



**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO**

DOTTORATO IN DIRITTO COMPARATO  
DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA  
IUS/18

**EQUILIBRIO DELLE PRESTAZIONI CONTRATTUALI E  
RIMEDI GIURISDIZIONALI: UN'ANALISI STORICO-  
COMPARATISTICA**

LA DOTTORESSA  
STEFANIA BARBERA

IL TUTOR  
VICE-COORDINATORE

Chiar.ma Prof.ssa  
MARIA MICELI

## **INDICE**

### **PREFAZIONE**

#### **PREMESSA METODOLOGICA E OBIETTIVI DELLA RICERCA**

1. La rilevanza di uno studio storico sulla “giustizia contrattuale” e sull’equilibrio soggettivo delle parti.
2. La “giustizia contrattuale” nell’esperienza giuridica romana: l’equilibrio delle prestazioni nella riflessione scientifica romana e l’equilibrio delle parti nell’*edictum de mancipiis vendundis* sulla garanzia per vizi nelle compravendite di schiavi.
3. La “giustizia contrattuale” nell’esperienza giuridica moderna: l’equilibrio soggettivo delle parti nella disciplina sulla garanzia per vizi nella compravendita dei beni di consumo in Italia e in Spagna.

### **PARTE I**

#### **LA “GIUSTIZIA CONTRATTUALE” NELL’ESPERIENZA GIURIDICA ROMANA**

##### **CAPITOLO I**

##### **L’EQUILIBRIO DELLE PRESTAZIONI CONTRATTUALI NELLA RIFLESSIONE SCIENTIFICA ROMANA**

1. L'ambivalenza semantica del termine *συνάλλαγμα*.
2. Il concetto di *συνάλλαγμα* nel pensiero di Labeone: reciprocità delle obbligazioni.
3. Il concetto di *συνάλλαγμα* nel pensiero di Aristone: equilibrio degli interessi negoziali.
4. Il concetto di *συνάλλαγμα* nella riflessione della Scuola Pandettistica: l'interdipendenza genetica e funzionale delle prestazioni.
5. Alcune considerazioni.

## **CAPITOLO II**

### **L'EDICTUM DE MANCIPIIS VENDUNDIS SULLA GARANZIA PER VIZI NELLE COMPRAVENDITE DI SCHIAVI**

1. Considerazioni metodologiche sulla fonte oggetto del nostro studio.
  - 1.1 Le principali ricostruzioni dell'*Edictum perpetuum*.
  - 1.2 Le principali ricostruzioni dell'*Edictum aedilicium*.
  - 1.3 Le principali ricostruzioni dell'*edictum de mancipiis vendundis*.
2. L'autonomia sostanziale e formale dell'*edictum de mancipiis vendundis* rispetto all'Editto pretorio come indizio di una particolare attenzione edilizia al tema dell'equilibrio soggettivo delle parti in tema di garanzia per vizi nelle compravendite di schiavi.
  - 2.1 L'argomento sostanziale: un "codice etico" dei commercianti di schiavi.

2.2 L'argomento formale: la collocazione classica dell'Editto edilizio nell'*Edictum perpetuum*.

**CAPITOLO III**  
**CORRETTIVI GIURISDIZIONALI ALLO SQUILIBRIO DELLE**  
**PARTI NELL'*EDICTUM DE MANCIPIIS VENDUNDIS*: LA**  
**CLAUSOLA SULLA FORMULA DELL' *ACTIO REDHIBITORIA***

1. L'*actio redhibitoria*: correttivo agli squilibri delle compravendite di schiavi nei mercati.
2. La doppia clausola arbitraria: restituzione di entrambe le prestazioni e ripristino dell'equilibrio.

**CAPITOLO IV**  
**CORRETTIVI GIURISDIZIONALI ALLO SQUILIBRIO DELLE**  
**PARTI NELL'*EDICTUM DE MANCIPIIS VENDUNDIS*: LA**  
**CLAUSOLA SULLA FORMULA DELL'*ACTIO AESTIMATORIA* O**  
***QUANTI MINORIS***

1. L'*actio aestimatoria* o *quanti minoris*: correttivo agli squilibri delle compravendite di schiavi nei mercati.
2. La promessa edilizia dell'*actio aestimatoria* o *quanti minoris*.
3. I frammenti Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.31.16 e Ulp. 46 *ad Sab.* D.21.2.32.1 e la regola del tetto massimo di risarcibilità del danno subito dal compratore imputabile al venditore.

## **PARTE II**

### **LA “GIUSTIZIA CONTRATTUALE” NELL’ESPERIENZA GIURIDICA MODERNA**

#### **CAPITOLO I**

##### **L’EQUILIBRIO SOGGETTIVO DELLE PARTI NELLA DISCIPLINA SULLA GARANZIA PER VIZI NELLA COMPRAVENDITA DEI BENI DI CONSUMO IN EUROPA**

1. Premessa metodologica e obiettivi della seconda parte del lavoro.
2. La legislazione europea in materia di garanzia per vizi nella compravendita dei beni di consumo.

#### **CAPITOLO II**

##### **L’EQUILIBRIO SOGGETTIVO DELLE PARTI NELLA DISCIPLINA SULLA GARANZIA PER VIZI NELLA COMPRAVENDITA DEI BENI DI CONSUMO IN ITALIA**

1. La recezione della direttiva 99/44/CE su “taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo” nell’ordinamento giuridico italiano.
2. La speciale protezione riservata al consumatore italiano dalla disciplina di derivazione europea.
3. Aspetti problematici legati al coordinamento della disciplina europea e nazionale in materia di difetto di conformità del bene di consumo.

### **CAPITOLO III**

#### **L’EQUILIBRIO SOGGETTIVO DELLE PARTI NELLA DISCIPLINA SULLA GARANZIA PER VIZI NELLA COMPRAVENDITA DEI BENI DI CONSUMO IN SPAGNA**

1. La recezione della direttiva 99/44/CE su “taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo” nell’ordinamento giuridico spagnolo.
2. La speciale protezione riservata al consumatore spagnolo dalla disciplina di derivazione europea.

### **CAPÍTULO III** **(Traducción en español)**

## **EQUILIBRIO CONTRACTUAL DE LA COMPRAVENTA DE BIENES DE CONSUMO EN ESPAÑA**

- 1. La recepción de la directiva 99/44/CE sobre «determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo» en el ordenamiento jurídico español.*
- 2. La protección especial reservada al consumidor español por la disciplina derivada de la normativa europea.*

### **CONCLUSIONI**

## PREFAZIONE

### *1. La rilevanza del recupero di uno studio storico sulla “giustizia contrattuale” e sull’equilibrio soggettivo delle parti in prospettiva moderna.*

Si sta facendo sempre più largo, nella dottrina civilistica moderna, l’uso dell’espressione “giustizia contrattuale<sup>1</sup>”, sintomo di una crescente attenzione rivolta dal giurista alla problematica di un corretto equilibrio delle prestazioni a carico delle parti e di un equo bilanciamento delle forze negoziali in gioco. Si distingue, infatti, in letteratura tra il concetto di “equilibrio oggettivo contrattuale” e la nozione di “equilibrio soggettivo contrattuale”: nel primo caso, l’equilibrio può riferirsi sia al profilo normativo (inteso come sintesi delle posizioni normative dei contraenti) sia a quello economico del contratto (inteso come valore economico delle prestazioni oggetto di scambio); nel secondo caso, invece, l’equilibrio si riferisce alle persone dei contraenti, tra cui, solitamente, si individua una parte contrattuale “forte” e una “debole”, in relazione alla forza negoziale di ciascuna di essa<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Ricostruire una bibliografia completa in materia è opera quantomeno ardua. Cfr. per tutti, R. CALVO, *L'autorevole codice civile: giustizia ed equità nel diritto privato*, Milano, 2013, 1 ss.; ID., *L'equità nel diritto privato. Individualità, valori e regole nel prisma della contemporaneità*, Milano, 2010, 1 ss.; M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale: equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006, 7 ss.; M. P. MARTINES, *Teorie e prassi sull'abuso del diritto* in (a cura di F. GALGANO) *Le monografie di contratto e impresa*, Padova, 2006, 1 e ss.; A. D'ANGELO – P. G. MONATERI - A. SOMMA (a cura di A. SOMMA) *Buona fede e giustizia contrattuale: modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto* in *Diritto privato dei Paesi comunitari. Sezione approfondimenti*, Torino, 2005, 1 ss.; A.A. V.V., *Valore della persona e giustizia contrattuale: scritti in onore di Adriano de Cupis* in *Pubblicazioni del Dipartimento di teoria dello stato dell'Università degli Studi di Roma la Sapienza. Biblioteca di diritto privato* Andrea Torrente, Milano, 2005, 1 ss.; F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004, 7 ss.; D. RUSSO, *Sull'equità dei contratti* in (a cura di P. PERLINGIERI) *Quaderni della Rassegna di diritto civile*, Napoli, 2001, 15 ss.; O. BUCCI, *Il principio di equità nella storia del diritto* in *Collana Università degli Studi del Molise, Dipartimento di scienze giuridico-sociali e dell'amministrazione*, Napoli, 2000, 9 ss.; F. GAZZONI, *Equità ed autonomia privata*, Milano, 1970, 1 ss.

<sup>2</sup> Cfr. sul punto, G. OPPO, *Lo “squilibrio” contrattuale tra diritto civile e diritto penale* in *Riv. Dir. Civ.*, I, 1999, 533 ss; A. DI MAJO, *La nozione di equilibrio nella tematica del contratto, Incontro di studio del C.S.M., 22-24 aprile 2002* in



In passato una certa attenzione per la tematica si era registrata soprattutto in riferimento alla categoria dei contratti a prestazioni corrispettive o sinallagmatici, categoria negoziale in cui l'interdipendenza delle prestazioni costituisce elemento essenziale sia nel momento del perfezionamento dell'accordo (sinallagma genetico), sia durante l'esecuzione dello stesso (sinallagma funzionale), di modo che in caso di mancata attuazione del sinallagma nell'una o nell'altra fase si legittima, *rectius*, si impone, un intervento correttivo esterno sugli squilibri che discendono in capo alle parti. La particolare natura di questi contratti ha indotto, infatti, il legislatore ad attribuire una certa rilevanza ad alcuni accadimenti negativi che, sopraggiunti alla stipula del contratto, determinano un *vulnus* talmente grave degli assetti economici originariamente pattuiti da comportare la risoluzione dell'accordo stesso: si tratta del caso dell'inadempimento di controparte (art. 1453 c.c.), dell'impossibilità di adempimento sopravvenuta (art. 1463 c.c.) o – in relazione ai soli contratti a esecuzione continuata, periodica o differita – dell'eccessiva onerosità sopravvenuta (art. 1467 c.c.).

Accanto a queste circostanze ve ne sono poi alcune che, indipendentemente dalla tipologia contrattuale cui si riferiscono, assumono nel nostro ordinamento pari rilevanza ai fini della risoluzione dell'accordo, in quanto idonee a snaturare il fisiologico equilibrio di qualsivoglia contratto: è il caso del contratto concluso in istato di pericolo (art. 1447 c.c.) o in stato di bisogno (art. 1448 c.c.).

Ciò posto, in tempi più recenti, si è osservato<sup>3</sup> che l'alterazione dell'equilibrio negoziale può derivare anche da altre caratteristiche endemiche al contratto, specificamente legate alla posizione che le parti assumono nel mercato in cui operano e alla forza economica di cui queste ultime si avvalgono in fase di trattazione: si tratta di fattori economico-commerciali che possono determinare un'alterazione del vincolo stipulato tra i contraenti *ab origine*.

Del resto, non è infrequente riscontrare nella prassi commerciale internazionale tipologie di transazioni in cui la parte contrattuale che riveste

---

[www.lexfor.it](http://www.lexfor.it); F. CARINGELLA, *Studi di diritto Civile*, II, Milano, 2003, 1690; A. D'ANGELO, *Il contratto in generale. La buona fede*, in *Trattato di Diritto Privato*, Torino, 2004, 89-97-165; C. RINALDI, *La proporzione tra le prestazioni contrattuali (tesi di dottorato)*, 2006, in [www.fedoa.unina.it](http://www.fedoa.unina.it), 1 ss.

<sup>3</sup> Si veda *infra*, Parte II, Cap. I, § 1, 112 ss.

una posizione “forte” o “dominante” sul mercato impone unilateralmente un determinato assetto di interessi negoziali, condizionato talvolta da eventuali clausole, anche dal profilo più o meno marcatamente vessatorio, cui il contraente “debole” non può far altro che conformarsi, subendo passivamente il peso economico e la forza negoziale di controparte; in questi particolari contratti la sperequazione tra le prestazioni, lungi dal consistere in un evento meramente occasionale e legato a fenomeni patologici dell’accordo, assume più propriamente una connotazione fisiologica.

La necessità di fornire una migliore o comunque più adeguata tutela ai soggetti negoziali che, essendo dotati -per ragioni di mercato- di scarsa forza negoziale, operano su quest’ultimo con difficoltà, è recentemente sfociata, in ambito europeo, nell’adozione di una disciplina speciale o di categoria, volta a correggere l’equilibrio delle parti in tali particolari transazioni.

Paradigma di tale categoria contrattuale è il contratto tra professionista e consumatore, coniato in sede europea e trasfuso poi in tutti gli ordinamenti degli Stati membri<sup>4</sup>, in cui il professionista, in ragione della sua forza economica, assume le vesti di “parte contrattuale forte” relegando, di contro, il consumatore a rivestire il ruolo di “parte contrattuale debole” in qualsivoglia tipo di affare.

Ebbene, la moltitudine di atti normativi adottati dalle Istituzioni europee negli ultimi decenni nel tentativo di esercitare tale funzione correttiva degli squilibri in materia consumeristica, ha portato alla creazione di una realtà giuridica vastissima che ad oggi non è facile ricondurre a unità<sup>5</sup>.

Le finalità perseguite dal legislatore europeo attraverso la tutela consumeristica s’innestano nel quadro di alcuni più ampi obiettivi perseguiti dalle Istituzioni europee fin dal momento dell’emanazione dei trattati istitutivi; tra questi ultimi preminente risulta, ieri come oggi, la costituzione di un mercato unico in cui incentivare e promuovere gli scambi a livello

---

<sup>4</sup> Ad eccezione della Spagna, che, come illustreremo meglio nel prosieguo, aveva già elevato a categoria contrattuale autonoma e meritevole di particolare tutela quella dei contratti tra professionisti e consumatori. Sul punto si veda *infra*, Parte II, Cap. III, 132 ss.

<sup>5</sup> Cfr. A. MIRANDA, *Introduzione*, in (a cura di A. MIRANDA) *La tutela del consumatore. Itinerari normativi tra legislazione e prassi*, 2004, 10.

sovranaazionale, nella speranza che ciò possa contribuire ad arrestare la dilagante crisi economica che, di recente, sta attraversando il mondo intero<sup>6</sup>. Pertanto, nell'intento di fornire al consumatore un livello minimo di protezione uniforme che favorisse gli scambi commerciali transnazionali, le Istituzioni europee hanno emanato una serie di direttive volte a ravvicinare, dall'alto, le disposizioni legislative nazionali in materia consumeristica.

Il largo ricorso allo strumento della direttiva europea è giustificato dalla duttilità di tale fonte del diritto che, pur costituendo uno strumento cogente, lascia comunque liberi gli Stati membri sulle modalità e sulle forme di attuazione, operando di fatto una restrizione della sovranità statale minima; di contro, tale elasticità nell'adeguamento interno può produrre, come del resto ha prodotto, una disomogeneità del contenuto delle disposizioni recepite che contrasta con gli obiettivi di unificazione della legislazione europea, disincentivando di fatto anche gli investimenti a carattere sovranazionale. Inoltre, si è evidenziato come non esiste alcun rimedio efficace per l'ipotesi in cui lo Stato membro non rispetti il termine, previsto nella stessa direttiva, entro cui adempiere all'obbligo di attuazione interna (caso sempre più frequente)<sup>7</sup>: difatti, se è vero che in tali circostanze si può configurare un'ipotesi di "responsabilità civile dello Stato membro"<sup>8</sup>, è comunque

---

<sup>6</sup> Per comprendere la centralità del ruolo che riveste la tutela consumeristica in rapporto al predetto obiettivo tanto a livello europeo, tanto e consequenzialmente nei singoli ordinamenti degli Stati membri, basta richiamare l'*incipit* della Nuova Agenda del Consumatore europeo, adottata dalla Commissione Europea il 22 maggio 2012 nell'ambito della strategia per la crescita Europa 2020, a sua volta lanciata dal presidente José Manuel Barroso il 3 marzo 2010 (IP/10/225) per eliminare gli ostacoli al mercato unico e incentivare la ripresa economica: «*La spesa per i consumi, pari al 56% del PIL dell'UE, riflette l'enorme potere che hanno i consumatori di dare impulso all'economia europea. Soltanto consumatori emancipati e fiduciosi possono valorizzare appieno le potenzialità del mercato unico dando impulso all'innovazione e alla crescita. Per tale motivo la visione strategica della Commissione europea relativa alla politica dei consumatori negli anni a venire – adottata oggi - intende massimizzare la partecipazione dei consumatori e accrescere la loro fiducia nel mercato. Imperniata su quattro obiettivi principali l'Agenda del consumatore europeo intende creare un clima di fiducia: rafforzando la sicurezza dei consumatori, facendo opera di informazione, intensificando le misure repressive e assicurando meccanismi di riparazione nonché allineando i diritti dei consumatori e le politiche in tema di consumo ai cambiamenti intervenuti nella società e nell'economia*».

<sup>7</sup> Cfr. G. BENACCHIO, *Diritto privato della Comunità Europea*, IV ed., Padova, 2008, 81.

<sup>8</sup> Il riconoscimento in capo alle persone fisiche e/o giuridiche europee di un diritto al risarcimento del danno derivante dalla mancata o tardiva attuazione di una

necessario che quest'ultimo intervenga con un provvedimento legislativo di attuazione affinché la legislazione comunitaria venga riprodotta a livello municipale.

Per tali ragioni le Istituzioni europee hanno iniziato a considerare strumenti diversi dalle direttive al fine di perseguire i predetti obiettivi di uniformazione.

In particolare, si è rilevato che la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha assunto nel tempo «*un ruolo di silenzioso ma efficace motore di integrazione*<sup>9</sup>» delle fonti sovranazionali e nazionali, costituendo già una valida alternativa cui le Istituzioni fanno da sempre ricorso<sup>10</sup>.

---

direttiva risale alla storica sentenza Francovich, resa dalla Corte di Giustizia il 19.11.91, cause riunite C-6/90 e C-9/90, in cui si precisa che il Trattato CEE ha istituito un ordinamento giuridico proprio, integrato negli ordinamenti giuridici degli Stati membri e che si impone ai loro giudici, i cui soggetti sono non soltanto gli Stati membri, ma anche i loro cittadini e che, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, il diritto comunitario è altresì volto a creare diritti che entrano a far parte del loro patrimonio giuridico; questi diritti sorgono non solo nei casi in cui il Trattato espressamente li menziona, ma anche in relazione agli obblighi che il Trattato impone ai singoli, agli Stati membri e alle istituzioni comunitarie (v. sentenze 5 febbraio 1963, Van Gend & Loos, causa 26/62, Race, pag. 3, e 15 luglio 1964, Costa, causa 6/64, pag. 1127). Sul punto cfr. anche F. M. DI MAJO, *Efficacia diretta delle direttive inattuata: dall'interpretazione conforme del diritto interno alla responsabilità dello Stato per la mancata attuazione delle direttive* in Rivista diritto europeo, 1994, 501 ss.

<sup>9</sup> Sul punto cfr. R. PETRUSO, *Le clausole abusive nei contratti con il consumatore nella giurisprudenza della Corte europea di giustizia*, in (a cura di P. CERAMI - M. SERIO) Scritti di comparazione e storia giuridica, II, 2013, 412; N. TROCKER, *Il diritto processuale europeo e le «tecniche» della sua formazione: l'opera della corte di giustizia in Europa e Diritto Privato*, 2010, fasc. 2, 407; M. SERIO, *Diritto comunitario e diritto interno* in Giustizia insieme, 2008, 116 ss.; S. NINATTI, *Giudicare la democrazia? Processo politico e ideale democratico nella giurisprudenza della corte di giustizia europea*, Milano, 2004, 7 ss.; G. F. MANCINI, *Democrazia e costituzionalismo dell'Unione europea*, Bologna, 2004, 32; R. CONTI, *Legislazione consumeristica e ruolo della Corte di Giustizia*, in (a cura di A. MIRANDA) La tutela del consumatore. Itinerari normativi tra legislazione e prassi, Palermo, 2004, 17 ss.; C. JOERGES, *Il ruolo interpretativo della Corte di Giustizia e la sua interazione con le corti nazionali nel processo di europeizzazione del diritto privato*, in Riv. crit. dir. priv., 2000, 275; G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Roma-Bari, 1999, 66.

<sup>10</sup> Difatti, l'attività pratico-casistica di quest'ultima è orientata a sopperire alle carenze intrinseche delle direttive operando su tre diversi piani: promuovendone l'efficacia immediata, unico correttivo giuridico che permetterebbe al Legislatore europeo di avvalersi di tali fonti senza incorrere nel rischio di una disomogeneità di contenuto a livello sovranazionale; svolgendo una penetrante funzione d'indirizzo ermeneutico in relazione all'obbligo, imposto ai giudici municipali, di interpretazione conforme delle norme nazionali al contenuto delle direttive; mediante l'imposizione, in capo allo Stato membro, di un obbligo di risarcimento

Ciò nonostante, attesa comunque la scarsa vocazione pratica delle direttive ad esprimere efficacia cogente in sede applicativa, la dottrina ha proposto di intraprendere altra via per portare a termine gli obiettivi di individuazione di una disciplina comune dei contratti tra professionisti e consumatori, promuovendo la strada della codificazione. Si è ritenuto infatti che l'adozione di un codice civile comune del diritto privato europeo che -in ossequio alla tradizione continentale di *civil law*- imponesse dall'alto una normativa uniforme dei singoli settori del diritto civile, incluso quello consumeristico, potesse costituire un mezzo capace di aggirare tutti i rischi connessi alle trasposizioni delle direttive.

D'altronde si trattava di un'idea non del tutto nuova, dal momento che già nei primi del Novecento una commissione bilaterale italo-francese aveva messo mani ad un Progetto di codice italo-francese, anche se per le sole materie delle obbligazioni e dei contratti<sup>11</sup>.

Il primo tentativo di adozione di un codice paneuropeo del diritto privato si registra invece agli inizi del 2000, quando l'Accademia Pavese di diritto europeo propone il progetto di un *Code européen des contra<c>ts* (c.d. Codice Gandolfi, dal nome di chi vi ha dato impulso)<sup>12</sup>.

Ebbene, questo nuovo *trend* dottrinale suscita anche gli entusiasmi delle Istituzioni europee, che, appena qualche anno dopo, iniziano dunque a sostenere l'idea della codificazione del diritto privato europeo.

---

del danno cagionato al cittadino per il mancato recepimento della direttiva<sup>10</sup>. In secondo luogo poi, al di là dei principi e dei criteri elaborati per risolvere i problemi legati alla trasposizione delle direttive, la Corte di Giustizia promuove l'armonizzazione della tutela consumeristica adottando differenti strategie; attraverso, per esempio, il ricorso al criterio ermeneutico estensivo nell'interpretazione delle disposizioni legislative europee, ed una costante attività d'integrazione della disciplina consumeristica (la cui armonizzazione era stata già pensata, in sede legislativa, in maniera solo parziale e incompleta). Sulle altre strategie adottate dalla Corte di Giustizia, cfr. R. PETRUSO, *Le clausole abusive nei contratti con il consumatore nella giurisprudenza della Corte europea di giustizia*, cit., 412-413 e bibliografia ivi citata, in particolare ntt. 4 e 5.

<sup>11</sup> Cfr. G. ALPA, *Autonomia delle parti e libertà contrattuale oggi* in (a cura di G. ALPA, G. IUDICA, U. PERFETTI, P. ZATTI) *Il Draft Common frame of reference del diritto privato europeo*, Padova, 2009, 9.

<sup>12</sup> Cfr. (a cura di G. GANDOLFI), *Code européen des contracts*, I (Milano, 2002) e II (Milano, 2007) in *Accademia dei Giusprivatisti Europei, nonché il Progetto Gandolfi di un Codice Europeo dei contratti in Europa e diritto privato*, 2002, 274 ss.

In particolare, in forza di una comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo dell'11 luglio 2001, il 12 febbraio del 2003 viene adottato un *Piano d'azione per un diritto europeo dei contratti più coerente (Action Plan)* con l'obiettivo di formare un Quadro Comune di Riferimento (CFR) dei principi e delle regole europee in materia contrattuale.

Nell'ambito di tale proposta poi, una Risoluzione adottata dal Parlamento nel 2006 precisa che «*anche se lo scopo finale e la forma giuridica del QCR non sono ancora chiari, l'attività sul progetto dovrebbe essere compiuta in modo adeguato, tenendo conto del fatto che il risultato finale a lungo termine potrebbe essere uno strumento vincolante*<sup>13</sup>».

Nonostante ciò, l'adozione di uno strumento c.d. di *hard law* che obbligasse tutti gli Stati membri dell'Unione europea al rispetto di una legislazione di diritto privato comune è stata ostacolata, negli stessi anni, dalla *House of Lords* del Regno Unito e dalla Commissione Europea, che, nel rispetto della tradizione degli ordinamenti di *common law*, hanno dichiarato di preferire il ricorso ad uno strumento meno impegnativo del codice<sup>14</sup>.

Inoltre, più di recente, il sentimento di crescente sfiducia nei confronti delle organizzazioni sovranazionali che si registra a livello municipale ha innescato un irreversibile processo di crisi istituzionale che ha spinto la Grecia nell'estate del 2015 e il Regno Unito lo scorso 23 giugno 2016 ad indire un referendum sulla permanenza o meno dello Stato membro nell'Unione europea.

Ebbene, superato con difficoltà il momento greco, l'inaspettato risultato elettorale della Brexit che porterà, stando agli ultimi aggiornamenti, all'uscita definitiva del Regno Unito dall'Unione europea, ha scosso dal profondo le solide basi su cui si ancorava l'organizzazione sovranazionale, imponendo con urgenza un cambiamento di prospettive in tutti gli ambiti in cui quest'ultima opera.

Pertanto, in relazione quantomeno al progetto del diritto privato eurounitario, che qui ci occupa, ci si chiede in dottrina se l'obiettivo di fornire al cittadino un quadro normativo uniforme di riferimento non sia meglio perseguibile

---

<sup>13</sup> Cfr. Risoluzione adottata dal Parlamento europeo il 7 settembre 2006.

<sup>14</sup> Cfr. S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, II edizione, Torino, 2015, 6-7.

operando piuttosto dal basso, attraverso il recupero di un sostrato di principi e regole giuridiche propri della tradizione comune europea, e pertanto da tutti unanimemente condivisi.

Questo diritto nascente dall'evoluzione di una prassi sociale e commerciale ultrasecolare corrisponde all'idea di un diritto più flessibile, di un «*diritto mite*<sup>15</sup>» che costituisce, per utilizzare un'espressione largamente diffusa nella letteratura moderna, «*soft law*<sup>16</sup>» e cioè una disciplina legislativa la cui cogenza non deriva dalla cogenza delle Istituzioni da cui promana, ma dalla forza della sua prassi.

Esso configura un sistema normativo opzionale cui le parti possono ricorrere solo su base volontaria; ma, se la sua forza applicativa l'ha reso praticabile nel corso dell'evoluzione storica europea, cui questo diritto è sopravvissuto contribuendo alla formazione di un patrimonio giuridico comune sia agli ordinamenti di *civil law* sia a quelli di *common law*, forse, allora, il ricorso a questo insieme di principi e regole nelle transazioni sovranazionali costituisce strumento più efficace nell'appianamento delle divergenze dei singoli ordinamenti degli Stati membri.

Per vero, già da tempo la dottrina aveva sottoposto all'attenzione della comunità sovranazionale l'opportunità di operare una ricognizione di principi e regole giuridiche propri della tradizione giuridica europea nell'ottica di fornire una disciplina uniforme opzionale cui le parti possono liberamente scegliere di aderire a livello transnazionale in riferimento ad alcuni settori del diritto privato: così, in materia di diritto commerciale, sono stati elaborati i *Principles of international commercial contracts* (c.d. Principi Unidroit)<sup>17</sup>; e,

---

<sup>15</sup> La paternità dell'espressione è da attribuire a G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992, 1 ss.

<sup>16</sup> L'espressione “*soft law*”, oggi largamente diffusa tra i giusprivatisti, è semanticamente ambivalente: da un lato infatti è stata utilizzata in letteratura per indicare la perdita di rigidità e imperatività di alcune fonti del diritto, la cui cogenza è stata minata in radice dalla forza espansiva del diritto comunitario, in un'accezione senza dubbio negativa; dall'altro invece, indicando il carattere di maggiore flessibilità ed adattabilità al diritto municipale di un insieme di principi derivanti dalla tradizione giuridica comune europea, assume una connotazione positiva. Sul punto, cfr. L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo*, vol. II, Lezioni, II edizione, Torino, 2010, 246 ss.

<sup>17</sup> Cfr. (a cura di M. J. BONELL), *Principi Unidroit dei contratti commerciali internazionali, versione italiana*, Roma, 2004 in [www.unidroit.org](http://www.unidroit.org).

in riferimento al più ampio settore del diritto contrattuale, i *Principles of European Contract Law* (c.d. PECL)<sup>18</sup>.

Il recupero di questa tendenza di pensiero in sede dottrinale ha finito per influenzare anche le Istituzioni europee, da sempre schierate per la codificazione.

Infatti, nonostante l'approvazione del testo definitivo del Progetto di un Quadro Comune di Riferimento (DCFR) da parte della Commissione europea nel 2009 nella veste di un vero e proprio Progetto di codice europeo dei contratti<sup>19</sup>, già nel 2010, e quindi solo un anno dopo, la medesima Istituzione ha richiesto la stesura di un nuovo progetto, di minore ampiezza, il cui testo definitivo è stato adottato il 19 agosto 2011<sup>20</sup>, optando, *claris litteris*, per la non obbligatorietà di tale strumento e abbandonando, quindi, l'idea del codice europeo dei contratti.

Se questa, come ci pare, è la strada da perseguire in vista di una migliore armonizzazione del diritto privato eurounitario, indispensabile risulta allora, a tal fine, lo studio del diritto romano, atteso il ruolo fondamentale che quest'ultimo assume nell'evoluzione della storia del diritto europeo<sup>21</sup>.

La ritrovata funzionalità del diritto romano in relazione al più ampio progetto di costruzione del diritto privato europeo è stata teorizzata da Zimmermann, il quale già da tempo ha riconosciuto il ruolo fondante della scienza romanistica nell'edificazione del sistema di diritto privato sovranazionale<sup>22</sup>:  
*«Legal history helps us to understand our modern law. It explains why the law has become what it is. It lays open the premises on which the modern law is based. It constitutes a rich source of experience which is as valuable for the development of modern legal doctrines as for law reform. It may also reveal where a wrong turn has been taken and thus prevent us from repeating an error. Today, however, historical legal scholarship has acquired an added*

---

<sup>18</sup> Cfr. (a cura di C. CASTRONOVO), *Principi di diritto europeo dei contratti, Parte I e II, versione italiana*, Milano, 2001; (a cura di ID.) *Principi di diritto europeo dei contratti, Parte III*, edizione italiana, Milano, 2005.

<sup>19</sup> Così C. CASTRONOVO, *La proposta per un Diritto comune europeo della vendita: alcuni quesiti fondamentali*, 2012 in [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu).

<sup>20</sup> Per il testo, cfr. [http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility-study\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/justice/contract/files/feasibility-study_en.pdf).

<sup>21</sup> Sul punto si veda, per tutti, L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo*, vol. I-II, Lezioni, II edizione, Torino, 2010, 1 ss.

<sup>22</sup> Così S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 4 ss.



*significance in view of the Europeanization of private law and private law scholarship. It enables us to see the common ground between our modern national legal systems and to understand existing differences. It makes us aware of the fact that the law has not developed in national isolation and can, therefore, not properly be understood in purely national terms. It constitutes the foundation for scholarship in comparative law and paves the way towards re-establishing a European legal culture<sup>23</sup>».*

Del resto, che la scienza e la storia del diritto siano tra loro intrinsecamente connesse è questione di tutta evidenza: secondo un imperituro insegnamento di Orestano lo scopo ultimo del diritto è quello di descrivere «*il modo di essere di una società umana in un determinato tempo, in ordine al fine supremo e generalissimo di conservazione della società stessa*»; pertanto lo studio della scienza del diritto non può prescindere, *rectius*, si identifica, con lo studio della storia del diritto. Di conseguenza, per risolvere questioni interpretative attuali, si deve muovere dalla storia del problema<sup>24</sup>.

Pertanto, nell'ottica di fornire alcuni spunti di riflessione allo studioso che si accinge ad affrontare le problematiche poste, in sede sovranazionale, in riferimento alla necessità di assicurare un canale migliore e uniforme di tutela della parte negoziale “debole”, e con la speranza di rendere un po’ più semplice l’arduo compito del giurista municipale, il quale si trova oggi a doversi districare tra fonti di diverso grado difficilmente coordinabili tra loro e divergenze applicative di legislazione, si è ritenuto utile, in questo lavoro, recuperare la prospettiva storica della problematica, affrontando in primo luogo una nuova analisi delle fonti di diritto romano che ci sembrano attenerci a problemi di “giustizia contrattuale”.

## *2. La “giustizia contrattuale” nell’esperienza giuridica romana: l’equilibrio delle prestazioni nella riflessione scientifica romana e l’equilibrio delle parti*

---

<sup>23</sup> Così R. ZIMMERMAN, *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The civilian tradition today*, Oxford, 2001, 187-188.

<sup>24</sup> Così R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, rist. II edizione, Palermo, 1987; cfr. anche A. BURDESE, *Recensioni e commenti: sessant’anni di letture romanistiche* in (a cura di L. GAROFALO) *L’arte del diritto*, Padova, 2009, 565 ss.

*nell'edictum de mancipiis vendundis sulla garanzia per vizi nelle compravendite di schiavi.*

Più precisamente, attraverso lo studio di alcune fonti romanistiche, ci siamo persuasi della circostanza che i problemi di “giustizia contrattuale”, sorti in epoca moderna in sede europea e poi trasposti nei singoli ordinamenti municipali<sup>25</sup>, non dovevano essere del tutto avulsi all'esperienza giuridica romana; anzi, ci siamo convinti che è proprio nel ventre di Roma che affondano le radici di una primordiale riflessione in materia.

Nella letteratura romanistica problemi di “giustizia contrattuale” si scorgono per lo più in materia di sinallagma, in relazione alla mancata attuazione del vincolo di interdipendenza che legherebbe le obbligazioni e/o le prestazioni nei contratti a prestazioni corrispettive; anche in tali ipotesi si tratta di una reciprocità che verrebbe meno, in fase patologica, per cause esterne al contratto eventualmente sopravvenute<sup>26</sup>.

L'elaborazione scientifica romana in materia si snoda attraverso il pensiero di giuristi classici del calibro di Labeone e Aristone<sup>27</sup>, in cui la romanistica ha variamente ritenuto di poter intravedere una certa attenzione alla problematica dell'equilibrio oggettivo delle obbligazioni e/o prestazioni.

Tuttavia, approfondendo lo studio della materia edittale e in particolare dell'editto edilizio *de mancipiis vendundis*, abbiamo ritenuto di poter già ravvisare una certa -se non una maggiore- sensibilità verso i problemi di giustizia contrattuale, peraltro riferibile a tempi certamente più remoti di quelli finora considerati.

---

<sup>25</sup> Con l'unica eccezione della Spagna. Sul punto cfr. *infra* Parte II, Cap. III, 132 ss.

<sup>26</sup> Tuttavia non è possibile inquadrare la casistica dell'esperienza giuridica romana negli schemi codicistici moderni cui sopra accennavamo (inadempimento di controparte di cui all'art. 1453 c.c.; impossibilità di adempimento sopravvenuta di cui all'art. 1463 c.c.; eccessiva onerosità sopravvenuta di cui all'art. 1467 c.c.). Sul punto cfr. P. CERAMI, voce *Risoluzione del contratto a) diritto romano*, XL, Milano, 1989, 1277 ss.

<sup>27</sup> Su tali Autori si veda *infra* Parte I, Cap. I, §§ 2-3, 29 ss.-36 ss.

Ed infatti l'*edictum*<sup>28</sup> *de mancipiis vendundis* costituisce una specifica disciplina di categoria le cui finalità sembrano rispondere alla precisa esigenza di una maggiore tutela del soggetto negoziale “debole”:

D.21.1.1.2 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Causa huius edicti proponendi est, ut occurratur fallaciis vendentium et emptoribus succurratur, quicumque decepti a venditoribus fuerint [...]*.

L’attenzione edilizia alla posizione che rivestono i contraenti nel mondo del mercato sembra allora addentrarsi in quelle ragioni endemiche che possono produrre squilibrio contrattuale comportando, di conseguenza, un’inevitabile diseguaglianza economica e/o giuridica delle prestazioni; pensiero quest’ultimo che va forse oltre le considerazioni dei giuristi classici in materia di sinallagma, ragionando sulle cause soggettive che invalidano a monte l’equità economico-giuridica dell’accordo per motivi sistemici piuttosto che su singoli eventi che, occasionalmente, possono determinare uno squilibrio in concreto.

Non ci sembra irrilevante, peraltro, che la fonte giuridica cui facciamo riferimento promani proprio da quei magistrati –gli edili curuli<sup>29</sup>- che si occupavano, a Roma, di dirimere le controversie nei mercati, luoghi in cui

---

<sup>28</sup> Il termine «*Edictum*» indicato in maiuscolo si riferisce al testo integrale dell’Editto edilizio; diversamente, per riferirsi alle singole rubriche o editti minori che componevano quest’ultimo, si preferisce utilizzare lo stesso termine «*edictum*» in minuscolo, in linea con gli accorgimenti di G. IMPALLOMENE, *L’editto degli edili curuli*, Padova, 1955, 74.

<sup>29</sup> La magistratura edilizia sorge nel 367 a.C. nell’ambito delle *leges Liciniae-Sextiae*. Gli edili curuli, una volta entrati in carica (in base alla regola generale, anche l’elezione di questa magistratura era annuale), in forza del potere di *ius edicendi* che era loro riconosciuto, emanavano un Editto in cui promettevano tutela processuale nelle materie di loro competenza, la *cura urbis, annonae e ludorum solemnium* (Cicero, *De legibus*, 3,3,7). Diverso ma complementare a quello appena richiamato era invece il potere di *iurisdictio*, in virtù del quale tali magistrati impostavano in termini giuridici le controversie eventualmente sorte nell’ambito del loro *officium*; si trattava dunque di una giurisdizione speciale, parallela a quella del pretore, in cui venivano applicati in concreto, nel ricorrere dei presupposti richiesti, i rimedi giurisdizionali promessi nel testo dell’Editto. La dottrina ha a lungo discusso sul problema del fondamento del potere di *iurisdictio* degli edili curuli, questione peraltro connessa alla più ampia problematica della natura del diritto edilizio. Per approfondimenti sul punto, cfr. G. IMPALLOMENE, *L’editto degli edili curuli*, cit., 109 ss.

avvenivano gli scambi, poiché è nell'ambito della prassi commerciale che, oggi come ieri, nasce e assume rilievo l'esigenza di una migliore protezione di quei soggetti che, dotati di una scarsa forza negoziale sul mercato, si stagliano nelle c.d. "categorie deboli".

Si tratta, più precisamente, di una disciplina volta a regolamentare la materia della garanzia per vizi nelle compravendite aventi ad oggetto schiavi *-merx* negoziale tra le più commerciate nella Roma dell'età preclassica e classica<sup>30</sup>, in cui gli interessi speculativi di categoria dei commercianti di schiavi *-i venaliciarii*<sup>31</sup> finiscono sistematicamente per prevaricare quelli individuali dei singoli compratori, delineando una costante situazione di squilibrio nella posizione negoziale dei contraenti.

Invero, nelle fonti giuridiche e letterarie, quale che fosse il lessema utilizzato per identificare la categoria dei commercianti di schiavi, questi ultimi venivano additati come truffatori e imbroglioni: giuristi e autori antichi sembrano manifestare un univoco sentimento di riprovazione nei confronti di questi 'venditori di uomini' i quali, accecati dagli ingenti profitti che pian piano vedevano riconoscersi, si specializzarono nel porre in essere inganni tanto sottili da destare la preoccupazione della magistratura giudicante preposta alla cura dei mercati in cui tali vendite si svolgevano nella prassi<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> Il periodo cui facciamo riferimento è quella vastissima età ricompresa tra il 242 a.C. (istituzione del *praetor peregrinus*) e il 235 d.C. (fine dell'età dei Severi), comunemente inteso come età preclassica e classica, denominato anche età imprenditoriale. Sul punto cfr. P. CERAMI – A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo Storico*, Torino, 2010, 27 ss.

<sup>31</sup> Nelle fonti giuridiche, fatta eccezione per Africano (D.50.16.207), il termine più in uso per far riferimento ai commercianti di schiavi è «*venaliciarii*»; in quelle letterarie, si parla invece più diffusamente di «*mangones*».

<sup>32</sup> Per le fonti giuridiche, cfr. D.21.1.37 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Praecipiunt aediles, ne veterator pro novicio veneat. et hoc edictum fallaciis venditorum occurrit: ubique enim curant aediles, ne emptores a venditoribus circumveniantur. ut ecce plerique solent mancipia, quae novicia non sunt, quasi novicia distrahere ad hoc, ut pluris vendant: praesumptum est enim ea mancipia, quae rudia sunt, simpliciora esse et ad ministeria aptiora et dociliora et ad omne ministerium habilia: trita vero mancipia et veterana difficile est reformare et ad suos mores formare. quia igitur venaliciarii sciunt facile decurri ad noviciorum emptionem, id circo interpolant veteratores et pro noviciis vendunt. quod ne fiat, hoc edicto aediles denuntiant: et ideo si quid ignorante emptore ita venierit, redhibebitur.* Ebbene, il testo non lascia dubbi circa il sentimento di sfiducia nutrito nei confronti di tale categoria di commercianti. Per le fonti letterarie poi, basti richiamare il pensiero di Seneca, *Ep.*, 80.9, in cui l'Autore suggerisce accorgimenti ai compratori di schiavi, per evitare loro di non incorrere nelle furberie tipiche dei *venaliciarii*.

Inoltre, che il peso delle problematiche di giustizia contrattuale abbia una notevole incidenza proprio in materia di garanzia per vizi, ci sembra costituire poi un'inferenza strettamente connessa alle logiche di mercato, se si considera che il compratore può verificare la conformità del bene all'uso cui l'aveva destinato solo dopo l'acquisto e che, di conseguenza, è proprio in riferimento alla qualità della cosa che si registrano i più grandi inganni e le più sottili truffe perpetrate dalla categoria dei commercianti.

Ebbene, le soluzioni pratiche che la magistratura edilizia elabora per far fronte a tali squilibri sistemici costituiscono allora, a nostro parere, un canale rimediabile di *favor* appositamente creato per il compratore-contraente "debole" cui questi può ricorrere, in materia di garanzia per vizi, in luogo della più blanda tutela civilistica: ed infatti, in caso di scoperta di un vizio occulto o di mancanza di qualità del bene, il compratore può avvalersi dell'*actio redhibitoria* o *aestimatoria/quantum minoris*, rimedi giurisdizionali rispettivamente volti alla neutralizzazione degli effetti giuridici della compravendita (e pertanto assimilabili, quanto agli effetti, all'*in integrum restitutio*) e alla restituzione della somma versata in eccedenza in rapporto al vizio taciuto e successivamente scoperto; rimedi, dunque, certamente più in linea con le esigenze del soggetto "debole" rispetto alla semplice tutela risarcitoria assicurata in ambito civile dall'*actio ex stipulatu* -in un primo momento- e dall'*actio empti* -in età più matura<sup>33</sup>-.

3. *La "giustizia contrattuale" nell'esperienza giuridica moderna: l'equilibrio soggettivo delle parti nella disciplina sulla garanzia per vizi nella compravendita dei beni di consumo in Italia e in Spagna.*

Ciò posto, abbiamo ritenuto necessario, nella seconda parte del nostro lavoro, approfondire lo studio delle problematiche di "giustizia contrattuale" sorte oggi in sede sovranazionale con particolare riferimento alla disciplina della garanzia per vizi nelle compravendite dei beni di consumo, ambito che, per le

---

<sup>33</sup> Per un approfondimento sull'originaria prassi delle *stipulationes* si veda in particolare R. ORTU, 'Aiunt aediles...'. *Dichiarazioni del venditore e vizi sulla cosa venduta nell'editto de mancipiis emundis vendundis*, Torino, 2008, 4 ss.

logiche di mercato sopra richiamate, costituisce specchio dei più alti livelli di asimmetria di forza negoziale raggiunti dalle parti.

Orbene, riteniamo di poter affermare che anche a livello sovranazionale, almeno fino a quando non si procederà a una definitiva armonizzazione della disciplina consumeristica che possa offrire al soggetto “debole” un’unica e più rafforzata tutela giurisdizionale, coesistono in materia, in riferimento a ciascun ordinamento municipale, due diversi canali di protezione del contraente debole: i rimedi codicistici, propri della tradizione giuridica comune; e quelli sovranazionali, imposti dalle direttive e attuati secondo le modalità previste dall’ordinamento interno. Da ciò discendono numerosi problemi di coordinamento delle fonti che, in alcuni casi, rimangono ancora oggi irrisolti, oltre che una certa disomogeneità di contenuti della disciplina nel panorama europeo.

In particolare si è scelto di osservare nel concreto le diverse modalità di ricezione della direttiva europea 99/44/CE -normativa di riferimento in materia di garanzia per vizi nelle compravendite dei beni di consumo- adottate dall’ordinamento giuridico italiano e dal sistema spagnolo, data la vicinanza dei metodi di trasposizione di questi ultimi, affiancando così al metodo della comparazione diacronica anche quello della comparazione sincronica.

Ciò ha permesso di constatare l’attuale insufficienza degli strumenti adottati a livello sovranazionale in relazione al raggiungimento degli obiettivi di armonizzazione, che suggerisce, a nostro giudizio, un necessario ripensamento di metodo in cui forse potrebbe trovare spazio il recupero di quel sostrato giuridico comune europeo di cui dicevamo più diffusamente sopra.

In tal senso ci auspichiamo che questo studio, svolto -per lo più- in ambito romanistico, possa fornire in qualche modo un contributo sulla via della ricognizione dei principi della tradizione giuridica europea, sollecitando ulteriori riflessioni in materia.

**PARTE I**

**LA GIUSTIZIA CONTRATTUALE NELL'ESPERIENZA  
GIURIDICA ROMANA**

## CAPITOLO I

### L'EQUILIBRIO DELLE PRESTAZIONI CONTRATTUALI NELLA RIFLESSIONE SCIENTIFICA ROMANA

#### 1. *L'ambivalenza semantica del termine συνάλλαγμα.*

Osservavamo in premessa che le riflessioni romanistiche in tema di sinallagma, occupandosi del vincolo d'interdipendenza che legherebbe le obbligazioni e/o le prestazioni nei contratti sinallagmatici, hanno risvegliato l'attenzione degli studiosi in materia verso i problemi di "giustizia contrattuale" che discendono dall'eventuale mancata attuazione di tale condizione di reciprocità.

Tuttavia, se nel linguaggio giuridico moderno il termine sinallagma richiama immediatamente il concetto di corrispettività delle prestazioni, tant'è vero che le espressioni "contratti sinallagmatici" e "contratti a prestazioni corrispettive" sono utilizzate come sinonimi, in diritto romano, invece, il significato con cui si ricorre nelle fonti al termine greco *συνάλλαγμα* non è stato ancora pacificamente individuato.

Il lessema compare in due soli testi dei *Digesta* e precisamente in

D.50.16.19 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quedam 'agantur', quedam 'gerantur', quedam 'contrahantur': et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel numeratione: contractum autem ultrocitroque obligationem quod graeci συνάλλαγμα vocant, veluti emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem: gestum rem significare sine verbis factam;*

D.2.14.7 (Ulp. 4 *ad ed.*): *Iuris gentium conventiones quaedam actiones pariunt, quaedam exceptiones. 1. Quae pariunt actiones, in suo nomine non*



*stant, sed transeunt in proprium nomen contractus: ut emptio venditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus. 2. Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc **συνάλλαγμα** esse et hinc nasci civilem obligationem. et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo **συνάλλαγμα** dicit, unde haec nascitur actio.*

Si tratta di due brani escerpiti dal commentario di Ulpiano in cui il giurista di Tiro cita il pensiero di alcuni celebri giuristi classici che lo precedono, Labeone e Aristone<sup>34</sup>.

Lungi in questo capitolo dal voler addentrarci negli intricati problemi esegetici che suscitano entrambi i frammenti, su cui peraltro si sono confrontati i più grandi romanisti di tutti i tempi, riteniamo tuttavia opportuno richiamare, ai fini del nostro lavoro, alcune problematiche sollevate in dottrina in relazione al significato del richiamo al termine greco operato dai giuristi in tali passi.

Il lessema *συνάλλαγμα* appartiene alla lingua e alla cultura greca.

Non sembra esistere un segno corrispondente ad esso nella lingua latina: d'altronde, non si sarebbe reso necessario il ricorso a tale termine, come accade in Ulp. 11 *ad ed.* D.50.16.19 e Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.7, se la lingua latina avesse conosciuto un esatto equivalente semantico di tale sostantivo<sup>35</sup>;

---

<sup>34</sup> Su Labeone e Aristone si richiama per tutti F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1946, 1 ss.

<sup>35</sup> Cfr. C. A. CANNATA, *Labeone, Aristone e il sinallagma* in IVRA, 58, 2010, 50, secondo il quale se è vero che «gli interpreti latini del testo di Aristotele ricorrono per tradurre *συνάλλαγμα* a *permutatio* o *commutatio*», in riferimento quantomeno a Labeone, questi «non se ne sarebbe potuto valere: *permutatio* significava bensì scambio, ma nel linguaggio giuridico esso era già, per così dire, occupato, in quanto indicava una specifica figura di contratto atipico, e si usava anche per indicare operazioni monetarie che noi chiameremmo di cambio; quanto a *commutatio*, la parola è assai vicina alla precedente, e non valeva di più, anche perché doveva già essere in atto all'epoca di Labeone la sua pratica fungibilità con *permutatio*».

d'altra parte, però, non sembra neanche potersi affermare che l'uso romanistico di tale lessema fosse tanto invalso nella prassi da costituire un vero e proprio "prestito linguistico" dalla lingua greca a quella latina, tant'è vero che esso compare nei soli due frammenti dei *Digesta* appena richiamati. Il primo interrogativo che gli studiosi si pongono attiene alla provenienza di tale lessema: ebbene, ove il vocabolo *de quo* non venga ritenuto un singolare vezzo del giurista<sup>36</sup> - del resto Labeone e Aristone sono annoverati tra i giuristi più colti della storia della giurisprudenza romana e non appare inverosimile che entrambi avessero una vasta conoscenza degli scritti della cultura greca<sup>37</sup>-, ci si chiede, più in generale, al di là della questione del prestito linguistico, se comunque una certa diffusione del termine nel linguaggio greco comune abbia potuto innescare un qualche naturale processo di contaminazione linguistica<sup>38</sup>; altrove, ancora, se la precisa accezione con cui il lessema è utilizzato nel pensiero aristotelico dell'*Etica Nicomachea*, scritto diffuso al tempo di Labeone, -di cui taluni autori dubitano peraltro che quest'ultimo avrebbe colto appieno il senso<sup>39</sup>- non abbia piuttosto esercitato una tale influenza, nella riflessione dei giuristi romani, che il richiamo del vocabolo nei frammenti oggetto della nostra attenzione alluda proprio al concetto espresso in quell'opera<sup>40</sup>; oppure, se il ricorso a tale lessema non celi

---

<sup>36</sup> Così già M. SARGENTI, *Labeone: la nascita dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano* in IVRA, 38, 1987, 26 ss.; non lo esclude aprioristicamente neanche C. PELLOSO, *Le origini aristoteliche del συνόλλογμα di Aristone* in (a cura di L. GAROFALO) *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, I, Padova, 2007, 60.

<sup>37</sup> Basti citare, a proposito della propensione per la ricerca erudita, in riferimento quantomeno a Labeone, un noto passo di Aul. Gell., *Noct. Att.*, 13.10: *in grammaticam atque dialecticam litterasque antiquiores altioresque penetravit latinarumque vocum origines rationesque percaluerat.*

<sup>38</sup> Sul punto rimandiamo ai paragrafi successivi.

<sup>39</sup> Cfr. H. J. WOLFF, *Zum Problem der dogmatischen Erfassung des altgriechischen Rechts*, in Symposium, 1979, Actes du IV Colloque International de droit grec et hellénistique, Athènes, 1981, 16, nt. 16.

<sup>40</sup> In particolare, il brano di Aristotele cui si fa riferimento è un passo dell'*Etica Nicomachea*, 5. 2.12-13 (1130 b-1131 a), di cui diremo più approfonditamente poco più avanti. Per un'indagine sul significato del lessema greco nell'opera filosofica, si richiamano T. DALLA MASSARA, *Ancora sul valore del richiamo al synallagma in Labeone e Aristone* in Studi in onore di Remo Martini, I, Milano, 2008, 837 ss.; C. PELLOSO, *Le origini aristoteliche*, cit., 12 ss.; A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani: nova negotia e transactio da Labeone a Ulpiano*, Napoli, 1971, 71 ss.

piuttosto un significato di cui non è rimasta alcuna traccia nelle fonti greche e che quindi, in definitiva, non ci è semplicemente pervenuto<sup>41</sup>.

È bene sin da subito precisare che l'idea della scarsa diffusione di tale vocabolo nella lingua greca comune appare pacificamente condivisa in letteratura<sup>42</sup>; d'altronde, le ricerche condotte sui lessici greci<sup>43</sup> evidenziano una certa polisemia del termine, spia di un uso sporadico del lessema.

Più precisamente, nei lessici greci il verbo *συνάλλασσω* (-τω) -da cui il lessema *de quo* deriva- sembra esprimere il significato di “unire”, “congiungere”, “mettere in relazione”, se usato transitivamente; indicherebbe invece l'attività del “contrarre” o, più genericamente, di “intrattenere rapporti”, anche in senso non tecnico-giuridico, quando è usato intransitivamente<sup>44</sup>. Esso ricade dunque in un ambito semantico molto ampio, ma tuttavia «ben determinabile e riconducibile ad un'idea comune, quella dei rapporti intercorrenti tra i cittadini regolati dai νόμοι della πόλις<sup>45</sup>».

Il sostantivo *συνάλλαγμα* invece, generato dal verbo di cui si è appena riferito, indica il concetto di “affare”, precisabile nei termini di “relazione di affari”, anche se talvolta esso sembra essere utilizzato nell'accezione di “accordo”, “convenzione”, “contratto”<sup>46</sup>.

---

<sup>41</sup> M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani fra conventio e stipulatio fino a Labeone* in (a cura di F. MILAZZO) *Contractus e Pactum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana. Atti del Convegno di diritto romano e della presentazione della nuova riproduzione della littera Florentina*, Copanello 1-4 giugno 1988, Napoli - Roma, 1990, 102, nt. 260.

<sup>42</sup> Sul punto, cfr. A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche*, cit., 66; A. BISCARDI, *Quod Graeci synallagma vocant* in *Labeo*, 29, 1983, 135; F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria e spunti per la revisione di impostazioni moderna. Corso di diritto romano*, II, Torino, 1992, 103 ss. C. PELLOSO, *Le origini aristoteliche*, cit., 12-13; T. DALLA MASSARA, *Ancora sul valore*, cit., 833.

<sup>43</sup> Cfr. H. G. LIDELL – R. SCOTT, *A Greek-English Lexicon*, Oxford, 1940<sup>9</sup> (rist. *ibidem* 1966); E. HENRI, *Theasurus Graecae Linguae*, Parigi, 1831–1865.

<sup>44</sup> Cfr. H. G. LIDELL – R. SCOTT, *A Greek-English Lexicon*, Oxford, 1940<sup>9</sup> (rist. *ibidem* 1966), s.v. *συνάλλασσω* (-τω); E. HENRI, *Theasurus Graecae Linguae*, Parigi, 1831–1865 s.v. *συνάλλασσω* (-τω). In questo senso T. DALLA MASSARA, *Ancora sul valore*, cit., 834 ss., cui si rinvia per ulteriore bibliografia.

<sup>45</sup> Così C. PELLOSO, *Le origini aristoteliche*, cit., 13, riprendendo già A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche*, cit., 67.

<sup>46</sup> Cfr. H. G. LIDELL – R. SCOTT, *A Greek-English Lexicon*, Oxford, 1940<sup>9</sup> (rist. *ibidem* 1966) s.v. *συνάλλαγμα*; E. HENRI, *Theasurus Graecae Linguae*, Parigi, 1831–1865 s.v. *συνάλλαγμα*. In questo senso T. DALLA MASSARA, *Ancora sul valore*, cit., 834 ss., cui si rinvia per ulteriore bibliografia.

Del resto, poche sono le testimonianze in cui tale lessema risulta utilizzato, e tutte pressappoco riferibili alla metà del IV secolo a.C., per cui resta preclusa qualsiasi indagine diacronica volta a recuperare e comparare i vari significati assunti dalla parola almeno fino all'epoca augustea: in particolare, un frammento della fine del V - inizio IV secolo a.C. attribuibile al pitagorico Archita, in cui la parola sembra essere utilizzata come sinonimo di «*relazione umana valutabile economicamente*<sup>47</sup>»; un brano di Enea Tattico, risalente alla metà del IV secolo, in cui il sinallagma sembra assumere caratteri più specifici, indicando un «*vincolo socio-giuridico*» o un «*obbligo che nasce da un rapporto e ne stringe i soggetti tra cui si tende*»<sup>48</sup>; tre scritti di Demostene, in cui si possono individuare due differenti significati, da un lato l'idea di «*relazione d'affari tra privati di cui è misura il denaro*», dall'altro il concetto più tecnico di «*obbligo*»<sup>49</sup>.

Nonostante il quadro semantico appena delineato sembri identificare un progressivo sviluppo del vocabolo nei termini di una crescente tecnicità, il concetto che invece esprimerebbe Aristotele nel passo 5.2.12-13 (1130 b.–1131 a) del libro V dell'Etica Nicomachea<sup>50</sup>, ricorrendo alla parola *συνάλλαγμα*, appare inquadrabile in un contesto semantico assai più ampio<sup>51</sup>, non solo rispetto alle pregresse fonti greche di cui si è appena detto, ma addirittura ad altre parti dell'opera dello stesso Stagirita<sup>52</sup>:

“τῆς δέ κατὰ μέρος δικαιοσύνης καὶ τοῦ κατ’ αὐτὴν δικαίου ἐν μὲν ἐστὶν εἶδος τὸ ἐν ταῖς διανομαῖς τιμῆς ἢ χρημάτων ἢ τῶν ἄλλων ὅσα μεριστὰ τοῖς

---

<sup>47</sup> Così A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche*, cit., 68; ID., *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana: il secolo della rivoluzione scientifica nel pensiero giuridico antico*, Roma-Bari, 1987, 168 e ss.; T. DALLA MASSARA, *Ancora sul valore*, cit., 836;

<sup>48</sup> Così A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche*, cit., 69; sul punto cfr. anche ID., *Giuristi*, cit., 168 e ss.; T. DALLA MASSARA, *Ancora sul valore*, cit., 836.

<sup>49</sup> Così A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche*, cit., 69-70-71; sul punto cfr. anche ID., *Giuristi*, cit., 168 e ss.; T. DALLA MASSARA, *Ancora sul valore*, cit., 836.

<sup>50</sup> Sugli influssi aristotelici del richiamo del lessema greco si veda già E. BETTI, *Sul valore dogmatico della categoria “contrahere” in giuristi proculiani e sabiniani* in BIDR, XXVIII, 1915, 13 ss.

<sup>51</sup> Così C. PELLOSO, *Le origini aristoteliche*, cit., 15; cfr. sul punto anche T. DALLA MASSARA, *Ancora sul valore*, cit., 837.

<sup>52</sup> E, precisamente, in rapporto a *E. N.* 8. 1162 b. 24; *E.N.* 10. 1178 b. 11; *Rhet.* 1.1354 b. 25.

κοινωνοῦσι τῆς πολιτείας (ἐν τούτοις γὰρ ἔστι καὶ ἄνισον ἔχειν καὶ ἴσον ἕτερον ἑτέρου), ἐν δὲ τὸ ἐν τοῖς συναλλάγμασι διορθωτικόν. τούτου δὲ μέρη δύο τῶν γὰρ συναλλαγμάτων τὰ μὲν ἐκούσιά ἐστι τὰ δ' ἀκούσια, ἐκούσια μὲν τὰ τοιάδε οἷον πρᾶσις ὠνή δανεισμός ἐγγύν χρήσις παρακαταθήκη μίσθωσις (ἐκούσια δὲ λέγεται, ὅτι ἡ ἀρχὴ τῶν συναλλαγμάτων τούτων ἐκούσιος), τῶν δ' ἀκουσίων τὰ μὲν λαθραῖα, οἷον κλοπὴ μοιχεῖα φαρμακεῖα προαγωγεία δουλαπατία δολοφονία ψευδομαρτυρία, τὰ δὲ βίαια, οἷον αἰκία δεσμός θάνατος ἄρπαγὴ πῆρωσις κακηγορία προπηλακισμός<sup>53</sup>».

In tale passo, Aristotele distingue la giustizia generale da quella particolare e, all'interno di quest'ultima, due ulteriori insiemi, la giustizia distributiva e la giustizia normativa o correttiva.

La giustizia normativa o correttiva regola e corregge due diversi tipi di relazioni sociali (*συνάλλαγματα*), quelle volontarie dipendenti da atti volontari (tra cui la vendita, la compera, il prestito con interessi, la garanzia, il mutuo, il deposito e la locazione), e quelle involontarie, pur dipendenti da atti volontari (che si distinguono in atti clandestini e atti di violenza).

Pertanto il lessema greco, identificando l'ampio concetto di rapporto sociale derivante da atto lecito o illecito, sembra riferirsi, nell'opera del filosofo «*al*

---

<sup>53</sup> «*Della giustizia particolare, viceversa, e del giusto ad essa corrispondente esistono due specie: una è quella che interviene nella distribuzione di onori o di beni materiali o di altri beni ripartibili, fra coloro che hanno la posizione di cittadini (in queste cose infatti uno può avere, rispetto all'altro, un trattamento equo oppure iniquo); l'altra specie è quella che agisce come giusto correttivo nei rapporti che si pongono fra gli uomini in dipendenza di atti compiuti dagli stessi. Nell'ambito di questa seconda specie vanno distinti i rapporti (συνάλλαγματα) volontari dipendenti da atti volontari ed i rapporti (συνάλλαγματα) involontari, pur dipendenti da atti volontari. Atti volontari produttivi di rapporti volontari sono ad esempio la vendita, la compera, il mutuo, la fideiussione, il comodato, il deposito, la locazione (che sono appunto detti atti volontari perché la loro causa prima è volontaria); quanto agli atti volontari produttivi di rapporti involontari, alcuni sono clandestini come il furto, l'adulterio, il veneficio, il lenocinio, la corruzione di schiavi, l'uccisione a tradimento e la falsa testimonianza, altri sono posti in essere con violenza, come il plagio, l'omicidio, la rapina, le lesioni, l'ingiuria verbale, la diffamazione e l'oltraggio*». Così F. GALLO, *Ai primordi del passaggio della sinallagmaticità dal piano delle obbligazioni a quello delle prestazioni* in (a cura di A. BURDESE) *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova, 2006, 161 ss. = ID. in (a cura di L. VACCA) *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, II Congresso internazionale Aristec (Palermo – Trapani, 7 - 10 giugno 1995), Torino, 1997, 73 nt. 26 riprendendo ID., *Synallagma*, II, cit., 103 ss., nt. 34 ss.

*vincolo oggettivamente bilaterale: i contratti sono συνάλλαγμα in quanto anche in essi si determina un vincolo bilaterale<sup>54</sup>».*

Ebbene il vocabolo oggetto del nostro studio, ricomprendendo, in tale specifico caso, l'ambito delle relazioni illecite, copre un campo semantico molto più esteso rispetto a quello ricostruito in relazione alle testimonianze del tempo precedente all'opera aristotelica, che invece si riferivano -come abbiamo poco prima osservato-, mediante tale lessema, alle sole relazioni lecite; un'accezione dunque più circoscritta che sembra poi emergere anche da un certo numero di testimonianze letterarie riferibili all'arco temporale successivo, che lega l'età di Aristotele a quella in cui è vissuto Labeone<sup>55</sup>.

Ciò nonostante, rimane diffuso in letteratura il convincimento che proprio l'opera aristotelica abbia, in definitiva, influenzato il pensiero dei giuristi romani Labeone e Aristone<sup>56</sup>.

## *2. Il concetto di συνάλλαγμα nel pensiero di Labeone: reciprocità delle obbligazioni.*

Per verificare la precisa valenza semantica che il lessema *συνάλλαγμα* assume nei due frammenti sopra richiamati, ci sembra imprescindibile un'analisi del contesto in cui il vocabolo viene utilizzato.

In particolare, il frammento labeoniano è stato inserito dai compilatori nel sedicesimo titolo del cinquantesimo libro dei *Digesta*, rubricato *De verborum significatione*.

---

<sup>54</sup> Così A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche*, cit., 77, il quale precisa poi che «l'incontro delle volontà, che crea questo vincolo, è estraneo alla nozione, che riguarda solo il rapporto e non già le sue cause», riprendendo a sua volta il pensiero di A. BISCARDI, *Quod Graeci*, cit., 135 e ss. Pone invece l'accento sul significato di "atto" sotteso a quello di "rapporto" F. GALLO, *Synallagma*, cit. II, 105, ripreso da T. DALLA MASSARA, *Ancora sul valore*, cit., 837 ss. Sul punto cfr. inoltre anche C. PELLOSO, *Le origini aristoteliche*, cit., 12 ss.

<sup>55</sup> Si fa riferimento, in particolare, a un testo di Polibio in cui l'Autore usa il vocabolo nel senso generico di «affare», tre frammenti di Dionigi di Alicarnasso, contemporaneo di Labeone, che richiama il termine nelle tre diverse accezioni di «obbligazione», «debito», «affare» e, ancora, a qualche papiro e iscrizione. Sul punto cfr. A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche*, cit., 79 ss.

<sup>56</sup> Si rimanda, per i riferimenti bibliografici, ai §§ 2-3 di questo Capitolo.

Ebbene, la dottrina maggioritaria<sup>57</sup> ritiene che la *definitio* labeoniana di cui in Ulp. 11 *ad ed.* D.50.16.19 costituisca uno dei passaggi fondamentali dell'evoluzione e dello sviluppo del concetto di contratto a Roma e che dunque abbia per oggetto quest'ultimo; al contrario, isolata dottrina sostiene che il giurista dell'età augustea, lungi dal voler fornire una definizione generale di *contractus*, sarebbe stato impegnato, piuttosto, nel distinguere linguisticamente i verbi *agere* e *gerere* dal più recente e meno conosciuto *contrahere*, e che pertanto avrebbe solo fornito «una definizione del valore che, ad una determinata (ancorchè a noi per ora ignota) forma del verbo *contrahere*, doveva attribuirsi in uno specifico contesto normativo<sup>58</sup>». In altri termini, secondo Albanese, sostenitore di tale tesi, il brano oggetto della nostra attenzione non avrebbe nulla a che vedere con operazioni di rielaborazione scientifico-dogmatica, com'è invece largamente sostenuto in dottrina, costituendo piuttosto una riflessione dal carattere più marginale<sup>59</sup> in cui il richiamo al concetto di reciprocità operato da Labeone attraverso l'espressione «*ultrocitroque obligatio*» avrebbe solo una connotazione linguistico-lessicale<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup> Si vedano ntt. 61 e 62.

<sup>58</sup> Così B. ALBANESE, 'Agere', 'Gerere', 'Contrahere' in D.50.16.19. *Congetture su una definizione di Labeone* in SDHI, 38, 1972, 189 ss. = ID. in (a cura di M. MARRONE) *Scritti Giuridici*, II, Palermo, 1991, 1118.

<sup>59</sup> È lo stesso Autore ad utilizzare questo aggettivo quando scrive che «*tale frammento non costituisce una testimonianza rivoluzionaria rispetto a tutta l'elaborazione dottrinale che condusse alla formazione della categoria ben circoscritta di contractus come negozio tipico fonte di obligatio re, verbis, litteris, consensu. D.50.16.19 mi sembra documento d'un travaglio, per così dire, marginale rispetto al filone diretto e centrale dell'evoluzione della nozione di contractus*». Così B. ALBANESE, 'Agere', cit., 246.

<sup>60</sup> Ed infatti, partendo dall'assunto che al tempo del giurista non era stata ancora operata quell'astrazione concettuale che permette di identificare in una categoria dogmatica il *contractus*, la *definitio* labeoniana appare all'Autore come un tentativo erudito del giurista di epoca augustea di individuare l'accezione teoricamente più rispondente ad un uso corretto del termine «*contractum*» nel linguaggio tecnico-giuridico edittale, quale «*risultato di un'attività negoziale ad effetto esclusivamente obbligatorio*». In tal senso il frammento oggetto del nostro studio, secondo Albanese, deve costituire parte di un più ampio discorso -a noi oggi non pervenuto- di critica nei confronti dell'uso latissimo che del verbo *contrahere* (come di *agere* e *gerere*) si faceva nelle fonti legislative. L'ipotesi che Albanese avanza al riguardo è che nel compiere tale operazione ermeneutica-definitoria Labeone possa essere stato influenzato dalla particella iniziale *cum* dello stesso verbo *contrahere* che, da sola, rimanda ad un concetto di reciprocità (ipotesi, per vero, intravista già da Schiavone). Pertanto, il giurista, nel tentativo di definire rigorosamente da un punto di vista linguistico-lessicale l'attività del *contrahere*, e con l'obiettivo di individuare

Il filone che inserisce il frammento oggetto della nostra attenzione all'interno della dottrina del sistema contrattuale romano, che gode senza dubbio di più ampi consensi, sembra tuttavia dividersi in due diverse correnti di pensiero: da un lato, quanti sostengono che la *definitio* di Labeone si riferisca al contratto qualificandolo nei termini di un rapporto da cui scaturiscono obbligazioni reciprocamente gravanti su entrambi i soggetti, (questo sarebbe il senso dell'espressione «*ultrocitroque obligatio*» connessa a «*contractus*») <sup>61</sup> ; dall'altro, quanti, abbracciando un'interpretazione

---

l'elemento differenziale rispetto alle attività dell'*agere* e del *gerere*, avrebbe fatto ricorso all'espressione «*ultrocitroque obligationem*», in riferimento a «*contractum*», utilizzandola come un'endiadi: di conseguenza, rientrerebbero nella *definitio* labeoniana di *contractus* (si badi bene, *definitio* che non rispecchia dunque la realtà tecnico-giuridica del momento, ma che si pone come monito del giurista nei confronti di un uso spregiudicato del verbo *contrahere* nel linguaggio legislativo) tutti i negozi bilaterali obbligatori. Cfr. B. ALBANESE, '*Agere*', cit., 223 ss.

<sup>61</sup> Ricostruire l'intera bibliografia sull'opinione della dottrina maggioritaria è operazione davvero ardua per lo studioso, stante la mole di quest'ultima. Si vedano, tra i maggiori Autori: A. PERNICE, *Parerga III - Zur Vertragslehre der römischen Juristen* in ZSS, 9, 1888, 196, nt. 4 e 249 ss.; A. MARCHI, *Storia e concetto dell'obbligazione romana*, Roma, 1912, 29 nt. 1; P. DE FRANCISCI, *Synallagma, Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, I, Pavia, 1913, 7 s., 14, 109; 122; II, Pavia, 1916, 322 ss. e nt. 2; E. BETTI, *Sul valore dogmatico*, cit., 10 ss.; ID., *Appunti di teoria dell'obbligazione in diritto romano*, Roma, 1958, 48 ss.; E. COSTA, *Il concetto labeoniano di «contractus» e la parafrasi dell'Etica aristotelica in Andronico da Rodi* in *Rend. Acc. Bol.*, 1915-1916, estr. 1916, 1 ss.; S. RICCOBONO, *Stipulatio e instrumentum* in ZSS, 43, 1922, 340 ss. = ID., *Stipulatio, contractus, pacta*, Milano, 1934-1935, 382 s.; U. BRASIELLO, *Obligatio re contracta* in *Studi Bonfante*, II, 1930, 555, nt. 48, 556 s.; ID., *In tema di categorie contrattuali* in SDHI, 10, 1944, 107 s.; G. BESELER, *Einzelne Stellen* in ZSS, 52, 1932, 293 ss.; P. FREZZA, *Rec. a V. Arangio-Ruiz, Societas re contracta e communitio incidens, estratto dagli Studi in onore di S. Riccobono*, IV, 357-359 in SDHI, I, 1935, 195; P. MEYLAN, *La loi 23 D.46,4 et la notion de la bilateralité du contract de vente chez Labeon* in *Studi Riccobono*, 4, 1936, 302 ss.; M. LAURIA, *Contractus, delictum, obligatio* in SDHI, 4, 1938, 165 s., 173; G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, Torino, 1945, 69 ss., 1963, 48 ss.; ID., *Meditazioni sulle tendenze e concenzioni dei romani* in *Festschr. Schulz*, II, 1951, 177, nt. 2; ID., *Note critiche di diritto romano* in *Mél. Meylan*, 1, 1963, 170; ID., *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*, Torino, 1967, 182; ID., *Da Pedio ai bizantini in D.2.14.1.3-4* in *Studi Volterra*, I, 1969, 58 ss.; ID., *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano*, Torino, 1970, 389, 423; ID., *La conception du contract dans le dr. rom. et son influence dans le droits modernes* in *Le droit romain et sa réception en Europe. Actes du colloque de Varsovie 8-10.10.1973*, 1978, 90 ss.; ID., *Influenze aristoteliche nella sistemazione delle fonti delle obbligazioni nella giurisprudenza romana* in *Coll. it. franc. "La filosofia greca e il diritto romano"* (Roma, 14-17 apr. 1973), 1, 1976, 144 ss.; ID., *Problemi sistematici nel diritto romano. Cose-contratti*, Torino, 1976, 148 ss.; ID., *Contractus e συνάλλαγμα nei giuristi romani* in *Studi Giuliano Bonfante*, 1976, 341 ss.; A. D'ORS, *Re et verbis* in *Atti Verona*, III, 1948, 279 nt. 60; ID., *Creditum y contractus* in *AHDE*, 26, 1956, 202 ss. = ID., ZSS, 74, 1957, 93 ss.; ID., *El "contractus" según Labeón* in *Repl.*



soggettiva, che vede nell'espressione «*ultrocitroque obligatio*» un riferimento all'elemento negoziale dell'accordo, ritengono che la testimonianza in questione contenga una definizione del contratto come negozio bilaterale obbligatorio implicante una *conventio*<sup>62</sup>.

---

Panorm. II, Rev. De Est. Hist. Jurid., I, Valparaiso, 1976, 17 ss.; ID., *Conventiones y contractum* in Repl. Panorm., III, AHDE, 46, 1976, 175; B. BIONDI, *Contratto e stipulatio*, Milano, 1953, 91 s., 207 ss.; M. KASER, *Gaius und die Klassiker* in ZSS, 70, 1953, 160-164; ID., *Das römische Privatrecht*, München, 1971, 523 nt. 15, 529 nt. 16; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*<sup>2</sup>, Napoli, 1954, 216 ss.; S. E. WUNNER, *Contractus*, Köln, 1964, 36 ss.; C. A. CANNATA, *Sulla divisio obligationum nel diritto romano repubblicano e classico* in IVRA, 21, 1970, 64; ID., *La distinctio re-verbis-litteris-consensu et les problèmes de la pratique* in Sein und Werden im Recht, Festgabe v. Lübtow, 1971, 446 ss.; ID., *La classificazione delle fonti delle obbligazioni. Vicende di un problema dommatico e pratico, Materiali per una storia della cultura giuridica*, IV, 1974, 50; G. MELILLO, *'In solutum dare'. Contenuto e dottrine negoziali nell'adempimento inesatto*, Napoli, 1970, 49 ss.; ID., *Contrahere, pacisci, transigere. Contributi allo studio del negozio bilaterale romano*, II, Napoli, 1994, 162 ss.; A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche*, cit., 37 ss.; B. ALBANESE, *'Agere'*, cit., 227, 232; M. SARGENTI, *La sistematica pregaiana delle obbligazioni e la nascita dell'idea di contratto* in (a cura di AA.VV.) *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino, 1976, 475 ss.; M. J. GARCIA GARRIDO, *Derecho privado romano I. Institutiones*, Madrid, 1979, 367; A. BURDESE, *Osservazioni in tema di c.d. contratti innominati* in Estudios Iglesias, I, Madrid, 1988, 133 s.; M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani*, cit., 96 s.; F. GALLO, *Synallagma*, cit., 82 ss.; T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto: elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova, 2004, 115 ss.; L. GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio* in (a cura di A. BURDESE) *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova, 2006, 340, 345; P. GRÖSCHLER, *Auf den Spuren des Synallagma. Überlegungen zu D.2.14.7.2 und D.50.16.19* in *Antike-Recht-Geschichte. Symposium zu Ehren von P.E. Pieler*, Frankfurt am Main, 2009, 57; S. VIARO, *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, Padova, 2011, 295; C. PELLOSO, *Do ut des e do ut facias. Archetipi labeoniani e tutele contrattuali nella giurisprudenza romana tra primo e secondo secolo d. C.* in *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale*, Padova, 2011, 105 s. e ivi nt. 37; G. ROMANO, *Le fattispecie contrattuali atipiche: logiche argomentative e modelli processuali* in (a cura di P. CERAMI - M. SERIO) *Scritti di comparazione e storia giuridica*, II, Torino, 2013, 356 ss. con ulteriore bibliografia.

<sup>62</sup> Tra i maggiori esponenti di tale tesi, si richiamano: F. DUARENO, *Opera*, Paris, 1550, 100 s; J. PARTSCH, *Das Dogma des Synallagma im römischen und byzantinischen Rechte* in *Aus nachgelassenen und kleineren verstreuten Schriften*, Berlin, 1931, 9 ss.; G. LA PIRA, *La personalità scientifica di Sestio Pedio* in BIDR, 45, 1938, 295, 311; P. VOGLI, *La dottrina romana del contratto*, Milano, 1946, 51 ss.; H. P. BENHÖR, *Das sogenannte Synallagma in den Konsensualkontrakten*, Hamburg, 1965, 10 ss.; W. MACHEINER, *Zu den Anfängen des Kontraktssystems* in Festgabe A. Herdlitzka, München, 1972, 167 ss.; P. CERAMI, *D.2.14.5 (Ulp. 4 ad ed.). Congetture sulle tre species conventionum* in ANA, 85, 1974, 269 ss. = ID., in AUPA, 36, 1976, 123 ss.

Secondo la dottrina maggioritaria il termine *conventio* avrebbe lo stesso significato di *consensus*, esprimendo il concetto di “volontà comune delle parti”, tanto da poter

All'interno di questo filone dottrinale che potremmo definire "soggettivistico", particolare rilievo assumono poi le posizioni di Santoro e Cerami.

Santoro, pur ritenendo che Labeone definisca il contratto nei termini di un atto bilaterale obbligatorio fondato su una *conventio*, afferma che «*pur non essendo esclusa del tutto la possibilità che Labeone abbia attribuito al contratto la caratteristica di fondare obbligazioni reciproche per i contraenti [...] se usata in questo senso, l'espressione *ultrrocitroque obligatio*, sarebbe alquanto infelice. L'idea della pluralità degli atti obbligatori (e delle obbligazioni che ne nascono) non troverebbe una manifestazione adeguata nella affermazione che il contratto è la *obligatio* da una parte e dall'altra. Meglio si sarebbe dovuto dire che è l'*obligatio* di uno dei contraenti verso l'altro*»<sup>63</sup>.

Cerami invece pone una distinzione dei vari meccanismi di formazione del consenso, isolando la nozione labeoniana di «*ultrrocitroque obligatio*» dalla più ampia dottrina della «*conventio*». In particolare, l'Autore ritiene che l'espressione «*ultrrocitroque obligatio*» si riferisca specificamente all'incontro bilaterale delle volontà dei contraenti: rientrerebbero pertanto nello schema labeoniano del contratto «*non tutti i negozi bilaterali obbligatori, ma solo quelli tipici o atipici, nell'ambito dei quali il regolamento di assetti di interessi è opera comune delle parti, come avviene nella *emptio-venditio*, *locatio-conductio*, *societas**»<sup>64</sup>.

---

essere utilizzato come sinonimo di quest'ultimo; non manca chi sostiene, invece, che tra le due parole sussistano differenze semantiche di non poco conto: per un approfondimento sul tema si veda G. ROMANO, *Conventio e Consensus (A proposito di Ulp. 4 ad ed., D.2.14.1.3)* in AUPA, 48, 2003, 239-332 e relativa bibliografia.

<sup>63</sup> Così R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone* in AUPA, 37, 1983, 20.

<sup>64</sup> La cornice in cui s'innesta il pensiero di Labeone sarebbe costituita da quella più ampia dell'evoluzione della dottrina della *conventio* nella riflessione dei giuristi romani. Infatti Ulp. 11 *ad ed.* D.50.16.19 costituirebbe il primo tassello di una riflessione che ha interessato nel corso di un lungo arco temporale la giurisprudenza romana, all'interno della quale hanno apportato un contributo senz'altro rivoluzionario anche il giurista Sesto Pedio e Aristone.

Cerami, dunque, riprendendo Ulp. 11 *ad ed.* D.50.16.19 con il preciso intento di chiarire il senso dell'espressione «*ultrrocitroque obligatio*» in riferimento al lessema «*contractum*» e la portata di quest'ultima all'interno della dottrina della *conventio*, osserva il problema tracciando le linee di pensiero di Labeone, Pedio e Aristone come in un susseguirsi logico-temporale. Ebbene, secondo l'Autore, proprio l'attenzione richiamata da Labeone sull'elemento volitivo, da cui discenderebbe la

Ebbene, sia che si aderisca all'una o all'altra corrente di pensiero, oggettiva o soggettiva, l'ambito tecnico-giuridico richiamato dal lessema *contractus* nel pensiero di Labeone appare comunque talmente specifico da indurre studiosi quali Albanese<sup>65</sup>, Santoro<sup>66</sup> e, più recentemente, Pellosi<sup>67</sup> a rigettare la diffusa prospettiva dell'influenza aristotelica sulla statuizione labeoniana.

---

statuizione che rientrano nella categoria del “*contrahere*” tutti i negozi bilaterali obbligatori -tipici o atipici- il cui assetto d'interessi è stato concertato insieme dalle parti contraenti al momento della stipula, ad esclusione invece di quelli che promanano dall'iniziativa di una sola parte cui semplicemente segue l'assenso dell'altra (come la *stipulatio*), avrebbe indotto Sesto Pedio a spingersi oltre. Ed infatti in Ulp. 4 *ad. ed.* D.2.14.1.3 il giurista afferma *nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive verbis sive re fiat: nam et stipulatio quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est*, ricomprendendo sotto il nome di *conventio* tutti gli accordi obbligatori, siano essi scaturiti dall'incontro reciproco delle volontà dei contraenti o dall'iniziativa di una delle due parti cui segue semplicemente il consenso dell'altra, sul presupposto che anche in riferimento a questi ultimi casi non si può prescindere dall'elemento essenziale dell'accordo di entrambe le parti, sebbene la volontà di uno dei due contraenti giunga solo in un secondo momento. Ma la riflessione che porta poi a ricomprendere sotto il comune denominatore del termine *conventio* tutti gli accordi che abbiano una causa giuridicamente rilevante sarebbe compiuta, infine, da Aristone. Cerami sostiene infatti che Aristone, facendo propria la teoria della *conventio* di Pedio e considerando dunque l'incontro comune delle volontà delle parti quale elemento imprescindibile di qualsiasi contratto, arriva alla conclusione che anche quelle obbligazioni convenzionali che, pur non ricadendo sotto un determinato *nomen* editale, abbiano tuttavia una causa giuridicamente rilevante, costituiscono un negozio giuridico. Ed infatti, in relazione a queste ultime si deve riconoscere l'esistenza di un *συνάλλαγμα* da cui nasce un'obbligazione reciproca delle parti e dunque, in definitiva, un contratto. Cfr. P. CERAMI, *D.2.14.5 (Ulp. 4 ad ed.)*, cit., 123 ss.

<sup>65</sup> In particolare, Albanese sostiene che nell'Etica Nicomachea di Aristotele il concetto di sinallagma è talmente vasto «*da potere inglobare senz'altro vincoli (sia pur obiettivi) assolutamente non reciproci*»; nel frammento che riporta il pensiero di Labeone, invece, l'espressione *quod graeci συνάλλαγμα vocant* è strettamente connessa a *contractum [...]* *ultrocitroque obligationem*, che qualifica il contratto come un vincolo obiettivamente reciproco, come sembra dimostrato, d'altronde, dagli esempi di contratto che seguono: *emptionem venditionem, locationem conductionem, societatem*. Al riguardo, ALBANESE B., 'Agere', cit., 237.

<sup>66</sup> Più precisamente Santoro ritiene che l'uso aristotelico del termine nel noto passo dell'Etica Nicomachea assuma una connotazione talmente ampia da non potersi accordare con la specificazione di Labeone, indicando piuttosto tanto nel pensiero di tale giurista, tanto nel pensiero del successivo Aristone, l'idea dell'atto obbligatorio convenzionale. Sul punto cfr. R. SANTORO, *Il contratto*, cit., 36.

<sup>67</sup> Pellosi anzi rimarca le differenze tra l'uso del termine sinallagma nel passo labeoniano e in quello dell'Etica Nicomachea oggetto qui di studio: nel primo infatti il sinallagma indicherebbe la reciprocità dei vincoli obbligatori, in cui «*la bilateralità assume dei connotati giuridicamente individuati e tecnicamente ristretti*»; nel secondo invece il richiamo è operato all'interno di un discorso più etico-politico che giuridico. D'altra parte poi, lo studioso obietta che se il giurista augusteo avesse voluto richiamare il sinallagma come inteso da Aristotele nella sua famosa opera, ben avrebbe potuto sostituire al più generico “greci” il nome del

Infatti, in Ulp. 11 *ad ed.* D.50.16.19, Labeone definisce il contratto, assimilandolo al sinallagma, almeno secondo la dottrina maggioritaria, nei termini di una “reciproca obbligazione”, restringendo il significato del lessema al solo ambito dei rapporti con bilateralità del vincolo; diversamente, nell’Etica Nicomachea il vocabolo greco sembra richiamare, come dicevamo più sopra<sup>68</sup>, anche la sfera delle relazioni umane involontarie e illecite, assumendo pertanto un significato che pare incompatibile con quello del frammento in esame.

Abbandonata per queste ragioni la tesi del puntuale rifacimento all’opera del filosofo, altri romanisti, tra cui, in particolare, Sargenti<sup>69</sup>, Gallo<sup>70</sup> e Biscotti<sup>71</sup>, chiariscono il mistero della presenza del termine greco nel passo labeoniano ipotizzando che il richiamo operi semplicemente come una sorta di “rafforzamento concettuale” dell’espressione latina «*ultrocitroque obligatio*».

Inoltre, secondo alcuni Autori, che osservano il problema da un punto di vista squisitamente formale, Labeone, seguendo una prassi consolidata tra gli intellettuali tardo-repubblicani, volta a sopperire le lacune semantiche della lingua latina, avrebbe fatto ricorso alla tecnica del “calco<sup>72</sup>” che, attraverso l’affiancamento di due parole, mira a riempire l’una del contenuto semantico dell’altra. In altri termini, il giurista dell’epoca augustea avrebbe operato un calco della parola latina su quella greca, assimilando l’idea di sinallagma nel termine latino *contractus*, ma «*con un processo di individuazione e specificazione tecnica del termine latino (che come termine tecnico non esisteva ancora e si andava forgiando) e per conseguenza del suo*

---

filosofo, nell’espressione *quod graeci συνάλλαγμα vocant*. In proposito, C. PELLOSO, *Le origini aristoteliche*, cit., 59.

<sup>68</sup> Si veda *supra* Cap. I, § 1, 23.

<sup>69</sup> M. SARGENTI, *Labeone*, cit., 50 ss.

<sup>70</sup> F. GALLO, *Synallagma*, cit., 156 ss.

<sup>71</sup> L’Autrice tuttavia non esclude del tutto l’ipotesi che il concetto di sinallagma richiamato da Labeone fosse proprio quello stesso descritto da Aristotele nell’Etica Nicomachea. Cfr. B. BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall’epoca arcaica all’editto giuliano*, Milano, 2002, 431.

<sup>72</sup> Più precisamente, il calco semantico è quella tecnica attraverso cui una parola (in questo caso latina) viene messa a fianco di un’altra (qui greca) per fare in modo che ne assorba completamente il valore cfr. G. DEVOTO, *Storia della lingua di Roma*, Bologna, 1969, 167.

*corrispondente greco*<sup>73</sup> ». Di operazione inversa al calco parla invece Pellosio<sup>74</sup>, sostenendo piuttosto che sia il vocabolo greco in tale circostanza ad assumere le connotazioni del termine latino che Labeone, per vero, definì in modo innovativo, costituendo un *quid pluris*.

### 3. Il concetto di *συνάλλαγμα* nel pensiero di Aristone: equilibrio degli interessi negoziali.

In riferimento poi alle riflessioni aristoniane richiamate da Ulpiano in Ulp. 4 *ad ed. D.2.14.7.2*, la dottrina sembra divisa tra quanti ritengono che il frammento in questione si ponga in una sostanziale linea di continuità con il *dictum* labeoniano appena sopra analizzato, posizione maggioritaria, e quanti, al contrario, ritengono che i due brani operino su due piani parzialmente diversi o addirittura in totale contraddizione tra loro.

Tra gli studiosi che parteggiano per la continuità di pensiero di Labeone e Aristone si annoverano tutti coloro che hanno interpretato il responso aristoniano come uno sviluppo del modo labeoniano di concepire il contratto<sup>75</sup>.

A favore della tesi della sostanziale continuità di pensiero anche Cannata<sup>76</sup>, il quale, prendendo le mosse dal significativo lavoro sulla causa contrattuale di dalla Massara<sup>77</sup>, ha sottolineato come le differenze poste in rilievo da quest'ultimo romanista tra i concetti di *causa - contractus* – *συνάλλαγμα* siano piuttosto sottili, dal momento che ciascuno di questi sostantivi indica in realtà aspetti tra loro strettamente connessi; pertanto, Aristone utilizzerebbe il

---

<sup>73</sup> Così G. GROSSO, *Contractus*, cit., 779.

<sup>74</sup> Cfr. C. PELLOSO, *Le origini aristoteliche*, cit., 61.

<sup>75</sup> Tra questi ricordiamo già A. PERNICE, *Zur Vertragslehre*, cit., 249 ss.; E. BETTI, *Sul valore*, cit., 142; G. GROSSO, *Il sistema*, cit., 57 ss.; A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche*, cit., 142 e lo stesso R. SANTORO, *Il contratto*, cit., 221 e 283-284 che afferma: «*Se confrontiamo D.50.16.19 e D.2.14.7.2 abbiamo una perfetta corrispondenza. Labeone dice che il contractus è una ultrocitroque obligatio, quod Graeci συνάλλαγμα vocant, Aristone che, nel caso di contratto atipico (di cui dà degli esempi) purchè subsit causa, esse obligationem, hoc συνάλλαγμα esse. Aristone non fa che ripercorrere dunque, la via battuta dal pensiero di Labeone.*».

<sup>76</sup> C. A. CANNATA, *Labeone*, cit., 87 ss.

<sup>77</sup> T. DALLA MASSARA, *Alle origini*, cit., 1 ss.

termine sinallagma nella medesima accezione in cui lo usa Labeone, e cioè nel senso di “accordo obbligatorio di scambio”.

Le riflessioni di taluni Autori hanno posto poi l’accento su una presunta relazione tra l’evoluzione della dottrina della *conventio* nei brani di Labeone e Aristone e il riconoscimento di tutela delle categorie contrattuali atipiche, astrazione concettuale la cui paternità sarebbe da attribuire, dunque, già allo stesso Labeone<sup>78</sup>.

Tuttavia, se Labeone sembra riconoscere tutela alle sole convenzioni atipiche riconducibili allo schema dell’«*ultrocitroque obligatio*» inteso come accordo che produce obbligazioni reciproche in capo alle parti, Aristone, invece, compiendo un passo in avanti, estenderebbe la tutela alla mera presenza di una corrispettività delle prestazioni (a condizione però che almeno una delle due attribuzioni patrimoniali abbia già trovato esecuzione)<sup>79</sup>.

Nei termini di una più «*consapevole rielaborazione*» aristoniana si esprime invece Dalla Massara, il quale, se da un lato riconosce un «*nucleo semantico comune*» caratterizzante non solo entrambi i frammenti contenenti il lessema, ma anche la lingua greca e l’uso aristotelico del termine *συνάλλαγμα* (quantomeno in relazione all’Etica Nicomachea), dall’altro osserva che il brano di Aristone riformula il concetto di sinallagma labeoniano almeno sotto due profili. In primo luogo infatti, se Labeone fa propria l’equazione *contractus* – *συνάλλαγμα* come *ultrocitroque obligatio*, Aristone invece la rigetta, identificando il sinallagma nella struttura della fattispecie contrattuale

---

<sup>78</sup> Contro l’opinione della dottrina maggioritaria che legge nel pensiero di Labeone una prima apertura del giurista nei confronti delle figure contrattuali atipiche, categoria fino ad allora sconosciuta dalla giurisprudenza romana, una recente dottrina sostiene invece che l’*agere praescriptis verbis* sarebbe indicato da Labeone come rimedio processuale a carattere sussidiario, azionabile in ipotesi in cui le azioni tipiche contrattuali non sono esperibili per quello specifico *nomen contractus* o per incertezza sull’inquadramento contrattuale scelto dalle parti. Cfr., in tal senso, C. A. CANNATA che già in riferimento all’*agere praescriptis verbis* labeoniano, aveva parlato di «*azione contrattuale generale, sussidiaria rispetto alle azioni contrattuali tipiche*» in *L’actio in factum civilis* in IVRA, 57, 2008 – 2009, 15, nt. 10; M. F. CURSI – R. FIORI, *Le azioni generali di buona fede e di dolo nel pensiero di Labeone* in BIDR, 1, 2011, 145 ss.; R. FIORI, *‘Contrahere’ in Labeone* in (a cura di M. HUMBERT – A. RIGAUDIÈRE) *Romanité et modernité du droit. Carmina iuris. Mélanges en l’honneur de Michel Humbert*, 2012, 321 ss.; E. SCIANDRELLO, *‘Nomen contractus’ e ‘nuovi contratti’. L’agere praescriptis verbis labeoniano tra tipicità e atipicità contrattuale* in DIRITTO@STORIA, XII, 2014.

<sup>79</sup> Si veda sul punto G. ROMANO, *Le fattispecie contrattuali atipiche*, cit., 357 ss.

quale «vincolo di scambio che lega una prestazione, già eseguita, alla controprestazione»; in secondo luogo, poi, il giurista augusteo adopera il lessema in questione nel quadro della *definitio* del contratto, il giurista traiano, invece, si occupa della «*tutelabilità delle convenzione prive di un nomen edittale*»<sup>80</sup>.

Ad evidenziare una vera e propria frattura tra il pensiero di Labeone e quello di Aristone è invece un recente contributo di Gallo, il quale ritiene che da Labeone ad Aristone si assista al passaggio dal piano delle obbligazioni a quello delle prestazioni, dal momento che Labeone richiama il *συνάλλαγμα* a proposito della definizione del contratto come *ultrocitroque obligatio* e Aristone, diversamente, lo utilizza in riferimento alle convenzioni atipiche, «*di per sé non produttive di obbligazione, ma che diventavano idonee a produrla in presenza del causam subesse alla conventio*»<sup>81</sup>.

Sulla stessa scia anche Pellosos<sup>82</sup>, il quale ricollega il brano oggetto della nostra attenzione non tanto al frammento labeoniano, ma, piuttosto, al brano dell'Etica Nicomachea<sup>83</sup>; il lavoro appare infatti teso ad evidenziare le analogie che emergono tra i *συνάλλαγματα* volontari di cui parla Aristotele nella sua famosa opera e i c.d. contratti innominati romani, in cui non sembra avere implicazione alcuna il modello labeoniano dell'«*ultrocitroque obligatio*»<sup>84</sup>.

---

<sup>80</sup> T. DALLA MASSARA, *Ancora sul valore*, cit., 827 ss.; si veda anche ID., *Alle origini*, cit., 106 ss., 134.

<sup>81</sup> Lo studioso considera il *συνάλλαγμα* elemento integrante della categoria del *contractum*, rimanendo ancorato alla costruzione dogmatica della scuola sabiniana, ispirata alla tipicità contrattuale. Cfr. G. GALLO, *Ai primordi*, cit., 63 ss.

<sup>82</sup> C. PELLOSO, *Le origini aristoteliche*, cit., 5 ss.

<sup>83</sup> Per la lettura del testo si veda *supra* Cap. I, § 1, 27.

<sup>84</sup> Del resto, il filosofo greco, nell'Etica Nicomachea, sembra forgiare il concetto di *sinallagma* in maniera talmente ampia da ricomprendere tutti i rapporti patrimonialmente rilevanti per la città che interessano la giustizia correttiva. Essi hanno origine in condotte materiali che, nel caso di *συνάλλαγματα* volontari, si risolvono nell'esecuzione di una prestazione che viene conglobata (in una logica analoga a quella che presiede in diritto romano la struttura e dei contratti reali e delle figure convenzionali innominate riconducibili alle fattispecie del *do ut* o del *facio ut*) nella stessa fattispecie generatrice del rapporto, senza assurgere ad effetto giuridico dell'accordo intervenuto tra le parti; nel caso invece di *συνάλλαγματα* involontari, nella commissione di attività di carattere delittuoso. Ebbene questo spostamento dal piano delle obbligazioni, su cui ragiona Labeone, a quello reale, su cui pare invece muoversi Aristone, comporta altresì un cambiamento di prospettive nel pensiero dei due giuristi romani, non ammettendo parallelismi tra i due. Abbracciando la prospettiva sistematica, Pellosos sostiene in definitiva l'idea che il

4. *Il concetto di συνάλλαγμα nella riflessione della Scuola Pandettistica: l'interdipendenza genetica e funzionale delle prestazioni.*

Ricostruito lo stato della dottrina sul significato del richiamo del vocabolo greco nei frammenti dei *Digesta* sopra citati, riteniamo valga la pena soffermarsi ancora sui lavori della Scuola Pandettistica in materia, poiché quest'ultima ha contribuito a ricostruire un significato del sinallagma del tutto originale.

Infatti è proprio attraverso lo studio delle fonti romane in tema di *emptio-venditio* che Bechmann<sup>85</sup>, per la prima volta, riscontra l'esistenza di un vincolo che lega le obbligazioni poste a carico del *venditor* e dell'*emptor* sia al momento della loro nascita, sia nel corso dello svolgimento del contratto; da qui nasce la celebre distinzione tra sinallagma genetico e sinallagma funzionale.

Lo studioso tedesco identifica inoltre due tipi di sinallagma funzionale, oggettivo e soggettivo, distinzione per vero non destinata ad avere grossa eco, e presto sostituita nella dottrina tedesca dai binomi sinallagma funzionale (in senso stretto) e sinallagma condizionale<sup>86</sup>.

Con il sintagma sinallagma funzionale si fa riferimento al vincolo che lega le obbligazioni l'una in funzione dell'altra, di modo che una parte non può chiedere l'adempimento della controprestazione se non ha già adempiuto la propria o non si offre di adempierla prontamente; invece, con la locuzione sinallagma condizionale, la dottrina identifica il fenomeno che spiega il permanere in vita di un'obbligazione in virtù dell'esistenza dell'altra, con la

---

*συνάλλαγμα* aristotelico integri il sistema tipico romano, costituendo un *tertium genus* rispetto alla categoria dell'*actum* (in cui rientrano gli accordi che producono effetti unilateralmente obbligatori solo se accompagnati dalla consegna di una *res* o dalla pronuncia di *certa verba* o dall'uso di *litterae*) e del *contractum* (comprensiva degli accordi ad efficacia bilateralmente obbligatoria, prescrittivi per le parti di uno scambio di prestazioni). Cfr. C. PELLOSO, *Le origini aristoteliche*, cit., 44.

<sup>85</sup> Cfr. A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, 1, *Geschichte des Kaufs im römischen Recht*, Erlangen, 1876, 540 ss.

<sup>86</sup> Cfr. H. P. BENÖHR, *Das soggenante Synallagma*, cit., 1 ss.



conseguenza che se una delle due si estingue per causa diversa da adempimento, anche l'altra viene meno<sup>87</sup>.

Alla voce "vendita" dell'Enciclopedia del diritto<sup>88</sup>, Talamanca, in linea con la dottrina dominante, ammette l'operatività del sinallagma genetico e di quello funzionale già in età classica, osservando tuttavia che i giuristi dell'epoca non dovevano avere una piena consapevolezza dogmatica di tali fenomeni giuridici.

Sul punto, in un'epoca più remota, dissentiva Partsch<sup>89</sup>, esponente della critica interpolazionistica, il quale invece distingueva tra il periodo classico e quello post-classico, ritenendo che durante il primo l'interdipendenza delle obbligazioni doveva operare solo sul versante genetico, mentre nel secondo quest'ultima avrebbe avuto delle implicazioni anche su quello funzionale.

Orbene, verificare la concreta operatività del sinallagma genetico nel contratto di *emptio – venditio* significa innanzitutto osservare quali sono gli effetti prodotti sull'insorgenza del reciproco vincolo obbligatorio nel caso in cui vengano a mancare alcuni requisiti essenziali della prestazione: e cioè, rispettivamente, dal punto di vista oggettivo, la possibilità, la liceità o la determinatezza della prestazione; da quello soggettivo, la capacità giuridica o d'agire dei soggetti stipulanti.

Più specificamente, in merito ai requisiti della prestazione, l'interdipendenza genetica delle obbligazioni comporterebbe nell'ipotesi – dal lato del venditore - di vendita avente un oggetto materialmente, giuridicamente impossibile o illecito, e – dal lato del compratore – di indeterminatezza del prezzo, la nullità

---

<sup>87</sup> Cfr. sul punto A. RODEGHIERO, *Sul sinallagma genetico nell'emptio venditio classica*, Padova, 2004, 1 ss. È da precisare, tuttavia, che la dottrina italiana fa generalmente ricorso all'espressione sinallagma funzionale tanto per indicare il concetto di sinallagma funzionale in senso stretto, tanto quello di sinallagma condizionale, dal momento che quest'ultimo costituirebbe un'applicazione specifica del primo.

<sup>88</sup> Cfr. M. TALAMANCA, voce «Vendita in generale: a) diritto romano» in *Enciclopedia del diritto*, 46, Milano, 1993, 373 ss.; tale pensiero risale a H. P. BENÖHR, *Das sogennante Synallagma*, cit., 1 ss., 20 ss., 94 ss., 114 ss., ai cui risultati aderiscono sostanzialmente anche i suoi illustri recensori, A. BURDESE, *Recensione a H. P. BENÖHR, Das sogennante Synallagma* in IVRA, 17, 1996, 361 ss. e T. MAYER MALY, *Recensione a H. P. BENÖHR, Das sogennante Synallagma*, in ZSS, 83, 1966, 481 ss.; allo stesso modo, ancora, M. KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., 530.

<sup>89</sup> J. PARTSCH, *Das dogma des Synallagma*, cit., 3 ss.

non solo della singola obbligazione, ma di entrambe; *rectius*, dell'intero contratto<sup>90</sup>, intendendosi per “*nullum*” un negozio giuridico “*non ullum*”, e cioè, inesistente<sup>91</sup>. Allo stesso modo dovrebbe concludersi, in riferimento stavolta alle caratteristiche delle parti contraenti, nell'ipotesi di mancanza di capacità giuridica (compera conclusa dallo schiavo) o d'agire di una delle parti (compera conclusa dal pupillo *sine tutoris auctoritate*).

Rodeghiero<sup>92</sup>, a cui si deve forse la più celebre monografia sul sinallagma genetico, ha sottolineato come effettivamente il campo d'indagine appena delineato andrebbe ristretto, da un punto di vista oggettivo, alla sola casistica offerta dalle fonti in tema d'inesistenza materiale della prestazione (*res* inesistente, *res futura* che non può venire in essere, credito inesistente, eredità inesistente) e d'impossibilità giuridica di quest'ultima (in cui rientrebbe il solo caso di vendita di *res extra commercium* e non anche di *homo liber* come schiavo, di *res furtiva* e di *rei suae*), dal momento che secondo una ben nota dottrina tedesca<sup>93</sup>, dall'indeterminatezza della prestazione discenderebbe, prima ancora che la mancata produzione simultanea del vincolo obbligatorio

---

<sup>90</sup> Cfr. in tal senso C. LONGO, *Corso di diritto romano. Parte generale: fatti giuridici – negozi giuridici – atti illeciti. Parte speciale: La compra-vendita*, Milano, 1944, 236; F. SCHULTZ, *Classical Roman Law*, Oxford, 1951, 532; V. ARANGIO – RUIZ, *La compravendita*<sup>2</sup>, cit., 214 ss., segnalando come eccezioni al principio la vendita di *res futura* che non potrà venire in essere e la vendita di *homo liber* come schiavo; H. P. BENÖHR, *Das sogennante Synallagma*, cit., 63, 95, 117; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., 530, nt. 17; M. TALAMANCA, voce «*Vendita in generale: a) diritto romano*», cit., 373 ss., nt. 723, il quale segnala come eccezione al principio la vendita di *res extra commercium*; B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 2<sup>8</sup>, bearbeitet von Th. Kipp, Frankfurt am Main, 1900, 312, nt. 21.

<sup>91</sup> Già Tondo sosteneva che «*l'immediata connessione che i Romani avvertivano tra la fattispecie (causa) e il corrispondente effetto non consentiva loro altra prospettiva che quella di argomentare dalla mancata produzione dell'effetto la inesistenza della figura negoziale destinata a fungere da causa*», voce «*Invalidità e inefficacia del negozio giuridico*» in Nuovo Digesto Italiano, 8, Torino, 1962, 996, riassumendo il punto di vista di S. DI PAOLA, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia del diritto romano*, Milano, 1966, 69 ss.; a seguire poi Tondo aggiunge: «*Senonché in epoca relativamente recente, favorita dalla differenziazione che fu operata dai canonisti tra matrimonium nullum e matrimonium non existens, s'è poi venuto delineando un profondo mutamento di significato, onde la qualifica di “nullo”, anziché esprimere la pura negazione del concetto, è passata a designare un attributo del concetto medesimo*».

<sup>92</sup> A. RODEGHIERO, *Sul sinallagma genetico*, cit., 1 ss.

<sup>93</sup> Cfr. per tutti F. RITTNER, *Über die Entbehrlichkeit des sog. genetischen Synallagma in Rechtsbewahrung und Rechtsentwicklung. Festschrift für Heinrich Lange*, herausgegeben von K. Kuchinke, München, 1970, 229, in particolare nt. 54 per ulteriore bibliografia.

in capo alle parti, l'impossibilità di concludere il contratto. Lo studioso conclude nello stesso senso anche in riferimento al requisito della liceità della prestazione, asserendo che l'unico passo che a tal riguardo è stato analizzato in letteratura<sup>94</sup>, Gai. 10 *ad ed. prov.* D.18.1.35.2<sup>95</sup>, si occupa di illiceità dello scopo perseguito dalle parti (circostanza questa che assume rilievo in quanto inerente a un contratto di buona fede) e non già di illiceità della prestazione. Ciò posto, le soluzioni prospettate dai giuristi classici in riferimento a tali circostanze risultano contraddittorie: se da un lato si riconosce l'invalidità del contratto, causata dall'impossibilità d'insorgenza di un vincolo reciproco tra le obbligazioni delle parti, stante la nullità di una delle due, altrove invece viene concessa al compratore l'azione contrattuale di buona fede, che depone nel senso di un'estraneità degli schemi di operatività del *synallagma* genetico. Tale incongruenza è stata per lo più spiegata dagli studiosi<sup>96</sup> ritenendo che le statuizioni di nullità sono risalenti all'età classica, mentre quelle favorevoli alla concessione dell'azione contrattuale, di origine compilatoria; altri<sup>97</sup>, ancora, hanno sostenuto che il compratore, nonostante il contratto sia *iure civili* nullo, può esperire l'azione contrattuale di buona fede per tutelare i proprio interessi; per Rodeghiero<sup>98</sup>, a rilevare è invece lo stato soggettivo di compratore e venditore al momento della conclusione del contratto di guisa che in caso di *ignorantia* o *scientia* bilaterale il contratto non viene ad esistenza, mentre nell'ipotesi di dolo del venditore a danno del compratore, quest'ultimo è tutelato dall'*actio empti*, volta al risarcimento del danno. Da un punto di vista soggettivo, poi, la dottrina maggioritaria<sup>99</sup> ritiene che in situazioni in cui viene in rilievo la mancanza della capacità giuridica del

---

<sup>94</sup> Si veda H. P. BENÖHR, *Das sogennante Synallagma*, cit., 63, nt. 6.

<sup>95</sup> D.18.1.35.2 (Gai. 10 *ad ed. prov.*): *Veneni mali quidam putant non contrahi emptionem, quia nec societas aut mandatum flagitiosae rei ullas vires habet: quae sententia potest sane vera videri de his quae nullo modo adiectione alterius materiae usu nobis esse possunt: de his vero quae mixta aliis materiis adeo nocendi naturam deponunt, ut ex his antidoti et alia quaedam salubria medicamenta conficiantur, aliud dici potest.*

<sup>96</sup> Cfr. per tutti G. GROSSO, *Il sistema*, cit., 205 ss.

<sup>97</sup> Cfr. M. SARGENTI, *Appunti sull'esperibilità dell'azione contrattuale nella compravendita* in Studi Arangio-Ruiz, II, Napoli, 1953, 246.

<sup>98</sup> Cfr. A. RODEGHIERO, *Sul synallagma genetico*, cit., 155.

<sup>99</sup> Cfr. F. SCHULTZ, *Classical*, cit., 532; G. GROSSO, *Il sistema*, cit., 207 ss.; H. P. BENÖHR, *Das sogennante Synallagma*, cit., 64 ss.; M. KASER, *Das römische*

soggetto (compera conclusa dallo schiavo) o della capacità d'agire di quest'ultimo (compera conclusa dal pupillo *sine tutoris auctoritate*) il sinallagma non opera sul versante genetico, ma si manifesta piuttosto sotto il profilo funzionale «tramite la subordinazione del soddisfacimento della pretesa contrattuale azionata dal dominus o dal pupillo all'esecuzione della prestazione promessa dallo schiavo o, rispettivamente, dal pupillo medesimo<sup>100</sup>». Diversamente concludeva Ernst, seguito poi sostanzialmente da Rodeghiero<sup>101</sup>, il quale riteneva che i frammenti da cui la dottrina avrebbe dedotto tali opinioni in realtà nulla avrebbero a che fare con il concetto di sinallagma funzionale in senso stretto, del tutto ignoto ai giuristi classici; piuttosto, le soluzioni casistiche adottate in tali brani discenderebbero dalla mera operatività della buona fede, criterio cui è informato il contratto di *emptio-venditio*<sup>102</sup>.

Di gran lunga più copiosi i lavori in tema di sinallagma funzionale e condizionale<sup>103</sup>, nella letteratura italiana oggi più opportunamente distinti tra

---

*Privatrecht*, cit., 530, nt. 17; M. TALAMANCA, voce «Vendita in generale: a) diritto romano», cit., 373 ss.

<sup>100</sup> Così si evincerebbe, per l'ipotesi della compera conclusa dallo schiavo, da due testi di Paolo conservati in D.21.1.57 e D.12.1.31.1 e, in riferimento all'altro caso della compera conclusa dal pupillo *sine tutoris auctoritate*, da un ulteriore frammento di cui in D.18.5.7.1.

<sup>101</sup> Cfr. A. RODEGHIERO, *Sul sinallagma genetico*, cit., 156-157.

<sup>102</sup> Si veda W. ERNST, *Die Vorgeschichte der exceptio non adimpleti contractus im römischen Recht bis Justinian* in Festgabe für Werner Flume, Heidelberg, 1998, 1 ss., 10 ss., 36 ss. (riprodotto in *Die Einreide des nichterfüllten Vertrages. Zur historischen Entwicklung des synallagmatischen Vertragsvollzugs im Zivilprozeß*, Berlin, 2000, 15 ss., 24 ss., 51 ss.).

<sup>103</sup> Si vedano, in particolare, L. VACCA, *Sulla responsabilità 'ex empto' del venditore nel caso di evizione secondo la giurisprudenza tardo-classica* in 'Collatio iuris romani'. Études dédiées à Hans Ankum, éditées par R. Feenstra-A.S. Hartkamp-J.E. Spruit- P.J. Sijpesteijn-L.C. Winkel, 2, Amsterdam, 1995, 549 ss. (anche in *Sem. Compl.*, 7, 1995, 297 ss. e in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Materiali per un corso di diritto romano*, Torino, 1997, 193 ss.); ID., *Ancora sull'estensione dell'ambito di applicazione dell'actio empti' in età classica* in IVRA, 45, 1994 (ma pubblicato nel 1997), 35 ss. (anche in *Vendita*, cit., 193 ss.); ID., *Risoluzione e sinallagma contrattuale nella giurisprudenza romana dell'età classica* in *Il contratto inadempito. Realtà e tradizione del diritto contrattuale europeo. Atti del III Convegno Internazionale ARISTEC* (Ginevra, 24-27 settembre 1997), Torino, 1999, 23 ss.; ID., *Buona fede e sinallagma contrattuale* in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. BURDESE*, IV, Padova-Venezia-Treviso, 14-15-16 giugno 2001, pubblicato 2003, 331 e ss.; M. TALAMANCA, *Considerazioni sul 'periculum rei venditae'* in *Sem. Compl.*, 7, 1995, 217 ss.; ID., 'Lex' ed 'interpretatio' in *Lab. 4 post. a Iav. epit.*

loro di quanto si facesse in passato<sup>104</sup>, in linea con la tradizione tedesca<sup>105</sup> per vero assai risalente.

In relazione all'operatività del sinallagma funzionale a favore del venditore, la tesi dominante<sup>106</sup> ritiene che le fonti siano univoche nel subordinare il buon esito dell'*actio empti* intentata dal compratore per la mancata consegna della cosa al pagamento del prezzo o, quanto meno, all'offerta di pagamento di quest'ultimo; in caso contrario è attestato infatti che il venditore gode di un diritto di ritenzione sulla *res vendita* analogo a quello di cui gode il creditore pignoratorio sulla *res pignoris data*<sup>107</sup>.

Unica voce fuori dal coro quella di Ernst, il quale sostiene che nel diritto classico ciascun contraente avrebbe potuto liberamente chiedere l'adempimento della controprestazione senza essere tenuto ad adempiere o ad

---

*D.19.1.50* in Nozione, formazione e applicazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor Filippo Gallo, II, Napoli, 1997, 353 ss.; W. ERNST, *Die Vorgeschichte der exceptio non adimpleti contractus*, cit., 1 ss. (riprodotto in *Die Einrede des nichterfüllten Vertrages*, cit., 15 ss.); F. GALLO, *A proposito di 'aeque' in D.19.1.50: un giudizio con comparazione sottesa* in SDHI, 66, 2000, 1 ss.; A. GUARINO, *Il gusto dell'esegesi: D.19.1.50* in (a cura di L. GAROFALO) *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*. Atti del Convegno Internazionale di studi in onore di A. BURDESE, IV, Padova-Venezia-Treviso, 14-15-16 giugno 2001, pubblicato 2003, 265 ss.; M. V. SANSÓN RODRÍGUEZ, *La buena fe en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones desde la perspectiva del derecho privado romano* in *Il ruolo della buona fede oggettiva*, III, cit., 293 ss.; A. RODEGHIERO, *In tema di sinallagma funzionale nella compravendita romana classica* in BIDR, 1998-1999 (pubblicato nel 2005), 551 ss.; S. VIARO, *Corrispettività*, cit., 1 ss.

<sup>104</sup> Alla voce «*Vendita in generale: a) diritto romano*», cit., 373, nt. 17 Talamanca sosteneva che la distinzione tra sinallagma funzionale e condizionale fosse concettualmente superflua, riguardando entrambi il funzionamento del contratto. Tuttavia l'illustre romanista si corregge in un suo scritto posteriore specificando che «*anche se entrambi questi tipi rientrano nel sinallagma funzionale in senso ampio, è evidente che il riconoscimento dell'operatività del sinallagma funzionale (in senso stretto) non implica necessariamente quella del sinallagma condizionale, e viceversa*»: così M. TALAMANCA, 'Lex' ed 'interpretatio', cit., 354, nt. 2.

<sup>105</sup> Tradizione che risale al più volte citato H. P. BENÖHR, *Das soggenante Synallagma*, cit., 1 ss.

<sup>106</sup> Cfr. per tutti F. SCHULTZ, *Classical*, cit., 531 ss.; G. GROSSO, *Il sistema*, cit., 218 ss.; H. P. BENÖHR, *Das soggenante Synallagma*, cit., 20 ss., 94 ss., 116 ss.; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, cit., 530, ntt. 19 - 20; R. ZIMMERMAN, *The law of Obligations. Roman Foundation of the Civilian Tradition*, Cape Town, 1990, 801, nt. 133; M. TALAMANCA, «*Vendita in generale: a) diritto romano*», cit., 374 ss.

<sup>107</sup> Paul. 17 *ad Plaut.* D.12.1.31.1; Scaev. 2 *resp.* D.18.4.22; Paul. 5 *quaest.* D.18.5.7.1; Ulp. 32 *ad ed.* D.19.1.13.8; Cfr. Ulp. 1 *ad ed aed. cur.* D.21.1.31.8; Paul. 5 *quaest.* D.21.1.57 pr.; Scaev. 4 *dig.* D.26.7.56; Ulp. 29 *ad Sab.* D.47.2.14.1; C. 4, 49, 8, 1 Diocl. et Max.

offrire di adempiere la propria. La *ratio* sottesa al ragionamento dello studioso sta essenzialmente in ciò che il principio della *condemnatio pecuniaria* nel processo formulare comportava che chiunque agisse, il compratore *ex empto* in questo caso, lo facesse per ottenere una somma di denaro, non già la *traditio rei*: pertanto il riconoscimento di un diritto di ritenzione non avrebbe avuto senso alcuno<sup>108</sup>.

Dal lato del compratore, invece, la *communis opinio*<sup>109</sup> è che non vi sia alcun addentellato giurisprudenziale che dimostri un'operatività del sinallagma: da nessuna parte si afferma esplicitamente che il compratore convenuto dal venditore con l'*actio venditi* per il mancato pagamento del prezzo possa andare esente da condanna in caso di mancata consegna della *merx*.

Ciò nonostante, due sono le argomentazioni che ammettono una soluzione analoga a quella precedentemente illustrata: da un lato, per esigenze di uniformità di trattamento delle parti, si rileva che il sinallagma funzionale, operando sicuramente a favore del venditore, non può che agire allo stesso modo anche a favore del compratore; dall'altro si desume da un testo di Giuliano, tradito in D.19.1.25, l'opponibilità, da parte del compratore convenuto in giudizio per il pagamento del prezzo pattuito tramite *stipulatio*, dell'*exceptio mercis non traditae*. Da ciò si è fatto discendere che anche negli altri casi in cui il venditore agisse non *ex stipulatu* ma *ex vendito*, allo stesso modo la domanda avrebbe dovuto essere respinta, sulla base quantomeno della clausola di buona fede<sup>110</sup>.

È da sottolineare che anche sul profilo dell'operatività del sinallagma a favore del compratore Ernst nutre gli stessi dubbi sopra esposti, rimarcando il silenzio delle fonti e confutando le due argomentazioni a sostegno della tesi maggioritaria: quanto alla prima (se il sinallagma funzionale opera a favore del venditore allo stesso modo opererà a favore del compratore, per esigenze di parità di trattamento delle parti), «*rovesciandola nel suo opposto*<sup>111</sup>»; in

---

<sup>108</sup> Cfr. W. ERNST, *Die Vorgeschichte der exceptio non adimpleti contractus*, cit., 31.

<sup>109</sup> Si tratta di una prospettiva risalente a H. P. BENÖHR, *Das sogenannte Synallagma*, cit., 49 ss.; sul punto, si veda in particolare M. TALAMANCA, *Contributi allo studio delle vendite all'asta nel mondo classico* (= «Mem. Lincei, VIII S., VI.2»), Roma, 1954, 122 ss.

<sup>110</sup> A. RODEGHIERO, *In tema di sinallagma funzionale*, cit., 552 – 553.

<sup>111</sup> A. RODEGHIERO, *In tema di sinallagma funzionale*, cit., 554.

merito alla seconda (*exceptio mercis non traditae*), opinando che il frammento *de quo* è stato interpolato dai compilatori.

##### 5. Alcune considerazioni.

Ebbene, per avere dei punti fermi da cui partire in questa ricerca, a noi sembra, in definitiva, che del termine *συνάλλαγμα* si possa tracciare una linea semantica evolutiva che individua nel pensiero di Labeone, Aristone e in seguito nella riflessione della Scuola Pandettistica i tre momenti di passaggio che hanno contribuito, in epoca moderna, all'identificazione del sinallagma col concetto di "corrispettività delle prestazioni".

Ed infatti, a ben guardare, in riferimento al *dictum* labeoniano, riteniamo, aderendo alla tesi maggioritaria<sup>112</sup>, che il termine *συνάλλαγμα*, riferito ad «*ultrocitroque obligatio*», richiami precisamente il concetto di "corrispettività delle obbligazioni". Si tratta di una sinallagmaticità che esiste tanto sul piano economico tanto su quello giuridico: dal negozio sorgono obbligazioni a carico e a favore di entrambe le parti; essa investe, inoltre, sia il momento genetico che il corso successivo dei rapporti, producendo tanto gli effetti della bilateralità genetica tanto gli effetti di quella funzionale<sup>113</sup>.

Dalla lettura del passo di Aristone si evince invece che il richiamo al concetto di *συνάλλαγμα* viene operato in rapporto ai contratti del tipo "*do ut des, do ut facias*", e cioè ai c.d. contratti innominati che, a differenza di quelli esaminati nel frammento precedente, producono obbligazioni solo a carico della controparte, e perciò devono qualificarsi come unilaterali. In altri termini, nel pensiero di Aristone, quando viene eseguita la prestazione, che in questa tipologia di contratti trova il suo scopo nell'adempimento dell'altra (ti do X affinché tu faccia Y), sorge per ciò stesso in capo alla controparte l'obbligo di adempiere alla controprestazione che, si badi bene, non sarebbe mai nato se non fosse già stata eseguita la precedente. In tali ipotesi il sinallagma sorgerebbe dunque in funzione della prestazione, a tutela delle esigenze di

---

<sup>112</sup> Su cui ci siamo meglio soffermati più sopra, Cap. I, § 2, 29 ss.

<sup>113</sup> Così F. GALLO, *Ai primordi*, cit., 172; 181.

equilibrio degli interessi negoziali delle parti; questa volta però da un punto di vista esclusivamente economico, non anche giuridico, dal momento che nei c.d. contratti innominati «*la datio iniziale è attratta nella fattispecie negoziale, producendo obbligazioni solo a carico dell'accipiente*». Si tratta, in questo caso, di una sinallagmaticità che investe solo il momento genetico: «*se non c'è la datio o non si verifica comunque l'effetto traslativo ad essa proprio, non viene ad esistenza il συνάλλαγμα produttivo di obbligazioni a carico dell'altra parte*»<sup>114</sup>.

Nel pensiero della Scuola Pandettistica poi il termine *συνάλλαγμα* indicherebbe il vincolo d'interdipendenza che lega le prestazioni durante la vita del contratto, tanto nella sua fase genetica, tanto in quella dello svolgimento.

Dunque, in estrema sintesi, se nel pensiero dei giuristi romani il concetto di *συνάλλαγμα* sembra attenere, almeno in un primo momento, alla qualificazione dell'obbligazione o all'idea di un necessario equilibrio degli interessi contrattuali in gioco, solo in un secondo momento, peraltro di gran lunga successivo, la riflessione scientifico-dogmatica sulle fonti classiche induce al ripensamento di tale concetto in rapporto al funzionamento delle prestazioni, con particolare attenzione a quest'ultimo nella fase patologica del contratto.

Ciò posto, l'idea che l'esigenza di un giusto equilibrio contrattuale si sia manifestata con chiarezza solo in epoca traianea ci lascia alquanto perplessi: ed infatti tale conclusione non sembra tenere conto, a nostro parere, di quell'importante evoluzione della tutela processuale dell'acquirente nelle compravendite di schiavi di cui accennavamo più sopra<sup>115</sup>, che ha interessato il *ius aedilicium* e condizionato poi, in età post-classica, anche il *ius civile*, raggiungendo livelli di protezione della c.d. "parte debole" davvero innovativi per l'ordinamento giuridico romano.

---

<sup>114</sup> Cfr. F. GALLO, *Ai primordi*, cit., 172; 181.

<sup>115</sup> Si veda *supra*, Prefazione, § 2, 16 ss.



## CAPITOLO II

### **L'EDICTUM DE MANCIPIIS VENDUNDIS SULLA GARANZIA PER VIZI NELLE COMPRAVENDITE DI SCHIAVI**

#### *1. Considerazioni metodologiche sulla fonte oggetto del nostro studio.*

Il testo dell'Editto edilizio, di cui quello *de mancipiis vendundis* costituiva solo una parte, benché probabilmente la più importante, non ci è pervenuto direttamente; ciò nonostante, i commentari “*Ad edictum aedilium curulium*”<sup>116</sup> cui si sono dedicati numerosi giuristi romani<sup>117</sup>, hanno permesso agli studiosi di ricostruirlo come quest'ultimo doveva presentarsi originariamente.

In altri termini, chiunque -ancora oggi- si volesse cimentare in tale attività, per portare a termine l'arduo compito non avrebbe, in definitiva, a disposizione altro strumento che gli stessi frammenti dei *commentari ad edicta* di cui dicevamo, talvolta interpolati e per di più variamente dislocati nei *Digesta* in base alla materia che i compilatori considerarono di loro pertinenza.

Inoltre nel corso del tempo, tali brani sono stati raccolti dalla romanistica adottando un criterio sistematico: ed infatti li troviamo radunati per materia nelle principali ricostruzioni degli editti magistratuali elaborate dalla dottrina e, per argomento trattato, in base all'Autore dell'opera da cui sono escerpiti, nel sistema logico della *Palingenesia* di Lenel<sup>118</sup>.

---

<sup>116</sup> Da un punto di vista didattico, tali opere di commento vengono qualificate, infatti, fonti tecniche (o giuridiche) indirette (o secondarie); cfr. C. COSENTINI, *Lezioni di esegesi delle fonti del diritto romano*, Catania, 1995, rist. riveduta, 64 ss.

<sup>117</sup> In particolare, si fa qui riferimento a Gaio, Paolo e Ulpiano.

<sup>118</sup> Per ricostruire i frammenti che ci sono pervenuti nelle compilazioni post-classiche e giustiniane secondo il loro schema originario, Lenel, nella sua *Palingenesia iuris civilis*, si basa sulle *inscriptiones*, che indicano accanto al nome dell'Autore anche quello del libro da cui il brano è stato escerpito. In tal modo il

Pertanto, dal momento che -secondo la dottrina maggioritaria- anche l'*edictum de mancipiis vendundis*, sezione del più ampio *Edictum aedilium curulium*, costituiva, almeno nella sua redazione definitiva, parte della più ampia opera di codificazione di tutti gli editti magistratuali, l'*Edictum perpetuum*, ordita da Salvio Giuliano sotto Adriano nel 130 d.C.<sup>119</sup>, ci è sembrato opportuno in questo lavoro vagliare, preliminarmente, le principali ricostruzioni di quest'ultimo testo che la dottrina ha elaborato nel corso del tempo.

### 1.1 Le principali ricostruzioni dell'*Edictum perpetuum*.

Che la ricostruzione dell'*Edictum perpetuum* costituisse un'operazione di particolare difficoltà, lo avvertiva già Melillo<sup>120</sup>.

Ebbene, i *commentari ad edicta* maggiormente studiati dalla dottrina a tal fine risultano quelli di Gaio, Paolo e Ulpiano, giuristi tra i più noti dell'età classica; tuttavia riteniamo che in uno studio scientifico che si proponga l'obiettivo di guardare all'argomento in maniera quanto più possibile completa, nondimeno si dovrebbe operare una qualche riflessione sulle opere

---

romanista ha potuto riunire insieme tutti i brani che compongono un medesimo libro di un determinato Autore, tentando anche di incastrarli in una sequenza logica; sul punto cfr. C. COSENTINI, *Guida alla consultazione delle fonti giuridiche romane e dei mezzi ausiliari di indagine* in (a cura di C. COSENTINI) *Collana di testi per esercitazioni*, Catania, 1949, 24.

<sup>119</sup> La tesi che sostiene l'idea della codificazione dell'Editto, maggioritaria, si basa su numerose fonti post-classiche giuridiche e letterarie: VICT., *De Caes.*, 19, 1; Eutr., *Brev.*, 8, 17; Pomp. *l. sing. ench.* D.1.2.2.44; PAOLO DIACONO, v. ed. *Droysen di Eutropio, Monum. Germaniae, Auctores Antiquissimi*, 2, 1879, 39; HYERON., *Cronichon*, ed. *Droysen*, cit., 146; PEANIO, ed. *Droysen*, cit., 147; LANDOLFO SAGACE, *Historia miscella*, ediz. Eyssenhard, 1869, 10, 20, 320; C. Th., 4, 4, 7; Nov. Valent., 21, 1, 31; CI, 45, 10, 1; const. Tanta-Δέδωκεν 18; CIL, 8, 24094, Desseau, 8973. Al contrario, altri hanno sostenuto l'inattendibilità di tali fonti, concludendo che l'idea della codificazione non sarebbe nient'altro che una leggenda: si veda, a tal proposito, per tutti, A. GUARINO, *La leggenda sulla codificazione dell'editto e la sua genesi* in Atti del Congresso internazionale di Diritto Romano, II, 1951, 167 ss.; ID., *L'esaurimento del «ius honorarium» e la pretesa codificazione dell'editto* in Studi Albertario, I, 1953, 623 ss.; ID., *Storia del diritto romano*<sup>2</sup>, Milano, 1954, 304 ss., 388 ss., 403 ss.; ID., *Opinioni codificate?* in Labeo, I, 1955, 295 ss.; ID., *L'ordinamento giuridico romano*<sup>3</sup>, Napoli, 1959, 155 ss., 162 ss.; ID., *Alla ricerca di Salvio Giuliano* in Labeo, V, 1959, 67 ss.

<sup>120</sup> G. MELILLO, Voce «*Edictum perpetuum*», *NNDI*, VI, Torino, 1960, 376 ss.

di commento che già alcuni giuristi dell'età repubblicana avevano dedicato all'Editto<sup>121</sup>. Ed infatti, se è vero, come dicevamo, che la definitiva codificazione di tale testo avviene solo per mano di Salvio Giuliano, sotto Adriano<sup>122</sup>, è ancor più vero che l'esistenza di opere di tal fatta risalenti già all'età repubblicana lascia supporre che l'Editto constasse di un nucleo stabile ancor prima dell'epoca adrianea.

In particolare, il primo giurista che sembra essersi cimentato nel progetto scientifico di ricostruzione del testo dell'Editto è Aulo Ofilio<sup>123</sup>, *auditor* di Servio Sulpicio Rufo e *Caesari familiarissimus*<sup>124</sup>; seguono poi i lavori, in

---

<sup>121</sup> Cfr. G. MELILLO, Voce «*Edictum perpetuum*», cit., 378.

<sup>122</sup> Si veda, sul punto, nt. 119.

<sup>123</sup> Cfr. D.1.2.2.44 (Pomp. *l. sing. ench.*): [...] *de iurisdictione idem edictum praetoris primus diligenter composuit, nam ante eum Servius duos libros ad Brutum perquam brevissimos ad edictum subscriptos reliquit.*

<sup>124</sup> Il giurista tardo repubblicano, per vero, secondo parte della dottrina, non avrebbe fatto altro che partecipare al progetto, più ampio, concepito da Cesare in merito alla sistematizzazione delle fonti del diritto. Sul punto, si veda A. F. RUDORFF, *Edictum Perpetuum, Praefatio*, II, *De iuris dictione edictum. Edicti Perpetui quae reliqua sunt*, EUNSA, Pamplona, 1997, 6: *De Pompei proposito nihil certi traditum est nisi quod suarum legum auctor idem ac subversor fuit. Caesar universum ius civile ad certum modum redigere atque ex immensa diffusaque legum copia optima quaeque et necessaria in paucissimos libros conferre in animum induxerat. Quod propositum quemadmodum in legibus et iure civili postea ab aliis ad finem aliquem perductum sit, hoc loco non disquiram; id tantum monuisse sufficiat Aulum Ofilium, qui Caesari familiarissimus fuit, in legibus etiam occupatum fuisse, neque in soli legibus vicensimae, ut antiquissimo librarii vitio apud Pomponium legitur, sed quae omnem partem iuris spectarent et commentarios exigerent viginti librorum; Iulianum vero a libro 59. Digestorum usque ad finem operis, id est usque ad librum 94. In appendice edicti de legibus scripsisse, idemque ab omnibus deinceps edicti interpretibus atque etiam in constitutionum codicibus et digestis observatum esse;* ancora, F. CASAVOLA, *Auditores Servii* in *La critica del testo. Atti del secondo congresso internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto*, I, Firenze, 1971, 153 ss.; ID., *Auditores Servii tra Pomponio e Ulpiano*, in (a cura di G. DE CRISTOFARO) *Giuristi adrianei. Con note di prosopografia e bibliografia su giuristi del II sec. d.C.*, Napoli, 1980, 130 ss.; ID., *Cicerone e Giulio Cesare tra democrazia e diritto* in *Questioni di giurisprudenza tardo-repubblicana*, 282 ss.; F. D'IPPOLITO, *I giuristi e la città*, Napoli, 1978, 91 ss.; ID., *Il diritto e i cavalieri* in *La codificazione del diritto dall'antico al moderno (Incontri di studio. Napoli, gennaio-novembre 1996)*, Napoli, 1998, 31 ss.; P. CERAMI, *Il sistema ofiliano* in *La codificazione del diritto dall'antico al moderno*, Napoli, 1998, 83 ss.; più recentemente, P. BIAVASCHI, *Caesari familiarissimus. Ricerche su Aulo Ofilio e il diritto successorio tra repubblica e principato*, Milano, 2011, 1 ss., con ampia bibliografia *ivi* citata.

epoca successiva, di Labeone<sup>125</sup>, Masurio Sabino<sup>126</sup>, Sesto Pedio<sup>127</sup> e Fabio Mela<sup>128</sup>.

Eppure, gli sforzi della dottrina si sono concentrati per lo più nella ricostruzione del testo edittale così come esso si doveva presentare dopo la sua stabilizzazione, durante il secondo principato.

I primi tentativi in tal senso risalgono a Donello e a Cuiacio, sebbene si trattasse, nella sostanza, di opere ricostruttive «*molto vaghe*<sup>129</sup>»; seguono poi i lavori di numerosi Autori di età media di cui, per vero, si hanno poche tracce<sup>130</sup> e tra i quali spiccano per rilevanza Baron<sup>131</sup> (1547-1556), Perraeus<sup>132</sup> (1583), Ranchinus<sup>133</sup> (1597), Giphanius<sup>134</sup> (1612), quest'ultimo, a detta di Melillo, «*apprezzato per molti secoli*<sup>135</sup>» e tra i più risalenti, forse, il più completo, se si considera che riorganizza il testo dell'Editto in dieci parti:

- 1) *Prima pars o praeparatoria iudiciorum;*
- 2) *De iudiciis, quae pars actiones in rem continent;*
- 3) *De rebus, quae actiones in personam;*
- 4) *De dotibus, tutelis et furtis;*
- 5) *De bonorum possessione et testamentis;*
- 6) *De cautionibus praetoriis, vicem actionibus gerentibus;*

---

<sup>125</sup> Si veda Aul. Gell., *Noct. Att.*, 13.10.3.

<sup>126</sup> Cfr. D.38.1.18 (Paul. 41 *ad ed.*): *Suo victo vestituque operas praestare debere libertum Sabinus ad edictum praetoris urbani libro quinto scribit [...].*

<sup>127</sup> Cfr. D.37.1.6.pr.-2 (Paul. 41 *ad ed.*): *[...] Notis scriptae tabulae non continentur edicto, quia notas litteras non esse Pedius libro vicesimo quinto ad edictum scribit.*

<sup>128</sup> Cfr. D.46.3.39 (Afr. 8 *quaest.*): *Si, soluturus pecuniam tibi, iussu tuo signatam eam apud nummularium, quoad probaretur, deposuerim, tui periculi eam fore Mela libro decimo scribit [...].*

<sup>129</sup> Così G. MELILLO, Voce «*Edictum perpetuum*», cit., 378.

<sup>130</sup> Cfr. A. F. RUDORFF, *EP*, cit., 20-24.

<sup>131</sup> E. BARON, *Ad omnes partes Dig. Seu Pand. Enucl. Manual. Libri singulares*, Paris, 1547-56, 1 ss.

<sup>132</sup> S. PERRAEI, *Aedicta praetoria ex libris pandectarum congruo ordine desumpta continens*, Parisiis, 1554, 1 ss.

<sup>133</sup> G. RANCHINUS, *Edictum perpetuum a Salvio Iuliano iurisconsulto compositum a Guilelmo Ranchino in Monspeliensi schola Antecessore & in suprema subsidiorum curia Occitana fisci Advocato restitutum*, Parisiis, 1597, 1 ss. più accessibile tuttavia nella sua seconda edizione, ID., *Edictum perpetuum Adrianeum restitutum*, Parmae, 1781, 1 ss.

<sup>134</sup> H. GHIPANIUS, *Oeconomia iuris sive dispositio methodica omnium librorum ac titulorum iuris civilis*<sup>2</sup>, Argentorati, 1612, 1 ss.

<sup>135</sup> Così G. MELILLO, Voce «*Edictum perpetuum*», cit., 378.

- 7) *De delictis*;
- 8) *De executione iudiciorum, de missione in possessionem et de re iudicata*;
- 9) *De interdictis*;
- 10) *De pignoribus, exceptionibus et stipulationibus praetoriis*<sup>136</sup>.

Successivamente vanno ricordati i tentativi di ricostruzione di Gothofredus<sup>137</sup>, Noodt<sup>138</sup>, Wieling<sup>139</sup>, Heineccius<sup>140</sup>, De Weyhe<sup>141</sup>, aspramente criticato da Rudorff per aver collocato le formule edittali nella parte posteriore del testo<sup>142</sup>.

Ma nell'epoca moderna sono Rudorff<sup>143</sup> e Lenel<sup>144</sup> ad avere segnato, con le loro ricostruzioni sistematiche dell'Editto, una svolta decisiva in materia, cui si deve pur aggiungere l'opera di Wlassak<sup>145</sup>, sebbene meno citata. Contemporaneo a Lenel è poi Jousserandot, Professore di Pandette della Facoltà di diritto di Ginevra, il quale opera una ricostruzione dell'Editto di gran lunga inferiore rispetto a quelle tedesche sopra citate, e, perciò, meno ricordata<sup>146</sup>.

L'opera di Lenel è considerata di gran lunga superiore a quella di Rudorff; senza dubbio, però, Lenel non avrebbe raggiunto canoni di precisione così alti senza le basi palinogenetiche che offrì lui lo stesso Rudorff, la cui opera si

---

<sup>136</sup> Cfr. H. GHIPANIUS, *Oeconomia*, cit., 122-123.

<sup>137</sup> C. GOTHOFREDUS, *Ordo Edicti perpetui una cum serie librorum, quos iurisconsulti ad id scripsere, Fontes quatuor iuris civilis in unum collecti*, Genevae, 1653, 351-355.

<sup>138</sup> G. NOODT, *Commentarius in D. Justiniani, Sacratissimi Principis, libros XXVII Digestorum sive Pandectarum Iuris enucleati ex omni vetere Iure collecti*<sup>2</sup>, Lugduni Batavorum, 1735, 1 ss.

<sup>139</sup> A. WIELING, *De Servii Sulpitii et Auli Ofilii ad edictum libris ad Auditores suos diatribae*, Franequerae, 1731, 1 ss.

<sup>140</sup> J. G. HEINECCIUS, *Opuscula postuma in quibus Historia Edictorum edictique perpetui, ipsiusque edicti perpetui, ordini et integritati suae restituti, Partes II. Vita Ludovici Germanici Imp. Aliaque continentur*, Genevae, 1748, 1 ss.; la sua opera, incompleta, fu pubblicata in seguito dal figlio.

<sup>141</sup> C. G. L. DE WEYHE, *Libri tres Edicti sive libri de origine fatisque jurisprudentiae romanae praesertim edictorum praetoris ac de forma Edicti perpetui*, Cellis Lunenburgicis, 1821, 1 ss.

<sup>142</sup> Cfr. A. F. RUDORFF, *EP*, cit., *Praefatio*, III, 22.

<sup>143</sup> A. F. RUDORFF, *EP*, cit., 1 ss.

<sup>144</sup> O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*<sup>3</sup>, Leipzig, 1927, 1 ss.

<sup>145</sup> M. WLASSAK, *Edikt und Klageform*, Jena, 1882, 1 ss.

<sup>146</sup> L. JOUSSERANDOT, *L'Édit Perpétuel*, I, Paris, 1883, 1 ss.

pone in definitiva come rivoluzionaria rispetto alle precedenti, nettamente inferiori quanto a criteri scientifici adottati<sup>147</sup>.

Per tali ragioni, nei capitoli in cui ci soffermeremo sull'analisi delle clausole edittali che riteniamo rilevanti ai fini del nostro lavoro, in quanto fondate su esigenze di giustizia contrattuale e di riassetto dell'equilibrio delle parti in gioco, faremo riferimento, per la restituzione del testo delle rubriche, alle ricostruzioni di Rudorff e Lenel.

### *1.2 Le principali ricostruzioni dell'Edictum aedilicium.*

Passate in rassegna le principali ricostruzioni del testo dell'*Edictum Perpetuum*, è necessario adesso soffermarsi più specificamente sull'Editto edilizio, che qui ci occupa, e, in particolare, sulle rubriche di cui esso risulta composto, per poi concentrare i nostri sforzi su quella *de mancipiis vendundis*, contenente alcune clausole che appaiono, come dicevamo, correlate a problemi di equilibrio delle parti nelle compravendite di schiavi<sup>148</sup>. Ebbene, secondo la dottrina dominante, l'Editto edilizio consta di quattro parti: *de mancipiis vendundis*, *de iumentis vendundis*, *de feris* e *de castratione puerorum*<sup>149</sup>.

Nonostante quest'ultima rubrica venga considerata sia da Rudorff sia da Lenel parte integrante del primo e più importante editto sulle vendite degli schiavi, ragioni di contenuto ci spingono ad aderire alla quadripartizione sopra richiamata, ritenendo più verosimile l'ipotesi dell'estraneità di tale rubrica rispetto a quella sulle compravendite di schiavi: ed infatti l'editto *de mancipiis vendundis*, occupandosi di obblighi a carico del commerciante di *mancipia*, ricade certamente nell'ambito della *cura annonae* cui dovevano provvedere gli edili curuli, dal momento che i mercati erano i luoghi in cui tali vendite si svolgevano nella prassi; le disposizioni contenute nella rubrica *de castratione puerorum*, invece, non riferendosi ad alcuna attività commerciale legata ai mercati, ma, diversamente, al buon costume, sembrano

---

<sup>147</sup> Così sembra ritenere anche R. DOMINGO nella sua introduzione all'edizione dell'opera di A. F. RUDORFF, *De iuris dictione edictum. Edicti Perpetui quae reliqua sunt*, cit., 8.

<sup>148</sup> Si veda *supra*, Cap. I, § 5, 46 ss.

<sup>149</sup> Cfr. per tutti G. IMPALLOMENI, *L'editto*, cit., 5 ss.

attenere alla diversa sfera della *cura urbis*<sup>150</sup> cui pure tali magistrati giurisdicenti erano preposti, insieme alla *cura ludorum solemnium*<sup>151</sup>.

È da notare inoltre che nell'opera di ricostruzione del testo editto di Lenel costituisce un editto a sé anche la *stipulatio ab aedilibus proposita*<sup>152</sup>; in quella di Rudorff, inoltre, trova posto anche la clausola *ne quis in arenam nisi pomum misisse vellet*<sup>153</sup>, inserita all'interno dell'editto *de feris*, connessa probabilmente alla *cura ludorum*, di cui prima si diceva.

### 1.3 Le principali ricostruzioni dell'*edictum de mancipiis vendundis*.

Ciò posto, secondo l'opinione della dottrina maggioritaria l'*edictum de mancipiis vendundis*, oggetto del nostro lavoro, consterebbe, almeno nella versione giuliana, di undici rubriche<sup>154</sup>:

- 1) regole sulla dichiarazione dei vizi e delle qualità; concessione dell'*actio redhibitoria*, D.21.1.1.1 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*);
- 2) la formula dell'*actio redhibitoria*, da D.21.1.23.7 a D.21.1.31.15 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*);
- 3) promessa e formula dell'*actio quanti minoris*, D.21.1.31.16 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*);
- 4) promessa e formula dell'*actio in factum ad pretium recipendum, si mancipium redhibitum fuerit*, D.21.1.31.17-19 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*);
- 5) *de cavendo*, ed azioni relative, D.21.1.31.20 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*);
- 6) *de natione pronuntianda*, D.21.1.31.21 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*);
- 7) *si [quid] <mancipium> ita venierit, ut, nisi placuerit, redhibeatur*, D.21.1.31.22-23 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*);
- 8) *si alii rei homo accedat*, D.21.1.31.25 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*); D.21.1.32 (Gai. 2 *ad ed. aed. cur.*); D.21.1.33 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*); D.21.1.35 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*); D.21.1.44pr. (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*);
- 9) *ne veterator pro novicio veneat*, D.21.1.37 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*);

---

<sup>150</sup> Sul punto cfr. G. IMPALLOMENEI, *L'editto*, cit., 89, nt. 14.

<sup>151</sup> Cfr. Cicero, *De legibus*, 3, 3, 7.

<sup>152</sup> Cfr. O. LENEL, *EP*<sup>3</sup>, cit., § 296, 567.

<sup>153</sup> Cfr. A. F. RUDORFF, *EP*, cit., § 312, 266.

<sup>154</sup> Sul punto cfr. per tutti G. IMPALLOMENEI, *L'editto*, cit., 5 ss.

- 10) *edictum adversos venaliciarios*, sulla solidarietà passiva nell'azione redibitoria, D.21.1.44.1 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*);
- 11) *de ornamentis mancipiorum*, D.50.16.74 (Paul. 2 *ad ed. aed. cur.*).

Orbene, i frammenti che compongono tali rubriche sono quasi tutti escerpiti, come si ricava immediatamente dalle *inscriptiones*, dal primo libro del commento di Ulpiano all'Editto degli edili curuli.

E in effetti, se si confronta tale elencazione con la ricostruzione palinogenetica di Lenel del primo libro del commento ulpiano all'editto edilizio<sup>155</sup>, ci si rende subito conto che il criterio sistematico seguito da Impallomeni, a cui tale elencazione si deve, ripercorre pedissequamente l'ordine dei brani che compongono tale libro, che a sua volta, a rigore, dovrebbe ripercorrere l'ordine edittole originale, o quanto meno, avvicinarvisi molto<sup>156</sup>.

In merito poi all'ultimo frammento, Paul. 2 *ad ed. aed. cur.* D.50.16.74<sup>157</sup>, tratto invece dal secondo libro del commento di Paolo all'Editto degli edili curuli, Impallomeni ritiene di doverlo inserire nel testo dell'Editto edilizio, come già aveva in precedenza sostenuto Lenel<sup>158</sup> (ma non Rudorff<sup>159</sup>), presumendo che se Paolo aveva ritenuto di segnalare nella sua opera che l'*anulus signatorius* non costituisce *ornamentum*, allora, è ragionevole supporre che nel testo dell'Editto edilizio doveva esistere una rubrica dedicata all'argomento, nonostante di essa non si conosca il contenuto<sup>160</sup>.

Inoltre, l'elencazione sopra riportata corrisponde sostanzialmente alla ricostruzione delle clausole edittole operata da Lenel<sup>161</sup>, se si considera che il romanista conta dodici rubriche, ma inserisce come rubrica a sé quella *de castratione puerorum*. Diversa, invece, si presenta la ricostruzione elaborata

---

<sup>155</sup> Cfr. O. LENEL, *Palinogenesia*, Ulp., 1757–1791 = D.1.3.13; D.47.2.66; D.2.14.31; D.21.1.1; D.21.1.4; D.21.1.6; D.21.1.8; D.21.1.10; D.21.1.12; D.21.1.14; D.21.1.17; D.21.1.21; D.21.1.23; D.21.1.25; D.21.1.27; D.21.1.29; D.21.1.31; D.21.1.33; D.21.1.35; D.21.1.37; D.21.1.63 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*).

<sup>156</sup> Si esprime in tal senso lo stesso G. IMPALLOMENI, *L'editto*, cit., 5, in particolare nt. 4.

<sup>157</sup> Cfr. D.50.16.74 (Paul. 2 *ad ed. aed. cur.*): *Signatorius anulus "ornamenti" appellatione non continetur*.

<sup>158</sup> Cfr. O. LENEL, *EP*<sup>3</sup>, cit., § 293, 554.

<sup>159</sup> Cfr. A. F. RUDORFF, *EP*, cit., § 310, 259.

<sup>160</sup> Cfr. G. IMPALLOMENI, *L'editto*, cit., 74.

<sup>161</sup> Cfr. O. LENEL, *EP*<sup>3</sup>, cit., § 293, 554.



in precedenza da Rudorff<sup>162</sup>, il quale enumera solo dieci rubriche, di cui l'ultima corrisponde alla clausola *de castratione puerorum* e in cui non sembrano trovare posto la clausola *de cavendo e si alii rei homo accedat*, oltre che la rubrica *de ornamentis*.

Di queste undici clausole solo alcune costituiranno oggetto di approfondimento nei capitoli che seguono: la clausola che impone obblighi di dichiarazione ai commercianti di schiavi, quella che ci restituisce la formula dell'*actio redhibitoria* e quella che verte invece sull'*actio quanti minoris*, per i motivi che già conosciamo<sup>163</sup>.

*2. L'autonomia sostanziale e formale dell'edictum de mancipiis vendundis rispetto all'Editto pretorio come indizio di una particolare attenzione edilizia al tema dell'equilibrio soggettivo delle parti in tema di garanzia per vizi nelle compravendite di schiavi.*

Avevamo già fatto cenno alla tendenza che, in materia contrattuale, sembra oggi imporre una riconsiderazione degli assetti liberamente divisati dalle parti in nome del più generale principio di equità contrattuale; ciò legittimerebbe l'ordinamento ad intervenire ogni volta che la forza economico-giuridica di un soggetto pone, di fatto, la controparte in una condizione di totale assoggettamento alle proprie condizioni contrattuali, ripristinando il naturale equilibrio della relazione commerciale<sup>164</sup>.

Ebbene dicevamo che a Roma, a ricomporre l'equilibrio che era stato profondamente alterato nella prassi delle compravendite di schiavi, interveniva la magistratura edilizia.

Che l'attenzione istituzionale alle scorrettezze negoziali si fosse manifestata proprio nell'ambito delle compravendite di schiavi, si spiega poi con la crescita della domanda di manodopera servile che interessò Roma durante il III–II sec a. C., e che determinò, di fatto, lo sviluppo di un commercio

---

<sup>162</sup> Cfr. A. F. RUDORFF, *EP*, cit., § 310, 259.

<sup>163</sup> Si veda *supra*, Prefazione, § 2, 16 ss.

<sup>164</sup> Si veda *supra*, Prefazione, § 1, 7 ss.

talmente redditizio da indurre gli imprenditori a porre in essere le condotte ambigue cui prima accennavamo<sup>165</sup>.

Ed infatti, in quel periodo, l'estensione dell'*ager publicus*, l'incremento dei flussi economico-finanziari e l'ingente numero di schiavi assoggettati in seguito alle guerre di conquista, contribuirono all'affrancamento dal mondo agricolo-pastorale cui si sostituì la nuova prassi delle *negotiationes*, vere e proprie attività imprenditoriali che rispondevano alla logica del rischio d'impresa e del profitto, fino ad allora verosimilmente sconosciuta ai Romani<sup>166</sup>.

L'incidenza di questa nuova prassi si riscontra anche nell'uso, nelle fonti, di alcuni lessemi appositamente coniatati dal pretore e dalla giurisprudenza per distinguere i semplici venditori e compratori che, dall'uno e dall'altro lato, compiono singoli e isolati atti di compravendita dal *mercator*, intermediario in compravendite di determinate merci, e dal *negotiator*, il quale esercita l'attività commerciale con professionalità, continuità e all'interno di una *taberna instructa*<sup>167</sup>, cioè di un'azienda<sup>168</sup>.

Proprio nell'ambito di queste nuove prassi commerciali, dunque, sorse e fiorì l'attività del commercio degli schiavi, *rectius*, l'impresa dei *venaliciarii* che invero assunse a Roma dimensioni notevoli, dal momento che l'impiego dei servi in qualsiasi settore dell'economia costituiva non solo prassi diffusa per contenere i costi della forza lavoro, ma anche e soprattutto, escamotage per fornire al *dominus* di un'impresa uno scudo giuridico contro gli *incommoda* cui poteva incorrere, per lo meno in principio: ed infatti, affidando la gestione dell'attività imprenditoriale ai propri *servi*, o come preposti ad un'impresa armatoriale (*magistri*) o ad un'impresa commerciale di terra (*institores*), o ancora come autonomi gestori di un capitale imprenditoriale separato dal patrimonio familiare (*negotiatores cum peculio*), i *domini* evitavano di incorrere in responsabilità, costituendo le obbligazioni contratte dallo

---

<sup>165</sup> Si veda *supra*, Prefazione, § 2, 16 ss.

<sup>166</sup> Cfr. P. CERAMI – A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano*, cit., 27 ss.

<sup>167</sup> Cfr. D.50.16.185 (Ulp. 28 *ad.ed.*): *Instructam autem tabernam sic accipiemus, quae et rebus et hominibus ad negotiationem paratis constat.*

<sup>168</sup> Sul punto cfr. P. CERAMI – A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano*, cit., 51 ss.

schiaivo, soggetto privo di capacità giuridica ma dotato di capacità d'agire, solo obbligazioni naturali, e pertanto, secondo il *ius civile*, inesigibili<sup>169</sup>.

È tempo adesso di verificare se, come dicevamo, gli obblighi imposti dalla magistratura edilizia alla categoria dei commercianti di schiavi nell'*edictum de mancipiis vendundis* costituiscono un vero e proprio codice di settore cui i rappresentanti di tale categoria dovevano attenersi nell'esercizio delle pratiche commerciali; in altri termini, se l'editto sugli schiavi consiste in un *corpus* speciale emanato col preciso intento di fornire a una classe sociale economicamente più forte -quella dei *venaliciarii*-, una codificazione di settore imposta dall'alto a tutela del contraente debole -il compratore di schiavi-.

Per dare una risposta a questo interrogativo, abbiamo ritenuto di analizzare il testo dell'*edictum de mancipiis vendundis* assumendo tanto un punto di vista sostanziale, tanto un punto di vista formale: se infatti la dottrina maggioritaria pare non dubitare del carattere di specialità della materia rispetto all'Editto pretorio, come crediamo si debba evincere dall'analisi che seguirà del contenuto della prima clausola edittale, altri Autori<sup>170</sup> hanno mostrato qualche perplessità in merito, influenzati invece dalla posizione che, almeno in età classica, occuperebbe l'Editto edilizio all'interno dell'*Edictum perpetuum*, in cui sono riuniti tutti gli editti magistratuali nella loro redazione definitiva.

## 2.1 L'argomento sostanziale: un codice di settore.

---

<sup>169</sup> Furono il pretore e la riflessione scientifica della giurisprudenza a porre fine a questa situazione iniqua, attraverso il riconoscimento di una serie di azioni che assicuravano di fatto tutela ai terzi contraenti nei confronti del *dominus*. Si trattava, in particolare, di azioni con trasposizioni di soggetti, in cui nell'*intentio* figurava sì il nome dello schiavo-contraente, ma nella *condemnatio*, invece, quello del *dominus*-avente potestà: si parlò, al riguardo, di responsabilità adiettizia. Sul punto per ulteriori approfondimenti si vedano P. CERAMI – A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano*, cit., 42 ss.; M. MICELI, *Studi sulla 'rappresentanza' nel diritto romano*, Milano, 2008, 32 ss.

<sup>170</sup> La dottrina ha per lo più affrontato il problema dei rapporti tra *ius aedilicium* e *ius praetorium* nell'età classica occupandosi della concreta esperibilità delle azioni edilizie rispetto a quelle pretorie. Sul punto si veda per tutti N. DONADIO, *La tutela del compratore tra actiones aediliciae e actio empti*, Milano, 2004, 1 ss. e ampia bibliografia *ivi* citata.

L'*actio redhibitoria*, costituendo tutela giurisdizionale innovativa e non conosciuta dal *ius civile*, abbisognava di essere introdotta dagli edili attraverso una clausola che descrivesse la situazione ritenuta meritevole di tutela, cui di fatto seguiva la clausola dell'azione concessa dal magistrato in concreto.

La prima clausola conteneva gli obblighi di dichiarazione imposti a carico del venditore di schiavi di determinati vizi occulti dei *mancipia*, la cui violazione avrebbe ammesso il compratore a esperire la speciale tutela edilizia.

Veniamo ora a questi obblighi di dichiarazione: ci interessa esaminarli più da vicino per capire se, dall'affinità di oggetto o da altri elementi che via via andremo esplicitando, si possa concludere che costituivano un vero e proprio codice comportamentale pensato dagli edili curuli per porre freno alle ingiustizie di un'attività commerciale, quella dei *venaliciarii*, che aveva creato disordini sociali di non poco conto nella Roma dell'espansione commerciale transmarina dell'età preclassica e classica.

Prima di procedere con quest'analisi, riteniamo opportuno prospettare alcune precisazioni.

Della prima clausola edittale prenderemo in considerazione tre diverse versioni: le ricostruzioni operate da Rudorff e Lenel, i due principali Autori che si sono cimentati nella ricostruzione del testo dell'*edictum de mancipiis vendundis* in questione; e quella, storicamente precedente, di Aulo Gellio, le *Noctes Atticae*.

Nella consapevolezza di sovvertire l'ordine cronologico dei contributi dei due romanisti, abbiamo ritenuto di iniziare dall'esame dell'opera di Lenel per poi rivolgere l'attenzione a quella di Rudorff. Ed infatti Lenel, a differenza di Rudorff, formula la sua ricostruzione commentando le singole clausole e descrivendo tutti i suoi passaggi logico-esegetici; inoltre premette, a questa accurata analisi, un elenco riassuntivo in cui indica i frammenti essenziali del primo libro del commentario di Ulpiano da lui utilizzati per la ricostruzione del testo.

Ancora un'ultima avvertenza in merito alle note dei due Autori: in riferimento al testo di Lenel ci avvaliamo della versione in italiano proposta da Iole Fagnoli in un lavoro in corso di pubblicazione che, gentilmente, ci ha offerto

di consultare; in riferimento a quelle di Rudorff, ci limitiamo a consultare il suo testo.

Si procederà poi ad un esame comparativo diretto<sup>171</sup> del brano tradito in Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.1.1, frammento su cui si basano entrambe le ricostruzioni moderne della prima clausola, con quello restituitoci da A. Gell., *Noct. Att.*, 4.2.1, nel tentativo di rilevare eventuali analogie e differenze di contenuto tra questi ultimi utili ai nostri fini.

### *EDICTUM AEDILIUM CURULIUM*<sup>172</sup>

#### § 293. *DE MANCIPIIS VENDUNDIS*<sup>173</sup>

Ulp. 1<sup>174</sup>, Paul. 1.<sup>175</sup> 2,<sup>176</sup> Gai. 1.<sup>177</sup> 2.<sup>178</sup>

Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* studia, per quanto è stato conservato e tramandato, le seguenti parti dell'editto edilizio *de mancipiis vendundis*:

1. L'editto D.21.1.1.1 tramandato in: D.21.1.1; D.21.1.4; D.21.1.6; D.21.1.8; D.21.1.10; D.21.1.12; D.21.1.14; D.21.1.17; D.21.1.19; D.21.1.21; D.21.1.23pr.-6.

---

<sup>171</sup> Sul metodo della comparazione diretta, o c.d. criterio testuale, si veda C. COSENTINI, *Lezioni di esegesi*, cit., 380 ss.

<sup>171</sup> D.21.1, C.4.58. Ulp. 1, 2, Paul. 1, 2, Gai. 1, 2 *ad edictum aedilium curulium*. Nell'*Index florentinus* questi libri sono attribuiti ai commentari all'editto pretorio, in particolare all'editto provinciale, per questo motivo il commentario di Ulpiano conta lì 83, quello di Paolo 80, quello di Gaio 32 libri. Cfr. A. F. RUDORFF, *EP*, cit., § 310 n. 1. Riguardo a tutto l'editto: H. VINCENT, *Le droit des édiles* in *Étude historique et économique des prescriptions édiliciennes sur la vente et la garantie*, Paris, 1922, 1 ss.

<sup>173</sup> A. Gell., *Noct. Att.*, 4.2.1: *In edicto aedilium curulium, qua parte de mancipiis vendundis cautum est*. Estensione alle *ceterae res*: Ulp. 1 D.21.1.1pr., D.21.1.63. Entrambi i passi sono ovviamente interpolati. Allo stesso modo anche D.21.1.49.

<sup>174</sup> D.21.1.1, D.21.1.4, D.21.1.6, D.21.1.8, D.21.1.10, D.21.1.12, D.21.1.14, D.21.1.17, D.21.1.19, D.21.1.21, D.21.1.23, D.21.1.25, D.21.1.27, D.21.1.29, D.21.1.31, D.21.1.33, D.21.1.35, D.21.1.37, D.21.1.63, D.1.3.13, D.2.14.31, D.47.2.66[.65] cf. D.21.1.17.1.

<sup>175</sup> D.21.1.2, D.21.1.30, D.21.1.39, D.21.1.43, D.4.7.9, D.18.1.54, D.21.1.43 cit. non tratta *de mancipiis* nel pr.; dal restante contenuto di D.21.1.43 risulta però che il pr. contiene solo un'osservazione intermedia.

<sup>176</sup> D.21.1.44pr., D.21.1.44.1, D.50.16.74.

<sup>177</sup> D.21.1.3, D.21.1.13, D.21.1.18, D.21.1.20, D.21.1.22, D.21.1.24, D.21.1.26, D.21.1.28, D.21.1.45.

<sup>178</sup> D.21.1.32.

Clausola n.1:

D. 21.1.1.1 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*)

*Aiunt aediles*<sup>179</sup>: *QUI MANCIPIA VENDUNT*<sup>180</sup>, *CERTIORES FACIANT*<sup>181</sup>  
*EMPTORES, QUID MORBI VITIIVE*<sup>182</sup> *CUIQUE SIT, QUIS FUGITIVUS*<sup>183</sup>  
*ERROVE*<sup>184</sup> *SIT NOXAVE SOLUTUS NON SIT*<sup>185</sup>: *EADEMQUE OMNIA,*  
*CUM EA MANCIPIA VENIBUNT, PALAM RECTE PRONUNTIANTO*<sup>186</sup>.  
*QUOD SI MANCIPIUM ADVERSUS EA VENISSET SIVE ADVERSUS*  
*QUOD DICTUM PROMISSUMVE*<sup>187</sup> *FUERIT CUM VENIRET FUISSET,*  
*QUOD EIUS PRAESTARI OPORTERE DICETUR*<sup>188</sup> : *EMPTORI*<sup>189</sup>  
*OMNIBUSQUE AD QUOS EA RES PERTINET in sex mensibus, quibus*  
*primum de ea re experiundi potestas fuerit*<sup>190</sup>, *IUDICIUM DABIMUS, UT ID*

---

<sup>179</sup> Lenel segnala una redazione più antica in Aul. Gell., *Noct. Att.*, 4.2.1.

<sup>180</sup> Lenel cita a tal proposito Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.1.3-5.

<sup>181</sup> La prima frase dell'editto è più recente di quella seguente; perciò forse il cambiamento nel modo (*faciant-pronuntianto*). Cfr. BECHMANN, Kauf 1, p. 399. Per la supposizione di un'interpolazione (KARLOWA, RG 2, p. 1289) manca, a parere di Lenel, una sufficiente ragione.

<sup>182</sup> Lenel cita a tal proposito Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.1.6-ult.; Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.4; Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.6; Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.8; Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.10; Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.12; Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.14; Paul. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.2.43pr.; Gai. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.3.13; cfr. ancora Paul. 11 *ad Sab.* D.21.1.5; Paul. 11 *ad Sab.* D.21.1.7; Ulp. 44 *ad Sab.* D.21.1.9; Paul. 11 *ad Sab.* D.21.1.11; Paul. 11 *ad Sab.* D.21.1.15; Pomp. 23 *ad Sab.* D.21.1.16; Aul. Gell., *Noct. Att.*, 4.2.

<sup>183</sup> Lenel cita a tal proposito Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.17pr.-16; Paul. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.43.1-3; cfr. ancora Tryph. 1 *disp.* D.50.16.225.

<sup>184</sup> Lenel cita a tal proposito Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.17.14.

<sup>185</sup> Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.17.17-18; cfr. per analogia Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.17.19; ancora, Cicero, *De off.*, 3.17.71.

<sup>186</sup> Si veda A. Gell., *Noct. Att.*, 4.2.1.

<sup>187</sup> Lenel cita a tal proposito Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.17.20; Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.19pr.-4; Gai. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.18; cfr. ancora Pomp., 17 *epist.* D.21.1.64.1; Ulp. 2 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.38.10; Paul. 11 *ad Sab.* D.21.1.47pr.; Marc., 4 *reg.* D.21.1.52.

<sup>188</sup> Si veda Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.19pr.-1; Cfr. DERNBURG in den Festgaben für Heffter, p. 131. Sul significato della clausola v. *supra* p. 269 n. 1, al riguardo anche VINCENT, cit., p. 60<sup>1</sup>.

<sup>189</sup> Si veda Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.19.5; Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.63.

<sup>190</sup> Lenel segnala la mancanza di questo inciso in corsivo in Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.1.1, ritenendo tuttavia che si tratti di un'omissione dovuta ad un errore. Del resto, tale inciso risulta da Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.19.6; suggerisce ancora di cfr. Gai. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.120. Insostenibile a suo parere VINCENT, cit., p. 71.

*MANCIPIUM REDHIBETUR<sup>191</sup>, SI QUID AUTEM POST VENDITIONEM TRADITIONEMQUE DETERIUS OPERA FAMILIAE<sup>192</sup> PROCURATORISVE EIUS FACTUM ERIT<sup>193</sup>, SIVE QUID EX EO POST VENDITIONEM NATUM ADQUISITUM FUERIT, ET SI QUID ALIUD IN VENDITIONE EI ACCESSERIT<sup>194</sup>, SIVE QUID EX EA RE FRUCTUS PERVENERIT AD EMPTOREM<sup>195</sup>, UT EA OMNIA RESTITUAT, ITEM, SI QUAS ACCESSIONES IPSE PRAESTITERIT<sup>196</sup>, UT RECIPIAT. ITEM SI QUOD MANCIPIUM CAPITALEM FRAUDEM ADMISERIT<sup>197</sup>, MORTIS CONSCISCENDAE SIBI CAUSA QUID FECERIT<sup>198</sup>, 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<sup>199</sup>.*

Si riporta poi, di seguito, la ricostruzione della clausola di Rudorff.

#### *EDICTUM AEDILIIUM CURULIUM*

##### § 310 (3.) *De mancipiis.*

*Aiunt aediles:*

---

<sup>191</sup> Si veda Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.21; Gai. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.22. Le edizioni mettono, secondo Lenel ingiustamente, dopo *redhibetur* un punto: la frase, la quale indica le condizioni a cui l'attore deve adempiere, continua.

<sup>192</sup> Cfr. Ulp. 46 *ad ed.* D.50.16.195.3.

<sup>193</sup> Cfr. Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.23pr.

<sup>194</sup> Cfr. Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.23.1.

<sup>195</sup> BIONDI, Studi 1, p. 131<sup>2</sup>, ritiene che i passi riguardanti il *fructus* siano interpolati, perchè esso è superfluo dopo il diretto precedente accenno del *natum adquisitum*. Il *natum* però si riferiva solo al *partus ancillae*, Ulp. D.21.1.31.2, e del *fructus* si parlava particolarmente anche nella formula, v. p. 559 n. 7.

<sup>196</sup> Cfr. Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.23.1.

<sup>197</sup> Cfr. Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.23.2.

<sup>198</sup> Cfr. Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.23.3 e Paul. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.43.4. *Mortisve* Fränkel; Flor.: *mortis*.

<sup>199</sup> Lenel avvisa che il commentario di Ulpiano sul testo dell'editto termina qui, Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.23.4-6. La conclusione del commentario ulpiano è formata da osservazioni inerenti alla esperibilità delle *actiones* predette nelle vendite che erano compiute da uno schiavo, *bona fide serviens*, *filius familias* e dal testatore.

- I. *QUI MANCIPIA VENDUNT CERTIORES FACIANT EMPTORES*<sup>200</sup> *QUID MORBI VITIIVE CUIQUE SIT*<sup>201</sup>, *QUIS FUGITIVUS*<sup>202</sup> *ERROVE*<sup>203</sup> *SIT NOXAVE SOLUTUS NON SIT*<sup>204</sup>, *EADEMQUE OMNIA, CUM EA MANCIPIA VENIBUNT, PALAM RECTE PRONUNTIANTO.*
- II. *QUODSI MANCIPIUM ADVERSUS EA VENISSE[T], SIVE ADVERSUS QUOD DICTUM PROMISSUMVE*<sup>205</sup> *FUERIT, CUM VENIRET, [FUISSET] QUOD EIUS PRAESTARI OPORTERE DICETUR, EMPTORI OMNIBUSQUE AD QUOS EA RES PERTINET*<sup>206</sup> *in eum cuius maxima pars in venditione fuit*<sup>207</sup> *in sex mensibus quibus experiundi potestas erit*<sup>208</sup> *IUDICIUM DABIMUS UT ID MANCIPIUM REDHIBEATUR*<sup>209</sup>. *SI QUID AUTEM POST VENDITIONEM TRADITIONEMVE DETERIUS*<sup>210</sup> *EMPTORIS OPERA*<sup>211</sup>, *FAMILIAE*<sup>212</sup> *PROCURATORISVE*<sup>213</sup> *EIUS, FACTUM ERIT*<sup>214</sup>, *SIVE QUID EX EO POST VENDITIONEM NATUM, ADQUISITUM*<sup>215</sup> *FUERIT, ET SI QUID ALIUD*<sup>216</sup> *IN VENDITIONE EI ACCESSERIT, SIVE QUID EX EA RE FRUCTUS*<sup>217</sup> *PERVENIT AD*

---

<sup>200</sup> Cfr. A. Gell., *Noct. Att.*, 4, 2, 1.

<sup>201</sup> Cfr. Horat., *Sat.*, 2, 3. 284–286; A. Gell., *Noct. Att.*, 4.2.2–15; Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.1.6; Pomp. 23 *ad Sab* D.21.1.16.

<sup>202</sup> Cfr. Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.17pr.-13.; Tryphon. 1 *disp.* D.50.16.225.

<sup>203</sup> Cfr. Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.17.14-15;

<sup>204</sup> Cicero, *De off.*, 3. 17.71; Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D. 21.1.17.17-18.

<sup>205</sup> Cfr. Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.19pr.-4; Gaius. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.18; Marc. 4 *regul.* D.21.1.52; Paul. 11 *ad Sab.* D.21.1.47; Ulp. 2 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.38.10.

<sup>206</sup> Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.19.5.

<sup>207</sup> Paul. 2 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.44.1.

<sup>208</sup> Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.19.6; Pomp. 23 *ad Sab.* D.21.1.48.2; Papin. 12 *respons.* D.21.1.55; Paul. *Sent.* 2,17. 5.

<sup>209</sup> Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.21; Gai. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.22.

<sup>210</sup> Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.23pr.; Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.25pr.-6.

<sup>211</sup> Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.25.1; Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.31.11-13; Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.25.5.

<sup>212</sup> Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.25.2; Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.31.15; Ulp. 46 *ad ed.* D.50.16.195.3.

<sup>213</sup> Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.25.3; Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.31.14.

<sup>214</sup> Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.25.8; Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.31.13; Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.25 pr.

<sup>215</sup> Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.31.2.

<sup>216</sup> Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.31.3/4/19; Paul. 2 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.44pr.

<sup>217</sup> Ulp., 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.23.9.



*EMPTOREM, UT EA OMNIA RESTITUAT. ITEM SI QUAS ACCESSIONES IPSE PRAESTITERIT, UT RECIPIAT*<sup>218</sup>.

- III. *ITEM SI QUOD MANCIPIUM CAPITALEM FRAUDEM*<sup>219</sup> *ADMISERIT, MORTIS CONSCISCENDAE SIBI CAUSA QUID FECERIT*<sup>220</sup>, *INVE HARENAM DEPUGNANDI CAUSA AD BESTIAS INTROMISSUS FUERIT, EA OMNIA IN VENDITIONE PRONUNTIANTO. EX HIS [ENIM] CAUSIS IUDICIUM DABIMUS.*
- IV. *HOC AMPLIUS SI QUIS ADVERSIUS EA SCIENS DOLO MALO VENDIDISSE DICETUR, IUDICIUM DABIMUS*<sup>221</sup>. (D. 21.1.1.1)

Da una prima analisi sembra che entrambi gli Autori siano concordi sul dato che il contenuto della prima parte dell'editto *de mancipiis vendundis*, relativo alla *redhibitio*, è stato tramandato in Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.1.1.

Dal momento che il frammento appena sopra richiamato è escerpito dal libro primo al commento dell'editto edilizio di Ulpiano, così come tutti gli altri citati da Lenel nel quadro riassuntivo che precede la ricostruzione della prima clausola (D.21.1.1; D.21.1.4; D.21.1.6; D.21.1.8; D.21.1.10; D.21.1.12; D.21.1.14; D.21.1.17; D.21.1.19; D.21.1.21; D.21.1.23pr.–6, tutti relativi a uno o più casi specifici di dubbio inquadramento nelle diverse categorie di obblighi di dichiarazione da egli considerate integranti la prima clausola), vale la pena adesso confrontare questo elenco di passi con quello che si può ricavare dalla ricostruzione integrale del primo libro di commento all'editto degli edili curuli di Ulpiano che Lenel ci restituisce nella *Palingenesia*, in cui egli si cimenta nella ricostruzione della struttura e dell'ordine delle materie delle opere della giurisprudenza classica e preclassica quali erano originariamente e cioè prima di essere smembrate e spezzettate in frammenti dagli autori delle compilazioni postclassiche (*Vaticana fragmenta*, *Collatio*, etc.) e giustinianee (*Digesta*, *Institutiones*)<sup>222</sup>, per rilevare se vi siano differenze; in particolare, si dovrà fare riferimento alla parte in cui Ulpiano,

---

<sup>218</sup> Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.23.1.

<sup>219</sup> Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.23.2; Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.17.18.

<sup>220</sup> Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.23.3; Sen., *controv.*, 8, 4 p. 427, 12 – 17, Bursian.

<sup>221</sup> Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.23.4.7.

<sup>222</sup> L'espressione è mutuata da C. COSENTINI, *Guida alla consultazione delle fonti giuridiche romane*, cit., 24 ss.

in tale libro, si occupa della *redhibitio*, oggetto appunto della prima clausola. Ebbene, confrontando la ricostruzione della prima clausola edittale contenuta in *Das Edictum Perpetuum* (D.21.1.1; D.21.1.4; D.21.1.6; D.21.1.8; D.21.1.10; D.21.1.12; D.21.1.14; D.21.1.17; D.21.1.19; D.21.1.21; D.21.1.23pr.-6) e il commento di Ulpiano relativo alla *redhibitio* ricostruito nella sua interezza dal romanista nella *Palingenesia* (D.1.3.13; D.21.1.1; D.21.1.4; D.21.1.6; D.21.1.8; D.21.1.10; D.21.1.12; D.21.1.14; D.21.1.17pr.-1; D.47.2.66; D.21.1.17.2-16; D.21.1.19; D.21.1.21; D.21.1.23 pr.-6; D.21.1.23.6), si potrà osservare una quasi totale corrispondenza nell'uso dei frammenti, anche se tuttavia si riscontra la presenza, nella *Palingenesia*, di due ulteriori passi, sistemati poi dai compilatori in D.1.3.13 e D.47.2.66, di cui invece non v'è traccia nell'altra opera.

Esaminiamoli distintamente:

- D.1.3.13 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Nam, ut ait Pedius, quotiens lege aliquid unum vel alterum introductum est, bona occasio est cetera, quae tendunt ad eandem utilitatem, vel interpretatione vel certe iurisdictione suppleri.*

In merito a tale passo, è facile pensare che la ragione dell'omissione leneliana nella ricostruzione della prima clausola edittale stia nella diversità di oggetto tra il contenuto tipico di quest'ultima e il passo stesso: ed infatti, il brano sembra riferirsi al tema della funzione suppletiva che svolge la giurisdizione edilizia in materia di *interpretatio iuris*, argomento che probabilmente, nel pensiero del giurista, occorre premettere all'elenco degli obblighi di dichiarazione contenuti nell'editto, in quanto prodromico rispetto al contenuto sostanziale della prima clausola ma, pur sempre, a questa estraneo. E difatti tale frammento costituisce per intero la rubrica iniziale *de mancipiis vendundis*, che precede quella sulla *redhibitio*, aprendo il libro primo di commento all'editto edilizio.

Andiamo ora all'altro:

- D.47.2.66 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Qui ea mente alienum quid contrectavit, ut lucri faceret, tametsi mutato consilio id domino postea reddidit, fur est: nemo enim tali peccato paenitentia sua nocens esse desinit.*

In riferimento a tale passo, non è ben chiaro perché Lenel abbia deciso di inserirlo nella rubrica “*De redhibitione*” del libro primo di commento all’editto edilizio di Ulpiano, non menzionandolo invece nella ricostruzione della prima clausola dell’editto.

Innanzitutto è da rilevare che il commentario ulpiano segue, verosimilmente, di pari passo il testo dell’editto, allineandosi precisamente all’ordine di trattazione che ripercorre quest’ultimo<sup>223</sup>.

Ne diamo subito conto. Il commento alla prima clausola edittale si estende da D.21.1.1pr.-2 a D.21.1.23.6: ebbene, i frammenti che vanno da D.21.1.6 a D.21.1.16 costituiscono il commento a quell’obbligo di dichiarazione gravante sui *venaliciarii* che per primo gli edili curuli, nel loro editto, avevano imposto e, precisamente, quello relativo ai *morbivitiaque*; i passi che vanno da D.21.1.17.1–13 trattano invece del secondo obbligo di cui ci parla il testo dell’editto edilizio, e cioè quello relativo alla condizione di *fugitivus* in cui poteva versare lo schiavo compravenduto; in D.21.1.17.14-16 Ulpiano si occupa invece dell’ipotesi in cui il servo fosse un vagabondo, terzo obbligo di dichiarazione imposto dagli edili; ancora, in D.21.1.17.17-19 si discorre del caso in cui lo schiavo fosse passibile di *noxae deditio*, quarta *causa redhibitionis* nel testo edittale; da D.21.1.17.20 a D.21.1.19.3 ci si occupa invece dei *dicta promissave*, quinto obbligo di cui si ha traccia nel testo edittale; in D.21.1.23.2 il giurista tratta poi dello schiavo che ha commesso un reato capitale, obbligo che, nell’ordine edittale, costituisce il sesto; in D.21.1.23.3 del servo che abbia fatto qualcosa per darsi la morte, settimo ed ultimo obbligo di dichiarazione di cui si ha traccia nell’editto *de mancipiis vendundis*.

Ciò posto, il frammento D.47.2.66, trattando del caso del *furtum* (per tale ragione è stato sistematicamente collocato in epoca giustiniana nel titolo II del libro 47 dei *Digesta*, rubricato “*De furtis*”) dovrebbe essere sistemato, a

---

<sup>223</sup> Cfr. sul punto G. IMPALLOMENI, *L’editto*, cit., 5.

rigore, tra il frammento D.21.1.17.18 e D.21.1.17.19 in cui Ulpiano si occupa del commento al caso del servo *noxae non solutus*: infatti il servo *fur* è passibile di *noxae deditio*, e tale vizio giuridico, come sappiamo, doveva essere dichiarato dal venditore; Lenel invece, come abbiamo osservato, lo inserisce esattamente tra D.21.1.17pr.-1 (passo in cui Ulpiano inizia a commentare il caso del *servus fugitivus*) e D.21.1.17.2–16 (brano in cui il giurista classico continua ad occuparsi del precedente *vitium animi* e poi si occupa, invece, al paragrafo 16, del caso di *servus erro*). È pur vero che il brano contenuto in D.21.1.17pr.-1 e quello di cui in D.47.2.66 presentano una struttura sorprendentemente analoga, anzi, ripetono per metà lo stesso enunciato (*tametsi mutato consilio...nemo enim tali peccato paenitentia sua nocens esse definit*); inoltre, in entrambi ci si occupa dell'irrelevanza giuridica del pentimento in materia penale. Tuttavia, per le ragioni appena esposte, non ci sembra vi siano fondate ragioni per spezzare una continuità che segue invece per tutti i frammenti di tale opera. Ricollocato dunque, a nostro parere, il passo *de quo* all'interno del commento relativo allo schiavo passibile di *noxae deditio*, riteniamo che anche questo passo, per identità di oggetto, avrebbe dovuto essere riferito da Lenel nella ricostruzione della prima clausola edittale contenuta in *Das Edictum Perpetuum*.

L'analisi appena svolta sembra dunque confermare che la prima clausola edittale conteneva un'elencazione di obblighi di dichiarazione a carico del venditore di schiavi.

Si trattava, come abbiamo appena visto, di *vitia corporis* e *vitia animi*: in particolare, i primi venivano indicati nell'editto attraverso la generica espressione *morbi vitivae*<sup>224</sup>; i secondi, invece, erano elencati tassativamente nel testo dello stesso.

---

<sup>224</sup> Sulla distinzione tra *morbus et vitium*, la giurisprudenza della tarda *res publica* e del primo principato sembra dividersi in due differenti orientamenti: da un lato, i *veteres*, che distinguono i due concetti in base a un criterio temporale, considerando *vitium* il difetto fisico permanente e *morbus*, invece, la malattia caratterizzata da una fase di attacco e una di remissione; dall'altro, il pensiero di Labeone, fatto proprio, in seguito, anche da Celio Sabino, fondato invece sul criterio della funzionalità, che considerava *morbosus* a fini redibitori il *servus* a cui, per malattia, fosse diminuita la capacità di utilizzazione del corpo, e che avesse subito, conseguentemente, una riduzione effettiva della capacità lavorativa. Per ulteriori approfondimenti richiamiamo la puntuale e dettagliata disamina di R. ORTU, '*Aiunt aediles...*', cit., 120 ss.

Per vero, è la giurisprudenza a fornire una casistica dettagliata dei vizi fisici che potevano interessare un *servus* e che risultavano rilevanti a fini redibitori, come si evince da alcuni frammenti che compongono il primo titolo del libro XXI dei *Digesta*; la dottrina<sup>225</sup> ne ha ricostruito le maggiori categorie.

a) Vizi relativi a una mutilazione.

I passi considerati di riferimento sono essenzialmente:

- D.21.1.1.10pr.-1 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Idem Ofilius ait, si homini digitus sit abscisus membrive quid laceratum, quamvis consanaverit, si tamen ob eam rem eo minus uti possit, non videri sanum esse. Catonem quoque scribere lego, cui digitus de manu aut de pede praecisus sit, eum morbosum esse: quod verum est secundum supra scriptam distinctionem. Sed si quis plures digitos habeat sive in manibus sive in pedibus, si nihil impeditur numero eorum, non est in causa redhibitionis: propter quod non illud spectandum est, quis numerus sit digitorum, sed an sine impedimento vel pluribus vel paucioribus uti possit.*
  
- D.21.1.14.5 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Idem ait, si uva alicuius praecisa sit, tollere magis quam praestare redhibitionem, quod morbus minuitur: ego puto, si morbus desinit, non esse redhibitioni locum, sin autem vitium perseveret, redhibitionem locum habere.*
  
- D.21.1.8pr. (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Si cui lingua abscisa sit, an sanus esse videatur, quaeritur. Et exstat haec quaestio apud ofilium relata apud eum in equo: ait enim hunc videri non esse sanum.*

---

<sup>225</sup> Cfr. sul punto R. ORTU, 'Aiunt aediles...', cit., 166 ss.

b) Vizi inerenti all'uso della parola.

I passi che rilevano in proposito sono essenzialmente:

- D.21.1.9 (Ulp. 44 *ad Sabinum*): *Mutum morbosum esse Sabinus ait: morbum enim esse sine voce esse apparet. Sed qui graviter loquitur, morbosus non est, nec qui ἀσαφῶς: plane qui ἀσημῶς loquitur, hic utique morbosus est.*
  
- D.21.1.3 (Gai. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Vel protervi vel gibberosi vel curvi vel pruriginosi vel scabiosi, item muti et surdi.*
  
- D.21.1.10.5 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Quaesitum est, an balbus et blaesus et atypus isque qui tardius loquitur et varus et vatius sanus sit: et opinor eos sanos esse.*

c) Vizi che colpiscono la vista.

A tal proposito, si leggano i seguenti frammenti:

- D.21.1.10.3 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *De myope quaesitum est, an sanus esset: et puto eum redhiberi posse.*
  
- D.21.1.10.4 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Sed et νυκταλωπα morbosum esse constat, id est ubi homo neque matutino tempore videt neque vespertino, quod genus morbi Graeci vocant νυκταλωπα. Luscitionem eam esse quidam putant, ubi homo lumine adhibito nihil videt.*

d) Vizi che colpiscono un arto o un *membrum*.

Si tratta di una categoria che ricomprende una pluralità di vizi fisici, tra cui:

- D.21.1.6.1 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Trebatius ait impetiginosum morbosum non esse, si eo membro, ubi impetigo esset, aequè recte utatur: et mihi videtur vera Trebatii sententia.*
  
- D.21.1.12.1 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Eum, qui alterum oculum aut alteram maxillam maiorem habet, si recte iis utatur, sanum videri Pedius scribit: ait enim inaequalitatem maxillarum oculorum brachiorum, si nihil ex ministerio praestando subtrahit, extra redhibitionem esse. Sed et latus vel crus brevius potest adferre impedimentum: ergo et hic erit redhibendus.*

e) Vizi che riguardano un organo interno.

A tal proposito, si leggano in particolare:

- 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.*
  
- D.21.1.14.4 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Item de eo qui urinam facit quaeritur. Et Pedius ait non ob eam rem sanum non esse, quod in lecto somno vinoque pressus aut etiam pigritia surgendi urinam faciat: sin autem vitio vesicae collectum umorem continere non potest, non quia urinam in lecto facit, sed quia vitiosam vesicam habet, redhiberi posse: et verius est quod Pedius.*

- D.21.1.14.8 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Si quis antiadas habeat, an redhiberi quasi vitiosus possit, quaeritur. Et si antiades hae sunt quas existimo, id est inveteratas, et qui iam discuti non possint faucium tumores, qui antiadas habet vitiosus est.*
- D.21.1.12pr. (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Qui clavum habet, morbosus est: sed et polyposus.*

f) Vizi e malattie femminili.

Sulla donna, si vedano in particolari i seguenti frammenti:

- 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.*
- D.21.1.14pr. (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Quaeritur de ea muliere, quae semper mortuos parit, an morbosa sit: et ait Sabinus, si vulvae vitio hoc contingit, morbosam esse.*
- D.21.1.14.7 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Mulierem ita artam, ut mulier fieri non possit, sanam non videri constat.*
- D.21.1.15 (Paul. 11 *ad Sab.*): *Quae bis in mense purgatur, sana non est, item quae non purgatur, nisi per aetatem accidit.*



- D.21.1.14.2 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Puerperam quoque sanam esse, si modo nihil extrinsecus accidit, quod corpus eius in aliquam valetudinem immitteret.*

g) Il caso dell'eunuco.

In riferimento al dibattito giurisprudenziale sulla rilevanza ai fini redibitori della condizione dell'eunuco, riportiamo i seguenti passi:

- D.21.1.6.2 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Spadonem morbosum non esse neque vitiosum verius mihi videtur, sed sanum esse, sicuti illum, qui unum testiculum habet, qui etiam generare potest.*
- D.21.1.7 (Paul. 11 *ad Sab.*): *Sin autem quis ita spado est, ut tam necessaria pars corporis et penitus absit, morbosus est.*

In merito ai *vitia animi* invece, le *causae redhibitionis* inizialmente contemplate dall'editto edilizio erano, tassativamente, le seguenti:

- l'inclinazione a fuggire (*fugitivus*);
- l'inclinazione a vagabondare (*erro*);
- la commissione di un delitto privato non ancora composto dal quale poteva derivare un giudizio nossale a carico dello schiavo (*noxam non solutus*);

cui si aggiungono, probabilmente durante il I secolo a.C. o, al più, durante i primi decenni del I secolo d. C.<sup>226</sup>:

---

<sup>226</sup> «Già nel corso della fase finale della repubblica si registrano i primi anni di vacanza dell'elezione degli edili (con attribuzione delle loro funzioni ai due pretori)

- la commissione di un crimine passibile di pena capitale;
- il tentativo di suicidio;
- precedenti combattimenti nell'arena contro le belve.

A tale elenco di *vitia animi* deve poi sommarsi un'altra *causa redhibitoria*, anch'essa contenuta nella prima clausola ma, come appare oggi pacifico in dottrina<sup>227</sup>, aggiunta successivamente alle disposizioni in tema di vizi occulti: facciamo riferimento alla disposizione sui *dicta promissave*<sup>228</sup> e cioè sulle qualità promesse dal venditore.

Ritornando dunque alla casistica, appena esaminata, elaborata dalla giurisprudenza classica, anche quest'ultima sembra confermare l'ipotesi che la prima clausola edittale costituisse un'elencazione di vizi di vario tipo che il *venaliciarius* aveva l'obbligo di dichiarare: infatti, a ben guardare, l'ordine seguito dai giuristi classici nel commento ai vizi riflette precisamente quello dell'editto.

Ma v'è di più. Sembra giovare alla superiore tesi la lettura di un'altra fonte, questa volta di tipo letterario: facciamo in particolare riferimento alla più risalente versione della prima clausola edittale a noi riferita da Aulo Gellio nel quarto libro delle *Noctes Atticae*, cui accennavamo più sopra.

E infatti, volendo qui per ragioni di contesto prescindere dalla diatriba<sup>229</sup> che ha interessato la dottrina circa la necessità dell'affissione di un cartello su cui

---

*e che, a partire da Augusto, questa magistratura appare avviata inesorabilmente al tramonto*»: così P. CERAMI–A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano*, cit., 321.

<sup>227</sup> Cfr. per tutti N. DONADIO, *La tutela del compratore tra actiones aediliciae e actio empti*, cit., 71 e ss.; ID., *Azioni edilizie e interdipendenza delle obbligazioni nell'emptio venditio. Il problema di un giusto equilibrio tra le prestazioni delle parti* in (a cura di L. GAROFALO) *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, vol. II, Padova, 2007, 489 ss.

<sup>228</sup> Tra le principali qualità dei *servi* che i venditori garantivano nella prassi, vi erano soprattutto *vitia animi* non rientranti tra le *causae redhibitionis* tipiche dell'editto: in particolare, il caso del *servus non melanchonicus, non mendax, non superstitiosus, non fur, artifex o cum peculio*. Per ulteriori approfondimenti, si veda N. DONADIO, *La tutela del compratore tra actiones aediliciae e actio empti*, cit., 167 ss.

<sup>229</sup> Ci sembra che la differenza tra i due testi sia stata spiegata sostanzialmente in due modi: da un lato si sostiene che entrambi gli obblighi fossero presenti nel testo

incidere i vizi dello schiavo oggetto di compravendita, per renderli pubblici, elemento questo presente nel testo di Gellio<sup>230</sup> ma di cui non risulta traccia alcuna nella più recente versione ulpiana, se si confrontano entrambe le versioni, ci si renderà conto che consistono tutte e due in un'elencazione di vizi che il commerciante di schiavi è tenuto a dichiarare.

Lo stesso Aulo Gellio si occupa di alcuni tra i vizi fisici richiamati, in sede di commento, dalla giurisprudenza classica.

a) Vizi che colpiscono la vista:

- A. 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.*
  
- A. Gell., *Noct. Att.*, 4.2.11: *De myope quoque, qui 'luscitiosus' Latine appellatur, dissensum est; alii enim redhiberi omnimodo debere, alii contra, nisi id vitium morbo contractum esset.*

---

edittale originario, però – o a causa di un rimaneggiamento (Perozzi) o per ragioni di contesto (Ortu)- nella redazione di Gellio è riportato solo quello relativo ad una fase che oggi definiremmo precontrattuale, in quella di Ulpiano, invece, viene richiamato solo l'obbligo inerente alla fase di stipula e di conclusione del contratto; dall'altro, tesi a cui noi riteniamo di aderire, si ritiene invece che i due frammenti riflettano due epoche storiche diverse, quello di Gellio il momento storico in cui l'editto era applicabile esclusivamente ai commercianti di schiavi nei mercati, il brano di Ulpiano, al contrario, il periodo in cui l'ambito di applicazione dell'editto edilizio si estese anche alle vendite che interessavano soggetti diversi dai *venaliciarii*, anche fuori dei mercati. Per approfondimenti, cfr. S. PEROZZI, in (a cura di C. F. GLÜCK), *Commentario alle pandette*, XXI, ed. it., Milano, 1898, 14; L. MANNA, *Actio redhibitoria e responsabilità per i vizi della cosa compravenduta nell'editto de mancipiis vendundis*, Milano, 1994, 1 ss.; R. ORTU, '*Aiunt aediles...*', cit., 69 ss.; P. CERAMI–A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano*, cit., 301 ss.

<sup>230</sup> A. 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'.*

b) Vizi che riguardano la donna:

- A. Gell., *Noct. Att.*, 4.2.8–10: *Sues etiam feminae si sterilae essent et venum issent, ex edicto aedilium posse agi Labeonem scripsisse. De sterila autem muliere, si nativa sterilitate sit, Trebatium contra Labeonem respondisse dicunt. 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.*

c) La condizione dell'eunuco:

- A. Gell., *Noct. Att.*, 4.2.6–7: *De eunucho quidem quaesitum est, an contra edictum aedilium videretur venundatus, si ignorasset emptor eum eunuchum esse. Labeonem respondisse aiunt redhiberi posse quasi morbosum.*

Pertanto, sia che si legga il testo della prima clausola edittale nella versione più antica, sia che lo si legga nella sua redazione definitiva, l'oggetto di quest'ultima, e precisamente la serie di prescrizioni imposte ai *venaliciarii* dalla magistratura edilizia, induce il lettore a rappresentarsi questo *corpus* come un "codice comportamentale" che gli edili curuli avevano emanato per disciplinare una categoria, i commercianti di schiavi, imponendo a quest'ultimi obblighi di dichiarazione tassativi che, se disattesi, ponevano il *venaliciarius* in una posizione di responsabilità.

2.2 *L'argomento formale: la collocazione classica dell'Editto edilizio nell'Edictum perpetuum.*

A nostro parere, giova, a sostegno della tesi dell'autonomia classica dell'editto *de mancipiis vendundis* rispetto all'Editto pretorio<sup>231</sup>, anche un'argomentazione di tipo formale.

Abbiamo più sopra chiarito che l'editto *de mancipiis vendundis* costituiva solo una parte del più ampio Editto edilizio, e che quest'ultimo costituiva poi, a sua volta, parte della più ampia opera di codificazione degli editti magistratuali, l'*Edictum perpetuum*<sup>232</sup>.

Ebbene riteniamo necessario, almeno ai nostri fini, soffermarci adesso sulla collocazione dell'Editto edilizio all'interno dell'*Edictum perpetuum*: a tale scopo occorrerà, ancora una volta, fare uso delle due sistematiche edittali più conosciute in letteratura, quella di Rudorff e di Lenel.

Nell'opera di Rudorff, l'Editto consta di 312 editti minori o rubriche, indicati dall'Autore con il segno di paragrafo (§), ed è divisa in due grandi parti: *Pars prior de actionibus litigatorum* (§§ 1-221); *Pars posterior de auctoritatibus ius dicentis* (§§ 222-312).

La prima parte, *De actionibus litigatorum* (§§ 1-221), si articola in tre sezioni: la prima, *De iuris dictione* (§§ 1-54); la seconda, *De iudiciis*, di gran lunga la più importante, composta dalle azioni giurisdizionali (§§ 55-195); la terza, *De re iudicata* (§§ 196-221); l'altra parte, invece, *De auctoritatibus ius dicentis* (§§ 222-312), è suddivisa in *Interdicta*, *Exceptiones*, *Stipulationes praetoriae*, queste ultime ulteriormente distinte in due categorie, *De stipulationibus iudicialibus* e *De stipulationibus cautionalibus*.

Ora, è interessante notare, ai fini del nostro studio, che quest'ultima sezione ricomprende poi due tipi di *Stipulationes*, *De universitate et De singulis rebus*, queste ultime, secondo l'Autore, raggruppanti *Stipulationes Communes*, *De rebus soli* e infine l'*Edictum aedilium curulium*.

---

<sup>231</sup> Il problema dell'autonomia classica dell'editto edilizio rispetto a quello pretorio è strettamente correlato alla più ampia tematica dei rapporti tra *ius aedilicium* e *ius praetorium* in età classica. Sul punto, per ulteriori approfondimenti, si vedano E. VOLTERRA, *Intorno all'editto degli edili curuli* in Scritti della facoltà giuridica di Bologna in onore di Umberto Borsi, Padova, 1955, 467 ss.; A. GUARINO, *L'editto edilizio e il diritto onorario* in *Labeo*, 1, 1955, 295 ss.; ID., *Ancora sull'editto edilizio* in *Labeo*, 2, 1956, 352 ss.; A. PEZZANA, *Recensioni critiche a Impallomeni e Volterra* in *IVRA*, 7, 1956, 249 ss.

<sup>232</sup> Si veda *supra* Cap. II, §1, 48 ss.

Quest'ultimo non ha dunque, nell'organigramma di Rudorff, una collocazione distinta, ma viene ricondotto alla materia delle *stipulationes praetoriae*. Ebbene, a parere di chi scrive, la *ratio* non può che stare in ciò, che una delle clausole dell'*edictum de mancipiis vendundis* restituiva proprio la formula della *stipulatio ab aedilibus proposita*, rimedio *supplendi iuris civilis gratia* imposto dagli edili curuli per l'assenza di vizi e per il caso di evizione (*de cavendo*)<sup>233</sup>.

Più genericamente, poi, quel che balza subito agli occhi dello studioso è il modo di operare di Rudorff attraverso macro e micro categorie: e difatti l'Autore divide il testo per *genera*, *species* e *subspecies*<sup>234</sup>.

L'opera di Lenel consta invece di due grandi parti di cui la prima, *Das Ediktsystem*, ha l'intento di fornire una visione d'insieme della sistematica edittale ed è divisa in quattro capitoli: il primo raccoglie i materiali di cui Lenel si è servito per portare a termine la sua opera di ricostruzione, sostanzialmente corrispondenti ai frammenti dei quattro grandi commentari di Gaio, Paolo, Ulpiano e Giuliano che già lo stesso Rudorff aveva consultato al medesimo fine; nel secondo l'Autore, rifiutando l'idea che l'Editto costituisse una sorta di codice di procedura civile (idea che, a suo giudizio, si evincerebbe dalla lettura dell'opera di Rudorff), avanza l'ipotesi che il testo in esame altro non sia se non il prodotto delle attività derivanti dall'*officium* magistratuale degli edili curuli, e come tale non può che riferirsi a diverse branche del diritto; nel terzo capitolo, ancora, l'Autore critica la distinzione Rudorffiana dell'Editto in *genera*, *species* e *subspecies*, poichè non esisterebbe alcun appiglio in tal senso nelle fonti, ritenendo tale suddivisione del tutto arbitraria; infine, nell'ultimo capitolo, Lenel esplica la struttura

---

<sup>233</sup> Cfr. A. F. RUDORFF, *E.P.*, cit., § 310, 259 ss.; O. LENEL, *EP<sup>3</sup>*, cit., § 293, 554 ss.

<sup>234</sup> In particolare, nella parte centrale dell'Editto, che corrisponde alla seconda sezione della prima parte della sua ricostruzione, Rudorff distingue due grandi classi di azioni: *de rebus*, all'interno della quale si distinguono i *genera de rebus non creditis* (che comprende le *species quae in patrimonio nostro sunt et quae extra nostrum patrimonium habentur*), *de obligationibus quae ex contractu nascuntur* (in cui si annoverano le *species de rebus creditis* e *bonae fidei actiones*) e infine *de iure familiae* (suddiviso a sua volta nelle *species de matrimonio*, *de liberis et de ventre*, *de tutelis et furtis* e *de iure patronatus*); e l'altra grande classe di azioni, *de possessionibus*, distinta in tre ulteriori sottocategorie: *de possessione universitatis*, *de rerum soli possessione*, *de possessione hominum et rerum mobilium*. Si veda A.F. RUDORFF, *E.P.*, cit., 269 ss.

dell'Editto che, secondo i suoi studi, può essere diviso ideologicamente in quattro parti.

È tuttavia nella seconda parte, *Die einzelnen Edikte und Formeln*, che Lenel opera una vera e propria ricostruzione del testo dell'Editto, composto da 45 titoli e 292 editti minori o rubriche, queste ultime indicate dall'Autore, sulla scia del Rudorff, con il medesimo segno di paragrafo (§). Segue poi un'appendice sull'*Edictum aedilium curulium*, divisa ulteriormente in 3 titoli e 4 paragrafi, per un totale di 296 rubriche<sup>235</sup>.

Si vede bene, dunque, come per Lenel l'Editto degli edili curuli, oggetto della nostra attenzione in questo studio, sebbene abbia una collocazione formalmente distinta rispetto all'Editto del pretore, venga da questi posto in appendice, quasi a costituire, nella sostanza, un *unicum*.

Da queste considerazioni sembra allora discendere che l'Editto edilizio non abbia alcuna autonomia formale, essendo piuttosto commentato dai giuristi classici insieme a quello di altri magistrati giurisdicenti.

Per verificare la solidità di questa affermazione è opportuno tuttavia verificare anche la posizione di quegli stessi giuristi i cui frammenti delle loro opere di commento all'Editto edilizio hanno costituito la base dei lavori ricostruttivi di Rudorff e Lenel: facciamo in particolare riferimento ai *commentari ad edicta* di Gaio, Giuliano, Paolo, Ulpiano.

Ebbene, Gaio sembra aver dedicato dieci libri di commento all'Editto del pretore urbano, trenta all'editto provinciale, e due a quello degli edili curuli. Tuttavia, nonostante il primo e il secondo editto sembrano avere per il giurista adrianeo una collocazione autonoma, lo stesso non può dirsi in riferimento a quello degli edili curuli, posto in calce all'editto provinciale e numerato, secondo la ricostruzione palinogenetica del Lenel, insieme ai libri dell'editto provinciale, per un totale di 32, di cui il trentunesimo corrisponderebbe al primo libro di commento all'editto degli edili curuli e il trentaduesimo al secondo<sup>236</sup>.

---

<sup>235</sup> Cfr. E. G., *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu dessen Wiederherstellung. Mit dem für die Savigny-Stiftung ausgeschriebenen Preise gekrönt. Von Dr. OTTO LENEL, ord. Professor des Römischen Rechts zu Kiel. Verlag von Bernhard Tauchnitz, Leipzig, 1883, 8vo.*, in Heinonline, cit. 1 L. Q., Rev. 369, 1885.

<sup>236</sup> Cfr. O. LENEL, *Palinogenesia*, Gai. 378–386 = D.21.1.3; D.21.1.13; D.21.1.18; D.21.1.20; D.21.1.22; D.21.1.24; D.21.1.26; D.21.1.45; D.21.1.28 (Gai. 1 *ad ed.*

Dei *commentari ad edicta* di Giuliano invece si hanno poche notizie, tant'è vero che Lenel, in riferimento a tale giurista, pone un punto interrogativo subito dopo la voce *Ad edictum libri*, specificando in nota che non si ha certezza nelle fonti dell'esistenza di tali opere di commento<sup>237</sup>.

Paolo, invece, avrebbe dedicato 80 libri di commento all'Editto, di cui 78 dedicati all'Editto del pretore e 2 all'editto degli edili curuli: questi ultimi tuttavia, vengono enumerati seguendo l'ordine dell'Editto pretorio, e pertanto appaiono in definitiva riconducibili a tale testo<sup>238</sup>.

Anche per Ulpiano, poi, il quale avrebbe dedicato 83 libri di commento all'Editto, l'editto degli edili curuli, nonostante venga commentato in 2 libri fisicamente distinti da quelli dedicati all'editto pretorio, sembra essere inserito nel più ampio contesto dell'editto del pretore: e difatti i 2 libri sull'editto degli edili curuli vengono enumerati rispettivamente come l'ottantaduesimo e l'ottantatreesimo della sua opera di commento<sup>239</sup>.

Tuttavia, non si può non tenere in considerazione che la ricostruzione dei commentari sopra riportata è il frutto di una rielaborazione scientifica a cui si è dedicato lo stesso Lenel alla fine del secolo XIX, con zelo e perspicacia tali da realizzare una delle opere sicuramente più citate a fini esegetici dalla romanistica, ma pur sempre non originaria: pertanto, i dati sopra riportati vanno confrontati ulteriormente, per valutarne l'attendibilità, con le *inscriptiones* del Digesto.

Ebbene in queste ultime, come ha già rilevato Volterra<sup>240</sup> per scopi parzialmente differenti, non risulta alcuna traccia dei libri 31 e 32 *ad edictum provinciale* di Gaio, 82 e 83 *ad edictum praetoris urbanus* di Ulpiano, 79 e

---

*aed. cur.*); ID., 387–388 = D.21.1.32; D.21.2.57 (Gai. 2 *ad ed. aed. cur.*). Tuttavia Lenel precisa in nota che secondo Fitting i libri in questione presentavano una duplice *inscriptio*: tanto *libri I – II ad ed. aed. cur.*, tanto *libri XXXI – XXXII ad ed. prov.*, si veda in particolare O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., 189, nt.1.

<sup>237</sup> Cfr. O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., 484, in particolare nt.4.

<sup>238</sup> Cfr. O. LENEL, *Palingenesia*, Paul. 832–839 = D.18.1.54; D.21.1.2; D.21.1.43; D.21.1.30; D.21.1.39; D.4.7.9 (Paul. 1 *ad ed. aed. cur.*); 840–842 = D.21.1.44; D.50.16.74 (Paul. 2 *ad ed. aed. cur.*).

<sup>239</sup> Cfr. O. LENEL, *Palingenesia*, Ulp. 1757–1791 = D.1.3.13; D.47.2.66; D.2.14.31; D.21.1.1; D.21.1.4; D.21.1.6; D.21.1.8; D.21.1.10; D.21.1.12; D.21.1.14; D.21.1.17; D.21.1.21; D.21.1.23; D.21.1.25; D.21.1.27; D.21.1.29; D.21.1.31; D.21.1.33; D.21.1.35; D.21.1.37; D.21.1.63 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*); 1792–1797 = D.21.1.38; D.21.1.40; D.21.2.55 (Ulp. 2 *ad ed. aed. cur.*).

<sup>240</sup> Cfr. E. VOLTERRA, *Ancora sull'editto degli edili curuli* in IVRA, 7, 142.



80 *ad edictum praetoris urbanus* di Paolo, ma si richiamano invece i libri 1 e 2 *ad edictum aedilium curulium* di ciascuno dei giuristi sopracitati: da tali constatazioni sembra potersi dedurre allora, in contrapposizione a quanto affermano Rudorff e Lenel, che l'Editto edilizio, almeno in età classica, doveva godere di una certa autonomia ed indipendenza rispetto all'editto pretorio e provinciale.

Rimane allora da chiedersi come mai i più importanti studiosi in materia sembrano sostenere, nelle loro opere, l'ipotesi contraria che considera l'Editto edilizio come mera parte di un'opera più complessa.

Probabilmente la risposta va ricercata nell'influenza che esercitarono alcune fonti post-classiche sul pensiero di tali eminenti romanisti: in particolare, infatti, l'*Index Florentinus* enumera i libri di commento all'editto edilizio in progressione rispetto all'Editto pretorio e provinciale, come se si trattasse di un'opera unitaria; tuttavia, se tale considerazione appare calzante in riferimento all'età post-classica, periodo in cui, venuta meno o comunque fortemente attenuata la distinzione tra *ius civile* e *ius honorarium*<sup>241</sup>, è assolutamente ragionevole supporre un accorpamento dell'editto edilizio a quello pretorio o provinciale, così non doveva essere già in età classica.

D'altronde, non sembra ostacolare tali conclusioni la constatazione che l'Editto edilizio abbia una propria *sedes materiae* tanto nel *Corpus Iuris Civilis* (D.21.1; C.4, 58) tanto nel *Codex Theodosianus* (3, 4): tale circostanza, infatti, non è indicativa, di per sé, di una autonomia dei testi degli editti dei magistrati giurisdicenti, potendo la scelta dei compilatori ben essere giustificata da ragioni di tipo sistematico e riorganizzativo dell'opera.

Per vero, le indicazioni palinogenetiche di Lenel lasciano forse già trapelare un certo dubbio dell'Autore sul punto, posto che egli, pur seguendo la numerazione dei libri di commento all'editto pretorio e provinciale nell'identificare i libri di commento all'Editto edilizio dei vari giuristi sopra richiamati, non manca di indicare per ciascuno di essi, tra parentesi, la diversa numerazione che si ricava dalle *inscripciones* dei frammenti dei *Digesta*<sup>242</sup>.

---

<sup>241</sup> Cfr. M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*<sup>3</sup>, rist., Palermo, 2011, 30.

<sup>242</sup> Cfr. O. LENEL, *Palinogenesia*, Gai. 378–386 = D.21.1.3; D.21.1.13; D.21.1.18; D.21.1.20; D.21.1.22; D.21.1.24; D.21.1.26; D.21.1.45; D.21.1.28 (Gai. 1 *ad ed. aed. cur.*); ID., 387–388 = D.21.1.32; D.21.2.57 (Gai. 2 *ad ed. aed. cur.*). ID., Paul. 832–839 = D.18.1.54; D.21.1.2; D.21.1.43; D.21.1.30; D.21.1.39; D.4.7.9 (Paul. 1

In definitiva, se è vero, come sembra potersi affermare dall'analisi appena svolta, che l'Editto degli edili curuli, almeno in età classica, doveva anche godere di autonomia formale costituendo un *corpus* a se stante rispetto a quello del pretore o di altri magistrati giurisdicenti, ciò sembra, a nostro parere, costituire un indizio del peso e della rilevanza che tale codificazione doveva assumere all'interno dell'ordinamento giuridico romano: ed infatti se, almeno in età classica, i giuristi romani avevano dedicato a questo *corpus* dei libri di commento aventi ad oggetto esclusivamente la materia di competenza della magistratura edilizia, ciò induce quantomeno a ritenere che quest'ultima doveva aver assunto una certa importanza nell'ordinamento, dettata, a nostro avviso, dal particolare carattere innovativo della tutela apprestata da tali magistrati in sede giurisdizionale.

Del resto, che la nascita di una nuova esigenza sociale, quella di maggiore tutela di un soggetto debole come nel caso di specie, di frequente sfoci, anche nei sistemi giuridici moderni come il nostro, nell'adozione di una legislazione di settore, è fenomeno sotto gli occhi del cittadino medio: basti pensare al codice di consumo, adottato dall'ordinamento giuridico italiano con d. lgs. n. 206/2005, che costituisce un regime di *favor* per il consumatore volto a colmare le lacune del nostro codice civile in materia.

La codificazione di settore pertanto deve costituire, a nostro giudizio, quantomeno spia della rilevanza che la *ratio* sottesa alla sua emanazione può aver assunto a livello sociale in un determinato momento storico.

---

*ad ed. aed. cur.*); 840–842 = D.21.1.44; D.50.16.74 (Paul. 2 *ad ed. aed. cur.*). ID., Ulp. 1757–1791 = D.1.3.13; D.47.2.66; D.2.14.31; D.21.1.1; D.21.1.4; D.21.1.6; D.21.1.8; D.21.1.10; D.21.1.12; D.21.1.14; D.21.1.17; D.21.1.21; D.21.1.23; D.21.1.25; D.21.1.27; D.21.1.29; D.21.1.31; D.21.1.33; D.21.1.35; D.21.1.37; D.21.1.63 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*); 1792–1797 = D.21.1.38; D.21.1.40; D.21.2.55 (Ulp. 2 *ad ed. aed. cur.*).

### CAPITOLO III

#### CORRETTIVI GIURISDIZIONALI ALLO SQUILIBRIO DELLE PARTI NELL'*EDICTUM DE MANCIPIIS VENDUNDIS*: LA CLAUSOLA SULLA FORMULA DELL' *ACTIO REDHIBITORIA*

##### 1. *L'actio redhibitoria: correttivo agli squilibri delle compravendite di schiavi nei mercati.*

L'obiettivo del nostro lavoro è quello di ricercare indizi di una particolare attenzione edilizia al tema dell'equilibrio contrattuale.

Ora, se sono valide tutte le indagini finora svolte, dall'esame del contenuto della prima clausola dell'editto *de mancipiis vendundis* si evince che l'Editto edilizio costituiva una codificazione di settore la cui *ratio* si fondava proprio sulla necessità di dare una risposta di maggiore tutela ad alcuni soggetti deboli, i compratori di *mancipia* nei mercati, ai quali sarebbe stata apprestata una tutela rimediale speciale.

Ebbene tale *ratio* appare allora strettamente connessa all'esigenza di un bilanciato assetto delle parti, all'idea, in definitiva, di un giusto equilibrio contrattuale cui la compravendita conclusa nei mercati doveva tendere e che gli edili curuli tentavano di preservare, attraverso l'imposizione di obblighi a carico del soggetto forte, o di ripristinare, attraverso l'esperimento dell'*actio redhibitoria* quando quest'ultimo era di fatto già stato snaturato.

Ed infatti, nel paragrafo che precede, abbiamo osservato come si atteggiava l'intervento edilizio nel sistema giuridico romano in riferimento a una fase negoziale che oggi definiremmo precontrattuale: ci siamo occupati di obblighi di informazione cui doveva attenersi il venditore prima di concludere una qualsiasi compravendita nei mercati; e, per vero, già in relazione a tale fase negoziale abbiamo creduto di riscontrare nelle fonti qualche indizio a favore della connessione della materia oggetto del nostro studio alla tematica

di un giusto equilibrio contrattuale sia da un punto di vista materiale, sia da un punto di vista formale.

Siamo convinti tuttavia che è proprio in riferimento alla fase patologica che nelle fonti si scorgono indizi più probanti a sostegno della nostra tesi.

Riteniamo infatti che, in diritto romano, il tema del giusto equilibrio contrattuale non involga esclusivamente la sfera teorica, ma anche, anzi, soprattutto, quella pratica, in cui meglio si coglie il rapporto dinamico tra riflessione scientifica e intervento giurisdizionale.

Pertanto seguiremo nel presente capitolo con lo studio della formula<sup>243</sup> dell'*actio redhibitoria*, strumento giurisdizionale con cui gli edili curuli correggevano, nei loro tribunali, gli squilibri del contratto di compravendita avente ad oggetto *mancipia*, ripristinando lo *status quo ante* la compravendita, e riportando le parti, dunque, nella posizione in cui erano prima di concludere il contratto.

Prima di addentrarci nella ricostruzione e nell'analisi della struttura di quest'ultima, giova premettere alcune considerazioni sulla natura e sui caratteri di tale azione.

Per vero, si tratta di alcuni dei temi più discussi nella letteratura che si occupa dello studio della predetta azione.

In particolare, è un controverso passo del commentario all'Editto edilizio di Gaio ad avere acceso in dottrina un animato dibattito:

- D.21.1.45 (Gai. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Redhibitoria actio duplicem habet condemnationem: modo enim in duplum, modo in simplum condemnatur venditor. Nam si neque pretium neque accessionem solvat neque eum qui eo nomine obligatus erit liberet, dupli pretii et accessionis condemnari iubetur: si vero reddat pretium et accessionem vel eum qui eo nomine obligatus est liberet, simpli videtur condemnari.*

---

<sup>243</sup> È da notare che viene sottointeso, al termine formula, il genitivo *iudiciorum* ad indicare le azioni giurisdizionali. Ed infatti il termine *formula*, da un punto di vista lemmatico, nel linguaggio giuridico romano, veniva spesso impiegato in un senso più ampio, in relazione a tutti i rimedi processuali. Sul punto cfr. D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle istituzioni di diritto romano*, Como, 1999, 15 ss.

Si tratta, infatti, dell'unico brano dei *Digesta* in cui si riferisce di una condanna del convenuto in redibitoria, a seconda dei casi, ora nel *simplum* ora nel *duplum*; a fronte, invece, di una pluralità di brani in cui si parla di una condanna al *quanti ea res erit*:

- D.21.1.23.8 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): [...] *Non esse cogendum ait ait quicquam praestare, nec amplius quam pretio condemnabitur [...]*;

- D.21.1.25.10 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Ordine fecerunt aediles, ut ante venditori emptor ea omnia, quae supra scripta sunt, praestet, sic deinde pretium consequatur*;

- D.21.1.29.2 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Condemnatio autem fit, quanti ae res erit [...]*;

- D.21.1.31pr. (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Quodsi nolit venditor hominem recipere, non in maiorem summam, inquit, quam in pretium ei condemnandum [...]*;

- D.21.158.1 (Paul. 5 *resp.*): [...] *Paulus respondit de pretio servi repetendo competere actionem etiam ex duplae stipulatione [...]*;

Varie sono le teorie prospettate in letteratura per spiegare l'anomalia del brano escerpito dal commentario di Gaio rispetto ai frammenti poco sopra

richiamati<sup>244</sup>; tuttavia, vista la complessità dell'argomento, si rinvia ad un lavoro già in corso di approfondimento sulla tematica specifica. In ogni caso, per comprendere appieno la natura del rimedio appare necessario indagare le finalità di quest'ultimo e, in particolare, il significato della *redhibitio*.

Ebbene, si tratta di un'azione volta a far recuperare il prezzo pagato o a liberare dall'obbligazione del pagamento del prezzo il compratore di uno schiavo che risulti, entro sei mesi utili dal giorno della conclusione del negozio, affetto da uno dei vizi previsti nell'editto o privo di una delle qualità promesse dal venditore, previa restituzione dello stesso, dei suoi accessori ed eventuali perdite di valore subite a causa del compratore dopo la vendita; nell'ipotesi in cui poi il venditore non adempia, questi sarà condannato, innanzi al tribunale degli edili, al *quanti ea res erit* – secondo quanto sembrerebbe leggersi nella maggioranza dei frammenti in materia – o al *duplum* del prezzo e dei relativi accessori – stando all'interpretazione letterale di Gai. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.45.

Si tratta dunque, a ben guardare, di un'azione strutturata in maniera tale da rimettere i contraenti nella situazione economica precedente alla stipula, assimilabile, quanto alla finalità perseguita, al rimedio della *restitutio in integrum* e pertanto qualificabile, come ritiene la dottrina maggioritaria, come *actio arbitraria*<sup>245</sup>. Del resto, il dato che tale rimedio non compaia tra quelli che Giustiniano considera sicuramente arbitrari in I. 4, 6, 31, non depone necessariamente in senso contrario<sup>246</sup>, dal momento che l'elencazione giustiniana ha natura meramente esemplificativa e non tassativa: *veluti [...] veluti [...] in his enim actionibus et ceteris similibus*.

La previsione di un rimedio giurisdizionale volto al definitivo scioglimento del contratto doveva essere stata concepita dagli edili curuli come l'*extrema ratio*, il rimedio ultimo e definitivo, volto a porre fine ai continui raggiri

---

<sup>244</sup>Per una puntuale ricostruzione dello stato della dottrina sul punto, si richiama qui per tutti B. BIONDI, *Studi sulle actiones arbitrariae e l'arbitrium iudicis* in Libr. Inter. A. Reber, fasc. I, Palermo, 1913, 119 ss., e più recentemente, L. GAROFALO, *Studi sull'azione redibitoria*, Padova, 2000, 13 ss.

<sup>245</sup>Cfr. O. LENEL, *EP*<sup>3</sup>, cit., § 293, 554 ss.; G. IMPALLOMENI, *L'editto*, cit., 137 V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., 370, in particolare nt. 2; L. GAROFALO, *Studi sull'azione redibitoria*, cit., 7.

<sup>246</sup>D'altronde, la dottrina maggioritaria ritiene che l'elenco contenuto in I. 4, 6, 31 non sia affatto completo. Cfr. G. IMPALLOMENI, *L'editto*, cit., 137, in particolare nt. 2.

perpetrati dai commercianti di schiavi. Chiunque necessitasse di manodopera a Roma doveva, infatti, fare i conti con un *venaliciarius*: e allora dovette presto apparire iniquo a tale magistratura che un compratore medio, non avvezzo alle furberie e con l'occhio non allenato a smascherare le sempre più sottili truffe in cui si erano qualificati esperti i commercianti di *mancipia*, dovesse, a causa di un inganno subito, tenere con sé uno schiavo, del quale provvedere anche al sostentamento, che si era rivelato malato o con difetti di vario genere, o ancora semplicemente privo delle qualità promesse dal venditore e per ciò stesso, in definitiva, un vero e proprio acquisto in danno. Pertanto riteniamo che tale azione costituisca, come abbiamo più volte tentato di sottolineare in questo lavoro, uno strumento dal carattere davvero rivoluzionario, se si considera peraltro che il diritto romano non conosceva neanche la regola della risoluzione dei contratti per inadempimento<sup>247</sup>.

Del resto, che la *ratio* dell'editto consistesse nella protezione del compratore quale parte debole del negozio, sembra leggersi chiaramente in D.21.1.1.2 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Causa huius edicti proponendi est, ut occurratur fallaciis vendentium et emptoribus succurratur, quicumque decepti a venditoribus fuerint [...]*.

Per queste ragioni ci sembra verosimile ritenere che la magistratura edilizia, cui appunto si deve la paternità di tale strumento, avesse già percepito uno squilibrio nella forza contrattuale delle parti in gioco in tali tipi di compravendite, e, anzi, avesse concepito tale rimedio nei termini di un preciso correttivo giurisdizionale a quest'ultimo.

Di tale finalità di ricomposizione degli equilibri si ritiene poter trovare riscontro nella formula che ci restituisce tale azione.

In essa appare rivestire particolare rilevanza la preventiva restituzione dello schiavo da parte del compratore, presupposto indefettibile per esperire l'azione giurisdizionale; tale parte della formula viene oggi comunemente definita "condizione positiva della condanna", per contrapporla a quella "negativa", che impone, invece, al venditore–convenuto che vuole evitare la condanna, la restituzione della prestazione ricevuta e cioè della somma di

---

<sup>247</sup> Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., 369. Sulla risoluzione si veda per tutti P. CERAMI, voce «*Risoluzione del contratto (Diritto romano)*», cit., 1277 ss.

denaro pagata dal compratore.

Ebbene, l'esistenza nella formula di questa doppia clausola arbitraria, l'una in capo all'attore e l'altra incombente sul convenuto, sembra costituire un'anomalia nel sistema giuridico romano, che, in riferimento alle *actiones arbitrariae*, conosceva solo la clausola arbitraria a carico del convenuto<sup>248</sup>.

D'altronde, la circostanza che il verbo *redhibere*, nonostante la sua etimologia (*re habeo*) sembri richiamare il significato di ri-avere, venga utilizzato piuttosto (sia nel suo uso generico, sia quando quest'ultimo si riferisce ad una *res empti*<sup>249</sup>), almeno negli scritti della giurisprudenza classica, con specifico riferimento all'attività della restituzione, ci sembra già di per sé preta di significato: pone, infatti, l'accento sulla necessaria attività di riconsegna dello schiavo da parte del compratore-attore ai fini della condanna.

Per queste ragioni si ritiene ora necessario orientare la nostra indagine sulla ricostruzione di tale doppia clausola arbitraria.

## 2. *La doppia clausola arbitraria: restituzione di entrambe le prestazioni e ripristino dell'equilibrio.*

---

<sup>248</sup> Tuttavia già Biondi osservava che l'idea che l'*actio redhibitoria* costituisse un rimedio in cui il giudice, per espressa disposizione della formula, doveva assolvere il convenuto ove questi avesse soddisfatto spontaneamente *in iudicio*, dietro suo invito, la pretesa dell'attore, sarebbe in realtà solo il prodotto finale dell'evoluzione della categoria concettuale delle azioni arbitrarie, riferibile, più precisamente, solo all'età giustiniana e non certo all'età classica. Cfr. B. BIONDI, *Studi sulle actiones arbitrariae e l'arbitrium iudicis*, cit., 1 ss. Della stessa opinione Manna, la quale ritiene che «nelle epoche precedenti l'arbitrium iudicis non rispondeva a canoni precisi, ma costituiva l'unico mezzo tramite il quale risolvere processualmente ogni problema di mancata restituzione». Cfr. L. MANNA, *Actio redhibitoria e responsabilità per i vizi della cosa nell'editto de mancipiis vendundis*, cit., 254.

<sup>249</sup> Del resto, in relazione al caso della compravendita, che qui ci occupa, così sembra risultare da almeno tre passi dei *Digesta*: D.21.1.21 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *redhibere est facere, ut rursus habeat venditor quod habuerit, et quia reddendo id fiebat idcirco redhibitio est appellata quasi redditio*; D.4.7.9 (Paul. 1 *ad ed. aed. cur.*): *redhibitio homine omnia retro aguntur*; D.41.2.13.2 (Ulp. 72 *ad ed.*): *praeterea quaeritur, si quis hominem venditori redhibuerit, an accessione uti possit ex persona eius. Et sunt qui putent non posse, quia venditionis est resolutio redhibitio: alii emptorem venditoris accessione usurum et venditorem emptoris, quod magis probandum puto*. Cfr. V.I.R., voce «*redhibeo*» e «*redhibitio*».



Veniamo dunque all'analisi della *formula redhibitoria*; come anticipato, concentreremo i nostri sforzi in particolare sulla doppia clausola arbitraria in essa contenuta.

Lenel ricostruisce così l'*intentio* della formula<sup>250</sup>:

*Si paret homini quo de agitur quem A. Agerius de N. Negidio emit*<sup>251</sup>, *morbi (vitii) quid cum veniret fuisse*<sup>252</sup>, (*quod N. Negidius adversus edictum illorum aedilium non pronuntiavit*)

oppure, in alternativa,

*Si quem hominem A. Agerius de N. Negidio emit, eum paret adversus quod dictum promissumve fuit cum veniret fuisse*<sup>253</sup>, *quod eius praestari oportet*<sup>254</sup>,

*neque plus quam quam sex menses sunt, cum de ea re experiundi potestas fuit*<sup>255</sup> ...

Per la clausola arbitraria, invece, propone la seguente ricostruzione:

*...si arbitrato iudicis*<sup>256</sup> *is homo N. Negidio redhibebitur quodque ex eo post venditionem acquisitum*<sup>257</sup> *est*<sup>258</sup> *quodque in venditione ei accessit sive quid ex ea re fructus pervenit*<sup>259</sup> *ad A. Agerium sive quid post venditionem traditionemque deterior A. Agerii opera familiaeve procuratorisve eius factus*

---

<sup>250</sup> Cfr. O. LENEL, *EP*<sup>3</sup>, cit., § 293, 559 ss. Richiama la ricostruzione di Lenel anche D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, cit., 100.

<sup>251</sup> Cfr. D.21.1.43.9-10.

<sup>252</sup> Cfr. D.21.1.48.7.

<sup>253</sup> Cfr. D.21.1.47pr.; D.21.1.52; D.21.1.64.1; D.21.1.31.1.

<sup>254</sup> Cfr. D.21.1.1.1; D.21.1.19pr.-1.

<sup>255</sup> Cfr. D.21.1.55; D.21.1.19.6; D.21.1.48.2.

<sup>256</sup> Cfr. D.21.1.23pr.; D.21.1.25.8; D. 21.1.29.3; D.21.1.31.13; D.21.1.43.9.

<sup>257</sup> Cfr. D.21.1.31.2-4.

<sup>258</sup> Cfr. D.21.1.25.8; D.21.1.31.13.

<sup>259</sup> Cfr. D.21.1.23.9; D.21.1.30pr.; D.21.1.43.5.

*est*<sup>260</sup>, *ea omnia N. Negidio restituentur et*<sup>261</sup> *quanta pecunia pro eo homine soluta accessionisve nomine data erit, non reddetur, cuiusve pecuniae quis eo nomine obligatus erit, non liberabitur...*

Infine, l'insigne romanista restituisce così la *condemnatio* della formula:

*...quanti ea res erit*<sup>262</sup>, *tantam pecuniam iudex N. Negidium A. Agerio condemnato; si non paret absolvito.*

Orbene, l'unica parte "certa" della ricostruzione della formula di Lenel è quella scritta in caratteri tondi, perché riscontrabile esattamente in Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.25.9; essa corrisponde, a ben guardare, alla parte della clausola riferita al venditore–convenuto:

D.21.1.25.9 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*) : *Praeterea in edicto adicitur sic: 'et quanta pecunia pro eo homine soluta accessionisve nomine data erit, non reddetur, cuiusve pecuniae quis eo nomine obligatus erit, non liberabitur';*

si tratta della clausola che costituisce elemento caratterizzante l'azione come arbitraria, almeno secondo il regime ordinario. Proprio tale frammento viene per primo preso in considerazione da Lenel nella rielaborazione della formula redibitoria, in quanto esso costituisce, a detta dell'insigne romanista, un punto di partenza prezioso per la ricostruzione di ciò che precede e di ciò che segue nella formula. Lo stesso Lenel identifica tale passo come la condizione negativa cui è subordinata la condanna del venditore-convenuto.

---

<sup>260</sup> Cfr. D.21.1.25pr.-7.

<sup>261</sup> Cfr. D.21.1.25ult.; D.21.1.26; D.21.1.57pr.

<sup>262</sup> Cfr. D.21.1.29.2.

A questa parte della formula contenente la clausola arbitraria riferita al venditore-convenuto, doveva tuttavia precedere, secondo lo studioso, un'altra parte avente ad oggetto -questa volta- una clausola arbitraria indirizzata al compratore-attore. Quest'ultima costituiva invece la condizione positiva della condanna, e cioè, in altri termini, l'attività necessaria da compiere affinché l'esperimento dell'azione avesse buon esito: la restituzione del servo con tutti gli accessori e il rimborso delle eventuali perdite di valore a cui sarebbe stato tenuto il compratore-attore.

Lenel ritiene che la prova di questa sequenza edittale si abbia nel frammento D.21.1.25.10 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*) inserito dai compilatori immediatamente dopo quello poco prima esaminato, in cui si legge:

*Ordine fecerunt aediles, ut ante venditori emptor ea omnia, quae supra scripta sunt, praestet, sic deinde pretium consequatur.*

Per verificare la solidità di quest'affermazione, è necessario inquadrare il passo sistematicamente e confrontarlo con i frammenti che lo precedono nel commentario ulpiano alla formula redibitoria, come fa lo stesso Lenel nel suo commento: ebbene si vedrà che il contenuto di tali frammenti concorda perfettamente.

Ed infatti:

- D.21.1.23.9 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): [...] *si quid ad emptorem pervenit vel culpa eius non pervenit, restitui oportet [...]*.

- D.21.1.25pr.-7 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): [...] *si post venditionem traditionemque*<sup>263</sup> *deterius emptoris opera*<sup>264</sup> *familiae procuratorisve*<sup>265</sup> *eius factum erit*<sup>266</sup> *...ut...restituatur*<sup>267</sup>.

Inoltre, Lenel ritiene che il passo contenuto in Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*, D.21.1.25.8 fornisca la prova della circostanza che tutte le prestazioni poste a carico del compratore-attore dovevano essere enumerate nella formula<sup>268</sup>:

- D.21.1.25.8 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Item sciendum est haec omnia, quae exprimuntur edicto aedilium, praestare eum debere, si ante iudicium acceptum facta sint: idcirco enim necesse habuisse ea enumerari, ut, si quid eorum ante litem contestatam contigisset, praestaretur. ceterum post iudicium acceptum tota causa ad hominem restituendum in iudicio versatur, et tam fructus veniunt quam id quo deterior factus est ceteraque veniunt: iudici enim statim atque iudex factus est omnium rerum officium incumbit, quaecumque in iudicio versantur: ea autem quae ante iudicium contingunt non valde ad eum pertinent, nisi fuerint ei nominatim iniuncta.*

A nostro giudizio, basta osservare che la parte originaria dell'editto che ci è stata tramandata in Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.25.9 è tronca, iniziando con la congiunzione «*et*», per rendersi subito conto che la clausola arbitraria doveva consistere in qualcosa in più:

---

<sup>263</sup> Cfr. D.21.1.25pr.

<sup>264</sup> Cfr. D.21.1.25.5.

<sup>265</sup> Cfr. D.21.1.25.1-4.

<sup>266</sup> *Deterius factum erit*: D.21.1.25.6.

<sup>267</sup> Cfr. D.21.1.25.7.

<sup>268</sup> Sul punto dissente già Biondi, il quale ritiene che le prestazioni a carico del compratore-attore non sono direttamente richiamate nella formula, ma vanno desunte di volta in volta dalla più generica clausola «*si arbitrato tuo is homo N. N. redhibebetur*». Cfr. B. BIONDI, *Studi sulle actiones arbitrarie e l'arbitrium iudicis*, cit., 146 ss. Si veda anche V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., 370, nt. 2 e G. IMPALLOMENE, *L'editto*, cit., 140-141.

D.21.1.25.9 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): [...] *'et quanta pecunia pro eo homine soluta accessionisve nomine data erit, non reddetur, cuiusve pecuniae quis eo nomine obligatus erit, non liberabitur'*;

E quel qualcosa in più deve essere costituito da una prestazione di restituzione in capo al compratore–attore, o almeno così ci sembra in base ai frammenti poco prima esaminati.

Ciò posto, in riferimento alla natura delle prestazioni, ci si chiede in letteratura se quelle imposte a carico del compratore-attore costituiscano, al pari delle prestazioni riferibili al venditore-convenuto in qualsiasi azione arbitraria, oggetto di un comando, di un vero e proprio obbligo impartito dal giudice, solitamente espresso nella formula con le parole *«arbitrio iudicis»*<sup>269</sup>. Riteniamo, in linea con la dottrina maggioritaria<sup>270</sup>, che si tratti di prestazioni restitutorie sostanzialmente identiche per natura e qualità, per le ragioni che adesso tenteremo di illustrare.

---

<sup>269</sup> Si veda, per tutti, M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, cit., 95, nt. 77. Per vero, già Biondi ricordava che *«la communis opinio ravvisa la caratteristica delle actiones arbitrarie in ciò, che la formula dava al giudice facoltà di rivolgere al convenuto un comando (iussum, arbitrium, arbitratus)»*, cfr. B. BIONDI, *Sulla dottrina romana dell'actio arbitraria*, Palermo, 1911, 100. Si veda anche ID., *Di nuovo sulla dottrina dell'actio arbitraria (a proposito di una recente ipotesi)* in BIDR, fasc. I – II, Roma, 1913, 5 ss.

<sup>270</sup> *«L'adempimento di tali prestazioni, tuttavia, non rappresenta un obbligo, bensì un onere per l'attore»*, così G. IMPALLOMENE, *L'editto*, cit., 138; *«Non è impossibile che anche quel contegno del compratore fosse considerato come parte dell'arbitratus iudicis (così il Lenel): resta, però che, mentre nel riferimento al convenuto, tenuto a restituire il prezzo quando l'attore gli restituisca lo schiavo (con tutte le ricordate accessioni), l'arbitratus si presenta nella sua struttura tipica di ordine da eseguire se si vuole evitare la condanna, all'attore il giudice non impartisce ordini, bensì gli specifica in concreto l'onere cui deve sottostare perché il processo da lui intentato abbia il suo corso»*. Così V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., 370 nt. 2; *«A ben guardare gli edili non promettono di concedere l'azione, bensì si limitano a stabilire in capo al compratore il dovere di restituire, oltre al mancipium, anche le accessioni e i frutti o la somma corrispondente al decremento di valore e non è, pertanto, inverosimile che l'effetto si ottenesse tramite uno iussus iudicis»*. L. MANNA, *Actio redhibitoria e responsabilità*, cit., 252. *«L'esecuzione di tali prestazioni rappresentava per il compratore attore un onere più che un obbligo, costituendo invero il presupposto necessario perché il giudice stabilisse le prestazioni cui era tenuto il venditore convenuto nei confronti dell'avversario e, mancandone il tempestivo adempimento, lo condannasse»*. Così L. GAROFALO, *Studi sull'azione redibitoria*, cit., 8.

In primo luogo, conveniamo con Lenel sulla necessità di inserire nella ricostruzione della parte della clausola che si occupa delle prestazioni a carico del compratore-attore l'espressione «*arbitrium iudicis*»: depongono in tal senso, infatti, i seguenti brani (alcuni dei quali già esaminati per altri fini, che qui conviene, tuttavia, richiamare):

- D.21.1.23pr. (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Cum autem redhibitio fit, si deterius mancipium sive animo sive corpore ab emptore factum est, praestabit emptor venditori, ut puta si stupratum sit aut saevitia emptoris fugitivum esse coeperit: et ideo, inquit Pomponius, ut ex quacumque causa deterius factum sit, id arbitrio iudicis aestimetur et venditori praestetur. Quod si sine iudice homo redhibitus sit, reliqua autem quae diximus nolit emptor reddere, sufficiat venditori ex vendito actio.*

- D.21.1.25.8 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Item sciendum est haec omnia, quae exprimuntur edicto aedilium, praestare eum debere, si ante iudicium acceptum facta sint: idcirco enim necesse habuisse ea enumerari, ut, si quid eorum ante litem contestatam contigisset, praestaretur. Ceterum post iudicium acceptum tota causa ad hominem restituendum in iudicio versatur, et tam fructus veniunt quam id quo deterior factus est ceteraque veniunt: iudici enim statim atque iudex factus est omnium rerum officium incumbit, quaecumque in iudicio versantur: ea autem quae ante iudicium contingunt non valde ad eum pertinent, nisi fuerint ei nominatim iniuncta.*

-D.21.1.29.3 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *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.*

-D.21.1.31.9-13 (Ulp. 1 ad ed. aed. cur.): *Pomponius ait, si unus ex heredibus vel familia eius vel procurator culpa vel dolo fecerit rem deteriore, aequum esse in solidum eum teneri arbitrio iudicis: hoc autem expeditius esse, si omnes heredes unum procuratorem ad agendum dederunt. Tunc et si quo deterior servus culpa unius heredum factus est et hoc solutum est, ceteri familiae herciscundae iudicium adversus eum habent, quia propter ipsum damnus sentiunt impediunturque redhibere.*

*Si venditori plures heredes exstiterint, singulis pro portione hereditaria poterit servus redhiberi. Et si servus plurium venierit, idem erit dicendum: nam si unus a pluribus vel plures ab uno vel plura mancipia ab uno emantur, verius est dicere, si quasi plures rei fuerunt venditores, singulis in solidum redhibendum: si tamen partes emptae sint a singulis, recte dicetur alteri quidem posse redhiberi, cum altero autem agi quanto minoris. Item si plures singuli partes ab uno emant, tunc pro parte quisque eorum experietur: sed si in solidum emant, unusquisque in solidum redhibebit.*

*Si mancipium quod redhiberi oportet mortuum erit, hoc quaeretur, numquid culpa emptoris vel familiae eius vel procuratoris homo demortuus sit: nam si culpa eius decessit, pro vivo habendus est, et praestentur ea omnia, quae praestarentur, si viveret.*

*Culpam omnem accipiemus, non utique latam: propter quod dicendum est, quamcumque occasionem morti emptor praestitit, debere eum: etiam si non adhibuit medicum, ut sanari possit, vel malum adhibuit, sed culpa sua.*

*Sed hoc dicemus, si ante iudicium acceptum decessit: ceterum si post iudicium acceptum decessisse proponatur, tunc in arbitrium iudicis veniet, qualiter mortuus sit: ut enim et Pedio videtur, ea, quaecumque post litis contestationem contingunt, arbitrium iudicis desiderant.*

- D.21.1.43.9 (Paul. 1 ad ed. aed. cur.): *Si sub condicione homo emptus sit, redhibitoria actio ante condicionem existentem inutiliter agitur, quia nondum perfecta emptio arbitrio iudicis imperfecta fieri non potest: et ideo etsi ex empto vel vendito vel redhibitoria ante actum fuerit, expleta condicione iterum agi poterit.*

In secondo luogo, questo richiamo all'espressione «*arbitrium iudicis*» presente nella parte della clausola che si occupa delle prestazioni a carico del compratore-attore, che Lenel ha ragionevolmente inserito nella sua ricostruzione, assume, a nostro parere, in adesione alla tesi della dottrina prevalente<sup>271</sup>, significato tecnico: il termine *arbitrium*, infatti, è sinonimo di *iussum* ed esprime l'idea di un comando che promana da un'autorità, non già di un mero invito rivolto a qualcuno o di un semplice onere.

Se è vero dunque, come sembra confermato dalla superiore ricostruzione, che la clausola era doppiamente arbitraria e che le prestazioni restitutorie a carico di entrambe le parti erano della stessa natura, anche questi dati ci sembrano costituire allora ulteriori e forse più importanti argomenti a favore della tesi di una stretta connessione tra l'attività edilizia e la tematica del giusto equilibrio contrattuale nel contratto di compravendita avente ad oggetto schiavi.

Sembra, in particolare, evincersi un nesso d'interdipendenza tra le prestazioni restitutorie imposte a carico dei soggetti del contratto, un sinallagma che lega l'una all'altra ai fini della *redhibitio* e che esprime un'esigenza di eguaglianza delle posizioni delle parti in gioco.

Ed infatti, una volta adempite entrambe le prestazioni, in altri termini, una volta che il compratore avesse restituito lo schiavo acquistato e il venditore il prezzo, gli effetti della compravendita viziosa sarebbero venuti meno per entrambi e con gli stessi risultati pratici dall'uno e dall'altro lato.

Che la finalità redibitoria dovesse avere risultati pratici eguali a capo di entrambe le parti, riportando entrambe nello *status quo ante* la compravendita e ridisegnando un equilibrio che durante la vigenza del contratto era stato alterato nettamente a svantaggio del compratore, sembra in ultimo risultare anche da D.21.1.23.7 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*):

---

<sup>271</sup> Sulla natura dell'*arbitrium iudicis*, esprimente carattere di comando dell'*officium iudicis* nelle *actiones arbitrariae* cfr. L. CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem*, Milano, 1958, 87 ss.; G. PROVERA, *Recensione a Lauro Chiazzese, Jusiurandum in litem, Milano, Giuffrè, 1958* in SDHI, vol. XXIV, 1958, 309 ss.; B. ALBANESE, *Recensione critica a L. Chiazzese, Jusiurandum in litem (Milano, Giuffrè, 1958)* in IVRA, vol. X, parte I, 1959, 185 ss.



*Iulianus ait iudicium redhibitoriae actionis utrumque, id est venditorem et emptorem quodammodo in integrum restituere debere.*

## CAPITOLO IV

### CORRETTIVI GIURISDIZIONALI ALLO SQUILIBRIO DELLE PARTI NELL'*EDICTUM DE MANCIPIIS VENDUNDIS*: LA CLAUSOLA SULLA FORMULA DELL'*ACTIO AESTIMATORIA* O *QUANTI MINORIS*

1. *L'actio aestimatoria o quanti minoris: correttivo agli squilibri delle compravendite di schiavi nei mercati.*

L'*actio aestimatoria* o *quanti minoris* era stata introdotta dagli edili curuli per permettere al compratore che, entro un anno, avesse scoperto un vizio dello schiavo oggetto di compravendita alla cui dichiarazione era tenuto il venditore, di recuperare una parte del prezzo, quella relativa al deprezzamento oggettivo della *res* compravenduta a causa del vizio, pur trattenendo l'acquisto<sup>272</sup>.

Si trattava, in altri termini, di un rimedio volto, attraverso l'*aestimatio vitii*, a ripristinare l'equilibrio economico di prestazioni che, durante lo svolgimento del contratto, si erano rivelate disomogenee per causa imputabile al venditore. Nessun dubbio circa l'effettiva utilità di un'azione così congegnata nella materia delle compravendite di schiavi: non solo dal lato del compratore, il quale avrebbe potuto trovare, nonostante il vizio scoperto, giovamento dallo schiavo (perché, per esempio, tale vizio non ne aveva compromesso la sua capacità lavorativa) e volerlo quindi, in definitiva, trattenere con sé; ma anche dal lato del venditore, in quale in ogni caso avrebbe preferito restituire parte

---

<sup>272</sup> Si tratta, secondo Impallomeni, sostanzialmente, di un'azione di arricchimento. Sul punto cfr. G. IMPALLOMENI, *L'editto*, cit., 197 ss.

della somma ricevuta piuttosto che l'intero prezzo in cambio della redibizione di un servo viziato<sup>273</sup>.

Il problema è che nella ricostruzione del testo dell'*edictum de mancipiis vendundis* non risulta alcuna promessa edilizia avente ad oggetto l'esperibilità di tale rimedio processuale da parte del compratore, al contrario di quanto accade per l'*actio redhibitoria*; tuttavia alcuni frammenti sembrerebbero testimoniare, già per l'età classica, la prassi del ricorso a tale azione anche in materia di compravendite di schiavi<sup>274</sup>.

Cercheremo allora adesso di spiegare quest'apparente incongruenza, per procedere poi con l'analisi di alcuni brani dei *Digesta*<sup>275</sup> sulla prassi del ricorso all'*actio aestimatoria* o *quanti minoris*, da cui riteniamo di poter ricavare gli indizi più probanti di un'attenzione edilizia al tema dell'equilibrio economico.

## 2. La promessa edilizia dell'*actio aestimatoria* o *quanti minoris*.

Riteniamo verosimile, come dicevamo a proposito dell'*actio redhibitoria*, che anche l'*actio aestimatoria* o *quanti minoris*, costituendo tutela giurisdizionale innovativa e non conosciuta dal *ius civile*, necessitasse di essere introdotta dagli edili attraverso un'apposita clausola<sup>276</sup>.

Ma, dicevamo poc'anzi, di questa clausola non v'è traccia alcuna nel testo dell'*edictum de mancipiis vendundis*; l'assenza di una promessa edilizia avente ad oggetto la ripetizione di parte della somma del prezzo pagato dal compratore pare tuttavia contrastare con il contenuto di alcuni frammenti dei *Digesta* da cui invece risulterebbe, in modo chiaro, la possibilità di agire, in materia di compravendita di schiavi, con l'azione estimatoria innanzi al tribunale degli edili curuli, e precisamente:

---

<sup>273</sup> Sul punto cfr. anche V. ARANGIO - RUIZ, *La compravendita*, cit., 381.

<sup>274</sup> Cfr. Gai. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.18pr.; Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.31.16; Paul. 2 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.44.2; Pomp. 23 *ad Sab.* D.21.1.48.2; Iul. 51 *dig.* D.44.2.25.1, che analizzeremo nel § successivo.

<sup>275</sup> Cfr. Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.31.16 e Ulp. 46 *ad Sab.* D.21.2.32.1, su cui ci soffermeremo *infra*.

<sup>276</sup> Si veda *supra*, Cap. II, § 1.1, 49.

- D.21.1.18pr. (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 [...];*

- D.21.1.31.16 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Si quis egerit quanto minoris propter servi fugam, deinde agat propter morbum, quanti fieri condemnatio debeat? Et quidem saepius agi posse quanto minoris dubium non est, sed ait Iulianus id agendum esse, ne lucrum emptor faciat et bis eiusdem rei aestimationem consequatur;*

- D.21.1.44.2 (Paul. 2 *ad ed. aed. cur.*): *In redhibitoria vel aestimatoria potest dubitari, an, quia alienum servum vendidit, et ob evictionem et propter morbum forte vel fugam simul teneri potest [...];*

- D.21.1.48.2 (Pomp. 23 *ad Sab.*): *Non nocebit emptori, si sex mensum exceptione redhibitoria exclusus velit intra annum aestimatoria agere;*

- D.44.2.25.1 (Iul. 51 *digest.*): *Est in potestate emptoris intra sex menses, redhibitoria agere mallet an ea quae datur, quanti minoris homo cum veniret fuerit [...].*

A ben guardare, la magistratura edilizia promise l'*actio aestimatoria* o *quanti minoris* nell'*edictum de iumentis vendundis*, a noi restituito in Ulp. 2 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.38pr., e cioè solo in materia di compravendite di *iumenta* che pure, nella prassi, si concludevano nei mercati, ricadendo, di conseguenza, nell'ambito della *cura annonae* cui tali magistrati erano preposti:

- D.21.1.38pr. (Ulp. 2 *ad ed. aed. cur.*): *Aediles aiunt: 'Qui iumenta vendunt, palam recte dicunto, quid in quoque eorum morbi vitiique sit, utique optime ornata vendendi causa fuerint, ita emptoribus tradentur. Si quid ita factum non erit, de ornamentis restituendis iumentisve ornamentorum nomine redhibendis in diebus sexaginta, morbi autem vitiive causa inemptis faciendis*

*in sex mensibus, vel quo minoris cum venirent fuerint, in anno iudicium dabimus. Si iumenta paria simul venierint et alterum in ea causa fuerit, ut redhiberi debeat, iudicium dabimus, quo utrumque redhibeatur'.*

Da ciò discendono le perplessità che si registrano in dottrina circa l'origine del rimedio giurisdizionale, a cui devono aggiungersi i dubbi relativi alla doppia denominazione<sup>277</sup>, circostanza sospetta quantomeno in riferimento all'età classica, se si considera che «*per diritto classico l'esatta indicazione dell'azione da intentare era fra le basi della vita giuridica*<sup>278</sup>».

In particolare, le superiori considerazioni hanno spinto Monier<sup>279</sup>, seguito poi anche da Schultz<sup>280</sup>, a ritenere che l'*actio de quo* fosse un'innovazione dei compilatori.

Al contrario, la dottrina maggioritaria<sup>281</sup> sostiene la tesi della classicità del rimedio processuale.

In particolare, già Pezzana<sup>282</sup> rileva che la tesi dell'origine giustiniana di tale azione non sarebbe sorretta da alcuna *ratio*: ed infatti, se in età classica l'*actio empti* era esperibile, in materia di vizi, solo in caso di dolo del venditore (mentre, in caso di buona fede del venditore, soccorreva l'*actio de quo*), Giustiniano aveva esteso l'ambito di applicazione dell'*actio empti* anche

---

<sup>277</sup> La stessa azione viene definita «*quanto minoris*» in D.21.1.18pr., D.21.1.19.6, D.21.1.31.10-16, D.21.1.43.6, C.4.58.2, A. Gell., *Noct. Att.*, 4.2.5; «*quo minoris*» in D.21.1.38pr.; «*quanti minoris*» in D.21.1.31.5; D.21.1.38.13; D.21.1.47pr.; D.21.2.32.1; D.44.2.25.1; «*aestimatoria*» in D.21.1.18pr.; D.21.1.43.6; D.21.1.44.2; D.21.1.48.2.

<sup>278</sup> Così V. ARANGIO - RUIZ, *La compravendita*, cit., 382.

<sup>279</sup> Cfr. R. MONIER, *Garantie contre les vices cachés dans la vente romain*, Paris, 1930, 1 ss.

<sup>280</sup> Cfr. F. SCHULTZ, *Classical roman law*, cit., 538.

<sup>281</sup> Cfr. A. GIFFARD, *L'action édilicienne "quanti minoris"* in RHD, 1931, 682 ss.; F. HAYMANN, *Recensione a R. Monier, La garantie* (cit.), in ZSS, vol. 51, 1931, 474 ss.; F. DE ZULUETA, *The roman law of sale*, Oxford, 1945, 50; A. PEZZANA, *Classicità dell'actio aestimatoria*, in Arch. giur., vol. CXL, 1951, 53 ss.; F. PRINGSHEIM, *Das Alter der aedilischen actio quanti minoris* in ZSS, vol. 69, 1952, 234 ss.; V. ARANGIO - RUIZ, *La compravendita*, cit., 380 ss.; G. IMPALLOMENE, *L'editto*, cit., 194 ss. e relativa bibliografia citata. Per l'origine tardo-repubblicana del rimedio giurisdizionale N. DONADIO, *Azioni edilizie e interdipendenza delle obbligazioni*, cit., 518 ss.; Sull'origine tardo-classica dell'*actio aestimatoria* o *quanti minoris* si veda invece H. VINCENT, *Le droit des édiles. Etude historique et économique des prescriptions edilicennes sur la vente et la garantie*, Paris, 1922, 1 ss.

<sup>282</sup> Cfr. A. PEZZANA, *Classicità dell'actio aestimatoria*, cit., 53 ss.

all'ipotesi di buona fede del venditore, col risultato che l'eventuale creazione di un'azione volta alla ripetizione di parte del prezzo versato avrebbe comportato, di fatto, una mera duplicazione della tutela giurisdizionale.

Del resto, come dicevamo sopra, anche Arangio–Ruiz<sup>283</sup> sostiene che gli edili curuli, prima ancora di pensare a un rimedio quasi del tutto estraneo alle logiche del sistema privatistico romano quale la *redhibitio*, avrebbero verosimilmente dovuto apprestare, almeno in primo momento, una tutela più congeniale al *ius civile*, quale, appunto, l'*actio aestimatoria* o *quanti minoris*: questa azione era infatti perfettamente conforme all'*actio empti* o all'*actio ex stipulatu*, ma, a differenza di queste ultime, fruibile anche in assenza dei presupposti necessari (rispettivamente, dolo del venditore e *stipulatio*). A *fortiori*, il già citato frammento dei *Digesta* Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.31.16 -che qui conviene richiamare- e, insieme a questo, il brano di cui in Ulp. 46 *ad Sab.* D.21.2.32.1, oltre che un passo dell'opera di Aulo Gellio, fornirebbero, secondo l'insigne romanista, la prova dell'origine classica di tale azione:

-D.21.1.31.16 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Si quis egerit quanto minoris propter servi fugam, deinde agat propter morbum, quanti fieri condemnatio debeat? Et quidem saepius agi posse quanto minoris dubium non est, sed ait Iulianus id agendum esse, ne lucrum emptor faciat et bis eiusdem rei aestimationem consequatur;*

-D.21.2.32.1 (Ulp. 46 *ad Sab.*): *Ergo et illud procedit, quod Iulianus libro quinto decimo digestorum scribit. Egit, inquit, quanti minoris propter fugam servi, deinde agit propter morbum: id agendum est, inquit, ne lucrum faciat emptor et bis eiusdem vitii aestimationem consequatur. Fingamus emptum decem, minoris autem empturum fuisse duobus, si tantum fugitivum esse scisset emptor: haec consecutum propter fugam mox comperisse, quod non esset sanus: similiter duobus minoris empturum fuisse, si de morbo non*

---

<sup>283</sup> Cfr. V. ARANGIO - RUIZ, *La compravendita*, cit., 380 ss.

*ignorasset: rursus consequi debebit duo: nam et si de utroque simul egisset, quattuor esset consecuturus, quia eum forte, qui neque sanus et fugitivus esset, sex tantum esset empturus. Secundum haec saepius ex stipulatu agi poterit: neque enim ex una stipulatione, sed ex pluribus agitur.*

-A. Gell., *Noct. Att.*, 4.2.5: '*Balbus autem*' inquit '*et atypus vitiosi magis quam morborum 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 morbo agatur, aequae*' inquit '*ita dicitur: quanto ob id vitium minoris erit*'.

Proprio in quest'ultimo passo, Aulo Gellio riporta il pensiero di Celio Sabino, console nel 69 d.C., e quindi, di piena età classica: ebbene Sabino riferisce che, in caso di *morbosus* dello schiavo, il compratore viene tutelato attraverso un'azione che nella formula deve contenere le parole «*quanto ob id vitium minoris erit*». Arangio-Ruiz sostiene che il riferimento al meccanismo dell'*aestimatio vitii*, calcolo non ammesso in sede di redibitoria, esclude si possa trattare di tale tipo di azione, dovendosi piuttosto il brano *de quo* riferire al processo che si avvia intentando l'*actio aestimatoria* o *quanti minoris*, unico in cui tale calcolo è ammesso<sup>284</sup>.

Anche noi riteniamo di non poter aderire alla tesi dell'origine post-classica di tale azione, a cui ci sembrano ostare i frammenti dei *Digesta* prima richiamati e il passo di Aulo Gellio appena esaminato, ma, ancor più, in ragione di alcuni argomenti che adesso tenteremo di illustrare.

Innanzitutto, se è vero che l'*edictum de mancipiis vendundis* non contiene un'esplicita concessione di tale azione, al contrario nel frammento Ulp. 2 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.38pr., che ci restituisce invece l'*edictum de iumentis vendundis*, gli edili curuli promettono espressamente di ammettere il compratore a tale rimedio (...*quo minoris cum venirent fuerint, in anno*

---

<sup>284</sup> Cfr. V. ARANGIO - RUIZ, *La compravendita*, cit., 385 ss.

*iudicium dabimus...*), pertanto non vediamo motivo alcuno per dubitare dell'epoca di origine di tale azione, al più databile all'emanazione dell'editto sui *iumenta*.

Che l'inciso appena ricordato, avente ad oggetto la promessa edilizia dell'*actio aestimatoria* o *quanti minoris*, non possa costituire il frutto di un'interpolazione, si evincerebbe poi dal modo in cui Ulpiano introduce il brano *de quo*, indicando espressamente, all'inizio dello stesso, che si tratta di un discorso edilizio da lui semplicemente riportato: *Aediles aiunt: 'Qui iumenta vendunt, ...'*.

Ma l'idea che l'*actio aestimatoria* o *quanti minoris* fosse stata congegnata dalla magistratura edilizia solo nell'ambito delle compravendite di *iumenta*, settore di gran lunga meno rigoglioso di quello delle vendite di schiavi, e alla cui regolamentazione gli edili provvidero certamente in epoca più matura, non ci convince affatto.

Ritieniamo più verosimile che gli edili curuli avessero pensato a tale tipo di rimedio con l'obiettivo di fornire una soluzione pratica al compratore già nell'ambito delle compravendite di schiavi.

Del resto, nonostante l'assenza di un'esplicita clausola avente ad oggetto tale promessa in Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.1.1, frammento che ci restituisce il testo dell'*edictum de mancipiis vendundis*, la pluralità di brani dei *Digesta* più sopra richiamati, tutti contenenti un chiaro riferimento all'uso di tale rimedio nel settore delle compravendite di schiavi, non può essere del tutto ignorata.

Anzi, se è vero, come finora abbiamo osservato, che l'opera di commento ulpiano seguiva di pari passo l'ordine di trattazione edittole, il dato che il passo di cui in Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.31.16, che commenta l'uso dell'azione estimatoria nelle vendite di schiavi, si trova, nel commento di Ulpiano a tale editto, esattamente dopo la fine del commento all'*actio redhibitoria*, suggerisce allora che, nell'originale del testo dell'editto, la clausola avente ad oggetto la promessa dell'*actio redhibitoria* doveva essere immediatamente seguita dalla promessa dell'*actio aestimatoria* o *quanti minoris*.

D'altronde, l'idea che l'opera dei giuristi seguisse esattamente l'ordine edittole risulta confermata anche dall'analisi dell'altro commentario ulpiano,



quello sull'*edictum de iumentis vendundis*: nel testo di quest'ultimo infatti, a noi tradito in D.21.1.1.38pr., la promessa dell'*actio aestimatoria* o *quantum minoris* segue immediatamente quella dell'*actio redhibitoria*; e, specularmente, anche nel commentario di Ulpiano all'editto sulle compravendite di animali il passo che commenta la concessione di tale rimedio giurisdizionale è collocato subito dopo quello sull'*actio redhibitoria* (ed infatti il commento sull'azione redibitoria occupa i frammenti che vanno da D.21.1.38.3 a D.21.1.38.12; quello sull'azione estimatoria, il passo D.21.1.38.13, immediatamente successivo)<sup>285</sup>.

Si potrebbe tuttavia obiettare che l'esistenza di un frammento del commentario ulpiano sulla prassi del ricorso al rimedio estimatorio in materia di compravendite di schiavi non costituisca di per sé prova dell'effettiva esistenza di una clausola edittale avente ad oggetto tale promessa giurisdizionale nel testo dell'*edictum de mancipiis vendundis*, ben potendo tale prassi, per esempio, essersi affermata solo molto dopo la concessione edilizia della redibitoria.

È questa la tesi già sostenuta da Pringsheim, il quale ritiene che in materia di compravendite di schiavi gli edili curuli abbiano dato in un primo momento solo l'azione redibitoria, salvo poi concedere, in seguito a un mutato indirizzo giurisprudenziale più attento alle esigenze dei contraenti (e soprattutto del compratore), anche l'azione estimatoria: con la conseguenza che la clausola edittale sugli *iumenta*, più tarda, si sarebbe conformata a questo nuovo indirizzo, riconoscendo ufficialmente la promessa edittale; quella *de mancipiis*, invece, sarebbe rimasta qual era nell'originale. L'Autore ritiene inoltre che alla clausola *de mancipiis*, contenente la promessa della sola azione redibitoria, gli edili curuli abbiano fatto seguire non una, ma due formule giudiziarie, a scelta del compratore, dando così all'estimatoria un esplicito riconoscimento ufficiale<sup>286</sup>, e in ciò rifacendosi, probabilmente, alla ricostruzione di Lenel<sup>287</sup>, in cui il commento sulla formula dell'*actio*

---

<sup>285</sup> Già Arangio-Ruiz abbracciava il medesimo argomento; cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., 384.

<sup>286</sup> Cfr. F. PRINGSHEIM, *Das Alter der aedilischen actio quanti minoris*, cit., 234 e ss.

<sup>287</sup> O. LENEL, *EP*<sup>3</sup>, cit., § 293, 561.

*aestimatoria* o *quanti minoris* segue immediatamente quello sulla formula dell'*actio redhibitoria*.

A tale ricostruzione Arangio-Ruiz tuttavia oppone l'assenza di «*altri casi nei quali alla promessa di un'azione, avente ben precise finalità, i magistrati romani abbiano fatto seguire, oltre la formula corrispondente, anche altra non preannunciata*». Egli piuttosto sostiene che, anche a volere riconoscere un qualche fondamento alla teoria di Pringsheim, partendo dalla circostanza che gli edili curuli avevano la possibilità di concedere caso per caso *formulae in factum conceptae* conformi ad esigenze particolari, sarebbe in ogni caso più plausibile l'ipotesi che «*gli edili, forti del consenso della giurisprudenza, si fossero ritenuti autorizzati ad applicare analogicamente agli schiavi quell'actio quanti minoris che esplicitamente prevedevano in tema di iumenta*». L'Autore, ad ogni modo, ritiene non improponibile la congettura che la frase sulla promessa estimatoria fosse caduta per mano di qualche editore del commento di Ulpiano o degli stessi compilatori, probabilmente per questioni di brevità, come, del resto, era già accaduto all'inciso relativo al termine di decadenza della redibitoria<sup>288</sup>.

Per vero, a noi sembra che alla tesi di Pringsheim osti in maniera decisiva il dato che l'azione estimatoria, essendo un'*actio praetoria in factum*, abbisognava necessariamente di essere introdotta da apposita clausola; infatti, solo le *actiones civiles* e *bonae fidei, in ius conceptae*, non necessitavano di clausola introduttiva, in quanto la situazione giuridica soggettiva avanzata dall'attore era riconosciuta e tutelata dal *ius civile*<sup>289</sup>.

Ciò posto, riteniamo, con Arangio-Ruiz<sup>290</sup>, che la promessa edittale dell'*actio aestimatoria* ben potesse seguire la promessa dell'*actio redhibitoria* nello stesso testo della prima clausola edittale: ed infatti l'assenza di un esplicito riferimento nella clausola a noi restituita è perfettamente spiegabile con una

---

<sup>288</sup> Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., 390-392.

<sup>289</sup> Cfr. D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, cit., 28.

<sup>290</sup> Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., 390. Diversamente Impallomeni, il quale invece propende per l'esistenza di un'apposita rubrica contenente la promessa dell'*actio aestimatoria*, distinta da quella contenente la promessa dell'*actio redhibitoria*, che doveva seguire subito la formula della redibitoria medesima. Cfr. G. IMPALLOMENI, *L'editto*, cit., 199.

svista o un voluto rimaneggiamento di alcuno dei copisti del commentario ulpiano o dei compilatori stessi.

Peraltro, ci sembra che il singolare *iudicium dabimus* di cui in D.21.1.1.1. non deponga necessariamente in senso contrario: ed infatti, anche in D.21.1.38pr., frammento contenente il testo dell'*edictum de iumentis vendundis*, le azioni a tutela del compratore vengono promesse con l'espressione verbale al singolare («*iudicium dabimus*»), cui tuttavia precedono tre fattispecie rimediali alternative («*de ornamentis restituendis iumentisve ornamentorum nomine redhibendi...morbi autem vitivae causa inemptis faciendis...vel quo minoris cum venirent fuerint*»); con la conseguenza che il «*iudicium dabimus*» non sembra indicare, come ci si aspetterebbe dall'uso dell'accusativo singolare «*iudicium*», l'unicità dell'azione processuale promessa dagli edili curuli, ma, piuttosto, l'alternatività dei diversi rimedi promessi da tale magistratura<sup>291</sup>.

Pertanto, riteniamo di dovere procedere, nella restituzione della prima clausola dell'*edictum de mancipiis vendundis*, ad un'integrazione della versione resa da Lenel, che tenga in debito conto la necessaria promessa edittale del rimedio giurisdizionale estimatorio; di modo che, a nostro giudizio, l'originale della clausola doveva così presentarsi:

*[...] QUOD SI MANCIPIUM ADVERSUS EA VENISSET SIVE ADVERSUS QUOD DICTUM PROMISSUMVE FUERIT CUM VENIRET FUISSET, QUOD EIUS PRAESTARI OPORTERE DICETUR: EMPTORI OMNIBUSQUE AD QUOS EA RES PERTINET in sex mensibus, quibus primum de ea re experiundi potestas fuerit, IUDICIUM DABIMUS, UT ID MANCIPIUM REDHIBEATUR vel in anno, quo minoris cum venirent fuerint [...].*

Come dicevamo, probabilmente, l'originale dell'inciso edittale è poi caduto per mano di alcuno dei copisti del commentario di Ulpiano o dei compilatori,

---

<sup>291</sup> Così già G. IMPALLOMENI, *L'editto*, cit., 199, nonostante le diverse conclusioni cui l'Autore approda.

con la conseguenza che di esso non è rimasta traccia alcuna nel testo di cui in Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.1.1<sup>292</sup>.

3. *I frammenti Ulp. 1 ad ed. aed. cur. D.21.1.31.16 e Ulp. 46 ad Sab. D.21.2.32.1 e la regola del tetto massimo di risarcibilità del danno subito dal compratore imputabile al venditore.*

Risolto il problema della promessa edilizia dell'*actio aestimatoria* o *quanti minoris*, non ci resta che esaminare più da vicino quei frammenti dei *Digesta*<sup>293</sup> che commentano l'uso di tale rimedio giurisdizionale.

Ebbene in questi ultimi Ulpiano sembra dare atto di una prassi che doveva essere a lui ben nota, come probabilmente al resto della giurisprudenza classica, e che imponeva, di fatto, un limite massimo di risarcibilità del danno subito dal compratore che agiva col rimedio estimatorio: infatti, secondo il giurista, questi non poteva in alcun modo, nel difendersi dai raggiri perpetrati dal venditore, conseguire un lucro.

Si tratta, a ben guardare, di una regola volta a mantenere l'economicità delle prestazioni delle parti contrattuali in perfetto equilibrio tra loro: il venditore era tenuto a restituire solo la somma corrispondente all'*aestimatio vitii*, nulla di più.

Orbene, è proprio in riferimento alla concreta esperibilità dell'*actio aestimatoria* o *quanti minoris*, azione cui si fa ricorso nel caso classico di richiesta da parte del compratore di restituzione della parte del prezzo versato in più a causa del vizio occulto del servo, che riteniamo di doverci soffermare. Ed infatti, studiando i frammenti dei *Digesta* che si occupano dello strumento giurisdizionale *de quo*, riteniamo che meritino, almeno ai nostri fini, particolare attenzione due passi già citati, ma che qui conviene riproporre, Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.31.16 e Ulp. 46 *ad Sab.* D.21.2.32.1:

---

<sup>292</sup> La pensa così già V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., 390.

<sup>293</sup> Appunto, Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.31.16 e Ulp. 46 *ad Sab.* D.21.2.32.1.

- D.21.1.31.16 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): *Si quis egerit quanto minoris propter servi fugam, deinde agat propter morbum, quanti fieri condemnatio debeat? Et quidem saepius agi posse quanto minoris dubium non est, sed ait Iulianus id agendum esse, ne lucrum emptor faciat et bis eiusdem rei aestimationem consequatur;*
  
- D.21.2.32.1 (Ulp. 46 *ad Sab.*): *Ergo et illud procedit, quod Iulianus libro quinto decimo digestorum scribit. Egit, inquit, quanti minoris propter fugam servi, deinde agit propter morbum: Fingamus emptum decem, minoris autem empturum fuisse duobus, si tantum fugitivum esse scisset emptor: haec consecutum propter fugam mox comperisse, quod non esset sanus: similiter duobus minoris empturum fuisse, si de morbo non ignorasset: rursus consequi debebit duo: nam et si de utroque simul egisset, quattuor esset consecuturus, quia eum forte, qui neque sanus et fugitivus esset, sex tantum esset empturus. Secundum haec saepius ex stipulatu agi poterit: neque enim ex una stipulatione, sed ex pluribus agitur.*

Dalla lettura di tali brani sembra evincersi che il compratore è ammesso ad esperire la tutela estimatoria ogni volta che scopre un determinato vizio dello schiavo: di modo che, se uno schiavo da lui acquistato presenta più vizi, egli sarà ammesso ad esperire innanzi al tribunale degli edili curuli una pluralità di azioni estimatorie, ciascuna con *intentio* differente in rapporto al vizio sollevato e volta a recuperare quella parte del prezzo versato al venditore che il compratore non avrebbe mai pagato se fosse stato a conoscenza di quel determinato difetto.

D'altronde, sulla pluralità delle *intentiones* si pronuncia già Lenel<sup>294</sup>, il quale, difatti, restituisce così la formula:

---

<sup>294</sup> Cfr. O. LENEL, *EP*<sup>3</sup>, cit., § 293, 561-562.

*Si paret homini quo de agitur, quem Aulus Agerius de Numerio Negidio emit, vitii quid, cum veniret, fuisse<sup>295</sup> ... neque plus quam annus<sup>296</sup> est, cum experiundi potestas fuit, quanto<sup>297</sup> ob id vitium is homo, cum veniret, minoris fuit, <sup>298</sup> tantam pecuniam iudex Numerium Negidium Aulo Agerio condemnato; si non paret absolvito*

oppure, in alternativa:

*s. p. ... morbi quid ... fuisse ..., quanto ob eum morbum ...*

o, ancora:

*s. p. ... fugitivum fuisse ..., quanto ob eam rem ...*

Ebbene, dicevamo poco sopra, l'esperibilità di dette azioni e il consequenziale recupero delle suddette somme da parte del compratore sembra tuttavia trovare un limite nel maggiore valore economico che il compratore percepirebbe in caso di abuso del rimedio, ottenendo, più che il ristoro del danno, un vero e proprio lucro; in altri termini, per dirla con termini moderni, nell'ipotesi di ingiustificato arricchimento: [...] *Et quidem saepius agi posse quanto minoris dubium non est, sed ait Iulianus id agendum esse, ne lucrum emptor faciat et bis eiusdem rei aestimationem consequatur* (Ulp. 1 ad ed. aed. cur. D.21.1.31.16).

Pertanto, se la *ratio* della creazione di tale rimedio giurisdizionale edilizio era quella di tutelare il compratore dal comportamento fraudolento del venditore, dalla lettura delle predette fonti si evince che ciò non avveniva ad ogni costo

---

<sup>295</sup> Qui è per esempio da inserire: *quod N<sup>s</sup> N<sup>s</sup> adversus edictum illorum aedilium non pronuntiavit*. La versione più precisa dell'*intentio* non è però rintracciabile.

<sup>296</sup> D.21.1.19.6, D.21.1.48.2, C.4.58.2.

<sup>297</sup> Le denominazioni *quanto* e *quanti* si alternano; cfr. da un lato, ad esempio, D.44.2.25.1, D.21.1.47.pr., D.21.2.32.1, dall'altro D.21.1.18.pr., D.21.1.19.6, D.21.1.31.16, D.21.1.43.6, C.4.58.2., infine D.21.1.38.13 in cui si trovano entrambi i casi.

<sup>298</sup> Rudorff inserisce "*fuert*", quale *tempus* nell'editto (v. D.21.1.38pr.) che però proprio per questo non si addice alla formula. Cfr. A.F. RUDORFF, *E.P.*, cit., 263.

e senza alcuna misura: ed infatti gli edili curuli, stabilendo una soglia di ristoro del danno subito dal compratore imputabile al venditore, manifestano, ancora una volta, un particolare interesse al tema dell'equilibrio contrattuale nella materia delle compravendite di schiavi, tenendo in considerazione le esigenze economiche di entrambe le parti e non solo del contraente debole, alla cui tutela era ispirato l'intero editto.

## **PARTE II**

### **LA GIUSTIZIA CONTRATTUALE NELL'ESPERIENZA GIURIDICA MODERNA**



## CAPITOLO I

### **L'EQUILIBRIO SOGGETTIVO DELLE PARTI NELLA DISCIPLINA SULLA GARANZIA PER VIZI NELLA COMPRAVENDITA DEI BENI DI CONSUMO IN EUROPA**

#### *1. Premessa metodologica e obiettivi della seconda parte del lavoro.*

Dicevamo, nell'introduzione di questo lavoro, che l'interesse allo studio storico della problematica della giustizia contrattuale è collegato alla centralità che quest'ultima ha assunto nell'ambito del diritto europeo.

In particolare, di recente, l'attenzione si è concentrata sull'equilibrio soggettivo contrattuale: con tale espressione si intende far riferimento a quella condizione ideale di perfetto equilibrio di forza negoziale delle parti in causa cui tutti i contratti dovrebbero tendere per essere conformi a equità.

Ebbene si è osservato che, in particolari tipologie di negozi, la sperequazione tra le parti non dipende da ragioni meramente occasionali, legate al sopravvenire di determinati eventi, ma da ragioni di tipo sistemico, discendendo direttamente dalla diversa posizione che i contraenti occupano sul mercato in cui operano.

Paradigmatica di tale tipologia di negozi è la categoria del contratto tra professionista e consumatore, in cui l'ago della bilancia pende talmente a sfavore di quest'ultimo, da rendere necessario un intervento correttivo.

Così il legislatore europeo ha emanato, nel corso degli anni, una disciplina speciale volta a ripristinare l'equilibrio in quei contratti in cui la legge riconosce la posizione di debolezza di un soggetto nei confronti dell'altro; tale disciplina, che, come accennavamo altrove, è caratterizzata dalla non omogeneità delle fonti e pertanto risulta difficilmente riconducibile a unità, costituisce un canale rimediabile di *favor* per il consumatore.

Inoltre, la dottrina e la giurisprudenza europea hanno progressivamente tentato di estendere la nozione di consumatore, ampliando, di conseguenza, l'ambito applicativo di tale *corpus* legislativo, allo scopo di allargare la tutela a soggetti diversi dal consumatore-persona fisica che, tuttavia, assumono pure, per identiche questioni di mercato, le vesti di parte negoziale debole.

Tale tendenza ha sollecitato una nuova riflessione sul contratto tra professionista e consumatore, culminata nel progetto di adozione di un nuovo modello generale di diritto comune cui vagliare l'accordo, terzo rispetto al già esistente modello generale di contratto e al più recente paradigma di contratto tra professionista e consumatore: il c.d. "contratto con asimmetria di potere contrattuale", in cui rientrerebbero tutti i negozi che registrano uno squilibrio soggettivo per così dire fisiologico, e non solo quelli conclusi tra professionisti e consumatori.

Tale ideale paradigma attribuirebbe «*al giudice un potere di controllo sull'equilibrio dell'accordo che va ben al di là delle tradizionali ipotesi codicistiche, connotate invece dallo stato di patologia congiunturale in cui viene concluso il negozio*», nell'ottica di accrescere sempre più la tutela della condizione intrinseca di debolezza di una parte negoziale rispetto all'altra<sup>299</sup>. Se è vero che l'identificazione della figura del consumatore quale soggetto contrattuale fisiologicamente debole è da attribuire all'epoca moderna, le problematiche che hanno condotto a tale riconoscimento giuridico e all'adozione di una speciale disciplina di riferimento in materia esistono invece da tempi storicamente imprecisabili: la tematica dell'asimmetria di forza negoziale tra i contraenti è infatti ontologicamente connessa allo sviluppo della prassi commerciale e intrinsecamente connaturata alle questioni di mercato.

Non sembra destare meraviglia, allora, il rilievo che una simile *ratio* di protezione speciale di categoria stesse già a fondamento dell'adozione della disciplina edilizia in tema di garanzia per vizi nelle compravendite di mercato,

---

<sup>299</sup> Così S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 165 ss.; per approfondimenti, si vedano anche V. ROPPO, *Behavioural Law and Economics, regolazione del mercato e sistema dei contratti* in *Riv. dir. priv.*, 2013, 167 ss.; ID., *Ancora sul contratto asimmetrico e terzo contratto. Le coordinate del dibattito con qualche elemento di novità* in (a cura di G. ALPA – V. ROPPO) *La vocazione del giurista. Saggi dedicati a S. Rodotà*, Roma – Bari, 2013, 178 ss.

come si è ritenuto di poter affermare tirando le fila della parte romanistica di questo lavoro.

Abbiamo osservato, infatti, che in tali particolari transazioni, a causa della forte posizione commerciale assunta dai *venaliciarii* nei mercati romani, si registra una chiara asimmetria di potere negoziale tra il professionista-venditore e il consumatore-compratore.

Difatti, quel che qualifica le compravendite di *mancipia* come speciali e permette di distinguere queste ultime dalle compravendite generali di *ius civile*, non è tanto l'oggetto, e quindi il bene compravenduto, ma piuttosto lo squilibrio tra la forza negoziale dei soggetti che le pongono in essere.

Ebbene, la più alta manifestazione di tale asimmetria si riscontra, in tale tipologia contrattuale, nell'ambito della responsabilità per vizi cui è tenuto il venditore, dal momento che proprio in relazione alla qualità della cosa compravenduta si registrano i più grossi inganni e le più grandi truffe perpetrate dai *venaliciarii* nei confronti degli acquirenti di schiavi.

Pertanto, l'intervento edittale-giurisprudenziale di cui si è detto si pone come un preciso correttivo alla condizione di squilibrio economico e giuridico che ne deriva, attraverso la creazione -anche in questo caso- di un esclusivo canale di tutela giurisdizionale del soggetto negoziale debole che fornisca a quest'ultimo la forza contrattuale necessaria a garantire l'esecuzione del negozio in condizioni di perfetta equità, o a rendere il negozio sperequato inefficace, qualora ciò non sia possibile.

Questa speciale tutela predisposta nei confronti della parte negoziale debole si estrinseca infatti, come abbiamo visto, nell'esperimento di due azioni giurisdizionali, l'*actio redhibitoria* o *aestimatoria/ quanti minoris*, rispettivamente volte all'annullamento degli effetti giuridici della compravendita e alla restituzione della somma versata in eccedenza in rapporto al vizio taciuto e successivamente scoperto.

Al di là del fatto che tale disciplina si ponga, in definitiva, quale alternativa rispetto all'ordinario rimedio previsto dal *ius civile* per la compravendita in generale -l'*actio empti* (volto, al più, al risarcimento del danno)- oppure si cumuli a quest'ultimo, ci sembra indubitabile che essa costituisca uno strumento sapientemente creato dalla magistratura romana per soddisfare esigenze di "giustizia contrattuale".

Ciò posto, dal momento che il commercio di *mancipia* diventa, in età preclassica, talmente diffuso da interessare tutti i settori dell'economia romana e che, di conseguenza, i commercianti di schiavi assumono un potere negoziale sempre più forte nel gioco del mercato, riteniamo di poter affermare che, in riferimento almeno a tale epoca della storia romana, tali tipologie di compravendite finiscono per incarnare il prototipo del contratto sperequato, in cui si confrontano -da un lato- un *negotiator* e -dall'altro- un semplice *cives*.

Per tali ragioni non ci sembra irragionevole affermare che la struttura del contratto di compravendita di *mancipia*, caratterizzata dallo squilibrio di forza negoziale tra i contraenti, sia sostanzialmente assimilabile alla struttura che oggi, in età moderna, individua le compravendite aventi ad oggetto beni di consumo: infatti anche queste ultime risultano qualificate dalla disomogeneità di forza negoziale delle parti, pendente a sfavore del consumatore.

Ora, se si restringe il campo di ricerca alle vendite dei beni di consumo, si osserverà che anche a livello sovranazionale, con particolare riferimento alla materia della garanzia per vizi, coesistono, in relazione a ciascun ordinamento municipale, due diversi canali di protezione del contraente debole: i rimedi codicistici, propri della tradizione giuridica comune, da un lato; quelli sovranazionali imposti dalle direttive e attuati secondo le diverse modalità previste dall'ordinamento interno, dall'altro.

Ciò, almeno fino a quando non si procederà a una definitiva armonizzazione della disciplina che possa offrire al consumatore un'unica e più rafforzata tutela giurisdizionale a livello europeo, come di recente si auspica.

Pertanto, lasciando da parte per adesso la riflessione sul sistema romanistico, la nostra indagine proseguirà con la comparazione della normativa italiana e spagnola in materia di garanzia per vizi, con particolare riferimento alle modalità di attuazione interne della legislazione europea in materia e ai problemi di coordinamento con le fonti interne che ne discendono, allo scopo di verificare se il ricorso allo strumento legislativo della direttiva abbia prodotto in concreto quell'uniformazione di tutela cui le Istituzioni tendono o se, al contrario, s'imponga un ripensamento di metodo.

Una precisazione ci pare ancora necessaria: si è scelto di comparare proprio l'ordinamento italiano e quello spagnolo, da un lato, per innegabili ragioni

personali, stante la nazionalità di chi scrive e in relazione anche ad un periodo di studio svolto in Spagna presso le più importanti biblioteche madrileñe; dall'altro, perché, da un punto di vista più oggettivo, attraverso lo studio delle fonti e della letteratura, ci si è resi conto che nonostante alcune differenze che nel prosieguo tenteremo di illustrare, entrambi i Paesi dell'Unione europea hanno scelto la strada del recepimento più o meno pedissequo della direttiva 99/44/CE<sup>300</sup>, normativa europea di riferimento in materia di garanzie dei beni di consumo.

Al contrario, invece, in Paesi come Germania, Francia e Austria, l'adozione di tale direttiva ha fornito solo lo spunto per il ripensamento dell'intera normativa sul contratto di compravendita, al punto da estendere l'ambito di applicazione delle soluzioni in essa adottate al regime della compravendita in generale; in Gran Bretagna, ancora, si è preferito dare attuazione alla predetta direttiva introducendo le nuove disposizioni nel quadro della legislazione nazionale preesistente, più precisamente attraverso il ricorso alla tecnica dell'integrazione della normativa interna mediante innesto<sup>301</sup>.

Tutto ciò ha contribuito, in definitiva, a produrre una frammentazione delle norme di riferimento in materia nello scenario europeo, la cui eterogeneità pone oggi al giurista municipale problemi di coordinamento di non poco conto.

## *2. La legislazione europea in materia di garanzia per vizi nella compravendita dei beni di consumo.*

La disciplina europea della garanzia per vizi nella vendita dei beni di consumo ruota attorno alla direttiva 99/44/CE, adottata dal Parlamento e dal Consiglio europeo il 25 maggio del 1999, su «*taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo*».

---

<sup>300</sup> Per il testo della direttiva, cfr. G.U. L 171 del 07.07.1999, 12–16. La bibliografia in materia è davvero estesa: si rimanda, principalmente, a G. DE CRISTOFARO, voce *Vendita (vendita di beni di consumo)* in *Enc. Giur. Treccani*, XII, Aggiornamento, Roma, 2004; ID., *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, Padova, 2000, 1 ss.

<sup>301</sup> Cfr. S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 295 ss.

Essa, insieme alla direttiva 93/13/CE concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori<sup>302</sup>, è stata recentemente modificata dalla direttiva 2011/83/UE adottata dal Parlamento e dal Consiglio europeo il 25 ottobre 2011 in materia di diritti dei consumatori<sup>303</sup>.

Ebbene, la direttiva 99/44/CE non disciplina in maniera organica la materia della vendita dei beni di consumo, occupandosi esclusivamente di alcuni aspetti di quest'ultima e fornendo, in particolare, una regolamentazione sui vizi occulti e sull'assenza di qualità del bene oggetto di compravendita attraverso il congegno di specifici mezzi processuali a tutela del consumatore. Si presenta, dunque, come «*un tipico prodotto della tecnica rimediale*<sup>304</sup>» adottata dal legislatore europeo in alternativa alla più dogmatica tecnica di riqualificazione giuridica della posizione contrattuale del professionista-venditore in termini di obbligazione ovvero in termini di garanzia, sulle cui opportunità di scelta a lungo si è discusso in ambito sovranazionale.

Inoltre, poiché tale normativa interviene -come dicevamo- solo su alcuni aspetti della materia e non in maniera complessiva, costituisce una legislazione dal carattere speciale, ponendo all'interprete municipale il problema di ricostruire il quadro della disciplina; questione risolvibile facendo ricorso, per quanto non espressamente previsto dalla direttiva *de quo*, alle disposizioni di diritto interno, sempre che queste ultime siano compatibili con le disposizioni di carattere speciale<sup>305</sup>.

In particolare, la norma di chiusura di cui all'art. 8 della direttiva, rubricata nella versione italiana “*Diritto nazionale e protezione minima*”, specifica che: «*1. L'esercizio dei diritti riconosciuti dalla presente direttiva lascia impregiudicato l'esercizio di altri diritti di cui il consumatore può avvalersi in forza delle norme nazionali relative alla responsabilità contrattuale o extracontrattuale.*

---

<sup>302</sup> Per il testo della direttiva, cfr. G. U. L 95 del 21.04.1993, 29-34. Per un'indagine comparatistica sulle clausole abusive, si veda, per tutti, G. SMORTO, *Clausole abusive e diritti dei consumatori: raffronti comparatistici*, Padova, 2001, 1 ss.

<sup>303</sup> Per il testo della direttiva, cfr. G.U. L 304 del 22.11.2011, 64-88.

<sup>304</sup> Così S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 296; si veda anche bibliografia citata in nota.

<sup>305</sup> Cfr. A. LUMINOSO, *La compravendita*<sup>6</sup>, Torino, 2009, 320 ss.

2. *Gli Stati membri possono adottare o mantenere in vigore, nel settore disciplinato dalla presente direttiva, disposizioni più rigorose, compatibili con il trattato, per garantire un livello più elevato di tutela del consumatore».*

A ben guardare però, il disposto appena richiamato sembra occuparsi, più che del coordinamento delle fonti europee e nazionali in materia, del riconoscimento in capo al consumatore del diritto di avvalersi della tutela interna, qualora quest'ultima offra al soggetto debole standard di protezione più elevati<sup>306</sup>.

Ed infatti, obiettivo della direttiva è quello di operare un intervento di armonizzazione minimo, ravvicinando le legislazioni nazionali sulla questione che più ha dato adito a scontri tra venditore e compratore a livello sovranazionale, e cioè sulla non conformità dei beni a quanto stabilito nel contratto, senza intervenire sulle disposizioni e sui principi delle legislazioni nazionali relativi alla responsabilità contrattuale ed extracontrattuale<sup>307</sup>; nella convinzione che la creazione di una tutela minima comune del soggetto debole rafforzi già la fiducia dei consumatori e permetta loro di trarre il massimo profitto dal mercato interno.

Tuttavia le difficoltà di coordinamento tra legislazione europea e norme di diritto interno -da un lato- e la disomogeneità di tale disciplina in ambito sovranazionale -dall'altro- (quest'ultima derivante dalle differenti modalità di attuazione del testo adottate dai singoli Stati membri), hanno prodotto una tale frammentazione delle fonti cui ricorrere e, consequenzialmente, una tale incertezza, da determinare un'inversione di tendenza degli obiettivi europei da perseguire e degli strumenti cui fare ricorso per portarli a compimento.

Così nel 2008 il Parlamento e il Consiglio europeo hanno proposto l'emanazione di una nuova direttiva in materia di diritti dei consumatori, improntata, questa volta, ad obiettivi di armonizzazione massima e fondata altresì sull'idea dell'inderogabilità della normativa in questione.

Tuttavia l'adozione di tale testo è stata ostacolata dalla Commissione europea che, appena due anni dopo, in relazione al più ampio obiettivo di costruzione di un diritto privato europeo, ma con inevitabili refluenze sulla materia che

---

<sup>306</sup> Della stessa opinione S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 298.

<sup>307</sup> Cfr. considerando n. 5, direttiva 99/44/CE.

qui ci occupa, ha riaperto il dibattito sui possibili strumenti da adottare, specificando che nonostante l'idea di un Codice europeo dei contratti debba ritenersi "suggestiva" e certamente "da privilegiare", tuttavia "l'impatto (di quest'ultimo) nella vita economica e sociale dei cittadini sarebbe eccessivo, sia pure se dilatato nel tempo, e tale da portare ad un ulteriore allontanamento dall'ideale europeo". Pertanto la Commissione ha ritenuto di aderire all'idea dell'introduzione di un diritto contrattuale facoltativo, auspicando tuttavia una futura obbligatorietà dello stesso.

Senonché nel 2011 si registra un ritorno al vecchio *trend* con l'emanazione della già citata direttiva 2011/83/UE in materia dei diritti dei consumatori, volta a sostituire, unificandole, le precedenti direttive 93/13/CE e 99/44/CE. In quest'occasione, infatti, le Istituzioni europee precisano che l'obiettivo perseguito è quello di fornire, attraverso un'armonizzazione massima (mediante, cioè, un ravvicinamento delle legislazioni nazionali che si estenda all'intera materia), un livello elevato di tutela dei consumatori (art. 1), rimuovendo le incoerenze e colmando le lacune indesiderate che discendono dall'applicazione della pregressa normativa (considerando n.2).

Tuttavia, la ritrovata tendenza all'armonizzazione massima e all'adozione di uno strumento cogente si è rivelata un «*sussulto*<sup>308</sup>» del tutto momentaneo, posto che, nello stesso anno, il Parlamento e la Commissione hanno proposto l'adozione di un nuovo Regolamento sul diritto comune europeo della vendita (CESL)<sup>309</sup>, orientato, questa volta, ad «*un'armonizzazione superminima*» e all'adozione di uno «*strumento opzionale a disposizione delle parti contrattuali, consentendo loro la deroga consensuale al diritto internazionale privato e l'adozione in sua vece di una disciplina uniforme ed incomparabilmente più protettiva per la parte debole*»<sup>310</sup>.

Inoltre, si deve dare atto che nel 2015 il Parlamento e il Consiglio europeo hanno avanzato la proposta di emanare una nuova direttiva relativa a determinati aspetti dei contratti di vendita online e di altri tipi di vendita a

---

<sup>308</sup> Così S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 298. Per ulteriori approfondimenti, si richiama la bibliografia *ivi* citata, in particolare, nt. 599.

<sup>309</sup> Per il testo, cfr. COM(2011) 635 definitivo in [www.europarl.europa.eu](http://www.europarl.europa.eu).

<sup>310</sup> Così S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 299.



distanza di beni, che, qualora adottata, inciderà anche in materia di vendita dei beni di consumo<sup>311</sup>.

Le frenetiche oscillazioni che fin qui si sono registrate lasciano ben presagire nuovi ripensamenti e possibili ulteriori cambi di rotta.

In ogni caso, in quest'altalena d'interventi normativi e progetti mai portati a compimento, l'unica certezza legislativa cui fare riferimento in materia di garanzia per vizi nella vendita dei beni di consumo è la direttiva 99/44/CE, anche perché le modifiche a quest'ultima apportate dalla richiamata direttiva 2011/83/UE hanno inciso su aspetti del tutto secondari<sup>312</sup> e comunque non pertinenti ai nostri obiettivi.

---

<sup>311</sup> Per il testo, cfr. COM(2015) 635 final in [www.ec.europa.eu](http://www.ec.europa.eu).

<sup>312</sup> Cfr. S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 298-299.

## CAPITOLO II

### L'EQUILIBRIO SOGGETTIVO DELLE PARTI NELLA DISCIPLINA SULLA GARANZIA PER VIZI NELLA COMPRAVENDITA DEI BENI DI CONSUMO IN ITALIA

#### 1. *La recezione della direttiva 99/44/CE su «taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo» nell'ordinamento giuridico italiano.*

All'indomani dell'emanazione della direttiva 99/44/CE su «*taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo*», in Italia, così come negli altri Paesi europei chiamati a dare attuazione alla direttiva, è iniziato il dibattito sulle modalità di recezione.

Nonostante la dottrina puntasse sull'opportunità di una revisione dell'intera disciplina della vendita in generale volta ad aggiornare le prescrizioni normative del codice civile del 1942 in materia (riforma che, invece, è stata portata avanti in Germania, Francia e Austria), si è preferito procedere ad una trasposizione della normativa europea all'interno del codice civile<sup>313</sup>, riproponendo una tecnica che era già stata utilizzata in occasione dell'attuazione della direttiva 93/13/CE in materia di clausole abusive e nella convinzione –forse- che ciò avrebbe consentito di rispettare il termine di adeguamento interno previsto dalla direttiva (01 gennaio del 2002).

Così, con il d.lgs. n. 24 del 2 febbraio del 2002, entrato poi in vigore il 23 marzo 2002<sup>314</sup> (adottato comunque dopo la scadenza prevista nel testo della direttiva europea), il legislatore italiano ha introdotto il nuovo paragrafo 1-bis

---

<sup>313</sup> Cfr. A. LUMINOSO, *Appunti per l'attuazione della direttiva 1999/44/CE e per la revisione della garanzia per vizi nella vendita*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2001, 95 ss.; ID., *La compravendita*<sup>6</sup>, cit., 315 ss.; AA. V.V., *L'attuazione della direttiva 99/44/CE in Italia e in Europa*, in *Atti del Convegno internazionale dedicato alla memoria di Alberto Trabucchi*, Padova, 14 – 15 settembre 2001, 3 ss.

<sup>314</sup> Sui lavori preparatori del d. lgs. n. 24/02 cfr. G. DE NOVA, *La ricezione della direttiva sulle garanzie nella vendita di beni di consumo: vincoli, ambito di applicazione, difetto di conformità* in *Riv. dir. priv.*, 2001, 759 ss.

sulla vendita dei beni di consumo (artt. 1519*bis*-1519*nonies*), ricorrendo alla tecnica della novella legislativa.

Da un punto di vista topografico, poi, tale paragrafo è stato inserito all'interno della normativa sulla vendita in generale, e, precisamente, nella sezione che si occupa della vendita di cose mobili: scelta che il legislatore potrebbe aver compiuto proprio allo scopo di evidenziare che tale categoria contrattuale va intesa, nel nostro ordinamento giuridico, come «*sottotipo*» o «*variante*» della vendita o, ancora, come «*vendita speciale*»<sup>315</sup>; e che, di riflesso, la regolamentazione normativa di tale categoria costituisce legge speciale.

Anche la successiva trasposizione delle norme di cui sopra negli artt. 128-135 del codice di consumo, adottato nel nostro ordinamento con d. lgs. n. 206 del 2005, non ha prodotto quella razionalizzazione di disciplina che, per la verità, sembrava aver animato il progetto di stesura del codice stesso, allo scopo di unificare non solo la materia della vendita dei beni di consumo ma, più in generale, l'intero ambito consumeristico.

Anzi l'adozione del codice del consumo rappresenta ancor più efficacemente, da un punto di vista formale, l'esistenza di un doppio canale di tutela in favore del consumatore-compratore, con cui l'interprete municipale si trova in definitiva a doversi confrontare nel tentativo di apprestare la migliore tutela per il caso concreto.

Posto dunque il carattere di specialità della legislazione europea, il coordinamento tra le norme sovranazionali e quelle di diritto interno sembra doversi risolvere secondo tale regola: se si tratta di aspetti specificamente disciplinati dalla normativa europea, si applica quest'ultima; al contrario, se si tratta di aspetti esclusi dall'ambito della novella, devono ritenersi applicabili le disposizioni codicistiche nazionali, in via sussidiaria, in forza del principio di specialità.

Tuttavia, la recezione dell'art. 8 della direttiva prima richiamato, trasposto tanto nel d. lgs. n. 24/2002, tanto nel primo comma dell'art. 135 cod. cons.,

---

<sup>315</sup> Sul punto si veda A. LUMINOSO, *La compravendita*<sup>6</sup>, cit., 320 ss.; R. ALESSI, *L'attuazione della direttiva nel diritto italiano: il dibattito e la sua impasse* in (a cura di R. ALESSI) *La vendita di beni di consumo*, Milano, 2005, 3 ss., con particolare attenzione alla nt. 21.

con una nuova formulazione<sup>316</sup>, ha richiamato nel nostro ordinamento la deroga che a tale principio era stata posta in sede sovranazionale: ed infatti se è vero che nell'ipotesi in cui un determinato aspetto è disciplinato dalla direttiva, di regola, le norme di derivazione europea prevalgono su quelle codicistiche, queste ultime sono tuttavia destinate a prevalere quando assicurano una migliore tutela per il consumatore.

Senonché, a complicare lo scenario appena delineato, si inserisce il secondo comma dell'art. 135 cod. cons., norma che non figurava nel d. lgs. n. 24/2002 ma che è stata aggiunta in sede di redazione del codice di consumo, precisando che *«per quanto non previsto dal presente titolo, si applicano le disposizioni del codice civile in tema di contratto di vendita»*.

Qualche interprete ha inteso questa disposizione nel senso che il ricorso alle altre norme dell'ordinamento giuridico sarebbe ammesso solo in caso di aspetti non trattati dalla direttiva<sup>317</sup>, in contraddizione con i criteri di coordinamento delle fonti fin qui delineati (e precisamente, con la deroga di cui abbiamo appena riferito).

Tuttavia la dottrina dominante ritiene che tale interpretazione non sia del tutto persuasiva, depotenziando di fatto la regola di cui al primo comma dello stesso art. 135 cod. cons., norma peraltro già presente nella direttiva europea (al contrario di quella di cui al secondo comma), e come tale in ogni caso prevalente sulle norme interne<sup>318</sup>.

Pertanto si deve ritenere che il ricorso alle norme codicistiche sia ammesso non solo nel caso di lacuna della legislazione europea, ma anche qualora quest'ultima si sia pronunciata in materia, se le disposizioni municipali assicurano una tutela più rafforzata per il soggetto debole.

---

<sup>316</sup> Ed infatti, se l'art. 8 della direttiva 99/44/CE recita *«1. L'esercizio dei diritti riconosciuti dalla presente direttiva lascia impregiudicato l'esercizio di altri diritti di cui il consumatore può avvalersi in forza delle norme nazionali relative alla responsabilità contrattuale o extracontrattuale. 2. Gli Stati membri possono adottare o mantenere in vigore, nel settore disciplinato dalla presente direttiva, disposizioni più rigorose, compatibili con il trattato, per garantire un livello più elevato di tutela del consumatore»*; nel primo comma dell'art. 135 cod. cons. si legge invece: *«Le disposizioni del presente capo non escludono né limitano i diritti che sono attribuiti al consumatore da altre norme dell'ordinamento giuridico»*.

<sup>317</sup> Cfr. G. DE CRISTOFARO, *Il «codice del consumo»: un'occasione perduta?* in *Studium iuris*, 2005, 1146.

<sup>318</sup> Cfr. A. LUMINOSO, *La compravendita*<sup>6</sup>, cit., 324.

2. *La speciale protezione riservata al consumatore italiano dalla disciplina di derivazione europea.*

La materia della vendita dei beni di consumo s'identifica in base a due differenti criteri, l'uno soggettivo, l'altro oggettivo: interessa, infatti, rapporti contrattuali conclusi tra professionisti e consumatori che abbiano per oggetto un bene mobile di consumo.

Più precisamente, dal punto di vista soggettivo, con il termine "professionista" il legislatore intende riferirsi a qualsiasi persona fisica o giuridica, pubblica o privata, che trasferisca beni mobili di consumo nell'ambito della propria attività imprenditoriale o professionale, secondo il disposto di cui all'art. 128, co. II lett. b) cod. cons.; dal momento che invece non si rinviene, nella disciplina sulla vendita di beni di consumo, alcuna definizione di "consumatore", quest'ultima va ricavata dall'art. 3 lett. a) e c) dello stesso codice, in cui è precisato che per "consumatore" o "utente" deve intendersi qualsiasi persona fisica che agisca per fini estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta.

Dal punto di vista oggettivo, poi, i contratti che interessano tale materia sono, oltre a quello di compravendita, tutti i contratti finalizzati alla fornitura dei beni di consumo, così come precisa l'art. 128, co. I cod. cons., tra cui, specificamente, anche permuta, somministrazione, appalto e opera. A seguire, nel secondo comma dello stesso articolo, lett. a), il legislatore stabilisce che per bene di consumo deve intendersi qualsiasi bene mobile, anche da assemblare<sup>319</sup>, eccetto i beni oggetto di vendita forzata, l'acqua, il gas e l'energia elettrica<sup>320</sup>.

---

<sup>319</sup> Con ciò l'Italia ha aperto la strada all'allargamento dell'ambito di applicazione della disciplina della vendita dei beni di consumo anche alle opere dell'ingegno e ai prodotti informatici. Sul punto cfr. S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 308; E. CORSO, *Della vendita dei beni di consumo*, Comm. Scialoja-Branca, Bologna – Roma, 2005, 327.

<sup>320</sup> Sull'ambito di delimitazione della disciplina, cfr. S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 307-308; A. LUMINOSO, *La compravendita*<sup>6</sup>, cit., 317 ss.;

Quel che identifica tale sottotipo di vendita o vendita speciale -che dir si voglia-, non è dunque una particolare e unitaria categoria di beni ma, piuttosto, la qualità dei soggetti contraenti: costituisce “bene di consumo” infatti qualsivoglia tipologia di bene, se acquistato da un consumatore<sup>321</sup>.

Di conseguenza, quel che rileva ai fini dell’applicazione della disciplina non è tanto la causa di scambio inteso come scambio in senso giuridico di cosa contro prezzo, tipica della compravendita; ma, piuttosto, la causa di consumo, e cioè lo scambio in senso economico che avviene tra il produttore e il consumatore, che si realizza solo quando il consumatore avrà acquisito l’utilità attesa<sup>322</sup>.

Il consumatore dunque, dal momento che la legge lo riconosce quale soggetto meritevole di maggiore tutela nella transazioni commerciali in cui interviene un professionista, è il destinatario di tale speciale disciplina, e la *ratio* di quest’ultima è fondata sulla speciale tutela di tale figura negoziale.

In particolare, la materia su cui il legislatore europeo è intervenuto più efficacemente è quella della responsabilità o garanzia per vizi, ambito in cui storicamente –come abbiamo osservato anche in riferimento all’esperienza giuridica romana- si manifesta il più alto livello di squilibrio di forza negoziale tra i suddetti contraenti, dal momento che una verifica effettiva del consumatore sulle qualità della cosa oggetto di compravendita può essere operata solo dopo l’esecuzione del contratto.

La prima e più importante novità introdotta dalla direttiva in materia consiste nell’adozione della nozione del “difetto di conformità al contratto<sup>323</sup>”,

---

<sup>321</sup> Così A. LUMINOSO, *La compravendita*<sup>6</sup>, cit., 318. Nello stesso senso, cfr. anche R. ALESSI, *L’attuazione della direttiva nel diritto italiano: il dibattito e la sua impasse*, cit., 11 ss.; *contra* invece, S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 309: «Non persuade allora la conclusione secondo cui la qualificazione dell’oggetto del contratto come bene di consumo dipende in ultima istanza dal criterio soggettivo rappresentato dalla veste di consumatore propria dell’acquirente, giacché la qualifica di consumatore ha in sé solo in parte una coloritura soggettiva legata allo stato di debolezza sociale e non si atteggia, dunque, a categoria ontologica in quanto tale applicabile solo a coloro che non possiedono lo status di imprenditori o professionisti».

<sup>322</sup> Cfr. R. ALESSI, *L’attuazione della direttiva nel diritto italiano: il dibattito e la sua impasse*, cit., 11-12.

<sup>323</sup> La nozione di difetto di conformità si ricava dall’art. 129 co. II cod. cons.: «Si presume che i beni di consumo siano conformi al contratto se, ove pertinenti, coesistono le seguenti circostanze:  
a) sono idonei all’uso al quale servono abitualmente beni dello stesso tipo;

categoria concettuale unitaria in cui vengono racchiuse tutte le diverse tipologie di vizi e difetti tradizionalmente presi in considerazione dall'ordinamento nazionale italiano (vizi, mancanza di qualità essenziali, mancanza di qualità promesse e *aliud pro alio datum*<sup>324</sup>).

Ora, in caso di difetto di conformità del bene acquistato, la disciplina di derivazione europea aggiunge agli usuali rimedi codicistici della riduzione del prezzo e della risoluzione del contratto (c.d. azioni edilizie, che derivano da quelle romanistiche studiate nella prima parte di questo lavoro), due innovativi rimedi volti al ripristino della conformità del bene compravenduto, la riparazione e la sostituzione, predisponendo «*un sistema articolato di mezzi (...) scandito dalla duplicità dei fini (attuazione, ovvero rimozione/modifica del risultato traslativo) e dalla molteplicità delle tecniche a ciò deputate (riparazione o sostituzione, da un lato, risoluzione o riduzione del prezzo, dall'altro)*<sup>325</sup>».

Sebbene il dettato dell'art. 130 cod. cons. sembrerebbe, *prima facie*, rimettere la scelta dei rimedi alla libera determinazione del consumatore (co. III: «*Il consumatore può chiedere, a sua scelta, al venditore di riparare il bene o di sostituirlo*»; co. VII: «*Il consumatore può richiedere, a sua scelta, una congrua riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto*»), ad una più attenta lettura si osserva che il legislatore europeo ha voluto stabilire una precisa gerarchia nell'esperibilità delle suddette azioni: ed infatti il compratore-consumatore, qualora scopra un difetto nella conformità del bene,

---

*b) sono conformi alla descrizione fatta dal venditore e possiedono le qualità del bene che il venditore ha presentato al consumatore come campione o modello;*

*c) presentano la qualità e le prestazioni abituali di un bene dello stesso tipo, che il consumatore può ragionevolmente aspettarsi, tenuto conto della natura del bene e, se del caso, delle dichiarazioni pubbliche sulle caratteristiche specifiche dei beni fatte al riguardo dal venditore, dal produttore o dal suo agente o rappresentante, in particolare nella pubblicità o sull'etichettatura;*

*d) sono altresì idonei all'uso particolare voluto dal consumatore e che sia stato da questi portato a conoscenza del venditore al momento della conclusione del contratto e che il venditore abbia accettato anche per fatti concludenti».*

Per approfondimenti, cfr. per tutti S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 315 ss.; A. LUMINOSO, *La compravendita*<sup>6</sup>, cit., 325 ss.

<sup>324</sup> In dottrina è discusso se l'*aliud pro alio datum* rientri o meno nella nozione di "difetto di conformità"; per approfondimenti, cfr. A. LUMINOSO, *La compravendita*<sup>6</sup>, cit., 209, e bibliografia *ivi* citata, nt. 4.

<sup>325</sup> Così G. AMADIO, *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche* in Riv. dir. civ., I, 2001, 901.

non può chiedere al venditore-professionista, almeno in prima battuta, la riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto, ma può soltanto optare per il ripristino di tale conformità attraverso la riparazione o la sostituzione dell'oggetto, scegliendo liberamente tra queste due alternative, a meno che una delle due o entrambe non siano oggettivamente impossibili o eccessivamente onerose da eseguire per controparte, oppure il venditore non abbia già provveduto al ripristino entro un congruo termine, o ancora il ripristino della conformità del bene abbia arrecato notevoli inconvenienti al consumatore<sup>326</sup>, nel qual caso quest'ultimo può avvalersi direttamente dei rimedi tradizionali.

---

<sup>326</sup> Art. 130, cod. cons.: «1. Il venditore è responsabile nei confronti del consumatore per qualsiasi difetto di conformità esistente al momento della consegna del bene.  
2. In caso di difetto di conformità, il consumatore ha diritto al ripristino, senza spese, della conformità del bene mediante riparazione o sostituzione, a norma dei commi 3, 4, 5 e 6, ovvero ad una riduzione adeguata del prezzo o alla risoluzione del contratto, conformemente ai commi 7, 8 e 9.  
3. Il consumatore può chiedere, a sua scelta, al venditore di riparare il bene o di sostituirlo, senza spese in entrambi i casi, salvo che il rimedio richiesto sia oggettivamente impossibile o eccessivamente oneroso rispetto all'altro.  
4. Ai fini di cui al comma 3 è da considerare eccessivamente oneroso uno dei due rimedi se impone al venditore spese irragionevoli in confronto all'altro, tenendo conto:  
a) del valore che il bene avrebbe se non vi fosse difetto di conformità;  
b) dell'entità del difetto di conformità;  
c) dell'eventualità che il rimedio alternativo possa essere esperito senza notevoli inconvenienti per il consumatore.  
5. Le riparazioni o le sostituzioni devono essere effettuate entro un congruo termine dalla richiesta e non devono arrecare notevoli inconvenienti al consumatore, tenendo conto della natura del bene e dello scopo per il quale il consumatore ha acquistato il bene.  
6. Le spese di cui ai commi 2 e 3 si riferiscono ai costi indispensabili per rendere conformi i beni, in particolare modo con riferimento alle spese effettuate per la spedizione, per la mano d'opera e per i materiali.  
7. Il consumatore può richiedere, a sua scelta, una congrua riduzione del prezzo o la risoluzione del contratto ove ricorra una delle seguenti situazioni:  
a) la riparazione e la sostituzione sono impossibili o eccessivamente onerose;  
b) il venditore non ha provveduto alla riparazione o alla sostituzione del bene entro il termine congruo di cui al comma 5;  
c) la sostituzione o la riparazione precedentemente effettuata ha arrecato notevoli inconvenienti al consumatore.  
8. Nel determinare l'importo della riduzione o la somma da restituire si tiene conto dell'uso del bene.  
9. Dopo la denuncia del difetto di conformità, il venditore può offrire al consumatore qualsiasi altro rimedio disponibile, con i seguenti effetti:  
a) qualora il consumatore abbia già richiesto uno specifico rimedio, il venditore resta obbligato ad attuarlo, con le necessarie conseguenze in ordine alla decorrenza del termine congruo di cui al comma 5, salvo accettazione da parte del consumatore



Del resto, se il co. IX dell'art. 130 cod. cons., inserito in sede di recezione della direttiva attraverso il d. lgs. n. 24/2002, ammette una deroga al criterio gerarchico appena descritto, beneficiario di tale deroga risulta esclusivamente il venditore: *«dopo la denuncia del difetto di conformità, il venditore può offrire al consumatore qualsiasi altro rimedio disponibile»* (sempre che il consumatore non abbia già avanzato la richiesta di uno specifico rimedio e fatta salva, in ogni caso, la sua facoltà di rifiutare e di scegliere un altro rimedio).

*«In sintesi, le regole enunciate dalla norma in esame sono le seguenti: a) il venditore, dopo la denuncia del vizio, può offrire un qualsiasi rimedio al compratore; b) tale offerta non è però vincolante per il compratore; c) questi, se non aveva già scelto un rimedio, di fronte all'offerta del venditore ha l'onere o di accettare l'offerta o di respingerla indicando nel contempo un altro rimedio, con la conseguenza –sembrerebbe- che in caso di mancato rifiuto o di rifiuto generico si consolida la proposta del venditore (fermo restando che in caso di eventuale accordo tra le parti può sempre derogarsi all'ordine gerarchico previsto dalla legge); d) qualora invece il compratore avesse già fatto richiesta di un rimedio (in linea di principio, riparazione o sostituzione), il venditore resta vincolato a questa scelta, salvi diversi accordi tra le parti<sup>327</sup>».*

Pertanto, nonostante la finalità della direttiva sia dunque quella di contribuire a garantire un'elevata protezione dei consumatori (considerando n. 1) attraverso la creazione di un livello minimo uniforme di norme eque che disciplinano la vendita dei beni di consumo (considerando n. 2), queste ultime non sembrano volte, in concreto, a proteggere gli esclusivi interessi del soggetto debole.

Infatti, il sistema gerarchico appena descritto comporta -in sede applicativa- una compressione della tutela risolutoria del compratore, esclude

---

*del rimedio alternativo proposto;*

*b) qualora il consumatore non abbia già richiesto uno specifico rimedio, il consumatore deve accettare la proposta o respingerla scegliendo un altro rimedio ai sensi del presente articolo.*

*10. Un difetto di conformità di lieve entità per il quale non è stato possibile o è eccessivamente oneroso esperire i rimedi della riparazione o della sostituzione, non dà diritto alla risoluzione del contratto».*

<sup>327</sup> Così A. LUMINOSO, *La compravendita*<sup>6</sup>, cit., 354.

quest'ultimo dalla possibilità di promuovere un rimedio alternativo da attuare in concreto –rimessa al solo venditore- e, infine, non prevede alcun apparato coercitivo in grado di assicurare la realizzazione coattiva del rimedio del ripristino della conformità del bene al contratto<sup>328</sup>.

Piuttosto, le norme *de quo* sembrano invece tese a contemperare le esigenze di entrambi i contraenti, consumatore e professionista, nel quadro di una più generica protezione degli interessi di mercato, imponendo, attraverso il ripristino della conformità del bene come primo rimedio cui ricorrere, la conservazione e la manutenzione del contratto originariamente stipulato tra i soggetti e discostandosi di fatto dagli obiettivi di tutela del soggetto debole posti in sede europea.

### 3. *Aspetti problematici legati al coordinamento della disciplina europea e nazionale in materia di difetto di conformità del bene di consumo.*

I problemi di coordinamento tra le disposizioni di derivazione europea e quelle codicistiche, come dicevamo, trovano soluzione in base alla regola che prescrive la prevalenza della disciplina europea su quella nazionale, quando la materia è espressamente trattata nella direttiva, e, viceversa, la riviviscenza delle norme codicistiche, quando un determinato aspetto della materia non è disciplinato dal legislatore europeo.

Una deroga a questo principio di carattere generale è ammessa dal legislatore europeo qualora, nonostante la materia sia disciplinata dalla direttiva, le disposizioni di carattere interno offrano una migliore tutela per il consumatore.

Sebbene il quadro appena descritto fornisca un criterio di coordinamento molto chiaro, è in sede applicativa che emergono diversi problemi e che si

---

<sup>328</sup> Cfr. sul punto A. LUMINOSO, *La compravendita*<sup>6</sup>, cit., 317. Sulle contraddizioni della direttiva, cfr. anche G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, Padova, 2000, 22; M. BIN, *Per un dialogo con il futuro legislatore dell'attuazione: ripensare l'intera disciplina della non conformità dei beni nella vendita alla luce della direttiva comunitaria* in *Contr. impr./Europa*, 2000, 405; M. G. FALZONE CALVISI, *Garanzie legali nella vendita: quale riforma?* in *Contr. impr./Europa*, 2000, 448 ss.

evidenziano i limiti della modalità di attuazione adottata dal legislatore italiano in sede di ricezione della direttiva 99/44/CE.

Se è vero infatti che, come accennavamo, la dottrina maggioritaria oggi ritiene che «*il consumatore, nella sua (semplice) qualità di compratore, può far valere contro il venditore non solo –com'è naturale- rimedi (codicistici) diversi da quelli previsti dalla novella, ma anche gli stessi tipi di diritti da questa riconosciuti, qualora la normativa interna disciplini tali diritti in modo più favorevole per il consumatore*<sup>329</sup>», tuttavia il cumulo delle disposizioni ha posto numerosi interrogativi proprio sul piano pratico.

In primo luogo, dal momento che le azioni di riduzione del prezzo e di risoluzione sono rimedi previsti tanto dall'ordinamento sovranazionale, tanto da quello interno, ci si chiede se sia ammissibile, affinché il consumatore possa ricorrervi in prima battuta, rifarsi alle disposizioni codicistiche di cui agli artt. 1492 e ss. c.c. piuttosto che a quelle di cui agli artt. 130 e ss. cod. cons., eludendo quindi l'ordine gerarchico di esperibilità dei rimedi imposto dalla direttiva.

In relazione poi al termine prescrizione cui sono soggette le azioni edilizie, ci si domanda se possa trovare applicazione il termine ordinario di cui al combinato disposto degli artt. 1453 e 2946 c. c., in luogo del più breve termine previsto dalla disciplina di derivazione europea, all'art. 129 cod. cons.

Inoltre, suscita grande fermento in letteratura<sup>330</sup> il dibattito sulla possibilità di ammettere il consumatore alla tutela risarcitoria di cui all'art. 1494 c.c., posto

---

<sup>329</sup> Così A. LUMINOSO, *La compravendita*<sup>6</sup>, cit., 381.

<sup>330</sup> In particolare, le questioni sollevate in letteratura sulla pretesa risarcitoria attengono fondamentalmente a tre diversi aspetti: 1) determinazione della disciplina da applicare al rimedio risarcitorio e all'individuazione del criterio d'imputazione della responsabilità per danni su cui cfr. A. LUMINOSO, *La compravendita*<sup>6</sup>, cit., 382; R. FADDA, *La riparazione e la sostituzione del bene difettoso nella vendita (dal codice civile al codice del consumo)*, Napoli, 2007, 300 ss.; P. SIRENA, *Art. 135 (tutela in base ad altre disposizioni)* in (a cura di M. C. BIANCA) *La vendita dei beni di consumo* (artt. 128 – 135 del d. lgs. 6 settembre 2005 n. 206). Commentario, Padova, 2006, 390 ss.; G. PISCIOTTA, *Il risarcimento del danno* in (a cura di R. ALESSI) *La vendita dei beni di consumo*, Milano, 2005, 103 ss.; C. CASTRONOVO, *Il diritto di regresso del venditore finale nella tutela del consumatore*, in *Eur. dir. priv.*, 2004, 978 ss.; L. GAROFALO, in (a cura di L. GAROFALO, V. MANNINO, E. MOSCATI, P. M. VECCHI) *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, Padova, 2003, 716 ss.; A. ZACCARIA–G. DE CRISTOFARO, *La vendita dei beni di consumo*, Padova, 2002, 142-144; A. MANIACI, *Commento all'art. 1519-nonies* in (a cura di G. ALPA, G. DE NOVA e altri) *L'acquisto di beni di consumo*. D. lgs. 2 febbraio 2002 n. 24, Milano, 2002,

che non solo si tratta di un «*aspetto*» estraneo alla novella, ma, tra l'altro, di un «*rimedio intenzionalmente lasciato alla competenza normativa del Legislatore nazionale, ex art. 8.1 della direttiva e 135, co. 1 cod. cons.*»<sup>331</sup>».

Per tali ragioni, è diffuso in dottrina<sup>332</sup> il convincimento che la scelta operata dal legislatore italiano al momento dell'attuazione della direttiva costituisca la causa primaria cui riferire l'attuale «*frammentazione dei regimi della garanzia per vizi e la moltiplicazione degli statuti della responsabilità del venditore*».

Infatti, se la via della recezione della normativa di derivazione europea mediante novella del codice civile rappresentava sicuramente una strada più breve da perseguire –oltre che già praticata–, la sensazione è che si sia persa, in definitiva, la preziosa occasione di ridisegnare più compiutamente il quadro del sistema giuridico della compravendita dei beni di consumo in Italia, producendo, in luogo di maggiore chiarezza, ulteriore confusione.

---

105 ss.; 2) l'oggetto dell'azione di danni, se cioè essa possa essere esercitata non solo come rimedio integrativo rispetto alle azioni edilizie, ma anche in aggiunta a queste ultime, su cui cfr. A. LUMINOSO, *La compravendita*<sup>6</sup>, cit., 293-383, in particolare nt. 10; 3) termini di prescrizione e decadenza, su cui cfr. A. LUMINOSO, *La compravendita*<sup>6</sup>, cit., 384.

<sup>331</sup> Così A. LUMINOSO, *La compravendita*<sup>6</sup>, cit., 322.

<sup>332</sup> Così A. LUMINOSO, *La compravendita*<sup>6</sup>, cit., 212-213; ma si veda anche S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 306 che commenta l'attuazione della direttiva in Italia in questi termini: «*Il ricorso alla tecnica della novellazione non si è tradotto nell'auspicato sforzo di coordinamento delle nuove regole per lo meno con le disposizioni già disciplinanti le vendite di cose mobili. (...) Ne è emerso un regime della compravendita ad alto tasso di stratificazione e di frantumazione, costellato di aporie sistematiche e di incongruenze, frutto della pluralità di discipline in funzione ora della diversa tipologia dei beni oggetto del trasferimento, ora della particolare qualità soggettiva delle parti, ora del carattere interno o transnazionale del rapporto contrattuale*».

## CAPITOLO III

### L'EQUILIBRIO SOGGETTIVO DELLE PARTI NELLA DISCIPLINA SULLA GARANZIA PER VIZI NELLA COMPRAVENDITA DEI BENI DI CONSUMO IN SPAGNA

1. *La recezione della direttiva 99/44/CE su «taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo» nell'ordinamento giuridico spagnolo.*

Nell'ordinamento giuridico spagnolo il recepimento della direttiva 99/44/CE su «taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo» (d'ora in avanti, *DVGBC*) è stato compiuto attraverso l'adozione di una legge speciale, la ley n. 23 del 10 luglio 2003<sup>333</sup>, «*de garantías en la venta de bienes de consumo*» (o più semplicemente, *LGVBC*<sup>334</sup>), volta a trasporre le disposizioni di derivazione europea a livello interno.

Prima di addentrarci nell'analisi della stessa, oggetto del nostro studio, riportiamo una brillante osservazione di Sagasti, il quale rilevava già che: «[...] *si la voluntad del legislador comunitario era, ciertamente, la uniformidad de un régimen de tutela de los consumidores, la misma se*

---

<sup>333</sup> Si possono distinguere alcuni precisi momenti nell'*iter* parlamentario di promulgazione di detta legge, in relazione ai quali indichiamo anche i riferimenti normativi, per eventuali approfondimenti: 1- *El Proyecto de Ley* es calificado el 29-10-2002 [publicado en el Boletín del Congreso de los Diputados, BOCG, núm. A-117-1, 31-10-2002, 1-6]; 2.- *Debate de totalidad*: Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, DSCD, núm. 214-2002, de 12-12-2002, 10842-10851; 3.- *Aprobación por la Comisión con Competencia Legislativa Plena*: BOCG. Congreso de los Diputados, núm. A-117-15, de 20-5-2003; 4.- *Texto aprobado por el Senado*: BOCG. Senado, núm. II-128-f, de 24-6-2003, 47; *Enmiendas del Senado*: BOCG. Congreso de los Diputados, núm. A-117-16, de 25-6-2003, 73-87.

<sup>334</sup> La legge viene pubblicata nel BOE, núm. 165, de 11 de julio de 2003. Entra in vigore l'11 settembre del 2003; si stabilisce, nella Disposición Final Octava, che: «*La presente ley entrará en vigor a los dos meses de su publicación en el 'Boletín Oficial del Estado'*».

*hubiera alcanzado de un modo más pleno, y en técnica jurídica más preciso, mediante el instrumento jurídico del Reglamento, por cuanto que goza de alcance general, resulta obligatorio en todos sus elementos y es directamente aplicable en cada Estado miembro -art. 249, párrafo segundo, TCCE-»<sup>335</sup>.*

Ebbene, la *LGVBC* è stata adottata in adempimento del dovere di trasposizione imposto dall'art. 11 della sopra citata direttiva, la *DVGBC*.

Dobbiamo segnalare, tuttavia, che il termine di attuazione imposto dalla legislazione eurounitaria non è stato rispettato, poichè tale legge di trasposizione è stata emanata circa un anno e mezzo dopo la scadenza di detto termine<sup>336</sup>.

Il legislatore spagnolo ha utilizzato una tecnica, quella della trasposizione, che ha l'indiscutibile vantaggio di replicare fedelmente il contenuto di un testo di derivazione europea, ma che al contempo presenta alcuni inconvenienti, imponendo ora la rinuncia ai concetti tradizionalmente presenti nell'ordinamento giuridico –spazzati via da quelli concepiti in sede sovranazionale-, ora rilevanti problemi di coordinamento tra le fonti europee e codicistiche<sup>337</sup>.

Prima di addentrarci in queste problematiche, ci pare opportuno soffermarsi sulle definizioni di alcune categorie: l'art. 1.2 della *LGVBC* richiama testualmente le definizioni di “venditore” e di “beni di consumo” contenute nella direttiva, oggetto di trasposizione agli artt. 1.2 c) e 1.2 b); a ben guardare, invece, la nozione di “consumatore” –e a differenza di quanto abbiamo osservato in riferimento al sistema giuridico italiano- non è stata introdotta, in tale ordinamento giuridico, dalle disposizioni di carattere sovranazionale, ma da una legge interna, costituendo quella del consumatore una categoria soggettiva già presente nella tradizione giuridica spagnola. Si tratta di un elemento che desta particolare meraviglia, almeno agli occhi di

---

<sup>335</sup> Così J. J. SAGASTI AURREKOETXEA, *El régimen de garantías en la venta de bienes de consumo* in *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 695, 2006, 994.

<sup>336</sup> Articolo 11, 1 della *DVGBC*: «*Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 1 de enero de 2002. Informarán inmediatamente de ello a la Comisión*».

<sup>337</sup> Cfr. sul punto I. QUINTANA, *L'attuazione della direttiva 1999/44 nell'ordinamento giuridico spagnolo* in (a cura di R. ALESSI) *La vendita di beni di consumo*, Milano, 2005, 287 ss.

scrive, se si considera, in relazione allo stesso arco temporale, il silenzio del legislatore italiano in materia<sup>338</sup>. Ed infatti, con l'adozione della legge n. 26 del 19 luglio 1984 «*general para la defensa de los consumidores y usuarios*» (o, più brevemente, *LGDCyU*), il legislatore spagnolo ha emanato una disciplina speciale a tutela del consumatore, mostrando già in tempi remoti una certa sensibilità per la tematica di un giusto equilibrio contrattuale. Pertanto, l'art. 1.3 della Legge n. 23/2003 definisce la categoria del "consumatore" attraverso la tecnica del rinvio espresso al disposto di cui ai paragrafi 2 e 3 dell'art. 1 della *LGDCyU*:

*«A los efectos de esta ley se consideran consumidores los definidos como tales en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios».*

Per completezza, si riporta poi il dettato normativo della *LGDCyU*, in cui si stabilisce:

*«A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden.*

*No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros».*

Dalla mera lettura di questi articoli si evince che il concetto di "consumidor" o "usuario" descrive una categoria più ampia di quella prevista dalla direttiva,

---

<sup>338</sup> Nell'ordinamento giuridico italiano il concetto di contratto del consumatore è stato introdotto solo dodici anni dopo, con la legge n. 52/1996 di attuazione della direttiva 93/13/CEE sulle clausole vessatorie che ha inserito sei nuovi articoli nel codice civile (artt. 1496*bis*-1496*sexies*).

in cui ci si riferisce solo alle “persone fisiche” e non già alle “persone giuridiche”.

Per vero, la necessità di fornire maggiore e più adeguata protezione al soggetto che si muove sul mercato per fini estranei alla propria attività imprenditoriale o professionale costituisce un principio generale su cui si fonda l'intero sistema giuridico spagnolo; ed infatti, già l'art. 51 della Costituzione, adottata il 27 dicembre del 1978, stabilisce che: «*Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. Asimismo promoverán su información y educación, fomentaran sus organizaciones y las oirán en las cuestiones que puedan afectarles*».

Pertanto la legge n. 26/84 «*general para la defensa de los consumidores y usuarios*» costituisce proprio uno degli strumenti attraverso cui il legislatore spagnolo ha dato concreta attuazione alle predette prescrizioni costituzionali. Sennonché, per tornare al nostro ambito di ricerca, in materia di vendita dei beni di consumo, la disciplina speciale di derivazione europea e i rimedi da essa previsti, contenuti nella ley n. 23/2003 «*de garantías en la venta de bienes de consumo*» cui prima accennavamo, convivono con le disposizioni generali sul «*saneamiento por los defectos o gravámenes ocultos de la cosa vendida*» di cui agli artt. 1.484–1.499 del codice civile (che in Spagna rimane ancora oggi formalmente distinto dal codice di commercio), tracciando, per il consumatore -come abbiamo osservato anche in rapporto all'ordinamento giuridico italiano- un doppio binario di tutela; inoltre, e questo contribuisce a complicare lo scenario forse ancor più che in Italia, assume una certa rilevanza in materia anche la ley n. 7 del 15 gennaio 1996, *de Ordenación del Comercio Minorista* (sulla c.d. vendita a dettaglio).

Com'è evidente, la stratificazione normativa che si è prodotta nel corso degli anni ha reso tortuoso il compito del giurista, ponendo numerosi interrogativi circa il coordinamento di fonti così variegate.

Ebbene, in linea con quanto abbiamo osservato nel capitolo precedente, anche il legislatore spagnolo ha sciolto tali nodi interpretativi basandosi sul principio di specialità e cioè stabilendo, in via generale, in materia di vendita dei beni di consumo, la prevalenza delle norme di derivazione europea -in



quanto speciali- su quelle codicistiche –dedicate al contratto di compravendita in generale-, nel caso in cui la fattispecie concreta verta su aspetti espressamente disciplinati a livello sovranazionale<sup>339</sup>.

Tuttavia, se in riferimento all'ordinamento italiano si ammette una deroga a questo principio generale, poiché anche nel caso di aspetti disciplinati dalla normativa di derivazione europea, le norme codicistiche prevalgono su queste ultime quando assicurano una migliore tutela per il consumatore (ex art. 135, co. I cod. cons.), così non sembra potersi concludere in rapporto al sistema spagnolo.

Infatti, la prima disposizione addizionale della *LGVBC*, stabilisce che: «*El ejercicio de las acciones que contempla esta ley derivadas de la falta de conformidad será incompatible con el ejercicio de las acciones derivadas del saneamiento por vicios ocultos de la compraventa*»; ciò nonostante, il riferimento all'incompatibilità dei regimi non è stato inteso allo stesso modo in letteratura.

Più precisamente, se la dottrina dominante ritiene che quest'ultima sia da riferire al diverso carattere delle disposizioni (speciali quelle di derivazione europea, generali quelle codicistiche), con la conseguenza che al consumatore sarebbe preclusa, in materia di vendita dei beni di consumo, la possibilità di ricorrere alle norme codicistiche (stante la specialità della materia, regolata solo dalle norme di derivazione europea), altri hanno creduto che l'incompatibilità di cui si discute in tale disposizione sia da riferire, piuttosto -e indipendentemente dal carattere delle norme- all'impossibilità di esercitare

---

<sup>339</sup> Sul punto, cfr. *Texto Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo* in *Boe.es - DOCUMENTO BOE-A-1984-16737*, in cui si legge: «*La norma de transposición tiene rango de Ley, dado que incide tanto en el régimen de los vicios de la compraventa, regulados en los artículos 1.484 y siguientes del Código Civil, como en la regulación de la garantía comercial que se recoge en los artículos 11 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y 12 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista. La modificación que se lleva a cabo implica crear un régimen específico aplicable a los contratos de compraventa civil de bienes de consumo celebrados entre los consumidores y los vendedores profesionales. El régimen de saneamiento de vicios ocultos del Código Civil permanece inalterado, siendo de aplicación a las compraventas civiles no comprendidas en el ámbito de la directiva. El régimen contenido en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista sigue siendo aplicable para regular los aspectos de la garantía comercial que no vienen recogidos en esta ley*».

i due canali di rimedi contemporaneamente, nel senso che questi ultimi, pur non essendo tra loro cumulabili, sono tuttavia rimessi alla libera scelta del consumatore che, nella più generica qualità di compratore, in definitiva, può ricorrere anche alle disposizioni sul risanamento dei vizi occulti del codice civile<sup>340</sup>.

Tuttavia, anche gli organi giurisdizionali competenti in materia hanno accolto l'opinione maggioritaria, che pertanto riteniamo preferibile<sup>341</sup>.

Da ciò dunque discenderebbe, a rigore, l'impossibilità per il consumatore acquirente di un bene di consumo di esperire l'azione di risarcimento del danno, rimedio tipicamente interno.

Senonché, nel rispetto della *ratio* della legislazione speciale che auspica, come più volte abbiamo ripetuto, il raggiungimento di un livello elevato di tutela del consumatore, il secondo comma della prima disposizione addizionale della ley n. 23/2003 chiarisce che:

*«en todo caso, el comprador tendrá derecho, de acuerdo con la legislación civil y mercantil, a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad».*

Pertanto, se la regola è l'incompatibilità dei rimedi sovranazionali e civilistici, è fatto salvo in ogni caso il ricorso all'azione del risarcimento del danno, problematica che, come abbiamo osservato, è rimasta invece ad oggi irrisolta nell'ordinamento giuridico italiano.

A ulteriore sostegno di questa ricostruzione, si legge nel preambolo della legge sopracitata:

---

<sup>340</sup> Cfr. J. D. SÁNCHEZ CASTRO, *L'inadempimento contrattuale e il sistema di rimedi nell'attuazione italiana e spagnola della direttiva 1999/44/CE: verso una costruzione unitaria della responsabilità contrattuale* in [http://amsdottorato.unibo.it/99/1/TESI\\_Sanchez\\_Castro.pdf](http://amsdottorato.unibo.it/99/1/TESI_Sanchez_Castro.pdf), 282 ss.

<sup>341</sup> In tal senso, si vedano le seguenti sentenze: SAP di Lugo del 3 maggio 2006, sezione 1a, [JUR 2006\199000], SAP di Gerona, del 15 febbraio 2006, sezione 1a, [JUR 2006\250033], SAP di Pontevedra del 13 ottobre 2005, sezione 1a, [JUR 2006\21461], SAP di Granada del 21 febbraio 2005, sezione 3a, [JUR 2005\135069], SAP di Burgos del 17 febbraio 2005, sezione 2a, [JUR 2005\101107].

*«En conclusión, las acciones de reparación y sustitución del bien vendido, de rebaja de su precio y de resolución de la compraventa previstas en esta ley sustituyen, en el ámbito de las compraventas de bienes de consumo, a las acciones redhibitoria y quanti minoris derivadas del saneamiento por vicios ocultos, y dejan a salvo las acciones indemnizatorias que asisten a los compradores».*

Il quadro di riferimento appena tracciato è stato fedelmente recepito nel Testo Unico *«de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias»*, introdotto con il Real Decreto Legislativo n. 1 del 16 novembre 2007 allo scopo di armonizzare sistematicamente la disciplina consumeristica.

Più precisamente, tale normativa è stata adottata in attuazione delle disposizioni finali della ley n. 44 del 29 dicembre 2006 *«de mejora de la protección de los consumidores y usuarios»*, che ha delegato il Governo affinché redigesse, entro un anno dall'emanazione della stessa, una legge organica in materia di protezione del consumatore in cui far convergere le previsioni della ley n. 26 del 19 luglio 1984 *«General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios»* e le norme di derivazione europea in materia consumeristica<sup>342</sup> (tra cui, per quanto riguarda la materia della vendita dei beni di consumo, la *LGVBDC*), allo scopo di rendere più semplice il compito dell'interprete nell'ambito dei diritti dei consumatori.

Ed infatti, il disposto di cui all'art. 117 del T. U. dispone che:

*«El ejercicio de las acciones que contempla este título será incompatible con el ejercicio de las acciones derivadas del saneamiento por vicios ocultos de la compraventa. En todo caso, el consumidor y usuario tendrá derecho, de acuerdo con la legislación civil y mercantil, a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad».*

---

<sup>342</sup> Cfr. preambolo del *Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* in *BOE-A-2007-20555*.

Gli intenti perseguiti con l'adozione di tale testo unico sono dunque sostanzialmente assimilabili a quelli legati all'emanazione del codice del consumo in Italia; così come assimilabile ci pare, in definitiva, anche il risultato prodotto: entrambi gli ordinamenti, infatti, trincerandosi sotto l'egida di voler migliorare il livello di protezione del consumatore -obiettivo loro imposto in sede europea-, piuttosto che adottare misure sostanziali volte alla riorganizzazione della materia, hanno proceduto semplicemente al riordino della disciplina solo da un punto di vista formale, lasciando totalmente all'interprete, come accennavamo, i problemi di coordinamento del doppio binario di tutela che di fatto esiste in materia di compravendite dei beni di consumo.

*2. La speciale protezione riservata al consumatore spagnolo dalla disciplina di derivazione europea.*

Giacché la normativa sulla vendita dei beni di consumo disciplina rapporti contrattuali conclusi tra professionisti e consumatori che abbiano per oggetto un bene mobile di consumo, occorre determinare, anche in riferimento all'ordinamento giuridico spagnolo, i criteri soggettivi e oggettivi di applicazione delle disposizioni.

Ci siamo già soffermati, nel paragrafo precedente, sul criterio soggettivo, analizzando le definizioni di “venditore” e “consumatore”, da cui abbiamo ricavato un netto allontanamento del legislatore spagnolo rispetto alla lettera dell'art. 1 della direttiva 99/44/CE (a differenza di quanto si era osservato invece per l'Italia, quest'ultima totalmente allineata -in merito a questo punto- alle disposizioni di derivazione europea, così come la maggior parte dei Paesi europei)<sup>343</sup>; occorre adesso addentrarci sul criterio oggettivo e sulla definizione della categoria dei “beni di consumo”, in riferimento alla quale l'art. 115 del T.U. dispone che:

---

<sup>343</sup> Cfr. S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 309 ss.

*«1. Están incluidos en el ámbito de aplicación de este título los contratos de compraventa de productos y los contratos de suministro de productos que hayan de producirse o fabricarse.*

*2. Lo previsto en este título no será de aplicación a los productos adquiridos mediante venta judicial, al agua o al gas, cuando no estén envasados para la venta en volumen delimitado o cantidades determinadas, y a la electricidad. Tampoco será aplicable a los productos de segunda mano adquiridos en subasta administrativa a la que los consumidores y usuarios puedan asistir personalmente».*

Anche nella legislazione spagnola, in riferimento alla definizione della categoria dei beni di consumo, non ci sembra venga individuata una precisa e unitaria classe di beni; questi ultimi vengono piuttosto identificati come “beni di consumo” in ragione della qualità dei soggetti che li commerciano, realizzandone lo scambio, così come avevamo ritenuto di poter concludere in merito al sistema italiano. Tuttavia, rispetto a quest’ultimo, si osserva una differenza: ed infatti il legislatore italiano prescinde del tutto dal criterio della materialità dei beni nell’identificazione della categoria dei “beni di consumo”, ampliando, come accennavamo<sup>344</sup>, l’ambito di applicazione della disciplina anche ai beni immateriali (quali, per esempio, ai prodotti dell’ingegno); quello spagnolo invece ritiene il requisito della materialità una caratteristica imprescindibile della categoria dei beni di consumo.

Inoltre, alla stregua di quanto accade in Italia e richiamando questa volta in maniera pedissequa la direttiva europea, la normativa *de quo* introduce nell’ordinamento giuridico spagnolo il concetto di difetto di conformità<sup>345</sup> del

---

<sup>344</sup> Cfr. Cap. II, § 2, 124 ss.

<sup>345</sup> Per la nozione di difetto di conformità, richiamiamo l’art. 116 del T.U., rubricato “*Conformidad de los productos con el contrato*”:

*«1. Salvo prueba en contrario, se entenderá que los productos son conformes con el contrato siempre que cumplan todos los requisitos que se expresan a continuación, salvo que por las circunstancias del caso alguno de ellos no resulte aplicable:*

*a) Se ajusten a la descripción realizada por el vendedor y posean las cualidades del producto que el vendedor haya presentado al consumidor y usuario en forma de muestra o modelo.*

*b) Sean aptos para los usos a que ordinariamente se destinen los productos del mismo tipo.*

*c) Sean aptos para cualquier uso especial requerido por el consumidor y usuario cuando lo haya puesto en conocimiento del vendedor en el momento de celebración*

bene compravenduto, in luogo della varietà di vizi e difetti di cui agli artt. 1.484 e ss. Código Civil.

Venendo ora all'esame del particolare regime di tutela creato, in concreto, da tale legislazione a migliore tutela del consumatore per il caso di scoperta di difetto di conformità del bene, anche in relazione alla Spagna si osserva una certa distorsione degli obiettivi posti in sede di emanazione della legge, riscontrabile nella sua applicazione pratica.

Per comprendere cosa si intende per "difetto di conformità", è necessario tuttavia, preliminarmente, delineare il contenuto del "principio generale di conformità" stabilito nella direttiva.

In primo luogo, in forza del principio di libertà contrattuale, le parti possono pattuire parametri di conformità diversi rispetto al principio generale di conformità, rispettando tuttavia i criteri stabiliti nel *Considerando 8°* della *DVGBC*, in cui si legge:

---

*del contrato, siempre que éste haya admitido que el producto es apto para dicho uso.*

*d) Presenten la calidad y prestaciones habituales de un producto del mismo tipo que el consumidor y usuario pueda fundadamente esperar, habida cuenta de la naturaleza del producto y, en su caso, de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los productos hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o en el etiquetado. El vendedor no quedará obligado por tales declaraciones públicas si demuestra que desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración en cuestión, que dicha declaración había sido corregida en el momento de celebración del contrato o que dicha declaración no pudo influir en la decisión de comprar el producto.*

*2. La falta de conformidad que resulte de una incorrecta instalación del producto se equipará a la falta de conformidad del producto cuando la instalación esté incluida en el contrato de compraventa o suministro regulados en el artículo 115.1 y haya sido realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad, o por el consumidor y usuario cuando la instalación defectuosa se deba a un error en las instrucciones de instalación.*

*3. No habrá lugar a responsabilidad por faltas de conformidad que el consumidor y usuario conociera o no hubiera podido fundadamente ignorar en el momento de la celebración del contrato o que tengan su origen en materiales suministrados por el consumidor y usuario». Sul punto, cfr. anche F. J. SÁNCHEZ CALERO, *La obligación de saneamiento por vicios o gravámenes ocultos y la Ley de Garantías en la venta de bienes de consumo (Ley 23/2003, de 10 de julio)* in (a cura di P. J. AGUIRRE ZAMORANO) *La compraventa: Ley de Garantías*, Cuadernos de Derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, 68; ancora, M. J. MARÍN LÓPEZ, *Las garantías en la venta de bienes de consumo en la Unión Europea. La Directiva 99/44/CE y su incorporación en los Estados miembros*, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 2004, 307.*

«[...] los elementos mencionados en la presunción podrán utilizarse para determinar la falta de conformidad de los bienes con el contrato; que la calidad y el rendimiento que el consumidor puede razonablemente esperar dependerá, entre otras cosas, de si los bienes son nuevos o usados; que los elementos mencionados en la presunción son acumulativos; que cuando por las circunstancias de cada caso un elemento particular sea manifiestamente inadecuado, seguirán siendo aplicables, sin embargo, los elementos restantes de la presunción».

In secondo luogo, per determinare il contenuto del principio generale di conformità, la direttiva utilizza due criteri.

Il primo criterio, di cui all'art. 2.2 della *DVGBC*, costituisce il c.d. “parametro positivo”: si tratta di un elenco di presunzioni *iuris tantum*, come si può desumere agevolmente dalla lettura della norma, a carattere esemplificativo e non tassativo, e che non possono considerarsi, dunque, *numerus clausus*, in linea col sopra citato *Considerando 8°* della *DVGBC*, in base al quale si determina la conformità del bene.

Più precisamente, il parametro positivo si misura attraverso alcuni indicatori, tra cui, *in primis*, quello che viene definito, nella direttiva, come “*criterio de muestra*”: in base a quest'ultimo, si ha conformità quando i beni di consumo corrispondono nei dettagli alla descrizione fatta dal venditore prima del momento di perfezionamento del contratto; i beni consegnati devono cioè possedere le medesime qualità di quelli indicati come “modello” o “tipologia” al compratore prima della vendita, come si evince dalla lettura dell'art. 2.2 lettera c) della *DVGBC*:

«se ajustan a la descripción realizada por el vendedor y poseen las cualidades del bien que el vendedor haya presentado al consumidor en forma de muestra o modelo».

Ancora, per determinare il parametro positivo, la direttiva si riferisce al c.d. “*criterio finalista*”, relativo al carattere specifico o intrinseco del bene di consumo: infatti, in base a tale indicatore, si ha conformità del bene se risulta che il compratore abbia dichiarato al venditore, al momento del

perfezionamento del contratto, la finalità d'uso che intendeva conseguire attraverso i beni oggetto di compravendita e tali beni, successivamente, non risultino adeguati a soddisfare le esigenze manifestate dal compratore. In tal senso si legga l'art. 2.2 lettera b) della *DVGBC*:

*«son aptos para el uso especial requerido por el consumidor que éste haya puesto en conocimiento del vendedor en el momento de la celebración del contrato y éste haya admitido que el bien es apto para dicho uso».*

Il dettato della norma precisa tuttavia il carattere generico del c.d. “*criterio finalista*”, di modo che la conformità del bene rispetto alle finalità d'uso dichiarate dal compratore al momento del perfezionamento del contratto, deve essere valutata in rapporto all'attitudine del bene stesso di soddisfare la generica finalità o utilità attesa dal consumatore medio. Così si legge, infatti, nello stesso l'art. 2.2 lettera c) della *DVGBC*:

*«son aptos para los usos a que ordinariamente se destinan bienes del mismo tipo».*

L'ultimo indicatore cui si riferisce la direttiva per determinare il parametro positivo è il c.d. “*criterio de propia naturaleza*”, in base al quale risultano conformi quei beni che realizzano le prestazioni che il consumatore può ragionevolmente attendersi in base alla loro specifica natura, e che abbiano, altresì, le medesime caratteristiche che si desumono inequivocabilmente dalla pubblicità o dall'etichetta, o che il venditore o il produttore o un suo rappresentante ha previamente dichiarato al compratore. In tal senso, si legga l'art. 2.2 lettera d) della *DVGBC*:

*«presentan la calidad y las prestaciones habituales de un bien del mismo tipo que el consumidor puede fundadamente esperar, habida cuenta de la naturaleza del bien y, en su caso, de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los bienes hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o el etiquetado».*



Ciò posto, il secondo criterio cui si riferisce la direttiva per determinare il contenuto del principio generale di conformità è costituito dal c.d. “parametro negativo”, che si determina in base alla diligenza tenuta dal compratore, di modo che, in riferimento all’art. 2.3 della *DVGBC*:

*«Se considerará que no existe falta de conformidad a efectos del presente artículo si en el momento de la celebración del contrato el consumidor tenía conocimiento de este defecto o no podía fundadamente ignorarlo, o si la falta de conformidad tiene su origen en materiales suministrados por el consumidor».*

Pertanto, anche in presenza di anomalia del bene, non si configura difetto di conformità in due distinte ipotesi: nel caso di consenso implicito del compratore che, al momento del perfezionamento del contratto, aveva conoscenza del difetto o avrebbe dovuto averla se avesse tenuto una diligenza media; o nel caso di somministrazione di materiale da parte del consumatore stesso.

Questa regola generale trova un’eccezione in tre distinti casi, che si rifanno al già citato art. 2.2 lettera d) della *DVGBC*, in cui il venditore viene esonerato da qualsiasi responsabilità derivante da dichiarazioni pubbliche sulle concrete caratteristiche dei beni, come la pubblicità o l’etichettamento (chiaramente, l’onere della prova ricade, in questo caso, sul venditore): il caso in cui il venditore disconosce tale dichiarazione o non poteva conoscerla; l’ipotesi in cui la dichiarazione viene corretta in sede di stipula; il caso in cui il compratore avrebbe acquistato ugualmente il bene di consumo senza avere avuto conoscenza di tale dichiarazione.

In riferimento poi alla questione se il dettato normativo si riferisce solo alle dichiarazioni poste in essere dal venditore o anche a quelle del produttore o del suo rappresentante, Sagasti sostiene che *«todas las declaraciones públicas quedarían cubiertas...con independencia del autor de las mismas».* Condividiamo tale assunto e le sue argomentazioni, basate su *«la interpretación literal del precepto, por cuanto que el artículo 2.4 DVGBC remite...sin excepción..., a la letra d) del apartado 2, la cual comprende todas las autorías...; de otra parte, se hallaría una interpretación sistemática*

*y finalista, de limitarse los supuestos de exclusión únicamente a las declaraciones públicas hechas por el vendedor, resultaría una incongruencia y una paradoja jurídica el supuesto consistente en que fuere el propio vendedor quien desconociera, y no cupiere razonablemente esperar que conociera, la declaración en cuestión»<sup>346</sup>.*

In riferimento ai rimedi giurisdizionali, poi, l'art. 4 della *DVGBC* dispone:

*«Cuando el vendedor final deba responder ante el consumidor por falta de conformidad resultante de una acción u omisión del productor, de un vendedor anterior perteneciente a la misma cadena contractual o de cualquier otro intermediario, el vendedor final podrá emprender acciones contra la persona responsable en la cadena contractual. La legislación nacional determinará quién es el responsable, o los responsables, contra los que podrá emprender acciones el vendedor final, así como las acciones y las condiciones de ejercicio correspondientes».*

Si precisa, dunque, che il venditore finale è tenuto a rispondere per difetto di conformità nei confronti del compratore anche nell'ipotesi in cui l'anomalia sia stata causata da un'azione o omissione del produttore, un precedente venditore, o qualsiasi altro intermediario; è fatto salvo, in ogni caso, il diritto di rivalsa del venditore finale, che potrà successivamente esperire il corrispondente rimedio giurisdizionale contro l'effettivo responsabile. Si stabilisce, altresì, che dovrà farsi richiamo alla legislazione nazionale per determinare in concreto l'azione esercitabile e le condizioni di esercizio della stessa.

Chiarito cosa si intende per “difetto di conformità”, dicevamo, poco più sopra, che è proprio in sede di applicazione pratica che si registra il mancato perseguimento degli obiettivi di rafforzamento della tutela posti a livello sovranazionale.

In particolare, infatti, la legge speciale di attuazione della direttiva europea, nell'aggiungere i due rimedi giurisdizionali volti al ripristino della conformità

---

<sup>346</sup> Così J. J. SAGASTI AURREKOETXEA, *El régimen de garantías en la venta de bienes de consumo*, cit., 1018.

del bene (azione di riparazione e sostituzione) a quelli già previsti dal sistema codicistico interno (riduzione del prezzo e risoluzione del contratto), riflette, anche nell'ordinamento giuridico spagnolo, la stessa gerarchizzazione delle azioni che abbiamo osservato in riferimento al sistema italiano.

Pertanto, anche in Spagna, quando un compratore-consumatore si accorge che il bene acquistato non corrisponde in termini di qualità a quello per cui questi si era obbligato col venditore-professionista, gli unici rimedi giurisdizionali cui può ricorrere in prima battuta sono solo quelli volti al ripristino della conformità del bene (azione di riparazione o sostituzione, queste ultime esperibili a scelta del consumatore, salvo che una delle due opzioni non risulti obiettivamente impossibile o eccessivamente sproporzionata per controparte). Solo se il venditore-professionista non ha adempiuto all'obbligo di riparazione o sostituzione entro un congruo termine, o se il ripristino ha comportato ulteriori inconvenienti per il compratore-consumatore, questi potrà allora ricorrere ai tradizionali rimedi della riduzione del prezzo o della risoluzione del contratto<sup>347</sup>.

Ci sembra allora che gli stessi problemi di compressione di tutela che ha posto la novella italiana di attuazione della direttiva europea, siano stati posti, in definitiva, anche dalla legge speciale spagnola di ricezione della normativa sovranazionale in materia di vendita dei beni di consumo: ed infatti se le

---

<sup>347</sup> Così si desume dalla lettura dei seguenti articoli del T.U. del 2007:

«*Artículo 119. Reparación y sustitución del producto.*

*1. Si el producto no fuera conforme con el contrato, el consumidor y usuario podrá optar entre exigir la reparación o la sustitución del producto, salvo que una de estas dos opciones resulte objetivamente imposible o desproporcionada [...].*

*Artículo 120. Régimen jurídico de la reparación o sustitución del producto.*

*La reparación y la sustitución se ajustarán a las siguientes reglas:*

*[...]b) Deberán llevarse a cabo en un plazo razonable y sin mayores inconvenientes para el consumidor y usuario, habida cuenta de la naturaleza de los productos y de la finalidad que tuvieran para el consumidor y usuario.*

*[...]d) Si concluida la reparación y entregado el producto, éste sigue siendo no conforme con el contrato, el consumidor y usuario podrá exigir la sustitución del producto, salvo que esta opción resulte desproporcionada, la rebaja del precio o la resolución del contrato en los términos previstos en este capítulo.*

*[...]*

*Artículo 121. Rebaja del precio y resolución del contrato.*

*La rebaja del precio y la resolución del contrato procederán, a elección del consumidor y usuario, cuando éste no pudiera exigir la reparación o la sustitución y en los casos que éstas no se hubieran llevado a cabo en plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor y usuario. La resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia».*

norme impongono di ricorrere, in prima battuta, solo alle azioni di riparazione e sostituzione del bene, non ve n'è alcuna che assicuri in concreto la realizzazione coattiva del rimedio del ripristino; ed, inoltre, l'esperibilità delle azioni di riduzione del prezzo e di risoluzione del contratto come *extrema ratio* evidenzia di fatto una certa restrizione della tutela risolutoria del compratore-consumatore.

Pertanto, riteniamo che anche in questo caso gli obiettivi di rafforzamento della tutela del soggetto debole contro le prevaricazioni commerciali poste dal soggetto negoziale più forte sul mercato, siano stati riconsiderati in luogo di un contemperamento degli interessi di entrambi i soggetti, nella prospettiva di assicurare un certo equilibrio di mercato.

**CAPÍTULO III**  
**(Traducción en español)**

**EQUILIBRIO CONTRACTUAL DE LA COMPRAVENTA DE BIENES DE CONSUMO EN ESPAÑA**

1. *La recepción de la directiva 99/44/CE sobre «determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo» en el ordenamiento jurídico español.*

En el ordenamiento jurídico español, la recepción de la directiva 99/44/CE sobre «*determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo*» (en adelante *DVGBC*) se realizó a través de la adopción de una ley especial, la Ley 23/2003, de 10 de julio<sup>348</sup>, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo (en adelante *LGVBC*)<sup>349</sup>, para introducir las disposiciones europeas en la legislación nacional<sup>350</sup>.

---

<sup>348</sup> Por si resulta de interés el análisis del debate parlamentario que lleva a su promulgación, en su *iter* parlamentario procedimental destacamos los siguientes momentos, de especial transcendencia, con la referencia documental para su consulta: 1.- El *Proyecto de Ley* es calificado el 29-10-2002 [publicado en el Boletín del Congreso de los Diputados, BOCG, núm. A-117-1, 31-10-2002, 1-6]; 2.- *Debate de totalidad*: Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, DSCD, núm. 214-2002, de 12-12-2002, 10842-10851; 3.- *Aprobación por la Comisión con Competencia Legislativa Plena*: BOCG. Congreso de los Diputados, núm. A-117-15, de 20-5-2003; 4.- *Texto aprobado por el Senado*: BOCG. Senado, núm. II-128-f, de 24-6-2003, 47; *Enmiendas del Senado*: BOCG. Congreso de los Diputados, núm. A-117-16, de 25-6-2003, 73-87.

<sup>349</sup> La Ley se publica en el BOE, núm. 165, de 11 de julio de 2003. Su entrada en vigor es el 11 de septiembre de 2003, pues se establece en su Disposición Final Octava que: «*La presente ley entrará en vigor a los dos meses de su publicación en el 'Boletín Oficial del Estado'*».

<sup>350</sup> En cuanto a la doctrina española que analiza, con carácter general, el contenido de la referida Ley, pueden verse, entre otros, R. M. MÉNDEZ TOMÁS Y A. E. VILALTA NICUESA, *Garantías y acciones derivadas de las ventas de bienes de consumo. Sobre la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo*, Barcelona, 2004, 1 ss.; M. VERGEZ, *La Protección del Consumidor*

Antes de entrar en el análisis de la misma, objeto principal de nuestro estudio, nos parece oportuno resaltar la opinión de Sagasti que entiende que: «[...] si la voluntad del legislador comunitario era, ciertamente, la uniformidad de un régimen de tutela de los consumidores, la misma se hubiera alcanzado de un modo más pleno, y en técnica jurídica más preciso, mediante el instrumento jurídico del Reglamento, por cuanto que goza de alcance general, resulta obligatorio en todos sus elementos y es directamente aplicable en cada Estado miembro -art. 249, párrafo segundo, TCCE-»<sup>351</sup>.

Esta ley es, obviamente, consecuencia del cumplimiento del deber de transposición que se establece en el artículo 11 de la referida directiva. Debemos señalar que se trata, no obstante, de un cumplimiento moroso en un año y medio<sup>352</sup>.

Esta técnica de transposición tiene la indiscutible ventaja de reproducir, con fidelidad, el contenido de un texto derivado del derecho europeo. No obstante, presenta también algunos inconvenientes imponiendo, por un lado, la renuncia a conceptos que tradicionalmente están presentes en el ordenamiento jurídico nacional, al sustituirlos por otros concebidos en sede supranacional; y, por otro lado, la necesidad de resolver algunos problemas de coordinación entre las fuentes del derecho europeo y el contenido de ciertas leyes nacionales<sup>353</sup>.

El párrafo 2º del artículo 1º de la *LGVBC* reproduce en cuanto al concepto de “vendedor” y de “bienes de consumo” el tenor literal de lo establecido en la Directiva europea objeto de transposición en sus artículos 1.2.c) y 1.2.b) de *DVGBC*.

Nos parece oportuno subrayar, antes de entrar en la concreta cuestión que nos ocupa, que la noción de “consumidor”, a diferencia de lo que hemos observado con referencia al sistema jurídico italiano, no ha sido introducida

---

en la *Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo*, Pamplona, 2004, 1 ss.

<sup>351</sup> Vid. J. J. SAGASTI AURREKOETXEA, *El régimen de garantías en la venta de bienes de consumo* en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 695, 2006, 994.

<sup>352</sup> Artículo 11, 1: «Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva a más tardar el 1 de enero de 2002. Informarán inmediatamente de ello a la Comisión».

<sup>353</sup> Vid., al respecto, I. QUINTANA, *L'attuazione della direttiva 1999/44 nell'ordinamento giuridico spagnolo* in (a cura di R. ALESSI) *La vendita di beni di consumo*, Milano, 2005, 287 y ss.

en el ordenamiento jurídico español por las disposiciones de carácter supranacional sino por una ley interna anterior a la directiva. Por ello, su configuración jurídica obedecía ya a una categoría subjetiva del derecho que ya estaba presente en su reciente tradición jurídica. Esta apreciación despierta especial interés en la opinión de quien escribe, si se considera, en relación con el mismo arco temporal, el silencio del legislador italiano en esta materia<sup>354</sup>. En este sentido, el legislador español, con la aprobación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante *LGDCyU*), estableció una disciplina especial para tutelar al consumidor, mostrando una cierta sensibilidad hacia la problemática asociada a un equilibrio contractual justo.

El párrafo 3º del artículo 1º de la Ley 23/2003 procede a definir el concepto de “consumidor” a los efectos de lo dispuesto con posterioridad en la misma. Y lo realiza a través de la técnica del reenvío expreso a lo dispuesto en los párrafos 2º y 3º del artículo 1º de la *LGDCyU*. Así, se dispone:

*«A los efectos de esta ley se consideran consumidores los definidos como tales en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios».*

Y en la Ley 26/1984, *LGDCyU*, se establece:

*«A los efectos de esta Ley, son consumidores o usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden.*

*No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o*

---

<sup>354</sup> En el ordenamiento jurídico italiano, el concepto de contrato del consumidor fue introducido doce años después, con la Ley 52/1996, de actuación de la directiva 93/13/CEE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con los consumidores, que introdujo seis nuevos artículos en el Código Civil (artt. 1496*bis*-1496*sexies*).

*consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros».*

De la mera lectura de estos preceptos resulta que el concepto de “consumidor” o “usuario” delimita una categoría más amplia que la establecida en la directiva 1999/44/CE, debido a que en la misma se incluyen no solo las “personas físicas” sino también las “personas jurídicas”.

En rigor, la necesidad de otorgar una mayor y más adecuada protección al sujeto que actúa en el mercado con finalidades distintas a la actividad empresarial y/o profesional, constituye un principio general sobre el que se fundamenta el sistema jurídico español en su conjunto. En este sentido, el artículo 51 de la Constitución de 1978 establece que *«Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca».*

Por lo tanto, la Ley 24/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, constituye uno de los instrumentos a través de los cuales el legislador español establece un desarrollo efectivo a las citadas prescripciones constitucionales.

Retomando, tras estas consideraciones generales, al análisis del ámbito propio de nuestra investigación en materia de venta de bienes de consumo, la disciplina especial derivada de la normativa europea y las medidas que ésta introduce -contenidas en la Ley 23/2010, de 10 de julio, de Garantías en Materia de Venta de Bienes de Consumo-, a la que se hacía referencia anteriormente, conviven con las disposiciones generales sobre el *«saneamiento por los defectos o gravámenes ocultos de la cosa vendida»* incluidas en los artículos 1.484 a 1.499 del Código Civil (que en España es un Cuerpo legal obviamente distinto del Código de Comercio), trazando, al igual que ya hemos observado en referencia al ordenamiento jurídico italiano, un doble mecanismo de tutela para el consumidor. Además, la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista adquiere también cierta



relevancia, confiriendo mayor complejidad al escenario jurídico sobre esta materia, quizás aún más que en Italia.

Es evidente, por lo tanto, que el solapamiento normativo que se ha producido a lo largo de los años dificulta la labor del jurista, planteando muchos interrogantes acerca de la coordinación de un conjunto de fuentes tan variadas.

Por ello, de acuerdo con lo que se ha observado en el capítulo anterior, el legislador español ha resuelto esos problemas interpretativos basándose en el principio de especialidad estableciendo, de forma genérica, en materia de venta de bienes de consumo la prevalencia de las normas derivadas del derecho europeo –en cuanto legislación especial- sobre el articulado del Código Civil -que regula el contrato de compraventa en su contenido más generalista-, siempre que la situación concreta se refiera a aspectos expresamente disciplinados a nivel supranacional<sup>355</sup>.

No obstante, mientras que, en relación con el ordenamiento italiano se admite una derogación de este principio general, ya que -aún en casos de aspectos regulados por la normativa europea-, las disposiciones del Código Civil prevalecen cuando aseguren una tutela mejor del consumidor (ex art. 135, co. I cod. cons.), esto no puede afirmarse en relación con el sistema español.

En este sentido, la Disposición adicional primera de la *LGVBC* establece: «*El ejercicio de las acciones que contempla esta ley derivadas de la falta de conformidad será incompatible con el ejercicio de las acciones derivadas del saneamiento por vicios ocultos de la compraventa*». En este sentido, de

---

<sup>355</sup> Vid. *Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo* in [www.boe.es](http://www.boe.es) - DOCUMENTO BOE-A-1984-16737, donde se puede leer: «*La norma de transposición tiene rango de Ley, dado que incide tanto en el régimen de los vicios de la compraventa, regulados en los artículos 1.484 y siguientes del Código Civil, como en la regulación de la garantía comercial que se recoge en los artículos 11 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y 12 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista. La modificación que se lleva a cabo implica crear un régimen específico aplicable a los contratos de compraventa civil de bienes de consumo celebrados entre los consumidores y los vendedores profesionales. El régimen de saneamiento de vicios ocultos del Código Civil permanece inalterado, siendo de aplicación a las compraventas civiles no comprendidas en el ámbito de la directiva. El régimen contenido en la Ley de Ordenación del Comercio Minorista sigue siendo aplicable para regular los aspectos de la garantía comercial que no vienen recogidos en esta ley*».

acuerdo con la legislación civil y mercantil española, el comprador puede reclamar una indemnización por los daños y perjuicios causados como consecuencia de la falta de conformidad.

Por otra parte, la incompatibilidad de los dos regímenes no ha sido interpretado de la misma manera por la doctrina especializada. Así, la posición dominante en la actualidad considera que hay que enmarcar esa incompatibilidad en el distinto carácter de las disposiciones (las especiales, que derivan de la normativa europea; y las generales, contenidas en el Código Civil), con la consecuencia de que el consumidor no podría invocar, en materia de venta de bienes de consumo, las disposiciones previstas en el Código Civil, debido a la especialidad de la materia regulada sólo por la normativa de la Unión Europea. Por el contrario, otros estudiosos consideran que se hace preciso relacionar esa incompatibilidad con la imposibilidad de utilizar al mismo tiempo las dos vías judiciales, con independencia del carácter de las normas. Esta segunda posición doctrinal considera válidas ambas modalidades de protección jurídica, en el buen entendimiento de que no cabe su ejercicio de forma simultánea, por lo que será la libre elección del consumidor la que, en su calidad de comprador, tiene la capacidad de optar, por lo que puede recurrir, asimismo, a las disposiciones que sobre el saneamiento de los vicios ocultos que se contienen en el Código Civil<sup>356</sup>. Entre las dos posiciones doctrinales expuestas, los Jueves y Tribunales competentes adoptan, con carácter casi general, la opinión mayoritaria, a la que nos adherimos nosotros<sup>357</sup>.

Desde esta interpretación de la literatura jurídica derivaría, en rigor, para el comprador/consumidor de un bien de consumo la imposibilidad de ejercicio de la acción de resarcimiento del daño, remedio típicamente interno.

---

<sup>356</sup> Vid. J. D. SÁNCHEZ CASTRO, *L'inadempimento contrattuale e il sistema di rimedi nell'attuazione italiana e spagnola della direttiva 1999/44/CE: verso una costruzione unitaria della responsabilità contrattuale* en [http://amsdottorato.unibo.it/99/1/TESI\\_Sanchez\\_Castro.pdf](http://amsdottorato.unibo.it/99/1/TESI_Sanchez_Castro.pdf), 282 y ss.

<sup>357</sup> En este sentido, vid. las siguientes sentencias, entre otras: SAP de Lugo de 3 de mayo de 2006, sección 1a, [JUR 2006\199000], SAP de Gerona, de 15 de febrero de 2006, sección 1a, [JUR 2006\250033], SAP de Pontevedra de 13 de octubre de 2005, sección 1a, [JUR 2006\21461], SAP de Granada de 21 de febrero de 2005, sección 3a, [JUR 2005\135069], SAP de Burgos de 17 febrero de 2005, sección 2a, [JUR 2005\101107].

Sin embargo, respetando la *ratio* de la legislación especial que, como ya se ha afirmado, marca el objetivo de una tutela elevada del consumidor, el segundo párrafo de la primera disposición adicional de la *LGVBC* aclara:

*«en todo caso, el comprador tendrá derecho, de acuerdo con la legislación civil y mercantil, a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad».*

Por lo tanto, si la regla general es la incompatibilidad de las medidas de la Unión Europea y con las disposiciones del Código Civil, se preserva en todo caso el recurso a la acción del resarcimiento del daño. Esta problemática, como hemos observado, permanece irresuelta todavía en el ordenamiento jurídico italiano.

Como soporte argumentativo de esta reconstrucción, en el preámbulo de la *LGVBC* se puede leer:

*«En conclusión, las acciones de reparación y sustitución del bien vendido, de rebaja de su precio y de resolución de la compraventa previstas en esta ley sustituyen, en el ámbito de las compraventas de bienes de consumo, a las acciones redhibitoria y quanti minoris derivadas del saneamiento por vicios ocultos, y dejan a salvo las acciones indemnizatorias que asisten a los compradores».*

El marco de referencia que he tratado de delinear es reproducido, fielmente, en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, que tiene como objetivo armonizar, de manera sistemática, la disciplina de los derechos de los consumidores. Más concretamente, esta norma fue adoptada como consecuencia de las disposiciones finales de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de Mejora de la Protección de los Consumidores y Usuarios, que facultaba al Gobierno para dictar cuantas disposiciones considerase necesarias para facilitar la labor de interpretación en el ámbito de los derechos

de los consumidores<sup>358</sup>, a fin de que se aproximaran las previsiones de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores, y las normas derivadas de la Unión Europea, entre las cuales destaca, en materia de venta de bienes de consumo, la ya citada *LGVC*.

En este sentido, el artículo 117 del mencionado Texto Refundido dispone lo siguiente:

*«El ejercicio de las acciones que contempla este título será incompatible con el ejercicio de las acciones derivadas del saneamiento por vicios ocultos de la compraventa. En todo caso, el consumidor y usuario tendrá derecho, de acuerdo con la legislación civil y mercantil, a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad».*

Los objetivos perseguidos con la adopción del Texto Refundido son asimilables, en buena medida, a los objetivos perseguidos con la publicación del Código de Consumo en Italia. En el mismo sentido, nos parecen también asimilables los resultados obtenidos en ambos ordenamientos, con la finalidad de la mejora del nivel de protección de los consumidores (objetivo marcado en sede europea). Así, más que adoptar medidas sustanciales dirigidas a la reorganización de la materia, se ha procedido a la reordenación de la misma únicamente desde un punto de vista formal, dejando al intérprete los problemas de coordinación de la doble vía de tutela jurídica que, de hecho, existe en materia de compraventa de bienes de consumo.

## *2. La protección especial reservada al consumidor español por la disciplina derivada de la normativa europea.*

La normativa sobre la venta de bienes de consumo disciplina las relaciones contractuales concluidas entre profesionales y consumidores que tengan como objeto un bien mueble de consumo. Debido a ello, se hace necesario

---

<sup>358</sup> Vid. Preámbulo del *Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* en *BOE-A-2007-20555*.

delimitar, en referencia con el ordenamiento jurídico español, los criterios subjetivos y objetivos de aplicación de estas disposiciones.

Por los criterios subjetivos se remite al párrafo anterior en el que ya se había subrayado una distancia considerable entre el legislador español con respecto tenor literal del artículo 1 de la directiva 99/44/CE (a diferencia de Italia que, en esta cuestión, ha respetado íntegramente las disposiciones contenidas en la normativa europea, en consonancia con la mayoría de los Estados miembros)<sup>359</sup>.

Por otro lado, con respecto al criterio objetivo, el artículo 115 del Texto Refundido establece que:

*«Están incluidos en el ámbito de aplicación de este título los contratos de compraventa de productos y los contratos de suministro de productos que hayan de producirse o fabricarse. Lo previsto en este título no será de aplicación a los productos adquiridos mediante venta judicial, al agua o al gas, cuando no estén envasados para la venta en volumen delimitado o cantidades determinadas, y a la electricidad. Tampoco será aplicable a los productos de segunda mano adquiridos en subasta administrativa a la que los consumidores y usuarios puedan asistir personalmente».*

A nuestro entender de esta normativa deriva también que en la legislación española -así como habíamos determinado con respecto al sistema italiano-, no se individualiza en exclusiva una clase de bienes, precisa e unitaria, con respecto a la definición de la categoría de bienes de consumo sino que, por el contrario, éstos son identificados como “bienes de consumo” en función de la calificación que le otorgan los sujetos que los comercializan, en la efectiva realización práctica de su intercambio comercial.

No obstante, respecto de esta cuestión, observamos una diferencia: el legislador italiano prescinde totalmente del criterio de la materialidad de los bienes con respecto a su identificación en la categoría de los “bienes de consumo”, ampliando, como hemos afirmado<sup>360</sup>, el ámbito de aplicación de

---

<sup>359</sup> Vid. S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, cit., 309 ss.

<sup>360</sup> Vid. *Supra*, Cap. II, § 2, 124 ss.

esta disciplina a los bienes inmateriales, así, *ad exemplum*, los productos del ingenio. El legislador español, por contra, considera que el requisito de la materialidad es una característica imprescindible de la categoría de los bienes de consumo.

Además, al igual de lo que sucede en Italia y ateniéndonos a la literalidad de lo establecido por la directiva europea, la normativa *de quo* introduce en el ordenamiento jurídico español el concepto de defecto de conformidad<sup>361</sup> del

---

<sup>361</sup> Con respecto a la noción de defecto de conformidad, Vid. el art. 116 del Texto Refundido, rubricado como “*Conformidad de los productos con el contrato*” establece:

«1. Salvo prueba en contrario, se entenderá que los productos son conformes con el contrato siempre que cumplan todos los requisitos que se expresan a continuación, salvo que por las circunstancias del caso alguno de ellos no resulte aplicable:

a) Se ajusten a la descripción realizada por el vendedor y posean las cualidades del producto que el vendedor haya presentado al consumidor y usuario en forma de muestra o modelo.

b) Sean aptos para los usos a que ordinariamente se destinen los productos del mismo tipo.

c) Sean aptos para cualquier uso especial requerido por el consumidor y usuario cuando lo haya puesto en conocimiento del vendedor en el momento de celebración del contrato, siempre que éste haya admitido que el producto es apto para dicho uso.

d) Presenten la calidad y prestaciones habituales de un producto del mismo tipo que el consumidor y usuario pueda fundadamente esperar, habida cuenta de la naturaleza del producto y, en su caso, de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los productos hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o en el etiquetado. El vendedor no quedará obligado por tales declaraciones públicas si demuestra que desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración en cuestión, que dicha declaración había sido corregida en el momento de celebración del contrato o que dicha declaración no pudo influir en la decisión de comprar el producto.

2. La falta de conformidad que resulte de una incorrecta instalación del producto se equiparará a la falta de conformidad del producto cuando la instalación esté incluida en el contrato de compraventa o suministro regulados en el artículo 115.1 y haya sido realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad, o por el consumidor y usuario cuando la instalación defectuosa se deba a un error en las instrucciones de instalación.

3. No habrá lugar a responsabilidad por faltas de conformidad que el consumidor y usuario conociera o no hubiera podido fundadamente ignorar en el momento de la celebración del contrato o que tengan su origen en materiales suministrados por el consumidor y usuario». Sobre esta cuestión, pueden verse, F. J. SÁNCHEZ CALERO, *La obligación de saneamiento por vicios o gravámenes ocultos y la Ley de Garantías en la venta de bienes de consumo (Ley 23/2003, de 10 de julio)* in (a cura di P. J. AGUIRRE ZAMORANO) *La compraventa: Ley de Garantías*, Cuadernos de Derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, 68; M. J. MARÍN LÓPEZ, *Las garantías en la venta de bienes de consumo en la Unión Europea. La Directiva 99/44/CE y su incorporación en los Estados miembros*, Instituto Nacional de Consumo, cit., 307.

bien sobre que se ha ejercido la compraventa, en lugar de la variedad de vicios y defectos establecidos por los artículos 1.484 y ss. del Código Civil.

Si procedemos ahora al análisis del régimen de tutela creado por esta legislación para mejorar la protección del consumidor, en caso de descubrimiento de defectos de conformidad del bien, en España se observa también cierta distorsión entre los objetivos fijados por la Exposición de motivos de la Ley y su aplicación práctica.

Entiendo que se hace preciso delimitar el contenido del principio genérico de conformidad establecido en la directiva a fin de efectuar su correcta interpretación.

En primer lugar debe subrayarse que se respeta el principio de libertad contractual como consecuencia del cual las partes contratantes podrán libremente establecer criterios de conformidad distintos de los establecidos en la directiva siempre en los pactados se respeten los mínimos contemplados en el *Considerando 8º* de la *DVGBC*. De acuerdo con el mismo:

*«[...] los elementos mencionados en la presunción podrán utilizarse para determinar la falta de conformidad de los bienes con el contrato; que la calidad y el rendimiento que el consumidor puede razonablemente esperar dependerá, entre otras cosas, de si los bienes son nuevos o usados; que los elementos mencionados en la presunción son acumulativos; que cuando por las circunstancias de cada caso un elemento particular sea manifiestamente inadecuado, seguirán siendo aplicables, sin embargo, los elementos restantes de la presunción».*

En segundo lugar, la directiva utiliza dos elementos con los cuales determina el contenido del referido principio. Por una parte el que se suele denominar parámetro positivo, recogido en el párrafo 2º de su artículo 2. Como puede comprobarse, de su atenta lectura, se trata de un elenco de criterios, enunciados con la naturaleza de presunciones *iuris tantum*, y con carácter ejemplificativo ya que no pueden considerarse *numerus clausus*, de acuerdo a lo dispuesto en el *Considerando 8º DVGBC* arriba referido.

En este sentido el “parámetro positivo” se ve materializado, en primer lugar, por el llamado “*criterio de muestra*”. En su virtud se aprecia conformidad en

el supuesto de que los bienes de consumo se correspondan y adecuen a los detalles en los que se ha concretado la descripción efectuada por el vendedor al comprador en el momento previo a la perfección del contrato como consecuencia de la prestación del consentimiento. Así se considera que los bienes que se entregan al adquirente deben poseer idénticas cualidades de aquellos que el vendedor le presentó al comprador como “muestra” o “modelo”. Así se desprende del tenor literal del apartado a) del párrafo 2º del artículo 2º de la *DVGBC*:

*«se ajustan a la descripción realizada por el vendedor y poseen las cualidades del bien que el vendedor haya presentado al consumidor en forma de muestra o modelo».*

A este parámetro de cumplimiento se suma el que proporciona el denominado “*criterio finalista*”. Éste se contempla en primer lugar en su “carácter específico”. De acuerdo con el mismo, en el caso de que resulte suficientemente clara la declaración del comprador al vendedor -en el momento de la celebración del contrato- del uso o usos concretos que quiere realizar con los bienes que pretende adquirir, la conformidad de éstos se rige por su adecuación a las finalidades manifestadas. Así lo expresa el apartado b) del referido artículo 2.2. de la *DVGBC*:

*«son aptos para el uso especial requerido por el consumidor que éste haya puesto en conocimiento del vendedor en el momento de la celebración del contrato y éste haya admitido que el bien es apto para dicho uso».*

El siguiente párrafo recoge el “carácter genérico” del mismo criterio finalista. De acuerdo con el mismo, la conformidad de los bienes se constata con su aptitud para satisfacer la genérica utilidad o finalidad por la que son adquiridos por el común denominador de las personas. Así se expresa en la correspondiente letra c) del referido artículo 2.2 de la *DVGBC*:

*«son aptos para los usos a que ordinariamente se destinen bienes del mismo tipo».*



El último criterio recogido en la directiva es el “*de propria naturaleza*”. Del mismo se deduce que resultan conformes aquellos bienes que presentan las prestaciones que el consumidor puede razonablemente esperar de acuerdo con su “intrínseca” naturaleza, y las eventuales características que haya declarado el vendedor, productor o su representante al comprador o se desprenda de su publicidad o etiquetado. Así lo expresa el apartado d) del citado artículo 2.2 de la *DVGBC*:

*«presentan la calidad y las prestaciones habituales de un bien del mismo tipo que el consumidor puede fundadamente esperar, habida cuenta de la naturaleza del bien y, en su caso, de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los bienes hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o el etiquetado».*

Por lo que se refiere al denominado “parámetro negativo” se configura atendiendo a la actuación, que se exige diligente, del consumidor. Así lo dispone el párrafo 3º del artículo 2º de la *DVGBC*, al decir:

*«Se considerará que no existe falta de conformidad a efectos del presente artículo si en el momento de la celebración del contrato el consumidor tenía conocimiento de este defecto o no podía fundadamente ignorarlo, o si la falta de conformidad tiene su origen en materiales suministrados por el consumidor».*

Dicho precepto contempla dos supuestos fácticos diferenciados: el primero supone un “consentimiento implícito” del consumidor. Éste requiere un expreso conocimiento de dicha falta o bien un desconocimiento infundado, basado en que no lo desconocería si hubiese empleado una diligencia media. El segundo supuesto se remite a la causa originaria de la falta de conformidad, imputándose al consumidor debido a que ha proporcionado los materiales para producir el producto que más tarde compra.

Esta regla general es excepcionada en la directiva con el supuesto que se recoge en el apartado d) del tantas veces citado artículo 2.2. Se establecen tres

supuestos excepcionales, «*bajo cuyo ámbito el vendedor queda exonerado de cualquier obligación que pudiere derivarse de las declaraciones públicas realizadas sobre las características concretas de los bienes, en particular en la publicidad o el etiquetado*<sup>362</sup>» (es obvio que la carga de la prueba de su aparición corresponde al vendedor): primero, si el vendedor la desconoce y además no se puede exigir que la conociese; segundo, si se hubiere corregido como consecuencia del acuerdo contractual; tercero, que el comprador hubiese adquirido asimismo el bien de consumo aun conociéndola.

En cuanto a la cuestión de si el precepto se refiere solo a las declaraciones públicas hechas por el vendedor o incluye asimismo las realizadas por el productor o su representante, a juicio de Sagasti «*todas las declaraciones públicas quedarían cubiertas...con independencia del autor de las mismas*». Nosotros suscribimos su postura al compartir su argumentación basada en: «*la interpretación literal del precepto, por cuanto que el artículo 2.4 DVGBC remite...sin excepción..., a la letra d) del apartado 2, la cual comprende todas las autorías...; de otra parte, se hallaría una interpretación sistemática y finalista, de limitarse los supuestos de exclusión únicamente a las declaraciones públicas hechas por el vendedor, resultaría una incongruencia y una paradoja jurídica el supuesto consistente en que fuere el propio vendedor quien desconociera, y no cupiere razonablemente esperar que conociera, la declaración en cuestión*»<sup>363</sup>.

Por último, y en lo que se refiere a los recursos procesales se encuentran contemplados en el considerando 9 y determinados en el artículo 4 de la DVGBC<sup>364</sup>. Transcribimos el tenor de este último para realizar sobre el mismo una breve glosa:

---

<sup>362</sup> Vid. J. J. SAGASTI AURREKOETXEA, *El régimen de garantías en la venta de bienes de consumo*, cit., 1018.

<sup>363</sup> Vid. J. J. SAGASTI AURREKOETXEA, *El régimen de garantías en la venta de bienes de consumo*, cit., 1018.

<sup>364</sup> Afirma además Sagasti: «Una vez más, habría de ponerse de relieve el escaso rigor de técnica jurídica que presenta el texto de la Directiva en su versión en español, toda vez que el epígrafe del citado artículo 4 se traduce como 'Recursos', cuando en la versión original en inglés figura como *Right of redress*». Vid. *Ibidem*, 1034. nt. 76.

*«Cuando el vendedor final deba responder ante el consumidor por falta de conformidad resultante de una acción u omisión del productor, de un vendedor anterior perteneciente a la misma cadena contractual o de cualquier otro intermediario, el vendedor final podrá emprender acciones contra la persona responsable en la cadena contractual. La legislación nacional determinará quién es el responsable, o los responsables, contra los que podrá emprender acciones el vendedor final, así como las acciones y las condiciones de ejercicio correspondientes».*

Se aborda el supuesto de que el vendedor final sea requerido a responder ante el consumidor por falta de conformidad que derive de una acción u omisión del productor, de un previo vendedor que pertenezca a la cadena contractual o de cualquier otro intermediario. En este supuesto el vendedor final podrá repetir su responsabilidad a través de la correspondiente reclamación judicial contra quien hubiese sido responsable en la cadena contractual. Se añade que será aplicable la legislación nacional para la concreta determinación de aquella, así como para saber las condiciones de ejercicio de las acciones correspondientes.

Aclarado lo que se entiende por “falta de conformidad”, decíamos anteriormente que los principales problemas en alcanzar los objetivos de fortalecimiento de la tutela de los consumidores establecidos a nivel supranacional, se registran en su aplicación práctica.

En cuanto a la ley especial de actuación de la directiva europea, añadiendo dos recursos jurisdiccionales dirigidos a la recuperación de la conformidad del bien (acción de reparación y sustitución) a los ya previstos por el Código Civil (es decir, la reducción del precio y la rescisión del contrato), refleja, también en el ordenamiento jurídico español, la misma jerarquización que se puede observar en el sistema normativo italiano.

Por lo tanto, en derecho español cuando un comprador/consumidor se da cuenta de que el bien adquirido no se corresponde, en términos de calidad, a lo que se había obligado el vendedor profesional, las únicas medidas a las que puede recurrir en primera instancia son solo las que están dirigidas a la recuperación de la conformidad del bien (acción de reparación o sustitución, a elección del consumidor, a menos que una de las dos opciones resulte

objetivamente imposible o excesivamente desproporcionada para la contraparte). Solo si el vendedor profesional no ha cumplido con la obligación de reparación o sustitución en un determinado plazo, o si la reparación ha conllevado ulteriores inconvenientes para el comprador/consumidor, éste podrá recurrir a los recursos tradicionales de la reducción de precio o la rescisión del contrato<sup>365</sup>.

Ante lo expuesto, consideramos que los mismos problemas de limitación de la tutela que se hemos expresado en la aplicación italiana de la directiva europea, se plantean también en la ley especial española de recepción de la normativa supranacional en materia de venta de bienes de consumo. Por ello, entendemos que si bien las normas imponen recurrir en primera instancia sólo a las acciones de arreglo y sustitución del bien, no existe ninguna disposición que asegure, concretamente, la realización coactiva de la reparación; y, además, la puesta en práctica de las acciones de reducción del precio y rescisión del contrato como *extrema ratio* evidencia de hecho cierta restricción de la tutela resolutoria del comprador consumidor.

En suma, creemos que también en este caso los objetivos de fortalecimiento de la tutela del sujeto más débil contra las prevaricaciones comerciales del sujeto negocial, más fuerte en el mercado, hayan sido considerados más desde

---

<sup>365</sup> Esto es lo que se deduce de la lectura de los siguientes artículos del Texto Refundido de 2007:

«Artículo 119. Reparación y sustitución del producto.

1. Si el producto no fuera conforme con el contrato, el consumidor y usuario podrá optar entre exigir la reparación o la sustitución del producto, salvo que una de estas dos opciones resulte objetivamente imposible o desproporcionada [...].

Artículo 120. Régimen jurídico de la reparación o sustitución del producto.

La reparación y la sustitución se ajustarán a las siguientes reglas:

[...]b) Deberán llevarse a cabo en un plazo razonable y sin mayores inconvenientes para el consumidor y usuario, habida cuenta de la naturaleza de los productos y de la finalidad que tuvieran para el consumidor y usuario.

[...]d) Si concluida la reparación y entregado el producto, éste sigue siendo no conforme con el contrato, el consumidor y usuario podrá exigir la sustitución del producto, salvo que esta opción resulte desproporcionada, la rebaja del precio o la resolución del contrato en los términos previstos en este capítulo.

[...]

Artículo 121. Rebaja del precio y resolución del contrato.

La rebaja del precio y la resolución del contrato procederán, a elección del consumidor y usuario, cuando éste no pudiera exigir la reparación o la sustitución y en los casos que éstas no se hubieran llevado a cabo en plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor y usuario. La resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia».

la finalidad de asegurar cierto equilibrio del mercado, que de lograr la armonización de los intereses de los sujetos considerados.

## CONCLUSIONI

L'attenzione alla tematica dell'equilibrio contrattuale è stata mossa, come abbiamo più volte sottolineato in questo lavoro, dal fermento legislativo e dottrinale che si è registrato recentemente in ambito sovranazionale in materia di tutela del consumatore.

Si tratta di una normativa volta ad offrire maggiore protezione al c.d. contraente debole, e cioè alla parte che, dotata di scarsa forza negoziale, è destinata a subire passivamente l'assetto di interessi contrattuali stabilito da controparte, soggetto che, al contrario, riveste solitamente una posizione c.d. forte o addirittura dominante sul mercato in cui opera.

Il canale rimediabile di *favor* che è stato creato in ambito europeo attraverso l'adozione di numerose direttive, si aggiunge alla protezione codicistica già prevista dai singoli ordinamenti interni degli Stati membri, costituendo un doppio binario di tutela per il consumatore; tuttavia, le diverse modalità di attuazione delle direttive adottate a livello nazionale dai vari Paesi dell'Unione Europea, hanno posto problemi interpretativi di non poco conto, lasciando il giurista municipale in balia di una moltitudine di fonti, tra loro variamente stratificate, e, in quanto al contenuto, poco omogenee; con la conseguenza, tra l'altro, che si è prodotto un progressivo allontanamento dagli obiettivi di armonizzazione cui le stesse direttive erano preordinate.

Ciò posto, ci si è chiesti allora, in dottrina, se non fosse piuttosto necessario un ripensamento di metodo, atto a portare definitivamente a compimento tale percorso di armonizzazione delle tutele del soggetto debole; accantonata la strada dello strumento cogente o c.d. di *hard law*, invisibile agli ordinamenti di *common law*, si è ritenuto, più recentemente, di dovere operare una riflessione sugli strumenti c.d. di *soft law*, orientandosi piuttosto su un diritto la cui cogenza non deriva dalla cogenza delle Istituzioni da cui promana, ma dalla forza della sua prassi.

L'idea di recuperare quel sostrato di principi e regole che hanno contribuito, nel corso dell'evoluzione storica europea, alla formazione di un patrimonio giuridico comune sia agli ordinamenti di *civil law* sia a quelli di *common law*, ci ha orientati, dunque, a centrare l'indagine nel campo del diritto romano, atteso il ruolo fondamentale che quest'ultimo assume nell'evoluzione della storia del diritto europeo.

Ebbene, attraverso la comparazione diacronica dell'istituto della garanzia per vizi e delle azioni apprestate in materia per il compratore-consumatore, ci siamo effettivamente persuasi della circostanza che i problemi di "giustizia contrattuale" sorti in epoca moderna in sede europea e poi trasposti nei singoli ordinamenti municipali, non dovevano essere del tutto avulsi all'esperienza giuridica romana; anzi, abbiamo tentato di dimostrare, che è proprio nel ventre di Roma che, invece, affondano le radici di una primordiale riflessione in materia.

Attraverso i nostri studi abbiamo innanzitutto ricostruito la posizione della dottrina romanistica in materia di equilibrio contrattuale, constatando, nel I capitolo della prima parte della tesi, che in letteratura si scorgono problemi di "giustizia contrattuale" solo in materia di sinallagma; l'elaborazione scientifica romana sul punto si snoda attraverso il pensiero di giuristi classici del calibro di Labeone e Aristone, in cui la romanistica ha variamente ritenuto di poter intravedere una certa attenzione alla tematica del bilanciamento delle obbligazioni e/o prestazioni del contratto, ovvero del c.d. "equilibrio oggettivo", per mutuare un'espressione della civilistica moderna.

Tuttavia, nulla sembra scorgersi in letteratura in relazione ai problemi che, utilizzando una terminologia attuale, riguardano invece l'"equilibrio soggettivo" del contratto, e cioè l'assetto delle parti contraenti quando le loro determinazioni risultano sperequate da un originario squilibrio delle forze negoziali.

In realtà, nei capitoli III e IV della prima parte del nostro lavoro, attraverso una nuova analisi delle fonti e in particolare delle clausole dell'editto edilizio *de mancipiis vendundis* che ci restituiscono l'*actio redhibitoria* e *quantum minoris* o *aestimatoria*, abbiamo tentato, invece, di dimostrare che l'attenzione edilizia alla posizione che rivestivano i contraenti nel mondo del mercato si addentrava proprio in quelle ragioni endemiche che possono

produrre squilibrio contrattuale comportando, di conseguenza, un'inevitabile diseguaglianza economica e/o giuridica delle prestazioni; pensiero, quest'ultimo, che va forse oltre le considerazioni dei giuristi classici in materia di sinallagma, ragionando sulle cause soggettive che invalidano a monte l'equità economico-giuridica dell'accordo per motivi sistemici piuttosto che su singoli eventi che, occasionalmente, possono determinare uno squilibrio in concreto.

Peraltro, convinti che «*la comparazione diacronica [...] è sempre possibile, ma i risultati in ordine a comunanza, somiglianza, rapporti di derivazione di istituti sono, naturalmente, diversi a seconda della maggiore o minore diversità fra le due formazioni [...]*» e che, conseguentemente, «*la comparazione diacronica fra istituti giuridici di due formazioni economico-sociali è tanto più produttiva di risultati quanto più vi sia somiglianza o derivazione storica fra alcuni rapporti di produzione e alcune esigenze economiche di due formazioni*<sup>366</sup>», non ci è sembrato irrilevante che la fonte giuridica su cui abbiamo ritenuto di rintracciare prove di una particolare attenzione ai problemi di equilibrio delle parti, promanasse proprio da quei magistrati -gli edili curuli- che si occupavano, a Roma, di dirimere le controversie nei mercati, luoghi in cui avvenivano gli scambi. Ed infatti è proprio nell'ambito della prassi commerciale che, oggi come ieri, nasce e assume rilievo l'esigenza di una migliore protezione di quei soggetti che, dotati di una scarsa forza negoziale sul mercato, si stagliano nelle c.d. "categorie deboli".

Ebbene, anche in diritto romano *l'actio redhibitoria* e *quanti minoris* o *aestimatoria*, congegnate in risposta a queste nuove esigenze, si aggiungevano a quelle originariamente previste dal *ius civile*, e precisamente all'*actio empti*, costituendo, almeno originariamente, un doppio binario di tutela per il soggetto contrattuale debole.

I risultati cui si è pervenuti, dunque, attraverso questa ricerca, hanno evidenziato una certa similitudine nella genesi delle esigenze di maggiore tutela del consumatore quale soggetto debole negoziale in ambito romanistico

---

<sup>366</sup> Così F. SERRAO, *Diritto romano e diritto moderno. Comparazione diacronica o problema della «continuità»* in *Rivista di Diritto Civile*, 28, 1982, 172.



e moderno, dettata, a nostro parere, proprio dall'esatta rispondenza dei meccanismi di produzione dei bisogni del mercato, che determina, infine, l'assunto della comparabilità dell'economia romanistica con quella moderna. Una certa analogia è stata riscontrata, tra l'altro, anche nelle modalità di soddisfacimento di tali esigenze, che hanno portato entrambi i sistemi giuridici, con le dovute differenze, alla creazione di un doppio binario di tutela a favore del compratore-consumatore, formalmente distinto, almeno in origine, dall'impianto di garanzie per vizi.

Ciò posto, ci auspichiamo, in definitiva, che il recupero della dimensione storica dell'istituto della garanzia per vizi e della genesi dei rimedi processuali apprestati in materia in ambito romanistico, possa costituire un nuovo spunto di riflessione per ulteriori approfondimenti scientifici, contribuendo al dibattito moderno sui problemi derivanti dall'applicazione pratica del nuovo canale rimediale di *favor* del consumatore.

## BIBLIOGRAFIA:

- A. A. V.V., *L'attuazione della direttiva 99/44/CE in Italia e in Europa*, in Atti del Convegno internazionale dedicato alla memoria di Alberto Trabucchi, Padova, 14 – 15 settembre 2001;
- A. A. V. V., *Valore della persona e giustizia contrattuale: scritti in onore di Adriano de Cupis in Pubblicazioni del Dipartimento di teoria dello stato dell'Università degli Studi di Roma la Sapienza. Biblioteca di diritto privato Andrea Torrente*, Milano, 2005;
- R. ALESSI, *L'attuazione della direttiva nel diritto italiano: il dibattito e la sua impasse* in (a cura di R. ALESSI) *La vendita dei beni di consumo*, Milano, 2005;
- G. AMADIO, *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche* in Riv. dir. civ., I, 2001;
- V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*<sup>2</sup>, Napoli, 1954;
- B. ALBANESE, *Recensione critica a L. Chiazzese, Jusiurandum in litem (Milano, Giuffrè, 1958)* in IVRA, vol. X, parte I, 1959;
- ID., *'Agere', 'Gerere', 'Contrahere'* in D.50.16.19. *Congetture su una definizione di Labeone* in SDHI, 38, 1972 = ID. in (a cura di M. MARRONE) *Scritti Giuridici*, II, Palermo, 1991;
- R. ALESSI, *L'attuazione della direttiva nel diritto italiano: il dibattito e la sua impasse* in (a cura di R. ALESSI) *La vendita di beni di consumo*, Milano, 2005;
- G. ALPA, *Autonomia delle parti e libertà contrattuale oggi* in (a cura di G. ALPA, G. IUDICA, U. PERFETTI, P. ZATTI), *Il Draft Common frame of reference del diritto privato europeo*, Padova, 2009;
- M. BARCELLONA, *Clausole generali e giustizia contrattuale: equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo*, Torino, 2006;
- E. BARON, *Ad omnes partes Dig. Seu Pand. Enucl. Manual. Libri singulares*, Paris, 1547-56;

- A. BECHMANN, *Der Kauf nach gemeinem Recht*, 1, *Geschichte des Kaufs im römischen Recht*, Erlangen, 1876;
- G. BENACCHIO, *Diritto privato della Comunità Europea*, IV ed., Padova, 2008;
- H. P. BENHÖR, *Das sogennante Synallagma in den Konsensualkontrakten*, Hamburg, 1965;
- G. BESELER, *Einzelne Stellen* in ZSS, 52, 1932;
- E. BETTI, *Sul valore dogmatico della categoria “contrahere” in giuristi proculiani e sabiniani* in BIDR, XXVIII, 1915;
- ID., *Appunti di teoria dell’obbligazione in diritto romano*, Roma, 1958;
- P. BIAVASCHI, *Caesari familiarissimus. Ricerche su Aulo Ofilio e il diritto successorio tra repubblica e principato*, Milano, 2011;
- M. BIN, *Per un dialogo con il futuro legislatore dell’attuazione: ripensare l’intera disciplina della non conformità dei beni nella vendita alla luce della direttiva comunitaria* in Contr. impr./Europa, 2000;
- B. BIONDI, *Sulla dottrina romana dell’actio arbitraria*, Palermo, 1911;
- ID., *Studi sulle actiones arbitrarie e l’arbitrium iudicis* in Libr. Inter. A. Reber, fasc. I., Palermo, 1913;
- ID., *Di nuovo sulla dottrina dell’actio arbitraria (a proposito di una recente ipotesi)* in BIDR, fasc. I – II, Roma, 1913;
- ID., *Contratto e stipulatio*, Milano, 1953;
- A. BISCARDI, *Quod Graeci synallagma vocant* in Labeo, XXIX, 1983;
- B. BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno pattizio dall’epoca arcaica all’editto giuliano*, Milano, 2002;
- U. BRASIELLO, *Obligatio re contracta* in Studi Bonfante, II, 1930;
- ID., *In tema di categorie contrattuali* in SDHI, 10, 1944;

- O. BUCCI, *Il principio di equità nella storia del diritto* in *Collana Università degli Studi del Molise, Dipartimento di scienze giuridico-sociali e dell'amministrazione*, Napoli, 2000;
- A. BURDESE, *Osservazioni in tema di c.d. contratti innominati* in *Estudios Iglesias, I*, Madrid, 1988;
- ID., *Recensione a H. P. BENÖHR, Das sogennante Synallagma* in *IVRA*, 17, 1996;
- ID., *Recensioni e commenti: sessant'anni di letture romanistiche* in (a cura di L. GAROFALO) *L'arte del diritto*, Padova, 2009;
- R. CALVO, *L'equità nel diritto privato. Individualità, valori e regole nel prisma della contemporaneità*, Milano, 2010;
- ID., *L'autorevole codice civile: giustizia ed equità nel diritto privato*, Milano, 2013;
- C. A. CANNATA, *Sulla divisio obligationum nel diritto romano repubblicano e classico* in *IVRA*, 21, 1970;
- ID., *La distinctio re-verbis-litteris-consensu et les problèmes de la pratique* in *Sein und Werden im Recht, Festgabe v. Lübtow*, 1971;
- ID., *La classificazione delle fonti delle obbligazioni. Vicende di un problema dommatico e pratico, Materiali per una storia della cultura giuridica*, IV, 1974;
- ID., *L'actio in factum civilis'* in *IVRA*, 57, 2008–2009.
- ID., *Labeone, Aristone e il sinallagma* in *IVRA*, 58, 2010;
- F. CARINGELLA, *Studi di diritto Civile*, II, Milano, 2003;
- F. CASAVOLA, *Auditores Servii* in *La critica del testo. Atti del secondo congresso internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto*, I, Firenze, 1971;
- ID., *Auditores Servii tra Pomponio e Ulpiano*, in (a cura di G. DE CRISTOFARO) *Giuristi adrianei. Con note di prosopografia e bibliografia su giuristi del II sec. d.C.*, Napoli, 1980;
- ID., *Cicerone e Giulio Cesare tra democrazia e diritto* in *Questioni di giurisprudenza tardo-repubblicana*;

- C. CASTRONOVO, *Il diritto di regresso del venditore finale nella tutela del consumatore*, in Eur. dir. priv., 2004;
- P. CERAMI, *D.2.14.5 (Ulp. 4 ad ed.). Congetture sulle tre species conventionum* in ANA, 85,1974 = ID., in AUPA, 36, 1976;
- ID., *voce Risoluzione del contratto a) diritto romano*, XL, Milano, 1989;
- ID., *Il sistema ofiliano* in *La codificazione del diritto dall'antico al moderno*, Napoli, 1998;
- P. CERAMI – A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo Storico*, Torino, 2010;
- L. CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem*, Milano, 1958;
- R. CONTI, *Legislazione consumeristica e ruolo della Corte di Giustizia*, in (a cura di A. MIRANDA), *La tutela del consumatore. Itinerari normativi tra legislazione e prassi*, Palermo, 2004;
- E. CORSO, *Della vendita dei beni di consumo*, Comm. Scialoja-Branca, Bologna – Roma, 2005;
- C. COSENTINI, *Guida alla consultazione delle fonti giuridiche romane e dei mezzi ausiliari di indagine* in (a cura di C. COSENTINI) *Collana di testi per esercitazioni*, Catania, 1949;
- ID., *Lezioni di esegesi delle fonti del diritto romano*, Catania, 1995;
- E. COSTA, *Il concetto labeoniano di «contractus» e la parafrasi dell'Etica aristotelica in Andronico da Rodi* in *Rend. Acc. Bol.*, 1915-1916, estr. 1916;
- M. F. CURSI – R. FIORI, *Le azioni generali di buona fede e di dolo nel pensiero di Labeone* in *BIDR*, 1, 2011;
- T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto: elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova, 2004.
- ID., *Ancora sul valore del richiamo al synallagma in Labeone e Aristone* in *Studi in onore di Remo Martini*, I, Milano, 2008;
- A. D'ANGELO, *Il contratto in generale. La buona fede*, in *Trattato di Diritto Privato*, Torino, 2004;

- A. D'ANGELO – P. G. MONATERI - A. SOMMA (a cura di A. SOMMA) *Buona fede e giustizia contrattuale: modelli cooperativi e modelli conflittuali a confronto* in *Diritto privato dei Paesi comunitari. Sezione approfondimenti*, Torino, 2005;
- G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, Padova, 2000;
- ID., voce *Vendita (vendita di beni di consumo)* in *Enc. Giur. Treccani*, XII, Aggiornamento, Roma, 2004;
- ID., *Il «codice del consumo»: un'occasione perduta?* in *Studium iuris*, 2005;
- P. DE FRANCISCI, *Synallagma, Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, I-II, Pavia, 1913;
- C. G. L. DE WEYHE, *Libri tres Edicti sive libri de origine fatisque jurisprudentiae romanae praesertim edictorum praetoris ac de forma Edicti perpetui*, Cellis Lunenburgicis, 1821;
- G. DE NOVA, *La ricezione della direttiva sulle garanzie nella vendita di beni di consumo: vincoli, ambito di applicazione, difetto di conformità* in *Riv. dir. priv.*, 2001;
- F. DE ZULUETA, *The roman law of sale*, Oxford, 1945;
- G. DEVOTO, *Storia della lingua di Roma*, Bologna, 1969;
- F. D'IPPOLITO, *I giuristi e la città*, Napoli, 1978;
- ID., *Il diritto e i cavalieri* in *La codificazione del diritto dall'antico al moderno (Incontri di studio. Napoli, gennaio-novembre 1996)*, Napoli, 1998;
- A. DI MAJO, *La nozione di equilibrio nella tematica del contratto, Incontro di studio del C.S.M., 22-24 aprile 2002* in [www.lexfor.it](http://www.lexfor.it);
- F. M. DI MAJO, *Efficacia diretta delle direttive inattuate: dall'interpretazione conforme del diritto interno alla responsabilità dello Stato per la mancata attuazione delle direttive* in *Rivista diritto europeo*, 1994;
- S. DI PAOLA, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia del diritto romano*, Milano, 1966;

- N. DONADIO, *La tutela del compratore tra actiones aediliciae e actio empti*, Milano, 2004;
- ID., *Azioni edilizie e interdipendenza delle obbligazioni nell'emptio venditio. Il problema di un giusto equilibrio tra le prestazioni delle parti* in (a cura di L. GAROFALO) *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, vol. II, Padova, 2007;
- A. D'ORS, *Re et verbis* in *Atti Verona*, III, 1948;
- ID., *Creditum y contractus* in *AHDE*, 26, 1956 = ID., in *ZSS*, 74, 1957;
- ID., *El "contractus" según Labeón* in *Repl. Panorm. II, Rev. De Est. Hist. Jurid. Valparaiso*, I, 1976;
- ID., *Conventiones y contractum* in *Repl. Panorm., III, AHDE*, 46, 1976;
- F. DUARENO, *Opera*, Paris, 1550;
- W. ERNST, *Die Vorgeschichte der exceptio non adimpleti contractus im römischen Recht bis Justinian* in *Festgabe für Werner Flume*, Heidelberg, 1998 = ID. in *Die Einreide des nichterfüllten Vertrages. Zur historischen Entwicklung des synallagmatischen Vertragsvollzugs im Zivilprozeß*, Berlin, 2000;
- R. FADDA, *La riparazione e la sostituzione del bene difettoso nella vendita (dal codice civile al codice del consumo)*, Napoli, 2007;
- M. G. FALZONE CALVISI, *Garanzie legali nella vendita: quale riforma?* in *Contr. impr./Europa*, 2000;
- R. FIORI, *'Contrahere' in Labeone* in (a cura di M. HUMBERT – A. RIGAUDIÈRE) *Romanité et modernité du droit. Carmina iuris. Mélanges en l'honneur de Michel Humbert*, 2012;
- P. FREZZA, *Rec. a V. Arangio-Ruiz, Societas re contracta e communio incidens, estratto dagli Studi in onore di S. Riccobono*, IV, 357-359 in *SDHI*, I, 1935;
- E. G., *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu dessen Wiederherstellung. Mit dem für die Savigny-Stiftung ausgeschriebenen Preise gekrönt. Von Dr. OTTO LENEL, ord. Professor des Römischen Rechts zu Kiel. Verlag von Bernhard Tauchnitz, Leipzig, 1883, 8vo., in Heinonline, cit. 1 L. Q., Rev. 369, 1885;*
- G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Roma-Bari, 1999;

- F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria e spunti per la revisione di impostazioni moderna. Corso di diritto romano*, I-II, Torino, 1992;
- ID., *Ai primordi del passaggio della sinallagmaticità dal piano delle obbligazioni a quello delle prestazioni* in (a cura di A. BURDESE) *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova, 2006 = ID. in (a cura di L. VACCA) *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, II Congresso internazionale Aristec (Palermo – Trapani, 7 - 10 giugno 1995), Torino, 1997;
- ID., *A proposito di 'aeque' in D.19.1.50: un giudizio con comparazione sottesa* in SDHI, 66, 2000;
- G. GANDOLFI, *Il Progetto Gandolfi di un Codice Europeo dei contratti in Europa e diritto privato*, 2002;
- M. J. GARCIA GARRIDO, *Derecho privado romano I. Institutiones*, Madrid, 1979;
- L. GAROFALO, *Studi sull'azione redibitoria*, Padova, 2000;
- ID., in (a cura di L. GAROFALO, V. MANNINO, E. MOSCATI, P. M. VECCHI) *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, Padova, 2003;
- ID., *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio* in (a cura di A. BURDESE) *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova, 2006;
- F. GAZZONI, *Equità ed autonomia privata*, Milano, 1970;
- H. GHIPANIUS, *Oeconomia iuris sive dispositio methodica omnium librorum ac titulorum iuris civilis<sup>2</sup>*, Argentorati, 1612;
- A. GIFFARD, *L'action édilicienne "quanti minoris"* in RHD, 1931;
- C. GOTHOFREDUS, *Ordo Edicti perpetui una cum serie librorum, quos iurisconsulti ad id scripsere, Fontes quatuor iuris civilis in unum collecti*, Genevae, 1653;
- P. GRÖSCHLER, *Auf den Spuren des Synallagma. Überlegungen zu D.2.14.7.2 und D.50.16.19* in *Antike-Recht-Geschichte. Symposium zu Ehren von P.E. Pieler*, Frankfurt am Main, 2009;
- G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, Torino, 1945;



- ID., *Meditazioni sulle tendenze e concezioni dei romani* in Festschr. Schulz, II, 1951;
- ID., *Note critiche di diritto romano* in Mél. Meylan, 1, 1963;
- ID., *Problemi generali del diritto attraverso il diritto romano*, Torino, 1967;
- ID., *Da Pedio ai bizantini in D.2.14.1.3-4* in Studi Volterra, I, 1969;
- ID., *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano*, Torino, 1970;
- ID., *Influenze aristoteliche nella sistemazione delle fonti delle obbligazioni nella giurisprudenza romana* in Coll. it. franc. "La filosofia greca e il diritto romano" (Roma, 14-17 apr. 1973), 1, 1976;
- ID., *La conception du contract dans le dr. rom. et son influence dans le droits modernes* in Le droit romain et sa réception en Europe. Actes du colloque de Varsovie 8-10.10.1973, 1978;
- ID., *Problemi sistematici nel diritto romano. Cose-contratti*, Torino, 1976;
- ID., *Contractus e συνάλλαγμα nei giuristi romani* in Studi Giuliano Bonfante, 1976;
- A. GUARINO, *La leggenda sulla codificazione dell'editto e la sua genesi* in Atti del Congresso internazionale di Diritto Romano, II, 1951;
- ID., *L'esaurimento del «ius honorarium» e la pretesa codificazione dell'editto* in Studi Albertario, I, 1953;
- ID., *Storia del diritto romano*<sup>2</sup>, Milano, 1954;
- ID., *Opinioni codificate?* in Labeo, 1, 1955;
- ID., *L'editto edilizio e il diritto onorario* in Labeo, 1, 1955;
- ID., *Ancora sull'editto edilizio* in Labeo, 2, 1956;
- ID., *L'ordinamento giuridico romano*<sup>3</sup>, Napoli, 1959;
- ID., *Alla ricerca di Salvio Giuliano* in Labeo, 5, 1959;

- ID., *Il gusto dell'esegesi: D.19.1.50* in (a cura di L. GAROFALO) *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno Internazionale di studi in onore di A. BURDESE, IV, Padova-Venezia-Treviso, 14-15-16 giugno 2001, pubblicato 2003;*
- F. HAYMANN, *Recensione a R. Monier, La garantie* (cit.), in *ZSS*, vol. 51, 1931;
- J. G. HEINECCIUS, *Opuscula postuma in quibus Historia Edictorum edictique perpetui, ipsiusque edicti perpetui, ordini et integritati suae restituti, Partes II. Vita Ludovici Germanici Imp. Aliaque continentur*, Genevae, 1748;
- E. HENRI, *Thesaurus Graecae Linguae*, Parigi, 1831-1865;
- G. IMPALLOMENI, *L'editto degli edili curuli*, Padova, 1955;
- C. JOERGES, *Il ruolo interpretativo della Corte di Giustizia e la sua interazione con le corti nazionali nel processo di europeizzazione del diritto privato*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000;
- L. JOUSSERANDOT, *L'Édit Perpétuel*, I, Paris, 1883;
- M. KASER, *Gaius und die Klassiker* in *ZSS*, 70, 1953;
- ID., *Das römische Privatrecht*, München, 1971;
- G. LA PIRA, *La personalità scientifica di Sestio Pedio* in *BIDR*, 45, 1938;
- M. LAURIA, *Contractus, delictum, obligatio* in *SDHI*, 4, 1938;
- O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum*<sup>3</sup>, Leipzig, 1927;
- ID., *Palingenesia iuris civilis*, I-II, Leipzig, 1889;
- H. G. LIDELL – R. SCOTT, *A Greek-English Lexicon*, Oxford, 1940<sup>9</sup> (rist. *ibidem* 1966);
- C. LONGO, *Corso di diritto romano. Parte generale: fatti giuridici – negozi giuridici – atti illeciti. Parte speciale: La compra-vendita*, Milano, 1944;

- A. LUMINOSO, *Appunti per l'attuazione della direttiva 1999/44/CE e per la revisione della garanzia per vizi nella vendita*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2001;
- ID., *La compravendita*<sup>6</sup>, Torino, 2009;
- W. MACHEINER, *Zu den Anfängen des Kontraktssystems* in Festgabe A. Herdlitzka, München, 1972;
- G. F. MANCINI, *Democrazia e costituzionalismo dell'Unione europea*, Bologna, 2004;
- A. MANIACI, *Commento all'art. 1519-nonies* in (a cura di G. ALPA, G. DE NOVA e altri) *L'acquisto di beni di consumo. D. lgs. 2 febbraio 2002 n. 24*, Milano, 2002;
- L. MANNA, *Actio redhibitoria e responsabilità per i vizi della cosa compravenduta nell'editto de mancipiis vendundis*, Milano, 1994;
- D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano. Per la didattica delle istituzioni di diritto romano*, Como, 1999;
- A. MARCHI, *Storia e concetto dell'obbligazione romana*, Roma, 1912.
- M. J. MARÍN LÓPEZ, *Las garantías en la venta de bienes de consumo en la Unión Europea. La Directiva 99/44/CE y su incorporación en los Estados miembros*, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 2004;
- M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*<sup>3</sup>, rist., Palermo, 2011;
- M. P. MARTINES, *Teorie e prassi sull'abuso del diritto* in (a cura di GALGANO F.) *Le monografie di contratto e impresa*, Padova, 2006;
- S. MAZZAMUTO, *Il contratto di diritto europeo*, II edizione, Torino, 2015;
- T. MAYER MALY, *Recensione a H. P. BENÖHR, Das sogennante Synallagma*, in *ZSS*, 83, 1966;
- G. MELILLO, *Voce «Edictum perpetuum»*, *NNDI*, VI, Torino, 1960;
- ID., *'In solutum dare'. Contenuto e dottrine negoziali nell'adempimento inesatto*, Napoli, 1970;

- ID., *Contrahere, pacisci, transigere. Contributi allo studio del negozio bilaterale romano*, II, Napoli, 1994;
- R. M. MÉNDEZ TOMÁS Y A. E. VILALTA NICUESA, *Garantías y acciones derivadas de las ventas de bienes de consumo. Sobre la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo*, Barcelona, 2004;
- P. MEYLAN, *La ley 23 D.46,4 et la notion de la bilateralité du contract de vente chez Labeon* in *Studi Riccobono*, 4, 1936;
- M. MICELI, *Studi sulla 'rappresentanza' nel diritto romano*, Milano, 2008.
- A. MIRANDA, *Introduzione*, in (a cura di A. MIRANDA), *La tutela del consumatore. Itinerari normativi tra legislazione e prassi*, 2004;
- R. MONIER, *Garantie contre les vices cachés dans la vente romain*, Paris, 1930;
- S. NINATTI, *Giudicare la democrazia? Processo politico e ideale democratico nella giurisprudenza della corte di giustizia europea*, Milano, 2004;
- G. NOODT, *Commentarius in D. Justiniani, Sacratissimi Principis, libros XXVII Digestorum sive Pandectarum Iuris enucleati ex omni vetere Iure collecti*<sup>2</sup>, Lugduni Batavorum, 1735;
- G. OPPO, *Lo "squilibrio" contrattuale tra diritto civile e diritto penale* in *Riv. Dir. Civ.*, I, 1999;
- R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, rist. II edizione, Palermo, 1987;
- R. ORTU, *'Aiunt aediles...'. Dichiarazioni del venditore e vizi sulla cosa venduta nell'editto de mancipiis emundis vendundis*, Torino, 2008;
- J. PARTSCH, *Das Dogma des Synallagma im römischen und byzantinischen Rechte* in *Aus nachgelassenen und kleineren verstreuten Schriften*, Berlin, 1931;
- C. PELLOSO, *Le origini aristoteliche del συνάλλαγμα di Aristone* in (a cura di L. GAROFALO) *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, I, Padova, 2007;

- ID., *Do ut des e do ut facias. Archetipi labeoniani e tutele contrattuali nella giurisprudenza romana tra primo e secondo secolo d. C.* in Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale, Padova, 2011;
- A. PERNICE, *Parerga III - Zur Vertragslehre der römischen Juristen* in ZSS, 9, 1888;
- S. PEROZZI, in (a cura di C. F. GLÜCK), *Commentario alle pandette*, XXI, ed. it., Milano, 1898;
- S. PERRAEI, *Aedicta praetoria ex libris pandectarum congruo ordine desumpta continens*, Parisiis, 1554;
- R. PETRUSO, *Le clausole abusive nei contratti con il consumatore nella giurisprudenza della Corte europea di giustizia*, in (a cura di) P. CERAMI - M. SERIO, *Scritti di comparazione e storia giuridica*, II, 2013;
- A. PEZZANA, *Classicità dell'actio aestimatoria*, in Arch. giur., vol. CXL, 1951;
- ID., *Recensioni critiche a Impallomeni e Volterra* in IVRA, 7, 1956;
- G. PISCIOTTA, *Il risarcimento del danno* in (a cura di R. ALESSI) *La vendita dei beni di consumo*, Milano, 2005;
- F. PRINGSHEIM, *Das Alter der aedilizischen actio quanti minoris* in ZSS, vol. 69, 1952;
- G. PROVERA, *Recensione a Lauro Chiazzese, Jusiurandum in litem*, Milano, Giuffrè, 1958 in SDHI, vol. XXIV, 1958;
- I. QUINTANA, *L'attuazione della direttiva 1999/44 nell'ordinamento giuridico spagnolo* in (a cura di R. ALESSI) *La vendita di beni di consumo*, Milano, 2005;
- G. RANCHINUS, *Edictum perpetuum a Salvio Iuliano iurisconsulto compositum a Guilelmo Ranchino in Monspeliensi schola Antecessore & in suprema subsidiorum curia Occitana fisci Advocato restitutum*, Parisiis, 1597;
- ID., *Edictum perpetuum Adrianeum restitutum*, Parmae, 1781;
- C. RINALDI, *La proporzione tra le prestazioni contrattuali (tesi di dottorato)*, 2006, in [www.fedoa.unina.it](http://www.fedoa.unina.it);

- F. J. SÁNCHEZ CALERO, *La obligación de saneamiento por vicios o gravámenes ocultos y la Ley de Garantías en la venta de bienes de consumo (Ley 23/2003, de 10 de julio)* in (a cura di P. J. AGUIRRE ZAMORANO) *La compraventa: Ley de Garantías*, Cuadernos de Derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006;
- J. D. SÁNCHEZ CASTRO, *L'inadempimento contrattuale e il sistema di rimedi nell'attuazione italiana e spagnola della direttiva 1999/44/CE: verso una costruzione unitaria della responsabilità contrattuale* in [http://amsdottorato.unibo.it/99/1/TESI\\_Sanchez\\_Castro.pdf](http://amsdottorato.unibo.it/99/1/TESI_Sanchez_Castro.pdf);
- S. RICCOBONO, *Stipulatio e instrumentum* in ZSS, 43, 1922 = ID., *Stipulatio, contractus, pacta*, Milano, 1934-1935;
- F. RITTNER, *Über die Entbehrlichkeit des sog. genetischen Synallagma in Rechtsbewahrung und Rechtsentwicklung*. Festschrift für Heinrich Lange, herausgegeben von K. Kuchinke, München, 1970;
- A. RODEGHIERO, *Sul sinallagma genetico nell'emptio venditio classica*, Padova, 2004;
- ID., *In tema di sinallagma funzionale nella compravendita romana classica* in BIDR, 1998-1999 (pubblicato nel 2005);
- G. ROMANO, *Conventio e Consensus (A proposito di Ulp. 4 ad ed., D.2.14.1.3)* in AUPA, 48, 2003;
- ID., *Le fattispecie contrattuali atipiche: logiche argomentative e modelli processuali* in (a cura di P. CERAMI - M. SERIO) *Scritti di comparazione e storia giuridica*, II, Torino, 2013;
- V. ROPPO, *Behavioural Law and Economics, regolazione del mercato e sistema dei contratti* in *Riv. dir. priv.*, 2013;
- ID., *Ancora sul contratto asimmetrico e terzo contratto. Le coordinate del dibattito con qualche elemento di novità* in (a cura di G. ALPA – V. ROPPO) *La vocazione del giurista. Saggi dedicati a S. Rodotà*, Roma – Bari, 2013;
- A. F. RUDORFF, *Edictum Perpetuum, Praefatio*, II, *De iuris dictione edictum. Edicti Perpetui quae reliqua sunt*, EUNSA, Pamplona, 1997.
- D. RUSSO, *Sull'equità dei contratti* in (a cura di P. PERLINGIERI) *Quaderni della Rassegna di diritto civile*, Napoli, 2001;

- J. J. SAGASTI AURREKOETXEA, *El régimen de garantías en la venta de bienes de consumo* en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 695, 2006;
- F. J. SÁNCHEZ CALERO, *La obligación de saneamiento por vicios o gravámenes ocultos y la Ley de Garantías en la venta de bienes de consumo (Ley 23/2003, de 10 de julio)* in (a cura di P. J. AGUIRRE ZAMORANO) *La compraventa: Ley de Garantías*, Cuadernos de Derecho judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006;
- M. V. SANSÓN RODRÍGUEZ, *La buena fe en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de las obligaciones desde la perspectiva del derecho privado romano* in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. BURDESE, IV, Padova-Venezia-Treviso, 14-15-16 giugno 2001*, pubblicato 2003;
- R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone* in *AUPA*, 37, 1983;
- M. SARGENTI, *Appunti sull'esperibilità dell'azione contrattuale nella compravendita* in *Studi Arangio-Ruiz*, II, Napoli, 1953;
- ID., *La sistematica pregaiana delle obbligazioni e la nascita dell'idea di contratto* in (a cura di AA.VV.) *Prospettive sistematiche nel diritto romano*, Torino, 1976;
- ID., *Labeone: la nascita dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano* in *IVRA*, 38, 1987;
- A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani: nova negotia e transactio da Labeone a Ulpiano*, Napoli, 1971;
- ID., *Giuristi e nobili nella Roma repubblicana: il secolo della rivoluzione scientifica nel pensiero giuridico antico*, Roma-Bari, 1987;
- E. SCIANDRELLO, *'Nomen contractus' e 'nuovi contratti'. L'agere praescriptis verbis labeoniano tra tipicità e atipicità contrattuale* in *DIRITTO@STORIA*, XII, 2014;
- F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1946;
- ID., *Classical Roman Law*, Oxford, 1951.
- M. SERIO, *Diritto comunitario e diritto interno* in *Giustizia insieme*, 2008;

- F. SERRAO, *Diritto romano e diritto moderno. Comparazione diacronica o problema della «continuità»* in Rivista di Diritto Civile, 28, 1982, 172;
- P. SIRENA, *Art. 135 (tutela in base ad altre disposizioni)* in (a cura di M. C. BIANCA) *La vendita dei beni di consumo* (artt. 128 – 135 del d. lgs. 6 settembre 2005 n. 206). Commentario, Padova, 2006;
- G. SMORTO, *Clausole abusive e diritti dei consumatori: raffronti comparatistici*, Padova, 2001;
- L. SOLIDORO MARUOTTI, *La tradizione romanistica nel diritto europeo*, vol. I-II, Lezioni, II edizione, Torino, 2010;
- M. TALAMANCA, *Contributi allo studio delle vendite all'asta nel mondo classico* (= «Mem. Lincei, VIII S., VI.2»), Roma, 1954;
- ID., *La tipicità dei contratti romani fra conventio e stipulatio fino a Labeone* in (a cura di F. MILAZZO) *Contractus e Pactum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana. Atti del Convegno di diritto romano e della presentazione della nuova riproduzione della littera Florentina*, Copanello 1-4 giugno 1988, Napoli - Roma, 1990;
- ID., voce «*Vendita in generale: a) diritto romano*» in *Enciclopedia del diritto*, 46, Milano, 1993;
- ID., *Considerazioni sul 'periculum rei venditae'* in *Sem. Compl.*, 7, 1995;
- ID., *'Lex' ed 'interpretatio' in Lab. 4 post. a Iav. epit. D.19.1.50* in *Nozione, formazione e applicazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al Professor Filippo Gallo*, II, Napoli, 1997;
- S. TONDO, voce «*Invalidità e inefficacia del negozio giuridico*» in *Nuovo Digesto Italiano*, 8, Torino, 1962;
- N. TROCKER, *Il diritto processuale europeo e le «tecniche» della sua formazione: l'opera della corte di giustizia in Europa e Diritto Privato*, 2010, fasc. 2.;
- L. VACCA, *Sulla responsabilità 'ex empto' del venditore nel caso di evizione secondo la giurisprudenza tardo-classica* in *'Collatio iuris romani'. Études dédiées à Hans Ankum, éditées par R. Feenstra-A.S. Hartkamp-J.E. Spruit- P.J. Sijpesteijn-L.C. Winkel*, 2, Amsterdam, 1995, 549 = ID. in *Sem. Compl.*, 7, 1995 = ID. in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Materiali per un corso di diritto romano*, Torino, 1997;



- ID., *Ancora sull'estensione dell'ambito di applicazione dell'actio empti in età classica* in IVRA, 45, 1997= ID. in *Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica. Materiali per un corso di diritto romano*, Torino, 1997;
- ID., *Risoluzione e sinallagma contrattuale nella giurisprudenza romana dell'età classica* in *Il contratto inadempito. Realtà e tradizione del diritto contrattuale europeo. Atti del III Convegno Internazionale ARISTEC (Ginevra, 24-27 settembre 1997)*, Torino, 1999;
- ID., *Buona fede e sinallagma contrattuale* in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di A. BURDESE, IV, Padova-Venezia-Treviso, 14-15-16 giugno 2001, pubblicato 2003*;
- M. VERGEZ, *La Protección del Consumidor en la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo*, Pamplona, 2004;
- S. VIARO, *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, Padova, 2011;
- H. VINCENT, *Le droit des édiles. Etude historique et économique des prescriptions ediliciennes sur la vente et la garantie*, Paris, 1922;
- V.I.R., voce «*redhibeo*» e «*redhibitio*»;
- P. VOCI, *La dottrina romana del contratto*, Milano, 1946;
- F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004;
- E. VOLTERRA, *Intorno all'editto degli edili curuli* in *Scritti della facoltà giuridica di Bologna in onore di Umberto Borsi*, Padova, 1955;
- ID., *Ancora sull'editto degli edili curuli* in IVRA, 7;
- A. WIELING, *De Servii Sulpitii et Auli Ofilii ad edictum libris ad Auditores suos diatribe*, Franequerae, 1731;
- B. WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, 2<sup>8</sup>, bearbeitet von Th. Kipp, Frankfurt am Main, 1900;
- M. WLASSAK, *Edikt und Klageform*, Jena, 1882;

- H. J. WOLFF, *Zum Problem der dogmatischen Erfassung des altgriechischen Rechts*, in Symposium, 1979, Actes du IV Colloque International de droit grec et hellénistique, Athènes, 1981;
- S. E. WUNNER, *Contractus*, Köln, 1964;
- A. ZACCARIA–G. DE CRISTOFARO, *La vendita dei beni di consumo*, Padova, 2002;
- G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite: legge, diritti, giustizia*, Torino, 1992;
- R. ZIMMERMAN, *The law of Obligations. Roman Foundation of the Civilian Tradition*, Cape Town, 1990;
- ID., *Roman Law, Contemporary Law, European Law. The civilian tradition today*, Oxford, 2001.

## INDICE DELLE PRINCIPALI FONTI ROMANISTICHE:

- A. Gell., *Noct. Att.*, 4.2.1;
- A. Gell., *Noct. Att.*, 4.2.4;
- A. Gell., *Noct. Att.*, 4.2.5;
- A. Gell., *Noct. Att.*, 4.2.6–7;
- A. Gell., *Noct. Att.*, 4.2.8–10;
- A. Gell., *Noct. Att.*, 4.2.11;
- Gai. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.3;
- Gai. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.45;
- I. 4, 6, 31;
- Paul. 2 *ad ed. aed. cur.* D.50.16.74;
- Paul. 11 *ad Sab.* D.21.1.7;
- Paul. 11 *ad Sab.* D.21.1.15;
- Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.1.3.13;
- Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.1.1;
- Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.1.10pr.-1;
- Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.6.1;
- Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.6.2;

- Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.8pr.;
- Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.10.3;
- Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.10.4;
- Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.10.5;
- Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.12pr.;
- Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.12.1;
- Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.12.4;
- Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.14pr.;
- Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.14.2;
- Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.14.3;
- Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.14.4;
- Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.14.5;
- Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.14.7;
- Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.14.8;
- Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.23.9;
- Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.25pr.–7;
- Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*, D.21.1.25.8;
- Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.25.9;
- Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.25.10;
- Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.31.16;
- Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.* D.47.2.66;
- Ulp. 2 *ad ed. aed. cur.* D.21.1.38pr.;

- Ulp. 4 *ad ed.* D.2.14.7;
- Ulp. 11 *ad ed.* D.50.16.19;
- Ulp. 44 *ad Sabinum* D.21.1.9;
- Ulp. 46 *ad Sab.* D.21.2.32.1.