

COMITATO PROMOTTORE

SCRITTI PER ALESSANDRO CORBINO

I

Francesco Acquaviva - *Il libro Puro* - *Orlando Lascazio*
Salvo Costanzo - *Il mio libro* - *Antonio di Bona* - *Matteo Cichini*
Stefano Curi - *Il libro di un progetto* - *Luigi De Luigi*
Luigi De Luigi - *Il libro di un progetto* - *Luigi De Luigi*

a cura di Isabella Piro



Libellula
2016

COMITATO PROMOTORE

Giovanni Nicosia - Franca La Rosa - Nicola Palazzolo
Giovanni Polara - Francesco Musumeci - Francesco Milazzo
Francesco Arcaria - Isabella Piro - Orazio Licandro
Salvo Randazzo - Sara Longo - Renato La Rosa - Mario Genovese
Silvano Faro - Donatella Monteverdi - Lucio Maggio
Salvatore Cristaldi - Eleonora Nicosia - Patrizia Sciuto - Paolo Marra

Con il sostegno di:

Università degli Studi 'Magna Graecia' - Catanzaro
Dipartimento di Scienze Storiche, Giuridiche, Economiche e
Sociali - Catanzaro
Dipartimento di Giurisprudenza - Catania
Consorzio Interuniversitario G. Boulvert
Centro di Ricerca 'Cultura romana del diritto e sistemi giuridici
contemporanei' - Catanzaro
Centro Romanistico Internazionale Copanello

SCRITTI PER ALESSANDRO CORBINO I
a cura di Isabella Piro

Opera Completa | 978-88-67353-32-3
1° Volume | 978-88-67353-81-1

© Tutti i diritti riservati all'Autore.

Nessuna parte di questo libro può essere riprodotta senza il
preventivo assenso dell'Autore.

Libellula Edizioni

Via Roma, 73 - 73039 Tricase (LE) - Italy
Tel. /Fax +39/0833.772652
www.libellulaedizioni.com
info@libellulaedizioni.com

Valeria Carro
Università di Napoli Federico II

D. 18.5.6 (Paul. 2 ad ed.) ... *si intra certum tempus displicuisset, redderetur...*

Riflessioni in tema di *pactum displicentiae*

È noto che in virtù delle clausole accessorie dell'*emptio venditio*, quali l'*arrha*, la *lex commissoria*, l'*in diem addictio* e il *pactum displicentiae*, uno dei contraenti si riservava di ritornare sulla parola data al verificarsi di determinate circostanze, dipendenti o dal contegno dell'altra parte o dal caso o, perfino, dalla volontà propria¹.

Il *pactum displicentiae*, in particolare, riservava al compratore il diritto di restituire la merce al venditore nel caso che per qualunque e insindacabile motivo non fosse di suo gradimento reclamando in cambio la restituzione del prezzo.

La natura e l'efficacia del *pactum displicentiae* è uno degli argomenti più complessi nel diritto delle obbligazioni romane²: la dottrina non è, infatti, concorde nell'individuare, in caso di patto di non gradimento della merce in una compravendita, un caso di clausola di redibizione, di negozio claudicante, o, infine, di proposta condizionale alla vendita³. In quest'ultima ipotesi, il *pactum displicentiae* potrebbe avere assolto sia ad una funzione di condizione sospensiva, nel senso che l'efficacia della vendita

¹ PH. LEVY, *Zu den Rücktrittsvorbehalten des römischen Kaufs*, in *Gesammelte Schriften*, Köln Kraz-Tauchnitz 1963, 108 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, Napoli-Jovene 1987, 401 nt. 1.

² L. LANDUCCI, *Azioni per far valere il pactum displicentiae e la lex commissoria nella compra e vendita. Studio storico-esegetico di diritto romano dell'avv. L. Landucci*, Venezia-Ferrari 1915; L. ZHANG, *Contratti innominati nel diritto romano: impostazioni di Labeone e Aristone*, Milano-Giuffrè 2007; E. RODRIGUEZ DIAZ, *De la noción de contrato al pactum displicentiae en derecho romano*, Oviedo-Universidad 1998.

³ L. BEKKER, *System des heutigen Pandektenrechts II*, Weimar-Böhlau 1886-89, 216 ss; M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani tra 'conventio' e 'stipulatio' fino a Labeone*, in *Contractus e pactum. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana*. Atti Copanello 1988 (a cura di F. Milazzo), Napoli Roma-ESI 1990, 87 ss.; F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto I*, Torino-Giappichelli 1992, 204 s.

sarebbe stata subordinata al gradimento del compratore, sia ad una funzione di condizione risolutiva nel senso che gli effetti della vendita sarebbero cessati nel caso che la merce fosse risultata sgradita al compratore.

Lo studio del *pactum displicentiae* non può prescindere dall'analisi delle testimonianze di Ulpiano e di Gaio dalla cui lettura si può avanzare l'ipotesi che, con un'aggiunta *ad hoc* di patti e condizioni accessorie ai nudi contratti di locazione o di vendita, i Romani sarebbero giunti a praticare una vera e propria sorta di leasing⁴.

In Gai. 3.146 si legge:

Item si gladiatores ea lege tibi tradiderim, ut in singulos, qui integri exierint, pro sudore denarii XX mihi darentur, in eos vero singulos, qui occisi aut debilitati fuerint, denarii mille quaeritur, utrum emptio et venditio an locatio et conductio contrahatur. Et magis placuit eorum, qui integri exierint, locationem et conductionem contractam videri, at eorum, qui occisi aut debilitati sunt, emptionem et venditionem esse; idque ex accidentibus apparet, tamquam sub conditione facta cuiusque venditione aut locatione. Iam enim non dubitatur, quin sub conditione res venire aut locari possint. ...

Ci si domanda parimenti se vi sia compravendita o locazione con conduzione nel caso in cui io ti abbia consegnato dei gladiatori con la seguente clausola: che mi fossero dati venti denari per compensare lo sforzo di ciascuno di coloro che fossero rimasti incolumi e mille denari per ciascuno di coloro che fossero stati uccisi o feriti; e ciò è desumibile dalle circostanze nel senso che per ognuno s'intende costituita una compravendita o locazione con conduzione condizionata. Ormai non v'è dubbio infatti circa la possibilità di vendere o locare sotto condizione.

Ancora in D. 19.5.20.pr.-2 (Ulp. 32 *ad ed.*) si legge:

Apud Labeonem quaeritur, si tibi equos venales experiendos

⁴ G. GATTI, *Le pactum displicentiae nella vendita a prova e il contratto di leasing nel diritto romano*, in *Studi in onore di A. Biscardi* V, Milano-Giuffrè 1982, 289 ss.

dederò, ut, si in triduo displicissent, redderes, tuque desultor in his cucurreris et viceris, deinde emere nolueris, an sit adversus te ex vendito actio. Et puto verius esse praescriptis verbis agendum: nam inter nos hoc actum, ut experimentum gratuitum acciperes, non ut etiam certares. 1. Item apud Melam quaeritur, si mulas tibi dederò ut experiaris et, si placuissent, emeris, si displicuissent, ut in dies singulos aliquid praestares, deinde mulae a grassatoribus fuerint ablatae intra dies experimenti, quid esset praestandum, utrum pretium et merces an merces tantum. Et ait Mela interesse, utrum emptio iam erat contracta an futura, ut, si facta, pretium petatur, si futura, merces petatur; sed non exprimit de actionibus. Puto autem, si quidem perfecta fuit emptio, competere ex vendito actionem, si vero nondum perfecta esset, actionem talem qualem adversus desultorem dari. 2. Si, cum emere argentum velles, vascularium ad te detulerit et reliquerit et, cum displicuisset tibi, servo tuo referendum dedisti et sine dolo malo et culpa tua perierit, vascularii esse detrimentum, quia eius quoque causa sit missum. Certe culpam eorum, quibus custodiendum perferendumve dederis, praestare te oportere Labeo ait, et puto praescriptis verbis actionem in hoc competere. ...

In Labeone si tratta questa questione: se ti avrò dato in prova dei cavalli che sono in vendita con l'intesa che se non fossero risultati di tuo gradimento tu me li restituiscia entro 3 giorni, e tu dopo aver corso e vinto con essi una corsa acrobatica non li avrai voluti comprare, spetta contro di te l'azione di vendita? Ed io reputo più invero che si debba esperire un'azione con previa descrizione del rapporto: tra noi infatti si era concluso in concreto che tu facessi una prova gratuita e non che tu con i cavalli partecipassi anche ad una gara. 1. Parimenti in Mela si pone la questione seguente: se ti avrò dato delle mule da provare, con l'intesa che se fossero risultate di tuo gradimento, le avresti comprate e invece, se non fossero risultate di tuo gradimento, avresti pagato un tanto al giorno, e poi le mule, entro il periodo di prova, siano state rubate dai briganti, cosa si dovrebbe prestare: il prezzo e la mercede oppure solo quest'ultima? E Mela afferma che è rilevante se la vendita era già stata conclusa oppure si sarebbe conclusa in futuro; cosicché

se sia già stata fatta si chieda il prezzo, se lo sarebbe stata in futuro, si chieda la mercede. Mela tuttavia non si pronuncia sulle azioni. Io, poi, reputo che certo, se la vendita era già perfetta, compete l'azione da vendita, mentre, se non fosse ancora perfetta, che si dia una azione tale quale quella accordata contro il cavallerizzo acrobata. 2. Se, volendo tu comprare degli oggetti d'argento, un orafo te li abbia portati e lasciati affinché tu esaminassi se fossero di tuo gradimento, e, non essendo risultati di tuo gradimento tu li hai dati a un servo affinché glieli riportasse e, senza tuo dolo o colpa, essi siano andati perduti, la perdita grava sull'orafo perché gli oggetti d'argento sono stati mandati anche nel suo interesse. Labeone afferma che ovviamente, tu devi rispondere per la colpa di coloro ai quali tu abbia affidato gli oggetti d'argento da custodire e trasportare, e io reputo che, a questo fine, spetti un'azione con previa descrizione del rapporto.

Dalla lettura dei passi sembra innegabile, invero, che i casi di cui si sono occupati Gaio, Labeone, Mela e Ulpiano siano molto simili alla struttura del leasing malgrado la durata dei contratti nelle fonti appare più breve rispetto a quella prevista per la fattispecie prevista dagli ordinamenti moderni.

Va notato, infatti, che anche l'oggetto del contratto di leasing è la *traditio* di un bene produttivo da parte del proprietario all'utilizzatore il quale è obbligato a pagare una *merces in dies singulos experimenti* ovvero *una tantum: pro sudore* come nel caso dei gladiatori in Gai. 3.146.

Nel caso dei gladiatori l'opzione per l'acquisto di quelli morti o feriti viene esercitata, sin dalla conclusione del contratto, ma è fuori discussione che se gli schiavi ritornano integri dall'arena essi restano di proprietà del soggetto che li ha concessi in noleggio.

Se, poi, si verifica l'ipotesi dell'opzione per l'acquisto dopo il periodo sperimentale di prova, il contraente diviene compratore ed è obbligato a corrispondere il prezzo: *pretium* che questi viene obbligato a pagare con un'*actio in factum* o *praescriptis verbis*, nel caso in cui si verifichi anche un qualcosa di atipico, di irregolare o di contrario alla *bona fides*: D. 19.5.20 (Ulp. 32 ad ed.).

Lo scopo di vendere un bene o acquistarlo si alterna, a seconda degli interessi, con lo scopo di concedere un finanziamento o di riceverlo ed è, quindi, fondamentale e complesso indagare sui motivi che inducono le parti a concludere il contratto: il motivo della vendita può evincersi nei casi dei quadrupeidi, mentre per i gladiatori sembra evidente l'interesse del proprietario di dare solo in locazione i suoi uomini.

Da ciò si comprende quanto interessasse al proprietario dei gladiatori, mantenere gli schiavi integri per farli esibire e ricavarne profitto sistematico senza privarsi del capitale.

I prezzi di venti denari indicati per il nolo e di mille per la vendita, che avevano una natura più di multa che di corrispettivo⁵, erano probabilmente simbolici ed indicavano, con la loro sproporzione, quanto fosse deprecabile il caso della morte dei gladiatori.

Inoltre, se il valore complessivo di un gladiatore era di mille rispetto al valore di venti denari per esibizione, si intuisce che per organizzare i giochi circensi, occorreva un notevole capitale: di qui la motivazione finanziaria alla conclusione del contratto riportato da Gaio.

Elemento questo che ci riconduce ancora sul terreno del leasing, contratto molto diffuso nella moderna pratica commerciale anche per il proprio fondamentale connotato finanziario.

Va aggiunto, che nei casi contemplati dalle fonti riportate, oggetto del contratto era sempre un bene produttivo. Ciò rileva se si considera che il leasing è un contratto consensuale attraverso il quale un soggetto, proprietario proprio di un bene produttivo, concede quel bene ad altro soggetto che ne diviene utilizzatore per un periodo prestabilito.

Per il tempo dell'uso dell'oggetto, viene concordato tra le parti un canone da versare periodicamente al proprietario. Allo scadere del termine fissato, l'utilizzatore ha la facoltà di restituire il bene ovvero optare per l'acquisto dello stesso corrispondendo un modesto prezzo: cosicché le rate di canone

⁵ F. DE MARTINO, *Storia economica di Roma antica* I, Firenze-La Nuova Italia 1980, 69. Cfr. per le fonti: Plut., *Cat. Mai.* 4.5.

corrisposte nel frattempo vengono imputate come acconti sul prezzo complessivo. Sul leasing, si discute sull'appartenenza del contratto allo schema della locazione o a quello della vendita, entrambe, certo, arricchite di patti accessori: l'autonomia privata, infatti, ha costruito figure negoziali il cui assetto è difficilmente ascrivibile con sicurezza all'una o all'altra grande matrice della locazione o della compravendita.

Tali dubbi furono anche in Gaio 3.145 proprio in ordine alla esatta identificazione dei due diversi tipi contrattuali in particolari fattispecie⁶: *Adeo autem emptio et venditio et locatio et conductio familiaritatem aliquam inter se habere videntur, ut in quibusdam causis quaeri solet, utrum emptio et venditio contrahatur an locatio et conductio, veluti si qua res in perpetuum locata sit, quod evenit in praediis municipum, quae ea lege locantur, ut, quamdiu [id] vectigal praestetur, neque ipsi conductori neque heredi eius praedium auferatur; sed magis placuit locationem conductionemque esse. ...*

La compravendita e la locazione conduzione sono considerate simili al punto che, alle volte, si è soliti chiedersi se sia stata contratta una compravendita o una locazione conduzione. Come nel caso, ad esempio, della locazione perpetua di un bene che si dà con riferimento ai fondi municipali, che vengono locati con la clausola secondo cui il fondo non potrà essere sottratto né al conduttore né al suo erede sin tanto che venga corrisposto il canone. Ma qui si ritenne che si trattasse piuttosto di locazione conduzione.

In tal senso va notato che mentre nel testo di Gaio 3.146 a proposito dei gladiatori sembra che la soluzione suggerita dall'autore sia quella di riconoscere nella fattispecie singoli e distinti contratti condizionati di locazione e di vendita, a seconda del ritorno dei gladiatori in buone condizioni fisiche o meno, con gli stessi argomenti del giureconsulto si potrebbe ritenere che le parti avevano in linea principale concluso un contratto di locazione con questa condizione risolutiva: che se nei cruenti giochi i gladiatori risultassero debilitati o morissero, per costoro, automaticamente fosse dovuto il prezzo e non la merces per il loro acquisto da parte del conduttore. Costui, come

nel leasing, prevedeva fin dalla conclusione del contratto la possibilità di esercitare la facoltà di acquisto ed anzi la esercitava sin dall'inizio subordinando il contratto stesso al probabile verificarsi dell'evento dell'invalidità o della morte del gladiatore.

Di qui la interdipendenza tra i due contratti e la possibilità di vedere la loro fusione in un tipo misto che, tuttavia, i Romani non potevano riconoscere, stante i divieti formali che impedivano loro un sincretismo di tale portata.

Si deve però rilevare che, nel caso suddetto, il passaggio dalla locazione alla vendita non avviene per libera opzione dell'utilizzatore, il quale resta vincolato esclusivamente dal verificarsi o meno dell'evento dedotto in condizione e cioè l'infortunio dei gladiatori.

Interessante e diverso è il ruolo del *pactum displicentiae*⁷ nei casi ricordati da Ulpiano (32 ad ed.) in D. 19.5.20. Labeone esamina l'ipotesi di una vendita di cavalli, consegnati peraltro al compratore col patto che, dopo 3 giorni di prova gratuita, se non fossero stati di gradimento potevano essere restituiti.

L'acquirente, un fantino⁸, non solo li prova, ma gareggia e vince la corsa e nonostante ciò, rifiuta l'acquisto contravvenendo alle regole della correttezza e della buona fede.

Ulpiano a tutela del venditore consiglia l'*actio praescriptis verbis* ritenendo che il *desultor* fosse obbligato all'acquisto⁹.

Ciò va inteso nel senso che si suggeriva quale rimedio un *actio in factum decretalis* se si ritiene che l'*actio praescriptis verbis* era un istituto di elaborazione postclassica o giustiniana¹⁰.

⁷ Cfr. D. 20.6.3 (Ulp. 8 disp.) ove è riscontrabile un patto di pentimento. Il *pactum displicentiae* si trova apposto ai contratti di compravendita in D. 18.1.3 (Ulp. 28 ad Sab.), D. 18.5.6 (Paul. 2 ad ed.), D. 21.1.31.22 (Ulp. 1 ad ed. aedil. curul.), D. 41.4.2.5 (Paul. 54 ad ed.) *Sed et illa emptio pura est, ubi convenit, ut, si displicerit intra diem certum, inempta sit.* Cfr. A. HAIMBERGER, *Il diritto romano privato e puro*, Venezia-Bazzarini Colombi 1851, 330; C. FERRINI, *Manuale di Pandette*, Milano-Società editrice Libreria Bazzarini 1908, 173.

⁸ Svet. Jul. 39.

⁹ Cfr. R. G. POTHIER, *Le Pandette di Giustiniano II*, Venezia-Bazzarini 1833, 842.

¹⁰ Cfr. A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano antico e classico*,

⁶ Lo stesso Giustiniano riproduceva l'opinione di Gaio in 1. 3.24.3.

Mela, invece, pone l'ipotesi della *datio* di alcune mule sempre al fine di una loro prova col patto esplicito che se fossero piaciute sarebbero state comprate e *si displicissent* dovesse essere corrisposta al proprietario la *merces* e cioè un canone locatizio in *dies singulos*.

Ciò premesso si domanda *quid esset praestandum* se entro il periodo di prova le mule venissero rubate dai ladri: *utrum pretium, an merces tantum*, ove è probabile che sia errata, perché in contrasto con gli altri testi e soprattutto con la logica, la lezione del Digesto: *utrum pretium et merces an merces tantum*¹¹.

Ulpiano relativamente al problema sollevato da Mela concorda con il giurista il quale sottolinea la necessità di appurare se la vendita già era contratta o era futura. Perché se la vendita fosse stata perfetta *pretium petatur, si futura, merces*.

Ma Ulpiano afferma che Mela non *exprimit de actionibus*. E suggerisce: se la vendita fu ritualmente conclusa si agirà *ex vendito; si vero non dum perfecta esset* si dovrà utilizzare, così, come nel caso dello scorretto fantino, l'*actio praescriptis verbis*. Il caso delle mule è interessante in quanto chiarisce come non sempre l'*experimentum* di D. 19.5.20.1 (Ulp. 32 *ad ed.*) nella vendita a prova fosse gratuito, talché il *pactum displicentiae* trovava una concreta mitigazione nell'obbligo per il mancato acquirente, insoddisfatto della prova o semplicemente pentitosi, di corrispondere un canone giornaliero per il periodo dell'utilizzo delle mule.

Non si può contestare come anche questa fattispecie possa adeguatamente soddisfare gli interessi delle parti sia che siano rivolti allo scopo della compravendita del bestiame che al più articolato fine di ricavarne comunque dal lato del proprietario, un guadagno, ottenendo in buona sostanza i mezzi (carovana delle mule) per effettuare un trasporto, senza ricorrere alla consueta linea di credito del mutuo.

Va aggiunto che l'autonomia negoziale rende difficoltosa la tutela giurisdizionale. E a sollevare il problema

Torino-Giappichelli 1968, 227 ss., 450 ss.

¹¹ G. DOMAT, *Scelta di leggi tratte dai Digesti e dal Codice*, Venezia-Bazzarini 1834, 315.

dell'individuazione della tutela del diritto leso¹² è proprio Ulpiano in D. 19.5.20 pr.-2 (Ulp. 32 *ad Sab.*). È probabile, quindi, che non restassero che rimedi indiretti applicabili caso per caso allo scopo di far valere *ex fide bona* le proprie ragioni fondate a un contratto innominato, la cui incerta figura non avrebbe consentito l'azione diretta civile.

Come esempi di formula adoperata allo scopo del *pactum displicentiae* di fornire al compratore la facoltà di recedere dal contratto, ove la cosa non risultasse più di suo gusto, troviamo in I. 3.23.4: *Si Stichus intra certum diem tibi placuerit, erit tibi emptus aureis (sestertis) tot*, mentre in D. 18.1.3 (Ulp. 28 *ad Sab.*) si parla di *res distracta ut si displicuisset inempta esset*.

Limitatamente alla vendita di schiavi, gli edili curuli diedero al compratore contro il venditore riluttante, una speciale *actio redhibitoria* esperibile almeno entro i due mesi, azione che si ritiene applicata per analogia anche in caso di compravendita di *umenta* o di *pecora*. Ma sempre, fosse tale o diverso l'oggetto, in concorrenza con la *redhibitoria* o da sola dopo decorso il termine di questa, un'azione nasceva pure dalla convenzione. Così pare che in un primo momento ritenendosi che non si potesse intentare l'azione di un contratto quando questo fosse da considerare non venuto in essere o revocato, si sia data al compratore un'*actio in factum* ma che successivamente, principalmente, ad opera di Sabino, si sia ammessa l'esperibilità dell'*actio ex empto*: D. 18.5.6 (Paul. 2 *ad ed.*) *Si convenit ut res quae venit, si intra certum tempus displicuisset, redderetur, ex empto actio est, ut Sabinus putat, aut proxima empti in factum datur*.¹³

Per quanto riguarda il concorso fra l'*actio empti* o anche prima l'*actio in factum* e la *redhibitoria* dell'editto edilizio si direbbe che D. 21.1.31.22 (Ulp. 1 *ed. aed. cur.*) non lo presenti nel suo aspetto classico per la contaminazione giustiniana fra le azioni edilizie e la contrattuale: l'espressione *puto hanc conventionem valere* può ben giustificare l'esperimento dell'*a.*

¹² P. BONFANTE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino-Giappichelli 1957, 50, 489. Cfr. D. 19.5.2 (Cels. 8 *dig.*); D. 19.5.4 (Ulp. 30 *ad Sab.*); D. 19.5.11 (Pomp. 39 *ad Quint. Muc.*).

¹³ Analogo sviluppo è riconoscibile anche in tema di *lex commissoria* D. 18.1.6.1 (Pomp. 9 *ad Sab.*).

ex empto anche si ... *conveniret ut in perpetuum redhibito fiat* ...; ma riesce difficile immaginare che un'azione portante il nome di *redhibitoria* abbia potuto essere data oltre sei mesi della più durevole tra le azioni omonime per i vizi.

A questo punto si profila maggiormente l'importanza di distinguere (al fine di tutelare una *datio ad experiendum* con il *pactum displicentiae*), l'ipotesi che la compravendita sia stata conclusa o meno, e rilevante diventa l'analisi di D. 19.5.20.1 (Ulp. 32 *ad Sab.*).

Per comprendere adeguatamente tale passo è indispensabile, quindi, indagare se il *pactum displicentiae* sia una condizione apposta alla vendita o meno, in quanto la produzione della piena efficacia della vendita dipende dalla natura di tale patto aggiunto. In altre parole: se il *pactum displicentiae* era qualificato come una condizione risolutiva, allora la compravendita dovrebbe ritenersi già conclusa e resterebbe da vedere se Tizio avesse diritto di risolverla nel senso in specie e indagare quale sia il criterio per verificare l'avveramento di questa condizione risolutiva; se tale *pactum* era qualificato come una condizione sospensiva, la compravendita non potrebbe ritenersi certamente produttiva di effetti e la sua efficacia dipenderebbe dall'avveramento della condizione sospensiva. Quindi qui è ugualmente importante esaminare se e come la condizione si verificasse. Se il *pactum displicentiae* in esame non fosse una condizione apposta alla compravendita, la consegna dei cavalli si tradurrebbe in una dazione con il fine della prova e la compravendita avrebbe luogo solamente quando l'*accipiens* ne fosse stato soddisfatto ed avesse dichiarato la sua volontà di concludere la compravendita con il *dans*; in tale senso sarebbe molto più facile concludere per l'esclusione dell'*actio ex vendito* a causa della mancata dichiarazione dell'*accipiens emere noluere*. Tuttavia la dottrina dominante sostiene che il *pactum displicentiae* andrebbe inteso come una condizione apposta alla vendita ed è difficile pensare diversamente. Per questo si deve esaminare unicamente l'ipotesi secondo cui il *pactum displicentiae* debba essere considerato come una condizione apposta alla vendita e la conseguente possibilità di applicare l'*actio ex vendito*. È un principio generale e consolidato nel diritto romano quello secondo cui non vi è

obbligazione per carenza dell'*animus obligandi* se la nascita del vincolo giuridico dipende dalla volontà di colui che dovrebbe essere obbligato¹⁴.

Quindi, coerentemente e come accade nel diritto moderno, non è mai riconosciuta nel diritto romano l'efficacia della condizione meramente testamentaria¹⁵ ed il criterio dell'avveramento della condizione potestativa andrebbe inteso sempre *virī boni arbitratu*¹⁶.

In base a queste considerazioni è fondamentale, quindi, comprendere se il *pactum displicentiae* fosse una condizione sospensiva¹⁷ o risolutiva¹⁸.

Tende ormai ad essere abbandonata la dottrina meno recente per cui in questi casi i giuristi romani avrebbero costruito il contratto come puro, e, quindi, non sottoposto a condizione, ma accompagnato da un patto che sanciva la risoluzione del contratto, patto che sarebbe stato a sua volta sottoposto a

¹⁴ D. 44.7.8 (Pomp. 16 *ad Sab.*); D. 45.1.17.46 (Ulp. 28 *ad Sab.*); D. 45.1.108 pr. (Iav. 10 *epist.*).

¹⁵ D. 18.1.7 pr. (Ulp. 28 *ad Sab.*); D. 30.13.75 (Ulp. 15 *ad Sab.*); D. 30.43.2 (Ulp. 21 *ad Sab.*); D. 32.11.7 (Ulp. 2 *fideic.*); D. 34.5.7.1 (Gai. 1 *fideic.*); D. 35.1.52 (Mod. 7 *diff.*); D. 40.5.46.3 (Ulp. 6 *disp.*).

¹⁶ C. 4.38.13; D. 17.2.6.76-78 (Pomp. 9 *ad Sab.*); D. 18.1.7 pr. (Ulp. 28 *ad Sab.*); D. 18.1.35.1 (Gai. 10 *ad ed. provinc.*); D. 19.2.24 pr. (Paul. 34 *ad ed.*); D. 50.17.22.1 (Ulp. 28 *ad Sab.*).

¹⁷ F. HAYMANN, *Zur Klassizität des periculum emptori*, in ZSS. 48, 1928, 335; G. BESELER, *Romanistische Studien*, in ZSS. 54, 1934, 14 s.; J.A.C. THOMAS, *Provision for Calling Off the Sale*, in T. 35, 1967, 570 s.

¹⁸ B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo-Palumbo 1982, 330 nt. 346; C.A. CANNATA, *Contratto e causa nel diritto romano*, in *La dottrina del contratto nella giurisprudenza romana* (a cura di A. Burdese), Padova-Cedam 2006, 189. Cfr. D. 18.1.3 (Ulp. 28 *ad Sab.*); D. 18.5.6 (Paul. 2 *ad ed.*); D. 19.5.20 (Ulp. 32 *ad ed.*); D. 21.1.31.22 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*); D. 41.4.2.5 (Paul. 54 *ad ed.*), C. 4.58.4; *Fragm. Vat.* 14. in D. 20.6.3 (Ulp. 8 *disp.*) si considera valido il pegno realizzato per il compratore prima della dichiarazione dell'intenzione risolutoria quindi il *pactum displicentiae* non avrebbe effetti retroattivi. Ci si chiede allora se si ammetteva una dichiarazione tacita per il compratore di esprimere la sua volontà. Ciò era possibile se il compratore esercitava un diritto come risulta da questa fonte. Da D. 43.24.1.13 (Ulp. 71 *ad ed.*) si capisce che il possesso della cosa comportasse che il *pactum displicentiae*, non escludeva l'interposizione dell'*interdetto quod vi aut clam* per proteggere il possesso della stessa.

condizione sospensiva. È evidente che in questo modo si dava una descrizione soltanto formalmente diversa del meccanismo della condizione risolutiva. Né si può dire che il meccanismo schema concettuale escogitato dai moderni corrisponda al modo di vedere dei Romani perché in effetti per una tale affermazione mancano solide basi nelle fonti. Giuliano, il giurista che per primo ha affrontato nell'ambito della compravendita il tema delle clausole di recesso e della loro configurazione come condizioni sospensive o risolutive, riporta, in modo molto netto, la contrapposizione tra la funzione sospensiva e quella risolutiva di tali clausole affermando che nel secondo caso *emptio sub condicione resolvitur*¹⁹.

Vi era, quindi, a seconda degli effetti della clausola una diversa disciplina del contratto: quando la condizione era sospensiva la *traditio* effettuata dal venditore risultava anch'essa sospensivamente condizionata; l'acquirente non faceva propri i frutti e nei casi dove viveva il *periculum emptoris* il rischio passava all'acquirente all'avverarsi della condizione. Quando, invece, la condizione era risolutiva, la *traditio* aveva efficacia immediata, il compratore era legittimato all'acquisto dei frutti e incombeva su di lui se del caso, il *periculum*.

Nella configurazione risolutiva si poneva il problema della restituzione della cosa che fosse stata eventualmente trasferita al compratore. La risoluzione del contratto obbligatorio non poteva aver influenza sugli effetti reali della *traditio*: anche se la vendita era venuta meno, i giuristi ammisero che il venditore potesse esperire l'*actio venditi* come azione personale per la restituzione della cosa.

Nella compilazione si hanno passi in cui è ammessa l'efficacia reale della risoluzione verso cui vi è indubbiamente una tendenza nel periodo postclassico. Tale efficacia si poteva però indirettamente avere anche in epoca classica per quanto riguarda le *res mancipi* sfruttando il gioco tra proprietà quintaria e bonitaria. Se il venditore ne effettuava la *traditio* restava *dominus ex iure Quiritium* della *res mancipi* solo tradita e poteva intentare la *rei vindicatio* opponendo all'*exceptio rei venditae et traditae* dell'acquirente, una *replicatio doli*.

¹⁹ Cfr. D. 18.2.2 pr. (Ulp. 28 *ad Sab.*).

Quindi, mentre la giurisprudenza ha in un primo tempo interpretato tali patti costruendo il contratto di compravendita come sospensivamente condizionato al verificarsi dell'evento previsto nei patti stessi, e considerando di conseguenza condizionata sospensivamente anche l'eventuale *traditio* nel frattempo effettuata, si è giunti ancora in età classica, a costruire il contratto di compravendita come se fosse concluso pure con annesso un patto di risoluzione a sua volta sospensivamente condizionato: allora al verificarsi della condizione la parte che avesse già effettuato la sua prestazione potrà chiederne la restituzione con azione personale che è secondo l'opinione classica più corrente, la stessa azione contrattuale (l'azione reale di rivendica sarebbe spettata in diritto classico soltanto a quel venditore di *res mancipi* che ne avesse effettuata mera *traditio* anziché *mancipatio* o *in iure cessio* rimanendone pertanto proprietario civile o *dominus ex iure Quiritium* in quanto all'*exceptio* avrebbe potuto rispondere con una *replicatio doli*). In diritto giustiniano si affermò, viceversa, l'immediata e automatica risoluzione degli effetti traslativi nel frattempo prodotti da eventuale *traditio* con possibilità da parte del *tradens* di esperire direttamente la *rei vindicatio* contro l'*accipiens*²⁰.

Il rischio del perimento della cosa va attribuito al compratore o venditore a seconda che il contratto era perfezionato o meno. Quale condizione sospensiva il rischio era del compratore²¹.

Con la riforma giustiniana la vendita con *pactum displicentiae* era considerata semplicemente condizionata²².

Regime a sé presenta da ultimo, come detto, la vendita di schiavi con annesse particolari clausole dettate dal venditore²³. Per l'ipotesi di loro mancata osservanza da parte del compratore,

²⁰ F. PETERS, *Die Rücktrittsvorbehalte des römischen Kaufsrecht*, Köln Wien-Bohlau 1973.

²¹ Cfr. D. 9.2.52.3 (Alf. 2 *dig.*).

²² D. 18.1.3 (Ulp. 28 *ad Sab.*), D. 33, D. 54, I. 3.23.4 (schiavi).

²³ D. 21.1.31.22.23 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*); Fragm. Vat. 14. La protezione del patto per gli edili curuli era in virtù di un'*actio in factum ad redhibendum*. In epoca imperiale l'azione è prevista secondo C. 4.58.4. La protezione di *ius civile* sarà in virtù dell'*actio empti*. Poi il patto come patto *adiectum incontinenti* gode della protezione che le è propria cioè delle azioni del contratto di compravendita. Cfr. D. 18.1.3 (Ulp. 28 *ad Sab.*), D. 18.5.6 (Paul. 2 *ad ed.*) (*in factum*) e D. 19.5.20 pr. (Ulp. 32 *ad ed.*).

il venditore poteva riservarsi ancora in diritto classico una pretesa reale sullo schiavo venduto, riapplicandosi a *nuncupationes* o *dicta in mancipio* pronunciati all'atto della relativa *mancipatio* e da attuarsi per il tramite di apprensione dello schiavo medesimo. Gli imperatori intervennero a regolare la materia statuendo a seconda dei casi, la vendita pubblica dello schiavo liberato in disapplicazione di apposita clausola o al contrario la sua liberazione.

La dottrina romanistica, dunque, è pressochè unanime nel riconoscere un orientamento per cui da una più antica valutazione come condizioni sospensive (condizioni propriamente dette) si è passati, - per una intuizione che in tema di *lex commissoria* risale a Nerazio Prisco, mentre per la *in diem addictio* è sempre riferita a Giuliano -, a considerarle sotto un punto di vista che, prescindendo dalla difficoltà incontrata nel trovare il nome adatto, si può ben chiamare, della condizione risolutiva. La concentrazione dei Romani circa la condizione sul solo suo aspetto sospensivo fa sì che nel riferirsi alla dottrina più antica, si parli di *emptio pura*, ma sempre con aggiunte che esprimono chiaramente l'esistenza di una condizione il cui glosso è l'inverso del normale. Henle²⁴, in particolare, ebbe il merito di aver rilevato tale equazione, traducendo perciò il latino *condicionalis* con sottocondizione sospensiva e il latino *pura* con esente da condizione sospensiva. Gli scrittori che si esprimono diversamente, si riferiscono più che al pensiero, alla nomenclatura imprecisa adottata qualche volta dai Romani. È la difficoltà di adattamento della terminologia si spiegano se si pensa che i giuristi ricordati non hanno solo costruito diversamente questa o quella fra le clausole in discorso, ma arricchito la dogmatica giuridica di un concetto nuovo.

Ad onta delle interpolazioni che in proposito i testi hanno subite, la descritta linea evolutiva è riconoscibile facilmente. Così Sabino in D. 41.4.2 (Paul. 54 ad ed.) dopo aver affermato che *si sub condicione emptio facta sit, emptor usu non capit*, osserva che *si sic empti sit, ut, nisi pecuniam intra diem certum soluta esset, inempta res feret non usucapturam (emptorem)*

nisi persoluta pecunia. Paolo aggiunge *Sed videamus utrum condicio sit hoc an conventio: si conventio est, magis resolvetur quam implebitur*: dove opponendo alla concezione di Sabino la nuova, si parla di una clausola accessoria che si risolve, espressione inadeguata di ciò che l'avverarsi dell'evento dedotto nella clausola aggiunta risolve il contratto.

Da Mommsen in poi, si usa aggiungere prima di *magis* la parola *emptio*. Ma ciò sembra arbitrario se si considera l'*implebitur* predicato tipico di *condicio*.

Altrettanto chiara, nonostante la presentazione delle due soluzioni come alternative, l'antitesi posta a proposito della *in diem addictio* in D. 18.2.4 pr. (ove Pomponio difende la tesi di Sabino) *Ubi autem condicionalis venditio est, negat Pomponius usucapere eum (emptorem) posse nec fructus ad eum pertinere e in D. 18.2.2.1 (Ulp. 28 ad Sab.) Ubi igitur secundum quod disinximus pura venditio est, Iulianus scribit hunc cui res in diem addicta est, et usucapere posse et fructus et accessiones lucrari et periculum ad eum pertinere. si res interierit.*

D'altronde la scoperta di Giuliano è per questo caso direttamente proclamata nel seguito del passo già citato in Paolo D. 41.4.2.4 (Paul. 54 ad ed.): *Si in diem addictio facta sit, id est "nisi si quis meliorem conditionem attulerit", perfectam esse emptionem et fructus emptoris effici et usucapionem procedere Iulianus putabat: alii et hanc sub condicione esse contractam, ille non contrahi, sed resolvi dicebat, quae sententia vera est.*

E si può notare che in questa ultima frase anche l'espressione si avvicina al concetto moderno perché opponendo l'opinione di Giuliano a quella di chi riteneva *hanc (emptionem) sub condicione esse contractam*, non si poteva imputare al giurista di aver pensato che la compravendita non si contraeva: è dunque, necessario integrare nella frase che lo riguarda l'idea della condizione, sottintendendo *ille non contrahi sub condicione, sed resolvi, dicebat*. Da una parte, quindi, vendita contratta sotto condizione, dall'altra vendita che sotto condizione si risolveva.

Si può sottintendere nel punto accennato il *sub condicione*, ma forse non vi è necessità di ritenere che quelle due parole esistessero nell'originale di Paolo. Si può aggiungere che in D. 18.3.1 è scritto sotto il nome di Ulpiano (28 ad ed.) che in caso

²⁴ R. HENLE, *Natur der in diem addictio beim Kaufvertrage*, in *Scritti di diritto romano I*, Milano-Giuffrè 1981, 603 ss.

di *lex commissoria*, magis est ut sub condicione resoluti emptio quam sub condicione contrahi videatur. E qui non è sottinteso nulla. Contro il testo non vi sono sospetti di interpolazioni, ma è dubbioso ad interpretarlo per quel che vi è scritto. In sostanza si può pensare che l'interpolazione del pensiero romano nel senso di un patto di risoluzione, soggetto a sua volta a condizione sospensiva, a parte la tenuità dell'appoggio testuale nel solo D. 41.4.2.3 (Paul. 54 ad ed.), postula un vero e proprio assurdo giuridico: per rappresentarsi un patto condizionato aggiunto ad una convenzione bisogna potersi rappresentare il patto in sé e per sé come puro e poi aggiungere la condizione. Ma un patto puro e semplice di risoluzione significa davvero ciò che si vuole cioè *nilhil agere*. Tornando a D. 41.4.2.4 (Paul. 54 ad ed.) pare si possa solo supporre che sia dovuta a una glossa, la citazione della clausola di stile.

E, infine, il gioco si ripeteva circa il *pactum displicentiae*. La vecchia tesi è presentata in I. 3.23.4 mentre quella prevalsa successivamente si evince al prg. 5 di D. 41.4.2 (Paul. 54 ad ed.) *Sed et illa emptio pura est ubi convenit ut, si displicuerit intra diem certum, inempta sit.*

Il paragrafo 4 di I. 3.23 è davvero sibillino. Forse proviene dalle *Institutiones* gaitane. Comunque è interessante trovare legati i giuristi, per lungo tempo, al regime della condizione sospensiva, anche nei riguardi di una clausola che l'esempio degli edili doveva portare a intendere come risolutiva. Del resto in D. 19.5.20.1 (Ulp. 32 ad ed.) Mela è ricordato un fattore della condizione sospensiva. Ciò può essere giustificato dal fatto che era contemporaneo di Labeone. Ma di fronte al fatto che Ulpiano sembra seguirne l'insegnamento, va rilevato che il caso studiato da Mela non era di un *pactum displicentiae* normale, ma di un contratto misto di vendita e locazione nel senso che si dovesse in ogni modo al proprietario delle mule, una mercede per il loro uso.

C'è a questo punto un aspetto del problema su cui soffermarsi al di là dell'analisi delle fonti che confermano l'uno o l'altro orientamento.

Tale punto è quello di accertare se sia classica o postclassica la dottrina secondo la quale dipende dall'interpretazione della

volontà stabilire se caso per caso la condizione formulata sia sospensiva o risolutiva.

A questa dottrina si ispirano i due brani attribuiti ad Ulpiano e citati in D. 18.2.2.1 (Ulp. 28 ad Sab.) e D. 18.2.4 pr. (Ulp. 28 ad Sab.): ma è in D. 18.2.2 pr. (Ulp. 28 ad Sab.) che era stato posto il problema: *quotiens fundus in diem addicitur... conditionalis.*

In primo luogo la propensione della scienza postclassica verso la ricerca della volontà effettiva delle parti sono state dimostrate dalla scienza moderna in base a un ricco materiale di prova così ricco da costituire uno dei motivi della critica all'ultimo passo.

E da questo punto di vista va detto che la distinzione posta nel passo in esame, sia nella forma astratta in cui nel prg. 2 la presenta sia nelle applicazioni che se ne fanno nelle successive decisioni del paragrafo 1 e del paragrafo 4, è sospetta.

Nella posizione della questione c'è in primo luogo un errore grammaticale in quanto in dipendenza del *questionis est utrum... an...*, la prima alternativa è descritta coi verbi all'indicativo, *est* e *resolvitur*, tanto più intollerabili in quanto la seconda è bene espressa col congiuntivo *sit*.

Strana è poi la forma nella quale l'alternativa dogmatica fra condizione sospensiva e risolutiva si intreccia con l'esposizione storico-dottrinale.

Si direbbe che Giuliano e Pomponio (prg. 1 e 4) avessero professato la dottrina alternativa presentata (prg. 2) col personalissimo *mihī videtur* e che peraltro nessuno dei due avesse esposto insieme e contrapposto le une alle altre le conseguenze pratiche delle due diagnosi, limitandosi Giuliano a segnalare le conseguenze della costruzione come condizione risolutiva, Proculo quelle della costruzione come sospensiva. Ora a parte la definizione costruttiva o almeno espositiva che entrambi gli autori avrebbero dimostrata così procedendo, sta in fatto che nella citata fonte D. 41.4.2 (Paul. 54 ad ed.) Paolo presenta Giuliano come esponente di una costruzione di vigore esclusivo. Se anche si volesse sottintendere in Giuliano l'idea di affiancare la sua soluzione a quella in precedenza accolta, rimettendo all'interprete del singolo negozio la scelta tra l'una e

l'altra, non si può supporre che l'alternatività fosse stata prevista da Sabino e dai suoi seguaci.

Che poi un dotto come Ulpiano abbia potuto procedere nel presentare le opinioni dei predecessori, con tanta leggerezza da confondere le idee di chi lo leggeva, è opinione assurda.

Se sono interpolati i brani visti, deve dirsi altrettanto del paragrafo 5. Questa introduzione ha ben potuto essere anteposta da mano postclassica ad una decisione di specie che non esigeva un così complesso preambolo: *cum igitur iure recedatur ab emptione (ubi pura contrahitur) vel tunc non implicatur (ubi sub condicione fit) cum melior condicio sit illata ...*

Gli elementi intrinseci che sembrano rendere poco degno di fede il discorso di Ulpiano circa la *in diem addictio* sono rafforzati dal confronto con la sua posizione circa le altre clausole in discussione: D. 18.1.3 (Ulp. 28 *ad Sab.*) e D. 18.3.1 (Ulp. 28 *ad Sab.*).

Per il *pactum displicentiae* ciò si può spiegare con la difficoltà di concepire uno stato di fatto favorevole alla costruzione come condizione sospensiva; una decisa affermazione in questo senso non è possibile fare circa la *lex commissoria*.

Comunque il dubbio è inevitabile se si consideri la convenienza pratica che da più parti si riconosce alla distinzione proclamata in D. 18.2.2 pr. (Ulp. 28 *ad Sab.*).

Non già da Beseler²⁵: a giudizio del quale trattandosi d'interpretare una clausola per sé lacunosa, l'esigenza che si poneva al giurista era di supplire alla deficienza della dichiarazione. Così rinviare alla volontà delle parti avrebbe significato stabilire un circolo vizioso.

Ma in verità a determinare la volontà delle parti può servire oltre alla dichiarazione, l'atteggiamento che esse tengono nel darlo corso: se dopo aver venduto (con contratto consensuale) il tal fondo con riserva di accedere ad una eventuale offerta migliore, si continua a possederlo e coltivarlo, riservandosi d'immettersi in possesso quando il termine fosse trascorso senza la presentazione di nessun offerente, può venire fatto di pensare

che le parti abbiano considerato la condizione come sospensiva; e la stessa soluzione potrà sembrare preferibile anche se facendosi tradizione del fondo, si dichiara d'intendere la tradizione stessa come precaria: se, invece, si consegna il fondo senza riserve o se addirittura si addivene alla *mancipatio*, il fatto che nonostante la riserva di recesso la compravendita sia stata eseguita può far pensare che la clausola sia stata pensata come risolutiva. Quanto alla dichiarazione stessa, il ragionamento del Beseler circa la sua irreparabile insufficienza può valere solo se la si integra con l'ipotesi circa la esistenza di una formula invariabile di *in diem addictio*. Nel formalismo hanno trovato la loro origine le opinioni secondo le quali non si è avuto in giurisprudenza romana un mutamento di dottrina in ordine ad una determinata convenzione accessoria, ma una varietà di clausole a ciascuna delle quali corrisponda una determinata, indiscussa costruzione.

Ma si è visto come quell'ipotesi sia in contrasto con la struttura stessa del contratto consensuale e si può aggiungere che ammesso pure che i Romani abbiano parlato di *in diem addictio* solo quando hanno avuto sott'occhio documenti in cui si conteneva quella determinata frase, resta vero che un contratto consensuale toglie tutte le clausole non contrarie né all'ordinamento giuridico né al buon costume, che alle parti piaccia d'inscrivere: e come si sarebbe comportato un giureconsulto in confronto di clausole redatte in modo diverso, sempre nell'ordine d'idee di far dipendere la vendita o la sua permanenza, da una migliore offerta? Ma queste osservazioni non possono avere altro valore che di adesione in sede politico-legislativa, alla soluzione prudente accolta nel *Corpus iuris*. Quanto alla giurisprudenza classica, conviene prendere atto del risultato critico, confermando che essa si è definitivamente adagiata nella dottrina della condizione risolutiva.

La vicenda dottrinale si riflette nella pratica in tre direzioni a proposito della vendita condizionale in genere in D. 18.6.8 pr. (Paul. 33 *ad ed.*), in D. 41.4.2 (Paul. 54 *ad ed.*) e in D. 18.2.2.1 (Ulp. 28 *ad Sab.*) e D. 18.2.4 pr. (Ulp. 28 *ad Sab.*): il compratore sotto condizione sospensiva (teoria di Sabino e di Pomponio) anche se otteneva dal venditore il possesso della cosa, non la possedeva *ad usucapionem*, non faceva suoi i frutti, non

²⁵ G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, Weimar-Böhlau 1948, 265 ss.

sopportava i rischi della cosa comperata. Invece il compratore sotto condizione risolutiva dal momento in cui entrava in possesso, cominciava ad usucapire per il titolo *pro emptore*, faceva suoi i frutti e in base al *periculum rei venditae*, era tenuto a pagare il prezzo se la cosa periva prima che egli stesso o il venditore recedesse dal contratto.

Dunque, il perimento faceva cessare le possibilità di verificaione dell'avvenimento che era previsto nella *in diem addictio* o nel *pactum displicentiae*, mentre in caso di *lex commissoria* toglieva al venditore la facoltà che si esprimeva nel poter considerare come *inempta* la cosa della quale il prezzo non fosse stato pagato. Per conseguenza dalla costruzione come condizione sospensiva o risolutiva dipendeva l'obbligazione del compratore: per i sostenitori della condizione sospensiva egli non era tenuto a nulla, dovendosi ritenere nella dottrina classica che la vendita non fosse mai stata *contracta* e nella giustiniana che non fosse mai stata *perfecta*; per chi, invece, applicava il concetto dell'*emptio* pura, la permanenza dell'obbligazione di pagare il prezzo era evidente. Ed è chiaro che se il prezzo fosse stato in tutto od in parte anticipato sorgeva o non sorgeva corrispettivamente nel venditore l'obbligazione di restituire ciò che aveva ricevuto. Conseguente è pure l'alternativa in confronto del possesso *ad usucapionem* che manca nel regime della condizione sospensiva anche se eventualmente il venditore venisse durante la pendenza trasferito al compratore la detenzione della cosa, mentre esisteva nel regime della risolutiva. Non è da escludere che la conseguenza naturale di quest'ultima regola che cioè il tempo altrimenti perduto per effetto della pendenza si aggiungesse a quello decorrente dallo stabilizzarsi della compravendita sia stata fra i momenti principali del cambiamento di fronte da parte della giurisprudenza. Né in linea normale doveva presentarsi il rischio che l'usucapione si compisse: non solo l'*in diem addictio* e il *pactum displicentiae*, ma anche la *lex commissoria* dovevano normalmente commissurarsi ad un termine assai più breve di quello dell'usucapione. Che se l'usucapione si fosse compiuta non per ciò il venditore sarebbe rimasto privo di mezzi di difesa del suo diritto a ricevere la cosa.

Altro problema è quello di vedere se il verificarsi della condizione risolutiva interrompesse automaticamente l'usucapione perché essendo ormai la cosa *inempta* era divenuto impossibile continuare a possederla *pro emptore* o se invece il possesso *ad usucapionem* continuasse fino a quando la cosa non ritornasse al venditore o non passasse al secondo compratore: nella dottrina più recente prevalse il secondo punto di vista.

È invece discussa la materia dei frutti: mentre la dottrina dominante ritiene che anche in regime di condizione risolutiva l'acquisto dei frutti da parte del compratore era provvisorio essendo egli tenuto a restituirli quando la condizione si verificasse, un gruppo di scrittori capitanato da Beseler ritiene che vi siano state su questo punto due fasi di sviluppo. Che cioè i primi assertori della nuova dottrina (per la *in diem addictio* Giuliano, per la *lex commissoria* Nerazio) ritenessero definitivo l'acquisto e che un movimento successivo promosso da rescritti imperiali e seguito dai giuristi dell'età dei Severi, abbia sancito la nuova massima in forza della quale intervenuta la risoluzione i frutti dovevano essere restituiti al venditore.

E conviene dire subito che uno sviluppo in questo senso può apparire plausibile: si sarebbe cominciato col trarre le conseguenze logiche dalla situazione del compratore come possessore di buona fede, tenuto perciò a restituire i soli frutti eventualmente percepiti *post litem contestatam*, ma successivamente si sarebbe fatta ragione all'aspetto economico della convenzione adottando il regime più conveniente alla situazione.

Circa il vigore del principio della restituzione dei frutti presso i giureconsulti dell'età dei Severi, vigore pressoché unanimemente ammesso, poco c'è da aggiungere. Possiamo citare in tema di *in diem addictio* anche per quel che abbiamo detto circa la parte svolta dai rescritti imperiali circa il nostro problema, quello di Settimio Severo riferito da Ulpiano (32 *ad ed.*) in D. 18.2.16 dove l'obbligazione di restituire i frutti non è tanto proclamata quanto addirittura presupposta per dedurne la reciproca obbligazione del venditore di risarcire al compratore le spese necessarie.

Nello stesso senso è da ricordare, per la *lex commissoria*, D. 18.3.4 pr. (Ulp. 32 *ad ed.*). Anche qui il rescritto verteva non

sulla ripetibilità dei frutti, ma sul mezzo giuridico spettante in proposito al venditore: comunque l'interesse dei giuristi per l'attività svolta nella nostra materia dalla cancelleria imperiale risultava ribadito.

Fra gli altri testi basterà citare quello di Papiniano (3 resp.) in *Fragm. Vat.* 14, tanto più interessante in quanto estraneo alla compilazione giustiniana. E potremo fermarci alle prime battute: *Lege venditionis inempto praedio facto fructus interea perceptos iudicio venditi restitui placet, quoniam eo iure contractum in exordio videtur...*

Il rescritto di Severo citato in *D.* 18.2.16 (*Ulp.* 32 *ad ed.*) e il passo di Papiniano garantiscono per una data che può identificarsi con gli ultimi anni del II o coi primi del III secolo d. C.: resta a vedere che cosa avessero pensato i giuristi anteriori.

In tema di *in diem addictio* un vago appoggio alla ipotesi beseleriana è dato dal testo già citato in cui Ulpiano enuncia la dottrina giuliana: *D.* 18.2.2.1 (*Ulp.* 28 *ad Sab.*): ... *Iulianus scribit hunc, cui res in diem addicta est, et usucapere posse et fructus et accessiones lucrari et periculum ad eum pertinere, si res interierit.*

L'appoggio è nel verbo *lucrari* che sembra almeno normalmente riferirsi al guadagno che taluno realizza una volta per sempre, non già a qualche cosa che entri nel patrimonio del soggetto senza prospettiva di permanenza. Per togliere forza all'argomento i contraddittori applicano anche all'acquisto dei frutti, oltretutto al *periculum*, la riserva finale *si res interierit*; ma non varrebbe neppure la pena di rilevare il lucro dei frutti nel caso di perimento, dato che questo escludendo la verificazione della condizione risolutiva, toglierebbe agli effetti della compravendita ogni limite. D'altra parte replica Beseler per riferire quella riserva, oltre che al rischio, anche ai frutti, bisognerebbe poterla riferire addirittura all'usucapione: ipotesi veramente non condivisibile. Senonché vi sono ancora due argomenti contro l'interpretazione beseleriana. L'uno è in *D.* 18.2.6 pr. sempre da Ulpiano (28 *ad Sab.*). Qui si pone esplicitamente il problema dell'interpretazione di una regola, attribuita a precedenti giureconsulti, secondo la quale *fructus interea capti emptorem sequuntur* e si dice che ciò avviene soltanto se una migliore offerta non abbia avuto luogo: ... *sin*

vero exstitit emptor posterior, fructus refundere priorem debere constat, sed venditori: et ita Iulianus libro quadragesimo octavo digestorum scribit...

S'intende che secondo Beseler, anche questo passo dovrebbe considerarsi interpolato: un indizio formale se ne avrebbe nel raro ed inelegante verbo *refundere*, ma un più forte indizio sostanziale in ciò che nel § 1, seguitando il discorso, la regola che i frutti vadano restituiti si trova sviluppata secondo decisioni attribuite a Pomponio, già da noi ben conosciuto come sostenitore della condizione sospensiva. Ulpiano avrebbe detto, insomma, che quella famosa regola andava bene secondo la teoria di Giuliano, mentre non si poteva accordare con quella di Pomponio. Possibile, ma non certo.

Contro l'interpretazione sopra esposta del *lucrari* milita ancora un altro argomento. Esso è costituito dalle parole *et accessiones (fructus et accessiones lucrari)*: se queste indicano in antitesi ai frutti, ciò che si aggiunge a una cosa provenendo dal di fuori come si potrà dire che sia definitivamente lucrato dal compratore. Inoltre può essere audace il cancellare come interpolate anche quelle due parole.

In definitiva gli argomenti che si adducono *hinc inde* sono estremamente fragili: se si riconosce il peso di quel *lucrari*, e più ancora forse di quella massima per cui *fructus emptorem sequuntur* (anch'essa ben difficilmente adattabile all'ipotesi dell'acquisto provvisorio) va riconosciuto che il ragionamento non si fonda su basi solide.

Neppure i testi in tema di *lex commissoria* sono chiarificatori, ma un principio di prova essi lo danno. Certo è confuso il testo di *D.* 18.3.4.1 (*Ulp.* 32 *ad ed.*) ove s'introduce a parlare Nerazio: *Sed quod ait Neratius habet rationem, ut interdum fructus emptor lucretur, cum pretium quod numeravit perdidit: igitur sententia Neratii tunc habet locum, quae est humana, quando emptor aliquam partem pretii dedit.*

E questo uno dei passi che già Fabro condannava come insanabili: il meno che si possa dire è che la *sententia* di Nerazio Prisco, secondo la quale il compratore lucra talvolta i frutti, è ricordata due volte, ed entrambe le volte come limitata all'ipotesi che il compratore abbia versato qualche parte del prezzo; salvo che nella prima frase sembra che tale limitazione

fosse enunciata da Nerazio stesso, mentre nella seconda sembrerebbe suggerita da Ulpiano. Se però qualche cosa trasparire dallo stato attuale del testo, questo è che anche Nerazio aveva parlato come Giuliano per il caso della *in diem addictio* di un lucro dei frutti da parte del compratore, non sappiamo se in linea generale o limitatamente a qualche caso, e che Ulpiano ha ritenuto valida la massima nel solo caso della compensazione di quel lucro con la perdita di una parte del prezzo anticipato.

Non è davvero audace, benché a qualcuno sia parsa tale, l'opinione che la citazione di Nerazio presso Ulpiano si riferisca allo stesso passo che sotto il nome del vecchio giurista (Nerva 5 membr.) è riprodotto, ma di nuovo con evidenti infedeltà, in D. 18.3.5 *Lege fundo vendito dicta, ut, si intra certum tempus pretium solutum non sit, res inempta sit, de fructibus, quos emptor percipisset, hoc agi intellegendum est, ut emptor interim eos sibi suo quoque iure perciperet: sed si fundus revenisset, Aristo existimabat venditori de his iudicium in emptorem dandum esse, quia nihil penes eum residere oporteret ex re, in qua fidem fefellisset.*

Si ritiene che quanto alla posizione della questione cioè fino ad *intellegendum est*, nulla osti a riconoscere la mano di Nerazio. Un fondo è stato venduto con la *lex commissoria*. E ne è stata fatta *traditio* al compratore, il quale ne ha percepito i frutti sino al momento in cui è risultata la sua inadempienza. Ci si domanda, quindi, cosa si deve dire una volta decisa dal venditore la risoluzione del contratto di questi frutti.

La risposta comincia con una frase perplessa ove si ripete che il compratore li ha percepiti *interim* con l'aggiunta di quel *sibi suo quoque iure* che nessuno è riuscito a spiegare convenientemente (qui l'interpretazione di Levy ... *emptoris quoque iure*, cioè non solo in quanto proprietario, ma anche in quanto compratore condizionato, è ritenuta arbitraria da Beseler che attribuisce tutto ai compilatori): prevedendo daccapo l'avveramento della condizione risolutiva con quel *revenisset* che, lo si faccia discendere da *revenio* (fosse ritornato) o da *revento* (fosse stato rivenduto), è sempre quanto mai strano (da *revento* sarebbe un apex legomenon: da *revenio* avrebbe un parallelo in Coll. 12.7.10. La stranezza non diminuisce col riferire l'idea della rivendita al contratto che il venditore faccia

con un nuovo compratore), si cita l'opinione di Aristone, il quale mettendosi probabilmente dal punto di vista della condizione sospensiva, aveva giudicato doversi ammettere il venditore a chiedere (forse con un *actio in factum*) la restituzione dei frutti. Ma che cosa Nerazio pensasse circa la decisione di Aristone non è detto perché ai compilatori quella decisione è tanto piaciuta da non averla più criticata.

In questa situazione per ricostruire il pensiero di Nerazio si può tenere presente anche D. 18.3.5 (Nerva 5 membr.) ove può sembrare ipoteticamente valida una ricostruzione della parte centrale a questo modo ... *hoc agi intellegendum est, ut emptor interior eos sibi suoque iure perciperet adquisisset. Sed Aristo existimabat. Il sibi quoque iure adquisisset ...* che l'avesse acquistati per sé e in proprio nome ... (contr. *iure alieno*), mi sembra altrettanto di buon latino quanto per es. il *suam suique mancipi esse* scritto a proposito di una schiava in una tavoletta ercolanese. Beseler ha osservato una volta che il *quoque* è nato da una dittografia, ma questa congettura è accettabile solo ipotizzando l'originario *suoque*. Da ultimo il compianto critico sostituisce a *ut emptor - perciperet* la frase, tutta diversa, *ut emptor interim si perceptos lucretur*, facendo evidentemente dipendere l'*interim* non da *lucretur* ma da *perceptos*.

Se si ritiene plausibile la ricostruzione suggerita per gli ultimi due testi si può convenire nell'avviso che la dottrina dell'acquisto definitivo dei frutti da parte del compratore abbia, per i primi tempi dopo il prevalere della costruzione come condizione risolutiva, una certa base testuale in tema di *lex commissoria*: a sua volta, l'analogia potrà dar consistenza a quella traccia per sé stessa piuttosto ombrosa che della stessa dottrina si discerne in tema di *in diem addictio*.

Lo studio della natura delle riserve di recesso è molto articolato, soprattutto alla luce dell'analisi esegetica delle fonti e dei diversi orientamenti della dottrina, affrontati in questo lavoro e, per questo, apre ampie ed interessanti prospettive di ricerca.

Infatti, al di là non solo della natura delle riserve di recesso, ma anche della ipotizzata analogia con il leasing, lo studio delle clausole accessorie della compravendita è tema particolarmente attuale, per i suoi interessanti ed articolati collegamenti nella

moderna pratica commerciale, sulla quale conviene qui soffermarsi.

Gli ordinamenti giuridici moderni riconoscono le possibilità di *displacentia* ed il correlativo pentimento dei compratori incauti. Il diritto italiano in particolare con d. lgs. 15.1.1992 n. 50 che attua la direttiva n. 85/577/Cee in materia di contratti negoziati fuori dai locali commerciali²⁶, subordina *ex imperio* a condizione risolutiva di non gradimento del compratore le vendite a domicilio attraverso canali televisivi cioè vendite effettuate con mezzi allettanti che spesso inducono all'incenuto acquisto. Al compratore concede un diritto di recesso dal contratto: diritto da esercitarsi peraltro entro tempi determinati e specifiche modalità.

Si può teorizzare, così che, la compravendita con *pactum displacentiae* sia una modalità della categoria della vendita a prova²⁷, in cui il compratore deve provare la cosa, determinare la sua soddisfazione ed esprimerla in modo manifesto: tutto sembra, quindi, dipendere dal suo libero arbitrio.

La figura della vendita a prova potrebbe essere ravvisata nella vendita che le parti subordinano al positivo accertamento di requisiti convenzionali o legali del bene; secondo la regola normativa si presume che il contratto sia stipulato sotto la condizione sospensiva, che il bene abbia le qualità pattuite o sia idoneo all'uso cui è destinato ex art. 1521 cod. civ.

²⁶ La legge fu abrogata dal Codice del Consumo d. lgs. 206/2005 ed in esso è confluita. Cfr. anche d. lgs. 22.5.1999 n. 185 attuativo della direttiva 97/7/Cee relativa alla protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza. Tale patto però nel nostro ordinamento giuridico non ha una disciplina autonoma, ma costituisce una specificazione della generica facoltà contemplata dall'art. 1373 c.c. di attribuire ad una delle parti il potere di recedere unilateralmente dal contratto. Vedi ora d. lgs. 21/2014 che, nel recepire la direttiva 2011/83/UE, tutela maggiormente il diritto di recesso.

²⁷ Si parla di merce suscettibile di prova: nelle fonti relativamente a schiavi: D. 21.1.31.22.23 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*), cavalli: D. 19.5.20 (Ulp. 32 *ad ed.*), mucche: D. 9.2.52.3 (Aif. 2 *dig.*), *predium* in D. 43.24.11.13 (Ulp. 71 *ad ed.*), *Fragm. Vat* 14 e C. 4.58.4, *res* in senso generico: D. 18.1.3 (Ulp. 28 *ad Sab.*), D. 18.5.6 (Paul. 2 *ad ed.*) e D. 20.6.3 (Ulp. 8 *disp.*). È sempre indicato in modo esplicito in D. 18.1.3 (Ulp. 28 *ad Sab.*), D. 41.4.2.5 (Paul. 54 *ad ed.*), D. 18.5.6 (Paul. 2 *ad ed.*), D. 19.5.20 (Ulp. 32 *ad ed.*), D. 43.24.11.13 (Ulp. 71 *ad ed.*), D. 20.6.3 (Ulp. 8 *disp.*), C. 4.58.4 e D. 9.2.52.3 (Aif. 2 *dig.*).

L'aderenza al corrente significato della vendita a prova impone, però, il suo riconoscimento come vendita obbligatoria che non sarebbe certo escluso dall'indicazione normativa della condizione sospensiva. Di essa si deve, invece, tener conto per puntualizzare che la qualità da sperimentare esula dall'impegno dell'alienante; che l'effetto traslativo e il corrispondente obbligo di pagamento del prezzo, sono sospesi fino all'esperimento positivo della prevista qualità; che il contratto è perfetto ed opponibile ai terzi già al momento della sua stipulazione anche se la prova non sia ancora esperita.

L'estinzione della vendita non deve ritenersi automaticamente connessa al fatto obiettivo della mancata riuscita della prova: occorre piuttosto che il compratore espressamente o tacitamente mostri al venditore di non volere essere ulteriormente legato al contratto.

In tal senso s'impone il rilievo che la clausola di prova è predisposta a favore dell'acquirente, al quale deve quindi rimettersi la decisione finale sulle conseguenze da trarre sull'esito dell'esperimento della prova e anche in particolare sull'eventuale convenienza a mantenere ferma la vendita.

A questo significato della clausola corrisponde la corrente pattuizione che fissa un termine entro il quale il compratore ha l'onere di portare a compimento la prova e di comunicarne al venditore l'esito negativo.

Va detto che la riserva di gradimento si presenta come una clausola che fa dipendere il perfezionamento della vendita da un atto di gradimento del bene da parte del compratore²⁸.

²⁸ P. GRECO - G. COTTINO, *Della vendita*, in *Comm. al codice civile* (cur. A. Scialoja, G. Branca), Bologna-Zanichelli 1962, 414; D. RUBINO, *La compravendita*, in *Trattato di diritto civile e commerciale* (dir. A. Cicu, F. Messineo), Milano-Giuffrè 1962, 57 ss.; G. MIRABELLI, *I singoli contratti*, in *Comm. al cod. civ.* IV.3, Torino 1991, 165; L. BARASSI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano-Giuffrè 1955, 516; G. GORLA, *La compravendita e la permuta*, Torino-Utet 1937, 194; G. GABRIELLI, *La riserva di gradimento nei contratti*, in *Studi in onore di F. Santoro-Passarelli*, Napoli-Iovene 1977, 1296 ss.; F. BOCCHINI, *La vendita di cose mobili*, Artt. 1510-1536, *Vendita con riserva di gradimento, a prova e su campione*, in *Il Codice civile. Commentario* Milano-Giuffrè 2004, 697. In giurisprudenza cfr. Cass. 11.10.1961, n. 2080; Cass. 17.1.1966, n. 242; Cass. 15.7.1969, n. 2605; Cass. 13.2.1970, n. 353;

Nella previsione normativa la vendita non si perfeziona fino a che il gradimento non venga comunicato al venditore ex art. 1520 cod. civ. Tale formula ribadisce la costruzione della vendita con riserva di gradimento quale vendita in formazione; formula che deve essere tuttavia riferita solo all'ipotesi in cui il bene rimanga presso l'alienante. È questa l'ipotesi tradizionale che la vecchia legislazione aveva preso in considerazione come vendita ad assaggio quale vendita di cose per le quali si usa fare l'assaggio prima della compravendita ex art. 1452 cod. civ. del 1865. Tale ipotesi si distingueva rispetto alla vendita come patto di precedente assaggio ex art. 1453 cod. civ. del 1865, corrispondente all'attuale vendita a prova.

L'assaggio preventivo è ancora previsto dagli usi per determinate merci, nel senso appunto che la vendita non s'intende perfezionata se prima il compratore non abbia analizzato e trovato il bene di suo piacimento.

Si aggiunga che la specifica previsione contrattuale di una prova non esclude la possibilità che il compratore si riservi in realtà di verificare se il bene è o no di suo gradimento. In generale l'interpretazione nel senso della riserva di gradimento deve ammettersi quando la verifica implica prevalentemente un giudizio in termini di gusto personale, sottratto ad un sindacato esterno.

A questo punto sembra giustificato l'attuale orientamento che ravvisa nella vendita con clausola di gradimento una ipotesi di opzione.

La congruità di tale inquadramento deve ammettersi nell'intendimento dell'opzione come un compiuto regolamento contrattuale che attribuisce all'optante il diritto potestativo di dare seguito al contratto finale attraverso un distinto atto negoziale unilaterale e recettizio. Malgrado un argomento di fondo contro l'opzione è stato addotto in considerazione della natura del gradimento quale atto di giudizio, si è replicato che non è il gradimento in se stesso a perfezionare la vendita quanto piuttosto la comunicazione del gradimento. Ora, alla stregua del

corrente intendimento, la comunicazione del gradimento significa accettazione esprime cioè l'intento del soggetto di concludere la vendita.

La vendita con riserva di gradimento, quindi, non si limita per altro ad attribuire una opzione al compratore: essa prevede, infatti, un esame della cosa a seguito del quale l'acquirente manifesta il giudizio di gradimento o mancato gradimento. Non si tratta allora per il compratore semplicemente di accettare o rifiutare il contratto di vendita, ma di pronunciarsi positivamente o negativamente sul bene.

Questa pronuncia risponde ad un apprezzamento personale e non è controllabile nel merito: onde si giustifica il riconoscimento del sostanziale arbitrio del compratore nel dare o meno seguito alla vendita. Ciò non toglie, tuttavia, che nella previsione contrattuale il procedimento segua, attraverso il momento dell'esame della cosa, e, che questo momento caratterizzante la figura non possa, pertanto, essere abusivamente eliminato né da una parte né dall'altra.

Con riguardo al venditore più in particolare si riconosce comunemente il suo obbligo di fare esaminare il bene al compratore. Tale obbligo si inserisce nell'ambito dello schema opzionale come un impegno accessorio preordinato al fine di non ostacolare o impedire la formazione del contratto finale.

La previsione normativa della clausola di gradimento come una clausola che rinvia il perfezionamento della vendita alla dichiarazione di gradimento del compratore, assume a suo modello la tradizionale ipotesi di vendita di cose fungibili giacenti presso i magazzini dell'alienante: cose per le quali si riconosce all'acquirente la pretesa di procedere ad un preventivo assaggio. Accanto a questa ipotesi di cui si trova ancora traccia negli usi, si delinea con una certa frequenza anche il caso di una riserva dell'acquirente con riguardo al bene che egli prende in consegna. Questa riserva può esprimersi in clausole che pur con varia formulazione sono comunque intese a lasciare al compratore la decisione di porre nel nulla l'affare qualora il bene non sia di suo piacimento. È spesso previsto così che la vendita si intende perfezionata salvo che il compratore comunichi entro un certo tempo che la cosa non lo soddisfa. Questa clausola è stata recepita dalla disciplina normativa la

quale appunto stabilisce che la cosa si considera di gradimento del compratore se questi non si pronuncia diversamente entro il termine fissato ex art. 1520, 3 co. cod. civ.

Sebbene sia formalmente accomunata alla vendita con riserva di gradimento si tratta in realtà di una ipotesi autonoma che può indicarsi come vendita con riserva di non gradimento. Riguardo a tale ipotesi occorre osservare che qui l'inerzia del compratore non può essere ricondotta ad un significato positivo di gradimento del bene e di accettazione della vendita. L'artificioso discorso impostato sulla presunta volontà dell'acquirente inerte, deve essere disatteso di fronte al sicuro riconoscimento che la vendita diviene irrevocabile qualunque sia la ragione del silenzio: anche quando risulti, quindi, sicuramente escluso ogni significato contrattuale nell'atteggiamento negativo dell'acquirente. Più semplicemente deve prendersi atto che la definitività della vendita non può dipendere da un'ulteriore manifestazione di consenso dell'acquirente e che a quest'ultimo, piuttosto, è concesso un termine di decadenza per recedere dal contratto.

Fenomeno diverso è quello dell'invio del bene in visione su unilaterale iniziativa dell'offerente. Qui si tratta di una semplice proposta a seguito della quale il silenzio dell'oblato non potrebbe assolutamente intendersi come accettazione²⁹. La vendita a prova, cioè, subordinata alla verifica positiva di una qualità della cosa da parte di persona diversa dal venditore, era la categoria generale entro cui si iscriveva il *pactum degustationis*. Tale *pactum*, analogo al *pactum displicentiae*, era solitamente utilizzato, infatti, nel caso di compravendita di vino e autorizzava il compratore ad accertare che la merce avesse le qualità desiderate. L'accertamento non era insindacabile, ma doveva essere fatto *boni viri arbitratu* con il criterio obiettivo

²⁹ Cfr. R. YARON, *Sale of wine*, in *Studies in Roman Law dedicated to the memory of de Zulueta*, Oxford-University 1959, 71 ss.; B. W. FRIER, *Roman Law and the Wine Trade: "The Problem of Vinegar Sold As Wine"*, in *ZSS*, 100, 1983, 257 ss.; N. OLISZAK, *Empito ad gustum*, in *T. 58*, 1990, 361 ss.; M. BENITEZ LOPEZ, *La venta de vino y otras mercancias en la jurisprudencia romana*, Madrid-Dykinson 1994; M. PENNITZ, *Die Gefährtragung beim Weinverkauf im klassischen römischen Recht*, in *T. 62*, 1994, 251 ss. Per le fonti: D. 18.6.4 (Ulp. 28 ad Sab.).

tipico del galantuomo.

La vendita su campione ex art. 1522 cod. civ., invece, ricorre quando le parti determinano le qualità promesse mediante riferimento ad una cosa concreta assunta quale termine diretto di paragone del bene dovuto. Nonostante la diversa opinione dottrinale e giurisprudenziale, deve dirsi che la funzione probatoria non è essenziale alla clausola. Ciò che caratterizza il campione è piuttosto la sua funzione di determinazione della prestazione traslativa. Ora appunto la prestazione rimane definitivamente fissata con riferimento al campione a prescindere dal fatto che questo sia stato adeguatamente custodito e si sia conservato nello stato originario.

La conformità del bene al campione non è una condizione, ma l'esatta esecuzione della vendita che deve subito considerarsi negozio perfetto ed efficace indipendentemente dal riconoscimento di tale conformità. Ma è anche possibile una diversa previsione contrattuale che sospenda gli effetti sino all'accertamento della conformità della merce al campione. La vendita è, allora, insieme vendita a prova e su campione³⁰. Analogamente può ammettersi la previsione di una vendita con riserva di gradimento su campione nella quale la riserva del compratore si accompagni al riferimento determinativo e probatorio del campione. La vendita su campione può essere indifferentemente vendita generica o specifica.

Nella formula legislativa qualsiasi difformità del bene prestato rispetto al campione consente al compratore il rimedio della risoluzione del contratto. Questa formula esclude, come si riconosce generalmente, che abbiano rilievo i limiti di tolleranza stabiliti dagli usi ex art. 1497 cod. civ.: in tal senso può trarsi conferma dalla considerazione che il riferimento ad un campione concreto evidenzia l'interesse del compratore ad una precisa determinazione qualitativa del bene, in contrasto, quindi, con l'idea di una eventuale tolleranza di inesattezza. La medesima considerazione vale anche se la cosa è difforme rispetto al campione in quanto viziata.

³⁰ F. BOCCHINI, *La vendita di cose mobili. Artt. 1510-1536. Vendita con riserva di gradimento, a prova e su campione*, in *Il Codice civile. Commentario* Milano-Giuffrè 2004, 697.

Il riferimento al campione non altera la regola comune secondo la quale spetta al compratore la prova della difformità tra prestazione ricevuta e prestazione spettantegli. La particolarità probatoria di tale riferimento consiste semplicemente nel fatto che provata la stipulazione della clausola su campione, il compratore dimostra quale sia la prestazione dovutagli mediante l'esibizione del campione.

La rilevanza del campione ai fini probatori si spiega in quanto esso è assunto dalle parti a concreta determinazione del bene dovuto. Inammissibile appare invece l'opinione che ravvisa nell'esibizione del campione l'unico mezzo di prova dell'inesattezza della prestazione. Questa idea non considera che funzione primaria del campione è quella di determinare concretamente le qualità del bene dovuto: e che tale funzione è assolta nel momento stesso in cui le parti fanno il loro riferimento determinativo ad un dato esemplare.

Riconoscendo che la pretesa del compratore è già originariamente definita dal riferimento al campione, deve coerentemente riconoscersi che la conservazione del campione non è in alcun modo requisito di validità o di efficacia del contratto. Deve, inoltre, ammettersi che la mancata disponibilità del campione non preclude al compratore di dimostrare con altri mezzi probatori il contenuto della vendita in ordine alle qualità dovute.

La regola legislativa prevede, inoltre, che le parti facciano riferimento ad un campione per indicare in modo approssimativo la qualità del bene ex art. 1522 n. 2 cod. civ. È questa la vendita su tipo di campione o su campione-tipo: la quale consente al compratore la risoluzione del contratto solo quando la difformità della prestazione rispetto al campione sia notevole. La clausola su tipo di campione può essere formulata espressamente, ma può anche risultare da quelle indicazioni che attenuano la rigidità del riferimento al campione. Conformemente alla previsione normativa la vendita su tipo di campione deve intendersi come una vendita in cui le parti si riferiscono ad un campione quale diretto termine di paragone del bene pattuito, senza, tuttavia, impegnare il venditore ad una rigorosa conformità tra prestazione e campione. Ciò significa, in

definitiva, che il venditore si riserva un certo margine di discrezionalità nella determinazione qualitativa del bene.

Può intendersi, allora, come non abbia ragione di porsi il problema se la notevole difformità del campione-tipo esprima una formula coincidente con quella della non scarsa importanza dell'inadempimento richiesta per la risoluzione del contratto ex art. 1455 cod. civ. Occorre, piuttosto, tenere presente che il criterio della difformità notevole è volto a stabilire se vi sia o meno inadempimento, mentre il generale criterio limitativo valevole in tema di risoluzione del contratto presuppone già che vi sia l'inadempimento subordinando il rimedio della risoluzione ad un minimo di gravità dell'inadempimento stesso.

La vendita è prevista nell'ambito della disciplina sulla vendita delle cose mobili, tuttavia la dottrina unanime³¹ ritiene che si applichi anche ai beni immobili, mancando espressi divieti sul punto; naturalmente in detta ipotesi la riserva dovrà avere forma scritta ed essere pubblicizzata.

Circa la sua natura vari sono gli orientamenti: in Germania si ritiene che sia un contratto sottoposto a condizione sospensiva meramente potestativa³², tuttavia vi si obietta che tale condizione è vietata nel nostro ordinamento; in Francia (app. Firenze) si ritiene che sia un contratto preliminare unilaterale vincolante solo per il venditore (vi si obietta che non si stipula un definitivo), in Cassazione e dottrina si ritiene che sia un contratto in itinere che si perfeziona con comunicazione del gradimento.

Infine Gorla sostiene la tesi della proposta irrevocabile³³.

Sul gradimento va, infine, segnalato che esso si distingue dall'accettazione essendo il primo una manifestazione di volontà, la seconda una manifestazione di volontà. La dottrina prevalente ritiene che il compratore abbia un potere discrezionale ed insindacabile nel senso che può rifiutare non solo se la cosa non ha i requisiti di suo gusto, ma anche se non

³¹ GRECO - COTTINO, *Della vendita* cit. (nt. 28), 414; RUBINO, *La compravendita* cit. (nt. 28), 57 ss.; MIRABELLI, *I singoli contratti* cit. (nt. 28), 165.

³² L. BARASSI, *Istituzioni di diritto civile*, Milano-Giuffrè 1955, 516.

³³ G. GORLA, *Il contratto*, Milano-Giuffrè 1955.

INDICE DEL VOLUME

Le ragioni di un omaggio (<i>Isabella Piro</i>).....	IX
Il mio amico Sandro (<i>Franco Musumeci</i>).....	XXIX
Elenco delle pubblicazioni di Alessandro Corbino.....	XXXIX
Carlos Felipe Amunátegui Perelló Working as a Migrant in Roman Antiquity	1
Francisco J. Andrés Santos Algunas observaciones en torno al título 39 (<i>Περὶ κωνοτομῶν καὶ ὄρων</i>) de la <i>Ensayo de Focio</i>	11
Francesco Arcaria Le costituzioni di Settimio Severo tra processo e <i>'ius novum'</i>	37
Riccardo Astolfi Annotazioni storiche sulla figura di <i>homo sacer</i>	87
Lorena Atzeri Il lessico dell'infamia nella legislazione imperiale tardoantica (secc. IV-V d.C.)	123
Christian Baldus Letztwillige Verfügung zu Gunsten des <i>collegium</i> : Erblässerville und Förderungszweck in Scaev. 3 <i>resp.</i> D. 32.93.4	157
Gisella Bassanelli Sommariva Ancora sull' <i>iniuria</i> nella legge delle XII Tavole	169
Yasmina Benferhat Exercice du droit, exercice du pouvoir: un roi s'oppose-t-il toujours à la loi?	195
Paola Biavaschi Cicerone cambia opinione? <i>Ad familiares</i> 7.21 e l'apparente ripensamento dei <i>Topica</i>	221

corrisponde alle sue esigenze³⁴.

Se si accede alla tesi del contratto in itinere, quindi, significa che durante la pendenza del contratto le parti devono comportarsi secondo buona fede ed eventuali violazioni determinano il risarcimento del danno.

In definitiva anche negli orientamenti moderni verificiamo interesse per il tema trattato in questo lavoro. Le prospettive di studio sono ampie e i risvolti dello studio del diritto di recesso nella compravendita in diritto romano, sono ampiamente confermate nel diritto moderno.

Abstract

The study of the nature reserves of recesso in roman law is very complex, especially in the light of exegetical sources and different orientations of the doctrine, and, therefore, opens wide and interesting research perspectives. In fact, beyond the assumed analogy with the leasing, the study of the ancillary provisions of the sale is subject particularly relevant, for his interesting and articulated links in the modern business practice.

Keywords

Pactum displicentiae – diritto di recesso – clausole accessorie della compravendita – contratto di leasing.

³⁴ *Contra* F. Bocchini – vd. nt. 32 – che ritiene che il rifiuto deve necessariamente scaturire da un giudizio negativo sul bene. In materia societaria su clausola di gradimento cfr.: F. CAMPOBASSO, *Manuale di Diritto commerciale*, Torino-Uret 2007, 242; M. DI FABIO, *Riforma societaria e circolazione delle partecipazioni azionarie*, in *Rivista notarile* 1, 2003, 811 ss.; F. GALGANO, *Le società per azioni*, in *Trattato di diritto commerciale* VII (dir. F. Galgano) Padova-Cedam 1988, 195; G. MARICONDA, *Il trasferimento delle partecipazioni sociali ed i vincoli alla circolazione*, in *Studi e Materiali*, Milano-Giuffrè 2004, 253 ss. Sulla prassi notarile cfr. Massima Triveneto H.1.1, Massima Triveneto H.1.4, Massima Triveneto H.1.6, Massima Milano n. 32, Cass. 3.9.1996, n. 8048.

Barbara Biscotti Curatore e "amministrazione interimistica" dell'eredità giacente. Spunti per una riflessione storico-comparatistica	245
José María Blanch Nogués « <i>Civilis constitutio est poenaliibus actionibus heredes non tenet</i> »: acerca de la persecución <i>post mortem</i> de los ilícitos penales en derecho romano	277
Fabio Botta « <i>Defendere suum servum reum crimine factum</i> ». Intorno a D. 48.1.9 (Marcian. 1 <i>de iud. publ.</i>)	297
María José Bravo Bosch La política de Augusto en relación con <i>Gallaecia</i>	323
Filippo Briguglio Gai. 4. 62 e gli <i>iudicia bonae fidei</i> : storia di un lacerto discusso. I risultati della nuova indagine multispettrale sul <i>folium</i> 68v del Codex XV (13) BCapVr.	357
Wolfram Buchwitz Der Haussohn als <i>Senator</i>	397
Pierangelo Buongiorno C. Ateius Capito. Appunti per una biografia politica	413
Carlo Busacca Sulla datazione del <i>plebiscitum Ovinium</i>	429
Antonello Calore 11 settembre 2001: dal mito alla storia	453
Giuseppe Camodeca Un nuovo diploma militare del 7 gen. 224 per un <i>urbanicianus</i> di <i>Puteoli</i> e la concessione di <i>ius conubii</i> con <i>peregrinae</i> dopo la <i>constitutio Antoniniana</i>	475
Carlo Augusto Cannata Per un'impostazione istituzionale della nozione di <i>pro suo possidere</i>	489
Luigi Capogrossi Colognesi Il plebiscito Claudiano e la condotta economica dei senatori	531
Riccardo Cardilli Garanzie personali e obbligazione	543
Valeria Carro D. 18.5.6 (Paul. 2 <i>ad ed.</i>) ... <i>si intra certum tempus</i> <i>displiquisset, redderetur</i> ... Riflessioni in tema di <i>pactum displicentiae</i>	575