

Barbara Cortese

LA ‘GARANZIA’ NELL’ESPERIENZA ROMANA TRA LE EPOCHE ARCAICA E CLASSICA: IL CASO DELL’EVIZIONE*

SOMMARIO: 1. Perché parlare di garanzia di evizione a proposito di garanzie? – 2. *Praestare: substantia obligationum* e verbo della garanzia. – 3. Le origini della garanzia dall’evizione della cosa venduta: dall’*auctoritas* alla *satisdatio*. – 4. Gli strumenti utili al rafforzamento per la tutela del compratore. *Le stipulationes praetoriae*. – 5. L’evoluzione della garanzia in epoca classica. – 6. La configurazione delle obbligazioni principali dell’*emptio venditio* tramite la concessione dell’*actio*. – 7. L’evoluzione della tutela per l’evizione: da garanzia a tutela *ex contractu*. – 8. Riflessioni conclusive.

1. *Perché parlare di garanzia di evizione a proposito di garanzie?*

La garanzia per l’evizione è fenomeno che esula concettualmente dalle trattazioni sulle figure tradizionali della ‘garanzia personale’ e della ‘garanzia reale’, rappresentate come rapporti giuridici costituiti per rafforzare l’aspettativa del creditore all’adempimento della prestazione indifferentemente dal medesimo debitore o da un terzo.

Tuttavia, con riguardo all’esperienza giuridica romana il ‘campo lungo’ permetterebbe un’inquadatura più nitida del composito ‘scenario’ delle garanzie, più in linea con l’evoluzione pratica dell’*obligatio*’ e con il pensiero scientifico della giurisprudenza romana, sia pontificale sia laica, in cui centrale era essenzialmente il tema della legittima aspettativa creditoria, includendovi altresì fenomeni eterogenei come le garanzie per l’evizione della cosa e per i vizi o le difformità dei beni.

La garanzia, apoditticamente rappresentata come ‘diritto ed accessori preordinati allo scopo di assicurare l’adempimento

* Contributo sottoposto a valutazione.

mento di obbligazioni', in effetti, può considerarsi essenzialmente l'ennesimo prodotto concettuale della dogmatica giuridica moderna; più precisamente, il precipitato dell'elaborazione pandettistica¹ della figura dell'accordo di garanzia (*Garantieverträge*) del neokantiano Stammler², innovato dal carattere dell'autonomia rispetto al rapporto debitorio principale e riorganizzato in forme e tipi definiti, come le garanzie, generali e speciali, personali e reali, principali e sussidiarie³.

Se si intende, invece, isolare dalle sovrastrutture dogmatiche ottocentesche il fenomeno 'garanzia nel diritto romano', è preferibile la via dell'attenzione esclusiva e incondizionata a ciò che ne costituisce il reale sostrato: ovvero il profilo funzionale della garanzia, che sostanzialmente si riassume nel 'dare assicurazioni riguardo ad un impegno proprio o di altri'.

Il De Martino già stigmatizzava con nettezza le ricostruzioni dogmatiche: «Nelle fonti romane non v'è un'elaborazione dommatica del concetto di garanzia. Le nostre moderne discussioni sul concetto di garanzia sono estranee alla giurisprudenza romana, la quale si occupava unicamente, almeno nell'età classica, di costruire i principi più adeguati ai bisogni della vita giuridica»⁴.

E dunque, assumendo tale premessa, si può affermare che l'esperienza giuridica romana ha conosciuto, o, per meglio dire, con il tempo ha prodotto diversi ed eterogenei strumenti diretti al rafforzamento delle obbligazioni, che presentano, tut-

¹ A. BRINZ, *Lehrbuch der Pandekten*, Bd. II/2. Aufl., Bd. II/1, Erlangen, 1879, § 235, p. 80 ss.; H. DERNEBURG, *Pandekten*, II, Berlin, 1900-1901, II, §118, p. 314.

² R. STAMMLER, *Der Garantievertrag. Eine civilistische Abhandlung*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1886, p. 1 ss.

³ Così come lo stesso termine 'garanzia' è senz'altro del tutto sconosciuto al mondo romano, dovendo i suoi natali alla lingua germanica (*waren* o *warenen*) il cui significato è sostanzialmente 'difendere'. Da tale radice, nelle lingue francofone di impronta germanica il termine si è evoluto in 'garantie', fino all'anglosassone *'warrenty'* e all'italiano medievale 'guarentigia'.

⁴ F. DE MARTINO, *Le garanzie personali dell'obbligazione*, I, Roma, 1940, p. 1. Negli stessi termini B. BIONDI, *Sponsio e stipulatio: divagazioni intorno alla storia del contratto, dell'obligatio, delle garenzie personali*, in *BIDR*, 1962, p. 105 ss.

tavia, in alcuni casi dei legami genetici reciproci tali da condizionare la successiva parabola evolutiva di ciascuno di essi.

Non a caso, è opinione di autorevole dottrina che il generale 'fenomeno obbligatorio' sia sorto proprio in termini di 'garanzia', di 'assicurazione': osserva, infatti, il Betti che «nel designare il debitore come *obligatus* i romani non vogliono esprimere l'idea che si possa da lui conseguire una prestazione, bensì l'idea che egli si trovi nella condizione di star garante al creditore per il caso che non si verifichi un fatto da costui atteso e la delusione dell'aspettativa sia a esso, debitore, imputabile»⁵. Il corso dell'evoluzione storica dell'*obligatio*⁶, in sostanza, prenderebbe le mosse dal fenomeno della garanzia, come fenomeno che supporta un impegno, a prescindere dalla natura di questo, attraverso una 'assicurazione formale'⁷.

E, in effetti, con riguardo alle primordiali origini del 'fenomeno della obbligazione', troviamo i *vades* e i *prades*⁸, ovvero soggetti che si impegnavano per il comportamento di terzi in ambito strettamente processuale: figure che, secondo le ricostruzioni della letteratura specialistica, nel loro assolvere alla funzione di garanzia⁹, avrebbero per l'appunto dato luogo alla

⁵ E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano, 1955, p. 31.

⁶ G. SEGRÈ, *Corso di diritto romano. Le garanzie personali e reali delle obbligazioni*, I, *Le garanzie personali*, Torino, A.A. 1933-1934, p. 191 ss.; F. DE MARTINO, *L'origine delle garanzie personali e il concetto dell'obligatio*, ora in *SDHI*, 1940, p. 132 ss.; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano*, I, Padova, 1962, p. 72 ss.

⁷ Betti si riferisce alla «fonte primitiva della *obligatio*» come una «prigione redimibile a scopo di garanzia»: E. BETTI, *La struttura*, cit., p. 109.

⁸ Oltre alla principale letteratura in materia di processo e in materia di garanzie, si veda N. DONADIO, *Vadimonium e contendere in iure tra "certezza di tutela" e "diritto alla difesa"*, Napoli, 2011, p. 13 ss. e, da ultima, M. DE SIMONE, *Alcuni spunti ricostruttivi sulla storia dei praedes*, in *Iura*, 2023, p. 328 ss., alla quale si rinvia per la sintesi delle principali ricerche sull'istituto della praediatura.

⁹ V. MANNINO, voce *Garanzie dell'obbligazione*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., VIII, Torino, 1992, p. 615 ss. Circa il rapporto fra obbligazione principale e obbligazione di garanzia cfr. F. BRIGUGLIO, 'Fideiussoribus succurri solet', Torino, 1999, *passim*; ID., *Un puntino denso di significati: nuove indagini paleografiche sulla terminologia della formula stipulatoria delle obbligazioni di garanzia*, in *Fides, Fiducia, Fidelitas. Studi di storia del diritto e di semanti-*

configurazione dell'*obligatio* primitiva¹⁰. Costoro, d'altro canto, in vista di un evento non in loro potere, si offrivano al creditore: erano insomma indiscutibilmente 'garanti'.

In costanza di un'evoluzione generale del fenomeno obbligatorio¹¹, che, secondo la costruzione che qui si condivide, quindi, era in origine, proiettato principalmente sulla funzione dell'etero-garanzia, si svilupparono altresì le forme di garanzia autonome rispetto ai citati *vadimonium* e *praediatu- ra*, la cui funzione era quella di rafforzare un vincolo obbligatorio prima personale, poi anche reale, idoneo a garantire al creditore il proprio diritto. In particolare, tale funzionalità in chiave di garanzia si individua, specificamente nella promessa unilaterale, da cui sarebbe poi derivato un vero e proprio contratto di garanzia, ovvero la *sponsio* nella sua evoluzione laica.

La *sponsio*, infatti, era un prodotto della giurisprudenza pontificale, quale primo e principale strumento per l'assunzione di un vincolo (nella veste di atto solenne di giuramento riservato ai *cives*) come sottolineava il Betti, in qualità di derivato diretto del senso tecnico primitivo di *spondere*, aveva il

ca storica, a cura di L. PEPPE, Padova, 2008, p. 123 ss. Cfr. altresì V. MANNINO, *Fideiussione e accessorietà*, in *La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del V Convegno Internazionale Aristec Salisburgo 13-15 settembre 2001*, a cura di L. VACCA, Torino, 2003, p. 55 ss.; ID., *La fideiussione*, in *Strutture e forme di tutela contrattuale*, a cura di L. GAROFALO, Padova, 2004, p. 54 ss. Di recente, R. CARDILLI, *Garanzie personali e obbligazione*, in *Scritti per Alessandro Corbino*, I, a cura di I. PIRO, Tricase, 2016, p. 54.

¹⁰ E. BETTI, *La struttura*, cit., p. 135 ss.

¹¹ Il Mitteis ipotizzava un collegamento tra la *sponsio* classica e un'originaria dazione di ostaggi; ne ricava quindi che la *sponsio* intesa come promessa autonoma del debitore fosse sorta solo successivamente da una ulteriore garanzia aggiuntiva che il debitore stesso prestava accanto a quella degli ostaggi: «Angesichts dieser Tatsachen halte ich einen Zusammenhang der historischen Sponsio mit einer alten Geiselstellung für wahrscheinlich. Es läßt sich annehmen, dafs auch das Spondere des Hauptschuldners, welches der historischen Stipulation entspricht, erst aus einem späteren "Hinzubürgen" "Selbstbürgen" des Hauptschuldners neben dem der Geiseln entstanden ist» (L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I, Leipzig, 1908, p. 271).

significato e la funzione non di 'promettere una prestazione'¹², bensì quello di 'assicurare, garantire un evento': «*sponsor* è il garante che si espone»¹³.

In principio, quindi, la *sponsio* «non era promessa del debitore, ma promessa del garante che assicurando un evento e mettendo a disposizione un bene, esponeva all'*actio* del creditore la propria persona per l'ipotesi che la sua aspettativa andasse delusa»¹⁴.

Il rapporto potrebbe così descriversi:

CREDITORE→DEBITORE (debito)→GARANTE/SPONSOR (responsabilità)

¹² L'idea della *sponsio* come strumento di assunzione di garanzia era già stata espressa cfr. L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht*, cit.; ID., *Ueber die Herkunft von Sponsio und Stipulatio*, in *BIDR*, 1936-1937, p. 160 ss.; e M. TALAMANCA, voce *Fideiussione a) Parte storica*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 323. Più cauto il Kaser, peraltro, quando sosteneva la compatibilità dell'originaria funzione di garanzia della *sponsio* arcaica con la sua natura di giuramento promissorio: «die Garantie funktion der ältesten schuldrechtlichen sponsio ist mit ihrer Gestalt als einfaches, abstraktes Zahlungsverprechen vereinbar»: M. KASER, *Das römische Privatrecht*, 1, *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München, 1971, p. 265. Diversa la ricostruzione del Pastori, secondo il quale la *sponsio* arcaica non era concepita come un atto di garanzia in senso empirico; dunque, era priva dei caratteri del negozio promissorio: F. PASTORI, *Appunti in tema di sponsio e stipulatio*, Milano, 1961, p. 73 ss. In senso contrario E. LEVY, *Sponsio*, Fidepromissio, Fideiussio: *Einige Grundfragen Zum Römischen Bürgschaftsrechte*, Berlin, 1907, p. 32 ss.; F. DE MARTINO, *Studi sulle garanzie personali, I, L'autonomia classica della sponsio*, in *Diritto economia e società nel mondo romano*, I, Napoli, 1995, p. 47 ss.; ID., *Studi sulle garanzie personali, II, Intorno alla storia della «sponsio»*, ora in *Diritto economia e società nel mondo romano*, I, Napoli, 1995, p. 223 ss.

¹³ E. BETTI, *La struttura*, cit., p. 31.

¹⁴ E. BETTI, *La struttura*, cit., p. 148. Altresì, osserva in modo neutro lo Zimmerman: «It is an open question whether the law of contract evolved from suretyship (in that sponsio was at first used exclusively to accept liability for others, then made available for the debtor to stand surety for himself, and only in the end turned into a method of creating debt and liability in one and the same person, that is, of making ordinary promises; sponsio in this broad sense would then possibly have emerged only after the time of the enactment of the XII Tables) – or whether, alternatively, sponsio was applicable, right from the beginning, for purposes other than suretyship»: R. ZIMMERMAN, *Suretyship*, 5, Part II, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, p. 117.

Successivamente, ma sempre in epoca arcaica, la *sponsio*, pur mantenendo il proprio originario profilo identitario di etero-garanzia (nelle forme della *adstipulatio*, *fidepromissio* e *fideiussio*) avrebbe acquisito un nuovo profilo funzionale come strumento di assunzione di un vincolo personale (*sponsio/stipulatio*):

CREDITORE → DEBITORE (debito-responsabilità)

Il promittente, che è garante rispetto al proprio impegno, diviene contemporaneamente debitore e soggetto responsabile, o meglio, processualmente rispondente, in una forma di rapporto creditorio a cui viene sottratta la partecipazione di terzi.

Quindi, vi sarebbe stato un graduale, ma abbastanza rapido passaggio: una nuova dimensione in cui compaiono progressivamente i due elementi del 'debito' e della 'responsabilità'¹⁵ inscindibilmente connessi, ossia una dimensione dove il vincolo sostanziale e rispondenza processuale non sono isolabili, mentre la funzione della (etero) garanzia in senso stretto verrà assolta in modo sempre più tecnico attraverso strumenti, che, tuttavia, manterranno in comune con il fenomeno dell'*obligatio* (intesa come debito/responsabilità) la genesi¹⁶.

¹⁵ Su cui A. BRINZ, *Obligatio und Haftung*, in *Archiv für die civilistische Praxis*, 1886, p. 371 ss., che influenzò in modo consistente il pensiero di Betti sulla struttura dell'*obligatio*. Cfr. altresì O. VON GIERKE, *Schuld und Haftung im älteren deutschen Recht*, Breslau, 1910, *passim*; Id., *Schuld-nachfolge und Haftung*, in *Festschrift für Martitz*, Berlin, 1911, *passim*; O. SCHREIBER, *Schuld und Haftung als Begriffe der Privatrechtlichen Dogmatik*, I, Berlin, 1914, *passim*; H. SIBER, *Grundriß, des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, 2, *Schuldrecht*, Leipzig, 1931, p. 234 ss.

¹⁶ M. TALAMANCA, voce *Fideiussione*, cit., p. 329. Dello stesso avviso l'Arangio-Ruiz, il quale, pur condividendo i principali argomenti a favore della tesi in esame, ammetteva che «rimane alquanto nell'ombra il modo col quale si è passati dalla concezione primitiva della *sponsio* a quella che domina incontrastata nel diritto classico, cioè di promessa rivolta normalmente al fatto proprio, e che solo in casi speciali e con particolari accorgimenti tecnici assume funzione di garanzia, aggiungendosi a un'altra promessa principale: ma anche qui giova supporre il passaggio attraverso uno stadio intermedio in cui il debitore abbia assunto come nella *praediatura* la garanzia del fatto proprio»: V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, Napoli, 1978¹⁴, p. 325.

Si tratta di quella evoluzione specifica che ci avrebbe condotto al concetto giustiniano, e più moderno, espresso nel noto testo istituzionale I.3.13pr.: *Obligatio est vinculum iuris quo necessitate adstringimur alicuius solvendi rei*, passando attraverso Paolo D. 44.7.3 pr. (Paul. 2 *instit.*): *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitatem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum vel faciendum vel praestandum*¹⁷.

Tuttavia, quel che è interessante osservare in questa evoluzione dell'*obligatio*-garanzia in obbligazione personale è che la funzione della garanzia, che agli albori era affidata alle promesse di terzi, sarà assolta anche mediante la promessa del debitore: ovvero l'assunzione dell'obbligazione da parte del debitore nella forma della garanzia, e da cui discende una 'rispondenza oggettiva', potrà effettuarsi in modo esclusivo in capo allo stesso debitore.

Così la garanzia, nella sua forma di strumento di tutela per il mancato risultato oggetto dell'impegno, verrà configurata in forme specifiche che non vedranno tuttavia la partecipazione del terzo: è questo il caso della garanzia per l'evizione della cosa venduta¹⁸.

Il venditore, infatti, doveva e poteva ricorrere sia a promesse personali, sia alla partecipazione di terzi garanti per assicurare la piena disponibilità della *res*, derivando in tutti questi casi, da tali promesse, una responsabilità oggettiva per l'evento, sia in capo a lui medesimo, sia in capo ai garanti.

Questa responsabilità, come vedremo, in parte si restringerà per effetto dei limiti che la giurisprudenza romana fisserà sia in generale sul contenuto dell'*obligatio*, sia rispetto alla valenza dei fenomeni incidenti sull'impegno dell'obligato, ren-

¹⁷ Si veda soprattutto G. FALCONE, *Obligatio est iuris vinculum*, Torino, 2003, *passim*.

¹⁸ Così come assai interessante è che lo stesso termine franco-germanico '*waren*' fosse usato per indicare l'obbligo di garanzia del venditore nella compravendita, da cui, come detto, le forme italiane medievali 'guarentire' e 'guarentigia': dall'uso tipico per la garanzia dall'evizione, il termine garanzia è stato esteso a significare i più diversi obblighi diretti ad assicurare l'adempimento di obbligazioni o di godimento di diritti.

dendolo inattuabile (l'esclusione per il fatto del terzo e i limiti collegati alla *vis*). Tuttavia, ciò non determinerà un appiattimento del fenomeno garanzia sulla nuova dimensione della 'obbligazione/debito-responsabilità', poiché, anche dopo la fase di espansione e assestamento del *ius civile* a contatto con il *ius gentium* per il tramite del *ius praetorium* – quando l'evizione diventerà un fenomeno tutelato fisiologicamente dall'*actio empti* finalizzata ad accertare una responsabilità del venditore in ragione del criterio della buona fede¹⁹ – era possibile se non, in alcuni casi, necessario, ricorrere alle promesse di garanzia (per l'evizione, così come per vizi e qualità) attraverso apposite *stipulationes*, che l'editto pretorio prevedeva, e che determinavano una sorta di responsabilità 'oggettiva' del venditore.

Nel corso di questa evoluzione, dunque, la garanzia per evizione 'in senso oggettivo' non verrà dismessa: se in una prima fase successivamente al consolidamento della compravendita consensuale obbligatoria il venditore assumeva l'obbligo per l'evizione tramite una promessa (*stipulatio habere licere/stipulatio duplae*) che ne sanciva una responsabilità per il fatto di chiunque (rispondenza oggettiva); a seguito dell'evoluzione 'interna' della *obligatio ex stipulatu* (e degli oggetti di questa ammissibili: 'impossibile obbligarsi per il fatto di chiunque' dice Ulpiano), si assiste ad una restrizione del raggio di copertura della promessa in garanzia, a vantaggio dell'azione contrattuale esperibile per la tutela dell'*habere licere*, compresa l'ipotesi dell'evizione oltre che dei vizi. Tuttavia, la radice della obbligazione-garanzia sarebbe stata comunque mantenuta, sia nelle promesse di garanzia che il venditore, su incentivo (o imposizione) dei pretori continuava a concludere²⁰, sia nelle forme di particolari promesse che in generale il debitore assumeva con lo scopo specifico di obbligarsi per un risultato.

¹⁹ Criterio che sanzionava, al minimo, l'alterazione del sinallagma (con la restituzione del prezzo) e, al massimo, l'inadempimento colpevole (per l'*id quod interest*) con delle oscillazioni fra questi due poli a seconda del singolo caso: cfr. L. VACCA, *Garanzia e responsabilità*, a cura di B. CORTESE, Padova, 2015², p. 31 ss.; p. 87 ss.; p. 112 ss.

²⁰ Il famoso sistema binario di tutela riservato al compratore, riproposto, seppur non con altrettante coerenza e linearità dal codice civile italiano.

2. Praestare: substantia obligationum e verbo della garanzia

Al centro di queste prime considerazioni, va collocata la modalità tramite cui, nell'esperienza giuridica romana, veniva attuato in forma tecnica il fenomeno dell'assicurare un impegno, proprio o altrui, con mezzi obbligatori ulteriori: ossia il *praestare*.

Si tratta, vale la pena ricordarlo rapidamente, del terzo 'contenuto' dell'obbligazione che la giurisprudenza romana aveva elaborato e perfezionato attraverso una articolata e complessa riflessione scientifica, ponendolo a fianco del *dare* e del *facere*. Il *praestare* (la cui etimologia vede, peraltro, un evidente e per nulla casuale legame semantico con i *praedes* (al sing.: *praes*) quali, per l'appunto i primi soggetti che assicuravano personalmente un impegno in ordine a un comportamento/situazione di un terzo) nelle formulazioni prudenziali non sembrerebbe, infatti, avere acquisito mai un perimetro definito; esso risulta usualmente accompagnato da un complemento oggetto che ne identifica il vero e proprio contenuto: i Romani come oggetto potevano configurare sia eventi (*praestare periculum*), sia situazioni (*praestare sanum esse*) sia comportamenti (*praestare custodiam*²¹). Sono pochi i casi in cui il *praestare* compare in veste autonoma, nella funzione esplicativa di un preciso contenuto della prestazione²².

²¹ In tal ultimo senso va considerato anche il '*praestare dolum*' o '*culpam*': cfr. C.A. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico*, Milano, 1969, p. 8 ss.; Id., *Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano*, Catania, 1996, p. 123 ss. Cfr. altresì R. CARDILLI, *L'obbligazione di praestare e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, Milano, 1995, in particolare p. 11 ss.; R. ZIMMERMANN, *Law of Obligations*, cit. p. 6 ss.

²² L'inopportunità di un'operazione di tracciamento del *praestare* nel suo perimetro sostanziale, del resto, si manifesta anche a livello processuale: il *praestare* – al di là della formula in Gai. 4.2 che riferisce in modo generico al '*dare facere praestare oportere*' – non compare mai nelle clausole formulari in forma isolata: viene espresso dal *dare-facere (oportere)*, ad indicare la necessità di adempiere con tutto ciò che occorre dare e/o fare, e che non siano riconducibile ad un '*dare*' in senso 'tecnico' o ad un '*facere*' determinato.

In tal senso, esemplare il testo di Paolo che lo riporta in una di queste rare forme 'autonome' come oggetto del vincolo che rappresenta la *substantia obligationum*:

D. 44.7.3pr. (Paul. 2 *instit.*): *Obligationum substantia non in eo consistit, ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum.*

Il *praestare* esprime, dunque, non solo contenuti sostanziali non riconducibili espressamente al *dare*²³ e al *facere*²⁴, ma più funzionalmente riflette, alternandosi, il riferimento ad obblighi di natura accessoria (casi in cui il *praestare* si sostanzia nell'obbligo di eseguire una specifica prestazione²⁵) e il riferimento alla sintesi di una serie di comportamenti ai quali l'obbligato è tenuto, unitariamente riconducibili ad un 'dato risultato da assicurare'²⁶.

Tuttavia, seppur allo scopo di precisarne lo specifico contenuto continui ad essere preferibile la via analitica, è possibile osservare che i diversi impieghi del termine '*praestare*' tendono a mettere in luce una sostanziale unicità logico-funzionale, data dal concetto di 'assicurazione', o meglio di 'essere garan-

²³ '*Dare*', infatti, significa tecnicamente 'trasferire la proprietà' o, nella sua accezione più piena, trasferire la proprietà della *res* (una proprietà che sia piena, e quindi libera da vincoli e condizioni) e procurarne il possesso. Il significato della '*datio*' come trasferimento della proprietà è esplicitato chiaramente in Gai 4.4 e D.12.4.15 (Pomp. 22 *ad Sab.*). Cfr. L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht*, cit., p. 58 ss.; G. GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*, Torino, 1966, p. 15 ss.; M. TALAMANCA, voce *Obbligazioni (dir. romano)*, in *Enc. dir.*, XXIX, Milano, 1979, p. 35 ss.

²⁴ Meno agevole è l'operazione quando si tenta di precisare il contenuto del '*facere*', a cui fa riferimento un complesso sistema di comportamenti, che possono sia costituire di per sé il contenuto dell'obbligazione, come 'obbligazione di mezzi', sia condurre ad un certo tipo di esito, come 'obbligazione di risultato'. Cfr. G. GROSSO, *Obbligazioni*, cit., pp. 28-29; M. TALAMANCA, voce *Obbligazioni*, cit., pp. 30-31.

²⁵ C.A. CANNATA, *Per lo studio*, cit., p. 21; R. CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., in particolare p. 140.

²⁶ C.A. CANNATA, *Sul problema*, cit., pp. 127-130.

te' rispetto ad un dato risultato²⁷: vale a dire, come evidenziato anche dal Cannata²⁸, che i Romani utilizzavano questo termine 'neutro' per indicare l'assunzione di un obbligo ad assicurare all'altra parte un qualcosa rispetto a certe circostanze, fatti o eventi, rispondendo per i relativi 'rischi'.

Ancor prima, e in modo più circoscritto, il Betti osservava che «il senso tecnico primitivo del termine latino *praestare* è quello di stare garante per un evento il quale per lo più dipende bensì dal contegno del debitore ma può anche talvolta non dipenderne almeno in modo esclusivo e tale è anche il senso etimologico del termine»²⁹.

In tal senso, è di empirica evidenza quanto possa essere centrale rispetto alla configurazione del fenomeno obbligazione/garanzia sia sotto il profilo dell'assunzione dell'obbligo, in ordine al suo 'contenuto' (*rectius*: 'oggetto') sia sotto il profilo dell'attuazione dello stesso.

In effetti, il Cardilli, che ha affrontato prima di tutto l'emersione nel linguaggio tecnico-giuridico del II sec. a.C. del verbo *praestare* nel senso di *stare praes*³⁰, ha osservato come questo compaia per la prima volta per indicare l'assunzione delle conseguenze processuali di un determinato modo di essere della cosa venduta. Con il tempo a questo primo significato venne a sovrapporsi un significato più ampio, e cioè l'assunzione della garanzia dell'esistenza di determinate qualità della cosa o l'assenza di determinati vizi. Il *praestare* diviene, quindi, «espressione di una particolare prestazione», che non rientra nel *dare facere* della *formula*, e che «permette di unificare sotto una prospettiva omogenea le garanzie che si sostanziano esclusivamente in situazioni inerenti alla *res ven-*

²⁷ «La sutura fra i due concetti è data dalla identificazione soggettiva; e significativa è la considerazione che talora là ove emerge più spiccatamente l'elemento della garanzia di dati di fatto estrinseci, il *praestare*, lo star garante viene raffigurato come la prestazione dovuta nell'obbligazione, anziché come l'obbligazione stessa»: così G. GROSSO, *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana. Lezioni universitarie*, Torino, s.d. (ma 1944), cit., pp. 217-218.

²⁸ C.A. CANNATA, *Sul problema*, cit., p. 125.

²⁹ E. BETTI, *La struttura*, cit., p. 31.

³⁰ R. CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 131.

duta, e che quindi, indipendentemente dal comportamento del promittente, impongono in ogni caso uno *stare praes*, uno ‘star garante’, dello stesso»³¹. E, a tal proposito, nei testi si rinviene l’impiego del verbo *praestare* con riferimento alla garanzia per l’evizione ancora prima che il contenuto dell’obbligazione del *venditor* nell’*emptio venditio* – contratto consensuale obbligatorio – venisse configurato³², come vedremo.

Ma tale *praestare* sarà anche centrale nell’evoluzione del contenuto di questa *obligatio venditoris*, rispetto alla quale il *praestare rem*, che la giurisprudenza classica progressivamente individuerà³³, diventerà sì un tipo di contenuto complesso articolato in una serie di garanzie (*tradere possessionem*, ob

³¹ R. CARDILLI, *L’obbligazione*, cit., p. 188: «In sostanza, in base all’individuazione di alcuni presupposti considerati necessari per questo riconoscimento (*dolus*, *culpa* o *custodia*), il contraente, che si impegna contrattualmente a *dare facere* o a *reddere*, può assumere implicitamente il *praestari*, che esprime l’obbligo di ‘stare garanti’ del mancato adempimento». In questo contesto vengono riportate al concetto di *culpa* le «condotte commissive ritenute riprovevoli», nonché «le condotte che per le loro modalità concrete vengano giudicate, sebbene non intenzionali, di fatto riprovevoli». In un periodo di poco successivo, grazie all’attività interpretativa di Q. Mucio intorno ai rapporti obbligatori fondati sulla *fides bona*, il concetto di *culpa* si allarga a ricomprendere «anche quei contegni commissivi ed omissivi che vengono giudicati negativamente in base ad una loro difformità da un modello comportamentale, quello dell’uomo diligente, a cui si pretende debbano conformarsi»: R. CARDILLI, *L’obbligazione*, cit., p. 224. Laddove, la colpa, così come il dolo, la *diligentia* ed il *periculum*, venendo oramai indicati come contenuto del *praestare*, in quanto complementi oggetto di questo, rendono il verbo dalla forma passiva alla forma attiva: cfr. ancora *ivi*, p. 227.

³² Cic. *de off.* III 16.65: *Ac de iure quidem praediorum sanctum apud nos est iure civili, ut in iis vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori. Nam cum ex duodecim tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitatus esset, dupli poena subiret, a iuris consultis etiam reticentiae poena est constituta; quicquid enim esset in praedio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere; Cic. Pro Mur. II 3: Quod si in eis rebus repetendis quae mancipi sunt is periculum iudici praestare debet qui se nexu obligavit, profecto etiam rectius in iudicio consulis designatis potissimum consul qui consulem declaravit auctor benefici populi Romani defensorque periculi esse debebit.*

³³ Il Cardilli tratta dell’evoluzione generale del *praestare* tra la giurisprudenza del II sec. a.C. e quella del II sec. d.C., evidenziandone per l’appunto le varie estensioni e precisazioni soprattutto in ragione del (*praestare*) *dare facere ex fide bona* di matrice *iure gentium* e del rapporto fra il *praestare* e l’ac-

evictione obligari, absentia vitii...) costruito e valutato sulla base del criterio della buona fede, nell'ottica dei nuovi contratti di *ius civile*, rapporti negoziali improntati al '*quidquid dare facere oportere ex fide bona*'³⁴. In questa diversa configurazione per quando la giurisprudenza tenderà ad oscillare fra ampliamenti e restringimenti del perimetro di responsabilità del debitore/venditore, vi saranno dei limiti insuperabili (la *vis maior*, per esempio) che escluderanno l'assimilazione della responsabilità per inadempimento rispetto alla portata della rispondenza per effetto della garanzia.

3. *Le origini della garanzia dall'evizione della cosa venduta: dall'auctoritas alla satisdatio*

Venendo ora allo specifico tema dell'evizione della cosa, ricordiamo che, nel contesto del diritto arcaico, lo scambio della *res* contro il pagamento di un prezzo avveniva attraverso l'atto mancipatorio³⁵, perlomeno per le *res mancipi*, ovvero le *res*

tione teneri iure civili, in una parabola che va da Servio a Gaio, passando per Labeone, Proculo, Celso e Giuliano: R. CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 505 ss.

³⁴ Sarà in ambito della scuola serviana che avverrà quella innovazione che produrrà un *praestare* diverso: «In particolare, questi nuovi ambiti di riconoscimento del *praestare* si collegano ad un'interpretazione innovativa del '*quidquid dare facere oportere ex fide bona*', in relazione a mutate e più complesse applicazioni dei nuovi contratti del *ius civile*»: R. CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 311

³⁵ P. DE FRANCISCI, *Il trasferimento della proprietà*, Padova, 1924, p. 32 ss.; B. WINDSCHEID, *Diritto delle Pandette*, II, trad. it. C. FADDA, P.E. BENSA, Torino, 1925, p. 480 ss.; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, II, *La proprietà*, parte II, ristampa I ed., in *Opere complete di Pietro Bonfante*, a cura di G. BONFANTE, G. CRIFÒ, Milano, 1968, p. 57 ss.; E. ALBERTARIO, *Il momento del trasferimento della proprietà nella compravendita romana*, Pavia, 1929, p. 41 ss.; G. HUSSERL, *Mancipatio*, in *ZRG RA*, 1930, p. 480 ss.; G. ARCHI, *Il trasferimento della proprietà nella compravendita romana*, Padova, 1934, p. 23 ss.; B. BIONDI, *La vendita di cose fuori di commercio*, in *Studi in onore di Riccobono*, Palermo, 1934, p. 3 ss.; S. ROMANO, *Pagamento del prezzo e trasferimento della proprietà nella compravendita romana*, Perugia, 1934, p. 52 ss.; P. VOCI, *Modi di acquisto della proprietà*, Milano, 1952, p. 11 ss.; M. TALAMANCA, *L'arra della compravendita in diritto romano ed in diritto greco*, Milano, 1953, p. 47 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*, Napoli, 1954, p.

considerate più preziose, non solo economicamente, nel contesto sociale dell'epoca.

La *mancipatio* era stata pensata come un atto solenne (in quanto *gestum per aes et libram*) in cui il *dans-auctor* si rendeva garante della trasmissione della legittimità civile (molto probabilmente in un senso ancora a-tecnico) in grado di assicurare all'*accipiens* il titolo di *dominus*. La vendita a contanti era, quindi, l'unica forma conosciuta e praticata, e si esauriva in un negozio produttivo di effetti traslativi, ancorché espresso in quella forma rituale piuttosto complessa, caratterizzata dalla pesatura ad opera del *libripens* e dalla presenza di un numero variabile di testimoni.

Connesso a tale modalità di trasferimento era l'istituto dell'*actoritas*³⁶, le cui origini e il cui fondamento sono anco-

321 ss.; C.A. MASCHI, *Impostazione storica della compravendita e della permuta nel libro 33 ad edictum di Paolo*, Milano, 1954, p. 38 ss.; M. KASER, *Eigentum und Besitz in älteren römischen Recht*, Graz, 1956, p. 107 ss.; M. BRE-TONE, *Il trasferimento della proprietà*, in *Labeo*, 1957, p. 132 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*, Napoli, 1958, p. 27 ss.; F. CANCELLI, *Origine del contratto consensuale*, Milano, 1962, p. 13 ss.; F. GALLO, *In tema di origine della compravendita consensuale*, Roma, 1964, p. 299 ss.; A. WACKE, *Die verschuldete Eviktion*, Heidelberg, 1991, p. 159 ss.; M. MARRO-NE, *Trasferimento della proprietà della cosa venduta e pagamento del prezzo*, s.l., 1992, p. 183 ss.

³⁶ D. PANTALEONI, *Della auctoritas patrum nell'antica Roma sotto le sue diverse forme*, Torino, 1884, *passim*; F. GIRARD, *Études historiques sur la formation du système de la garantie d'éviction en droit romain*, in *Mélanges de droit romain, il droit privé et procédure*, Parigi, 1923, p. 1 ss.; F. GIRARD, *L'«auctoritas» et l'action «auctoritatis»*, *Inventare d'interpolations*, in *Mélanges de droit romain, il droit privé et procédure*, Parigi, 1923, p. 153 ss.; F. DE VISSCHER, *Le rôle de l'auctoritas dans la mancipatio*, Parigi, 1933, *passim*; A. BISCARDI, *Auctoritas patrum*, in *BIDR*, 1941, p. 503 ss.; L. AMIRANTE, *Il concetto unitario dell'auctoritas*, in *Studi in onore di S. Solazzi*, Napoli, 1948, p. 75 ss.; A. GUARINO, *Notazioni romanistiche*, I, Napoli, 1948; R. AMBROSINO, *Le applicazioni innovative della mancipatio*, Milano, 1950, *passim*; L. AMIRANTE, *Rec. Levy-Bruhl Auctoritas et usucapione*, in *Iura*, 1950, p. 525 ss.; A. MAGDELAIN, *Auctoritas rerum*, Bruxelles, 1950, p. 34 ss.; C. GIOFFREDI, *Diritto e processo nelle antiche forme giuridiche romane*, Roma, 1955, p. 196 ss.; J. IGLESIAS, *Sobre el derecho romano y la «auctoritas»*, in *Studi in onore di P. de Francisci*, I, Milano, 1956, p. 117 ss.; R. POWELL, *Eviction in roman law and english law*, in *Studies in the Roman law of sale*, 1959, p. 78 ss.; G. IMPALLOMENI, voce *Evi-zione (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, VI, Torino, 1960, p. 1048 ss.; M. SARGENTI, *Per una revisione della nozione dell'auctoritas come effetto della mancipatio*,

ra non del tutto chiarite³⁷, ma la cui ricostruzione può essere efficacemente sintetizzata con le parole dell'Arangio-Ruiz, secondo il quale «abbiamo che il compratore *mancipio accipiens* era tutelato contro l'evizione da un'obbligazione che per virtù di legge sorgeva nel venditore, e il cui oggetto era duplice: assistenza giudiziaria da prestarsi quando un terzo rivendicasse la cosa; in caso di rifiutata o d'inefficace assistenza, pagamento del doppio del prezzo. Al fine di ottenere tale pagamento il compratore disponeva di un'azione giudiziaria, alla quale la scienza moderna dà con qualche probabilità il nome di *actio auctoritatis*, benché manchino testimonianze esplicite»³⁸.

In tal senso, l'*auctoritas*, con il suo regime, sembrerebbe aver assolto a una generale e primordiale funzione di 'assicurazione'³⁹, nel senso che era posta in capo al *mancipio dans*

in *Studi in onore di E. Betti*, IV, Milano, 1962, p. 18 ss.; G. FRANCIOSI, «*Auctoritas*» e «*Usucapio*», in *Labeo*, 1963, p. 6 ss.; E. VOLTERRA, voce *Mancipatio*, in *NNDI*, X, Torino, 1964, p. 97 ss.; C.S. TOMULESCU, *La «mancipatio» nelle commedie di Plauto*, in *Labeo*, 1971, p. 284 ss.; D. PUGSLEY, *The Roman Law Of Property and Obligations*, Cape Town, 1972, p. 45 ss.; A. WATSON, *Rome of XII Tables*, New York, 1975, p. 134 ss.; H. ANKUM, *L'actio auctoritatis appartenent à l'acheteur mancipio accipiens a-t-elle existé?*, in *Atti dell'Accademia romanistica costantiniana, III Conv. Int.*, Perugia, 1979, p. 3 ss.; V. MANNINO, *L'«Auctoritas patrum»*, Milano, 1979, p. 78 ss.; A. MAGDELAIN, *L'acte per aes et libram et l'auctoritas*, in *RIDA*, 1981, p. 127 ss.; R. DOMINGO, *Teoria dell'auctoritas*, Pamplona, 1987, *passim*; D. PUGSLEY, *Quod autem valet mancipatio*, in *Id.*, *Americans are Aliens and other essays on Roman Law*, Eter, 1989, p. 32 ss.; P. FUENTESECA, *Trasferimento della proprietà e auctoritas nella vendita romana, in Vendita e trasferimento della proprietà. Atti del Congresso Internazionale, 17-21 aprile 1990, Pisa - Viareggio - Lucca*, I, a cura di L. VACCA, Milano, 1991, p. 73 ss.; F.J. CASINOS MORA, *La notion romane de auctoritas y la responsabilidad por auctoritas*, Granada, 2000, p. 47 ss.; G. ROMANO, *Nota sulla tutela del contraente evitto nell'ambito dei c.d. contratti innominati. Il caso dell'actio auctoritatis*, in *Diritto@Storia*, 9, 2010; M.F. CURSI, *La mancipatio decemvirale e il nuovo diritto dei plebei*, in *Inter cives nec non peregrinos. Essays in honour of B. Sirks*, a cura di J. HALLEBEEK, M. SCHERMAIER, R. FIORI, E. METZGER, J.-P. CORIAT, *Göttingen, 2014*, pp. 145-160. Per le opinioni più recenti si veda la letteratura citata nelle note successive.

³⁷ Molto critico sulle 'certezze' ricostruttive della tutela per l'evizione della dottrina soprattutto con riguardo all'*auctoritas*, M. SARGENTI, *L'evizione nella compravendita romana*, Milano, 1960, p. 1 ss.

³⁸ V. ARANGIO-RUIZ, *Compravendita*, cit., p. 320.

³⁹ Spiega il dalla Massara: «dalla *mancipatio* sorgeva, accanto agli effetti traslativi, la peculiare forma di garanzia offerta dall'*auctoritas*, con cui il

una rispondenza, da ritenersi collegata a un obbligo, in un certo senso, 'di risultato'; pur tuttavia, occorre precisare, come correttamente sottolineato anche dal Guida⁴⁰ che in una società ancora agropastorale, con riguardo alla proprietà – trattandosi questa, più che di un diritto assoluto sulla cosa, di un potere esclusivo sulla cosa (laddove il trasferimento riguardava la cosa nella sua materialità e non ancora il diritto) – l'*auctoritas* inizialmente serviva essenzialmente a legittimare il trasferimento in modo pubblico, attraverso l'impegno a che nessun terzo avrebbe potuto mettere in discussione il passaggio della *res*. E, dunque, attribuirle una funzione di garanzia o, più generalmente una funzione obbligatoria in senso tecnico, non ha un fondamento né storico né concettuale, in questa fase originaria della sua elaborazione giuridica⁴¹.

In ragione di ciò non serve soffermarsi ulteriormente su tale istituto, se non, appunto, nei limiti della sua prodromica utilizzazione in chiave 'genericamente assicuratoria'; mentre occorre volgere lo sguardo alla fase successiva, quando l'esigenza di tutela tecnica in caso di evizione trovò riscontro at-

mancipio accipiens era tutelato contro l'evizione: in particolare, il *mancipio dans* sarebbe stato tenuto a prestare assistenza processuale all'acquirente convenuto – originariamente, con la *legis actio sacramenti in rem* – entro due anni o un anno (a seconda del tempo previsto per l'usucapione, la quale avrebbe dunque condotto all'acquisto della proprietà; ma nei confronti degli stranieri, che non avrebbero potuto usucapire, l'*auctoritas* sarebbe stata eterna); se invece il *mancipio dans* non avesse prestato assistenza all'acquirente o comunque se il processo si fosse concluso negativamente per quest'ultimo, sarebbe stato condannato, in forza dell'*actio auctoritatis* (che si deve immaginare, seppure forse non da subito, corrispondente a un'*obligatio auctoritatis*) al pagamento del doppio del prezzo. Una condanna siffatta potrebbe far pensare a una responsabilità penale avvicinabile a quella del *furtum nec manifestum*, ancorché le fonti non lascino intendere che, salvo l'aspetto della condanna al multiplo del prezzo, l'azione fosse concepita come penale»: T. DALLA MASSARA, *Garanzia per evizione e interdipendenza delle obbligazioni nella compravendita romana*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni*, II, a cura di L. GAROFALO, Padova, 2007, pp. 283-284.

⁴⁰ G. GUIDA, *La tutela*, cit., p. 10.

⁴¹ In senso contrario T. DALLA MASSARA, *Garanzia*, cit., p. 285.

traverso mezzi stipulatori⁴² in una forma di garanzia più compiuta⁴³.

In particolare nella fase arcaica inoltrata, a ridosso della pubblicazione del codice decemvirale, prese avvio l'uso di concludere la *satisdatio secundum Mancipium*. Di quest'ultima, per la scarsità di fonti, poco si conosce con sicurezza⁴⁴.

Molto probabilmente la *satisdatio secundum Mancipium* consisteva in una *verborum obligatio* realizzata con l'intervento di garanti: dapprima *sponsores*, quindi di *fidepromissores* e, più tardi, di *fideiussores*.

Uno dei pochissimi testi che ne menziona l'utilizzo è di Cicerone.

Cic. ad Att. 5.1: *de Annio Saturnino curasti probe de satis dando vero te rogo, quoad eris Romae tu ut satis des. et sunt aliquot satisdationes secundum Mancipium veluti Mennianorum praediorum vel Atilianorum*⁴⁵.

⁴² Non si considera qui la *repromissio secundum Mancipium* che costituisce un derivato dell'*obligatio auctoritatis* di cui è tuttavia oscura la costruzione oltre che la funzione pratica. Sul punto si vedano gli Autori citati alla nota successiva.

⁴³ E. RABEL, *Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte*, Leipzig, 1902, p. 26 ss.; P.F. GIRARD, *Études*, cit., p. 1 ss.; P. MEYLAN, *La satisdatio secundum Mancipium*, in *Rev. hist., de droit fran. et étr.*, 1948, p. 4 ss.; M. SARGENTI, *La satisdatio secundum Mancipium e la stipulatio habere licere nel quadro della garanzia per evizione nella compravendita romana*, in *BIDR*, 1962, p. 100 ss.; A. CALONGE, *Evicción: historia del concepto y analisis de su contenido en el derecho romano clasico*, Salamanca, 1968, p. 23 ss.; M. TALAMANCA, voce *Vendita*, in *Enc. dir.*, vol. XLVI, Milano, 1993, p. 389; M. KASER, *Das Ziel der actio empti nach Eviction*, in *ZSS*, LIV, p. 188.; H. ANKUM, *Alla ricerca della repromissio e della satisdatio secundum Mancipium*, in *Atti dell'Accademia romanistica costantiniana*, IV, Perugia, 1981, p. 741 ss.

⁴⁴ M. SARGENTI, *La satisdatio*, cit., p. 132; H. ANKUM, *Alla ricerca*, cit., p. 759.

⁴⁵ Di maggior evidenza la testimonianza che offre il frammento della formula Baetica che riporta il formulario di una *fiducia cum creditore* e che, tuttavia, essendo databile fra il I e il II sec. d.C., non è strettamente funzionale all'indagine sull'origine arcaica della *satisdatio: Mancipio pluris (sestertio) n(ummo) I invitus ne daret, neve sa | |tis secundum Mancipium daret, neve ut in ea verba, quae in ver |ba satis s(ecundum) m(ancipium) dari solet, repromitteret, neve simplam neve | | [duplam promitteret. Cfr.: FIRA, III, Firenze, 1943, pp. 295-297, n. 92*

L'arpinate scrive ad Attico a proposito delle *satisfactiones secundum Mancipium* per i fondi Menniano e Atiliano che verosimilmente – il testo, così scarno e soprattutto isolato, non offre agilità nella ricostruzione – Cicerone aveva intenzione di vendere o stava vendendo probabilmente tramite Attico, in qualità di *procurator*, e di cui ovviamente occorreva prestare le relative cauzioni⁴⁶.

Si potrebbe ritenere che il meccanismo della promessa che accedeva alla vendita consistesse in una sorta di rafforzamento dell'*auctoritas* (già insita nella *mancipatio* e forse oramai concepita come *obligatio auctoritatis*⁴⁷) realizzato attraverso la dazione di uno *sponsor* o *fidepromissor*. Era, dunque, necessaria una promessa che il venditore pronunciava e alla quale accedeva l'ulteriore promessa dei terzi.

Proprio a tal proposito, si deve altresì supporre che il terzo fosse obbligato alla stessa prestazione del debitore, e quindi a prestare assistenza giudiziaria o al doppio del prezzo.

Come è evidente in questa nuova dimensione negoziale siamo in presenza di A) una promessa effettuata dal *venditor* assunta mediante *sponsio/stipulatio* che rafforza l'*auctoritas*; B) una promessa del terzo realizzata mediante *sponsio/stipulatio*, che ripromette quanto promesso dal venditore.

Abbiamo, quindi, un terzo che si obbliga per un soggetto, cioè, un garante in senso tecnico⁴⁸.

Si è ampiamente dibattuto sul contenuto e sulla funzione di tale *satisfactio*⁴⁹, ed in particolare la dottrina si è sofferma-

⁴⁶ Propondo per questa ricostruzione del senso del testo ciceroniano, proposta da H. ANKUM, *Alla ricerca*, cit., p. 763. *Contra*: Ph. MEYLAN, *La satisfactio*, cit., p. 4 ss.; M. SARGENTI, *La satisfactio*, cit., p. 154.

⁴⁷ G. GUIDA, *La tutela*, cit., p. 62.

⁴⁸ Ancora, prendendo le mosse da questa ricostruzione, sembrerebbe di doversi accreditare l'ipotesi che, in prosieguo di tempo, il venditore ricorresse alla *stipulatio* in assenza di un'obbligazione del terzo garante, effettuando, allo scopo, lui personalmente la *repromissio secundum Mancipium*. Certo, rimane assai oscuro il profilo dei rapporti che a questo punto dovrebbero ravvisarsi tra una siffatta *repromissio secundum Mancipium* e l'originaria *obligatio auctoritatis*.

⁴⁹ Si rinvia a H. ANKUM, *Alla ricerca*, cit., p. 741, per la ricognizione dell'articolata discussione in merito.

ta sulla parola *secundum* presente nell'espressione *satisdatio secundum Mancipium* che indicherebbe al contempo che l'obbligazione in parola viene assunta dopo il compimento della *Mancipatio* e che tale obbligazione ha, appunto, un contenuto identico a quello dell'*obligatio auctoritatis*⁵⁰.

Tuttavia, quel che al momento mi pare significativo sottolineare è l'aspetto dell'utilizzo della garanzia personale come strumento di tutela dall'evizione come soluzione 'tecnica'.

In tal senso, sottacendo sulla funzione dell'*auctoritas* originaria per i motivi anzidetti, probabilmente anche per ragioni di scarsità di fonti, è stato trascurato l'elemento, in realtà nient'affatto secondario, di un vero e proprio uso dello strumento della promessa del terzo in funzione di rafforzamento della tutela dell'*emptor* in caso di evizione della *res*, caratterizzante la *satisdatio secundum Mancipium*. L'obbligazione assunta dal terzo è inequivocabilmente un'obbligazione di risultato collegata ad un evento: per meglio dire il terzo si impegna a difendere il compratore evitto o a rimborsarlo del doppio in conseguenza del fatto evizionale.

La *sponsio* o la *fidepromissio*, senza dubbio, sono stati strumenti particolarmente congeniali a tal fine, e ancor più lo sarà la *fideiussio*, che, poi, per l'appunto sancirà la definitiva acquisizione della figura di 'garanzia in senso tecnico', intervenendo essa come promessa del terzo, che non presupponeva più neppure l'obbligazione principale espressamente assunta dal venditore nella forma della *verborum obligatio*.

Abbiamo, in sostanza, un venditore che in veste autonoma assume un'obbligazione in termini di 'autogaranzia' (*auctoritas-obligatio auctoritatis*), e al contempo rilascia una promessa a cui accede un'ulteriore promessa in forma di etero-garanzia: in entrambi i casi lo scopo è che venga assicurato al com-

⁵⁰ V. ARANGIO-RUIZ, *Compravendita*, cit., p. 329 ss.; O. LENEL, *Das edictum perpetuum*, cit., p. 547 ss., che sottolinea come il termine '*secundum*' rechi il significato di 'dopo', mentre non presenta necessariamente quello di 'conforme a', in quanto la '*satisdatio*' potrebbe avere anche un contenuto, in tutto o in parte, diverso da quello dell'*obligatio auctoritatis*. Per una rassegna critica approfondita delle principali impostazioni sostenute in dottrina cfr.: M. SARGENTI, *La satisdatio*, cit., p. 158 ss.; H. ANKUM, *Alla ricerca*, p. 741 ss.

pratore un risultato preciso, ossia la difesa vittoriosa in giudizio contro il terzo o, in alternativa, il doppio del prezzo pagato, indipendentemente dal giudizio di responsabilità del venditore con riguardo all'evizione.

4. *Gli strumenti utili al rafforzamento per la tutela del compratore. Le stipulationes praetoriae*

Nell'ottica di un'evoluzione verso la garanzia 'in senso tecnico', oltre alla peculiare presenza di questa forma di 'eterogaranzia', vanno osservati gli strumenti pretori a tutela dell'evizione nel caso di vendita di *res nec Mancipi* con i quali l'uso della *satisfactio secundum Mancipium* prevista per la *Mancipatio* ha un legame plausibile, considerato che il trasferimento mediante *traditio* di *res nec Mancipi* a scopo di vendita era sguarnito di protezione in caso di evizione⁵¹. Nell'ipotesi di *traditio* di *res nec Mancipi* il compratore poteva concludere una *stipulatio* con cui si impegnava a garantire l'*habere licere*, ossia un pacifico e pieno godimento della *res*.

Come emerge dall'analisi di alcuni assai noti passi di Varro⁵², tale garanzia sarebbe stata assunta con una *stipulatio* in cui si prometteva contestualmente anche l'assenza di vizi e l'esistenza di determinate qualità dell'oggetto di compravendita⁵³:

⁵¹ Considerato che siamo ancora lontani dal riconoscimento del contratto consensuale di *emptio venditio inter cives*: ciò nel senso che la vicenda della tutela per l'evizione di *res nec Mancipi* va collocata ancora autonomamente rispetto all'*emptio venditio*, proprio come per le *res Mancipi*.

⁵² Su cui V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., p. 333 ss.; M. TALAMANCA, *La tipicità*, cit., p. 51 ss.

⁵³ Così P.F. GIRARD, *Mélanges de droit romaine*, II, Paris, 1923, p. 22, p. 50 ss. e p. 65 ss.; PH. MEYLAN, *Varron et les conditions les conditions du transfert de la propriété dans la vente romaine*, in *Scritti Ferrini*, IV, Milano, 1949, p. 188; V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, II, cit., p. 334; M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., p. 404 ss.; R. CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 132; P.P. ONIDA, *Studi*, cit., p. 311 ss.

Varr., *r. rust.* 2.2.5-6: *In emptionibus iure utimur eo, quo lex praescripsit. In ea enim alii plura, alii pauciora excipiunt: quidam enim pretio facto in singulas oves, ut agni cordi duo pro una ove adnumerentur, et si quoi vetustate dentes absunt, item binae pro singulis ut procedant. de reliquo antiqua fere formula utuntur. cum emptor dixit "tanti sunt mi emptae?" et ille respondit "sunt" et expromisit nummos, emptor stipulatur prisca formula sic, "illasce oves, qua de re agitur, sanas recte esse, uti pecus ovillum, quod recte sanum est extra lusca surdam minam, id est ventre glabro, neque de pecore morbo-so esse habere que recte licere, haec sic recte fieri spondesne?"*

La stipulazione, pertanto, veniva usata per garantire al compratore sia alcuni modi d'essere dell'oggetto di compravendita (l'esistenza di certe qualità e l'assenza di determinati vizi), sia l'*'habere recte licere'*, vale a dire il godimento pieno e pacifico⁵⁴.

In tal senso per il venditore si configurava una responsabilità per fatto oggettivo, poiché si impegnava ad indennizzare il compratore nel caso in cui si rivelasse un vizio della cosa oggetto di compravendita, a prescindere dal fatto che conoscesse o meno l'esistenza del vizio, e allo stesso modo ugualmente si impegnava ad indennizzare il compratore nell'ipotesi in cui si rivelasse un 'vizio' del diritto.

Dunque, venendo ad uno dei punti centrali di queste riflessioni, l'*'habere licere'* era configurato in modo oggettivo, in quanto non si poneva il problema di individuare su chi gravasse il generico comportamento di astensione di turbare il pacifico godimento della *res emptae*, poiché all'epoca in cui fu congegnato il formulario riportato da Varrone, non si era ancora affermato il carattere personale della prestazione del debitore e, di conseguenza, non sorgeva alcuna questione in merito alla possibilità di assumere una garanzia che potesse ricomprende-

⁵⁴ Secondo l'Arangio-Ruiz, «il godimento effettivo della cosa» (*habere*) e «da immunità di questo godimento da attacchi in via giudiziaria, sia che gli attacchi non vengano, sia che si riesca a respingerli» (*licere*), cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, II, cit., p. 340.

re anche un *facere* del terzo⁵⁵. In tal senso il Talamanca osservava come fosse possibile ricavarne la chiara percezione di una sorta di «... travaglio della giurisprudenza cautelare romana in un momento storico in cui si tende, da una parte, a fissare il requisito della prestazione come aspetto indispensabile dell'*obligatio* e, dall'altra, non si è ancora completamente affermato ... il carattere personale della prestazione ... rimanendo così possibile di assumere la garanzia per un *facere* di un terzo»⁵⁶.

Peraltro, la struttura della *stipulatio* si sarebbe prestata specificamente a introdurre, per l'ipotesi di *traditio* di *res nec mancipi*, una forma di garanzia per l'evizione che, però, risultava funzionalmente collegata alla vendita; così che si sarebbe configurata una responsabilità per evizione non derivante direttamente dal negozio di vendita, ma dalla promessa obbligatoria.

La prova che si trattasse di promesse che assumevano «direttamente a contenuto il fatto oggettivo (che ricomprende anche il fatto del terzo)» Talamanca la rinviene anche in altri testi di Varrone:

Varr., *r. rust.* 2.3.5: *De emptione aliter dico atque f[ic]it, quod capras sanas sanus nemo promittit. numquam enim sine febrī sunt. Itaque stipulantur paucis exceptis verbis, ac Manilius scriptum reliquit sic: "illas capras hodie recte esse et bibere posse habere que licere, haec spondesne?" de quibus admirandum illud. Quod etiam Archelaus scribit: non ut reliqua animalia naribus, sed auribus spiritum ducere solere pastores curiosiores aliquot dicunt.*

Qui si fa menzione di una stipulazione di garanzia collegata ad una vendita di capre: nella promessa si garantisce la salute degli animali, si garantisce che le capre si abbeverino senza aiuto, ed altresì si garantisce l'*habere licere*, che viene assunto, nell'ottica della tutela giudiziale, come fatto oggettivo⁵⁷.

⁵⁵ R. ORTU, *Garanzia per evizione: stipulatio habere licere e stipulatio duplae*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, II, cit., p. 310 e ss., in particolare p. 362.

⁵⁶ Cfr. M. TALAMANCA, voce *Obbligazioni*, cit., p. 27.

⁵⁷ Una soluzione promissoria ispirata alle soluzioni di Manlio Manilio: cfr. M. TALAMANCA, voce *Obbligazioni*, cit., p. 26, nt. 177.

In un altro testo ancora viene menzionata la garanzia avente ad oggetto contemporaneamente la salute degli animali venduti, l'*habere licere*, il *noxis praestari* (come garanzia per il danno causato dal bestiame a terzi) e il *pedigree* del bestiame (una provenienza genetica sana del bestiame):

Varr., *r. rust.* 2.4.5: *Emi solent sic: "illasce sues sanas esse habere que recte licere noxis que praestari neque de pecore morbooso esse spondes ne?" quidam adiciunt perfunctas esse a febrī et a foria*⁵⁸.

Immediatamente dopo l'introduzione della *stipulatio habere licere* deve essere stato pensato un nuovo strumento di tutela delle vendite di *res Mancipi* in cui la *Mancipatio* non poteva effettuarsi (verosimilmente fra *cives* e non *cives* e prima comunque dell'introduzione dell'*emptio venditio*⁵⁹). Ne abbiamo una testimonianza ancora tramite Varrone:

Varr., *r. rust.* 2.10.4-5: *In emptionibus dominum legitimum sex fere res perficiunt: si hereditatem iustam adiit; si, ut debuit, Mancipio ab eo accepit, a quo iure civili potuit; aut si in iure cessit, si potuit cedere, et id ubi oportuit; aut si usu cepit; aut si e praeda sub corona emit; tumve cum in bonis sectioneve cuius publice veniit. 5. In horum emptione solet accedere peculium aut excipi et stipulatio intercedere, sanum esse, furtis noxisque solutum: aut, si Mancipio non datur, dupla promitti, aut, si ita pacti, simpla.*

Varrone, dopo aver individuato i vari modi di acquisto della proprietà dei servi ed aver chiarito che alla vendita dei *Mancipia* era uso far seguire una stipulazione (*stipulatio in-*

⁵⁸ Qui l'uso del verbo *praestare*, benché nel senso sopradetto di 'garantire/assicurare', è limitato al danno a terzi (ossia la nostra), e, dunque, in una di quelle accezioni specifiche che vengono 'oggettivizzate' dal riferimento terminologico che accompagna il verbo: cfr. R. ORTU, *Garanzia*, cit., p. 325.

⁵⁹ Sul suo utilizzo successivo all'introduzione nella prassi commerciale del contratto consensuale anche per i *cives* si veda A. CORBINO, *La risalenza dell'emptio-venditio consensuale e i suoi rapporti con la Mancipatio*, in *Iura*, 2016, pp. 9-100.

tercedere) con la quale si prometteva che lo schiavo fosse sano ed esente da responsabilità nossale per furto, al paragrafo 5 riporta la possibilità, in assenza di una *mancipatio* per il trasferimento del *servus*, di concludere una *stipulatio duplae* o di promettere, in seguito a pattuizione delle parti, il *simplum*: *si mancipio non datur, dupla promitti, aut, si ita pacti, simpla*.

L'assenza dell'atto librare, da cui conseguiva automaticamente il sorgere dell'*obligatio auctoritatis* in capo al *mancipio dans*, in buona sostanza rendeva necessario garantire per l'evizione mediante la *stipulatio duplae*.

Ma il testo di Varrone, per quanto riguarda la garanzia per l'evizione, fornisce anche un altro elemento di grande rilievo: infatti, si attesta che le parti contraenti, in seguito a patto, potevano obbligarsi per il *simplum*.

Il contenuto della *stipulatio*, riferito da Varrone, è assai simile a quello delle formule di stipulazioni di garanzia utilizzate per le vendite del bestiame già esaminate in precedenza a proposito della *stipulatio habere licere*. Si può inoltre notare che l'espressione '*noxis praestari*' (costruzione già utilizzata nei formulari stipulatori delle vendite di animali) viene completata da un '*praestare*' che Varrone indica con la locuzione '*furtis noxisque solutum*'. Quindi, anche nelle stipulazioni di garanzia relative ai *mancipia*, al pari di quelle in uso nelle vendite di animali, il venditore si vincolava promettendo sia l'integrità fisica dello schiavo (*sanum esse*), sia l'immunità del *mancipium* da responsabilità per furti e danneggiamenti. Come sostiene l'Arangio-Ruiz, l'esempio riportato da Varrone doveva ricalcare lo schema dei formulari stipulatori usati più frequentemente: ciò però non esclude la possibilità che le parti potessero escogitare nuovi contenuti, promettere qualità diverse o garantire l'assenza di altri difetti o addirittura promettere il *simplum* per la garanzia per l'evizione in deroga alla prassi comune di obbligarsi per il *duplum*.

Di tale funzione della *stipulatio* in epoca severiana, ma come commento all'editto del pretore, si legge in:

D. 21.2.37 pr.-1 (Ulp. 32 *ad ed.*): *Emptori duplam promitti a venditore oportet, nisi aliud convenit: non tamen ut satisde-*

*tur, nisi si specialiter id actum proponatur, sed ut repromittatur. 1. Quod autem diximus duplam promitti oportere, sic erit accipiendum, ut non ex omni re id accipiamus, sed de his rebus, quae pretiosiores essent, si margarita forte aut ornamenta pretiosa vel vestis Serica vel quid aliud non contemptibile veneat. per edictum autem curulium etiam de servo cavere venditor iubetur*⁶⁰.

Ulpiano dice che, se non si è diversamente convenuto dal venditore, deve essere prestata la stipulazione del doppio del prezzo in caso di evizione, non promettendo l'intervento di garanti (*satisdatio*) ma con la promessa del venditore (*repromissio*). Poi sempre il giurista specifica che il doppio viene promesso non per tutte le cose ma per quelle più preziose, come gioielli e vesti di seta. Così come il doppio deve essere promesso per lo schiavo, in quanto previsto dagli edili curuli⁶¹.

La forma stipulatoria avrebbe, quindi, almeno all'inizio, sostituito l'*obligatio auctoritatis* probabilmente nelle vendite di *res mancipi* non realizzate mediante *mancipatio*. È evidente che tali strumenti divenivano operativi ad evizione avvenuta, ossia nel momento in cui il compratore fosse stato spossessato a seguito di soccombenza in giudizio; in tal senso ne esce consolidata l'idea del modello 'garanzia' prodotto in epoca arcaica, nella riproposizione delle forme di garanzia, come la *satisdatio*, seppur ora concepite nella veste stipulatoria pretoria.

5. L'evoluzione della garanzia in epoca classica

C'è un filo che lega i testi di Varrone ad un altro frammento di Ulpiano riportato in

D. 45.1.38 pr.-2 (Ulp. 49 *ad Sab.*): *Stipulatio ita: 'habere licere spondes?' hoc continet, ut liceat habere, nec per quem-*

⁶⁰ Con un netto riferimento anche a Giuliano in D. 21.2.21.1 (Ulp. 29 *ad Sab.*): *inde Iulianus libro quadragesimo tertio eleganter definit duplae stipulationem tunc committi, quotiens res ita amittitur, ut eam empori habere non liceat propter ipsam evictionem.*

⁶¹ Su cui T. DALLA MASSARA, *Garanzia*, cit., p. 296.

quam omnino fieri, quo minus nobis habere liceat. quae res facit, ut videatur reus promisisse per omnes futurum, ut tibi habere liceat: videtur igitur alienum factum promisisse, nemo autem alienum factum promittendo obligatur, et ita utimur. Sed se obligat, ne ipse faciat, quo minus habere liceat: obligatur etiam, ne heres suus faciat vel quis ceterorum successorum efficiat, ne habere liceat. 1. Sed si quis promittat per alium non fieri, praeter heredem suum dicendum est inutiliter eum promittere factum alienum. 2. At si quis velit factum alienum promittere, poenam vel quanti ea res sit potest promittere. sed quatenus habere licere videbitur? si nemo controversiam faciat, hoc est neque ipse reus, neque heredes eius heredumve successores⁶².

Nel *principium* si afferma che lo scopo della *stipulatio habere licere* è quello di garantire il pacifico godimento al compratore e che non si verifichino turbative provenienti da terzi (*per omnes futurum, ut tibi habere liceat*): tramite *stipulatio habere licere* il compratore è tutelato da ogni evento possibile, compresi quelli ricondotti a terzi soggetti.

In senso contrario, tuttavia, subito dopo si afferma che in questo modo si è promesso un fatto altrui e che nessuno però rimane obbligato da tale tipo di promessa.

Nella chiusura del testo viene proposta una interpretazione restrittiva dell'oggetto della *stipulatio* secondo la quale si deve intendere che il promittente si impegna all'astensione da atti di turbativa solo per sé, per il suo erede e per gli altri successori.

⁶² Su tale passo cfr.: M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., p. 390 ss.; F. GIRARD, *Études historiques sur la formation du système de la garantie d'éviction en droit romain*, cit., p. 71 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *Compravendita*, cit., p. 336.; J. COUDERT, *Recherches sur les stipulations et les promesses pour autrui en droit romain*, Nancy, 1957, p. 104 ss.; F. PASTORI, *Appunti*, cit., p. 271 ss.; PH. MEYLAN, *La stipulation habere licere*, in *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis*, 1970, p. 67 ss.; D. NÖRR, *Probleme der Eviktionshaftung im klassischen römischen Recht*, in *SZ*, 2004, p. 152 ss.; Id., *Schriften 2001-2010. Anlässlich seines 80. Geburtstags*, a cura di T.J. CHIUSI, H. DIETER SPENGLER, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2012, p. 320 ss., in particolare p. 339, a cui si rinvia per un approfondimento sulla nozione stessa di '*habere licere*'.

Superando l'ampio dibattito suscitato dal testo, l'Arangio-Ruiz⁶³ ha ricomposto la logica del brano sottolineando condizionalmente che nel primo tratto del testo Ulpiano abbia riportato un brano dell'opera di Sabino, mentre successivamente avrebbe proposto la propria opinione. In tal senso, nel testo di Ulpiano, avremmo una duplice testimonianza, un riferita alla concezione più antica della *stipulatio habere licere*, l'altra più moderna⁶⁴. In questo passaggio vi sarebbe la prova di quel travaglio di cui parlava Talamanca, ma più centrato sul tema della tutela del compratore, o *rectius* degli obblighi assunti dal venditore: la concezione risalente a Sabino si fondava su una nozione di promessa (*praestare l'habere licere*) che con efficacia *erga omnes*, e in cui l'impegno a garantire *l'habere licere* era oggettivamente considerata, come in Varrone. Però, la riflessione di Sabino in merito alla portata della *stipulatio habere licere* e il significato dell'espressione *habere licere* costituisce un passo avanti⁶⁵ rispetto alla concezione che emerge dai formulari scarni riportati da Varrone, dai quali traspare che nell'età repubblicana non si era ancora posto il problema di determinare l'ampiezza della portata della *stipulatio habere licere*. Nell'interpretazione di Ulpiano compare la concezione più matura dell'oggetto della promessa⁶⁶, improntata al principio giurisprudenziale di matrice giurisprudenziale del '*nemo factum alienum promittendo obligatur*', in cui la responsabilità del venditore, ancora costruita sull'impegno per un risultato, sarebbe comunque stata esclusa nell'ipotesi di fatto del terzo. Ovviamente nell'abbandono della concezione più antica avrebbe anche giocato un ruolo pesante l'affermarsi della tutela per l'evizione tramite l'*actio empti* che all'epoca di Ulpia-

⁶³ Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *Compravendita*, cit., p. 340 ss. Più recentemente R. ORTU, *Garanzia*, cit., p. 330 ss.; G. GUIDA, *La tutela*, cit., p. 72 ss.

⁶⁴ R. ORTU, *Garanzia*, cit., pp. 334-335.

⁶⁵ Così A. SANGUINETTI, *La promessa del fatto altrui nella riflessione dei giuristi romani*, in *SDHI*, 1999, p. 168; R. ORTU, *Garanzia*, cit., p. 337.

⁶⁶ Secondo Talamanca, in modo condivisibile, il problema andrebbe visto nella prospettiva di un'evoluzione storica, che coinvolge la configurazione, da un lato, della garanzia per l'evizione e, dall'altro, dell'*obligatio* stessa.

no (ma già qualche tempo prima) aveva reso l'assunzione della *stipulatio habere licere* non necessaria.

In tal modo viene a compiersi quel percorso di sviluppo, sopra accennato, che riconduce l'*obligatio evictionis* dall'idea originaria, intesa essenzialmente come garanzia per un evento oggettivo, a una concezione incentrata su un comportamento dovuto (in funzione di adempimento) dal debitore. D'altra parte, il cerchio parrebbe chiudersi con Paolo in D. 45.1.83 pr. (Paul. 72 *ad ed.*) quando la promessa in forma di *stipulatio* circa l'*habere licere* viene oramai costruita espressamente come assunzione dell'obbligo di fare in modo che l'evizione non si verifichi: in altre parole, si passa dalla *stipulatio habere licere* come fonte di una sorta di obbligazione di risultato a un'obbligazione di mezzi⁶⁷, in cui l'impegno del venditore promittente ha ad oggetto un suo comportamento e non un evento. Ecco che il *praestare*, formalmente espresso o meno, cambia di nuovo colore.

Del resto, tale *stipulatio* era formulata nel '*quidquid ob eam rem dare facere oportet*', il che implicava che la condanna potesse espandersi fino all'*id quod interest*. Tuttavia, ancorché sembrerebbe possibile un accomunamento tra l'azione che sorge dalla *stipulatio habere licere* e l'*actio empti* elaborata in connessione all'*emptio venditio*, ogni sovrapposizione va debitamente esclusa, essendo quest'ultima un'azione di buona fede, che imponeva criteri diversi di valutazione della vicenda contrattuale per pervenire alla condanna, quand'anche all'*id quod interest*.

Le varie forme di *verborum obligationes* sin qui osservate rappresentavano strumenti disponibili a un compratore diligente che si preoccupasse di costruire una specifica tutela per l'evizione. Eccettuati questi strumenti volontari di protezione del compratore, però, soltanto l'antica *mancipatio* sarebbe stata in grado di assicurare, attraverso il regime dell'*auctoritas*, una tutela per il caso di evizione⁶⁸. D'altra parte, il va-

⁶⁷ M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., p. 391; A. SANGUINETTI, *La promessa*, cit., p. 185.

⁶⁸ Paul. Sent. II, [17. *Ex empto et vendito*] 1. *Venditor si eius rei quam vendidit dominus non sit, pretio accepto auctoritatis manebit obnoxius: aliter*

sto diffondersi del contratto di *emptio venditio* nei rapporti tra Romani e Romani e peregrini, collegato alla crescente esigenza di sicurezza e rapidità nei traffici, nonché l'ampia elaborazione giurisprudenziale in tema di *fides* e *bona fides*⁶⁹ avrebbe senz'altro condotto alla definizione di quelle forme di tutela per l'evizione, già accennate, che possiamo definire 'interne' al regime del contratto di *emptio venditio*.

Come vedremo di seguito.

6. *La configurazione delle obbligazioni principali dell'emptio venditio tramite la concessione dell'actio*

Si è detto che, rispetto alla configurazione dell'*obligatio consensu contracta*, relativamente recente, la compravendita⁷⁰

enim non potest obligari. 2. Si res simpliciter traditae evincantur, tanto venditor emptori condemnandus est, quanto si stipulatione pro evictione cavisset. 3. Res empti mancipatione et traditione perfecta si evincatur, auctoritatis venditor duplo tenus obligatur.

⁶⁹ W. KUNKEL, *Fides als schöpferisches Element im römischen Schuldrecht*, in *Festschrift P. Koschaker*, II, Weimar, 1939, p. 5; ID., *Über Schuld und Schaden in der Antike*, in *Scritti C. Ferrini*, III, Milano, 1948, p. 90 ss.; M. HORVAT, *Osservazioni sulla bona fides nel diritto romano obbligatorio*, in *Studi V. Arangio-Ruiz*, I, Napoli, 1953, p. 423 ss.; G. GROSSO, *Buona fede. Premesse romanistiche*, in *Enc. dir.*, V, Milano 1959, pp. 661-664; L. LOMBARDI, *Dalla 'fides' alla 'bona fides'*, Milano, 1961, *passim*; D. NÖRR, *Aspekte des römischen Völkerrechts*, München, 1989, p. 94 ss., p. 102 ss., p. 145 ss.; M.J. SCHERMAIER, *Bona fides in Roman Contract Law*, in *Good Faith in European Contract Law*, a cura di R. ZIMMERMANN, S. WHITTAKER, Cambridge, 2000, p. 82 ss.; W. DAJCZAK, *La libertà di applicazione della clausola generale della buona fede: osservazioni sulla prospettiva del diritto romano*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese (Padova, Venezia, Treviso, 14-15-16 giugno 2001)*, II, a cura di L. GAROFALO, Padova, 2003, cit., pp. 409-428; R. FIORI, *'Fides' e 'bona fides'. Gerarchia sociale e categorie giuridiche*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 3, a cura di R. FIORI, Napoli, 2008, p. 237 ss.; ID., *Bona fides formazione, esecuzione e interpretazione del contratto nella tradizione civilistica (parte seconda)*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 4, a cura di R. FIORI, Napoli, 2011, p. 97 ss.; R. CARDILLI, *'Bona fides' tra storia e sistema*, Torino, 2010, *passim*.

⁷⁰ Per una prima messa a fuoco, A. BURDESE, voce *Vendita (dir. rom.)*, in *Noviss. dig. it.*, XX, Torino, 1975, p. 594 ss.; M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit.,

quale negozio con una funzione socio-economica tipica e rilevante nella sfera dei rapporti fra i *cives* fosse considerata una figura negoziale consolidata già da tempi risalenti. Tuttavia, i suoi effetti si producevano prevalentemente o esclusivamente sul piano reale, trattandosi di un atto, nella forma tipica della *mancipatio*⁷¹, di trasferimento della proprietà di cosa, dietro il pagamento del prezzo⁷², in cui era da definire solo il momento in cui la proprietà si trasferiva effettivamente dal venditore al compratore. Sull'evoluzione (o sulla sovrapposizione) riguardante il negozio traslativo con scopo di vendita e l'*emptio venditio* consensuale ad effetti obbligatori, in dottrina si è sviluppata un'ampia discussione⁷³ che qui non interessa ripercorre-

p. 303 ss.; S. ROMANO, voce *Vendita nel diritto romano*, in *Dig. disc. priv.*, sez. civ., XIX, Torino, 1998, p. 722 ss.

⁷¹ Cfr. Gai. 1.113 e 1.119. Sulla *mancipatio* e agli altri negozi traslativi in combinazione o affiancati alla compravendita si vedano soprattutto V. ARANGIO-RUIZ, *Diritto puro e diritto applicato negli obblighi del venditore*, in *Festschrift P. Koschaker*, II, Weimar, 1939, p. 141 ss.; e G. PUGLIESE, *Compravendita e trasferimento della proprietà in diritto romano in Vendita e trasferimento della proprietà nella prospettiva storico-comparatistica*, *Atti del Congresso Internazionale, 17-21 aprile 1990, Pisa-Viareggio-Lucca*, I, a cura di L. VACCA, Milano, p. 199, ora in *Scritti giuridici (1985-1995)*, a cura di L. VACCA, Napoli, 2007, p. 245 ss.

⁷² Cfr. M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I, cit., p. 545 ss.

⁷³ V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., p. 45 ss. Sul tema delle 'origini' si fa rinvio in modo particolare a PH. MEYLAN, *La conception classique de la vente*, in *RIDA*, 1948, p. 133 ss.; F. CANCELLI, *L'origine del contratto consensuale di compravendita nel diritto romano. Appunti esegetico-critici*, Milano, 1963, p. 156 s.; F. GALLO, *In tema di origine della compravendita consensuale*, in *SDHI*, 1964, p. 299 ss., p. 567; G. PUGLIESE, *Compravendita*, cit., p. 247 ss.; C.A. CANNATA, *La compravendita consensuale romana*, cit., p. 73 ss.; M. MARONE, *Trasferimento della proprietà della cosa venduta e pagamento del prezzo*, s.l., 1992, p. 183 ss.; A. CASTRO, *'Emptio venditio' y 'consensus'. Contribución al estudio del origen y fundamentos de la compraventa romana: contrato-fin y contrato-medio*, in *'Iuris vincula'. Studi in onore di Mario Talamanca*, II, Napoli, 2001, p. 11; L. GAGLIARDI, *Prospettive in tema di origine della compravendita*, in *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, cit., p. 101 ss.; C.A. CANNATA, *Qualche considerazione sui primordi della compravendita romana*, in *Seminarios complutenses de derecho romano: revista complutense de derecho romano y tradición romanística*, 2009, p. 13 ss.; R. FERCIA, *«Quia vendidit, dare promisit»*, Cagliari, 2009, p. 15 ss.; M. CARBONE, *L'emersione dell'«emptio» consensuale e le «leges venditionis» di Catone*, Milano, 2017, p. 11 ss.

re. Interessa invece che, in epoca tardo-repubblicana⁷⁴, la compravendita presentava, appunto, come consolidati i caratteri sia della consensualità, sia dell'obbligatorietà reciproca, come abbiamo visto in precedenza, con una dimensione giudiziale improntata alla tutela *ex fide bona*.

Una volta configurata la struttura del negozio, oggetto della riflessione giurisprudenziale sono i contenuti e i limiti delle obbligazioni prodotti dal negozio, e che, nella logica circolare precedentemente sottolineata del rapporto fra *actio* e *obligatio*, vengono dapprima tratteggiati, poi via via sempre più definiti attraverso la graduale concessione dell'azione contrattuale⁷⁵.

Essendo le obbligazioni delle parti protette da *iudicia bonae fidei*⁷⁶, i profili connessi alla compravendita di cui si doveva tener conto nell'ammissibilità dell'azione erano sia quelli fisiologici e che costituivano, per così dire, il 'regime ordinario'; sia quelli rimessi alla volontà specifica delle parti, come i patti tramite i quali i contenuti ampliavano o, nei limiti del consentito, modificavano il contenuto tipico del negozio e delle sue obbligazioni. Il *iudicium bonae fidei* copriva, dunque, l'intero programma contrattuale.

In verità, la parabola evolutiva della determinazione degli obblighi contrattuali, e che ne ha prodotto, appunto, il così detto 'regime ordinario negoziale', ha riguardato essenzialmente l'obbligazione principale del *venditor*, essendo il compratore obbligato a trasmettere la proprietà del denaro che costituiva il prezzo⁷⁷:

⁷⁴ V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., p. 85 ss.

⁷⁵ R. CARDILLI, *Damatio e oportere, nell'obbligazione*, Napoli, 2016, p. 23 ss.

⁷⁶ F. GALLO, 'Bona fides' e 'ius gentium', in *Il ruolo della buona fede oggettiva*, II, cit., p. 115 ss.; F. DE BUJÁN, *De los arbitria bonae fidei pretorios a los iudicia bonae fidei civiles*, in *Anuario da Faculdade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2004, p. 331 ss.; R. FIORI, 'Ius civile', 'ius gentium', 'ius honorarium': il problema della «rezezione» dei 'iudicia bona fidei', in *BIDR*, 1998-1999 (ma 2005), p. 165 ss.; L. FRANCHINI, *La recezione nel ius civile dei iudicia bonae fidei: questioni di metodo e di merito*, Napoli, 2015, *passim*.

⁷⁷ V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., p. 202; A. BECHMANN, *Der Kauf*, cit., p. 136 ss.; D. DOZHDEV, "Fidem emptoris sequi": *Good faith and Price*

D. 19.4.1pr. (Paul. 32 *ad ed.*): *Sicut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor, ita pretium aliud, aliud merx. At in permutatione discerni non potest, uter emptor vel uter venditor sit, multumque differunt praestationes. Emptor enim, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito, venditori sufficit ob evictionem se obligare possessionem tradere et purgari dolo malo, itaque, si evicta res non sit, nihil debet:...*⁷⁸.

Il contenuto dell'obbligazione del venditore, come noto, era decisamente più complesso⁷⁹: in un contratto obbligatorio finalizzato ad attuare lo scambio definitivo di cosa contro prezzo, il *venditor* non era obbligato specificamente a trasmettere la proprietà della *res*, e, dunque, la sua obbligazione non poteva essere configurata come un'obbligazione di 'dare' in senso tecnico⁸⁰. Le ragioni erano diverse: anzitutto, l'adempimento del 'dare' non sarebbe mai stato possibile nell'ambito di un

Payment in the Structure of Roman Classical Sale, in *Il ruolo della buona fede oggettiva*, II, cit., pp. 551-578

⁷⁸ La letteratura sul passo è immensa. Si rimanda per un esame critico generale, da ultimo, a S.A. CRISTALDI, *Il contenuto dell'obbligazione del venditore nel pensiero dei giuristi dell'età imperiale*, Milano, 2007, p. 77 ss., nonché, ancor più di recente, a E. SCIANDRELLO, *Studi sul contratto estimatorio e sulla permuta nel diritto romano*, Trento, 2011, p. 207 ss. Per un primo riscontro cfr. V. SCIALOJA, *La l. 16 dig. de cond. causa data 12, 4 e l'obbligo di trasferire la proprietà nella vendita romana*, in *BIDR*, 1907, p. 161 ss.; E. BETTI, *Sul valore dogmatico della categoria "contrahere" in giuristi proculleani e sabiniani*, *ivi*, 1915, p. 24 ss.; D.E.C. YALE, *Celsus: Sale and conditional gift*, in *Studies in the Roman Law of Sale. Dedicated to the memory of F. De Zulueta*, Oxford, 1959, p. 171 ss.; PH. MEYLAN, *Nouvelle explication de Celse, D.12.4.16*, in *Iura*, 1969, p. 287 ss.; V. ARANGIO-RUIZ, *Compravendita*, cit., p. 150 ss.; R. KNÜTEL, *La causa nella dottrina dei patti*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica*, a cura di L. VACCA, Torino, 1997, p. 135 ss.; M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., p. 380 ss.; F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto. Ricerca degli archetipi della categoria contrattuale e spunti per la revisione di impostazioni moderne*, II, Torino, 1995, p. 171 ss.; T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto. Elaborazione di un concetto nella giurisprudenza classica*, Padova, 2004, p. 233 ss. Per profili specifici inerenti agli effetti collegati al contratto si vedano gli Autori citati nelle note successive.

⁷⁹ Sul punto si rinvia a S. CRISTALDI, *Il contenuto*, cit., p. 125 e a letteratura *ivi* citata.

⁸⁰ Oltre al più volte menzionato testo di Paolo D.19.4.1pr., così già Celso in D. 12.4.16, su cui in particolare cfr. M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., p. 380 ss.

contratto concluso con un contraente che non fosse un *civis*, non potendo gli stranieri acquistare la titolarità del *dominium ex iure Quiritium*⁸¹, motivazione alla quale si agganciava conseguentemente il problema del regime differenziato dei beni, *res Mancipi* e *nec Mancipi*, che richiedeva uno specifico tipo di atto traslativo, *mancipatio* o *traditio venditionis causa* (o raramente *cessio in iure*), e che non poteva trovare applicazione ai peregrini, per i quali, a titolo differente, era prevista la sola consegna materiale.

A tali motivi, vanno aggiunte ragioni di 'politica commerciale', ben comprese dalla giurisprudenza romana, e che verosimilmente suggerirono l'opportunità di costruire l'obbligazione del venditore ricorrendo alla categoria di quel '*praestare*' nelle sue articolate declinazioni contenutistiche, senza dubbio più funzionale al risultato economico-commerciale tipico della compravendita. Si tratta, tuttavia, di un percorso che si sviluppa gradualmente, caratterizzato dalla interconnessione fra approccio processuale e riflessione sostanziale, tipica dell'esperienza giuridica romana, specie fino alla fine III sec. d.C., e che ha investito lo studio della materia *de qua* a partire dal periodo tardo repubblicano fino alla fine del periodo severiano.

Ed è proprio dalla sintesi dei giuristi severiani che si ricevono le coordinate per la costruzione della obbligazione del venditore, come risultato di questa complessa evoluzione:

D. 19.1.11pr.-2 (Ulp. 32 *ad ed.*): *Ex empto actione is qui emit utitur. 1. Et in primis sciendum est in hoc iudicio id demum deduci, quod praestari convenit: cum enim sit bonae fidei iu-*

⁸¹ Tuttavia, nell'ambito delle compravendite fra romani la struttura dell'*emptio venditio*, come è noto, mutava parzialmente, nel senso che se si trattava di *res Mancipi* veniva eseguita la *mancipatio* e se *res nec Mancipi* si eseguiva la *traditio*. Se il venditore era *dominus* il compratore diveniva senza dubbio titolare. Peraltro, in rapporto all'*emptio venditio* diversi sono i riferimenti alla *mancipatio* e agli altri negozi traslativi: un rapporto più o meno stretto del quale si discute da sempre in seno alla dottrina romanistica: cfr. in particolare V. ARANGIO-RUIZ, *Diritto puro*, cit., p. 141 ss.; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano, 1990, p. 429 ss., p. 580 ss.; G. PUGLIESE, *Compravendita*, cit., p. 248 ss.

dicium, nihil magis bonae fidei congruit quam id praestari, quod inter contrahentes actum est. Quod si nihil convenit, tunc ea praestabuntur, quae naturaliter insunt huius iudicii potestate. 2. Et in primis ipsam rem praestare venditorem oportet, id est tradere: quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum, si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat, si modo pretium est numeratum aut eo nomine satisfactum. Emptor autem nummos venditoris facere cogitur.

Ulpiano individua la sfera applicativa dell'azione da compera e nel sottolineare che all'*actio* è connesso un *iudicium bonae fidei* fa coincidere il perimetro dell'azione con tutto ciò che le parti hanno convenuto di *praestare*, qui inteso come eseguire ciò che hanno convenuto, definendo in base ai loro interessi ed esigenze, i termini dello scambio⁸². Tuttavia, come spiegato da Ulpiano nella prosecuzione del brano, v'è un contenuto naturale della vendita che ha pieno valore, laddove non vi siano espresse pattuizioni delle parti; ed è questo contenuto naturale a rappresentare il frutto del lavoro di riflessione della giurisprudenza romana e che rappresenta il raggio d'azione della tutela contrattuale prevista per le parti, segnatamente per il compratore.

Ulpiano dice che per prima cosa il venditore è tenuto a '*praestare rem*'.

Riallacciandoci alle osservazioni circa il senso del '*praestare*' come contenuto della prestazione, si può affermare che il *praestare rem* in questo caso implica un complesso di significati sostanziali che possono evincersi solo mediante la sua connessione con tutti i profili corredanti il rapporto obbligatorio all'interno del quale il medesimo *praestare* viene calato, a loro volta ricostruibili però solo tramite l'indagine condotta analiticamente sull'impiego dell'azione da compera che tutela la posizione del compratore.

⁸² Sia la regolamentazione precisa di alcuni aspetti naturali della vendita, come ad esempio il giorno e il luogo dell'adempimento, sia l'aggiunta di specifiche clausole tramite *pacta adiecta* rientrano nei contenuti negoziali protetti dalle azioni contrattuali.

Quando Ulpiano scrive il suo commento all'editto è oramai pacifico l'articolato contenuto dell'obbligazione del venditore, che è definito, appunto, tramite il suo speculare rapporto con le clausole edittali relative all'*actio empti*.

In tal senso, il *praestare rem* a cui egli si riferisce, non implica, per certo, il solo trasferimento materiale della cosa, l'*'id est tradere'*, ma, come correttamente ritenuto, ed abbondantemente evidenziato dalla maggioranza degli studiosi⁸³, esso si sostanzia nella trasmissione della piena e pacifica disponibilità della *res*. L'*habere licere*, che esprimeva una situazione di piena disponibilità già in Varrone, diviene il riferimento centrale dell'obbligazione del *venditor*.

Ulpiano, è vero, non lo dice espressamente; ma è un elemento che si può ricavare dal successivo passaggio relativo al rendere il compratore proprietario, o a garantirlo per l'evizione⁸⁴, laddove il venditore non fosse il *dominus* della cosa venduta: *'quae res, si quidem dominus fuit venditor, facit et emptorem dominum, si non fuit, tantum evictionis nomine venditorem obligat'*.

Ciò implicitamente comporta che il risultato primario che il venditore deve assicurare al compratore è che questo non venga impedito o turbato nel suo godimento del bene acquistato, indipendentemente dal dato sia stato nelle condizioni necessarie per rendere l'acquirente proprietario.

Quanto affermato da Ulpiano è precisato in un testo, altrettanto noto di Paolo, in cui il giurista propone una rappresentazione icastica del contenuto dell'*obligatio venditoris*, tramite la configurazione di quella che può alternativamente considerarsi una 'obbligazione complessa' o un elenco di profili obbligatori unitariamente riconducibili all'obbligazione generale gravante sul venditore.

⁸³ M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., p. 385, ss.; C.A. CANNATA, *La compravendita consensuale*, cit., p. 413; L. VACCA, *Sulla responsabilità ex empto del venditore nel caso di evizione secondo la giurisprudenza tardo-classica*, in *Garanzia e responsabilità*, cit., p. 19 ss.; EAD., *Ancora*, cit., pp. 64-65; S. CRISTALLI, *Il contenuto*, cit., p. 126 ss.

⁸⁴ H. ANKUM, *Problemi concernenti l'evizione del compratore nel diritto romano classico*, in *Vendita e trasferimento*, II, cit., p. 610 ss.

Riprendiamo il testo già citato:

D. 19.4.1pr. (Paul 32 *ad ed.*): *Sicut aliud est vendere, aliud emere, alius emptor, alius venditor, ita pretium aliud, aliud merx. At in permutatione discerni non potest, uter emptor vel uter venditor sit, multumque differunt praestationes. Emptor enim, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito, venditori sufficit ob evictionem se obligare possessionem tradere et purgari dolo malo, itaque, si evicta res non sit, nihil debet...*

Paolo sostiene che se il compratore è tenuto dall'*actio venditi*, qualora non abbia reso il venditore proprietario della somma di denaro, di contro al venditore 'basta', «*sufficit*», obbligarsi per l'evizione, trasmettere il possesso della *res* e astenersi da comportamenti ingannevoli e pregiudizievoli⁸⁵.

Come si diceva, il corretto inquadramento dell'articolato paolino impone di considerare i tre punti come altrettanti profili di un'unica obbligazione o, comunque, di ritenerli contenuti di obbligazioni specifiche ma strettamente connesse in un rapporto di reciproca funzionalità⁸⁶. Si tratta dell'espressione in forma tecnica dell'obbligazione generale del venditore di trasferire al compratore la *res* nella sua pacifica e definitiva disponibilità (*habere licere*), che richiede evidentemente la trasmissione della cosa nella sua materialità, la tutela per le ipotesi di evizione da parte di un terzo, e l'astensione da qualunque comportamento che dolosamente (ma non solo, come

⁸⁵ Sul punto si vedano in particolare C.A. CANNATA, *La compravendita consensuale*, cit., p. 428 ss.; G. PUGLIESE, *Compravendita*, cit., p. 41 ss.; L. VACCA, *Sulla responsabilità*, cit., p. 19 ss.; S. CRISTALDI, *Il contenuto*, cit., p. 127, il quale rileva, in modo condivisibile, che «il giurista romano sta individuando quello che è possibile definire un contenuto sufficiente dell'obbligazione del venditore, i cui elementi sono appunto 'ob evictionem se obligare, possessionem tradere et purgari dolo malo'. Ed è solo la loro somma, solo l'insieme dei tre adempimenti strettamente interconnessi tra loro che *sufficit* a liberare il venditore».

⁸⁶ Contenuto specularmente riprodotto in C.8.44.3, rescritto di Settimio Severo e Caracalla, su cui limitatamente agli Autori già citati, si vedano in particolare V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., p. 150; M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., p. 379.

vedremo) ne pregiudichi appunto la pacifica e continuativa disponibilità.

In particolare, l'«*ob evictionem se obligari*» e il «*tradere possessionem*» si collocano nell'alveo della necessità di configurare qualcosa di diverso dal «dare» tecnico; infatti, la tutela per l'evizione ha una logica funzionale solo se messa in rapporto ad un'obbligazione di trasmettere la cosa nella sua pacifica e piena disponibilità materiale: la pacificità e la continuità hanno una relazione di segno negativo con la rivendicazione da parte di un terzo che risulti esperita vittoriosamente⁸⁷.

Quel che va sottolineato in merito è che la tutela per l'evizione in questa fase dell'evoluzione della vendita è considerata un elemento naturale del contratto⁸⁸: al di là della specifica menzione paolina – che null'altro individua se non precisi contenuti della generale obbligazione del *praestare l'habere licere rei* a cui è tenuto il *venditor* – la sua operatività è autonoma rispetto a specifici strumenti negoziali e si attiva per il solo spossessamento da parte di un terzo che ne rivendichi in qualche misura la titolarità, senza necessità che in sede giudiziale risulti vittorioso⁸⁹.

Tra le origini della tutela dall'evizione sopra trattate e la configurazione dell'obbligazione del venditore in termini di

⁸⁷ Così L. VACCA, *Sulla responsabilità*, cit., p. 1 ss.; T. DALLA MASSARA, *Garanzia*, cit., p. 308 ss.; G. GUIDA, *La tutela*, cit., p. 57 ss.; B. CORTESE, *Actio empti*, cit., p. 3 ss.

⁸⁸ Così L. VACCA, *Sulla responsabilità*, cit., p. 3 ss.; G. GUIDA, *La tutela*, cit., p. 54 ss.

⁸⁹ Non la pensa così il Talamanca, secondo il quale, nonostante il processo di assorbimento della responsabilità evizionale nel perimetro della tutela generale garantita al compratore, l'enunciato paolino paia individuare il profilo specifico dell'obbligo per il venditore di assumersi, mediante apposita promessa, la responsabilità. A mio avviso, diversamente, nell'ottica dell'unitarietà dell'obbligazione del venditore, dallo stesso Talamanca, peraltro, rilevata a più riprese, Paolo sta più generalmente indicando l'obbligo di tutelare il compratore per l'evizione, il che si traduce sia nell'obbligo di stipulazione di apposite promesse (con il che il venditore, reticente a concludere la promessa, era convenibile tramite *actio ex empto*), sia nell'obbligo di rispondere nei confronti del compratore per l'evizione avvenuta, indipendentemente da assunzioni espresse di garanzia, tutelabili, queste, solo tramite *actiones ex stipulato*. Cfr. M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., p. 386.

maxi-obbligazione tesa ad assicurare l'*habere licere* della *res* vi sono passaggi numerosi e piuttosto esplicitivi del grande lavoro della giurisprudenza romana rispetto al fenomeno della garanzia espressa per l'evizione ed alla sua struttura, prima che la tutela evizionale venisse assorbita dall'*emptio venditio*.

7. *L'evoluzione della tutela per l'evizione: da garanzia a tutela ex contractu*

Sotto questo profilo, l'esigenza di tutelare l'acquisto del compratore dal fenomeno '*evictio*', nel senso di tutela da conflitti in sede giudiziale su qualunque pretesa inerente alla *res*⁹⁰, già di natura fisiologica sia nel periodo antico, sia in età repubblicana, diviene fin dagli inizi del principato un fenomeno di rilevanza tecnica⁹¹.

È la giurisprudenza del II sec. d.C. a farsi carico dei primi tentativi di superamento della precedente impostazione del rapporto fra tutela e obbligazione negoziale: si riflette sul 'ricollocamento' della tutela contro l'evizione dapprima posta all'esterno del rapporto contrattuale⁹², per configurarla poi come profilo specifico dell'obbligo generale del venditore di trasferire l'*habere licere*⁹³ della *res*, quale elemento naturale del contratto, collegata per l'appunto all'ampio perimetro del *praestare*.

⁹⁰ V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., p. 309 ss.; G. IMPALLOMENI, voce *Evizione*, cit., p. 1048 ss.; M. SARGENTI, *L'evizione*, cit., p. 5; A. BURDESE, voce *Vendita*, cit., p. 597 ss.; M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., p. 400 ss.; H. ANKUM, *Alcuni problemi*, cit., p. 12 ss.; ID., *Problemi concernenti l'evizione del compratore nel diritto romano classico*, in *Vendita e trasferimento della proprietà*, II, cit., p. 597 ss.

⁹¹ Individua in tre passaggi l'evoluzione della garanzia per evizione T. DALLA MASSARA, *Garanzia*, cit., p. 281 ss.

⁹² Come messo ben in evidenza da G. GUIDA, *La tutela*, cit., p. 120 ss. Cfr. anche T. DALLA MASSARA, *Per una ricostruzione delle strutture dell'evizione*, in *Studi in onore di Antonino Metro*, II, a cura di C. RUSSO RUGGERI, Milano, 2010, p. 11 ss.

⁹³ Circa la complessità dell'inquadramento dell'*habere licere*, rispetto alla proprietà della *res* e in rapporto alla dicotomia dei contratti obbliganti al '*praestare*' e al '*dare*', si vedano soprattutto R. MAYR, '*Praestare*', in *ZSS*, XLII,

Lo evidenzia il superamento dell'idea prevalente in dottrina, secondo la quale l'*actio empti* era esperibile solo per imporre al venditore la prestazione della garanzia di evizione mediante *stipulationes* – che pure per un certo periodo rimane – in favore della teoria dell'esperibilità dell'*actio empti* ad evizione avvenuta, concessa dalla giurisprudenza al fine di tutelare il compratore per la perdita dell'*habere licere*⁹⁴; e ciò in modo abbastanza conclamato dalla giurisprudenza adrianea in poi.

Già in alcuni testi dei giuristi della prima metà del II sec. d.C., viene tratteggiato per la prima volta, perlomeno in modo formale, il rapporto fra l'evizione del bene comprato⁹⁵ e l'*actio empti* per la tutela del compratore evitto⁹⁶:

D. 21.2.60 (Iav. 2 ex Plaut.): *Si in venditione dictum non sit, quantum venditorem pro evictione praestare oporteat, nihil venditor praestabit praeter simplam evictionis nomine et ex natura ex empto actionis hoc quod interest.*

Secondo Giavoleno, nel caso in cui non fosse stata assunta in forma stipulatoria la tutela per l'evizione, il venditore era tenuto, comunque, per il *simplum*, ovvero alla restituzione del prezzo al compratore; altresì, considerata la natura dell'*actio ex empto* – ossia di azione promotrice di un *iudicium bonae fidei* – il venditore poteva essere tenuto all'*id quod interest*⁹⁷.

1921, p. 198 ss.; M. SARGENTI, *L'evizione*, cit., p. 12 ss.; C.A. CANNATA, *Per lo studio della responsabilità per colpa nel diritto romano classico. Corso di diritto romano*, (Cagliari 1967-1968), Milano, 1969, p. 20 ss.; R. CARDILLI, *L'obbligazione*, cit., p. 32 ss.

⁹⁴ M. SARGENTI, *L'evizione*, cit., p. 118 ss.; M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., p. 397; L. VACCA, *Sulla responsabilità*, cit., p. 11 ss.; T. DALLA MASSARA, *Garanzia*, cit., p. 307 ss.; G. GUIDA, *La tutela*, cit., p. 107, soprattutto nt. 11. Per l'Ankum le ipotesi di ricorso all'*actio empti* per tutelare in modo diretto il compratore erano piuttosto limitate: cfr. H. ANKUM, *Problemi*, cit., p. 597 ss.

⁹⁵ Cfr. anche D. 21.2.8. (Iul. 15 dig.). Sul punto in particolare A. WACKE, *Die verschuldete Eviktion*, in *Festschrift für H. H. Nidelander*, Heidelberg, 1991, p. 141 ss.; G. GUIDA, *La tutela*, cit., p. 115 ss.

⁹⁶ Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita*, cit., p. 350; M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., p. 395; G. GUIDA, *La tutela*, cit., p. 121.

⁹⁷ Su cui si veda soprattutto G. GUIDA, *La tutela*, cit., pp. 122-124.

Il giurista collega direttamente all'azione da compera la tutela per l'evizione, in modo tale che il venditore risultasse tenuto secondo l'*oportere praestare pro evictione*, e, dunque, il compratore fosse, in ogni caso, coperto dall'*actio empti*⁹⁸.

La duplice rilevanza del testo di Giavoleno risiede sia nell'idea originale che la tutela contro l'evizione non fosse preclusa dall'assenza di espresse pattuizioni, ma che fosse riconducibile all'*actio empti*, non solo per sanzionare il venditore reticente alla *stipulatio evictionis*, ma anche, ad evizione avvenuta, per far valere la c.d. 'responsabilità evizionale'⁹⁹, sia nell'esprimere i possibili contenuti della condanna: il *simplum* (ossia, il prezzo) e l'*id quod interest*¹⁰⁰.

Nonostante ciò, il collegamento diretto della tutela del compratore alla generale cornice della tutela *ex empto*, per le ipotesi di evizione avvenuta, ha indotto gran parte della dottrina romanistica all'identificazione del *quantum* della condanna – connessa all'*actio empti nomine evictionis* – con il solo *id quod interest*¹⁰¹, come conseguenza unica del mancato *habere licere*¹⁰².

⁹⁸ T. DALLA MASSARA, *Garanzia*, cit., p. 504.

⁹⁹ Nello stesso senso si colloca un altro testo di Giavoleno: D. 41.3.23.1 (Iav. 9 *epist.*): *Si autem columna evicta fuerit, puto te ex empto cum venditore recte acturum et eo genere rem salvam habiturum*. Cfr. M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., p. 395.

¹⁰⁰ Il *trend* trova conferma in D. 21.2.7 (Iul 32 *ad ed.*), D. 21.2.8 (Iul. 15 *dig.*), D. 30.82.4 (Iul. 32 *dig.*), D. 19.1.30.1 (Afr. 8 *quest.*), D. 21.2.47 (Afr. 8 *quest.*): cfr. L. VACCA, *Sulla responsabilità*, cit., p. 13 ss.

¹⁰¹ Il Talamanca già osservava l'inaccettabilità dell'assimilazione dell'*id quod interest* alla coppia 'interesse positivo' e 'interesse negativo' della civilistica tradizionale e della romanistica moderna: cfr. M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., p. 414. Sulla polisemia dell'espressione '*id quod interest*', che si tradurrebbe anche nell'impossibilità di definire il *quantum* rimesso alla valutazione del giudice, cfr. D. MEDICUS, *Id quod interest. Studien zum römischen Recht des Schadenersatzes*, Köln-Graz, 1962, *passim*; nonché H. HONSELL, *Quod interest im bonae – fidei – iudicium. Studien zum römischen Schadenersatzrecht*, München, 1969, in particolare p. 51 ss.; F. PROCCHI, *Dall'id quod interest alla 'Differenzhypothese'*, in *Actio in rem e actio in personam in ricordo di Mario Talamanca*, II, a cura di L. GAROFALO, Padova, 2011, p. 481 ss.; P. ZILLOTTO, *Sulla non patrimonialità del danno e dell'interesse nel diritto romano*, Alessandria, 2012, *passim*, in particolare, p. 30 ss.

¹⁰² M. KASER, *Die Zie der actio empti nach Eviktion*, in *SZ (RA)*, 1934, p. 192 ss.; H. ANKUM, *Das Ziel der 'actio empti' nach Eviktion*, in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, VII, Napoli, 1984, p. 3215 ss.; Id., *Problemi*, cit.,

Peraltro, sempre secondo tali ricostruzioni, l'*id quod interest* in queste ipotesi, non avrebbe costituito tanto la conseguenza di un giudizio di responsabilità, quanto piuttosto la conseguenza derivante dall'essere il venditore rispondente circa un risultato contrattuale¹⁰³, che veniva, dunque, assicurato al compratore, ristorandolo in termini pecuniari dell'interesse che egli aveva a che la cosa gli fosse trasferita nel pieno e pacifico godimento, indipendentemente dall'accertamento di una condotta colpevole¹⁰⁴.

Questo testo successivamente è stato oggetto di ulteriori accurate analisi¹⁰⁵, dalle quali è emerso, da un lato, che la concessione dell'*actio empti* era principalmente concepita come funzionale ad una rispondenza per inadempimento del venditore per la oggettiva violazione del principio di sinallagmaticità¹⁰⁶, e che, solo ove presenti i presupposti, si sarebbe innestato anche l'eventuale giudizio di imputabilità dell'inadempimento/danno, in linea con la *bona fides* che avrebbe attivato il regime di responsabilità, con una rispondenza per l'*id quod interest*'. Dall'altro lato, in termini consequenziali, sarebbe anche risultato che la condanna collegata all'*actio* non sarebbe stata configurata appunto in modo fisso all'*id quod interest*' come ritenuto in precedenza, ma si articolava fra la restituzione del prezzo pagato per la cosa e l'*id quod interest*', a seconda che fosse ravvisabile o meno la necessità di ristore l'interesse contrattuale del compratore anche, ma non solo,

p. 597 ss.; Id., *Pomponio, Juliano y la responsabilidad del vendedor por evicción con la actio empti*, in *RIDA*, 1992, p. 57 ss.

¹⁰³ Si tratterebbe di un contenuto acquisito dalla precedente *stipulatio habere licere*.

¹⁰⁴ M. TALAMANCA, voce *Vendita*, cit., p. 400.

¹⁰⁵ L. VACCA, *Sulla responsabilità*, cit., p. 1 ss.; EAD. *Ancora sull'estensione dell'ambito di applicazione dell'actio empti in età classica*, ora in *Garanzia*, cit., p. 29 ss.

¹⁰⁶ Così, oltre a Letizia Vacca su cui cfr. nota precedente, si vedano T. DALLA MASSARA, *Garanzia*, cit., p. 308; G. GUIDA, *La tutela*, cit., p. 57; A. RODEGHIERO, *Sul sinallagma genetico nell'emptio venditio classica*, Padova, 2014, p. 1 ss.

in rapporto alla opportunità di sanzionare un comportamento contrario a buona fede tenuto dal venditore¹⁰⁷.

8. *Riflessioni conclusive*

Le brevi riflessioni esposte, su profili che meritano senz'altro un'analisi maggiormente approfondita, hanno avuto il precipuo intento di evidenziare la peculiarità genetica e funzionale della garanzia per evizione, nonché il suo legame con l'evoluzione della figura generale dell'*obligatio venditoris*.

¹⁰⁷ Si tratta di un'idea già espressa *in nuce* da E. RABEL, *Die Haftung des Verkäufers wegen Mangels im Rechte*, Leipzig, 1902, p. 78 ss.; cfr. anche L. VACCA, *Sulla responsabilità*, cit., p. 6; G. GUIDA, *La tutela*, cit., pp. 131-132. Verso una condanna limitata al prezzo si orienta, ad esempio, il probabile approfondimento dell'indicazione di Giavoleno da parte di Pomponio: D. 21.2.16pr. (Pomp. 9 *ad Sab.*): *Evicta re vendita ex empto erit agendum de eo quod accessit, quemadmodum ea quae empto fundo nominatim accesserunt si evicta sint, simplum praestatur*. È opportuno leggere il testo in rapporto a D. 18.1.66pr. (Pomp. 31 *ad Q. Mucium*): *In vendendo fundo quaedam etiam si non dicantur, praestanda sunt, veluti ne fundus evincatur aut usus fructus eius, quaedam ita demum, si dicta sint, veluti viam iter actum aquae ductum praestatu iri: idem et in servitutibus urbanorum praediorum*. Secondo il giurista antonino, qualora venisse *evicta* la cosa venduta, per ottenere ciò che per accessione era stato aggiunto al bene, avrebbe potuto agire mediante *actio empti*, allo stesso modo nel caso in cui fossero state evitte le cose aggiunte per accessione al fondo ed espressamente menzionate nella vendita, per le quali il venditore sarebbe stato tenuto per il *simplum*. Il testo di Pomponio ribadisce l'esperibilità diretta dell'*actio empti* per l'evizione e al contempo offre indicazioni più che chiare sul tipo di condanna a questa collegato: è sufficiente il *simplum*, e dunque il corrispondente del prezzo pagato. Se ne ricava, come già da altri opportunamente evidenziato, che il *quantum* improntato all'*id quod interest* costituiva uno dei tipi di condanna, ma non l'unico, considerato che tale condanna si riempiva di 'contenuti' in ragione degli elementi valutati come qualificanti il caso. In quest'ottica, infatti, la formulazione di Giavoleno, pur non precisando, in rapporto a specifici elementi di fatto, a che cosa fosse dovuta l'esperibilità dell'*actio* per la restituzione del prezzo o per l'*id quod interest* (ad eccezione del generico riferimento alla natura *ex fide bona* dell'azione), se messa in relazione al complesso delle soluzioni sul tema, tali quali quella di Pomponio consentirebbe di ricavare che, proprio per via dell'applicazione del principio di *bona fides* a cui era improntato il *iudicium empti*: E. RABEL, *Die Haftung*, cit., p. 162 ss. Cfr. anche M. SARGENTI, *L'evizione*, cit., p. 118 ss.; G. GUIDA, *La tutela*, cit., p. 122 ss.

Il fatto che nelle primordiali forme di tutela del compratore dall'evizione vi sia stato un ampio ricorso alle figure dei garanti e più in generale della promessa obbligatoria, la quale a sua volta ha rappresentato l'involucro per il nucleo del successivo concetto di obbligazione personale, a mio avviso giustifica una rinnovata attenzione.

In un sistema in cui ancora la garanzia è affidata alle credibilità del debitore¹⁰⁸, dipendente dalla sua capacità di farsi supportare da terzi per assicurare il proprio impegno, ancor prima che dalle sue stesse capacità patrimoniali, la vendita rappresenta il contesto pratico naturale in relazione al quale elaborare, sperimentare – e in cui, poi, collocare – alcuni tipi di strumenti. Ecco che, dunque, nella fase di elaborazione di forme negoziali di rafforzamento di impegni assunti dai *cives*, lo stesso fenomeno obbligatorio assume decisa consistenza: perciocché nella vendita mancipatoria, atto di trasferimento a cui contestualmente seguiva il pagamento del prezzo, fanno la loro comparsa figure come le *satisdationes* a rafforzamento dell'impegno – implicitamente connesso alla *mancipatio* tramite l'*auctoritas* – di tutelare il compratore dall'evizione; *satisdationes* che null'altro sono che promesse di dare garanti come supporto alla posizione dell'obligato, come già per *vades* e *praedes* per il convenuto nel processo sacramentale.

All'indomani dell'evoluzione dell'*obligatio*, che da *vinculum corporis* fondato sul 'concetto' di assoggettamento della persona (che dava, quindi, in garanzia il proprio corpo: il *nexum*) diviene un *vinculum iuris* di impronta patrimoniale – la cui cogenza deriva dalla dimensione processuale che ne costituisce la matrice – anche la promessa muta, assumendo la *sponsio* altresì la funzione di negozio solenne di assunzione d'obbligazione per fatto proprio. E coerentemente con tale evoluzione anche la garanzia per evizione cambia struttura, venendo costruita come un rafforzamento dell'impegno del venditore, che egli stesso offre al compratore mediante apposite promesse (la *stipulatio habere licere*, la *stipulatio duplae*).

¹⁰⁸ R. ZIMMERMAN, *Suretyship, 5, Part II, The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford, 1996, p. 115.

A questo punto la garanzia di evizione sembrerebbe staccarsi dalla originaria configurazione, per divenire un elemento funzionalmente collegato alla vendita, per poi ulteriormente trasformarsi in un elemento naturale del contratto. In questa evoluzione si osserva il passaggio dalla tutela per l'evizione costruita come obbligazione di risultato – in cui il venditore risponde sempre e comunque (Varrone-Sabino), anche per fatto altrui – alla fase della tutela in cui il venditore risponde per fatto proprio (Ulpiano), con un'obbligazione personalizzata (successivamente accostabile all'obbligazione di mezzi) seppur ancora oggettivamente configurata (Paolo); da ultimo il passaggio alla tutela per l'evizione di matrice contrattuale in cui gli elementi di rispondenza del venditore oscillano sulla linea della *bona fides*¹⁰⁹.

Due elementi evidenzierebbero all'interno di questo quadro così complesso e su cui occorrerà ritornare: il ruolo del *'praestare'* nello sviluppo dell'*obligatio* e il mantenimento dell'oggettività dell'approccio nella garanzia per l'evizione, fin tanto che la costruzione della tutela è stata costruita, dal punto di vista sostanziale, sulla promessa obbligatoria, persa solo in parte a seguito dell'assorbimento dell'evizione nel generale fenome-

¹⁰⁹ Come osserva Guida, nel sistema romano si possono rintracciare più modelli diversi di garanzia per evizione, o, se si vuole, più 'rimedi' diversi contro quest'ultima: G. GUIDA, *La tutela*, cit., p. 229. Tale pluralità può essere pienamente letta attraverso le categorie proprie dell'attuale riflessione giuridica, potendosi rinvenire nelle soluzioni elaborate dai *prudentes* romani esempi sia di figure di 'garanzia in senso tecnico' che di utilizzo dell'azione contrattuale per reagire ad una forma di inadempimento contrattuale. In merito a quest'ultimo ambito applicativo, le soluzioni in tale ultima ipotesi si sub-articolano distinguendo fra il caso di venditore 'in buona fede', che darà luogo solo al riequilibrio patrimoniale fra le prestazioni, come una sorta di responsabilità oggettiva ed il caso del venditore la cui condotta sia 'riprovevole' rispetto al modello richiesto dallo specifico 'tipo' contrattuale, obbligandolo a risarcire il danno. In altri termini, la 'tipizzazione' del contenuto complesso dell'obbligazione del venditore è il risultato della determinazione casistica dell'ambito di applicazione dell'azione contrattuale, così come progressivamente individuato nell'ambito dell'evoluzione delle soluzioni giurisprudenziali e che determina la rispondenza processuale per il mancato raggiungimento del risultato a cui i contraenti hanno interesse: B. CORTESE, *La tutela in caso di vizio della res empta e della res locata, Inadempimento e rispondenza ex fide bona*, Roma, 2020, p. 88 ss.

no dell'inadempimento¹¹⁰ e della connessa rispondenza *ex fi-de bona*¹¹¹.

¹¹⁰ Le soluzioni, in tale ultima ipotesi, si ampliano distinguendo fra il caso di venditore 'in buona fede', che darà luogo solo al riequilibrio patrimoniale fra le prestazioni, come una sorta di responsabilità oggettiva ed il caso del venditore la cui condotta sia 'riprovevole' rispetto al modello richiesto dallo specifico 'tipo' contrattuale, obbligandolo a risarcire il danno. In altri termini, la 'tipizzazione' del contenuto complesso dell'obbligazione del venditore è il risultato della determinazione casistica dell'ambito di applicazione dell'azione contrattuale, come progressivamente individuato nell'ambito dell'evoluzione delle soluzioni giurisprudenziali e che determina la rispondenza processuale per il mancato raggiungimento del risultato a cui i contraenti hanno interesse. Cfr. L. VACCA, *La tutela del compratore per evizione e vizi: soluzioni giurisprudenziali romane e problemi dommatici attuali*, in *Diritto romano fra tradizione e modernità. Atti del Convegno internazionale di Shanghai (13-15 novembre 2014)*, a cura di L. GAROFALO, L. ZHANG, Pisa, 2017, p. 361 ss. Si vedano, altresì, le riflessioni di G. GUIDA, *La tutela*, cit., p. 147 ss.; B. CORTESE, *La tutela*, cit., p. 123 ss.

¹¹¹ Ulpiano attesta che l'accordo 'tipico' del contratto di compravendita da cui si generano le obbligazioni reciproche tutelate nel *iudicium ex empto* comporta che il venditore si 'impegni' non solo a consegnare una cosa, ma anche a consegnarla priva di vizi giuridici o materiali tali da renderla inidonea alla 'normale' utilizzazione, e ciò indipendentemente da specifiche pattuizioni e garanzie relative alla cosa oggetto del contratto. Essendo, infatti, come risulta dalla formula dell'azione, obbligazione del venditore 'assicurare' (*praestare*) che il compratore consegua l'*habere licere* del bene, deve ritenersi che il venditore sia tenuto *ex empto* nel caso che la cosa venduta venga sottratta dal terzo proprietario, oppure presenti caratteristiche tali da rendere impossibile la effettiva disponibilità della cosa, o da renderne impossibile la normale utilizzazione peraltro, se il venditore ha consapevolmente dichiarato determinate qualità, che poi sono risultate non effettivamente presenti, o ha consapevolmente taciuto sull'assenza di esse, egli sarà tenuto a risarcire *id quod interest*, in quanto nella sua condotta si ravvisa un *dolo in contrahendo*. A tal riguardo, rispetto alla natura tecnica di 'dare' e 'fare' che agevola la determinazione delle ipotesi di inadempienza, definire come la violazione del *praestare* si traduca in termini di 'rispondenza' per inadempimento è senz'altro, un'operazione piuttosto complessa. Infatti, il quadro della riflessione prudenziale a partire dal II sec. a.C. pone in evidenza come in conseguenza dei molteplici significati sostanziali e funzionali riconducibili al singolo *praestare*, se accessorio o autonomo, nonché all'eventuale oggetto del *praestare* medesimo, la valutazione dell'inadempimento risulta essere segmentata in riferimento a specifici contenuti, ed essere, a seconda dei casi autonomamente azionabile oppure no. D'altra parte, come è stato ampiamente dimostrato grazie agli studi di parte della dottrina romanistica, il modello di elaborazione delle soluzioni giurisprudenziali romane privilegia il piano della tutela fondandosi principalmente sulla riconoscibilità in sede giudiziale di una pretesa valida. Cfr. B. CORTESE, *La tutela*, cit., p. 127 ss., anche per i riferimenti bibliografici sul tema.

Un mantenimento che ha caratterizzato non solo la tutela contro l'evizione in epoca classica – essendo, comunque, questa riferibile tanto al raggio applicativo dell'*actio empti*, quanto alle stipulazioni che i contraenti potevano e dovevano concludere, facendo sì che il venditore potesse essere convenuto in un giudizio di rispondenza *ex fide fide bona* e/o in un giudizio di accertamento della promessa di garanzia – ma anche quella moderna, che ad oggi, con una non totale chiarezza, costruisce la tutela per l'evizione sul doppio binario della tutela per inadempimento e della garanzia¹¹².

¹¹² L. VACCA, *La tutela*, cit., p. 365 ss.

BARBARA CORTESE, La 'garanzia' nell'esperienza romana tra le epoche arcaica e classica: il caso dell'evizione

L'articolo si propone di aprire una riflessione circa le origini del fenomeno 'garanzia delle obbligazioni' attingendo alla prima configurazione di strumenti atti a rinforzare i doveri giuridici di un soggetto tramite l'intervento di terzi.

Nonostante la specifica garanzia di evizioni si collochi concettualmente e strutturalmente fuori dall'ambito della garanzia personale delle obbligazioni, perlomeno secondo l'ottica giuridica moderna, è possibile nell'esperienza giuridica romana rinvenire tracce di una connessione genetica, localizzabile nelle forme di garanzia a tutela del *mancipio accipiens* nel caso di evizione della *res Mancipata*, in particolare nelle *satisfationes*. Della pregressa assunzione in termini di garanzia personale, la garanzia per l'evizione sembrerebbe aver mantenuto nel tempo alcuni caratteri come l'oggettività della responsabilità del venditore-garante, anche per il fatto del terzo, rispetto alla dimensione della responsabilità per inadempimento articolata in base al criterio della *bona fides*, e dunque più strettamente connessa al rapporto fra 'comportamenti e interessi dei contraenti' e 'concreta vicenda negoziale'.

Parole chiave: garanzia, obbligazione, responsabilità, garante, vendita, evizione.

BARBARA CORTESE, The 'guarantee' in the Roman experience between the archaic and classical eras: the case of eviction

The paper aims to open a reflection about the origins of the phenomenon 'guarantee of obligations' by drawing on the earliest configuration of instruments designed to reinforce the legal duties of a subject through the intervention of third parties.

Despite the fact that the specific guarantee of evictions is conceptually and structurally located outside the scope of the personal guarantee of obligations, at least according to the modern legal perspective, it is possible in Roman legal experience to find traces of a genetic connection, localizable in the forms of guarantee to protect the *mancipio accipiens* in the case of eviction of the *res Mancipata*, particularly in the *satisfationes*. Of the earlier assumption in terms of a personal guarantee, the guarantee for eviction would seem to have retained over time certain features such as the objectivity of the

Abstract

liability of the seller-guarantor, even for the fact of the third party, as opposed to the dimension of liability for non-performance articulated on the basis of the criterion of bona fides, and thus more closely connected to the relationship between 'behaviors and interests of the contracting parties' and 'concrete negotiation events'.

Key words: guarantee, obligation, liability, guarantor, sale, eviction.