



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

Dottorato di Ricerca in Diritto Romano e Diritto Pubblico Interno e Sovranazionale

(Discipline Romanistiche: Diritto Romano e Diritti dell'Antichità)

Dipartimento di Scienze Giuridiche, della Società e dello Sport

Ius/18 "Diritto Romano e Diritti dell'Antichità"

OBBLIGHI DI INFORMAZIONE DEL VENDITORE E RESPONSABILITÀ DA SILENZIO E *RETICENTIA* NELLA COMPRAVENDITA ROMANA

LA DOTT.SSA
ADRIANA SCABONI

IL COORDINATORE
CHIAR.MO PROF. ANTONELLO TANCREDI

IL TUTOR
CHIAR.MA PROF.SSA ROSARIA LONGO

CICLO XXV

ANNO ACCADEMICO 2015-2016

INDICE-SOMMARIO

Capitolo 1

IL RILIEVO GIURIDICO E LA DISCIPLINA DEL SILENZIO NEL DIRITTO ROMANO:

1. Premessa.	4
2. Stato della dottrina.	7
3. Il silenzio nella casistica giurisprudenziale romana. Casi pertinenti al diritto di famiglia.	22
3.1. <i>Segue. In iure cessio.</i>	36
3.2. <i>Segue. Rappresentanza processuale.</i>	39
3.3. <i>Segue. Actiones adiecticiae qualitatis.</i>	44
3.4. <i>Segue. Condominio.</i>	52
3.5. <i>Segue. Rilocazione tacita e obbligazione dell'horrearius.</i>	58
3.6. <i>Segue. Delicta servi e responsabilità del dominus.</i>	64
4. Riflessioni conclusive.	70

Capitolo 2

LA RETICENTIA E LA SUA PIU' ANTICA DISCIPLINA:

1. La regolamentazione decemvirale e i relativi sviluppi giurisprudenziali. Analisi di Cic. <i>de off.</i> 3.16.65.	73
2. <i>Segue.</i> Analisi di Cic. <i>de off.</i> 3.16.66-67 e di D.18.1.66 pr.-1 (Pomp. <i>ad Q. Mucium</i>).	90
3. Il dibattito tardo-repubblicano sugli obblighi d'informazione del venditore.	109

Capitolo 3

VITIA DEGLI SCHIAVI E RETICENTIA DEL VENDITORE:

1. La responsabilità del venditore secondo le disposizioni dell'*edictum de mancipiis vendundis*. 124
2. L'obbligo di '*pronuntiatio vitiorum*': *vitia e morbi* nelle riflessioni dei giuristi dalla tarda repubblica all'età dei Severi. 134
3. La responsabilità edilizia del venditore per *falsi dicta et promissa*. 149
4. I '*vitia animi*' non contemplati nelle previsioni edilizie. Il pensiero di Viviano, Pomponio e Ulpiano. 159
5. Ancora sul silenzio del venditore sui vizi non "redibitori". 167

Conclusioni 185

Bibliografia 193

Indice delle fonti 216

CAPITOLO PRIMO

IL RILIEVO GIURIDICO E LA DISCIPLINA DEL SILENZIO NEL DIRITTO ROMANO

SOMMARIO: 1. Premessa – 2. Stato della dottrina – 3. Il silenzio nella casistica giurisprudenziale romana. Casi pertinenti al diritto di famiglia – 3.1. *Segue. In iure cessio* – 3.2. *Segue. Rappresentanza processuale* – 3.3. *Segue. Actiones adiecticiae qualitatis* – 3.4. *Segue. Condominio* – 3.5. *Segue. Rilocazione tacita e obbligazione dell'horrearius* – 3.6. *Segue. Delicta servi* e responsabilità del *dominus* – 4. Riflessioni conclusive.

1. Premessa.

Del “silenzio” (fenomeno che i Romani presero in considerazione, utilizzando talora anche la corrispondente espressione ‘*silentium*’¹) e della sua disciplina nell’esperienza giuridica romana manca in dottrina una trattazione organica, che possa orientare chi volesse dedicarsi a studiarne particolari manifestazioni, come quella, appunto, costituita dalle eventuali mancate comunicazioni al compratore – in sede di trattative e di conclusione del contratto – di informazioni rilevanti in possesso del venditore.

La stessa manualistica ha rivolto un’attenzione molto marginale al nostro tema; spesso – se si eccettuano pochi casi² – non vi fa nemmeno cenno³.

¹ Per le occorrenze del termine cfr. s.v. *Silentium*, in *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, V, Berolini 1939, p. 544 ss. Si vedano altresì Æ Forcellini, *Lexicon Totius Latinitatis*, (rist. ed. 1688-1768), IV, Padova 1940, p. 366 ss., e A. Berger, *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, New York 1953, p. 707.

² Brevi considerazioni sul silenzio si riscontrano, fra gli altri, in S. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano*, I, Firenze, 1906, p. 135 ss. [v. anche Id., *Istituzioni di diritto romano*, (rist. dell’ed. 1928, a cura di L. Capogrossi Colognesi), Roma 2002, p. 135 ss.]; E. Betti, *Diritto romano. I. Parte generale*, Padova 1935, p. 206 ss.; 233; S. Di Marzo, *Istituzioni di diritto romano*⁵, Milano 1946, p. 64 ss.; B. Biondi, *Istituzioni di diritto romano*⁴, Milano 1965, p. 184 ss.; in part., p. 186; M. Kaser, *Das Römische Privatrecht*, I², München 1971, p. 228 ss.; A. Burdese, *Manuale di diritto privato romano*³, Torino 1987, p. 185 ss. Cenni sulle linee essenziali della questione del silenzio anche in M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, p. 198; Id. *Elementi di diritto privato romano*², Milano 2013, p. 99; M. Marrone, *Istituzioni di diritto romano*², Palermo 1994, p. 141; A. d’Ors, *Derecho Privado Romano*⁹, Pamplona 1997, § 460 nt. 1; G. Nicosia, *Institutiones. Profili di diritto privato romano*, Catania 1999, p. 235; Id., *Nuovi profili istituzionali di diritto romano*⁶, Catania 2013, p. 209; A. Guarino, *Diritto privato romano*¹², Napoli 2001, p. 377 ss. e nt. 24.1.1; C. Sanfilippo, *Istituzioni di diritto romano*¹⁰, Catania 2002, p. 88 ss.; P. Voci, *Istituzioni di*

A quest'assenza di punti generali di riferimento si aggiunge la difficoltà di aver chiaro anche cosa sia stato in assoluto, per i Romani, il “silenzio” come fenomeno giuridicamente rilevante⁴.

Nella lingua latina, l'area semantica di ciò che noi ordinariamente indichiamo con il termine “silenzio” appare decisamente ampia, certamente più complessa e articolata rispetto alla semplice circostanza dell'essersi astenuti dall'emettere parole o suoni⁵. Al fenomeno si riferiscono espressioni diverse come *silere* e *tacere*⁶, le quali evocano, a loro volta, situazioni di fatto abbastanza differenziate:

*diritto romano*⁶, Milano 2004, p. 118 ss.; G. Scherillo-F. Gnoli, *Diritto romano. Lezioni istituzionali*², Milano 2007, p. 183 ss. Da ultimo, v. E. Cantarella, *Diritto romano. Istituzioni e storia*, Milano 2010, p. 225 ss.; A. F. De Bujàn, *Derecho privado romano*⁴, Madrid 2011, p. 318 ss. Valutazioni più analitiche si osservano in P. Bonfante, *Istituzioni di diritto romano*, Firenze 1896, p. 58 ss.; 140; 147 [v. anche la decima edizione, rist. Milano 1987, p. 65; 152; 172]; L. A. Pena Guzmàn-L. R. Arguello, *Derecho romano*, Buenos Aires 1962, p. 356 ss.; F. Pastori, *Gli istituti romanistici come storia e vita del diritto*², Milano 1988, p. 525 ss.; A. Corbino, *Diritto privato romano: contesti, fondamenti, discipline*³, Padova 2014, p. 398 ss.

³ Cfr., fra gli altri, P. Girard, *Manuale elementare di diritto romano*, (vers. ital. sulla quarta ed. franc., a cura di C. Longo), Milano 1909; G. La Pira, *Istituzioni di diritto romano*, Firenze 1948; V. Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli 1960; E. Volterra, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma 1961; C. A. Maschi, *Il diritto romano. I. La prospettiva storica della giurisprudenza classica (diritto privato e processuale)*, Milano 1966; P. Fuenteseca, *Derecho privado romano*, Madrid 1978; M. J. Garcia Garrido, *Derecho privado romano. I. Instituciones*², Madrid 1982; P. Jörs-W. Kunkel-L. Wenger, *Römisches Recht*⁴, Berlin-New York-Springer 1987; G. Pugliese, *Istituzioni di diritto romano*³, Torino 1991; J. Gaudemet, *Le droit privé romain*, Paris 1998; H. Honsell, *Römisches Recht*⁵, Heidelberg 2002; L. Lantella-E. Stolfi, *Profili diacronici di diritto romano*, Torino 2005; D. Dalla-R. Lambertini, *Istituzioni di diritto romano*³, Torino 2006; G. Pugliese-F. Sitzia-L. Vacca, *Istituzioni di diritto romano*, Torino 2012.

⁴ Noto, invece, alla dottrina contemporanea come fatto tecnico, ancorché di non uniforme rilievo. Cfr. per il diritto privato: A. La Torre, s.v. *Silenzio* (dir. priv.), in ED. 42 (Milano 1990), p. 543 ss.; N. D'Angelo, *Il silenzio nel diritto privato*, in *Riv. della Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze* 8/9 (2005), p. 66 ss. Sul significato del silenzio nel diritto amministrativo si rinvia a P. G. Lignani, s.v. *Silenzio* (dir. amm.), in ED. 42 (Milano 1990), p. 559 ss.

⁵ J. A. Martínez Vela, *El valor del silencio en las fuentes literarias antiguas*, Madrid 2012, p. 41, osserva che “cuando se habla de ‘silencio’, se está haciendo referencia a un estado, o más concretamente a la ausencia de un tipo determinado de actividad [...]”.

⁶ M. S. Goretti, *Il problema giuridico del silenzio*, Milano 1982, p. 60, ha notato che “le due forme sopra citate” – l'Autrice allude appunto a *silere* e *tacere* – “mettono in evidenza due aspetti del silenzio, in quanto la prima forma (*silere*) esprime il fenomeno del silenzio come “stato”, e cioè la condizione della silenziosità quale tranquillità”, con la conseguenza che “la forma lessicale sottolinea quella situazione del silenzio, a cui manca la componente della relazionalità, e che, quindi, come fatto produttore effetti, specie etico-giuridici, si qualifica come pseudo-silenzio”. Di contro, il *tacere* esprimerebbe una situazione “dinamica”, contrapposta al “*loqui*”. Secondo J. A. Martínez Vela, *El valor del silencio* cit., p. 43 ss., il termine *tacere* farebbe riferimento a una “ausencia total de palabras, al silencio como negación del discurso humano”, sottolineando che Festo, nel suo *De verborum significatu*, qualificava il *taciturnus* come colui “*qui facile tacet: tacitus etiam argutus, quia potest aliquando tacere*”. Il verbo *silere* avrebbe un significato “più ampio, para hacer referencia a la ausencia de todo sonido [...]”. Di parere opposto, A. Castresana, *La relevancia jurídica del silencio (a propósito de ciertos deberes de información del vendedor)*, in *Index* 40 (2012), p. 702 ss., la quale sostiene che non sussisterebbe alcuna differenza sostanziale tra *silere* e *tacere*, poiché entrambi i verbi farebbero riferimento alla condotta (inattività) di chi

mentre il *tacere* sembra alludere infatti alla complessa situazione della mancata esternazione del pensiero, fosse questo una dichiarazione di scienza o una di intenzione, il *silere* sembra alludere, piuttosto, al fatto puramente “negativo” dell’assenza di elementi “positivi” da osservare.

A ciò si aggiunga la difficoltà di dovere valutare, quando almeno si sia di fronte ad un comportamento relazionale – come nel caso, appunto, del *tacere* – le ragioni fattuali che lo determinano e che possono ovviamente andare dalla mera trascuratezza di ciò che si sarebbe potuto esternare, alla consapevole volontà di non esternare ciò che si sarebbe potuto o, ancora, a quella di chi abbia inteso, addirittura, nascondere ciò che a lui era noto.

La questione investe – com’è evidente – il problema della “manifestazione” di volontà⁷ e delle possibili implicazioni connesse alla medesima, sotto l’alternativo profilo della sua rilevanza e delle conseguenze negative che ne possono venire al suo autore.

Un fenomeno che non ha avuto – come tanti altri – attenzione teorica esplicita da parte dei giuristi romani, che tuttavia vi sono stati, in concreto, estremamente, invece, attenti, in una visione, peraltro, sicuramente coerente e ricostruibile, onde ricavare di volta in volta dalle caratteristiche fattuali del comportamento osservato e da qualificare (manifestazione, esplicita o tacita; manifestazione inesistente o irrilevante) le necessarie conseguenze.

A fronte di tutto ciò, una rapida esposizione dello stato della dottrina aiuterà a rendere più chiaro il quadro e a giustificare le ragioni per le quali un’indagine come quella che andiamo a intraprendere non possa prescindere da una

non dice nulla; a suo giudizio, il silenzio corrisponderebbe all’omissione di colui che tace l’informazione che conosce.

Spunti circa le differenze lessicali anche in R. Orestano, *Sulla problematica del segreto nel mondo romano*, in *Il segreto nella realtà giuridica italiana*. Atti del Convegno Nazionale, Roma 26-28 ottobre 1981, Padova 1983, p. 103 ss.; Id., *Della ‘semantica’ del segreto nell’esperienza romana*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, VI, Milano 1991, p. 13 ss.; A. Maiuri, *La polisemia del silenzio nel mondo latino tra politica, diritto e religione*, in *Silenzio e parola nella patristica: XXXIX Incontro di studiosi dell’antichità cristiana, Roma 6-8 maggio 2010*, Roma 2012, p. 465 ss., e, a livello enciclopedico, in A. Ernout-A. Meillet, *Dictionnaire étimologique de la langue latine*⁴, Paris 1951, p. 1103-1104 e 1187-1188.

⁷ P. Bonfante, *Corso di diritto romano*. IV. *Le obbligazioni*, Milano 1979, p. 299 ss. [rist. corretta delle *Lezioni*, aa.aa. 1918-19 e 1919-20, a cura di G. Bonfante e G. Crifò, p. 491 ss.]; L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d’informazione a carico del venditore. Origini storiche e prospettive attuali*, Napoli 2007 p. 15 ss.

preliminare messa a fuoco dei suoi presupposti teoretici, sotto il duplice aspetto, da un lato, del senso in cui può parlarsi di “silenzio” nella materia che ci interessa (le mancate dichiarazioni del venditore), e, dall’altro, dell’atteggiamento mostrato dalla giurisprudenza romana fuori dalla tematica che ci riguarda, in casi cioè nei quali si osserva un atteggiamento del soggetto che possa considerarsi corrispondente a tale comportamento “silente”.

2. Stato della dottrina.

Il dibattito sul trattamento giuridico riservato dai Romani al silenzio prese avvio dal 1885 in poi, cioè da quando Vittorio Scialoja⁸ intraprese i suoi studi sui negozi giuridici, studi che ridiscutevano posizioni già assodate in passato, in particolare quelle del Savigny⁹.

La discussione si articolò da quel momento secondo una fondamentale bipartizione: da una parte, la dottrina attribuiva al silenzio una valenza di “fatto positivo”, elaborando, di conseguenza, una vera e propria teoria in grado di superare le antinomie interpretative esistenti, avvicinandone la disciplina alla nota *regula iuris* canonistica “*Qui tacet videtur consentire*”¹⁰. Dall’altra, si negava la possibilità stessa di elaborare una teoria del silenzio, a causa dell’ambiguità intrinseca in esso racchiusa. Se ne sottolineava, infatti, la natura di *quaestio facti* (e la conseguente necessità di procedere – per individuarne la disciplina – alla catalogazione casistica del relativo *ius singulare*) e ci si orientava piuttosto secondo la massima pauliana riportata in D.50.17.142 “*Qui tacet non utique fatetur, sed tamen verum est non negare*”¹¹.

A) Tra i due orientamenti, al cui interno emergono sfumature che contribuiscono ad arricchire e a precisare la portata di ciascuno, ha sempre

⁸ V. Scialoja, *Responsabilità e volontà nei negozi giuridici. Prolusione al corso di Pandette nella R. Università di Roma*, Roma 1885, p. 5 ss.

⁹ F. C. Savigny, *Sistema del Diritto Romano Attuale*², (trad. it. a cura di V. Scialoja), III, Torino 1900, p. 329 ss.

¹⁰ Sulla massima cfr. G. Tomás, *Fuentes jurídicas del principio qui tacet, consentire videtur. Realidad juridical versus difusión social*, in RIDA. 50 (2003), p. 383 ss.

¹¹ V. *infra* nt. 49.

dominato, sulla scia del Savigny e dello Scialoja, la tesi della casistica, nonostante la confutazione tentata dal Ranalletti¹², il quale aveva cercato, invece, di individuare un canone interpretativo generale.

B) Lo Scialoja, prendendo le mosse dalle idee del Savigny, secondo il quale il silenzio di per sé è un fatto “nullo”¹³, introduceva un elemento di svolta, affermando che in diritto romano sarebbero esistite due diverse categorie di negozi giuridici “governate da regole differenti e che hanno per carattere l’una la volontà come causa direttamente efficace, l’altra la responsabilità come elemento essenziale per gli effetti giuridici della dichiarazione”¹⁴. L’esempio che fra tutti veniva invocato a dimostrazione di tale assunto è costituito dalla riserva mentale: in essa, com’è noto, si riscontra discrepanza tra la vera volontà interna e la dichiarazione della stessa; tale discrepanza – osservava – è nota all’autore della dichiarazione.

Interrogandosi al riguardo, il Maestro constatava che l’ordinamento avrebbe attribuito effetti giuridici alla volontà dichiarata anche nel caso in cui non vi fosse stata corrispondenza con l’interno volere, poiché quest’ultimo si sarebbe identificato, in realtà, con “quella tale riserva mentale, alla quale il diritto non riconosce alcun effetto”¹⁵. Di certo colui che ha emesso la dichiarazione con riserva mentale non ne voleva sicuramente il contenuto; eppure egli deve sopportare le conseguenze dell’atto di cui è responsabile¹⁶.

Riproponendo l’esempio della riserva mentale nelle *Lezioni* del 1892-1893, l’Autore precisava che, nella suddetta fattispecie, colui che ha emesso la dichiarazione ne subirà le conseguenze, perché si è trattato di un atto doloso¹⁷. In questo caso, la riserva mentale, in cui si è appunto tradotto l’atto doloso, può produrre effetti giuridici perché anche il dolo implica volontà; non una volontà

¹² O. Ranalletti, *Il silenzio nei negozi giuridici*, in RISG. 13 (1892), p. 3 ss.

¹³ F. C. Savigny, *Sistema del Diritto Romano Attuale*² cit., p. 330. Nella concezione dell’Autore, il silenzio, di regola, non si configura come assenso o concessione; tuttavia, esistono delle eccezioni a tale regola in base alle quali il silenzio è equiparato al consenso.

¹⁴ V. Scialoja, *Responsabilità e volontà* cit., p. 23.

¹⁵ V. Scialoja, *Negozi giuridici. Corso di diritto romano nella R. Università di Roma, 1892-1893*⁵, (prefazione di S. Riccobono), Roma 1950, p. 46 ss.

¹⁶ V. Scialoja, *Responsabilità e volontà* cit., p. 22.

¹⁷ V. Scialoja, *Negozi giuridici*⁵ cit., p. 48.

negoziale diretta, ma una volontà che genera responsabilità. In questa prospettiva, anche il silenzio, l'inerzia, nonostante non possano essere qualificati come volontà diretta o volontà del contenuto, rappresentano così, per Scialoja, manifestazione di volontà "formale" che produce una responsabilità, per la necessità di tutelare l'affidamento generato.

A suo giudizio, i giuristi romani non seguirono una teoria generale per tutti i negozi giuridici, avendo in alcune categorie di negozi attribuito importanza maggiore alla volontà interna, in altre, invece, alla manifestazione di essa¹⁸.

Dopo aver precisato che la questione del silenzio doveva essere risolta facendo ricorso alla categoria dello *ius singulare*, Scialoja prospettava tre ipotesi di silenzio, delimitando, così, l'ambiguità del fenomeno¹⁹.

Nel procedere a ciò, l'Autore muoveva dalla distinzione che egli stesso formula tra dichiarazione espressa e dichiarazione tacita di volontà: la manifestazione espressa di volontà si attua attraverso un atto diretto a questa estrinsecazione, sia che poi questo consista nella parola orale, sia che consista nella scrittura, sia che consista in un cenno qualunque che abbia il valore di assentimento; mentre per manifestazione tacita si intende un'estrinsecazione compiuta attraverso atti che, per se stessi, non sono ad essa diretti, ma che hanno altri scopi connessi, comunque, all'esistenza di quella volontà di cui si tratta²⁰.

Il silenzio, rispetto alla manifestazione di volontà, può avere tre valenze diverse: il silenzio come non fatto o pseudo-fatto; il silenzio come manifestazione tacita di volontà; infine, il silenzio come manifestazione "espressa" volontà. La prima ipotesi è anche la più comune; infatti, nella maggioranza dei casi "chi tace non dice nulla". La seconda e la terza fattispecie si configurano nel momento in cui determinate circostanze concomitanti attribuiscono al silenzio il carattere di dichiarazione tacita o espressa di volontà.

Ciò accade, in particolare, con il fenomeno del "tacere", ossia quando il silenzio giunge a essere una volontà espressa, ad esempio nell'ambito degli atti

¹⁸ V. Scialoja, *Negozi giuridici*⁵ cit., p. 52.

¹⁹ V. Scialoja, *Negozi giuridici*⁵ cit., p. 69.

²⁰ V. Scialoja, *Negozi giuridici*⁵ cit., p. 68.

giudiziari, “nei quali uno è espressamente tenuto a dire se vuole una cosa, o non la vuole: in tal caso, l’inazione, il silenzio, significa accettazione”²¹.

Come lo Scialoja scriveva, “il giudicare se nei singoli casi di volontà tacita, tacitamente manifestata, vi sia o no una dichiarazione, è un giudizio di fatto, cioè bisogna vedere caso per caso se esista o no quella logica e necessaria connessione tra il fatto esterno e l’animo dell’agente, sicché lo stesso fatto può darsi benissimo che in un caso si possa ritenere manifestazione tacita di volontà e in un altro no, per il variare delle circostanze”²².

Il silenzio è, dunque, una *quaestio facti* e, proprio per questo, è visto sempre nella sua negatività (“chi tace non dice nulla”); la connotazione positiva come fatto giuridico si ricaverebbe dalle circostanze in cui si viene a realizzare il silenzio medesimo.

C) Non molti anni dopo, esattamente nel 1892, il Ranelletti, allontanandosi dalle soluzioni interpretative promosse dal suo Maestro Vittorio Scialoja, tentò di confutare la tesi dello *ius singulare* in una memoria pubblicata nella “*Rivista Italiana per le scienze giuridiche*”²³. Sulla base di una disamina approfondita delle fonti romane, il Ranelletti propose nel suo saggio principi generali per interpretare il silenzio.

Lo studioso accettava le ragioni che stavano alla base della teoria dominante che considerava l’interno volere il vero elemento produttivo di effetti giuridici, e la dichiarazione come puro mezzo per far conoscere l’interna volontà, ma ne mitigava le conseguenze attraverso il ricorso al principio dell’affidamento: l’obbligatorietà dei contratti discende dalla loro “necessità sociale”²⁴. Se si prescindesse dall’elemento dell’obbligatorietà, cioè se ciascuna parte potesse rompere il contratto, allora la società diventerebbe caotica, impedendo il raggiungimento dei fini dell’uomo. Da qui, il “diritto di affidarsi” di ognuno dei contraenti, di contare, cioè, sulla promessa e sull’accettazione della controparte.

²¹ V. Scialoja, *Negozi giuridici*⁵ cit., p. 69.

²² V. Scialoja, *Negozi giuridici*⁵ cit., p. 70. Su quest’aspetto della tacita manifestazione di volontà v., da ultimo, A. Corbino, *Diritto privato romano*³ cit., p. 400 ss.

²³ O. Ranelletti, *Il silenzio* cit., p. 3 ss.

²⁴ O. Ranelletti, *Il silenzio* cit., p. 4.

Con riferimento al silenzio, il Ranelletti introduceva una precisazione fondamentale, sostenendo che tutta la tacita dichiarazione della volontà si aggirava intorno a un silenzio: infatti, attraverso l’atteggiamento silenzioso, la volontà si manifestava non con parole o gesti ma per mezzo di azioni. Il silenzio dunque non sarebbe stato altro che il più importante dei modi di dichiarazione tacita²⁵.

Esaminando le ragioni che stanno alla base delle dottrine che si ricollegano alla nozione di *ius singulare*, il Ranelletti ricordava che nessuna di esse fosse riuscita a spiegare il perché degli effetti di tutti i casi di silenzio che si riscontrano nelle fonti romane²⁶.

Se il silenzio, di per sé, non dice nulla, da che cosa derivavano – si domandava – gli effetti giuridici?

Lo studioso introduceva, così, il concetto di silenzio “qualificato”, ossia quello mantenuto mentre, invece, sussisteva l’obbligo di parlare per legge o per un ordine del giudice. In quest’ipotesi, il silenzio rivestiva sicuramente un’importanza giuridica ed era in grado di fondare un determinato obbligo nel silente di dichiarare, se esistente, la propria volontà contraria²⁷.

Ma c’era di più. Il silenzio doveva considerarsi “qualificato” e poteva, dunque, generare un obbligo nel momento in cui, in base alle circostanze del caso, fosse possibile ritenere che il silente volesse raggiungere un determinato obiettivo.

Secondo l’Autore, le circostanze che accompagnano il verificarsi del silenzio sono diverse a seconda che quest’ultimo produca la perdita di un diritto o faccia sorgere obbligazioni, ma si ricollegano sempre al concetto di *bonus vir* e alla nozione di “interesse” di colui che tace.

Il silenzio causa la perdita di un diritto quando: “1) uno tace dinanzi a fatti di natura tale che contengano o una negazione permanente, o una ripetuta negazione transitoria del suo diritto o lo possono soltanto ledere; 2) egli si trova in condizioni siffatte che facilmente potrebbe impedire il compiersi o il ripetersi di

²⁵ O. Ranelletti, *Il silenzio* cit., p. 12.

²⁶ O. Ranelletti, *Il silenzio* cit., p. 20 ss..

²⁷ O. Ranelletti, *Il silenzio* cit., p. 21.

quei fatti; 3) qualunque uomo normale (*vir bonus*) al suo posto parlerebbe se di volontà contraria”²⁸.

Il silenzio produce obbligazione quando: “1°) vi sia la conoscenza dei fatti compiuti dall’agente o delle cose da questi dette e gli uni e gli altri tocchino gl’interessi di colui che tace; 2° a) vi sia realmente tra l’agente e colui, che tace, una relazione, oppure questi sia solito per sua professione ad entrare con gli altri in quella relazione nella quale l’agente si è posto con lui, se si tratta di rapporti intercedenti tra essi; b) appaia con buon fondamento che vi sia tale relazione, se si tratta di rapporti coi terzi; 3°) vi sia la massima facilità di intervenire e manifestare la propria vera volontà, se contraria; 4°) infine, come misura del grado di queste condizioni, un *bonus vir* nella posizione di colui che tace, non rimarrebbe certamente in silenzio”²⁹.

D) Il saggio di Ranelletti, riaprì il dibattito sulla problematica del silenzio nel corso del quale emersero nuovi argomenti contrari alla creazione di una teoria del silenzio quale fatto giuridico.

Ripercorrendo la strada che era stata già tracciata dal Savigny, venne nuovamente ribadito il principio secondo il quale la questione del silenzio potesse essere risolta solo procedendo alla catalogazione casistica dello *ius singulare*.

Si pronunciarono subito in tal senso lo Sraffa³⁰, il Simoncelli³¹ e il Borgna³².

Per Perozzi – che già nelle *Istituzioni di diritto romano* aveva affermato che si trattava di un problema ozioso³³ – quello del silenzio sarebbe stato un problema addirittura inconsistente; infatti, così scriveva: “Un problema intitolato ‘Il silenzio nella conclusione dei contratti’ non può sussistere nella scienza [...] . Si esprime il voto della eliminazione della formula, già di per se stessa contraddittoria, e senza senso, e non di un contenuto; di un’ombra e non di una

²⁸ O. Ranelletti, *Il silenzio* cit., p. 23 ss.

²⁹ O. Ranelletti, *Il silenzio* cit., p. 25.

³⁰ A. Sraffa, *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, in *Giurisprudenza Italiana* 4 (Torino 1893), p. 353 ss.

³¹ V. Simoncelli, *Il silenzio nel diritto civile*, in *RIL* 30 (1897), p. 253 ss.

³² G. Borgna, *Del silenzio nei negozi giuridici*, Cagliari 1901, p. 24 ss.

³³ S. Perozzi, *Istituzioni di diritto romano* cit., I, p. 135.

realtà”³⁴. Qualche anno dopo, una posizione diversa assunsero il Gabba³⁵ e il Pacchioni³⁶, i quali, condividendo sostanzialmente l’impostazione del Ranalletti, precisarono ulteriori profili della questione.

In particolare, il Gabba sottolineava l’importanza dell’elemento della *scientia* da parte di colui che tace, elemento che si univa alla circostanza che il silente fosse sempre stato nella “possibilità di dissentire” sia fisica che morale³⁷.

Il Pacchioni sosteneva che il silenzio di per sé non dicesse nulla, benché esso tuttavia, sullo sfondo di una serie di circostanze, poteva dire tanto al pari delle parole³⁸. Inoltre, lo studioso concentrava le sue ricerche sui rapporti fra il problema del silenzio e la dottrina dell’affidamento. Assodato che in una società ben organizzata ognuno deve essere responsabile della propria condotta, l’Autore precisava che “ponendo la regola che il silenzio non può mai valere consenso, si taglia corto con tutte le difficoltà pratiche, si semplifica l’opera del giudice e si ottiene la certezza del diritto: ma si sacrificano però ad un tempo interessi degni di protezione e quella aspirazione ad una giurisprudenza elastica che è una delle più salienti caratteristiche del nostro tempo”³⁹. L’Autore, infine, riconosceva che con “la possibilità di un silenzio-consenso si apre la via ad una casistica feconda di risultati e si prepara il terreno ad una formula di conciliazione fra gli interessi individuali e le esigenze di una vita sociale, quale è la nostra, tutta pervasa da uno spirito di umana solidarietà”⁴⁰.

La questione tuttavia era ben lontana da una risoluzione definitiva.

Il Bonfante, che già nel 1900 si era occupato del problema del silenzio, attratto dagli studi condotti dal Perozzi, ritornava sull’argomento per proporre nuove argomentazioni volte a difendere la soluzione casistica⁴¹.

³⁴ S. Perozzi, *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, in *Riv. di Dir. Comm.* 2 (1906), p. 509 ss.

³⁵ G. F. Gabba, *Del silenzio in diritto civile*, in *Nuove questioni di diritto civile*, Torino 1905-1906, p. 89 ss.

³⁶ G. Pacchioni, *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, in *Riv. di Dir. Comm.* 2 (1906), p. 23 ss.

³⁷ G. F. Gabba, *Del silenzio* cit., p. 89 ss.

³⁸ G. Pacchioni, *Il silenzio* cit., p. 26.

³⁹ G. Pacchioni, *Il silenzio* cit., p. 30.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ P. Bonfante, *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, in *Foro ital.* 25 (1900), p. 467 ss. [contributo poi confluito in Id., *Scritti giuridici vari*. III. *Obbligazioni, comunione e possesso*, Torino 1926, p. 150 ss., da cui cit.].

Secondo lo studioso, alla luce dei principi che regolano il contratto, l'efficacia attribuita al silenzio si ricollega all'effetto della legislazione o di una giurisprudenza legislatrice; sicché sarebbe necessario, allo scopo, comprendere "se la giurisprudenza (o la legislazione) nel riconoscere via via l'efficacia del silenzio, abbia inteso di alterare il concetto di contratto, di diminuire il requisito del consenso in generale, ovvero abbia avuto coscienza di stabilire assolutamente una responsabilità extracontrattuale, per lo meno di uscir fuori dal tipo genuino del contratto, dal consenso vero"⁴². Al riguardo, il Bonfante credeva che la giurisprudenza romana avesse riconosciuto che il consenso pieno e vero imponga una manifestazione "positiva", e che nel silenzio la legge si accontenti di un consenso più debole, di un "assentimento puramente negativo, passivo"⁴³. Ciò a causa di una sorta di "involuzione di un consenso antico e mal visto", o a causa della "evoluzione incompleta di un consenso nuovo"⁴⁴. La problematica valutazione del silenzio da parte della dottrina risiederebbe nell'ambiguo significato della parola "manifestazione".

Bonfante distingueva due categorie di rapporti giuridici volontari: quelli in cui si esige una manifestazione, intesa quale esternazione dell'interno volere, e quelli in cui è sufficiente la riconoscibilità e la dimostrabilità della volontà⁴⁵. Il quesito fondamentale – proseguiva lo studioso – è comprendere se chi tace manifesta la volontà. Scriveva l'Autore: "Dal punto di vista astratto la soluzione del quesito rimane sempre dubbia, perché, appunto secondo il modo di intendere la manifestazione del volere, si può ritenere che questa vi sia o manchi. Se intendiamo la manifestazione nel senso di un'estrinsecazione del subbietto, che, sia in parole o per cenni, sia in atti, cioè sia direttamente, sia indirettamente, abbia il fine consapevole di rivelare altrui la propria volontà, questa manca. Il tacere è precisamente la negazione del parlare. Abbiamo una delle rare locuzioni negative, non riconoscibile nella forma (cioè da una particella negativa premessa, *non*, *né*, ecc., o apposta come prefisso, come *a-*, *in-*, *s-*, ecc.), ma il cui carattere negativo è chiaro dal non poterne assolutamente definire il contenuto, se non ricorrendo al

⁴² P. Bonfante, *Il silenzio nella conclusione dei contratti* cit., p. 152.

⁴³ P. Bonfante, *Il silenzio nella conclusione dei contratti* cit., p. 153.

⁴⁴ P. Bonfante, *Il silenzio nella conclusione dei contratti* cit., p. 152.

⁴⁵ P. Bonfante, *Il silenzio nella conclusione dei contratti* cit., p. 175 ss.

concetto positivo di cui essa è la negazione. E poiché il parlare in senso lato significa manifestare la propria volontà, il non parlare, cioè il tacere, equivale al non manifestarla”⁴⁶.

Ora – osservava ancora il Bonfante – il sistema del diritto romano riconosce efficacia giuridica sia alla positiva dichiarazione di volontà che al silenzio. Ma il punto è: i due tipi sono fungibili? Un esame delle “leggi romane” conferma, a suo parere, che i termini del binomio non si confondono mai da un punto di vista logico, e neanche nell’ambito dei diversi istituti⁴⁷. La stessa “terminologia generale delle fonti romane” deporrebbe a favore della netta distinzione tra l’estrinsecazione reale della volontà e il silenzio: “la concessione, la rinuncia, la volontà, e la non opposizione, il lasciar fare, *pati, scientia et patientia, non contradicere, non nolle, non negare, non dissentire, non repugnare*”⁴⁸.

Sulla scia delle considerazioni tracciate, lo studioso riteneva così di sciogliere l’ambiguità della massima pauliana, contenuta in D. 50.17.142 (Paul. 56 *ad ed.*), secondo la quale: ‘*Qui tacet non utique fatetur, sed tamen verum est non negare*’⁴⁹. Di essa s’impone, a suo giudizio, una duplicità d’interpretazione, per il principio dello *ius singulare*: il silenzio inteso come non-assentire (*non utique fatetur*) si riferirebbe a “rapporti giuridici, in cui occorre il *fateri*, ma ve n’ha pur di quelli in cui basta il *non negare* e il diritto vi addossa in caso di silenzio

⁴⁶ P. Bonfante, *Il silenzio nella conclusione dei contratti* cit., p. 176.

⁴⁷ P. Bonfante, *Il silenzio nella conclusione dei contratti* cit., p. 179.

⁴⁸ P. Bonfante, *Il silenzio nella conclusione dei contratti* cit., p. 180.

⁴⁹ L’autorevole e contrastante letteratura sul celebre passo non è pervenuta a soluzioni unanimi riguardo alla sua esegesi. H. Dernburg, *Pandette I* (trad. it., a cura di Cicala F. B.), Torino 1903, § 98, nt. 14, lo definì ambiguo come un oracolo. Tuttavia, non riscontrano alcuna ambiguità nelle parole del giurista Paolo: P. Bonfante, *Corso di diritto romano. IV. Le obbligazioni* cit., p. 496 ss. [= rist., Milano 1979, p. 304]; Id., *Il silenzio nella conclusione dei contratti* cit., p. 180 ss.; G. Donatuti, *Il silenzio come manifestazione di volontà*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, IV, Milano 1930, p. 465 e nt. 27 [ora in *Studi di diritto romano*, I, Milano 1976, p. 391 ss.]; M. S. Goretti, *Il problema giuridico del silenzio* cit., p. 30 ss.; 95 ss.; 157 ss.; L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d’informazione* cit., p. 11; 14; 17 ss., per la quale il testo rimarcherebbe la necessità, per l’interprete, di analizzare le circostanze in cui si attua il silenzio, avvalorando l’interpretazione del silenzio come *quaestio facti*; G. Tomás, *Fuentes jurídicas del principio qui tacet, consentire videtur* cit., p. 384 ss.; A. Castresana, *La relevancia jurídica del silencio* cit., p. 701 e nt. 19; F. Arcaria, *Il dovere di ‘verità’ nel Codice Deontologico Forense italiano alla luce dell’esperienza giuridica romana*, in LR. 2 (2013), p. 88 ss.; M. B. Álvarez, *D.50.17.142: Qui tacet non utique fatetur: sed tamen verum est non negare. El valor del silencio como regla de derecho. Diversas Hipótesis. El silencio reemplaza a la voluntad manifestada?* in *Fvndamenta ivris. Terminología, principios e interpretatio*, a cura di P. Resina Sola, Almería 2012; Maiuri A., *La polisemia del silenzio* cit., p. 478 ss.

determinate conseguenze”⁵⁰. “In teoria” – concludeva l’insigne Maestro – “il silenzio si distingue nettamente dalla manifestazione tacita di volontà, in pratica non sempre. Ma la questione non è giuridica, bensì questione di fatto e d’interpretazione del fatto [...]. E’ manifesto, infatti, che alcuni atti indifferenti e insignificanti a un momento dato non si possono interpretare se non come puro e semplice silenzio nel sentimento sociale dell’epoca, mentre in un’epoca più progredita possono acquistare un significato positivo e indirettamente valere come consenso tacitamente manifestato. La pratica potrà quindi offrire in proposito alcuni delicati problemi, ma la teoria giuridica non può che rispondere: *facti quaestio est*”⁵¹.

Nella disamina delle posizioni maturate in ambito romanistico, non si può trascurare un contributo del Donatuti, pubblicato negli *Studi in onore di Pietro Bonfante*⁵².

Premesso che la questione del silenzio consiste nel comprendere se i comportamenti etichettati come “silenzio” siano, nelle fonti giuridiche romane, considerati alla stregua di una manifestazione di volontà, la visione dello studioso non si distanzia, sostanzialmente, da quella emersa dai risultati del Bonfante⁵³. Svolgendo un’accurata indagine esegetica sulle fonti, il Donatuti osserva che il silenzio non può mai assurgere a manifestazione di volontà; può soltanto denotare “*patientia*”, cioè tolleranza⁵⁴. Più precisamente, egli scrive: “Io spero nelle pagine che seguono di potere, da un lato, dimostrare che il silenzio, mentre non vale mai (e non solo regolarmente), come vera manifestazione di volontà, può soltanto denotare *patientia*, e dall’altro di conciliare con questa mia tesi quei passi delle fonti ad essa apparentemente contrari”⁵⁵.

L’impronta bonfantiana si coglie tutta nell’interpretazione che il Donatuti fa della nozione romana di *patientia*, definita come qualcosa di meno della *voluntas*: “*pati* è, perciò... una forma debole di assentimento ad un fatto, assentimento che si

⁵⁰ P. Bonfante, *Il silenzio nella conclusione dei contratti* cit., p. 180 ss.

⁵¹ P. Bonfante, *Il silenzio nella conclusione dei contratti* cit., p. 157.

⁵² G. Donatuti, *Il silenzio come manifestazione di volontà* cit., p. 461 ss.

⁵³ G. Donatuti, *Il silenzio come manifestazione di volontà* cit., p. 461.

⁵⁴ G. Donatuti, *Il silenzio come manifestazione di volontà* cit., p. 464 ss.

⁵⁵ G. Donatuti, *Il silenzio come manifestazione di volontà* cit., p. 464.

indica pure coll'escludere l'avversione a quel fatto stesso"⁵⁶. Ebbene, ciò che si percepisce con evidenza è che lo studioso, fautore della tesi dello *ius singulare*, propone il raggruppamento sotto la categoria del "*pacti*" delle diverse fattispecie trattate dai giuristi romani, probabilmente nel tentativo di trovare una disciplina comune alla questione del silenzio⁵⁷.

Inequivocabile la conclusione alla quale perviene, quando afferma che "[...] tanto nel diritto classico, quanto in quello della compilazione, resta vero che, per tutti quei rapporti per i quali occorre la volontà o il consenso, il silenzio è insufficiente. Esso basta soltanto là, ove volontà e consentimento devono intendersi in un significato comprendente anche il *non nolle* e il *non contradicere*"⁵⁸.

E) In tempi più vicini uno studio approfondito concernente il tema della rilevanza giuridica del silenzio si deve a una studiosa eclettica, non romanista in senso diretto.

Secondo Maria Sara Goretti esisterebbero due forme di silenzio: il "non-parlare" come pseudo-silenzio, pseudo-fatto, e il "tacere" rilevante in quanto fatto giuridico⁵⁹. Per l'Autrice il silenzio sarebbe sempre manifestazione di volontà quando assume la connotazione di "fatto-risposta", rispetto a una domanda o attesa, allorché emerga come volontà di tacere. In altre parole, la manifestazione di volontà espressa dal silenzio non andrebbe interpretata nel senso di una manifestazione diretta di un oggetto esterno (consenso o dissenso), ma come un'estrinsecazione di un oggetto "interno" (la volontà stessa di tacere)⁶⁰.

Dunque, il "tacere" attesterebbe la volontà del ritiro rispetto all'assunzione di qualsiasi iniziativa, dell'appartarsi, della non opposizione; il silenzio, poiché fatto

⁵⁶ G. Donatuti, *Il silenzio come manifestazione di volontà* cit., p. 470. Si avvicina, per molti versi, alle tesi dell'Autore C. Persico, *Del silenzio come sorgente di obbligazione*, in *Atti R. Accademia di Scienze morali e politiche di Napoli* 22 (1931), p. 80, nel momento in cui sostiene che il silenzio può assumere rilevanza giuridica quando sussistono gli elementi della *scientia* e della *patientia*.

⁵⁷ Tentazione alla quale non si era sottratto neppure P. Bonfante, *Il silenzio nella conclusione dei contratti* cit., p. 153, qualificando il silenzio come "assentimento passivo".

⁵⁸ G. Donatuti, *Il silenzio come manifestazione di volontà* cit., p. 484.

⁵⁹ M. S. Goretti, *Il problema giuridico del silenzio* cit., p. 202 ss.

⁶⁰ M. S. Goretti, *Il problema giuridico del silenzio* cit., p. 87 ss..

rilevante, consisterebbe nella manifestazione della volontà di non assumere “responsabilità diretta ed esplicita”⁶¹.

Afferma l’Autrice: “Il fatto è che nel silenzio vi sono due protagonisti, e un palleggiamento di responsabilità. Chi fa la domanda pone in atto una pretesa, che si riduce, schematicamente, a due possibilità di risposte affermativa o negativa (assenso o dissenso); chi risponde, non vuole né assentire né dissentire, ‘tace’ o resta inerte. È ovvio che chi ha posto la pretesa di una risposta, non può e non vuole essere lasciato nell’incertezza, e quindi traduce quel silenzio in base ad un ragionamento logico-sociale [...]. L’interpretazione del silenzio non è l’effetto della volizione del *tacens*, ma è la conclusione di un sillogismo. Conclusione che consiste nella dialettica domanda-non-risposta-interpretazione della non-risposta: la responsabilità – è quello che ha veramente voluto il *tacens* – torna a chi ha fatto la domanda”⁶².

Queste riflessioni, in tempi più recenti, sono state accolte e rielaborate dalla Solidoro Maruotti, la quale ha chiarito come, in riferimento all’esperienza giuridica romana, il silenzio, pur essendo un fatto relazionale, assuma coloritura (positiva o negativa) non solo in base a un antefatto oggettivo, “bensì anche in relazione a particolari considerazioni o valutazioni poste dall’ordinamento giuridico”⁶³.

L’Autrice ha notato come “specifiche esigenze o peculiari canoni ermeneutici (*favor matrimonii*, *favor testamenti*, pubblica utilità, prevalente valore dato alla volontà del *paterfamilias* rispetto a quella dei figli nel contrarre le nozze, privilegi concessi a talune categorie sociali, particolarità del rapporto intercorrente tra il *dominus* e i suoi schiavi, etc.) potevano concorrere a specificare la valenza del silenzio in determinati gruppi di fattispecie”⁶⁴. Conducendo un attento esame dei casi giurisprudenziali romani, la studiosa è pervenuta alla conclusione per la quale “il silenzio non equivaleva affatto, concettualmente, alla volontà nei debiti modi

⁶¹ *Ibid.*

⁶² M. S. Goretti, *Il problema giuridico del silenzio* cit., p. 203.

⁶³ L. Solidoro Maruotti, *La rilevanza giuridica del silenzio in diritto romano*, in *Riv. Scuola Sup. dell’Economia e delle Finanze* 2 (2005), p. 23 ss; *Gli obblighi d’informazione* cit., p. 9 ss.

⁶⁴ L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d’informazione* cit., p. 12 ss.

manifestata”⁶⁵. Infatti, “nella generalità dei rapporti si richiedeva la *voluntas* manifestata nei modi rituali, ma in alcuni ambiti giuridici, sulla base di particolari considerazioni di opportunità, si ammetteva la ricerca dell’intima volizione tra le pieghe di un atteggiamento ‘inerte’”⁶⁶.

Di recente, si è pronunciata sulla questione del silenzio anche Amelia Castresana, in un articolo avente a oggetto, precisamente, la rilevanza giuridica del silenzio⁶⁷.

L’Autrice ritiene che l’esame delle fonti giuridiche e di quelle letterarie non consenta di individuare un principio generale sull’interpretazione del silenzio in campo giuridico⁶⁸. La definizione del silenzio dipende dalla natura del negozio: in un caso potrebbe avere valore di ‘non detto’; in un altro, di manifestazione tacita; in altri ancora, il valore di ‘risposta’ a una domanda, assumendo il significato di volontà ‘espressa’.

Secondo la studiosa “Desde los primeros tiempos, anteriores incluso a la República, la sociedad romana maneja con notable habilidad el silencio”, perché il silenzio appartiene alla tradizione orale – si pensi alla preghiera e al *ius iurandum* – che tutti i cittadini conoscono⁶⁹.

Il passaggio storico del silenzio dall’universo religioso al *ius civile* avviene attraverso la mediazione del *fas*⁷⁰. Nella cultura religiosa della preghiera e del giuramento esiste una sola emissione verbale, “Porque es evidente que la divinidad invocada ni habla mediante palabras, ni senala su voluntad verbalmente. Su inexcusable participación en el acto de palabra se concreta en lo que los lingüistas llaman ‘silencio activo’ del receptor, y tal silencio se convierte en realmente significativo cuando indica que el dios invocado escucha, comprende y reconoce el pronunciamiento verbal del ciudadano romano”⁷¹. L’atteggiamento

⁶⁵ L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d’informazione* cit., p. 37.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ V. nt. 6.

⁶⁸ A. Castresana, *La relevancia jurídica del silencio* cit., p. 702 ss.

⁶⁹ A. Castresana, *La relevancia jurídica del silencio* cit., p. 704 ss.

⁷⁰ R. Orestano, *Dal ius al fas*, in BIDR. 46 (1939), p. 194 ss.

⁷¹ *Ibid.*

silenzioso della divinità “sigue aquí la matriz semántica del *silere* y del *tacere* latinos (= ‘simplemente guardar silencio’, ‘estar callado’, ‘estar tranquilo’)”⁷².

Nel momento in cui avviene la trasposizione di comportamenti religiosi, come la preghiera e il giuramento, nel mondo giuridico civile accade la scoperta dell’*agere* “como afirmación verbal unilateral del hablante y silencio activo del receptor”⁷³.

In atti come la *nuncupatio*, la *in iure cessio*, la *dotis dictio* e altri ancora⁷⁴, la condotta silenziosa del ricettore attua un *agere*, perché implica che chi non dice nulla comprenda e accetti l’affermazione verbale di colui che dichiara. Il comportamento di colui che tace consente, col suo silenzio, “la actuación de las palabras que solo así resultan operativas para la constitución del *ius*”⁷⁵.

In altri termini, la Castresana ritiene che il silenzio integri sempre l’espressione verbale come una sorta di “*prius* jurídico necesario”⁷⁶. Il silenzio ‘attivo’, nella sua visione, non ha niente a che vedere con la mera inattività di colui che serba silenzio di fronte alla domanda altrui, oggettivandosi in un vero e proprio ‘*agere*’⁷⁷.

Sul valore giuridico del silenzio e sull’idea che il silenzio stesso possa valere come manifestazione di volontà si è pronunciato, sempre di recente, il Martínez Vela⁷⁸.

Premesso che, a suo parere, la problematica del silenzio e dei possibili significati da attribuirgli si configura solo nei confronti di una condotta intenzionale e volontaria, tenuta da un soggetto al quale è stata posta una certa questione o domanda, lo studioso precisa che l’espressione “problema jurídico del Silencio” fa riferimento non solo all’assenza di dichiarazioni, verbali o scritte, ma

⁷² A. Castresana, *La relevancia jurídica del silencio* cit., p. 706.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ “Así sucede [...] en el *legatum*, en el *testamentum*, en la *cretio*, [...], en la *manumissio vindicta*, y en otros muchos jurídicos en los que *silere aut tacere* significan *agere*”. Così A. Castresana, *La relevancia jurídica del silencio* cit., p. 706 ss.

⁷⁵ A. Castresana, *La relevancia jurídica del silencio* cit., p. 707.

⁷⁶ *Ibid.*

⁷⁷ A. Castresana, *La relevancia jurídica del silencio* cit., p. 707 e nt. 34.

⁷⁸ J. A. Martínez Vela, *Algunas claves sobre el valor jurídico del silencio*, in *Rev. de Derecho UNED* 10 (2012), p. 395 ss.

anche alla mancanza di atti o comportamenti che possano portare all'individuazione di una determinata manifestazione di volontà⁷⁹.

L'Autore si domanda quale sia il discrimine che determina l'esistenza di soluzioni assolutamente opposte: in certe ipotesi, il silenzio è equiparato alla manifestazione di consenso; in altre, questo assume una valenza negativa⁸⁰. Il panorama offerto dalle fonti giuridiche romane dimostra che in alcuni casi alla condotta passiva del soggetto si ricollegano effetti giuridici, ma "es innegable que los mismos no pueden derivar de la realización por su parte de algún tipo de declaración de voluntad a través del silencio, sino que la fuente de ellos no puede ser otra sino la ley, la norma jurídica"⁸¹.

Lo studioso esclude che il silenzio costituisca "una auténtica declaración de voluntad", perché le conseguenze giuridiche che apparentemente sono da imputare alla condotta omissiva, derivano, in realtà, "de las previsión contenida en la norma jurídica o en el previo acuerdo de las partes"⁸². Il "problema del silenzio" si risolve, in realtà, in una "Declaración Presunta", nel senso che sarà la legge a collegare all'inattività del soggetto la produzione dell'effetto giuridico⁸³.

D) Come la rassegna esposta lascia facilmente emergere, i due orientamenti nei quali la dottrina ha creduto di doversi dividere (natura del fenomeno irriducibile alla possibilità di un suo inquadramento in una figura dai connotati generali e comuni, ovvero possibilità di una tale *reductio ad unum*) risentono di una non sciolta ambiguità⁸⁴ (in ordine all'identificazione propria del fenomeno studiato, anche sotto il suo aspetto puramente terminologico) e conducono i rispettivi sostenitori a posizioni, la cui linea di confine spesso non è così netta: chi ha cercato di individuare un principio generale d'interpretazione del cosiddetto silenzio, non ha potuto fare a meno di perdersi poi nei diversi casi offerti dalla

⁷⁹ J. A. Martínez Vela, *Algunas claves sobre el valor jurídico del silencio* cit., p. 405 ss.

⁸⁰ J. A. Martínez Vela, *Algunas claves sobre el valor jurídico del silencio* cit., p. 407.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² J. A. Martínez Vela, *Algunas claves sobre el valor jurídico del silencio* cit., p. 408.

⁸³ *Ibid.*

⁸⁴ Già rilevata da M. S. Goretti, *Il problema giuridico del silenzio* cit., p. 45.

casistica romana; e chi, al contrario, si è fatto sostenitore dello *ius singulare*, ha pur sempre ceduto alla tentazione di qualificare in senso generale il silenzio (assentimento passivo, *patientia*).

Non appare dunque percorribile altra strada che di tentare una migliore precisazione preliminare del fatto da indagare e una conseguente indagine sui testi che permetta di valutare quali conseguenze la giurisprudenza romana attribuisse al fenomeno in questione.

3. Il silenzio nella casistica giurisprudenziale romana. Casi pertinenti al diritto di famiglia.

La casistica che emerge dalle fonti a noi pervenute – (non strettamente attinenti al nostro problema, ma estrapolate da ambiti distinti) – permette di comprendere meglio i possibili connotati della tipologia di “silenzio” (negoziale) messa in evidenza, per valutarne bene sia i “fatti” che permettono di riconoscerne l’esistenza (se, in particolare, essi si sostanziano solo nel “*non loqui*”⁸⁵ o possano essere, invece, rivelati anche da indizi diversi), sia i loro presupposti volitivi (la conoscenza o meno – anche sotto il profilo dell’astratta conoscibilità – delle circostanze non comunicate, la volontà di non comunicarle o anche solo, eventualmente, la mancata oggettiva comunicazione di esse, dovuta per esempio solo a trascuratezza, etc.), sia ancora i presupposti eventuali di “doverosità” della comunicazione mancata (una norma positiva o un diverso criterio autoritativo – come la buona fede – che eventualmente la imponga).

L’esegesi dei passi sarà condotta cercando di inquadrare ogni fattispecie all’interno del contesto normativo dell’istituto cui essa si riferisce, nel chiaro intento di analizzarla nell’ottica della dottrina del silenzio.

A) Iniziamo con l’occuparci di alcune fattispecie in materia di matrimonio e di fidanzamento.

a) Principio generale del diritto romano affinché si abbia un valido matrimonio di un *filius* o di una *filia familias alieni iuris*, è quello secondo cui si

⁸⁵ Sul punto, cfr. M. S. Goretti, *Il problema giuridico del silenzio* cit., p. 59 ss.

rende necessario il consenso dell'avente potestà e, quando padre e figlio si trovino ancora in potestà dell'avo, anche quello del padre naturale⁸⁶. Tale consenso è essenziale per escludere che “taluno possa acquisire un *heres suus* indipendentemente dalla propria volontà”⁸⁷.

Il convergere delle due volontà, ovvero quella del *pater familias* e quella dei nubendi, è descritto in modo chiaro da Paolo:

D.23.2.2 (Paul. 35 *ad ed.*): *Nuptiae consistere non possunt nisi consentiant omnes, id est qui coeunt quorumque in potestate sunt*⁸⁸.

Ed è lo stesso Paolo che, condividendo una precedente opinione di Pomponio in tal senso (*‘verum est’*), specifica la natura di questo consenso, sottolineando la necessità che il *pater* intervenga con la propria *auctoritas*⁸⁹:

⁸⁶ Sull'espressione del *consensus* in ambito matrimoniale si leggano, tra le opinioni degli studiosi meno recenti, quelle di P. Bonfante, *Corso di diritto romano. Diritto di famiglia*, Roma 1925, p. 198 ss. [v. anche la rist. corretta a cura di G. Bonfante e G. Crifò, Milano 1963, p. 269 ss.]; C. Longo, *Corso di diritto romano. Diritto di famiglia*, Milano 1934, p. 303 ss.; O. Robleda, *El matrimonio en derecho romano*, Roma 1970, p. 155 ss.; E. Volterra, *Lezioni di diritto romano. Il matrimonio romano*, Roma 1961, *passim*; Id., s.v. *Matrimonio* (dir. rom.), in ED. 25 (Milano 1975), p. 745 ss., e Id., *L'acquisto della patria potestas*, in BIDR. 79 (1976), p. 232 ss.; spec., 243 ss., il quale, relativamente al consenso del *filius familias* al matrimonio del suo discendente ancora *in potestate*, osserva che “la mancanza di consenso del genitore *filius familias* non avrebbe potuto impedire la validità del matrimonio”, certamente, in presenza di tutti i presupposti necessari affinché ci fossero *iustae nuptiae*, “né si comprende come al *filius familias*, il quale non ha poteri sui propri figli [...] potesse essere attribuito un siffatto potere sui suoi generati *in potestate* dell'avo sino ad essere arbitro del matrimonio del figlio”. Sul punto anche S. Di Marzo, *Lezioni sul matrimonio romano*, Roma 1972, spec., p. 47 ss.

A proposito del significato e dell'impiego del termine *‘iussum’*, cfr. F. Bonifacio, s.v. *Iussum*, in NNDI. 9 (Torino 1963), p. 392 ss.; G. Coppola Bisazza, *Dallo iussum domini alla contemplatio domini. Contributo allo studio della storia della Rappresentanza*, Milano 2008, p. 34 ss. Ancora, sul consenso alle nozze dei discendenti legittimi *in potestate* cfr. P. Voci, *Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano*, in IVRA 31 (1980) p. 37 ss. [ora in *Studi di diritto romano*, II, Padova 1985, p. 399 ss.]; S. Treggiari, *Roman marriage: iusti coniuges from the time of Cicero to the time of Ulpian*, Oxford 1993, p. 170; 176. Da ultimo, R. Astolfi, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*², Padova 2002, p. 94 ss.; Id., *Il matrimonio nel diritto romano classico*, Padova 2006, p. 105 ss., e C. Fayer, *La familia romana. Aspetti giuridici e antiquari*. Parte seconda. *Sponsalia, matrimonio, dote*, Roma 2005, p. 454 ss.; 459 nt. 447.

⁸⁷ Così A. Burdese, *Manuale di diritto privato romano*³ cit., p. 234 ss. Sul punto anche P. Voci, *Storia della patria potestas* cit., p. 38 ss., e R. Astolfi, *Il matrimonio nel diritto romano classico* cit., p. 106.

⁸⁸ Il frammento di Paolo è connesso con il passo dei *Tit. ex corp. Ulp.* 5.2.

⁸⁹ A parere di E. Volterra, *L'acquisto della patria potestas* cit., p. 233 ss., l'*auctoritas* paterna consiste in una manifestazione di volontà iniziale che ha l'effetto di integrare la volontà continua ed effettiva del sottoposto a potestà. Della stessa opinione R. Astolfi, *Il matrimonio nel diritto romano classico* cit., p. 105 ss., per il quale entrambe le volontà (del padre e del figlio che intende sposarsi) sarebbero state necessarie per il matrimonio, dovendo coesistere. L'Autore ritiene che il consenso dei *patres familias*, essenziale per accertare che il matrimonio fosse conforme agli interessi della *familia* e dei figli, fosse richiesto già in età alto-repubblicana e in ogni fase del

D.23.2.3 (Paul. 1 *ad Sab.*): *Si nepotem ex filio et neptem ex altero filio in potestate habeam, nuptias inter eos me solo auctore contrahi posse Pomponius scribit et verum est.*

La *ratio* giustificativa di siffatto consenso, espressione della natura patriarcale della *familia* romana, emerge con tutta la sua forza quando a contrarre nozze è il figlio di sesso maschile, dato che i nipoti che nasceranno dalla nuova unione coniugale cadranno automaticamente in potestà del nonno. Mancando il consenso del *pater familias* il matrimonio è nullo⁹⁰, con la conseguenza che i figli che nascono dall'unione non acconsentita sono illegittimi⁹¹.

Nel caso del matrimonio del nipote vale una disciplina identica, dal momento che è indispensabile ottenere il consenso, oltre che dell'avo, titolare della *patria potestas*, anche del padre dello sposo. Ciò è del tutto coerente, considerato che alla morte dell'avo, i figli nati dal matrimonio del nipote ricadranno in potestà del padre del nipote stesso, nel frattempo, divenuto *pater familias*⁹².

Ciò premesso, prendiamo in considerazione quei passi attestanti le ipotesi nelle quali il *pater familias* non si oppone alle nozze dei figli, rimanendo inattivo, partendo da:

D.1.5.11 (Paul. 18 *resp.*): *Paulus respondit eum qui vivente patre et ignorante de coniunctione filiae conceptus est, licet post mortem avi natus sit, iustum filium ei ex quo conceptus est esse non videri.*

Nel passo di Paolo vi è un'ulteriore conferma del fatto che l'espressione della volontà del *pater familias* costituisce requisito essenziale per la legittimità

diritto arcaico: cfr. Id. *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*² cit., p. 94 ss. Secondo C. Fayer, *La familia romana* cit., p. 61 ss.; 454 ss., il significato del verbo 'consentire' muterebbe a seconda del soggetto a cui si riferisce. Infatti, "se riferito all'avente potestà indica la prestazione della sua *auctoritas* al matrimonio di coloro che sono *in sua potestate*; se riferito agli sposi *in potestate* indica la loro volontà di considerarsi reciprocamente marito e moglie, ossia la loro *affectio maritalis*". La studiosa osserva, contrariamente al punto di vista sopra riferito, come il "*consensum parentum*" non sia previsto nell'interesse dei *fili familias*, bensì ad esclusiva protezione dell'interesse del titolare della potestà a non ricevere nella sua *familia*, attraverso il matrimonio, persone non desiderate, concordando con la tesi che era già stata sostenuta, in passato, da C. Longo, *Corso di diritto romano* cit., p. 163.

⁹⁰ Cfr. P. S. 2.19.2. Sul punto, v. C. Fayer, *La familia romana* cit., p. 454 ss.; in part., 459 ss.

⁹¹ R. Astolfi, *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*² cit., p. 94.

⁹² D.23.2.9 pr. (Ulp. 26 *ad Sab.*). Cfr. P. Voci, *Storia della patria potestas* cit., p. 38 ss.; C. Fayer, *La familia romana* cit., p. 61 ss.; R. Astolfi, *Il matrimonio nel diritto romano classico* cit., p. 106.

dell'unione coniugale dei *fili familias*. Infatti, dice il giurista, che il figlio concepito mentre era in vita il padre⁹³, il quale era all'oscuro della relazione della figlia, anche se nato dopo la morte dello stesso non può essere considerato nato da *iustae nuptiae* (e quindi legittimo). Il contenuto del frammento appare perfettamente in linea con il principio che, senza il consenso del padre, l'unione coniugale che si è formata non può avere valore, appunto, di '*iustae nuptiae*'.

Come interpretare l'atteggiamento inerte del titolare della patria potestà?

Nell'ipotesi delineata dal giurista della seconda epoca classica, il silenzio del *pater* corrisponde a un *silere*, assumendo i tratti di un fatto oggettivo, incolore, di non-manifestazione⁹⁴. L'avente potestà '*ignorante de coniunctione filiae*' non è nelle condizioni di poter manifestare una qualsiasi volontà, positiva o negativa, non essendo in grado di esprimere né il suo assenso né il suo dissenso⁹⁵. Manca del tutto un presupposto fondamentale che permetta di qualificare il suo atteggiamento alla pari di una dichiarazione del proprio volere, ovvero la conoscenza del fatto (matrimonio) che possa giustificare il suo comportamento. Pertanto, si tratta di un caso di assenza totale di manifestazione; qui nulla è accaduto.

Veniamo ad un altro frammento, questa volta di Trifonino:

D.49.15.12.3 (Trifon. 4 *disp.*): *Medio tempore filius, quem habuit in potestate captivus, uxorem ducere potest, quamvis, consentire nuptiis pater eius non posset: nam utique nec dissentire. Susceptus ergo nepos in reversi captivi potestate ut avi erit suusque heres ei quodammodo invito, cum nuptiis non consenserit, non*

⁹³ E. Volterra, *L'acquisto della patria potestas* cit., p. 239, precisa che l'espressione – (*vivente patre et ignorante*) – si riferisce al *paterfamilias* della donna e non al genitore che non abbia la *patria potestas* sulla figlia. Tra l'altro, nel caso in cui a contrarre matrimonio sia la *filia familias*, l'assenso del padre riguarda soltanto il matrimonio in sé, non si estende al ricevere i nipoti in potestà, come, invece, accade nel caso in cui a sposarsi sia il figlio maschio; cfr., in questo senso, C. Fayer, *La familia romana* cit., p. 457; R. Astolfi, *Il matrimonio nel diritto romano classico* cit., p. 110.

⁹⁴ M. S. Goretti, *Il problema giuridico del silenzio* cit., p. 182 ss., sostiene che si tratterebbe di un caso di "pseudo-silenzio". Inserendo la fattispecie descritta nella logica della domanda-risposta, la studiosa ha notato come l'assenza di conoscenza del padre (*ignorante patre*) renderebbe inefficace il suo *non-contradicere*, e il non parlare si configurerebbe, appunto, come "pseudo-silenzio", mancando la possibilità di qualificare il silenzio come "atto".

⁹⁵ E. Volterra, *L'acquisto della patria potestas* cit., p. 239, ritiene che il *paterfamilias* fosse, nel caso descritto, "non consenziente", attribuendo al suo silenzio il significato di 'dissenso'.

*mirum, qui illius temporis condicio necessitasque faciebat et publica nuptiarum utilitas exigebat*⁹⁶.

L'ipotesi presa in considerazione nel passo è quella del matrimonio del figlio maschio di un prigioniero (*captivus*), ponendosi qui il giurista il quesito se i figli del prigioniero possano contrarre, validamente, *iustae nuptiae* durante la prigionia del *pater*⁹⁷. E' evidente, e il giurista lo chiarisce ulteriormente, che il padre *captivus* non è in condizione di esprimere il suo assenso o il suo dissenso⁹⁸: il padre prigioniero, cadendo in schiavitù del nemico, non può esercitare la *patria potestas* sui suoi discendenti legittimi e, di conseguenza, non ha modo né di conoscerne né di valutarne il matrimonio⁹⁹, non potendo, dunque, esprimere il proprio volere.

Il suo contegno silenzioso ha, pertanto, un valore neutro, ricevendo considerazione come un semplice fatto obiettivo. Il silenzio, nel caso commentato, non assume la valenza di un mezzo comunicativo che permetta di ricavare la

⁹⁶ Gli altri testi correlati sulla prigionia del *pater* sono: D.23.2.11 (Iul. 62 *dig.*); D.49.15.23 (Iul. 69 *dig.*); D.23.2.9.1 (Ulp. 26 *ad Sab.*); D.23.4.8 (Paul. 7 *ad Sab.*).

⁹⁷ U. Ratti, *Studi sulla captivitas*, in BIDR. 35 (1927), p. 125 ss.; C. Longo, *Corso di diritto romano* cit., p. 314 ss.; G. Longo, 'Utilitas publica', in Labeo 18 (1972), p. 33 ss.; P. Voci, *Storia della patria potestas* cit., p. 39 ss.; R. Astolfi, *Il matrimonio nel diritto romano classico* cit., p. 110 ss.

⁹⁸ Il frammento è stato esaminato, in tempi meno recenti, sotto il profilo della questione del silenzio da P. Bonfante, *Il silenzio nella conclusione dei contratti* cit., p. 153 ss., il quale ha scritto che "In quella vece il consenso, in origine essenziale, del *paterfamilias* alle nozze sia del *filiusfamilias*, sia della *filiafamilias* è stato ridotto esso al mero silenzio, al non dissentire (L. 12, §3, Dig. *de capt.* 49,15), con perfetta coscienza che in questi termini non è vero e proprio consenso". Ancora, L'Autore osservava che "Al silenzio si dà valore di assenso dai giureconsulti romani in una serie di rapporti familiari, ma precisamente ciascuna volta dal tenore del frammento è chiaro o è dichiarato espressamente che trattasi di statuizione positiva; *quae patris voluntati non repugnat consentire intellegitur* (L.12 pr., D., 23,1); *intellegi... patrem consentire, nisi evidenter dissentiat* (L.7, §1, D., 23,1); *filius, quem habuit in potestate captivus, uxorem ducere potest, quamvis consentire nuptiis pater eius non posset; nam utique nec dissentire* (L.12, §3, D., 49,15). Così pel matrimonio del figlio, si dice, occorre il consenso del padre, affinché non gli nasca un *suus heres* contro il suo volere; per la figlia, invece, si osserva, basta il silenzio. *Et filiam quidem furiosi marito posse copulari... sufficere enim putaverunt, si pater non contradicat* (L.25, §1, C., 5,4)". Il Bonfante citava questo e altri frammenti per dimostrare che il silenzio non equivale alla volontà manifestata nei debiti modi, ma è una forma "anomala" di consenso. *Contra*, M. S. Goretti, *Il problema giuridico del silenzio* cit., p. 113 ss., la quale ha criticato l'interpretazione del Maestro, rilevando come, in effetti, il silenzio del *captivus* sia un silenzio "necessitato", e che il frammento di Trifonino sia stato erroneamente "riassunto in un consenso del padre, affinché non gli nasca un *suus heres* contro il suo volere". A parere dell'Autrice, il silenzio – che nel caso in esame si traduce in impossibilità di consenso e di dissenso – si caratterizza, dunque, quale "pseudo-silenzio".

⁹⁹ R. Astolfi, *Il matrimonio nel diritto romano classico* cit., p. 111.

volontà paterna; non si configura come il non dichiarare, bensì, semplicemente, come il fatto che non si possa risalire a nessuna intenzione.

Trifonino, probabilmente, approvando l'opinione di Giuliano¹⁰⁰, ritiene che, nonostante questa impossibilità di consenso e di dissenso, i *fili* possano contrarre valido matrimonio, sulla base di una presunzione elaborata dalla giurisprudenza. Non si presume un consenso che, in realtà, non esiste, e nemmeno sarebbe corretto ritenere che il silenzio qui abbia il significato di assenso; piuttosto, si prescinde dalla volontà del soggetto, superando l'ostacolo attraverso una deroga giustificata dal fatto che la società del tempo favorisce il matrimonio¹⁰¹.

In altri termini, l'ordinamento prende atto che anche se il soggetto avesse espresso la volontà, tale espressione non avrebbe avuto rilevanza giuridica perché trattasi di un prigioniero colmando, pertanto, questa impossibilità di consenso con una presunzione.

Esaminiamo, adesso, una *constitutio* imperiale:

C.I.5.4.25.1-5 (Imp. Iustinianus): *Si furiosi parentis liberi, in cuius potestate constituti sunt, nuptias possunt contrahere, apud veteres agitabatur. 1. Et filiam quidem furiosi marito posse copulari omnes paene iuris antiqui conditores admiserunt: sufficere enim putaverunt, si pater non contradicat. 2. In filio autem familias dubitabatur. Et Ulpianus quidem rettulit constitutionem imperatoris Marci, quae non de furioso loquitur, sed generaliter de filiis mente capti, sive masculi sive feminae sint qui nuptias contrahunt, ut hoc facere possint etiam non adito principe, et aliam dubitationem ex hoc emergere, si hoc, quod in demente constitutio induxit, etiam in furiosis obtinendum est, quasi exemplo mente capti et furiosi adiuvante 3. His itaque dubitatis tales ambiguitates decedentes sancimus hoc reperi, quod divi Marci constitutioni deesse videtur, ut non solum dementis, sed etiam furiosi liberi cuiuscumque sexus possint legitimas contrahere nuptias, tam dote quam ante nuptias donatione a curatore eorum praestanda: 4. Aestimatione tamen in hac quidem regia urbe excellentissimi praefecti urbis, in provinciis autem virorum clarissimorum earum praesidum vel locorum antistitum tam opinione personae quam moderatione) dotis et ante nuptias donationis constituenda, praesentibus tam curatoribus dementis vel furiosi quam his, qui ex genere eorum nobiliores sunt: 5. Ita tamen, ut nulla ex hac causa oriatur vel in hac regia urbe vel in provinciis iactura substantiae furiosi vel mente capti, sed gratis omnia procedant, ne tale hominum infortunium etiam expensarum incremento praegravetur.*

¹⁰⁰ Cfr. D.23.2.11 (Iul. 62 dig.), in cui si considera, peraltro, anche la condizione di assenza del *pater*; D.49.15.23 (Iul. 69 dig.).

¹⁰¹ G. Longo, 'Utilitas publica' cit., p. 33 ss.; R. Astolfi, *Il matrimonio nel diritto romano classico* cit., p. 111; L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d'informazione* cit., p. 28.

Giustiniano, nella sua costituzione, stabilisce una disciplina specifica per l'eventualità che il padre, *furiosus*¹⁰², si trovi nell'impossibilità di manifestare una volontà certa a proposito del matrimonio dei propri *fili familias*¹⁰³. Il padre pazzo non può valutare le nozze del figlio, poiché privo della capacità di intendere e di volere.

La questione suscitò il dibattito dei 'veteres'. I giuristi classici riconoscevano l'efficacia delle nozze della *filia* del *furiosus*, a patto che il padre non contraddicesse ('*sufficere enim putaverunt, si pater non contradicat*'¹⁰⁴). Probabilmente, tale soluzione, condivisa pressoché all'unanimità, si spiega col fatto che i nascituri non sarebbero entrati a far parte della famiglia d'origine¹⁰⁵.

La giurisprudenza era, invece, discordante nel caso in cui a contrarre nozze fosse stato il figlio maschio.

La questione fu risolta da un rescritto di Marco Aurelio, che ammise la legittimità del matrimonio di tutti i *fili familias* del *furiosus*¹⁰⁶, senza la necessità

¹⁰² Più in generale, sulla condizione giuridica del *furiosus* v., da ultimo, S. Randazzo, *Furor e lucidi intervalli. Riflessioni sul regime giuridico della demenza*, in IVRA 62 (2014), p. 171 ss.

¹⁰³ C. Longo, *Corso di diritto romano* cit., p. 311 ss.; E. Volterra, *L'acquisto della patria potestas* cit., p. 244 ss.; P. Voci, *Storia della patria potestas* cit., p. 39 ss.; R. Astolfi, *Il matrimonio nel diritto romano classico* cit., p. 111 ss.

¹⁰⁴ L'espressione '*si pater non contradicat*', è generalmente tradotta dagli studiosi nel senso di "non opposizione paterna". Cfr. C. Longo, *Corso di diritto romano* cit., p. 312; E. Volterra, *L'acquisto della patria potestas* cit., p. 244 ss.; P. Voci, *Storia della patria potestas* cit., p. 39 ss., e, da ultimo, R. Astolfi, *Il matrimonio nel diritto romano classico* cit., p. 112, a giudizio del quale il matrimonio della figlia del *furiosus* avveniva senza il consenso del *pater*.

¹⁰⁵ P. Voci, *Storia della patria potestas* cit., p. 39 ss.

¹⁰⁶ Il rescritto dell'imperatore faceva, in effetti, riferimento al figlio e alla figlia del '*mente captus*'. Sullo sviluppo della vicenda legata al provvedimento imperiale, v. R. Astolfi, *Il matrimonio nel diritto romano classico* cit., p. 112 ss., il quale così lo riassume: "Il figlio di un *mente captus* avrebbe pregato Marco Aurelio di convalidare il matrimonio. L'imperatore, nel consentire, si sarebbe espresso in termini tali per cui Ulpiano e altri giuristi con lui si chiesero se i figli di entrambi i sessi di un *mente captus* potessero ormai, dopo questo rescritto, sposare senza la dispensa imperiale. Si chiesero, inoltre, se la facoltà fosse concessa anche al figlio del *furiosus*, dato che Marco Aurelio *non de furioso loquitur, sed generaliter de filiis mente capti*, ma sembra che Ulpiano abbia applicato a entrambi la medesima disciplina. Infatti se sposa il nipote del *furiosus* egli ritiene necessario soltanto l'assenso del padre (D.23.2.9). Anche Paolo avrebbe riconosciuto valido il matrimonio dei figli di un *pater familias furiosus*".

Per un raffronto con le opinioni precedenti, cfr. E. Volterra, *L'acquisto della patria potestas* cit., p. 244 ss., e P. Voci, *Storia della patria potestas* cit., p. 39 ss. Sulla non perfetta coincidenza dello stato di demenza con lo stato di furore v. C. Longo, *Corso di diritto romano* cit., p. 312 ss.; O. Diliberto, *Studi sulle origini della cura furiosi*, Napoli 1984, p. 103.

di rivolgersi previamente all'imperatore, a condizione che il *pater familias* non dichiarasse espressamente il suo dissenso¹⁰⁷.

Nell'ipotesi descritta ci troviamo di fronte a un silenzio che rimane tale, privo di significati giuridicamente rilevanti, proprio perché difettano i requisiti per interpretarlo¹⁰⁸. In assenza di validi presupposti che consentano di decifrare l'atteggiamento del soggetto, la giurisprudenza romana non elabora la *fictio* per la quale il silenzio del padre demente possa essere equiparato al consenso¹⁰⁹, quanto, piuttosto, si preoccupa di formulare una vera e propria disciplina per il caso concreto, prevedendo, tra l'altro, l'opportunità dell'intervento di un curatore che si occupi degli atti concernenti la dote e la donazione prenuziale¹¹⁰.

La legittimità del matrimonio dei figli del malato di mente non proviene dall'assimilazione del silenzio di questo al consenso, ma si presume in ragione del fatto che la società romana è incline a favorire il matrimonio, considerando che, nel caso contrario, se permane lo stato di disagio psichico dell'avente potestà, il figlio non si possa mai sposare.

Valutiamo il contenuto di un altro provvedimento imperiale, incentrando l'attenzione, ancora una volta, sui profili di rilevanza del silenzio:

C.I.5.4.5 (Imp. Alex. A. Maximae): *Si, ut proponis, pater quondam mariti tui, in cuius fuit potestate, cognitis nuptiis vestris non contradixit, vereri non debes, nepotem suum ne non agnoscat.*

L'ipotesi prospettata nel frammento è opposta a quella di cui si discute nel passo di Paolo (D.1.5.11), sopra esaminato.

¹⁰⁷ E. Volterra, *L'acquisto della patria potestas* cit., p. 246.

¹⁰⁸ Sul diverso punto di vista del Bonfante, a proposito del caso in esame, si legga *supra*, nt. 98. Ritiene, invece, M. S. Goretti, *Il problema giuridico del silenzio* cit., p.184 ss., che nel caso commentato sia palese la distinzione tra 'silenzio-atto' e 'silenzio-non atto'.

¹⁰⁹ Come, invece, sostiene L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d'informazione* cit., p. 28, la quale sottolinea, infatti, che, dalla costituzione esaminata, "emerge lo sforzo dei giuristi di affermare (in applicazione del *favor matrimonii*) l'assimilazione al consenso anche del silenzio di un padre incapace di intendere e di volere [...]".

¹¹⁰ "... *sed etiam furiosi liberi cuiuscumque sexus possint legitimas contrahere nuptias, tam dote quam ante nuptias donatione a curatore eorum praestanda*". Su quest'aspetto cfr. M. S. Goretti, *Il problema giuridico del silenzio* cit., p. 184 ss.

Se il *pater* del figlio maschio sa delle nozze (*'cognitis nuptiis'*), e non si oppone (*'non contradixit'*), allora non si deve temere per il riconoscimento del nipote, perché il matrimonio sarà, evidentemente, legittimo.

Il contenuto del testo testimonia come esista una considerazione del silenzio consapevole del padre assolutamente differente da ciò che, invece, avviene quando il silenzio è inteso come *'silere'*¹¹¹.

Il padre che è informato del matrimonio del figlio ha una consapevolezza (del fatto) che gli consente di valutare, adeguatamente, la decisione del suo discendente *in potestate*. La circostanza che resti in silenzio e non si opponga è stimata dalla giurisprudenza romana alla stregua di un comportamento tacito e conscio (*tacere*), dal quale si deduce, in modo inequivocabile, l'esistenza di una volontà positiva¹¹².

b) Veniamo, ora, ai testi che trattano del fidanzamento romano¹¹³.

Anche negli *sponsalia* appare certa l'indispensabilità del consenso dei nubendi, anche se *alieni iuris*¹¹⁴.

¹¹¹ M. S. Goretti, *Il problema giuridico del silenzio* cit., p. 182 ss., analizza il contenuto di C.I.5.4.5 mettendolo a confronto con l'ipotesi oggetto del già considerato D.1.5.11, sostenendo che il *discrimen* tra i due casi è costituito dalla *scientia* del *pater*. La fattispecie contenuta nel frammento dei *Digesta* esemplificherebbe un caso di non manifestazione e, dunque, di "pseudo-silenzio": se la figlia si sposa all'insaputa del padre, non può esistere alcun rapporto tra la figlia medesima e il padre ignaro. Manca – a suo giudizio – la possibilità di domanda e di risposta. Nell'ipotesi descritta in C.I.5.4.5, invece, il silenzio si configura come "tacere", proprio a causa della consapevolezza del padre.

¹¹² Opposte le conclusioni alle quali giungeva G. Borgna, *Del silenzio nei negozi giuridici* cit., p. 33 ss., a parere del quale i Romani avrebbero elaborato, in generale, il concetto del *'non contradicere'* allo scopo di preservare la volontà dei figli, ridimensionandola, però, nella forma del "non dissenso", e riducendo, allo stesso tempo, la preminenza della volontà del *pater*. Commentando il testo della costituzione *de qua*, l'Autore escludeva che il silenzio del padre (poi defunto) fosse stato interpretato dall'imperatore come consenso; la legittimità della condizione del nipote dipendeva – a suo parere – solo dalla circostanza che il *pater* si fosse limitato a non dissentire.

¹¹³ Circa l'origine e la struttura degli antichi *sponsalia* cfr. per tutti E. Volterra, s. v. *Sponsali* (dir. rom.), in NNDI. 18 (Torino 1957), p. 34 ss.; Id., *Lezioni di diritto romano. Il matrimonio romano* cit., p. 359 ss.; Id., *Osservazioni intorno agli antichi sponsali romani*, in *Scritti giuridici. II. Famiglia e successioni*, Napoli 1991, p. 491 ss.; M. Balestri Fumagalli, s. v. *Sponsali* (dir. rom.), in ED. 43 (Milano 1990), p. 502 ss.; R. Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*³, Padova 1994, p. 1 ss.

¹¹⁴ Cfr. D.23.1.11 (Iul. 16 dig.). E. Volterra, s. v. *Sponsali* (dir. rom.) cit., p. 34 ss.; P. Voci, *Storia della patria potestas* cit., p. 42 ss.; M. Balestri Fumagalli, s. v. *Sponsali* (dir. rom.) cit., p. 502 ss.; R. Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*³ cit., p. 70 ss.; Id., *Il matrimonio diritto romano classico* cit., p. 114 ss.; C. Fayer, *La familia romana* cit., p. 58 ss.

Premesso che entrambi i rapporti, di fidanzamento e di matrimonio, si basano su un atto iniziale di volontà dei soggetti¹¹⁵, analizziamo il ruolo svolto, ancora una volta, dal consenso del *pater familias*.

I testi che ci interessano, dal punto di vista della questione del silenzio, sono i seguenti:

D.23.1.7.1 (Paul. 35 *ad ed.*): *In sponsalibus etiam consensus eorum exigendus est, quorum in nuptiis desideratur. Intellegi tamen semper filiae patrem consentire, nisi evidenter dissentiat, Iulianus scribit.*

D.23.1.12 pr.-1 (Ulp. *lib. singul. de spons.*): *Sed quae patris voluntati non repugnat, consentire intellegitur. 1. Tunc autem solum dissentienti a patre licentia filiae conceditur, si indignum moribus vel turpem sponsum ei pater eligat.*

In ambedue le fattispecie delineate ci si riferisce alla conclusione di sponsali.

Nel primo frammento, Paolo dichiara esplicitamente che, nel fidanzamento, si richiede la volontà delle persone di cui è richiesto il consenso per il matrimonio; ma, ammette Giuliano, che il *non dissentire* del padre equivale al consenso¹¹⁶.

La circostanza che il comportamento silenzioso di chi non si oppone sia interpretato come consenso¹¹⁷ ha generato un particolare interesse da parte di quella dottrina¹¹⁸ che si è occupata della fenomenologia del silenzio.

¹¹⁵ C. Fayer, *La familia romana* cit., p. 58 ss.; R. Astolfi, *Il matrimonio nel diritto romano classico* cit., p. 114 ss.

¹¹⁶ Il frammento ha ricevuto diverse letture interpretative. Cfr., in particolare: F. C. Savigny, *Sistema del Diritto Romano Attuale*² cit., p. 330 ss., e nt. (b); P. Bonfante, *Corso di diritto romano. I. Diritto di famiglia* cit., p. 198 ss. [= rist., Milano 1963, p. 269 ss.]; Id. *Il silenzio nella conclusione dei contratti* cit., p. 153 ss.; 181 ss.; C. Longo, *Corso di diritto romano* cit., p. 309; G. Donatuti, *Il silenzio come manifestazione di volontà* cit., p. 471 ss.; S. Di Marzo, *Lezioni sul matrimonio romano* cit., p. 10; M. S. Goretti, *Il problema giuridico del silenzio* cit., p. 179 ss.; C. Castello, *Recensione di R. Astolfi, Il fidanzamento nel diritto romano*, Padova 1989, in *IVRA* 40 (1989), p. 89 ss.; R. Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*³ cit., p. 71; C. Fayer, *La familia romana* cit., p. 62; L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d'informazione* cit., p. 27 ss.

¹¹⁷ R. Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*³ cit., p. 71, parla di una "presunzione" di consenso.

¹¹⁸ Sul problema del silenzio in tema di sponsali, P. Bonfante, *Il silenzio nella conclusione dei contratti* cit., p. 153 ss., scriveva: "L'antica società patriarcale non tiene affatto conto della volontà della *filiafamilias*, sia nelle nozze, sia negli sponsali: è il *paterfamilias* che la dà, è lui che la promette, e solamente su di lui ricade l'infamia, se l'ha rimaritata prima che sia trascorso il tempo del lutto. Il sentimento più fine dell'epoca civile vuole il consenso della figlia e la giurisprudenza comincia coll'introdurlo in questa misurata forma, per cui basta il *non dissentire*, il non contraddire, il tacere (L. 7, §1; L. 12 pr., *Dig. de spons.*, 23, 1)". Sull'opinione dell'Autore v., ancora, le considerazioni da noi espresse *supra*, nt. 98, nonché le ulteriori riflessioni riferite dall'insigne romanista in *Corso di diritto romano. I. Diritto di famiglia* cit., p. 198 ss. [= rist., Milano 1963, p. 270]. Secondo G. Borgna, *Del silenzio nei negozi giuridici* cit., p. 35 ss., entrambi

Il padre che sa e tace, manifesta un intento rilevante giuridicamente; il suo silenzio non è un *silere*, ma assume i connotati di un fatto che può essere valutato al fine di ricavare una manifestazione tacita di volontà (*tacere*). L'esternazione della volontà può avvenire anche attraverso fatti che non si traducono in parole o scritti. Se il *pater*, che è tenuto a *dissentire* apertamente nel caso in cui non desideri le nozze della figlia, tace, allora non si considera il suo comportamento come silenzio ma come un'espressione di volontà libera e tacita, perché esisteva un dovere di attivarsi che egli non ha osservato.

L'ordinamento giuridico prende atto della circostanza che si è in grado di ricostruire una volontà certa e ricollega a questa gli effetti giuridici.

Esaminiamo il secondo frammento, spostando, adesso, l'attenzione sull'importanza rivestita dalla *voluntas* della *filia familias*¹¹⁹. Più in generale, occorre stabilire quale grado di rilevanza abbia la volontà di coloro che si fidanzano, essendo ancora *alieni iuris*¹²⁰.

Nel *principium* del passo di Ulpiano si dice che, se la *filia familias* non si oppone (*non repugnat*) palesemente al volere del padre, s'intende che vi acconsenta; di seguito, nel § 1, il giurista precisa che la facoltà concessa alla figlia di ribellarsi alle scelte paterne è limitata al solo caso in cui il *pater* le abbia scelto uno sposo indegno per costumi o turpe¹²¹.

i testi provrebbero che il *non contradicere* non assume il valore di consenso “nel tecnico significato della parola”. Per G. Donatuti, *Il silenzio come manifestazione di volontà* cit., p. 471 ss., è certo che la logica che spiega il contenuto di D.23.1.7.1 sia quella ispirata al *favor matrimonii*; l'Autore aggiunge, poi, che “Un indizio che la decisione di Giuliano sia dovuta a quella speciale interpretazione creatrice di diritto, l'abbiamo nel verbo *intellegi* e un altro nella considerazione che, se il *non dissentire* esprimesse la stessa volontà che il *consentire*, non vi sarebbe stata affatto ragione di citare Giuliano”. A parere di M. S. Goretti, *Il problema giuridico del silenzio* cit., p. 179 ss., il frammento sembrerebbe indicare che “la figlia possa avere sempre la facoltà di dissentire” al fidanzamento proposto dal padre; il silenzio (il “non-dissentire”) assumerebbe i connotati della “risposta” – e, dunque, di un consenso –, poiché la promessa degli sponsali del *pater* “costituisce senza dubbio il *prius* in confronto all'atteggiamento della figlia, che si determina di fronte alla promessa stessa”. Nello stesso senso, L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d'informazione* cit., p. 27 ss. Da ultimo, spunti anche in G. Tomás, *Fuentes jurídicas del principio qui tacet, consentire videtur* cit., p. 389 ss.

¹¹⁹ In argomento, E. Volterra, *Sul consenso della filiafamilias agli sponsali*; Id., *Ancora sul consenso della filiafamilias agli sponsali*, entrambi in *Scritti giuridici. I. Famiglia e successioni*, Napoli, 1991, rispettivamente, p. 291 ss.; 527 ss.

¹²⁰ P. Voci, *Storia della patria potestas* cit., p. 42 ss.; R. Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*³ cit., p. 70 ss.; Id., *Il matrimonio diritto romano classico* cit., p. 115 ss.; C. Fayer, *La familia romana* cit., p. 60 ss.

¹²¹ R. Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*³ cit., p. 71 ss.; spec. 73, ritiene che la rilevanza del *consensus* della figlia sarebbe diminuita nel corso dell'epoca classica. Lo studioso

Per l'esegesi del frammento¹²², valgono gli stessi principi interpretativi di cui si è detto. Se la figlia, che conosce l'intento del padre, resta in silenzio, allora il suo sarà un comportamento tacito perché si presuppone che ella sappia e non faccia¹²³. Esistono gli elementi che permettono di qualificare il suo silenzio come un *tacere*, ossia la capacità di intendere e di volere, la conoscenza del "fatto" che giustifica il suo comportamento e la consapevolezza delle conseguenze del proprio atteggiamento "silente".

Prendiamo in esame, infine, un passo riguardante l'azione dotale:

D.24.3.2.2 (Ulp. 35 *ad Sab.*): *Voluntatem autem filiae, cum pater agit de dote, utrum sic accipimus, ut consentiat an vero ne contradicat filia? Et est ab imperatore Antonino rescriptum filiam, nisi evidentem contradicat, videri consentire patri. Et Iulianus libro quadragesimo octavo digestorum scripsit quasi ex voluntate filiae videri experiri patrem, si furiosam filiam habeat: nam ubi non potest per dementia contradicere, consentire quis eam merito credit. Sed si absens filia sit, dicendum erit non ex voluntate eius id factum cavendumque ratam rem filiam habituram a patre: ubi enim sapit, scire eam exigimus, ut videatur non contradicere.*

In generale, la donna, alla morte del marito o dopo il divorzio, poteva avvalersi dell'*actio rei uxoriae*¹²⁴: se era *sui iuris* agiva direttamente; se era *filia*

ritiene di fattura compilatoria il § 1 di D.23.1.12, poiché la restrizione alla libertà della *filia* di opporsi alla volontà del padre al solo caso in cui il marito che era stato prescelto fosse stato *indignus moribus vel turpis* è conforme ai principi del diritto postclassico e di quello giustiniano. Secondo lo studioso, i giuristi della seconda epoca classica, e, in particolare, Ulpiano, avrebbero dato inizio a "un processo involutivo", che avrebbe portato a presumere che la *filia familias* fosse sempre d'accordo con il padre quando non avesse avuto il coraggio di affrontarlo, manifestando un aperto dissenso. Sull'argomento anche C. Fayer, *La familia romana* cit., p. 62 ss.

¹²² In particolare, v. P. Bonfante, *Il silenzio nella conclusione dei contratti* cit., p. 153 ss.; 181 ss., il quale qualifica il silenzio negli sponsali come manifestazione di volontà attenuata o come forma di consenso più debole, sostenendo che la giurisprudenza in età classica avrebbe introdotto il consenso della figlia attraverso la forma attenuata del "*non-dissentire*". (V. la nt. 118). G. Donatuti, *Il silenzio come manifestazione di volontà* cit., p. 471, si allontana parzialmente dall'opinione del Maestro, quando osserva che "il passo di Ulpiano, anziché alla tendenza che richiede il consenso della figlia, sia ispirato piuttosto a quella che mira ad escluderlo; tendenza che poi prevale nel periodo romano-ellenico". Per M. S. Goretti, *Il problema giuridico del silenzio* cit., p. 182, valgono le stesse considerazioni fatte per il passo di Paolo (D.23.1.7.1). Su entrambi i testi riguardanti gli sponsali, cfr. anche L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d'informazione* cit., p. 27 ss.

¹²³ Anche se la volontà della *filia familias* era tenuta in considerazione, attraverso la previsione della possibilità di controbattere al padre, in pratica, difficilmente la giovane si sarebbe opposta al suo volere apertamente. In tal senso, R. Astolfi, *Il fidanzamento nel diritto romano*³ cit., p. 73, e C. Fayer, *La familia romana* cit., p. 63 ss.

¹²⁴ Sul tema, cfr. S. Solazzi, *La restituzione della dote in diritto romano*, Città di Castello 1899, p. 200 ss.; Id., *Sul consenso della "filia familias" all'"actio rei uxoriae" esercitata dal padre*, in *Rendiconti del R. Istituto lombardo di Scienze e Lettere* 70 (1937), p. 261 ss.; P. Bonfante, *Corso di diritto romano. I. Diritto di famiglia* cit., p. 340 ss. [= rist., Milano 1963, p.

familias, esperiva l'azione il suo *pater familias* ma *adiuncta filiae persona*, ossia l'avente potestà avrebbe dovuto agire soltanto insieme alla figlia e con il consenso di quest'ultima¹²⁵, che doveva essere prestato *in iure*, cioè alla presenza del magistrato all'atto della *litis contestatio*¹²⁶.

Ai nostri fini, il frammento ulpiano può essere diviso in due parti.

Nella prima (*'Voluntatem autem filiae... videri consentire patri'*), ci si domanda se la volontà della figlia, quando il padre agisce per la restituzione della dote, debba essere intesa come consenso o come mancanza di dissenso (*'... Utrum sic accipimus, ut consentiat an vero ne contradicat filia?'*).

Un rescritto di Antonino Caracalla risolse la questione, stabilendo che la figlia si considera consentire con il padre eccetto che, in modo evidente, non abbia manifestato il proprio dissenso¹²⁷. Il *tacere* della *filia familias*, che non si oppone alla decisione del padre, rivela l'esistenza di una volontà riconoscibile¹²⁸. L'ordinamento giuridico in certi casi pretende una consapevolezza elevata del soggetto, esigendo un consenso 'espresso'; in altri, per contro, basta il *non contradicere*¹²⁹. La presenza di indicatori esterni consente di interpretare il

464 ss.]; E. Renier, *Observations sur la terminologie de l'aliénation mentale*, in RIDA. 5 (1950), p. 429 ss.; M. Lauria, *Matrimonio-Dote in diritto romano*, Napoli 1952, p. 91 ss.; A. Burdese, *"Dos patris et filiae communis"*, in Labeo 5 (1959), p. 284 ss. Da ultimo, C. Fayer, *La familia romana* cit., p. 702 ss.; M. Varvaro, *Studi sulla restituzione della dote. I. La formula dell'actio rei uxoriae*, Torino 2006, p. 15 ss.

¹²⁵ A. Burdese, *"Dos patris et filiae communis"* cit., p. 296 ss.

¹²⁶ S. Solazzi, *Sul consenso della "filia familias"* cit., p. 261 ss.; A. Burdese, *"Dos patris et filiae communis"* cit., p. 296 ss.

¹²⁷ S. Solazzi, *Sul consenso della "filia familias"* cit., p. 264 ss., osserva che era comunque necessario che la figlia fosse presente *in iure*.

¹²⁸ P. Bonfante, *Il silenzio nella conclusione dei contratti* cit., p. 182, si avvale (anche) di questo frammento per dimostrare che il silenzio è una "forma incompleta ed anomala di consenso"; anzi, nel passo in esame – osserva – la giurisprudenza discuteva proprio della "misura di questo consenso". Secondo G. Borgna, *Del silenzio nei negozi giuridici* cit., p. 38 ss., nell'ipotesi considerata è sufficiente il *non contradicere* non perché questo equivalga al consenso, ma perché i giuristi romani "non richiedono di più". G. Donatuti, *Il silenzio come manifestazione di volontà* cit., p. 471 ss., precisa che "Se il *non contradicere* fosse una manifestazione di volontà, fosse un consenso, sarebbe oziosa la domanda iniziale e non si comprenderebbe la necessità di un rescritto. Che qui ci troviamo in presenza di un'estensione del concetto di *consentire*, giustificata, probabilmente, dalla tendenza di evitare che la dote rimanga presso il marito dopo il divorzio, mi sembra confermato pure dalla citazione di Giuliano, il quale estende il concetto di *voluntas* sino a comprendervi quella della *filia furiosa*, ossia in un campo, in cui non si può certamente parlare di vera *voluntas*". A giudizio di M. S. Goretti, *Il problema giuridico del silenzio* cit., p. 186 ss., la figlia, con il suo comportamento silente, 'risponde' ad un fatto 'primario', costituito dall'azione promossa dal padre. In linea con l'opinione da ultimo riferita, L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d'informazione* cit., p. 29.

¹²⁹ L'espressione "*ne contradicat*" indica che esiste un dovere di parlare.

contegno silenzioso della figlia come un fatto dal quale dedurre una volontà tacitamente manifestata.

Nella seconda parte del passo (*‘Et Iulianus... ut videatur non contradicere’*), si discute della possibilità del padre d’intentare l’azione per la restituzione della dote, distinguendo l’ipotesi di pazzia della figlia da quella di assenza di quest’ultima. Nel primo caso, Giuliano scrive che al *pater furiosae* è concesso di agire da solo, poiché *‘ubi non potest per dementia contradicere, consentire quis eam merito credit’*. Dinanzi all’impossibilità per la figlia di manifestare il proprio volere¹³⁰, in un senso o nell’altro, la giurisprudenza romana introduce una deroga al principio del consenso, che nel caso, risulta mancare. L’ordinamento opera una sostituzione (di un elemento essenziale), formulando una presunzione¹³¹, che, in concreto, permette di regolamentare l’ipotesi in cui il silenzio resti tale, ossia un comportamento che non ha nessuna evidenza oggettiva.

In caso di silenzio della figlia *absens*, Ulpiano concede al padre di agire da solo, a condizione che egli presti una stipulazione di garanzia (*‘ratam rem filiam habituram’*), detta *cautio de rato*, che avrebbe avuto la funzione di sostituire l’espressione dell’assenso da parte della figlia¹³². Se la *filia* è assente, significa che è lontana e non può giudicare la scelta del padre di esperire l’azione dotale, perché lo ignora¹³³; tuttavia, non è escluso che in futuro, al ritorno, la donna potrà essere in condizione di manifestare la propria volontà, non opponendosi alla decisione paterna. Il giurista ritiene utile inserire l’inciso *‘ubi enim sapit, scire eam exigimus, ut videatur non contradicere’*, a conferma della circostanza che affinché la donna si consideri non contraddire si richiede che ella sappia, che abbia, cioè, consapevolezza del fatto che giustifica il suo atteggiamento¹³⁴.

¹³⁰ Mancano, infatti, i presupposti volitivi (ossia, la capacità di intendere e di volere, ma, soprattutto, la capacità di agire della *filia furiosa*) e, di conseguenza, la conoscenza del fatto che giustifica il comportamento silente.

¹³¹ M. S. Goretti, *Il problema giuridico del silenzio* cit., p.186 ss., sottolinea che il *‘quasi’* nel testo indicherebbe che ci si trova di fronte ad una *fictione* giuridica. Infatti, scrive l’Autrice, “non è il silenzio della figlia *‘furiosa’* a rendere valida l’azione del padre, ma è la situazione di demenza a rendere la volontà del padre sostitutiva di quella della figlia (*quasi ex voluntate filiae videri experiri’*)”.

¹³² A. Burdese, *“Dos patris et filiae communis”* cit., p. 297; C. Fayer, *La familia romana* cit., p. 704.

¹³³ Il suo silenzio corrisponde a un *silere*.

¹³⁴ Sul punto, in particolare, G. Borgna, *Del silenzio nei negozi giuridici* cit., p. 40 ss., e M. S. Goretti, *Il problema giuridico del silenzio* cit., p. 188, la quale mette in evidenza come l’elemento

Riguardo alle fattispecie di cui ci siamo occupati nel paragrafo siamo in grado di raggiungere le prime conclusioni parziali. Ciò che sembra potersi riscontrare è una non uniforme disciplina del fenomeno in questione, con conseguente precisa distinzione dei comportamenti che possono ricondursi, da una parte, al *tacere* (manifestazione tacita), dall'altra, al *silere* (assenza di manifestazione).

3.1. *Segue. In iure cessio.*

Proviamo, adesso, a ricostruire l'atteggiamento interpretativo tenuto dai giuristi rispetto alla condotta silenziosa che si riscontra nell'ipotesi dell'*in iure cessio*¹³⁵:

Gai 2.24: *In iure cessio autem hoc modo fit: apud magistratum populi Romani velut praetorem urbanum is, cui res in iure ceditur, rem tenens ita dicit: HUNC EGO HOMINEM EX IURE QUIRITUM MEUM ESSE AIO; deinde postquam hic vindicauerit, praetor interrogat eum, qui cedit, an contra vindicet; quo negante aut tacente tunc ei, qui vindicaverit, eam rem addicit; idque legis actio vocatur. hoc fieri potest etiam in provinciis apud praesides earum.*

L'opinione generalmente condivisa nella dottrina romanistica¹³⁶ considera la *in iure cessio*¹³⁷ un processo fittizio, ossia un negozio sorto nell'ambito della *legis*

della *scientia* distingue il silenzio della figlia pazza da quello della figlia ignara: quest'ultimo – pseudo-atto – è inefficiente; il primo – che non è né silenzio (tacere) né parola – implica, tuttavia, l'intervento (sostitutivo) del *pater*.

¹³⁵ V. Devilla, s. v. *In iure cessio*, in NNDI. 8 (Torino 1957), p. 703 ss.

¹³⁶ C. Sanfilippo, *Dubbi e riflessi in tema di novazione mediante stipulazione nulla*, in *Annali Catania* 3 (1948-1949), p. 235; P. Meylan, *De deux traits peu remarquables de l' 'in iure cessio'*, in *RIDA*. 6 (1951), p. 103 ss.; P. Voci, *Modi di acquisto della proprietà (corso di diritto romano)*, Milano 1952, p. 61 ss.; M. Marrone, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza del processo civile romano*, in *AUPA*. 24 (1955), p. 103 ss.; G. Pugliese, *Sentenza di rivendicazione e acquisto della proprietà in diritto romano*, in *RIDA*. 6 (1959), p. 354; G. Grosso, *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*², Torino 1967, p. 135; A. Biscardi, *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino 1968, p. 58; G. Provera, *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano*, Torino 1970, p. 45 e nt. 70; B. Albanese, *Gli atti negoziali del diritto privato romano*, Palermo 1982, p. 103 ss.; A. Corbino, *Il rituale della 'mancipatio' nella descrizione di Gaio ('Rem' tenens in Inst. 1,119 e 2,24)*, in *SDHI*. 42 (1976), p. 183 ss., il quale sottolinea la parziale diversità dei rituali della *legis actio sacramento in rem* e dell'*in iure cessio*, nonostante la certa derivazione di quest'ultima dalla prima; Id., *La struttura dell'affermazione contenziosa nell' 'agere sacramento in rem' ('secundum suam causam' in Gai. 4.16)*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, VII, Milano 1987, p. 143 nt. 10; Id., *Schemi giuridici dell'appartenenza nell'esperienza romana arcaica*, in *La proprietà e le proprietà*, a cura di E. Cortese, Milano 1988, p. 27 ss.; Id., *La struttura della dichiarazione di acquisto nella mancipatio e nella in iure cessio*,

*actio sacramento in rem*¹³⁸, atto a trasferire la proprietà di determinati beni, e a costituire diritti assoluti su cose altrui¹³⁹.

Davanti al magistrato giudicante, l'acquirente, cioè colui che “consegua il vantaggio negoziale”¹⁴⁰, compiva la *vindicatio*, attraverso la quale affermava come esistente il proprio diritto. Di seguito, il magistrato rivolgeva *interrogatio* alla controparte, sollecitandola a *contravindicare* (‘... *praetor interrogat eum, qui cedit, an contra vindicet*’), e, a questo punto, chi intendeva trasferire o costituire il diritto negava di voler attuare la *contravindicatio* oppure taceva – ‘*quo negante aut tacente*’. A conclusione della procedura, l'organo pubblico pronunciava l'*addictio*¹⁴¹.

Esaminiamo il negozio sotto il profilo della questione del silenzio.

in *Collatio Iuris Romani*, I (Amsterdam 1995), p. 81 ss.; Id., *Il formalismo negoziale nell'esperienza giuridica romana*², Torino 2006, p. 38 ss.

¹³⁷ A parere di P. Voci, *Modi di acquisto della proprietà* cit., p. 61 ss., la denominazione dell'atto deriverebbe dall'atteggiamento ‘passivo’ tenuto dall'alienante nei confronti dell'affermazione dell'acquirente. Sostanzialmente d'accordo B. Albanese, *Gli atti negoziali del diritto privato romano* cit., p. 104 ss., per il quale il negozio trarrebbe il suo nome sia dal luogo del suo svolgimento (*ius*), sia dalla mancata opposizione e dal ritiro dell'*in iure cedens* di fronte all'affermazione della controparte.

¹³⁸ La precisa natura processuale o sostanziale dell'*in iure cessio* è stata oggetto di discussione anche nella letteratura romanistica degli ultimi anni, cfr. fra gli altri: M. Varvaro, *Manu(m) conserere e omnibus verbis vindicare* (*Gell. 20.10.7*), in *Le Dodici Tavole: dai Decemviri agli Umanisti*, a cura di M. Humbert, Pavia 2005, p. 267 ss.; G. Gulina, *In iure cessio e mancata vindicatio contraria nella legis actio contentiosa*, in *Iuris Antiqui Historia* 3 (2011), p. 109 ss.; 151 ss.; 158, il quale rifiuta la tesi che vede nella *in iure cessio* “l'applicazione pedissequa, a scopo negoziale, dello schema contenzioso già previsto per la *legis actio sacramento in rem*”, nondimeno, riconoscendo che “il rito o negozio che sia deve – con altri – la propria esistenza alla *legis actio sacramento in rem*”; J. G. Wolf, *In iure cessio und manumissio vindicta. Ueberlegungen zu zwei arcaischen vindicta*, in *Liber Amicorum C. Krampe zum 70. Geburtstag*, HRSG. M. Armgardt, F. Klinck, I. Reichards, Berlin 2013, p. 375 ss.; Id., *La in iure cessio: considerazioni su un negozio giuridico arcaico*, in *IVRA* 61(2013), p. 1 ss.

Nella letteratura più antica cfr., fra gli altri, E. Rabel, *Nachgeformte Rechtsgeschäfte*, in *ZSS.* 28, 1906, p. 309 ss.; M. Wlassak, *Der gerichtliche Magistrat in gesetzlichen Spruchverfahren*, in *ZSS.* 28, 1907, p. 78 ss.; H. Levy-Bruhl, *La nature de l'in iure cessio*, in *Quelques problèmes du très ancien droit romain*, Paris 1934, p. 114 ss.; F. Schulz, *Classical roman law*, Oxford 1951, p. 348 ss.

¹³⁹ Così P. Voci, *Modi di acquisto della proprietà* cit., p. 63, secondo il quale la *in iure cessio* “è, nella sostanza, il negozio traslativo, cioè un'entità che va oltre la *rei vindicatio*, ma il cui risultato è ottenuto per mezzo del processo, utilizzando un istituto processuale [...]”. Per A. Corbino, *La struttura della dichiarazione di acquisto nella mancipatio e nella in iure cessio* cit., p. 81 ss., il negozio non sarebbe altro che “un adattamento a fini sostanziali del meccanismo processuale di protezione delle situazioni reali [...]”. Da ultimo, J. G. Wolf, *La in iure cessio* cit., p. 7 ss.

¹⁴⁰ A. Corbino, *Il formalismo negoziale*² cit., p. 38.

¹⁴¹ Sul significato e sul valore di ‘*addicere*’ cfr. A. Biscardi, *Lezioni sul processo romano* cit., p. 58; G. Nicosia, *Il processo privato romano. II. La regolamentazione decemvirale*, Torino 1986, p. 108 ss.; e, di recente, J. G. Wolf, *La in iure cessio* cit., p. 9 ss.

Per la Goretta la circostanza che nel frammento Gaio equipari la negazione di voler *contravindicare* e il *tacere* dinanzi alla domanda del pretore dimostrerebbe che esiste una certa uniformità, da parte dei giuristi romani, nell'interpretazione del silenzio quale "risposta" che si qualifica grazie alla domanda del magistrato¹⁴². Il *tacere* esplica la "volontà del ritiro", una "manifestazione di non opposizione", che sortisce l'effetto, nella fattispecie in esame, di attribuire al comportamento passivo del *tacens* "il significato di una *cessio*", di modo che il magistrato possa "suggellare giuridicamente tale contegno, procedendo all'*addictio*"¹⁴³. Il silenzio deve potersi interpretare alla luce del comportamento del soggetto nel complesso delle circostanze che lo accompagnano.

Soffermiamoci sui diversi momenti di cui consta l'*in iure cessio*¹⁴⁴.

Nel momento in cui si attua – sull'esempio di Gaio – l'affermazione dell'acquirente che la *res* gli appartiene per il diritto dei Quiriti – '*... hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio ...*' –, il silenzio mantenuto dall'*in iure cedens* costituisce soltanto un fatto oggettivo, un atteggiamento neutro, dal quale non può ricavarsi alcuna volontà (*silere*). Non appena il pretore domanda all'acquirente *an contra vindicet*, la valutazione dell'atteggiamento passivo tenuto da quest'ultimo cambia: il suo silenzio costituisce manifestazione tacita di volontà, perché ha taciuto quando aveva l'onere di contraddire. Il *tacere* dell'*in iure cedens*, il suo *non-contravindicare* palesa un'intenzione dalla quale l'ordinamento fa discendere delle conseguenze giuridiche, in seguito alla pronuncia di *addictio*¹⁴⁵.

Il che sottolinea che se l'ordinamento non prevede un dovere di attivarsi a carico del soggetto, l'atteggiamento "silente" (dal quale non sia perciò ricavabile alcun elemento idoneo a farne conoscere la volontà) non può essere valutato come contegno concludente.

¹⁴² M. S. Goretta, *Il problema giuridico del silenzio* cit., p. 162 ss. Non lontano il punto di vista di L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d'informazione* cit., p. 24.

¹⁴³ Così M. S. Goretta, *Il problema giuridico del silenzio* cit., p. 163 ss., e L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d'informazione* cit., p. 24, la quale afferma che proprio dall'*addictio* attuata dal pretore dipendano gli effetti traslativi del negozio.

¹⁴⁴ Afferma P. Voci, *Modi di acquisto della proprietà* cit., p. 65-66, che l'*in iure cessio* si compone di due atti distinti, sotto il profilo formale: da un lato, la *vindicatio*; dall'altro, il silenzio.

¹⁴⁵ A. Corbino, *Diritto privato romano*³ cit., p. 556 ss.

Nella *in iure cessio* non siamo, dunque, dinanzi a un silenzio (*silere*), quanto, piuttosto, di fronte una manifestazione concludente¹⁴⁶ di volontà.

L'analisi del passo di Gaio costituisce, insomma, una conferma del fatto che i Romani ebbero cura, pur non ricorrendo a categorie dogmatiche definite, di distinguere il *tacere*, inteso come atteggiamento di chi si astiene, consapevolmente, dal manifestare un'intenzione, dal *silere*, ossia dalla situazione nella quale manca, invece, ogni elemento che consenta di attribuire al soggetto una volontà.

3.2. Segue. Rappresentanza processuale.

Consideriamo i casi di silenzio attestati dalle fonti nell'ambito della *procuratio* processuale:

D.3.3.8.1 (Ulp. 8 *ad ed.*): *Invitus procurator non solet dari. Invitum accipere debemus non eum tantum qui contradicit, verum eum quoque qui consensisse non probatur*¹⁴⁷.

D.3.3.15 pr. (Ulp. 8 *ad ed.*): *Si defunctus sit dominus ante litem contestatam, iudicatum solvi stipulatione pro suo procuratore data, procurator compellendus est ad iudicium accipiendum: ita tamen si hoc dominus sciente procuratore et non contradicente fecit. Quod si aliter actum est, inscium quidem procuratorem teneri satis incivile est, committitur autem ob rem non defensam stipulationis clausula.*

¹⁴⁶ Attribuisce carattere eccezionale all'ipotesi P. Bonfante, *Il silenzio nella conclusione dei contratti* cit., p. 180, il quale afferma che "l'unico esempio [...] di silenzio preordinato a manifestazione di volontà, che le fonti ci offrono, è quello che occorreva nella *in iure cessio* e nella manumissione *vindicta*". Sul punto anche L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d'informazione* cit., p. 24 ss.; 37.

¹⁴⁷ Si legga anche il *principium* del frammento: *Filius familias et ad agendum dare procuratorem potest, si qua sit actio, qua ipse experiri potest: non solum si castrense peculium habeat, sed et quivis filius familias: ut puta iniuriam passus dabit ad iniuriarum actionem, si forte neque pater praesens sit nec patris procurator velit experiri, et erit iure ab ipso filio familias procurator datus. Hoc amplius Iulianus scribit et si filio familias patri per filium eius in eadem potestate manentem fiat iniuria neque avus praesens sit, posse patrem procuratorem dare ad ulciscendam iniuriam, quam nepos absentis passus est. Ad defendendum quoque poterit filius familias procuratorem dare. Sed et filia familias poterit dare procuratorem ad iniuriarum actionem. Nam quod ad dotis exactionem cum patre dat procuratorem, supervacuum esse Valerius Severus scribit, cum sufficiat patrem dare ex filiae voluntate. Sed puto, si forte pater absens sit vel suspectae vitae, quo casu solet filiae competere de dote actio, posse eam procuratorem dare. Ipse quoque filius procurator dari poterit et ad agendum et ad defendendum.*

D.3.3.40.4 (Ulp. 9 ad ed.): *In his autem personis, in quibus mandatum non exigimus, dicendum est, si forte evidens sit contra voluntatem eos experiri eorum pro quibus interveniunt, debere eos repelli. Ergo non exigimus ut habeant voluntatem vel mandatum, sed ne contraria voluntas probetur: quamvis de rato offerant cautionem.*

Il primo passo riguarda la nomina del procuratore processuale.

Il *procurator ad litem*¹⁴⁸, com'è noto, è colui che agisce in veste di 'rappresentante processuale'¹⁴⁹, in virtù dei poteri che discendono dall'incarico, *iussum*¹⁵⁰ o *mandatum*¹⁵¹, del *dominus litis*¹⁵².

¹⁴⁸ Della vastissima bibliografia sulla figura del procuratore *ad litem* citiamo, senza alcuna pretesa di completezza: P. Bonfante, *Facoltà e decadenza del procuratore romano*, in *Studi dedicati a F. Schupfer*, Torino 1898, p. 3 ss. [ora in *Scritti giuridici varii*, III, Torino 1926, p. 250 ss.]; E. Albertario, *Procurator unius rei*, in SIGP. 6 (1921) [ora in *Studi di diritto romano*, III, Milano 1936, p. 497 ss.]; G. Donatuti, *Studi sul procurator. II. Verus et falsus procurator*, in AUPE. 36 (1921), p. 671 ss. [ora in *Scritti di diritto romano*, I, Milano 1976, p. 135 ss.]; S. Riccobono, *Lineamenti della dottrina della rappresentanza diretta in diritto romano*, in AUPA. 14 (1930), p. 389 ss.; B. Frese, *Defensio, solutio, expromissio des unberufenen Dritten*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, IV, Milano 1930, p. 397 ss.; Id., *Das Mandat in seiner Beziehung zur Prokuratur*, in *Studi in onore di S. Riccobono*, IV, Palermo 1936, p. 399 ss.; F. Bonifacio, *Cognitor, procurator e rapporto processuale*, in *Studi in onore di P. De Francisci*, IV, Milano 1956, p. 537 ss.; V. Arangio Ruiz, *Il mandato in diritto romano*, Napoli 1965, p. 12 ss.; F. Serrao, *Il procurator*, Milano 1947, spec. p. 46 ss.; E. Betti, *Teoria del negozio giuridico*, Torino 1950, p. 546 ss.; Id., *Diritto Romano. Parte generale*, Padova 1955, p. 405; S. Solazzi, *Errore e rappresentanza*, in *Scritti di diritto romano*, I, Napoli 1955, p. 277 ss.; Id., *La definizione del procuratore*, in *Scritti di diritto romano*, II, Napoli 1957, p. 557 ss.; Id., *Procuratori senza mandato*, in *Scritti di diritto romano*, II, Napoli 1957, p. 569 ss.; Id., *Procurator ad litem e la guerra al mandato*, in *Scritti di diritto romano*, III, Napoli 1960, p. 601 ss.; A. Watson, *The law of obligations in the later roman republic*, Oxford 1965, p. 200 ss.; P. Angelini, *Il 'procurator'*, Milano 1971, p. 181 ss.; A. Burdese, *Sul 'procurator'*, in SDHI. 37 (1971), p. 325 ss.; R. Quadrato, *D.3.3.1 pr. e la definizione di 'procurator'*, in Labeo 20 (1974), p. 210 ss.; M. Zablocka, *La costituzione del "cognitor" nel processo privato romano*, in Index 12 (1983-1984), p. 140 ss.; O. Paperi, *Procurator e interpretatio nell'editto 'Unde vi'*, in SDHI. 63 (1997), p. 441 ss.; Id., *Considerazioni sull'origine del "procurator ad litem"*, in Labeo 48 (2002), p. 37 ss.; M. Miceli, *Institor e procurator nelle fonti romane dell'età preclassica e classica*, in IVRA 53 (2002), p. 57 ss.; Id., *Brevi riflessioni su mandato e rappresentanza alla luce del pensiero di Giorgio La Pira*, in Index 34 (2006), p. 209 ss.; Id., *Studi sulla "rappresentanza" nel diritto romano*, I, Milano 2008, in part., p. 219 ss.; F. Briguglio, *Studi sul procurator. I. L'acquisto del possesso e della proprietà*, Milano 2007, p. 34 ss.; G. Coppola Bisazza, *In tema di sostituzione volontaria e procurator*, in *Studi per G. Nicosia*, II, Milano 2007, p. 491 ss.; Id., *Dallo iussum domini alla contemplatio domini cit.*, p. 3 ss.

¹⁴⁹ V. Arangio Ruiz, *Il mandato cit.*, p. 12 ss., lo definiva come "qualcuno che prende su di sé l'onere di rappresentare un altro in giudizio".

¹⁵⁰ F. Bonifacio, s. v. "Iussum" (dir. rom.) cit., p. 394.

¹⁵¹ Come si ricava da Gai. 4.84: *Procurator vero nullis certis verbis in litem substituitur, sed ex solo mandato et absente et ignorante adversario constituitur. Quin etiam sunt, qui putant eum quoque procuratorem videri, cui non sit mandatum, si modo bona fide accedat ad negotium et caveat ratam rem dominum habiturum; quamquam et ille, cui mandatum est, plerumque satisfacere debet, quia saepe mandatum initio litis in obscuro est et postea apud iudicem ostenditur.* Sul passo cfr. M. Miceli, *Studi sulla "rappresentanza" cit.*, p. 222 ss., la quale sostiene che "il mandato era

Le vicende storiche che hanno condotto all'affermazione di questa figura giudiziale sono assai complesse¹⁵³; quel che è certo è che nel processo *per formulas*, le parti potevano decidere di farsi sostituire o da un *cognitor*¹⁵⁴, nominato mediante dichiarazione alla controparte presente, o da un *procurator ad litem*, la cui costituzione avveniva anche in assenza dell'avversario¹⁵⁵.

Nel passo in questione asserisce Ulpiano che non si suole nominare un procuratore *invitus*¹⁵⁶. Prontamente, il giurista ha cura di spiegare che per *invitus*¹⁵⁷ s'intende non solo chi manifesta volontà contraria – '*eum qui contradicit*' –, ma anche colui di cui non si possa provare che abbia consentito – '*eum qui consensisse non probatur*'¹⁵⁸.

Sono opportune delle riflessioni sulla fattispecie descritta alla luce della dottrina del silenzio.

probabilmente la principale forma di costituzione del *procurator ad litem*", anche se esso non era determinante ai fini della legittimazione dell'azione.

¹⁵² Sul significato di '*dominus litis*' v. F. Bonifacio, *Cognitor, procurator* cit., p. 537 ss., e M. Marrone, *Dominus litis*, in AUPA. 53 (2009), p. 255 ss.

¹⁵³ Al centro di un vivace dibattito dottrinale è sempre stato il problema dei rapporti tra la procura e il mandato, nonché la questione del nesso intercorrente tra la figura del *procurator omnium bonorum* e quella del *procurator ad litem*. Su questo e su molti altri punti controversi si è espressa, ripercorrendo le posizioni assunte in passato dalla dottrina, M. Miceli, *Studi sulla "rappresentanza"* cit., spec., p. 129 ss.; 233 ss.

¹⁵⁴ Gai. 4.83: *Cognitor autem certis verbis in litem coram adversario substituitur. Nam actor ita cognitorem dat quod ego a te verbi gratia fundum peto, in eam rem Lucium Titium tibi cognitorem do; adversarius ita quia tu a me fundum petis, in eam rem tibi Publium Mevium cognitorem do. Potest ut actor ita dicat quod ego tecum agere volo, in eam rem cognitorem do, adversarius ita quia tu mecum agere vis, in eam rem cognitorem do. Nec interest, praesens an absens cognitor detur; sed si absens datus fuerit, cognitor ita erit, si cognoverit et susceperit officium cognitoris.* Sul passo cfr. M. Zablocka, *La costituzione del "cognitor"* cit., p. 140 ss.

¹⁵⁵ O. Paperi, *Considerazioni sull'origine del "procurator ad litem"* cit., p. 37 ss.

¹⁵⁶ Sull'interpretazione dell'espressione '*invitus procurator*' cfr. F. M. De Robertis, "*Invitus procurator*". *Appunti sul procuratore nel diritto classico*, in *Annali Bari* 1 (1934), p. 188 ss., [ora in *Scritti vari di diritto romano. I. Diritto privato*, Bari 1987, p. 11 ss.]; A. Watson A., *The Contract of Mandate in Roman Law*, Oxford 1961, p. 64; R. Quadrato, *D.3.3.1 pr. e la definizione di 'procurator'* cit., p. 222. Sul punto, anche R. Orestano, s. v. *Rappresentanza* (dir. rom.), in NNDI. 14 (Torino 1967), p. 798; M. De Simone, *Riflessioni sul ruolo della prohibitio nella tutela petitoria della servitus altius non tollendi*, in AUPA. 48 (2003), p. 106 ss.

¹⁵⁷ Il termine ricorre anche in D.8.2.5 (Ulp. 17 *ad ed.*), in tema di servitù, e in D.23.2.45.5 (Ulp. 3 *ad leg. Iul. et Pap.*), a proposito del divorzio della liberta. Su entrambi i testi cfr. M. De Simone, *Riflessioni sul ruolo della prohibitio* cit., p. 101 ss. e nt. 35; 105 ss.

¹⁵⁸ F. M. De Robertis, "*Invitus procurator*" cit., p. 13 ss., interpreta queste parole alla luce del fatto che in età classica esistevano due distinte procure romane, una volontaria e un'altra necessaria. Ebbene – afferma l'Autore – il giurista severiano, utilizzando il termine '*invitus*', si stava riferendo al *procurator necessarius*, il quale sarebbe stato obbligato ad accettare l'incarico anche '*invitus*', sebbene non fosse usuale far assumere la gestione al soggetto che non aveva intenzione di accettare.

Come si vede, “il silenzio del supposto procuratore non genera alcun effetto giuridico”¹⁵⁹. E’ stato notato che la nozione di ‘*invitus*’ preciserebbe un “non-effetto giuridico”¹⁶⁰, determinato non dall’espressione di un dissenso¹⁶¹, bensì “dall’ovvia considerazione che ‘nulla è avvenuto’”¹⁶². La mancanza dell’effetto giuridico è da attribuire all’assenza di un antefatto, costituito dalla “nomina per consenso ‘provato’”¹⁶³.

Dal testo sembra ricavarsi che, ai fini della nomina del procuratore, si richiedeva che questi manifestasse una volontà per mezzo di un ‘atto’ che ne rivelasse l’intenzione negativa di sottrarsi all’assunzione dell’incarico (*contradicit*); dunque, era necessario che si opponesse apertamente alla nomina.

Ulpiano va oltre, estendendo il concetto di ‘*invitus*’: infatti, “non vuole” anche il sostituto processuale del quale non c’è prova oggettivamente verificabile che ci sia stata una volontà conforme alla nomina. Le parole del giureconsulto dimostrano che il silenzio non può generalmente essere identificato con il *tacere*.

Il dato certo è che si può provare solo ciò che possieda un’evidenza oggettiva e qui non ce n’è alcuna. L’atteggiamento silenzioso di colui che è stato nominato *procurator* corrisponde a un *silere*, e come tale è valutato dalla giurisprudenza romana.

Verifichiamo il valore giuridico che il silenzio riveste nelle ipotesi delineate da D.3.3.15 (Ulp. 8 *ad ed.*) e da D.3.3.40.4 (Ulp. 9 *ad ed.*).

Il primo frammento si riferisce al procuratore giudiziale¹⁶⁴ con mandato¹⁶⁵. Dice Ulpiano che il procuratore può essere costretto ad accettare il giudizio in caso di morte ‘*ante litem contestatam*’ del *dominus litis*, il quale abbia prestato per il proprio *procurator* la stipulazione di garanzia per l’adempimento del

¹⁵⁹ M. S. Goretti, *Il problema giuridico del silenzio* cit., p. 87 ss.; 105 ss.; 110 ss.

¹⁶⁰ M. S. Goretti, *Il problema giuridico del silenzio* cit., p. 110.

¹⁶¹ Come, invece, ritiene L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d’informazione* cit., p. 25, sostenendo che il silenzio del supposto procuratore, dal punto di vista degli effetti giuridici, possa essere equiparato a “una manifestazione di dissenso”.

¹⁶² M. S. Goretti, *Il problema giuridico del silenzio* cit., p. 91.

¹⁶³ M. S. Goretti, *Il problema giuridico del silenzio* cit., p. 105, considera l’ipotesi descritta in D.3.3.8.1 come un caso di “pseudo-silenzio”.

¹⁶⁴ Secondo F. Serrao, *Il procurator* cit., p. 59 ss., il testo si riferiva al *cognitor* e non al *procurator*.

¹⁶⁵ Cfr. D.3.3.1 pr.-1 (Ulp. 9 *ad ed.*), riguardante il rapporto fra il mandato e la procura, su cui, dettagliatamente, da ultimo, M. Miceli, *Studi sulla “rappresentanza”*, p. 247 ss.; 254 ss.

giudicato. Ciò accade – precisa il giurista – solo a condizione che il *procurator* stesso sia stato a conoscenza di tali obblighi e non abbia contraddetto – ‘*sciente procuratore et non contradicente*’.

E’ evidente che qui al silenzio si ricollegano conseguenze giuridiche. Vediamo perché.

Essenziale è il riferimento del giurista alla *scientia*¹⁶⁶: se il soggetto era consapevole e non si è attivato per impedire che si producesse un effetto giuridico (*non contradicente*), allora non possono esistere dubbi circa la sua concreta intenzione positiva¹⁶⁷. D’altra parte, lo stesso verbo utilizzato, il *contradicere*, implicherebbe la necessità di una reazione da parte del soggetto, perché “non si può *contra-dicere*, se non nei confronti di qualcosa che ci viene proposto”¹⁶⁸.

Il secondo testo si riferisce alla rappresentanza processuale senza mandato, in quanto incentrato sulla figura del *defensor*¹⁶⁹, il quale interveniva nel processo formulare per assumere la *defensio* del convenuto, ossia per sostenere la lite (*nomine alieno*) nel ruolo di quest’ultimo¹⁷⁰.

Tiene a precisare qui il giurista, riguardo a coloro che hanno facoltà di intervenire in una lite – per assumere la difesa – senza necessità di ricevere uno specifico mandato, che gli stessi debbono essere ricusati qualora agiscano contro la volontà dei soggetti a favore dei quali intervengono. Pertanto – prosegue Ulpiano – ‘*non exigimus ut habeant voluntatem vel mandatum*¹⁷¹, *sed ne contraria*

¹⁶⁶ M. S. Goretti, *Il problema giuridico del silenzio* cit., p. 92, ritiene che la precisazione di Ulpiano abbia avuto il fine di qualificare il silenzio come “risposta”.

¹⁶⁷ Secondo la ricostruzione prospettata da L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d’informazione* cit., p. 25, il silenzio, nel frammento considerato come pure in D.3.3.40.4 (Ulp. 9 *ad ed.*), su cui *infra* in questo stesso §, sarebbe da equiparare al consenso. Noi riteniamo, invece, che il punto non consista nel trovare una corrispondenza del silenzio – quale fenomeno giuridico autonomo – con il consenso, ma nel dimostrare che, in certe ipotesi, ci troviamo di fronte a una manifestazione di volontà attraverso un comportamento concludente.

¹⁶⁸ In tal senso, M. S. Goretti, *Il problema giuridico del silenzio* cit., p. 92.

¹⁶⁹ Cfr. D.3.3.40.2 (Ulp. 9 *ad ed.*).

¹⁷⁰ Sulle implicazioni che l’assunzione della *defensio* comportava cfr. A. Cenderelli, *L’intervento del “defensor” nel processo formulare e la portata dell’editto “de negotiis gestis”*, in *Processo civile e processo penale nell’esperienza giuridica del mondo antico*, Atti del Convegno in memoria di A. Biscardi, Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001, Milano 2011, p. 77 ss.

¹⁷¹ A proposito del riferimento alla *voluntas domini* v. R. Quadrato, *D.3.3.1 pr. e la definizione di ‘procurator’* cit., p. 222 ss., il quale non ha dubbi sul fatto che la *voluntas*, (“qui richiamata accanto al *mandatum*”), debba interpretarsi come “autorizzazione specifica o incarico particolare integrativo del generico mandato o come direttiva o istruzione successiva e logicamente riconnessa al rapporto contrattuale”.

voluntas probetur': non è, cioè, tanto la volontà o il mandato (del titolare) ad essere richiesto, quanto, piuttosto, che non sia provata una volontà contraria rispetto all'intervento spontaneo del sostituto processuale¹⁷².

La *ratio*¹⁷³ del passo è chiara: l'atteggiamento passivo del soggetto che potrebbe rifiutare l'intervento in suo favore del *defensor* non è silenzio, ma espressione di volontà informale. I giuristi non pretendono che il *defensor* riceva un'investitura formale, attraverso il *mandatum*, ma, più semplicemente, che egli possa intervenire volontariamente, almeno fino a quando non sia dimostrabile la volontà opposta del titolare della lite.

Per l'ipotesi in esame, dunque, valgono gli stessi principi interpretativi: il non parlare può implicare sia adesione o negazione – ossia un comportamento tacito e consapevole –, sia silenzio (fatto incolore).

Se si attua una qualunque forma di comunicazione, allora sarà da escludere l'ipotesi che di tratti di un *silere*.

3.3. Segue. *Actiones adiecticiae qualitatis*.

Passiamo, adesso, all'analisi della disciplina che riceve il silenzio nell'ambito delle c.d. *actiones adiecticiae qualitatis*, nello specifico, dell'*actio exercitoria* e dell'*actio tributaria*:

D.14.1.1.5 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Magistrum autem accipimus non solum, quem exercitor praeposuit, sed et eum, quem magister: et hoc consultus Iulianus in ignorante exercitore respondit: ceterum si scit et passus est eum in nave magisterio fungi, ipse eum imposuisse videtur. Quae sententia mihi videtur probabilis: omnia enim facta magistri debeo praestare qui eum praeposui, alioquin contrahentes decipientur: et facilius hoc in magistro quam institore admittendum propter utilitatem. Quid tamen si sic magistrum praeposuit, ne alium ei liceret praeponere? An adhuc Iuliani sententiam admittimus, videndum*

¹⁷² L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d'informazione* cit., p. 25; 29, condividendo le affermazioni di M. S. Goretti, *Il problema giuridico del silenzio* cit., p. 92, ritiene che nei casi descritti il silenzio si prospetti quale 'fatto secondario', generato da un antecedente (nella prima ipotesi il mandato di cui il *procurator* è investito, nella seconda l'intervento volontario del *defensor*).

¹⁷³ "Forse ispirata alla finalità di favorire il corretto svolgimento del contraddittorio in sede processuale, sfruttando il vincolo di solidarietà sussistente tra i familiari [...]". Cfr. L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d'informazione* cit., p. 29.

est: finge enim et nominatim eum prohibuisse, ne titio magistro utaris. Dicendum tamen erit eo usque producendam utilitatem navigantium.

D.14.4.1.3 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Scientiam hic eam accipimus, quae habet et voluntatem, sed ut ego puto, non voluntatem, sed patientiam: non enim velle debet dominus, sed non nolle. Si igitur scit et non protestatur et contra dicit, tenebitur actione tributoria.*

E' noto che le *actiones adiecticiae qualitatis*¹⁷⁴ furono introdotte a seguito di un intervento pretorio, avutosi nel II sec. a. C.¹⁷⁵, resosi necessario per sancire la responsabilità del proprietario per i negozi compiuti dallo schiavo¹⁷⁶, a patto che sussistessero certi presupposti¹⁷⁷.

A) Cominciamo con il considerare l'*actio exercitoria*¹⁷⁸, nella quale la

¹⁷⁴ Sulla peculiare denominazione delle *actiones* si leggano le riflessioni di M. Miceli, *Institor e procurator nelle fonti romane dell'età preclassica e classica*, in IVRA 53 (2002), p. 69 nt. 29; G. Coppola Bisazza, *Dallo iussum domini alla contemplatio domini* cit., p. 163 nt. 134 con bibl.

¹⁷⁵ Cfr. A. Di Porto, *Impresa collettiva e schiavo 'manager' in Roma antica (II sec. a. C. - II sec. d. C.)*, Milano 1984, p. 31 ss. Nello stesso senso, A. Wacke, *Die adjektivischen Klagen im Überblick*, in ZSS. 111, 1994, p. 291 ss.; Id., *Alle origini della rappresentanza diretta: le azioni adiecticiae*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate a F. Gallo*, II, Napoli 1997, p. 587 ss. e nt. 5, e A. Petrucci, *Ulteriori osservazioni sulla protezione dei contraenti con gli institores ed i magistri navis nel diritto romano dell'età commerciale*, in IVRA 53 (2002), p. 18 ss.; 44 ss.

¹⁷⁶ "Ma vengono date anche nell'analogo rapporto tra *pater* e *filiusfamilias*, ossia nei due casi in cui, per la mancanza dello *status libertatis* o dello *status familiae*, la persona che ha posto in essere il negozio non può rispondere in proprio". Cfr. M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 85 ss. Precisa, tuttavia, A. Wacke, *Alle origini della rappresentanza diretta* cit., p. 589, che le azioni *exercitoria* e *institoria* – a differenza delle altre azioni adiecticiae – non presuppongono necessariamente, un rapporto di subordinazione familiare o dominicale al titolare dell'impresa, poiché al posto della subordinazione potestativa vi è la *praepositio*. Sul punto, di recente, anche G. Coppola Bisazza, *Dallo iussum domini alla contemplatio domini* cit., p. 185 ss.

¹⁷⁷ M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 84 ss.; 267 ss.

¹⁷⁸ Sull'argomento, cfr., fra gli studi più recenti: P. Cerami, *Introduzione allo studio del diritto commerciale romano*, in *Lezioni di diritto commerciale romano*, a cura di P. Cerami-A. Petrucci, Torino 2002, p. 58 ss.; A. Petrucci, *Ulteriori osservazioni sulla protezione dei contraenti* cit., p. 44 ss.; Id., *Considerazioni in tema di responsabilità verso i terzi contraenti dell'institore o del magister navis libero, non soggetto a potestà, per le attività contrattuali concluse nell'esercizio dell'impresa*, in IVRA 56 (2006-2007), p. 174 ss.; G. Coppola Bisazza, *Dallo iussum domini alla contemplatio domini* cit., p. 163 ss.; 183 ss.; Id., *In tema di sostituzione volontaria e procurator* cit., p. 491 ss.; Id., *Lo iussum domini e la sostituzione negoziale nell'esperienza romana*, I, Milano 2003, p. 157 ss.; M. Miceli, *Studi sulla "rappresentanza"* cit., p. 31 ss.; Id., *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'*, Torino 2001, p. 185 ss.; Id., *Institor e procurator* cit., p. 69 ss. Fra la dottrina meno recente, segnaliamo: F. De Martino, *Studi sull'actio exercitoria*, in *Riv. Dir. Nav.* 7 (1941) [ora in *Diritto economia e società nel mondo romano*, I, Napoli 1995, p. 495 ss.]; Id., *Ancora sull'"actio exercitoria"*, in *Labeo* 4 (1958), p. 274 ss.; G. Pugliese, *In tema di "actio exercitoria"*, in *Labeo* 3 (1957), p. 308 ss.; S. Solazzi, *L'età dell'actio exercitoria*, in *Scritti di diritto romano*, IV, Napoli 1963, p. 252 ss.; G. Longo, *Actio exercitoria, actio institoria, actio quasi institoria*, in *Studi in onore di G. Scherillo*, II, Milano 1972, p. 581 ss.; A. Di Porto, *Impresa*

responsabilità si fonda su un'autorizzazione rilasciata dal *dominus* ad entrare in rapporti d'affari con lo schiavo o sottoposto (gestore della nave), autorizzazione denominata *praepositio*¹⁷⁹. L'azione *exercitoria*, strettamente legata alla prassi del commercio marittimo, mirava a far valere la responsabilità *in solidum* dell'*exercitor*¹⁸⁰ da parte di quanti fossero entrati in affari con il *magister navis*, nell'ambito dell'impresa di navigazione¹⁸¹ cui era stato preposto.

I brani in questione sono molto espliciti nel chiarire il concetto e l'effettiva portata del fenomeno del silenzio. Il primo frammento deve essere letto alla luce di quanto affermato nei precedenti §§ 1¹⁸² e 4¹⁸³, nei quali il giurista si è appena adoperato per chiarire il senso dell'espressione '*magister*', nonché la totale irrilevanza del suo *status* giuridico-patrimoniale¹⁸⁴.

Nel § 5, il giurista severiano, condividendo l'opinione di Giuliano, sostiene che deve considerarsi *magister* non solo chi sia stato preposto dall'armatore, ma anche il soggetto prescelto dal *magister* stesso, affinché lo sostituisca, '*ignorante*

collettiva e schiavo 'manager' cit., p. 170 ss.; A. Wacke, *Alle origini della rappresentanza diretta* cit., p. 583 ss.

¹⁷⁹ Sul significato di '*praepositio*' v. A. Petrucci, *Ulteriori osservazioni sulla protezione dei contraenti* cit., p. 44 ss.; G. Coppola Bisazza, *In tema di sostituzione volontaria e procurator* cit., p. 491 ss., per la quale *praepositio* costituisce "uno *iussum* di carattere più generale che *certam legem dare contrahentibus*, cioè conferisce la legittimazione ad operare compiendo negozi connessi ad una data attività commerciale (terrestre o marittima)", rendendo possibile la responsabilizzazione del *dominus litis*. Sull'argomento anche M. Miceli, *Studi sulla "rappresentanza"* cit., p. 67 ss.; 78 ss. (già *Institor e procurator* cit., p. 81 ss.).

¹⁸⁰ Così M. Miceli, *Institor e procurator* cit., p. 71 ss., la quale sottolinea che il fine del mezzo processuale in esame è quello di sanzionare il titolare dell'attività commerciale, e non il soggetto che pone in essere l'attività negoziale stessa. La responsabilità dell'imprenditore – osserva – era certamente subordinata alla presenza di due presupposti: l'esistenza dell'atto di *praepositio* e la possibilità di far rientrare l'attività svolta dal *magister* nella nozione di '*negotiatio*'. Più in generale, sulla responsabilità dell'*exercitor* cfr. R. Fercia, *Criteri di responsabilità dell'exercitor: modelli culturali dell'attribuzione di rischio e regime della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, Torino 2002, p. 21 ss.

¹⁸¹ Sulle "tipologie contrattuali rientranti normalmente nell'*exercitio navis* e, come tali, da considerarsi normalmente implicite nella *praepositio* di un *magister*" cfr. A. Petrucci, *Disciplina processuale delle negotiationes e ius controversum*, in *Ius controversum e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi*, Atti del Convegno (Firenze, 21-23 ottobre 2010), a cura di V. Marotta e E. Stolfi, Roma 2012, p. 78. Sul punto anche M. Miceli, *Institor e procurator* cit., p. 92 ss.

¹⁸² D.14.1.1.1 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Magistrum navis accipere debemus, cui totius navis cura mandata est.*

¹⁸³ D.14.1.1.4 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Cuius autem condicionis sit magister iste, nihil interest, utrum liber an servus, et utrum exercitoris an alienus: sed nec cuius aetatis sit, intererit, sibi imputaturo qui praeposuit.*

¹⁸⁴ M. Miceli, *Institor e procurator* cit., p. 74; A. Petrucci, *Ulteriori osservazioni sulla protezione dei contraenti* cit., p. 50.

exercitore' ¹⁸⁵. Quindi, prosegue chiarendo che se l'*exercitor* sia stato a conoscenza della preposizione operata dal suo *magister* e abbia tollerato lo svolgimento delle funzioni di comandante sulla nave da parte del sostituto – '*si scit et passus est eum in nave magisterio fungi*' –, quest'ultimo dovrebbe essere trattato come se l'abbia nominato egli stesso.

La *ratio* del responso giuliano, approvato da Ulpiano, poggia sulla circostanza che chi investe un *magister*, deve rispondere di tutti i fatti e gli atti posti in essere dallo stesso, perché, altrimenti, i contraenti sarebbero ingannati.

Infine, nella parte conclusiva del passo ¹⁸⁶, ci si chiede cosa accade se l'armatore abbia proceduto alla *prepositio* in modo che al *magister* non sia consentito nominare un sostituto al suo posto, come, ad esempio, nel caso in cui gli abbia proibito anche nominativamente di servirsi di Tizio come *magister*.

Pure in tal caso, ci si rifà all'opinione di Giuliano: l'*exercitor* sarà responsabile, anche se, violando uno specifico divieto, il *magister* abbia preposto – a sua insaputa ¹⁸⁷ – un altro *promagister*, sempreché questa soluzione trovi la sua giustificazione nell'*utilitas navigantium* ¹⁸⁸.

Valutiamo i caratteri che assume il silenzio in ciascuna delle ipotesi prospettate da Ulpiano.

Nel primo caso preso in considerazione, Giuliano e Ulpiano proclamano esistente la responsabilità dell'*exercitor*, anche se costui era all'oscuro (*ignorans*)

¹⁸⁵ A. Petrucci, *Ulteriori osservazioni sulla protezione dei contraenti* cit., p. 49 ss.; M. Miceli, *Studi sulla "rappresentanza"* cit., p. 79 nt. 102; Id., *Sulla struttura formale delle 'actiones adiecticiae qualitatis'* cit., p. 203 nt. 32.

¹⁸⁶ *Quid tamen si sic magistrum praeponuit, ne alium ei liceret praeponere? An adhuc Iuliani sententiam admittimus, videndum est: finge enim et nominatim eum prohibuisse, ne titio magistro utaris. Dicendum tamen erit eo usque producendam utilitatem navigantium.*

¹⁸⁷ Secondo G. Pugliese, *In tema di "actio exercitoria"* cit., p. 314, il tenore del passo indurrebbe a ritenere che l'armatore ignorasse la sostituzione. Da ultimo, sul punto, anche A. Petrucci, *Ulteriori osservazioni sulla protezione dei contraenti* cit., p. 50.

¹⁸⁸ Il frammento è stato ritenuto alterato da interventi interpolazionistici da F. De Martino, *Studi sull'actio exercitoria* cit., p. 503 ss.; Id., *Ancora sull'"actio exercitoria"* cit., p. 278 ss.; S. Solazzi, *L'età dell'actio exercitoria* cit., p. 246 ss.; G. Longo, *Actio exercitoria* cit., p. 588 ss.; M. Miceli, *Studi sulla "rappresentanza"* cit., p. 80 nt. 102. Ne hanno, invece, rivalutato la sostanziale genuinità: G. Pugliese, *In tema di "actio exercitoria"* cit., p. 313 ss.; H. Ankum, "*Utilitas causa receptum*". *On the pragmatical methods of the Roman Lawyers*, in *Symbolae iuridicae et historicae M. David dedicatae*, I, Leiden 1968, p. 20 ss.; A. Wacke, *Die adjektivischen Klagen* cit., p. 309 ss.; A. Földi, *La responsabilità dell'avente potestà per atti compiuti dall'exercitor suo sottoposto*, in SDHI. 64 (1998), p. 186 nt. 28; P. Cerami, "*Mutua pecunia a magistro 'navis reficiendae causa' sumpta*" e "*praepositio exercitoris*", in AUPA. 46 (2000), 136 nt. 8.; A. Petrucci, *Ulteriori osservazioni sulla protezione dei contraenti* cit., p. 50.

della sostituzione effettuata dal capitano della nave. Che si tratti di una presunzione di legge ci sembra abbastanza chiaro e la giustificazione posta a fondamento del responso giuliano è espressa, nel seguito del passo, dalle parole ‘*omnia enim facta magistri debeo praestare qui eum praeposui, alioquin contrahentes decipientur*’¹⁸⁹: se è avvenuta una sostituzione nel comando della nave all’insaputa dell’armatore, le conseguenze giuridiche di tale evenienza sono poste a carico di quest’ultimo, non perché sia possibile riconoscere una volontà in tal senso, bensì, in ragione dell’esistenza di un interesse meritevole di protezione¹⁹⁰.

Non v’è alcun dato esterno che consenta di desumere una volontà di consenso o dissenso del soggetto, semplicemente perché quest’ultimo non era in grado di esprimere alcunché, ignorando il fatto (cioè, la nuova *praepositio* attuata dal *magister*). Ciò nonostante, la legge gli impone di sopportare le ripercussioni giuridiche di ciò che è avvenuto, verosimilmente, a causa delle responsabilità che comporta l’assunzione del rischio imprenditoriale, legato alla *praepositio*¹⁹¹.

Nell’ipotesi opposta di conoscenza da parte dell’*exercitor*, nessun problema si poneva, poiché – come tiene ad evidenziare il giurista – ‘*si scit et passus est eum in nave magisterio fungi, ipse eum imposuisse videtur*’.

Questa eventualità è quella sulla quale si è espressa la dottrina romanistica sul silenzio¹⁹². Se l’*exercitor* era informato della sostituzione ed è rimasto *patiens*,

¹⁸⁹ Sulla logica e sulla portata dell’espressione cfr. A. Petrucci, *Ulteriori osservazioni sulla protezione dei contraenti* cit., p. 54, secondo il quale Ulpiano si stava riferendo alla generalità delle attività negoziali realizzate dal sostituto nominato dal *magister*, poste in essere sulla base della *praepositio*. Di diverso avviso M. Miceli, *Studi sulla “rappresentanza”* cit., p. 80 nt. 102 (più dettagliatamente, in *Sulla struttura formulare delle ‘actiones adiecticiae qualitatis’* cit., p. 204 nt. 32), per la quale la proposizione rivela l’importanza dell’attività svolta in concreto dal *magister*, escludendo la centralità della sola *praepositio* ai fini della responsabilità dell’*exercitor*.

¹⁹⁰ Identificato con la necessità che i terzi (naviganti), entrati in rapporti d’affari con il *magister* o il suo sostituto, non siano ingannati, e con il suo “corollario” individuato nell’*utilitas navigantium*. Cfr. A. Petrucci, *Ulteriori osservazioni sulla protezione dei contraenti* cit., p. 53.

¹⁹¹ Cfr. A. Petrucci, *Ulteriori osservazioni sulla protezione dei contraenti* cit., p. 54, a parere del quale la responsabilità dell’armatore trae il suo fondamento oggettivo dall’assunzione del rischio connesso all’attività imprenditoriale esercitata, e si giustifica con le esigenze proprie del commercio marittimo. In senso parzialmente diverso, M. Miceli, *Sulla struttura formulare delle ‘actiones adiecticiae qualitatis’* cit., p. 204 nt. 32, che sottolinea l’incidenza del “*periculum connesso all’exercitio negotiationum*” sulla responsabilità del preponente, ponendo, allo stesso tempo, l’accento sui caratteri oggettivi e fattuali dell’attività svolta, nell’ottica di un ridimensionamento del ruolo della *praepositio*.

¹⁹² Il punto di vista di M. S. Goretti, *Il problema giuridico del silenzio* cit., p. 92 ss., è noto. Per la studiosa, l’antefatto che dà fondamento al silenzio, qualificandolo come “fatto” e “atto”, è

tollerando lo svolgimento delle funzioni da parte del nuovo *magister*, il silenzio serbato attraverso la tolleranza comporta una puntuale manifestazione di consenso.

In altri termini, il *tacere* dell'*exercitor* implica la mancanza di dichiarazioni (*non loqui*), ma non s'identifica col non tenere comportamenti; la circostanza che la sostituzione sia avvenuta '*sciente et patiente exercitore*' significa che c'è stato un coinvolgimento psicologico del soggetto che è rimasto inerte, poiché la sua *patientia* presuppone che egli sapeva e non sia intervenuto intenzionalmente, confermando l'ipotesi del comportamento tacito¹⁹³.

B) Veniamo al caso trattato in D.14.4.1.3 (Ulp. 29 *ad ed.*), a proposito dell'*actio tributoria*.

Premesso che in merito a tale rimedio processuale si pongono complessi problemi interpretativi riguardanti l'ambito di applicazione del relativo regime e la natura della responsabilità che da essa deriva¹⁹⁴, gioverà ricordare che l'*actio tributoria*, o azione di distribuzione¹⁹⁵, era stata introdotta dal pretore per sanzionare il *pater* o *dominus* che fosse a conoscenza (*sciens*)¹⁹⁶ delle attività negoziali¹⁹⁷ espletate dal proprio sottoposto, *filius familias* o *servus*¹⁹⁸, utilizzando *merces* facenti parte del *peculium*¹⁹⁹.

costituito, nel caso dell'*actio exercitoria*, dalla *praepositio*, ossia dall'autorizzazione dell'avente potestà all'esercizio dell'impresa di navigazione. Dal suo punto di vista, il silenzio, nelle *actiones adiecticiae qualitatis*, è da ricondurre alla nozione di "*patientia*". Sul frammento si è pronunciata anche L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d'informazione* cit., p. 26; 30, la quale, concorda, ancora una volta, con la tesi della Goretti. Nella letteratura più antica, si ricordano le sintetiche ma efficaci considerazioni di G. Donatuti, *Il silenzio come manifestazione di volontà* cit., p. 472 ss.

¹⁹³ B. Albanese, *Sulla responsabilità del dominus sciens per i delitti del servo*, in BIDR. 70 (1967), p. 157 [ora in *Scritti giuridici*, I, Palermo 1991, p. 521, da cui si cita] scrive che "una *scientia* che si concreta nel *pater*, è considerata come equivalente ad un atto commissivo".

¹⁹⁴ Cfr. M. Miceli, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'* cit., p. 320 ss. con bibl.

¹⁹⁵ A. Wacke, *Alle origini della rappresentanza diretta* cit., p. 585.

¹⁹⁶ Cfr. Gai 4.72; I.4.7.3; D.14.4.1 pr. (Ulp. 29 *ad ed.*).

¹⁹⁷ Circa il '*negotium merce peculiari*', che rappresenta, insieme al requisito della *scientia*, il fondamento dell'*actio tributoria* v. le riflessioni di A. Di Porto, *Impresa collettiva e schiavo 'manager'* cit., p. 218 ss., e T. Chiusi, *Contributo allo studio dell'editto "de tributaria actione"*, Roma 1993, p. 283 ss.; 314 ss.

¹⁹⁸ Che sussistesse un rapporto potestativo fra il soggetto contro il quale era esperita l'azione e quello che aveva concluso il negozio risulta da D.14.4.1.4 (Ulp. 29 *ad ed.*), e da D.14.4.5.6 (Ulp. 29 *ad ed.*).

¹⁹⁹ Sul significato dell'espressione '*merx peculiari*' cfr. per tutti T. Chiusi, *Contributo allo studio dell'editto "de tributaria actione"* cit., p. 283 ss.; 333 ss.

Qualora l'impresa si fosse trovata in stato d'insolvenza, l'avente potestà avrebbe dovuto avviare e gestire una sorta di procedura fallimentare sul patrimonio sociale²⁰⁰, procedendo alla distribuzione (*pro rata*) del peculio fra tutti i creditori concorrenti; se, invece, egli ha pregiudicato dolosamente gli interessi dei creditori, attribuendo loro meno di quanto, in realtà, non gli spettasse, allora dovrà risponderne con l'*actio tributoria*²⁰¹.

Riguardo al passo che ci interessa esaminare, è necessario, prima di tutto, interpretarne il contenuto.

Le parole del § 3 hanno ispirato molteplici approcci esegetici²⁰², dovuti alla particolare complessità della costruzione impiegata. Il nodo centrale è costituito dalla nozione di *scientia* dell'avente potestà, nell'ambito dell'*actio tributoria*. Ulpiano, testualmente, riferisce che s'intende per *scientia* quella che presuppone la volontà, anzi – precisa, immediatamente – non tanto la volontà, bensì la *patientia* ('*sed ut ego puto, non voluntatem, sed patientiam*'). Poi aggiunge che il *dominus* non deve volere, ma non deve non volere.

Infatti, subito chiarisce che se l'avente potestà era *sciens* dell'esercizio dell'attività imprenditoriale da parte del sottoposto e '*non protestatur et contra dicit*', allora sarà tenuto con l'azione di ripartizione.

Gli studiosi dei primi anni del '900, che si sono occupati della fenomenologia del silenzio, hanno colto nel frammento la testimonianza o, forse, la conferma dell'assoluta diversità fra *voluntas* e *patientia*²⁰³.

²⁰⁰ A. Wacke, *Alle origini della rappresentanza diretta* cit., p. 585; da ultimo A. Petrucci, *Disciplina processuale delle negotiationes e ius controversum*, in *Ius controversum e processo* cit., p. 89 ss.

²⁰¹ M. Miceli, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'* cit., p. 320 ss.

²⁰² Cfr. E. Valiño, *La 'actio tributoria'*, in SDHI. 33 (1967), p. 103 ss.; I. Buti, *Studi sulla capacità patrimoniale dei servi*, Napoli 1976, p. 202 nt. 119; B. Albanese, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979, p. 159 nt. 697; A. Di Porto, *Impresa collettiva e schiavo 'manager'* cit., p. 236 ss. e nt. 58 con bibl.; M. Balestri Fumagalli, *L' "actio tributoria" nel sistema delle opere istituzionali di Gaio, di Giustiniano e di Teofilo*, in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano, Milano 7-9 aprile 1987*, Milano 1988, p. 121 ss.; T. Chiusi, *Contributo allo studio dell'editto "de tributoria actione"* cit., p. 337 ss.; F. Lucrezi, *Il problema del mutuo di denaro erogato al «filius familias»*, Napoli 1993, p. 128 ss.; M. Miceli, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'* cit., p. 323 nt. 206. Spunti anche in S. Longo, *Senatusconsultum Macedonianum. Interpretazione e applicazione da Vespasiano a Giustiniano*, Torino 2012, p. 171 e nt. 45.

²⁰³ P. Bonfante, *Il silenzio nella conclusione dei contratti* cit., p. 155; 182, osservava, infatti, che emerge dal passo la non equivalenza tra il consenso pieno, da un lato, e l'assentimento passivo, dall'altro. Da parte sua, G. Donatuti, *Il silenzio come manifestazione di volontà* cit., p.

E' stato affermato che quando i comportamenti che rientrano nel concetto di silenzio denotano soltanto *patientia*, allora non si potrà parlare di manifestazione di volontà, perché la *patientia* costituisce “qualcosa di meno della *voluntas*”²⁰⁴.

Abbiamo già avuto modo di ricordare che in casi come quello esemplificato non si configura un problema di distinzione o di contrapposizione fra una volontà ‘piena’ e una ‘meno piena’. Non sembra che Ulpiano abbia voluto contrapporre la *voluntas* alla *patientia*.

Il discorso va impostato in modo differente. La *scientia* alla quale allude il giurista di Tiro deve essere intesa nel senso di conoscenza del “fatto” che ha determinato il successivo atteggiamento ‘tollerante’ del soggetto, il quale si è mostrato, appunto, *patiens*. *Scientia*, nel linguaggio di Ulpiano, significa che il *dominus* sapeva (era *sciens*) e non si è opposto, pur avendo avuto la possibilità di intervenire sul fatto e di proibirlo²⁰⁵.

Pertanto, – e il giurista severiano ha modo di chiarirlo²⁰⁶ – la *patientia* non è “qualcosa di meno della *voluntas*”²⁰⁷, né una forma “incompleta ed anomala di consenso”²⁰⁸, bensì un comportamento tacito e volontario.

Del resto, l’avente potestà ‘*non enim velle debet, sed non nolle*’²⁰⁹, il che vuol dire che non è necessaria una manifesta espressione di volontà che evidenzi il suo essere d’accordo con l’attività intrapresa dall’*alieni iuris*, essendo sufficiente che si astenga dal manifestare la sua opposizione (*contra dicit*)²¹⁰.

469 ss.; 482 ss., traeva conferma – dall’esegesi di D.14.4.1.3 – della circostanza che il “*pati*” costituiva una forma di debole assentimento ad un fatto. Sulle riserve avanzate alle tesi dei due Autori cfr. M. S. Goretti, *Il problema giuridico del silenzio* cit., p. 93 ss.

²⁰⁴ G. Donatuti, *Il silenzio come manifestazione di volontà* cit., p. 470, che propugnava, sostanzialmente, le tesi di P. Bonfante, *Il silenzio nella conclusione dei contratti* cit., p. 155; 182.

²⁰⁵ In tal senso, B. Albanese, *Sulla responsabilità del dominus sciens* cit., p. 520; T. Chiusi, *Contributo allo studio dell’editto “de tributaria actione”* cit., p. 341 ss. Sul punto, anche L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d’informazione* cit., p. 26.

²⁰⁶ ‘*Si igitur scit et non protestatur et contra dicit, tenebitur actione tributaria*’.

²⁰⁷ Come, invece, sosteneva G. Donatuti, *Il silenzio come manifestazione di volontà* cit., p. 470.

²⁰⁸ P. Bonfante, *Il silenzio nella conclusione dei contratti* cit., p. 182.

²⁰⁹ T. Chiusi, *Contributo allo studio dell’editto “de tributaria actione”* cit., p. 341, nota che, “ai fini della concessione dell’azione non rileva che il fatto oggettivo dell’assenza del *protestari* e *contra dicere*, mentre non hanno importanza le situazioni di fatto o soggettive alla base di quest’inattività del *dominus*”.

²¹⁰ Sull’esegesi del passo anche M. S. Goretti, *Il problema giuridico del silenzio* cit., p. 92 ss., la quale sottolinea che, a proposito dell’*actio tributaria*, il silenzio si esprime nella categoria della *patientia*, che coincide con il *non-nolle*. Ulpiano, a parere dell’Autrice, avrebbe posto l’accento sulla distinzione fra “la volontà che significa assenso (o dissenso) e la volontà che rifugge sia dal

La *patientia*, cioè il comportamento tollerante, esprime una volontà di consenso, nel momento in cui esiste un dovere di attivarsi che il soggetto decide di ignorare. Se il *dominus* sa e non fa, allora il suo *tacere* non implica semplicemente “una volontà di ritirarsi”²¹¹, assumendo, al contrario, il significato inequivocabile di acconsentimento.

I testi fin qui esaminati ci permettono di ricostruire la concezione che i giuristi romani avevano del silenzio.

Come si è visto, essi, pur non procedendo ad una classificazione delle ipotesi in cui si riscontra il fenomeno in questione, hanno pur sempre messo in atto un’operazione logica preliminare, distinguendo i comportamenti rientranti nella sfera del ‘*tacere*’ dall’inerzia pura, cioè dall’atteggiamento ‘passivo’ e privo di significato espressivo (‘*silere*’).

3.4. Segue. Condominio.

Il regime del condominio in diritto romano è, certamente, complesso da ricostruire²¹².

Com’è noto, il diritto soggettivo può avere più titolari. Il fenomeno della contitolarità del diritto può aversi anche nei diritti reali²¹³, e, quando ciò si verifica, è necessario definire la disciplina giuridica che interessa l’insieme dei negozi giuridici che il singolo *socius* può o, al contrario, non può compiere rispetto alla *res* comune, nonché le facoltà di godimento concesse a ciascuno²¹⁴.

consenso sia dal dissenso”. Il giurista severiano avrebbe dissipato i dubbi che sussistono quando occorre interpretare comportamenti che denotano *patientia*, affinché non sorgano incertezze riguardo a “quella manifestazione di volontà, che si esprime con un *non-nolle*”. Per L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d’informazione* cit., p. 26; 30, è certo che la responsabilità dell’avente potestà fosse determinata “dalla semplice *patientia*, senza che occorresse la *voluntas*”, in virtù del fatto che *fili* e *servi* avevano, di fatto, una piena capacità nell’ambito delle attività economiche.

²¹¹ Come, invece, sostiene M. S. Goretti, *Il problema giuridico del silenzio* cit., p. 96.

²¹² La ricca bibliografia sulla comproprietà romana è riassunta, con riferimento alla dottrina tradizionale dei primi anni del secolo scorso, da P. Bonfante, *Corso di diritto romano. II.2. La proprietà*, Roma 1926, p. 3 nt. 1 [v. anche la rist. corretta a cura di G. Bonfante e G. Crifò, Milano 1968, *ibid.*]. Sull’argomento, da ultimo, M. Salazar Revuelta, *Evolución histórico-jurídica del condominio en el Derecho romano*, Jaén 2003; Id., *Análisis de la compropiedad romana a través de las acciones divisorias*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali*, II, Napoli 2003, p. 305 ss.

²¹³ M. Talamanca, *Istituzioni di diritto romano* cit., p. 407 ss.

²¹⁴ P. Bonfante, *Corso di diritto romano. II.2. La proprietà* cit., p. 13 ss.; 27 ss. [= rist. Milano 1968, p. 17 ss.; 35 ss.].

Il regolamento della comproprietà nel diritto classico è improntato sul principio del *ius prohibendi*²¹⁵: ciascun condomino è libero nel compimento di tutti quegli atti che implicano uno sfruttamento “normale” della cosa, a patto che non ecceda nel godimento oltre tale misura ordinaria, ledendo o impedendo il diritto dell’altro condomino²¹⁶. In altre parole, ciascun condomino ha il diritto di utilizzare liberamente il bene (*usus*), senza modificarne la sostanza e salvo *prohibitio* opposta dal collega²¹⁷.

Veniamo all’esegesi dei testi che trattano del silenzio del comproprietario:

D.8.2.27.1 (Pomp. 33 *ad Sab.*): *Si in area communi aedificare velis, socius prohibendi ius habet, quamvis tu aedificandi ius habeas a vicino concessum, quia invito socio in iure communi non habeas ius aedificandi.*

D.8.5.11 (Marcell. 6 *dig.*): *An unus ex sociis in communi loco invitis ceteris iure aedificare possit, id est an, si prohibeatur a sociis, possit cum his ita experiri ius sibi esse aedificare, et an socii cum eo ita agere possint ius sibi prohibendi esse vel illi ius aedificandi non esse: et si aedificatum iam sit, non possit cum eo ita experiri ius tibi non esse ita aedificatum habere, quaeritur. Et magis dici potest prohibendi potius quam faciendi esse ius socio, quia magis ille, qui facere conatur ut dixi, quodammodo sibi alienum quoque ius praeripit, si quasi solus dominus ad suum arbitrium uti iure communi velit*²¹⁸.

Entrambi i frammenti si riferiscono all’istituto della *prohibitio*²¹⁹ nelle relazioni tra comproprietari, a proposito della questione dell’*aedificatio* sul bene comune.

²¹⁵ Sulla natura e sulla funzione della *prohibitio* la dottrina tradizionale si è mostrata contrastante. Cfr., al riguardo, C. Cascione, *Consenso, «mezzo consenso», dissenso. Una disputa romanistica di primo novecento su collegialità e condominio*, in *Modelli teorici e metodologici* cit., I, p. 39 ss., con discussione critica della precedente letteratura.

²¹⁶ P. Bonfante, *Corso di diritto romano. II.2. La proprietà* cit., p. 26 ss. [= rist., Milano 1968, p. 33 ss.]. Da ultimo, A. Corbino, *Diritto privato romano*³, cit., p. 566 ss.

²¹⁷ P. Bonfante, *Corso di diritto romano. II.2. La proprietà* cit., p. 24 ss. [= rist., Milano 1968, p. 31 ss.]; A. Corbino, *Diritto privato romano*³ cit., p. 567.

²¹⁸ Il parere di Marcello si desume anche da D.12.2.26.4 (Ulp. 26 *ad ed.*).

²¹⁹ Esposizione particolareggiata, con riferimenti bibl., in De Simone *Riflessioni sul ruolo della prohibitio* cit., p. 122 nt. 76.

Nel passo di Pomponio²²⁰ si afferma che se il condomino desidera edificare sull'area comune, all'altro *socius* spetta il *ius prohibendi* ('*socius prohibendi ius habet*'), anche se a favore del primo sia stata effettuata una *in iure cessio*²²¹ da parte del vicino, titolare della servitù di non edificare dovuta dall'area in comproprietà, con il fine di estinguere il rapporto. Ciò significa che la *in iure cessio* costituiva sì un *ius aedificandi* a favore del cessionario, ma non avrebbe ostacolato l'esercizio della *prohibitio* – per bloccare l'edificazione – da parte del *socius*, dato che tale facoltà si fonda sul rapporto di contitolarità sull'*area communis* tra i due soggetti. Il *socius* dissenziente ha (sempre) il diritto di opporsi (*prohibitio*).

Nel secondo testo²²² la fattispecie è, in parte, diversa.

La problematica affrontata da Marcello riguarda la forma attraverso la quale esercitare la *prohibitio*. Il giurista classico si domanda se uno dei *socii* di un *locus* in comproprietà possa – '*invitis ceteris*' – '*iure aedificare*'; in altre parole – prosegue Marcello – se egli ha subito *prohibitio* dagli altri comproprietari, ci si chiede se sia possibile intentare contro di loro un'azione la cui *intentio* contenga un '*ius sibi esse aedificare*', e se i *socii* possano, a loro volta, esperire un'azione la cui *intentio* si riferisca a un '*ius illi non esse edificandi*'²²³.

Ai nostri fini non interessa la risoluzione del problema processuale posto dal giurista classico²²⁴.

²²⁰ Sul quale cfr. C. Fadda, *Consortium, collegia, magistratum, communio*, in *Studi in onore di B. Brugi*, Palermo 1910, p. 145; S. Perozzi, *Un paragone in materia di comproprietà*, in *Mélanges P. F. Girard II*, Paris 1912, p. 367; S. Riccobono, *Dalla communio del diritto quiritario alla comproprietà moderna*, in *Essays in Legal History*, London 1913, p. 36; B. Biondi, *Actio negativa ed actio prohibitoria come azioni a difesa delle servitù e dell'usufrutto*, in *Scritti giuridici*, II, Milano 1965, p. 628 ss.; A. Rodger, *Owners and Neighbours in Roman Law*, Oxford 1972, p. 81 ss.; C. Russo Ruggeri, *Brevi note in tema di remissio servitutis nel diritto romano classico*, in *AG. 193/1* (1977), p. 58 ss.; J. Hernando Lera, *El contrato de sociedad. La casuística jurisprudencial clásica*, Madrid 1992, p. 79 ss.; M. De Simone, *Riflessioni sul ruolo della prohibitio* cit., p. 119 ss.

²²¹ Cfr. C. Russo Ruggeri, *Brevi note in tema di remissio servitutis* cit., p. 58 ss.; M. De Simone, *Riflessioni sul ruolo della prohibitio* cit., p. 119 nt. 71.

²²² Su cui v. l'ampio ragguaglio bibl. in M. De Simone, *Riflessioni sul ruolo della prohibitio* cit., p. 123 nt. 79.

²²³ Così P. Bonfante, *Corso di diritto romano. II.2. La proprietà* cit., p. 28 ss. [= rist., Milano 1968, p. 37 ss.], e M. De Simone, *Riflessioni sul ruolo della prohibitio* cit., p. 124.

²²⁴ M. De Simone, *Riflessioni sul ruolo della prohibitio* cit., p. 124.

E' sufficiente individuare il criterio che ispira il quesito: nell'ipotesi di conflitto tra i comproprietari concernente il tentativo di uno di loro di *aedificare* sul *locus communis*, il *socius* discorde dovrà esercitare il *ius prohibendi* – ‘*et magis dici potest prohibendi potius quam faciendi esse ius socio*’.

La *ratio iuris* di tale *prohibitio* si desume facilmente dalle parole impiegate dal giurista: ‘*quia magis ille, qui facere conatur ut dixi, quodammodo sibi alienum quoque ius praeripit, si quasi solus dominus ad suum arbitrium uti iure communi velit*’²²⁵.

Ebbene, nei testi *de quo*, il principio proposto è che se il *socius* non si avvale della *prohibitio*, allora se ne ricava che egli acconsente alla realizzazione dell'attività che non ha contrastato, pur essendo in condizione di farlo. Le implicazioni legate al silenzio del proprietario sembrano, anche in queste ipotesi, uniformemente disciplinate: ogni socio può agire in assenza di opposizione degli altri, compiendo atti di disposizione sulla cosa comune. Non sembra possano esserci dubbi sul fatto che il silenzio del *socius* non proibente equivalga, logicamente, a una chiara manifestazione di volontà²²⁶.

Veniamo – prima di trarre conclusioni generali – a un testo centrale per la comprensione del regime della contitolarità del diritto e della questione del silenzio:

D.10.3.28 (Pap. 7 *quaest.*): *Sabinus ait in re communi neminem dominorum iure facere quicquam invito altero posse. Unde manifestum est prohibendi ius esse: in re enim pari potiore causam esse prohibentis constat. Sed etsi in communi prohiberi socius a socio ne quid faciat potest, ut tamen factum opus tollat, cogi non potest, si, cum prohibere poterat, hoc praetermisit: et ideo per communi dividundo actionem damnum sarciri poterit. Sin autem facienti consensit, nec pro damno habet actionem. Quod si quid absente socio ad laesionem eius fecit, tunc etiam tollere cogitur.*

²²⁵ M. S. Goretti, *Il problema giuridico del silenzio* cit., p. 121.

²²⁶ Cfr., nello stesso senso, il contenuto di D.50.17.60 (Ulp. 10 *disp.*), a proposito della costituzione del contratto consensuale di mandato: *Semper qui non prohibet pro se intervenire, mandare creditur. Sed et si quis ratum habuerit quod gestum est, obstringitur mandati actione.*

Papiniano riferisce un parere di Sabino²²⁷ a proposito delle attività che è possibile compiere sul bene comune. Sostiene il giurista che nessuno dei proprietari può *'iure facere quicquam invito alteri'*, se è manifesto che ci sia stata opposizione da parte dell'altro socio: *'unde manifestum est prohibendi ius esse'*²²⁸; infatti, consta che, sulla cosa comune, risulta peggiore la posizione di colui che proibisce. Ma, sebbene a un *socius* possa essere proibito dall'altro di fare alcunché, tuttavia, (egli) non può essere costretto a rimuovere l'*opus* realizzata, se l'altro, quando avrebbe potuto impedire, *'hoc praetermisit'*²²⁹.

Pertanto, a colui che non si è opposto, il danno potrà essere risarcito attraverso l'*actio communi dividundo*; se però il *socius* ha dato il consenso a colui che stava compiendo l'opera, non avrà nemmeno l'azione per il danno. Se poi egli ha fatto qualcosa in assenza del contitolare per causargli nocumento, allora è costretto ad eliminare l'*opus*. Nel passo, dunque, si prospettano tre ipotesi.

Il giurista, infatti, distingue chiaramente il caso del condomino che non si oppone, rispetto alla costruzione dell'*opus novum* (*'si, cum prohibere poterat, hoc praetermisit'*), al quale spetterà solo il risarcimento del danno; la situazione del *socius* che acconsente espressamente al compimento dell'opera, il quale non ha diritto nemmeno al rifusione del danno. Infine, la terza eventualità: quella del silenzio dell'assente che, evidentemente, si traduce in impossibilità di consenso e

²²⁷ Sul quale: G. Pacchioni, *Il ius prohibendi nella communio in due recenti pubblicazioni*, in *Riv. It. Dir. Com.* X n.12.1 (1912), p. 1031 ss.; S. Perozzi, *Un paragone in materia di comproprietà* cit., p. 366 ss.; S. Riccobono, *Dalla communio del diritto quiritario* cit., p. 35 e 60; P. Bonfante, *Corso di diritto romano. II.2. La proprietà* cit., p. 33 ss. [= rist., Milano 1968, p. 43 ss.]; Id., *Il ius prohibendi nel condominio*, in *Scritti giuridici varii. III. Obbligazioni comunione e possesso*, Torino 1926, p. 402 ss.; G. Longo, *Corso di diritto romano. I diritti reali*, Padova 1962, p. 74 ss. Da ultimo, R. Astolfi, *I libri tres iuris civilis di Sabino*², Padova 2001, p. 55 ss.; M. De Simone, *Riflessioni sul ruolo della prohibitio* cit., p. 121 ss. e nt. 74, con ulteriore bibl.

²²⁸ La prima parte del frammento è ritenuta sospetta e, dunque, interpolata sulla base del fatto che in essa si sancisce il principio del preventivo consenso di tutti i soci – principio che sarebbe stato estraneo alla mentalità dei classici – che avrebbe concretato la prima forma del *ius prohibendi*, il quale ha, al contrario, un contenuto negativo. In tal senso: P. Bonfante, *Corso di diritto romano. II.2. La proprietà* cit., p. 33 ss. [= rist., Milano 1968, p. 43 ss.]; G. Longo, *Corso di diritto romano* cit., p. 74 ss.; a giudizio dei quali il testo avrebbe, invece, affermato che il condominio è disciplinato dal regime della *prohibitio* e non che l'atto non può essere compiuto *iure* senza il preventivo consenso degli altri *socii*. *Contra* R. Astolfi, *I libri tres iuris civilis di Sabino*² cit., p. 56.

²²⁹ L'utilizzo del verbo *praetermittere* alluderebbe, a parere di M. S. Goretti, *Il problema giuridico del silenzio* cit., p. 118, a un comportamento negligente del *socius*, più che a una rinuncia da parte sua. Concorda con quest'interpretazione L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d'informazione* cit., p. 31.

di dissenso. Solo in quest'ultimo caso, il contitolare sarà costretto a *tollere l'opus*, in presenza di una lesione giuridica del contitolare.

Il punto centrale del discorso di Papiniano, dunque, è che il socio non può essere obbligato a eliminare l'*opus* quando non vi sia stata *prohibitio*.

La Goretti ha sostenuto che anche in queste fattispecie si riproduce lo schema domanda-risposta: se il *socius* rinuncia ad avvalersi dello *ius prohibendi*, se ne deduce che egli ha voluto astenersi dall'impedire il fatto del socio²³⁰. In particolare – afferma l'Autrice – la rinuncia allo *ius prohibendi* non può configurarsi come consenso²³¹, perché il silenzio quale manifestazione della volontà ha come oggetto lo stesso *tacere*: chi tace esprime semplicemente la volontà di tacere²³². Esisterebbe una differenza sostanziale fra la rinuncia al *ius prohibendi* e il consenso manifestato apertamente, data dal fatto che la *prohibitio*, giuridicamente, si configura come un onere, avente ad oggetto solo la costruzione dell'opera e non anche i danni eventuali da questa derivati; mentre il consenso determina la nascita di un “nodo contrattuale”²³³. Ne consegue che in un caso spetta l'azione per i danni – perché il *tacens* ha rinunciato al diritto di veto, ma non ai danni derivati dall'opera –, nell'altro no²³⁴.

La conclusione alla quale perviene la studiosa è che il silenzio non coincide con una manifestazione di volontà (di consenso o dissenso); al silenzio “preteritivo” (quello di chi non si oppone) si dà un significato non di consenso, bensì di equiparazione negli effetti al consenso²³⁵.

Le fonti riportate ci sembrano essenziali, perché permettono di osservare il ripetersi, anche qui, dell'alternativa che abbiamo riscontrato per tutte le altre

²³⁰ M. S. Goretti, *Sul problema giuridico del silenzio* cit., p. 115 ss., con discussione critica delle diverse posizioni sostenute dalla dottrina tradizionale.

²³¹ Come, invece, sostiene P. Bonfante, *Il silenzio nella conclusione dei contratti* cit., p. 155; 184, il quale, tuttavia, lo qualifica come un consentimento meno pieno.

²³² M. S. Goretti, *Sul problema giuridico del silenzio* cit., p. 118.

²³³ M. S. Goretti, *Sul problema giuridico del silenzio* cit., p. 118 ss.

²³⁴ M. S. Goretti, *Sul problema giuridico del silenzio* cit., p. 119, anche in questo caso, ipotizza la presenza di due forme di silenzio: “il silenzio-risposta nei confronti dello *ius prohibendi* (Lo vieti? – Silenzio), e il silenzio pseudo-fatto nei confronti dei danni (la domanda sussiste solo nei riguardi dell'*opus*)”.

²³⁵ Sui frammenti anche L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d'informazione* cit., p. 31 ss., la quale sembra accogliere la logica interpretativa promossa dalla Goretti. La *ratio* complessiva del canone ermeneutico rappresentato dal principio dello *ius prohibendi* si riscontra – a giudizio dell'Autrice – nell'esigenza di evitare possibili paralisi nella gestione della cosa in comune.

fattispecie considerate: in un caso, manca la manifestazione di volontà attesa, pur sussistendo i presupposti affinché fosse esplicita (*tacere*); nell'altro, il soggetto non manifesta (*silere*) perché non è in condizione di farlo (non sa). L'atteggiamento inerte del *socius* che ha un dovere di attivarsi (*prohibitio*) per impedire il 'fatto' dell'altro rappresenta inequivocabile espressione di un intento. Il silenzio del *socius* assente – equiparabile a quello dell'ignaro –, viceversa, è un fatto oggettivamente privo di qualsiasi rilevanza giuridica.

3.5. *Segue. Rilocalizzazione tacita e obbligazione dell'horrearius.*

Considerazioni analoghe valgono in tema di *relocatio tacita*²³⁶:

D.19.2.13.11 (Ulp. 32 *ad ed.*): *Qui impleto tempore conductionis remansit in conductione, non solum reconduxisse videbitur, sed etiam pignora videntur durare obligata. Sed hoc ita verum est, si non alius pro eo in priore conductione res obligaverat: huius enim novus consensus erit necessarius. Eadem causa erit et si rei publicae praedia locata fuerint. Quod autem diximus taciturnitate utriusque partis colonum reconduxisse videri, ita accipiendum est, ut in ipso anno, quo tacuerunt, videantur eandem locationem renovasse, non etiam in sequentibus annis, etsi lustrum forte ab initio fuerat conductioni praestitutum. Sed et si secundo quoque anno post finitum lustrum nihil fuerit contrarium actum, eandem videri locationem in illo anno permansisse: hoc enim ipso, quo tacuerunt, consensisse videntur. Et hoc deinceps in unoquoque anno observandum est. In urbanis autem praediis alio iure utimur, ut, prout quisque habitaverit, ita et obligetur, nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est.*

D.19.2.14 (Ulp. 71 *ad ed.*): *Qui ad certum tempus conducit, finito quoque tempore colonus est: intellegitur enim dominus, cum patitur colonum in fundo esse, ex integro locare, et huiusmodi contractus neque verba neque scripturam utique desiderant, sed nudo consensu conualescunt: et ideo si interim dominus*

²³⁶ Segnaliamo: G. Cicogna, *Sulla così detta "Relocatio Tacita"*, in AG. 3 (1905), p. 259 ss.; G. Longo, *Sul regime delle obbligazioni corrispettive nella locatio-conductio rei*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, II, Napoli 1953, spec. p. 397 ss.; Id., *Negozi giuridici collegati e negozi su cosa propria*, in SDHI. 45 (1979), p. 93 ss.; F. Gallo, *Sulla presunta estinzione del rapporto di locazione per iniziativa unilaterale*, in *Syntheseia. Scritti di V. Arangio-Ruiz*, II, Napoli 1964, p. 1198 ss.; E. Costa, *La locazione di cose nel diritto romano*, Roma 1966, spec., p. 104 ss.

Sul tema, di recente, P. Pichonnaz, *Quelques remarques sur la 'relocatio tacita'*, in RIDA. 49 (2002), p. 147 ss.; A. Cenderelli, *Durata del contratto e necessità del locatore. Sulle origini della legislazione vincolistica in tema di locazione abitativa*, in *Studi per G. Nicosia*, II, Milano 2007, p. 349 ss., e da ultimo J. A. Martínez Vela, *La institución de la "tácita reconducción" en el Código Civil Español*, in *Rev. de Derecho UNED* 7 (2010), p. 403 ss.; Id., *Régimen Jurídico de la Tácita Reconducción en Derecho Romano y su Proyección en Derecho actual*, Madrid 2011, p. 141 ss.; 162 ss.; 211 ss.

furere coeperit vel decesserit, fieri non posse Marcellus ait, ut locatio redintegretur, et est hoc verum.

Com'è noto, la *relocatio tacita*²³⁷ si verifica allorché, una volta scaduto il termine prefisso alla locazione, il conduttore permanga sul fondo locato, con la tolleranza del locatore, provocando, così, la rinnovazione tacita del contratto²³⁸.

Al riguardo, il primo testo tratta del caso in cui il conduttore '*impleto tempore conductionis remansit in conductione*', in assenza di una manifesta opposizione da parte del locatore²³⁹.

Nella parte iniziale di esso, Ulpiano, riferendosi ai fondi rustici, asserisce che colui il quale, esaurito il tempo della conduzione, è rimasto sul fondo locato, non solo si considererà che abbia rinnovato la conduzione²⁴⁰, ma si riterrà altresì che persistano le stesse garanzie prestate dall'affittuario. Ma ciò è vero solo se nella prima conduzione non fu un altro a obbligare le cose per lui: infatti, in questo caso, sarà necessario un nuovo consenso di costui²⁴¹. La medesima situazione si avrà per i fondi pubblici.

A questo punto, il giurista si occupa di specificare i termini di durata della *reconduccio*. Prosegue, infatti, affermando che ciò che è stato detto, ossia che con il silenzio di entrambe le parti si considerava che il colono rinnovasse la conduzione, è da intendersi nel senso che si considerano rinnovare la locazione stessa per quello stesso anno per il quale hanno taciuto, non anche per gli anni seguenti, nonostante, ad esempio, da principio fosse stato prestabilito un quinquennio per la conduzione ('*quod autem diximus taciturnitate ... etsi lustrum*

²³⁷ Sull'uso del verbo '*relocare*' v. F. Gallo, *Sulla presunta estinzione del rapporto di locazione* cit., p. 1203 nt. 18.

²³⁸ E. Costa, *La locazione di cose* cit., p. 118 ss.; P. Pichonnaz, *Quelques remarques sur la 'relocatio tacita* cit., p. 147 ss.

²³⁹ A. Cenderelli, *Durata del contratto e necessità del locatore* cit., p. 349 ss.

²⁴⁰ P. Pichonnaz, *Quelques remarques sur la 'relocatio tacita* cit., p. 154 ss., afferma che "il ne s'agit pas de conclure un nouveau contrat avec la même manière, mais de prolonger exceptionnellement le contrat de durée déterminée". Per J. A. Martínez Vela, *Régimen Jurídico de la Tácita Reconducción*, p. 195 ss., invece, nella rilocalazione tacita non sussisterebbe alcuna 'proroga' della relazione contrattuale preesistente, bensì la celebrazione di un nuovo contratto. Per il dibattito della dottrina precedente sulla presente questione cfr. per tutti F. Gallo, *Sulla presunta estinzione del rapporto di locazione* cit., p. 1203 ss.

²⁴¹ A. Cenderelli, *Durata del contratto e necessità del locatore* cit., p. 350, afferma che la precisazione ulpiana confermerebbe che il fondamento della *reconduccio* tacita è costituito dallo stesso consenso in origine prestato dalle parti alla locazione.

forte ab initio fuerat conductioni praestitutum'). Ecco, subito dopo, un'altra precisazione del giurista, volta a chiarire che, decorso il primo anno di proroga, senza incontrare l'opposizione del locatore, la locazione si potrebbe protrarre per un altro anno, poiché *'hoc enim ipso, quo tacuerunt²⁴², consensisse videntur'*: il persistere, cioè, dell'atteggiamento silenzioso sarebbe considerato alla stregua di un consenso alla continuazione del rapporto²⁴³. Ulpiano conclude asserendo che il regime descritto non si applica ai fondi urbani (*'in urbanis autem praediis ..., nisi in scriptis certum tempus conductioni comprehensum est'*)²⁴⁴.

Il secondo frammento, sempre ulpiano, specifica in parte il contenuto del primo.

Il giurista afferma che il conduttore a tempo determinato, anche spirato tale periodo di tempo, resta colono: infatti, si ritiene che il proprietario, tollerando la permanenza del colono sul fondo (*'cum patitur colonum in fundo esse'*), voglia locarglielo nuovamente. Aggiunge, poi, che contratti di tale tipo non richiedono l'uso né di determinati *verba*, né di certe forme di scrittura, ma valgono per nudo consenso. Quindi, nella parte conclusiva del frammento, Ulpiano riferisce, condividendolo, un parere di Marcello, il quale dice che se nel frattempo il proprietario sia diventato pazzo o sia deceduto è inammissibile un eventuale rinnovo della locazione²⁴⁵.

Il principio che emerge dal tenore dei passi *de quo* è che le conseguenze giuridiche – rinnovazione del rapporto giuridico obbligatorio – si riconnettono al

²⁴² Sulle peculiarità della forma verbale del *'tacere'* e del termine *'taciturnitas'* v. M. S. Goretti, *Il problema giuridico del silenzio* cit., p. 62; 132.

²⁴³ Nota A. Cenderelli, *Durata del contratto e necessità del locatore* cit., p. 351, che il passo di Ulpiano testimonia lo sforzo della giurisprudenza nell'escogitare una soluzione che contemperasse il diritto del proprietario di rientrare nel possesso del fondo e l'opposto interesse del colono al proseguimento della locazione. A parere dello studioso, infatti, dal momento che entrambi non potevano restare vincolati all'infinito, i giuristi escogitarono la regola per cui il rinnovo tacito fosse limitato al periodo di un anno.

²⁴⁴ Sui sospetti d'interpolazione della chiusa di D.19.2.13.11 e, in generale, sulla disciplina delle locazioni abitative cfr. A. Cenderelli, *Durata del contratto e necessità del locatore* cit., p. 351 ss. e nt. 30.

²⁴⁵ J. A. Martínez Vela, *Régimen Jurídico de la Tácita Reconducción* cit., p. 197, sottolinea che requisito imprescindibile affinché si abbia la rinnovazione della *locatio-conductio* è che non si sia avuta alcuna modificazione "ni en la identidad de las personas que habían intervenido en el primitivo contrato, ni en encunto a su capacidad jurídica [...]".

‘tacere’ del *dominus*: il suo silenzio²⁴⁶ fa sì che si rinnovi il contratto di locazione²⁴⁷. Non c’è dubbio che il silenzio nelle ipotesi menzionate sia fonte di obbligazione²⁴⁸. Il punto rilevante è cercare di stabilire che valore giuridico abbia tale atteggiamento silente.

Riproponendo lo schema “domanda-risposta”, la Goretti afferma che anche nei casi esemplificati da Ulpiano siamo di fronte a una domanda “implicita”²⁴⁹, alla quale si risponde col tacere²⁵⁰: il comportamento del locatario che permane sul fondo, in assenza di obiezioni del *dominus*, non possiede le caratteristiche proprie del contegno concludente, perché la causa giuridica della rinnovazione del contratto di locazione è da ricondurre al silenzio²⁵¹. Non c’è coincidenza, per la studiosa, tra silenzio e tacita manifestazione di volontà, e i frammenti *de quo* lo confermerebbero²⁵².

A nostro avviso, i testi provano, ancora una volta, come i giuristi romani abbiano avuto cura di distinguere due ipotesi differenti, alle quali riconnettono opposti effetti giuridici: l’ipotesi di chi consapevolmente tace, mostrandosi

²⁴⁶ Al riguardo G. Segrè, *Studi sul concetto del negozio giuridico*, Torino 1900, p. 90 nt.172, definiva la rilocazione tacita come “un nuovo contratto fondato sul silenzio”.

²⁴⁷ P. Bonfante, *Il silenzio nella conclusione dei contratti* cit., p. 184, soffermandosi sul secondo passo – nella convinzione che il silenzio equivalga a una forma di assentimento indebolito –, scrive che “il sistema romano non confonde il silenzio e il consenso pieno. L’efficacia del silenzio [...] talora è limitata, talora assurge ad istituti particolari. La rilocazione tacita è limitata ad un anno, anche se il contratto iniziale recava un termine superiore [...]. Non è chiaro che siamo dinanzi a statuizioni legislative arbitrarie e positive?”. Secondo G. Borgna, *Del silenzio nei negozi giuridici* cit., p. 79 ss., nel caso *de quo* non stupisce l’equiparazione del silenzio delle parti al consenso: una tale conclusione si giustifica, infatti, considerando il preesistente rapporto fra locatore e conduttore. Per G. Donatuti, *Il silenzio come manifestazione di volontà* cit., p. 476 ss., il frammento considerato dimostra che il silenzio del *dominus* si traduce in *patientia*; più precisamente, per l’Autore, ci troviamo – “anche qui” – di fronte a “un’estensione del concetto di *consentire*”. Tesi, quest’ultima, ampiamente avversata da M. S. Goretti, *Il problema giuridico del silenzio* cit., p. 132 ss.

²⁴⁸ Così M. S. Goretti, *Il problema giuridico del silenzio* cit., p. 125 ss., e L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d’informazione* cit., p. 32 ss.

²⁴⁹ G. Segrè, *Studi sul concetto del negozio giuridico*, Torino 1900, p. 90 nt. 172, già notava che l’antefatto, in tali casi, non ha contorni ben definiti. Per M. S. Goretti, *Il problema giuridico del silenzio* cit., p. 131, invece, la domanda o antefatto s’identifica, nei casi *de quo*, con il “nodo contrattuale già in atto”.

²⁵⁰ M. S. Goretti, *Il problema giuridico del silenzio* cit., p. 131.

²⁵¹ M. S. Goretti, *Il problema giuridico del silenzio* cit., p. 125. Sul punto v. anche le osservazioni di L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d’informazione* cit., p. 34 ss.

²⁵² M. S. Goretti, *Il problema giuridico del silenzio* cit., p. 126. Parzialmente d’accordo con quest’interpretazione L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d’informazione* cit., p. 34 ss.

‘tollerante’ (*passus*) nei confronti di una situazione preesistente, e quella del silenzio del *dominus* che sia impazzito o deceduto.

Ora, nel primo caso, è fuori di dubbio che l’atteggiamento di chi, ‘scientemente’, permette il protrarsi di una situazione già in atto debba interpretarsi come espressione di volontà²⁵³; viceversa, è altrettanto certo che il silenzio del *dominus* incapace di esprimere un intento, perché privo della capacità di intendere e di volere o perché morto, non abbia niente a che fare con la questione della rilevanza giuridica del fenomeno stesso.

Il non-effetto giuridico, in quest’ultimo caso, si lega alla circostanza che è impossibile ricavare una volontà dei contraenti diretta a determinare la rinnovazione della locazione; né l’ordinamento ritiene di dover presumere un consenso che, in realtà, manca (*huius enim novus consensus erit necessarius*).

Nell’ambito dell’istituto della *locatio-conductio*²⁵⁴, va richiamato un altro passo in cui il silenzio risulta avere una rilevanza giuridica:

D.19.2.60.6 (Lab. post. 5 a Iavol. epit.): *Locator horrei propositum habuit se aurum argentum margaritam non recipere suo periculo: deinde cum sciret has res inferri, passus est. Proinde eum futurum tibi obligatum dixi, ac si propositum fuit, remissum videtur.*

Il sintagma “*locatio horrei*”²⁵⁵ indica il rapporto intercorrente fra l’*horrearius*, cioè il soggetto che gestisce il magazzino – in quanto proprietario o conduttore di esso²⁵⁶ –, e coloro che depositano le merci negli *horrea* stessi²⁵⁷.

²⁵³ Di “declaración presunta” di volontà parla J. A. Martínez Vela, *Régimen Jurídico de la Tácita Reconducción* cit., p. 199 ss., a parere del quale il locatore non avrebbe emesso nessun tipo di dichiarazione espressa o tacita. Precedentemente, in questo senso già G. Longo, *Sul regime delle obbligazioni corrispettive nella locatio-conductio rei* cit., p. 397 ss.

²⁵⁴ Cfr. per tutti R. Fiori, *La definizione della ‘locatio conductio’*. *Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli 1999, p. 366 ss., su cui A. Guarino, *La multiforme “locatio-conductio”*, in IVRA 50 (1999), p. 1 ss.

²⁵⁵ Sulla quale, fra gli altri: J. Paris, *La responsabilité de la ‘custodia’ en droit romain*, Paris 1926, p. 96 ss.; J. Vážny, ‘Custodia’, in AUPA. 12 (1929), p. 131 ss.; J. A. C. Thomas, *Custodia and horrea*, in RIDA. 6 (1959), p. 371 ss.; Id., *Return to “horrea”*, in RIDA. 13 (1966), p. 353 ss.; E. Betti, *Istituzioni di diritto romano*, II.1, Padova 1960, p. 368 ss. e nt. 78; C. A. Cannata, *Su alcuni problemi relativi alla ‘locatio horrei’ nel diritto romano classico*, in SDHI. 30 (1964), p. 235 ss.; F. M. De Robertis, *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande Compilazione*, I, Bari 1983, p. 465 ss.; F. Serrao, *Impresa e responsabilità nella Roma commerciale*, Pisa 1989, p. 128 e nt. 23; P. Voci, ‘Diligentia’, ‘custodia’, ‘culpa’. *I dati fondamentali*, in SDHI. 56 (1990), p. 121 ss. [ora in P. Voci, *Ultimi scritti di diritto romano*, a cura di R. Astolfi, Napoli 2007, p. 158 ss.]; R. Cardilli, *L’obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano*

Il testo di Giavoleno riferisce che un *horrearius* (*locator horrei*) teneva affisso un avviso con la clausola di ‘*non recipere suo periculo*’²⁵⁸ beni preziosi (*aurum argentum margaritam*); successivamente, consapevole del fatto che queste cose erano state introdotte nel magazzino, lo tollerò (*deinde cum sciret has res inferri, passus est*). Di conseguenza – secondo il giurista – egli è obbligato nei confronti di colui che ha depositato le cose, come se non abbia affisso la clausola, perché ciò che è stato esposto si considera revocato.

In altre parole, Labeone ritiene che l’acquiescenza del magazziniere comporti la revoca della clausola di esonero dalla responsabilità²⁵⁹.

La questione riguarda il significato da attribuire al *pati*²⁶⁰, in presenza del presupposto della *scientia*²⁶¹.

Com’è stato già detto, il Donatuti individuava una profonda differenza fra la reale manifestazione di volontà e il silenzio; quest’ultimo, a suo giudizio, denoterebbe sempre e soltanto *patientia*²⁶². Nel caso di specie, le riflessioni dell’Autore ci sembrano, però, ambigue. Egli scrive, infatti: “si ritiene che in

(II sec. A. C. – II sec. d. C.), Milano 1995, p. 372 ss. e nt. 145; A. Petrucci, *Neque enim decipi debent contrahentes. Appunti sulla tutela dei contraenti con un’impresa nel diritto romano tardorepubblicano e del principato*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese*, a cura di L. Garofalo, VII, Bologna 2003, p. 98 ss.; Id., *Per una storia della protezione dei contraenti con gli imprenditori*, I, Torino 2007, p. 239 ss.; M. Bianchini, *Attività commerciali fra privato e pubblico in età imperiale*, in *Fides Humanitas Ius. Studi in onore di L. Labruna*, I, Napoli 2007, p. 134 ss.

²⁵⁶ V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*², Napoli 1933, p. 118 ss.

²⁵⁷ C. A. Cannata, *Su alcuni problemi relativi alla ‘locatio horrei’* cit., p. 235 ss.

²⁵⁸ Si tratta di una clausola di esclusione della responsabilità per *custodia*, che, normalmente, grava sull’*horrearius*. In generale, sulla responsabilità dell’*horrearius* cfr. V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*² cit., p. 225 ss.; G. I. Luzzatto, *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale. I. La responsabilità per custodia*, Milano 1938, p. 118 ss.; E. Betti, *Imputabilità dell’inadempimento dell’obbligazione in diritto romano*, Roma 1958, p. 155 ss.; Id., *Istituzioni di diritto romano*, II.1 cit., p. 368 ss.; C. A. Cannata, *Su alcuni problemi relativi alla ‘locatio horrei’* cit., p. 244 ss.; J. A. C. Thomas, *Custodia and horrea* cit., p. 371 ss.; Id. *Return to “horrea”* cit., p. 358 ss.

²⁵⁹ A. Petrucci, *Neque enim decipi debent contrahentes* cit., p. 102.

²⁶⁰ G. Borgna, *Del silenzio nei negozi giuridici* cit., p. 83, cita il testo in esame insieme a D.19.2.13.11 considerandoli essenziali per dimostrare che la legge dà valore al silenzio non in quanto consenso, bensì per fugare eventuali ambiguità giuridiche.

²⁶¹ A questo riguardo M. S. Goretti, *Il problema giuridico del silenzio* cit., p. 131, sostiene che il richiamo alla *scientia* del magazziniere è fatto allo scopo di definire con esattezza l’identità del silenzio.

²⁶² G. Donatuti, *Il silenzio come manifestazione di volontà* cit., p. 464 ss.

questo fr. si tratta non di *patientia* e di una manifestazione di volontà, ma soltanto di *patientia* e di un interno proponimento”²⁶³.

Sappiamo che il silenzio, in generale, s’identifica con l’assenza di manifestazione. Ad esso non possono ricondursi effetti giuridici, se non quando sarebbe onere dell’interessato attivarsi compiendo una manifestazione di volontà²⁶⁴. Ebbene, nel caso *de quo*, la sua *patientia* diventa presupposto che giustifica il verificarsi delle conseguenze giuridiche che lo riguardano.

Nell’ipotesi dell’*horrearius* ci troviamo di fronte a un comportamento che, di fatto, contrasta con la volontà, espressa in precedenza, di rifiutare l’introduzione nei magazzini di oggetti preziosi. Come interpretarlo?

La tolleranza-*patientia* si decifra sempre alla luce delle circostanze in cui la stessa si palesa: colui il quale non reagisce all’*inlatio* dei beni in questione nel deposito, manifesta tacitamente la volontà di voler assumere il rischio che, inizialmente, aveva declinato; volontà che prevale su quella espressamente manifestata all’origine²⁶⁵.

3.6. Segue. *Delicta servi e responsabilità del dominus.*

Che la *patientia* possa essere intesa quale oggettiva manifestazione di volontà è, infine, confermato dalle ipotesi che trattano della responsabilità che obbliga il *dominus* in caso di attività illecite (nella specie, *damnum iniuria datum*) commesse dal *servus*²⁶⁶.

Si considerano al riguardo:

D.9.4.2 pr.-1 (Ulp. 18 *ad ed.*): *Si servus sciente domino occidit, in solidum dominum obligat, ipse enim videtur dominus occidisse: si autem insciente, noxalis*

²⁶³ G. Donatuti, *Il silenzio come manifestazione di volontà* cit., p. 477 nt. 80. Le parole dell’Autore sono state oggetto di una puntuale critica da parte di M. S. Goretti, *Il problema giuridico del silenzio* cit., p. 130 ss., la quale scrive: “Vuole il Donatuti dire [...], che la *patientia* può essere una manifestazione di volontà a pieno titolo, pure differenziandosi dal caso in esame? Oppure vuole operare una distinzione tra *patientia* e manifestazione di volontà (se pur attenuata) e *patientia* come interno proponimento? [...] Non si comprende come un ‘interno’ proponimento possa diventare fonte di obbligazione se non proiettandosi in qualcosa di oggettivo; e anzi, in tal caso, come si è detto, si potrebbe prospettare proprio una tacita manifestazione di volontà ‘re’”.

²⁶⁴ Cfr. A. Corbino, *Diritto privato romano*³ cit., p. 401.

²⁶⁵ In tal senso, già F. M. De Robertis, *La responsabilità contrattuale* cit., p. 466.

²⁶⁶ Sul punto, A. Corbino, *Il danno qualificato e la lex Aquilia. Corso di diritto romano*², Padova 2008, p. 154 ss.

est, nec enim debuit ex maleficio servi in plus teneri, quam ut noxae eum dedat. 1. Is qui non prohibuit, sive dominus manet sive desiit esse dominus, hac actione tenetur: sufficit enim, si eo tempore dominus, quo non prohibeat, fuit, in tantum, ut Celsus putet, si fuerit alienatus servus in totum vel in partem vel manumissus, noxam caput non sequi: nam servum nihil deliquisse, qui domino iubenti obtemperavit. Et sane si iussit, potest hoc dici: si autem non prohibuit, quemadmodum factum servi excusabimus? Celsus tamen differentiam facit inter legem Aquiliam et legem duodecim tabularum: nam in lege antiqua, si servus sciente domino furtum fecit vel aliam noxam commisit, servi nomine actio est noxalis nec dominus suo nomine tenetur, at in lege Aquilia, inquit, dominus suo nomine tenetur, non servi. Utriusque legis reddit rationem, duodecim tabularum, quasi voluerit servos dominis in hac re non obtemperare, Aquiliae, quasi ignoverit servo, qui domino paruit, periturus si non fecisset. Sed si placeat, quod Iulianus libro octagesimo sexto scribit "si servus furtum faxit noxiamve nocuit" etiam ad posteriores leges pertinere, poterit dici etiam servi nomine cum domino agi posse noxali iudicio, ut quod detur Aquilia adversus dominum, non servum excuset, sed dominum oneret. Nos autem secundum Iulianum probavimus, quae sententia habet rationem et a Marcello apud Iulianum probatur.

D.9.4.4 pr.-3 (Paul. 3 ad ed.): *In delictis servorum scientia domini quemadmodum accipienda est? Utrum cum consilio? An et si viderit tantum, quamvis prohibere non potuerit? Quid enim si ad libertatem proclamans domino sciente faciat aut qui contemnat dominum? Vel cum trans flumen sit servus, vidente quidem, sed invito domino noxiam noceat? Rectius itaque dicitur scientiam eius accipiendam, qui prohibere potest: et hoc in toto edicto intellegendum est circa scientiae verbum. 1. Si extraneus servus sciente me fecerit eumque redemero, noxalis actio in me dabitur, quia non videtur domino sciente fecisse, cum eo tempore dominus non fuerim. 2. Cum dominus ob scientiam teneatur, an servi quoque nomine danda sit actio, videndum est: nisi forte praetor unam poenam a domino exigi voluit. Ergo dolus servi impunitus erit? Quod est iniquum: immo utroque modo dominus tenebitur, una autem poena exacta, quam actor elegerit, altera tollitur. 3. Si detracta noxae deditione quasi cum conscio domino actum sit, qui non erat conscius: absolutione facta et finito iudicio amplius agendo cum noxae deditione exceptione rei iudicatae summovebitur, quia res in superius iudicium deducta et finita est. Donec autem prius iudicium agitatur, licentia agenti est, si eum de scientia domini arguenda paeniteat, tunc ad noxalem causam transire. Contra quoque si cum eo qui scit cum noxae deditione actum sit, amplius in dominum detracta noxae deditione danda actio non est: in ipso autem iudicio si voluerit et scientiam domini arguere, non est prohibendus.*

I frammenti descrivono fattispecie simili.

Nel *principium* del testo di Ulpiano – proveniente dal libro 18 *ad edictum* che il giurista dedicava alle azioni aquiliane²⁶⁷ – si dice che se il servo si è reso autore

²⁶⁷ B. Albanese, *Sulla responsabilità del dominus sciens* cit., p. 483 ss.

di un illecito aquiliano (*occidit*), *sciente domino*, allora il *dominus sciens* risponde *in solidum*²⁶⁸ per il danno causato materialmente dal suo sottoposto: infatti, si considera che il padrone stesso abbia ucciso (*ipse enim videtur dominus occidisse*). Se, invece, egli non ne era a conoscenza (*insciente*), la responsabilità sarà nossale; infatti, in questo caso, il *dominus* non avrebbe dovuto essere tenuto – *ex maleficio servi*²⁶⁹ – a niente di più che a darlo a nozza²⁷⁰.

Nel § 1, Ulpiano specifica che il *dominus sciens* – cioè, *‘is qui non prohibuit’* – è responsabile *in solidum* anche se, dopo la commissione dell’illecito, abbia cessato di essere il padrone dello schiavo: è sufficiente, infatti, che egli sia stato *dominus* in quel tempo nel quale non abbia proibito; cosicché – aggiunge il giurista – Celso reputa che, se lo schiavo sia stato alienato in tutto o in parte, o manomesso, non valga il principio *‘noxam caput sequitur’*²⁷¹, poiché non commise nessun delitto il servo che obbedì al comando del suo padrone (*‘nam servum nihil deliquisse, qui domino iubenti obtemperavit’*²⁷²)²⁷³. E in verità, ciò può

²⁶⁸ Il principio per il quale il *dominus sciens* risponde del *damnum iniuria datum* del proprio servo con l’*actio legis aquiliae nomine domini* (o *suo nomine*) è pacificamente ammesso. Cfr., fra gli altri, B. Biondi, *Actiones noxales in diritto romano classico*, in AUPA. 10 (1925), p. 332 ss.; F. De Visscher, *Le régime romain de la noxalité*, Bruxelles 1947, p. 490 ss.; B. Albanese, *Sulla responsabilità del dominus sciens* cit., p. 483 ss., il quale si sofferma anche sulla difforme terminologia adoperata dalle fonti riguardo all’azione in questione; G. Tilli, *«Dominus sciens» e «servus agens»*, in Labeo 23 (1977), p. 16 ss.; M. Marrone, *Sul concorso tra azione ‘in solido’ e azione nossale: a proposito di D.9.4.4.3 (Paul. 3 ad ed.)*, in AUPA. 48 (2003), p. 157 ss.; A. Corbino, *Il danno qualificato e la lex Aquilia*² cit., p. 156 ss.

²⁶⁹ L’espressione si riferisce alla circostanza che, in assenza di *scientia domini*, il delitto del servo acquisisce valore autonomo. Così B. Albanese, *Sulla responsabilità del dominus sciens* cit., p. 501.

²⁷⁰ Sul regime della nossalità cfr., in particolare, F. De Visscher, *Le régime romain de la noxalité* cit., p. 25 ss.; Id., *Il sistema romano della nossalità*, in IVRA 11 (1960), p. 1 ss., e G. Pugliese, *Appunti sulle azioni nossali*, in *Studi Carnelutti*, II, Padova 1950, p. 115 ss.; Id., *Obbligazione del capo-famiglia e responsabilità diretta del colpevole nel regime della nossalità*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, I, Milano 1953, p. 235 ss.; Id., *Nuove osservazioni sul regime della nossalità in Roma*, in RISG. 16 (1972), p. 79 ss.

²⁷¹ Sul senso della massima *‘noxam caput sequitur’* cfr. B. Biondi, *Le actiones noxales* cit., p. 180 ss.

²⁷² Riguardo alla proposizione in questione, B. Albanese, *Sulla responsabilità del dominus sciens* cit., p. 504 ss., afferma che essa sia “sostanzialmente assurda” e certamente frutto di una glossa, poiché è estranea al pensiero di Ulpiano e di Celso la concezione della *scientia domini* come *iussum domini*. Diversa l’interpretazione suggerita da B. Biondi, *Le actiones noxales* cit., p. 342 ss., G. L. Falchi, *Ricerche sulla legittimazione passiva alle azioni nossali. Il possessore di buona fede del servo*, Milano 1976, p. 74 ss., e G. Tilli, *«Dominus sciens» e «servus agens»* cit., p. 17 ss.

²⁷³ B. Albanese, *Sulla responsabilità del dominus sciens* cit., p. 493 ss., ritiene che Ulpiano, sulla scia di Celso, reputasse che il *dominus sciens* fosse l’unico autore del delitto, e, in conseguenza di ciò, negasse (nei suoi confronti) il concorso tra l’azione *in solidum* e quella nossale.

ammetersi se il padrone diede l'ordine (*si iussit*); se, invece, non proibì, in che modo scuseremo il fatto del servo?

Celso, però, distingue sul piano della disciplina fra la *lex Aquilia* e la legge delle Dodici Tavole: infatti, secondo quest'ultima, se il servo commise un furto o un altro delitto, *sciente domino*, vi è un'azione nossale a nome del servo, né il padrone è tenuto *suo nomine*; mentre, in base alla legge Aquilia, il padrone è tenuto in nome proprio e non del servo (*'dominus suo nomine tenetur'*).

Dell'una e dell'altra legge, Celso dà la *ratio*: a proposito della legge delle Dodici Tavole, è come se abbia voluto che i servi in ciò non obbedissero ai padroni; riguardo alla legge Aquilia, è come se abbia perdonato il servo che ubbidì al padrone, e che sarebbe morto se non lo avesse fatto.

Nel tratto finale del frammento si dice che Giuliano ricordava come la legge decemvirale non fosse stata abrogata da quelle successive e, dunque, nemmeno dalla legge Aquilia. Pertanto, vi sarebbe stato un concorso di norme disciplinanti la stessa materia, con la conseguente sussistenza, accanto alla responsabilità aquiliana *suo nomine* del *dominus sciens*, della responsabilità nossale dello stesso *dominus sciens*.

In altre parole, l'opinione corrente respingeva il punto di vista di Celso, il quale escludeva la possibilità di agire nossalmente, *ex lege Aquilia*, contro il padrone *sciens*. Per Giuliano, infatti, il regime nossale decemvirale sarebbe rimasto in vigore e applicabile a tutto il campo degli atti illeciti²⁷⁴.

Ancora una volta, notiamo la centralità della *scientia domini*²⁷⁵. Per Ulpiano l'espressione si riferisce alla circostanza che il *dominus* abbia avuto la possibilità di esplicitare nei confronti del servo la *prohibitio* e non l'abbia posta in essere.

²⁷⁴ Diverso e certamente complesso è il problema del concorso alternativo o cumulativo fra l'azione nossale e l'azione *in solidum*. Sul punto, F. De Visscher, *Le régime romain de la noxalité* cit., in part., p. 493 ss.; B. Albanese, *Sulla responsabilità del dominus sciens* cit., p. 148 ss.; G. L. Falchi, *Ricerche sulla legittimazione passiva alle azioni nossali* cit., p. 79 ss.; M. Marrone, *Sul concorso tra azione 'in solidum' e azione nossale* cit., p. 160 ss.; A. Corbino, *Il danno qualificato e la lex Aquilia*² cit., p. 157.

²⁷⁵ Sulla quale cfr. anche D.9.4.3 (Ulp. 3 ad ed.): *In omnibus noxalibus actionibus, ubicumque scientia exigitur domini, sic accipienda est, si, cum prohibere posset, non prohibuit: aliud est enim auctorem esse servo delinquenti, aliud pati delinquere*. Sul frammento e sulla nozione di *scientia domini* v. anche T. Gimenez Candela, *Sobre la "scientia domini" y la acción de la ley Aquilia*, in IVRA 31 (1980), p. 119 ss.

Specificamente, il concetto è ribadito nel *principium* del passo di Paolo²⁷⁶. Il giurista severiano si domanda in che modo, nei *delicta servi*, debba essere intesa la *scientia domini*, giungendo alla conclusione che – *rectius* – la consapevolezza del padrone coincida con il non aver proibito ciò che si sarebbe potuto proibire²⁷⁷.

In D.9.4.4.1 si fa il caso di un soggetto che, prima di riacquistare un servo, era a conoscenza (*sciens*) del maleficio commesso dallo stesso. Dopo il riacquisto, nei suoi confronti potrà esperirsi l'*actio noxalis* – e non l'azione *suo nomine* – perché nel momento in cui fu compiuto l'illecito egli non era *dominus*²⁷⁸.

Nel § 2 si discute della questione riguardante la sussistenza, o meno, nel caso del *dominus sciens*, dell'azione nossale accanto all'azione *suo nomine*²⁷⁹.

Anche il tratto finale del testo (§ 3) si riferisce al problema del concorso fra le due azioni, *in solidum* e *noxalis*, problema che esula dal nostro studio.

Considerando i testi sotto il profilo della questione del silenzio, non possiamo fare a meno di osservare che si ripetono situazioni già viste riguardanti l'interpretazione della *patientia*²⁸⁰. In sostanza, i due passi riferiscono ipotesi alle quali sono legati differenti effetti giuridici: quella del *dominus sciens*, il cui silenzio costituisce fonte di responsabilità; e la situazione del *dominus insciens*, il quale si liberava dalla responsabilità per l'illecito perpetrato dal servo effettuando la consegna nossale dello stesso (*noxae deditio*)²⁸¹.

Nel primo caso, il silenzio (*patientia-scientia*) nei confronti del proposito delittuoso del servo genera conseguenze obbligatorie a carico del *dominus*, perché

²⁷⁶ L'opinione paolina si ricava anche da D.9.2.45 pr. (Paul. 10 *ad Sab.*): *Scientiam hic pro patientia accipimus, ut qui prohibere potuit teneatur, si non fecerit*. Sul passo, B. Albanese, *Sulla responsabilità del dominus sciens* cit., p. 491 ss.; 526.

²⁷⁷ B. Albanese, *Sulla responsabilità del dominus sciens* cit., p. 525, afferma che i frammenti in esame dimostrino l'esistenza di un dibattito giurisprudenziale per la configurazione della nozione di *scientia*, i cui probabili termini erano così configurati: da una parte, vi erano quei giuristi che ritenevano che la *scientia domini* andasse intesa 'restrittivamente', ossia come una sorta di istigazione (o addirittura di comando) del *dominus*; dall'altra, una distinta parte della giurisprudenza considerava che la nozione di *scientia* alludesse a tutti i casi, in cui, più generalmente, il *dominus* avrebbe potuto ma non aveva, poi, impedito il maleficio del servo.

²⁷⁸ B. Albanese, *Sulla responsabilità del dominus sciens* cit., p. 527 ss.

²⁷⁹ B. Albanese, *Sulla responsabilità del dominus sciens* cit., p. 528 ss.; G. L. Falchi, *Ricerche sulla legittimazione passiva alle azioni nossali* cit., p. 77 ss.

²⁸⁰ Cfr., ad esempio, D.14.1.4.5 (Ulp. 29 *ad ed.*); D.14.4.2.3 (Ulp. 29 *ad ed.*) oggetto di approfondimento del § 2.3.

²⁸¹ M. S. Goretti, *Il problema giuridico del silenzio* cit., p. 145 ss.; L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d'informazione* cit., p. 32.

questi, non proibendo un fatto lesivo che avrebbe potuto impedire, si considera responsabile (*'ipse enim videtur occidisse'*)²⁸². Il suo atteggiamento inerte non lascia adito a dubbi: è certo che si tratti di una volontà tacitamente manifestata.

D'altra parte, abbiamo già rilevato come l'inerzia, il comportamento tollerante di fronte a un fatto che si ha la facoltà di *prohibere* è evidente espressione dell'intenzione di *permittere*²⁸³, di *consentire* all'illecito aquiliano del *potestati subiectus*.

La configurabilità del suo essere *patiens* alla stregua di un comportamento tacito si lega inscindibilmente alla *scientia*, ossia alla consapevolezza che il *dominus* ha circa l'intenzione delinquente del servo²⁸⁴. Infatti, la cognizione di qualcosa dà la possibilità di esternare un'opposizione.

Opposte sono le considerazioni nell'ipotesi del proprietario ignaro. Il silenzio del *dominus insciens* non ha nessun valore giuridicamente rilevante, mancando i presupposti di conoscenza del fatto. Si qualifica, dunque, come "non-atto", silenzio "adiaforetico"²⁸⁵, perché non esistono elementi oggettivi che consentano di interpretarlo.

Ciononostante, il contegno dell'*insciens* costituisce fonte di obbligazione²⁸⁶. Più esattamente, è l'ordinamento a prevedere determinati effetti giuridici in assenza di qualunque forma di comunicazione, presumendo una responsabilità oggettiva del proprietario per il danno provocato dallo schiavo che gli appartiene²⁸⁷.

²⁸² Al riguardo, M. S. Goretti, *Il problema giuridico del silenzio* cit., p. 146, richiama un "principio sociale dell'affidamento", nel senso che il servo è considerato "strumento" del *dominus*, il quale è responsabile per il delitto del suo sottoposto, poiché con la sua inerzia egli ha consentito che si attuasse l'illecito.

²⁸³ M. S. Goretti, *Il problema giuridico del silenzio* cit., p. 146; L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d'informazione* cit., p. 32.

²⁸⁴ Che la *scientia-patientia* si configuri "come atto giuridico rilevante e fonte di obbligazione" risulta, a parere della M. S. Goretti, *Il problema giuridico del silenzio* cit., p. 151 ss., anche da D.47.6.1.1 (Ulp. 38 *ad ed.*): '*... Is autem accipitur scire, qui scit et potuit prohibere; scientiam enim spectare debemus, quae habeat et voluntatem*'. Sul passo, v. L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d'informazione* cit., p. 32.

²⁸⁵ Così M. S. Goretti, *Il problema giuridico del silenzio* cit., p. 148.

²⁸⁶ *Ibid.*

²⁸⁷ M. S. Goretti, *Il problema giuridico del silenzio* cit., p. 148 ss.

Le conclusioni sulla valenza giuridica del silenzio in materia di illeciti commessi da schiavi non divergono, dunque, da quelle che abbiamo già tratto dai casi precedenti.

4. Riflessioni conclusive.

Come si è visto, l'interpretazione esegetica delle fonti romane è stata condizionata da impostazioni dogmatiche di stampo moderno che hanno condotto a ritenere che il fenomeno del silenzio, ad ogni modo, non equivalesse affatto ad una compiuta manifestazione di volontà²⁸⁸.

Pur misurandoci con i risultati raggiunti dagli illustri Maestri con profonda umiltà, noi riteniamo che la dottrina abbia confuso e unificato fattispecie diverse tra loro, trattando insieme casi nei quali la volontà non era in alcun modo desumibile (perché non espressa) e, viceversa, casi in cui l'intenzione era identificabile e produttiva di effetti giuridici.

Tenendo presente che i Romani non hanno proceduto ad alcuna classificazione dei casi in cui si riscontra il cosiddetto "silenzio", possiamo, tuttavia, sostenere, cautamente, che la giurisprudenza non ebbe un atteggiamento costante nella definizione del fenomeno in questione. L'esame delle fattispecie prima viste porta a ritenere che l'interpretazione del silenzio non possa prescindere dalla considerazione delle peculiarità specifiche del comportamento preso in analisi.

Decidere se il silenzio valga quale fatto oggettivo o come manifestazione di volontà (implicita) è una questione che si lega inscindibilmente alla presenza di precisi fatti 'rivelatori', quali la capacità di intendere e di volere²⁸⁹, la conoscenza

²⁸⁸ Cfr. per tutti P. Bonfante, *Il silenzio nella conclusione dei contratti* cit., p. 156; 179.

²⁸⁹ C.I.5.4.25.1-5; D.24.3.2.2 (Ulp. 35 *ad Sab.*: '... *Et Iulianus libro quadragesimo octavo digestorum scripsit quasi ex voluntate filiae videri experiri patrem, si furiosam filiam habeat ...*'); D.10.3.28 (Pap. 7 *quaest.*: '... *Quod si quid absente socio ad laesionem eius fecit, tunc etiam tollere cogitur*'); D.19.2.14 (Ulp. 71 *ad ed.*: '... *et ideo si interim dominus furere coeperit vel decesserit, fieri non posse Marcellus ait, ut locatio redintegretur, et est hoc verum*'); D.9.4.2 pr. (Ulp. 18 *ad ed.*: '... *si autem insciente, noxalis est, nec enim debuit ex maleficio servi in plus teneri ...*').

dei “fatti”²⁹⁰ che giustificano il comportamento assunto (e l’eventuale rilievo della loro conoscibilità²⁹¹), la consapevolezza delle conseguenze del proprio contegno ‘silente’²⁹², e, infine, la doverosità della mancata comunicazione, che permette – come vedremo – di distinguere tra il *tacere* e il *celare* (l’essere, cioè, reticenti)²⁹³.

Ora, sembra insuperabile, alla luce delle fonti esaminate, dover distinguere tra due opposte ipotesi.

La prima, alla quale potrebbe più propriamente attagliarsi l’idea che si sia di fronte a un *silere*, è quella costituita dal fatto che il comportamento tenuto dal soggetto (al quale s’intende attribuire significato) impedisce, per le sue caratteristiche “oggettive” – cioè, non lascia emergere aspetti positivi dai quali cogliere indizi circa la sua “volizione”²⁹⁴ –, ovvero per ragioni invece di ordine “soggettivo” – perché la persona non è, per esempio, in grado di esprimere volizioni rilevanti²⁹⁵ – di trarre conseguenze addossabili al soggetto in questione, sotto l’alternativo profilo di considerare quel suo comportamento idoneo a fargli acquistare diritti o a fare gravare su di lui conseguenze, al contrario, doverose.

La seconda ipotesi, alla quale potrebbe attagliarsi – sotto il profilo terminologico – l’idea del *tacere*, è costituita dal fatto che il comportamento sotto osservazione si caratterizzi per il dato esteriore di una mancata esternazione, dalla circostanza, cioè, che il soggetto – in grado per le conoscenze di cui dispone e per idoneità soggettiva a manifestare una propria volontà (intesa come intenzione) – si sia, tuttavia, astenuto dall’esternazione: non abbia esplicitato alcunché²⁹⁶.

Ebbene, delle due ipotesi, entrambe astrattamente riconducibili all’idea di “silenzio”, come abbiamo riscontrato nelle pagine precedenti, i Romani non hanno concepito una disciplina negoziale comune.

²⁹⁰ D.1.5.11 (Paul. 18 *resp.*); C.I.5.4.5 (Imp. Alex. A. Maximae); D.23.1.7.1 (Paul. 35 *ad ed.*); D.23.1.12 pr.-1 (Ulp. *lib. singul. de spons.*); D.14.1.1.5 (Ulp. 28 *ad ed.*); D.14.4.1.3 (Ulp. 29 *ad ed.*).

²⁹¹ D.49.15.12.3 (Trifon. 4 *disp.*).

²⁹² Gai. 2.24; D.3.3.15 (Ulp. 8 *ad ed.*); D.3.3.40.4 (Ulp. 9 *ad ed.*); D.8.5.11 (Marc. 6 *dig.*); D.19.2.13.11 (Ulp. 32 *ad ed.*); D.19.2.60.6 (Lab. *post. 5 a lavol. epit.*); D.9.4.2 pr.-1 (Ulp. 18 *ad ed.*); D.9.4.4 pr.-3 (Paul. 3 *ad ed.*).

²⁹³ Nel comportamento ‘negativo’ rientra, infatti, anche il ‘*celare*’, cui è rivolta la discussione del secondo capitolo – incentrato sulle dichiarazioni reticenti del venditore in compravendita –, nell’intento di precisarne i ‘confini’.

²⁹⁴ D.3.3.8.1 (Ulp. 8 *ad ed.*).

²⁹⁵ V. nt. 289.

²⁹⁶ V. nt. 292.

I due fatti non possono riportarsi, infatti, entrambi all'idea di "manifestazione" di volontà, al solo presupposto cioè che potrebbe giustificare una disciplina "negoziale", come quella che noi intendiamo indagare.

Nel primo, manca l'atto, nel senso almeno che il comportamento osservabile non permette di riconoscere che esso vi sia stato: non vi è, insomma, l'esistenza "riconoscibile" di un "fatto" interpretabile come espressione di un atteggiamento soggettivo consapevole. Di quel tipo di "silenzio" è ben possibile, naturalmente, avere una "disciplina" giuridica²⁹⁷, ma non una disciplina "negoziale". L'assenza di "segni" può essere, ad esempio, come nella materia auspicale, il presupposto per attribuire al "fatto" conseguenze giuridiche²⁹⁸.

Allo stesso modo, sarà possibile fare derivare – anche da un silenzio inteso come mero "fatto negativo" – un'eventuale imputazione di "effetti" di diritto privato a un soggetto. Ma lo sarà per scelta dell'ordinamento che, tra le due possibilità connesse all'assenza di elementi, ovvero, non attribuire rilevanza alcuna al "fatto negativo" e attribuirgliene una, sceglie la seconda e, dunque, addossa al soggetto le conseguenze di quel "fatto", non diversamente da come potrebbe addossargliene quelle di un qualunque altro "positivo": per esempio, la sopportazione delle conseguenze materiali di un evento "distruttivo" delle proprie cose²⁹⁹.

Solo, dunque, il secondo "fatto" costitutivo di silenzio – in senso, ora, di comportamento "non comunicativo" consapevolmente assunto – può essere ricondotto all'idea di "comportamento negoziale", cioè di comportamento – per quel che qui ci riguarda – assimilabile al "silenzio", osservato dal venditore al momento di concludere il contratto.

²⁹⁷ Come accade in caso di *matrimonium dei filii del captivus* (D.49.15.12.3).

²⁹⁸ G. Nicosia, *Lineamenti di storia del diritto romano*, Catania 1970, p. 56 ss.

²⁹⁹ A. Corbino, *Il danno qualificato e la lex aquilia*² cit., p. 7 ss.

CAPITOLO SECONDO

LA RETICENTIA E LA SUA PIÙ ANTICA DISCIPLINA

SOMMARIO: 1. La regolamentazione decemvirale e i relativi sviluppi giurisprudenziali. Analisi di Cic. *de off.* 3.16.65 – 2. *Segue.* Analisi di Cic. *de off.* 3.16.66-67 e D.18.1.66 pr.-1 (Pomp. *ad Q. Mucium*) – 3. Il dibattito tardo-repubblicano sugli obblighi d'informazione del venditore.

1. La regolamentazione decemvirale e i relativi sviluppi giurisprudenziali. Analisi di Cic. de off. 3.16.65.

Lo studio dell'atteggiamento tenuto dai giuristi romani sul silenzio del venditore non può che muovere dalle notizie che ci pervengono da Cicerone, in particolare, dal terzo libro del *de officiis*³⁰⁰, opera dedicata alla trattazione delle implicazioni etiche che possono sorgere nel rapporto tra '*officium*' e '*utilitas*', che contraddistingue l'agire umano³⁰¹.

Per la fine della repubblica (I sec. a. C.), siamo così informati circa l'esistenza di un dibattito giurisprudenziale sulla valenza che può assumere il

³⁰⁰ Sulla datazione e sulla genesi storica dell'opera ciceroniana cfr., principalmente, Q. Cataudella, *Sulle fonti del 'de officiis di Cicerone'*, in *Atti del I Congr. Studi Cicer.* (Roma 1959), II, Roma 1961, p. 479 ss.; F. D'Ippolito, *Sulla data dell' "actio de dolo"*, in *Labeo* 41 (1995), p. 249; A. R. Dyck, *A commentary on Cicero, De officiis*, Michigan 1996, p. 21 ss.; M. Talamanca, *La bona fides nei giuristi romani: 'Leerformeln' e valori dell'ordinamento*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, a cura di L. Garofalo. Atti del convegno internazionale di *Studi in onore di A. Burdese*, IV, Padova 2003, p.139; A. Mantello, *Etica e mercato tra filosofia e giurisprudenza*, in *Affari, finanza e diritto nei primi due secoli dell'impero*, Atti del Convegno Internazionale di Diritto Romano (Copanello, 5-8 giugno 2004), a cura di F. Milazzo, Milano 2012, p. 26 nt. 9. Da ultimo, R. Fiori, "*Bonus Vir*". *Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, Napoli 2011, p. 9 ss.

³⁰¹ Sui rapporti tra l'*utile* e l'*honestum* sul piano dei doveri morali in Cicerone, cfr.: P. Fedeli, *Il 'De officiis' di Cicerone. Problemi e atteggiamenti della critica moderna*, in ANRW. I (4/1973), p. 357 ss.; M. S. Goretti, *Il problema del silenzio nell'esemplificazione ciceroniana del 'De officiis': ipotesi circa la storia come giuridicità e come reale*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, III, Milano, 1982, p. 75 ss.; Id., *Il problema giuridico del silenzio cit.*, p. 69 ss.; G. Aricò Anselmo, '*Ius publicum*'- '*ius privatum*' in *Ulpiano, Gaio e Cicerone*, in AUPA. 37 (1983), p. 690 ss.; L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d'informazione cit.*, p. 42 ss.; Id., "*Aliud est celare, aliud tacere*" (Cic., *de off.* 3.12.52). *Proiezioni attuali di un antico dibattito sulla reticenza del venditore*, in AG. 227 (2007), p. 235 ss. D'interesse anche E. Costa, *Cicerone giureconsulto*, I², (rist. an.), Roma 1964, p. 20 ss.; 192 ss.; M. Brutti, *Cicerone, dalla virtù al diritto*, in SDHI. 77 (2011), p. 23 ss.; spec., p. 29 ss., e A. Castresana, *La relevancia jurídica del silencio cit.*, p. 708 ss.

silenzio giuridicamente rilevante; nello specifico, quando esso si configuri come reticenza dei contraenti nella fase delle trattative e della conclusione del contratto di compravendita. Benché la materia era stata già certamente oggetto di attenzione e disciplina nell'editto edilizio³⁰², Cicerone (al quale evidentemente interessava guardare all'aspetto del problema che coinvolgeva la persona comune, i suoi modi di pensare e di operare, e non invece un particolare tipo di commercianti professionali e specializzati) incentra invece il proprio interesse sulle implicazioni, giuridiche ed etiche, che la reticenza comporta nelle compravendite immobiliari, svelando profili della problematica che investono direttamente la disciplina della responsabilità per dolo contrattuale (*dolus in contrahendo*)³⁰³.

Nel tempo in cui Cicerone se ne occupa, il problema aveva già un'importante storia alle spalle, che muoveva dalla legislazione decemvirale.

Come apprendiamo dall'Arpinate, nell'epoca più antica del diritto romano, un obbligo di dichiarare i vizi della cosa venduta gravava sul venditore per le sole compravendite di *praedia*³⁰⁴, per le quali soltanto – sembrerebbe doversi

³⁰² Cfr. D.21.1.1.1 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*). Il testo dell'editto edilizio sarà oggetto di studio del terzo capitolo.

³⁰³ I temi del *dolus*, della *bona fides* e della responsabilità del venditore sono stati ampiamente studiati sotto il profilo delle implicazioni giuridiche della reticenza da L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d'informazione* cit., p. 39 ss. [v. anche: Id., "Aliud est celare, aliud tacere" cit., spec. p. 211 ss.; Id., "... Si vero sciens reticuit et emptorem decepit ..." (D.19.1.13 pr.): 'vizi di fatto', 'vizi di diritto' e reticenza del venditore, in *Fides Humanitas Ius. Studi in onore di L. Labruna*, VIII, Napoli 2007, p. 5269 ss.; Id., *La reticenza del venditore in Cic., De off. 3.12-17*, in *Studi per G. Nicosia*, VII, Napoli 2007, p. 471 ss.; Id., *La violazione degli obblighi d'informazione in compravendita: un difficile recupero della prospettiva storica*, in *Studi in onore di R. Martini*, III, Milano 2009, p. 609 ss.; Id., *Sulle origini storiche della responsabilità precontrattuale*, in *Studi A. Metro*, VI, Milano, 2010, p. 105 ss.].

³⁰⁴ Sull'accezione del termine cfr. s. v. *Praedium* in *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, IV, Berolini 1914, p. 1017-1028; si veda altresì Æ Forcellini, *Lexicon Totius Latinitatis* cit., III, p. 803.

Il significato di '*praedia*', fondamentale per determinare l'ambito di applicazione della norma decemvirale, è stato particolarmente esaminato da A. Pernice, *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jharhundert der Kaiserzeit*, II.1², (rist. dell'ed. Halle 1895), Aalen 1963, p. 84 ss., il quale ipotizzò che il precetto decemvirale, il cui contenuto testuale era stato ricostruito attraverso il resoconto ciceroniano, si riferisse non solo ai beni immobili, ma a tutte le *res Mancipi*, basandosi sull'espressione '*in Mancipio*' adottata da Cicerone, a proposito della stessa regola, in *de off. 3.23.91* e in *de orat. 1.39.178*. Ancora, sull'espressione '*de iure praediorum*' cfr. B. Biondi, *Studi sulle actiones arbitrarie e l'arbitrium iudicis*, Palermo 1912, p. 129 ss., il quale circoscrive la portata della norma decemvirale alla vendita di immobili; R. Monier, *La garantie contre les vices cachés dans la vente Romaine*, Paris 1930, p. 6; G. Beseler, *De iure civili Tullio duce ad naturam revocando*, in *BIDR.* 39 (1931), p. 295 ss.; spec. 324; V. Arangio-Ruiz, *La compravendita in diritto romano*², Napoli 1956, p. 354 ss.; R. Cardilli, *L'obbligazione di «praestare»* cit., p. 156, e Solidoro Maruotti L., *Gli obblighi d'informazione* cit., p. 90. In generale, segnala la connessione fra il termine *praedium* ('*praes*') e la garanzia immobiliare G. Petracco Sicardi, "Saltus",

desumere dal tenore di quanto da lui riferito – le XII Tavole³⁰⁵ prevedevano una responsabilità del venditore per le dichiarazioni effettuate nella *nuncupatio*³⁰⁶, compiute solennemente e contestualmente alla *mancipatio*:

Cic. *de off.* 3.16.65: *Ac de iure quidem praediorum sanctum apud nos est iure civili, ut in iis vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori. Nam cum ex duodecim tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitatus³⁰⁷ esset, dupli poena subiret, a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta; quicquid enim esset in praedio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere³⁰⁸.*

“*praedium*” e “*colonia*” nella tavola veleiate, in *Studi in onore di A. Biscardi*, III, Milano 1982, p. 297.

³⁰⁵ Cfr. 6.2 (FIRA I², p. 43 ss.).

³⁰⁶ B. Albanese, *Brevi studi di diritto romano* (I). IV. *Cum nexum faciet mancipiumque*, in AUPA. 42 (1992), p. 52 nt. 7. Sul tema vanno ricordate anche le indagini di Niela Bellocchi: *La tutela della fiducia nell'epoca repubblicana*, Milano 1974, p. 15 ss.; 19 ss.; Id., *La struttura del negozio della fiducia nell'epoca repubblicana*. I. *Le nuncupationes*, Napoli 1979, p. 95 ss. [su cui cfr. la *Rec.* di S. Di Salvo, ‘*Nuncupare*’, in *Index* 12 (1983-1984), p. 570 ss.]; Id., *Una testimonianza dell'antico significato di ‘nuncupare’ e ‘nuncupatio’ in Servio Auct.*, 3,89, in *Studi Senesi* 94.2 (1982), p. 190 ss.; Id., *Ius sacrum e sollemnes nuncupationes in Roma antica*, in *Ius Antiquum-Drevne Pravo* 5 (Mosca 1999), p. 166 ss. Secondo la studiosa “*nuncupare*, avendo nell'epoca antica il valore di ‘chiamare-dichiarare pubblicamente e in forma solenne’, indica negli atti giuridici le formule, prestabilite e inalterabili, dalle quali scaturiscono effetti giuridici vincolanti per il fatto stesso di essere state pronunciate con parole preordinate”. La conseguenza – a giudizio dell'Autrice – è che tutti i *certa verba*, pronunciati solennemente e pubblicamente nel corso della *mancipatio*, costituiscono *nuncupationes*. Secondo A. Corbino, *Il formalismo negoziale*² cit., p. 55 ss.; in partic., 58 ss., ‘*nuncupatio*’, espressione di un ‘*lingua nuncupare*’, assumerebbe il significato di “pronunciare pubblicamente una formula solenne adeguatamente predisposta”. Da parte sua, S. Randazzo *Leges mancipii. Contributo allo studio dei limiti di rilevanza dell'accordo negli atti formali di alienazione*, Milano 1998, p. 68 ss.; spec., 73 ss., [su cui v. le *Recc.* di V. Giuffrè, “*Nuncupationes*” e “*leges mancipii*”, in *Labeo* 46 (2000), p. 117 ss., e di G. Wesener, *Leges mancipii. Contributo allo studio dei limiti di rilevanza dell'accordo negli atti formali di alienazione*, Milano 1998, in *SDHI.* 65 (2000), p. 488 ss.] mette in luce un'accezione più ampia dell'espressione ‘*nuncupare*’, “comprendente al suo interno ogni ipotesi di dichiarazione formale che – presentandone tutti i caratteri messi in luce dalle fonti – è ‘*nuncupativa*’ (ed in questo significato generale rientrano anche i *vota*)”, ed un'accezione “che attiene più specificamente al formalismo degli atti solenni a cui la legge delle Dodici Tavole accenna (‘*nexum*’ e ‘*mancipium*’) [...]”.

³⁰⁷ A parere di B. Albanese, *Brevi studi di diritto romano* (IV). II. *Lex mancipii e nuncupatio in due passi ciceroniani (de orat. 1.39.178; de off. 3.16.65)*, in AUPA. 48 (2003), p. 16 ss., “*infitari*” sarebbe da interpretare non nel senso di ‘negare quanto viene detto’ – significato che il termine avrebbe assunto in un'età progredita –; piuttosto, l'espressione avrebbe avuto il valore, corrispondente al senso originario, di “non dichiarare”. Evidenza, al riguardo, un diverso senso di “*infitari*” M. Varvaro, *Per la storia del certum. Alle radici della categoria delle cose fungibili*, Torino 2008, p. 230 ss., a giudizio del quale l'espressione coinciderebbe con “*mentiri*”, alludendo, in generale, al comportamento scorretto del venditore che proferisce una menzogna quando compie la *mancipatio* del fondo alienato. Sull'uso di ‘*infitari*’ nel senso di dire il falso, in Cicerone, cfr. H. Merguet, *Lexikon zu den Reden des Cicero mit Angabe sämtlicher Stellen*, II, (rist. an. dell'ed. Jena 1880), Hildesheim 1964, p. 692.

³⁰⁸ Il frammento ha suscitato riflessioni non unanimi da parte degli studiosi. Nella letteratura meno recente cfr., fra gli altri: A. Bechmann, *Der Kauf nach gemeinem Recht. I. Geschichte des Kaufs im römischen Recht*, Erlangen 1876, p. 653; P. Bonfante, *Corso di diritto romano*. II.2. *La*

L'antico *ius civile* prevedeva, dunque, una responsabilità *in duplum* solo nell'ipotesi in cui l'alienante, ponendo in essere una dichiarazione "nuncupativa", spontanea o sollecitata dal compratore³⁰⁹, avesse espressamente, e in modo "formale", affermato l'inesistenza di vizi del fondo che mancava.

La prima questione che l'informazione richiamata impone di considerare riguarda l'individuazione della sede negoziale delle dichiarazioni alle quali qui si allude. Di certo, la norma decemvirale si riferiva alla *mancipatio*. Lo suggerisce il fatto che vengono in discussione vendite di un fondo – '*ac de iure quidem praediorum sanctum apud nos est iure civili, ut in iis vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori*' –, ma anche la circostanza che nel testo si alluda espressamente a *nuncupationes* – '*nam cum ex duodecim tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata ...*'³¹⁰.

proprietà cit., p. 145 ss. [= rist., Milano 1968, p. 195 ss.]; G. Beseler, *De iure civili Tullio duce ad naturam revocando cit.*, p. 324 ss.; S. Riccobono, *La "voluntas" nella prassi giudiziaria guidata dai Pontefici*, in *Festschrift F. Schulz*, I, Weimar 1951, p. 302 ss. Secondo V. Arangio-Ruiz, *La compravendita in diritto romano*² cit., p. 353 ss., da tale passo "si è voluta trarre l'illazione che al regime dell'*auctoritas* corrispondesse in tema di vizi una parallela responsabilità del venditore, sboccante anch'essa in una condanna *in duplum*, ogni volta che quello avesse attribuito alla *res Mancipi* oggetto del negozio qualità che in effetti non vi si riscontrassero o ne avesse esclusi difetti in realtà esistenti". Nella letteratura moderna, hanno dedicato particolare attenzione al passo: M. Sargenti, *Problemi della responsabilità contrattuale*, in *SDHI*. 20 (1954), p. 235 ss.; Id., *L'evizione nella compravendita romana*, Milano, 1960, p. 83 ss., a parere del quale il brano ciceroniano dimostrerebbe non solo la nascita della responsabilità per vizi occulti, ma anche l'affermarsi, nel contesto dell'*emptio-venditio*, della responsabilità evizionale; A. Pezzana, *Sull'actio empti come azione di garanzia per i vizi della cosa in alcuni testi di Cicerone. Note esegetiche*, in *BIDR*. 62 (1959), p. 185 ss.; F. Cancelli, *L'origine del contratto consensuale di compravendita nel diritto romano. Appunti esegetico-critici*, Milano 1963, p. 35 ss.; A. Watson, *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford 1965, p. 81 ss.; N. Bellocchi, *La struttura del negozio della fiducia cit.*, I, p. 95 ss.; O. Behrends, *La Mancipatio nelle XII Tavole*, in *IVRA* 33 (1982), p. 46 ss.; L. Manna, *Rilievi in margine alla responsabilità del venditore di schiavi: la clausola dell'editto edilizio 'Quodsi Mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve... iudicium dabimus'*, in *Testimonium amicitiae*, Milano 1992, p. 216 ss.; Id., *Actio redhibitoria e responsabilità per i vizi della cosa nell'editto de Mancipiis vendundis*, Milano 1994, p. 99 ss.; S. Randazzo, *Leges Mancipii cit.*, p. 74 nt. 92; p. 81 ss.; N. Donadio, *L'actio de modo agri nel ricordo delle "Pauli Sententiae"*, in *Index* 28 (2000), p. 319 ss., la quale si sofferma su alcuni aspetti del dibattito che ha portato parte della dottrina tradizionale a ricondurre la responsabilità di cui parla Cicerone all'*actio de modo agri*; R. Cardilli, *L'obbligazione di «praestare» cit.*, p. 113; 156; Id., *'Bona fides' tra storia e sistema*², Torino 2010, p. 49 ss.; M. Talamanca, *Le Dodici Tavole ed i negozi obbligatori*, in *Le Dodici Tavole cit.*, p. 350 ss.; A. Corbino, *L'eccezione di dolo generale: suoi precedenti nella procedura 'per legis actiones'*, in *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, a cura di L. Garofalo, Padova 2006, p. 25 ss.; L. Solidoro Maruotti, *Sulle origini storiche della responsabilità cit.*, p. 105 ss.

³⁰⁹ Cfr. Plaut. *Epid.* 471-472; D.18.1.41 pr. (Iul. 3 ad Urs. Fer.); D.21.2.75 (Ven. 16 stip.).

³¹⁰ Che Cicerone si stesse riferendo a una *nuncupatio* diretta ad escludere la presenza di vizi appare certo. Cfr. S. Randazzo, *Leges Mancipii cit.*, p. 81 ss.; 132 ss., e R. Ortu, "Aiunt aediles

Riferimenti testuali, questi, dai quali si è giustificatamente dedotto che la norma avesse un collegamento abbastanza diretto con la disposizione decemvirale che recitava “*cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit ita ius esto*”³¹¹; e se n’è, di conseguenza, immaginata una collocazione – nel testo legislativo – direttamente connessa con la stessa³¹².

E’ opinione, pertanto, degli editori che i due precetti costituissero elementi di un unico contesto normativo e che essi si trovassero in immediata consecuzione come prima e seconda disposizione della tavola 6.

A) Per ricostruire il regime decemvirale in questione sarà opportuno muovere dalla norma per così dire base, ovvero da quella che gli editori collocano al versetto 1 e che costituisce l’implicita premessa della disposizione successiva, la cui evoluzione interpretativa avrebbe portato alla disciplina di nostro specifico interesse (*‘poena reticentiae’*³¹³):

*Tab. 6.1: Cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua nuncupassit ita ius esto*³¹⁴.

La portata e il valore della prescrizione decemvirale sono stati discussi a fondo³¹⁵.

...”. *Dichiarazioni del venditore e vizi della cosa venduta nell’editto de mancipiis emundis vendendis*, Torino 2008, p. 3 ntt. 5 e 6.

³¹¹ *Tab. 6.1.*

³¹² B. Albanese, *Lex mancipii e nuncupatio* cit., p. 16; A. Corbino, *L’eccezione di dolo generale* cit., p. 26.

³¹³ Alla quale avrebbero poi fatto riferimento i giuristi, come dimostrano D.18.1.35.8 (Gai. 10 *ad ed. prov.*) e D.18.1.43.2 (Flor. 8 *instit.*), anche se con qualche incertezza circa l’esatta portata della pena (D.18.1.66, Pomp. 31 *ad Q. Mucium*). Così L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d’informazione* cit., p. 97.

³¹⁴ FIRA I², p. 43 ss.

³¹⁵ La letteratura in materia è comunque amplissima. Cfr., fra i tanti: A. Bechmann, *Der Kauf nach gemeinem Recht* cit., I, p. 195 ss.; P. Bonfante, *Corso di diritto romano. II.2. La proprietà* cit., p. 145 ss. [= rist., Milano 1968, p. 195 ss.]; S. Riccobono, *La “voluntas” nella prassi giudiziaria* cit., p. 302 ss.; B. Biondi, *Successione testamentaria e donazioni*², Milano 1955, p. 41 ss.; C. Gioffredi, *Su XII Tab. 6.1*, in SDHI. 27 (1961), p. 343 ss.; E. Volterra, s. v. *Mancipatio*, in NNDI. 10 (Torino 1964) p. 97 ss.; G. Gandolfi, *Studi sull’interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, Milano 1966, p. 294 ss.; R. Santoro, *Potere ed azione nell’antico diritto romano*, in AUPA. 30 (1967), p. 388 ss.; N. Bellocchi, *La struttura del negozio della fiducia* cit., I, p. 71 ss.; A. Magdelain, *L’acte per aes et libram et l’auctoritas*, in RIDA. 28 (1981), p. 127 ss.; O. Beherends, *La mancipatio nelle XII Tavole* cit., p. 46 ss.; B. Albanese, *Cum nexum faciet mancipiumque* cit., p. 50 ss.; spec., p. 51 nt. 3 con indicazioni bibl.; Id., *Brevi studi di diritto*

Che il ‘*lingua nuncupare*’³¹⁶, riferito all’attuazione di un *nexum*³¹⁷ *mancipiumque*³¹⁸, specificasse una dichiarazione orale e solenne appare pacifico tra gli studiosi³¹⁹, per i quali il senso della norma si ritiene ormai (secondo un orientamento abbastanza generale) essere quello che – nel compimento di un *gestum per aes et libram (nexum o Mancipium)* – l’ordinamento riconosce rilevanza giuridica soltanto alle “dichiarazioni”, cioè alle parole appunto “nuncupate”³²⁰.

romano (I). III. *Verba concepta e consapevolezza interiore in due antichi riti romani*, in AUPA. 42 (1992), p. 31 ss.; M. Humbert, *Il valore semantico e giuridico di vsvs nelle Dodici Tavole*, in *Le Dodici Tavole* cit., p. 378 ss.; M. Talamanca, *Le Dodici Tavole e i negozi obbligatori* cit., p. 354 ss.; A. Corbino, *Il formalismo negoziale*² cit., p. 60. Più di recente, v. anche le incidentali considerazioni di P. Arces, *Studi sul disporre mortis causa. Dall’età decemvirale al diritto classico*, Milano 2013, p. 75 ss.

Una riflessione sui termini essenziali del dibattito scaturito dall’interpretazione di *tab. 6.1* è offerta da S. Randazzo, *Leges Mancipii* cit., spec. p. 62 ss.; 67 ss., il quale riassume così le possibili letture del testo: “Da un lato si pongono quegli studiosi, che, considerando ‘*nuncupare*’ come sinonimo di ‘dichiarare’ (pronunciando indistintamente tutte quelle clausole, *leges*, patti e altre specificazioni che i privati avessero inteso effettuare), giungono ad interpretare la disposizione della legge delle Dodici Tavole come l’affermazione di un principio storicamente dirimpante: con siffatte *nuncupationes*, o *leges Mancipii*, il *Mancipio accipiens* o il *Mancipio dans* avrebbero potuto orientare gli effetti del negozio librare in forza di un mero atto di volontà”. In questa prospettiva, la norma decemvirale avrebbe attribuito valore di ‘*ius*’ a tutto ciò che i privati disponevano oralmente (ovvero “tutte le integrazioni verbali”). Altra parte della dottrina – precisa l’Autore – “ha invece, ed in vario modo, posto in luce la difficoltà a considerare in termini così estesi ed indistinti il disposto di *XII tab. 6.1*. Per cui, secondo alcuni l’interpretazione della norma dovrebbe essere orientata in senso strettamente teleologico: ‘la legge sancirebbe la libertà negoziale, nel senso che le parole del negozio debbano essere sì solenni, ma atte a raggiungere i diversi scopi voluti dalle parti’, mentre a giudizio di altri, questa sarebbe un’interpretazione relativa ad una fase storica più recente rispetto a quella cui si riferisce la disposizione decemvirale; tale norma, dunque, avrebbe inteso prendere in considerazione, dando ad esse il più ampio riconoscimento, proprio le *leges Mancipio dictae*, ritenute infatti equivalenti alle ‘*nuncupationes*’ di *XII tab. 6.1*”.

³¹⁶ L’espressione ricorre anche in Varr., *de ling. lat.* 7.8; in Cic., *de orat.* 1.57.245.

³¹⁷ L’espressione ‘*nexum facere*’ alluderebbe al compimento del *gestum per aes et libram* del *nexum*. Cfr. per tutti S. Randazzo, *Leges Mancipii* cit., p. 56; p. 53 nt. 34, con esaustiva letteratura sull’istituto.

³¹⁸ P. Fuenteseca, *Mancipium, Mancipatio e dominium*, in *Labeo* 4 (1958), p. 139; B. Albanese, *Cum nexum faciet Mancipiumque* cit., p. 58 ss. Osserva, al riguardo, S. Randazzo, *Leges Mancipii* cit., p. 56 ss.; 57 nt. 40, con particolareggiata bibl., che ‘*Mancipium*’ *facere* equivalga all’espressione ‘*Mancipationem*’ *facere*, sulla base del fatto che “già la costruzione della frase deponga nel senso di ritenere il termine ‘*Mancipium*’ non relativo, genericamente, al *gestum per aes et libram* ma, peculiarmente, alla *Mancipatio* [...]”.

³¹⁹ C. Gioffredi, *Su XII Tab. 6.1* cit., p. 343 ss.; B. Albanese, *Cum nexum faciet Mancipiumque* cit., p. 52 ss.; S. Randazzo, *Leges Mancipii* cit., p. 50 ss.; A. Corbino, *Il formalismo negoziale*² cit., p. 58 ss.

³²⁰ Secondo la proposta ricostruttiva di S. Randazzo, *Leges Mancipii* cit., p. 67 ss., mediante le parole contenute nel versetto di *tab. 6.1* “l’ordinamento attribuisce rilevanza giuridica (*ita ius esto*) alla posizione di coloro i quali, compiendo un *gestum per aes et libram* – sia esso il *nexum* o la *Mancipatio (cum nexum faciet Mancipiumque)* – pronuncino delle ‘*nuncupationes*’, nel senso che operino un *nuncupare (uti lingua nuncupassit)*”. Nella stessa prospettiva già Corbino A., *Il*

Non meno pacifico è che le *nuncupationes*³²¹ in questione dovessero essere costituite da moduli espressivi assolutamente formali, predisposti dai pontefici³²². “La *nuncupatio* non è una dichiarazione libera, sul piano specifico della terminologia da usare, ma, viceversa, è una dichiarazione rigorosamente ‘rituale’ e quindi ‘a forma vincolata’”³²³, proprio perché pronunciata con *verba* corrispondenti a quelli determinati nel rituale voluto dai pontefici³²⁴.

I moduli espressivi in questione sono in parte concepiti in astratto (e dunque si ripetono di volta in volta, con costante ripetitività), ma comprendono (con riferimento ad alcune parti di essi: quelli ad esempio descrittivi dell’oggetto dell’atto) anche parti che richiedono un adattamento di specie³²⁵.

Il che costringe ad una riflessione.

Se è ben vero che la giurisprudenza pontificale rappresenta l’esclusiva depositaria delle formule solenni e sacramentali³²⁶, e che ad essa spetta dunque “costruire” la forma della dichiarazione nuncupativa, non può tuttavia non tenersi

*formalismo negoziale*² cit., p. 56 ss., che attribuisce alla norma il significato di escludere ogni rilevanza a dichiarazioni che non abbiano il carattere di *nuncupatio*.

³²¹ Sulla distinzione tra *nuncupationes* e le *leges mancipii* (o *mancipio dictae*) cfr. B. Albanese, *Gli atti negoziali del diritto privato romano* cit., p. 45 ss. Sul punto anche N. Bellocci, *La struttura del negozio della fiducia* cit., I, p. 131 ss., per la quale la ‘*nuncupatio*’ corrisponderebbe alla pronuncia di una formula solenne inserita nel *gestum*, e produrrebbe effetti vincolanti indipendentemente dalla volontà della parte che ad essa ha fatto ricorso; invece, le ‘*leges mancipii*’ costituiscono clausole accessorie, espressione della *voluntas singulorum*.

Più articolato il punto di vista di S. Randazzo, *Leges mancipii* cit., spec. p. 34 ss.; 135 ss.; 155 ss., a parere del quale, a differenza della *nuncupatio* che si caratterizza in quanto dichiarazione formale e solenne elaborata dalla giurisprudenza pontificale – in grado di integrare il formulario dell’atto formale di alienazione –, le *leges mancipii* (o *in mancipio dictae*) si distinguerebbero per il carattere accessorio rispetto al negozio librato al quale ineriscono, la cui struttura sostanziale non subisce modifiche a causa della *lex* che vi si affianca. Specificamente – afferma l’Autore – si configurano come clausole accessorie di una *mancipatio* che “accedono all’atto formale come dichiarazioni aggiuntive e collegate funzionalmente ad esso, ma rimangono costantemente al di fuori del ‘modulo’ formale attraverso il quale si realizza lo specifico risultato del *gestum* librato”. Dello stesso avviso, di recente, R. Fercia, «*Fiducia contrahere*» e «*contractus fiduciae*». *Prospettive di diritto romano ed europeo*, Napoli 2012, p. 161 ss.

³²² Lo riconoscono, fra gli altri, N. Bellocci, *Una testimonianza dell’antico significato di ‘nuncupare’* cit., p. 205; B. Albanese, *Cum nexum faciet mancipiumque* cit., p. 59; S. Randazzo, *Leges mancipii* cit., p. 71; A. Corbino, *Il formalismo negoziale*² cit., p. 60.

³²³ S. Randazzo, *Leges mancipii* cit., p. 74.

³²⁴ A. Corbino, *Il formalismo negoziale*² cit., p. 60.

³²⁵ A. Corbino, *Il formalismo negoziale*² cit., p. 24 ss.; 60 ss.

³²⁶ Sull’attività interpretativa dei *pontifices* v. M. Kaser, *Religione e diritto in Roma arcaica*, in *Ann. Sem. giur. di Catania* 3 (1949), p. 77 ss.; Id., *Das altromische Ius*, Göttingen 1949, p. 118 ss.; G. Gandolfi, *Studi sull’interpretazione degli atti negoziali* cit., p. 299 ss.; L. Franchini, *Aspetti giuridici del pontificato romano. L’età di Publio Licinio Crasso (212-183 a. C.)*, Napoli 2008, p. 147 ss.; M. Bretone, *Storia del diritto romano*¹³, Bari 2010, p. 110 ss.

conto del fatto che l’iniziativa (trattandosi di dichiarazioni che potrebbero richiedere la considerazione di circostanze specifiche³²⁷) è soggettiva e che essa è, dunque, rimessa all’attivarsi dei privati: il contenuto dei *verba* rigorosamente formulati *ad hoc* dai *pontefices* sarà quello riferito dal soggetto che chiede di pronunciare la *nuncupatio* per lui opportuna³²⁸. Le dichiarazioni che ne verranno saranno esposte ad una rigorosa interpretazione “letterale” del relativo contenuto; il che vale inanzitutto per le parti “tipiche” del formulario, non solo nella loro parte “costante” ed immutabile, ma anche in quella “variabile” ed adattata alle circostanze del caso.

Fin qui gli effetti diretti ed immediati di XII *tab.* 6.1.

Ora però (ed è quel che a noi interessa), la norma successiva (con l’obbligo di dichiarazioni “veritiere” che essa introduce per il “venditore”), ci porta, per la *mancipatio*, su un campo nuovo, collegato, ma diverso.

Nella *mancipatio*, attuata secondo il suo schema elementare³²⁹, il *mancipio dans* ha un ruolo “muto”. Non ne sono previste dichiarazioni. Quando la norma perciò impone (*tab.* 6.2) che egli renda “*nuncupationes*” veritiere, allude, con evidenza, non a eventuali “adattamenti” del rituale (legati alle circostanze

³²⁷ Come, ad esempio, l’indicazione circa le dimensioni del fondo (*modus agri*), sulla quale v. *infra*.

³²⁸ La funzione di assistenza alla redazione degli atti e dei negozi giuridici pertiene esclusivamente alla giurisprudenza pontificale. Sull’attività di consulenza in materia di predisposizione e interpretazione degli accordi negoziali da parte dei giuristi che prende il nome di ‘*cavere*’ v., comunque: D. Daube, *Slightly different*, in IVRA 12 (1961), p. 81 ss. [ora in *Collected Studies in Roman Law*, II, Frankfurt am Main 1991, p. 1044 ss.]; F. Cancelli, *Per una revisione del ‘cavere’ dei giureconsulti repubblicani*, in *Studi in onore di E. Volterra*, V, Milano 1971, p. 611 ss.; part., 625 ss., con vasta bibl. e ricognizione dello stato della dottrina precedente; Id., *L’assistenza nel processo o l’“in iure cavere” del giureconsulto*, Roma 1974, p. 3 ss.; Id., *La giurisprudenza unica dei pontefici e Gneo Flavio, tra fantasie e favole romane e romanistiche*, Roma 1996, *passim*; F. Reinoso Barbero, *Iuris Auctores. (Reflexiones sobre la jurisprudencia romana y el jurista actual)*, in *Estudios de Derecho Romano en honor de Alvaro d’Ors*, II, Pamplona 1987, p. 985; F. Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte*, I, München 1988, p. 312; 321; 558 ss.; 575; M. Bretone, *Giurisprudenza e oratoria nella tarda repubblica*, in *Poder politico y derecho en la Roma clasica*. Ed. J. Paricio, Madrid 1997, p. 55 ss.; B. Biscotti, *Il mercante e il contadino*, in *Labeo* 45 (1999), p. 368 ss.

³²⁹ Come descritto in Gai 1.119: *Est autem Mancipatio, ut supra quoque diximus, imaginaria quaedam venditio: Quod et ipsum ius proprium civium Romanorum est; eaque res ita agitur: Adhibitis non minus quam quinque testibus civibus Romanis puberibus et praeterea alio eiusdem condicionis, qui libram aeneam teneat, qui appellatur libripens, is, qui Mancipio accipit, rem tenens ita dicit: hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra; deinde aere percutit libram idque aes dat ei, a quo Mancipio accipit, quasi pretii loco.*

specifiche: cosa, eventuale ammontare del corrispettivo), ma a dichiarazioni diverse, estranee e complementari a quelle ordinarie e comuni.

Si comprende così il rapporto tra le due disposizioni (XII tav. 6.1 e 6.2): *tab.* 6.1 diventa la norma interpretativa (generale), alla luce della quale s'intende che il soggetto debba rispondere di quanto ha dichiarato, e *tab.* 6.2 quella (particolare) che estende le conseguenze del formalismo anche alle dichiarazioni "accessorie"³³⁰.

Ciò chiarito, nasce tuttavia un problema.

Poiché il testo del *de officiis* costringe a ritenere che la *nuncupatio* oggetto di diretta disciplina fosse dichiarata dal *mancipio dans*³³¹ (al quale la sua mancata pronuncia è ora infatti addebitata come se ne avesse reso una non veritiera: *poena dupli*), e poiché è sicuro – come abbiamo appena ricordato – che nell'attuare un'ordinaria *mancipatio* parlasse solo il *mancipio accipiens* (il quale dunque non potrebbe non coincidere con il "compratore", sia che si voglia prendere in considerazione l'epoca più antica e supporre, perciò, con la dottrina comune, che in esso la *mancipatio* s'identificasse con la "vendita"; sia che si voglia, invece, guardare ad un tempo più recente e pensare, perciò, che la *mancipatio* desse piuttosto "esecuzione" ad una compravendita conclusa), appare non facile comprendere come la disposizione decemvirale, nell'imporre al "venditore" (*mancipio dans*) oneri di dichiarazioni veritiere per esporlo, poi, anche a responsabilità da *reticentia*, potesse riferirsi, appunto, all'attuazione di una ordinaria *mancipatio*.

Se ad essere sanzionato è un comportamento del venditore di un fondo, occorre necessariamente immaginare una *mancipatio* che implicasse "dichiarazioni" del *mancipio dans*. Dunque, non quella realizzata secondo lo

³³⁰ Ipotizza B. Albanese, *Lex mancipii e nuncupatio* cit., p. 16 ss., che, proprio a causa del nesso che lega le due norme decemvirali, si possa ragionevolmente ritenere che in *tab.* 6.2 "ricorressero le locuzioni *lingua nuncupare*, e *duplio*, nonché un cenno al negozio in ordine al quale la norma è dettata, un negozio connesso alla vendita di un fondo, quindi, con ogni probabilità un cenno al *mancipium facere*, come in *XII Tab.* 6.1, ed al suo oggetto (*praedium*)".

³³¹ In tal senso già O. Behrends, *La mancipatio* cit., p. 57 ss. Di diverso avviso, M. Humbert, *Il valore semantico e giuridico di vsvs* cit., p. 379.

schema elementare³³², ma una compiuta, piuttosto, secondo uno schema più complesso, inclusivo di dichiarazioni del *mancipio dans*.

Il che non è, in generale, impossibile. Anzi.

E', infatti, certo che la *mancipatio* potesse sostenere dichiarazioni nuncupative complementari, come accade nel caso della *nuncupatio testamenti* del testamento librato (Gai 2.104³³³).

Come sappiamo, il giurista antoniniano parlando delle tre più antiche forme di testamento, ricorda come al *testamentum calatis comitiis* e al *testamentum in procinctu* si era aggiunto il *testamentum per aes et libram*, sviluppatosi dalla *mancipatio familiae*³³⁴, il quale sopravvisse, per tutta l'epoca classica, quale unico tipo di testamento³³⁵.

A proposito della *mancipatio familiae*, Gaio, al § 102³³⁶, richiama quest'ultima come un espediente al quale ricorreva il *pater familias* che, trovandosi in imminente pericolo di vita ('*si subita morte urgebatur*'), e non

³³² V. *supra* nt. 329.

³³³ *Equae res ita agitur: qui facit testamentum, adhibitis, sicut in ceteris mancipationibus, V testibus civibus Romanis puberibus et libripende, postquam tabulas testamenti scripserit, mancipat alicui dicis gratia familiam suam; in qua re his verbis familiae emptor utitur: familiam pecuniaque tuam endo mandatela tua custodelaque meam, quo tu iure testamentum facere possis secundum lege publicam, hoc aere, et ut quidam adiciunt, aeneaque libra, esto mihi empta; deinde aere percutit libram idque aes dat testatori velut pretii loco; deinde testator tabulas testamenti manu tenens ita dicit: haec ita ut in his tabulis cerisque scripta sunt, ita do ita lego ita testor, itaque vos, quirites, testimonium mihi perhibetote; et hoc dicitur nuncupatio: nuncupare est enim palam nominare, et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea videtur generali sermone nominare atque confirmare.*

³³⁴ Sull'argomento cfr., fra i tanti: H. Lévy-Bruhl, *Nature de la Mancipatio Familiae*, in *Festschrift Schulz*, I, Weimar 1951, p. 253 ss.; B. Biondi, *Successione testamentaria. Donazioni*² cit., p. 39 ss.; U. Coli, *Il testamento nella Legge delle XII Tavole*, in IVRA 7 (1956), p. 24 ss.; P. Voci, *Diritto ereditario romano*, I², Milano 1967, p. 87 ss.; G. Scherillo, *Corso di diritto romano. Il testamento*, I, Milano 1966, p. 33 ss.; 127 ss.; 250 ss.; II, Milano 1967, p. 10 ss.; G. Coppola Bisazza, *Brevi riflessioni sulla funzione della mancipatio familiae*, in IVRA 50 (1999), p. 161 ss.; B. Albanese, *Brevi studi di diritto romano* (III). VI. *Sul formulario della mancipatio familiae in Gai 2.104*, in AUPA. 47 (2002), p. 68 ss.; F. Terranova, *Sulla natura 'testamentaria' della cosiddetta mancipatio familiae*, in AUPA. 53 (2009), p. 301 ss.; Id. *Ricerche sul testamentum per aes et libram*. I. *Il ruolo del familiae emptor (con particolare riguardo al formulario del testamento librato)*, Torino 2011, p. 18 ss.; M. Brutti, *Il diritto privato romano nell'antica Roma*², Torino 2011, p. 389 ss.; A. Corbino, *Diritto privato romano*³ cit., p. 481 ss. [vedi già per altro: *Il formalismo negoziale*², cit. p. 19 ss.].

³³⁵ Gai 2.101-103.

³³⁶ *Accessit deinde tertium genus testamenti, quod per aes et libram agitur: qui enim neque calatis comitiis neque in procinctu testamentum fecerat, is, si subita morte urgebatur, amico familiam suam, id est patrimonium suum, mancipio dabat eumque rogabat, quid cuique post mortem suam dari vellet. quod testamentum dicitur per aes et libram, scilicet quia per mancipationem peragitur.*

avendo fatto testamento, voleva *mancipare* il proprio patrimonio (*'familia pecuniaque'*) a un amico, pregandolo di dare esecuzione, dopo la morte, alle sue ultime volontà (*'eumque rogabat quod cuique post mortem suam dari vellet'*)³³⁷.

Divenute obsolete le altre due forme di testamento, quello usato ai suoi tempi è il *testamentum per aes et libram*³³⁸, ma il regime complessivo degli effetti giuridici che si producono adesso (*nunc*) è diverso rispetto a prima (*olim*)³³⁹. Infatti, *olim* gli effetti dell'atto implicavano un ruolo effettivo del *mancipio accipiens (familiae emptor)*, tant'è vero che quest'ultimo *'heredis locum optinebat'*; mentre in un secondo momento (*nunc*), l'atto rituale era realizzato soltanto *'dicis causa'*³⁴⁰, con la conseguenza che diveniva direttamente *heres* colui che era stato direttamente designato, mediante la *nuncupatio*, dal *testator*.

Ne consegue che al perfezionamento del *testamentum per aes et libram*, nella configurazione finale tramandataci da Gaio (§ 104), concorressero due atti: la *mancipatio familiae* e la *nuncupatio testamenti*.

Benché sia stata autorevolmente sostenuta la totale estraneità al rituale della *mancipatio familiae* della *nuncupatio testamenti* – entrambe richiamate nella descrizione gaiana –, negando che all'interno del rituale della prima potesse essere prevista una dichiarazione del *mancipio dans*, sulla base della considerazione

³³⁷ Sul punto, da ultimo, G. Nicosia, *Quasi pretii loco*, in IVRA 60 (2012), p. 15 ss.; G. Coppola Bisazza, *Ancora qualche precisazione sul formulario del testamentum per aes et libram*, in IVRA 62 (2014), p. 250 ss.

³³⁸ Che divenne, difatti, la forma civile ordinaria dell'atto.

³³⁹ Gai 2.103: *Sed illa quidem duo genera testamentorum in desuetudinem abierunt; hoc vero solum, quod per aes et libram fit, in usu retentum est. sane nunc aliter ordinatur, quam olim solebat; namque olim familiae emptor, id est, qui a testatore familiam accipiebat mancipio, heredis locum optinebat, et ob id ei mandabat testator, quid cuique post mortem suam dari vellet; nunc vero alius heres testamento instituitur, a quo etiam legata relinquuntur, alius dicis gratia propter veteris iuris imitationem familiae emptor adhibetur.*

³⁴⁰ A. Corbino, *Diritto privato romano*³ cit., p. 482, sostiene che si continuò a impiegare la *mancipatio familiae* in modo sostanzialmente strumentale, e cioè al solo fine di consentire il compimento della connessa *nuncupatio*, che l'Autore qualifica come "una dichiarazione accessoria del *mancipio dans*, nella quale erano contenute le sue volontà testamentarie e alla quale la *mancipatio familiae* era espressamente preordinata: *'quo tu iure testamentum facere possis'*". V. anche *infra* e nt. 343.

della diversità dei due atti³⁴¹, appare in effetti difficile negare che entrambi – certamente distinti – non fossero anche inscindibilmente connessi³⁴².

Nel testamento librato è la dichiarazione nuncupativa del *testator* a produrre effetti ma ciò non accadrebbe se la *mancipatio familiae* ‘*dicis causa*’ non si realizzasse: il compimento della *mancipatio familiae* costituisce presupposto necessario della *nuncupatio testamenti* che solo essa consente di attuare³⁴³.

Detto tutto questo e chiarito in quale senso la norma decemvirale di cui ci occupiamo (*tab.* 6.2) avesse, dunque, una portata per così dire di “completamento” di quella di *tab.* 6.1, imponendo che fossero veritiere eventuali dichiarazioni aggiuntive (‘nuncupative’ perché, appunto, elementi esse stesse dell’atto complesso, come nella *mancipatio familiae*), dobbiamo ora però domandarci quali eventuali dichiarazioni aggiuntive potessero intervenire in un’ordinaria *mancipatio*, tali anche da presupporre un eventuale interesse dell’alienante a renderle di “contenuto non veritiero”.

B) Le sole dichiarazioni alle quali possiamo pensare – in base all’informazione di cui disponiamo – sono quelle alle quali il *mancipio dans* di un fondo avrebbe fatto riferimento per affermare che il *fundus* venduto era libero da

³⁴¹ Cfr. G. Nicosia, *Quasi pretii loco* cit., p. 15 ss.; 25 ss., e nt. 63, 64; condivide la ricostruzione dell’insigne Maestro, G. Coppola Bisazza, *Ancora qualche precisazione sul formulario del testamentum per aes et libram* cit., p. 250 ss. e nt. 4.

³⁴² Sostengono l’unitarietà della *mancipatio familiae* e della *nuncupatio testamenti*, ritenendo che la *mancipatio* avente ad oggetto la *familia* potesse sostenere la dichiarazione nuncupativa del *mancipio dans*/testatore: B. Albanese, *Cum nexum faciet mancipiumque* cit. 55; Id., ‘*Lex mancipi*’ e ‘*nuncupatio*’ cit., p. 2 ss.; S. Randazzo, *Leges mancipii* cit., p. 78 ss.; 88 ss.; A. Corbino, *Il formalismo negoziale*² cit., p. 28; F. Terranova, *Sulla natura ‘testamentaria*’ cit., p. 316 ss., la quale sottolinea la corrispondenza biunivoca dei due atti, “nel senso che non si può cogliere il significato complessivo dell’atto se non tenendo conto del rapporto funzionale che le lega volto a realizzare essenzialmente lo scopo finale di consentire a un soggetto di fare ‘testamento’ [...]”; Id. *Ricerche sul testamentum per aes et libram*. I cit., p. 20 nt. 11; 263 nt. 558; 352 nt. 754; M. Brutti, *Il diritto privato nell’antica Roma*² cit., p. 389 ss.; P. Arces, *Studi sul disporre mortis causa* cit., p. 175 ss.; 187 ss.

³⁴³ A. Corbino, *Atti dicis causa*, in corso di pubblicazione, osserva che l’effetto che consegue a un negozio *dicis causa* non è liberamente voluto, ma “una necessità senza la quale l’effetto perseguito” – nel nostro caso, il testamento – “non potrebbe realizzarsi”. L’atto *dicis causa* è posto in essere per ragioni essenzialmente “formali”, oppure “per rendere possibili effetti che costituiscono il presupposto necessario per il compimento di successivi atti indispensabili a conseguire il risultato finale perseguito”, ossia l’attuazione di una *mancipatio familiae*, quale presupposto imprescindibile della *nuncupatio testamenti*. Ne consegue, secondo l’Autore, che nel testamento *per aes et libram* l’atto è attuato *dicis causa* al solo scopo di rendere possibile la *nuncupatio testamenti*, la quale si configura come “una dichiarazione cioè non altrimenti concepibile se non come dichiarazione accessoria appunto di una *mancipatio*”.

pesi in generale (che esso era alienato “*uti optimus maximus*”), da un vincolo specifico (un usufrutto o una determinata servitù), o per indicarne le caratteristiche materiali (*modus agri*, confini, eventuale presenza in esso di edifici o di strutture utili, accessori del fondo, etc).

Di tali eventualità non mancano tracce, ma non è certo che esse si riferiscano anche (o almeno tutte) a “*nuncupationes*”³⁴⁴.

Riguardo al primo punto – pesi in generale –, sappiamo, in particolare, che nella *mancipatio* di immobili si poneva la dichiarazione³⁴⁵ mediante la quale si affermava la libertà del fondo da pesi “giuridici”, stilizzata nella clausola ‘*uti optimus maximus*’³⁴⁶. Si tratta di una dichiarazione che non possiede un contenuto specifico, attraverso la quale vengono precisate determinate connotazioni giuridiche del bene alienato, che risulta essere perciò veritiera solo se il fondo non ha alcun peso.

Probabilmente, come mostrano le fonti³⁴⁷, l’affermazione di mancipare il fondo ‘*uti optimus maximus*’ avrebbe avuto, più precisamente, lo scopo di escludere la presenza su di esso di servitù passive, vincolando l’alienante, nel senso che se la sua dichiarazione non corrispondeva al vero, egli sarebbe stato tenuto a risarcire l’acquirente per il minor valore del fondo.

Non sembrerebbe invece inclusa in essa, di contro, alcuna garanzia per l’esistenza di servitù attive³⁴⁸. Per fare sì che il venditore ne rispondesse era necessario che le avesse ricomprese in specifiche dichiarazioni; e ciò, sia per quanto concerne la *mancipatio*, sia per quanto concerne l’*emptio* consensuale e obbligatoria.

Senonché, con riferimento al tempo decemvirale, una tale dichiarazione – che comunque non avrebbe potuto essere la sola alla quale le XII Tavole

³⁴⁴ Sul problema delle clausole ‘aggiunte’ a una *mancipatio* cfr. per tutti S. Randazzo, *Leges mancipii* cit., spec. p. 85 ss.

³⁴⁵ Identificata in una *lex mancipio dicta* da S. Randazzo, *Leges mancipii* cit., p. 87 ss., con bibl.; 95 ss., il quale segue le tesi di M. Marrone, *Istituzioni di diritto romano*² cit., p. 137 nt. 26; 488 nt. 158.

³⁴⁶ O altre espressioni equivalenti come quella riportata in D.18.1.59 (Cels. 8 *Dig.*).

³⁴⁷ D.21.2.75 (Ven. 16 *stip.*); D.21.1.48 (Ner. 6 *membr.*), e altre indicate *infra* nel testo.

³⁴⁸ Cfr. D.50.16.90 (Ulp. 27 *ad Sab.*). Sul punto, in particolare, M. Talamanca, s. v. *Vendita* (dir. rom.), in ED. 46 (Milano 1993), p. 407 ss. e ntt. 1080-1081.

guardavano (se era l'unica, non si capisce perché non l'avrebbero dovuta nominare direttamente) – appare difficilmente immaginabile come già possibile.

In quell'epoca servitù ed usufrutto non esistevano ancora.

Le prime o perché ancora oggetto dell'antica configurazione in termini “proprietary” (nelle diverse articolazioni che se ne sono immaginate) o perché addirittura, in assoluto, non ancora apparse nel panorama dei “diritti sulle cose” (altrui)³⁴⁹. Il secondo perché – ora per generale convinzione – sorto non prima del III secolo a.C.³⁵⁰.

A maggior ragione, non potevano esistere perciò dichiarazioni relative ad uno specifico diritto su cosa altrui.

Esclusa la dichiarazione in questione (*'uti optimus maximus'*) e le altre “interne” (relative cioè ad uno specifico diritto), restano ancora, però, altre possibili, quelle cioè relative alle caratteristiche del fondo.

Riguardo a queste ultime, sappiamo, invero, che dalla *mancipatio* sorgeva un'*actio de modo agri*³⁵¹, atta a sanzionare (con il *duplum*) la responsabilità dell'alienante/*mancipio dans*, scaturente da un'erronea indicazione dell'estensione del fondo³⁵² e, cioè, quando si fosse accertata una differenza di valore del fondo a causa della discrepanza fra la misura reale dello stesso e quella comunicata nella *nuncupatio*³⁵³ (*de modo*)³⁵⁴ accessoria³⁵⁵.

³⁴⁹ G. Franciosi, *Studi sulle servitù prediali*, Napoli 1967, p. 1 ss.; 25 ss.; L. Capogrossi Colognesi, *La struttura della proprietà e la formazione dei 'iura praediorum' nell'età repubblicana*, I, Milano 1969, p. 1 ss.; A. Corbino, *Ricerche sulla configurazione originaria delle servitù*, Milano 1981, p. 1 ss.

³⁵⁰ Cfr. M. Bretone, *La nozione romana di usufrutto. I. Dalle origini a Diocleziano*, Napoli 1962, p. 20.

³⁵¹ *Paul. Sent.* 1.19.1; 2.17.1-4.

³⁵² Cfr., ad esempio, D.19.1.4.1 (*Paul. 5 ad Sab.*). Per una rassegna completa di fonti sulla responsabilità del venditore scaturente da un'erronea indicazione del *modus fundi* v. M. Talamanca, s. v. *Vendita* (dir. rom.) cit., p. 416 nt. 1170.

³⁵³ Esclude che si trattasse di una *lex mancipio dicta* S. Randazzo, *Leges mancipii* cit., p. 122 ss.

³⁵⁴ Cfr. per tutti N. Donadio, *L'actio de modo agri* cit., p. 313 ss., con rassegna completa di fonti e letteratura. L'Autrice ha rilevato la difficoltà di stabilire la natura e il regime giuridico dell'azione in questione, riproducendo i termini del dibattito che ha interessato gli studiosi romanisti a partire dal secolo scorso. La studiosa ipotizza che nel diritto classico il *modus agri* sarebbe stato tutelato attraverso due distinti rimedi: da una parte, l'*actio de modo agri* (in *duplum*), fondata su una dichiarazione mendace (*dictum*) e certamente legata all'azione generata dalla *mancipatio*; dall'altra, un'applicazione dell'*actio empti* – caratterizzata dalla litiscrescenza – introdotta dalla giurisprudenza tardo-repubblicana per le vendite di fondi provinciali, nel caso in cui non ci fosse stata alcuna dichiarazione del venditore e, in età più tarda (II sec. d. C.), anche in

Accanto alle clausole di misurazione del fondo, possono essere ricordate quelle sui confini: attuata la *demonstratio fundi*, le parti potevano decidere di inserire una clausola che indicasse i *finēs*³⁵⁶.

Vanno, ancora, ricordate le dichiarazioni possibili relative agli accessori del fondo.

Nella vendita di beni immobili, sia rustici che urbani, rileva, al riguardo, la clausola sui *ruta (et) caesa*³⁵⁷, collegata, in origine, alla *mancipatio*³⁵⁸ – e trasferitasi, poi, nell'*obligatio consensu contracta*³⁵⁹ –, mediante la quale si stabiliva l'esclusione dalla *mancipatio* delle cose estratte e di quelle recise dal fondo³⁶⁰.

In particolare, le fonti ricordano come fosse necessario – nell'ambito del negozio librare – eccettuarli di modo che non fossero ricompresi negli effetti reali dell'atto librare.

In un primo tempo, con l'espressione *ruta (et) caesa* s'intendeva, in senso ampio, tutto ciò che non era incorporato all'immobile rustico o urbano³⁶¹; in un secondo momento, con la comparsa del contratto consensuale di *emptio-venditio*, i

mancanza di un atteggiamento doloso. *Contra v. M. Varvaro, Per la storia del certum* cit., p. 231 ss.

³⁵⁵ M. Vinci, '*Demonstratio finium*' e compravendita, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. Garofalo, II, Padova 2007, p. 411 ss.; spec., 420 ss. e ntt. 21 e 24, il quale sostiene che l'affermazione circa la misura del *fundus* da trasferire e la '*demonstratio finium*', concernente l'indicazione dei confini, si attuassero contestualmente. Sul punto, già D. Daube, '*Finium demonstratio*', in *JRS.* 47 (1957), p. 39 ss., e M. Talamanca, s. v. *Vendita* (dir. rom.) cit., p. 415 ss.

³⁵⁶ Sull'evoluzione storica della disciplina dei confini, dall'età arcaica all'*actio finium regundorum*, cfr. per tutti M. Vinci, '*Fines regere*'. *Il regolamento dei confini dall'età arcaica a Giustiniano*, Milano 2004; Id., *Regolamento di confini e rivendicazione. Storia e dottrina di una distinzione*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, II, Napoli 2006, p. 407 ss.

³⁵⁷ Sulla quale cfr. M. Marrone, *Ruta et caesa*, in *NNDI.* 16, Torino 1969, p. 292 ss.; Id., *Considerazioni sui 'ruta (et) caesa'*, in *Studi in onore di E. Volterra*, I, Milano 1971, p. 213 ss.

³⁵⁸ Cfr. M. Marrone, *Considerazioni sui 'ruta (et) caesa'* cit., p. 218 ss.

³⁵⁹ Che la clausola '*de rutis (et) caesis*' fosse una *lex mancipii*, è ipotizzato – oltre che da M. Marrone, *Considerazioni sui 'ruta (et) caesa'* cit., p. 217 ss., e M. Talamanca, s. v. *Vendita* (dir. rom.) cit., p. 415 – anche da S. Randazzo, *Leges mancipii* cit., p. 108 ss.

³⁶⁰ Sul significato da attribuire all'espressione '*ruta (et) caesa*' cfr. M. Marrone, *Considerazioni sui 'ruta (et) caesa'* cit., p. 214 ss. e nt. 1.

³⁶¹ Cfr. *Cic. Top.* 100; *De orat.* 2.55.226; *D.18.1.66.2* (*Pomp. 31 ad Q. Muc.*); *D.50.16.241* (*Q. M. Scevola l. sing. hor.*).

giuristi classici si allontanarono dalla visione di Quinto Mucio³⁶², assimilando, quanto al regime, ai *ruta caesa* ciò che, non essendo incorporato all'immobile, andava trattato alla stregua di essi.

In età severiana, con Ulpiano, per un verso, si ritorna al significato letterale dell'espressione³⁶³, per un altro, il giurista, approvando l'opinione di Aquilio Gallo, riferisce che si considera superflua la riserva espressa per escluderli dalla vendita³⁶⁴. Pertanto, nella compravendita (consensuale) di un fondo, la clausola fu impiegata per attribuire al compratore i *ruta caesa* che, in assenza di essa, sarebbero rimasti al venditore, a differenza di ciò che accadeva nella *mancipatio*, nella quale, in seguito all'atto di apprensione del *mancipio accipiens*, questi acquistava l'immobile con tutto ciò che si trovava in esso – per questo era necessaria una dichiarazione espressa da parte del venditore per escludere che i *ruta (et) caesa* passassero al *mancipio accipiens*³⁶⁵.

Ancora, l'oggetto dell'obbligazione del venditore può essere specificato dalla volontà delle parti, attraverso ulteriori clausole³⁶⁶; ad esempio, l'alienazione (o il legato) del fondo (e poi anche la costituzione su di esso di un diritto reale limitato) non si estendeva alle cose che servivano per la coltivazione o comunque per la conduzione del fondo (gli attrezzi per i lavori agricoli, ad es., se si trattava di un fondo coltivato) – *instrumenta fundi*³⁶⁷ –, salvo che non vi fossero stati espressamente inclusi³⁶⁸.

Ora in tutti questi casi (*modus e fines* del fondo; *ruta caesa; instrumentum*) è ben concepibile che il *mancipio dans* (dal quale esse non potevano non provenire)

³⁶² D.19.1.18 pr.-1 (Giav. 7 ex Cassio); D.19.1.38.2 (Cels. 8 dig.). Su entrambi, M. Marrone, *Considerazioni sui 'ruta (et) caesa'* cit., p. 217 ss., e A. Mohino Manrique, *Pactos en el contrato de compraventa es interés del vendedor*, Madrid 2006, p. 267 ss.

³⁶³ D.19.1.17.6 (Ulp. 32 ad ed.): *Si ruta et caesa excipiantur in venditione, ea placuit esse ruta, quae eruta sunt, ut harena creta et similia: caesa ea esse, ut arbores caesas et carbones et his similia ...*

³⁶⁴ La seconda parte del testo cit. alla nt. precedente recita: ... *Gallus autem Aquilius, cuius Mela refert opinionem, recte ait frustra in lege venditionis de rutis et caesis contineri, quia, si non specialiter venierunt, ad exhibendum de his agi potest neque enim magis de materia caesa aut de caementis aut de harena cavendum est venditori quam de ceteris quae sunt pretiosiora.*

³⁶⁵ M. Marrone, *Considerazioni sui 'ruta (et) caesa'* cit., p. 221 ss.

³⁶⁶ M. Talamanca, s. v. *Vendita* (dir. rom.) cit., p. 414 ss. e nt. 1154.

³⁶⁷ D.33.7.8 pr. (Ulp. 20 ad Sab.).

³⁶⁸ D.21.1.33 pr.; D.33.7.1 pr.-1. In argomento, M. Marrone, *Istituzioni di diritto romano*² cit., p. 298; M. A. Ligios, *Interpretazione giuridica e realtà economica dell'«instrumentum fundi» tra il I sec. a. C. e il III sec. d. C.*, Napoli 1996, spec., p. 249 nt. 280.

rendesse dichiarazioni relative ai quei fatti “non veritiere” e che perciò a queste la norma decemvirale di fatto facesse rinvio.

Il che però apre nuovi problemi.

C) Il primo è la limitazione del “dovere” di veridicità non alla “*mancipatio*” (in ogni sua applicazione), ma a quella che ne integrava la “vendita” di un fondo. La circostanza può tuttavia spiegarsi immaginando un trattamento di speciale rilievo per l’ipotesi (in considerazione della particolare importanza sociale del bene oggetto del trasferimento – per il quale valevano perciò anche i particolari limiti di forma imposti – e della causa onerosa di questo).

D) Un secondo e ben più grave problema è quello costituito dal fatto che – finché parliamo di un dovere di “veridicità” delle dichiarazioni – non si aprono questioni storiche speciali (tutte le dichiarazioni ipotizzate potendo bene costituire lo sfondo materiale della disciplina dettata dai decemviri).

Le cose cambiano molto, infatti, non appena spostiamo la nostra attenzione sull’interpretazione dell’obbligo previsto dalle XII tavole come fondamento di una possibile responsabilità per “reticenza”.

Lo stesso Cicerone, come vedremo a breve, sembra collegare questa unicamente, infatti, alle ipotesi che abbiamo dovuto escludere (pesi giuridici gravanti sul fondo e ordinario riferimento di dichiarazioni di esclusioni, generali – *uti optimus maximus* – o specifici).

E quanto alle altre, in effetti, la previsione al riguardo di una disciplina della materia per “reticenza” ex *tab. 6.2* non si pone. Da un lato, le eventuali dichiarazioni “reticenti” (in senso, ad esempio, di parziali omissioni) su *modus* e *finis* avrebbero trovato sanzione nella speciale (ed ovviamente assorbente) disciplina dell’*actio de modo agri*³⁶⁹. Dall’altro, nel silenzio, la sorte degli accessori in discussione – *ruta caesa, instrumentum* – è, come abbiamo visto³⁷⁰, direttamente disciplinata.

³⁶⁹ Cfr. le considerazioni espresse poco sopra e le ntt. 351 e 354.

³⁷⁰ Cfr. le ntt. 364 e 368.

Il che, da un lato, costringe a situare l'interpretazione evolutiva in oggetto in un tempo nel quale dovevano già essere maturate più cose: uno sviluppo, in particolare, in direzione "contrattuale" della vendita (con esaltazione del ruolo in essa della *fides*) e l'avvenuta creazione e diffusione dei diritti reali sulle cose altrui.

Fatto che ci riporta ad un'età che è insieme abbastanza lontana dalle XII tavole (tale perciò da giustificare la creazione "giurisprudenziale" della novità), ma anche abbastanza precedente a Cicerone (tale da giustificarne il suo parlare delle cose come relativo ad un orientamento giurisprudenziale del tutto solidificato). Età che perciò ben può coincidere, abbastanza approssimativamente, con il III secolo a. C. (che è infatti il tempo in cui – per comune convincimento³⁷¹ – si situano sia la nascita del contratto consensuale sia quella dei diritti su cosa altrui, alla quale ultima si collega anche necessariamente l'insorgere di una possibile pratica di ricorso a dichiarazioni "nuncupative", accessorie alla *mancipatio* dei fondi, di tipo negativo e tali da potere implicare una "*reticentia*" rilevante³⁷²: '*uti optimus maximus*' e dichiarazioni più circoscritte connesse).

2. Segue. Analisi di Cic. de off. 3.16.66-67 e D.18.1.66 pr.-1 (Pomp. ad Q. Mucium).

Come abbiamo visto, Cicerone ci informa che un obbligo di comunicazione – cioè, di non tacere cose 'note' – per il venditore romano fu introdotto solo da quando la giurisprudenza aveva ritenuto estendibile alla *reticentia* la sanzione decenvirale relativa all'obbligo di veridicità delle *nuncupationes* fatte nella *mancipatio*, riconoscendo, tra gli obblighi del venditore, quello di dichiarare al compratore i vizi del fondo venduto di cui fosse a conoscenza ('*si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere*').

L'Arpinate contrappone con evidenza, insomma, un sistema della responsabilità del venditore per i *vitia* di un *praedium* proprio del suo tempo, quale conseguenza dell'interpretazione dei *iuris consulti*, ad una più antica

³⁷¹ Cfr. per tutti M. Talamanca, s. v. *Vendita* (dir. rom.) cit., p. 310 ss.

³⁷² La dichiarazione sugli accessori non poteva, invece, avere forma negativa.

disciplina giuridica stabilita dalla regolamentazione decemvirale (che aveva preso in considerazione solo la eventuale falsità delle dichiarazioni positive rese).

Come abbiamo accennato in chiusura del precedente paragrafo, la situazione nuova maturata non può sorprendere.

Al tempo in cui Cicerone scrive sono ormai accaduti diversi fatti.

Anzitutto, la *mancipatio* non è più “attuativa” di una vendita ma è divenuta atto normalmente “esecutivo” della stessa³⁷³ –; in secondo luogo, le dichiarazioni particolari sono divenute elementi del contratto, che diverranno, poi, elementi dell’atto esecutivo (in ragione della buona fede che impegna a essere coerenti)³⁷⁴.

Approfondiamo il punto che maggiormente ci interessa, esaminando i casi di dichiarazioni possibili (connesse a una *mancipatio* e a una compravendita consensuale obbligatoria) e le loro conseguenze, riguardo all’oggetto della compravendita.

Com’è stato ricordato, le affermazioni del venditore-*mancipio dans* avrebbero verosimilmente riguardato – nell’ordine storico presumibile – caratteristiche materiali del fondo (dichiarate spontaneamente o a richiesta), e vincoli giuridici (man mano che ne emergeva la possibilità: oppignorazione, servitù, usufrutto) specifici (o considerati in blocco). E quanto s’è detto sin qui sulle probabili affermazioni che il venditore faceva nel corso di una *mancipatio venditionis causa* può ormai essere riferito, con gli eventuali adattamenti, pure all’*obligatio consensu contracta*.

Il nuovo problema diventa: quali “dichiarazioni” hanno assunto contenuto doveroso, al punto da implicare responsabilità da *reticentia* di chi non le rende? Riguardavano solo la presenza di “limiti giuridici” o se ne riteneva esteso il contenuto anche ad altro? Di sicuro l’alienante sarebbe stato responsabile di

³⁷³ M. Talamanca M., s. v. *Vendita* (dir. rom.) cit., p. 382 ss., e *infra* nel testo.

³⁷⁴ Quanto alla forma delle affermazioni ‘veritiere’ in questione afferma A. Corbino, *L’eccezione di dolo generale* cit., p. 29 nt. 26, che, anche se la norma decemvirale tramandataci da Cicerone si riferiva espressamente alle ‘*nuncupationes*’, “l’interpretazione avrebbe poi ricompreso ogni dichiarazione accessoria consentita, e dunque non solo quelle che erano *nuncupationes stricto sensu* ma anche quelle che lo erano in senso più estensivo perché solo *leges mancipio dictae* [...]”. Dello stesso avviso, da ultimo, R. Fercia, «*Fiducia contrahere*» cit., p. 174, per il quale, a partire dalla giurisprudenza classica, sarebbe stata riconosciuta rilevanza giuridica alla dichiarazione informale, ovvero al “valere di qualsiasi convenzione che risulti – a differenza della *nuda pactio* – qualificata dalla sua pura e semplice connessione con un atto formale di alienazione”.

violazione diretta (falsità), se avesse dichiarato di alienare il *fundus* “*uti optimus maximusque*”³⁷⁵ (e questo non lo fosse stato).

Quale però fosse il preciso contenuto (implicito) di tale clausola (di generale esclusione di limiti) è dubbio³⁷⁶. Si tratta di stabilire a cosa essa facesse riferimento, ovvero se si riferisse alle sole servitù e agli altri diritti reali, o se si estendesse anche ad altri “pesi” giuridici:

D.21.2.75 (Ven. 16 *stip.*): *Quod ad servitutes praediorum attinet, si tacite secutae sunt et vindicentur ab alio, Quintus Mucius et Sabinus existimant venditorem ob evictionem teneri non posse: nec enim evictionis nomine quemquam teneri in eo iure, quod tacite soleat accedere: nisi ut optimus maximusque esset traditus fuerit fundus: tunc enim liberum ab omni servitute praestandum. Si vero emptor petat viam vel actum, venditorem teneri non posse, nisi nominatim dixerit accessurum iter vel actum: tunc enim teneri eum, qui ita dixerit. Et vera est Quinti Muci sententia, ut qui optimum maximumque fundum tradidit, liberum praestet, non etiam deberi alias servitutes, nisi hoc specialiter ab eo accessum sit*³⁷⁷.

D.21.2.48 (Ner. 6 *membr.*): *Cum fundus "uti optimus maximusque est" emptus est et alicuius servitutis evictae nomine aliquid emptor a venditore consecutus est, deinde totus fundus evincitur, ob eam evictionem id praestari debet quod ex duplo reliquum est: nam si aliud observabimus, servitutibus aliquibus et mox proprietate evicta amplius duplo emptor quam quanti emit consequeretur.*

³⁷⁵ La dichiarazione di alienazione del fondo, stilizzata nella clausola in commento, si riferisce, nei testi che stiamo per elencare, all'*emptio venditio* consensuale.

³⁷⁶ Sulla questione G. Polara, *Le 'venationes'. Fenomeno economico e costruzione giuridica*, Milano 1983, p. 19 ss. e nt. 16, rileva come l'*'uti optimus maximusque'* racchiuda una formula ampia, “più ‘vasta’, riferendosi più ad una situazione complessiva che non a singoli oggetti specifici”. Segnatamente, lo studioso evidenzia come la clausola si riferisse allo stato di fatto in cui il fondo si trovava, “quale era, unitariamente, nel suo complesso di cose e di diritti che, nell’ambito della funzione ad esso destinata, rientravano nella sfera di potere del *dominus*”. Sul punto, accenni anche in P. Voci, *Modi d’acquisto della proprietà* cit., p. 58 e nt. 2; G. Franciosi, *Studi sulle servitù prediali* cit., p. 211 ss., e R. Astolfi, *Studi sull’oggetto dei legati in diritto romano*², Padova 1969, p. 46 ss.

³⁷⁷ Il testo indica che il venditore può alienare: 1) tacendo l’esistenza di servitù; 2) dichiarando il fondo *uti optimus maximus*; 3) denunciando l’esistenza di *via, iter*, etc. Nel primo caso non sorgerà responsabilità (nell’ipotesi in cui il fondo sia effettivamente gravato da servitù); nel secondo, potrebbe sorgere una responsabilità per qualunque tipo di servitù che sia poi riscontrata sul fondo; nel terzo, la responsabilità è subordinata esclusivamente all’esistenza della servitù che è stata dichiarata. Sul frammento: M. Sargenti, *Per una revisione della nozione dell’“auctoritas”* cit., p. 34 ss.; A. Watson, *The Law of Obligations* cit., p. 79; A. Burdese, *Considerazioni sulla configurazione arcaica delle servitù a proposito di taluni recenti studi*, in *Studi in onore di G. Grosso*, I, Torino 1968, p. 516 ss.; P. Frezza, «*Fides bona*», in AA. VV., *Studi sulla buona fede*, Milano 1975, p. 23 ss.; S. Randazzo, *Leges Mancipii* cit., p. 97 ss.; L. Solidoro Maruotti, “... *Si vero sciens reticuit et emptorem decepit ...*” cit., p. 5310 ss. (già in *Gli obblighi d’informazione* cit., p. 99 ss.).

D.50.16.126 (Proc. 6 *epist.*): *Si, cum fundum tibi darem, legem ita dixi "uti optimus maximusque esset" et adieci "ius fundi deterius factum non esse per dominum, praestabitur", amplius eo praestabitur nihil, etiamsi prior pars, qua scriptum est "ut optimus maximusque sit" liberum esse significat eoque, si posterior pars adiecta non esset, liberum praestare deberem. Tamen inferiore parte satis me liberatum puto, quod ad iura attinet, ne quid aliud praestare debeam, quam ius fundi per dominum deterius factum non esse.*

D.50.16.169 (Paul. 5 *ad Sab.*): *Non tantum in traditionibus, sed et in emptionibus et stipulationibus et testamentis adiectio haec "uti optimus maximusque est" hoc significat, ut liberum praestetur praedium, non ut etiam servitutes ei debeantur.*

D.18.1.59 (Cels. 8 *Dig.*): *Cum venderes fundum, non dixisti "ita ut optimus maximusque": verum est, quod Quinto Mucio placebat, non liberum, sed qualis esset, fundum praestari oportere. Idem et in urbanis praediis dicendum est*³⁷⁸.

L'interpretazione dei passi sopra riportati porterebbe a ritenere che il dovere di essere sinceri nelle dichiarazioni accessorie 'concordate' – la *lex mancipii* 'uti optimus maximusque' (conseguenza del dovere di buona fede negli accordi) – non comportasse il dovere di dichiarare qualunque fatto pregiudizievole per il compratore. Infatti, si legge chiaramente che il venditore non sarebbe stato ritenuto responsabile per le servitù passive eventualmente esistenti (le quali, ovviamente, sul piano degli effetti reali, accedevano tacitamente al fondo³⁷⁹), a meno che non avesse escluso che il fondo ne fosse gravato, affermando, all'atto della *mancipatio*, che egli trasferiva il *fundus* 'uti optimus maximusque'.

Il contenuto della dichiarazione nuncupativa di libertà del fondo fa verosimilmente riferimento alle sole servitù passive³⁸⁰.

³⁷⁸ M. Sargenti, *Per una revisione della nozione dell' "auctoritas"* cit., p. 34 ss.; P. Frezza, «*Fides bona*» cit., p. 23 ss.; R. Cardilli, *L'obbligazione di «praestare»* cit., p. 164; L. Solidoro Maruotti, "... *Si vero sciens reticuit et emptorem decepit ...*" cit., p. 5310 ss. (già in *Gli obblighi d'informazione* cit., p. 99 ss.).

³⁷⁹ M. Talamanca, s. v. *Vendita* (dir. rom.) cit., p. 417 nt. 1183.

³⁸⁰ M. Talamanca, s. v. *Vendita* (dir. rom.) cit., p. 407 ss., lega la dichiarazione che il fondo era alienato 'uti optimus maximus' alla responsabilità per evizione per l'esistenza di servitù passive. Sull'argomento, anche L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d'informazione* cit., p. 75; 97, la quale sottolinea che per le XII Tavole il venditore che non avesse dichiarato nulla sarebbe stato responsabile solo in caso di evizione totale e in un solo caso di evizione parziale – conseguente alla *vindicatio* giudiziale di un altrui diritto di usufrutto – del bene, ma non nell'ipotesi di silenzio sulla presenza di servitù passive.

Per quanto riguarda invece le singole servitù “esistenti” e non dichiarate, le dichiarazioni sulla presenza di specifiche servitù servono a escludere la responsabilità del venditore per l’esistenza delle stesse, in cui sarebbe incorso se ne fosse stato a conoscenza³⁸¹.

Mentre, abbiamo visto che con le clausole con cui, invece, si dichiara la libertà del fondo da qualsiasi servitù o peso, ci si assume implicitamente la responsabilità per le stesse.

Circa le servitù attive, con la dichiarazione sulla loro esistenza il venditore se ne assume la responsabilità nei confronti del compratore³⁸², e se le tace – conoscendole – ne risponde nei confronti del creditore *ignorans* che le abbia perse per non uso³⁸³.

Responsabilità analoghe valevano, con gli opportuni adattamenti, per l’usufrutto³⁸⁴.

La questione era andata, tuttavia, oltre.

Un momento di svolta sembra essere quello coincidente con lo svolgimento di un processo menzionato sia da Cicerone che da Valerio Massimo, occorso intorno al 91 a. C.³⁸⁵:

Cic. *de off.* 3.16.66: *Ut, cum in arce augurium augures acturi essent iussissentque Ti. Claudium Centumalum, qui aedes in Caelio monte habebat, demoliri ea, quorum altitudo officeret auspiciis, Claudius proscripsit insulam [vendidit], emit P. Calpurnius Lanarius. Huic ab auguribus illud idem denuntiatum est. Itaque Calpurnius cum demolitus esset cognossetque Claudium aedes postea proscripsisse, quam esset ab auguribus demoliri iussus, arbitrum illum adegit quicquid sibi dare facere oporteret ex fide bona. M. Cato sententiam dixit, huius nostri Catonis pater (ut enim ceteri ex patribus, sic hic, qui illud lumen progenuit, ex filio est nominandus) is igitur iudex ita pronuntiavit, cum in vendundo rem eam scisset et non pronuntiasset, emptori damnum praestari*

³⁸¹ D.19.1.39 (Mod. 5 *reg.*); D.21.2.69.5 (Scaev. 2 *quaest.*); D.19.1.1.1 (Ulp. 28 *ad Sab.*) su cui *infra*, nt. 415. Diverse sono, poi, le clausole mediante le quali il venditore può costituire una servitù al momento dell’attuazione dell’accordo, cfr., ad esempio, D.8.3.30 (Paul. 4 *epit. Alf. dig.*); D.8.4.6 pr. (Ulp. 28 *ad Sab.*).

³⁸² D.18.1.66 pr. (Pomp. 31 *ad Q. Muc.*); 18.1.40.1 (Paul. 4 *epit. Alf. dig.*); 19.1.6.6 (Pomp. 9 *ad Sab.*).

³⁸³ D.18.1.66.1 (Pomp. 31 *ad Q. Muc.*) su cui *infra* nel testo.

³⁸⁴ In tal senso, D.21.2.39.5 (Iul. 57 *dig.*). In generale, v. M. Talamanca, s. v. *Vendita* (dir. rom.) cit., p. 418 nt. 1189.

³⁸⁵ L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d’informazione* cit., p. 61 e nt. 87; R. Fiori, “*Bonus Vir*” cit., p. 319 e nt. 145.

oportere.

Val. Max. 8.2.1: *Claudius Centumalus ab auguribus iussus altitudinem domus suae, quam in Caelio monte habebat, summittere, quia his ex arce augurium capientibus officiebat, vendidit eam Calpurnio Lanario nec indicavit quod imperatum <a> collegio augurumerat. a quibus Calpurnius demoliri domum coactus M. Porcium Catonem inclyti Catonis patrem arbitrum ~ cum Claudio adduxit formulam, quidquid sibi dare facere oporteret ex fide bona. Cato, ut est edoctus de industria Claudium praedictum sacerdotum suppressisse, continuo illum Calpurnio damnavit, summa quidem cum aequitate, quia bonae fidei venditorem nec commodorum spem augere nec incommodorum cognitionem obscurare potuit.*

Gli auguri intimano a C. Centumalo, proprietario di una casa sul Celio, di demolirne le parti più alte, in modo che non sia impedita la presa degli *auspicia*.

Centumalo vende³⁸⁶ all'asta³⁸⁷ l'*aedes*, che viene acquistata da Calpurnio Lanario, ignaro dell'esistenza di un pregresso *iussum demolendi* gravante su parte della casa³⁸⁸.

Secondo la versione di Cicerone, gli *augures*, reiterato l'ordine, impongono a Lanario di subire la parziale demolizione.

Resosi conto dell'accaduto, Lanario decide di agire in giudizio contro Centumalo, probabilmente, con l'*actio empti* di buona fede³⁸⁹.

³⁸⁶ Si trattava indubbiamente di una compravendita attuata tramite *mancipatio*. In tal senso Corbino A., *Eccezione di dolo generale* cit., p. 27 e nt. 12.

³⁸⁷ M. Talamanca, *Contributi allo studio delle vendite all'asta nel mondo classico*, Roma 1954, p. 134 ss.; F. Cancelli, *L'origine del contratto consensuale di compravendita* cit., p. 66 ss.; R. Cardilli, *L'obbligazione di «praestare»* cit., p. 158.

³⁸⁸ F. M. De Robertis, *La espropriazione per pubblica utilità nel diritto romano*, Bari 1936, spec., p. 74 ss.; Id., *Sull'espropriazione per pubblica utilità nel diritto romano*, in *Scritti vari di diritto romano. I. Diritto Privato*, Bari 1987, p. 423 ss., definisce la fattispecie in questione come un caso di "espropriazione". L'intimazione degli *augures* – a suo dire – avrebbe costretto sia il proprietario che il nuovo acquirente a liberarsi della casa, per sfuggire al danno conseguente all'ingiunzione, configurandosi come un "vizio inerente alla cosa".

³⁸⁹ Lo ritengono: A. Bechmann, *Der Kauf nach gemeinem Recht* cit., I, p. 654; V. Arangio-Ruiz, *La compravendita in diritto romano*² cit., p. 212; P. Stein, *Fault in the Formation of Contract in Roman Law and Scots Law*, Edinburgh 1958, p. 8; A. Pezzana, *Sull'actio empti come azione di garanzia* cit., p. 189 nt. 19; R. Cardilli, *L'obbligazione di «praestare»* cit., p. 157 ss. e nt. 139; M. Marrone, *Su struttura delle sentenze, motivazione e 'precedenti' nel processo privato romano*, in *BIDR.* 100 (1997), p. 37 ss.; spec. 41, [ora in *Scritti giuridici*, II, Palermo 2003, p. 803]; N. Donadio, *La tutela del compratore tra actiones aediliciae e actio empti*, Milano 2004, p. 61 nt. 50; F. Procchi, *'Dolus' e 'culpa in contrahendo' nella compravendita. Considerazioni in tema di sinallagma genetico*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni* cit., I, p. 187; L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d'informazione* cit., p. 61 ss. e ntt. 89; 68; Id., *Sulle origini storiche della responsabilità precontrattuale* cit., p. 117 ss., la quale ha notato che l' 'ut' inserito all'inizio del passo suggerirebbe che Cicerone abbia voluto creare un nesso tra la *poena reticentiae*

E' pacifico che il *iussus*³⁹⁰ intimato dagli *augures* non faccia nascere una servitù, anche se costituisce, comunque, un vincolo reale³⁹¹. Si aveva o no l'obbligo di dichiararlo? La risposta del giudice M. Porcio Catone è positiva.

La *sententia Catonis*, il cui contenuto è per lo più considerato “fortemente innovativo”³⁹², fu, in effetti, ‘epocale’ probabilmente per due motivi: da un lato, perché venne punita la reticenza del venditore che aveva taciuto una circostanza diversa dalle servitù (decreto degli auguri), estendendo il dovere di dichiarare dai limiti costituenti diritti reali – verosimilmente i soli, originariamente, ricompresi, come abbiamo visto, nella dichiarazione liberatoria secondo cui il *fundus* era alienato ‘*uti optimus maximusque*’ – ai limiti costituenti ulteriori vincoli noti³⁹³ –

e l'*actio empti*; Id., *Gli obblighi d'informazione* cit., p. 61 e nt. 89 con indic. bibl.; R. Fiori, “*Bonus Vir*” cit., p. 318 ss.

³⁹⁰ Nei passi in questione si menziona genericamente un ‘*iussus*’ *demolendi* emanato dagli auguri, ma i dubbi circa la forma dell'ordine augurale sono stati per lo più superati: cfr., in proposito, per tutti L. Franchini, *Aspetti giuridici del pontificato romano* cit., p. 150 ss. e nt. 182, il quale afferma che “tutte le delibere dei maggiori collegi sacerdotali (pontefici, auguri, decemviri e feziali), venivano formalizzate in decreti [...]”.

³⁹¹ Sulla vincolatività del decreto del collegio degli *augures* v. De Robertis F. M., *La espropriazione per pubblica utilità* cit., p. 75 ss.; F. Schulz, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it. a cura di G. Nocera, Firenze 1968, p. 37 ss.; G. Mancuso, *Studi sul decretum nell'esperienza giuridica romana*, in AUPA. 40 (1988), p. 78 ss., il quale, premessa la circostanza che il volere del collegio pontificale si estrinsecava nella forma del *decretum*, i cui effetti normativi erano certi, sostiene che le stesse considerazioni valgano per i *decreta* emanati dal collegio degli *augures*. L. Solidoro Maruotti, *Sulle origini storiche della responsabilità precontrattuale* cit., p. 120 ss., definisce l'ipotesi in questione come un caso di “‘prevedibile’ (da parte del venditore *sciens*) perdita (parziale) della cosa”.

³⁹² R. Cardilli, *L'obbligazione di «praestare»* cit., p. 162 e nt. 147; M. Talamanca, *La bona fides* cit., p. 144 ss.; propende per il carattere ‘innovativo’ della decisione anche A. Corbino, *Eccezione di dolo generale* cit., p. 27 nt. 22. Ritengono, al contrario, che la *sententia* in esame fosse espressiva di un orientamento già consolidatosi in un momento precedente (tarda repubblica) rispetto al tempo in cui fu emanata la decisione catoniana: A. Bechmann, *Der Kauf nach gemeinem Recht* cit., I, p. 654; F. Bona, *Cicerone e i ‘libri iuris civilis’ di Quinto Mucio Scevola*, in AA. VV., *Questioni di giurisprudenza tardo-repubblicana* (Atti Firenze 1983), Milano 1985, p. 217 ss.; Id., *La certezza del diritto nella giurisprudenza tardo-repubblicana*, in AA. VV., *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana*, Atti del Convegno di Pavia, Padova 1987, p. 143 ss.; L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d'informazione* cit., p. 62 nt. 91; Id., *Sulle origini storiche della responsabilità precontrattuale* cit., p. 122. Esclude, in ogni caso, che il principio espresso da Catone, e approvato da Cicerone (*de off.* 3.16.67: ‘... *Quod si recte iudicavit* ...’), fosse stato accolto, quale espressione di un orientamento generale in tema di reticenza, dai giureconsulti romani, G. Visintini, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova 1972, p. 9 ss.

³⁹³ Di “vizi giuridici” parla E. Parlamento, *Labeone e l'estensione della «redhibitio» all'«actio empti»*, in *Riv. Dir. Rom.* 3 (2003), [<http://www.ledonline.it/rivistadidirittoromano/>], p. 339 ss.; spec. p. 342. Ad avviso di L. Solidoro Maruotti, “... *Si vero sciens reticuit et emptorem deceptit* ...” cit., p. 5302 ss., si tratterebbe, più specificamente, di “‘vizi’ concernenti la condizione giuridica dei *praedia*”, seguendo una tesi già difesa da G. Beseler, *De iure civili Tullio ad naturam revocando* cit., p. 324 ss., e approvata da P. Stein, *Fault in the Formation of Contract* cit., p. 7 ss.; A. Pezzana, *Sull'actio empti come azione di garanzia* cit., p. 185 ss.; A. Watson, *The Law of*

ovvero situazioni oggettivamente esistenti e, ovviamente, conosciute dal venditore –; dall’altro, perché sembra che sul venditore gravi l’obbligo di dichiarare ciò che da lui è conosciuto e che, invece, risulta inconoscibile per il compratore.

La responsabilità, dunque, si estende: dai vincoli reali a fatti inconoscibili per il compratore.

Possiamo solo supporre. Ma la spiegazione sembrerebbe doversi vedere nel fatto che, non avendo il compratore possibilità di accedere all’informazione, essendo quest’ultima di pertinenza esclusiva del venditore³⁹⁴, sussistesse – *ex fide bona*³⁹⁵: ‘*ergo ad fidem bonam statuit pertinere notum esse emptori vitium, quod nosset venditor*’³⁹⁶ – l’obbligo di dichiarazione a carico di quest’ultimo (se il *venditor* appunto ‘*non pronuntiasset, emptori damnum praestari*³⁹⁷ oportere’).

Alla fine della repubblica, dunque, assistiamo a un’innovazione ulteriore (rispetto alla già intervenuta estensione della responsabilità *ex XII tab.* 6.2 alla *reticentia*): il venditore è responsabile non solo di ciò che è “oggettivamente” rilevante (tanto da implicare efficacia *ipso iure* del limite qualitativo), ma di ciò che (benché non riconducibile alla medesima tipologia: non è servitù) esiste comunque e non è conoscibile³⁹⁸ dal compratore.

Veniamo al caso descritto in *de off.* 3.16.67³⁹⁹:

Obligations cit., p. 88; F. Bona, *Cicerone e i ‘libri iuris civilis’ di Quinto Mucio Scevola* cit., p. 219 nt. 29.

³⁹⁴ Circostanza particolarmente sottolineata da A. Parrella, *La reticenza nei negozi giuridici*, in *Studi in onore di A. Ascoli*, Messina 1931, p. 373 ss.; spec. p. 379.

³⁹⁵ Nel caso discusso c’è stata, senza dubbio, violazione della *bona fides*. Secondo R. Cardilli, *L’obbligazione di «praestare»* cit., p. 161 ss., tale trasgressione è da imputare non alla semplice condotta silente del venditore ma al suo *celare*, ossia all’aver taciuto una circostanza di cui era a conoscenza. L’esempio della casa sul Celio dimostrerebbe – a suo parere – che è avvenuto un ampliamento della tutela del compratore, protetto non solo dalla dichiarazione mendace del suo dante causa, ma anche dai danni che conseguono alla mancata dichiarazione dei vizi della cosa che il venditore conosceva. R. Fiori, “*Bonus Vir*” cit., p. 321 e nt.153, invece, parte dall’assunto che il criterio della *bona fides* avrebbe consentito il superamento della norma delle XII Tavole. In altre parole, posto che la legge decemvirale sanzionava solo le dichiarazioni non veritiere, il fondamento della *reticentia* sarebbe – per lo studioso – da ricercare altrove, e, precisamente, nella logica della *bona fides*. Ne consegue che la responsabilità del venditore non è dolosa ma fondata sul dato oggettivo che il venditore conosceva il vizio che non ha comunicato (e che il compratore aveva interesse a conoscere), e in ciò consiste la violazione della *bona fides*.

³⁹⁶ *Cic. de off.* 3.16.67.

³⁹⁷ Il significato di ‘*praestari*’ nella fattispecie esaminata è stato ampiamente messo in luce da R. Cardilli, *L’obbligazione di «praestare»* cit., p. 159 ss..

³⁹⁸ *Cic. de off.* 3.13.54-55, su cui v. *infra* nel testo.

³⁹⁹ Avvenuto nello stesso lasso temporale dell’episodio precedente. Cfr. A. Rodger, *Concealing a Servitude*, in *Studies in Justinian’s Institutes in memory of J. A. C. Thomas*, London 1983, p. 136, e M. Talamanca, *La bona fides* cit., p. 146.

Cic. *de off.* 3.16.67: *Ergo ad fidem bonam statuit pertinere notum esse emptori vitium, quod nosset venditor. Quod si recte iudicavit, non recte frumentarius ille, non recte aedium pestilentium venditor tacuit. Sed huiusmodi reticentiae iure civili comprehendi non possunt; quae autem possunt diligenter tenentur. M. Marius Gratidianus, propinquus noster, C. Sergio Oratae vendiderat aedes eas, quas ab eodem ipse paucis ante annis emerat. Eae serviebant, sed hoc in mancipio Marius non dixerat; adducta res in iudicium est. Oratam Crassus, Gratidianum defendebat Antonius. Ius Crassus urgebat, "quod vitii venditor non dixisset sciens, id oportere praestari", aequitatem Antonius, "quoniam id vitium ignotum Sergio non fuisset, qui illas aedes vendidisset, nihil fuisse necesse dici nec eum esse deceptum, qui id, quod emerat, quo iure esset, teneret". Quorsus haec? Ut illud intellegas, non placuisse maioribus nostris astutos.*

La fattispecie è testimoniata anche in un'altra opera ciceroniana:

Cic., *de orat.* 1.39.178: *Quid? Nuper, cum ego C. Sergi Oratae contra hunc nostrum Antonium iudicio privato causam defenderem, nonne omnis nostra in iure versata defensio est? Cum enim M. Marius Gratidianus aedis Oratae vendidisset neque servire quandam earum aedium partem in mancipi lege dixisset, defendebamus, quicquid fuisset incommodi in mancipio, id si venditor scisset neque declarasset, praestare debere.*

Il caso descritto da Cicerone esemplifica, ancora una volta, l'applicazione della regola di creazione giurisprudenziale.

All'inizio del passo, espressamente, è specificato che si sta parlando di reticenza punita dal *ius civile*, ovvero di quel tipo di comportamento perseguito sulla base della regola giurisprudenziale formulata attraverso l'*interpretatio* della norma decemvirale. A differenza dei casi del *frumentarius* e del venditore della *domus pestilens*⁴⁰⁰, i cui atteggiamenti non possono essere ricompresi – come vedremo – nell'ambito della reticenza, l'ipotesi considerata da Cicerone in tale frammento vi rientra certamente⁴⁰¹.

⁴⁰⁰ *De off.* 3.12.50-53 e 3.13.54-57, sui quali dovremo tornare.

⁴⁰¹ *Ergo ad fidem bonam statuit pertinere notum esse emptori vitium, quod nosset venditor. Quod si recte iudicavit, non recte frumentarius ille, non recte aedium pestilentium venditor tacuit. Sed huiusmodi reticentiae iure civili comprehendi non possunt; quae autem possunt diligenter tenentur ...*. ("Decise, dunque, che è conforme alla *bona fides* che sia noto all'acquirente il *vitium* che sia noto al venditore. Che, se Catone giudicò correttamente, non sono stati corretti il mercante di frumento né il venditore della casa malsana. Ma questo tipo di reticenze non possono essere tutelate attraverso il *ius civile*: quelle che invece vi rientrano sono tenute attentamente in considerazione"). Cfr. R. Fiori, "Bonus Vir" cit., p. 320.

Si tratta della causa tra Gratidiano e Orata in relazione ad una vendita di *aedes* che lo stesso Orata aveva, qualche anno prima, venduto al primo. Esse erano gravate da servitù dalla prima vendita, ma nella seconda Gratidiano non le dichiara⁴⁰² durante il rituale della *mancipatio*⁴⁰³. A causa di ciò, Sergio Orata agisce in giudizio⁴⁰⁴ nei suoi confronti; entrambi sono difesi da due grandi oratori vissuti nel periodo storico immediatamente precedente a quello di Cicerone, rispettivamente, L. Licinio Crasso e M. Antonio.

A differenza di Crasso che si appella al ‘*ius*’⁴⁰⁵ – ‘*quod vitii venditor non dixisset sciens, id oportere praestari*’⁴⁰⁶ –, Antonio fa leva sull’*aequitas*, la quale comporta che se il compratore era a conoscenza della servitù, non vi era alcuna necessità, per Gratidiano, di farne menzione⁴⁰⁷.

Verifichiamo quale sia il punto di vista corrente al riguardo in dottrina.

⁴⁰² Sulla circostanza che la “*servitutis mentio*”, ossia la ricognizione delle eventuali servitù presenti sul fondo alienato in proprietà, avesse la forma di una *lex mancipio dicta* cfr. S. Randazzo, *Leges mancipii* cit., p. 91 ss.; 165 ss.

⁴⁰³ Che anche questa vendita fosse stata attuata attraverso una *mancipatio* è reso evidente dalle stesse parole impiegate nel passo: ... *sed hoc in mancipio Marius non dixerat*. Cfr. A. Corbino, *Eccezione di dolo generale* cit., p. 27. Sul significato dell’espressione ‘*in mancipio*’ v. F. Gallo, *Studi sulla distinzione fra ‘res mancipi’ e ‘res nec mancipi’*, Torino 1958, p. 93 nt. 145; 96 nt. 147; 167 ss.; L. Capogrossi Colognesi, *La struttura della proprietà e la formazione dei ‘iura praediorum’* cit., I, p. 304 ss.; part., 313 ss.

⁴⁰⁴ Si tratterebbe, anche in questo caso, di un’*actio empti*. Cfr. G. Beseler, *De iure civili Tullio duce ad naturam revocando* cit., p. 333; A. Pezzana, *Sull’actio empti come azione di garanzia* cit., p. 190; N. Bellocci, *La struttura del negozio*, I, cit., p. 99 nt. 122; R. Cardilli, *L’obbligazione di «praestare»* cit., p. 163 e nt. 148; A. Corbino, *Eccezione di dolo generale* cit., p. 27; L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d’informazione* cit., p. 63 ss., secondo la quale non solo la menzione dell’*oportere praestari*, ma “anche il riferimento all’obbligo del venditore di *dicere vitia*, nonché il richiamo di Antonio all’assenza di inganno si spiegherebbero, altrimenti, solo ipotizzando una grossolana imprecisione da parte di Cicerone”; R. Fiori, “*Bonus Vir*” cit., p. 323 ss.; 328 ss., il quale si sofferma sulle ragioni sostanziali e processuali che portano all’esclusione, nel passo in questione, dell’*actio auctoritatis*; A. Castresana, *La relevancia jurídica del silencio* cit., p. 717 nt. 55. Sostengono che fosse stata promossa l’*actio auctoritatis*: F. Haymann, *Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache*, Berlin 1912, p. 46 ss.; M. Talamanca, *La bona fides* cit., p. 146 ss. e nt. 410.

⁴⁰⁵ ‘*Ius Crassus urgebat, “quod vitii venditor non dixisset sciens, id oportere praestari” ...*’. R. Fiori, “*Bonus Vir*” cit., p. 326, esclude che la proposizione si riferisse a un contrasto fra *ius civile* e *bona fides*, dovendosi interpretare il termine ‘*ius*’ quale “regola” emersa nello *ius civile* nella sua formulazione astratta” e sorta grazie all’“*interpretatio* sviluppatasi intorno alla nozione di *bona fides*, e che dunque non può con questa essere in contrasto”.

⁴⁰⁶ “El texto de Cicerón habla de *vitii venditor non dixisset*, cuando, en realidad, estamos ante un caso de *venditor servitutem celavit*”: così A. Castresana, *La relevancia jurídica del silencio* cit., p. 716 nt. 54.

⁴⁰⁷ ... *Quoniam id vitium ignotum Sergio non fuisset, qui illas aedes vendidisset, nihil fuisse necesse dici nec eum esse deceptum, qui id, quod emerat, quo iure esset, teneret*.

Il caso trattato in *de off.* 3.16.67 si configurerebbe come un “limite alla responsabilità per reticenza”, determinato dalla “‘facile riconoscibilità’ del difetto da parte del compratore”⁴⁰⁸. Nell’ipotesi descritta, infatti, il comportamento scorretto sarebbe stato tenuto non dal venditore ma dal compratore, il quale si era prefisso di raggiungere l’ ‘utile’ ma non l’ ‘onesto’⁴⁰⁹.

Più di recente, Fiori non solo ha indagato le argomentazioni alla base del conflitto generato dal frammento in questione relativamente al tipo di azione proposta, ma ha, inoltre, messo in luce le ragioni che, a suo giudizio, escludono la responsabilità del venditore qualora l’*emptor* sia al corrente della *servitus* o del *vitium*⁴¹⁰. Esiste, secondo l’Autore, una profonda differenza tra la logica sanzionatoria arcaica che punisce la dichiarazione mendace, e la logica della *bona fides*, che persegue l’equilibrio contrattuale: se il compratore è a conoscenza del vizio, poiché non ha subito pregiudizio dal comportamento del *venditor*, non c’è condanna⁴¹¹. Dunque, la *fides bona* tutela chi subisce un danno, essendo stato tratto in inganno dall’altrui reticenza, ma non permette di attribuire protezione al compratore se non può parlarsi di una sua *deceptio*⁴¹².

La riflessione che ci sembra essenziale a proposito dell’esaminata fattispecie è che nella medesima si compie un ulteriore passo avanti.

Si supera, infatti, il formalismo interpretativo: è pacifico che il venditore non ha detto ciò che avrebbe dovuto dire⁴¹³, in quanto il dovere di dichiarare sorge, verosimilmente, con riferimento alle comunicazioni che erano ricomprese nell’ ‘*uti optimus maximusque*’, ma non può essergli addossata una responsabilità a causa

⁴⁰⁸ L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d’informazione* cit., p. 63 ss.

⁴⁰⁹ L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d’informazione* cit., p. 64.

⁴¹⁰ R. Fiori, “*Bonus Vir*” cit., p. 324 ss.; Id., *Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica*, (Parte seconda), in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, a cura di R. Fiori, Napoli 2011, p. 122 ss.

⁴¹¹ R. Fiori, “*Bonus Vir*” cit., p. 325.

⁴¹² E, come osserva R. Fiori, “*Bonus Vir*” cit., p. 327, nella controversia tra Gratidiano e Orata non si configura, stando alle parole del passo, nessuna *deceptio* del compratore.

⁴¹³ Secondo A. Rodger, *Concealing a Servitude* cit., p. 134; 140 ss.; Id., *Concealing a Servitude. II.*, in *Index* 22 (1994), p. 239, Gratidiano sarebbe stato condannato perché il suo comportamento (la mancata informazione circa l’esistenza della servitù) rappresenta una violazione della *bona fides*. Su quest’ipotesi v. le contrarie notazioni espresse da R. Fiori, “*Bonus Vir*” cit., p. 327 nt. 171.

dell'atteggiamento malizioso del compratore⁴¹⁴. In questo caso non c'è reticenza da parte del venditore, perché ne manca il presupposto: l'ignoranza da parte del compratore⁴¹⁵.

È necessario tornare, a questo punto, a riprendere il filo di un discorso prima avviato.

La disciplina che stiamo indagando – sorta, in età decemvirale, in materia di *mancipatio* e di *nuncupationes* accessorie ed estesa in età medio-repubblicana alla *reticentia* – aveva trovato espressione anche nel contratto consensuale, nel quale la pratica di attuare la vendita senza ricorso alla *mancipatio* era divenuta generale⁴¹⁶.

Da qui un nuovo “fondamento” giuridico della responsabilità da *reticentia*: non più la violazione di norme sulla forma (*nuncupationes*), ma violazione del più generale dovere di concludere accordi “veritieri” imposto dalla buona fede⁴¹⁷.

Ne consegue la discussione della quale stiamo cogliendo le tracce.

Il venditore può essere chiamato a rispondere anche solo perché è in dolo (senza alcuna necessità, dunque, che egli abbia anche violato doveri di forma). Il che non solo spiega le motivazioni dell'assoluzione di Gratidiano nel caso appena considerato, ma fa comprendere anche le ragioni del dibattito giurisprudenziale in corso sin dal tempo di Q. Mucio.

Consideriamo adesso:

D.18.1.66 pr.-1 (Pomp. 31 *ad Q. Mucium*): *In vendendo fundo quaedam etiam si non dicantur, praestanda sunt, veluti ne fundus evincatur aut usus fructus eius, quaedam ita demum, si dicta sint, veluti viam iter actum aquae ductum praestatu*

⁴¹⁴ ‘... *Aequitatem Antonius: quoniam id vitium ignotum Sergio non fuisset, qui illas aedes vendidisset, nihil fuisse necesse dici...*’. Su quest’aspetto M. S. Goretti, *Il problema giuridico del silenzio* cit., p. 83 ss.

⁴¹⁵ Principio che trova conferma – come vedremo – anche nel contesto della disciplina edilizia, cfr. D.21.1.1.6 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Si intellegatur vitium morbusve mancipii (ut plerumque signis quibusdam solent demonstrare vitia), potest dici edictum cessare: hoc enim tantum intuendum est, ne emptor decipiatur.*

Che l’*ignorantia emptoris* costituisca, d’altra parte, il presupposto per l’azione contrattuale riconosciuta – due secoli dopo – per sanzionare il silenzio malizioso del venditore circa l’esistenza di servitù passive è testimoniato da D.19.1.1.1 (Ulp. 28 *ad Sab.*), sul quale F. Procchi, *‘Dolus’ e ‘culpa in contrahendo’ nella compravendita* cit., p. 198 ss. e, da ultimo, R. Fiori, *Bona fides* cit., p. 139 ss.

⁴¹⁶ S. A. Cristaldi, *Il contenuto dell’obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell’età imperiale*, Milano 2007, spec., p. 66 ss.

⁴¹⁷ Su questi aspetti ci soffermeremo a breve.

*iri: idem et in servitutibus urbanorum praediorum. § 1 Si cum servitus venditis praediis deberetur nec commemoraverit venditor, sed sciens esse reticuerit et ob id per ignorantiam rei emptor non utendo per statutum tempus eam servitutum amiserit, quidam recte putant venditorem teneri ex empto ob dolum*⁴¹⁸.

Nel principio del frammento si distingue tra le cose di cui il venditore debba prestare garanzia, indipendentemente dal fatto che ci sia stata una dichiarazione *in vendendo fundo* (ovvero la garanzia per l'evizione e l'usufrutto), e le cose che sono garantite solo in quanto dichiarate⁴¹⁹.

Orbene, al tempo di Q. Mucio⁴²⁰ si discute se il *venditor* sia responsabile anche della *reticentia* circa la esistenza di servitù attive: la fattispecie riportata nel § 1 del testo in esame descrive la situazione in cui, esistendo una servitù a favore degli immobili venduti di cui il venditore era a conoscenza, egli non lo ricorda in fase di conclusione del contratto⁴²¹. A causa di ciò, il compratore perde la servitù per il non uso protratto per due anni.

Quel che appare di interesse è il contrasto⁴²² che in proposito esisteva tra i “*quidam*”, i quali – *recte*⁴²³ – ammettevano il ricorso all'*actio empti*, e il giurista commentato: si tratta di un caso di *dolus in contrahendo* del venditore? Quel che è certo è che il venditore aveva taciuto l'esistenza della servitù, forse per

⁴¹⁸ Per l'esegesi del frammento, tratto dal commento di Pomponio *ad Q. Mucium*, cfr., fra gli altri: A. Pernice, *Labeo II.1²* cit., p. 85; S. Riccobono, *La definizione dello «ius» al tempo di Adriano*, in BIDR. 53-54 (1948), p. 23 ss.; P. Stein, *Fault in the Formation of Contract* cit., p. 11; P. Frezza, «*Fides bona*» cit., p. 17 ss.; G. MacCormack, *Juristic use of the term 'dolus': contract*, in ZSS. 100 (1983), p. 525; H. Ankum, *Pomponio, Giuliano y la responsabilidad del vendedor por eviccion con la actio empti*, in RIDA. 39 (1992), p. 71 ss.; R. Cardilli, *L'obbligazione di «praestare»* cit., p. 164 ss.; L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d'informazione* cit., p. 97 ss.; R. Fiori, *Bona fides* cit., p. 127 ss.

⁴¹⁹ R. Cardilli, *L'obbligazione di «praestare»* cit., p. 164; L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d'informazione* cit., p. 97.

⁴²⁰ F. Schulz, *Storia della giurisprudenza romana* cit., spec. 80 ss.; 91; 104 ss.; A. Schiavone, *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana. Il secolo della rivoluzione scientifica nel pensiero giuridico antico*, Bari 1987, p. 25 ss.; A. Castro Sáenz, *Cicerón y la jurisprudencia romana. Un estudio de historia jurídica*, Valencia 2010, p. 243 ss.

⁴²¹ L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d'informazione* cit., p. 98 ss., sostiene che la fattispecie descritta sia pertinente alla materia del “‘silenzio’ del venditore sui ‘pregi’ del fondo venduto” e consista “in una specificazione della regola enunciata nel *principium*”.

⁴²² S. Riccobono, *La definizione dello «ius»* cit., p. 23-24; P. Stein, *Fault in the Formation of Contract* cit., p.11; P. Frezza, «*Fides bona*» cit., p. 17 ss.; G. MacCormack, *Juristic use of the term 'dolus'* cit., p. 525; R. Fiori, *Bona fides* cit., p. 128.

⁴²³ S. Riccobono, *La definizione dello «ius»* cit., p. 23 ss., ritiene che il *recte* sia stato inserito dai Compilatori “per conferire valore assoluto a quella opinione particolare”. Di diverso avviso R. Fiori, *Bona fides* cit., p. 128 nt. 86.

dimenticanza – *nec commemoraverit*⁴²⁴. Il problema consiste allora nel fatto che l'alienante era certamente *sciens* ('... *sed sciens esse*').

Possiamo supporre che la discussione tra giuristi avesse ad oggetto due punti: il soggetto sapeva ma ha 'dimenticato' di comunicare la circostanza (*nec commemoraverit*); e ancora: si può considerare in dolo? Si può sostenere che il soggetto in errore sia in dolo?⁴²⁵

La *ratio dubitandi* potrebbe insomma aver riguardato le conseguenze che scaturiscono dal non dichiarare, consapevolmente, un vantaggio del diritto; la questione ruota attorno alla possibilità di stabilire se colui che abbia taciuto, scientemente, un vantaggio del diritto possa stimarsi come responsabile, allo stesso modo di colui che non comunichi un limite del diritto stesso (fatto che – sulla base di quanto era ormai pacifico con riferimento al silenzio in caso di *mancipatio* e di mancata relativa *nuncupatio* – era ormai acquisito).

Q. Mucio sembra escludere – se si deve intendere la sua come una presa di distanza dai *quidam* – che il silenzio del venditore fosse dovuto a mala fede e fosse "doloso". Il che potrebbe comprendersi secondo il significato che il termine "dolo" stava acquisendo – come vedremo – nelle definizioni di Aquilio Gallo⁴²⁶ e di Servio⁴²⁷, alla luce della discussione sul rilievo in proposito di una "macchinazione"⁴²⁸.

⁴²⁴ Ne è convinto R. Cardilli, *L'obbligazione di «praestare»* cit., p. 166, quando afferma che la mancata menzione della servitù attiva sia da imputare alla "sbadataggine" del venditore.

⁴²⁵ R. Cardilli, *L'obbligazione di «praestare»* cit., p. 167, osserva come i *quidam* ritenessero che il venditore fosse in dolo, in quanto *sciens* circa l'esistenza della servitù a favore degli immobili venduti. Il punto centrale, a parere dell'Autore, sarebbe costituito dal ruolo attribuito dai *quidam* alla *scientia venditoris*: se il venditore, non menzionando le servitù positive di cui era a conoscenza, determinava un danno per il compratore, allora il suo atteggiamento sarebbe stato valutato come di mala fede, comportando l'applicazione della regola giurisprudenziale sulla *reticentia*.

Per R. Fiori, *Bona fides* cit., p. 128 ss., invece, la *reticentia* del venditore prescinde dall'esistenza del *dolus*: ciò che conta è che "il venditore sapeva e non ha informato il compratore, eventualmente anche per semplice negligenza".

⁴²⁶ Cfr. *de off.* 3.14.60.

⁴²⁷ Cfr. D.4.3.1.2 (Ulp. 11 *ad ed.*).

⁴²⁸ Su quest'aspetto cfr. R. Cardilli, *L'obbligazione di «praestare»* cit., p.168, il quale ritiene che alla base del disaccordo tra Q. Mucio e i *quidam* vi fosse l'assenza di una *causa decipiendi* e di una macchinazione (*aliud simulatum, aliud agere*). Sostanzialmente d'accordo L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d'informazione* cit., p. 99, a giudizio della quale Q. Mucio si era discostato dal parere dei *quidam* "non riscontrando dolo nella reticenza". Opposta l'opinione di R. Fiori, *Bona fides* cit., p. 129 ss. L'Autore, infatti, spiega il contrasto giurisprudenziale e la negazione, da parte di Q. Mucio, dell'*actio empti* considerando che la perdita della servitù non aveva alterato l'equilibrio contrattuale.

Il che, mentre conferma che la mancata dichiarazione della servitù positiva non poteva ritenersi pacificamente compresa tra le dichiarazioni ‘dovute’, poiché non era inclusa tra quelle alle quali si riferiva la clausola ‘*uti optimus maximusque*’⁴²⁹, dimostra altresì che il problema si era ormai allargato e investiva più in generale le comunicazioni che ogni venditore (anche in forza del semplice contratto consensuale, non seguito da *mancipatio*, perché di fatto non eseguita o perché non dovuta in relazione alla natura *nec mancipi* della cosa⁴³⁰) dovesse essere tenuto a rendere, sulla base dei doveri imposti dalla *fides*.

Il rapporto tra *mancipatio* e causa negoziale che induce le parti a concluderla non è stato obiettivamente chiarito. E ciò con riferimento, in particolare, alla situazione del tempo al quale Cicerone sta facendo riferimento.

Com’è noto, tuttavia, rappresenta orientamento generale che la *mancipatio* delle origini costituisse attuazione di una compravendita a pesanti, realizzata attraverso lo scambio contestuale e reale di cosa e prezzo⁴³¹ e che da quando però – tra la fine del III e gli inizi del II secolo a. C. – fu introdotta la pratica dell’*emptio-venditio* consensuale⁴³², il rapporto tra i due atti (‘contratto’ quale

⁴²⁹ Sembra, infatti, che la responsabilità nascente dal silenzio intenzionale e malizioso del venditore si leghi alla norma decemvirale sulle *nuncupationes* e alla sua interpretazione, come già sostenuto da A. Corbino, *Eccezione di dolo generale* cit., p. 27.

⁴³⁰ V. *infra* il caso del *frumentarius* (*de off.* 3.12.50-53).

⁴³¹ V. Arangio-Ruiz, *La compravendita in diritto romano*² cit., p. 18 ss.; M. Marrone, *Trasferimento della proprietà della cosa venduta e pagamento del prezzo*, in AUPA. 42 (1992), p. 183 ss.; M. Talamanca, s. v. *Vendita* (dir. rom.) cit., p. 303 ss. e ntt. 4, 5; 370 ss.; da ultimo, L. Gagliardi, *Prospettive in tema di origine della compravendita consensuale romana*, in *La compravendita e l’interdipendenza delle obbligazioni* cit., I, p. 109 ss.

⁴³² Sul tema della genesi del contratto consensuale di *emptio venditio* cfr., fra gli altri: C. Ferrini, *Sull’origine del contratto di vendita in Roma*, in *Opere* III (Milano 1929), p. 49 ss.; G. G. Archi, *In tema di trasferimento della proprietà per compravendita*, in SDHI. 1 (1935), p. 115 ss.; C. Longo, *Corso di diritto romano. Parte speciale: la compravendita*, Milano 1937, p. 283 ss.; P. Meylan, *La genèse de la vente consensuelle romaine*, in TR. 21 (1953), p. 129 ss.; Id., *Le rôle de la bona fides dans le passage de la vente au comptant a la vente consensuelle a Rome*, in *Aequitas und bona fides, Festgabe zum 70. Geburtstag von A. Simonius*, Basel 1955, p. 237 ss.; F. Pringsheim, *L’origine des contrats consensuels*, in RHD. 32, 1954, p. 475 ss.; 485 ss.; Sargenti M., *Problemi della responsabilità contrattuale*, in SDHI. 20 (1954), p. 228 ss.; Id., *Per una revisione della nozione di auctoritas*, in *Studi in onore di E. Betti*, IV, Milano 1962, p. 43 ss.; 51 ss.; V. Arangio-Ruiz, *La compravendita in diritto romano*² cit., 46 ss.; 176 ss.; F. Cancelli, *L’origine del contratto consensuale di compravendita* cit., p. 7 ss.; F. Gallo, *In tema di origine della compravendita consensuale romana* (a proposito del volume di F. Cancelli, *L’origine del contratto consensuale di compravendita nel diritto romano*), in SDHI. 30 (1964), p. 299 ss.; Id., *Bona fides e ius gentium*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva* cit., II, p. 138 ss.; A. Watson, *The Origins of Consensual Sale: a Hypothesis*, in TR. 32 (1964), p. 245 ss.; L. Labruna, *Plauto, Manilio, Catone: premesse allo studio dell’‘emptio’ consensuale*, in *Studi in onore di E. Volterra*, V, Milano 1971, p. 23 ss.; H. Ankum, *Quelques problèmes concernant las ventes aux enchères en*

fonte delle reciproche obbligazioni e *mancipatio* quale atto che ne attuava l'esecuzione) si fosse integrato.

Il che ai nostri fini è sufficiente.

È sicuro che quando Cicerone parla, nel I secolo a. C., di vendite connotate dal compimento di una *mancipatio*, egli si riferisse a una *mancipatio* attuativa di una compravendita consensuale e obbligatoria⁴³³.

Il che porta al problema di valutare anche quale disciplina ricevesse la nostra materia in conseguenza di tale evoluzione di cose.

Da quanto abbiamo visto, sembra proprio che il non dichiarare, consciamente, un limite del diritto non sia la stessa cosa rispetto alla mancata dichiarazione di un “vantaggio” dello stesso e che dunque la “reticenza” in senso diretto (quella derivante dall'interpretazione di *tab. 6.2* e sanzionata perciò con la *poena reticentiae*) debba ritenersi limitata a quanto, ove sollecitato, il venditore avrebbe dovuto dire (*'uti optimus maximusque'*). Più in generale, essa rilevava pertanto solo se poteva dirsi che integrasse dolo, come apprendiamo dalla discussione che aveva visto impegnato Q. Mucio (non rientra per altro tra i sicuri doveri del venditore quello di dichiarare la servitù attiva nemmeno nel II secolo d. C., al tempo in cui Pomponio scrive il commento a Q. Mucio).

droit romain classique, in *Studi in onore di G. Scherillo*, I, Milano 1972, p. 377 ss.; M. Talamanca, s. v. *Vendita* (dir. rom.) cit., p. 303 ss.; 309 ss.; G. Pugliese, *Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Materiali per un corso di diritto romano*, a cura di L. Vacca, Torino 1997, p. 39 ss.; C. A. Cannata, *La compravendita consensuale romana: significato di una struttura*, in *Vendita e trasferimento* cit., p. 73 ss.; L. Vacca, *Annotazioni in tema di vendita e trasferimento della proprietà*, in *Vendita e trasferimento* cit., p. 127 ss.; A. Castro, *'Emptio venditio' y 'consensus'*. *Contribución al estudio del origen y fundamentos de la compraventa romana: contrato-fin y contrato-medio*, in *'Iuris Vincula'*. *Studi in onore di M. Talamanca*, II, Napoli 2001, p. 11 ss.; 30 ss.; 50 ss.; J. Belda Mercado, *Evolución histórico-jurídica hacia la consensualidad en la emptio venditio romana*, in *Anuario da facultade de dereito da Universidade da Coruna* 6 (2002), p. 161 ss.; C. Cascione, *'Consensus'*. *Problemi di origine, tutela processuale. Prospettive sistematiche*, Napoli 2003, p. 215 ss.; 247 ss.; D. Nörr, *Osservazioni in tema di terminologia giuridica predecemvirale e di ius mercatorum mediterraneo: il primo trattato cartaginese-romano*, in *Le Dodici Tavole* cit., p. 147 ss.; L. Gagliardi, *Prospettive in tema di origine della compravendita consensuale romana* cit., p. 103 ss., con discussione critica delle opinioni emerse nella dottrina tradizionale; A. Corbino, *Diritto privato romano*³ cit., p. 667 ss.

⁴³³ La derivazione del contratto consensuale dalla *mancipatio* è stata ipotizzata, in passato, da V. Arangio-Ruiz, *La compravendita in diritto romano*² cit., p. 57 ss. Più di recente, la tesi è stata ripresa, fra gli altri, da C. A. Cannata, *La compravendita consensuale romana* cit., p. 73 ss., e A. Castro, *'Emptio venditio' y 'consensus'*, p. 11 ss.

Ciò comporta un inevitabile concorso di strumenti di tutela legati al contratto (*actio empti*, in particolare) e di strumenti legati alla forma (*actio auctoritatis*⁴³⁴; *actio de modo agri*), tra i quali era certo dovessero stabilirsi criteri di raccordo.

⁴³⁴ Cfr. XII Tab. 6.3-4; *Paul. Sent.* 2.17.1-3. L'azione fondata sull'*auctoritas*, o *actio auctoritatis*, obbligherebbe alla responsabilità per il doppio del prezzo pagato, nel caso in cui l'acquirente subisse evizione, venisse, cioè, spogliato del possesso della cosa. Sembra che l'*auctoritas* sia non solo conseguenza esclusiva della *mancipatio*, ma anche un effetto diretto ed inevitabile di essa. La responsabilità evizionale, inoltre, non si fonda su una *nuncupatio*, bensì sul silenzio – inteso come 'acquiescenza' all'atto della *mancipatio* – del *mancipio dans*, e ciò dimostra che esisteva una responsabilità del venditore che aveva titolo non nel contratto ma altrove.

Sull'argomento, com'è noto, esiste una letteratura estremamente ricca. Cfr., fra gli altri, M. Kaser, *Das Ziel der "actio empti" nach Eviktion*, in ZSS. 54 (1934), p. 162 ss.; A. Bechmann, *Der Kauf nach gemeinem Recht* cit., I, p. 113 ss.; 361 ss.; 672 ss.; P. Girard, *La garantie d'éviction dans la vente consensuelle*, in NRHD. 8 (1884), p. 395 ss.; Id., *Études historique sur la formation du système de la garantie d'éviction en droit romain*, in *Mélanges de droit romain. II. Droit privé et procédure*, Paris 1923, p. 5 ss.; Id., *L' "auctoritas" et l' "action auctoritatis"*. *Inventaire d'interpolations*, in *Mélanges de droit roman*, II, cit., p. 153 ss.; Id., *Manuale elementare di diritto romano*, (trad. it. di C. Longo), Milano 1909, p. 567 ss.; E. Rabel, *Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte*, Leipzig 1902; F. De Zulueta, *The Roman Law of Sale*, Oxford 1945, p. 42 ss.; L. Amirante, *Il concetto unitario dell' "auctoritas"*, in *Studi in onore di S. Solazzi nel cinquantesimo anniversario del suo insegnamento, 1899-1948*, Napoli 1948, p. 5 ss.; A. Magdelain, *'Auctoritas rerum'*, in RIDA. 5 (1950), p. 127 ss.; P. Meylan, *La genèse de la vente consensuelle* cit., p. 137 ss.; V. Arangio-Ruiz, *La compravendita in diritto romano*² cit., p. 309 ss.; F. De Visscher, *'Auctoritas' et 'mancipium'*, in SDHI. 22 (1956), p. 87 ss.; G. Impallomeni, s. v. *Evizione* (dir. rom.), in NNDI. 6 (Torino 1960), p. 1048 ss.; M. Sargenti, *L'evizione* cit., p. 1 ss., in particolare, p. 17 ss.; Id., *Per una revisione della nozione di auctoritas* cit., p. 17 ss.; Id., *La "satisfatio secundum mancipium" e la "stipulatio habere licere" nel quadro della garanzia per evizione nella compravendita romana*, in BIDR. 55 (1962), p. 164 ss.; A. Calonge, *Evicción. Historia de un concepto y análisis de su contenido en el Derecho romano clásico*, Salamanca 1969; H. Ankum, *L'actio auctoritatis appartenant à l'archeteur mancipio accipiens a-t-elle existé?*, in *Accademia Romanistica Costantiniana, Atti III Convegno Internazionale, Perugia Trevi Gualdo Tadino 28.9-1.10 1977, Perugia 1979*, p. 1 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 evicione' e 'actio empti')*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, Atti del Congresso Internazionale Pisa-Viareggio-Lucca, 17-21 aprile 1990, a cura di L. Vacca, Milano 1991, p. 610 ss.; Id., *Pomponio, Juliano y la responsabilidad del vendedor* cit., p. 57 ss.; A. Castresana, *En busca de un significado unitario del término 'auctoritas'*, in *Estudios J. Iglesias*, I, Madrid 1988, p. 183 ss.; Id., *Reflexión sobre la significación jurídica de 'auctoritas', 'credere' y 'pontifex' a propósito de las etimologías de A. Pariente*, in BIDR. 91 (1988), p. 419 ss.; P. Fuenteseca, *Trasferimento della proprietà e auctoritas nella vendita romana*, in *Vendita e trasferimento della proprietà* cit., I, p. 73 ss., e, in particolare, p. 87 ss.; M. Talamanca, s. v. *Vendita* (dir. rom) cit., p. 303 ss.; L. Vacca, *La garanzia per evizione nel sistema romano e nel sistema del Codice Civile Italiano*, in *Scintillae Iuris. Studi in memoria di G. Gorla*, Milano 1994, p. 1135 ss.; Id., *Sulla responsabilità ex empto del venditore nel caso di evizione secondo la giurisprudenza tardo-classica*, in *Collatio Ivris Romani* II (1995), p. 549 ss.; T. Dalla Massara, *Garanzia per evizione e interdipendenza delle obbligazioni nella compravendita romana*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni* cit., II, p. 279 ss.; Id., *Evizione e circolazione della proprietà: matrici romane del sistema italiano vigente*, in IVRA 57 (2008-2009), p. 245 ss.; Id., *Per una ricostruzione delle strutture dell'evizione*, in *Studi in onore di A. Metro*, II, Milano 2010, p. 99 ss., con puntuali ind. bibl.; L. Gagliardi, *Prospettive in tema di origine della compravendita consensuale romana* cit., p. 140 ss.; in part., p. 141 nt. 65 con ulteriore ragguaglio bibl.; R. Ortu, *Garanzia per evizione: 'stipulatio habere licere' e 'stipulatio duplae'*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni* cit., II, p. 313 ss.

Anche sul punto, le conclusioni della dottrina non sono univoche, né in questa sede è possibile affrontare il problema in tutta la sua complessa dimensione.

Ma, se ci domandiamo quale fondamento avesse la responsabilità nei casi descritti da Cicerone e da noi prima considerati, apparirà chiaro che ci si riferisce sempre – come già rilevato – all'*actio empti* e non ad azioni speciali fondate sulla *mancipatio* o sulla legge.

Più complesso è stabilire quale fosse, in concreto, il contenuto della responsabilità alla quale il venditore restava esposto nei casi di dichiarazioni formali (legate, cioè, alle *nuncupationes*) non veritiere: non è chiaro, in particolare, se egli risponde *in duplum* ovvero del danno concretamente causato; il che significa, in altri termini, domandarsi se egli rispondesse a seguito dell'esercizio delle azioni previste per le dichiarazioni formali non veritiere (e anche per la *reticentia*) in *duplum* secondo l'antica disciplina, ovvero per il risarcimento attraverso l'*actio empti*.

Sono possibili due scenari. Il venditore risponde alternativamente in base all'azione esperita, secondo i principi del concorso alternativo (*actio auctoritatis/actio empti*); oppure egli risponde sempre nel *duplum* anche se si agisce con l'*actio empti*. La dottrina è insufficiente sul punto. Nulla si dice, infatti, sul contenuto di tale azione.

Sappiamo solo che la regola decemvirale – riferita da Cicerone in *de off.* 3.16.65 – riteneva responsabile il venditore solo di ciò che avesse espressamente dichiarato (*poena dupli*) all'atto della *mancipatio*; successivamente, in un'epoca non meglio precisata⁴³⁵, i giureconsulti elaborarono una *poena reticentiae*, chiamando il venditore a rispondere anche del suo “silenzio colpevole”⁴³⁶.

Certamente dubbia è la natura della *poena reticentiae*, “che sembra riecheggiare la *poena dupli* decemvirale”⁴³⁷, anche se non possediamo indicazioni chiare al riguardo. Peraltro, come sia avvenuto il passaggio da una disciplina che riguardava la forma – la *mancipatio* – a una che interessava il contratto

⁴³⁵ Sul punto si rinvia alle riflessioni contenute *infra*, cap. III, nt. 491.

⁴³⁶ Così L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d'informazione* cit., p. 91.

⁴³⁷ L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d'informazione* cit., p. 92.

consensuale dell'*emptio venditio* non è facilmente ricostruibile⁴³⁸.

Parte della dottrina ritiene che tale transizione si sia compiuta attraverso un'evoluzione svoltasi all'interno dell'*actio auctoritatis*⁴³⁹.

L'opinione generalmente condivisa nella romanistica mette in luce, al contrario, come ricordavamo prima, un'evidente connessione con la diffusione dell'*emptio venditio* e dell'*actio empti* per violazione della *fides bona*⁴⁴⁰.

È forse anche plausibile ritenere che lo sviluppo della disciplina sia avvenuto in modo graduale, immaginando una prima fase caratterizzata dal ricorso all'*actio auctoritatis*, e una seconda, in cui si sarebbe avuta “la trasposizione del meccanismo forgiato all'interno dell'*actio auctoritatis* nella diversa struttura dell'*actio empti* [...]”⁴⁴¹.

Ciò che possiamo affermare senza dubbio è che, comunque, alla fine della repubblica questa materia è confluita nel problema della responsabilità *ex empto* per la reticenza del venditore.

Tirando alcune rapide conclusioni, ci sembra di poter dire che – in materia di vendita di fondi e di uso al riguardo della *mancipatio* – il venditore rispondeva di *reticentia* (se aveva taciuto ciò che – ove richiesto – avrebbe dovuto dichiarare nel vero). E tuttavia, già agli inizi del I secolo a. C.⁴⁴² tale limitazione di contenuto vacillava (ritenendosi doverosamente dovute anche dichiarazioni relative ad altri

⁴³⁸ M. Sargenti, *Problemi della responsabilità contrattuale* cit., p. 235 ss., correttamente, rileva come Cicerone non ci abbia offerto “un quadro preciso dello sviluppo giurisprudenziale che era ancora in corso ai suoi tempi e lontano, non che dalla conclusione, anche da risultati parziali acquisiti”. E' innegabile – osserva – che l'Oratore non distingua tra le azioni che nascono dalla *mancipatio* per sanzionare le reticenze che si hanno nell'ambito del negozio formale *per aes et libram* e la punizione della reticenza nell'ambito della compravendita consensuale e non formale.

⁴³⁹ Cfr. F. Haymann, *Die Haftung des Verkäufers* cit., p. 46 ss.; M. Talamanca, *La bona fides* cit., p. 146 nt. 410.

⁴⁴⁰ L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d'informazione* cit., p. 91 ss.; R. Fiori, “*Bonus Vir*” cit., p. 324 ss.; in part., p. 328 ss. Spunti in tal senso, negli anni precedenti, anche in G. Beseler, *De iure civili Tullio ad naturam revocando* cit., p. 333; P. Stein, *Fault in the Formation of Contract* cit., p. 8 ss.; A. Pezzana, *Sull'actio empti come azione di garanzia* cit., p. 190; R. Cardilli, *L'obbligazione di «praestare»* cit., p. 156 ss.; 163 e nt. 148.

⁴⁴¹ Così L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d'informazione* cit., p. 92 ss., la quale ipotizza che la *poena reticentiae* “si potrebbe ricollegare alla misura del *duplum*, importo della condanna nell'*actio auctoritatis*, anello di congiunzione tra la ‘nuova regola’ e la più antica sanzione della reticenza [...]”. Diversamente, R. Fiori, “*Bonus Vir*” cit., p. 324 ss.; in part., 328 ss. e nt. 174, che ritiene assolutamente inverosimile la tesi prospettata dall'Autrice, rilevando come, in realtà, l'*interpretatio* civilistica che ha portato a stigmatizzare la reticenza del venditore sia stata condotta (esclusivamente) sull'*actio empti*.

⁴⁴² Cfr. *de off.* 3.16.66-67.

limiti “giuridici”, ancorché non tali da determinare una “*qualitas*”, ora negativa, del fondo e dunque non comprese nell’ordinario raggio di azione della clausola ‘*uti optimus maximus*’).

Mentre in materia di vendite che non avevano visto l’impiego della *mancipatio* (e comunque sulla base ora del contratto che ne stava a fondamento) un problema di eventuale *reticentia* poteva rilevare in ogni caso guardando alle cose dal punto di vista non della forma (*tab.* 6.2), ma della buona fede.

3. Il dibattito tardo-repubblicano sugli obblighi d’informazione del venditore.

Le conclusioni alle quali siamo fin qui pervenuti, permettono, ci sembra, non solo di fare luce su origine ed evoluzione della disciplina della *reticentia*, ma anche sul complesso stato della questione alla fine della repubblica.

I testi di Cicerone sui quali stiamo portando l’attenzione mostrano che la possibilità di riconoscere una responsabilità del “venditore” come tale (quindi indipendentemente dall’intervenuto ricorso alla *mancipatio* e sulla base perciò della mera buona fede) era legata – a metà del I sec. a.C. – al “dolo”, del quale si considerava ancora espressione ogni artificio positivo e dunque anche il suo *celare* al compratore circostanze che avrebbero potuto influenzarne la volontà nella conclusione del contratto.

La questione s’incentra ormai, come vedremo, sulla ricerca di un criterio (fattuale, venuto meno quello formale legato in origine alle *nuncupationes* accessorie della *mancipatio* e al conseguente contenuto “tipico” delle medesime) in base al quale distinguere ciò che il “venditore” non è “tenuto” a dichiarare da ciò a cui egli è invece tenuto, in base ai principi ai quali l’uomo ‘onesto’ deve conformare il proprio comportamento.

Il primo esempio che Cicerone adduce nella dialettica tra l’utile e l’onesto riguarda un caso di silenzio consapevole da parte del venditore:

Cic. *de off.* 3.12.50-53: *Sed incidunt, ut supra dixi, saepe causae, cum repugnare utilitas honestati videatur, ut animadvertendum sit, repugnetque plane an possit cum honestate coniungi. Eius generis hae sunt quaestiones: si exempli gratia vir bonus Alexandria Rhodum magnum frumenti numerum advexerit in Rhodiorum inopia et fame summaque annonae caritate, si idem sciat complures*

mercatores Alexandria solvisse navesque in cursu frumento onustas petentes Rhodum viderit, dicturusne sit id Rhodiis an silentio suum quam plurimo venditurus? Sapientem et bonum virum fingimus; de eius deliberatione et consultatione quaerimus, qui celaturus Rhodios non sit, si id turpe iudicet, sed dubitet, an turpe non sit. [51] In huiusmodi causis aliud Diogeni Babylonio videri solet, magno et gravi Stoico, aliud Antipatro, discipulo eius, homini acutissimo; Antipatro omnia patefacienda, ut ne quid omnino, quod venditor norit, emptor ignoret, Diogeni venditorem, quatenus iure civili constitutum sit, dicere vitia oportere, cetera sine insidiis agere et, quoniam vendat, velle quam optime vendere. "Advexi, eui, vendo meum non pluris, quam ceteri, fortasse etiam minoris, cum maior est copia; cui fit iniuria?"[52] Exoritur Antipatri ratio ex altera parte: "Quid ais? tu, cum hominibus consulere debeas et servire humanae societati eaque lege natus sis et ea habeas principia naturae, quibus parere et quae sequi debeas, ut utilitas tua communis sit utilitas vicissimque communis utilitas tua sit, celabis homines, quid iis adsit commoditatis et copiae? Respondebit Diogenes fortasse sic: "Aliud est celare, aliud tacere, neque ego nunc te celo, si tibi non dico, quae natura deorum sit, qui sit finis bonorum, quae tibi plus prodessent cognita quam tritici vilitas. Sed non, quicquid tibi audire utile est, idem mihi dicere necesse est."[53] "Immo vero," inquiet ille "necesse est, si quidem meministi esse inter homines natura coniunctam societatem." "Memini," inquiet ille, "sed num ista societas talis est, ut nihil suum cuiusque sit? Quod si ita est, ne vendendum quidem quicquam est, sed donandum." Vides in hac tota disceptatione non illud dici "quamvis hoc turpe sit, tamen, quoniam expedit, faciam", sed ita expedire, ut turpe non sit, ex altera autem parte, ea re, quia turpe sit, non esse faciendum.

Un *vir bonus*⁴⁴³ aveva trasportato da Alessandria a Rodi una gran quantità di frumento, in un momento in cui gli abitanti della città erano afflitti da fame e carestia. Egli era a conoscenza del fatto che altre navi, a loro volta cariche di frumento, stavano, nel frattempo, giungendo a Rodi; eppure tace la circostanza, allo scopo di vendere una quantità più elevata della propria merce, a un prezzo migliore rispetto a quello che avrebbe potuto praticare in un mercato saturo⁴⁴⁴.

Il mercante di grano aveva l'obbligo di comunicare l'informazione di cui era

⁴⁴³ Che l'espressione non indichi, genericamente, l'uomo 'perbene' è stato dimostrato da R. Fiori, "Bonus Vir" cit., p. 108 ss.; spec. 129 [su cui v. P. Cerami, *Rec. di R. Fiori, "Bonus Vir"*, in *IVRA* 61 (2013), p. 342 ss.]; Id., *Il vir bonus tra filosofia greca e tradizioni romane nel de officiis di Cicerone*, in *Vir bonus. Un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica*, Incontro di studio, Trani, 28-29 ottobre 2011, Bari 2013, p. 19 ss. Sull'argomento, più in generale, anche G. Falcone, *L'attribuzione della qualifica di 'vir bonus' nella prassi giudiziaria di età repubblicana (a proposito di Cato, or. Frg. 186 Sblend=206 Male)*, in *AUPA*. 44 (2010-2011), p. 57 ss.; Id., *L'attribuzione della qualifica di 'vir bonus' nella prassi giudiziaria di età repubblicana. Con un'appendice su 'optimus', 'probus', 'fortis'*, p. 39 ss., e R. Cardilli, 'Vir bonus' e 'bona fides', p. 179 ss., entrambi i contributi in *op. cit.*

⁴⁴⁴ R. Fiori, "Bonus Vir" cit., p. 306 ss.

a conoscenza?

La risposta viene cercata discutendo a quale valutazione (etica⁴⁴⁵) debba esporsi la condotta silenziosa del *vir bonus*.

Attraverso le contrapposte opinioni di due filosofi esponenti del pensiero stoico, Diogene di Babilonia e Antipatro di Tarso, Cicerone indaga le ragioni profonde che stanno alla base del comportamento che il venditore avrebbe dovuto assumere.

Secondo Antipatro – che supporta la tesi dell’*utilitas communis*, fondamento della *societas humana* – sul venditore incombe il dovere di rivelare ogni cosa – ‘*ut ne quid omnino quod venditor norit emptor ignoret*’.

Diogene, per contro, si fa espressione di una filosofia più relativa e più attenta all’*utilitas* individuale. È vero – egli afferma – che il venditore deve ‘*dicere vitia*’ e ‘*sine insidiis agere*’, ossia egli deve dichiarare, nel corso della vendita, solo ciò che il *ius civile*⁴⁴⁶ impone che sia comunicato. Ma non può non considerarsi anche che ‘*aliud est celare, aliud tacere*’⁴⁴⁷. Non dichiarare i vizi non equivale a occultarli: il venditore, infatti, non è obbligato a riferire tutto ciò che per il compratore sarebbe utile da conoscere: ‘*Sed non, quicquid tibi audire utile est, idem mihi dicere necesse est*’. L’esistenza di un legame sociale naturale non può importare – precisa Diogene – il sacrificio del proprio interesse individuale – ‘*sed num ista societas talis est, ut nihil suum cuiusque sit? Quod si ita est, ne vendendum quidem quicquam est, sed donandum*’.

Consideriamo, dunque, l’atteggiamento silenzioso del venditore nella fattispecie descritta.

Il mercante di grano, in realtà, non aveva taciuto una circostanza che possa

⁴⁴⁵ La problematica generata dall’esempio in questione investe il “dovere morale”, non giuridico, d’informazione a carico del venditore, poiché la situazione taciuta non attiene, come vedremo (*infra* nel testo e nt. 448), ad alcun *vitium*. In tal senso, già G. Visintini, *La reticenza nella formazione dei contratti* cit., p. 12 nt. 23.

⁴⁴⁶ Sul significato di ‘*ius civile*’ nel contesto del discorso ciceroniano cfr. R. Fiori, “*Bonus Vir*” cit., p. 285 ss.

⁴⁴⁷ Sull’espressione L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d’informazione* cit., p. 44 nt. 13; 47 ss.; 116 ss., la quale ha posto in evidenza la notevole influenza che l’interpretazione di questa affermazione ha avuto sulla costruzione, nella dogmatica moderna, dell’istituto della responsabilità precontrattuale e sullo sviluppo delle problematiche connesse alla figura del dolo negativo. L’Autrice ha chiarito, in modo più particolareggiato, in “*Aliud est celare, aliud tacere*” cit., p. 251 ss., che le parole di Diogene avrebbero descritto il silenzio/*celare* come “omissione colpevole”, e il silenzio/*tacere* quale semplice inattività (di chi non dice nulla).

essere qualificata come *vitium*⁴⁴⁸ della merce giuridicamente rilevante. Egli si è limitato a conservare per sé l'informazione – che i Rodioti avrebbero in astratto potuto anch'essi conseguire – dell'incombente approdo delle altre navi.

Egli aveva celato un fatto (la maggiore quantità della merce che di lì a poco sarebbe stata riversata sul mercato), del quale non sussisteva per lui alcun obbligo di informare il compratore, al quale spetta di ricercare ogni informazione che gli consenta di valutare anche le condizioni future del mercato⁴⁴⁹.

Nella prassi commerciale, l'abilità che il soggetto consegue è qualcosa di cui il soggetto stesso deve beneficiare⁴⁵⁰. Il che significa che avvantaggiarsi dell'errore della controparte non è la stessa cosa che indurla all'errore (fatto invece sicuramente in contrasto con la buona fede).

Il tema costante del discorso ciceroniano – come vedremo – è che il *vir bonus* deve perseguire la propria *utilitas* senza alterare il quadro osservabile. La furbizia è un comportamento umano che i Romani guardano con diffidenza dal punto di vista morale, ma che, tuttavia, tollerano⁴⁵¹. L'artificio, l'astuzia sono fatti che fino a un certo limite dimostrano un'abilità competitiva, mediante la quale si può raggiungere un vantaggio lecito, anche se, a soffrirne è il giudizio morale⁴⁵².

Pertanto, la ragione per la quale nell'ipotesi in esame non si affronta una discussione sulla possibilità di esperire l'*actio empti* risiede nel fatto che qui – più che mancare un *vitium* giuridicamente rilevante⁴⁵³ – non siamo di fronte alla violazione di un "dovere" (quello imposto dalla *fides*, che richiede di non

⁴⁴⁸ Segnalano che nell'ipotesi prospettata non si ponga un problema di *vitia*: L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d'informazione* cit., p. 42 ss.; R. Fiori, "Bonus Vir" cit., p. 302; 306 ss.; A. Castresana, *La relevancia jurídica del silencio* cit., p. 709 ss., la quale parla, specificamente, di un silenzio che "afecta a las condiciones del mercado de grano, y, en particular, a la previsible repercusión que un notable incremento de la oferta de trigo tendrá sobre el precio de venta del mismo".

⁴⁴⁹ R. Fiori, "Bonus Vir" cit., p. 302; 306 ss.

⁴⁵⁰ Configurano l'esempio ciceroniano del *frumentarius* (3.12.50 ss.) come caso di reticenza del venditore fondata sul *dolus bonus* L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d'informazione* cit., p. 44 ss., e F. M. Cursi, *Il ruolo dell'azione di dolo edilizia nella dialettica tra editto degli edili curuli e tutela pretoria*, in *Studi in onore di A. Metro*, II, Milano 2010, p. 20 ss. nt. 67. Sull'aggettivazione del *dolus* come *bonus* o *malus* cfr. A. Corbino, *Fides bona contraria est fraudi et dolo*, in *RIDA*, 60 (2013), p. 125.

⁴⁵¹ A. Corbino, *Fides bona contraria* cit., p. 115.

⁴⁵² A. Corbino, *I difficili confini tra astuzia e malizia nella riflessione tardo-repubblicana*, in corso di pubblicazione.

⁴⁵³ Cfr. nt. 448.

“indurre” altri in errore).

Veniamo al caso esemplificato immediatamente dopo:

Cic. *de off.* 3.13.54-57: *Vendat aedes vir bonus, propter aliqua vitia, quae ipse norit, ceteri ignorent, pestilentes sint et habeantur salubres, ignoretur in omnibus cubiculis apparere serpentes, sint, male materiatae et ruinosae, sed hoc praeter dominum nemo sciat; quaero, si haec emptoribus venditor non dixerit aedesque vendiderit pluris multo. quam se venditurum putarit, num id iniuste aut improbe fecerit? "Ille vero" inquit Antipater. "Quid est enim aliud erranti viam non monstrare, quod Athenis execrationibus publicis sanctum est, si hoc non est, emptorem pati ruere et per errorem in maximam fraudem incurrere. Plus etiam est quam viam non monstrare; nam est scientem in errorem alterum inducere."* [55] *Diogenes contra "Num te emere coegit, qui ne hortatus quidem est? Ille, quod non placebat, proscripsit, tu quod placebat, emisti. Quod si qui proscribunt villam bonam beneque aedificatam non existimantur fefellisse, etiam si illa nec bona est nec aedificata ratione, multo minus, qui domum non laudarunt. Ubi enim iudicium emptoris est, ibi fraus venditoris quae potest esse? Sin autem dictum non omne praestandum est, quod dictum non est, id praestandum putas? Quid vero est stultius quam venditorem eius rei, quam vendat, vitia narrare? Quid autem tam absurdum quam si domini iussu ita praeco praedicet: "domum pestilentem vendo?"* [56] *Sic ergo in quibusdam causis dubiis ex altera parte defenditur honestas, ex altera ita de utilitate dicitur, ut id, quod utile videatur, non modo facere honestum sit, sed etiam non facere turpe. Haec est illa, quae videtur utilium fieri cum honestis saepe dissensio. Quae diiudicanda sunt; non enim, ut quaereremus, euimus, sed ut explicaremus.* [57] *Non igitur videtur nec frumentarius ille Rhodios nec hic aedium venditor celare emptores debuisse. Neque enim id est celare, quicquid reticeas, sed cum, quod tu scias, id ignorare emolumenti tui causa velis eos, quorum intersit id scire. Hoc autem celandi genus quale sit et cuius hominis, quis non videt? Certe non aperti, non simplicis, non ingenui, non iusti, non viri boni, versuti potius obscuro, astuti, fallacis, malitiosi, callidi, veteratoris, vafri. Haec tot et alia plura nonne inutile est vitiorum subire nomina?*⁴⁵⁴

Cicerone esamina, questa volta, le implicazioni che il silenzio del venditore può comportare nel corso della vendita di un bene immobile.

Il caso è il seguente: un *vir bonus* vende una casa che presenta condizioni pessime – ‘*ignoretur in omnibus cubiculis apparere serpentes*’– dovute anche al fatto che è stata costruita con materiale scadente – ‘*male materiatae et ruinosae*’. La circostanza che la casa fosse malsana e insalubre, come precisa l’Oratore, era

⁴⁵⁴ R. Fiori, “*Bonus Vir*” cit., p. 275 ss., rileva che la disputa riportata in *de off.* 3.13.50-57 corrisponde, simmetricamente, a un’altra diatriba concernente il tema della *prudencia*, riportata da Cicerone in *de off.* 3.23.89.

ignorata da tutti (*'vitia quae ipse norit, ceteri ignorent'*) fuorché dal proprietario – *'sed hoc praeter dominum nemo sciat'*⁴⁵⁵.

Il nodo centrale consiste nel comprendere se il venditore, il quale ha venduto la casa a un prezzo più alto di quanto pensava di poter vendere, si sia comportato in modo scorretto (*'num id iniuste aut improbe fecerit?'*), omettendo di denunciare vizi noti soltanto a lui.

Lo svolgimento del dibattito è lasciato ai due pensatori stoici.

Chiara l'opinione di Antipatro: il tacere eventuali vizi della cosa è più grave del non mostrare la via a chi si è perso⁴⁵⁶, perché equivale a indurre scientemente in errore il compratore, il quale, di conseguenza, cade in una gravissima frode⁴⁵⁷.

Ma Diogene domanda: *"'Ubi enim iudicium emptoris⁴⁵⁸ est, ibi fraus venditoris quae potest esse?'"*.

In effetti, se l'acquirente è in grado di valutare il bene da sé, non può configurarsi la frode.

Pertanto, sembra logico supporre che la ragione per la quale sul venditore dell'immobile non gravi l'obbligo *ex fide bona* di dichiarare i vizi occulti della casa risieda nella circostanza che non esiste tutela civilistica⁴⁵⁹, laddove il

⁴⁵⁵ L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d'informazione* cit., p. 48 ss., sostiene che la particolare insistenza di Cicerone sul fatto che i vizi della casa fossero ignorati da tutti – (*ceteri ignorent*) – si spiegherebbe con l'intenzione di escludere la negligenza dell'*emptor* nell'assumere informazioni in merito all'acquisto che intendeva compiere, focalizzando, invece, l'attenzione sulla figura del vizio 'oculto'.

⁴⁵⁶ Condotta specialmente riprovevole nel costume ateniese (... *quod Athenis execrationibus publicis sanctum est...*).

⁴⁵⁷ L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d'informazione* cit., p. 48 ss., ipotizza che l'impossibilità per l'*emptor* di verificare di persona il reale stato dell'immobile dipendesse dalla circostanza che si trattava di una vendita all'asta; Cicerone, attraverso le parole di Antipatro, avrebbe dato rilevanza al silenzio consapevole del venditore, equiparandolo al dolo che induce in errore la controparte. D'accordo sul punto, A. Castresana, *La relevancia jurídica del silencio* cit., p. 712 ss. e nt. 44.

⁴⁵⁸ A differenza di L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d'informazione* cit., p. 49 ss., la quale interpreta il *iudicium emptoris* nel senso di "libertà di decidere se acquistare o meno", R. Fiori, *"Bonus Vir"* cit., p. 303 nt. 108, osserva che l'espressione non si riferisce a tale libertà di acquisto, quanto, piuttosto, al fatto che il compratore era stato perfettamente in grado di formarsi un'opinione del tutto libera da condizionamenti e tale da essere "incompatibile con la *fraus*".

⁴⁵⁹ Interessante, a tale proposito, il fatto che in un frammento dei *Digesta* (D.21.1.49, Ulp. 8 *disp.*), e in un rescritto diocleziano (C.I. 4.58.4-1), il comportamento del venditore risulti sanzionato (*nam redhibendus erit*), sulla base della considerazione che la compravendita aveva avuto ad oggetto un *fundus pestilens*. La circostanza potrebbe trovare una spiegazione storica. Come sappiamo, la disciplina onoraria sulla compravendita di schiavi (*redhibitio*) sarà estesa, con la compilazione giustiniana, a tutte le compravendite, quale che ne fosse l'oggetto (su questa successiva evoluzione cfr. R. Fubini, *La teoria dei vizi redibitori*, Torino 1906, p. 31 ss.; R.

compratore abbia la possibilità di giudicare il bene da acquistare⁴⁶⁰.

Le conclusioni di Cicerone sono che né il mercante di grano, né il venditore della casa avrebbero celato alcunché, fornendo egli stesso una definizione di *reticentia*, sicuramente distinta dal mero contegno omissivo e dal generico non-parlare. Secondo l'Oratore "il celare non consiste nel tacere tutto ciò che sai, ma nel volere, per tuo tornaconto, che altri ignorino ciò che tu sai e che per loro sarebbe utile sapere"⁴⁶¹.

E si deve invero anche considerare che esiste, comunque (come in ogni rapporto bilaterale), una diligenza del compratore che non deve essere trascurata: se il venditore ha soltanto taciuto e non celato o simulato nulla, il suo comportamento non è giuridicamente rilevante, perché esisteva una realtà perfettamente percepibile (con la dovuta attenzione) dall'acquirente⁴⁶².

Le cose stanno diversamente quando il venditore disponga di informazioni inaccessibili per il compratore (come nel caso del decreto degli auguri prima considerato⁴⁶³) o, peggio, si adoperi per creare egli stesso un'informazione artatamente disorientante.

Veniamo così all'ultimo esempio che Cicerone descrive:

Cic. *de off.* 3.14.58-60: *Quod si vituperandi qui reticuerunt, quid de iis existimandum est, qui orationis vanitatem adhibuerunt? C. Canius, eques Romanus, nec infacetus et satis litteratus, cum se Syracusas otiandi, ut ipse dicere solebat, non negotiandi causa contulisset, dictitabat se hortulos aliquos emere*

Monier, *La garantie contre les vices* cit., p. 39 ss; 56 ss.; V. Arangio-Ruiz, *La compravendita in diritto romano*² cit., p. 353 ss.). Dunque, mentre per Cicerone – nel caso della *domus pestilens* – non si palesa un 'celare', quando, con Giustiniano, si applica la disciplina della *redhibitio* la prospettiva non è più il dolo ma la *deceptio*. In questo senso A. Corbino, *I difficili confini tra astuzia e malizia* cit., in corso di pubblicazione. Circa il mezzo processuale esperito in tale ipotesi v. N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 233 ss.

⁴⁶⁰ R. Fiori, "Bonus Vir" cit., p. 301 ss.

⁴⁶¹ 'Neque enim id est celare, quicquid reticeas, sed cum, quod tu scias, id ignorare emolumenti tui causa velis eos, quorum intersit id scire' (3.13.57). Cfr. A. Parrella, *La reticenza nei negozi giuridici* cit., p. 377, il quale, opportunamente, pone in evidenza che, affinché la condotta del venditore sia qualificabile come reticenza, non è sufficiente che egli sappia e taccia, ma che l'omissione concerna circostanze su cui si abbia l'obbligo di informare.

⁴⁶² A. Corbino, *Ancora su malizia ed astuzia nella riflessione tardo-repubblicana*, in corso di pubblicazione, precisa che le informazioni che l'acquirente avrebbe potuto acquisire "dispiegando un'attenzione" maggiore di quella prestata [...] sono fuori da ogni dovere di dichiarazione dell'alienante. Le conoscenze discusse in tale fattispecie, così come quelle al centro del dibattito nel caso del *frumentarius*, sono – a parere dell'Autore – conseguenza dell'"abilità competitiva" del venditore.

⁴⁶³ Cic. *de off.* 3.16.66.

velle, quo invitare amicos et ubi se oblectare sine interpellatoribus posset. Quod cum percrebuisset, Pythius ei quidam, qui argentariam faceret Syracusis, venales quidem se hortos non habere, sed licere uti Canio, si vellet, ut suis, et simul ad cenam hominem in hortos invitavit in posterum diem. Cum ille promisisset, tum Pythius, qui esset ut argentarius apud omnes ordines gratiosus, piscatores ad se convocavit et ab iis petivit, ut ante suos hortulos postridie piscarentur, dixitque quid eos facere vellet. Ad cenam tempori venit Canius; opipare a Pythio adparatum convivium, cumbarum ante oculos multitudo, pro se quisque, quod ceperat, adferebat; ante pedes Pythii pisces abiciebantur.[59] Tum Canius "quaeso", inquit, "quid est hoc, Pythi? tantumne piscium? tantumne cumbarum?" Et ille: "Quid mirum?" inquit, "hoc loco est Syracusis quidquid est piscium, hic aquatio, hac villa isti carere non possunt." Incensus Canius cupiditate contendit a Pythio, ut venderet. Gravate ille primo. Quid multa? impetrat. Emit homo cupidus et locuples tanti, quanti Pythius voluit, et emit instructos. Nomina facit, negotium conficit. Invitat Canius postridie familiares suos, venit ipse mature, scalmum nullum videt. Quaerit ex proximo vicino, num feriae quaedam piscatorum essent, quod eos nullos videret. "Nullae, quod sciam," ille, "sed hic piscari nulli solent. Itaque heri mirabar quid accidisset." [60] Stomachari Canius, sed quid faceret? Nondum enim C. Aquilius, collega et familiaris meus, protulerat de dolo malo formulas; in quibus ipsis, cum ex eo quaereretur, quid esset dolus malus, respondebat, cum esset aliud simulatum, aliud actum. Hoc quidem sane luculente, ut ab homine perito definiendi. Ergo et Pythius et omnes aliud agentes, aliud simulantes perfidi, improbi, malitiosi. Nullum igitur eorum factum potest utile esse, cum sit tot vitiis inquinatum.

Si tratta di un caso di raggio posto in essere mediante un comportamento commissivo, tratto dalla realtà giuridica romana⁴⁶⁴.

Non siamo di fronte a un'ipotesi di reticenza, ma a una frode attuata mediante false dichiarazioni. L'episodio⁴⁶⁵ narra di un banchiere siracusano, Pizio, che, induce C. Canio, cavaliere romano, all'acquisto⁴⁶⁶ di una villa vicina al mare a un prezzo molto elevato, facendogli credere che le acque antistanti fossero ricche di pesci. Pizio, infatti, ricorrendo alla 'macchinazione'⁴⁶⁷, all'inganno, si era

⁴⁶⁴ Come anche le fattispecie discusse in *de off.* 3.16.66-67.

⁴⁶⁵ Verificatosi verosimilmente tra la fine del II e l'inizio del I sec. a. C. Cfr. per tutti L. Franchini, *A proposito di un famoso caso di frode a Siracusa (per una rilettura di Cicerone, de officiis, 3.14.58-60)*, in *Civitas et civilitas, Studi in onore di F. Guizzi*, I, Torino 2013, p. 368 ss. e nt. 10 con ind. bibl.

⁴⁶⁶ Sull'individuazione della 'forma' negoziale utilizzata per la conclusione dell'affare gli studiosi hanno formulato diverse ipotesi. Cfr. per tutti L. Franchini, *A proposito di un famoso caso di frode a Siracusa* cit. p. 373 ss., il quale si sofferma sulle linee fondamentali del dibattito suscitato dal caso in questione, riassumendo le diverse posizioni assunte dalla dottrina.

⁴⁶⁷ La *simulatio*, con cui è identificato il *dolus malus* nella nota definizione che Cicerone attribuisce ad Aquilio Gallo in *de off.* 3.14.60, non è un comportamento proprio del *bonus vir*, perché viola gli *officia* imposti dalle leggi di natura. Sul significato di *simulare* in Aquilio Gallo cfr. F. Casavola, s. v. *Dolo* (dir. rom.), in *NNDI*. 6 (Torino 1960), 147; A. Carcaterra, *Dolus*

accordato con alcuni pescatori del luogo affinché questi mostrassero di aver pescato di fronte ai suoi giardini (*horti*) durante un banchetto al quale avrebbe preso parte il probabile acquirente.

E' evidente che qui non esiste alcun comportamento silenzioso e omissivo del venditore, il quale, invece, si adoperava per creare una falsa realtà.

L'*equus Romanus* non ottenne alcuna tutela perché, come Cicerone stesso precisa, '*nondum enim C. Aquilius, collega et familiaris meus, protulerat de dolo malo formulas*'⁴⁶⁸.

Sulle cause per le quali C. Canio non ottenne una protezione giuridica civilistica, nonostante l'evidente scorrettezza del comportamento di Pizio ('*Stomachari Canius*'), sono state avanzate diverse supposizioni⁴⁶⁹, ma del fatto

bonus/dolus malus. Esegesi di D.4.3.1.2-3, Napoli 1970, spec. p. 59 ss.; M. Brutti, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, I, Milano 1973, p. 132 ss.; G. MacCormack, *Aliud simulatum, aliud actum*, in ZSS. 104 (1987), p. 639 ss.

⁴⁶⁸ Sulla presunta datazione dei rimedi processuali di contrasto al dolo – genericamente denominati '*formulae de dolo*' – cfr. B. Albanese B., *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, in AUPA. 28 (1961), p. 173 ss.; Id., *Ancora in tema di sussidiarietà dell'«actio de dolo»*, in Labeo 9 (1963), p. 42 ss., ivi in contrasto con A. Guarino, *La sussidiarietà dell'«actio de dolo»*, in Labeo 8 (1962), p. 270 ss.; M. Brutti, *La problematica del dolo processuale cit.*, I, p. 128 ss. e nt. 1 con bibl.; G. MacCormack, '*Dolus*' in *Republican Law*, in BIDR. 88 (1985), p. 15 ss.; F. D'Ippolito, *Sulla data dell'«actio de dolo» cit.*, p. 247 ss.; C. A. Cannata, *Corso di istituzioni di diritto romano II.1*, Torino 2003, p. 22; M. Talamanca, *La bona fides cit.*, p. 131 ss.; spec. 134; A. Corbino, *L'eccezione di dolo generale cit.*, p. 29; spunti anche in Id., *Fides bona contraria cit.*, p. 109 ss.; A. Triggiano, '*Conlega et familiaris meus*': note minime su Cicerone e Aquilio Gallo, in Index 38 (2010), p. 373 ss., con altra bibl.; P. Lambrini, *La culpa in contrahendo e l'actio de dolo malo*, in *Modelli teorici e metodologici cit.*, IV, p. 2780 ss. e nt.10; Id., *Studi sull'azione di dolo*, Napoli 2013, p. 41 ss.

A proposito del fatto che Cicerone stesse qui alludendo all'*actio de dolo* v. M. Talamanca, *La bona fides cit.*, p. 158; F. M. Cursi, *L'eredità dell'actio de dolo e il problema del danno meramente patrimoniale*, Napoli 2008, p. 25; R. Fiori, '*Bonus Vir*' cit., p. 313 nt. 132.

⁴⁶⁹ Non sembra condivisibile l'opinione di P. Frezza, '*Fides bona*' cit., p. 15, a giudizio del quale al tempo di Cicerone il venditore avrebbe potuto tenere "impunemente" un comportamento doloso nella compravendita, perché l'*actio empti* non era diretta a reprimere il *dolus in contrahendo*. Più convincenti le riflessioni di L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d'informazione cit.*, p. 56 ss.; Id., *Sulle origini storiche della responsabilità precontrattuale cit.*, p. 123 ss., secondo la quale il compratore non avrebbe potuto esperire l'*actio empti* (contro il *dolus venditoris*) per tre possibili ragioni. La prima avrebbe a che fare con "il contesto retorico in cui si inseriva il discorso di Cicerone (volto da un lato alla dimostrazione del suo assunto, sul piano filosofico, dall'altro lato all'elogio di Aquilio per la introduzione di un efficace strumento di tutela giuridica dei contraenti) [...]". L'ipotesi sarebbe, però, smentita dai costanti riferimenti che Cicerone fa all'ordinamento giuridico romano. Un'altra possibile risposta è quella che tiene conto del fatto che il *dolus in contrahendo* del venditore non era, forse, ancora sanzionato con l'*actio empti* ai tempi in cui si svolse l'episodio narrato. Eppure anche questa spiegazione non convince la studiosa, perché certamente il caso di C. Canio ebbe luogo negli anni in cui si verificò l'episodio descritto in *de off.* 3.16.66, il quale, come sappiamo, testimonia l'applicazione dell'*actio ex empto*. In realtà, la soluzione che appare più fondata, secondo l'Autrice, è quella che fa leva sulla circostanza che l'inganno del venditore aveva avuto ad oggetto – come nella fattispecie della

possiamo qui disinteressarci, essendo comunque di tutta evidenza la diretta estraneità del caso alla materia della *reticentia* e la sua, per contro, non meno palese riconducibilità alle problematiche relative alla sanzione del dolo nei casi di ormai conseguito esaurimento degli effetti negoziali diretti (qui alla conclusione della compravendita era seguita una novazione delle obbligazioni del compratore, eseguita attraverso una *transcriptio a re in personam*⁴⁷⁰).

Possiamo cominciare a tirare le somme.

Il dibattito tardo-repubblicano sugli obblighi d'informazione del venditore sembra testimoniare un progressivo allargamento delle responsabilità a carico dell'alienante: dal dovere di non omettere dichiarazioni "imposte" da norme, come quelle che derivano dalla legislazione decemvirale e – come vedremo – dall'editto degli edili curuli, al dovere di comportarsi secondo *bona fides*.

Definire la nozione di *fides* e stabilire quando essa possa essere aggettivata come *bona*, è questione dogmatica finissima⁴⁷¹.

domus pestilens – non una qualità del bene compravenduto, bensì "la natura delle acque marine antistanti la villa", evenienza non determinante ai fini della conclusione del contratto, ma della definizione del prezzo. Sulla questione, anche M. Talamanca, *La bona fides* cit., p. 131 ss.; F. Procchi, *'Dolus' e 'culpa in contrahendo' nella compravendita* cit., p. 185 ss. Da ultimo, R. Fiori, *"Bonus Vir"* cit., p. 310 ss., ha osservato che il compratore non avrebbe potuto far valere il *dolus* della controparte con strumenti propri del *ius civile* perché la vendita non si svolse attraverso un' *emptio venditio*, "ma nella veste di un negozio formale".

⁴⁷⁰ L. Franchini, *A proposito di un famoso caso di frode a Siracusa* cit., p. 376 ss.

⁴⁷¹ Sul tema della *bona fides* esiste una vasta bibliografia, con varietà di opinioni. Senza pretesa di completezza: P. Bonfante, *Essenza della "bona fides" e suo rapporto colla teorica dell'errore*, in BIDR. 6 (1893), p. 85 ss. [ora in *Scritti giuridici*, II, Torino 1918, p. 708 ss.]; B. Biondi, *"Iudicia bonae fidei"*, in AUPA. 7 (1918), p. 3 ss.; E. Betti, *Imputabilità dell'inadempimento nell'obbligazione in diritto romano*, Roma 1958, p. 76 ss.; 186 ss.; Id., *Istituzioni di diritto romano*, II.1, Padova 1960, p. 386 ss.; M. Horvat, *Osservazioni sulla bona fides nel diritto romano obbligatorio*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, I, Napoli 1953, p. 423 ss.; A. Carcaterra, *Intorno ai "bonae fidei iudicia"*, Napoli 1964, *passim*; Id., *Ancora sulla "fides" e sui "bonae fidei iudicia"*, in SDHI. 33 (1967), p. 65 ss.; G. Grosso, s. v. *Buona fede* (dir. rom), in ED. 5 (Milano 1959), p. 661 ss.; L. Lombardi, *Dalla "fides" alla "bona fides"*, Milano 1961; F. Wieacker, *Zum Ursprung der "bonae fidei iudicia"*, in ZSS. 80 (1963), p. 1 ss.; M. Kaser, *"Oportere" und "ius civile"*, in ZSS. 83 (1966), p. 25 ss.; Id., *Das Römische Privatrecht* cit., I², p. 181; P. Frezza, *«Fides bona»* cit., p. 3 ss.; F. Schulz, *I principii del diritto romano*, (rist. an. dell'ed. Sansone, Firenze 1946), Firenze 1995, p. 193 ss.; M. J. Schermaier, *Bona fides in Roman Contract Law*, in *Good Faith in European Contract Law*, ed. by R. Zimmermann and S. Whittaker, Cambridge, New York, 2000, p. 62 ss.; A. Aleman Monterreal, *La incidencia de la bona fides en el quantum indemnizatorio: a proposito de la responsabilidad del vendedor por los vicios o defectos ocultos*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva* cit., I, p. 140 ss.; F. Gallo, *Bona fides e ius gentium*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva* cit., II, p. 115 ss.; 151 ss.; P. Gallo, *Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva* cit., II, p. 155 ss.; S. Tafaro, *Buona fede ed equilibrio degli interessi nei contratti*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva* cit., IV, p. 571 ss.; M. Talamanca, *La bona fides* cit., p. 1 ss.; R. Fiori, *Bona fides* cit., p. 97 ss.; Id., *Fides e bona fides. Gerarchia sociale e categorie giuridiche*, in *Modelli teorici e*

Fra le diverse posizioni assunte in dottrina, di particolare interesse risulta essere la recente prospettiva d'indagine proposta da Corbino⁴⁷². La *fides* s'identifica con il credo di ciascun popolo, ne esprime le credenze condivise. Ogni cultura ha riferimenti propri⁴⁷³; pertanto, dal punto di vista romano, *bona fides* significa tenere comportamenti coerenti con l'ideale romano, racchiuso nell'insieme dei valori osservati⁴⁷⁴.

Allo stesso modo, “Per ciascun popolo la propria è – ovviamente – una *fides* apprezzata, perciò *bona*”⁴⁷⁵.

La *fides bona* è, nondimeno, uno dei criteri ispiratori dei comportamenti relazionali non solo tra Romani ma anche con stranieri: tali comportamenti devono essere orientati al valore condiviso dei rapporti internazionali, che consiste nello stringere accordi sinceri e rispettarli⁴⁷⁶.

In altre parole, in ambito contrattuale, la *fides bona* identifica un parametro di valutazione del comportamento delle parti negoziali fondato sull'apprezzamento dell'accordo intercorso tra di esse. Tutto ciò è, del resto, evidente nella natura *bonae fidei* del contratto di compravendita: il negozio si fonda sull'accordo e sulla conseguente rilevanza del dolo.

Se la buona fede implica la necessità che si concludano accordi sinceri e ‘veritieri’ (Cic., *de off.* 1.7.23; Cic., *de rep.* 4.7), ne consegue che è indispensabile astenersi da comportamenti maliziosi anche al momento dell'esecuzione degli stessi (D.19.2.21, Iavol., 11 *epist.*)⁴⁷⁷.

La problematica appare svilupparsi attorno alla riflessione che in un contratto *ex fide bona* le parti – e, innanzitutto, il venditore – debbano astenersi da

metodologici nella storia del diritto privato, III, Napoli 2008, p. 237 ss.; Id., *Eccezione di dolo generale ed editto asiatico di Quinto Mucio: il problema delle origini*, in *L'eccezione di dolo generale* cit., p. 49 ss.; R. Cardilli, “*Bona fides*” *tra storia e sistema*² cit., p. 29 ss.; A. Földi, *Osservazioni intorno al c.d. dualismo della ‘bona fides’*, in *Studi in onore di A. Metro*, II, Milano 2010, p. 483 ss.; A. Corbino, *Fides bona contraria* cit., p. 109 ss.

⁴⁷² A. Corbino, *Fides bona contraria* cit., p. 109 ss.

⁴⁷³ Nel senso che, accanto alla *fides* romana, esistono le altre; di conseguenza, si pone l'accento sulla “relatività” dei contenuti di ciascuna *fides* e ci si rende conto del fatto che “*fides* e *bona fides* coincidono solo da una prospettiva unilaterale”. Cfr. A. Corbino, *Fides bona contraria* cit., p. 115 ss.

⁴⁷⁴ A. Corbino, *Fides bona contraria* cit., p. 116.

⁴⁷⁵ A. Corbino, *Fides bona contraria* cit., p. 115.

⁴⁷⁶ A. Corbino, *Fides bona contraria* cit., p. 120 ss.

⁴⁷⁷ A. Corbino, *Fides bona contraria* cit., p. 119 ss.

comportamenti ‘dolosi’, quale certamente è la reticenza, che abbiamo visto sanzionata, infatti, non diversamente dalla ‘falsità’ delle comunicazioni rese, e sulla base di ciò che debba intendersi per *dolus*.

Precisamente, si tratta di stabilire quando la ‘furbizia’ coincida con l’‘abilità’ lecita, e quando, invece, costituisca ‘trasgressione’ di doveri⁴⁷⁸. Nel momento in cui il venditore induce il compratore alla conclusione del negozio attraverso un *celare*, ossia, tacendo maliziosamente circostanze che questi avrebbe interesse a conoscere (e alla cui conoscenza non può pervenire direttamente), non può dirsi che l’accordo sia stato liberamente raggiunto da entrambe le parti.

Il *celare*, deformando la realtà di riferimento, viola la *bona fides*, perché implica che l’accordo alla base del rapporto contrattuale non sia stato integrato sulla base della conoscenza del vero. Se l’accordo è stato raggiunto attraverso l’inganno, i due consensi non sono fondati sui medesimi presupposti di conoscenza.

A questo punto, resta da domandarsi fin dove possa arrivare l’inganno di un contraente perpetrato ai danni dell’altro, ovvero quand’è che si riscontra, senza dubbio, la presenza di un *dolus venditoris*, posto che l’imbroglio costituisce trasgressione della buona fede.

Il punto focale è costituito, infatti, dalla biunivocità che sussiste tra *dolus* e *bona fides*⁴⁷⁹.

Tornando alla controversia fra Pizio e Canio, risulta chiaro che il fatto oggettivo rivelatore del comportamento malizioso del venditore è la *simulatio*.

⁴⁷⁸ Il tema è ampiamente approfondito da A. Corbino, *I difficili confini tra astuzia e malizia* cit., in corso di pubblicazione.

⁴⁷⁹ La quale è negata da W. W. Buckland, *Culpa and bona fides in the actio ex empto*, in LQR. 48 (1932), p. 217 ss., e da M. De Bernardi, *A proposito della pretesa contrapposizione concettuale tra dolus e bona fides nel linguaggio dei giuristi*, in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano (Atti Milano, 1987)*, II, Milano 1990, p. 129 ss. Da ultimo, v. anche R. Fiori, *Eccezione di dolo generale* cit., p. 65 nt. 45; 196 ss. e nt. 304, per il quale l’antitesi fra *dolus* e *bona fides* non è sostenibile per diverse ragioni; in primo luogo, per il fatto che non si riscontrano testimonianze, nelle fonti, di un tale contrasto, posto che l’opposizione che Cicerone instaura nel *de officiis* non ha portata generale. In secondo luogo, è la funzione stessa del criterio della *bona fides* che – secondo Fiori – porterebbe ad escludere che quest’ultima si esaurisca nell’assenza di dolo. Propendono, al contrario, per la correlatività dei due concetti Betti E., *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milano 1953, p. 120; V. Arangio-Ruiz, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*² cit., p. 33 ss.; L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d’informazione* cit., p. 67, per la quale ogni violazione della *fides bona* corrisponda a una manifestazione – “*latu sensu*” – di dolo. Da ultimo, M. Brutti, *Il diritto privato nell’antica Roma*² cit., p. 115.

Nel caso esaminato il venditore ha fatto ricorso a “una manovra fraudolenta, una vera e propria messinscena”⁴⁸⁰; ne consegue che al tempo di Cicerone sussiste *dolus malus* nel momento in cui si altera, modificandola, la realtà, secondo l’insegnamento di Aquilio Gallo, e che il *tacere* è diverso dal *celare*⁴⁸¹.

Il dolo, inteso quale *machinatio*, significa inganno, imbroglio creativo, e comporta una simulazione della realtà⁴⁸². Per Cicerone ogni *machinatio* è dolo⁴⁸³.

Una concezione in parte diversa si risconterà più avanti in Labeone⁴⁸⁴. Per il giurista del tempo del principato sussiste dolo nel momento in cui si accerta che la finalità anche del solo *tacere* è di ingannare la controparte, attraverso qualsiasi comportamento fraudolento (*‘omnis calliditas, fallacia, machinatio ad circumveniendum, fallendum, decipiendum alterum adhibita’*).

In tal senso, si coglie un’evoluzione della nozione stessa di “*malitia*”, perché questa non coincide più con la sola *simulatio*, potendo riscontrarsi il fine di arrecare danno all’altra parte negoziale in qualunque atteggiamento, dunque anche meramente negativo. Il dolo per Labeone sussiste anche laddove ci sia *dissimulatio*. In altri termini, nella *definitio* labeoniana si scorge il tentativo di estendere l’interpretazione della nozione di dolo, allo scopo di formulare una

⁴⁸⁰ Cfr. L. Solidoro Maruotti, *La violazione degli obblighi d’informazione* cit., p. 630, la quale rileva, tra l’altro, che l’inganno ordito da Pizio va ben oltre i confini della “*commendatio*”, ossia di quel complesso di pratiche bonarie volte a esaltare i pregi della merce in vendita, ammesse nella prassi del commercio. Sul significato delle asserzioni “*commendandi causa*” v. N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 178 ss.

⁴⁸¹ A. Corbino, *I difficili confini tra astuzia e malizia* cit., in corso di pubblicazione, afferma che, a differenza del *tacere* che consiste in un’espressione di “astuzia”, il *celare* è “violazione del dovere di non creare apparenze ingannevoli (quelle che permettono di constatare che non si è agito, ma simulato: *aliud simulatum aliud actum*)”.

⁴⁸² Cfr. D.4.3.1.2 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Dolum malum servius quidem ita definiit machinationem quandam alterius decipiendi causa, cum aliud simulatur et aliud agitur.*

⁴⁸³ M. Brutti, *La problematica del dolo processuale* cit., I, p. 142, avverte che l’intenzione di Aquilio Gallo non era quella di delimitare i contorni della nozione di *dolus*, definendo i comportamenti che vi potessero rientrare. Ciò sarebbe confermato dall’assenza di una *definitio* puntuale del *simulare*, configurata semplicemente come un contrasto fra l’apparenza e la realtà. Sull’argomento, da ultimo, anche P. Lambrini, *Studi sull’azione di dolo* cit., p. 20 ss.

⁴⁸⁴ Nello stesso testo Ulpiano contrappone a quella di Servio la definizione di Labeone: D.4.3.1.2 (Ulp. 11 *ad ed.*): ... *Labeo autem posse et sine simulatione id agi, ut quis circumveniatur: posse et sine dolo malo aliud agi, aliud simulari, sicuti faciunt, qui per eiusmodi dissimulationem deserviant et tuentur vel sua vel aliena: itaque ipse sic definiit dolum malum esse omnem calliditatem fallaciam machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam. Labeonis definitio vera est.* Sul punto, B. Albanese, *La sussidiarietà dell’actio de dolo* cit., p. 310 nt. 195; A. Carcaterra, *Dolus bonus/dolus malus* cit., p. 10 ss.; A. Wacke, *Sul concetto di ‘dolus’ nell’actio de dolo*, in IVRA 28 (1977), p. 10 ss.; M. Brutti, *La problematica del dolo processuale* cit., I, p. 307 nt. 139; C. A. Cannata, *Corso di istituzioni II.1* cit., p. 26.

figura di illecito generale consistente in un generico atteggiamento doloso cui si potesse fare riferimento qualora mancassero altre categorie giuridiche alle quali ricondurre il comportamento dannoso attuatosi attraverso inganno⁴⁸⁵.

Il che ha reso più complessa la *quaestio facti* da seguire (avendo fatto cadere ogni indicatore “oggettivo”, perché affidato a forme o, almeno, a comportamenti “positivi” come il *celare*). Ma non ha per questo portato a far coincidere la *reticentia* con la mancata comunicazione della propria informazione.

La domanda è perciò: quand’è che il silenzio, il *tacere*, costituisce “*machinatio*” e dunque “dolosa” *reticentia*? Quando, invece, il contegno omissivo rappresenta solo un vantaggio competitivo, non valutabile giuridicamente?

Il punto d’accordo che emerge dai discorsi di Cicerone è che il dovere di dichiarare non investe ciò che si è soltanto taciuto⁴⁸⁶. Infatti, il mero *tacere* può essere mancata comunicazione di un fatto; se quest’ultimo doveva essere comunicato, non si parla di *tacere* ma di *celare*.

Il venditore deve dichiarare ciò che si ha l’obbligo di comunicare e che non comunicato costituirebbe dolo.

L’obbligo – *ex fide bona* – di render note al compratore circostanze attinenti all’oggetto della vendita si definisce in funzione di “un criterio legato ad un equilibrio tra ‘doveri’ di comportamento dell’agente e ‘diligenza’ pretendibile nella controparte”⁴⁸⁷.

I testi fin qui esaminati ci permettono dunque di osservare che al tempo di Cicerone si evidenzia uno sforzo della giurisprudenza inteso a definire il confine del dovere del venditore, ovvero se tale dovere debba restare nei limiti delle forme oppure andare oltre. Il venditore dovrà essere ‘veritiero’ al momento della conclusione dell’accordo – il che comporta il dovere di informare il compratore di tutto ciò che egli non può conoscere (la ‘conoscibilità’ si addossa al venditore) – oltre che ovviamente leale al momento della sua esecuzione.

⁴⁸⁵ Così B. Albanese, *La sussidiarietà dell’actio de dolo* cit., p. 306 ss.

⁴⁸⁶ Cfr. *de off.* 3.12.53 (laddove Diogene afferma: ‘*Quod si ita est, ne vendendum quidem quicquam est, sed donandum*’) e *de off.* 3.13.54-57.

⁴⁸⁷ A. Corbino, *I difficili confini tra astuzia e malizia* cit., in corso di pubblicazione.

L'equilibrio sembrerebbe raggiungersi così: il venditore ha il dovere di non ingannare. Non ha ingannato quando ciò che non ha rivelato poteva essere conosciuto dal compratore con l'ordinaria diligenza.

Pertanto, il silenzio che implichi occultamento di fatti inconoscibili genera responsabilità nelle vendite; determina 'dolo' (*reticentia*), sempre punibile con l'azione contrattuale (*actio empti*), la quale 'concorre' con l'azione prevista dalle XII Tavole (per il *duplum*) se si tratta di *praedia*, e con la tutela edilizia, se si tratta di vendite di schiavi al mercato.

Se ne ricava, in altri termini, che le mancate dichiarazioni doverose del venditore romano che non possono essere inquadrate sotto le discipline decemvirali o edittali saranno valutate secondo i parametri del *dolus*.

CAPITOLO TERZO

VITIA DEGLI SCHIAVI E RETICENTIA DEL VENDITORE

SOMMARIO: 1. La responsabilità del venditore secondo le disposizioni dell'editto *de mancipiis vendundis* – 2. L'obbligo di '*pronuntiatio vitiorum*': *vitia e morbi* nelle riflessioni dei giuristi dalla tarda repubblica all'età dei Severi – 3. La responsabilità edilizia del venditore per falsi *dicta et promissa* – 4. I '*vitia animi*' non contemplati nelle previsioni edilizie. Il pensiero di Viviano, Pomponio e Ulpiano – 5. Ancora sul silenzio del venditore sui vizi non "redibitori".

1. La responsabilità del venditore secondo le disposizioni dell'editto de mancipiis vendundis.

Sappiamo che una questione di doveri di dichiarazione a carico del venditore romano era stata affrontata, già in età repubblicana⁴⁸⁸ dagli edili curuli⁴⁸⁹, i quali

⁴⁸⁸ La datazione della disciplina edilizia non è sicura. L'assoluta mancanza di fonti giuridiche relative alla collocazione temporale dell'intervento edilizio ha fatto sì che gli studiosi si accostassero ai testi letterari e, in particolare, alle commedie plautine (con tutte le conseguenti difficoltà connesse alla a lungo ritenuta modesta affidabilità degli stessi per la ricostruzione del diritto romano). I passi che hanno suscitato maggior interesse sono: Plaut. *Capt.* 823-825; *Merc.* 418-420; *Most.* 798-800 e *Rud.* 373-374. Sul punto cfr., con varietà di opinioni, A. De Senarclens, *La date de l'édit des édiles de mancipiis vendundis*, in TR. 4 (1923), p. 384 ss.; R. Monier, *La garantie contre les vices* cit., p. 19 ss.; G. Impallomeni, *L'editto degli edili curuli*, Padova 1955, p. 90 ss.; Id., s. v. *Edictum Aedilium Curulium*, in NNDI. 6 (Torino 1960), p. 373 nt. 3; E. Costa, *Il diritto privato nelle commedie di Plauto*, (rist. an. 1890), Roma 1968, p. 17 ss.; G. Rotelli, *Ricerca di un criterio metodologico per l'utilizzazione di Plauto*, in BIDR. 75 (1972), p. 97 ss.; L. Manna, *Actio redhibitoria* cit., p. 11 ss. Sull'argomento, più di recente, N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 40 ss., con ampia bibl. e dettagliato resoconto dello *status quaestionis* e delle diverse posizioni assunte dalla dottrina romanistica; Id., *Le 'auctiones' private all'epoca di Plauto. Consuetudini, regole, pratiche delle vendite all'asta nel mondo romano e le loro tracce nella 'palliata' latina*, in *Diritto e teatro in Grecia e a Roma*, a cura di E. Cantarella e L. Gagliardi, Milano 2007, spec. p. 171 e nt. 137; A. Petrucci, *Osservazioni minime in tema di protezione dei contraenti con i 'venaliciarii' in età commerciale (II secolo a. C.- metà del III d. C.)*, in *Filia. Scritti per G. Franciosi*, III, Napoli 2007, p. 2083 e nt. 18; L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d'informazione* cit., p. 81 nt. 41; R. Ortu, "*Aiunt Aediles*" cit., p. 52 ss., dove ulteriore bibl.

In generale, sull'editto degli edili curuli, oltre agli studi, più recenti, sopra citati, cfr., fra gli altri: O. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig 1885, p. 1288 ss.; Th. Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, II.1³, (rist. dell'ed. Leipzig 1887), Basel 1952, p. 500 ss.; P. Girard, *Manuale elementare di diritto romano* cit., p. 577 ss.; H. Vincent, *Le droit des édiles*, Paris 1921, p. 25 ss.; A. De Senarclens, *L'extension de l'édit des édiles aux vente de toute espèce de choses*, in RH. 6 (1927), p. 385 ss.; A. Pezzana, *La classicità dell'actio aestimatoria*, in AG. 140 (1951), p. 53 ss.; Id., *D.21.1.45. Contributi alla dottrina romana dell'«actio redhibitoria»*, in RISG. 26 (1951), p. 275 ss.; Id., *Azioni di garanzia per vizi della cosa in diritto bizantino*, in *Syntelesia* cit., II, p. 648 ss.; V. Arangio-Ruiz, *La compravendita in diritto romano*² cit., p. 361 ss.; P. Meylan,

avevano dettato una disciplina speciale per il silenzio dell'alienante nelle vendite di schiavi e animali, nell'intento di colpire le frodi dei venditori in un settore del commercio essenziale per l'economia dell'epoca⁴⁹⁰.

Parallelamente⁴⁹¹ alla vicenda riguardante i *fundi* si sviluppa, dunque – questa volta sul piano edittale⁴⁹² –, la disciplina dei “vizi” degli schiavi, grazie

L'Editto degli edili curuli, (rec. a G. Impallomeni, *L'Editto degli edili curuli*, Padova 1955), in *Labeo* 2 (1956), p. 117 ss.; A. M. Honoré, *The history of the aedilician actions from roman to roman-dutch law*, in *Studies in the Roman law of sale: dedicated to the memory of F. De Zulueta*, Oxford 1959, p. 132 ss.; A. Watson, *The Imperatives of the Aedilician Edict*, in *RHD*. 39 (1971), p. 73 ss.; Id., *Sellers' Liability for Defects: Aedilician and Pretorian law*, in *IVRA* 38 (1987), p. 167 ss.; D. Pugsley, *The Aedilician Edict*, in *Daube Noster*, a cura di A. Watson, Edinburgh-London, 1974, p. 253 ss.; M. Kaser, *Das Römische Privatrecht*, cit., I², p. 558 ss.; E. Jakab, *Praedicere und cavere beim Marktkauf. Sachmaengel griechischen und Römischen Recht*, München 1997, p. 123 ss.

⁴⁸⁹ E. De Ruggiero E., s. v. *Aedilis*, in *Dizionario Epigrafico di Antichità Romane*, (rist. an.), I, Roma 1961, p. 209 ss. Sulle caratteristiche della *iurisdiction* esercitata dalla magistratura curule nell'ambito delle contrattazioni che avevano luogo nei mercati della città cfr. G. Impallomeni, *L'editto degli edili curuli* cit., 109 ss.; A. Pezzana, *L'editto degli edili curuli*, recensione critica a G. Impallomeni e E. Volterra, in *IVRA* 7 (1956), p. 249 ss.; M. Kaser, *Die Jurisdiktion der kurulischen Ädilen*, in *Mélanges P. Meylan*, I, Lausanne 1963, p. 173 ss.; Id., *Das Römische Privatrecht* cit., I², p. 558 ss.; E. Betti, «*Jurisdiction praetoris*» e *potere normativo*, in *Labeo* 14 (1968), p. 7 ss.; F. De Martino, *Storia della costituzione romana*², II, Napoli 1973, p. 239 ss.; F. Gallo, *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto. Corso di diritto romano*, Torino 1997, p. 105 ss.; E. Jakab, *Praedicere und cavere beim Marktkauf* cit., p. 97 ss.; F. Serrao, *Impresa, mercato, diritto*, in *Mercati permanenti e mercati periodici nel mondo romano, Atti degli incontri capresi di storia dell'economia antica (Capri, 13-15 ottobre 1997)*, Bari 2000, p. 37 ss. [ora in *Sem. Complut.* 2 (Madrid 2000), p. 302 ss.]; G. Camodeca, 'Tabulae Herculanenses': riedizione delle 'emptions' di schiavi (TH 59-62), in 'Quaestiones iuris'. *Festschrift für J. G. Wolf zum 70. Geburtstag*, hrg. Von U. Manthe und C. Krampe, Berlin 2000, p. 61 ss.; A. Petrucci, *Osservazioni minime in tema di protezione dei contraenti* cit., p. 2082 ss.; da ultimo, R. Ortu, "Aiunt aediles" cit., p. 41 ss. e ntt. 122 e 123; 76 ss., con letter. e trattazione dello *status quaestionis* concernente il fondamento giuridico delle diverse competenze loro affidate.

⁴⁹⁰ Quanto alle cause dell'intervento edilizio, cfr. G. Impallomeni, *L'editto degli edili curuli* cit., p. 19 ss.; V. Arangio-Ruiz, *La compravendita in diritto romano*² cit., p. 361 ss.; F. Gallo, *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto* cit., p. 105; N. Donadio, *Azioni edilizie e interdipendenza delle obbligazioni* cit., p. 476; R. Ortu, "Aiunt aediles" cit., p. 2 ss. Spunti anche in R. Fiori, *Bona fides* cit., p. 136.

⁴⁹¹ Di non facile soluzione è la questione della 'successione storica' tra la *reticentia* sanzionata civilmente e quella punita dall'*edictum*, ovvero se la prima sia stata un 'modello' per l'editto oppure il suo effetto. In proposito, nella dottrina meno recente è stato sostenuto che le previsioni edilizie sulla reticenza sarebbero state conseguenza ed estensione della responsabilità del venditore per il silenzio sui difetti del bene già prevista, dal *ius civile*, per le vendite di *praedia*, e sanzionate con l'azione civile contrattuale. Al riguardo, cfr. per tutti A. Pernice, *Labeo* cit., II.1², p. 179 ss. Da ultimo, sull'argomento N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 2 ss. e nt. 4 con ind. bibl.; L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d'informazione* cit., p. 42; Id., *Sulle origini storiche della responsabilità precontrattuale* cit., p. 117; A. Corbino, *Fides bona contraria* cit., p. 112 ss. Quel che è certo, in ogni caso, è che la regola civilistica sia frutto di un'elaborazione giurisprudenziale matura.

⁴⁹² Circa la natura delle norme introdotte dall'editto edilizio, parte della dottrina sostiene che a partire dall'epoca classica l'editto degli edili curuli fosse fonte di *ius honorarium*. In tal senso: G. Impallomeni, *L'editto degli edili curuli* cit., p. 1; Id., s. v. *Edictum Aedilium Curulium* cit., p. 372 ss.; V. Arangio-Ruiz, *La compravendita in diritto romano*² cit., p. 361; A. Guarino, *L'esaurimento*

all'introduzione dell'*edictum de mancipiis vendundis*, che contribuì così ad “arricchire” il regime della compravendita romana⁴⁹³, introducendo una responsabilità generale e oggettiva in materia di vizi occulti – limitatamente alle compravendite di schiavi e animali realizzate nei mercati⁴⁹⁴.

Sappiamo, in particolare, dell'emanazione di due editti⁴⁹⁵, con i quali fu statuito che i venditori, rispettivamente, di schiavi e di *iumenta*⁴⁹⁶ fossero tenuti a denunciare con chiarezza (*palam recte pronuntiant*⁴⁹⁷) all'acquirente tutti i difetti corporei non apparenti (*morbus vitiumve*) e, relativamente ai *mancipia*, determinati *vitia* morali (l'inclinazione dello schiavo alla fuga e al vagabondaggio) e giuridici⁴⁹⁸. Precisamente, a proposito di questi ultimi, la sanzione per il venditore sarebbe intervenuta, in un primo tempo, nel caso in cui questi avesse omesso di indicare lo stato di *noxam non solutam*⁴⁹⁹ in cui versava il

del ius honorarium e la pretesa codificazione dell'editto, in *Studi in memoria di E. Albertario*, I, Milano 1953, p. 625 ss.; Id., *L'editto edilizio e il diritto onorario*, in *Labeo* 1 (1955), p. 295 ss.; A. Pezzana A., *L'editto degli edili curuli*, recensione critica a G. Impallomeni e E. Volterra cit., p. 249 ss.; F. De Martino, *Storia della costituzione romana*² cit., II, p. 239. *Contra* E. Volterra, *Intorno all'editto degli edili curuli*, in *Scritti della Facoltà giuridica di Bologna in onore di U. Borsi*, Padova 1955, p. 19 ss.; Id., *Ancora sull'Editto degli Edili Curuli*, in *IVRA* 7 (1956), p. 141 ss.

⁴⁹³ Così G. Impallomeni, s. v. *Edictum Aedilium Curulium* cit., p. 373.

⁴⁹⁴ Su quest'aspetto cfr. Th. Mommsen, *Römisches Staatsrecht* cit., II.1³, p. 501 e nt. 4; A. Bechmann, *Der Kauf nach gemeine Recht* cit., I, p. 412; G. Impallomeni, *L'editto degli edili curuli* cit., p. 133 ss.; V. Arangio-Ruiz, *La compravendita in diritto romano*² cit., p. 362; G. Nicosia, *Giurisdizione nel diritto romano*, in *Digesto. Discipline privatistiche. Sezione civile* 9 (Torino 1993), p. 126; N. Donadio, *Azioni edilizie e interdipendenza delle obbligazioni nell'emptio-venditio*. *Il problema di un giusto equilibrio tra le prestazioni delle parti*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni* cit., II, p. 525 ss.; Id., *Le 'auctiones' private all'epoca di Plauto* cit., p. 165 ss.; R. Ortu, “*Aiunt Aediles*” cit., p. 78 ss. e nt. 224 con bibl. Sulla figura del ‘*venaliciarius*’ a Roma cfr. per tutti R. Ortu, ‘*Qui venaliciariam vitam exercebat ...*’: ruolo sociale e qualificazione giuridica dei venditori di schiavi, in *Ius Antiquum – Drevne Pravo* 9 (2002), p. 87 ss.; Id., *Note in tema di organizzazione e attività dei 'venaliciarii'*, in *Diritto@Storia. Quaderni di scienze giuridiche e tradizione romana* 2 (2003); Id., “*Aiunt Aediles*” cit., p. 77 nt. 223, con ulteriore bibl.; Id., *Schiavi e mercanti di schiavi in Roma antica*, Torino 2012, p. 69 ss.; 77 ss.

⁴⁹⁵ Cfr. D.21.1.1.1 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*); D.21.1.38 pr. (Ulp. 2 *ad ed. aed. cur.*).

⁴⁹⁶ Il significato di ‘*iumentum*’ costituì oggetto di dibattito da parte della giurisprudenza classica. Sul punto cfr. R. Monier, *La garantie contre les vices* cit., p. 46 ss.; G. Impallomeni, *L'editto degli edili curuli* cit., p. 77; 107; V. Arangio-Ruiz, *La compravendita in diritto romano*² cit., p. 394 ss.; N. Donadio, *La tutela del compratore* cit. p. 96 nt. 39; Id., *Azioni edilizie e interdipendenza delle obbligazioni* cit., p. 458 nt. 2, con indicazioni complete di fonti e dottrina.

⁴⁹⁷ L'espressione è utilizzata dagli edili anche nel testo dell'editto *de iumentis vendundis* (... *Qui iumenta vendunt, palam recte dicunt, quid in quoque eorum morbi vitivae sit* ...). Sull'esigenza, imposta dalla *bona fides*, di esprimersi con chiarezza cfr. E. Betti, *Istituzioni di diritto romano* cit., II.1, p. 211.

⁴⁹⁸ I vizi originariamente ricompresi nell'obbligo di *pronuntiatio vitiorum* sono riferiti da Cic. *de off.* 3.17.71; *Sen. contr.* 7.6.23, e Gell. *noct. Att.* 4.2.1.

⁴⁹⁹ *De off.* 3.23.91; Gell., *noct. Att.* 4.2.1.

servo autore di un delitto, che avrebbe esposto il compratore a responsabilità nossale⁵⁰⁰. In un secondo momento⁵⁰¹, il *venaliciarius* sarebbe stato responsabile per reticenza anche nel caso in cui non avesse comunicato all'acquirente che lo schiavo era stato condannato a una pena capitale per aver commesso un *crimen* pubblico, o che aveva tentato il suicidio⁵⁰², o, infine, che aveva subito una condanna a combattere nell'arena contro le belve⁵⁰³.

Sulla formulazione originaria degli editti in questione non abbiamo informazione dirette. E di quello relativo ai *mancipia* abbiamo, inoltre, notizie che fanno sospettare una intervenuta modificazione nel tempo dello stesso. Di esso conosciamo, infatti, sia quanto ce ne dice Ulpiano nel suo commento (il cui riferimento non può che essere ovviamente alla redazione finale giuliana⁵⁰⁴), sia quanto leggiamo di parzialmente divergente in Gellio⁵⁰⁵:

D.21.1.1.1 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Aiunt aediles: "Qui mancipia vendunt certiores faciant emptores, quid morbi vitiive cuique sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit: eademque omnia, cum ea mancipia venibunt, palam recte pronuntianto. Quodsi mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve fuerit cum veniret, fuisset, quod eius praestari oportere dicitur: emptori omnibusque ad quos ea res pertinet iudicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur. Si quid autem post venditionem traditionemque deterius emptoris opera familiae procuratorisve eius factum erit, sive quid ex eo post venditionem*

⁵⁰⁰ P. Del Prete, *La responsabilità dello schiavo nel diritto penale romano*, (rist. an. Bari 1937), Roma 1972, p. 10 ss.; B. Biondi, *Le actiones noxales* cit., p. 8 ss.; B. Albanese, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979, p. 128 e nt. 561, il quale si sofferma, in particolare, sull'origine etimologica del termine 'nox', connesso al verbo 'nocere'; L. Manna, *Actio redhibitoria* cit., p. 63 ss.

⁵⁰¹ Sulla stratificazione storica dell'editto cfr. G. Impallomeni, *L'editto degli edili curuli* cit., p. 90 ss.

⁵⁰² Sull'argomento N. Bellocchi, *Il tentato suicidio del servo. Aspetti socio-familiari nei giuristi dell'ultima epoca dei Severi*, in SDHI. 63 (1997), p. 259 ss.; A. D. Manfredini, *Il suicidio. Studi di diritto romano*, Torino 2008, p. 165 ss.

⁵⁰³ In generale, a proposito dell'inserimento postumo di tali clausole edittali e sul loro contenuto v. L. Manna, *Actio redhibitoria* cit., p. 67 ss.; N. Donadio, *Azioni edilizie e interdipendenza delle obbligazioni* cit., p. 468 ss. e nt. 19; R. Ortu, "Aiunt Aediles" cit., p. 255 ss.

⁵⁰⁴ Sul punto L. Garofalo, *Studi sull'azione redibitoria*, Padova 2000, p. 5, e R. Ortu, "Aiunt Aediles" cit., p. 69 ss. e nt. 210 con ind. bibl.

⁵⁰⁵ Diversi Autori hanno ipotizzato che la testimonianza di Gellio si riferisse a un testo più antico dell'editto rispetto a quello riferito dai Compilatori, probabilmente anche differente dalla versione che di esso dava il suo contemporaneo Salvio Giuliano nella redazione dell'Editto Perpetuo. In tal senso, Th. Mommsen, *Römisches Staatsrecht*, cit., II.1³, p. 501 e nt. 4; H. Vincent, *Le droit des ediles* cit., p. 35 ss.; R. Monier, *La garantie contre les vices* cit., p. 32; V. Arangio-Ruiz, *La compravendita in diritto romano*² cit., p. 365; G. Impallomeni, *L'editto degli edili curuli* cit., p. 40 ss.; 94 ss.; più di recente, L. Manna, *Actio redhibitoria* cit., p. 4 ss., e F. Serrao, *Impresa, mercato, diritto* cit., p. 43.

natum adquisitum fuerit, et si quid aliud in venditione ei accesserit, sive quid ex ea re fructus pervenerit ad emptorem, ut ea omnia restituat. Item si quas accessiones ipse praestiterit, ut recipiat. Item si quod mancipium capitalem fraudem admiserit, mortis consciendae sibi causa quid fecerit, inve harenam depugnandi causa ad bestias intromissus fuerit, ea omnia in venditione pronuntianto: ex his enim causis iudicium dabimus. Hoc amplius si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicetur, iudicium dabimus".

Gell., *noct. Att.* 4.2.1: *In edicto aedilium curulium, qua parte de mancipiis vendundis cautum est, scriptum sic fuit: "Titulus servorum singulorum scriptus sit curato ita, ut intellegi recte possit, quid morbi vitiiive cuique sit, quis fugitivus errove sit noxave solutus non sit."*

Come si vede, la differenza, rispetto al dettato edittale riprodotto nel Digesto, consiste nel fatto che Gellio riferisce una disposizione che non compare nella tradizione ulpiana, riguardante l'obbligo⁵⁰⁶ imposto al venditore di schiavi di indicare su un cartello (*titulus*), oltre al prezzo di vendita, anche i vizi dai quali lo schiavo fosse affetto. Definito l'accordo, il venditore avrebbe poi pronunciato pubblicamente i vizi dai quali sarebbe derivata la facoltà, per il compratore, di agire in redibitoria.

La questione investe, evidentemente, il problema del rapporto che esisteva tra la prassi di trascrivere le caratteristiche dello schiavo sui cartelli di vendita che ne accompagnavano l'esposizione nei mercati, di cui parla Gellio, e la dichiarazione del venditore effettuata al momento del contratto, alla quale si riferisce, invece, la versione dell'editto riferita nei *Digesta*.

A) Ampia è la bibliografia sul frammento e numerose sono le interpretazioni proposte: di seguito, indichiamo le posizioni più significative, rinviando per una discussione più particolareggiata a studi rivolti specificamente all'esegesi del passo⁵⁰⁷.

⁵⁰⁶ Secondo G. Impallomeni, *L'editto degli edili curuli* cit., p. 40 ss., la disposizione non avrebbe imposto l'obbligo di esporre il *titulus*, ma avrebbe indicato le caratteristiche che esso avrebbe dovuto avere qualora il venditore avesse deciso di apporlo. Della stessa opinione, da ultimo, L. Manna, *Actio redhibitoria* cit., p. 4 ss.

⁵⁰⁷ Per una discussione critica degli orientamenti emersi nella letteratura romanistica cfr. N. Donadio, *Azioni edilizie e interdipendenza delle obbligazioni* cit., p. 524 ss.; Id., *Le 'auctiones' private all'epoca di Plauto* cit., p. 164 ss.

Una delle tesi più accreditate dalla dottrina⁵⁰⁸ è quella proposta dall'Arangio-Ruiz⁵⁰⁹.

Secondo l'Autore, gli edili avrebbero tenuto in considerazione due distinti momenti: da un lato, l'indicazione (su un *titulus*) delle caratteristiche generali del *servus* – età, razza, prezzo e vizi –, dall'altro, la dichiarazione orale del *vitium* all'atto dell'effettiva vendita (come si ricava dal '*palam recte pronuntianto*' riportato in D.21.1.1.1), dalla quale discenderebbe la responsabilità edilizia del venditore in base all'*actio redhibitoria*⁵¹⁰.

In una prospettiva più complessa, si muovono le considerazioni della Donadio. La studiosa ha interpretato la procedura dell'esibizione del cartello di vendita come una conferma del fatto che le origini della disciplina edilizia fossero strettamente connesse con la struttura delle *auctiones* che avevano luogo tra i privati nei mercati romani⁵¹¹. In tal senso, si può immaginare – a giudizio dell'Autrice – che la disposizione tramandataci da Gellio avrebbe avuto il fine di disciplinare forma e contenuto della *proscriptio*⁵¹².

⁵⁰⁸ Cfr. F. Serrao, *Impresa, mercato, diritto* cit., p. 42 ss.; F. Reduzzi Merola, *Per lo studio delle clausole di garanzia nella compravendita di schiavi: la prassi campana*, in *Index* 30 (2002), p. 215 ss.

⁵⁰⁹ V. Arangio-Ruiz, *La compravendita*² cit., p. 365 ss.

⁵¹⁰ Su quest'aspetto cfr., in particolare, F. Pringsheim, *The Decisive Moment for Aedilician Liability*, in *RIDA*. 1 (1952), p. 545 ss.

⁵¹¹ N. Donadio, *Azioni edilizie e interdipendenza delle obbligazioni* cit., p. 524 ss.; Id., *Le 'auctiones' private all'epoca di Plauto* cit., p. 164 ss.; Id., *Qualità promesse e qualità essenziali della res vendita: il diverso limite tra la responsabilità per reticentia e quella per dicta promissave nel 'diritto edilizio' o nel ius civile*, in *TSDP*. 3 (2010), p. 49 ss., che ripropone la teoria interpretativa proposta, qualche anno prima, dalla E. Jakab, *Praedicere und cavere beim Marktkauf* cit., p. 40 ss.

Aspetto fondamentale – particolarmente messo in luce dalla Donadio – è che, nelle vendite all'asta (*auctiones*, appunto), la dichiarazione circa l'esistenza di determinati vizi o quella concernente specifiche qualità del bene venduto sarebbero state fatte dal *praeco* (il banditore), in veste di mero *nuntius* del cd. *dominus auctionis* (ossia, il venditore), motivo per il quale la responsabilità edilizia sarebbe ricaduta solo su quest'ultimo. Le stesse conclusioni si traggono – per la studiosa – anche dal testo editale tradito da Ulpiano, dal quale si ricava che l'obbligo di *pronuntiatio vitiorum* è ribadito dagli edili due volte. La duplice ripetizione dell'obbligo di dare pubblicità ai pregi e ai difetti della merce in vendita si giustifica, a suo parere, sempre alla luce delle formalità dispiagate durante la procedura di vendita all'incanto. Nel contesto della procedura delle *auctiones*, infatti, si soleva dare pubblicità alle condizioni della vendita in due distinti momenti: in primo luogo, con la pubblicazione del bando di gara mediante affissione nel *forum*; in un secondo tempo, era prevista la dichiarazione orale del *praeco* circa i presupposti della vendita.

⁵¹² Il presunto collegamento dell'editto edilizio con la procedura delle *auctiones* spiegherebbe perchè, secondo N. Donadio, *Azioni edilizie e interdipendenza delle obbligazioni* cit., p. 528; 536 ss.; Id., *Le 'auctiones' private all'epoca di Plauto* cit., p. 168 ss., in sede di applicazione dell'*actio redhibitoria* nessuna importanza rivestiva né la *conventio* sottostante alla vendita, né l'incidenza

Più articolato il punto di vista della Ortu. A suo parere, l'obbligo di esporre il cartello – cui si riferisce Gellio – e il dovere di dichiarare i vizi – riportato nel testo edittale di Ulpiano – concerne due distinte fasi della vendita, rispettivamente, l'una riferita al momento delle trattative negoziali, l'altra concernente la conclusione del contratto⁵¹³. Gellio descriverebbe la fase che precede la conclusione del contratto di compravendita, riferendosi all'obbligo, gravante sui venditori, di esibire un cartello nel quale erano indicate le qualità più importanti della merce in vendita; Ulpiano, invece, rappresenta la fase successiva, ossia il momento giuridicamente rilevante per far sorgere (*palam recte pronuntianto*) l'obbligazione di garanzia nei confronti dell'*emptor*⁵¹⁴.

A questo punto, la studiosa si è interrogata sulle ragioni dell'assenza della prescrizione sul *titulus* nella versione dell'editto riprodotta in D.21.1.1.1. Rifiutando la teoria interpretativa proposta dall'Arangio-Ruiz⁵¹⁵ e condivisa dalla Manna⁵¹⁶, secondo la quale l'omissione sarebbe da attribuire ad un intervento postumo di redazione definitiva operata da Giuliano, l'Autrice propende per una motivazione differente⁵¹⁷. Ipotizza, infatti, che Ulpiano non abbia menzionato l'obbligo di esporre il cartello di vendita semplicemente perché il suo intento era di limitare il commento all'editto soltanto alle conseguenze giuridiche scaturenti dalla conclusione del contratto di compravendita.

B) Quale che sia la soluzione da seguire circa la questione di una possibile evoluzione interna della disposizione edittale su aspetti particolari della stessa, sembra, tuttavia, sicuro che l'elencazione dei vizi prevista dall'Editto fosse tassativa⁵¹⁸.

L'editto impone che siano resi manifesti determinati vizi nominativamente

del comportamento reticente del venditore sull'equilibrio economico tra il prezzo ottenuto e il valore reale del bene.

⁵¹³ R. Ortu, "Aiunt aediles" cit., p. 73 ss.

⁵¹⁴ R. Ortu, "Aiunt aediles" cit., p. 74.

⁵¹⁵ V. Arangio-Ruiz, *La compravendita in diritto romano*² cit., p. 366.

⁵¹⁶ L. Manna, *Actio redhibitoria* cit., p. 7.

⁵¹⁷ R. Ortu, "Aiunt aediles" cit., p. 76.

⁵¹⁸ M. Kaser, *Das Römische Privatrecht* cit., I², p. 559 ss.; L. Garofalo, *Studi sull'azione redibitoria* cit., p. 5 ss.; N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 79; Id., *Responsabilità del venditore per i vizi della "res empti": a proposito di D.19.1.13.1 (Ulp. 32 ad ed.)*, in *Index 33* (2005), p. 487.

definiti – ad eccezione della clausola aperta ‘*morbus vitiumve*’ –, tali da implicare la totale o parziale “inutilizzabilità” o “sottoutilizzabilità” del *mancipium* stesso⁵¹⁹. In altre parole, occorre rendere note circostanze permanenti relative al bene venduto che avrebbero potuto influire sulla funzionalità del servo (o dell’animale).

Grazie all’editto cominciava, così, a configurarsi un preciso e tassativo obbligo di denuncia di specifici difetti fisici, nonché di alcuni *vitia animi* e giuridici dello schiavo oggetto di vendita, con la conseguenza che, in ipotesi di palese violazione del suddetto obbligo, il venditore sarebbe incorso, prescindendo dalla buona o mala fede, nell’esperimento delle azioni edilizie⁵²⁰.

Ma gli edili curuli non si limitarono a introdurre solo un obbligo di *pronuntiatio vitiorum* meticolosamente circoscritto.

Il *venaliciarius* sarebbe stato responsabile, secondo le previsioni dell’*edictum de mancipiis vendundis*, non solo nell’ipotesi in cui avesse disatteso l’obbligo di pronunciare i difetti del *mancipium*, ma anche nel caso in cui avesse affermato, nel corso della vendita, che lo schiavo possedeva determinate qualità, poi rivelatesi inesistenti, ovvero se avesse fatto dichiarazioni non veritiere⁵²¹.

La trasgressione delle norme edittali da parte del venditore – conseguente alla violazione degli obblighi d’informazione – avrebbe fatto sì che il compratore potesse agire, a sua difesa, attraverso due distinti rimedi: l’*actio redhibitoria* (o azione di restituzione)⁵²², da esperirsi entro sei mesi utili decorrenti dal giorno della conclusione della vendita⁵²³ e diretta a rescindere gli effetti del negozio

⁵¹⁹ Cfr. D.21.1.1.8 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*) su cui *infra*.

⁵²⁰ A. Castresana, *La relevancia jurídica del silencio* cit., p. 723.

⁵²¹ D.21.1.1.1 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): ... *sive adversus quod dictum promissumve fuerit cum veniret fuisset, quod eius praestari oportere dicitur: ... iudicium dabimus*. Sui sospetti d’interpolazione che la costruzione della frase ha generato v. B. Nicholas, *Dicta promissave*, in *Roman Law of sale. Studies De Zulueta*, Oxford 1959, p. 91 ss.

⁵²² A proposito dei numerosi studi sull’*actio redhibitoria* rinvio all’ampio panorama bibliografico prospettato da E. Parlamento, “*Servus melancholicus*” e “*vitia animi*” nella giurisprudenza classica, in *Riv. di dir. rom.* 1 (2001) [<http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/>], p. 325 nt. 1. Più in generale, sui termini delle azioni e sulle controversie suscitate dal loro regime cfr. G. Impallomeni, *L’editto degli edili curuli* cit., p. 227 ss., e N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 144 ss.

⁵²³ Cfr. D.21.1.19.6 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Tempus autem redhibitionis sex menses utiles habet: si autem mancipium non redhibeatur, sed quanto minoris agitur, annus utilis est. Sed tempus redhibitionis ex die venditionis currit aut, si dictum promissumve quid est, ex eo ex quo dictum promissumve quid est.*

attraverso la restituzione del bene al venditore e del prezzo al compratore; e l'*actio aestimatoria* (o *quanti minoris*)⁵²⁴, da esercitarsi entro un anno, finalizzata ad ottenere una riduzione del prezzo in misura proporzionata al difetto del bene venduto⁵²⁵.

Dunque, il venditore di schiavi al mercato risponde con le azioni edilizie: in alcuni casi oggettivamente – se esiste il vizio che avrebbe dovuto dichiarare, ancorché a lui ignoto (obbligo di *pronuntiatio vitiorum*) –, configurandosi una responsabilità da *reticentia*; in altri, solo se ha espressamente promesso e la qualità asserita manca (responsabilità da *dicta promissave*), colpendo, in tal modo, la dichiarazione mendace.

In tal senso, sembrerebbe configurarsi un rapporto biunivoco tra il regime edilizio e la disciplina civilistica relativa alla vendita di fondi: l'editto parrebbe confermare e rielaborare la disciplina della *reticentia* sanzionata civilmente (obbligo di dire il vero nelle dichiarazioni accessorie 'concordate'), adattandola

⁵²⁴ Sulla quale cfr. G. Impallomeni, *L'editto degli edili curuli* cit., p. 194 ss.; V. Arangio-Ruiz, *La compravendita in diritto romano*² cit., p. 369; L. Garofalo, *Studi sull'azione redibitoria* cit., p. 41 ss.; N. Donadio, *Azioni edilizie e interdipendenza delle obbligazioni* cit., p. 518 ss. e nt. 112. Per una ricognizione delle fonti in cui si riscontrano le differenti denominazioni dell'azione cfr. R. Ortu, "*Aiunt aediles*" cit., p. 132 nt. 114.

⁵²⁵ Controversa per gli studiosi è l'esistenza di una terza azione – *actio de dolo redhibitoria* – da intentare nelle ipotesi estranee alle previsioni edittali, ove comunque fosse stato riscontrato un comportamento doloso del venditore: *Hoc amplius si quis adversus ea sciens dolo malo vendidisse dicetur, iudicium dabimus*. Sull'argomento non c'è unanimità di vedute. La vicenda è complicata dalla presenza di un altro passo (D.4.3.37, Ulp. 44 *ad Sab.*) in cui si accenna ad una "*de dolo actio*". Sulla questione si sono pronunciati, anche in tempi vicini, diversi Autori.

Secondo N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 194 ss; 268 ss.; Id., *Azioni edilizie e interdipendenza delle obbligazioni* cit., p. 465 nt. 13, con resoconto efficace degli orientamenti della lett. prec. al quale si rinvia, è del tutto improbabile che sia esistita una simile *actio*, sulla base della considerazione che non avrebbe avuto senso – nei casi in cui non era possibile intentare l'*actio redhibitoria* e l'*actio quanti minoris* – ricorrere all'*actio empti*, se davvero fosse esistita una tale azione di dolo edilizia. Piuttosto – secondo la studiosa – è verosimile che la clausola in questione ('*hoc amplius ...*') alludesse "alla possibilità di inserire nella formula dell'*actio redhibitoria*, per la mancata denuncia dei difetti della *res empti* o per falsi *dicta et promissa*, una *replicatio* a favore del compratore che volesse dedurre il dolo del venditore [...]". Contesta l'opinione dell'Autrice, M. F. Cursi, *Il ruolo dell'azione di dolo edilizia* cit., p. 1 ss.; spec., 9 ss., che si è soffermata ad esaminare il rapporto tra la presunta azione di dolo edilizia e l'azione nascente dalla vendita, contestando la sussidiarietà dell'*actio empti* rispetto alla tutela edilizia. A parere della studiosa, infatti, la presenza di un'azione di dolo edilizia sarebbe stata coerente con la logica del sistema rimediario romano, basato su una pluralità di tutele concorrenti. Nello stesso senso, R. Fiori, *Bona fides* cit., p. 135 nt. 112; 138, il quale osserva che si sarebbe trattato di un'azione "perfettamente coincidente con l'*actio empti* esperita per la violazione (del dolo assorbito nel più ampio raggio) della buona fede", concessa in ipotesi circoscritte, come, ad esempio, nel caso in cui la dichiarazione sui vizi fosse stata attuata in modo ambiguo, e, in ogni caso, in tutte le fattispecie in cui fosse stato evidenziato un *dolus malus* del *venaliciarius*.

alla vendita di *mancipia* (e *iumenta*), e imponendo, dunque, al venditore dichiarazioni (di contenuto definito).

C) Circa la natura della responsabilità *ex edicto*, principio fondamentale della disciplina edilizia era che l'alienante, convenuto in giudizio, non avrebbe potuto difendersi, adducendo, eventualmente, la sua buona fede, intesa come mancata conoscenza del difetto, perché la responsabilità per i vizi occulti prescindeva da un'indagine sulla sussistenza dell'elemento psicologico (dolo o colpa), configurandosi, piuttosto, come una sorta di responsabilità oggettiva⁵²⁶ o, come ritengono altri Autori⁵²⁷, una forma di presunzione assoluta di colpa, con la conseguenza, in quest'ultimo caso, di esonerare il compratore dall'onere di dimostrare l'intento fraudolento del venditore⁵²⁸.

Quel che è certo, ad ogni modo, è che, a differenza dell'*actio empti* che richiedeva la violazione della *bona fides* quale presupposto per la condanna del venditore, le azioni edilizie proteggono l'acquirente a prescindere da un accertamento della posizione soggettiva dell'alienante: il silenzio del venditore sui

⁵²⁶ H. Vincent, *Le droit des ediles* cit., p. 50; G. Impallomeni, *L'editto degli edili curuli* cit., p. 19 ss.; N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 59 ss.; 87; Id., *Azioni edilizie e interdipendenza delle obbligazioni* cit., p. 475 nt. 34; R. Ortu, "*Aiunt aediles*" cit., p. 71. In effetti, non si può fare a meno di notare, a proposito della natura della responsabilità edilizia, che la *ratio* di attribuzione della stessa al venditore non risponde ad una logica propriamente 'oggettiva'. L'azione *redhibitoria*, infatti, non è conseguenza 'oggettiva' dell'esistenza del vizio, perché risulta chiaramente dalle fonti (D.21.1.1.6; 21.1.14.10) che se il difetto è palese, e, dunque, l'acquirente non ha alcuna difficoltà a rilevarlo, il venditore non risponde.

⁵²⁷ F. Haymann, *Die Haftung des Verkäufers* cit., p. 30; R. Monier, *La garantie contre les vices* cit., p. 40; A. Pezzana, *L'editto degli edili curuli*, recensione critica a G. Impallomeni e E. Volterra cit., p. 261; E. Betti, *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione* cit., p. 113 ss.; L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d'informazione* cit., p. 41; 81. Di "presunzione di responsabilità del venditore" parla anche M. F. Cursi, *Il ruolo dell'azione di dolo edilizia* cit., spec., p. 23. Parzialmente differente, invece, la prospettiva adottata da L. Manna, *Actio redhibitoria* cit., p. 108 ss.; 135, la quale sostiene che l'interpretazione dell'espressione ciceroniana "*qui enim scire debuit*" contenuta in Cic. *de off.* 3.17.71 (in cui è palese, appunto, il riferimento alla *scientia*) porterebbe a supporre che la sanzione del venditore si leghi al concetto di autoresponsabilità.

In generale, sulla menzione del dovere di conoscenza dei difetti del servo, di cui parla Cicerone nel passo *de quo*, cfr. N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 58 ss.

⁵²⁸ Da ultimo R. Fiori, *Bona fides* cit., p. 135 ss., ritiene che non sia corretto parlare né di una responsabilità oggettiva, né di una presunzione di dolo. Piuttosto, l'Autore considera probabile che si trattasse di una responsabilità sì oggettiva, "ma non rispetto all'esistenza dei *vitia*, bensì rispetto alla *deceptio*" del compratore.

vizi della cosa venduta comporta, dunque, sanzioni processuali che non sono subordinate alla prova della sua malafede⁵²⁹.

L'editto edilizio prevede, dunque, una responsabilità tipica del venditore: se il vizio è tipicamente disciplinato, egli sarà responsabile – se reticente – anche se di buona fede.

2. L'obbligo di 'pronuntiatio vitorum': vitia e morbi nelle riflessioni dei giuristi tardo-repubblicani, del primo principato e dell'età dei Severi.

Gli obblighi d'informazione a carico del venditore imposti dagli edili curuli concernono beni determinati (*mancipia et iumenta*) e sono circoscritti a precise dichiarazioni dovute.

Secondo la prima e fondamentale disposizione dell'editto, il venditore di schiavi aveva l'obbligo di dichiarare i difetti (*morbi vitiive*) da cui questi fossero affetti – '*qui mancipia vendunt certiores faciant emptores, quid morbi vitiive cuique sit*'.

Se ne ricava che la responsabilità del venditore per omessa comunicazione delle tare fisiche del servo era limitata alle cause redibitorie individuate nell'editto; non ci sono dubbi, infatti, sulla circostanza che la redibizione sarebbe stata concessa nel caso in cui si fosse manifestato un *morbus* o un *vitium* – taciuto dal venditore – che interessasse il corpo dello schiavo.

Quel che appare di interesse – ai nostri fini – è lo sforzo di “tipizzazione” che guidò la giurisprudenza romana nella determinazione dei vizi rilevanti. Segno di una preoccupazione di mantenere ferma la “oggettività” dei doveri previsti nell'Editto e la conseguente giustificazione di una disciplina che legava la responsabilità del venditore all'intervenuta trasgressione di un dovere di comunicazione legato a circostanze di connotazione del tutto definita.

L'endiadi “*morbus vitiumve*” – categoria ‘aperta’ – suscitò l'interesse da parte

⁵²⁹ Sembra, peraltro, che la responsabilità *ex edicto* poggi, dunque, sul *tacere*: il venditore deve dichiarare anche i vizi di cui non era a conoscenza, ma che avrebbe dovuto conoscere. Cfr. D.21.1.1.2 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*), in cui risulta evidente che il venditore sia tenuto a informarsi su determinate circostanze riguardanti lo schiavo, prima di metterlo in vendita. A tal proposito, G. Visintini, *La reticenza nella formazione dei contratti* cit., p. 156, parla di “presunzione di conoscenza del vizio da parte del mercante”.

dei giuristi delle varie epoche, i quali, nel corso del tempo, a partire dai ‘*veteres iureconsulti*’⁵³⁰, iniziarono ad introdurre criteri di differenziazione⁵³¹.

Del relativo dibattito abbiamo informazione attraverso un lungo squarcio delle *noctes Atticae* di Gellio (4.2.1-15), all’interno del quale una posizione di assoluta preminenza occupa il pensiero del giurista Labeone⁵³², la cui opinione viene, infatti, messa a confronto con il punto di vista di altri giureconsulti, quali Celio Sabino, Trebazio Testa, Servio Sulpicio Rufo, e, infine, i ‘*veteres*’⁵³³.

Molteplici sono invero gli spunti d’interesse che racchiude la definizione elaborata da Labeone per il *morbus*⁵³⁴, e dalla quale intendiamo prendere abbrivio:

Gell. *noct. Att.* 4.2.3-5: *Caelius Sabinus in libro, quem de edicto aedilium curulium composuit, Labeonem refert, quid esset "morbus", hisce verbis definisse: "Morbus est habitus cuiusque corporis contra naturam, qui usum eius facit*

⁵³⁰ Gell., *noct. Att.* 4.2.2. Su quest’espressione cfr.: R. Monier, *La garantie contre les vices* cit., p. 35, il quale osservava che i *veteres iurisperiti* fossero “jurisconsultes du début de l’Empire”; O. Beherends, *Les ‘veteres’ et la nouvelle jurisprudence à la fin de la République*, in RHD. 55 (1977), p. 7 ss.; Id., *Le due giurisprudenze romane e le forme delle loro argomentazioni*, in Index 12 (1983-1984), p. 188 ss.; F. Horak, *Wer waren die “veteres”? Zur Terminologie der klassischen römischen Juristen*, in *Vestigia Iuris Romani. Festschrift für G. Wesener zum 60. Geburtstag am 3. Juni 1992*, hrg. von G. Klingerberg, J. M. Rainer und H. Stiegler, Graz 1992, p. 201 ss.; 215 ss. [su cui v. la *Rec.* di M. Talamanca, in BIDR. 96-97 (1993-1994), p. 916 ss.]; A. Saccoccio, *Si certum petetur. Dalla condictio dei veteres alle condictiones giustinianee*, Milano 2002, p. 98 ss., e, da ultimo, R. Ortu, “*Aiunt aediles*” cit., p. 96 ss.; 100 ss. In particolare, a giudizio dell’Autrice, Gellio reputava ‘*veteres*’ i giuristi Labeone, Trebazio e Servio (giuristi vissuti fino al primo principato), considerandoli esperti di particolare rilievo, che meritavano – per questo – di essere menzionati nominalmente rispetto agli ignoti ‘*alii*’ citati nel § 11 o agli anonimi ‘*veteres iurisperiti*’ citati nel § 13.

⁵³¹ Sui quali si soffermano, particolarmente – esaminando il dibattito giurisprudenziale sui vizi ‘redibitori’ che ne scaturì – L. Manna, *Actio redhibitoria* cit., p. 33 ss.; E. Jakab, *Praedicere und cavere beim Marktkauf* cit., p. 125 ss.; 139 ss.; C. Lanza, *D.21.1: res se moventes e morbus vitiumve*, in SDHI. 70 (2004), p. 55 ss.; R. Ortu, “*Aiunt aediles*” cit., p. 93 ss. Sulle singole ipotesi di *vitia* disciplinate nell’*edictum* si rinvia a C. Russo Ruggeri, ‘*Ne veterator pro novicio veneat*’, in Index 24 (1996), p. 251 ss.; N. Bellocchi, *Il tentato suicidio del servo* cit., p. 259 ss.; E. Parlamento, “*Servus melancholicus*” e “*vitia animi*” cit., p. 325 ss.; F. Reduzzi Merola, *Per lo studio delle clausole di garanzia* cit., p. 215 ss.; A. D. Manfredini, *Il suicidio* cit., p. 165 ss.

⁵³² L. Manna, *Actio redhibitoria* cit., p. 33 s.; D. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 98 ss.; R. Ortu, “*Aiunt aediles*” cit., p. 93 ss., per la quale la circostanza che Gellio imposti la sua opera sul pensiero labeoniano, dimostra il favore e la condivisione che tale orientamento ebbe nella giurisprudenza posteriore.

⁵³³ V. *infra*, nt. 579.

⁵³⁴ La *definitio* di Labeone rappresenterebbe un esempio di definizione per *genus et differentiam*. In argomento, F. Cavazza, *Aulo Gellio, Le Notte Attiche*, IV-V, Bologna 1991, p. 145 nt. 16, per il quale l’indagine sulle differenze tra *morbus* e *vitium* costituirebbe un classico esempio di *differentiae verborum*, schema tipico e ricorrente nelle opere di Gellio; M. Marrone, *Le significationes di D.50.16 (“de verborum significatione”)*, in SDHI. 60 (1994), p. 589 nt. 30. Più in generale, sulle ‘*definitiones*’ nel linguaggio delle fonti cfr. A. Carcaterra, *Le definizioni dei giuristi romani. Metodo, mezzi e fini*, Napoli 1966, e R. Martini, *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano 1966, p. 89 ss.

*deteriorem. 4 Sed "morbum" alias in toto corpore accidere dicit, alias in parte corporis. Totius corporis "morbum" esse, veluti sit pthisis aut febris, partis autem, veluti sit caecitas aut pedis debilitas. 5 "Balbus autem" inquit "et atypus vitiosus magis quam morbosus sunt, et equus mordax aut calcitro vitiosus, non morbosus est. Sed cui morbus est, idem etiam vitiosus est. Neque id tamen contra fit; potest enim qui vitiosus est non morbosus esse. Quamobrem, cum de homine morbosus agetur, aequae" inquit "ita dicetur: "quanto ob id vitium minoris erit"."*⁵³⁵

Il *morbus* è uno stato del corpo contrario alla natura – *habitus cuiusque corporis contra naturam* – che renda deteriore l’uso del *mancipium*⁵³⁶, non avendo rilevanza il fatto che esso colpisca il corpo nella sua interezza o una sola parte di esso⁵³⁷.

Il giurista augusteo fa rientrare in tale nozione sia le invalidità permanenti che

⁵³⁵ La definizione di *morbus* che Gellio attribuisce a Labeone è riportata, nella sostanza, anche in D.21.1.1.7 (Ulp. *ad ed. aed. cur.*): *Sed sciendum est morbum apud Sabinum sic definitum esse habitum cuiusque corporis contra naturam, qui usum eius ad id facit deteriorem, cuius causa natura nobis eius corporis sanitatem dedit: id autem alias in toto corpore, alias in parte accidere (namque totius corporis morbus est puta φθισις, febris, partis veluti caecitas, licet homo itaque natus sit): vitiumque a morbo multum differre ...*. Per l’esegesi del frammento cfr. E. Parlamento, “*Servus melancholicus*” e “*vitia animi*” cit. p. 328 ss. Sui problemi di attribuzione della *definitio* in questione, cui si allude nel passo, a Celio o a Masurio Sabino cfr. R. Martini, *Le definizioni dei giuristi romani* cit., p. 153 e nt. 42, secondo il quale è probabile che Ulpiano abbia volutamente utilizzato l’espressione generica ‘*apud Sabinum*’ allo scopo di non attribuire alcuna paternità alla definizione; D. Dalla, *L’incapacità sessuale in diritto romano*, Milano 1968, p. 142 nt. 42; F. Schulz, *Storia della giurisprudenza romana* cit., p. 339; R. Astolfi, *I libri tres iuris civilis di Sabino*² cit., p. 264 nt. 303; N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 98 nt. 46; C. Lanza, *D.21.1: res se moventes e morbus vitiumve* cit., p.132 nt.49; R. Ortu, “*Aiunt aediles*” cit., p. 158 ss.

⁵³⁶ F. Cavazza, *Aulo Gellio, Le Notti Attiche* cit., IV-V, p. 21.

⁵³⁷ Il concetto labeoniano di *morbus* è stato particolarmente esaminato, fra i tanti, da: G. Impallomeni, *L’editto degli edili curuli* cit., p. 7 ss.; V. Arangio-Ruiz, *La compravendita in diritto romano*² cit., p. 363 ss., il quale sostiene che tale *definitio* si ispirava alla tendenza di “riconoscere come *vitium* un difetto della struttura anatomico-fisiologica del *mancipium*, e nel *morbus* un fenomeno patologico sopraggiunto”; R. Monier, *La position de Labéon vis a vis de l’expression “morbus vitiumve” dans l’Edit des Ediles*, in EOS. 48 (1956), p. 443 ss.; R. Martini, *Le definizioni dei giuristi romani* cit., p. 144 e nt. 17; D. Dalla, *L’incapacità sessuale* cit., p. 138 ss.; W. W. Buckland, *The Roman law of slavery: the condition of the slave in private law from Augustus to Justinian*², Cambridge 1970, p. 54 ss.; P. Stein, *Sabino contro Labeone: due tipi di pensiero giuridico romano*, in BIDR. 80 (1977), p. 57, per il quale le parole che Labeone utilizza per dare forma alla definizione di *morbus* dimostrano il particolare interesse del giurista augusteo per ciò che egli stesso chiamava ‘*interpretatio verborum*’ (D.32.29 pr.), utilizzata con l’intento di “scoprire il significato preciso e oggettivo delle parole usate e poi di applicare quel significato in modo rigido, senza preoccuparsi se esso rappresentasse o meno l’intenzione dell’autore del testo”; A. Cenderelli, *Ricerche su Sesto Pedio*, in SDHI. 44 (1978), p. 424 e nt. 163; R. Cardilli, *L’obbligazione di «praestare»* cit., p. 334 e nt. 46, il quale analizza, specificamente, il concetto di ‘contrarietà’ del *morbus* alla natura; L. Manna, *Actio redhibitoria* cit., p. 33 ss.; N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 96 ss.; C. Lanza, *D.21.1: res se moventes e morbus vitiumve* cit., p. 132 ss.; R. Ortu, “*Aiunt aediles*” cit., p. 120 ss.

quelle temporanee, insistendo sul dato della diminuita o inesistente funzionalità⁵³⁸ e sul principio che il difetto congenito è anch'esso malattia.

Al § 4 Celio Sabino, che recepisce il pensiero di Labeone⁵³⁹, specifica che il *morbis* a volte sopravviene in tutto il corpo, altre volte colpisce lo stesso solo in una sua parte, procedendo, poi, ad illustrare due esempi: la tisi e la febbre come casi di morbi che interessano tutto il corpo, mentre la cecità o l'infermità di un piede che, al contrario, colpiscono una parte di esso. Queste ipotesi dimostrano che la giurisprudenza considera 'morbi' anche le menomazioni permanenti⁵⁴⁰.

Muovendo da questa *definitio*, affinché sia riconosciuta l'esistenza di un morbo rilevante ai fini della responsabilità edilizia del venditore, devono ricorrere determinati presupposti essenziali: la contrarietà del *morbis* alle caratteristiche naturali del corpo, e la diminuzione della funzionalità dell'organismo in conseguenza della deficienza riscontrata⁵⁴¹.

Nel § 5 Celio Sabino⁵⁴² cerca di individuare il discrimine tra *morbis* e *vitium* ('*quantum morbis a vitio differret*'), non fornendo, in realtà, alcuna definizione di *vitium* ma facendo ricorso a degli esempi.

⁵³⁸ Il parametro della funzionalità per stabilire se si potesse fare ricorso alla tutela edilizia si affermò, dapprima, con il giurista Aulo Ofilio. In tal senso, si leggano i seguenti frammenti di Ulpiano: D.21.1.8 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*) e D.21.1.10 pr.-1 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*). Ofilio, peraltro, non fa alcun riferimento alla distinzione tra *morbis* e *vitium*, limitandosi ad affermare che lo schiavo è *sanus* o *non sanus*. Sulla concezione ofiliana e sul secondo dei testi citati v., da ultimo, N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 46 ss.; C. Lanza, *D.21.1: res se moventes e morbis vitiumve* cit., p. 128 ss.; R. Ortu, "Aiunt aediles" cit., p. 107 ss. e 111 ss.

⁵³⁹ Gli studiosi non si sono mostrati dello stesso avviso a proposito della paternità del contenuto del § 4 del lungo passo gelliano. Al riguardo, si rinvia alle contrapposte opinioni di L. Manna, *Actio redhibitoria* cit., p. 33 ss., la quale attribuisce al pensiero di Labeone la sequenza dei paragrafi di Gellio, *noct. Att.* 4.2.3-5, e di C. Lanza, *D.21.1: res se moventes e morbis vitiumve* cit., p. 142 e nt. 86, secondo il quale, invece, il testo è riconducibile alla paternità di Celio Sabino. In argomento, più di recente, R. Ortu, "Aiunt aediles" cit., p. 128 ss. e nt. 105 con ulteriore bibl., la quale scrive: "[...] si potrebbe ipotizzare che anche nel § 4 di Gellio Celio Sabino continui a riportare il pensiero di Labeone [...] parafrasando l'opinione del giurista augusteo che evidentemente divideva".

⁵⁴⁰ C. Lanza, *D.21.1: res se moventes e morbis vitiumve* cit., p. 134.

⁵⁴¹ L. Manna, *Actio redhibitoria* cit., p. 35; N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 98 ss.; R. Ortu, "Aiunt aediles" cit., p. 120 ss.

⁵⁴² Le parole contenute nel passo di Gellio, *noct. Att.* 4.2.5, sono attribuite a Celio Sabino da O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis*, a cura di L. Capogrossi Colognesi (pref. di M. Talamanca), Roma 2000, I, col. 77 ss., fr. 1. Dello stesso avviso: G. Impallomeni, *L'editto degli edili curuli* cit., p. 210; V. Arangio-Ruiz, *La compravendita in diritto romano*² cit., p. 385 ss.; N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 106 ss.; C. Lanza, *D.21.1: res se moventes e morbis vitiumve* cit., p. 142 nt. 86; R. Ortu, "Aiunt aediles" cit., p. 130 ss. *Contra* O. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte* cit., II, p. 1291; R. Monier, *La garantie contre les vices* cit., p. 34; L. Manna, *Actio redhibitoria* cit., p. 35.

Specificamente, il giurista afferma che il balbuziente e colui che non riesce ad articolare bene le parole rientrano tra i “viziosi”⁵⁴³, allo stesso modo del cavallo mordace o che tira calci, concludendo, poi, con una considerazione: *Sed cui morbus est, idem etiam vitiosus est. Neque id tamen contra fit; potest enim qui vitiosus est non morbosus esse*⁵⁴⁴.

Ciò detto, Celio chiarisce che per le ipotesi indicate è possibile esperire l'*actio quanti minoris*⁵⁴⁵ – *Quamobrem, cum de homine morbosus agetur, aequae*” *inquit* “ita dicetur: “quanto ob id vitium minoris erit”⁵⁴⁶.

La comprensione della nozione labeoniana di morbo necessita di un chiarimento. E’ opportuno, infatti, soffermarsi sul concetto di “natura”⁵⁴⁷, così

⁵⁴³ R. Ortu, “*Aiunt aediles*” cit., p. 172 ss.

⁵⁴⁴ Secondo C. Lanza, *D.21.1: res se moventes e morbus vitiumve* cit., p. 146 ss., “Celio Sabino instaura un chiaro rapporto di subordinazione tra *vitium* e *morbus*, in campo psicofisico. Il vocabolo *vitium* assume un significato che assorbe l’area semantica di *morbus* [...]. Per quello che ci consta il giurista potrebbe voler dire semplicemente che – essendo ogni morbo anche vizio – è possibile, è retto usare il termine *vitium* in luogo di *morbus*”. Sul punto, anche R. Ortu, “*Aiunt aediles*” cit., p. 131. Circa il significato etimologico del termine *vitium* nella lingua latina v. D. Paschall, *The Origin and Semantic Development of Latin Vitium*, in *Transactions and Proceedings of the American Philological Association* 67 (1936), p. 219 ss., la quale sostiene che, almeno alle origini, nel linguaggio augurale il termine non indicava un difetto fisico o psico-fisico, quanto, piuttosto un “defect or error in augural ritual”.

⁵⁴⁵ Circa la ricostruzione della formula dell’azione cfr. O. Lenel, *Das ‘Edictum perpetuum’*. *Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, (rist. dell’ed. Leipzig 1927), Aalen 1956, p. 561.

⁵⁴⁶ Che la frase finale facesse riferimento alla formula dell’*actio quanti minoris* è ritenuto abbastanza sicuro dalla dottrina dominante. In tal senso, O. Karlowa, *Römische Rechtsgeschichte* cit., II, p. 1291 ss.; A. Pezzana, *Sulla classicità dell’“actio aestimatoria”*, in AG. 140 (1951), p. 59; F. Pringsheim, *The Decisive Moment for Aedilician Liability* cit., p. 555 ss.; G. Impallomeni, *L’editto degli edili curuli* cit., p. 207 ss.; V. Arangio-Ruiz, *La compravendita in diritto romano*² cit., p. 385 ss.; M. Kaser, *Das Römische Privatrecht* cit., I², p. 559 nt. 51; E. Jakab, *Praedicere und cavere beim Marktkauf* cit., p. 296; C. Lanza, *D.21.1: res se moventes e morbus vitiumve* cit., p. 95; N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 107 ss. e nt. 57 con bibl.; Id., *Azioni edilizie e interdipendenza delle obbligazioni* cit., p. 523 ss.; 537 ss., la quale – riprendendo le tesi del Karlowa sopra cit. – ha notato che “Il *distinguo* come l’esemplificazione proposta sono, perciò, rivolti a estendere l’applicazione dell’azione estimatoria, precisandone i relativi presupposti”. A suo parere, Celio Sabino avrebbe distinto tra vizi che legittimavano la redibizione e difetti meno gravi per i quali sarebbe stato opportuno chiedere soltanto il rimborso del prezzo sborsato, in corrispondenza alla diminuzione di valore del bene a causa del vizio: la balbuzie, infatti, non elimina del tutto le modalità di sfruttamento dello schiavo, allo stesso modo della blesità, ed è proprio in funzione della diminuita capacità d’impiego del servo che è accordata la possibilità di ottenere un rimborso del *pretium rei emptae*. Sul punto, da ultimo, R. Ortu, “*Aiunt aediles*” cit., p. 131 ss.

⁵⁴⁷ Sulla nozione di ‘natura’ nella giurisprudenza romana: C. A. Maschi, *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano 1937, p. 2 ss.; G. Lanata, *Legislazione e natura nelle Novelle giustiniane*, Napoli 1984, p. 191 ss., la quale valuta i probabili significati che il termine assume nel latino giuridico dell’epoca classica e del periodo tardo-antico; J. Triantaphyllopoulos, ‘*Contra naturam*’, in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, III, Napoli 1984, p. 1415 ss.; A. M. Honoré, *Liability for animals: Ulpian and the Compilers*, in *Satura R. Feenstra*, Fribourg 1985, p. 244 ss.; F. Cuenca Boy, *La idea de rerum*

come presumibilmente lo intendeva Labeone.

A tal fine è importante la lettura del seguente frammento:

D.50.16.38 (Ulp. 25 *ad ed.*): "*Ostentum*" Labeo definit omne contra naturam cuiusque rei genitum factumque. Duo genera autem sunt ostentorum: unum, quotiens quid contra naturam nascitur, tribus manibus forte aut pedibus aut qua alia parte corporis, quae naturae contraria est: alterum, cum quid prodigiosum videtur, quae Graeci fantasmata vocant.

Secondo l'orientamento di Labeone, tramandatoci da Ulpiano, è '*ostentum*'⁵⁴⁸ tutto quanto generato e fatto in contrasto con la natura di qualunque cosa – '*omne contra naturam cuiusque rei genitum factumque*'⁵⁴⁹.

Il giurista severiano distingue due tipologie di *ostentum*⁵⁵⁰: la prima – '*quid contra naturam nascitur*' – si ha quando si nasce "contro natura", ovvero dotati di tre mani o tre piedi; la seconda – '*cum quid prodigiosum videtur*' – si configura nel momento in cui si manifesta qualcosa di prodigioso⁵⁵¹.

Il parametro di riferimento della prima accezione di '*ostentum*' è la natura⁵⁵². Infatti, tutti gli uomini, secondo natura, devono essere forniti di due mani, due piedi, oppure con alterazioni nella configurazione della membra che non risultino essere "ordinarie"; nella seconda, al contrario, si fa riferimento a "qualcosa che oltrepassa la nostra facoltà di comprensione, così da lasciarci in sostanza incapaci di catalogarla"⁵⁵³.

La nozione di *morbus* descritta da Gellio racchiude tutte le condizioni del

natura como criterio basico de la imposibilidad fisica de la prestacion, in RIDA. 40 (1993), p. 235; Id., *Rerum natura e imposibilidad física de la prestación en el derecho romano clásico*, Santiago de Compostela 2010, p. 23 ss.

⁵⁴⁸ F. Lanfranchi, s. v. *Ostentum*, in NNDI. 12 (Torino 1965), p. 262; B. Albanese, *Definitio periculosa: un singolare caso di duplex interpretatio*, in *Studi in onore di G. Scaduto*, III, Padova 1970, p. 321; D. Dalla, *Status e rilevanza dell' "ostentum"*, in *Sodalitas* cit., II, p. 519 ss.; F. Gallo, *Eredità di giuristi romani in materia contrattuale*, in SDHI. 55 (1989), p. 126.

⁵⁴⁹ G. Impallomeni, *In tema di vitalità e forma umana come requisiti essenziali alla personalità*, in IVRA 22 (1971), p. 114 ss.

⁵⁵⁰ Sulla portata dei due genera *ostentorum* cfr. D. Dalla, *Status e rilevanza dell' "ostentum"* cit., p. 527 ss.

⁵⁵¹ Il termine '*prodigium*', come altri, quali '*portentum*', '*monstrum*', costituisce un sinonimo di '*ostentum*'. Sul punto D. Dalla, *Status e rilevanza dell' "ostentum"* cit., p. 519 ss.; G. Crifò, '*Prodigium*' e diritto: il caso dell'ermafrodita, in *Index 27* (1999), p. 113 ss., e, da ultimo, L. Monaco, *Percezione sociale e riflessi giuridici della deformità*, in *I diritti degli altri in Grecia e a Roma*, a cura di A. Maffi e L. Gagliardi, Sankt Augustin 2011, p. 396 ss.

⁵⁵² C. Lanza, *D.21.1: res se moventes e morbus vitiumve* cit., p. 136.

⁵⁵³ *Ibid.*

corpo che possono essere qualificate “contro natura”, indipendentemente dal fatto che si manifestino alla nascita o siano sopravvenute (*genitum factumque*)⁵⁵⁴.

In altri termini, Labeone “non crede che un essere possa avere fini difformi dai fini dei suoi simili; che un corpo, il quale contraddica in sé gli scopi della natura, possa considerarsi esente da difetto solo perché così dalla nascita”⁵⁵⁵.

Confrontiamo, adesso, la visione di Labeone con quella del suo maestro, Trebazio Testa:

Gell., *noct. Att.*, 4.2.8-10: *Sues etiam feminae si sterilae essent et venum issent, ex edicto aedilium posse agi Labeonem scripsisse. 9. De sterila autem muliere, si nativa sterilitate sit, Trebatium contra Labeonem respondisse dicunt. 10. Nam cum redhiberi eam Labeo quasi minus sanam putasset, negasse aiunt Trebatium ex edicto agi posse, si ea mulier a principio genitali sterilitate esset. At si valitudo eius offendisset exque ea vitium factum esset, ut concipere fetus non posset, tum sanam non videri et esse in causa redhibitionis.*

Nel frammento⁵⁵⁶, Gellio racconta di un dibattito tra i due giuristi della prima epoca classica.

Nel § 8 riferisce l’opinione di Labeone riguardo al caso delle scrofe sterili e della possibilità di redibirle.

Il giurista ammetteva la redibizione della scrofa acquistata, se sterile, giacché la sterilità, nella sua visione, è ‘*contra naturam*’.

Nel paragrafo successivo, affronta la questione riguardante il caso della donna affetta da sterilità congenita (‘*si nativa sterilitate sit*’). Trebazio Testa concede l’*actio redhibitoria* solo nell’ipotesi in cui il difetto sia sopraggiunto, poiché ciò significa che vi è stata una devianza dalle caratteristiche “naturalì” del

⁵⁵⁴ L’espressione ‘*habitus cuiusque corporis*’ contenuta nel passo di Gellio si riferisce, chiaramente, alla “condizione individuale”. Così C. Lanza, *D.21.1: res se moventes e morbus vitiumve* cit., p. 136. Nello stesso senso, R. Ortu, “*Aiunt aediles*” cit., p. 127.

⁵⁵⁵ Cfr. C. Lanza, *D.21.1: res se moventes e morbus vitiumve* cit., p. 139.

⁵⁵⁶ Sul quale, fra gli altri: G. Impallomeni, *L’editto degli edili curuli* cit., p. 9 nt. 14; M. Talamanca, *Trebazio Testa fra retorica e diritto*, in *Questioni di giurisprudenza tardo-repubblicana*. Atti di un seminario, Firenze 27-28 maggio 1983, a cura di Archi G. G., Milano 1985, p. 60 ss.; O. Diliberto, *Materiali per la palinogenesi delle XII Tavole*, I, Cagliari 1992, p. 146 ss.; M. D’Orta, *Trebazio Testa e la questura. A proposito di D.1.13.1.1 (Ulp. l. sing. de officio quaestoris)*, in SDHI. 49 (1993), p. 73 nt. 69; L. Manna, *Actio redhibitoria* cit., p. 54 ss.; N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 101 ss.; C. Lanza, *D.21.1: res se moventes e morbus vitiumve* cit., p. 139 ss.; R. Ortu, “*Aiunt aediles*” cit., p. 144 ss.

corpo della schiava⁵⁵⁷.

Il responso di Labeone viene riferito al § 10. Il giurista augusteo, al contrario, sostiene che, al pari delle scrofe sterili, anche la donna che non era in grado di riprodursi doveva essere considerata suscettibile di redibizione, dato che tutti gli esseri umani femminili, naturalmente, nascono con la capacità di generare⁵⁵⁸.

Prima di tentare di ricostruire le ragioni che stanno a fondamento dei due diversi responsi⁵⁵⁹, dobbiamo comprendere, in primo luogo, il pensiero di Trebazio⁵⁶⁰, per il quale vale la pena richiamare due testimonianze ulpiane⁵⁶¹:

D.21.1.6.1 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Trebatius ait impetiginosum morbosum non esse, si eo membro, ubi impetigo esset, aequae recte utatur: et mihi videtur vera Trebatii sententia.*

D.21.1.12.4 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Is cui os oleat an sanus sit quaesitum est: Trebatius ait non esse morbosum os alicui olere, veluti hircosum, strabonem: hoc enim ex illuvie oris accidere solere. Si tamen ex corporis vitio id accidit, veluti quod iecur, quod pulmo aut aliud quid similiter dolet, morbosus est.*

Analizziamo il primo testo. Non costituisce causa di redibizione l'*impetigo* da cui sia affetto il servo.

Trebazio lo dice chiaramente, quando specifica che lo schiavo '*morbosus non esse*' se la malattia non impedisca di utilizzare correttamente l'arto, in ciò ispirandosi al principio di funzionalità, già introdotto da Aulo Ofilio, suo contemporaneo⁵⁶². Così, se la patologia provoca una diminuzione di funzionalità dell'organismo, allora il *mancipium* non sarà sano.

Nel secondo frammento, sempre Ulpiano riferisce l'opinione del giurista

⁵⁵⁷ G. Impallomeni, *L'editto degli edili curuli* cit., p. 9 nt. 14; M. Talamanca, *Trebazio Testa* cit., p. 61; M. D'Orta, *Trebazio Testa* cit., p. 73 nt. 69; L. Manna, *Actio redhibitoria* cit., p. 54 ss.; N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 101 ss.; C. Lanza, *D.21.1: res se moventes e morbus vitiumve* cit., p. 139 ss.; R. Ortu, "*Aiunt aediles*" cit., p. 144 ss.

⁵⁵⁸ "Nel caso della capacità riproduttiva si tocca, senz'altro, una condizione secondo natura per eccellenza". Così C. Lanza, *D.21.1: res se moventes e morbus vitiumve* cit., p. 140.

⁵⁵⁹ Sulle diverse prospettive d'indagine da cui muovono i due giuristi v., in particolare, N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 101 ss., e R. Ortu, "*Aiunt aediles*" cit., p. 146 ss.

⁵⁶⁰ Condiviso, peraltro, dagli anonimi '*alii*' citati da Gellio al § 11. Cfr. R. Ortu, "*Aiunt aediles*" cit., p. 148 ss.

⁵⁶¹ Su entrambe cfr. C. Lanza, *D.21.1: res se moventes e morbus vitiumve* cit., p. 128 ss., e R. Ortu, "*Aiunt aediles*" cit., p. 117 ss.

⁵⁶² D.21.1.8 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*) e D.21.1.10 pr.-1 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*).

tardo-repubblicano sul caso dello schiavo al quale olezzi l'alito. Non si considera *morbosus* colui che abbia il fiato maleodorante, se ciò dipenda dalla sporcizia della bocca (*'ex illuvie oris accidere solere'*); allo stesso modo, si considerano sani l'*hircosus* e lo *strabo*. Al contrario, *'Si tamen ex corporis vitio id accidit'*, come, ad esempio, se duole il fegato o un polmone, allora lo schiavo *'morbosus est'*,⁵⁶³.

Com'è stato correttamente rilevato⁵⁶⁴, nella visione del maestro di Labeone, affinché si riconosca la presenza di uno stato morboso tale da comportare l'applicazione delle norme edilizie, è necessario che il vizio incida sulle capacità lavorative del servo in modo compromettente; ed è, altresì, indispensabile che sia riscontrabile una condizione di malattia che costituisca causa del difetto e della mancata sanità del servo.

Torniamo, adesso, all'analisi del passo gelliano dal quale abbiamo preso le mosse.

Certamente, i *responsa* dei due giureconsulti in esame non coincidono, perché diverse sono le concezioni di *morbosus* e di *vitium* rispettivamente riferibili a entrambi.

Abbiamo già visto come, secondo Labeone, il *morbosus* è rilevante ai fini della responsabilità edilizia se è *contra naturam* ed è tale da incidere negativamente sulle possibilità d'impiego dello schiavo, causandone una diminuzione di valore economico.

E' chiaro, invece, che l'opinione di Trebazio si fonda sulla distinzione tra vizio connaturato e vizio sopravvenuto⁵⁶⁵.

Dai frammenti ulpiani su visti si evince come per Trebazio Testa fosse essenziale, ai fini della qualificazione dello schiavo come *morbosus* per l'applicazione della disciplina edittale, il criterio della funzionalità, associato all'esistenza di una malattia che potesse dirsi causa del difetto corporale. La

⁵⁶³ Per Trebazio, "la non sanità del *servus* doveva essere ancorata alla presenza di un vizio corporale derivante da uno stato di malattia [...]". Così, R. Ortu, "*Aiunt aediles*" cit., p. 118 ss.

⁵⁶⁴ R. Ortu, "*Aiunt aediles*" cit., p. 119.

⁵⁶⁵ C. Lanza, *D.21.1: res se moventes e morbus vitiumve* cit., p. 139 ss.; 146 ss., ha notato come, nell'interpretazione di Trebazio, il *vitium* si configuri alla stregua di "una invalidità che consegue a un fatto patologico acuto: irriducibile dunque, possiamo ben dire, il *morbosus* a *vitium*; e conseguenza, il *vitium* del *morbosus*".

mulier sterilis è ‘*non sanam*’ solo nell’ipotesi in cui la sterilità sia dovuta a una malattia o a un male sopravvenuto⁵⁶⁶; viceversa, la schiava è sana ‘*si nativa sterilitate sit*’.

Sembra, altresì, manifesto che la natura considerata da Trebazio non sia quella della generalità degli uomini – come, invece, pensava Labeone –, ma quella individuale, propria del soggetto considerato⁵⁶⁷.

Per questo motivo il vizio congenito è naturale, mentre non lo è quello acquisito.

In questo modo, Labeone cerca di tutelare il compratore in maniera più ampia, garantendo l’*utilitas* o interesse specifico che quest’ultimo vuole ricavare dall’acquisto della schiava, ossia la sua capacità riproduttiva.

Trebazio incentra, invece, la sua attenzione sulla funzionalità del corpo e sulle capacità lavorative della serva: poiché la sterilità congenita non incide su di esse, non si può ricorrere all’*actio redhibitoria*. Diverso sarebbe se l’impossibilità di generare dipendesse da una malattia o da un danno successivo, perché, in questo caso, “il processo patologico sarebbe un presupposto essenziale della redibitoria”⁵⁶⁸.

E’ evidente che Trebazio Testa adotti un criterio funzionale che si fonda su uno stato di malattia, che è causa del vizio fisico.

Da un passo del Digesto si comprende che l’orientamento di Labeone non ebbe seguito⁵⁶⁹:

D.21.1.14.3 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *De sterili Caelius distinguere Trebatium dicit, ut, si natura sterilis sit, sana sit, si vitio corporis, contra.*

Ulpiano, trattando della sterilità, cita l’opinione di Trebazio, tramandata da Celio Sabino, non menzionando il parere opposto.

⁵⁶⁶ G. Impallomeni, *L’editto degli edili curuli* cit., p. 9 nt. 15 sub e), segnala come, d’altra parte, il vizio congenito sarebbe impossibile da individuare, mentre così non è per il difetto sopraggiunto.

⁵⁶⁷ C. Lanza, *D.21.1: res se moventes e morbus vitiumve* cit., p. 139; R. Ortu, “*Aiunt aediles*” cit., p. 147.

⁵⁶⁸ C. Lanza, *D.21.1: res se moventes e morbus vitiumve* cit., p. 140.

⁵⁶⁹ L. Manna, *Actio redhibitoria* cit., p. 54; N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 104; R. Ortu, “*Aiunt aediles*” cit., p. 149 ss.

Veniamo, ora, al confronto tra l'opinione di Servio Sulpicio Rufo e quella di Labeone:

Gell., *noct. Att.*, 4.2.12: *Eum vero, cui dens deesset, Servius redhiberi posse respondit, Labeo in causa esse redhibendi negavit: "nam et magna" inquit "pars dente aliquo carent, neque eo magis plerique homines morbosi sunt, et absurdum admodum est dicere non sanos nasci homines, quoniam cum infantibus non simul dentes gignuntur"*⁵⁷⁰.

Nel passo si discute della possibilità di esercitare l'azione redibitoria nell'ipotesi in cui il compratore abbia scoperto che al *mancipium* acquistato mancava un dente.

Servio riteneva possibile la redibizione del servo al quale *dens deesset*.

Per il giurista repubblicano qualsiasi alterazione del corpo comporta il sorgere della responsabilità edilizia⁵⁷¹. Non emerge nessun riferimento al criterio della funzionalità.

Labeone⁵⁷², al contrario, ritiene che la mancanza di un dente non si configuri come *contra naturam*, in quanto la circostanza non incide minimamente sulla capacità di impiego del *mancipium*: infatti, alla maggior parte delle persone manca qualche dente e se Servio avesse ragione tutti gli uomini nascerebbero non sani⁵⁷³.

La posizione di Servio sarebbe orientata verso una particolare tutela del compratore⁵⁷⁴: anche la più banale reticenza del venditore è rilevante

⁵⁷⁰ Il dibattito è riportato anche da Paolo in D.21.1.11 (*Paul. 11 ad Sab.*): *Cui dens abest, non est morbosus: magna enim pars hominum aliquo dente caret neque ideo morbosi sunt: praesertim cum sine dentibus nascimur nec ideo minus sani sumus donec dentes habeamus: alioquin nullus senex sanus esset.*

⁵⁷¹ E', dunque, probabile che Servio, seguendo un orientamento già espresso da Catone (D.21.1.10.1, Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*), intendesse concedere una più ampia tutela all'acquirente, garantendone l'interesse specifico ed estendendo la portata della norma edilizia relativa all'obbligo di *pronuntiatio vitiorum*. Sul punto v. L. Manna, *Actio redhibitoria* cit., p. 37; N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 51 ss.; C. Lanza, *D.21.1: res se moventes e morbus vitiumve* cit., p. 128 ss.; R. Ortu, "Aiunt aediles" cit., p. 140 ss.

⁵⁷² Sull'argomentazione opposta dal giurista v. A. Guarino, *Labeone giurista meridionale*, in Labeo 1 (1955), p. 49 ss., e C. Lanza, *Impedimenti del giudice. Alcuni modelli di "diritto classico"*, in BIDR. 90 (1987), p. 486 ss.

⁵⁷³ R. Ortu, "Aiunt aediles" cit., p. 141.

⁵⁷⁴ Così N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 54, e R. Ortu, "Aiunt aediles" cit., p. 142.

giuridicamente⁵⁷⁵, probabilmente perché ciò che conta è la trasgressione della *fides* che caratterizza il contratto di compravendita consensuale⁵⁷⁶.

In Gell., *noct. Att.*, 4.2.13-14 viene riportata un'altra definizione di *morbis* estrapolata dai *libri veterum iurisperitorum*⁵⁷⁷:

Non praetereundum est id quoque in libris veterum iurisperitorum scriptum esse "morbum" et "vitium" distare, quod "vitium" perpetuum, "morbus" cum accessu decessuque sit. 14. Sed hoc si ita est, neque caecus neque eunuchus morbosus est contra Labeonis, quam supra dixi, sententiam.

Gli antichi distinguevano il *morbis* dal *vitium* sulla base di una precisa considerazione: il *vitium* è permanente; il morbo avrebbe carattere temporaneo⁵⁷⁸.

Un primo elemento di contrasto è costituito dal fatto che Labeone non aveva dato importanza, a differenza dei *veteres*, all'elemento temporale, soffermandosi, piuttosto, sulla circostanza della diminuita capacità di utilizzazione del corpo che compromette le possibilità lavorative del servo. Lo stesso Gellio se ne mostra consapevole laddove afferma che né il cieco⁵⁷⁹ né l'eunuco⁵⁸⁰ potrebbero essere

⁵⁷⁵ A parere di N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 54, l'estensione della *redhibitio* edilizia da parte del giurista repubblicano dimostra che ancora in epoca ciceroniana non era ritenuta pacifica l'applicabilità dell'*actio empti* contro i vizi della cosa venduta nel contesto applicativo dell'editto edilizio. Sul punto v. anche il diverso punto di vista di R. Ortu, "*Aiunt aediles*" cit., p. 142. Sulla personalità di Servio Sulpicio Rufo v. F. Casavola, *Giuristi adrianei*, Roma 2011, p. 118 ss.; A. Schiavone, *Il caso e la natura. Un'indagine sul mondo di Servio*, in *Società romana e produzione schiavistica. Modelli etici, diritto e trasformazioni sociali*, a cura di A. Giardina e A. Schiavone, III, Roma 1981, p. 41 ss.; Id., *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana* cit., p. 109 ss.; M. Bretone, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli 1982, p. 89 ss.; L. Vacca, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, Torino 1989, p. 69 ss.

⁵⁷⁶ Così R. Ortu, "*Aiunt aediles*" cit., p. 142.

⁵⁷⁷ A proposito dei "*veteres iurisperiti*", sostiene R. Ortu, "*Aiunt aediles*" cit., p. 100 ss., che si tratterebbe di Autori vissuti prima di Labeone, innanzitutto perché – dalla lettura del passo in questione – si evince che per essi le nozioni di *morbis* e di *vitium* differiscono, in quanto quest'ultimo sarebbe permanente, mentre il morbo sarebbe caratterizzato da una fase di attacco e una di remissione; e poi perché "se si tiene conto dell'ordine di citazione a ritroso nel tempo seguito da Gellio nel comparare il pensiero di Labeone con quello dei giuristi che lo hanno preceduto nel tempo (prima Trebazio nei §§ 9-10, poi Servio nel § 12, ed infine i *veteres iurisperiti* nei §§ 13-14), si può verosimilmente supporre che gli anonimi *veteres* citati nel § 13 fossero anteriori a Servio Sulpicio Rufo".

⁵⁷⁸ C. Lanza, *D.21.1: res se moventes e morbus vitiumve* cit., p. 135 ss.; 148, afferma che i *veteres iurisperiti* consideravano "il vizio proprio attinente alla sfera della salute", collocandolo in "un'area semantica contigua, complementare, a quella di *morbis*".

⁵⁷⁹ Gell., *noct. Att.*, 4.2.4: *Sed "morbum" alias in toto corpore accidere dicit, alias in parte corporis. Totius corporis "morbum" esse, veluti sit pthisis aut febris, partis autem, veluti sit caecitas aut pedis debilitas.*

valutati come *morbosi* da Labeone se il discrimine tra morbo e vizio risiedesse nella perpetuità o transitorietà del difetto⁵⁸¹.

Concludiamo, ora, l'esame degli indirizzi giurisprudenziali che Gellio, nella sua opera, riferisce, valutando le parole di Masurio Sabino:

Gell., *noct. Att.*, 4.2.15: *Verba Masuri Sabini apposui ex libro iuris civilis secundo: "Furiosus mutusve cuive quod membrum lacerum laesumve est aut obest, quo ipse minus aptus sit, morbosi sunt. Qui natura longe minus videt tam sanus est quam qui tardius currit."*⁵⁸²

Gellio racconta che il giureconsulto di epoca classica reputava 'morbosi' il *furiosus*, il *mutus*, e infine lo schiavo che avesse subito una mutilazione o una lesione in un membro del corpo, tale da determinarne l'inidoneità a essere impiegato (*minus aptus sit*)⁵⁸³.

Nell'ultima parte del testo si legge che è sano colui che per natura non vede lontano, allo stesso modo di chi corre lentamente⁵⁸⁴.

Si nota immediatamente come, sulla scia dell'orientamento espresso già da Labeone, Trebazio Testa e Celio Sabino, Masurio Sabino faccia leva sulle ridotte capacità di utilizzazione del servo, valorizzando il criterio della funzionalità.

Analizziamo, infine, il punto di vista di Ulpiano, maturato alla fine di un complesso *iter* interpretativo.

Centrale, al fine di ricostruire il suo pensiero, è il seguente passo tratto dai *Digesta*:

⁵⁸⁰ Gell., *noct. Att.*, 4.2.6-7: *De eunucho quidem quaesitum est, an contra edictum aedilium videretur venundatus, si ignorasset emptor eum eunuchum esse. 7. Labeonem respondisse aiunt redhiberi posse quasi morbosum.*

⁵⁸¹ L. Manna, *Actio redhibitoria* cit., p. 35 ss.; C. Lanza, *D.21.1: res se moventes e morbus vitiumve* cit., p. 133 ss.; R. Ortu, "Aiunt aediles" cit., p. 137 ss.

⁵⁸² In D.21.1.9 (Ulp. 44 *ad Sab.*) Ulpiano, a proposito del servo muto, restituisce un responso analogo a quello tramandatoci da Gellio, diversamente da Gaio che, in D.21.1.3 (Gai 1 *ad ed. aed. cur.*), sembra non aderire alla posizione di Masurio Sabino, escludendo che nel caso del servo *mutus* potesse intentarsi l'azione redibitoria. Su entrambi i passi dei *Digesta* v. N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 116 ss.

⁵⁸³ C. Lanza, *D.21.1: res se moventes e morbus vitiumve* cit., p. 129, precisa che è "la nozione di *membrum*, anche in questi casi, a veicolare il concetto di funzionalità".

⁵⁸⁴ Masurio Sabino si pone, così, sulla stessa linea interpretativa sia degli ignoti *alii*, che ritenevano il miope passibile di redibitoria solo se il difetto fosse sopravvenuto a causa della presenza di una malattia (*noct. Att.* 4.2.11), sia di Trebazio Testa, il quale reputava sani coloro che erano affetti da vizi congeniti (esemplare al riguardo il caso della *mulier* sterile trattato da Gell., *noct. Att.*, 4.2.9-10)". Cfr. R. Ortu, "Aiunt aediles" cit., p. 151.

D.21.1.1.8 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Proinde si quid tale fuerit vitii sive morbi, quod usum ministeriumque hominis impediat, id dabit redhibitioni locum, dummodo meminerimus non utique quodlibet quam levissimum efficere, ut morbosus vitiosusve habeatur. Proinde levis febricula aut vetus quartana quae tamen iam sperni potest vel vulnusculum modicum nullum habet in se delictum, quasi pronuntiatum non sit: contemni enim haec potuerunt. Exempli itaque gratia referamus, qui morbosi vitiosique sunt*⁵⁸⁵.

Ulpiano asserisce che solo il morbo o il vizio che incidano, impedendolo, sull'*usum ministeriumque*⁵⁸⁶ *hominis* possono dare luogo alla redibizione del servo.

Il giurista severiano, ribadita la rilevanza del criterio funzionale⁵⁸⁷, afferma che i difetti di lieve entità, che non si ripercuotono sulla efficienza dello schiavo, non costituiscono oggetto dell'obbligo di *pronuntiatio vitiorum*.

Per valutare l'intensità, o il grado di rilevanza del *morbus vitiumve*⁵⁸⁸, ai fini della redibizione dello schiavo, è necessario esaminare la sua portata invalidante⁵⁸⁹: così, ad esempio, non sarà possibile restituire il *mancipium* se affetto da una febbre leggera, o da una *vetus quartana*, o, ancora, quando presentasse una ferita piccola⁵⁹⁰.

⁵⁸⁵ G. Impallomeni, *L'editto degli edili curuli* cit., p. 8 e nt. 11; R. Zimmermann, *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1990, p. 313; L. Manna, *Actio redhibitoria* cit., p. 42 e nt. 19, 49; C. Lanza, *D.21.1: res se moventes e morbus vitiumve* cit., p. 144 ss.; R. Ortu, "*Aiunt aediles*" cit., p. 162 ss.

⁵⁸⁶ R. Ortu, "*Aiunt aediles*" cit., p. 162 ss., ha notato che "il termine *usus* viene utilizzato, in riferimento alla mancata funzionalità del *servus* a causa della presenza di un *morbus*, prima da Labeone (*noct. Att. 4.2.3: ... qui usum eius facit deteriozem*) e poi, successivamente, da Celio Sabino (*D.21.1.1.7: ... qui usum eius ad id facit deteriozem*) che fa propria la *definitio* di *morbus* di Labeone. *Ministerium*, invece, [...] viene impiegato per la prima volta da Sesto Pedio (*D.21.1.12.1: ... si nihil ex ministerio praestando subtrahit*) per indicare l'incidenza della funzionalità del corpo sano/non sano del *servus* sullo svolgimento della attività lavorativa a cui era preposto".

Sul periodo in cui, presumibilmente, sarebbe vissuto Sesto Pedio v. p. 153 nt. 154, con ricostruzione degli orientamenti in dottrina e bibl.

⁵⁸⁷ C. Lanza, *D.21.1: res se moventes e morbus vitiumve* cit., p. 144.

⁵⁸⁸ R. Ortu, "*Aiunt aediles*" cit., p. 161 ss., sottolinea come al giurista severiano non interessasse stabilire le differenze sostanziali tra *morbus* e *vitium*, probabilmente perché in epoca severiana era rilevante soltanto verificare la diminuzione di valore dello schiavo, legata alla esistenza di un tara fisica, indipendentemente dal fatto che si trattasse di un *morbus* o di un *vitium*.

⁵⁸⁹ C. Lanza, *D.21.1: res se moventes e morbus vitiumve* cit., p. 144 ss.; R. Ortu, "*Aiunt aediles*" cit., p. 163 ss.

⁵⁹⁰ C. Lanza, *D.21.1: res se moventes e morbus vitiumve* cit., p. 144 ss., nota che "negli esempi addotti dal giurista è evidente la volontà di stabilire criteri 'medico-legali', e non prettamente medici". Ulpiano, reputando essenziale l'impedimento, avrebbe negato "la qualifica di

In precedenza, Pomponio si era già pronunciato in tal senso:

D.21.1.4.6 (Ulp. 1 *ad ed.aed. cur.*): *Idem [Pomponius] ait non omnem morbum dare locum redhibitioni, ut puta levis lippitudo aut levis dentis auriculaeve dolor aut mediocre ulcus: non denique febriculam quantulamlibet ad causam huius edicti pertinere.*

Nel passo si dice che non tutti i morbi danno luogo alla redibizione. Segue l'esemplificazione delle malattie insignificanti: una lieve congiuntivite, un tenue dolore di denti o d'orecchio, una modesta ferita o una banale febbre. Il requisito della durata nel tempo dell'infermità non è preso in considerazione, come si legge in

D.21.1.6 pr. (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Pomponius recte ait non tantum ad perpetuos morbos, verum ad temporarios quoque hoc edictum pertinere*⁵⁹¹.

Ulpiano cita l'opinione di Pomponio, che espressamente approva, circa i morbi che sarebbero ricompresi nell'editto: non solo le malattie perpetue, ma anche quelle temporanee⁵⁹².

In definitiva, il giurista severiano definisce l'orientamento giurisprudenziale secondo cui il *morbis vitiumve* considerato dall'editto degli edili curuli è quello che incide, in modo cospicuo, sull'*usum ministeriumque hominis*, e testimonia la perdita di senso nella distinzione tra i due termini del binomio⁵⁹³.

Sarà Ulpiano stesso a utilizzare, come vedremo, l'espressione '*vitia corporis*'⁵⁹⁴, già presente in Viviano⁵⁹⁵, con l'obiettivo di creare un'unica categoria concettuale nel cui ambito far rientrare il *morbis vitiumve* rilevante ai

morbosus o *vitiosus* a soggetti che, sebbene non sani sul piano medico, non soffrono tuttavia di impedimenti rilevanti sul piano dell'efficienza".

⁵⁹¹ Sul frammento v., in particolare, le osservazioni di E. Stolfi, *Studi sui "Libri ad edictum" di Pomponio*, II. *Contesti e pensiero*, Milano 2001, p. 462 nt. 269, il quale sottolinea che il carattere perpetuo o temporaneo non incide sul principio dell'importanza della patologia fisica e delle sue conseguenze sulla capacità lavorativa dello schiavo.

⁵⁹² In tal senso, si leggano anche D.21.1.53 (Iav. 1 *ex post. Lab.*) e D.21.1.4.5 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*).

⁵⁹³ R. Ortu, "*Aiunt aediles*" cit., p. 186 ss.

⁵⁹⁴ Cfr. D.21.1.4.1-3 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*).

⁵⁹⁵ Cfr. D.21.1.1.9 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*) su cui v. *infra*.

fini della responsabilità edilizia⁵⁹⁶.

3. La responsabilità edilizia del venditore per falsi dicta et promissa.

Come accennavamo, il regime edilizio contemplava, accanto alla sanzione comminata ai venditori che violassero l'obbligo di *pronuntiatio vitiorum* circa lo schiavo venduto, un'analogha sanzione⁵⁹⁷ nei confronti di coloro che nel corso delle trattative avessero pronunciato dichiarazioni poi rivelatesi false, consentendo al compratore, anche in tal caso, di accedere alla tutela redibitoria edilizia⁵⁹⁸:

D.21.1.1.1 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): ... *Quodsi mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve fuerit cum veniret, fuisset, quod eius praestari oportere dicitur: emptori omnibusque ad quos ea res pertinet iudicium dabimus, ut id mancipium redhibeatur.*

E' comunemente ritenuto in dottrina che la norma edilizia sul *dictum promissumve*⁵⁹⁹ rappresenti un tipico caso di recezione di diritto civile nel diritto

⁵⁹⁶ R. Ortu, "Aiunt aediles" cit., p. 161 ss.; 189, precisa che, nell'età dei Severi, il processo di evoluzione concettuale che aveva portato alla sovrapposizione delle nozioni di *morbus* e di *vitium* era giunto al termine, con la conseguenza che la tutela edilizia avrebbe abbracciato un numero maggiore di ipotesi di frodi dei *venaliciarii*.

⁵⁹⁷ E' stato ipotizzato che la disposizione dell'*edictum aedilium curulium* sul *dictum promissumve* sia frutto di un'innovazione che si colloca in un'epoca a cavallo tra la fine della repubblica e gli inizi del principato. Sulla questione cfr. M. Kaser, *Das Römische Privatrecht* cit., I², p. 559 ss.; G. Impallomeni, *L'editto degli edili curuli* cit., p. 99 ss.; L. Manna, *Actio redhibitoria* cit., p. 95 ss. e, spec., nt. 39, con resoconto dei principali orientamenti sostenuti in dottrina; N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 71 ss.; 141 ss. e nt. 1; 164; Id., *Qualità promesse e qualità essenziali della res vendita* cit., p. 1 ss. In generale, sulla responsabilità edilizia per erroneo *dictum aut promissum* cfr., tra la letteratura più recente, oltre agli Autori cit.: M. Talamanca, s. v. *Vendita* (dir. rom.) cit., p. 414 ss.; L. Manna, *Actio redhibitoria* cit., p. 95 ss.; C. Russo Ruggeri, 'Ne veterator pro novicio veneat' cit., p. 251 ss.; R. Zimmermann, *The Law of Obligations* cit., p. 315 ss.; E. Jakab, *Praedicere und cavere beim Marktkauf* cit., p. 131 ss.; A. Burdese, Recensione a N. Donadio, *La tutela del compratore tra 'actiones aediliciae' e 'actio empti'*, Milano 2004, in IVRA 56 (2006-2007), p. 247 ss.

⁵⁹⁸ Diversamente dal caso di *pronuntiatio vitiorum*, il termine per esperire le azioni edilizie decorre, nell'ipotesi di violazione della clausola sui *dicta promissave*, dal momento in cui è avvenuta la dichiarazione, non importa se anteriore alla vendita oppure successiva alla medesima, come sembra ricavarsi da D.21.1.52, D.21.1.19.6, D.21.1.55, e D.21.1.20, tutti tratti dal commentario ulpiano all'editto e sui quali cfr. N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 144 ss.

⁵⁹⁹ Cfr. D.21.1.19.2 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Dictum a promisso sic discernitur: dictum accipimus, quod verbo tenus pronuntiatum est nudoque sermone finitur: promissum autem potest referri et ad nudam promissionem sive pollicitationem vel ad sponsum. Secundum quod incipiet is, qui de huiusmodi causa stipulanti spondit, et ex stipulatu posse conveniri et redhibitoriis actionibus: non novum, nam et qui ex empto potest conveniri, idem etiam redhibitoriis actionibus conveniri potest.* Sul passo, L. Manna, *Actio redhibitoria* cit., p. 117 ss.

edilizio: un rapporto tutelato, in origine, mediante azione civile (*actio ex empto*⁶⁰⁰ o *actio ex stipulatu*), viene ad essere protetto anche da un'azione edilizia. In altri termini, scopo della clausola edilizia sarebbe stato quello di migliorare la tutela del compratore già prevista dal *ius civile*⁶⁰¹. Peraltro, la norma in esame, dilatando la portata della responsabilità edilizia, sembra rispondere anche all'esigenza di integrare e completare la prima e più antica clausola dettata dagli edili curuli⁶⁰².

Soffermiamoci, dunque, ad indagare la *ratio* della più recente norma tratta dall'*edictum aedilium curulium*, attraverso l'esame dei casi concreti discussi dai giuristi:

D.21.1.19 pr.-1 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Sciendum tamen est quaedam et si dixerit praestare eum non debere, scilicet ea, quae ad nudam laudem servi pertinent: veluti si dixerit frugi probum dicto audientem. Ut enim Pedius scribit, multum interest, commendandi servi causa quid dixerit, an vero praestaturum se promiserit quod dixit. 1. Plane si dixerit aleatorem non esse, furem non esse, ad statuatam numquam confugisse, oportet eum id praestare.*

D.21.1.17.20 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Si quis adfirmaverit aliquid adesse servo nec adsit, vel abesse et adsit, ut puta si dixerit furem non esse et fur sit, si dixerit artificem esse et non sit: hi enim, quia quod adseveraverunt non praestant, adversus dictum promissumve facere videntur.*

Ulpiano introduce un opportuno distinguo in ordine alla diversa rilevanza

⁶⁰⁰ M. Kaser, *Unlautere Warenanpreisungen beim römischen Kauf*, in *Festschrift für H. Demelius zum 80. Geburtstag*, hrg. von G. Frotz und W. Ogris, Wien 1973, p. 128 [ora in *Ausgewählte Schriften*, II, Napoli 1976, p. 315 ss.], ha ipotizzato la presunta derivazione della responsabilità *ex empto* per falsi *dicta et promissa* sulle qualità del bene in vendita dalle 'nuncupationes' che, nel contesto della *mancipatio*, vincolavano il *mancipio dans*. Sull'ipotesi v. le considerazioni di N. Donadio, *Qualità promesse e qualità essenziali della res vendita* cit., p. 89 ss. e nt. 93.

⁶⁰¹ V. Arangio-Ruiz, *La compravendita in diritto romano*² cit., p. 366 ss.; A. Pezzana, *L'editto agli edili curuli*, recensione critica a G. Impallomeni e E. Volterra cit., p. 254 ss.; N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 162 ss. e nt. 41. Sul rapporto tra la responsabilità i falsi *dicta et promissa* nel *ius civile* (*actio ex empto*) e la forma di responsabilità prevista dall'editto edilizio v., in particolare, oltre ai contributi sopra cit., F. Haymann, *Die Haftung des Verkäufers* cit., I, p. 107 ss.; R. Monier, *La garantie contre les vices* cit., p. 50 ss.; B. Nicholas, 'Dicta promissave' cit., p. 91 ss.; M. Kaser, *Unlautere Warenanpreisungen* cit., p. 128; A. Watson, *Sellers' Liability for Defects* cit., p. 172 ss.; M. Talamanca, s. v. *Vendita* (dir. rom.) cit., p. 417 nt. 1179; L. Manna, *Actio redhibitoria* cit., p. 95 ss.

⁶⁰² Così N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 162 ss., la quale afferma che la norma edilizia che punisce le dichiarazioni mendaci del venditore consentiva di proteggere l'interesse specifico dell'acquirente a determinate qualità o caratteristiche del *mancipium*, a differenza della clausola sulla *pronuntiatio vitiorum* che garantiva, invece, un livello medio di bontà della merce.

delle dichiarazioni fatte, incentrando il suo discorso sulla differenza esistente tra i *dicta* che implicano una responsabilità del venditore e i *dicta* che, invece, sono effettuati *ad nudam laudem* dello schiavo, rispetto ai quali il venditore non sarà tenuto⁶⁰³. Così, ad esempio, qualora il venditore abbia detto che (il servo) è frugale, probo, o obbediente a quanto gli viene detto – ‘*si dixerit frugi probum dicto audientem*’ –, non dovrà, poi, rispondere della fondatezza delle sue dichiarazioni.

Come, infatti, scrive Pedio – osserva il giurista – c’è grande differenza tra le affermazioni che hanno il fine di valorizzare il servo, e l’aver promesso di garantire per ciò che si è detto⁶⁰⁴. Se si tratta di affermazioni specifiche relative all’indole del *mancipium*, come il dichiarare che questi non è un giocatore, o un ladro⁶⁰⁵, o che non abusa del *confugere ad statuas*⁶⁰⁶, sul venditore graverà la responsabilità da *dicta promissave*.

Il contenuto del secondo frammento permette di ricostruire meglio l’indirizzo interpretativo emerso in merito all’identificazione del criterio di valutazione della responsabilità del venditore in caso di inesatto *dictum* o *promissum*.

Si dice infatti che, se il venditore abbia (falsamente) dichiarato che lo schiavo possiede una certa qualità o che è esperto in un mestiere, oppure abbia escluso la presenza di un certo difetto nel *mancipium* in vendita – ad esempio affermando che lo schiavo non è ladro (e, invece, lo è)⁶⁰⁷ –, si considera che egli abbia operato *adversus dictum promissumve*⁶⁰⁸.

⁶⁰³ N. Donadio, *Qualità promesse e qualità essenziali della res vendita* cit., spec., p. 131 ss., si sofferma sui diversi presupposti di rilevanza (e di vincolatività), rispettivamente, dei *dicta* che vengono in considerazione ai fini della responsabilità *ex empto*, e di quelli che, invece, rilevano nel caso della responsabilità edilizia.

⁶⁰⁴ G. Impallomeni, *L’editto degli edili curuli* cit., p. 27.

⁶⁰⁵ Sulla propensione del *servus* al *furtum* cfr. N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 169 nt. 53.

⁶⁰⁶ L. Manna, *Actio redhibitoria* cit., p. 123 nt. 79; R. Gamauf, *Ad statuas licet confugere. Untersuchungen zum Asylrecht im römischen Prinzipat*, Frankfurt am Main 1999, p. 72 ss., su cui C. Masi Doria, *Recensione a R. Gamauf, Ad statuas licet confugere* cit., in IVRA 50 (1999), p. 251 ss.; N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 170 nt. 55 con altra bibl.

⁶⁰⁷ Perché ci sia una responsabilità *ex edicto aedilium curulium* fondata su un *dictum* o *promissum* era necessario che l’episodio di *furtum* (ad opera dello schiavo) si fosse manifestato *ante tempus venditionis*, cioè in un momento anteriore presso il *dominus* precedente. Cfr. D.21.1.31.1 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*); D.21.1.52 (Marc. 4 *reg.*). Su entrambi v. N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 152 ss.

⁶⁰⁸ G. Impallomeni, *L’editto degli edili curuli* cit., p. 258 ss.; L. Manna, *Actio redhibitoria* cit., p. 128 ss.; N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 169 ss.

Consideriamo, in proposito

D.18.1.43 pr.-1 (Flor. 8 *inst.*): *Ea quae commendandi causa in venditionibus dicuntur, si palam appareant, venditorem non obligant, veluti si dicat servum speciosum, domum bene aedificatam: at si dixerit hominem litteratum vel artificem, praestare debet: nam hoc ipso pluris vendit. 1. Quaedam etiam pollicitationes venditorem non obligant, si ita in promptu res sit, ut eam emptor non ignoraverit, veluti si quis hominem luminibus effossis emat et de sanitate stipuletur: nam de cetera parte corporis potius stipulatus videtur, quam de eo, in quo se ipse decipiebat.*

Già Fiorentino distingueva tra le dichiarazioni generiche che il venditore fa per esaltare la merce, le quali non sono vincolanti purchè sia chiaro (*si palam appareant*) per il compratore che esse siano fatte ‘*commendandi causa*’ – come, per esempio, ‘*si dicat servum speciosum, domum bene aedificatam*’ –, e le affermazioni che, per contro, obbligano il venditore (*praestare debet*) a rispondere della loro veridicità, essendo dirette ad assicurare l’esistenza, nel servo, di peculiari caratteristiche: ‘*at si dixerit hominem litteratum vel artificem*’⁶⁰⁹.

Nel primo caso, se l’*emptor* non si accorge dell’inesistenza (immediatamente verificabile) delle qualità vantate dal venditore, non potrà, poi, dolersi nei confronti di quest’ultimo a causa di una mancanza di diligenza imputabile solo a se stesso⁶¹⁰. Nella seconda ipotesi, i *dicta et promissa* impegnano il venditore perché potenzialmente idonee ad influenzare la decisione del compratore – trattasi, infatti, di affermazioni che non hanno un riscontro diretto –, il quale potrà essere indotto a valutare in modo erroneo il bene da acquistare, pagando, perciò, un prezzo più elevato⁶¹¹.

Quindi il giurista prosegue (§ 1) in termini ancora più espliciti, precisando che anche alcune promesse espresse non obbligano il venditore, se la situazione era così palese da non poter essere ignorata dall’*emptor*: come nel caso in cui quest’ultimo abbia acquistato un servo al quale siano stati tolti gli occhi, e si sia

⁶⁰⁹ B. Nicholas, *Dicta promissave* cit., p. 98 ss.; A. Carcaterra, *Intorno ai “bonae fidei iudicia”* cit., p. 36 ss.; I. De Falco, «*Diligentiam praestare*». *Ricerche sull’emersione dell’inadempimento colposo delle obbligazioni*, Napoli 1991, p. 118 ss.; L. Manna, *Actio redhibitoria* cit., p. 124 ss.; N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 178 ss.

⁶¹⁰ I. De Falco, «*Diligentiam praestare*» cit., p. 119.

⁶¹¹ G. Impallomeni, *L’editto degli edili curuli* cit., p. 28 nt. 55; 259; L. Manna, *Actio redhibitoria* cit., p. 124 ss.; N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 178 ss.

fatto promettere con stipulazione il buono stato di salute del servo stesso.

Dal raffronto tra il passo di Fiorentino e i due frammenti di Ulpiano possiamo allora dedurre che, ai fini della *redhibitoria* edilizia, ciò che conta è la mancata corrispondenza della situazione reale alle caratteristiche assicurate mediante *dicta promissave*, e non solo genericamente indicate come *commendatio*, da parte del venditore, indipendentemente dall'incidenza che ciò avesse avuto sulla determinazione del prezzo; mentre l'eventuale interesse del compratore alla riduzione dello stesso in funzione della mancata realizzazione delle sue prerogative personali si sarebbe potuto far valere con l'*actio aestimatoria*, oppure, in caso di *dicta et promissa* generici (non obbligatori per l'editto), con l'*actio empti*⁶¹².

Ancora, ciò che emerge dai testi in esame è che l'ignoranza del compratore, dovuta a una sua mancanza di attenzione e concernente una circostanza di oggettiva evidenza, non è scusabile.

La totale consonanza di *ratio* ispiratrice fra il principio civilistico decemvirale (per la vendita di immobili) in materia di *mancipatio* e di *nuncupationes* e la disciplina onoraria sulla compravendita di schiavi appare dunque piena.

Analogamente alla vicenda riguardante i *fundi*, le dichiarazioni fatte dal venditore nell'ambito delle vendite concernenti i *mancipia* devono essere veritiere. Le asserzioni false non restano, infatti, impunte: il semplice riscontro oggettivo nella *res vendita* della presenza di un vizio che l'alienante aveva assicurato che non ci fosse, ovvero la circostanza che il servo non manifesti la qualità promessa, sono sufficienti per fondare una responsabilità edilizia dell'alienante.

Il testo di Fiorentino, poi, ci pare interessante perché conferma che una responsabilità del venditore (*ex empto*⁶¹³) può essere riconosciuta soltanto nelle ipotesi in cui il compratore non abbia avuto modo di avvedersi delle condizioni della merce. Se, al contrario, quanto affermato dal venditore era di evidenza

⁶¹² N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 180.

⁶¹³ Sulle ragioni della riferibilità dell'opinione di Fiorentino all'azione contrattuale nascente dalla vendita cfr. N. Donadio, *Qualità promesse e qualità essenziali della res vendita* cit., p. 113 ss. In argomento già M. Kaser, *Unlautere Warenanpreisungen* cit., p. 130 nt. 10 e B. Nicholas, '*Dicta promissave*' cit., p. 98 ss.

oggettiva (*si palam appareant*) e, dunque, facilmente verificabile per l'*emptor*⁶¹⁴, nessun vincolo graverà sul venditore.

E' palese, in definitiva, che sul compratore incomba il dovere (onere) di essere 'accorto', soprattutto quando la *res* in vendita sia affetta da vizi 'manifesti'; l'essere diligenti si giustifica alla luce di un giusto equilibrio tra i comportamenti reciproci delle parti; il che comporta che l'acquirente s'informi sulle condizioni del bene.

Rivolgiamo, adesso, l'attenzione su un altro testo, nel quale, ancora una volta, emerge la posizione di Ulpiano:

D.19.1.13.3 (Ulp. 32 *ad ed.*): *Quid tamen si ignoravit quidem furem esse, adseveravit autem bonae frugi et fidum et caro vendidit? Videamus, an ex empto teneatur. Et putem teneri. Atqui ignoravit: sed non debuit facile quae ignorabat adseverare. Inter hunc igitur et qui scit praemonere debuit furem esse, hic non debuit facilis esse ad temerariam indicationem.*

In assenza di un *dictum et promissum* vincolanti, non può essere accordato al compratore il ricorso all'azione edilizia.

La tutela edilizia è esclusa perché, in realtà, il venditore non ha espressamente garantito che il *mancipium* non avesse lo specifico vizio che è stato poi rilevato, cioè non ha dichiarato che lo schiavo non fosse *fur*⁶¹⁵. E', infatti, tenuto *ex empto* il venditore che, ignorando che il servo venduto fosse ladro, dichiarò che questi era di vita onesta e fedele, vendendolo, di conseguenza, a un prezzo elevato (... *et caro vendidit*). Certamente, egli ignorava l'effettiva natura del *mancipium*, ma, ciononostante, non avrebbe dovuto dichiarare con leggerezza ciò che ignorava – '*sed non debuit facile quae ignorabat adseverare*'. Chiara la precisazione del giurista: non c'è molta differenza tra costui e il venditore che, invece, sa e tace. Infatti, colui che era consapevole del fatto che lo schiavo era ladro avrebbe dovuto dichiararlo preventivamente al compratore, mentre, il venditore che non era a conoscenza delle reali qualità del servo non avrebbe dovuto lasciarsi andare, con facilità, a dichiarazioni temerarie. Pertanto, la responsabilità del venditore sussiste

⁶¹⁴ Cic., *de off.* 3.13.54-57: *Ubi enim iudicium emptoris est, ibi fraus venditoris quae potest esse?*

⁶¹⁵ N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 181.

non solo in caso di silenzio sui vizi della cosa, ma anche nell'ipotesi in cui siano state effettuate dichiarazioni imprudenti e leggere sulle caratteristiche del *servus* allo scopo di ottenere un prezzo di vendita più vantaggioso⁶¹⁶.

Come si vede, l'*actio empti* è concessa a prescindere dal presupposto del *dolus venditoris*, semplicemente sulla base del fatto che l'alienante ha assicurato certe qualità del servo – l'essere *bonae frugis et fidus* – opposte alla sua reale predisposizione a *furtum facere*⁶¹⁷.

Il frammento⁶¹⁸ ha ricevuto diverse letture interpretative⁶¹⁹.

Già l'Impallomeni sosteneva che la logica del passo fosse coerente con il rispetto del principio dell'affidamento⁶²⁰. Ulpiano – secondo l'Autore – avrebbe risolto il caso, applicando in entrambe le ipotesi (venditore in dolo/venditore *ignorans*) il criterio generale della *bona fides* – del quale il principio dell'affidamento costituisce uno sviluppo – nel momento in cui decide di tutelare il compratore, nonostante il carattere “non vincolante” delle affermazioni fatte dal venditore⁶²¹.

Questa tesi è stata sottoposta a critica dalla Manna⁶²². A suo modo di vedere, il responso giuliano deve essere letto al di fuori del contesto di una responsabilità del venditore malaccorto per falso *dictum* o *promissum*, anche se le sue audaci affermazioni non sembrano dovute semplicemente a una “leggerezza” da parte sua⁶²³. Il venditore che si lascia andare ad affermazioni temerarie – secondo Manna – risponde, alla pari del venditore palesemente reticente, per “una sorta di autoresponsabilità”: egli è a conoscenza, infatti, della norma che impone di non ingannare la controparte negoziale, obbligandolo, di conseguenza, ad accertarsi circa le qualità morali del servo⁶²⁴. Anche il comportamento avventato di chi elogia i pregi della merce che vende, senza conoscerne le reali peculiarità, si

⁶¹⁶ A. Castresana, *La relevancia jurídica del silencio* cit., p. 730 nt. 89.

⁶¹⁷ N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 174 ss.

⁶¹⁸ Sul quale pesano sospetti d'interpolazione, cfr. F. Haymann, *Die Haftung des Verkäufers* cit., p. 117.

⁶¹⁹ Sulle quali si sofferma, in generale, N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 174 ss.

⁶²⁰ G. Impallomeni, *Applicazioni del principio dell'affidamento* cit., p. 161 ss.

⁶²¹ G. Impallomeni, *Applicazioni del principio dell'affidamento* cit., p. 162.

⁶²² L. Manna, *Actio redhibitoria* cit., p. 130 ss.

⁶²³ L. Manna, *Actio redhibitoria* cit., p. 131.

⁶²⁴ L. Manna, *Actio redhibitoria* cit., p. 132.

caratterizza come contrario alla *bona fides*, per lo meno, in epoca ulpiana, legittimando il ricorso all'*actio empti*⁶²⁵.

Al riguardo, la Donadio, da parte sua, ha precisato che l'*actio empti* menzionata nel passo non si fonda sul *dolus venditoris*, perché la responsabilità, in tale ipotesi, è riconosciuta a causa dell'assoluto contrasto tra il contenuto delle dichiarazioni emesse e la tendenza del servo a commettere furto⁶²⁶. La concessione dell'azione civile contrattuale – a suo giudizio – si spiegherebbe con la circostanza che, anche in tale fattispecie, si riscontra una condotta del venditore non conforme a buona fede⁶²⁷. Infatti, il venditore informa il compratore della natura fedele del servo in vendita, sebbene non sia al corrente della vera indole del *mancipium*; a causa di ciò, l'acquirente paga un prezzo che corrisponde al valore dello schiavo con quelle peculiarità⁶²⁸. La violazione della *bona fides* è palesemente dovuta al carattere delle affermazioni del venditore, “fatte su un piano diverso dalla *commendatio*”⁶²⁹, e allo scopo di lucrare maggiormente sul prezzo di vendita⁶³⁰. Il ricorso all'azione civile contrattuale sembra ammettersi, dunque, quando, in assenza di dichiarazione specificamente relativa al non essere ladro (lo schiavo), il venditore abbia garantito (e non, semplicemente, prospettato) qualità nel medesimo tali da ingenerare nel compratore un'aspettativa *ex fide bona* all'inesistenza di quel difetto⁶³¹.

Richiamiamo ora:

D.21.1.18 pr.-2 (Gai. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Si quid venditor de mancipio adfirmaverit idque non ita esse emptor queratur, aut redhibitorio aut aestimatorio (id est quanti minoris) iudicio agere potest: verbi gratia si constantem aut laboriosum aut curracem vigilacem esse, aut ex frugalitate sua peculium adquirentem adfirmaverit, et is ex diverso levis protervus desidiosus somniculosus piger tardus comesor inveniatur. Haec omnia videntur eo pertinere, ne id quod adfirmaverit venditor amare ab eo exigatur, sed cum quodam temperamento, ut si*

⁶²⁵ L. Manna, *Actio redhibitoria* cit., p. 132.

⁶²⁶ N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 174 ss., dove ampia bibl. sul dibattito nella dottrina romanistica.

⁶²⁷ N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 180 ss.

⁶²⁸ N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 180 ss.

⁶²⁹ M. Talamanca, s. v. *Vendita* (dir. rom.) cit., p. 440 nt. 1419, osserva che si è sicuramente sul piano della *commendatio* (secondo l'insegnamento di Fiorentino) “quando il compratore può controllare personalmente la fondatezza delle asserzioni dell'alienante”.

⁶³⁰ N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 181.

⁶³¹ *Ibid.*

forte constantem esse adfirmaverit, non exacta gravitas et constantia quasi a philosopho desideretur, et si laboriosum et vigilacem adfirmaverit esse, non continuus labor per dies noctesque ab eo exigatur, sed haec omnia ex bono et aequo modice desiderentur. Idem et in ceteris quae venditor adfirmaverit intellegemus. 1. Venditor, qui optimum cocum esse dixerit, optimum in eo artificio praestare debet: qui vero simpliciter cocum esse dixerit, satis facere videtur, etiamsi mediocrem cocum praestet. Idem et in ceteris generibus artificiorum. 2. Aequae si quis simpliciter dixerit peculiatum esse servum, sufficit, si is vel minimum habeat peculium.

D.21.1.19.4 (Ulp. 1 ad ed. aed. cur.): *Illud sciendum est: si quis artificem promiserit vel dixerit, non utique perfectum eum praestare debet, sed ad aliquem modum peritum, ut neque consummatae scientiae accipias, neque rursum indoctum esse in artificium: sufficiet igitur talem esse, quales volgo artifices dicuntur.*

Nel nostro brano, Gaio rende evidente il principio già emerso (in qualche modo, dunque, tralaticio) dall'esegesi dei passi precedenti: se il venditore ha attribuito qualità specifiche al servo, in realtà, assenti, il compratore potrà accedere alle azioni edilizie (redibitoria o estimatoria). Così, il dire che il *mancipium* sia costante, laborioso, veloce, vigile o in grado di acquistare un *peculium* grazie alla sua frugalità, quando, invece, lo si scopre ‘... *levis protervus desidiosus somniculosus piger tardus comesor*’, non è un fatto privo di conseguenze giuridiche. Infatti, quando il venditore – con le sue dichiarazioni – non tende, semplicemente, all'esaltazione delle qualità della cosa, ma garantisce l'esistenza di precise caratteristiche nello schiavo – non immediatamente verificabili dall'*emptor* – è necessario, secondo il giurista, che la peculiarità assicurata sia presente nel servo in una misura ragionevole (*'sed haec omnia ex bono et aequo modice desiderentur'*)⁶³². Così, se il venditore abbia detto che il servo sia un *optimus cocus* (§ 1), dovrà, poi, prestarne uno che sia tale davvero; se, invece, abbia affermato che lo schiavo è solamente *cocus*, allora sarà sufficiente, per escludere una responsabilità edilizia, che la qualità *dicta* o *promissa* sia riscontrabile in una percentuale adeguata. Allo stesso modo (§ 2), se si è detto – *simpliciter* – che il servo sia dotato di *peculium*, sarà sufficiente,

⁶³² L. Manna, *Actio redhibitoria* cit., p. 133 ss.; N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p.182 ss.

affinché possa dirsi garantita la qualità promessa, che un *peculium* ci sia davvero, seppur minimo⁶³³. Se ne ricava che anche le affermazioni pronunciate in senso generico possono determinare responsabilità, risultando vincolanti per il venditore nel caso in cui la qualità asserita manchi del tutto.

Sul punto è significativo anche il contenuto del seguente frammento⁶³⁴:

D.21.1.33 pr. (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Proinde Pomponius ait iustam causam esse, ut quod in venditione accessurum esse dictum est tam integrum praestetur, quam illud praestari debuit quod principaliter veniit: nam iure civili, ut integra sint quae accessura dictum fuerit, ex empto actio est, veluti si dolia accessura fundo dicta fuerint. Sed hoc ita, si certum corpus accessurum fuerit dictum: nam si servus cum peculio venierit, ea mancipia quae in peculio fuerint sana esse praestare venditor non debet, quia non dixit certum corpus accessurum, sed peculium tale praestare oportere, et quemadmodum certam quantitatem peculii praestare non debet, ita nec hoc. Eandem rationem facere Pomponius ait, ut etiam, si hereditas aut peculium servi venierit, locus edicto aedilium non sit circa ea corpora, quae sunt in hereditate aut in peculio. Idem probat et si fundus cum instrumento venierit et in instrumento mancipia sint. Puto hanc sententiam veram, nisi si aliud specialiter actum esse proponatur.*

Pomponio – il cui parere è ricordato, con adesione, da Ulpiano – dopo aver enunciato il principio civilistico secondo cui tutto ciò che nella vendita è alienato quale accessorio della cosa venduta deve essere prestato con gli stessi requisiti di integrità richiesti per il bene principale, asserisce che quanto detto ha luogo solo se il venditore abbia dichiarato (espressamente) “accessoria” una certa cosa (*‘Sed hoc ita, si certum corpus accessurum fuerit dictum’*).

Segnatamente, il giurista si riferisce agli schiavi venduti come accessori di una cosa principale: qualora sia stato alienato un servo con il peculio – in assenza di espressa dichiarazione – il venditore non dovrà garantire la “sanità” degli schiavi facenti parte del *peculium*, a meno che non abbia affermato espressamente di venderli come accessori della cosa principale. In altre parole, se il venditore

⁶³³ N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 178 ss.; 183 ss., rileva come, ai fini dell’esperibilità dell’azione redibitoria edilizia, non si richiede che il servo posseda la peculiarità esaltata dal venditore alla perfezione – tranne nel caso in cui sia intervenuta una puntuale dichiarazione in tal senso –, poiché “l’aspettativa ad una determinata «misura», per così dire, della qualità promessa non è tutelata se non entro contingentati margini.

⁶³⁴ Sul quale, in particolare, cfr. L. Manna, *Actio redibitoria* cit., p. 80 ss., e N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 184 ss.

non ha garantito – con la sua dichiarazione – le buone condizioni delle cose ricomprese nell’oggetto principale, non sarà poi tenuto a rispondere, appunto, degli eventuali *vitia* degli schiavi inclusi nel peculio.

L’aspettativa ad una determinata misura del ‘pregio’ promesso non riceve, in ogni caso, tutela (edilizia): se il venditore ha dichiarato che il servo è dotato di un *peculium*, gli edili curuli non accorderanno l’azione redibitoria laddove si tratti di un peculio di modesta entità. Infatti, asserisce Pomponio – seguito da Ulpiano –, che se il venditore è obbligato, nei limiti della sua affermazione, per aver specificato che il servo è venduto *cum peculio*, egli non sarà comunque tenuto a garantire una certa quantità di beni peculiari (*‘sed peculium tale praestare oportere, et quemadmodum certam quantitatem peculii praestare non debet’*)⁶³⁵.

In conclusione, la rassegna dei testi e delle questioni che abbiamo condotto induce, ci sembra, a dovere registrare che la disciplina della responsabilità “edilizia” del venditore seguiva – anche riguardo ai *dicta promissave* come già riguardo ai vizi dei quali il venditore rispondeva “oggettivamente” (se anche nel senso prima precisato⁶³⁶, che non escludeva cioè comunque una rilevanza del comportamento negligente della controparte) ove avesse mancato di segnalarne l’esistenza – le stesse logiche che avevamo osservato⁶³⁷ in materia di responsabilità civile legata alla vendita dei *fundi*.

4. I ‘vitia animi’ non contemplati nelle previsioni edilizie. L’interpretazione di Viviano, Pomponio e Ulpiano.

Come abbiamo visto, gli edili curuli, in virtù del *ius edicendi* loro riconosciuto, avevano indicato nell’editto i presupposti – tassativi – in presenza dei quali avrebbero concesso tutela mediante il riconoscimento dell’*actio redhibitoria* e dell’*actio aestimatoria* o *quanti minoris*: ovvero, l’esistenza di un

⁶³⁵ N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 185 ss., la quale precisa che la tutela dell’aspettativa del compratore ad una certa peculiarità del servo, “anche sotto un profilo per così dire quantitativo”, sarebbe stata attuata dal pretore in sede di applicazione dell’*actio ex empto* (sul presupposto del dolo della controparte).

⁶³⁶ V. nt. 526.

⁶³⁷ V. *supra*, cap. II.

morbus o di un *vitium*⁶³⁸, la tendenza dello schiavo alla fuga o al vagabondaggio (*'fugitivus errove'*⁶³⁹), l'essere *noxia non solutus*, l'aver tentato il suicidio, l'essere stato condannato a pena capitale (*'si capitale fraudem admiserit'*), e l'aver subito la condanna *ad bestias* (*'si in harenam depugnandi causa ad bestias intromissus fuerit'*)⁶⁴⁰.

Già nella giurisprudenza tardo-repubblicana i *vitia animi* non erano considerati, in generale, cause redibitorie, probabilmente a causa della difficoltà di una loro indicazione per tipi nel contesto della disciplina dettata dall'*edictum aedilium curulium*⁶⁴¹.

Al di fuori dei dettami delle previsioni edilizie, pertanto, i giuristi s'interrogavano su quali *vitia* fossero da considerarsi *animi*, soffermandosi, poi, sulla natura della responsabilità del venditore per il silenzio su un *vitium animi* non edittale, come risulta dai passi della Compilazione che stiamo per analizzare⁶⁴².

Iniziamo valutando il pensiero di Viviano⁶⁴³, restituito in

D.21.1.1.9-11 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Apud Vivianum quaeritur, si servus inter fanaticos non semper caput iactaret et aliqua profatus esset, an nihilo minus sanus videretur. Et ait Vivianus nihilo minus hunc sanum esse: neque enim nos, inquit, minus animi vitiis aliquos sanos esse intellegere debere: alioquin, inquit, futurum, ut in infinito hac ratione multos sanos esse negaremus ut puta levem superstitiosum iracundum contumacem et si qua similia sunt animi vitia: magis*

⁶³⁸ Che l'espressione *'morbus vitiumve'* si riferisca ai soli *vitia corporis* appare certo. Cfr. D.21.1.4.3 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*), su cui *infra*.

⁶³⁹ Sulla tendenza a *fugere* e a *errare* cfr. D.21.1.17 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*); D.21.1.43.1-2 (Paul. 1 *ad ed. aed. cur.*); D.21.1.54 (Pap. 4 *resp.*). In argomento, in particolare, F. Reduzzi Merola, «*Servo parere*». *Studi sulla condizione giuridica degli schiavi vicari e dei sottoposti a schiavi nelle esperienze greca e romana*, Napoli 1990, p. 127 ss.; L. Manna L., *Actio redhibitoria* cit., p. 55 ss.; R. Gamauf, *Ad statum licet confugere* cit., p. 65 ss.; N. Donadio, *Sulla comparazione tra desertor e fugitivus, tra emansor ed erro in D.49.16.4.14*, in *Scritti in ricordo di B. Bonfiglio*, Milano 2004, p. 137 ss.

⁶⁴⁰ L. Manna, *Actio redhibitoria* cit., p. 55 ss.; N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 119 ss.; 127 ss.; L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d'informazione* cit., p. 82 ss.; R. Ortu, "Aiunt aediles" cit., p. 191 ss.

⁶⁴¹ L'esclusione dei *vitia animi* dal campo di obbligazione dell'*actio redhibitoria* si spiegava anche con il fatto che la struttura del rimedio edilizio non consentiva un'ampia valutazione dell'interesse del compratore, propria, al contrario, del *iudicium bonae fidei*. Cfr., al riguardo, N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 119 ss.

⁶⁴² L. Manna, *Actio redhibitoria* cit., p. 39 ss.; N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 119 ss.; R. Ortu, "Aiunt aediles" cit., p. 191 ss.

⁶⁴³ Sull'epoca storica in cui sarebbe vissuto il giurista cfr. C. Russo Ruggeri, *Viviano giurista minore?*, Milano 1997, p. 13 ss. con vasta bibl.

enim de corporis sanitate, quam de animi vitiis promitti. Interdum tamen, inquit, vitium corporale usque ad animum pervenire et eum vitare: veluti contingeret φρενητικῶ, quia id ei ex febris acciderit. Quid ergo est? Si quid sit animi vitium tale, ut id a venditore excipi oporteret neque id venditor cum sciret pronuntiasset, ex empto eum teneri. 10. Idem Vivianus ait, quamvis aliquando quis circa fana bacchatus sit et responsa reddiderit, tamen, si nunc hoc non faciat, nullum vitium esse: neque eo nomine, quod aliquando id fecit, actio est, sicuti si aliquando febrem habuit: ceterum si nihilo minus permaneret in eo vitio, ut circa fana bacchari soleret et quasi demens responsa daret, etiamsi per luxuriam id factum est, vitium tamen esse, sed vitium animi, non corporis, ideoque redhiberi non posse, quoniam aediles de corporalibus vitiis loquuntur: attamen ex empto actionem admittit. 11. Idem dicit etiam in his, qui praeter modum timidi cupidi avarique sunt aut iracundi.

D.21.1.4 pr.-1 (Ulp. 1 ad ed. aed. cur.): *Ob quae vitia negat redhibitionem esse, ex empto dat actionem. 1. Sed si vitium corporis usque ad animum penetrat, forte si propter febrem loquantur aliena vel qui per vicos more insanorum deridenda loquantur, in quos id animi vitium ex corporis vitio accidit, redhiberi posse*⁶⁴⁴.

Quanto al primo lungo passo⁶⁴⁵, Ulpiano riferisce il parere di Viviano, incentrando tutto il discorso sulla distinzione tra *vitia animi* e *vitia corporis*⁶⁴⁶.

Il giurista indicava tre diverse tipologie di “anomalie dell’*animus*”⁶⁴⁷, che avrebbero comportato un’altrettanta differenziata protezione giuridica. Nella prima categoria rientrano stranezze caratteriali considerate irrilevanti e non classificate, di conseguenza, quali *vitia animi* – come nell’ipotesi del ‘*servus inter fanaticos non semper caput iactaret et aliqua profatus esset*’⁶⁴⁸. A parere del giurista, il servo *hunc sanum esse*: infatti, se il soggetto fosse stimato meno sano a causa di un *vitium animi*, ciò porterebbe a negare che molti siano sani, come ad esempio il servo *iracundus, superstitiosus, contumax* oppure affetto da vizi

⁶⁴⁴ O. Lenel, *Palingenesia iuris civilis* cit., II, col. 886, fr. 1760, colloca i frammenti di Ulpiano nella sequenza su vista, ascrivendoli alla riflessione viviana.

⁶⁴⁵ Sul quale, fra gli altri: L. Manna, *Actio redhibitoria* cit., p. 46 ss.; N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 121 ss.; C. Russo Ruggeri, *Viviano giurista minore?* cit., p. 143 ss.; R. Ortu, “*Aiunt aediles*” cit., p. 232 ss.;

⁶⁴⁶ Sull’utilizzo di entrambe le espressioni nella giurisprudenza cfr. R. Ortu, “*Aiunt aediles*” cit., p. 199 nt. 35.

⁶⁴⁷ R. Ortu, “*Aiunt aediles*” cit., p. 234. In tempi meno recenti, già C. Ferrini, *Viviano-Prisco Fulcinio*, ora in *Opere*, II. *Studi sulle fonti del diritto romano*, a cura di F. Albertario, Milano 1929, p. 78 ss., aveva notato che Viviano intendeva distinguere tre specie di vizi dello spirito: a) i comuni e leggeri; b) i più gravi e dannosi; c) quelli congiunti a qualche malattia corporale.

⁶⁴⁸ R. Ortu, “*Aiunt aediles*” cit., p. 234.

d'animo simili⁶⁴⁹. Al compratore non sarebbe spettata alcuna tutela giuridica anche nel caso in cui lo schiavo si fosse comportato come un fanatico (*fana bacchari*) occasionalmente (*si nunc hoc non faciat*), o fosse stato colpito da febbre⁶⁵⁰.

Per Viviano, i *vitia animi* si configurano solo quando specifici comportamenti abbiano luogo in modo regolare e costante nel tempo, oppure quando determinate caratteristiche legate all'indole dello schiavo si presentino *praeter modum*⁶⁵¹, come quando taluno sia eccessivamente timido, avido o iracondo⁶⁵².

Il punto è che, trattandosi di *vitia animi*, in questi casi non si prospetta la concessione dell'*actio redhibitoria*, riconoscendosi, piuttosto, la possibilità di agire con l'*actio empti*⁶⁵³ contro il silenzio doloso del venditore⁶⁵⁴.

Il terzo genere di *vitium animi*⁶⁵⁵ ricomprende vizi esclusi dalle previsioni edittali, che, tuttavia, legittimano il compratore ad agire con l'*actio redhibitoria*.

Dalle parole del giurista – '*sed si vitium corporis usque ad animum penetrat ... redhiberi posse*'⁶⁵⁶ – si evince che qualora il vizio abbia natura fisica e sia tale da compromettere la sanità dell'*animus* ('*vitium corporale usque ad animum*

⁶⁴⁹ Secondo N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 124, i giureconsulti avrebbero cercato di circoscrivere l'accessibilità alla tutela accordata dagli edili curuli (*actio redhibitoria*), escludendo il ricorso all'azione edilizia qualora non vi fossero ragionevoli motivi che legittimassero la restituzione dello schiavo. In queste ipotesi – afferma l'Autrice – la responsabilità edilizia sarebbe stata riconosciuta solo nel caso in cui il venditore avesse espressamente dichiarato o promesso all'*emptor* l'assenza di quei vizi al momento della vendita.

⁶⁵⁰ R. Ortu, "*Aiunt aediles*" cit., p. 234. Al contrario, sarebbe spettata l'azione contrattuale nel caso in cui il servo permanesse in quel vizio – '*si nihilo minus permaneret in eo vitio, ut circa fana bacchari soleret et quasi demens responsa daret ...*'. Sul punto anche N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 125.

⁶⁵¹ V. il § 11.

⁶⁵² R. Ortu, "*Aiunt aediles*" cit., p. 234.

⁶⁵³ Nell'ottica dell'azione contrattuale diretta a sanzionare il silenzio del *venditor* su un *vitium animi* è indispensabile attivare un'indagine sul *dolus venditoris*, perché "altrimenti l'interesse dell'avventore non avrebbe potuto essere riguardato in termini di interesse condiviso tra i contraenti, o meglio considerato nella *conventio* sottostante alla compravendita". Così N. Donadio, *Azioni edilizie e interdipendenza delle obbligazioni* cit., p. 484.

⁶⁵⁴ A. Pezzana, *Sull'actio empti come azione di garanzia* cit., p. 193 nt. 30; H. Honsell, *Quod interest im bonae-fidei iudicium. Studien zum römischen Schadenersatzrecht*, München 1969, p. 85 nt. 30; M. Talamanca, s. v. *Vendita* (dir. rom.) cit., p. 445 nt. 1468; L. Vacca, *Ancora sull'estensione dell'ambito di applicazione dell'"actio empti" in età classica*, in IVRA 45 (1994), p. 35 ss.; N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 124 ss. e nt. 86; R. Ortu, "*Aiunt aediles*" cit., p. 234 ss.

⁶⁵⁵ Enunciato dal giurista sia nella parte conclusiva di D.21.1.1.9-11, sia in D.21.1.4.1.

⁶⁵⁶ D.21.1.4.1.

*pervenire et eum vitiare*⁶⁵⁷) sarà concessa l'azione edilizia⁶⁵⁸.

Il testo ci pare interessante perché contiene l'esemplificazione di alcuni *vitia animi* che, secondo Viviano, avrebbero giustificato la redibizione dello schiavo, come il caso dello schiavo divenuto frenetico a causa della febbre; lo stato di coloro che pronuncino parole senza senso, sempre a causa della condizione febbrile (*'si propter febrem loquantur aliena'*); infine, l'ipotesi di *'qui per vicis more insanorum deridenda loquantur'*⁶⁵⁹.

Viviano sarebbe stato l'artefice, dunque, di un'interpretazione estensiva di grande importanza – condivisa da Ulpiano nel III secolo d. C. –, che avrebbe condotto alla tutela del compratore anche in ipotesi – circoscritte – di *vitia animi*⁶⁶⁰. Tutela che non sempre è quella prevista dalla normativa speciale degli edili: *'Si quid sit animi vitium tale, ut id a venditore excipi oporteret neque id venditor cum sciret pronuntiasset, ex empto eum teneri'*.

La responsabilità del venditore per aver taciuto un *vitium animi* non redibitorio si fonda su una logica diversa da quella “oggettiva” scaturente dall'*edictum aedilium curulium*. In assenza di una norma che imponga

⁶⁵⁷ D.21.1.1.9.

⁶⁵⁸ Sulla concessione dell'azione redibitoria nelle ipotesi di *vitium animi* generato da *vitium corporis*, la dottrina maggioritaria propende per un'interpretazione favorevole, nel senso che si ammette che Viviano avrebbe riconosciuto la protezione edilizia: C. Ferrini, *Viviano-Prisco Fulcinio* cit., p. 78; G. Impallomeni, *L'editto degli edili curuli* cit., p. 7 ss.; E. Nardi, *Squilibrio e deficienza mentale*, Milano 1983, p. 283; C. Russo Ruggeri, *Viviano giurista minore?* cit., p. 148; E. Parlamento, *"Servus melancholicus" e "vitia animi"* cit., p. 331 ss.; E. Stolfi, *Studi sui "Libri ad edictum" di Pomponio. II. Contesti e pensiero*, cit., p. 458 e nt. 255. Da ultimo, R. Ortu, *"Aiunt aediles"* cit., p. 235, per la quale, in tali casi, "il *vitium animi* veniva considerato alla stessa stregua del *vitium corporis*". *Contra* L. Manna, *Actio redhibitoria* cit., p. 49, la quale sostiene che in D.21.1.4.1 sia riportata l'opinione di Ulpiano e non quella di Viviano, il quale, invece, avrebbe concesso, nelle stesse fattispecie, l'*actio empti*. L'interpretazione dell'Autrice è stata criticata dalla C. Russo Ruggeri, *Viviano giurista minore?* cit., p. 148 nt. 187 e, di recente, dalla R. Ortu, *"Aiunt aediles"* cit., p. 236. Si discosta dai punti di vista riferiti la tesi – definita “ambigua” da R. Ortu, *"Aiunt aediles"* cit., p. 201 nt. 39 – di N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 126, la quale ritiene che la ragione per la quale “per i *vitia* di cui si riconosce un'origine in una malattia o difetto fisico non si giunge ad ammettere l'esperibilità dell'*actio redhibitoria* (o dell'*actio quanti minoris*) [...] sia da individuare nella circostanza che al *iudex* del processo edilizio non sempre si offrivano strumenti per dare risposta alle nuove esigenze nella prassi dei traffici commerciali”.

⁶⁵⁹ Secondo E. Parlamento, *"Servus melancholicus" e "vitia animi"* cit., p. 331, il dibattito tra i giuristi sulla qualificazione dei vizi redibitori avrebbe portato alla conclusione per la quale in relazione agli *animi vitia* il compratore poteva ricorrere all'azione redibitoria solo in tre casi: qualora rientrassero tra quelli espressamente elencati nell'editto; nel caso in cui il *vitium animi* fosse conseguenza di un difetto corporale; ovvero, nell'ipotesi in cui il venditore avesse espressamente promesso l'inesistenza dello stesso.

⁶⁶⁰ Così R. Ortu, *"Aiunt aediles"* cit., p. 235.

dichiarazioni ‘doverose’ , ci si affida ad un parametro ‘fattuale’ che consiste nel comportarsi secondo *bona fides*, astenendosi, dunque, dal tenere condotte maliziose. Se il *venditor* ha celato il vizio del *mancipium* di cui era a conoscenza e che doveva essere menzionato (evidentemente, perché il compratore lo ignorava ed era suo interesse conoscerlo), il suo è un atteggiamento doloso, che merita sanzione⁶⁶¹.

Le opinioni di Pomponio e Ulpiano emergono dal seguente frammento:

D.21.1.4.2-4 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Item aleatores et vinarios non contineri edicto quosdam respondisse Pomponius ait, quemadmodum nec gulosos nec impostores aut mendaces aut litigiosos. 3. Idem Pomponius ait, quamvis non valide sapientem servum venditor praestare debeat, tamen, si ita fatuum vel morionem vendiderit, ut in eo usus nullus sit, videri vitium. Et videtur hoc iure uti, ut vitii morbique appellatio non videatur pertinere nisi ad corpora: animi autem vitium ita demum praestabit venditor, si promisit, si minus, non. Et ideo nominatim de errone et fugitivo excipitur: hoc enim animi vitium est, non corporis. Unde quidam iumenta pavida et calcitrosa morborum non esse adnumeranda dixerunt: animi enim, non corporis hoc vitium esse. 4. In summa si quidem animi tantum vitium est, redhiberi non potest, nisi si dictum est hoc abesse et non abest: ex empto tamen agi potest, si sciens id vitium animi reticuit: si autem corporis solius vitium est aut et corporis et animi mixtum vitium, redhibitio locum habebit.*

Nel § 2 e fino alle parole ‘*videri vitium*’ del § 3, Ulpiano riferisce il pensiero di Pomponio; il prosieguo del discorso fino al § 4 riguarda l’*interpretatio* ulpiana⁶⁶².

Il giurista antoniniano, preso atto del fatto che alcuni giuristi (*quosdam*) escludevano dalle previsioni edilizie i casi dei (servi) giocatori d’azzardo, ubriaconi, golosi, impostori, bugiardi e litigiosi, asserisce che il venditore ‘*quamvis non valide sapientem servum praestare debet*’, ma, tuttavia, non esclude che ci sia un *vitium*⁶⁶³ nel caso in cui sia stato venduto uno schiavo così *fatuus* o *morio* da non poter essere in alcun modo usato dal compratore⁶⁶⁴.

⁶⁶¹ Cfr. Cic, *de off.* 3.16.66.

⁶⁶² N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 127 ss.

⁶⁶³ “Pomponio non accenna minimamente né al concetto di *animus* né a quello di *vitium animi*”, limitandosi ad escludere i casi esemplificati dalla disciplina edilizia. Cfr. R. Ortu, “*Aiunt aediles*” cit., p. 202; 250.

⁶⁶⁴ L. Manna, *Actio redhibitoria* cit., p. 44, afferma che Pomponio avrebbe introdotto un “criterio economico di valutazione del *vitium*”, operando una “scissione” tra i *vitia animi*, nel

La testimonianza ulpiana è stata intesa in modi diversi dagli studiosi⁶⁶⁵.

Quanto alla seconda parte del § 3⁶⁶⁶, Ulpiano ribadisce che la qualificazione ‘*morbis vitiumve*’ attiene solo *ad corpora*, precisando, poi, che il venditore sarà responsabile per aver taciuto un *animi*⁶⁶⁷ *vitium* solo *si promisit*. Fanno eccezione le ipotesi di *vitia animi*⁶⁶⁸ espressamente previste dall’editto, come la tendenza del servo alla fuga o al vagabondaggio: ‘*hoc enim animi vitium est, non corporis*’.

In chiusura viene chiarito che, di conseguenza, i giumenti *pavida et calcitrosa* non possono considerarsi morbosi, poiché ‘*animi enim, non corporis hoc vitium*

sensu che sul venditore sarebbe gravato il dovere di dichiarare soltanto quelli talmente gravi da compromettere le possibilità di sfruttamento dello schiavo. Su quest’aspetto anche E. Parlamento, “*Servus melancholicus*” e “*vitia animi*” cit., p. 331; N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 127 ss.; R. Ortu, “*Aiunt aediles*” cit., p. 249 ss.

⁶⁶⁵ I vari orientamenti interpretativi sono compiutamente riassunti da R. Ortu, “*Aiunt aediles*” cit., p. 250 ss. Si distinguono, come sottolinea l’Autrice, diverse posizioni. Da una parte, si collocano quegli studiosi che ritengono che in presenza di uno schiavo *fatuus* o *morio* non fosse possibile ricorrere alla tutela edilizia, sulla base del fatto che, trattandosi di un vizio dell’*animus*, Pomponio si fosse posto sulla stessa scia di Viviano, ammettendo l’esperibilità dell’*actio empti*. In tal senso: C. Ferrini, *Viviano-Prisco Fulcinio* cit., p. 78 ss.; C. Russo Ruggeri, *Viviano giurista minore?* cit., p. 150 ss. Parzialmente orientato in tal senso anche E. Nardi, *Squilibrio e deficienza mentale* cit., p. 39; 283. Dall’altra parte, invece, si collocano quegli studiosi che, seppur con motivazioni differenti, sostengono che in tali ipotesi il compratore avrebbe potuto agire con l’*actio redhibitoria*. Cfr. G. Impallomeni, *L’editto degli edili curuli* cit., p. 8 nt. 9; L. Manna, *Actio redhibitoria* cit., p. 44; E. Stolfi, *Studi sui “Libri ad edictum” di Pomponio. II. Contesti e pensiero*, cit., p. 460. Da ascrivere a questa corrente anche le opinioni di N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 131, la quale afferma che “la responsabilità per aver consegnato uno schiavo che sia *fatuus* o *morio* potrebbe sorgere a carico del *venditor* in quanto questi abbia assicurato mediante *dictum promissumve* che il *mancipium* sia dotato di determinate abilità o caratteristiche significative per l’*emptor*”. A parere di R. Ortu, “*Aiunt aediles*” cit., p. 252 ss., l’orientamento che più convince sembra essere quello che prevede la protezione edilizia nel caso del *servus fatuus* o *morio*. Alla luce dei significati che nelle fonti rivestono i termini *fatuitas* e *morio*, l’Autrice ritiene che entrambi indicassero patologie mediche dai contorni ben delineati, che avrebbero colpito lo schiavo, impedendone un qualsiasi utilizzo. I due *vitia* avrebbero giustificato la concessione dell’azione redibitoria perché “pur incidendo sull’*animus* e sulla mente dello schiavo, derivavano da fatti di natura fisica”.

⁶⁶⁶ ‘... *Et videmur hoc iure uti, ut vitii morbique appellatio non videatur pertinere nisi ad corpora: animi autem vitium ita demum praestabit venditor, si promisit, si minus, non. Et ideo nominatim de errone et fugitivo excipitur: hoc enim animi vitium est, non corporis. Unde quidam iumenta pavida et calcitrosa morboris non esse adnumeranda dixerunt: animi enim, non corporis hoc vitium esse*’. A sostegno della paternità ulpiana della seconda parte del frammento v. E. Stolfi, *Studi sui “Libri ad edictum” di Pomponio. II. Contesti e pensiero*, cit., p. 457 nt. 251.

⁶⁶⁷ Sulla possibile accezione di ‘*animus*’ v. E. Parlamento, “*Servus melancholicus*” e “*vitia animi*” cit. p. 326 nt. 3 con bibl.

⁶⁶⁸ La casistica relativa ai *vitia animi* (che esulano dalle previsioni edilizie) è ampia, come dimostrano i frammenti da D.21.1.1.9 a D.21.1.4.4. Gli studiosi degli anni più recenti, aderendo all’orientamento tradizionale, hanno considerato che tale categoria avesse avuto, nella visione della giurisprudenza romana, un carattere generale. In tal senso v. L. Manna, *Actio redhibitoria* cit., p. 39 ss.; E. Parlamento, “*Servus melancholicus*” e “*vitia animi*” cit., p. 330 e nt. 17; N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 119 ss. Di avviso opposto, C. Lanza, *D.21.1: res se moventes e morbus vitiumve* cit., p. 97 ss., le cui riflessioni sono parzialmente accolte da R. Ortu, “*Aiunt aediles*” cit., p. 192 ss. e nt. 7.

esse'.

Le parole del giurista provrebbero l'operazione di sintesi – compiuta in età severiana – delle visioni giurisprudenziali che si erano formate nel corso dell'età repubblicana in ordine alla locuzione *'morbus vitiumve'*; in particolare, nel passo considerato, Ulpiano sarebbe giunto a comprimere ulteriormente tale espressione, riconducendola alla generica categoria dei *vitia corporis*, “nel momento in cui afferma che le parole *morbus* e *vitium* attengono solo *ad corpora*”⁶⁶⁹.

Il complesso intervento di sintesi⁶⁷⁰ del giurista severiano meglio si comprende leggendo il § 4.

Dice Ulpiano che se vi è soltanto un vizio dell'animo non potrà aversi l'azione redibitoria – *'si quidem animi tantum vitium est, redhiberi non potest'* –, a meno che il venditore non abbia garantito l'assenza del difetto al compratore mediante una specifica dichiarazione o promessa⁶⁷¹. Tuttavia, se il venditore ha scientemente taciuto la presenza di un *vitium animi* sarà concessa l'azione civile contrattuale di buona fede – *'ex empto tamen agi potest, si sciens id vitium animi reticuit'* –, mentre, se si riscontra l'esistenza di un *vitium corporis* o di un *mixtum*⁶⁷² *vitium (corporis et animi)*⁶⁷³ si agirà con l'azione introdotta dagli edili

⁶⁶⁹ R. Ortu, “*Aiunt aediles*” cit., p. 194.

⁶⁷⁰ R. Ortu, “*Aiunt aediles*” cit., p. 203 ss.; 237 ss.

⁶⁷¹ Riconduce il commento di Ulpiano al problema del rapporto fra *actio redhibitoria* e responsabilità per falsi *dicta et promissa* del venditore N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 127 ss.; 166 ss. Per l'Autrice, i vizi redibitori che rilevano in caso di mendaci *dicta promissave* non coincidono con quelli ai quali si riferisce l'obbligo di *pronuntiatio vitiorum*, trattandosi, per lo più, di *vitia animi*.

⁶⁷² Sull'impiego dell'espressione *mixtum vitium* cfr. per tutti R. Ortu, “*Aiunt aediles*” cit., p. 237 nt. 130, con ind. di fonti e bibl..

⁶⁷³ “Il giurista nel momento in cui fa riferimento al *corporis et animi mixtum vitium*, mediante procedimento di astrazione enuclea un *tertium genus* di *vitia* in cui racchiude le fattispecie individuate da Viviano in D.21.1.1.9 e in D.21.1.4.1 dei c.d. *vitia animi* causati da un *vitium corporis* [...]”. Cfr. R. Ortu, “*Aiunt aediles*” cit., p. 238. Sul tema, oltre l'Autrice indicata, anche: P. Stein, *Fault in the Formation of Contract* cit., p. 17; L. Manna, *Actio redhibitoria* cit., p. 43 ss.; C. Russo Ruggeri, *Viviano giurista minore?* cit., p. 150 ss.; E. Parlamento, “*Servus melancholicus*” e “*vitia animi*” cit. p. 331 ss.; N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 129 ss., per la quale Ulpiano, sviluppando l'indirizzo interpretativo di Viviano e di Pomponio, avrebbe riassunto il concetto “secondo cui un vizio della personalità, nel temperamento del *servus venditus* può diventare fonte di responsabilità edilizia per il venditore reticente se esso incida con conseguenze negative sul corpo dello schiavo [...]; oppure se tragga la sua origine da anomalie fisiche, malattie, etc.”. Si consideri anche l'opinione di L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d'informazione* cit., p. 85, la quale, nell'ottica della comparazione dei rimedi processuali a disposizione del compratore per la reticenza del venditore, coglie la centralità, nel frammento in esame, del riferimento alla *scientia* del venditore in ordine al difetto (*animi*) taciuto alla controparte.

curuli.

Dunque, dall'esame delle fonti sopra riprodotte emerge che la responsabilità del venditore per omessa comunicazione di un *vitium animi* non menzionato dall'editto sorgerà soltanto se questo sia stato dolosamente taciuto. Per questi difetti sembra, infatti, che si segua una logica simile a quella che abbiamo riscontrato nell'analisi degli esempi dedotti da Cicerone: se il *venditor sciens* tace (*reticuit*) è sanzionato *ex empto*, perché il suo comportamento è – certamente – doloso e contrario a buona fede.

E' probabile che la disciplina edilizia, insieme alla disciplina arcaica basata sulle forme, abbia orientato la giurisprudenza a valutare la possibilità di far rispondere il venditore – che non fosse tenuto *ex lege*, dal contratto o dalle forme – della reticenza.

Gli obblighi d'informazione che gravano sul venditore *ex edicto* si legano a una fonte specifica, non al contratto di vendita (non costituiscono, cioè, un *naturale negotium*).

Il punto di arrivo è che tali obblighi sono confluiti nel titolo contrattuale.

5. Ancora sul silenzio del venditore sui vizi non “redibitori”.

La responsabilità del venditore per omessa informazione della controparte su vizi che esulano dalle previsioni dell'*edictum de mancipiis vendundis* ha interessato gli studiosi di epoche diverse⁶⁷⁴.

Come abbiamo visto, nell'ipotesi di *reticentia* del venditore, riguardante *vitia* tipicamente previsti dall'editto edilizio, è concessa l'azione edilizia, rimedio accordato anche nel caso di erroneo *dictum* o *promissum*.

In quest'ultimo caso, poi, la condotta commissiva del venditore che dolosamente promette qualità che la *res*, in effetti, non possiede, implica una

⁶⁷⁴ Cfr., fra gli altri, F. Haymann, *Die Haftung des Verkäufers* cit., p. 23; R. Monier, *La garantie contre les vices* cit., p. 122 ss.; G. Impallomeni, *L'editto degli edili curuli* cit., p. 240 ss.; V. Arangio-Ruiz, *La compravendita in diritto romano*² cit., p. 353 ss.; L. Vacca, *Ancora sull'estensione dell'ambito di applicazione dell' “actio empti”* cit., p. 59 ss. Da ultimo, N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 119 ss.; Id., *Azioni edilizie e interdipendenza delle obbligazioni* cit., p. 477 ss.; L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d'informazione* cit., p. 81 ss.; Id., “... *Si vero sciens reticuit et emptorem deceptit ...*” cit., p. 5283 ss.; A. Castresana, *La relevancia jurídica del silencio* cit., p. 726 ss.

responsabilità tutelata non solo con l'*actio redhibitoria* (o *aestimatoria*), ma anche, ricorrendone i presupposti, con l'*actio empti*⁶⁷⁵. Analoghe considerazioni valgono nel caso in cui – in base alla clausola edilizia sull'obbligo di *pronuntiatio vitiorum* – si riscontri nel bene venduto un vizio (*animi*) non riconducibile alla categoria del '*morbis vitiumve*': se era preclusa la concessione dell'azione *redhibitoria* (o dell'*actio quanti minoris*), restava aperta, per il compratore, la possibilità di ricorrere all'*actio empti*⁶⁷⁶.

E', infatti, pacificamente ammessa tra gli studiosi⁶⁷⁷, né suscita particolari questioni, la circostanza che l'*actio empti* sanzionasse – al di fuori di una forma di responsabilità conseguente alla disciplina edilizia – il venditore che avesse dichiarato determinate qualità del bene, rivelatesi poi inesistenti, o che si fosse mostrato reticente a proposito dei vizi della cosa, trattandosi di comportamenti contrari alla *bona fides*.

Dobbiamo, ora, occuparci del problema della 'doverosità' delle dichiarazioni alle quali sia tenuto il venditore qualora nessuna norma positiva gli imponga cosa dichiarare, valutando il suo comportamento in quelle ipotesi in cui non c'è stata violazione delle due prime clausole dell'editto.

Le soluzioni ciceroniane, vagliate nel corso del capitolo precedente, sembrano indicare che – anche in questi casi – il comportamento delle parti è valutato alla luce del principio della *bona fides*, tenendo presente, però, che l'obbligo del venditore si definisce anche considerando, contestualmente, gli obblighi di diligenza del compratore.

Come si è avuto modo di considerare nelle pagine precedenti, la giurisprudenza si è impegnata nella definizione degli obblighi gravanti sul venditore nell'ipotesi in cui non si configuri né un fondamento tipico della responsabilità, né un impegno espressamente assunto dal venditore in tal senso.

Dunque, nelle ipotesi in cui il vizio non è tipicamente disciplinato – quando il falso, cioè, non è un falso tipico – il venditore quali dichiarazioni spontanee deve rendere affinché il suo comportamento sia giudicato come 'doveroso' nei

⁶⁷⁵ D.18.1.43 pr.-1 (Flor. 8 *inst.*).

⁶⁷⁶ V. i frammenti, esaminati nel § precedente, relativi ai *vitia animi*.

⁶⁷⁷ Cfr. per tutti N. Donadio, *Responsabilità del venditore per i vizi della "res empti"* cit., p. 489; Id., *Azioni edilizie e interdipendenza delle obbligazioni* cit., p. 475 nt. 33.

confronti del principio di buona fede? Il tramite del complesso sviluppo è sempre la *bona fides*.

Come sappiamo, la *bona fides* costituisce l'elemento fondante dello sviluppo delle esplicazioni della responsabilità, soprattutto nel campo delle obbligazioni. La *fides* definisce, infatti, un modello comportamentale la cui inosservanza – il non uniformarsi a certi schemi di condotta – determina violazione di un obbligo e conseguente responsabilità.

Il modello 'virtuoso' della *fides bona*, in origine, non ricomprende tali obblighi connessi alla *reticentia*, i quali si legano a una fonte specifica – in questo caso, l'editto.

Attraverso l'esperienza, si compie un'evoluzione della loro disciplina: la giurisprudenza generalizza un dato comportamento, con la conseguenza che il silenzio è stato considerato quale possibile indice della mancanza di buona fede e, da fatto disciplinato a sé, è divenuto fatto disciplinato dalla buona fede.

Il punto di arrivo è costituito dal fatto che tali obblighi, mediante la *bona fides*, confluiscono nel contratto, caratterizzandosi come conseguenza "naturale" del negozio.

Nell'ottica messa a fuoco nel capitolo precedente, passiamo, ora, in rassegna le più significative fonti in argomento, per cercare di stabilire titolo e contenuto della responsabilità del venditore in tema di evizione e vizi occulti della cosa venduta nei casi 'esterni' all'editto.

Consideriamo:

D.21.1.38.7 (Ulp. 2 *ad ed. aed. cur.*): *Sed enim sunt quaedam, quae in hominibus quidem morbum faciunt, in iumentis non adeo: ut puta si mulus castratus est, neque morbi neque vitii quid habere videtur, quia neque de fortitudine quid eius detrahitur neque de utilitate, cum ad generandum numquam sit habilis. Caelius quoque scribit non omnia animalia castrata ob id ipsum vitiosa esse, nisi propter ipsam castrationem facta sunt inbecilliora: et ideo mulum non esse vitiosum. Idem refert ofilium existimasse equum castratum sanum esse, sicuti spado quoque sanus est, sed si emptor ignoravit, venditor scit, ex empto esse actionem: et verum est quod Ofilius⁶⁷⁸.*

⁶⁷⁸ Sui sospetti d'interpolazione suscitati dal frammento v. N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 89 ss.; Id., *Azioni edilizie e interdipendenza delle obbligazioni* cit., p. 481 nt. 46, con resoconto delle posizioni assunte sulla questione da A. De Medio, *Il patto di non prestare*

Ulpiano riferisce un responso di Aulo Ofilio⁶⁷⁹, favorevole all'estensione dell'*actio empti*⁶⁸⁰ nei confronti del venditore che avesse taciuto all'*emptor* la circostanza che l'*equus* venduto era *castratus*.

Il parere di Ofilio s'inserisce nel contesto del dibattito giurisprudenziale circa la possibilità di qualificare la castrazione del *iumentum* tra le cause redibitorie⁶⁸¹.

La fattispecie dell'*equus castratus* era esclusa, a giudizio del giurista, dalla disciplina edittale sui *vitia* rilevanti ai fini della redibizione, dato che la castrazione dell'animale non impediva l'uso dello stesso secondo la sua destinazione naturale (cioè, come animale da soma)⁶⁸². Ofilio avrebbe, dunque, stimato come sani il cavallo castrato e lo spadone, – '*equum castratum sanum esse, sicuti spado quoque sanus est*' –, riconoscendo in tali ipotesi l'azione civile nascente dalla vendita per la reticenza dolosa del venditore⁶⁸³.

Peraltro, è ben evidente che la decisione di accordare l'*actio empti* poggi sulla consapevolezza del venditore – '*sed si emptor ignoravit, venditor scit, ex empto esse actionem*' – e sull'ignoranza dell'*emptor* a proposito della circostanza taciuta, che, nonostante non fosse inclusa tra i vizi redibitori, aveva comunque un'evidenza oggettiva: la reticenza maliziosa del venditore genera responsabilità

l'evizione e il dolo del venditore nel diritto romano classico, in BIDR. 16 (1904), p. 28 ss., R. Monier, *La garantie contre les vices* cit., p. 117 ss.

⁶⁷⁹ Più in generale, sulla posizione ofiliana rispetto all'endiadi *morbus vitiumve* si v. D.21.1.8 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*) e D.21.1.10 pr. (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*).

⁶⁸⁰ Che l'azione civile contrattuale di buona fede fosse accordata per sanzionare l'atteggiamento doloso del venditore sui difetti della cosa già nell'ultimo secolo della repubblica lo si ricava, oltre che dal passo in esame, anche dalla testimonianza di Cicerone contenuta in *de off.* 3.16.65-67 (esaminata nel capitolo precedente) – cfr. A. Bechmann, *Der Kauf nach gemeine Recht. III.2. System des Kauf nach gemeinem Recht*, Leipzig 1908, p. 163. Peraltro, abbiamo già valutato i responsi viviani (dunque, precedenti al II sec. d. C.) nei quali l'*actio empti* è concessa per sanzionare il venditore che aveva taciuto la presenza, nello schiavo, di un *vitium animi*, non rilevante ai fini della responsabilità edilizia. V. sopra, D.21.1.1.9-10. Tuttavia, non tutti concordano con quest'interpretazione, cfr.: F. Haymann, *Die Haftung des Verkäufers* cit., p. 44 ss.; A. Pezzana, *Sull'actio empti come azione di garanzia* cit., p. 196 ss. Secondo questi Autori, l'*actio empti* in funzione di garanzia per i vizi e contro il *dolus venditoris* sarebbe collocabile tra il I e il II secolo d. C. A parere di M. Talamanca, s. v. *Vendita* (dir. rom.) cit., p. 440 nt. 1427, l'*actio empti* contro il dolo del venditore è sicura per gli inizi del II sec. d. C., anche se la testimonianza ciceroniana attesta l'esistenza di un dibattito tra i giuristi, a proposito dell'estensione del rimedio contrattuale, già in un'epoca precedente.

⁶⁸¹ N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 40 ss.; 89 ss.; Id., *Azioni edilizie e interdipendenza delle obbligazioni* cit., p. 480 nt. 43.

⁶⁸² N. Donadio, *Azioni edilizie e interdipendenza delle obbligazioni* cit., p. 480; F. Procchi, '*Dolus*' e '*culpa in contrahendo*' nella compravendita cit., p. 201 ss.

⁶⁸³ F. Procchi, '*Dolus*' e '*culpa in contrahendo*' nella compravendita cit., p. 201.

per violazione della buona fede⁶⁸⁴.

Dunque, per l'ipotesi della vendita dell'animale castrato, la decisione di Ofilio sembra essere perfettamente in linea con i criteri adottati nelle compravendite di immobili: se il venditore conosce e non comunica un'informazione la cui assenza provoca danno al compratore ignaro, allora risponde. Il suo silenzio merita di essere sanzionato in quanto espressione di un'intenzione maliziosa contraria al parametro sociale di riferimento, cioè, alla *bona fides*. Nella decisione di Ofilio si cela – probabilmente – il tentativo della giurisprudenza di oltrepassare l'ambito del vizio 'tipico'.

Siamo, si direbbe, ancora una volta nella stessa logica che sta alla base dei casi descritti da Cicerone, cioè si allarga il dovere d'informazione ai vizi che il compratore non può conoscere usando la normale diligenza.

Passiamo alla lettura di un passo fondamentale di Ulpiano⁶⁸⁵:

⁶⁸⁴ Cfr. L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d'informazione* cit., p. 85. Secondo N. Donadio, *Azioni edilizie e interdipendenza delle obbligazioni* cit., p. 481 ss., la tutela mediante l'azione nascente dalla compravendita è concessa a protezione di un interesse specifico dell'acquirente ad un uso peculiare del bene acquistato. In altre parole, si valorizza e si protegge l'assetto d'interessi diviso dalle parti con il contratto (*conventio*); di conseguenza, non si può prescindere dall'osservazione di un comportamento doloso dell'alienante, intendendosi per tale la conoscenza da parte di quest'ultimo – all'atto della conclusione del negozio – del fatto taciuto, unita alla consapevolezza dell'interesse specifico del compratore alla condizione opposta (la circostanza che, invece, l'animale non fosse *castratus*). Contesta la posizione dell'Autrice, M. F. Cursi, *Il ruolo dell'azione di dolo edilizia* cit., p. 10 ss. A parere di F. Procchi, *'Dolus' e 'culpa in contrahendo' nella compravendita* cit., p. 202, invece, "il *dolus in contrahendo* posto in essere dal venditore (tanto con una condotta attiva che omissiva) in danno di una controparte *nesciens* giustifica il riconoscimento dell'azione contrattuale volta al perseguimento dell'*id quod interest*". Per A. Castresana, *La relevancia jurídica del silencio* cit., p. 731 ss., nel caso descritto da Ulpiano siamo al di fuori della responsabilità per vizi occulti; ciononostante, il silenzio del venditore persiste e deve ricevere una disciplina giuridica. Interessante – secondo la studiosa – il fatto che Ofilio parli di *venditor sciens* e di *emptor ignorans*, rimarcando la natura dolosa/maliziosa del silenzio serbato che giustifica la riprovazione *ex fide bona* di tale condotta e la responsabilità *ex empto* del venditore.

⁶⁸⁵ Per l'esegesi del testo v., fra gli altri, A. M. Honoré, *The history of the aedilician actions* cit., p. 155; D. Medicus, *Id quod interest. Studien zum römischen Schadenersatzrecht*, Köln-Graz 1962, p. 128 ss.; L. Vacca, *Sulla responsabilità ex empto del venditore nel caso di evizione secondo la giurisprudenza tardo classica*, in *Seminarios complutenses de derecho romano 7* (1995), p. 297 ss. [= *Collatio Iuris Romani II* (1995)]; Id., *Ancora sull'estensione dell'ambito di applicazione dell'"actio empti"* cit., p. 60 ss.; Id., *Risoluzione e sinallagma contrattuale nell'esperienza romana dell'età classica*, in *Il contratto inadempito. Realtà e tradizione del diritto contrattuale europeo. Aristec Ginevra 24-27 settembre 1997*, Torino 1999, p. 45 ss.; N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 271 nt. 53 con ulteriore bibl.; Id., *Responsabilità del venditore per i vizi della "res empti"* cit., p. 481 ss.; F. Procchi, *'Dolus' e 'culpa in contrahendo' nella compravendita* cit., p. 215 ss.; G. Rossetti, *Interdipendenza delle obbligazioni e "risoluzione" della "emptio venditio": alcune soluzioni casistiche della giurisprudenza classica*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni* cit., II, p. 40 ss. e ntt. 27 e 36 con ragguglio bibl.; L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d'informazione* cit., p. 85 ss.; da ultimo, A.

D.19.1.13 pr. (Ulp. 32 *ad ed.*): *Iulianus libro quinto decimo inter eum, qui sciens quid aut ignorans vendidit, differentiam facit in condemnatione ex empto: ait enim, qui pecus morbosum aut tignum vitiosum vendidit, si quidem ignorans fecit, id tantum ex empto actione praestaturum, quanto minoris essem empturus, si id ita esse scissem: si vero sciens reticuit et emptorem decepit, omnia detrimenta, quae ex ea emptione emptor traxerit, praestaturum ei: sive igitur aedes vitio tigni corruerunt, aedium aestimationem, sive pecora contagione morborum pecoris perierunt, quod interfuit idonea venisse erit praestandum.*

Il giurista severiano ricorda che Giuliano distingueva, nella condanna dell'azione da compera, tra chi abbia venduto una cosa conoscendo il vizio da cui essa è affetta (*sciens*), e chi sia giunto alla vendita ignorandolo (*aut ignorans vendidit*)⁶⁸⁶.

Infatti, colui che ha venduto, inconsapevolmente, bestiame malato o legname da costruzione difettoso – ‘*qui pecus morbosum aut tignum vitiosum vendidit*’ – risponderà *ex empto* limitatamente alla differenza rispetto al prezzo che il compratore avrebbe pagato se avesse saputo del difetto. Per contro, se il venditore era a conoscenza del vizio e intenzionalmente l'ha taciuto ingannando la controparte – ‘*si vero sciens reticuit et emptorem decepit*’ – egli sarà tenuto a risarcire tutti i danni conseguenti alla compravendita (*omnia detrimenta*)⁶⁸⁷. Così,

Castresana, *La relevancia jurídica del silencio* cit., p. 726 ss. Spunti anche in A. Aleman Monterreal, *La incidencia de la bona fides en el quantum indemnizatorio* cit., p. 140 ss., e E. Parlamento, *Labeone e l'estensione della «rehabilitio»* cit., p. 349 e nt. 50.

⁶⁸⁶ Nella prima metà del secolo scorso, la tesi dominante era quella secondo cui nei confronti del venditore di buona fede, nel diritto classico, non sarebbe stato possibile esperire l'*actio empti*. L'estensione dell'azione (contro il venditore ignaro dell'esistenza del vizio) si sarebbe avuta solo nel diritto giustiniano, e, pertanto i testi che l'attestano in epoca precedente sarebbero interpolati. Cfr. F. Haymann, *Die Haftung des Verkäufers* cit., p. 19 ss.; 107 ss.; G. Impallomeni, *L'editto degli edili curuli* cit., p. 241 ss.; 271 ss.; V. Arangio-Ruiz, *La compravendita in diritto romano*² cit., p. 360; 394 ss.; P. Stein, *Fault in the Formation of Contract* cit., p. 23 ss.; A. Pezzana, *Sull'actio empti come azione di garanzia* cit., p. 185 ss.; L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d'informazione* cit., p. 65 ss.; 125 ss.; F. Procchi, *'Dolus' e 'culpa in contrahendo' nella compravendita* cit., p. 181 ss. In tempi più recenti, prevale, invece, l'opinione per la quale già i giuristi classici (II secolo d. C.) avrebbero riconosciuto l'*actio ex empto* anche contro il venditore *ignorans* e, dunque, di buona fede. In tal senso, v., fra gli altri, D. Medicus, *Id quod interest* cit., p. 126 ss.; H. Honsell, *Quod interest in bonae-fidei iudicium* cit., p. 80 ss.; Zimmermann R., *The Law of Obligations* cit., p. 305 ss.; 319 ss.; M. Talamanca, s. v. *Vendita* (dir. rom.) cit., p. 445 ss.; L. Vacca, *Ancora sull'estensione dell'ambito di applicazione dell'actio empti* cit., p. 60 ss.; N. Donadio, *Qualità promesse e qualità essenziali della res vendita* cit., p. 85 ss. e nt. 86.

⁶⁸⁷ Lo stesso criterio, a proposito della *condemnatio*, segue Ulpiano in D.21.1.29.3: *Si quid tamen damni sensit vel si quid pro servo impendit, consequetur arbitrio iudicis, sic tamen, non ut ei horum nomine venditor condemnetur, ut ait Iulianus, sed ne alias compellatur hominem venditori restituere, quam si eum indemnem praestet.* Sul frammento v., in particolare, G.

nel caso in cui siano crollati gli edifici per il vizio del materiale impiegato nella costruzione, il venditore presterà la stima del valore delle case; nell'ipotesi in cui gli animali siano morti per il contagio di un capo di bestiame malato, egli dovrà risarcire quello che sarebbe stato il normale prezzo di vendita degli animali⁶⁸⁸.

Sussisterebbe la stessa *ratio* di Giuliano anche nei casi del servo *fur* o *fugitivus*, ipotesi commentata nel § 1 dello stesso passo⁶⁸⁹:

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

Ulpiano riproduce la differenza, già introdotta da Giuliano, in ordine alla condanna derivante dall'*actio ex empto*, in base all'esistenza o meno del dolo. Dice il giurista che chi ha venduto un servo ladro o incline alla fuga, conoscendo questi vizi, dovrà risarcire l'interesse del compratore a non essere ingannato. Se li avrà venduti inconsapevolmente, per il servo fuggitivo il venditore sarà tenuto a restituire la differenza fra il prezzo pagato e il prezzo che il compratore avrebbe pagato se avesse saputo del difetto⁶⁹⁰; mentre, per lo schiavo *fur*, il venditore non sarà tenuto⁶⁹¹.

Come si vede, la soluzione adottata da Ulpiano è certamente più complessa, perché la distinzione usata fa leva non soltanto sull'elemento soggettivo – consapevolezza o meno del vizio da parte dell'alienante – ma anche sulla diversa

Impallomeni, *L'editto degli edili curuli* cit., p. 137 ss.; L. Manna, *Actio redhibitoria* cit., p. 202 ss. con letter.; L. Garofalo, *Studi sull'azione redibitoria* cit., p. 7.

⁶⁸⁸ A. Castresana, *La relevancia jurídica del silencio* cit., p. 726 ss., sostiene che la testimonianza di Giuliano sia fondamentale per stabilire il reale valore del silenzio. A suo parere, il giurista avrebbe incorporato alla sua descrizione del silenzio, i due valori del *tacere*: “ ‘no decir nada’, simplemente ‘estar callado’, porque el vendedor nada sabe y nada puede declarar. Y también ‘omitir, ocultar’, porque el vendedor calla y oculta lo que sabe”.

⁶⁸⁹ Sul quale, in particolare, cfr. N. Donadio, *Responsabilità del venditore per i vizi della “res empti”* cit., p. 481 ss., con discussione della precedente letter., nonché quanto si esporrà *infra* nel testo.

⁶⁹⁰ “In funzione cioè analoga all'*actio quanti minoris*”. Cfr. L. Vacca, *Ancora sull'estensione dell'ambito di applicazione dell'“actio empti”* cit., p. 62. Nello stesso senso, A. Castresana, *La relevancia jurídica del silencio* cit., p. 727.

⁶⁹¹ Tranne nel caso in cui il venditore abbia espressamente dichiarato che il servo fosse “*bonae frugi et fidum*”: D.19.1.13.3 (Ulp. 32 *ad ed.*), su cui v. le considerazioni già espresse.

tipologia di vizio che si riscontra nel *mancipium* venduto (*fur* o *fugitivus*)⁶⁹².

Il giurista precisa la *ratio* della differente disciplina: il compratore non può avere l'*habere licere* sul servo fuggitivo, a differenza dello schiavo ladro, e, pertanto, il venditore sarà responsabile '*quasi evictionis nomine*'.

In merito all'interpretazione del frammento in questione sono state espresse diverse considerazioni.

La *ratio decidendi* che sta a fondamento delle diverse conseguenze che scaturiscono – sul piano della responsabilità *ex empto* – dalla vendita di un servo *fur* oppure di un *fugitivus*, è stata oggetto di interesse da parte degli studiosi negli ultimi anni.

Analizziamo le opinioni correnti.

A parere di Letizia Vacca, Ulpiano avrebbe concesso l'*actio empti* nei confronti del venditore in buona fede di un *fugitivus* a causa della mancata realizzazione dell'*habere licere*⁶⁹³.

In altre parole, “il mancato adempimento della obbligazione di '*praestare*' l'*habere licere* del bene – ravvisato in questo caso nella circostanza che il vizio ignorato dal compratore incide radicalmente sulla disponibilità e utilizzazione della cosa venduta – comporta che ove l'inadempimento non sia riferibile a dolo o colpa del debitore, egli non sarà tenuto al risarcimento del danno, ma dovrà comunque rispondere nei limiti di quanto necessario a ripristinare l'equilibrio patrimoniale fra le prestazioni corrispettive”⁶⁹⁴.

Ciò significa che l'azione contrattuale risulta avere – secondo l'Autrice – una duplice possibilità d'impiego: o come “azione di responsabilità”, oppure in veste di strumento di tutela del “principio sinallagmatico che regge l'interdipendenza delle prestazioni”⁶⁹⁵.

Secondo la Donadio, il passo in esame sarebbe inscindibilmente connesso con il problema del rapporto tra azioni edilizie e azione contrattuale, e, in particolare, con la funzione integrativa – rispetto alla tutela edilizia – dell'*actio empti* per

⁶⁹² N. Donadio, *Responsabilità del venditore per i vizi della “res empti”* cit., p. 481 ss.

⁶⁹³ L. Vacca, *Ancora sull'estensione dell'ambito di applicazione dell'“actio empti”* cit., p. 60 ss.

⁶⁹⁴ L. Vacca, *Ancora sull'estensione dell'ambito di applicazione dell'“actio empti”* cit., p. 64.

⁶⁹⁵ *Ibid.*

sanzionare il *dolus in contrahendo* del venditore⁶⁹⁶.

La ragione della differente disciplina delle due ipotesi si spiegherebbe – osserva l’Autrice –, da una parte, riconoscendo che il termine *fugitivus* impiegato nel frammento abbia un significato non omologo al fuggitivo che, invece, viene in considerazione ai fini della responsabilità edilizia. Dall’altra, col fatto che l’espressione “*quasi evictionis nomine*” sembra riferirsi “ad una situazione che non è di semplice responsabilità per i vizi della cosa, ma che non può essere classificata come vera e propria evizione”⁶⁹⁷.

Premesso che nel caso del servo ladro, il responso ulpiano risulta essere in perfetta armonia con i principi che lo stesso giurista evidenzia a proposito dei limiti di applicazione delle azioni previste dall’editto e della relazione che sussiste con l’*actio empti*, riguardo, poi, all’ipotesi dello schiavo *fugitivus* – prosegue la studiosa – appare chiaro che Ulpiano si stava riferendo, ammettendo il ricorso all’azione contrattuale⁶⁹⁸, non al *fugitivus* oggetto delle previsioni edilizie, ossia lo schiavo incline alla fuga, bensì, al servo “scappato e venduto durante il suo itinerare lontano dal *dominus (servus in fuga positus)*”⁶⁹⁹.

Diverse le conclusioni alle quali giunge la Solidoro Maruotti⁷⁰⁰.

Per l’Autrice, la concessione dell’azione contrattuale anche quando non fosse riscontrabile nessuna violazione della buona fede, unita alla circostanza del riferimento, contenuto nel passo, all’applicazione dell’*actio empti* in funzione di riduzione del prezzo – in deroga al sistema classico di tipicità delle azioni – proverebbero “l’estraneità di una parte almeno del passo al contesto

⁶⁹⁶ N. Donadio, *Responsabilità del venditore per i vizi della “res empti”* cit., *ibid.*

⁶⁹⁷ N. Donadio, *Responsabilità del venditore per i vizi della “res empti”* cit., p. 482.

⁶⁹⁸ N. Donadio, *Responsabilità del venditore per i vizi della “res empti”* cit., p. 494, precisa che se il venditore ha taciuto consapevolmente la qualità negativa dello schiavo, allora l’*actio empti* sanzionerà la sua reticenza dolosa; nell’ipotesi di “reticenza in buona fede”, la punizione del venditore mira semplicemente a tutelare l’interesse specifico dell’*emptor* all’uso del bene acquisto.

⁶⁹⁹ N. Donadio, *Responsabilità del venditore per i vizi della “res empti”* cit., p. 491 ss. Quest’interpretazione è stata criticata da M. F. Cursi, *Il ruolo dell’azione di dolo edilizia* cit., p. 12 ss., soprattutto per la mancanza di prove a sostegno dell’“inusitato significato di *fugitivus* tutelato solo dall’*actio empti* e non dall’azione edilizia”. A giudizio dell’Autrice, il ricorso all’azione civile contrattuale si giustifica alla luce dell’esistenza di un sistema di tutele concorrenti; in tal senso, sarebbe logico ipotizzare non che l’*actio empti* avesse una funzione sussidiaria e alternativa rispetto all’azione edilizia, quanto, piuttosto, che il compratore potrebbe preferire la tutela pretoria, “rispetto alla quale Ulpiano adatta la distinzione giuliana tra venditore *sciens* e *ignorans*, rilevante ai fini della condanna *ex empto*”.

⁷⁰⁰ L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d’informazione* cit., p. 85 ss.

protoclassico”⁷⁰¹. Le fattispecie – non contemplate nell’editto edilizio – della vendita di un *mancipium* già in fuga (*servus in fuga positus*) e quella dello schiavo “solo incline al furto”, sarebbero state aggiunte successivamente, in seguito ad un errore dell’autore della glossa esplicativa. Pertanto, la soluzione che prevede la differenziazione della disciplina applicabile sarebbe da ascrivere – suggerisce la Solidoro – a un tardo intervento compilatorio⁷⁰².

A nostro modo di vedere, le soluzioni adottate dal giurista severiano, sulla falsariga del *responsum* giuliano, appaiono in linea con la disciplina anticamente prevista per la *reticentia* (sorta dall’estensione interpretativa del dovere previsto da *tab. 6.2*) a proposito della compravendita dei fondi.

Del resto, la stessa responsabilità edilizia, tipicamente prevista dall’editto, mostra delle consonanze rispetto ai principi che si applicavano alle *mancipationes* di fondi; gli edili curuli fissano, infatti, un dovere di dichiarare – concernente *mancipia* e *iumenta* – che, se trasgredito, implica che il venditore risponda come se avesse dichiarato il falso.

Il dato che secondo noi appare fondamentale è che – al di fuori del dovere d’informazione “tipizzato” e dei vizi “tipici” – il venditore risponde per il fatto che questi gli erano noti o avrebbero dovuto esserlo. Il venditore ha l’obbligo di non omettere ciò che da lui è conosciuto e che sarebbe inconoscibile per il compratore⁷⁰³.

Così, il venditore del *pecus morbosum* e del *tignum vitiosum*, correttamente, risponderà – sebbene con una differenza in ordine alla condanna *ex empto* – delle difettosità della merce, poiché si tratta di circostanze che il compratore non avrebbe potuto verificare. Allo stesso modo, sarà responsabile colui che vendette uno schiavo *fugitivus*.

Nessuna responsabilità da reticenza grava, invece, sul venditore – di buona fede – di uno schiavo che abbia la tendenza a *furtum facere*. Perché? Giacché la

⁷⁰¹ L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d’informazione* cit., p. 86 ss. A suo giudizio, nel passo, in origine, si sarebbe fatto riferimento ai due casi, ricompresi nell’editto, del servo con tendenza alla fuga e dello schiavo *noxa non solutus* (perché colpevole di furto), per i quali i rimedi edilizi si sarebbero applicati a prescindere dalla *scientia venditoris*.

⁷⁰² L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d’informazione* cit., p. 87.

⁷⁰³ *De off.* 3.16.66.

circostanza non determina il fatto ora rilevante – siamo in materia di *actio empti* – e cioè che il compratore possa conseguirne l'*habere licere*⁷⁰⁴.

La differenza di condanna ricalca la disciplina delle azioni edilizie, segno del fatto che siamo di fronte a un sistema complesso, che s'influenza a vicenda.

Passiamo all'analisi di un frammento di Marciano, in cui si riferisce l'opinione di Trebazio – traendola dai libri *Posteriorum* di Labeone –, di Pomponio e di Giuliano:

D.18.1.45 (Marc. 4 *reg.*): *Labeo libro posteriorum scribit, si vestimenta interpola quis pro novis emerit, Trebatio placere ita emptori praestandum quod interest, si ignorans interpola*⁷⁰⁵ *emerit. Quam sententiam et Pomponius probat, in qua et Iulianus est, qui ait, si quidem ignorabat venditor, ipsius rei nomine teneri, si sciebat, etiam damni quod ex eo contingit: quemadmodum si vas aurichalcum pro auro vendidisset ignorans, tenetur, ut aurum quod vendidit praestet*⁷⁰⁶.

Labeone riferisce che, ove taluno abbia acquistato come nuovi vestiti rammendati, così pare bene a Trebazio che si riconosca al compratore l'*id quod interest*, sempre a patto che questi ignorasse tale circostanza, credendo, al contrario, di acquistarli come nuovi⁷⁰⁷.

Tale responso è approvato da Pomponio ed è condiviso anche da Giuliano, il quale afferma che, se anche il venditore non conosceva tale circostanza, egli dovrà prestare la differenza di prezzo, mentre se era consapevole sarà tenuto per il danno che ne sia derivato.

⁷⁰⁴ Ci sembrano condivisibili le conclusioni alle quali era giunta L. Vacca, *Ancora sull'estensione dell'ambito di applicazione dell'"actio empti"* cit., p. 64.

⁷⁰⁵ Sul significato di '*interpolus*', connesso al verbo '*interpolare*' v. R. Ortu, "*Aiunt Aediles*" cit., p. 281 ss. e nt. 269.

⁷⁰⁶ Cfr. anche D.19.1.6.4 (Pomp. 9 *ad Sab.*); 18.1.41.1 (Iul. 3 *ad Urs. Fer.*); D.18.1.14 (Ulp. 28 *ad Sab.*); D.18.1.9.2 (Ulp. 28 *ad Sab.*).

⁷⁰⁷ G. Impallomeni, *Applicazioni del principio dell'affidamento nella vendita romana*, in SDHI. 21 (1955), p. 166 ss., giustifica il responso labeoniano sulla base della tutela del principio dell'affidamento: ciò che ci si attende da una tale vendita è di ricevere abiti nuovi e non rattoppati. Pertanto, – spiega l'Autore – Labeone, Trebazio e Marciano proteggono l'aspettativa del compratore ad una qualità, per così dire, 'ovvia' del bene venduto, a prescindere dalla circostanza che il venditore, realmente, avesse avuto o no l'intenzione di impegnarsi.

Allo stesso modo, sarà tenuto a pagare la differenza di prezzo, il venditore che abbia venduto, ignorandolo, un vaso d'ottone per uno d'oro – ‘*si vas aurichalcum pro auro vendidisset ignorans*’.

Ancora una volta, Giuliano distingue espressamente, riguardo alla *condemnatio*, la posizione del venditore *ignorans*, che sarà tenuto ‘*ipsius rei nomine*’, da quella del venditore *sciens*, ipotesi in cui ‘*etiam damni quod ex eo contingit*’⁷⁰⁸.

Nel passo non esiste alcun riferimento al fatto che il *venditor* di abiti rattoppati fosse *sciens* o meno⁷⁰⁹. Il giurista descrive uno scenario in cui il compratore *ignorans*⁷¹⁰ cade in errore⁷¹¹, anche se non specifica se ciò accada a causa di un comportamento ‘colposo’ dello stesso o per le circostanze obiettive che accompagnano la compravendita, o, ancora, per via di esplicite dichiarazioni del venditore⁷¹².

Vogliamo le ipotesi di lettura del testo proposte.

Secondo un’opinione contemporanea, il frammento considerato testimonierebbe la svolta che si ebbe, nel II secolo d. C., nei presupposti che

⁷⁰⁸ L. Vacca, *Ancora sull’estensione dell’ambito di applicazione dell’“actio empti”* cit., p. 63 nt. 52; Id., *Risoluzione e sinallagma contrattuale* cit., p. 46 ss., concorda con M. Talamanca, s. v. *Vendita* (dir. rom.) cit., p. 445 e ntt. 1471-1472, sospettando un’interpolazione del frammento nel § 2 relativo al *venditor sciens* e alla condanna a tutti i danni che ne siano stati originati, e ritenendo improbabile, fra l’altro, che si possa immaginare un danno al compratore dalla vendita di abiti usati. Sul punto, v. le osservazioni di A. Castresana, *La relevancia jurídica del silencio* cit., p. 729 nt. 88. Circa le ipotesi di interpolazione del passo cfr., per la dottrina più antica, G. Impallomeni, *Applicazioni del principio dell’affidamento* cit., p. 166 ss., con altra letter., il quale, personalmente, propende per il rimaneggiamento solo della parte centrale di esso.

⁷⁰⁹ R. Fiori, *Bona fides* cit., p. 142 ss., ritiene più verosimile che la fattispecie descritta da Marciano riguardasse un’ipotesi di *scientia* del venditore.

⁷¹⁰ L’*ignorantia emptoris* non riceve, tuttavia, sempre la stessa valutazione: cfr. D.18.1.15.1 (Paul. 5 *ad Sab.*); D.18.1.43.1 (Flor. 8 *ist.*). Entrambi i testi affermano che l’ignoranza del compratore, dovuta a una sua negligenza, pigrizia nell’apprendere informazioni, non può essere eccepita. Cfr. nt. 526 cap. corrente e nt. 415 II cap.

⁷¹¹ Sulla rilevanza dell’errore nella compravendita romana v. M. Lauria, *L’errore nei negozi giuridici*, in *Riv. dir. civ.* 19 (1927), p. 313 ss.; Id., *L’errore nel diritto romano*, in SDHI. 7 (1941), p. 208 ss.; G. Impallomeni, *Applicazioni del principio dell’affidamento* cit., p. 157 ss.; U. Zilletti, *La dottrina dell’errore nella storia del diritto romano*, Milano 1961, p. 59 ss.; 387 ss.; P. Voci P., s. v. *Errore* (dir. rom.), in ED. 15 (Milano 1966), p. 229 ss.; M. Talamanca, s. v. *Vendita* (dir. rom.) cit., p. 323 ss.; R. Zimmermann, *The Law of Obligations* cit., p. 609 ss., con altra letter.; da ultimo, M. J. Schermaier, *L’errore nella storia del diritto*, in *Roma e America. Diritto Romano Comune* 24 (2007), p. 185 ss.; 199 ss.

⁷¹² Tende a escludere che il silenzio serbato dal venditore in questo caso fosse diretto a occultare i difetti della cosa, rilevando l’estraneità dell’ipotesi alla disciplina della responsabilità per vizi A. Castresana, *La relevancia jurídica del silencio* cit., p. 727 ss.

legittimavano il ricorso all'*actio empti*⁷¹³. La novità del pensiero giuliano consiste nella circostanza che si prescinde dal requisito della *scientia venditoris*⁷¹⁴, in modo tale da estendere l'azione civile contrattuale di buona fede anche nei confronti del venditore *ignorans*, dilatando la portata stessa della *bona fides*⁷¹⁵. Così – secondo Fiori – “la *bona fides* va oltre la *scientia* e diviene parametro puramente oggettivo di equilibrio contrattuale: il venditore deve non solo risarcire l'*id quod interest* in caso di false dichiarazioni o di *scientia*, ma anche restituire all'acquirente la somma da questi pagata allorché la cosa avesse difetti, per quanto ignoti al venditore”⁷¹⁶.

Diverse le considerazioni della Castresana. L'Autrice considera, innanzitutto, che il silenzio del venditore nell'ipotesi in esame riguarda “las condiciones propias del mercado”, a proposito delle quali il mercante omette di dare informazioni al compratore che crede di acquistare abiti nuovi⁷¹⁷.

La studiosa si domanda se tale silenzio possa essere qualificato come ‘doloso’; ma, soprattutto, riflette sul fatto che tutti i comportamenti intenzionali, che rientrano nel raggio di significato del *tacere* (“ocultar, disimular, crear una falsa realidad”), sono perfettamente compatibili con la “inactividad o pasividad del vendedor que no dice nada durante la negociación o la formación de un contrato concreto”⁷¹⁸. In tal modo, si può ipotizzare che “la solución de Trebazio – y también la de Labeón y Pomponio – pasaría por la apreciación de dolo⁷¹⁹ en la conformación genérica de las condiciones de contratación”⁷²⁰. In altre parole, la studiosa ritiene probabile che, nel caso discusso, Trebazio abbia stimato la condotta silenziosa del venditore come mera passività o inattività, omettendo di fare dichiarazioni per avvantaggiarsi nel corso della negoziazione, ed è

⁷¹³ R. Fiori, *Bona fides* cit., p. 142 ss.

⁷¹⁴ Requisito che, fino a quel momento, era stato valutato come essenziale per la concessione dell'azione contrattuale. Così R. Fiori, *Bona fides* cit., p. 137.

⁷¹⁵ R. Fiori, *Bona fides* cit., p. 143.

⁷¹⁶ *Ibid.*

⁷¹⁷ A. Castresana, *La relevancia jurídica del silencio* cit., p. 728.

⁷¹⁸ *Ibid.*

⁷¹⁹ Secondo G. Rossetti, *Interdipendenza delle obbligazioni e “risoluzione” della “emptio venditio”* cit., p. 29 ss., la responsabilità del venditore *ignorans* dimostra la circostanza che la responsabilità del venditore per silenzio prescinde dalla considerazione del dolo nella condotta silenziosa.

⁷²⁰ A. Castresana, *La relevancia jurídica del silencio* cit., *ibid.*

esattamente tale passività nel fornire informazioni sulle circostanze fattuali della vendita che i giuristi sanzionano⁷²¹. Per l'Autrice è certo che tra i giuristi dell'età classica non vi fosse una concezione univoca del silenzio e delle sue conseguenze giuridiche; ciò che non è chiaro è se la giurisprudenza abbia effettivamente riconosciuto due distinte modalità di silenzio: un comportamento silenzioso, tuttavia, non doloso, e uno doloso⁷²². Per Giuliano, la misura della responsabilità del venditore – da far valere con l'*actio empti* – dipende dalla natura 'maliziosa' o meno del suo silenzio⁷²³; di conseguenza, la "presunta" novità del ragionamento del giurista consiste – per Castresana – nell'aver valorizzato due aspetti del silenzio, quale contegno obiettivamente considerato, e quale condotta fraudolenta di colui che tace quello che sa, occultando la realtà e creando una falsa apparenza⁷²⁴.

Sembra che anche quest'ultimo testo confermi che la garanzia per i vizi occulti, attraverso la quale rileva la reticenza del venditore, risponda a una *ratio* conseguente alla natura stessa (*bonae fidei*) del contratto di compravendita.

Il punto rilevante è, anche questa volta, quello che fa leva sull'applicazione del principio di *bona fides*. Certamente, sarà tenuto al risarcimento dei danni colui che scientemente vende le vesti usate spacciandole per nuove. Riprovevole sarà, tuttavia, anche la condotta del venditore che, nell'ignoranza, le vende per nuove: la sua avventatezza andrà sanzionata, ma, in considerazione della natura della trasgressione incriminata, ci si accontenta di una condanna meno incisiva. E' soltanto l'aggravamento della responsabilità a essere rapportato alla 'conoscenza' del venditore, nel senso che Giuliano distingue, chiaramente, tra l'agire in mancanza di cognizione e quindi inopportuno, superficialmente, e il comportarsi maliziosamente, ma non è in discussione l'esistenza stessa della responsabilità.

⁷²¹ A. Castresana, *La relevancia jurídica del silencio* cit., p. 728 ss. e nt. 84.

⁷²² A. Castresana, *La relevancia jurídica del silencio* cit., p. 730 ss.

⁷²³ Eppure la buona o la mala fede del silenzio del venditore per i vizi occulti della cosa venduta non si riflette sulla responsabilità, poiché in entrambi i casi il venditore è responsabile; piuttosto la distinzione rileva solo ai fini del *quantum* indennizzatorio. Così, A. Aleman Monterreal, *La incidencia de la bona fides en el quantum indemnizatorio* cit., p. 148 ss.

⁷²⁴ A. Castresana, *La relevancia jurídica del silencio* cit., p. 729.

Tuttavia, la prospettiva non può essere solo quella del venditore; è necessario valutare l'atteggiamento dell'acquirente.

Infatti, non è solo la *scientia/ignorantia* del venditore ad assumere rilevanza, ma, soprattutto, l'inconsapevolezza del compratore ('... *si ignorans interpola emerit*'), a dimostrazione del fatto che se avesse avuto l'opportunità di accorgersi dei vizi degli abiti acquistati, cioè, se l'errore fosse stato imputabile alla sua negligenza, nessuna responsabilità sarebbe gravata sul venditore.

In altri termini, gli obblighi di dichiarazione del venditore non si possono predeterminare se non si considerano anche gli obblighi di diligenza della controparte.

La reciproca influenza di discipline civili ed edittali è testimoniata per altro da una vicenda interessante, che emerge dalla esistenza di precise decisioni giurisprudenziali, dalle quali risulta che attraverso il *iudicium empti* si potesse conseguire un effetto in parte analogo a quello tipico dell'azione redibitoria edilizia, sostanzialmente, la risoluzione del contratto di compravendita, rendendo il bene acquistato allo scopo di ottenere la restituzione del prezzo pagato⁷²⁵.

Intorno al I secolo d. C., si riconobbe la possibilità, al compratore, di conseguire – mediante l'*actio empti* – la risoluzione del contratto, rendendo il bene comprato e ricevendo dal venditore la restituzione del prezzo pagato. Labeone e Sabino – la cui opinione è approvata da Ulpiano – accordano esplicitamente la *redhibitio* nel *iudicium empti*:

D.19.1.11.3 (Ulp. 32 *ad ed.*): *Redhibitionem quoque contineri empti iudicio et Labeo et Sabinus putant et nos probamus*⁷²⁶.

L'esemplificazione concreta dell'uso dell'azione contrattuale *ad resolvendam*

⁷²⁵ Esula dal nostro studio la c.d. *actio in factum ad pretium recipendum* su cui L. Manna, *L'interdipendenza delle obbligazioni nella vendita e la redibizione volontaria*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni* cit., II, p. 541 ss.

⁷²⁶ Il passo è stato ritenuto rimaneggiato dalla dottrina tradizionale, in ragione del fatto che, come si è detto, si attribuivano ai giustinianeî tutti i casi di estensione dell'*actio empti*. L'opinione più recente lo considera, invece, genuino, riconoscendo la possibilità di fare ricorso all'*actio empti* a fini redibitori già nel diritto classico, precisamente, a partire dall'età adrianea. Per i richiami bibliografici e la ricostruzione dello *status quaestionis* si rinvia a G. Rossetti, *Interdipendenza delle obbligazioni e "risoluzione" della "emptio venditio"* cit., p. 16 ss. e nt. 36; 23 ss. Anticipa l'estensione della *redhibitio* nel contesto dell'azione civile contrattuale agli inizi del I sec. d. C. (a partire da Labeone) E. Parlamento, *Labeone e l'estensione della «redhibitio»* cit., p. 350 ss.

emptio è testimoniata sempre da Ulpiano:

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

La fattispecie descritta è la seguente⁷²⁷. Il compratore ha creduto di acquistare una schiava vergine, mentre, in realtà, la donna era *mulier*. Il venditore, d'altra parte, conoscendo l'errore in cui era incorso l'acquirente, non ha fatto nulla per impedirlo – '*sciens errare eum venditor passus sit*'. Ulpiano afferma che vi è redibizione per quest'ipotesi; tuttavia, all'acquirente competerà l'*actio empti ad resolvendam emptioem*⁷²⁸, in modo tale che, restituito il prezzo, *mulier reddatur*.

La ragione per la quale non è possibile agire con l'*actio redhibitoria* è evidente: non c'è stata alcuna violazione dell'obbligo di *pronuntiatio vitiorum* da parte del venditore, né si osserva una responsabilità per un *dictum* o *promissum* vincolante.

Riguardo al *dolus venditoris*, il discorso è più complesso.

E' certo, infatti, che il compratore sia incorso da solo in un errore⁷²⁹ che lo ha

⁷²⁷ Sul testo, da ultimo: L. Vacca, *Ancora sull'estensione dell'ambito di applicazione dell'“actio empti”* cit., p. 67 ss.; Id., *Risoluzione e sinallagma contrattuale* cit., p. 51 ss.; M. J. Schermaier, *Von Hochstaplern, schlechten Schuldern und vermeintlichen Jungfrauen*, in *Jurisprudentia universalis. Festschrift für Th. Mayer-Maly*, Köln-Weimar-Wien 2002, p. 666 ss.; N. Donadio, *La tutela del compratore* cit., p. 225 ss.; 230 ss.; Id., *Azioni edilizie e interdipendenza delle obbligazioni* cit., p. 510 ss.; M. Talamanca, *La risoluzione della compravendita e le conseguenti azioni di restituzione nel diritto romano*, in *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione nel diritto romano. Seminario Aristec per B. Kupish, Roma 20-22 giugno 2002*, a cura di L. Vacca, Torino 2006, p. 7 e nt. 18; G. Rossetti, *Interdipendenza delle obbligazioni e “risoluzione” della “emptio venditio”* cit., p. 32 ss.; spec. 38 ss.; F. Procchi, *'Dolus' e 'culpa in contrahendo' nella compravendita* cit., p. 205 ss.; L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d'informazione* cit., p. 87 ss.; 101; Id., *“... Si vero sciens reticuit et emptorem decepit ...”* cit., p. 5293 ss.; 5313; M. F. Cursi, *Il ruolo dell'azione di dolo edilizia* cit., p. 16 ss.; A. Castresana, *La relevancia jurídica del silencio* cit., p. 734 ss.

⁷²⁸ Proprio l'originalità della scelta rimediale proposta nel fr. ha indotto parte della dottrina a ritenere interpolata la parte conclusiva del testo. In tal senso, G. Impallomeni, *L'editto degli edili curuli* cit., p. 246; V. Arangio-Ruiz, *La compravendita in diritto romano*² cit., p. 399; P. Stein, *Fault in the Formation of Contract* cit., p. 19; A. M. Honoré, *The history of the aedilician actions* cit., p. 157 e nt. 5; U. Zilletti, *La dottrina dell'errore* cit., p. 83; 432 ss.

⁷²⁹ Si tratta di un chiaro esempio di un particolare tipo di *error in qualitate*, che non comporta la nullità del contratto. Cfr. D.18.1.11.1 (Ulp. 28 *ad Sab.*): *Quod si ego me virginem emere putarem, cum esset iam mulier, emptio valebit: in sexu enim non est erratum. Ceterum si ego mulierem venderem, tu puerum emere existimasti, quia in sexu error est, nulla emptio, nulla venditio est*, su cui V. Arangio-Ruiz, *La compravendita in diritto romano*² cit., p. 399 ss.; U.

indotto a stimare la schiava come *virgo*, senza alcuna influenza del venditore; nondimeno, quest'ultimo ha taciuto. Ovvero, pur essendo consapevole (*sciens*)⁷³⁰ dell'erronea valutazione del compratore, non lo ha avvertito, avvantaggiandosi, così, nella conclusione della vendita. Ulpiano, nel caso specifico, riconosce l'*actio empti* per risolvere la compravendita⁷³¹.

Zilletti, *La dottrina dell'errore* cit., p. 83; 432 ss; G. Rossetti, *Interdipendenza delle obbligazioni e "risoluzione" della "emptio venditio"* cit., p. 33 e nt. 68.

⁷³⁰ Non sembra possano esserci perplessità sul fatto che la consapevolezza del venditore riguardasse non la condizione reale della schiava, bensì l'errore unilaterale del compratore. Cfr. A. Castresana, *La relevancia jurídica del silencio* cit., p. 737.

⁷³¹ La peculiarità della soluzione adottata dal giurista, a parere di L. Vacca, *Ancora sull'estensione dell'ambito di applicazione dell'"actio empti"* cit., p. 67 ss., dipende dal fatto che "la condizione di *mulier* della schiava acquistata veniva in considerazione non come una qualità che poteva essere rilevante ai soli fini della determinazione del prezzo, ma come una qualità considerata essenziale nella determinazione causale". In altri termini, secondo l'Autrice, la decisione di accordare l'azione contrattuale volta alla risoluzione del contratto risponde, in modo coerente, alla necessità di tutelare il compratore, poiché l'*error in qualitatibus* ha inciso sull'assetto di interessi che egli intendere realizzare attraverso la vendita. Dello stesso avviso, G. Rossetti, *Interdipendenza delle obbligazioni e "risoluzione" della "emptio venditio"* cit., p. 38 ss., e M. F. Cursi, *Il ruolo dell'azione di dolo edilizia* cit., p. 16 ss. Sulla nozione di qualità essenziale della *res vendita* v. N. Donadio, *Qualità promesse e qualità essenziali della res vendita* cit., p. 22 ss.; spec., 25 ss. A proposito, poi, dell'interpretazione di D.19.1.11.5, l'Autrice, (già in *La tutela del compratore* cit., p. 224; 232 ss.), rilegge il frammento in esame nel contesto della funzione "sussidiaria" ed "integrativa" dell'*actio empti ad resolvendam emptionem* rispetto alle azioni edilizie. Sostiene, infatti, che il ricorso all'azione civile diretta all'*emtionis resolutio* si giustifichi alla luce dell'esigenza di tutela dell'interesse specifico del compratore ad un determinato impiego della schiava, che non può realizzarsi attraverso il ricorso alla tutela edilizia. La salvaguardia dell'aspettativa dell'acquirente si ottiene grazie "all'*oportere ex fide bona* nell'*actio empti*, intendendo racchiuso nell'*officium iudicis* anche il potere di attuare una pratica risoluzione del contratto [...]". Per F. Procchi, *'Dolus' e 'culpa in contrahendo' nella compravendita* cit., p. 205 ss., l'atteggiamento del venditore è, senza dubbio, doloso ma non sufficiente a giustificare l'impiego di un rimedio risolutorio civilistico, anziché risarcitorio; pertanto, il ricorso alla risoluzione della vendita può spiegarsi per "una sorta di moralismo ulpiano": il giurista si sarebbe trovato nell'impossibilità di quantificare l'ammontare dell'interesse del compratore a ricevere un'*ancilla virgo*, invece di una *mulier*. Secondo L. Solidoro Maruotti, *Gli obblighi d'informazione* cit., p. 87 ss., il passo di Ulpiano testimonierebbe un caso di risoluzione del contratto per reticenza del venditore su un vizio non redibitorio. Il silenzio consapevole del venditore – afferma la studiosa – è contrario alla *bona fides* e, di conseguenza, deve essere sanzionato con l'*actio empti* che, in tale ipotesi, non avrà funzione risarcitoria ma risolutoria. *Contra* A. Castresana, *La relevancia jurídica del silencio* cit., p. 734 ss. e nt. 110, per la quale la particolarità della soluzione ulpiana non è dovuta al fatto che il venditore ha occultato un vizio della cosa che conosceva. Infatti, – secondo l'Autrice – l'oggetto del silenzio non è il difetto della cosa venduta, né la finalità era quella di celare il vizio; piuttosto, ciò che il venditore sa e tace è l'errore in cui è incorso il compratore. La condotta silenziosa dell'alienante si configura, di conseguenza, come una specie di 'inattività' o di passività che serve a mantenere la falsa realtà che il compratore stesso ha immaginato. Posto che – precisa Castresana – non si tratta di un caso di responsabilità del venditore per vizi occulti, il fondamento dell'azione contrattuale *ad resolvendam emptionem* non è costituito dall'errore del compratore, ma, probabilmente, dalla "eccessiva confianza" dello stesso, che lo ha condotto alla configurazione di una falsa realtà. In verità, l'Autrice ritiene che Ulpiano abbia stimato come "colposi" sia il silenzio del venditore, sia l'inattività del compratore: il concorso di colpa si traduce nell'impossibilità che ognuna delle parti possa pretendere l'adempimento del contratto.

La dottrina maggioritaria ha ritenuto di dover ravvisare, nel caso in esame, una responsabilità contrattuale che proviene dal dolo del venditore – e che si sostanzia nell’aver assecondato l’errore del compratore –, in violazione dei cardini del principio di buona fede⁷³². E non c’è dubbio, in effetti, sul fatto che sia riscontrabile un *dolus venditoris* nella fattispecie descritta, e che sia individuabile una conseguente responsabilità per reticenza.

La conclusione è, dunque, ancora una volta, che le fonti provano che è possibile fondare una *condemnatio* sul comportamento del venditore se egli può ritenersi in *mala fides*, il che si riconosce anche quando egli “celi” una circostanza che non può essere in alcun modo percepita dal compratore.

Ma costituisce un risultato altrettanto indubbio la circostanza che la costante compenetrazione tra disciplina edilizia (fondata sulla “tipicità” del vizio) e disciplina civile (fondata sull’esistenza di un comportamento “doloso” e dunque ispirata a criteri soggettivi) è un fenomeno al quale la giurisprudenza si è trovata immediatamente sollecitata, nella logica di un ordinamento delle cose ispirato ad una costante dialettica interattiva tra diritto civile e diritto onorario.

⁷³² Circa gli Autori che hanno posto l’accento sulla rilevanza del dolo nella decisione di Ulpiano si rinvia a F. Procchi, ‘*Dolus*’ e ‘*culpa in contrahendo*’ nella compravendita cit., p. 205 nt. 77, al quale va aggiunto M. Talamanca, *La risoluzione della compravendita* cit., p. 7.

CONCLUSIONI

E' opportuno, giunti al termine della nostra ricerca, proporre una visione di sintesi delle molteplici questioni che sono state affrontate nel corso del lavoro.

1. Il nostro studio ha preso le mosse da un'indagine sul silenzio, determinata dalla constatazione che – forse, dovuta all'ambiguità del fenomeno – la dottrina ha spesso assunto posizioni contraddittorie sulla problematica, procedendo ad una ordinaria riconduzione delle fattispecie osservabili ad un'indistinta unitaria figura di "silenzio", che non dà conto, adeguatamente, delle differenze di trattamento giuridico del silenzio come "assenza di comportamento valutabile" e come, invece, indicatore di "comportamento valutabile".

I due orientamenti nei quali la dottrina ha ritenuto di doversi dividere possono essere così riassunti.

Una parte degli studiosi considera che la natura del fenomeno non consenta l'inquadramento in una figura dai connotati generali e comuni. Un'altra parte riconosce la possibilità di una *reductio ad unum*, nella convinzione che si possa ricostruire una disciplina univoca d'interpretazione del silenzio.

Eppure, le teorie sostenute dai diversi Autori risentono di una non sciolta ambiguità (sull'identificazione propria del fenomeno studiato, anche sotto il suo aspetto puramente terminologico), conducendo i rispettivi sostenitori a posizioni la cui linea di confine spesso non è così netta: chi ha cercato di individuare un principio generale d'interpretazione del cosiddetto silenzio non ha potuto fare a meno di perdersi poi nei diversi casi offerti dalla casistica romana; e chi, al contrario, si è fatto sostenitore dello *ius singulare*, ha pur sempre ceduto alla tentazione di qualificare in senso generale il silenzio (assentimento passivo, *patientia*).

Si è imposta, di conseguenza, la necessità di passare ad una rassegna della casistica giurisprudenziale, senza pregiudiziale attribuzione di significati "categoriali" alla nostra espressione.

L'esegesi dei passi (non relativi al nostro problema, ma estratti da diversi contesti) è stata condotta cercando di inquadrare ogni fattispecie nel relativo istituto, nella chiara intenzione di rileggerla alla luce della dottrina del silenzio. Dalla rassegna della casistica giurisprudenziale romana – [D.15.11 (Paul. 18 *resp.*); 49.15.12.3 (Trifon. 4 *disp.*); C.I.5.4.25.1-5 Imp. Iustinianus; 5.4.5, Imp. Alex. A. Maximae; D.23.1.7.1 (Paul. 35 *ad ed.*); 23.1.12 pr.-1 (Ulp. *lib. singul. de spons.*); 3.3.8 pr.-1 (Ulp. 8 *ad ed.*); 3.3.15 (Ulp. 8 *ad ed.*); 3.3.40.4 (Ulp. 9 *ad ed.*); 14.1.1.5 (Ulp. 28 *ad ed.*); 14.4.1.3 (Ulp. 29 *ad ed.*); 8.2.27.1 (Pomp. 33 *ad Sab.*); 8.5.11 (Marc. 6 *dig.*); 10.3.28 (Pap. 7 *quaest.*); 50.17.142 (Paul. 56 *ad ed.*); Gai. 2.24; D.19.2.13.11 (Ulp. 32 *ad ed.*); 19.2.14 (Ulp. 71 *ad ed.*); 19.2.60.6 (Lab. *post. 5 a Iavol. epit.*); 9.4.2 pr.-1 (Ulp. 18 *ad ed.*); 9.4.4 pr.-3 (Paul. 3 *ad ed.*)] – è emerso che i Romani non hanno avuto sempre lo stesso atteggiamento di fronte al silenzio, nel senso che, a volte, il comportamento tenuto dal soggetto (al quale s'intende attribuire significato) impedisce, per le sue caratteristiche 'oggettive', ovvero per ragioni di ordine 'soggettivo' di trarre conseguenze addossabili al soggetto in questione, sotto l'alternativo profilo di considerare quel suo comportamento idoneo a fargli acquistare diritti o a fare gravare su di lui conseguenze, invece, doverose.

Ma è anche possibile che il comportamento sotto osservazione si caratterizzi per il dato esteriore di una mancata esternazione, per il fatto, cioè, che il soggetto – in grado, per le conoscenze di cui dispone e per idoneità soggettiva a manifestare una propria volontà (intesa come intenzione) – si sia, tuttavia, astenuto dall'esternazione, non esplicitando nulla.

Alla luce di queste considerazioni, se n'è dedotto che stabilire se il silenzio possa valere quale fatto 'oggettivo' oppure come manifestazione di volontà (implicita) è un fatto che inscindibilmente si lega alla presenza di precise circostanze 'rivelatrici', quali la capacità di intendere e di volere, la conoscenza dei "fatti" che giustificano il comportamento assunto (e l'eventuale rilievo della loro conoscibilità), la consapevolezza delle conseguenze del proprio contegno 'silente', e, infine, la doverosità della mancata comunicazione, che permette di distinguere tra il *tacere* e il *celare* (l'essere, cioè, reticenti).

Le argomentazioni addotte ci hanno indotto ad escludere un'equivalenza tra il 'tacere' e il 'silere', e, altresì, a distinguere dal 'tacere' il 'celare'.

2. La ricostruzione della disciplina che riceve il silenzio del venditore nella compravendita romana – tema che presenta complessi e articolati profili d'interesse – ha costituito l'oggetto di studio del secondo capitolo.

Segnatamente, il nostro percorso di ricerca è proseguito cercando di individuare la genesi storica e lo sviluppo degli obblighi prenegoziali d'informazione a carico del venditore romano, argomenti, naturalmente, connessi con il problema delle dichiarazioni reticenti delle parti negoziali – (e, specificamente, del venditore) – durante la fase delle trattative e della conclusione del contratto di vendita.

Filo conduttore è stato un notissimo passaggio ciceroniano tratto dal *De officiis* (3.16.65), nel quale si riferisce il contenuto di una disposizione decemvirale (*tab. 6.2*) che puniva la dichiarazione 'nuncupativa' mendace eseguita nel corso della *mancipatio* di un *praedium*.

Ed è sempre Cicerone a riferire – nella seconda parte del testo in questione ('... a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta ...') – che un obbligo di comunicazione per il venditore romano fu introdotto solo da quando la giurisprudenza ritenne estendibile alla *reticentia* la sanzione decemvirale (*poena dupli*) relativa all'obbligo di veridicità delle *nuncupationes* fatte nella *mancipatio*, riconoscendo, tra gli obblighi del venditore, quello di dichiarare al compratore i vizi di cui fosse a conoscenza ('si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere').

Una volta definiti la portata e l'ambito di applicazione dell'antico regime decemvirale, ci siamo occupati di un problema centrale nell'interpretazione del precetto contenuto in *tab. 6.2*, indagando il contenuto possibile delle eventuali dichiarazioni aggiuntive ('*nuncupationes*') che il venditore avrebbe potuto fare nel corso della *mancipatio venditionis causa*, tali anche da presupporre un eventuale interesse dell'alienante a renderle di "contenuto non veritiero".

Dall'analisi delle fonti, è emerso che le dichiarazioni più probabili sono quelle alle quali il *mancipio dans* di un fondo avrebbe fatto riferimento per

affermare che il *fundus* venduto era libero da pesi in generale, (ricorrendo alla clausola “*uti optimus maximus*”), da un vincolo specifico (un usufrutto o una determinata servitù), o per indicarne le caratteristiche materiali (*modus agri*, confini, eventuale presenza in esso di edifici o di strutture utili, accessori del fondo, etc.) – [D.21.2.75 (Ven. 16 *stip.*); 21.2.48 (Ner. 6 *membr.*); 50.16.126 (Proc. 6 *epist.*); 18.1.59 (Cels. 8 *Dig.*); 19.1.39 (Mod. 5 *reg.*); 21.2.69.5 (Scaev. 2 *quaest.*); 19.1.1.1 (Ulp. 28 *ad Sab.*); 21.2.39.5 (Iul. 57 *dig.*); *Paul. Sent.* 1.19.1; 2.17.1-4; 19.1.4.1 (Paul. 5 *ad Sab.*); Cic. *Top.* 100; *De orat.* 2.55.226; D.18.1.66.2 (Pomp. 31 *ad Q. Muc.*); 50.16.241 (Q. M. Scevola *l. sing. hor.*); 19.1.18 pr.-1 (Giav. 7 *ex Cassio*); 19.1.38.2 (Cels. 8 *dig.*); 19.1.17.6 (Ulp. 32 *ad ed.*); 33.7.8 pr. (Ulp. 20 *ad Sab.*); D.21.1.33 pr. (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*); D.33.7.1 pr.-1 (Paul. 4 *ad Sab.*)] . C’è di più.

La disamina degli esempi ciceroniani tratti da alcuni passaggi del III libro del *de officiis* (3.16.66-67; 3.12.50-53; 3.13.54-57; 3.14.58-60) – incentrato sulle implicazioni giuridiche ed etiche che la *reticentia* comporta nelle compravendite immobiliari – ci ha permesso di formulare ulteriori caute ipotesi non solo circa il contenuto delle dichiarazioni ‘doverose’ che il venditore è tenuto a fornire (e la cui omissione può implicare responsabilità da *reticentia* di colui che non le rende), ma anche a proposito dell’evoluzione stessa della disciplina. Quest’ultima, sorta in materia di *nuncupationes* accessorie, ed estesa in età medio-repubblicana alla *reticentia*, avrebbe trovato espressione (al tempo di Cicerone) anche nel contratto consensuale di *emptio-venditio*, nel quale la pratica di attuare la vendita senza ricorso alla *mancipatio* era divenuta, ormai, generale.

Orbene, la reticenza sanzionata civilmente sembra essere inscindibilmente connessa al doppio presupposto delle *nuncupationes* e della *mancipatio* attuativa di una *causa venditionis* (Cicerone parla di *venditio* di *fundi* realizzata *per mancipationem*), legandosi, pertanto, a una causa negoziale particolare (vendita) e a un bene determinato (*praedium*).

I casi discussi dall’Arpinate dimostrano il mutamento del fondamento giuridico della responsabilità da reticenza: non più la violazione di norme sulla forma (*nuncupationes*), ma violazione del più generale dovere di concludere

accordi ‘veritieri’ imposti dalla *bona fides*. Cicerone ci insegna che il venditore può essere chiamato a rispondere anche solo perché in dolo (senza alcuna necessità, dunque, che egli abbia violato doveri di forma). Più precisamente, il venditore deve dichiarare ciò che si ha l’obbligo di comunicare e che non comunicato costituirebbe dolo (*‘celare’*).

La possibilità di riconoscere una responsabilità del venditore come tale, dunque, indipendentemente dall’intervenuto uso della *mancipatio* e sulla base, perciò, della mera buona fede, era ormai legata – a metà del I sec. a. C. – al *dolus*, del quale si considerava ancora espressione ogni artificio positivo (*de off.* 3.14.58-60) e dunque anche il suo *celare* al compratore circostanze che avrebbero potuto influenzarne la volontà nella conclusione del contratto. Il punto focale è costituito, ormai, dalla ricerca di un criterio fattuale (venuto meno quello formale legato in origine alle *nuncupationes* accessorie della *mancipatio* e al conseguente contenuto tipico delle medesime) in base al quale distinguere ciò che il venditore non è tenuto a dichiarare da ciò a cui è invece tenuto, in base ai principi ai quali il *vir bonus* deve conformare il proprio comportamento.

Il dibattito tardo-repubblicano sugli obblighi d’informazione del venditore sembra testimoniare un progressivo allargamento delle responsabilità a carico dell’alienante: dal dovere di non omettere dichiarazioni ‘imposte’ da norme, come quelle che derivano dalla legislazione decemvirale e dall’editto degli edili curuli, al dovere di comportarsi secondo buona fede.

3. Allo studio del problema e delle sue soluzioni contribuisce anche la considerazione della disciplina introdotta dagli edili curuli circa i doveri di comunicazione legati ai vizi di schiavi e animali oggetto delle vendite sottoposte alla loro giurisdizione, che ha costituito oggetto di approfondimento del terzo capitolo.

Sappiamo, invero, che una questione di doveri di dichiarazione a carico del venditore romano era stata affrontata, già presumibilmente, nel II sec. a.C., dagli edili curuli, i quali avevano dettato una disciplina speciale per il silenzio dell’alienante nelle vendite di schiavi e animali, nell’intento di colpire le frodi dei venditori in un settore del commercio essenziale per l’economia dell’epoca.

Sappiamo, in particolare, dell'emanazione di due editti [D.21.1.1.1 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*); D.21.1.38 pr. (Ulp. 2 *ad ed. aed. cur.*)], con i quali fu statuito che i venditori, rispettivamente, di schiavi e di *iumenta* fossero tenuti a denunciare con chiarezza (*palam recte pronuntianto*) all'acquirente tutti i difetti corporei non apparenti (*morbus vitiumve*) e, relativamente ai *mancipia*, determinati *vitia* morali (l'inclinazione dello schiavo alla fuga e al vagabondaggio) e giuridici.

Ricostruendo il dibattito giurisprudenziale relativo alla definizione delle singole fattispecie di *vitia mancipii* (e *iumenti*), previste con l'indicazione generica '*morbus vitiumve*' – e, per questo, oggetto di *ius controversum* – non abbiamo potuto fare a meno di notare il tentativo della giurisprudenza di definire una cerchia di difetti la cui evidenza fosse 'oggettivamente' rilevabile, in modo che la responsabilità del venditore fosse legata – unicamente – alla violazione di un dovere di comunicazione di contenuto 'definito'.

Il *venaliciarius* sarebbe stato, poi, responsabile, secondo una disposizione più recente dell'*edictum de mancipiis vendundis*, non solo nell'ipotesi in cui avesse disatteso l'obbligo di pronunciare i difetti del *mancipium*, ma anche nel caso in cui avesse pronunciato, nel corso della vendita, dichiarazioni o promesse false circa le qualità della *res vendita* [D.21.1.1.1 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): '*... sive adversus quod dictum promissumve fuerit cum veniret fuisset, quod eius praestari oportere dicitur: ... iudicium dabimus*'].

La violazione delle norme edilizie sugli obblighi d'informazione non sarebbe rimasta impunita. L'acquirente sarebbe stato tutelato, infatti, attraverso due distinte azioni: l'*actio redhibitoria* da esperirsi entro sei mesi utili decorrenti dal giorno della conclusione della vendita (cfr. D.21.1.19.6) e diretta a rescindere gli effetti del negozio attraverso la restituzione del bene al venditore e del prezzo al compratore; e l'*actio aestimatoria* (o *quanti minoris*), da esercitarsi entro un anno, finalizzata ad ottenere una riduzione del prezzo in misura proporzionata al difetto del bene venduto. Quel che è certo, in ogni caso, è che, a differenza dell'azione civile contrattuale che richiedeva la violazione della *bona fides* quale presupposto per la condanna del venditore, le azioni edilizie proteggono l'acquirente a prescindere da un accertamento della posizione soggettiva dell'alienante: il

silenzio del venditore sui vizi della cosa venduta comporta, dunque, sanzioni processuali che non sono subordinate alla prova della sua malafede.

Il venditore di schiavi al mercato risponde, dunque, con le azioni edilizie: in alcuni casi oggettivamente – se esiste il vizio che avrebbe dovuto dichiarare, ancorché a lui ignoto (obbligo di *pronuntiatio vitiorum*) –, configurandosi una responsabilità da *reticentia*; in altri, solo se ha espressamente promesso e la qualità asserita manca (responsabilità da *dicta promissave*), colpendo, in tal modo, la dichiarazione mendace.

Semberebbe esserci un filo conduttore comune tra il regime edilizio e la disciplina civilistica relativa alla vendita di fondi: l'editto parrebbe confermare e rielaborare la disciplina della *reticentia* sanzionata civilmente (obbligo di dire il vero nelle dichiarazioni accessorie 'concordate'), adattandola alla vendita di *mancipia* (e *iumenta*), e imponendo, dunque, al venditore dichiarazioni (di contenuto definito).

Dall'analisi dei casi restituiti dalle fonti [D.21.1.19 pr.-1 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*); 21.1.17.20 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*); 18.1.43 pr.-1 (Flor. 8 *inst.*); 19.1.13.3 (Ulp. 32 *ad ed.*); 21.1.18 pr.-2 (Gai. 1 *ad ed. aed. cur.*); 21.1.19.4 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*); 21.1.33 pr. (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*)] si è pervenuti alla conclusione che la disciplina onoraria sulla vendita di *mancipia* rispondeva – anche con riguardo alla clausola sui *dicta promissave* – alla stessa *ratio* ispiratrice del principio civilistico decemvirale (sulla vendita dei *fundi*).

In particolare, sembra delinearsi una logica simile a quella desunta dai resoconti ciceroniani: una responsabilità del venditore (*ex edicto; ex empto*) può individuarsi solo nell'ipotesi in cui l'*emptor* non abbia avuto modo di accertarsi delle condizioni della merce; se, invece, la '*deceptio*' dipende da una sua negligenza, il venditore non sarà chiamato a risponderne.

Il quadro che ne emerge è abbastanza chiaro: nell'ipotesi di *reticentia* del venditore, riguardante *vitia* tipicamente previsti dall'editto edilizio, è concessa l'azione edilizia, rimedio accordato anche nel caso di erroneo *dictum* o *promissum*.

In quest'ultimo caso, poi, la condotta commissiva del venditore che dolosamente promette qualità che la *res*, in effetti, non possiede, implica una responsabilità tutelata non solo con l'*actio redhibitoria* o (*aestimatoria*), ma anche, ricorrendone i presupposti, con l'*actio empti*. Ciò avviene anche nel caso in cui – in base alla clausola edilizia sull'obbligo di *pronuntiatio vitiorum* – si riscontri nel bene venduto un vizio (*animi*) non riconducibile alla categoria del '*morbis vitiumve*': se era interdetta la concessione dell'azione *redhibitoria* (o dell'*actio quanti minoris*), il compratore avrebbe potuto esercitare l'*actio ex empto*.

Isolate le dichiarazioni doverose del venditore romano che sono da inquadrare sotto la disciplina, rispettivamente, decemvirale ed editale, le altre dichiarazioni dell'alienante sono disciplinate alla luce del '*dolus*'. Ciò è confermato dall'esame dei testi [D.21.1.38.7 (Ulp. 2 *ad ed. aed. cur.*); 19.1.13 pr. (Ulp. 32 *ad ed.*); 19.1.13.1 (Ulp. 32 *ad ed.*); 18.1.45 (Marc. 4 *reg.*); 19.1.11.3 (Ulp. 32 *ad ed.*); 19.1.11.5 (Ulp. 32 *ad ed.*)], le cui soluzioni sembrano avvalorare l'ipotesi che, nei casi in cui il vizio non è tipicamente disciplinato, gli obblighi di dichiarazione che gravano sull'alienante si determinano alla luce del principio della *bona fides*, considerando, parallelamente, l'atteggiamento tenuto dal compratore.

Si evidenziano, pertanto, diverse forme di tutela: alcune proprie della giurisdizione edilizia, altre riconducibili all'ambito dell'azione civile contrattuale di buona fede.

Ed è proprio nella pluralità delle scelte rimediali possibili che si coglie lo scambio continuo tra disciplina edilizia sui vizi occulti e disciplina civile.

BIBLIOGRAFIA

- Albanese B., *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, in AUPA. 28 (1961).
- Albanese B., *Ancora in tema di sussidiarietà dell'«actio de dolo»*, in Labeo 9 (1963).
- Albanese B., *Sulla responsabilità del dominus sciens per i delitti del servo*, in BIDR. 70 (1967) [ora in *Scritti giuridici*, I, Palermo 1991].
- Albanese B., *Definitio periculosa: un singolare caso di duplex interpretatio*, in *Studi in onore di G. Scaduto*, III, Padova 1970.
- Albanese B., *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979.
- Albanese B., *Gli atti negoziali del diritto privato romano*, Palermo 1982.
- Albanese B., *Brevi studi di diritto romano (I). III. Verba concepta e consapevolezza interiore in due antichi riti romani*, in AUPA. 42 (1992).
- Albanese B., *Brevi studi di diritto romano (I). IV. Cum nexum faciet mancipiumque*, in AUPA. 42 (1992).
- Albanese B., *Brevi studi di diritto romano (III). VI. Sul formulario della mancipatio familiae in Gai 2.104*, in AUPA. 47 (2002).
- Albanese B., *Brevi studi di diritto romano (IV). II. Lex mancipii e nuncupatio in due passi ciceroniani (de orat. 1.39.178; de off. 3.16.65)*, in AUPA. 48 (2003).
- Albertario E., *Procurator unius rei*, in SIGP. 6 (1921) [ora in *Studi di diritto romano*, III, Milano 1936].
- Aleman Monterreal A., *La incidencia de la bona fides en el quantum indemnizatorio: a proposito de la responsabilidad del vendedor por los vicios o defectos ocultos*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, a cura di L. Garofalo. Atti del convegno internazionale di *Studi in onore di A. Burdese*, I, Padova 2003.
- Álvarez M. B., *D.50.17.142: Qui tacet non utique fatetur: sed tamen verum est non negare. El valor del silencio como regla de derecho. Diversas Hipótesis. El silencio reemplaza a la voluntad manifestada?* in *Fvndamenta ivris. Terminología, principios e interpretatio*, a cura di P. Resina Sola, Almería 2012.
- Amirante L., *Il concetto unitario dell'«auctoritas»*, in *Studi in onore di S. Solazzi nel cinquantenario del suo insegnamento, 1899-1948*, Napoli 1948.
- Angelini P., *Il «procurator»*, Milano 1971.
- Ankum H., *«Utilitas causa receptum»*. *On the pragmatism of the Roman Lawyers*, in *Symbolae iuridicae et historicae M. David dedicatae*, I, Leiden 1968.
- Ankum H., *Quelques problèmes concernant las ventes aux enchères en droit romain classique*, in *Studi in onore di G. Scherillo*, I, Milano 1972.
- Ankum H., *L'actio auctoritatis appartenant à l'acheteur mancipio accipiens at elle existé?*, in *Accad. Romanistica Costantiniana. Atti del III Convegno Internazionale*, Perugia Trevi Gualdo Tadino 28.9-1.10 1977, Perugia 1979.
- Ankum H., *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, 17-21 aprile 1990, a cura di L. Vacca, Milano 1991.
- Ankum H., *Pomponio, Juliano y la responsabilidad del vendedor por evicción con la actio empti*, in RIDA. 39 (1992).
- Arangio-Ruiz V., *Responsabilità contrattuale in diritto romano*², Napoli 1933.
- Arangio-Ruiz V., *La compravendita in diritto romano*², Napoli 1956.
- Arangio-Ruiz V., *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli 1960.
- Arangio-Ruiz V., *Il mandato in diritto romano*, Napoli 1965.
- Arcaria F., *Il dovere di 'verità' nel Codice Deontologico Forense italiano alla luce dell'esperienza giuridica romana*, in LR. 2 (2013).
- Arces P., *Studi sul disporre mortis causa. Dall'età decemvirale al diritto classico*, Milano 2013.
- Archi G. G., *In tema di trasferimento della proprietà per compravendita*, in SDHI. 1 (1935).
- Aricò Anselmo G., *'Ius publicum'-'ius privatum' in Ulpiano, Gaio e Cicerone*, in AUPA. 37 (1983).
- Astolfi R., *Studi sull'oggetto dei legati in diritto romano*², Padova 1969.
- Astolfi R., *Il fidanzamento nel diritto romano*³, Padova 1994.
- Astolfi R., *I libri tres iuris civilis di Sabino*², Padova 2001.
- Astolfi R., *Il matrimonio nel diritto romano preclassico*², Padova 2002.
- Astolfi R., *Il matrimonio nel diritto romano classico*, Padova 2006.
- Balestri Fumagalli M., *L'“actio tributaria” nel sistema delle opere istituzionali di Gaio, di Giustiniano e di Teofilo*, in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*, Milano 7-9 aprile 1987, Milano 1988.
- Balestri Fumagalli M., s. v. *Sponsali* (dir. rom.), in ED. 43 (Milano 1990).
- Bechmann A., *Der Kauf nach gemeinem Recht. I. Geschichte des Kaufs im römischen Recht*, Erlangen 1876; III.2. *System des Kauf nach gemeinem Recht*, Leipzig 1908.
- Beherends O., *Les 'veteres' et la nouvelle jurisprudence à la fin de la République*, in RHD. 55 (1977).
- Beherends O., *La mancipatio nelle XII Tavole*, in IVRA 33 (1982).
- Beherends O., *Le due giurisprudenze romane e le forme delle loro argomentazioni*, in Index 12 (1983-1984).
- Belda Mercado J., *Evolución histórico-jurídica hacia la consensualidad en la emptio venditio romana*, in *Anuario da facultade de dereito da Universidade da Coruna* 6 (2002).
- Bellocci N., *La tutela della fiducia nell'epoca repubblicana*, Milano 1974.
- Bellocci N., *La struttura del negozio della fiducia nell'epoca repubblicana. I. Le nuncupationes*, Napoli 1979.
- Bellocci N., *Una testimonianza dell'antico significato di 'nuncupare' e 'nuncupatio' in Servio Auct.*, 3,89, in *Studi Senesi* 94.2 (1982).
- Bellocci N., *Il tentato suicidio del servo. Aspetti socio-familiari nei giuristi dell'ultima epoca dei Severi*, in SDHI. 63 (1997).
- Bellocci N., *Ius sacrum e sollemnes nuncupationes in Roma antica*, in *Ius Antiquum-Drevne Pravo* 5 (Mosca 1999).

- Berger A., *Encyclopedic Dictionary of Roman Law*, New York 1953.
- Beseler G., *De iure civili Tullio duce ad naturam revocando*, in BIDR. 39 (1931).
- Betti E., *Diritto romano. I. Parte generale*, Padova 1935.
- Betti E., *Teoria del negozio giuridico*, Torino 1950.
- Betti E., *Teoria generale delle obbligazioni, I*, Milano 1953.
- Betti E., *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in diritto romano*, Roma 1958.
- Betti E., *Istituzioni di diritto romano, II.1*, Padova 1960.
- Betti E., «*Jurisdictio praetoris*» e potere normativo, in Labeo 14 (1968).
- Bianchini M., *Attività commerciali fra privato e pubblico in età imperiale*, in *Fides Humanitas Ius. Studi in onore di L. Labruna, I*, Napoli 2007.
- Biondi B., *Studi sulle actiones arbitrariae e l'arbitrium iudicis*, Palermo 1912.
- Biondi B., “*Iudicia bonae fidei*”, in AUPA. 7 (1918).
- Biondi B., *Actiones noxales in diritto romano classico*, in AUPA. 10 (1925).
- Biondi B., *Successione testamentaria e donazioni*², Milano 1955.
- Biondi B., *Actio negativa ed actio prohibitoria come azioni a difesa delle servitù e dell'usufrutto*, in *Scritti giuridici, II*, Milano 1965.
- Biondi B., *Istituzioni di diritto romano*⁴, Milano 1965.
- Biscardi A., *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino 1968.
- Biscotti B., *Il mercante e il contadino*, in Labeo 45 (1999).
- Bona F., *Cicerone e i 'libri iuris civilis' di Quinto Mucio Scevola*, in AA. VV., *Questioni di giurisprudenza tardo-repubblicana* (Atti Firenze 1983), Milano 1985.
- Bona F., *La certezza del diritto nella giurisprudenza tardo-repubblicana*, in AA. VV., *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana*, Atti del Convegno di Pavia, Padova 1987.
- Bonfante P., *Essenza della “bona fides” e suo rapporto colla teorica dell'errore*, in BIDR. 6 (1893) [ora in *Scritti giuridici, II*, Torino 1918].
- Bonfante P., *Istituzioni di diritto romano*, Firenze 1896.
- Bonfante P., *Facoltà e decadenza del procuratore romano*, in *Studi dedicati a F. Schupfer*, Torino 1898 [ora in *Scritti giuridici varii, III*, Torino 1926].
- Bonfante P., *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, in *Foro ital.* 25 (1900) [ora in *Scritti giuridici varii. III. Obbligazioni, comunione e possesso*, Torino 1926].
- Bonfante P., *Il ius prohibendi nel condominio*, in *Scritti giuridici varii. III. Obbligazioni comunione e possesso*, Torino 1926.
- Bonfante P., *Corso di diritto romano. I. Diritto di famiglia*, Roma 1925 [rist. corretta a cura di G. Bonfante e G. Crifò, Milano 1963].
- Bonfante P., *Corso di diritto romano. II.2. La proprietà*, Roma 1926 [rist. corretta a cura di G. Bonfante e G. Crifò, Milano 1968].
- Bonfante P., *Corso di diritto romano, IV. Le obbligazioni*, Milano 1979 [rist. corretta delle *Lezioni*, aa.aa. 1918-19 e 1919-20, a cura di G. Bonfante e G. Crifò].
- Bonfante P., *Istituzioni di diritto romano*¹⁰, Milano 1987.
- Bonifacio F., *Cognitor, procurator e rapporto processuale*, in *Studi in onore di P. De Francisci, IV*, Milano 1956.
- Bonifacio F., s. v. *Iussum*, in NNDI. 9 (Torino 1963).
- Borgna G., *Del silenzio nei negozi giuridici*, Cagliari 1901.

- Bretone M., *La nozione romana di usufrutto. I. Dalle origini a Diocleziano*, Napoli 1962.
- Bretone M., *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli 1982.
- Bretone M., *Giurisprudenza e oratoria nella tarda repubblica*, in *Poder politico y derecho en la Roma clasica*. Ed. J. Paricio, Madrid 1997.
- Bretone M., *Storia del diritto romano*¹³, Bari 2010.
- Briguglio F., *Studi sul procurator. I. L'acquisto del possesso e della proprietà*, Milano 2007.
- Brutti M., *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, I, Milano 1973.
- Brutti M., *Cicerone, dalla virtù al diritto*, in SDHI. 77 (2011).
- Brutti M., *Il diritto privato nell'antica Roma*², Torino 2011.
- Buckland W. W., *The Roman law of slavery: the condition of the slave in private law from Augustus to Justinian*², Cambridge 1970.
- Buckland W. W., *Culpa and bona fides in the actio ex empto*, in LQR. 48 (1932).
- Burdese A., “*Dos patris et filiae communis*”, in Labeo 5 (1959).
- Burdese A., *Considerazioni sulla configurazione arcaica delle servitù a proposito di taluni recenti studi*, in *Studi in onore di G. Grosso*, I, Torino 1968.
- Burdese A., *Sul 'procurator'*, in SDHI. 37 (1971).
- Burdese A., *Manuale di diritto privato romano*³, Torino 1987.
- Burdese A., *Recensione a N. Donadio, La tutela del compratore tra 'actiones aediliciae' e 'actio empti'*, Milano 2004, in IVRA 56 (2006-2007).
- Buti I., *Studi sulla capacità patrimoniale dei servi*, Napoli 1976.
- Calonge A., *Evicción. Historia de un concepto y análisis de su contenido en el Derecho romano clásico*, Salamanca 1969.
- Camodeca G., *'Tabulae Herculenses': riedizione delle 'emptiones' di schiavi (TH 59-62)*, in *'Quaestiones iuris'. Festschrift für J. G. Wolf zum 70. Geburtstag*, hrg. von U. Manthe und C. Krampe, Berlin 2000.
- Cancelli F., *L'origine del contratto consensuale di compravendita nel diritto romano. Appunti esegetico-critici*, Milano 1963.
- Cancelli F., *Per una revisione del 'cavere' dei giureconsulti repubblicani*, in *Studi in onore di E. Volterra*, V, Milano 1971.
- Cancelli F., *L'assistenza nel processo o l'“in iure cavere” del giureconsulto*, Roma 1974.
- Cancelli F., *La giurisprudenza unica dei pontefici e Gneo Flavio, tra fantasie e favole romane e romanistiche*, Roma 1996.
- Cannata C. A., *Su alcuni problemi relativi alla 'locatio horrei' nel diritto romano classico*, in SDHI. 30 (1964).
- Cannata C. A., *La compravendita consensuale romana: significato di una struttura*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Materiali per un corso di diritto romano*, a cura di L. Vacca, Torino 1997.
- Cannata C. A., *Corso di istituzioni di diritto romano II.1*, Torino 2003.
- Cantarella E., *Diritto romano. Istituzioni e storia*, Milano 2010.
- Capogrossi Colognesi L., *La struttura della proprietà e la formazione dei 'iura praediorum' nell'età repubblicana*, I, Milano 1969.
- Carcattera A., *Intorno ai “bonae fidei iudicia”*, Napoli 1964.

- Carcaterra A., *Le definizioni dei giuristi romani. Metodo, mezzi e fini*, Napoli 1966.
- Carcaterra A., *Ancora sulla "fides" e sui "bonae fidei iudicia"*, in SDHI. 33 (1967).
- Carcaterra A., *Dolus bonus/dolus malus. Esegesi di D.4.3.1.2-3*, Napoli 1970.
- Cardilli R., *L'obbligazione di «praestare» e la responsabilità contrattuale in diritto romano (II sec. A. C. – II sec. d. C.)*, Milano 1995.
- Cardilli R., *"Bona fides" tra storia e sistema²*, Torino 2010.
- Cardilli R., *'Vir bonus' e 'bona fides'*, in *Vir bonus. Un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica*, Incontro di studio, Trani, 28-29 ottobre 2011, Bari 2013.
- Casavola F., s. v. *Dolo* (dir. rom.), in NNDI. 6 (Torino 1960).
- Casavola F., *Giuristi adrianei*, Roma 2011.
- Cascione C., *'Consensus'. Problemi di origine, tutela processuale. Prospettive sistematiche*, Napoli 2003.
- Cascione C., *Consenso, «mezzo consenso», dissenso. Una disputa romanistica di primo novecento su collegialità e condominio*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali*, I, Napoli 2003.
- Castello C., *Recensione di R. Astolfi, Il fidanzamento nel diritto romano*, Padova 1989, in IVRA 40 (1989).
- Castresana A., *Reflexión sobre la significación jurídica de 'auctoritas', 'credere' y 'pontifex' a propósito de las etimologías de A. Pariente*, in BIDR. 91 (1988).
- Castresana A., *En busca de un significado unitario del término 'auctoritas'*, in *Estudios J. Iglesias*, I, Madrid 1988.
- Castresana A., *La relevancia jurídica del silencio (a propósito de ciertos deberes de información del vendedor)*, in Index 40 (2012).
- Castro A., *'Emptio venditio' y 'consensus'. Contribución al estudio del origen y fundamentos de la compraventa romana: contrato-fin y contrato-medio*, in *'Iuris Vincula'. Studi in onore di M. Talamanca*, II, Napoli 2001.
- Castro Sáenz A., *Cicerón y la jurisprudencia romana. Un estudio de historia jurídica*, Valencia 2010.
- Cataudella Q., *Sulle fonti del 'de officiis di Cicerone'*, in *Atti del I. Congr. Studi Cicer.* (Roma 1959), II, Roma 1961.
- Cavazza F., *Aulo Gellio, Le Notti Attiche*, IV-V, Bologna 1991.
- Cenderelli A., *Ricerche su Sesto Pedio*, in SDHI. 44 (1978).
- Cenderelli A., *Durata del contratto e necessità del locatore. Sulle origini della legislazione vincolistica in tema di locazione abitativa*, in *Studi per G. Nicosia*, II, Milano 2007.
- Cenderelli A., *L'intervento del "defensor" nel processo formulare e la portata dell'editto "de negotiis gestis"*, in *Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico*, Atti del Convegno in memoria di A. Biscardi, Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001, Milano 2011.
- Cerami P., *"Mutua pecunia a magistro 'navis reficiendae causa' sumpta" e "praepositio exercitoris"*, in AUPA. 46 (2000).
- Cerami P., *Introduzione allo studio del diritto commerciale romano*, in *Lezioni di diritto commerciale romano*, a cura di P. Cerami-A. Petrucci, Torino 2002.
- Cerami P., *Recensione di R. Fiori, "Bonus Vir"*, in IVRA 61 (2013).

- Chiusi T., *Contributo allo studio dell'editto "de tributaria actione"*, Roma 1993.
- Cicogna G., *Sulla così detta "Relocatio Tacita"*, in AG. 3 (1905).
- Coli U., *Il testamento nella Legge delle XII Tavole*, in IVRA 7 (1956).
- Coppola Bisazza G., *Brevi riflessioni sulla funzione della mancipatio familiae*, in IVRA 50 (1999).
- Coppola Bisazza G., *Lo iussum domini e la sostituzione negoziale nell'esperienza romana*, I, Milano 2003.
- Coppola Bisazza G., *In tema di sostituzione volontaria e procurator*, in *Studi per G. Nicosia*, II, Milano 2007.
- Coppola Bisazza G., *Dallo iussum domini alla contemplatio domini. Contributo allo studio della storia della Rappresentanza*, Milano 2008.
- Coppola Bisazza G., *Ancora qualche precisazione sul formulario del testamentum per aes et libram*, in IVRA 62 (2014).
- Corbino A., *Il rituale della 'mancipatio' nella descrizione di Gaio ('Rem' tenens in Inst. 1,119 e 2,24)*, in SDHI. 42 (1976).
- Corbino A., *Ricerche sulla configurazione originaria delle servitù*, Milano 1981.
- Corbino A., *La struttura dell'affermazione contenziosa nell'agere sacramento in rem' ('secundum suam causam' in Gai. 4.16)*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, VII, Milano 1987.
- Corbino A., *Schemi giuridici dell'appartenenza nell'esperienza romana arcaica*, in *La proprietà e le proprietà*, a cura di E. Cortese, Milano 1988.
- Corbino A., *La struttura della dichiarazione di acquisto nella mancipatio e nella in iure cessio*, in *Collatio Ivris Romani I* (Amsterdam 1995).
- Corbino A., *Il formalismo negoziale nell'esperienza giuridica romana²*, Torino 2006.
- Corbino A., *L'eccezione di dolo generale: suoi precedenti nella procedura 'per legis actiones'*, in *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, a cura di L. Garofalo, Padova 2006.
- Corbino A., *Il danno qualificato e la lex Aquilia. Corso di diritto romano²*, Padova 2008.
- Corbino A., *Fides bona contraria est fraudi et dolo*, in RIDA. 60 (2013).
- Corbino A., *Diritto privato romano: contesti, fondamenti, discipline³*, Padova 2014.
- Corbino A., *I difficili confini tra astuzia e malizia nella riflessione tardo-repubblicana*, in corso di pubblicazione.
- Corbino A., *Ancora su malizia ed astuzia nella riflessione tardo-repubblicana*, in corso di pubblicazione.
- Corbino A., *Atti dicis causa*, in corso di pubblicazione.
- Costa E., *Cicerone giureconsulto*, I², (rist. an.), Roma 1964.
- Costa E., *La locazione di cose nel diritto romano*, Roma 1966.
- Costa E., *Il diritto privato nelle commedie di Plauto*, (rist. an. 1890), Roma 1968.
- Crifò G., *'Prodigium' e diritto: il caso dell'ermafrodita*, in Index 27 (1999).
- Cristaldi S. A., *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, Milano 2007.
- Cuena Boy F., *La idea de rerum natura como criterio basico de la imposibilidad fisica de la prestacion*, in RIDA. 40 (1993).
- Cuena Boy F., *Rerum natura e imposibilidad física de la prestación en el derecho romano clásico*, Santiago de Compostela 2010.

- Cursi M. F., *L'eredità dell'actio de dolo e il problema del danno meramente patrimoniale*, Napoli 2008.
- D'Angelo N., *Il silenzio nel diritto privato*, in *Riv. della Scuola Superiore dell'Economia e delle Finanze* 8/9 (2005).
- D'Ippolito F., *Sulla data dell'actio de dolo*, in *Labeo* 41 (1995).
- D'Ors A., *Derecho Privado Romano*⁹, Pamplona 1997.
- D'Orta M., *Trebazio Testa e la questura. A proposito di D.1.13.1.1 (Ulp. l. sing. de officio quaestoris)*, in *SDHI*. 49 (1993).
- Dalla D., *L'incapacità sessuale in diritto romano*, Milano 1968.
- Dalla D., *Status e rilevanza dell'ostentum*, in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, II, Napoli 1984.
- Dalla D.-Lambertini R., *Istituzioni di diritto romano*³, Torino 2006.
- Dalla Massara T., *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.
- Dalla Massara T., *Evizione e circolazione della proprietà: matrici romane del sistema italiano vigente*, in *IVRA* 57 (2008-2009).
- Dalla Massara T., *Per una ricostruzione delle strutture dell'evizione*, in *Studi in onore di A. Metro*, II, Milano 2010.
- Daube D., *'Finium demonstratio'*, in *JRS*. 47 (1957).
- Daube D., *Slightly different*, in *IVRA* 12 (1961) [ora in *Collected Studies in Roman Law*, II, Frankfurt am Main 1991].
- De Bernardi M., *A proposito della pretesa contrapposizione concettuale tra dolus e bona fides nel linguaggio dei giuristi*, in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano (Atti Milano, 1987)*, II, Milano 1990.
- De Bujàn A. F., *Derecho privado romano*⁴, Madrid 2011.
- De Falco I., *«Diligentiam praestare».* *Ricerche sull'emersione dell'inadempimento colposo delle obbligazioni*, Napoli 1991.
- De Martino F., *Studi sull'actio exercitoria*, in *Riv. Dir. Nav.* 7 (1941) [ora in *Diritto economia e società nel mondo romano*, I, Napoli 1995].
- De Martino F., *Ancora sull'actio exercitoria*, in *Labeo* 4 (1958).
- De Martino F., *Storia della costituzione romana*², II, Napoli, 1973.
- De Medio A., *Il patto di non prestare l'evizione e il dolo del venditore nel diritto romano classico*, in *BIDR*. 16 (1904).
- De Robertis F. M., *"Invitus procurator". Appunti sul procuratore nel diritto classico*, in *Annali Bari* 1 (1934) [ora in *Scritti varii di diritto romano. I. Diritto privato*, Bari 1987].
- De Robertis F. M., *La espropriazione per pubblica utilità nel diritto romano*, Bari 1936.
- De Robertis F. M., *La responsabilità contrattuale nel sistema della grande Compilazione*, I, Bari 1983.
- De Robertis F. M., *Sull'espropriazione per pubblica utilità nel diritto romano*, in *Scritti varii di diritto romano. I. Diritto Privato*, Bari 1987.
- De Ruggiero E., s. v. *Aedilis*, in *Dizionario Epigrafico di Antichità Romane*, (rist. an.), I, Roma 1961.

- De Senarclens A., *La date de l'édit des édiles de mancipiis vendundis*, in TR. 4 (1923).
- De Senarclens A., *L'extension de l'édit des édiles aux vente de toute espèce de choses*, in RH. 6 (1927).
- De Simone M., *Riflessioni sul ruolo della prohibitio nella tutela petitoria della servitus altius non tollendi*, in AUPA. 48 (2003).
- De Visscher F., *Le régime romain de la noxalité*, Bruxelles 1947.
- De Visscher F., 'Auctoritas' et 'mancipium', in SDHI. 22 (1956).
- De Visscher F., *Il sistema romano della nossalità*, in IVRA 11 (1960).
- De Zulueta F., *The Roman Law of Sale*, Oxford 1945.
- Del Prete P., *La responsabilità dello schiavo nel diritto penale romano*, (rist. an. Bari 1937), Roma 1972.
- Dernburg H., *Pandette I* (trad. it., a cura di Cicala F. B.), Torino 1903.
- Devilla V., s. v. *In iure cessio*, in NNDI. 8 (Torino 1957).
- Di Marzo S., *Istituzioni di diritto romano*⁵, Milano 1946.
- Di Marzo S., *Lezioni sul matrimonio romano*, Roma 1972.
- Di Porto A., *Impresa collettiva e schiavo 'manager' in Roma antica (II sec. a. C. - II sec. d. C.)*, Milano 1984.
- Di Salvo S., 'Nuncupare', in Index 12 (1983-1984).
- Diliberto O., *Studi sulle origini della cura furiosi*, Napoli 1984.
- Diliberto O., *Materiali per la palingenesi delle XII Tavole, I*, Cagliari 1992.
- Donadio N., L'“*actio de modo agri*” nel ricordo delle “*Pauli Sententiae*”, in Index 28 (2000).
- Donadio N., *La tutela del compratore tra actiones aediliciae e actio empti*, Milano 2004.
- Donadio N., *Sulla comparazione tra desertor e fugitivus, tra emansor ed erro in D.49.16.4.14*, in *Scritti in ricordo di B. Bonfiglio*, Milano 2004.
- Donadio N., *Responsabilità del venditore per i vizi della “res empti”: a proposito di D:19.1.13.1 (Ulp. 32 ad ed.)*, in Index 33 (2005).
- Donadio N., *Azioni edilizie e interdipendenza delle obbligazioni nell' 'emptio venditio'. Il problema di un giusto equilibrio tra le prestazioni delle parti, in La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. Garofalo, II, Padova 2007.
- Donadio N., *Le 'auctiones' private all'epoca di Plauto. Consuetudini, regole, pratiche delle vendite all'asta nel mondo romano e le loro tracce nella 'palliata' latina*, in *Diritto e teatro in Grecia e a Roma*, a cura di E. Cantarella e L. Gagliardi, Milano 2007.
- Donadio N., *Qualità promesse e qualità essenziali della res vendita: il diverso limite tra la responsabilità per reticentia e quella per dicta promissave nel 'diritto edilizio' o nel ius civile*, in TSDP. 3 (2010).
- Donatuti G., *Studi sul procurator. II. Verus et falsus procurator*, in AUPE. 33 (1921) [ora in *Studi di diritto romano, I*, Milano 1976].
- Donatuti G., *Il silenzio come manifestazione di volontà*, in *Studi in onore di P. Bonfante, IV*, Milano 1930 [ora in *Studi di diritto romano, I*, Milano 1976].
- Dyck A. R., *A commentary on Cicero, De officiis*, Michigan 1996.
- Ernout A.-Meillet A., *Dictionnaire étimologique de la langue latine*⁴, Paris 1951.

- Fadda C., *Consortium, collegia, magistratuuum, communio*, in *Studi in onore di B. Brugi*, Palermo 1910.
- Falchi G. L., *Ricerche sulla legittimazione passiva alle azioni nossali. Il possessore di buona fede del servo*, Milano 1976 .
- Falcone G., *L'attribuzione della qualifica di 'vir bonus' nella prassi giudiziaria di età repubblicana (a proposito di Cato, or. Frg. 186 Sblend=206 Male)*, in *AUPA*. 44 (2010-2011).
- Falcone G., *L'attribuzione della qualifica di 'vir bonus' nella prassi giudiziaria di età repubblicana. Con un'appendice su 'optimus', 'probus', 'fortis'*, in *Vir bonus. Un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica*, Incontro di studio, Trani, 28-29 ottobre 2011, Bari 2013.
- Fayer C., *La familia romana. Aspetti giuridici e antiquari. Parte seconda. Sponsalia, matrimonio, dote*, Roma 2005.
- Fedeli P., *Il 'De officiis' di Cicerone. Problemi e atteggiamenti della critica moderna*, in *ANRW*. I (4/1973).
- Fercia R., *Criteri di responsabilità dell'exercitor: modelli culturali dell'attribuzione di rischio e regime della nossalità nelle azioni penali in factum contra nautas, caupones et stabularios*, Torino 2002.
- Fercia R., *«Fiducia contrahere» e «contractus fiduciae». Prospettive di diritto romano ed europeo*, Napoli 2012.
- Ferrini C., *Viviano-Prisco Fulcinio*, ora in *Opere*, II. *Studi sulle fonti del diritto romano*, a cura di F. Albertario, Milano 1929.
- Ferrini C., *Sull'origine del contratto di vendita in Roma*, in *Opere*, III, Milano 1929.
- Fiori R., *La definizione della 'locatio conductio'. Giurisprudenza romana e tradizione romanistica*, Napoli 1999.
- Fiori R., *Eccezione di dolo generale ed editto asiatico di Quinto Mucio: il problema delle origini*, in *L'eccezione di dolo generale. Diritto romano e tradizione romanistica*, a cura di L. Garofalo, Padova 2006.
- Fiori R., *Fides e bona fides. Gerarchia sociale e categorie giuridiche*, in *Modelli teorici e metodologici metodologici nella storia del diritto privato*, III, Napoli 2008.
- Fiori R., *"Bonus Vir". Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, Napoli 2011.
- Fiori R., *Bona fides. Formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica*, (Parte seconda), in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, a cura di R. Fiori, Napoli 2011.
- Fiori R., *Il vir bonus tra filosofia greca e tradizioni romane nel de officiis di Cicerone*, in *Vir bonus. Un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica*, Incontro di studio, Trani, 28-29 ottobre 2011, Bari 2013.
- Földi A., *La responsabilità dell'avente potestà per atti compiuti dall'exercitor suo sottoposto*, in *SDHI*. 64 (1998).
- Földi A., *Osservazioni intorno al c.d. dualismo della 'bona fides'*, in *Studi in onore di A. Metro*, II, Milano 2010.
- Forcellini Æ., *Lexicon Totius Latinitatis*, (rist. ed. 1688-1768), III-IV, Padova 1940.
- Franchini L., *Aspetti giuridici del pontificato romano. L'età di Publio Licinio Crasso (212-183 a. C.)*, Napoli 2008.

- Franchini L., *A proposito di un famoso caso di frode a Siracusa (per una rilettura di Cicerone, de officiis, 3.14.58-60)*, in *Civitas et civilitas, Studi in onore di F. Guizzi*, I, Torino 2013.
- Franciosi G., *Studi sulle servitù prediali*, Napoli 1967.
- Frese B., *Defensio, solutio, expromissio des unberufenen Dritten*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, IV, Milano 1930.
- Frese B., *Das Mandat in seiner Beziehung zur Prokurator*, in *Studi in onore di S. Riccobono*, IV, Palermo 1936.
- Frezza P., “*Fides bona*”, in AA. VV., *Studi sulla buona fede*, Milano 1975.
- Fubini R., *La teoria dei vizi redibitori*, Torino 1906.
- Fuenteseca P., *Mancipium, mancipatio e dominium*, in *Labeo* 4 (1958).
- Fuenteseca P., *Derecho privado romano*, Madrid 1978.
- Fuenteseca P., *Trasferimento della proprietà e auctoritas nella vendita romana, in Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Materiali per un corso di diritto romano*, a cura di L. Vacca, I, Torino 1997.
- Gabba G. F., *Del silenzio in diritto civile*, in *Nuove questioni di diritto civile*, Torino 1905-1906.
- Gagliardi L., *Prospettive in tema di origine della compravendita consensuale romana*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. Garofalo, I, Padova 2007.
- Gallo F., *Studi sulla distinzione fra 'res Mancipi' e 'res nec Mancipi'*, Torino 1958.
- Gallo F., *In tema di origine della compravendita consensuale romana (a proposito del volume di F. Cancelli, L'origine del contratto consensuale di compravendita nel diritto romano)*, in *SDHI*. 30 (1964).
- Gallo F., *Sulla presunta estinzione del rapporto di locazione per iniziativa unilaterale*, in *Synteleia. Scritti di V. Arangio-Ruiz*, II, Napoli 1964.
- Gallo F., *Eredità di giuristi romani in materia contrattuale*, in *SDHI*. 55 (1989).
- Gallo F., *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto. Corso di diritto romano*, Torino 1997.
- Gallo F., *Bona fides e ius gentium*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese*, a cura di L. Garofalo, II, Bologna 2003.
- Gallo P., *Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese*, a cura di L. Garofalo, II, Bologna 2003.
- Gamauf R., *Ad statum licet confugere. Untersuchungen zum Asylrecht im römischen Prinzipat*, Frankfurt am Main 1999.
- Gandolfi G., *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, Milano 1966.
- Garcia Garrido M. J., *Derecho privado romano. I. Instituciones²*, Madrid 1982.
- Garofalo L., *Studi sull'azione redibitoria*, Padova 2000.
- Gaudemet J., *Le droit privé romain*, Paris 1998.

- Gimenez Candela T., *Sobre la “scientia domini” y la acción de la ley Aquilia*, in IVRA 31 (1980).
- Gioffredi C., *Su XII Tab. 6.1*, in SDHI. 27 (1961).
- Girard P., *La garantie d'éviction dans la vente consensuelle*, in NRHD. 8 (1884).
- Girard P., *Manuale elementare di diritto romano*, (vers. ital. sulla quarta ed. franc., a cura di C. Longo), Milano 1909.
- Girard P., *Études historique sur la formation du système de la garantie d'éviction en droit romain*, in *Mélanges de droit romain. II. Droit privé et procédure*, Paris 1923.
- Girard P., *L'‘auctoritas’ et l'action ‘auctoritatis’*. *Inventaire d'interpolations*, in *Mélanges de droit roman. II. Droit privé et procédure*, Paris 1923.
- Giuffrè V., “*Nuncupationes*” e “*leges mancipii*”, in Labeo 46 (2000).
- Goretti M. S., *Il problema giuridico del silenzio*, Milano 1982.
- Goretti M. S., *Il problema del silenzio nell'eseplificazione ciceroniana del ‘De officiis’: ipotesi circa la storia come giuridicità e come reale*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, III, Milano, 1982.
- Grosso G., s. v. *Buona fede* (dir. rom), in ED. 5 (Milano 1959).
- Grosso G., *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*², Torino 1967.
- Guarino A., *Labeone giurista meridionale*, in Labeo 1 (1955).
- Guarino A., *L'editto edilizio e il diritto onorario*, in Labeo 1 (1955).
- Guarino A., *L'esaurimento del ius honorarium e la pretesa codificazione dell'editto*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, I, Milano 1953.
- Guarino A., *La sussidiarietà dell'«actio de dolo»*, in Labeo 8 (1962).
- Guarino A., *La multiforme “locatio-conductio”*, in IVRA 50 (1999).
- Guarino A., *Diritto privato romano*¹², Napoli 2001.
- Gulina G., *In iure cessio e mancata vindicatio contraria nella legis actio contentiosa*, in *Iuris Antiqui Historia* 3 (2011).
- Haymann F., *Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache*, Berlin 1912.
- Hernando Lera J., *El contrato de sociedad. La casuística jurisprudencial clásica*, Madrid 1992.
- Honorè A. M., *The history of the aedilician actions from roman to roman-dutch law*, in *Studies in the Roman law of sale: dedicated to the memory of F. De Zulueta*, Oxford 1959.
- Honorè A. M., *Liability for animals: Ulpian and the Compilers*, in *Satura R. Feenstra*, Fribourg 1985.
- Honsell H., *Quod interest im bonae-fidei iudicium. Studien zum römischen Schadenersatzrecht*, München 1969.
- Honsell H., *Römischen Recht*⁵, Heidelberg 2002.
- Horak F., *Wer waren die “veteres”? Zur Terminologie der klassischen römischen Juristen*, in *Vestigia Iuris Romani. Festschrift für G. Wesener zum 60. Geburtstag am 3. Juni 1992*, hrg. von G. Klingerberg, J. M. Rainer und H. Stiegler, Graz 1992.
- Horvat M., *Osservazioni sulla bona fides nel diritto romano obbligatorio*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, I, Napoli 1953.

Humbert M., *Il valore semantico e giuridico di vsvs nelle Dodici Tavole*, in AA. VV., *Le Dodici Tavole: dai Decemviri agli Umanisti*, Pavia 2005.

Impallomeni G., *L'editto degli edili curuli*, Padova 1955.

Impallomeni G., s. v. *Edictum Aedilium Curulium*, in NNDI. 6 (Torino 1960).

Impallomeni G., s. v. *Evizione* (dir. rom.), NNDI. 6 (Torino 1960).

Impallomeni G., *In tema di vitalità e forma umana come requisiti essenziali alla personalità*, in IVRA 22 (1971).

Jakab E., *Praedicere und cavere beim Marktkauf. Sachmaengel griechischen und Römischen Recht*, München 1997.

Jörs P.-Kunkel W.-Wenger L., *Römisches Recht*⁴, Berlin-New York-Springer 1987.

Karlowa O., *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig 1885.

Kaser M., *Das Ziel der "actio empti" nach Eviktion*, in ZSS. 54 (1934).

Kaser M., *Das altromische Ius*, Göttingen 1949.

Kaser M., *Religione e diritto in Roma arcaica*, in *Ann. Sem. giur. di Catania* 3 (1949).

Kaser M., *Die Jurisdiktion der kurulischen Ädilen*, in *Mélanges P. Meylan*, I, Lausanne 1963.

Kaser M., *"Oportere" und "ius civile"*, in ZSS. 83 (1966).

Kaser M., *Das römische Privatrecht*, I², München 1971.

Kaser M., *Unlautere Warenanpreisungen beim römischen Kauf*, in *Festschrift für H. Demelius zum 80. Geburtstag*, hrg. von G. Frotz und W. Ogris, Wien 1973 [ora in *Ausgewählte Schriften*, II, Napoli 1976].

La Pira G., *Istituzioni di diritto romano*, Firenze 1948.

La Torre A., s. v. *Silenzio* (dir. priv.), in ED. 42 (Milano 1990).

Labruna L., *Plauto, Manilio, Catone: premesse allo studio dell'emptio consensuale*, in *Studi in onore di E. Volterra*, V, Milano 1971.

Lambrini P., *La culpa in contrahendo e l'actio de dolo malo*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, IV, Napoli 2011.

Lambrini P., *Studi sull'azione di dolo*, Napoli 2013.

Lanata G., *Legislazione e natura nelle Novelle giustiniane*, Napoli 1984.

Lanfranchi F., s. v. *Ostentum*, in NNDI. 12 (Torino 1965).

Lantella L.-Stolfi E., *Profili diacronici di diritto romano*, Torino 2005.

Lanza C., *Impedimenti del giudice. Alcuni modelli di "diritto classico"*, in BIDR. 90 (1987).

Lanza C., *D.21.1: res se moventes e morbus vitiumve*, in SDHI. 70 (2004).

Lauria M., *L'errore nei negozi giuridici*, in *Riv. dir. civ.* 19 (1927).

Lauria M., *L'errore nel diritto romano*, in SDHI. 7 (1941).

Lauria M., *Matrimonio-Dote in diritto romano*, Napoli 1952.

Lauria M., *Ius. Visioni romane e moderne. Lezioni*², Napoli 1962.

Lenel O., *Das 'Edictum Perpetuum'. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, (rist. dell'ed. Leipzig 1927), Aalen 1956.

Lenel O., *Palingenesia iuris civilis*, a cura di L. Capogrossi Colognesi (pref. di M. Talamanca), I-II, Roma 2000.

- Levy-Bruhl H., *La nature de l'in iure cessio*, in *Quelques problèmes du très ancien droit romain*, Paris 1934.
- Levy-Bruhl H., *Nature de la Mancipatio Familiae*, in *Festschrift Schulz*, I, Weimar 1951.
- Ligios M. A., *Interpretazione giuridica e realtà economica dell'«instrumentum fundi» tra il I sec. a. C. e il III sec. d. C.*, Napoli 1996.
- Lignani P. G., s. v. *Silenzio* (dir. amm.), in ED. 42 (Milano 1990).
- Lombardi L., *Dalla "fides" alla "bona fides"*, Milano 1961.
- Longo C., *Corso di diritto romano. Diritto di famiglia*, Milano 1934.
- Longo C., *Corso di diritto romano. Parte speciale: la compravendita*, Milano 1937.
- Longo G., *Sul regime delle obbligazioni corrispettive nella locatio-conductio rei*, in *Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, II, Napoli 1953.
- Longo G., *Corso di diritto romano. I diritti reali*, Padova 1962.
- Longo G., *Actio exercitoria, actio institoria, actio quasi institoria*, in *Studi in onore di G. Scherillo*, II, Milano 1972.
- Longo G., *'Utilitas publica'*, in *Labeo* 18 (1972).
- Longo G., *Negozi giuridici collegati e negozi su cosa propria*, in *SDHI*. 45 (1979).
- Longo S., *Senatusconsultum Macedonianum. Interpretazione e applicazione da Vespasiano a Giustiniano*, Torino 2012.
- Lucrezi F., *Il problema del mutuo di denaro erogato al «filius familias»*, Napoli 1993.
- Luzzatto G. I., *Caso fortuito e forza maggiore come limite alla responsabilità contrattuale. I. La responsabilità per custodia*, Milano 1938.
- MacCormack G., *Juristic use of the term 'dolus': contract*, in *ZSS*. 100 (1983).
- MacCormack G., *'Dolus' in Republican Law*, in *BIDR*. 88 (1985).
- MacCormack G., *Aliud simulatum, aliud actum*, in *ZSS*. 104 (1987).
- Magdelain A., *'Auctoritas rerum'*, in *RIDA*. 5 (1950).
- Magdelain A., *L'acte per aes et libram et l'auctoritas*, in *RIDA*. 28 (1981).
- Maiuri A., *La polisemia del silenzio nel mondo latino tra politica, diritto e religione*, in *Silenzio e parola nella patristica: XXXIX Incontro di studiosi dell'antichità cristiana, Roma 6-8 maggio 2010*, Roma 2012.
- Mancuso G., *Studi sul decretum nell'esperienza giuridica romana*, in *AUPA*. 40 (1988).
- Manfredini A. D., *Il suicidio. Studi di diritto romano*, Torino 2008
- Manna L., *Rilievi in margine alla responsabilità del venditore di schiavi: la clausola dell'editto edilizio 'Quodsi mancipium adversus ea venisset, sive adversus quod dictum promissumve... iudicium dabimus'*, in *Testimonium amicitiae*, Milano 1992.
- Manna L., *Actio redhibitoria e responsabilità per i vizi della cosa nell'editto de mancipiis vendundis*, Milano 1994.
- Manna L., *L'interdipendenza delle obbligazioni nella vendita e la redibizione volontaria*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. Garofalo, II, Padova 2007.
- Mantello A., *Etica e mercato tra filosofia e giurisprudenza*, in *Affari, finanza e diritto nei primi due secoli dell'impero*, Atti del Convegno Internazionale di

- Diritto Romano (Copanello, 5-8 giugno 2004), a cura di F. Milazzo, Milano 2012.
- Marrone M., *L'efficacia pregiudiziale della sentenza del processo civile romano*, in AUPA. 24 (1955).
- Marrone M., s. v. *Ruta et caesa*, in NNDI. 16 Torino (1969).
- Marrone M., *Considerazioni sui 'ruta (et) caesa'*, in *Studi in onore di E. Volterra*, I, Milano 1971.
- Marrone M., *Trasferimento della proprietà della cosa venduta e pagamento del prezzo*, in AUPA. 42 (1992).
- Marrone M., *Istituzioni di diritto romano*², Palermo 1994.
- Marrone M., *Le significationes di D.50.16 ("de verborum significatione")*, in SDHI. 60 (1994).
- Marrone M., *Su struttura delle sentenze, motivazione e 'precedenti' nel processo privato romano*, in BIDR. 100 (1997) [ora in *Scritti giuridici*, II, Palermo 2003].
- Marrone M., *Sul concorso tra azione 'in solido' e azione nossale: a proposito di D.9.4.4.3 (Paul. 3 ad ed.)*, in AUPA. 48 (2003).
- Marrone M., *Dominus litis*, in AUPA. 53 (2009).
- Martínez Vela J. A., *La institución de la "tácita reconducción" en el Código Civil Español*, in *Rev. de Derecho UNED* 7 (2010).
- Martínez Vela J. A., *Régimen Jurídico de la Tácita Reconducción en Derecho Romano y su Proyección en Derecho actual*, Madrid 2011.
- Martínez Vela J. A., *El valor del silencio en las fuentes literarias antiguas*, Madrid 2012.
- Martínez Vela J. A., *Algunas claves sobre el valor jurídico del silencio*, in *Rev. de Derecho UNED* 10 (2012).
- Martini R., *Le definizioni dei giuristi romani*, Milano 1966.
- Maschi C. A., *La concezione naturalistica del diritto e degli istituti giuridici romani*, Milano 1937.
- Maschi C. A., *Il diritto romano. I. La prospettiva storica della giurisprudenza classica (diritto privato e processuale)*, Milano 1966.
- Masi Doria C., *Recensione a R. Gamauf, Ad statuum licet confugere. Untersuchungen zum Asylrecht im römischen Prinzipat*, Frankfurt am Main 1999, in IVRA 50 (1999).
- Medicus D., *Id quod interest. Studien zum römischen Schadenersatzrecht*, Köln-Graz 1962.
- Merguet H., *Lexikon zu den Reden des Cicero mit Angabe sämtlicher Stellen*, II, (rist. an. dell'ed. Jena 1880), Hildesheim 1964.
- Meylan P., *De deux traits peu remarquables de l' 'in iure cessio'*, in RIDA. 6 (1951).
- Meylan P., *La genèse de la vente consensuelle romaine*, in TR. 21 (1953).
- Meylan P., *Le rôle de la bona fides dans le passage de la vente au comptant a la vente consensuelle a Rome*, in *Aequitas und bona fides, Festgabe zum 70. Geburtstag von A. Simonius*, Basel 1955.
- Meylan P., *L'Editto degli edili curuli*, (rec. a G. Impallomeni, *L'Editto degli edili curuli*, Padova 1955), in Labeo 2 (1956).
- Miceli M., *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'*, Torino 2001.

- Miceli M., *Institor e procurator nelle fonti romane dell'età preclassica e classica*, in IVRA 53 (2002).
- Miceli M., *Brevi riflessioni su mandato e rappresentanza alla luce del pensiero di Giorgio La Pira*, in Index 34 (2006).
- Miceli M., *Studi sulla "rappresentanza" nel diritto romano*, I, Milano 2008.
- Mohino Manrique A., *Pactos en el contrato de compraventa es interés del vendedor*, Madrid 2006.
- Mommsen Th., *Römisches Staatsrecht*, II.1³, (rist. dell'ed. Leipzig 1887), Basel 1952.
- Monaco L., *Percezione sociale e riflessi giuridici della deformità*, in *I diritti degli altri in Grecia e a Roma*, a cura di A. Maffi e L. Gagliardi, Sankt Augustin 2011.
- Monier R., *La garantie contre les vices cachés dans la vente Romaine*, Paris 1930.
- Monier R., *La position de Labéon vis a vis de l'expression "morbus vitiumve" dans l'Edit des Ediles*, in EOS. 48 (1956).
- Nardi E., *Squilibrio e deficienza mentale*, Milano 1983.
- Nicholas B., *Dicta promissave*, in *Roman Law of sale. Studies De Zulueta*, Oxford 1959.
- Nicosia G., *Lineamenti di storia del diritto romano*, Catania 1970.
- Nicosia G., *Il processo privato romano. II. La regolamentazione decemvirale*, Torino 1986.
- Nicosia G., *Giurisdizione nel diritto romano*, in *Digesto. Discipline privatistiche. Sezione civile 9*, Torino 1993.
- Nicosia G., *Institutiones. Profili di diritto privato romano*, Catania 1999.
- Nicosia G., *Quasi pretii loco*, in IVRA 60 (2012).
- Nicosia G., *Nuovi profili istituzionali di diritto romano*⁶, Catania 2013.
- Nörr D., *Osservazioni in tema di terminologia giuridica predecemvirale e di ius mercatorum mediterraneo: il primo trattato cartaginese-romano*, in *Le Dodici Tavole: dai Decemviri agli Umanisti*, a cura di M. Humbert, Pavia 2005.
- Orestano R., *Dal ius al fas*, in BIDR. 46 (1939).
- Orestano R., s. v. *Rappresentanza* (dir. rom.), in NNDI. 14 (Torino 1967).
- Orestano R., *Sulla problematica del segreto nel mondo romano*, in *Il segreto nella realtà giuridica italiana. Atti del Convegno Nazionale, Roma 26-28 ottobre 1981*, Padova 1983.
- Orestano R., *Della 'semantica' del segreto nell'esperienza romana*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, VI, Milano 1991.
- Ortu R., *'Qui venaliciariam vitam exercebat ...': ruolo sociale e qualificazione giuridica dei venditori di schiavi*, in *Ius Antiquum – Drevne Pravo 9* (2002).
- Ortu R., *Note in tema di organizzazione e attività dei 'venaliciarii'*, in *Diritto@Storia. Quaderni di scienze giuridiche e tradizione romana 2* (2003).
- Ortu R., *Garanzia per evizione: 'stipulatio habere licere' e 'stipulatio duplae'*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. Garofalo, II, Padova 2007.
- Ortu R., *"Aiunt aediles ...". Dichiarazioni del venditore e vizi della cosa venduta nell'editto de mancipiis emundis vendundis*, Torino 2008.
- Ortu R., *Schiavi e mercanti di schiavi in Roma antica*, Torino 2012.

- Pacchioni G., *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, in *Riv. di Dir. Comm.* 2 (1906).
- Pacchioni G., *Il ius prohibendi nella communitio in due recenti pubblicazioni*, in *Riv. It. Dir. Com.* X n.12.1 (1912).
- Paperi O., *Procurator e interpretatio nell'editto 'Unde vi'*, in *SDHI.* 63 (1997).
- Paperi O., *Considerazioni sull'origine del "procurator ad litem"*, in *Labeo* 48 (2002).
- Paris J., *La responsabilité de la 'custodia' en droit romain*, Paris 1926.
- Parlamento E., "Servus melancholicus" e "vitia animi" nella giurisprudenza classica, in *Riv. di dir. rom.* 1 (2001) [<http://www.ledonline.it/rivistadidirittoromano/>].
- Parlamento E., *Labeone e l'estensione della «redhibitio» all'«actio empti»*, in *Riv. Dir. Rom.* 3 (2003) [<http://www.ledonline.it/rivistadidirittoromano/>].
- Parrella A., *La reticenza nei negozi giuridici*, in *Studi in onore di A. Ascoli*, Messina 1931.
- Paschall D., *The Origin and Semantic Development of Latin Vitium*, in *Transactions and Proceedings of the American Philological Association* 67 (1936).
- Pastori F., *Gli istituti romanistici come storia e vita del diritto*², Milano 1988.
- Pena Guzmán L. A.-Arguello L. R., *Derecho romano*, Buenos Aires 1962.
- Pernice A., *Labeo. Römisches Privatrecht im ersten Jharhundert der Kaiserzeit*, II.1², (rist. ed. Halle 1895), Aalen 1963.
- Perozzi S., *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, in *Riv. di Dir. Comm.* 2 (1906).
- Perozzi S., *Istituzioni di diritto romano*, I, Firenze, 1906.
- Perozzi S., *Un paragone in materia di comproprietà*, in *Mélanges Girard*, II, Paris 1912.
- Perozzi S., *Istituzioni di diritto romano*, (rist. dell'ed. 1928, a cura di L. Capogrossi Colognesi), Roma 2002.
- Persico C., *Del silenzio come sorgente di obbligazione*, in *Atti R. Accademia di Scienze morali e politiche di Napoli* 22 (1931).
- Petracco Sicardi G., "Saltus", "praedium" e "colonia" nella tavola veleiate, in *Studi in onore di A. Biscardi*, III, Milano 1982.
- Petrucci A., *Ulteriori osservazioni sulla protezione dei contraenti con gli institores ed i magistri navis nel diritto romano dell'età commerciale*, in *IVRA* 53 (2002).
- Petrucci A., *Neque enim decipi debent contrahentes. Appunti sulla tutela dei contraenti con un'impresa nel diritto romano tardorepubblicano e del principato*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese*, a cura di L. Garofalo, VII, Bologna 2003.
- Petrucci A., *Considerazioni in tema di responsabilità verso i terzi contraenti dell'institore o del magister navis libero, non soggetto a potestà, per le attività contrattuali concluse nell'esercizio dell'impresa*, in *IVRA* 56 (2006-2007).
- Petrucci A., *Per una storia della protezione dei contraenti con gli imprenditori*, I, Torino 2007.

- Petrucci A., *Osservazioni minime in tema di protezione dei contraenti con i 'venaliciarii' in età commerciale (II secolo a. C.- metà del III d. C.)*, in *Filia. Scritti per G. Franciosi*, III, Napoli 2007.
- Petrucci A., *Disciplina processuale delle negotiationes e ius controversum*, in *Ius controversum e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi*, Atti del Convegno (Firenze, 21-23 ottobre 2010), a cura di V. Marotta e E. Stolfi, Roma 2012.
- Pezzana A., *D.21.1.45. Contributi alla dottrina romana dell'«actio redhibitoria»*, in *RISG*. 26 (1951).
- Pezzana A., *La classicità dell'actio aestimatoria*, in *AG*. 140 (1951).
- Pezzana A., *L'editto degli edili curuli*, recensione critica a G. Impallomeni e E. Volterra, in *IVRA* 7 (1956).
- Pezzana A., *Sull'actio empti come azione di garanzia per i vizi della cosa in alcuni testi di Cicerone. Note esegetiche*, in *BIDR*. 62 (1959).
- Pezzana A., *Azioni di garanzia per vizi della cosa in diritto bizantino*, in *Synteleia. Scritti di V. Arangio-Ruiz*, II, Napoli 1964.
- Pichonnaz P., *Quelques remarques sur la 'relocatio tacita*, in *RIDA*. 49 (2002).
- Polarà G., *Le 'ventiones'. Fenomeno economico e costruzione giuridica*, Milano 1983.
- Pringsheim F., *The Decisive Moment for Aedilician Liability*, in *RIDA*. 1 (1952).
- Pringsheim F., *L'origine des contracts consensuels*, in *RHD*. 32 (1954).
- Procchi F., *'Dolus' e 'culpa in contrahendo' nella compravendita. Considerazioni in tema di sinallagma genetico*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. Garofalo, I, Padova 2007.
- Provera G., *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano*, Torino 1970.
- Pugliese G., *Appunti sulle azioni nossali*, in *Studi Carnelutti*, II, Padova 1950.
- Pugliese G., *Obbligazione del capo-famiglia e responsabilità diretta del colpevole nel regime della nossalità*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, I, Milano 1953.
- Pugliese G., *In tema di "actio exercitoria"*, in *Labeo* 3 (1957).
- Pugliese G., *Sentenza di rivendicazione e acquisto della proprietà in diritto romano*, in *RIDA*. 6 (1959).
- Pugliese G., *Nuove osservazioni sul regime della nossalità in Roma*, in *RISG*. 16 (1972).
- Pugliese G., *Istituzioni di diritto romano*³, Torino 1991.
- Pugliese G., *Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Materiali per un corso di diritto romano*, a cura di L. Vacca, Torino 1997.
- Pugliese G.-Sitzia F.-Vacca L., *Istituzioni di diritto romano*, Torino 2012.
- Pugsley D., *The Aedilician Edict*, in *Daube Noster*, a cura di A. Watson, Edimburgh-London 1974.
- Quadrato R., *D.3.3.1 pr. e la definizione di 'procurator'*, in *Labeo* 20 (1974).
- Rabel E., *Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte*, Leipzig 1902.
- Rabel E., *Nachgeformte Rechtsgeschäfte*, in *ZSS*. 28 (1906).

- Randazzo S., *Leges mancipii. Contributo allo studio dei limiti di rilevanza dell'accordo negli atti formali di alienazione*, Milano 1998.
- Randazzo S., *Furor e lucidi intervalli. Riflessioni sul regime giuridico della demenza*, in IVRA 62 (2014).
- Ranelletti O., *Il silenzio nei negozi giuridici*, in RISG. 13 (1892).
- Ratti U., *Studi sulla captivitas*, in BIDR. 35 (1927).
- Reduzzi Merola F., «*Servo parere*». *Studi sulla condizione giuridica degli schiavi vicari e dei sottoposti a schiavi nelle esperienze greca e romana*, Napoli 1990.
- Reduzzi Merola F., *Per lo studio delle clausole di garanzia nella compravendita di schiavi: la prassi campana*, in Index 30 (2002).
- Reinoso Barbero F., *Iuris Auctores. (Reflexiones sobre la jurisprudencia romana y el jurista actual)*, in *Estudios de Derecho Romano en honor de Alvaro D'Ors*, II, Pamplona 1987.
- Renier E., *Observations sur la terminologie de l'aliénation mentale*, in RIDA. 5 (1950).
- Riccobono S., *Dalla communio del diritto quiritario alla comproprietà moderna*, in *Essays in Legal History*, London 1913.
- Riccobono S., *Lineamenti della dottrina della rappresentanza diretta in diritto romano*, in AUPA. 14 (1930).
- Riccobono S., *La definizione dello «ius» al tempo di Adriano*, in BIDR. 53-54 (1948).
- Riccobono S., *La "voluntas" nella prassi giudiziaria guidata dai Pontefici*, in *Festschrift F. Schulz*, I, Weimar 1951.
- Robleda O., *El matrimonio en derecho romano*, Roma 1970.
- Rodger A., *Owners and Neighbours in Roman Law*, Oxford 1972.
- Rodger A., *Concealing a Servitude*, in *Studies in Justinian's Institutes in memory of J. A. C. Thomas*, London 1983.
- Rodger A., *Concealing a Servitude. II.*, in Index 22 (1994).
- Rossetti G., *Interdipendenza delle obbligazioni e "risoluzione" della "emptio venditio": alcune soluzioni casistiche della giurisprudenza classica*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. Garofalo, II, Padova 2007.
- Rotelli G., *Ricerca di un criterio metodologico per l'utilizzazione di Plauto*, in BIDR. 75 (1972).
- Russo Ruggeri C., *Brevi note in tema di remissio servitutis nel diritto romano classico*, in AG. 193/1 (1977).
- Russo Ruggeri C., 'Ne veterator pro novicio veneat', in Index 24 (1996).
- Russo Ruggeri C., *Viviano giurista minore?*, Milano 1997.
- Saccoccio A., *Si certum petetur. Dalla condictio dei veteres alle conditiones giustinianee*, Milano 2002.
- Salazar Revuelta M., *Evolución histórico-jurídica del condominio en el Derecho romano*, Jaén 2003.
- Salazar Revuelta M., *Análisis de la compropiedad romana a través de las acciones divisorias*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato. Obbligazioni e diritti reali*, II, Napoli 2003.
- Sanfilippo C., *Dubbi e riflessi in tema di novazione mediante stipulazione nulla*, in *Annali Catania* 3 (1948-1949).

- Sanfilippo C., *Istituzioni di diritto romano*¹⁰, Catania 2002.
- Santoro R., *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, in AUPA. 30 (1967).
- Sargenti M., *Problemi della responsabilità contrattuale*, in SDHI. 20 (1954).
- Sargenti M., *L'evizione nella compravendita romana*, Milano, 1960.
- Sargenti M., *La "satisfactio secundum mancipium" e la "stipulatio habere licere" nel quadro della garanzia per evizione nella compravendita romana*, in BIDR. 55 (1962).
- Sargenti M., *Per una revisione della nozione di auctoritas*, in *Studi in onore di E. Betti*, IV, Milano 1962.
- Savigny F. C., *Sistema del Diritto Romano Attuale*², (trad. it. a cura di V. Scialoja), III, Torino 1900.
- Scherillo G., *Corso di diritto romano. Il testamento*, I, Milano 1966; II, Milano 1967.
- Scherillo G.-Gnoli F., *Diritto romano. Lezioni istituzionali*², Milano 2007.
- Schermaier M. J., *Bona fides in Roman Contract Law*, in *Good Faith in European Contract Law*, ed. by R. Zimmermann and S. Whittaker, Cambridge, New York, 2000.
- Schermaier M. J., *Von Hochstaplern, schlechten Schuldern und vermeintlichen Jungfrauen*, in *Jurisprudentia universalis. Festschrift für Th. Mayer-Maly*, Köln-Weimar-Wien 2002.
- Schermaier M. J., *L'errore nella storia del diritto*, in *Roma e America. Diritto Romano Comune* 24 (2007).
- Schiavone A., *Il caso e la natura. Un'indagine sul mondo di Servio*, in *Società romana e produzione schiavistica. Modelli etici, diritto e trasformazioni sociali*, a cura di A. Giardina e A. Schiavone, III, Roma 1981.
- Schiavone A., *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana. Il secolo della rivoluzione scientifica nel pensiero giuridico antico*, Bari 1987.
- Schulz F., *Classical roman law*, Oxford 1951.
- Schulz F., *Storia della giurisprudenza romana*, (trad. it. a cura di G. Nocera), Firenze 1968.
- Schulz F., *I principii del diritto romano*, (rist. an. dell'ed. Sansone, Firenze 1946), Firenze 1995.
- Scialoja V., *Responsabilità e volontà nei negozi giuridici. Prolusione al corso di Pandette nella R. Università di Roma*, Roma 1885.
- Scialoja V., *Negozi giuridici. Corso di diritto romano nella R. Università di Roma, 1892-1893*³, (prefazione di S. Riccobono), Roma 1950.
- Segrè G., *Studi sul concetto del negozio giuridico*, Torino 1900.
- Serrao F., *Il procurator*, Milano 1947.
- Serrao F., *Impresa e responsabilità nella Roma commerciale*, Pisa 1989.
- Serrao F., *Impresa, mercato, diritto*, in *Mercati permanenti e mercati periodici nel mondo romano, Atti degli incontri capresi di storia dell'economia antica (Capri, 13-15 ottobre 1997)*, Bari 2000 [ora in *Sem. Complut.* 12 (Madrid 2000)].
- Simoncelli V., *Il silenzio nel diritto civile*, in *RIL* 30 (1897).
- Solazzi S., *Sul consenso della "filia familias" all'"actio rei uxoriae" esercitata dal padre*, in *Rendiconti del R. Istituto lombardo di Scienze e Lettere* 70 (1937).
- Solazzi S., *La restituzione della dote in diritto romano*, Città di Castello 1899.

- Solazzi S., *Errore e rappresentanza*, in *Scritti di diritto romano*, I, Napoli 1955.
- Solazzi S., *La definizione del procuratore*, in *Scritti di diritto romano*, II, Napoli 1957.
- Solazzi S., *Procuratori senza mandato*, in *Scritti di diritto romano*, II, Napoli 1957.
- Solazzi S., *Procurator ad litem e la guerra al mandato*, in *Scritti di diritto romano*, III, Napoli 1960.
- Solazzi S., *L'età dell'actio exercitoria*, in *Scritti di diritto romano*, IV, Napoli 1963.
- Solidoro Maruotti L., *La rilevanza giuridica del silenzio in diritto romano*, in *Riv. Scuola Sup. dell'Economia e delle Finanze* 2 (2005).
- Solidoro Maruotti L., *Gli obblighi d'informazione a carico del venditore. Origini storiche e prospettive attuali*, Napoli 2007.
- Solidoro Maruotti L., “*Aliud est celare, aliud tacere*” (Cic., *de off.* 3.12.52). *Proiezioni attuali di un antico dibattito sulla reticenza del venditore*, in *AG.* 227 (2007).
- Solidoro Maruotti L., *La reticenza del venditore in Cic., De off. 3.12-17*, in *Studi per G. Nicosia*, VII, Napoli 2007.
- Solidoro Maruotti L., “... *Si vero sciens reticuit et emptorem deceptit ...*” (D.19.1.13 pr.): ‘vizi di fatto’, ‘vizi di diritto’ e reticenza del venditore, in *Fides Humanitas Ius. Studi in onore di L. Labruna*, VIII, Napoli 2007.
- Solidoro Maruotti L., *La violazione degli obblighi d'informazione in compravendita: un difficile recupero della prospettiva storica*, in *Studi in onore di R. Martini*, III, Milano 2009.
- Solidoro Maruotti L., *Sulle origini storiche della responsabilità precontrattuale*, in *Studi A. Metro*, VI, Milano, 2010.
- Sraffa A., *Il silenzio nella conclusione dei contratti*, in *Giurisprudenza Italiana* 4 (Torino 1893).
- Stein P., *Fault in the Formation of Contract in Roman Law and Scots Law*, Edinburgh 1958.
- Stein P., *Sabino contro Labeone: due tipi di pensiero giuridico romano*, in *BIDR.* 80 (1977).
- Stolfi E., *Studi sui “Libri ad edictum” di Pomponio*, II. *Contesti e pensiero*, Milano 2001.
- Tafaro S., *Buona fede ed equilibrio degli interessi nei contratti*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, a cura di L. Garofalo. *Atti del convegno internazionale di Studi in onore di A. Burdese*, IV, Padova 2003.
- Talamanca M., *Contributi allo studio delle vendite all'asta nel mondo classico*, Roma 1954.
- Talamanca M., *Trebazio Testa fra retorica e diritto*, in *Questioni di giurisprudenza tardo-repubblicana. Atti di un seminario*, Firenze 27-28 maggio 1983, a cura di G. G. Archi, Milano 1985.
- Talamanca M., *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990.
- Talamanca M., s. v. *Vendita* (dir. rom.), in *ED.* 46 (Milano 1993).
- Talamanca M., *Recensione a Horak Wer waren die “veteres”? Zur Terminologie der klassischen römischen Juristen*, [in *Vestigia Iuris Romani. Festschrift für*

- G. Wesener zum 60. Geburtstag am 3. Juni 1992, hrg. von G. Klingerberg, J. M. Rainer und H. Stiegler, Graz 1992], in BIDR. 96-97 (1993-1994).
- Talamanca M., *La bona fides nei giuristi romani: 'Leerformeln' e valori dell'ordinamento*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, a cura di L. Garofalo. Atti del convegno internazionale di Studi in onore di A. Burdese, IV, Padova 2003.
- Talamanca M., *Le Dodici Tavole ed i negozi obbligatori*, in *Le Dodici Tavole: dai Decemviri agli Umanisti*, a cura di M. Humbert, Pavia 2005.
- Talamanca M., *La risoluzione della compravendita e le conseguenti azioni di restituzione nel diritto romano*, in *Caducazione degli effetti del contratto e pretese di restituzione nel diritto romano. Seminario Aristec per B. Kupish, Roma 20-22 giugno 2002*, a cura di L. Vacca, Torino 2006.
- Talamanca M., *Elementi di diritto privato romano*², Milano 2013.
- Terranova F., *Sulla natura 'testamentaria' della cosiddetta mancipatio familiae*, in AUPA. 53 (2009).
- Terranova F., *Ricerche sul testamentum per aes et libram. I. Il ruolo del familiae emptor (con particolare riguardo al formulario del testamento librato)*, Torino 2011.
- Thomas J. A. C., *Custodia and horrea*, in RIDA. 6 (1959).
- Thomas J. A. C., *Return to "horrea"*, in RIDA. 13 (1966).
- Tilli G., «*Dominus sciens*» e «*servus agens*», in Labeo 23 (1977).
- Tomás G., *Fuentes jurídicas del principio qui tacet, consentire videtur. Realidad juridical versus difusión social*, in RIDA. 50 (2003).
- Treggiari S., *Roman marriage: iusti coniuges from the time of Cicero to the time of Ulpian*, Oxford 1993.
- Triantaphyllopoulos J., «*Contra naturam*», in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, III, Napoli 1984.
- Triggiano A., «*Conlega et familiaris meus*»: note minime su Cicerone e Aquilio Gallo, in Index 38 (2010).
- Vacca L., *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, Torino 1989.
- Vacca L., *Ancora sull'estensione dell'ambito di applicazione dell'"actio empti" in età classica*, in IVRA 45 (1994).
- Vacca L., *La garanzia per evizione nel sistema romano e nel sistema del Codice Civile Italiano*, in *Scintillae Iuris. Studi in memoria di G. Gorla*, Milano 1994.
- Vacca L., *Sulla responsabilità ex empto del venditore nel caso di evizione secondo la giurisprudenza tardo-classica*, in *Seminarios complutenses de derecho romano 7 (1995) [= Collatio Iuris Romani II (1995)]*.
- Vacca L., *Annotazioni in tema di vendita e trasferimento della proprietà*, in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Materiali per un corso di diritto romano*, a cura di L. Vacca, Torino 1997.
- Vacca L., *Risoluzione e sinallagma contrattuale nell'esperienza romana dell'età classica*, in *Il contratto inadempito. Realtà e tradizione del diritto contrattuale europeo. Aristec Ginevra 24-27 settembre 1997*, Torino 1999.
- Valiño E., *La 'actio tributoria'*, in SDHI. 33 (1967).

- Varvaro M., *Manu(m) conserere e omnibus verbis vindicare (Gell. 20.10.7)*, in *Le Dodici Tavole: dai Decemviri agli Umanisti*, a cura di M. Humbert, Pavia 2005.
- Varvaro M., *Studi sulla restituzione della dote. I. La formula dell'actio rei uxoriae*, Torino 2006.
- Varvaro M., *Per la storia del certum. Alle radici della categoria delle cose fungibili*, Torino 2008.
- Vážny J., 'Custodia', in AUPA. 12 (1929).
- Vincent H., *Le droit des ediles*, Paris 1921.
- Vinci M., 'Fines regere'. *Il regolamento dei confini dall'età arcaica a Giustiniano*, Milano 2004.
- Vinci M., *Regolamento di confini e rivendicazione. Storia e dommatica di una distinzione*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, II, Napoli 2006.
- Vinci M., 'Demonstratio finium' e compravendita, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, a cura di L. Garofalo, II, Padova 2007.
- Visintini G., *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova 1972.
- Voci P., *Modi di acquisto della proprietà (corso di diritto romano)*, Milano 1952.
- Voci P., s. v. *Errore (dir. rom.)*, in ED. 15 (Milano 1966).
- Voci P., *Diritto ereditario romano*, I², Milano 1967.
- Voci P., *Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano*, in IVRA 31 (1980) [ora in *Studi di diritto romano*, II, Padova 1985].
- Voci P., 'Diligentia', 'custodia', 'culpa'. *I dati fondamentali*, in SDHI. 56 (1990) [ora in Voci P., *Ultimi scritti di diritto romano*, a cura di R. Astolfi, Napoli 2007].
- Voci P., *Istituzioni di diritto romano*⁶, Milano 2004.
- Volterra E., *Intorno all'editto degli edili curuli*, in *Scritti della Facoltà giuridica di Bologna in onore di U. Borsi*, Padova 1955.
- Volterra E., *Ancora sull'Editto degli Edili Curuli*, in IVRA 7 (1956).
- Volterra E., s. v. *Sponsali (dir. rom.)*, in NNDI. 18 (Torino 1957).
- Volterra E., *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma 1961.
- Volterra E., *Lezioni di diritto romano. Il matrimonio romano*, Roma 1961.
- Volterra E., s. v. *Mancipatio*, in NNDI. 10 (Torino 1964).
- Volterra E., s.v. *Matrimonio (dir. rom.)*, in ED. 25 (Milano 1975).
- Volterra E., *L'acquisto della patria potestas*, in BIDR. 79 (1976).
- Volterra E., *Osservazioni intorno agli antichi sponsali romani*, in *Scritti giuridici. II. Famiglia e successioni*, Napoli 1991.
- Volterra E., *Sul consenso della filiafamilias agli sponsali*, in *Scritti giuridici. I. Famiglia e successioni*, Napoli, 1991.
- Volterra E., *Ancora sul consenso della filiafamilias agli sponsali*, in *Scritti giuridici. I. Famiglia e successioni*, Napoli, 1991.
- Wacke A., *Sul concetto di 'dolus' nell'actio de dolo*, in IVRA 28 (1977).
- Wacke A., *Die adjektivischen Klagen im Überblick*, in ZSS. 111 (1994).
- Wacke A., *Alle origini della rappresentanza diretta: le azioni adiectitiae, in Nozione Formazione e Interpretazione del diritto. Dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate a F. Gallo*, II, Napoli 1997.

- Watson A., *The Contract of Mandate in Roman Law*, Oxford 1961.
- Watson A., *The Origins of Consensual Sale: a Hypothesis*, in TR. 32 (1964).
- Watson A., *The Law of Obligations in the Later Roman Republic*, Oxford 1965.
- Watson A., *The Imperatives of the Aedilician Edict*, in RHD. 39 (1971).
- Watson A., *Sellers' Liability for Defects: Aedilician and Pretorian law*, in IVRA 38 (1987).
- Wesener G., *Leges Mancipii. Contributo allo studio dei limiti di rilevanza dell'accordo negli atti formali di alienazione*, Milano 1998, in SDHI. 65 (2000).
- Wieacker F., *Zum Ursprung der "bonae fidei iudicia"*, in ZSS. 80 (1963).
- Wieacker F., *Römische Rechtsgeschichte*, I, München 1988.
- Wlassak M., *Der gerichtliche Magistrat in gesetzlichen Spruchverfahren*, in ZSS. 28 (1907).
- Wolf J. G., *In iure cessio und manumissio vindicta. Ueberlegungen zu zwei archaischen vindicta*, in *Liber Amicorum C. Krampe zum 70. Geburtstag*, hrg. von M. Armgardt, F. Klinck, I. Reichards, Berlin 2013.
- Wolf J. G., *La in iure cessio: considerazioni su un negozio giuridico arcaico*, in IVRA 61 (2013).
- Zablocka M., *La costituzione del "cognitor" nel processo privato romano*, in Index 12 (1983-1984).
- Zilletti U., *La dottrina dell'errore nella storia del diritto romano*, Milano 1961.
- Zimmermann R., *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford 1990.

INDICE DELLE FONTI

<p>I. <i>FONTI GIURIDICHE</i></p> <p>FONTI PREGIUSTINIANEE</p> <p>Lex XII Tabularum (FIRA I², p. 43 ss.)</p> <p>6.1 77;77.311;78.315;78.320;80;81;81.330;84</p> <p>6.2 80;81;81.330;84;89;97;105;109;176;187;</p> <p>6.3-4 106.434</p> <p>GAI INSTITUTIONES</p> <p>1.119 80.329</p> <p>2.24 36</p> <p>2.101-103 82.335</p> <p>2.104 82;82.333;83</p> <p>2.102 82.336</p> <p>2.103 83.339</p> <p>4.72 49.196</p> <p>4.83 41.154</p> <p>4.84 40.151</p> <p>PAULI SENTENTIAE</p> <p>1.19.1 86.351</p> <p>2.17.1-3 106.434</p>	<p>2.17.1-4</p> <p>2.19.2</p> <p>TITULI EX CORPORE</p> <p>ULPIANI</p> <p>5.2</p> <p>FONTI</p> <p>GIUSTINIANEE</p> <p>CODEX IUSTINIANUS</p> <p>4.58.4-1</p> <p>5.4.5</p> <p>5.4.25.1-5</p> <p>DIGESTA</p> <p>1.5.11</p> <p>3.3.1 pr.-1</p> <p>3.3.8 pr.</p> <p>3.3.8.1</p> <p>3.3.15 pr.</p> <p>3.3.40.2</p> <p>3.3.40.4</p> <p>4.3.1.2</p>	<p>86.351</p> <p>24.90</p> <p>23.88</p> <p>114.459</p> <p>29;30.111;71.290</p> <p>27;70.289</p> <p>24;30.111;71.290</p> <p>42.165</p> <p>39.147</p> <p>39;42.163;71.294</p> <p>39</p> <p>43.169</p> <p>40;42;71.292</p> <p>103.427;121.482;121.484</p>
---	--	--

4.3.37	132.125	18.1.15.1	178.710
8.2.5	41.157	18.1.35.8	77.313
8.2.27.1	53	18.1.40.1	94.382
8.3.30	94.381	18.1.41 pr.	76.309
8.4.6 pr.	94.381	18.1.41.1	177.706
8.5.11	53;71.292	18.1.43 pr.-1	168.675
9.2.45 pr.	67.276	18.1.43.1	152;178.710
9.4.2 pr.-1	64;71.292	18.1.43.2	77.313
9.4.3	67.275	18.1.45	177
9.4.4 pr.-3	65;71.292	18.1.59	85.346;93
10.3.28	55;70.289	18.1.66 pr.	94.382
12.2.26.4	53.218	18.1.66 pr.-1	101 ss.
14.1.1.1	46.182	18.1.66.1	94.383
14.1.1.4	46.183	18.1.66.2	87.361
14.1.1.5	44;71.290	19.1.1.1	94.381;101.415
14.4.1 pr.	49.196	19.1.4.1	86.352
14.4.1.3	45;49;51.203;71.290	19.1.6.4	177.706
14.4.1.4	49.198	19.1.6.6	94.382
14.4.5.6	49.198	19.1.11.3	181
18.1.9.2	177.706	19.1.11.5	182;183.731
18.1.11.1	183.729	19.1.13 pr.	172
18.1.14	177.706	19.1.13.1	173
		19.1.13.3	153;173.691

19.1.17.6	88.363;88.364	21.1.4.5	148.592
19.1.18 pr.-1	88.362	21.1.4.6	148
19.1.38.2	88.362	21.1.6 pr.	148
19.1.39	94.381	21.1.6.1	141
19.2.13.11	58;60.244;63.260;71.292	21.1.8	137.538;141.562;170.679
19.2.14	58;70.289	21.1.9	146.582
19.2.21	119	21.1.10 pr.-1	137.538;141.562
19.2.60.6	62;70.292	21.1.10.1	144.571
21.1.1.1	127 ss.;129;130;131.521;149	21.1.11	144.570
21.1.1.2	134.529	21.1.12.1	147.586
21.1.1.6	133.526;401.415	21.1.12.4	141
21.1.1.7	136.535;147.586	21.1.14.3	143
21.1.1.8	131.519;147	21.1.14.10	133.526
21.1.1.9	148.595;163.657;165.668	21.1.17	160.639
21.1.1.9-10	170.680	21.1.17.20	150
21.1.1.9-11	160 ss.; 162.655	21.1.18 pr.-2	156 ss.
21.1.3	146.582	21.1.19 pr.-1	150
21.1.4 pr.-1	161	21.1.19.2	149.599
21.1.4.1	162.655;162.656	21.1.19.4	157
21.1.4.1-3	148.594	21.1.19.6	131.523; 149.598
21.1.4.2-4	164	21.1.20	149.598
21.1.4.3	160.638;164	21.1.29.3	172.687
21.1.4.4	164;165	21.1.31.1	157.607

21.1.33 pr.	88.368;158	24.3.2.2	33;70.289
21.1.38 pr.	126.495	33.7.1 pr.-1	88.368
21.1.38.7	169	33.7.8 pr.	88.367
21.1.43.1-2	160.639	47.6.1.1	69.284
21.1.48	85.347;92	49.15.12.3	25ss.;71.291;72.297
21.1.49	114.459	49.15.23	26.96;27.100
21.1.52	149.598;151.607	50.16.38	139
21.1.53	148.592	50.16.90	85.348
21.1.54	160.639	50.16.126	93
21.1.55	149.598	50.16.169	93
21.2.39.5	94.384	50.16.241	87.361
21.2.69.5	94.381	50.17.60	55.226
21.2.75	76.309;85.347;92	50.17.142	7;15
23.1.7.1	31;32.118;33.122;71.290	Institutiones Iustiniani	
23.1.11	30.114	4.7.3	49.196
23.1.12 pr.-1	31;71.290	II. FONTI LETTERARIE	
23.2.2	23	Cicero a) <i>Philosophica de officiis</i>	
23.2.3	23	1.7.23	119
23.2.9 pr.	24.92	3.12.50	112.450
23.2.9.1	26.96	3.12.50-53	98.400;104.430;109ss.
23.2.11	27.100	3.13.50.57	113.454
23.2.45.5	41.157	3.12.53	122.486
23.4.8	29.96	3.13.54-55	97.398
		3.13.54.57	98.400;113;122.486

3.14.58-60	115ss.	4.2.9-10	146.584
3.14.60	103.426;116.467	4.2.11	146.584
3.16.65	75;107	4.2.12	144
3.16.65-67	170.680	4.2.13-14	145
3.16.66	94ss.;115.463;117.469;164.661;176.703	4.2.15	146
3.16.66-67	108.442;116.464	PLAUTUS	
3.16.67	96.392;97ss.;97.396;100	<i>Captivi</i>	
3.17.71	126.498;133.527	823-825	124.488
3.23.89	113.454	<i>Epidicus</i>	
3.23.91	74.304;126.499	471-472	76.309
<i>de republica</i>		<i>Mercator</i>	
4.7	119	418-420	124.488
b) <i>Rhetorica</i>		<i>Rudens</i>	
<i>de oratore</i>		373-374	124.488
1.39.178	74.304;98	<i>Mostellaria</i>	
1.57.245	78.316	798-800	124.488
2.55.226	87.361	SENECA (rethor)	
<i>topica</i>		<i>controversiae</i>	
100	87.361	7.6.23	126.498
GELLIUS		VALERIUS MAXIMUS	
<i>noctes Atticae</i>		<i>facta et dicta memorabilia</i>	
4.2.1	126.498;126.499;128	8.2.1	95
4.2.1-15	135	VARRO	
4.2.2	135.530	<i>de lingua latina</i>	
4.2.3	147.586	7.8	78.316
4.2.3-5	135ss.;137.539		
4.2.4	145.579		
4.2.6-7	146.580		
4.2.8-10	140		

