da una determinata partita, connettendo alla conclusione del contratto il momento rilevante dell'alterazione del vino e circoscrivendo il *periculum vini mutati* al previo pagamento del prezzo nonché alla sorte della proprietà della cosa: P. KRÜCKMANN, *Einige Randfragen*, cit., 7 ss. Già F. HAYMANN, *Textkritische Studien zum römischen Obligationenrecht. II. Periculum emptoris*, in ZSS, 41, 1920, 99 ss.; E. SECKEL - E. LEVY, *Die Gefahrtragung*, cit., 122 ss. La dottrina successiva, specialmente quella italiana (V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, I², Napoli, 1987, 121 ss.), mantiene una simile impostazione, nel rilevare come la compravendita potrebbe solo riguardare le cose determinate nella loro individualità o tali da poter essere individuate entro un gruppo (presente o futuro). Accanto a questa infatti si porrebbe la compravendita di cose fungibili da determinare o appunto «da attingere ad una più ampia provvista»: V. ARANGIO-RUIZ, *ead.*, I², 122. Secondo Betti, il momento decisivo per il trapasso «anticipato» del rischio contrattuale al compratore sarebbe proprio quello della *degustatio*, che per i classici concernerebbe «essenzialmente un fatto di autoresponsabilità»: E. BETTI, «*Periculum*». *Problema del rischio contrattuale in diritto romano classico e giustiniano*, in *Studi in onore di P. de Francisci*, I, Milano, 1956, 176 ss. Il rilievo fondamentale circa l'anticipazione della conseguenza della *degustatio* sembrerebbe dunque sempre risiedere nella conclusione del contratto.

⁴ F.E. VASSALLI, *Delle obbligazioni*, cit., ora in *Studi giuridici*, cit., III.1, 131 ss., 54.

determinazione quantitativa della prestazione nel numero delle singole anfore considerate si porrebbe il problema della valutazione relativa alla più ampia provvista da cui esse debbano poter essere prese. In quest'ultimo caso cioè si dovrebbe individuare quale fosse l'atto idoneo alla determinazione della tipologia della provvista che dovrebbe ricadere nella disciplina contrattuale: ad esempio la vendita di tutto il vino che si trova nella medesima cantina, ovvero di quello contenuto nelle singole giare sempre presenti nella cantina del venditore⁵. Tuttavia anche in assenza della determinazione quantitativa della prestazione l'atto di individuazione relativa alla tipologia della provvista per la dottrina in generale risulterebbe decisamente rilevante⁶. Nell'ambito della compravendita di genere⁷ infatti, l'assetto maturo della disciplina relativa alla *degustatio* del vino venduto nelle botti⁸, quale accertamento circa la qualità del vino stesso, conservato esente dalla formazione di *acor* e *mucor*, è stato interpretato facendo riferimento al perfezionamento del contratto e alle conseguenze derivanti dal pericolo di inacetimento del

⁵ Nell'ammettere la compravendita del vino quale compravendita di genere infatti F.E. VASSALLI, *Delle obbligazioni*, cit., ora in *Studi giuridici*, cit., III.1, 131 ss., 58 ss., adduce quale esempio proprio la vendita di mille anfore per un prezzo determinato, senza alcuna individuale determinazione delle singole anfore o di una più ampia provvista, da cui si debbano prendere, tratto da Pap. *Vat. fragm.* 16; nonché il caso di un'anfora di vino della cantina di Mevio e di un'anfora di vino Campano. Rispetto ad ulteriori casi della dicotomia descritta inoltre basti solo citare Proculo e Ulpiano: Proc. 3 *ex post. Lab.* D. 33.6.16: *qui vinum Surrentinum in urnalibus habebat diffusum, is tibi vinum legaverat in ampboris: omne illud quoque vinum, quod in urnalibus fuisset, legatum esse Labeo et Trebatius responderunt.* Ulp. 28 *ad Sab.* D. 18.6.1.1: *sed et custodiam ad diem mensurae venditor praestare debet: priusquam enim admetiatur vinum, [prope] quasi nondum venit: post mensuram factam, venditoris desinit esse periculum, et ante mensuram periculo liberatur, si non ad mensuram vendidit, [sed] forte amphoras, vel etiam singula dolia.*

⁶ Oltre a F. HAYMANN, *Textkritische Studien*, cit., 99 ss.; E. SECKEL - E. LEVY, *Die Gefährtragung*, cit., 122 ss., anche J. PARIS, *La responsabilité de la 'custodia' en droit romain*, Paris, 1926, 283 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, I, Napoli, 1952, 122; E. BETTI, «*Periculum*», cit., 176 ss.; M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 360 ss., 423 ss.

⁷ Per tutti cfr. F.E. VASSALLI, *Delle obbligazioni*, cit., ora in *Studi giuridici*, cit., III.1, 131 ss., 54 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., I, 122.

⁸ V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., I, 122.

vino⁹. E da tale prospettiva se ne è enucleata la specifica portata dogmatica o rispetto alla implicita derivazione dalla volontà contrattuale

⁹ Per cui, nonché più in generale, C. ARNÒ, *La teorica del 'periculum rei venditae' nel diritto romano classico*, in *Giur. it.*, XLIX, 1897, 209 ss.; F. HAYMANN, *Textkritische Studien*, cit., 99 ss.; E. RABEL, *Gefahrtragung beim Kauf*, in *ZSS*, 42, 1921, 543 ss.; J. PARIS, *La responsabilité*, cit., 283 ss.; E. SECKEL - E. LEVY, *Die Gefahrtragung*, cit., 204 ss.; P. KRÜCKMANN, *Einige Randfragen*, cit., 7 ss.; H. VOGT, *Zur Gefahrtragung bei Sklavenkauf*, in *Festschrift für P. Koschaker*, II, Weimar, 1939, 162 ss.; PH. MEYLAN, *'Periculum est emptoris'*, in *Festschrift für Th. Guhl*, Zürich, 1950, 9 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., I, 121 ss.; E. BETTI, «*Periculum*», cit., 176 ss.; G. PROVERA, *Sul problema del rischio contrattuale nel diritto romano*, in *Studi in onore di E. Betti*, III, Milano, 1962, 691 ss.; G. MACCORMACK, *'Custodia' and 'culpa'*, in *ZSS*, 89, 1972, 183 ss.; D. PAGSLEY, *D. 19.1.50: 'Periculum emptoris'*, in *TR*, 7, 1972, 381 ss.; M. HARDER, *Weinkauf und Weinprobe im römischen Recht*, in *Recht und Wirtschaft in Geschichte und Gegenwart. Festschrift für J. Bärmann*, München, 1975, 17 ss.; G. MACCORMACK, *'Periculum'*, in *ZSS*, 96, 1979, 132 s.; W. ERNST, *'Periculum est emptoris'*, in *ZSS*, 99, 1982, 216 ss.; B.W. FRIER, *Roman Law and the Wine Trade: The Problem of 'Vinegar Sold As Wine'*, in *ZSS*, 100, 1983, 257 ss.; I. MOLNÁR, *'Periculum emptoris' im römischen Recht der klassischen Periode*, in *'Sodalitas'. Scritti in onore di A. Guarino*, V, Napoli, 1984, 2236 ss.; F. PETERS, *'Periculum est emptoris'*, in *'Iuris Professio'. Festgabe für M. Kaser*, Wien-Köln-Graz, 1986, 211 ss.; R. ROBAYE, *L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain*, Bruxelles, 1987, 377 ss.; G. THIELMANN, *'Traditio' und Gefährübergang*, in *ZSS*, 106, 1989, 292 ss.; M. SARGENTI, voce «*Rischio*» (*dir. rom.*), in *Enc. dir.*, 60, Milano, 1989, 1126 ss.; N. OLSZAK, *'Emptio ad gustum': la vente à la dégustation, de l'antiquité à l'article 1587 du code civil*, in *TR*, 58, 1990, 361 ss.; R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Cape Town, 1990, 284 ss., che afferma esplicitamente: «acor and mucor was a specific risk connected with the purchase of wine; nevertheless, this risk normally passed to the purchaser with the conclusion of the sale, in accordance with emptio perfecta periculum est emptoris» (p. 285); M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 449 ss.; M.M. BENITEZ LOPEZ, *La venta de vino y otras mercancías en la jurisprudencia romana*, Madrid, 1994, 103 ss.; M. PENNITZ, *Die Gefahrtragung beim Weinverkauf im klassischen römischen Recht*, in *TR*, 62, 1994, 251 ss.; M. TALAMANCA, *Considerazioni sul 'periculum rei venditae'*, in *Sem. Compl.*, 7, 1995, 217 ss.; M. BAUER, *'Periculum emptoris'. Eine dogmengeschichtliche Untersuchung zur Gefahrtragung beim Kauf, Schriften zur Europäischen Rechts und Verfassungsgeschichte*, Berlin, 1998; M. PENNITZ, *Das 'Periculum rei venditae': ein Beitrag zum aktionenrechtlichen Denken im römischen Privatrecht*, Wien-Köln-Weimar, 2000; E.C. SILVEIRA MARCHI, *'Periculum rei venditae' e 'periculum dotis aestimatae'*, in *Labeo*, 47, 2001, 384 ss.; É. JAKAB, *'Periculum' und 'Praxis'. Vertragliche Abreden beim Verkauf von Wein*, in *ZSS*, 121, 2004, 189 ss.; M. SCOGNAMIGLIO, *Note su sinallagma condizionale e 'periculum rei*

delle parti che potrebbe essere revocata solo a seguito di una espressa manifestazione di volontà orientata in senso contrario, ovvero all'inverso in relazione alla necessità della ricorrenza in ogni circostanza della esternazione di una previsione pattizia.

In modo particolare, sottolineando la usuale ricorrenza del rischio di insorgenza dell'*acor* e del *mucor*, infatti da tale fatto secondo Yaron se ne dovrebbe dedurre il carattere naturale e implicito della *degustatio* medesima operata da parte del compratore. Pertanto il rischio contrattuale in seguito a tale accertamento sarebbe passato al compratore dal momento della conclusione del contratto stesso¹⁰.

A tale impostazione invece si è contrapposto l'aspetto esclusivamente accidentale delle clausole di degustazione presenti nelle fonti. Infatti, considerando che il *periculum vini mutati* alluderebbe soltanto ad un *damnum vini mutati*, poiché si tratterebbe di una mera degradazione e non di effettivo perimento della merce e appartenente pertanto ad un ambito diverso da quello del *periculum rei venditae*, tale danno non graverebbe sul compratore dalla conclusione del contratto. In tale prospettiva le parti conserverebbero la piena disponibilità di scegliere tra la *mensura* e la *degustatio*¹¹ e da queste derivare gli effetti. Inoltre si è definita la *degustatio*

venditae nel diritto romano, in *La compravendita*, cit., II, 173 ss.; É. JAKAB, *Risikomanagement beim Weinkauf. 'Periculum' und 'Praxis' im 'Imperium Romanum'*, München, 2009.

¹⁰ Per Yaron in effetti, la *degustatio* sarebbe un elemento naturale del contratto, implicito allo stesso. Così, allorché il rischio di *acor* e *mucor* sarebbe stato sempre presente, sarebbe stato anche molto usuale comprare vino soggetto all'approvazione da parte del compratore e ci sarebbero stati pertanto molti buoni casi per impiegare la *degustatio* implicita del *vinum amphorarium* come per quella del *vinum doliare*. A meno della condizione, il rischio contrattuale sarebbe passato al compratore dal momento della conclusione del contratto, con l'unica limitazione del dovere di custodia da parte del venditore: R. YARON, *Sale of Wine*, in *Studies*, cit., 71 ss.

¹¹ Opposta al rilievo circa il carattere del tutto usuale e implicito della degustazione, infatti si colloca la considerazione inversa concernente l'aspetto invece esclusivamente accidentale delle clausole di degustazione. Il *periculum vini mutati* indicando solo il *damnum vini mutati* in quanto mera degradazione e non effettivo perimento della merce non rientrando nel *periculum rei venditae*, e quindi non gravando sul compratore tra la conclusione del contratto e l'inizio della produzione degli effetti, consentirebbe la libera disponibilità delle parti, nella misura in cui sarebbe stata lasciata ai contraenti la scelta tra

un «elemento accidentale» del contratto collocato nel contesto della conclusione dello stesso, esclusivamente nell'ambito di rilevanza della vendita del *genus* «limitato». Pertanto il *periculum vini mutati* non afferirebbe al tema del *periculum* contrattuale, e solo dal momento della *degustatio* eventualmente decisa dalle parti il *periculum acoris et mucoris* sarebbe stato imputato all'acquirente stesso. Viceversa in sua assenza il *periculum* sarebbe gravato sul compratore dal momento della conclusione del contratto¹².

mensura e degustatio: L. MANNA, *Sul significato di Fr. Vat. 16 in tema di «periculum rei venditae»*, in *Atti del seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*, II, Milano, 1990, 251 ss.

¹² Infatti ad una considerazione ancora più consapevole e compiuta su questo piano, è giunto Talamanca, allorché definisce la *degustatio* un «elemento accidentale» del contratto e la colloca nel contesto della conclusione dello stesso. Sottolineando come nell'ambito della vendita del *genus* «limitato», il *periculum vini mutati* non afferirebbe al tema del *periculum*, la *degustatio* del compratore costituirebbe proprio un elemento accidentale del contratto, a partire dal quale il *periculum acoris et mucoris* era imputato all'acquirente stesso, mentre in sua assenza il *periculum* gravava sul compratore dal momento della conclusione del contratto. La *degustatio* pertanto sarebbe potuta avvenire in qualsiasi tipo di vendita e questa non sarebbe stata conclusa fino alla degustazione. Secondo l'autore i riferimenti dalle fonti sul rapporto tra *degustatio* e *admensio* sarebbero contrastanti: ma quando l'*admensio* valeva come *traditio* anche il rischio della *mutatio vini* sarebbe passato al compratore, mentre la *signatio* diventerebbe irrilevante sia ai fini della *degustatio* sia per quelli della *traditio*: M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 361 ss., 423 ss.; ID., *Considerazioni*, cit., 236 ss. Nel quadro dei patti *in continenti*, è inserito il c.d. *pactum degustationis* da parte di L. HERNÁNDEZ-TEJERO, *Pactos añadidos a la compraventa*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje a J.L. Murga Gener*, Madrid, 1994, 565 ss., che sottolinea: «era análogo al *Pactum disciplinae* pero tenía aplicación más específica ya que, habitualmente, se aplicaba a las compraventas de vino. En virtud de este pacto el comprador quedaba autorizado a llevar a cabo la oportuna comprobación de que el vino tenía las cualidades deseadas. Comprobación que debía ser llevada a cabo, objetivamente, por un hombre de reconocida honradez, *boni viri arbitratu*» (p. 569). In una prospettiva non diversa infine si colloca la recente valutazione circa l'*aversio*, la quale sarebbe una clausola che farebbe acquistare il bene nello stato in cui si trova, con esonero da parte del cedente dalla responsabilità per la presenza di determinate caratteristiche o qualità del bene. Ciò comporterebbe l'assunzione di tutti i rischi da parte dell'*emptor*, salvo appunto *pactum degustationis* per cui il venditore dovrebbe *praestare* il vino immune da *acor* e *mucor*, oltre alla custodia, quale correttivo che mantiene inalterato l'equilibrio tra i rispettivi interessi delle parti: N. DE MARCO, *L'aversio: una clausola dell'«emptio venditio» e della 'locatio conductio'*, in *Index*, 28, 2000, 355 ss.

Per ritenere che la degustazione così descritta fosse un costante elemento implicito al contratto tuttavia occorrerebbe escludere la rilevanza di quelle fonti che invece attestano la sussistenza di patti volti a circoscrivere il termine dell'atto di accertamento della degustazione. Inoltre patti diretti ad allocare in seguito a ciò diversamente il pericolo di verifica del danno relativo alla produzione di *acor* e *mucor*.

E al fine di poter configurare la ricorrenza dell'elemento accidentale del contratto occorrerebbe escludere la *degustatio* da quelle attestazioni ove essa sembra insistere sulla qualità del vino quale prestazione del contratto che può diversificarsi e degradarsi rispetto alla conclusione del contratto stesso anche per ragioni naturali.

Così di fronte a tali limiti parrebbe del tutto giustificato il tentativo di ricercare ancora quale fosse il contenuto della regolamentazione contrattuale entro cui effettivamente poter inquadrare in modo più valido l'istituto della degustazione allorchè concludesse il contratto. E sembrerebbe consentito di individuare quali effetti giuridici specifici ed ulteriori rispetto a quelli di solito enucleati esso potesse produrre rispetto alla compravendita di vino contenuto nelle botti del venditore, senza che le parti avessero previsto alcuna misurazione di questo.

1.2. La 'degustatio'

A tal fine e riguardo particolarmente a quest'ultimo aspetto basti brevemente considerare intanto su un piano generale la definizione paolina della *degustatio* e a seguire la disciplina pomponiana dell'atto di degustazione stessa nonché la plausibile ragione di essa quale parrebbe emergere dagli ulteriori passi riportati

Paul. *ad ed. libri lxxxv* fr. 506 Lenel = Paul. 33 *ad ed.* D. 18.1.34.5: *alia causa est degustandi, alia metiendi: gustus enim ad hoc proficit, ut improbare liceat, mensura vero non eo proficit, ut aut plus aut minus veneat, sed ut appareat, quantum ematur.*

Pomp. *ad Sab. libri xxxv* fr. 505 Lenel = Pomp. 6 *ad Sab.* D. 33.6.2.1: *si centum amphorae quas velles tibi legatae sint, ex testamento agendo consequi potes,*

ut degustare tibi liceat: aut, quanti interfuerit licere tibi degustare, ad exhibendum agere potes.

Cels. *dig. libri xxxix* fr. 163 Lenel = Ulp. 23 *ad Sab.* D. 33.6.3.1: *si vinum legatum sit, videamus, an cum vasis debeatur? et Celsus inquit, vino legato, etiamsi non sit legatum cum vasis, vasa quoque legata videri: non quia pars sunt vini vasa, quemadmodum emblemata argenti, scyphorum forte vel speculi, sed quia credibile est, mentem testantis eam esse, ut voluerit accessioni esse vino amphoras: et sic (inquit) loquimur, habere nos amphoras mille, ad mensuram vini referentes. in doliis non puto verum: ut, vino legato, et, dolia debeantur, maxime si depressa in cella vinaria fuerint; aut ea sunt, quae per magnitudinem difficile moventur. in cuppis autem sive cuppulis puto admittendum, et ea deberi: nisi pari modo immobiles in agro, veluti instrumentum agri erant. vino legato, utres non debebuntur; nec culeos quidem deberi dico.*

Iul. *dig. libri xc* fr. 240 Lenel = Iul. 15 *dig.* D. 33.6.5: *cum certus numerus amphorarum vini legatus esset ex eo, quod in fundo Semproniano natum esset, et minus natum esset, non amplius deberi placuit et quasi taxationis vicem obtinere haec verba 'quod natum erit'.*

Paolo, inserendo la riflessione sulla funzione della degustazione a seguito del discorso sulla validità della compera della cosa propria, subito contrappone il ruolo della *degustatio* proprio a quello svolto dall'*admensio*. Infatti mentre la degustazione serve affinché si possa approvare quanto si è comprato – per una proposta –, la misurazione invece non è finalizzata a che la quantità di quanto venduto vari in più o in meno, bensì a che si accerti la quantità della cosa venduta.

Non evidenziando motivi di critica alla genuinità del testo¹³, giustamente la letteratura ha rilevato in relazione alla degustazione la

¹³ In relazione alla l. 34.4, D. 18.1, S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II², Roma, 1928, 275, nt. 2, ritiene non autentica la vendita del possesso di cosa del compratore. Altresì C. LONGO, *Corso di diritto romano. La compravendita*, Milano, 1937, 333; A. CARCATERRA, *I negozi giuridici sulla cosa propria*, in *AUBA*, 18, 1940, [estr.] 3 ss. Tuttavia giustamente C. RUSSO RUGGERI, «*Suae rei emptio consistere non potest*», in *'Sodalitas'*, cit., VI, Napoli, 1984, 2836, ha evidenziato che lo scopo del negozio non fosse solo quello

facoltà dell'acquirente di acconsentire ovvero di dissentire circa la qualità della merce compravenduta, fino al punto di recedere dal contratto medesimo¹⁴. Infatti *improbare* parrebbe riferirsi a criteri di fatto, prestabiliti ed oggettivi¹⁵. Viceversa la misurazione non avrebbe la

di far conseguire al compratore la *possessio rei*, ma la sua validità sarebbe stata ammessa soprattutto qualora «il venditore avesse sulla *res emptoris* un possesso tale che gli avrebbe permesso di uscire vittorioso da un'eventuale controversia possessoria, che il *dominus*, cioè, non avrebbe avuto la possibilità di recuperare: un possesso, dunque, in definitiva, almeno nei suoi confronti, non vizioso». Anche V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., I², 129, ritiene la validità del negozio circa la cosa in proprietà del compratore, qualora lo scopo fosse stato quello «di far passare in lui il possesso del quale eventualmente fosse sfornito, evitandogli così di dover sostenere la parte di attore nella *rei vindication*». Altresì M. TALAMANCA, *Contributi alla palingenesi della giurisprudenza romana, I. Dig. 18.1.34 e la struttura del lb. 33 'ad edictum' di Paolo*, in *Estudios en homenaje de A. Calonge*, II, Salamanca, 2002, 999 ss. Rispetto a D. 18.1.34.5, invece cfr. soprattutto E. SECKEL - E. LEVY, *Die Gefahrtragung*, cit., 158; CH. APPLETON, *Les risques dans la vente et les fausses interpolations*, in *RHD*, 6, 1927, 201, che evidenzia come la compravendita nel caso fosse subordinata alla degustazione favorevole per cui «d'une manière générale, la tradition acceptée par l'acheteur, met fin à la faculté de dégustation stipulée»; G. VON BESELER, *Romanistische Studien*, in *TR*, 8, 1928, 288; F. DE ZULUETA, *The Roman Law of Sale*, Oxford, 1945, 58, nt. 8; R. YARON, *Sale*, cit., 75; J.A.C. THOMAS, *'Marginalia' on 'certum pretium'*, in *TR*, 35, 1967, 85, nt. 39; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², München, 1971, 353, nt. 68; M. HARDER, *Weinkauf*, cit., 24, nt. 47; B.W. FRIER, *Roman Law*, cit., 281, ntt. 95, 96; N. OLSZAK, *Emptio*, cit., 373; C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, in *Iura*, 43, 1992, 18, nt. 63; M.M. BENITEZ LOPEZ, *La venta*, cit., 133 s.; M. PENNITZ, *Die Gefahrtragung*, cit., 259, 281, 279, nt. 125; 289, nt. 160; M.L. PELUSO, «*Si acetum pro vino veneat*», in *Index*, 25, 1997, 668, nt. 24; 669, nt. 34; E. WOLFGANG, *Gattungskauf und Lieferungskauf im römischen Recht*, in *ZSS*, 114, 1997, 305; É. JAKAB, «*Vinum effundere*» in *Ulp. D.18.6.1.3*, in *ZSS*, 116, 1999, 76, nt. 28.

¹⁴ M. HARDER, *Weinkauf*, cit., 24, nt. 47, che afferma la possibilità di recesso dal contratto; M.M. BENITEZ LOPEZ, *La venta*, cit., 134, la quale evidenzia che «la degustación era la práctica que autorizaba al comprador para aceptar o rechazar el vino y, por tanto, la venta».

¹⁵ Come evidenziato, in D. 18.1.34.5, infatti Paolo non utilizza *displicere* o *placere*, che si riferirebbero esclusivamente al gusto soggettivo del compratore: B.W. FRIER, *Roman Law*, cit., 282; altresì K. MISERA, *Der Kauf auf Probe im klassischen römischen Recht*, in *ANRW*, II.14, Berlin-New York, 1982, 561; N. OLSZAK, *Emptio*, cit., 373, il quale nota ulteriormente: «on peut déjà remarquer que le juriconsulte se préoccupe seulement dans ce texte de comparer les effets de la dégustation et du mesurage et qu'il est dès lors logique qu'il ne s'embarrasse pas de détails sur la dégustation elle-même». Per essi sarebbe determinante l'effetto della nullità della vendita conseguente all'eventuale

medesima funzione perfezionativa del contratto, in quanto essa non potrebbe essere diretta a modificare una quantità già configurata al momento della conclusione del contratto, bensì solo a far emergere ai fini probatori la quantità della cosa quale fissata nell'accordo delle parti. Così soltanto la degustazione integrerebbe l'atto in grado di incidere sulla conclusione del contratto, in quanto si inserisce in un momento successivo all'accordo su una proposta, perfezionandolo ovvero ponendolo nel nulla, almeno in relazione alla specificazione da esso derivante.

La determinazione della più ampia provvista rispetto alla prestazione in virtù dell'atto di degustazione posto in essere dall'acquirente, pertanto sembra idonea a produrre l'effetto descritto dal testo pompeiano: se cento anfore ti siano state legate quali vorresti, agendo con l'*actio ex testamento* puoi ottenere il permesso di degustazione, ovvero puoi agire con l'*actio ad exhibendum* per quanto fu tuo interesse la concessione della liceità di degustare¹⁶.

Secondo Marrone «contrapporre l'*actio ex testamento* all'*actio ad exhibendum*, dicendo che la prima tende alla *degustatio* e la seconda all'*id quod interest*, vuol dire porre a confronto due azioni da punti di vista eterogenei: il fine che si propone l'attore, per l'*actio ex testamento*; il criterio di valutazione della *condemnatio*, per l'*actio ad exhibendum*»¹⁷.

improbatio. Differentemente F. DE ZULUETA, *The Roman Law*, cit., 58, nt. 8; R. YARON, *Sale*, cit., 75, che parlano di condizioni puramente potestative.

¹⁶ Sul testo di D. 33.6.2.1, soprattutto G. VON BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, I, Tübingen, 1910, 42; E. SECKEL - E. LEVY, *Die Gefahrtragung*, cit., 209, nt. 5; G. VON BESELER, *Romanistische Studien*, cit., 305 s.; A. D'ORS Y PÉREZ-PEIX, *Optio servi*, in *AHDE*, 18, 1947, 204; M. MARRONE, *Actio ad exhibendum*, in *AUPA*, 26, 1958, 212 s.; J. BURRILLO, *Contribuciones al estudio de la 'actio ad exhibendum' en derecho clasico*, in *SDHI*, 26, 1960, 244 s.; F.M. DE ROBERTIS, *Quanti res est – Id quod interest' nel sistema della Compilazione (Contributo alla dottrina del risarcimento del danno nel diritto giustiniano)*, in *SDHI*, 32, 1966, 121, nt. 34; M. PENNITZ, *Die Gefahrtragung*, cit., 262, nt. 50; 282, nt. 135.

¹⁷ M. MARRONE, *Actio*, cit., 212, il quale con A. D'ORS Y PÉREZ-PEIX, *Optio*, cit., 204, propone di cancellare la frase finale del frammento *aut – potes*, differentemente da G. VON BESELER, *Beiträge*, cit., I, 42, che invece ritiene di dover espungere i tratti *ex testamento – consequi potes* e *aut – degustare*.

Tuttavia le due *actiones*, la prima *in rem*¹⁸ e la seconda collegata alla legittimazione passiva del convenuto nella *vindicatio*, appaiono divergere. Ciò accade non tanto per lo scopo cui esse tendono, in quanto l'esito del loro esperimento sarebbe comunque l'effettuazione dell'atto della degustazione da parte dell'attore, bensì in relazione alla quantità oggetto della degustazione stessa.

Al contrario soprattutto i due rimedi sembrano divaricarsi in ragione della collocazione temporale della degustazione. Infatti mentre non vi sarebbero limitazioni particolari a seguito dell'esperimento dell'*actio ex testamento*, viceversa l'esercizio dell'*actio ad exhibendum* parrebbe circoscrivere l'atto della degustazione proprio alle cento anfore oggetto specifico del legato *per damnationem*.

Ma per quello che interessa particolarmente evidenziare in questa sede, risulta del tutto probante il testo pomponiano, allorché esplicita che la degustazione sarebbe connessa all'esperimento di azioni che immettono comunque l'attore nella facoltà (*licere*) di compiere la degustazione del vino. Come conseguenza dell'*actio ex testamento* ovvero quale presupposto dell'*actio ad exhibendum*.

E la differenza quantitativa rilevata oltreché la diversa collocazione temporale dell'atto appare giustificata dal fatto stesso di essere la degustazione medesima a produrre un effetto obbligatorio. Ciò accade senza che fosse stato ancora concluso il contratto di compravendita e derivante dalla legittimazione stessa alla degustazione nell'*actio ex testamento*, limitatamente al contratto oggetto del legato nell'*actio ad*

¹⁸ Come sostenuto in dottrina in tal caso il *thema decidendum* offerto al giudice però riguardava la titolarità dell'*hereditas* in questione, per l'erede «fondandosi puramente e semplicemente sulla propria qualità di erede» nonché regolando il rendiconto della gestione delle cose ereditarie fra il possessore e l'erede medesimo e non più tendente al solo recupero delle singole cose ereditarie ovvero ad affermare il loro *dominium*: pertanto essa, nel caso descritto da Pomponio, ben poteva trasferire la sola legittimazione a concludere il contratto di compravendita il quale fosse stato iniziato soltanto dalla proposta del convenuto possessore attuale del vino e rivolta all'acquirente erede. Per tutti basti cfr. P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*. VI. *Le successioni. Parte generale*, Città di Castello, 1930, 424 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, 702 ss.

exhibendum e configurando la differente legittimazione passiva nei due casi.

Pertanto nella circostanza del contratto di compravendita già concluso, importando l'*actio ad exhibendum* il risarcimento di *quanti interfuerit licere tibi degustare*, si può ragionevolmente ritenere che la conseguenza della degustazione in assenza di misurazione della prestazione fosse del tutto peculiare. E si può opinare come non fosse propriamente ed esclusivamente la disciplina del trasferimento del *periculum acoris et mucoris* al compratore che avrebbe presupposto il passaggio del *dominium* a quest'ultimo qualora esso si fosse esteso ad *omne periculum*¹⁹.

Viceversa, come risulta dal contenuto della condanna dell'azione concessa, sembrerebbe lecito individuare la costituzione di un effetto obbligatorio che nella circostanza avrebbe legittimato l'attore al risarcimento. E tale effetto parrebbe doversi ascrivere proprio alla conclusione del contratto cui l'atto di degustazione aveva dato luogo.

I testi di Celso e Giuliano appaiono non solo confermare quanto evidenziato da Pomponio, bensì consentono di aggiungere ulteriori elementi determinanti.

Nel frammento di Ulpiano che riporta il pensiero di Celso si afferma che qualora fosse stato legato il vino, ancorchè non sia stato legato con i vasi, sembrano legati anche questi: non perché i vasi siano parte del vino, come le mostre lo sono dell'argento, o forse di tazze o di specchi, ma perché è credibile che la mente del testatore sia stata nel senso che le anfore fossero accessori del vino; e così afferma Celso parliamo di avere noi mille anfore riportandosi alla misura del vino. Per le botti poi Ulpiano afferma che non crede vero che legandosi il vino si debbano anche le botti, specialmente se furono calate nella cantina; o siano tali che stante la grandezza difficilmente si muovano. Per i coppi poi, o piccoli coppi, crede doversi ammettere che siano ancora dovuti: se in pari modo non fossero nel fondo immobili come attrezzi di esso.

¹⁹ Per tale configurazione cfr. Gai. 10 *ad ed. prov.* D. 18.1.35.7; Paul. 5 *ad Sab.* D. 18.6.5.

Legatosi il vino, gli otri non saranno dovuti, e nemmeno dice che siano dovuti i barili²⁰.

Così, per quello che interessa particolarmente in tale circostanza, essendo stato studiato il passo sovente in ordine alla *mens* del testatore²¹, da un lato le anfore possono essere considerate accessori del vino ed essere vendute con il loro contenuto²², evidenziandosene la sua stessa misura. Al contrario d'altro lato le botti che siano calate nella cantina o le quali siano tali che stante la grandezza difficilmente si muovano, così come i barili, non sono accessori del vino. Pertanto la degustazione che avvenga per il vino contenuto nelle botti, insiste su una provvista che è maggiore dell'eventuale misura e che in sé, ossia nel suo recipiente, non può essere tendenzialmente asportata.

²⁰ Sul frammento cfr. soprattutto P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*. II.1. *La proprietà*, Roma, 1926, 147; 186, nt. 1; ID., *Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana* («*Res mancipi*» e «*res nec mancipi*»), in *Scritti giuridici varii*. II. *Proprietà e servitù*, Torino, 1926, 253; B. KÜBLER, «*Res mobiles*» und «*immobiles*», in *Studi in onore di P. Bonfante*, II, Milano, 1930, 348; R. YARON, *Sale*, cit., 75 s.; M. KASER, *Zur juristischen Terminologie der Römer*, in *Studi in onore di B. Biondi*, I, Milano, 1965, 111, nt. 60; R. ASTOLFI, *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*, II, Padova, 1969, 90 s., 143 s.; P. MADDALENA, «*Accedere*» e «*cedere*» nelle fonti classiche, in *Labeo*, 17, 1971, 173 s.; S. ZAZZERA, *Brevi note sul legato di vino*, in *Labeo*, 18, 1972, 349, nt. 13; V. SCARANO USSANI, *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano. Studi su Nerazio e Celso*, Napoli, 1979, 157 s.; C. ORIO, *Lasciti di «usus fructus» in funzione di rendita*, in *Index*, 9, 1980, 241, nt. 13; T. HONORÉ, *Some Suggestions for the Study of Interpolations*, in *TR*, 49, 1981, 242, nt. 104; B.W. FRIER, *Roman Law*, cit., 258, nt. 5; H. HAUSMANINGER, *Zur Legatsinterpretation des Celsus*, in *Iura*, 35, 1984, 26 s., 44; K. MISERA, *Akzesion und Surrogation zufolge einer 'adiudicatio'*, in *ZSS*, 103, 1986, 402, nt. 97; T. GIARO, *Dogmatische Wahrheit und Zeitlosigkeit in der römischen Jurisprudenz*, in *BIDR*, 90, 1987, 60, nt. 200; M. TALAMANCA, *Recensione a Iura. Rivista internazionale di diritto romano ed antico*, 35, 1984, in *BIDR*, 91, 1988, 848; E. KARABÉLIAS, *Recensione a Iura. Rivista internazionale di diritto romano ed antico*, 35, 1984, in *RHD*, 68, 1990, 129; N. OLSZAK, *Emptio*, cit., 371, nt. 54; M. PENNITZ, *Die Gefahrtragung*, cit., 262, nt. 50; M.M. BENITEZ LOPEZ, *La venta*, cit., 111 s.; R. WILLVONSEDER, *Roms Juristen und der Wein*, in *Turisprudentialis universalis*. *Festschrift für Th. Mayer-Maly*, Köln-Weimar-Wien, 2002, 885 s.

²¹ Per cui questa sarebbe ricavata dai *verba*. H. HAUSMANINGER, *Zur Legatsinterpretation*, cit., 26 s., 44; M. TALAMANCA, *Recensione a Iura. Rivista*, cit., 848; E. KARABÉLIAS, *Recensione a Iura. Rivista*, cit., 129.

²² R. YARON, *Sale*, cit., 75 s.

Nel testo di Giuliano, considerato autentico dalla critica interpolazionistica e tratto dal titolo *empti vendit*²³, si afferma che essendosi legato un determinato numero di anfore di vino di quello che si fosse fatto nel fondo Semproniano, e se ne fosse stato fatto meno, piacque non doversene di più e stare in luogo tassativo queste parole: ‘il quale si farà’²⁴.

Il vino considerato ai fini dell’individuazione della provvista può risultare inferiore rispetto alla previsione di una determinata quantità. Ma secondo Giuliano, individuata una determinata provvista, questa qualora fosse risultata inferiore alla previsione non può essere compensata attraverso l’aggiunta di vino di differente qualità, al fine di raggiungere la misura stabilita nel legato.

E tale considerazione risulta del tutto conforme alla valutazione pomponiana. Per questa infatti mentre l’accertamento derivante dalla misurazione non può determinare una variazione quantitativa rispetto a quella stabilita, viceversa la degustazione fissa il livello qualitativo della provvista da cui poter attingere, quale che essa fosse. Tuttavia ai fini della compravendita anche quest’ultima avrebbe dovuto essere determinata nella sua complessiva quantità proprio allo scopo di poterne fissare il relativo prezzo, valido per l’intera provvista considerata. E da ciò quindi sarebbe derivata la conseguenza di poterne poi trarre eventualmente la misura effettiva, la *pars*, della prestazione o delle prestazioni, qualora in tal modo prevista²⁵.

Pertanto concluso il contratto di compravendita allorché fosse intervenuta la degustazione, la provvista così stabilita avrebbe potuto subire delle variazioni quantitative durante lo svolgimento del rapporto contrattuale per variegati motivi. Ma come emerso dalla considerazione pomponiana l’atto stesso della degustazione produce un effetto

²³ P. PESCANI, *Il piano del Digesto e la sua attuazione*, in *BIDR*, 77, 1974, 334.

²⁴ S. ZAZZERA, *Brevi note*, cit., 349, nt. 13; P. PESCANI, *Il piano*, cit., 334; A. MURILLO VILLAR, *El riesgo en el legado (Del Derecho romano al Código civil)*, Burgos, 1993, 30 ss.; M. PENNITZ, *Die Gefährtragung*, cit., 262, nt. 50.

²⁵ Gai. 10 *ad ed. prov.* D. 18.1.35.7: *sed et si ex doleario pars vini venierit, veluti metretae centum, verissimum est (quod et constare videtur) antequam admetiatur, omne periculum ad venditorem pertinere: nec interest, unum pretium omnium centum metretarum an semel dictum sit, an in singulos eos.*

obbligatorio proprio in relazione all'oggetto fissato dalla degustazione medesima.

Quest'ultimo di conseguenza non solo vincolerà le parti del contratto per il tempo successivo alla degustazione, senza però insistere di necessità sulla sola dimensione quantitativa della misura della prestazione, bensì deriverà direttamente dall'atto compiuto da parte del compratore che determina espressamente quale sia la provvista da cui successivamente poter attingere.

1.3. *La non esaustività degli effetti solitamente rilevanti*

Se le conseguenze della degustazione, quale atto di determinazione della provvista da cui attingere la cosa compravenduta, stando alla riflessione della giurisprudenza classica sul tema, appaiono quelle ora evidenziate, ne deriva un risultato. Residua cioè uno spazio sufficiente per riconsiderare i principali punti di vista della dottrina circa la qualificazione e gli effetti prodotti anzitutto dalla *degustatio* medesima: prima di tutto in relazione all'esaustività di quelli finora enucleati.

E tenendo anche conto di come la dottrina abbia validamente evidenziato che l'obbligo di *tradere possessionem* equivarrebbe all'obbligazione di *rem restituere*²⁶, si può procedere a verificare se effettivamente le caratteristiche fin qui richiamate corrispondessero allo specifico modo di costruzione del contratto quale elaborato dai giuristi romani nel suo assetto maturo. Infatti – come sarà possibile notare in seguito – occorrerà fornire una ragionevole spiegazione all'affermazione ulpiana per la quale *si aversione vinum venit, custodia tantum praestanda est*. Ovvero sarà anche opportuno appurare se dall'atto della degustazione non fossero sanciti doveri ulteriori ed autonomi da quello di prestazione, e rispetto ai quali valutare la dicotomia concettuale proposta dalla letteratura in ordine alla degustazione medesima e alla esaustività degli effetti da essa a questa ricondotti.

²⁶ M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 448 s.

2. Peculiari sviluppi con Proculo e Gaio

2.1. Il momento della conclusione del contratto in Proculo

Occorre comunque partire dalla considerazione di una fattispecie che pur contemplando la rilevanza dell'*acor* e del *mucor*, tuttavia non prevede alcun atto di degustazione. L'interesse del venditore alla vendita del vino che in un contratto sia stato venduto *exceptis acidis et mucidis* al compratore è puntualmente disciplinato da Proculo, infatti in un senso che parrebbe escludere la rilevanza di un qualsivoglia dovere ulteriore rispetto a quello di prestazione assunto dal venditore stesso

Proc. inc. fr. 96 Lenel = Pomp. 9 *ad Sab.* D. 18.6.6: *si vina emerim exceptis acidis et mucidis et mihi expediat acida quoque accipere, Proculus ait, quamvis id emptoris causa exceptum sit, tamen acida et mucida non venisse: nam quae invitus emptor accipere non coetur, iniquum esse non permitti venditori vel alii ea vendere.*

Se infatti Ego abbia comprato una provvista di vino, ad eccezione di quello che divenisse inacetito od ammuffito, ed abbia interesse a ricevere anche quello inacetito, Proculo asserisce che, sebbene tale vino sia stato eccettuato nell'interesse del compratore, tuttavia il vino inacetito od ammuffito non è stato venduto: afferma che è iniquo, infatti, non permettere al venditore di vendere magari ad altri quel vino che quel compratore non potrebbe essere costretto ad accettare contro la sua volontà²⁷.

²⁷ Sul passo soprattutto E. SECKEL - E. LEVY, *Die Gefahrtragung*, cit., 206, nt. 1; G. VON BESELER, *Romanistische Studien*, cit., 295; R. YARON, *Sale*, cit., 74 s.; B.W. FRIER, *Roman Law*, cit., 277, nt. 77; 280, nt. 89; I. MOLNÁR, 'Periculum', cit., 2244; G. THIELMANN, *Traditio*, cit., 297; N. OLSZAK, 'Emptio', cit., 373, nt. 63; H. VAN DE WOUW, *Brocardica Danelmensia*, in *ZSS*, 108, 1991, 256; H. TROFIMOFF, *L'option de séance et l'"in diem addictio" légales dans le droit syro-romain arabe de la vente*, in *RIDA*, 40, 1993, 388, nt. 136; M.M. BENITEZ LOPEZ, *La venta*, cit., 107 s.; M. PENNITZ, *Die Gefahrtragung*, cit., 252, nt. 5; 279 e nt. 124; H. TROFIMOFF, *Le précaire et sa revocation dans la vente provençale*, in *RHD*, 73, 1995, 527, nt. 43; M.L. PELUSO, *Si acetum*, cit., 667, nt. 19; 668, nt. 25.

Il testo di non facile lettura occorre di una puntualizzazione preliminare rispetto ad elementi piuttosto sicuri che emergono da esso.

Anzitutto l'assetto di interessi diviso dalle parti nella conclusione del contratto risulta incentrato su una precisa provvista di vino la quale escluda quella suscettibile di divenire aceto o di fare muffa. Il che allora avviene in ragione della qualità del vino rispetto alla quale nel momento della conclusione del contratto è configurato un prezzo determinato. Si tratterebbe del vino che per sua natura si conserva così com'è, salvo al limite la previsione di spese solo preventivabili.

Inoltre in un momento successivo rispetto alla conclusione del contratto il compratore matura l'interesse ad ottenere anche il vino che nel frattempo fosse divenuto inacidito ed ammuffito, evidentemente al medesimo prezzo precedentemente stabilito.

Ancora il giurista afferma che, rispetto allo stesso contratto, il compratore non potrebbe essere costretto ad accettare quel vino eccettuato contro la sua volontà. Ciò quindi avviene in ragione del prezzo stabilito e non dell'attuale qualità del vino inacidito ed ammuffito che egli invece ora sarebbe disposto a ricevere secondo l'attuale contratto.

Infine il giurista prende in considerazione l'eventualità in base alla quale il venditore fosse interessato a vendere codesta partita di vino magari (*vel*) a terzi i quali fossero disposti ad acquistare per una nuova somma complessiva maggiore la medesima partita di vino, sebbene di minore qualità e tuttavia necessaria a far fronte per esempio ai bisogni non personali bensì relativi agli *operarii* lavoratori alle proprie dipendenze. Una simile evenienza infatti risulta attestata fin da Catone²⁸.

²⁸ Cat. agr. c.26: *ad vindemiam quae opus sunt ut parentur*. 1. *Fac ad vindemiam quae opus sunt ut parentur: vasa laventur, corbulae sarciantur picentur, dolia quae opus sunt picentur; quom pluet, quala parentur sarciantur, far molatur, maenae emantur, oleae caducae salliantur*. 2. *Uvas miscellas, vinum praeliganeum quod operarii bibant, ubi tempus erit legito; suc[c]um puriter omnium dierum pariter in dolia dividito; si opus erit, defrutum indito in mustum de musto lixivo coctum, partem quadragesimam addito defruti vel salis sesquilibram in culleum*. 3. *Marmor in indes, in culleum libram indito; id indito in urnam, misceto cum musto; id indito in doleum. Resinam si indes, in culleum musti p(ondo) III bene communito, indito in fiscellam et facito uti in doleo musti pendeat; eam quassato crebro, uti resina co[n]deliquescat*. 4. *Indideris defrutum aut marmor aut resinam, dies*

Ciò premesso, a parte i sospetti avanzati da Beseler²⁹, la letteratura non ha dubitato circa l'autenticità del frammento. Ma sono state spesso evidenziate le difficoltà che la fattispecie presenta. Da Seckel-Levy³⁰ e da Yaron³¹ infatti si è notato anzitutto che non si tratterebbe di un caso di *emptio ad gustum*, e che la situazione riflessa nel frammento sarebbe molto singolare. In questa il compratore vorrebbe acquisire anche il vino deteriorato, mentre il venditore vi si opporrebbe, per cui si aggiunge: «usually one would find the wishes of the parties to be just the opposite»³². È dato che la volontà delle parti avrebbe dovuto risultare inversa, se ne deduce la peculiarità della situazione di fatto che sottenderebbe il caso deciso da Proculo, ma a noi non pervenuta³³. Oppure si è enucleata la forma della clausola della compravendita tale da spostare efficacemente tutti i rischi di deterioramento del vino sul venditore fino alla consegna³⁴. Ovvero ancora, si è pervenuti all'illazione che la formalità della clausola contrattuale rispecchierebbe «la inflexibilidad propia de la antigua *mancipatio*»³⁵. O infine si è ritenuto come la clausola integrerebbe un patto di risoluzione del contratto «a sua volta sospensivamente condizionato», per cui al verificarsi della

XX permisceto crebro, tribulato cotidie. Tortivum mustum circumcidaneum suo cuique dolio dividito additoque pariter. Infatti in c.26 Catone afferma che per la vendemmia si dovranno lavare i tini, riparare e impeciare i canestri, le giare che occorrono, e mettere sotto sale le olive cadute a terra. Quando sarà tempo, bisognerà cogliere le uve miste per farne vino di seconda scelta – quindi anche quello inasprito dopo – da dare da bere ai lavoratori e distribuire accuratamente nelle giare in quantità uguale il succo raccolto tutti i giorni. Infine si dice che qualunque prodotto si sia aggiunto, sapa o polvere di marmo o resina, per venti giorni sarà necessario rimescolare spesso la mistura e agitarla energicamente ogni giorno. Così occorrerà ripartire il mosto di torchiatura, tratto dalla seconda spremitura, in parti uguali per ogni giara e versarlo nel rispettivo recipiente.

²⁹ G. VON BESELER, *Romanistische Studien*, cit., 295.

³⁰ E. SECKEL - E. LEVY, *Die Gefahrtragung*, cit., 206, nt. 1.

³¹ R. YARON, *Sale*, cit., 74.

³² R. YARON, *Sale*, cit., 74.

³³ R. YARON, *Sale*, cit., 74.

³⁴ B.W. FRIER, *Roman Law*, cit., 280, nt. 89.

³⁵ M.M. BENITEZ LOPEZ, *La venta*, cit., 108.

condizione, la parte che avesse già effettuato la sua prestazione potrà chiederne la restituzione con l'azione contrattuale³⁶.

Si può convenire con la letteratura più risalente nel ritenere che dal testo non emergerebbe alcun riferimento ad una clausola di degustazione e pertanto nemmeno al *pactum displicentiae*. Infatti nel frammento si afferma come il compratore abbia interesse a ricevere anche quello inacetito, contrariamente a quanto prescritto nella disciplina contrattuale, anch'essa però stabilita nell'interesse del compratore. Ma Proculo poi asserisce che, sebbene tale vino fosse stato eccettuato nell'interesse del compratore, tuttavia si deve ritenere che il vino inacetito od ammuffito non sia stato venduto. Il contenuto normativo del contratto, per il giurista, deve prevalere nel caso sull'interesse attuale – solo analogo al gradimento espresso sulla qualità della cosa –, del compratore.

Tuttavia non sembra convincente l'ulteriore valutazione per cui la situazione riflessa nel frammento sarebbe a tal punto singolare, da far supporre una sottesa e sconosciuta fattispecie a noi non pervenuta. Ciò si verificherebbe allorché non potrebbero essere adottati ragionevoli argomenti volti a spiegare la circostanza per la quale mentre il compratore vorrebbe acquisire anche il vino deteriorato, invece il venditore vi si opporrebbe, dato che usualmente la volontà delle parti avrebbe dovuto risultare inversa. E nemmeno sembra persuasiva la considerazione per cui l'obiettivo della disposizione fosse quello di effettuare una traslazione del rischio di deterioramento del vino sul venditore.

Nel primo caso infatti il venditore si oppone in quanto indubbiamente troverebbe più vantaggioso rivendere la quantità di vino deteriorata ad altri piuttosto che persistere nella vendita attuale alle condizioni determinate in sede di conclusione del contratto. Pertanto la situazione di fatto presente a Proculo risulta del tutto evidente e oltretutto valorizzata anche al livello della motivazione che il giurista

³⁶ Già A. BURDESE, voce *Vendita (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, 20, Torino, 1975, 600 e nt. 4, per cui il patto a favore del compratore è stato letto alla stregua di un *pactum displicentiae*; M.L. PELUSO, '*Si acetum*', cit., 667, nt. 19; 668, nt. 25.

fornisce al suo responso. La soluzione è nel senso che il vino inacetito od ammuffito deve ritenersi che non sia stato venduto. E nella motivazione afferma come sia iniquo non permettere al venditore di vendere magari ad altri «quel» vino che «quel compratore» non potrebbe essere costretto ad accettare contro la sua volontà: *nam quae invitus emptor accipere non cogetur*. Il riferimento è del tutto concreto ed è rapportato alle specifiche condizioni contrattuali stabilite alla conclusione del contratto con l'attuale compratore. La situazione di fatto pertanto risulta del tutto evidente: l'interesse attuale del compratore ad acquisire anche il vino deteriorato e quello invece contrario del venditore interessato a vendere ad altri il vino divenuto deteriore.

Il complesso di tali attuali interessi delle parti però appare confliggere con la disciplina determinata in sede contrattuale: una regolamentazione la quale esclude la rilevanza contrattuale del vino divenuto aceto e quindi la sussistenza di un dovere di conservazione gravante sul venditore che il compratore avrebbe dovuto retribuire³⁷. E quest'ultimo aspetto pertanto si opporrebbe anche all'evenienza di uno spostamento complessivo del rischio di deterioramento del vino sul venditore fino alla consegna, nel secondo caso considerato, in quanto la normazione esclude proprio la possibilità di consegna.

Infine parrebbe del tutto congetturale l'argomento, come ritenuto, per cui la prevalenza della formalità della clausola contrattuale rispecchierebbe «la inflexibilidad propia de la antigua *mancipatio*»³⁸. Come emergerà in seguito, proprio perché la disciplina del contratto è ribadita da Proculo, l'effetto di essa, al contrario, sembra rispecchiare non già la rigidità dell'antica *mancipatio*, bensì esclusivamente una realtà normativa che sarebbe maturata solo in un secondo momento e non ha

³⁷ Infatti la fattispecie considerata non impone al venditore il dovere di conservazione del vino successivamente alla conclusione del contratto al fine di evitare il danno dell'inacetimento e della formazione della mucillaggine, importando per lui gli oneri e le relative spese e impone al compratore solo l'acquisto di un vino non deteriorato per cui però non dovrebbe rifondere le spese al venditore, in quanto la disciplina ne elimina la rilevanza contrattuale. L'attività di manutenzione dei *dolia* rileva fin dal *de agri cultura* di Catone che qui basta solo richiamare: c.156; c.121; c.29; c.162; c.75; c.76; c.77; c.78.

³⁸ M.M. BENITEZ LOPEZ, *La venta*, cit., 108.

potuto avere accesso alla volontà espressa dalle parti nella conclusione del contratto. Si tratta in sostanza degli interessi delle parti maturati dopo la contrattazione, che non trovano riscontro nel tenore esplicito del contratto, ma che il giurista trova *iniquum* non considerare al livello della stessa regolamentazione contrattuale. Pertanto Proculo, dando rilevanza all'assetto soltanto contemporaneo del contratto invece che avvalersi della risalente forma mancipatoria, da questo punto di vista, asserisce in modo innovativo l'effetto di far ottenere al venditore da un terzo un prezzo più vantaggioso rispetto a quello convenuto nell'attuale contratto. Ciò infatti proprio al fine di tutelare e meglio salvaguardare quegli interessi insorti successivamente alla conclusione del contratto stesso e che non troverebbero più spazio nella esplicita disciplina in esso configurata.

I limiti delle interpretazioni riferite pertanto possono essere superati qualora la lettura della fattispecie contenuta nel frammento assuma il punto di vista dell'interesse del venditore alla prestazione del prezzo e non quello esclusivo del suo dovere di prestazione nei confronti del compratore come invece fatto finora. Infatti, pur emergendo l'interesse del compratore ad ottenere il vino deteriorato, tuttavia esso non include quello ad evitare il danno al vino compravenduto mediante il processo di inacetimento e la formazione delle mucillaggini, in quanto tale interesse è tenuto fuori dal contratto: *si vina emerim exceptis acidis et mucidis et mihi expediat acida quoque accipere*. La disciplina è costituita nell'interesse del compratore, sicché lo stesso interesse lo porterebbe successivamente ad accettare quanto previsto in senso negativo proprio nel contratto. Nella dinamica specifica del contratto consensuale dunque il contenuto normativo di una eventuale clausola dovrebbe poter essere riformato in sede giudiziale. Ma il giurista asserisce il contrario: *Proculus ait, quamvis id emptoris causa exceptum sit, tamen acida et mucida non venisse*. Egli riconosce lo stesso interesse del compratore, tuttavia ribadisce l'originaria volontà contrattuale: il vino inacetito od ammuffito non è stato venduto.

Proculo così parrebbe respingere l'interesse attuale del compratore: l'originario divieto posto nell'interesse del compratore serve a comprimere l'interesse attuale del compratore stesso per produrre viceversa un vantaggio nei confronti del venditore. Il meccanismo di tale

disciplina risulta intellegibile solo che lo si legga mediante il prisma dell'interesse del venditore e dei suoi riflessi sul compratore. Infatti a partire dalla disciplina contrattuale l'interesse del compratore di ricevere vino non danneggiato dall'inacetimento o dalle mucillaggini, dovrebbe apparire altresì ancorato al risarcimento delle eventuali – eppure più che probabili – spese sostenute dal venditore al fine di evitare il danno. Solo che tali spese, a ben vedere, se previste solo al momento della conclusione del contratto, per un verso risulterebbero in modo esclusivo quelle astrattamente configurabili in via preventiva. Ma nel contratto si prevede invece di più: *si vina emerim exceptis acidis et mucidis*. Il vino che per le ragioni espresse risultasse poi danneggiato, non sarebbe decurtato in virtù delle spese effettuate, bensì non rientrerebbe proprio nell'ambito contrattuale. La posizione del venditore pertanto, da questo punto di vista e durante lo svolgimento del rapporto contrattuale, dovrebbe risultrarne del tutto svantaggiata, qualora invece il dovere di conservazione fosse stato rilevante e risultato ben più oneroso del previsto. Egli infatti non potrebbe agire autonomamente, come avevano viceversa prescritto anche Trebazio e Labeone³⁹, per il risarcimento delle spese, ma essendovi una previsione contrattuale nel senso delle sole spese preventivate, a questa il giudice avrebbe dovuto necessariamente attenersi nella sua valutazione.

Così risalta il dato per cui l'interesse del compratore che non è quello di evitare il danno dell'inacetimento e delle mucillaggini al vino compravenduto, non venga circoscritto nell'ambito di un atto che il compratore stesso produce sulle botti contenenti il vino. Al contrario esso è determinato fin dall'inizio al momento della conclusione del contratto e mediante una disciplina contrattuale esplicita: *si vina emerim exceptis acidis et mucidis*. Rispetto a tale configurazione, successivamente, il giurista considera l'evoluzione dello stesso interesse del compratore per cui egli avesse maturato l'interesse a ricevere anche il vino inacetito od ammuffito. Ovviamente, stando al tenore del contratto che ne esclude la rilevanza, il fatto per il quale egli si troverebbe a non dover versare l'ammontare delle spese, seppure previsto o meno che fosse alla

³⁹ Cfr. Ulp. *lib. 32 ad ed. D. 19.1.13.22.*

conclusione del contratto e quand'anche tale ammontare fosse viceversa lievitato successivamente, appare assumere comunque rilievo. Esso sembra possa costituire cioè una ragionevole base al fine di non avvalersi della disciplina contrattuale redatta proprio nel suo interesse ma in un momento precedente.

In sostanza, in modo del tutto chiaro, il giurista confronta un interesse esplicitamente dedotto al momento della conclusione del contratto con quello invece rilevato in un secondo momento per cui il compratore possa maturare un interesse contrario a quello manifestato e non enucleato espressamente nel contratto. Tale secondo interesse è però sacrificato al fine di tutelare la posizione del venditore e in definitiva il suo diritto ad ottenere da un terzo un prezzo più vantaggioso al lordo del risarcimento del dovere di conservazione da lui comunque eventualmente assunto in sede contrattuale. Egli secondo Proculo pertanto può trattenerne il vino inacetito rispettando il principio relativo all'*id quod actum est* quale sancito nell'attuale contratto.

La volontà contrattuale manifestata dalle parti nell'ambito del contratto attuale serve a respingere la presente richiesta del compratore: l'iniquità, o meglio correggere l'iniquità – *iniquum esse* –, in effetti sembra proprio rappresentare il baricentro della soluzione nonché della motivazione di essa adottata da Proculo. E si è potuto notare che tale iniquità appare esattamente discendere dalla configurazione espressa data dalle parti al contratto: la determinazione della prestazione nei suoi parametri qualitativi al momento della conclusione del contratto. Il che parrebbe escludere pertanto la rilevanza dell'assunzione di qualsivoglia dovere di conservazione autonomamente assunto da parte del venditore al fine di evitare il danno dell'inacetimento del vino compravenduto e della formazione in esso delle muffe. E sancire la mancata possibilità per il venditore di un recupero neppure parziale delle probabili ed eventuali spese relative sostenute durante lo svolgimento del rapporto contrattuale. Infatti la volontà iniziale divisata dalle parti concerneva solo la consegna da parte del venditore di una non meglio determinata quantità di vino la quale avesse escluso quello divenuto inacidito od ammuffito. Ed esclusivamente sulla base di siffatto carattere naturale della prestazione sembra commisurato il prezzo concordato alla

conclusione del contratto. Il caso invero prevede solo: *si vina emerim exceptis acidis et mucidis*.

Questa appare la ragione fondamentale per cui il giurista trasforma una disciplina contrattuale redatta nel presumibile interesse del compratore al momento della conclusione del contratto, in una valutazione dell'attuale interesse del venditore. In sostanza in tale circostanza il dovere di prestazione del venditore risulta non più compatibile con la volontà manifestata nell'attuale contratto mentre esso potrebbe essere assorbito a suo vantaggio in un futuro contratto. La norma che così il giurista intende applicare mira a sacrificare l'interesse attuale del compratore che esplicitamente sarebbe esentato dal pagamento delle eventuali spese di conservazione non avvalendosi della disciplina posta nel suo stesso interesse. E invece risulta orientata a salvaguardare il diritto di retribuzione implicito al dovere di conservazione del venditore non tutelabile nell'attuale contratto. Infatti egli afferma: *nam quae invitus emptor accipere non coetur*. In virtù del contratto, il compratore non potrebbe essere costretto ad accettare contro la sua volontà il vino che fosse inacetito o ammuffito. Evidentemente si tratta di un'enfatizzazione al fine di oscurare e sanzionare l'accertata volontà attuale del compratore che viceversa vorrebbe non avvalersi più di quanto stabilito nel contratto. E tuttavia l'argomentazione proculiana, anche da questo punto di vista, non risulta retorica. La differenza tra una futura vendita con un terzo soggetto e il contratto attuale appare proprio risiedere nell'impossibilità di recuperare le plausibili spese sostenute da parte del venditore in ottemperanza del suo virtuale dovere di conservazione secondo l'attuale contratto, e viceversa la possibilità di computarle nel prezzo concordato con il nuovo acquirente in un futuro contratto.

Tale disciplina sembra possibile in quanto secondo Proculo il dovere di conservazione del venditore circa la fornitura di vino non inacetito od ammuffito può essere del tutto incluso nel suo stesso dovere di prestazione: infatti per lui il vino inacetito od ammuffito non è stato proprio venduto nel primo contratto. Ma della dinamica relativa al dovere di conservazione rimane comunque traccia allorché si tratti di dover valutare l'effettivo attuale interesse del venditore stesso,

consentendogli la giusta possibilità di rivendere il medesimo vino ad un prezzo più vantaggioso. Infatti l'interesse attuale del compratore si incentra soltanto sul suo presunto diritto di ottenere una prestazione anche di minore qualità allo stesso prezzo concordato nella conclusione del contratto. Tuttavia la decisione del giurista permette al venditore di trattenere e rivendere il vino a terzi, con la possibilità di recuperare le eventuali spese effettuate in ragione del dovere di conservazione computandole nel nuovo prezzo. L'obiettivo della decisione di Proculo pertanto sembra essere proprio quello di tutelare il venditore al fine di poter recuperare le probabili spese sostenute per la conservazione del vino, consentendo un prezzo più vantaggioso con un terzo.

2.2. *I nuovi doveri in Gaio*

Se nella formulazione di Proculo non risulta alcun dovere di conservazione assunto dal venditore in quanto assorbito nel suo stesso dovere di prestazione al fine di garantire il suo medesimo diritto alla prestazione del prezzo, presso i giuristi della opposta scuola le cose cambiano. Infatti al contrario la coscienza della sua irrilevanza fa insorgere ulteriori doveri accessori e una diversa disciplina a questi conseguente rispetto al caso della sussistenza del dovere di conservazione. Invero Gaio fa leva sulla consapevolezza da parte del venditore circa la durata della qualità del vino nel tempo, potendo quest'ultima anche prescindere dalla peculiare manutenzione presso le botti del venditore

Gai. re. cott. (sive aur.) libri vii fr. 500 Lenel = Gai. 2 cott. re. D. 18.6.16: si vina quae in doliis erunt venierint eaque, antequam ab emptore tollerentur, sua natura corrupta fuerint, si quidem de bonitate eorum adfirmavit venditor, tenebitur emptori: quod si nihil adfirmavit, emptoris erit periculum, quia sive non degustavit sive degustando male probavit, de se queri debet. plane si, cum intellegeret venditor non duraturam bonitatem eorum usque ad eum diem quo tolli deberent, non admonuit emptorem, tenebitur ei, quanti eius interesset admonitum fuisse.

Il giurista in effetti afferma – nella prima fattispecie considerata – come qualora fosse stato venduto del vino, che si trova nelle giare, e se tale vino, per sua natura, fosse andato a male prima che venisse portato via dal compratore, il venditore sarà tenuto nei confronti del compratore, se però avesse dichiarato la buona qualità del vino. Nella seconda invece Gaio asserisce che qualora il venditore, all'opposto, non abbia dichiarato nulla, il rischio e pericolo graverà sul compratore, perché quest'ultimo deve imputare a sé l'accaduto, sia che non abbia proceduto all'assaggio, sia che l'abbia fatto male. Certo – continua ancora Gaio in una terza fattispecie –, se il venditore non abbia avvertito il compratore, pur rendendosi conto che la buona qualità del vino non si sarebbe mantenuta fino al termine in cui lo si sarebbe dovuto ritirare, egli sarà tenuto nei confronti del compratore nella misura dell'interesse di quest'ultimo ad essere avvertito⁴⁰.

⁴⁰ Sul testo soprattutto A. DE MEDIO, *La responsabilità del venditore per l'esistenza di servitù sul fondo alienato, nel diritto romano classico*, in *BIDR*, 16, 1904, 75; F. HAYMANN, *Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache*, Berlin, 1912, 152 s.; ID., *Textkritische Studien*, cit., II, 109, 154; A. GUARNERI CITATI, *Studi sulle obbligazioni indivisibili nel diritto romano*, in *AUPA*, 9, 1921, 38, nt. 3; B. BIONDI, 'Actiones stricti iuris', in *BIDR*, 32, 1922, 65, nt. 4; E. ALBERTARIO, *Ancora sulle fonti dell'obbligazione romana*, in *RIL*, 59, 1926, ora in *Studi di diritto romano*, III, Milano, 1936, 95 ss. [estr.], 28; CH. APPLETON, *Les risques dans la vente et les fausses interpolations*, in *RHD*, 6, 1927, 205 s.; E. SECKEL - E. LEVY, *Die Gefabrtragung*, cit., 211; G. VON BESELER, *Romanistische Studien*, cit., 296; V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità Contrattuale in Diritto Romano*², Napoli, 1933, 68, nt. 1; P. KRÜCKMANN, 'Periculum emptoris', in *ZSS*, 60, 1940, 24 s.; E. BETTI, *Lezioni di diritto romano. Rischio contrattuale – atto illecito – negozio giuridico*, Roma, 1958-1959, 96 ss.; J.G. WOLF, 'Error' im römischen Vertragsrecht, Köln, 1961, 133 ss.; D. MEDICUS, 'Id quod interest'. Studien zum römischen Recht des Schadensersatzes, Köln-Graz, 1962, 149 s.; E. BETTI, *Zum Problem der Gefabrtragung bei zweiseitig verpflichtenden Verträgen*, in *ZSS*, 82, 1965, 8; S. TAFARO, «Pars rei» e «proprium quiddam», in *Labeo*, 18, 1972, 194, nt. 10; M. HARDER, *Weinkauf*, cit., 26 s.; CH. WOLLSCHLÄGER, *Das eigene Verschulden des Verletzten im römischen Recht*, in *ZSS*, 93, 1976, 133, nt. 101; TH. MAYER-MALY, 'De se queri debere', 'officia erga se' und Verschulden gegen sich selbst, in *Festschrift für M. Kaser*, München, 1976, 238 s., 240, 249; P. PESCANI, *Ancora sui manoscritti del Digesto*, in *BIDR*, 82, 1979, 178; G. MACCORMACK, 'Periculum', cit., 134, nt. 28; 136, nt. 37; PH. DIDIER, *Les diverses conceptions du droit naturel à l'oeuvre dans la jurisprudence romaine des 2^e et 3^e siècles*, in *SDHI*, 47, 1981, 201 e nt. 18; B.W. FRIER, *Roman Law*, cit., 278 ss.; R. ASTOLFI, *I libri tres iuris civilis di Sabino*, Padova, 1983, 118 s., nt. 136; I. MOLNÁR, 'Periculum', cit., 2245; A. WATSON, *Slavery and the Development of Roman Private Law*, in

Superati i maggiori dubbi di autenticità del testo⁴¹, la letteratura ha letto il brano gaiano sotto differenti aspetti. Il che è avvenuto dalla ricorrenza o meno dell'*error in substantia*⁴²; alla rilevanza sempre espressa⁴³ ovvero implicita⁴⁴ della clausola di degustazione la cui inosservanza costituirebbe «une véritable négligence»⁴⁵ e viceversa l'ottemperanza della quale permetterebbe al compratore di poter rifiutare il vino⁴⁶; oppure all'evenienza del *quanti interest admonitum fuisse*, ricorrente nella riflessione gaiana⁴⁷.

Però ha spesso evidenziato come il frammento attesterebbe una fattispecie di deterioramento del vino quale caso di *vis maior* che pertanto

BIDR, 90, 1987, 108 e nt. 11; M. SARGENTI, voce «Rischio», cit., 1128; N. OLSZAK, *Emptio*, cit., 368 e nt. 34; M. D'ORTA, *La giurisprudenza tra Repubblica e Principato. Primi studi su C. Trebazio Testa*, Napoli, 1990, 227 s.; J. IGLESIAS, *La religion de la «diligentia»*, in *Labeo*, 37, 1991, 96; C.A. CANNATA, *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, in *Iura*, 43, 1992, 75, nt. 175; H. TROFIMOFF, *L'option*, cit., 388, nt. 137; M. PENNITZ, *Die Gefahrtragung*, cit., 288 ss.; M.M. BENITEZ LOPEZ, *La venta*, cit., 124 s., 136 ss., 169; P. APATHY, *Sachgerechtigkeit und Systemdenken am Beispiel der Entwicklung von Sachmängelhaftung und Irrtum beim Kauf im klassischen römischen Recht*, in *ZSS*, 111, 1994, 97, nt. 12; 98, nt. 13; 120, nt. 127; 144, nt. 211; A. BURDESE, *Recensione a J.M. COMA FORT, El derecho de obligaciones en las 'res cottidianae'*, Madrid, 1996, in *SDHI*, 62, 1996, 597; M.L. PELUSO, '*Si acetum*', cit., 667 s.; A. BÜRGE, *Der Text als Problem des Kontextes*, in *ZSS*, 115, 1998, 157; M.J. SCHERMAIER, *Auslegung und Konsensbestimmung. Sachmängelhaftung, Irrtum und anfängliche Unmöglichkeit nach römischem Kaufrecht*, in *ZSS*, 115, 1998, 285 e nt. 190; A. CASTRO SÁENZ, *Aproximación a la 'usucapio pro herede'*, in *RIDA*, 45, 1998, 152, nt. 11; É. JAKAB, *Vinum*, cit., 77, nt. 30; M. PENNITZ, *Das 'Periculum'*, cit., 323 ss.; N. DE MARCO, *L'aversio*, cit., 371, nt. 17; 372, nt. 21; A. CASTRO SÁENZ, *Notas sobre un paralelismo en la creación pretoria del derecho: 'bonorum possessio' e 'in bonis habere'*, in *RIDA*, 47, 2000, 201, nt. 22.

⁴¹ Particolarmente cfr. J.G. WOLF, *Error*, cit., 133 ss.; M. HARDER, *Weinkauf*, cit., 26 s.; B.W. FRIER, *Roman Law*, cit., 278; M. PENNITZ, *Die Gefahrtragung*, cit., 288 ss.; ID., *Das 'Periculum'*, cit., 323 ss.

⁴² J.G. WOLF, *Error*, cit., 133 ss.; B.W. FRIER, *Roman Law*, cit., 278 ss.

⁴³ B.W. FRIER, *Roman Law*, cit., 278 ss.

⁴⁴ M. HARDER, *Weinkauf*, cit., 26 s.; M.M. BENITEZ LOPEZ, *La venta*, cit., 136 s.

⁴⁵ N. OLSZAK, '*Emptio*', cit., 368.

⁴⁶ R. ASTOLFI, *I 'libri'*, cit., 118 s., nt. 136, in funzione, identica alla *mensura*, di integrare la compravendita mediante la determinazione dell'oggetto.

⁴⁷ D. MEDICUS, *Id quod interest*, cit., 149 s.

sarebbe imputato al compratore⁴⁸. Indicherebbe addirittura l'esigenza di un anticipato passaggio del rischio contrattuale per la perdita del vino rispetto alla normale *traditio*, basato non più sulla *signatio* delle botti da parte del compratore, bensì sulla *degustatio* del vino⁴⁹. E tuttavia non ha mancato di effettuare la distinzione tra la responsabilità contrattuale del venditore e il passaggio del rischio – sempre anticipato rispetto alla *traditio* – del deterioramento del vino al compratore fondato sulla *degustatio*. Quest'ultimo emergerebbe quale «fatto di autoresponsabilità» che gli consentirebbe di prevedere e provvedere⁵⁰ con misure idonee. Ovvero ha rilevato che se il venditore avesse fornito la garanzia circa la qualità del vino venduto, egli ne risponderebbe nei limiti della garanzia; se invece non l'avesse fatto, il *periculum* sarebbe imputato all'*emptor*⁵¹.

Nel presente contesto viceversa conta anzitutto considerare i profili che maggiormente riguardano l'aspetto dei doveri accessori e che appaiono incentrati sul ruolo del dovere di *admonere* il compratore da parte del venditore, qualora questi avesse consapevolezza che la buona qualità del vino non si sarebbe mantenuta fino al termine in cui lo si sarebbe dovuto ritirare.

E tuttavia quest'ultimo dovere appare insorgere dalla coscienza stessa del dovere di conservazione incardinato sul venditore medesimo. Infatti per Gaio esso emerge allorché fosse stato venduto vino che si trova nelle giare, e qualora tale vino, per sua natura, fosse andato a male prima che venisse portato via dal compratore.

La fattispecie pertanto esclude la possibilità che il vino, nella circostanza data, potesse essere garantito nella sua qualità attraverso anzitutto gli eventuali travasi da una botte all'altra, in cui propriamente si determina il dovere di conservazione del venditore, pur essendo il vino contenuto nelle botti della cantina del venditore. Ma la consapevolezza

⁴⁸ M. HARDER, *Weinkauf*, cit., 26 s.

⁴⁹ M. SARGENTI, voce «*Rischio*», cit., 1128; M. D'ORTA, *La giurisprudenza*, cit., 227 s.; M.M. BENITEZ LOPEZ, *La venta*, cit., 170.

⁵⁰ E. BETTI, *Lezioni*, cit., 97 s.

⁵¹ M. PENNITZ, *Die Gefahrtragung*, cit., 288 s., il quale aggiunge che, nella circostanza e per la conseguenza giuridica prevista, si tratterebbe di una vendita già concretizzata di vino ovvero di una parte del raccolto totale, non essendovi nel testo alcuna indicazione sulla *mensura*.

che il venditore abbia della condizione descritta, e cioè che per sua natura la buona qualità del vino non si sarebbe mantenuta fino al termine in cui lo si sarebbe dovuto ritirare, non risulta indifferente. Essa infatti fa insorgere in suo capo un autonomo dovere di dichiarazione al compratore proprio in ordine all'evenienza dell'inevitabile deterioramento del vino nel tempo, per cui egli stesso ne è tenuto a rispondere. Così come il venditore è chiamato a rispondere nei confronti del compratore qualora avesse dichiarato a quest'ultimo la buona qualità del vino al momento della conclusione del contratto.

Cionondimeno occorre osservare che rispetto alla prima questione rilevante posta dalla letteratura, ossia se risulti che la clausola di degustazione debba essere sempre espressa ovvero anche solo implicita, sia pertinente una conclusione. Non sembrerebbero esservi dubbi nel senso che la degustazione potesse sempre intervenire anche allorché non fosse stata esplicitamente prevista dalle parti al momento della conclusione del contratto appunto.

Infatti nella seconda fattispecie considerata da Gaio il venditore non procede ad alcuna dichiarazione nei confronti del compratore sulla buona qualità del vino. In tale circostanza il venditore non risponde nei confronti del compratore e – stando alla formulazione del testo – si ha la conseguenza del *periculum emptoris, quia sive non degustavit sive degustando male probavit, de se queri debet*.

È chiaro che nel caso fosse intervenuta una degustazione idonea alla valutazione circa lo stato della qualità del vino, la conseguenza giuridica sarebbe stata quella appena detta e descritta dal giurista: l'esonero dalla responsabilità del venditore in caso di sua mancata dichiarazione e il trasferimento del pericolo circa il deterioramento del vino nel tempo al compratore conseguente al suo accertamento, per cui egli stesso potrà assumere tutte le misure idonee ad evitare il danneggiamento rilevato. Ma il giurista considera la differente situazione per la quale non fosse intervenuta alcuna degustazione ovvero fosse stata effettuata una qualche degustazione non idonea. La conseguenza giuridica prevista risulta essere la medesima di quella osservata in ordine ad una degustazione che invece fosse stata realizzata in modo idoneo.

Se pertanto, nella circostanza della seconda fattispecie, l'effetto giuridico prodotto risulta essere il medesimo, sia che vi fosse stata degustazione sia che non vi fosse stata o che non fosse stata adeguata, allora l'atto della degustazione sarebbe potuto anche mancare. Infatti emerge fin dall'inizio nell'ambito del formulario catoniano⁵² che l'atto di accertamento costituito dalla degustazione, per essere posto in essere dal compratore ovvero da un terzo, sia sempre un atto nell'interesse del compratore medesimo al fine appunto di far valere il momento di conclusione della proposta contrattuale in testa al compratore. Ma nemmeno nel contesto gaiano può rappresentare soltanto un elemento di perfezionamento del contratto⁵³, o esclusivamente un atto di autoreponsabilità⁵⁴. Solo che nelle fattispecie contenute in D. 18.6.16 non viene più in rilievo unicamente un obbligo al trasferimento della prestazione approvata, bensì il naturale ed inevitabile processo di decomposizione della stessa. E pertanto assume importanza il connesso e tuttavia autonomo dovere di *admonere* da parte del venditore il compratore medesimo sul pericolo di deterioramento nel tempo insito alla natura del vino stesso compravenduto: in ogni circostanza il pericolo del suo deterioramento equivarrebbe al suo trasferimento. Così risulta anche chiaro che in tale contesto l'atto di degustazione non produca differenti conseguenze giuridiche rispetto a quelle comunque determinate sulla base dell'avvenuta dichiarazione o meno da parte del venditore al compratore e che quindi ne venga evidenziata l'irrelevanza.

In ordine alla seconda affermazione saliente proposta dalla dottrina⁵⁵, per cui il contesto gaiano tratterebbe del problema del rischio contrattuale, essa sembra perlopiù condivisibile. Ciò avviene sia nella misura in cui il naturale deterioramento del vino costituirebbe un caso di *vis maior* pertanto imputato al compratore⁵⁶. E risulta sia nella considerazione per la quale la degustazione del vino ivi testimoniata

⁵² Cfr. Catone, *agr.* c.148.

⁵³ Cfr. sopra, § 1.

⁵⁴ E. BETTI, *Lezioni*, cit., 97 s.

⁵⁵ M. HARDER, *Wein Kauf*, cit., 26 s.; M. SARGENTI, voce «*Rischio*», cit., 1128; M. D'ORTA, *La giurisprudenza*, cit., 227 s.; M.M. BENITEZ LOPEZ, *La venta*, cit., 170.

⁵⁶ M. HARDER, *Wein Kauf*, cit., 26 s.

rappresenterebbe il superamento stesso del ruolo svolto in precedenza dalla *signatio* delle botti nella medesima esigenza di un anticipato passaggio del rischio contrattuale per la perdita del vino rispetto alla normale *traditio*⁵⁷.

Tuttavia, a ben vedere, tali interpretazioni appaiono accomunate dalla univoca valutazione per cui il giurista si riferirebbe al problema dell'allocazione del pericolo per la perdita del vino non imputabile al venditore in quanto evento inevitabile data la natura del vino compravenduto.

In realtà nella casistica discussa da Gaio non si ravvede alcuna effettiva perdita del vino. Il vino infatti è considerato dalla soluzione giurisprudenziale alle variabili casistiche profilate nella discussione gaiana solo nell'aspetto del deterioramento dello stesso, per quanto dovuto alla sua medesima natura nonché all'inevitabilità dell'evento. Ma occorre osservare come tali elementi naturali non appaiano diretto oggetto della regolamentazione prevista da Gaio. Infatti la responsabilità del venditore ovvero l'esonero da essa nei confronti del compratore deriva esclusivamente dal dovere del venditore di *admonere* il compratore. E questo è costituito sulla base della consapevolezza che il venditore stesso abbia della situazione di fatto riguardante la natura del vino compravenduto.

Già tale ponderazione appare sufficiente ad escludere la possibilità di accostare omogeneamente le fattispecie gaiane alle ipotesi di *vis maior*. Oltretutto lo stesso giurista qualifica espressamente il *periculum* in discussione in termini di imputabilità dell'evento: *emptoris erit periculum, quia sive non degustavit sive degustando male probavit, de se queri debet*.

Ma la rilevanza stessa dell'atto di degustazione quale emersa dal discorso del giurista sembra suffragare un ruolo sostitutivo di esso nel trasferimento anticipato del rischio contrattuale rispetto alla effettiva *traditio*, solo quale momento di accertamento del naturale deterioramento del vino che comunque prevale sull'accertamento stesso. Infatti qui occorrerebbe evidenziare che, qualora la degustazione avesse

⁵⁷ M. SARGENTI, voce «*Rischio*», cit., 1128; M. D'ORTA, *La giurisprudenza*, cit., 227 s.; M.M. BENITEZ LOPEZ, *La venta*, cit., 170.

svolto una reale funzione nel trasferimento anticipato del rischio contrattuale, la regola sarebbe stata diversa. Al contrario l'identica soluzione prospettata da Gaio – sia che fosse intervenuta una idonea degustazione sia che invece ne fosse stata effettuata una inidonea e sia che non fosse stata affatto posta in essere –, ostacolerebbe del tutto una supposta funzione.

Il dovere di dichiarazione e di avviso del venditore in più non sembra nemmeno del tutto assimilabile all'assunzione di una garanzia come pure ritenuto⁵⁸, sebbene tale prospettiva risulti maggiormente compatibile con il tenore del passo. Infatti non può essere sottovalutato che il venditore solo in una circostanza, ossia nella prima fattispecie, risponde nei confronti del compratore per aver dichiarato la buona qualità del vino, qualora esso fosse andato a male prima che venisse portato via dal compratore, seppure per sua natura. Nella terza fattispecie invece egli è reso responsabile nei confronti del compratore qualora il venditore stesso non abbia avvertito il compratore. Ciò si verifica pur rendendosi conto che la buona qualità del vino non si sarebbe mantenuta fino al termine in cui lo si sarebbe dovuto ritirare. Ed egli sarà tenuto nei confronti del compratore proprio nella misura dell'interesse di quest'ultimo ad essere avvertito. In quest'ultima evenienza in effetti il venditore risponde esclusivamente in ragione di un dovere di avviso del tutto autonomo dal dovere di prestazione in capo al venditore. Ma detto dovere di avviso è costituito esplicitamente nell'interesse del compratore. Quest'ultimo evidentemente a partire da ciò potrà egli stesso intervenire con atti idonei per evitare quel processo di deterioramento nel tempo del vino. Il che potrebbe avvenire ad esempio già a cominciare dalla tempestività dell'atto di prelevamento del vino medesimo dalle botti conservate nella cantina del venditore, come afferma lo stesso Gaio nella iniziale descrizione del caso: *si vina quae in doliis erunt venierint eaque, antequam ab emptore tollerentur, sua natura corrupta fuerint*.

In definitiva, a partire dalla medesima consapevolezza del venditore circa la corruttibilità per propria natura del vino, Gaio arriva ad esonerare

⁵⁸ M. PENNITZ, *Die Gefahrtragung*, cit., 288 s.

il venditore dal dovere di conservazione del vino. Questo sarebbe stato adempiuto anzitutto tramite il travaso in botti diverse che fossero in grado di evitare la produzione del danno. Ciò avviene con l'unica eccezione in cui il venditore, al momento della conclusione del contratto, avesse fatto una dichiarazione affermativa circa la buona qualità del vino. E in base a quest'ultima il venditore sarebbe chiamato a rispondere nei confronti del compratore evidentemente nei limiti della dichiarazione effettuata e in ragione dello stato di conservazione del vino medesimo.

Per il resto però il venditore, con il presupposto della propria consapevolezza circa la natura deperibile del vino nel tempo, stando all'elaborazione del giurista, assume soltanto un dovere accessorio di *admonere* il compratore. Questo è del tutto autonomo dal suo dovere di prestazione del vino. Ed esattamente la circostanza rilevante dell'interesse del compratore ad ottenere siffatta informazione consente a quest'ultimo di porre in essere tutte le attività e le precauzioni necessarie ad evitare la produzione del danno. Non ultimo importa come detto l'opportunità di prelevare tempestivamente il vino dalle botti contenute nella cantina del venditore.

Ma tale dovere di informazione del venditore non solo risulta autonomamente esigibile da parte del compratore, bensì costituisce il parametro che il giurista impone al giudice al fine di determinare l'ammontare del risarcimento. Quest'ultimo quindi in tale circostanza prescinde del tutto sia dal dovere di prestazione del venditore sia dalla valutazione effettiva del danno che si sia prodotto nel frattempo al vino medesimo e quindi dallo stesso *periculum* del vino che debba essere allocato ad una delle parti.

3. *L'assetto ulpiano di 'vendere vinum bona fide: id est quantum sine ipsius incommodo fieri potest operam dare, ut quam minime detrimento sit ea res emptori'*

Se i casi descritti da Proculo e Gaio, ciascuno per aspetti diversi, rappresentano una decisa trasformazione del presupposto dovere di conservazione volto ad evitare la produzione del danno di *acor* e *mucor* o verso il suo assorbimento nel dovere di prestazione ovvero nel senso di costituire solo un parametro negativo per l'insorgere di ulteriori doveri,

occorre verificarne ulteriormente gli sviluppi. E dobbiamo giungere ad Ulpiano al fine di constatare quale assetto i doveri ulteriori del venditore che discendono dalla conclusione del contratto abbiano conseguito in età ancora più avanzata.

3.1. *'Custodia tantum praestanda est'*

Anzitutto, come accennato, la posizione di Ulpiano appare risaltare per una decisa presa di posizione nel senso di una riduzione dei doveri accessori cui si alludeva nei precedenti casi, assunti da parte del venditore. Questi invero sono ricondotti al solo dovere di custodia: *si aversione vinum venit, custodia tantum praestanda est*, infatti afferma drasticamente il giurista. Pertanto è proprio alla portata di tale asserzione, la quale sembra rovesciare il contenuto dei doveri accessori finora considerati, che risulta necessario offrire una valida spiegazione

Ulp. *ad Sab. libri li fr.* 2718 Lenel = Ulp. 28 *ad Sab.* D. 18.6.4.1: *si aversione vinum venit, custodia tantum praestanda est. ex hoc apparet, si non ita vinum venit, ut degustaretur, neque acorem neque mucorem venditorem praestare debere, sed omne periculum ad emptorem pertinere: difficile autem est, ut quisquam sic emat, ut ne degustet, quare si dies degustationi adiectus non erit, quandoque degustare emptor poterit et quoad degustaverit, periculum acoris et mucoris ad venditorem pertinebit: dies enim degustationi praestitutus meliorem condicionem emptoris facit.*

Qualora fosse stato venduto del vino in blocco, da parte del venditore deve essere garantita soltanto la custodia, infatti sostiene Ulpiano. Da ciò consegue che, se il vino non fosse stato venduto con la clausola che ne prevede l'assaggio, il venditore non risponde per il vino che si sia inacetito od ammuffito, ma ogni rischio e pericolo grava sul compratore. È, però, difficile che qualcuno compri del vino senza prevedere l'assaggio, aggiunge il giurista. Per la qual cosa, se non fosse stata aggiunta la clausola relativa al giorno per l'assaggio stesso, il compratore potrà assaggiarlo in qualsiasi momento e finché non l'abbia assaggiato il rischio e pericolo che diventi aceto e della muffa graverà sul venditore.

L'aver fissato un termine per l'assaggio rende, infatti, migliore la situazione del compratore, conclude Ulpiano⁵⁹.

L'obbligazione principale del venditore di *rem praestare* si specifica nel dovere di conservazione fino all'assaggio. Se quest'ultimo non sia previsto: *omne periculum ad emptorem pertinere*. E dalla *degustatio* solo il deterioramento sopravvenuto per ragioni esterne (sulla base soltanto dell'*acor* e del *mucor*) all'esatto adempimento del dovere di conservazione medesimo si trasferisce dal venditore al compratore, rendendo migliore la situazione di quest'ultimo (*meliorem condicionem emptoris facit*). Ma ciò si

⁵⁹ Sul testo soprattutto L. LUSIGNANI, *Studi sulla responsabilità per custodia secondo il diritto romano*, II, Parma, 1903, 73 ss.; F. SCHULZ, *Sabinus-Fragmente in Ulpian Sabinus Commentar*, Halle, 1906, ora in *Labeo*, 10, 1964, 50 ss., 66; ID., *Zivilrecht*, in *Kritische Viertragung*, 50, 1912, 78 s., 82 ss.; F. HAYMANN, *Textkritische Studien*, cit., 348 ss.; ID., *Textkritische Studien*, cit., II, 110 e nt. 3; 112, nt. 6; J. VÁZNY, 'Custodia', in *AUPA*, 12, 1926, 158; J. PARIS, *La responsabilité*, cit., 289 s.; E. SECKEL - E. LEVY, *Die Gefabrtragung*, cit., 193 e nt. 1; 209; CH. APPLETON, *Les risques*, cit., 200 e nt. 2; G. VON BESELER, *Romanistische Studien*, cit., 294; P. KRÜCKMANN, 'Periculum', cit., 45 ss.; H.H. PFLÜGER, *Zur Lehre von der Haftung des Schuldners nach römischem Recht*, in *ZSS*, 65, 1947, 210; E. BETTI, *Lezioni*, cit., 50 ss.; R. YARON, *Sale*, cit., 71 ss.; E. BETTI, *Zum Problem*, cit., 8; A. METRO, *L'obbligazione di 'custodire' nel diritto romano*, Milano, 1966, 98, nt. 19; ID., «Custodiam praestare», in *Labeo*, 13, 1967, 62, nt. 23; R. RÖHLE, *Das Problem der Gefabrtragung im bereich des römischen Dienst- und Werkvertrages*, in *SDHI*, 34, 1968, 211, nt. 118; G. MACCORMACK, 'Custodia', cit., 157, nt. 33; 182, nt. 112; 183, nt. 116; 184 s.; M. HARDER, *Weinkauf*, cit., 19; M. KASER, *Die 'actio furti' des Verkäufers*, in *ZSS*, 96, 1979, 106, nt. 67; G. MACCORMACK, 'Periculum', cit., 133, nt. 13; 134, nt. 28; 138, nt. 42; 156, nt. 130; B.W. FRIER, *Roman Law*, cit., 276, nt. 76; 280 ss.; 289, nt. 126; R. ASTOLFI, *I 'libri'*, cit., 118, 119, 121 s., 123; I. MOLNÁR, 'Periculum', cit., 2244 s.; R. ROBAYE, *L'obligation*, cit., 379 s.; W. LITEWSKI, *Recensione a R. ROBAYE, L'obligation de garde. Essai sur la responsabilité contractuelle en droit romain*, Bruxelles, 1987, in *SDHI*, 54, 1988, 398; N. OLSZAK, 'Emptio', cit., 368; 373, nt. 63; 387, nt. 136; R. ZIMMERMANN, *The Law*, cit., 285, nt. 91; 286, nt. 98; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., II (Napoli, 1990), 274; C.A. CANNATA, *Sul problema*, cit. (in *Iura*, 43, 1992), 17; 20, nt. 67; 75, nt. 175; ID., *Sul problema*, cit. (in *Iura*, 44, 1993), 39, nt. 417; M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 362, nt. 600; 424, nt. 1255; M. PENNITZ, *Die Gefabrtragung*, cit., 258; 264, nt. 59; 280, nt. 128; 285 e nt. 146; 287, 289; M.M. BENITEZ LOPEZ, *La venta*, cit., 116 s., 138 s.; M.L. PELUSO, 'Si acetum', cit., 668, nt. 24; 669, nt. 34; W. ERNST, *Gattungskauf*, cit., 309; M. BAUER, 'Periculum', cit., 53 ss.; N. DE MARCO, *L'aversio*', cit., 355 ss.; 369, nt. 1; 370, nt. 11; 371, nt. 15, 16, 17; 372, nt. 19, 23; 373, nt. 32; M. PENNITZ, *Das 'Periculum'*, cit., 318 ss., 403 s.; R. FERCIA, 'Emptio perfecta' e vendita di genere: sul problema del 'tradere' in C.4.48.2, in *La compravendita*, cit., I, 727, nt. 82, 83.

aggiunge anche alla rilevanza della precedenza e persistenza del dovere di custodia la quale invece non appare destinata a prevenire il danno dell'inacetimento e delle muffe.

Considerando solo gli aspetti più rilevanti, occorre notare come la letteratura abbia interpretato la clausola di degustazione, che per Ulpiano sarebbe stata molto usuale. Infatti si è detto che «l'effet de cete clause est de permettre à l'acheteur de tenir la vente pour non avenue»⁶⁰, mentre il prelevamento del vino da parte del compratore metterebbe fine alla facoltà della degustazione che sia stata stipulata. Inoltre ha posto in evidenza come il discorso ulpiano sulla degustazione, rispetto al rilievo secondo il quale sarebbe difficile che qualcuno compri il vino senza prevedere l'assaggio, dimostrerebbe comunque la necessità di un'apposita pattuizione in proposito⁶¹. D'altra parte però è stata argomentata la distinzione tra la vendita di vino in botti e quella in anfore, per cui soltanto relativamente alla prima fattispecie sarebbe «particulièrement indispensable de vérifier la qualité»⁶².

Infine, in ordine alle conseguenze giuridiche, è stato rilevato che, poiché nell'attuale tenore del testo il venditore sarebbe «tenuto a rispondere della conservazione della merce in vista della consegna al compratore»⁶³, Ulpiano e Sabino avrebbero assunto una posizione precisa. Essi avrebbero impiegato il verbo *debere*, per il quale il venditore nel caso di vendita incondizionata non risponderebbe di «alcun evento che, causando il deterioramento della merce, ne possa rendere impossibile l'uso»⁶⁴. Pertanto se per forza maggiore o caso fortuito si fosse prodotta la perdita o il deterioramento del vino, il compratore

⁶⁰ CH. APPLETON, *Les risques*, cit., 200. Per R. ASTOLFI, *I 'libri'*, cit., 118, nt. 136, il compratore potrebbe rifiutare il vino, «se all'assaggio risulta andato a male», con la funzione quindi di integrare la compravendita mediante la determinazione dell'oggetto.

⁶¹ R. YARON, *Sale*, cit., 71 ss.; N. DE MARCO, *L'aversio'*, cit., 356.

⁶² N. OLSZAK, *'Emptio'*, cit., 369, il quale, in base a D. 18.1.34.5, mette in rilievo la distinzione con il *pactum displicentiae*.

⁶³ E. BETTI, *Lezioni*, cit., 51.

⁶⁴ E. BETTI, *Lezioni*, cit., 52, che appunto distingue il dovere di sorveglianza del venditore dalla responsabilità per custodia tecnica. Cfr. altresì N. DE MARCO, *L'aversio'*, cit., 356.

sarebbe rimasto ugualmente obbligato a pagare il prezzo, in base al principio *periculum est emptoris*⁶⁵.

A parte alcuni fugaci rilievi della dottrina italiana – da Arangio-Ruiz⁶⁶ a Talamanca⁶⁷ –, viceversa, soprattutto nella letteratura tedesca recente, si è posto proprio in risalto come Ulpiano sostenga fermamente che il venditore debba rispondere solo per custodia. Quindi secondo Pennitz nel caso particolare il vino sarebbe stato venduto con l'intenzione che una degustazione successiva sia esclusa e il venditore non dovrebbe nemmeno rispondere delle conseguenze dell'*acor* e *mucor* in quanto il rischio particolare ricadrebbe sull'acquirente, quale danno prodotto ai sensi del contenuto di D. 18.6.1pr. In tale prospettiva dovrebbe concludersi che la regola nelle vendite *per aversionem* fosse nel significato che venisse negata per gli acquirenti la degustazione⁶⁸, la quale però avrebbe potuto essere rimossa rendendo il prezzo particolarmente appetibile⁶⁹. Cosicché – nella riflessione di Bauer – quest'ultima evenienza sarebbe stata determinata dalla circostanza secondo cui per l'acquirente non avrebbe avuto importanza la qualità del vino e di conseguenza il rischio connesso alle attività svolte su tutte le scorte esistenti sarebbe stato trasferito al compratore con la conclusione del contratto⁷⁰.

Rispetto alla prima considerazione, circa il ruolo svolto relativamente alla conclusione del contratto⁷¹, occorre rilevare che la funzione della

⁶⁵ M.M. BENITEZ LOPEZ, *La venta*, cit., 117.

⁶⁶ Infatti, diversamente dalla precedente impostazione della dottrina riferita, la responsabilità per custodia del venditore per il furto da altri perpetrato nella sua cantina risulta già rilevata da V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., II, 274, – la quale permarrebbe a carico del venditore in modo ripetuto nel passo – per cui sarebbe incerta la genuinità dell'*omne* nella frase *sed omne periculum ad emptorem pertinere*.

⁶⁷ Anche M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 424, nt. 1255, in effetti, ascrivendo il contenuto del passo al *praestare custodiam*, quale criterio oggettivo di responsabilità, fa altresì riferimento a D. 18.6.1pr., in cui si descrive il rischio dell'*effusio* involontaria.

⁶⁸ Nel medesimo senso il rilievo di R. ASTOLFI, *I 'libri'*, cit., 118.

⁶⁹ M. PENNITZ, *Das 'Periculum'*, cit., 318 ss. Già M. PENNITZ, *Die Gefahrtragung*, cit., 286; M. BAUER, *'Periculum'*, cit., 54.

⁷⁰ M. BAUER, *'Periculum'*, cit., 54 s.

⁷¹ CH. APPLETON, *Les risques*, cit., 200; R. ASTOLFI, *I 'libri'*, cit., 118, nt. 136.

degustazione non sembra mutare, rispetto a quella finora riscontrata, presso la configurazione ulpiana. Infatti finchè essa non venga effettuata *periculum acoris et mucoris ad venditorem pertinebit*. Ma il discorso del giurista risulta chiaro nel far conseguire la clausola di degustazione anche alla espressa previsione e alla disciplina del dovere accessorio che con il *periculum acoris et mucoris* non risulta affatto connesso: *custodia tantum praestanda est. ex hoc apparet ...* La funzione della clausola di degustazione serve soltanto alla ripartizione dei pericoli di inacetimento del vino e formazione in esso delle muffe, attraverso la produzione di effetti obbligatori relativi all'accertamento della provvista: operata siffatta distribuzione infatti sul venditore permarrebbe esclusivamente il dovere di custodia. Pertanto non sembra possibile ritenere che l'effetto della degustazione fosse quello di consentire il perfezionamento del contratto ove non effettuata, determinando la conseguenza propria di una condizione risolutiva. Nel testo in effetti non si prevede alcuna possibilità di rifiuto del vino considerando come non concluso il contratto. Viceversa è specificato che, se il vino non fosse stato venduto con la clausola che ne prevede l'assaggio, il venditore non risponde per il vino che si sia inacetito od ammuffito, ma ogni rischio e pericolo grava sul compratore.

La considerazione di tale porzione iniziale del frammento permette anche la valutazione circa la necessità della clausola espressa entro cui prescrivere la degustazione da parte del compratore⁷². E sembra ragionevole ritenere come Ulpiano affermasse esplicitamente che, al fine di trasmettere il rischio e pericolo di inacetimento del vino e formazione in esso delle muffe, fosse sufficiente alle parti di non pattuire alcuna clausola espressa circa lo svolgimento della degustazione del vino da parte del compratore. A provare una tale lettura sembra potersi ascrivere lo stesso giudizio di Ulpiano allorché afferma: è, però, difficile che qualcuno compri del vino senza prevedere l'assaggio. Nell'opinione del giurista la degustazione infatti resta un atto compiuto nell'interesse e su iniziativa del compratore stesso. Ed è rilevante che egli valuti tale interesse del compratore a prescindere dalla configurazione di una

⁷² R. YARON, *Sale*, cit., 71 ss.; N. DE MARCO, *L'aversio*, cit., 356.

espressa clausola contrattuale, bensì soltanto a livello di una mera previsione individuale che appunto potrebbe non tradursi in termini di patto concluso con la controparte contrattuale.

Tale prospettiva risulta determinante anche al fine di escludere che nella prima parte del testo l'intenzione delle parti non sembrerebbe tesa a negare l'atto stesso della degustazione, come invece di recente è stato affermato⁷³. In effetti risulta rilevante la circostanza per la quale le parti in tale contesto non addivengono ad alcuna pattuizione esplicita sulla degustazione al momento della conclusione del contratto. Il che avviene senza però giungere ad escludere la rilevanza di un eventuale interesse del compratore in questo senso, il quale pertanto potrebbe insorgere anche in un secondo tempo rispetto alla proposta relativa al contratto medesimo. E in una situazione quale quella così determinata, allora il compratore potrebbe porre in essere l'atto della degustazione per propria iniziativa durante lo svolgimento del contratto e prima della *deportatio* da parte sua del vino compravenduto.

Tuttavia a differenza di quanto ritenuto nella recente letteratura, un siffatto intervento del compratore circa l'accertamento del vino compravenduto, non gli consentirebbe alcuna iniziativa volta a modificare l'entità del prezzo concordato al momento della proposta contrattuale. E infatti l'atto della degustazione, collocandosi in un momento successivo alla proposta contrattuale, non sembra poter incidere sulla determinazione del prezzo preventivato, ma sull'approvazione di quanto si è comprato. Pertanto anche da questo punto di vista risulterebbe improbabile che nella parte iniziale del frammento Ulpiano potesse alludere ad una presunta intenzione delle parti volta ad escludere l'atto della degustazione da parte del compratore.

Così, se le parti non giungono ad alcuna pattuizione sulla degustazione al momento della conclusione del contratto e non escludono altresì l'eventuale successivo interesse del compratore al riguardo, secondo quanto il giurista appare affermare nella prima parte del testo, se ne dovrebbe trarre una conseguenza. L'unica possibilità che

⁷³ M. PENNITZ, *Das Periculum*, cit., 318 ss.; già M. PENNITZ, *Die Gefahrtragung*, cit., 286; M. BAUER, *Periculum*, cit., 54.

residua rispetto all'atto della degustazione risulta essere appunto il fatto per cui esso sia divenuto una evenienza implicita al contratto.

A tale conclusione tuttavia sembrerebbe ostare la circostanza circa la ricorrenza della clausola contrattuale. Ma a ben vedere la clausola prevista da Ulpiano concerne esplicitamente la fissazione del giorno concordato perché il compratore proceda all'assaggio, non l'effetto della degustazione. Quest'ultimo concernendo l'accertamento del dovere di conservazione in relazione all'assenza fino a quel momento di *acor* e *mucor* nel vino, potrebbe avvenire su iniziativa del compratore in qualsiasi momento, come afferma lo stesso giurista.

Infine non sembrano persuasive le ipotesi che hanno cercato di ridurre il dovere di custodia considerato all'inizio del frammento nel senso del dovere di conservazione della merce in vista della consegna al compratore. Ciò sarebbe avvenuto asserendo che Ulpiano e Sabino avrebbero impiegato il verbo *debere* al posto di *praestare*⁷⁴. Ovvero si sarebbe verificato interpretando la perdita o il deterioramento del vino quali eventi dovuti a forza maggiore o caso fortuito, per cui poi il compratore sarebbe rimasto ugualmente obbligato a pagare il prezzo, in base al principio *periculum est emptoris*⁷⁵.

Infatti, come rilevato dalla più recente dottrina, il giurista parla esplicitamente di *custodia praestanda*, e tale dovere sembra mantenere un suo specifico contenuto normativo rispetto invece al dovere di conservazione. E occorre tener presente che il dovere di conservazione concerne l'accertamento fino al momento della degustazione da parte del compratore relativamente all'assenza del danno di *acor* e *mucor* prodottosi nel vino compravenduto. Il dovere di custodia viceversa appare mantenere il contenuto proprio del dovere di sorveglianza al fine di impedire la sottrazione del vino da parte di terzi, essendo questo custodito proprio nella cantina del venditore fino a che non avvenga il prelievo del compratore.

Pertanto più vicina al testo risulta essere l'interpretazione che ascrive gli eventi di *acor* e *mucor* quali fattispecie rapportabili alla forza maggiore

⁷⁴ E. BETTI, *Lezioni*, cit., 51 s.; N. DE MARCO, *L'aversio*, cit., 356.

⁷⁵ M.M. BENITEZ LOPEZ, *La venta*, cit., 117.

o al caso fortuito al fine di applicare le conseguenze derivanti dal rischio contrattuale. Infatti il dovere di custodia descritto dal giurista emerge esplicitamente quale specifico contenuto di un *praestare* per cui il venditore è chiamato a rispondere contrattualmente nei confronti del compratore. Invece il dovere di conservazione continua ad essere accertato dalla degustazione posta in essere da parte del compratore. E per questa egli non solo sarà tenuto a rispondere in termini di allocazione del pericolo di *acor* e *mucor*, bensì anche in relazione alla eventuale clausola che fissi il giorno dell'assaggio che rende migliore la situazione del compratore, dice il giurista.

Alla luce di tutto ciò allora sembra possibile argomentare che Ulpiano nel testo prevede, in caso di vendita del vino *per aversionem*, proprio una persistente responsabilità del venditore per custodia: da parte del venditore deve essere garantita soltanto la custodia, infatti sostiene il giurista. La responsabilità del venditore per il dovere di custodia pertanto appare cominciare sin dalla proposta del contratto e permanere fino a che il vino non venga prelevato dal compratore.

Il che già di per sé consentirebbe la possibilità di ipotizzare come la vicenda del dovere di conservazione, accertato mediante la degustazione, potesse subire una sorte diversa e indipendente dal dovere di custodia medesimo.

Il dovere di conservazione infatti è accertato dal compratore mediante degustazione e risulta un atto svolto nell'interesse e su iniziativa dello stesso compratore. Nel caso in cui tale iniziativa insorga in un momento successivo alla proposta del contratto, essa potrebbe avvenire in qualsiasi momento in quanto una evenienza del tutto consentita dal tenore implicito del contratto stipulato dalle parti. Nella circostanza per la quale fosse invece intervenuta una pattuizione espressa con il venditore, il compratore avrebbe dovuto effettuare l'atto nel giorno stabilito al momento della conclusione della proposta contrattuale.

In entrambe le situazioni tuttavia, per il giurista, vi sarebbe una sola regolamentazione possibile conseguente all'intervenuto atto di degustazione. La specificità della clausola infatti riguarderebbe esclusivamente la delimitazione di un termine certo entro cui l'atto

dovrebbe intervenire, non certo l'iniziativa e l'interesse che permarrebbero in capo al compratore ovvero le conseguenze giuridiche che invece riguarderebbero sempre l'allocazione del pericolo di *avor* e *mucor*.

Dal punto di vista delle conseguenze giuridiche laddove fosse intervenuta una clausola con termine di degustazione oppure fosse intervenuto l'atto di degustazione in un qualsiasi momento singolarmente scelto dal compratore, in conseguenza dell'accertamento della provvista, si verificherebbe un risultato determinato. Il rischio e pericolo relativo all'inacetimento del vino e alla formazione in esso delle muffe prima della scadenza del termine ovvero prima della realizzazione dell'atto graverà sul venditore. Viceversa qualora non fosse stata prevista una clausola che contiene il giorno della degustazione, il medesimo rischio e pericolo ricadrebbe sul compratore, salvo non intervenga eventualmente una propria iniziativa in tal senso però non contemplata espressamente nel contratto. In quest'ultima circostanza pertanto la realizzazione dell'atto di degustazione dipenderebbe dalla disponibilità eventuale del venditore a consentire l'effettuazione di tale atto da parte del compratore nel rendere anzitutto accessibile la propria cantina. Cosicché la pretesa di accertamento del compratore circa la qualità del vino sarebbe subordinata all'interesse del venditore ad ottenere il risarcimento delle spese complessivamente sostenute al fine di adempiere al proprio dovere di conservazione, anzitutto attraverso la rilevata necessità di travaso del vino contenuto nelle botti del venditore. E detto interesse del venditore potrebbe indurre a procrastinare nel tempo la possibilità di realizzazione dell'atto di degustazione.

Così pertanto ben si comprende l'affermazione finale di Ulpiano, allorché specifica che la fissazione di un termine per l'assaggio rende migliore la situazione del compratore. Infatti solo in quest'ultima circostanza la fissazione di un termine certo in cui realizzare l'atto di degustazione del compratore, delimiterebbe la stessa verifica circa l'assenza di inacetimento e muffe, che potrebbero progredire nel tempo in mancanza di travaso. L'atto di accertamento quindi, autorizzando un primo travaso, limiterebbe per il futuro il risarcimento delle spese che il

compratore dovrebbe versare al venditore, in virtù della retribuzione del dovere di conservazione assunto da quest'ultimo.

Qualora invece non fosse intervenuta alcuna disposizione pattizia circa il giorno della degustazione, oltre all'esplicita affermazione di Ulpiano all'inizio del frammento, sarebbe altresì lo stesso interesse del venditore a far sì che il rischio ed il pericolo circa l'inacettamento del vino e la formazione in esso delle muffe ricada completamente sul compratore. In quest'ultimo caso infatti il compratore sarebbe tenuto a risarcire tutte le spese effettuate dal venditore per la conservazione del vino senza alcuna delimitazione di tempo contrattualmente rilevante.

Come sappiamo da D. 18.6.1.2, Ulpiano condivideva l'opinione di Labeone circa la struttura e gli effetti dell'atto analogo alla degustazione, ossia di quello relativo alla *signatio* delle botti da parte del compratore: esso avrebbe impedito la possibilità per il venditore di scambiare le botti. E da questo punto di vista, qualora al posto della degustazione del vino fosse intervenuta una *signatio* della botte da parte del compratore, egli avrebbe eliminato dalla sua responsabilità contrattuale verso il venditore ogni spesa concernente il travaso del vino da una botte all'altra.

Considerato ciò, sia dal lato dell'eventualità dell'atto di degustazione del compratore sia dal lato della possibile *signatio* delle botti dallo stesso effettuata, risulta chiara l'iniziale affermazione di Ulpiano in D. 18.6.4.1. Questa appunto si esplicita nel rilievo in base al quale il venditore, dall'istante della proposta contrattuale fino all'asportazione del vino da parte del compratore, di certo deve rispondere solo per custodia. Infatti nel caso fosse intervenuto un atto di degustazione ovvero una *signatio* della botte da parte del compratore, quest'ultimo avrebbe delimitato ovvero eliminato del tutto il rimborso delle spese sostenute dal venditore per la conservazione del vino. E anche qualora fosse intervenuta la *signatio* della botte, l'unico dovere che rimarrebbe ascritto al venditore sarebbe soltanto quello relativo alla custodia del vino nella propria cantina, relativamente all'evenienza delle sottrazioni effettuate da terzi proprio in ordine a quella specifica botte che sia stata contrassegnata da parte del compratore.

L'affermazione iniziale di Ulpiano circa la rilevanza esclusiva del dovere di custodia del venditore pertanto appare potersi giustificare

precisamente dalla circostanza della possibile anticipata delimitazione del dovere di conservazione. Questa potrebbe essere compiuta dallo stesso compratore o con l'apposizione di un termine pattizio per la degustazione, oppure subendo il rischio di una eventuale tempestiva indisponibilità del venditore, ovvero ancora procedendo alla segnatura della botte interessata.

In tali situazioni l'unico dovere di cui sarebbe chiamato a rispondere il venditore nei confronti del compratore, fino al momento in cui il vino non fosse prelevato da quest'ultimo, sarebbe soltanto quello della custodia del vino presso la propria cantina. E ciò rilevarebbe qualora terzi avessero posto in essere specificamente atti di sottrazione del vino compravenduto.

Ma tali sottrazioni, da un lato appaiono poter essere verificate e sancite in quanto collegabili alla quantità della provvista stabilita in sede di conclusione della proposta contrattuale comunque avvenuta. Dall'altro esse suppongono la sorveglianza del venditore in ordine sia agli spazi di sua appartenenza, già a partire dalla custodia delle chiavi della cantina, sia alla effettiva e perdurante sigillatura dei recipienti contenuti nella cantina e ove la provvista stessa di vino è contenuta. Pertanto tale attività di sorveglianza intanto impegna il venditore rispetto ad elementi e circostanze differenti dalla provvista in sé considerata, nonché esteriori a questa, e in relazione alla quale è invece solo possibile la verifica dell'assenza di *acor* e *mucor*.

3.2. *'Certe antequam ad vindemiam fuerint dolia necessaria, debet avehi vinum'*

Il caso della esplicita fissazione del *dies certus* riguardo alla *degustatio* e quello concernente la espressa determinazione del *finis custodiae*, nel pensiero di Ulpiano infatti, risultano determinanti. Essi appaiono attestare proprio l'autonoma disciplina del dovere di conservazione eventualmente incentrata sulla clausola contrattuale, rispetto invece alla differente regolamentazione riservata al dovere di custodia. Questi sembrano altresì documentare la differente rilevanza dell'indipendenza di detti doveri relativamente alla valutazione della stessa prestazione principale quale determinata al momento della manifestazione del

consenso nella conclusione del contratto e nondimeno la portata della loro compiuta naturalizzazione nell'ambito dello schema contrattuale.

Nella fattispecie della determinazione del *dies certus* entro cui deve essere effettuata la degustazione, infatti il giurista afferma

Ulp. *ad Sab. libri li fr.* 2718 Lenel = Ulp. 28 *ad Sab. D.* 18.6.4pr.: *si quis vina vendiderit et intra diem certum degustanda dixerit, deinde per venditorem steterit, quo minus degustarentur, utrum praeteritum dumtaxat periculum acoris et mucoris venditor praestare debet, an vero etiam die praeterito (ut, si forte corrupta sint posteaquam dies degustandi praeteriit, periculum ad venditorem pertineat), an vero magis emptio sit soluta (quasi sub condizione venierint, hoc est si ante diem illum fuissent degustata)? et intererit, quid actum sit: ego autem arbitrator, si hoc occulto sit, debere dici emptionem manere, periculum autem ad venditorem respicere etiam ultra diem degustando praefinitum, quia per ipsum factum est.*

Il caso prevede che taluno abbia venduto del vino e fissato il termine entro il quale debba avvenire l'assaggio, poi sia dipeso dal venditore stesso che l'assaggio non sia avvenuto. Allora è posta la questione se il venditore debba garantire soltanto per il rischio e pericolo che diventi aceto e per quello della muffa per il periodo anteriore al termine fissato o anche per il periodo successivo trascorso tale termine (di modo che se il vino è andato a male dopo che sia passato il giorno fissato per l'assaggio, il rischio e pericolo gravi sul venditore), o se, invece, non sia piuttosto sciolta la vendita (in quanto avvenuta in certo qual modo sotto condizione, e cioè che l'assaggio avvenisse prima di quel giorno). E rileverà cosa sia stato in concreto concluso; se ciò non risulti – afferma espressamente Ulpiano, limitando la stessa autonomia delle parti – ritengo che si debba dire che la vendita permanga, ma che il rischio e pericolo gravi sul venditore anche oltre il termine fissato per l'assaggio, in quanto è dipeso da lui che l'assaggio non sia stato effettuato⁷⁶.

⁷⁶ Sul testo soprattutto H. EISELE, *Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen*, in *ZSS*, 11, 1890, 20; L. LUSIGNANI, *Studi*, cit., II, 73 ss.; F. SCHULZ, *Zivilrecht*, cit., 82 s.; F. HAYMANN, *Textkritische Studien*, cit., II, 109, nt. 3; A. GUARNERI CITATI, *Di un criterio postclassico per la determinazione della 'res iudicata'*, in *BIDR*, 33, 1923 (4-6, 1924), 219 s., nt. 1; E.

Superati i maggiori dubbi di autenticità⁷⁷, la letteratura ha discusso la rilevanza implicita oppure pattizia dell'atto di degustazione a seconda che si fosse trattato di *vinum doliare* o di *vinum amphorarium*⁷⁸.

E quella recente ha posto in evidenza che vi sarebbe una *mora venditoris* la quale renderebbe impossibile effettuare la *degustatio* nei termini stabiliti. Pertanto il danno per la degradazione del vino sarebbe gravato sul venditore anche per il periodo successivo al termine fissato⁷⁹, ovvero il compratore avrebbe potuto recedere dal contratto⁸⁰. Ma allo stesso tempo ha messo in risalto che, trascorso inutilmente il termine relativo previsto per la degustazione, quale condizione del contratto, il *periculum acoris et mucoris* potrebbe alludere al perimento totale del vino quale suo cospicuo deterioramento. E questo sarebbe imputabile all'acquirente stesso solo dopo la *perfectio emptiois*, altrimenti a quest'ultimo dal momento della conclusione del contratto⁸¹.

SECKEL - E. LEVY, *Die Gefahrtragung*, cit., 213 e nt. 4; 258, nt. 1; G. VON BESELER, *Romanistische Studien*, cit., 294; F. DE ZULUETA, *The Roman Law*, cit., 58; H.H. PFLÜGER, *Zur Lehre*, cit., 210; R. YARON, *Sale*, cit., 71; A. METRO, *L'obbligazione*, cit., 98, nt. 19; ID., *'Custodiam'*, cit., 62, nt. 19; M. HARDER, *Weinverkauf*, cit., 17; M. KASER, *Die 'actio'*, cit., 114, nt. 100; G. MACCORMACK, *'Periculum'*, cit., 133, nt. 13; 134, nt. 28; 136, nt. 37; P. PESCANI, *Studi*, cit., 230; ID., *Origine delle lezioni della 'littera bononiensis' superior a quelle della 'littera florentina'*, in *BIDR*, 85, 1982, 266 s.; W. ERNST, *'Periculum'*, cit., 237; R. ASTOLFI, *I 'libri'*, cit., 117 e nt. 135; B.W. FRIER, *Roman Law*, cit., 280, nt. 87; 281, nt. 93; 283; N. OLSZAK, *'Emptio'*, cit., 367, nt. 32; 373, nt. 63; 387, nt. 136; C.A. CANNATA, *Sul problema*, cit. (in *Iura*, 43, 1992), 75, nt. 175; ID., *Sul problema*, cit. (in *Iura*, 44, 1993), 39, nt. 417; M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 424, ntt. 1250, 1252, 1256; M. PENNITZ, *Die Gefahrtragung*, cit., 281, nt. 132; 283, 285; M.M. BENITEZ LOPEZ, *La venta*, cit., 131 s.; M.L. PELUSO, *'Si acetum'*, cit., 668, nt. 28; M. BAUER, *'Periculum'*, cit., 50; M. PENNITZ, *Das 'Periculum'*, cit., 317 s.

⁷⁷ Per cui cfr. H. EISELE, *Beiträge*, cit., 20; L. LUSIGNANI, *Studi*, cit., II, 74 s.; F. SCHULZ, *Zivilrecht*, cit., 82 s.; F. HAYMANN, *Textkritische Studien*, cit., II, 109, nt. 3; A. GUARNERI CITATI, *Di un criterio*, cit., 219 s., nt. 1; E. SECKEL - E. LEVY, *Die Gefahrtragung*, cit., 213 e nt. 4; 258, nt. 1; G. VON BESELER, *Romanistische Studien*, cit., 294; M. HARDER, *Weinverkauf*, cit., 17.

⁷⁸ Per la prima valutazione cfr. F. DE ZULUETA, *The Roman Law*, cit., 58; rispetto alla seconda invece R. YARON, *Sale*, cit., 71; M.M. BENITEZ LOPEZ, *La venta*, cit., 132.

⁷⁹ M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 424, nt. 1252; M.M. BENITEZ LOPEZ, *La venta*, cit., 166.

⁸⁰ M. HARDER, *Weinverkauf*, cit., 24.

⁸¹ M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 424, nt. 1256.

Tuttavia la dottrina successiva, e soprattutto Bauer⁸², ha ribadito come a causa di giustificati motivi da parte del venditore, la data precisa per la degustazione non avrebbe potuto essere rilevata, così come la previsione di una degustazione puntuale quale condizione. Pertanto Ulpiano avrebbe deciso che, in caso di dubbio, il rischio di *acor* e *mucor* ricada ancora sul venditore che detiene il vino, in quanto quest'ultimo ha impedito la *degustatio*. Ed ha evidenziato come le tre soluzioni prospettate da Ulpiano – il pericolo di *acor* e *mucor* che ricadrebbe sul compratore alla scadenza del termine di degustazione; ovvero entro lo stesso termine sul venditore responsabile per la violazione del contratto; oppure lo scioglimento del contratto dopo la scadenza del termine come se la vendita fosse stata conclusa sotto la condizione di una degustazione tempestiva –, potrebbero indicare solo astrattamente tre opzioni politiche del *ius controversum* classico⁸³. Infatti secondo Ulpiano si dovrebbe determinare principalmente la volontà delle parti contraenti. Per questa normalmente il pericolo di *acor* e *mucor* graverebbe anzitutto sul venditore e solo in un secondo momento continuerebbe sull'altra parte⁸⁴.

La soluzione di Ulpiano, in caso di insussistenza della clausola contrattuale sugli effetti giuridici da far derivare dall'inadempimento della stessa clausola, circa la responsabilità del venditore oltre i termini stabiliti dalla clausola contrattuale e la contestuale permanenza del rapporto contrattuale, assume un peculiare significato. Anzitutto contribuisce a ribadire nel pensiero del giurista la rilevanza solo implicita dell'atto di degustazione, sebbene questo possa essere determinato in un diverso momento ad opera delle parti.

Inoltre essa sembra togliere ogni argomento circa il rilievo di un perimento totale del vino seppure quale suo cospicuo deterioramento, entro cui ascrivere il *periculum acoris et mucoris*. Infatti, oltre alla permanenza del contratto, assume importanza l'incidenza della mora del

⁸² M. BAUER, *'Periculum'*, cit., 50.

⁸³ M. PENNITZ, *Das 'Periculum'*, cit., 317 s., e già M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 424, nt. 1252.

⁸⁴ M. PENNITZ, *Das 'Periculum'*, cit., 317.

venditore nel consentire l'effettuazione dell'atto di degustazione nell'interesse del compratore.

Infine la decisione del giurista piuttosto che conferire centralità alla volontà delle parti contraenti, appare risolvere tassativamente il tema delle conseguenze relativamente alla mora del venditore circa la sua disponibilità nel tenere aperta la propria cantina per il termine concordato e così permettere la *degustatio* da parte del compratore.

L'attribuzione del *periculum acoris et mucoris* al venditore anche oltre il termine fissato per l'assaggio al fine di sanzionare la mora dello stesso venditore rispetto alla medesima degustazione del compratore dunque assume preciso significato. Essa chiarisce in via definitiva la corrispettività dei diversi interessi delle parti di fronte al dovere di conservazione assunto dal venditore, ormai assorbito nel suo stesso dovere di prestazione. Il venditore infatti, al fine di ottenere il maggiore risarcimento possibile delle spese sostenute per evitare il danno dell'inacetimento del vino e quello della formazione in esso delle mucillaggini anzitutto attraverso i necessari travasi in differenti botti e fornire al contempo vino esente da *acor* e *mucor*, avrebbe interesse a procrastinare nel tempo la possibilità di porre in essere l'assaggio del vino da parte del compratore. Viceversa il compratore manterrebbe il contrario interesse ad effettuare l'assaggio il prima possibile e comunque entro il termine concordato alla conclusione della proposta contrattuale, proprio allo scopo di delimitare il rimborso delle spese sostenute dal venditore per il mantenimento del vino oltreché di lucrare sul prezzo. La sanzione dell'inadempimento del dovere di collaborazione da parte del venditore pertanto risulta opportunamente quella di addossare al venditore stesso il verificarsi dell'inacetimento e la formazione delle muffe anche dopo la scadenza del termine concordato per effettuare l'accertamento, asserendo ancora la sussistenza del contratto di compravendita. E tale disciplina da un lato supera la disposizione pattizia delle parti. Questa invero avrebbe potuto atteggiarsi ma esclusivamente se esplicitata dalla clausola pur adottata sia nel senso di poter accollare il pericolo dell'inacetimento e quello della formazione delle mucillaggini sul venditore prima ovvero sull'altra parte dopo la scadenza del termine fissato, sia in quello di considerare il contratto come avvenuto sotto

condizione. Dall'altro nondimeno la regolamentazione ulpiana appare corrispondere, come afferma lo stesso giurista in D. 18.6.1.3, al principio della buona fede contrattuale. Questa infatti regola e fonda il regime degli *incommoda*: ... *vendere vinum bona fide: id est quantum sine ipsius incommodo fieri potest operam dare, ut quam minime detrimento sit ea res emptori*⁸⁵.

Non diversa, bensì ancor più chiara e stringente – *certe* – subordinazione alle norme tipicamente riconosciute da parte del giurista, risulta il caso della esplicita fissazione del *dies certus*. Il che avviene ad opera delle parti nel momento della conclusione del contratto riguardo alla espressa determinazione del *finis custodiae*

Ulp. *ad Sab. libri li* fr. 2718 Lenel = Ulp. 28 *ad Sab.* D. 18.6.4.2: *vinum autem per aversionem vendito finis custodiae est avehendi tempus. quod ita erit accipiendum, si adiectum tempus est: ceterum si non sit adiectum, videndum, ne infinitam custodiam non debeat venditor. et est verius secundum ea quae supra ostendimus, aut interesse, quid de tempore actum sit, aut denunciare ei, ut tollat vinum: certe antequam ad vindemiam fuerint dolia necessaria, debet avehi vinum.*

Nella fattispecie di vendita di vino in blocco, infatti Ulpiano afferma che la custodia cessa al momento fissato perché sia ritirato. Ciò dovrà valere, se un tale termine sia stato fissato; se, invece, il termine non sia stato fissato, è da vedere se il venditore non debba garantire la custodia per un periodo indefinito. E secondo quanto si è già esposto – continua il giurista –, è più vero che, o rilevi quanto sia stato in concreto concluso in rapporto al termine, o in mancanza di ciò, si intimi al compratore che

⁸⁵ Cfr. Ulp. 28 *ad Sab.* D. 18.6.1.3: *licet autem venditori vel effundere vinum, si diem ad metiendum praestituit nec intra diem admensum est. effundere autem non statim poterit, priusquam testando denuntiet emptori, ut aut tollat vinum aut sciat futurum, ut vinum effunderetur. si tamen, cum posset effundere, non effudit, laudandus est potius: ea propter mercedem quoque doliorum potest exigere, sed ita demum, si interfuit eius inania esse vasa in quibus vinum fuit (veluti si locaturus ea fuisset) vel si necesse habuit alia conducere dolia. commodius est autem conduci vasa nec reddi vinum, nisi quanti conduxerit ab emptore reddatur, aut vendere vinum bona fide: id est quantum sine ipsius incommodo fieri potest operam dare, ut quam minime detrimento sit ea res emptori.* Su cui per tutti cfr. É. JAKAB, 'Vinum', cit., 77 ss.

porti via il vino. Certo – conclude –, il vino deve essere ritirato prima che le giare siano necessarie per la nuova vendemmia⁸⁶.

Non trovando più seguito i tentativi di considerare interpolato l'obbligo del venditore di *praestare custodiam*⁸⁷ ed anzi ipotizzando la risalenza sabiniana della prima frase del testo⁸⁸, se ne è cercata una spiegazione. La letteratura infatti ha evidenziato che il discorso ulpiano relativamente al *finis custodiae* gravante sul venditore sarebbe connesso all'obbligazione già nata nel momento della manifestazione del consenso

⁸⁶ Sul testo soprattutto H. EISELE, *Beiträge*, cit., 20 s.; L. LUSIGNANI, *Studi*, cit., II, 73, 77; F. SCHULZ, *Sabinus-Fragmente*, cit., ora in *Labeo*, 10, 1964, 50 ss., 66; F. HAYMANN, *Textkritische Studien*, cit., 347, nt. 4; 349 s.; J. VÁŽNÝ, 'Custodia', cit., 158; A. GUARNERI CITATI, *Di un criterio*, cit., 219 s., nt. 1; J. PARIS, *La responsabilité*, cit., 289 s.; E. SECKEL - E. LEVY, *Die Gefahrtragung*, cit., 141; 192, nt. 4; 212, nt. 4; 254; G. VON BESELER, *Romanistische Studien*, cit., 294 s.; H.H. PFLÜGER, *Zur Lebre*, cit., 210; R. RÖHLE, *Das Problem*, cit., 211, nt. 118; G. MACCORMACK, 'Custodia', cit., 182, nt. 112; 184 s.; 185, nt. 121; P. ZAMORANI, *Possessio e animus*, Milano, 1977, 175 s.; M. KASER, *Die actio*, cit., 106, nt. 67; 114, nt. 100; P. PESCANI, *Studi*, cit., 200; ID., *Origine*, cit., 267; B.W. FRIER, *Roman Law*, cit., 276, nt. 76; R. ASTOLFI, *I 'libri'*, cit., 123 s.; R. ROBAYE, *L'obligation*, cit., 379 ss.; W. LITEWSKI, *Recensione a R. ROBAYE, L'obligation*, cit., 398; C.A. CANNATA, *Sul problema*, cit. (in *Iura*, 43, 1992), 52, nt. 132; M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 362, nt. 600; 424, nt. 1255; M. PENNITZ, *Die Gefahrtragung*, cit., 285 e nt. 147; 288; M.M. BENITEZ LOPEZ, *La venta*, cit., 117 s.; M.L. PELUSO, *Si acetum*, cit., 669, nt. 35; M.M. BENITEZ LOPEZ, *La «traditio» de mercancias*, in *Index*, 27, 1999, 364, 367; 368, nt. 11; 371, nt. 39; N. DE MARCO, *L'aversio*, cit., 357 s., 369, nt. 4; 371, nt. 16, 17; 373, nt. 32; M. PENNITZ, *Das Periculum*, cit., 403 s.; ID., *Zu den Voraussetzungen der 'mora accipiendi' im klassischen römischen Recht*, in *ZSS*, 123, 2006, 163 e nt. 48; R. FERCIA, *Emptio*, cit., 727, nt. 82, 83.

⁸⁷ H. EISELE, *Beiträge*, cit., 20 s.; L. LUSIGNANI, *Studi*, cit., II, 73, 77; F. HAYMANN, *Textkritische Studien*, cit., 347, nt. 4; 349 s.; J. VÁŽNÝ, 'Custodia', cit., 158; A. GUARNERI CITATI, *Di un criterio*, cit., 219 s., nt. 1; J. PARIS, *La responsabilité*, cit., 289 s.; E. SECKEL - E. LEVY, *Die Gefahrtragung*, cit., 141; 192, nt. 4; 212, nt. 4; 254; G. VON BESELER, *Romanistische Studien*, cit., 294 s.; H.H. PFLÜGER, *Zur Lebre*, cit., 210; altresì, per l'autenticità, G. MACCORMACK, 'Custodia', cit., 182, nt. 112; 184 s.; 185, nt. 121; R. ASTOLFI, *I 'libri'*, cit., 123 s.; R. ROBAYE, *L'obligation*, cit., 379 s.; M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 362, nt. 600; 424, nt. 1255; C.A. CANNATA, *Sul Problema della Responsabilità nel Diritto Privato Romano. Materiali per un Corso di Diritto Romano*, Catania, 1996, 69, 100, nt. 29; M. PENNITZ, *Das Periculum*, cit., 403 s.; N. DE MARCO, *L'aversio*, cit., 357 ss.; R. FERCIA, *Emptio*, cit., 727, nt. 83.

⁸⁸ F. SCHULZ, *Sabinus-Fragmente*, cit., ora in *Labeo*, 10, 1964, 50 ss., 66; R. ASTOLFI, *I 'libri'*, cit., 123.

delle parti circa il *tradere possessionem*⁸⁹. Ovvero avrebbe rispecchiato la preoccupazione del giurista circa «il mantenimento rigoroso dell'equilibrio tra le posizioni delle parti del negozio e i rispettivi interessi»⁹⁰. Dal che dipenderebbe l'esigenza della fissazione del *dies* per l'*avectio* del vino o la possibilità di *denuntiatio* rivolta all'*emptor*, e qualora tali correttivi non fossero adottati dalle parti, il giurista chiarisce quale fosse il termine tipico. Ma ciò nel quadro dell'assunzione dei rischi di perdita o deterioramento del bene da parte del compratore che prescindeva dal dato materiale del conseguimento del possesso della *res emptā*⁹¹.

Viceversa, secondo altra prospettiva, la discussione di Ulpiano è stata più rigorosamente inserita nel quadro della *custodia*-Pflicht in ragione del verificarsi del furto ovvero di altri fatti dannosi, ed escludendo quindi gli eventi straordinari⁹². Nonché si è opportunamente colta la reciprocità dei doveri gravanti sulle parti contrattuali, allorché si è sottolineato «el deber de custodia por parte del vendedor hasta la proximidad de la siguiente vendemia, correlativo al del comprador de retirar el producto antes de ese suceso»⁹³.

Mentre non sembra facilmente accertabile la risalenza sabiniana della prima frase del testo, appare non del tutto infondata la considerazione per cui il *finis custodiae* sarebbe connesso all'obbligazione principale assunta dal venditore circa il *tradere possessionem*. Infatti anzitutto occorre rilevare che, dal discorso del giurista, il contratto di vendita permane oltre l'eventuale fissazione di un termine per l'*avectio* da parte del compratore. La disposizione esplicita di un termine al momento della

⁸⁹ R. ASTOLFI, *I 'libri'*, cit., 123 s.; P. ZAMORANI, *Possestio*, cit., 175 s.

⁹⁰ N. DE MARCO, *L'aversio*, cit., 357.

⁹¹ N. DE MARCO, *L'aversio*, cit., 358.

⁹² M. PENNITZ, *Das 'Periculum'*, cit., 403 s.; analogamente R. ROBAYE, *L'obligation*, cit., 379 s., per cui «la custodia est par contre une forme particulière de *diligentia*»; M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., 362, nt. 600; 424, nt. 1255, allorché distingue il caso diverso del «rischio dell'*effusio* involontaria», anche se qui non parrebbe esservi un'ipotesi di ricorrenza di vera e propria *effusio*. Altresì C.A. CANNATA, *Sul problema*, cit. (in *Iura*, 43, 1992), 52 s. e nt. 132; ID., *Sul Problema*, cit., 69, 100, nt. 29.

⁹³ M.M. BENITEZ LOPEZ, *La venta*, cit., 118.

conclusione del contratto serve soltanto ad anticipare il momento conclusivo della responsabilità del venditore. Ciò avviene circa il suo dovere di sorveglianza del vino contenuto in una botte, eventualmente anche contrassegnata da parte del compratore, ma riposta nella cantina del venditore e rispetto al quale possono verificarsi anzitutto atti di sottrazione da parte di terzi. Il fatto che in testa al venditore sia sorto il dovere di *tradere possessionem* del vino medesimo però risulta del tutto indifferente a siffatto contenuto proprio del dovere accessorio di custodia, il quale concerne elementi del tutto esteriori alla prestazione stessa appunto. Oltretutto il dovere di *avectio* del vino si configura quale atto del compratore, sebbene posto in essere nell'interesse anche del venditore, tuttavia in sé si contrappone all'atto del venditore di aprire la cantina in cui consiste il suo obbligo principale di *tradere possessionem*. La custodia infatti implicherebbe ovviamente solo il contrario dovere di quest'ultimo nel garantire attraverso il tempo viceversa la chiusura della cantina medesima.

Ma ancora più distante dal contenuto giuridico del testo risulta il rilievo per cui ciò si collocherebbe nel quadro dell'assunzione dei rischi di perdita o deterioramento del bene da parte del compratore che avrebbe prescisso dal dato materiale del conseguimento del possesso della *res empti*. Sebbene nella circostanza descritta la proprietà del vino non fosse ancora presso il compratore, si tratta infatti del dovere di custodia gravante sul venditore e rispetto al quale si pone il reciproco onere del compratore di prelevare il vino entro un termine definito. E nel presente testo l'esplicito richiamo alla *denuntiatio* da parte del venditore al fine di sollecitare la *tollitio* del vino da parte del compratore, in assenza della fissazione del termine, dovrebbe allontanare qualsivoglia residuo dubbio in proposito.

In effetti la fissazione di siffatto termine costituisce il tema trattato precipuamente dal frammento e tale determinazione può avvenire ad opera delle parti solo in via residuale: queste possono soltanto manifestare il comune interesse nel momento della conclusione del contratto ad anticipare un termine altrimenti già tassativamente predisposto dall'ordinamento. Nonché siffatto comune interesse appare circostanziato dall'abbreviazione di una responsabilità assunta dal

venditore per il dovere accessorio di sorveglianza del vino conservato nella propria cantina, rispetto al quale il compratore stesso è obbligato a rimborsare le relative spese. Ma, significativamente, non vi sono più collegate le conseguenze dell'allocazione del *periculum* circa la verifica del danno relativo all'*acor* o al *mucor*.

Al contrario di quanto ritenuto per cui l'autonomia delle parti avrebbe potuto determinare sullo stesso piano la fissazione del *dies* per l'*avectio* del vino o la possibilità di *denuntiatio* rivolta all'*emptor*, e solo qualora tali correttivi non fossero stati adottati dalle parti, il giurista avrebbe chiarito quale fosse il termine tipico⁹⁴, occorre una considerazione. L'autonomia delle parti può esclusivamente anticipare un termine per l'*avectio* del vino da parte del compratore. Infatti già la *denuntiatio* da parte del venditore è prevista quale atto tipico non disponibile dalle parti medesime e non disciplinato per via pattizia anche nel caso considerato all'interno del testo. Oltretutto lo stesso giurista pone esplicitamente il tema alternativo per cui qualora, al contrario di quanto può essere disposto dalle parti, il termine non fosse stato fissato, sia lecito verificare se il venditore non debba garantire la custodia per un periodo indefinito. Pertanto l'autonomia delle parti risulta essere del tutto circoscritta ad un unico aspetto possibile, mentre per il resto interviene esclusivamente la regolamentazione soltanto implicita del contratto e già prevista dall'ordinamento. Quest'ultima dunque si applica sempre, salvo la sola eccezione consentita che le parti possono predisporre nell'anticipare il termine per l'*avectio* del vino.

La configurazione dell'onere di *avectio* del vino da parte del compratore, nel pensiero di Ulpiano, però assume la nuova veste di un onere accessorio implicito al contratto, come d'altronde già previsto dallo stesso Ulpiano in D. 18.6.1.4⁹⁵. E ciò si verifica differentemente dalla considerazione espressa fin dalla sesta clausola del formulario catoniano⁹⁶ e riprodotta nello stesso pensiero dei *veteres*⁹⁷. Si tratta

⁹⁴ N. DE MARCO, *L'aversio*, cit., 357.

⁹⁵ Catone, *agr.* c.148.

⁹⁶ Ulp. 28 *ad Sab.* D. 18.6.1.4.

⁹⁷ Cfr. sempre D. 18.6.1.4.

appunto del medesimo termine tipico previsto che adesso però si impone con assoluta certezza nella disciplina del contratto e alla stessa autonomia dispositiva delle parti: infatti, certo, il vino deve essere ritirato prima che le giare siano necessarie per la nuova vendemmia.

A questa scadenza naturale del contratto è pertanto ascritto il *finis custodiae* da parte di Ulpiano. Il che avviene al di là e superando qualsiasi diversa possibile disposizione delle parti, se non quella residuale di anticipare il termine tipico così fissato dall'ordinamento. E nella misura in cui tale onere del compratore appare corrispondere al dovere assunto dal venditore circa la custodia del vino compravenduto, risulta del tutto interno alla logica della reciprocità quale quella configurata dal principio di buona fede. Quest'ultimo infatti è posto dal giurista medesimo a fondamento del regime degli *incommoda* nell'ambito della compravendita⁹⁸. E la esigibilità stessa del dovere di custodia assunto dal venditore fin dalla proposta contrattuale dunque appare poter risiedere esclusivamente nell'atto che definisce la quantità e la qualità della provvista da cui poter attingere la prestazione e che individua altresì quegli elementi esterni idonei alla sua preservazione nel tempo ovvero nella conclusione del contratto comunque avvenuta.

Ma soltanto tali elementi esterni alla provvista e del tutto autonomi da essa, assumono rilevanza. Questi, che possono essere enucleati nella conservazione delle chiavi della cantina, della porta e delle finestre di questa o della loro opportuna manutenzione, ovvero nell'adeguata sigillatura delle botti, sembrano rientrare specificamente nell'oggetto dell'attività di sorveglianza richiesta al venditore. Ciò accade allorché a quest'ultimo viene imputato il dovere di custodia fin dalla proposta contrattuale. E pertanto gli eventi straordinari non rilevano proprio in ragione della diversità dell'oggetto della custodia rispetto alla prestazione. Infatti la sorveglianza svolta dal venditore riguarda le eventuali sottrazioni di liquido, da dove attingere la prestazione, che possono essere effettuate da terzi. Ma esse sono commisurate

⁹⁸ Cfr. sopra, nt. 85, D. 18.6.1.3: ... *vendere vinum bona fide: id est quantum sine ipsius incommodo fieri potest operam dare, ut quam minime detrimento sit ea res emptori.*

unicamente ai recipienti collocati nella cantina ovvero allo spazio stesso della cantina di appartenenza del venditore medesimo soltanto.

4. *Conclusioni*

A differenza della letteratura che ha affermato la costante rilevanza dell'atto di *degustatio* quale elemento implicito al contratto, già i giuristi del principato attestano la sussistenza di patti volti a circoscrivere il termine dell'atto di accertamento relativo alla degustazione. Quest'ultimo può concludere la proposta iniziale del contratto rispetto ad una determinata provvista. Inoltre in base ad esso è allocato diversamente il pericolo di verifica del danno relativo alla produzione di *acor* e *mucor*. E in senso differente dalla dottrina che ha proposto per la ricorrenza dell'elemento accidentale del contratto, la *degustatio*, fin dai giuristi del primo principato, sembra insistere sulla qualità del vino. Questa risulta quale provvista del contratto che può diversificarsi e degradarsi rispetto alla conclusione del contratto stesso anche per ragioni naturali. In ogni circostanza viceversa la degustazione medesima continua ad essere ritenuta costantemente un atto unilaterale posto nell'interesse del compratore. Essa quando ricorre serve a concludere la proposta contrattuale ma non produce soltanto l'effetto di ripartire diversamente il pericolo del danno circa la produzione di *acor* e *mucor*, bensì altri effetti non disponibili alla volontà delle parti.

Il motivo di tale regolamentazione sembra risiedere in un effetto obbligatorio più ampio già iniziato ma poi sancito dall'atto di degustazione il quale concluda la compravendita sulla qualità e quantità della provvista considerata. Questo infatti, mentre riduce il dovere di conservazione che previene l'acidimento e l'ammuffimento del vino ad una specificazione del dovere di prestazione, anzitutto pone l'esigenza di configurare nuovi doveri accessori. Essi concernono la natura stessa e la cognizione della provvista, quale è risultato il dovere di avvisare il compratore circa l'inevitabilità del deterioramento del vino. E tuttavia non sembra nemmeno potersi esaurire nell'obbligo di *tradere possessionem*, in quanto la misura della prestazione deve poter essere prelevata proprio dalla provvista degustata. Invero è proprio quest'ultima che pur

occupando i recipienti e gli spazi appartenenti al venditore tuttavia non può subire variazioni quantitative esattamente al fine di consentire l'asporto della prestazione da parte del compratore.

Di fronte a tale necessità pertanto si staglia l'affermazione ulpiana per cui il venditore è chiamato a rispondere soltanto per la custodia. Quest'ultimo dovere infatti mantiene la sua autonomia dal dovere di prestazione e dal dovere di conservazione, concernendo soltanto la salvaguardia delle botti contenute nella cantina del venditore. Tale attività del venditore è diretta a preservare le botti dai possibili atti di intrusione o sottrazione da parte di terzi e per cui si devono affrontare altresì spese di mantenimento relative alla sigillatura delle botti medesime ovvero alla conservazione delle chiavi e della porta della cantina nonché delle finestre di questa o al loro adeguato ripristino. Ciò corrisponde al suo stesso interesse ad ottenere libere le botti stesse oggetto di sorveglianza entro un periodo di tempo tipizzato e indisponibile alle parti attraverso cui si implementa l'onere del compratore di prelevare il vino. Così nella sistemazione ulpiana della compravendita del vino è tale assetto ad integrare propriamente il regime naturale del contratto e non gli effetti di solito e unicamente ascritti all'atto di degustazione.

Abstract

Il contributo è volto a determinare la ragione dell'affermazione ulpiana *custodia tantum praestanda est* a proposito delle obbligazioni assunte dal venditore nell'ambito della compravendita del vino attraverso i peculiari sviluppi degli obblighi che la medesima parte contrattuale subisce a partire da Proculo e Gaio e già a cominciare dagli stessi effetti prodotti dalla *degustatio*. A differenza di quanto ritenuto in dottrina infatti l'effetto obbligatorio che scaturisce dall'atto di *degustatio*

che conclude la compravendita sulla qualità e quantità della provvista considerata non sembra potersi esaurire nell'obbligo di *tradere possessionem* e le conseguenze di solito ricollegate. Ciò si verifica in quanto la misura della prestazione deve poter essere tratta proprio dalla provvista degustata, che pur occupando i recipienti e gli spazi del venditore tuttavia non può subire variazioni quantitative. Così si inquadra l'affermazione ulpiana per cui il venditore è chiamato a rispondere soltanto per la custodia: tale dovere infatti mantiene la sua autonomia dal dovere di prestazione, concernendo soltanto la salvaguardia delle botti contenute nella cantina del venditore dai possibili atti di intrusione o sottrazione da parte di terzi e per cui si devono affrontare altresì spese di mantenimento relative alla sigillatura delle botti ovvero alla conservazione delle chiavi e della porta della cantina nonché delle finestre di questa. Ciò corrisponde al suo stesso interesse ad ottenere libere le botti medesime entro un periodo di tempo tipizzato e indisponibile alle parti attraverso cui si implementa l'onere del compratore di prelevare il vino.

The contribution is aimed at determining the reason of the ulpian affirmation *custodia tantum praestanda est* regarding the obligations assumed by the seller in the purchase and sale of wine through the specific developments of the obligations that the same contractual party undergoes starting from Proculus and Gaius and already starting with the same effects produced by the *degustatio*. Unlike what is believed in doctrine, in fact, the obligatory effect that derives from the act of *degustatio* which concludes the sale on the quality and quantity of the provision considered does not seem to be able to be exhausted in the obligation to transfer *possessionem* and the consequences usually connected. This occurs because the measure of the performance must be able to be drawn really from the stock tasted, that even though occupying the containers and spaces of the seller, however it cannot undergo quantitative changes. This is the frame in which it is placed Ulpian's statement for which the seller is called upon to answer only

for custody: this duty in fact maintains its autonomy from the duty of performance, only concerning the safeguarding of the barrels contained in the seller's cellar from the possible acts of intrusion or subtraction by third parties and for which maintenance costs must also be incurred relating to the sealing of the barrels or the conservation of the keys and the cellar door as well as the windows of the latter. This corresponds to his own interest in obtaining the same barrels free within a period of time typified and unavailable to the parties through which the buyer's burden of withdrawing the wine is implemented.

La contribution vise à déterminer la raison de l'affirmation ulpienée *custodia tantum praestanda est* concernant les obligations assumées par le vendeur dans l'achat et la vente de vin à travers l'évolution spécifique des obligations que la même partie contractante subit à partir de Procul et Gaius et déjà en commençant par les mêmes effets produits par la *degustatio*. Contrairement à ce que l'on croit en doctrine, en effet, l'effet obligatoire qui résulte de l'acte de *degustatio* qui conclut la vente sur la qualité et la quantité de la provision considérée ne semble pas pouvoir être épuisé dans l'obligation de transférer la *possessio* et les conséquences généralement liées. Cela se produit parce que la mesure de la prestation doit pouvoir être tirée réellement du stock dégusté, lequel même si occupant les conteneurs et les espaces du vendeur, cependant il ne peut pas subir de changements quantitatifs. Tel est le cadre où se place la déclaration d'Ulpien pour laquelle le vendeur ne doit répondre que pour la garde: ce devoir maintient en réalité son autonomie vis-à-vis du devoir de prestation, uniquement en ce qui concerne la protection des fûts contenus dans la cave du vendeur contre d'éventuels actes d'intrusion ou de soustraction par des tiers et pour lesquels des frais d'entretien et de conservation des clés et de la porte de cave ainsi que des fenêtres de cette dernière doivent également être engagés. Cela correspond à son intérêt personnel d'obtenir les mêmes

fûts libres dans un délai typique et indisponible aux parties par lequel se concrétise la charge de l'acheteur de laquelle il est tenu de prendre le vin.

Parole chiave

degustatio – provvista degustata – variazioni quantitative – dover rispondere per la custodia

degustatio – stock tasted – quantitative changes – to answer only for custody

degustatio – stock dégusté – changements quantitatifs – devoir répondre pour la garde

GIANPIERO MANCINETTI
Ricercatore IUS 18
Università degli Studi di Roma 'Tor Vergata'
Email: mancinetti@juris.uniroma2.it

